

رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ

وَعَمْدَةُ الْمُفْتِينَ

لِلإِمَامِ الشَّافِعِيِّ

الْحِزْبِ الْأَوَّلِ

إِشْرَافَ
زُهَيْرِ السَّادِقِ

الْكَتَبِ الْإِسْلَامِيِّ

فهرست الجزء الأول

الموضوع	الصفحة
مقدمة المؤلف	٣
كتاب الطهارة	٧
باب الماء الطاهر	٧
فصل : فيما يطرأ على الماء	١٠
فرع : إذا اختلط بالماء القليل أو الكثير مائع موافقه في الصفات	١٢
باب بيان النجاسات والماء النجس	١٣
فرع : في أجزاء الحيوان	١٥
فرع : في المنفصل عن باطن الحيوان	١٦
فصل : في الماء الراكد	١٩
فرع : النجاسة التي لا يدركها الطرف	٢١
فرع : الماء القليل النجس إذا كوثر فبلغ قلتين	٢٢
فرع : إذا وقع في الماء الكثير الراكد نجاسة جامدة	٢٣
فرع : ماء البئر كغيره في قبول النجاسة وزوالها	٢٥
فصل : في الماء الجاري	٢٦
باب إزالة النجاسة	٢٧
فرع : ما ذكرناه من طهارة المحل بالمصر أو دونه هو فيما	٢٨
إذا ورد الماء على المحل	

الموضوع

الصفحة

فرع : إذا أصاب الأرض بول فصُب عليها ماء	٢٩
فرع : اللبن النجس ضربان	٢٩
فرع : الواجب في إزالة النجاسة : الفصل	٣١
فصل : في طهارة ما ولغ فيه الكلب	٣٢
فرع : سؤر المرة طاهر	٣٣
فصل : في غسالة النجاسة	٣٤
فرع : إذا لم تتغير الفسالة ولكن زاد وزنها فطريقان	٣٤
باب الاجتهاد في الماء المشتبه	٣٥
فرع : إذا غلب على ظنه طهارة إناء استحب أن يريق الآخر	٣٧
فرع : الشيء الذي لا يتيقن نجاسته ولا طهارته	٣٧
باب الأواني	٤١
فرع : يطهر بالدباغ طاهر الجلد قطعاً	٤٢
فرع : حكم المصبب بالفضة	٤٥
باب صفة الوضوء	٤٧
فرع : إذا نوى أحد الأمور الثلاثة . . .	٤٩
فرع : لو كان يتوضأ ثلاثاً فبقي لمة في المرة الأولى	٤٩
فرع : حكم من اجتمع عليه حدثان	٥٤
فرع : حكم ما إذا خرج منه بلل يجوز أن يكون منياً ومذياً	٥٦
فصل : وأما سنن الوضوء فكثيرة	٥٦
فرع : التفريق اليسير بين أعضاء الوضوء لا يضر	٦٤
باب الاستنجاء	٦٥
فصل : فيما يستنجى منه	٦٧

الموضوع	الصفحة
فصل : فيما يستنجى به غير الماء	٦٨
فصل : في كيفية الاستنجاء	٦٩
فرع : المستحب أن يستنجى باليسار	٧٠
فرع : الأفضل أن يجمع في الاستنجاء بين الماء والجامد	٧١
فرع : الخنثى المشكل في الاستنجاء من الفائط كغيره	٧١
باب الأحداث	٧٢
فرع : حكم السبيل المعتاد إذا انسد	٧٣
فرع : حكم ما إذا مس الخنثى المشكل فرج واضح	٧٦
فرع : الاستصحاب من القواعد التي يبنى عليها كثير من الأحكام	٧٧
فرع : في بيان الخنثى المشكل	٧٨
فروع : خاصة بالخنثى المشكل	٧٩
فصل : فيما يحرم على المحدث	٧٩
باب الفسل	٨١
فرع : ولو أولج خنثى في فرج خنثى أو دبره	٨٢
فرع : المرأة كالرجل في وجوب الفسل بخروج منها	٨٤
فرع : إذا استدخلت منياً في قلبها أو دبرها	٨٥
فرع : لا يجب الفسل من غسل الميت على الجديد المشهور	٨٥
فصل : يحرم على الجنب ما يحرم على المحدث	٨٥
فرع : فضل ماء الجنب والحائض طهور	٨٧
فصل : في كيفية الفسل	٨٧
كتاب التيمم	٩٢

الموضوع	الصفحة
فصل : حكم ما إذا كان معه ماء يصلح لطهارته فأتلفه	٩٧
فرع : يجوز أن يعتمد في كون المرض مرخصاً على نفسه أو طيب حاذق	١٠٣
فرع : إذا عمت العلة أعضاء الطهارة اقتصر على التيمم	١٠٤
فرع : حكم ما إذا غسل الصحيح وتيمم لمرض . . .	١٠٧
الباب الثاني في كيفية التيمم	١٠٨
فرع : لو أحدث بعد أخذ التراب قبل مسح وجهه بطل أخذه	١١٣
فرع : للتيمم سنن	١١٤
الباب الثالث في أحكام التيمم	١١٥
فرع : حكم ما إذا نسي صلاة من صلوات	١١٧
فصل : لا يجوز التيمم لفريضة قبل وقتها	١١٩
باب مسح الخف	١٢٤
فرع : تعريف الجرموق وحكمه	١٢٧
فصل : في كيفية المسح	١٣٠
فصل : في حكم المسح	١٣١
فرع : إذا لبس الخف في الحضر ، ثم سافر	١٣١
فرع : سليم الرجلين إذا لبس خفاً في إحداها لا يصح مسحه	١٣٣
كتاب الحيض	١٣٤
فصل : يحرم على الحائض ما يحرم على الجنب	١٣٥
فصل : في الاستحاضة	١٣٧
فرع : طهارة المستحاضة بطل بالشفاء	١٣٨
الباب الثاني في المستحاضات	١٤٠
فرع : حكم ما إذا وجد شروط التمييز	١٤١

الموضوع	الصفحة
فرع : حكم المرأة إذا بلغت سن الحيض	١٤٢
فرع : غير الميزة كالميزة في ترك الصوم والصلاة	١٤٤
فرع : العادة التي ترد إليها المعتادة	١٥١
فصل : في الصفرة والكدرية	١٥٢
الباب الثالث في المستحاضة المعتادة الناسية	١٥٢
فرع : إمام الحرمين مال إلى رد التحيرة إلى مرد المبتدأة في قدر الحيض	١٥٩
الباب الرابع في التفريق	١٦٢
فرع : حكم الدماء المتفرقة	١٦٤
فرع : حكم ما إذا انقطع دم المبتدأة	١٦٥
فصل : إذا جاوز الدم بصفة التفريق الخمسة عشر صارت مستحاضة	١٦٦
الباب الخامس في النفاس	١٧٤
فصل : حكم ما تراه الحامل من الدم	١٧٤
فصل : في حكم الدم الذي تراه بين التوأمين	١٧٦
فصل : إذا جاوز دم النفاس ستين ...	١٧٧
فرع : إذا انقطع دم النفاس فله حالان	١٧٨
كتاب الصلاة	١٨٠
الباب الأول في المواقيت	١٨٠
فصل : يجب الصلاة بأول الوقت وجوباً موسماً	١٨٣
فصل : تمجيل الصلاة في أول الوقت أفضل	١٨٣

الموضوع	الصفحة
فصل : إذا اشتبه عليه وقت صلاة	١٨٥
فرع : حيث جاز الاجتهاد ، فصلى به - إن لم يتبين الحال - فلا شيء عليه	١٨٦
فصل : في وقت أصحاب الأسباب المانعة من وجوب الصلاة	١٨٦
فرع : جميع ما ذكرناه إذا كان زوال المذر قبل أداء صلاة الوقت	١٨٨
فرع : لو ارتد	١٩١
فصل : في الأوقات المكروهة	١٩٢
فرع : النهي والكراهة في هذه الأوقات	١٩٢
فصل : الصلاة المنهي عنها في هذه الأوقات	١٩٤
فرع : متى ثبتت الكراهة	١٩٤
الباب الثاني في الأذان	١٩٥
فصل : في صفة الأذان	١٩٨
فرع : إذا لم نحكم بطلان الأذان بالفصل المتخلل	٢٠١
فرع : لو ارتد بعد فراغه من الأذان	٢٠٢
فصل : في صفة المؤذن وآدابه	٢٠٢
فرع : الأذان والإمامة أيها أفضل	٢٠٤
فرع : يستحب للمؤذن التطوع بالأذان	٢٠٥
فرع : يستحب أن يكون للمسجد مؤذنان	٢٠٦
فرع : وقت الأذان منوط بنظر المؤذن	٢٠٧
فرع : ذكره الإمام الرافعي في أوقات الصلاة وقال : صلاة الصبح تختص بالأذان بأمور	٢٠٧
الباب الثالث في استقبال القبلة	٢٠٩
فرع : شرط الفريضة أن يكون مصلها مستقراً	٢٠٩

الموضوع	الصفحة
فصل : يجوز التنفل ماشياً	٢١٠
فرع : إذا لم يتمكن التنفل راكباً	٢١١
فرع : ليس لراكب التماسيف ترك الاستقبال في شيء من نوافلته	٢١١
فرع : إذا انحرف المصلي على الأرض عن القبلة	٢١٢
فرع : هذا الذي قدمناه هو في استقبال الراكب على سرج	٢١٢
فرع : يشترط أن يكون ما يلاقي بدن المصلي على الراحلة طاهراً	٢١٣
فرع : يشترط في جواز النفل راكباً وماشياً دوام السفر	٢١٤
فصل : في استقبال المصلي على الأرض وله سبعة أحوال	٢١٤
فرع : المصلي بالاجتهاد وأحواله	٢١٩
فرع : في المطلوب بالاجتهاد	٢٢٠
فرع : إذا صلى باجتهاد	٢٢١
الباب الرابع في صفة الصلاة	٢٢٣
فصل : في النية	٢٢٤
فرع : في كيفية النية	٢٢٦
فرع : النية في جميع العبادات معتبرة بالقلب	٢٢٨
فرع : حكم من أتى بما ينافي الفريضة	٢٢٨
فصل : في تكبيرة الاحرام	٢٢٩
فرع : رفع اليدين عند تكبيرة الاحرام سنة	٢٣١
فرع : السنة بمد التكبير	٢٣٢
فصل : في القيام	٢٣٢
فرع : إذا عجز عن القيام في صلاة الفرض	٢٣٤

الموضوع	الصفحة
فرع : فيما إذا عجز عن القمود	٢٣٦
فرع : حكم القادر على القيام	٢٣٧
فرع : لو عجز في أثناء صلاته عن القيام	٢٣٨
فرع : يجوز فعل النافلة قاعداً مع القدرة على القيام	٢٣٩
فصل : يستحب للمصلي إذا كبر أن يقرأ دعاء الاستفتاح	٢٣٩
فصل : يستحب بعد دعاء الاستفتاح أن يتموذ	٢٤٠
فصل : ثم بعد التعموذ يقرأ	٢٤١
فرع : (بسم الله الرحمن الرحيم) آية	٢٤٢
فرع : تجب قراءة الفاتحة بجميع حروفها وتشديداتها	٢٤٢
فرع : يجب الترتيب في قراءة الفاتحة	٢٤٣
فرع : تجب الموالاة بين كلمات الفاتحة	٢٤٣
فرع : حكم من لا يقدر على قراءة الفاتحة	٢٤٤
فرع : يستحب لكل من قرأ الفاتحة في الصلاة وخارجها أن يقول : آمين	٢٤٧
فرع : يسن للامام والمنفرد قراءة شيء بعد الفاتحة في صلاة الصبح والأولين من سائر الصلوات	٢٤٧
فرع : يستحب للقارئ أن يسأل الله عند قراءة القرآن	٢٤٩
فصل : في الركوع	٢٤٩
فصل : في الاعتدال عن الركوع	٢٥١
فصل : في القنوت	٢٥٣
فصل : في السجود	٢٥٥
فرع : وأما أكمل السجود	٢٥٨
فصل : فإذا فرغ من السجود	٢٦٠
فصل : ثم يسجد السجدة الثانية	٢٦٠

الموضوع	الصفحة
فصل : في التشهد والجلوس له	٢٦١
فرع : التشهد الذي يعقبه السلام	٢٦٣
فرع : في أكمل التشهد وأقله	٢٦٣
فرع : أقل الصلاة على النبي ﷺ	٢٦٥
فرع : لا يجوز لمن عرف التشهد بالمريية أن يعدل إلى ترجمته	٢٦٦
فصل : في السلام	٢٦٧
فصل : من فاتته صلاة فريضة وجب قضاؤها	٢٦٩
الباب الخامس في شروط الصلاة والمنهي عنه فيها	٢٧١
فرع : ما سوى الحدث من الأسباب المناقضة للصلاة إذا طرأ فيها أبطلها	٢٧٢
فرع : ما لبسه المصلي يجب أن يكون طاهراً	٢٧٥
فرع : من انكسر عظمه فجبره بعظم طاهر فلا بأس به	٢٧٥
فرع : وصل المرأة شعرها بشعر نجس أو بشعر آدمي حرام قطعاً	٢٧٦
فرع : يجب أن يكون ما يلاقي بدن المصلي طاهراً	٢٧٧
فرع : في مواطن ورد الشرع بالنهي عن الصلاة فيها	٢٧٧
فرع : في صفة السترة والستر	٢٨٤
فرع : إذا لم يجد المصلي ما يستر العورة صلى عارياً	٢٨٥
فرع : في مسائل مثورة	٢٨٨
فصل : الشرط السادس : السكوت عن الكلام	٢٨٩
فرع : متى ناب الرجل المصلي شيء في صلاته فالسنة أن يسبح	٢٩١
فرع : الكلام البطل عند عدم المذر	٢٩١
فرع : السكوت اليسير في الصلاة لا يضر بحال	٢٩٢
فرع : يستحب للمصلي أن يكون بين يديه سترة	٢٩٤

الموضوع	الصفحة
فصل : والمحدث المكث في المسجد	٢٩٦
الباب السادس في السجودات التي ليست من صلب الصلاة	٢٩٨
فرع : الاعتدال عن الركوع ركن قصير	٢٩٩
فصل : الترتيب واجب في أركان الصلاة	٣٠٠
فرع : لو تذكر في جلوس الركعة الرابعة أنه ترك أربع سجودات	٣٠١
فله أحوال	
فرع : فوات التشهد الأول يقتضي سجود السهو	٣٠٣
فرع : إذا جلس في الركعة الأخيرة ساهياً	٣٠٦
فرع : إذا قام إلى خامسة في رباعية ناسياً	٣٠٦
فصل : في قاعدة متكررة في أبواب الفقه	٢٠٧
فرع : إذا شك في أثناء الصلاة في عدد الركعات	٣٠٩
فصل : لا يتكرر السجود بتكرر السهو	٣١٠
فصل : إذا سها المأموم خلف الإمام	٣١١
فصل : إذا سها الإمام في صلاته	٣١٢
فصل : في كيفية سجود السهو ومحلّه	٣١٥
فرع : يسن السجود للقارئ والمستمع له	٣١٩
فرع : إذا قرأ آيات السجودات في مكان واحد	٣٢٠
فصل : في شرائط سجود التلاوة وكيفية	٣٢١
فصل : ينبغي أن يسجد عقب قراءة آية السجدة	٣٢٣
فرع : في جواز سجود الشكر على الرحلة بالإيماء	٣٢٥
فرع : لو خضع إنسان لله تعالى فتقرب بسجدة من غير سبب	٣٢٦
فالأصح أنه حرام	
الباب السابع في صلاة التطوع	٣٢٦

الموضوع	الصفحة
فصل : الوتر سنة	٣٢٨
فرع : في وقت الوتر	٣٢٩
فرع : إذا استجبنا الجماعة في التراويح يستحب الجماعة في الوتر أيضاً	٣٣٠
فرع : يستحب القنوت في الوتر	٣٣٠
فصل : في النوافل التي يسن فيها الجماعة	٣٣٢
فصل : ومن التطوع الذي لا يسن له الجماعة صلاة الضحى	٣٣٢
فصل : أوكد ما لا تسن له الجماعة السنن الرواتب	٣٣٤
فصل : التراويح عشرون ركعة بشر تسليماً	٣٣٤
فصل : التطوعات التي لا تتعلق بسبب ولا وقت لا حصر لأعدادها	٣٣٥
فصل : في أوقات النوافل الراجعة	٣٣٧
فرع : النافلة قهراً	٣٣٧
كتاب صلاة الجماعة	٣٣٩
فصل : إذا صلى الرجل في بيته برفيقه أو غيره حاز فضيلة الجماعة	٣٤١
فرع : إذا أدرك المسبوق الإمام قبل السلام أدرك فضيلة الجماعة	٣٤١
فرع : يستحب المحافظة على إدراك التكبيرة الأولى مع الإمام	٣٤١
فصل : يستحب للإمام أن يخفف الصلاة	٣٤٢
فصل : من صلى صلاة من الخمس منفرداً ثم أدرك جماعة	٣٤٣
يصلونها ، استحب أن يعيدها معهم	
فصل : لا رخصة في ترك الجماعة	٣٤٤
باب صفة الأئمة	٣٤٦
فرع : حيث حكمنا بصحة الاقتداء فلا بأس أن يكون الإمام متيماً	٣٥١
فرع : جميع ما تقدم فيها إذا عرف المأموم حال الإمام في الصفات	٣٥١
المشروطة وجوداً وعدمها	

الموضوع	الصفحة
فرع : يصح الاقتداء بالصبي المميز	٣٥٣
فصل : في الصفات المستحبة في الامام	٣٥٤
فرع : الوالي في محل ولايته أولى من غيره	٣٥٦
فصل : في شروط الاقتداء وآدابه	٣٥٨
فرع : إذا لم يحضر مع الامام إلا ذكر فليقف عن يمينه	٣٥٩
فرع : إذا دخل رجل والجماعة في الصلاة كره أن يقف منفرداً	٣٦٠
فرع : لا يجب على المأموم أن يمين في نيته الامام	٣٦٦
فرع : اختلاف نية الامام والمأموم لا يمنع صحة الاقتداء	٣٦٦
فرع : لا يشترط لصحة الاقتداء أن ينوي الامام الامامة	٣٦٧
فرع : المسبوق إذا أدرك الامام راكمًا يكبر للافتتاح	٣٧٤
فرع : إذا أخرج المأموم نفسه عن متابعة الامام فالذهب أنه لا تبطل صلاته	٣٧٤
فرع : فيما يفعله المصلي إذا أقيمت الجماعة وهو في الصلاة منفرداً	٣٧٥
فرع : من أدرك الامام في الركوع كان مدركاً للركعة	٣٧٦
فرع : في المسبوق إذا أدرك الامام في الركوع	٣٧٧
كتاب صلاة المسافر	٣٨٠
فرع : إذا فارق المسافر بنيان البلدة ثم رجع إليها فله أحوال	٣٨٢
فصل : في انتهاء السفر الذي يقطع الترخص	٣٨٣
فرع : في تعريف السفر الطويل	٣٨٥
فرع : في نية العبد والمرأة والجندي في السفر	٣٨٦
فرع : لو كان لمقصده في السفر طريقان	٣٨٧

الموضوع	الصفحة
فرع : إذا خرج إلى بلد والمسافة طويلة ثم بدا له أن يرجع	٣٨٧
فصل : وأما كون السفر مباحاً	٣٨٨
فصل : القصر جائز في كل صلاة رباعية	٣٨٩
فرع : إذا سافر في أثناء الوقت	٣٩٠
فصل : للقصر أربع شروط	٣٩١
فرع : إذا اقتدى بمقيم	٣٩٢
فرع : المذهب الصحيح الجديد أنه يجوز أن يستخلف الإمام إذا فسدت صلاته بمحدث أو غيره من يتم بالأمومين	٣٩٣
باب الجمع بين الصلاتين	٣٩٥
فرع : إذا جمع المسافر في وقت الأولى اشتراط ثلاثة شروط	٣٩٦
فرع : إذا جمع تقديماً ثم صار مقيماً	٣٩٨
فصل : يجوز الجمع بين الظهر والعصر وبين المغرب والعشاء بمعذر المطر	٣٩٩
فرع : يجوز الجمع بين صلاة الجمعة والعصر للمطر	٤٠٠
فرع : المعروف في المذهب أنه لا يجوز الجمع بالمرض والخوف ولا الوحل	٤٠١
فرع : إذا جمع الظهر والعصر	٤٠٢
فصل : الرخص المتعلقة بالسفر الطويل، أربع	٤٠٢
فصل : القصر أفضل من الاتمام على الأظهر	٤٠٣



فهرست الجزء الثاني

الموضوع	الصفحة
كتاب صلاة الجمعة	٣
الباب الأول في شروطها	٣
الشرط الأول : الوقت	٣
الشرط الثاني : دار الإقامة	٤
الشرط الثالث : أن لا تسبق الجمعة	٥
صور السبق خمسة	٥
الشرط الرابع : المدد	٧
فرع : العدد المعتبر في صلاة الجمعة	٧
الشرط الخامس : الجماعة	١٠
فرع : إذا أدرك المسبوق ركوع الامام في ثانية الجمعة ، كان مدركاً للجمعة	١٢
فصل : إذا خرج الامام عن الصلاة بمحدث تعمده ، أو سبقه ، أو بلا سبب ، فإن كان في غير الجمعة ، ففي جواز الاستخلاف قولان .	١٣
فرع : هل تشترط نية القدوة بالخليفة في الجمعة وغيرها من الصلوات	١٦

الموضوع	الصفحة
فرع : حكم الاستخلاف فيمن أحدث بين الخطبة والصلاة	١٧
فرع : لو صلى مع الامام ركعة من الجمعة ، ثم فارقه بمذر...	١٧
فرع : حكم استخلاف المأمومين المسبوقين	١٨
فصل : كيفية صلاة الجمعة في الازدحام	١٨
أحوال الامام عند الازدحام	١٩
فرع : حكم المتابعة للمأموم في الازدحام الشديد	٢٢
فرع : إذا عرضت حالة في الصلاة تمنع من وقوعها جمعة للزحام ، فهل يتم صلاته ظهراً ؟	٢٣
فرع : التخلف بالنسيان ، هل هو كالتخلف بالزحام ؟	٢٤
فرع : الزحام يجري في جميع الصلوات	٢٤
الشرط السادس من شروط الجمعة : الخطبة	٢٤
فرع : شروط الخطبة ستة	٢٦
فرع : حكم السلام وتشميت العاطس أثناء الخطبة	٢٨
فرع : هل يحرم الكلام على من عدا الأربعين	٢٩
فرع : حكم الصلاة إذا صعد الخطيب المنبر	٣٠
فرع : في أمور اختلف في إيجابها في الخطبة	٣٠
فرع : في سنن الخطبة	٣١
الباب الثاني فيمن تلزمه الجمعة	٣٤
فرع : كل ما أمكن تصوره في الجمعة من الأعذار المرخصة في ترك الجماعة ، يرخس في ترك الجمعة	٣٥
فرع : حكم الجمعة على الزمّين إذا وجد مركوباً	٣٦

الصفحة	الموضوع
٣٦	فرع : من بعضه حر ، وبعضه عبد ، لا جمعة عليه
٣٧	فرع : الغريب إذا أقام ببلد واتخذ وطنًا ، صار له حكم أهله في وجوب الجمعة
٣٧	فرع : القرية إذا كان فيها أربعون من أهل الكمال ، لهم الجمعة
٣٨	فرع : العذر المبيح ترك الجمعة يبيحه وإن طرأ بعد الزوال إلا السفر
٣٩	فرع : المذورون في ترك الجمعة ضربان
٤٠	فرع : من لا عذر له ، إذا صلى الظهر قبل فوات الجمعة ، لم يصح ظهره على الجديد ، وهو الأظهر
٤٢	الباب الثالث في كيفية إقامة الجمعة بعد شرائطها
٤٣	فرع : الأغسال المسنونة
٤٤	استحباب البكور إلى الجامع للجمعة
٤٥	استحباب التزين للجمعة
٤٥	ما يستحب قراءته في صلاة الجمعة
٤٦	فرع : ينبغي للدخول أن يحترز عن تخطي رقاب الناس
٤٦	استحباب قراءة سورة الكهف يوم الجمعة
٤٧	فرع : يكره البيع بعد الزوال وقبل صلاة الجمعة
٤٧	لا بأس على المجاوز حضور الجمعة إذا أذن أزواجهن
٤٧	حكم تشبيك الأصابع في الجمعة وسائر الصلوات
٤٩	كتاب صلاة الخوف ، وهي أربعة أنواع

الموضوع	الصفحة
النوع الأول : صلاة بطن نخل	٤٩
النوع الثاني : صلاة عسفان	٥٠
فرع : لو تأخر الحارسون أولاً إلى الصف الثاني في الركعة الثانية، وتقدمت الطائفة الثانية ليحرسوا ، جاز ، إذا لم تكثر أفعالهم	٥١
النوع الثالث من صلاة الخوف : صلاة ذات الرقاع	٥٢
فرع : الطائفة الأولى ينوون مفارقة الامام إذا قاموا معه إلى الثانية وانتصبوا قياماً	٥٣
فرع : إذا قام الامام إلى الثانية، هل يقرأ في انتظاره مجيء الطائفة الثانية ، أم يؤخر ليقراً معهم ، فيه ثلاث طرق	٥٣
فرع : لو صلى الامام صلاة الخوف في الأمن هل تصح ؟	٥٤
فرع : إذا صلى المغرب في الخوف ، جاز أن يصلي بالطائفة الأولى ركعة ، وبالثانية ركعتين ، وعكسه	٥٤
فرع : صفة صلاة الخوف في الرباعية	٥٥
صفة صلاة المغرب في الخوف	٥٦
فرع : صفة صلاة الجمعة في الخوف ، وشرط جوازها	٥٧
فرع : صلاة ذات الرقاع أفضل من صلاة بطن نخل على الأصح	٥٨
فرع : حكم سهو المأمومين في صلاة ذات الرقاع	٥٨
فرع : حكم حمل السلاح في صلاة ذات الرقاع ، وعسفان ، وبطن نخل	٥٩
النوع الرابع : صلاة شدة الخوف	٦٠

الموضوع	الصفحة
فرع : حكم صلاة حامل السلاح المتلطف بالدم	٦١
فرع : تقام صلاة الميدين والكسوفين في شدة الخوف ، ولا تقام صلاة الاستسقاء	٦١
فرع : تجوز صلاة شدة الخوف في كل ما ليس بمعصية من أنواع القتال ، ولا تجوز في المعصية	٦٢
فرع : الرخصة في هذا النوع لا تختص بالقتال ، بل تشمل بالخوف مطلقاً	٦٢
فرع : حكم المحرم إذا ضاق وقت وقوفه وخاف فوت الحج إن صلى	٦٣
فرع : حكم صلاة من رأوا شيئاً فظنوه عدواً ، فصلوا صلاة شدة الخوف فبان عدم الخوف	٦٣
فرع : حكم من كان يصلي متمكناً على الأرض مستقبل القبلة ، فحدث خوف في أثناء الصلاة فركب	٦٤
باب ما يجوز لبسه للمحارب وغيره وما لا يجوز	٦٥
فرع : للشافعي رحمه الله نصوص مختلفة في جواز استعمال الأعيان النجسة	٦٥
فصل : فيما يجوز لبسه في حال الاختيار وما لا يجوز	٦٦
فرع : يجوز لبس المطرف والمطرز بالديباج بشرط الاقتصار على عادة التطريف	٦٦
فرع : تحريم الحرير على الرجال لا يختص باللبس	٦٧
فرع : يجوز لبس الحرير في موضع الضرورة	٦٨

الموضوع	الصفحة
كتاب صلاة العيدين	٧٠
فرع : مشروعية صلاة العيد المنفرد والمسافر والعبد والمرأة	٧٠
فصل : في صفة صلاة العيد	٧١
فرع : في حكم رفع اليدين في التكبيرات الزوائد	٧٢
فرع : لو نسي التكبيرات الزوائد في القيام ، فذكر في الركوع أو بعده ، مضى ولم يكبر	٧٣
فصل : في خطبة العيد	٧٣
فصل : في جواز صلاة العيد في الصحراء والجامع ، وبيان الأفضل	٧٤
فصل : في السنن المستحبة ليلة العيد ويومه	٧٥
فرع : في سنية الغسل للعيدين ، وبيان وقته	٧٥
يستحب التطيب والتنظيف يوم العيد	٧٦
فرع : السنة لقاصد العيد المني	٧٦
فرع : في الذهاب إلى العيد من طريق والرجوع من أخرى	٧٧
فصل : في حكم قضاء صلاة العيد وغيرها من النوافل إذا فاتت	٧٧
فرع : في حكم صلاة الجمعة إذا وافقت يوم عيد	٧٨
فصل : في تكبير العيد	٧٨
فرع : في صفة تكبير العيد ، وكم يكبر	٨١
كتاب صلاة الكسوف	٨٣
فصل : تستحب الجماعة في صلاة الكسوف	٨٥

الموضوع	الصفحة
فرع : المصبوق إذا أدرك الامام في الركوع الأول من الركعة الأولى فقد أدرك الصلاة . . .	٨٦
فصل : تقوت صلاة كسوف الشمس بأمرين	٨٦
فصل : إذا اجتمعت صلاتان في وقت ، قدم ما يخاف فوته ، ثم الأوكد	٨٧
فرع : إذا اجتمع العيد والكسوف ، خطب لهما بعد الصلاتين خطبتين يذكر فيها العيد والكسوف	٨٨
فصل : في حكم ما سوى الكسوفين من الآيات ، كالزلازل ، والصواعق ، والرياح الشديدة	٨٩
كتاب صلاة الاستسقاء	٩٠
فصل : في آداب هذه الصلاة	٩١
السنة أن تصلي صلاة الاستسقاء في الصحراء ، وصفتها	٩٢
فصل : في خطبة الاستسقاء وأركانها وشرائطها	٩٣
كتاب الجنائز	٩٦
فصل : في آداب المحتضر	٩٦
باب غسل الميت	٩٨
فصل : غسل الميت فرض كفاية ، وكذا التكفين والصلاة عليه والدفن	٩٨
فرع : في صفة النسل وآدابه	١٠٠
فصل : فيمن يغسل الميت	١٠٣
فرع : في غسل المرأة زوجها	١٠٤

الموضوع	الصفحة
فرع : هل للأمة والمديرة وأم الولد غسل السيد ؟	١٠٤
فرع : حكم غسل الخنثى المشكل إذا لم يكن له محرم من الرجال أو النساء	١٠٥
فصل : إذا ازدحم الصالحون للنفس ، فإن كان الميت رجلاً ، غسله أقاربه على ترتيب صلاتهم عليه ، وهل تقدم الزوجة عليهم ؟	١٠٦
فصل : إذا مات المحرم لا يقرب طيباً	١٠٧
فصل : غير المحرم من الموق ، هل يقلم ظفره ، ويؤخذ شعر إبطه وعاتقه وشاربه ؟	١٠٧
فرع : لو تحرق مسلم بحيث لو غسل اتهاً ، لم يغسل ، بل ييمم	١٠٨
باب التكفين	١٠٩
فصل : في أقل الكفن	١١٠
فرع : يقدم الكفن على الديون والوصايا والميراث	١١٠
فرع : في عدد الأثواب في كفن الرجل والمرأة	١١١
فرع : يستحب تبخير الكفن إن لم يكن الميت محرماً	١١٣
باب حمل الجنازة	١١٤
فصل : في كيفية اتباع الجناز	١١٥
باب الصلاة على الميت	١١٦
فرع : السقط له حالان	١١٧
فصل : لا تجوز الصلاة على كافر	١١٨
فصل : الشهيد لا يغسل ولا يصلى عليه	١١٨

الموضوع	الصفحة
الشهيد نوعان	١١٩
فرع : الأولى أن يكفن الشهيد في ثيابه الملطخة بالدم	١٢٠
فصل : فيمن هو أولى بالصلاة على الميت	١٢١
فرع : إذا اجتمع اثنان في درجة وتنازعا	١٢٢
فصل : أين يقف الامام في الصلاة على الميت	١٢٢
فرع : إذا حضرت جناز، جاز أن يصلي على كل واحد صلاة، وجاز أن يصلي على الجميع صلاة واحدة	١٢٣
فصل : في كيفية الصلاة على الميت وأركانها	١٢٤
سنن الصلاة على الميت	١٢٥
فرع : المسبوق إذا أدرك الامام في أثناء الصلاة على الميت كبر ولم ينتظر تكبيرة الامام المستقبل	١٢٨
الشرائط المعتبرة في سائر الصلوات ، تعتبر في الصلاة على الميت	١٢٩
فصل : في شروط الصلاة على الميت الغائب	١٣٠
فصل : في تكرار الصلاة على الميت	١٣٠
حكم الصلاة على الميت في المسجد	١٣١
باب الدفن	١٣١
فصل : في أقل ما يجزىء في الدفن	١٣٢
فصل : يجوز الدفن في الشق واللحد	١٣٣
فرع : السنة أن يوضع الميت عند أسفل القبر ما يدعى به للميت عند إدخاله القبر	١٣٣ ١٣٤

الموضوع	الصفحة
فرع : إذا وضع في اللحد ، أضجع على جنبه الأيمن مستقبل القبلة	١٣٤
فرع : المستحب أن لا يزداد في القبر على ترابه الذي خرج منه ، ولا يرفع إلا قدر شبر ليعرف فيزار ويحترم	١٣٦
فرع : الانصراف عن الجنائزة أربعة أقسام	١٣٧
فرع : في تلقين الميت بعد الدفن	١٣٧
فرع : في حكم زيارة القبور للرجال والنساء	١٣٩
فرع : لا يجوز نبش القبر إلا في مواضع	١٤٠
فرع : إذا مات في سفينة ، إن كان بقرب الساحل ، أو بقرب جزيرة ، انتظروا ليدفنوه في البر ، وإلا شدوه وألقوه في البحر	١٤١
باب التعزية	١٤٤
معنى التعزية	١٤٤
فرع : يستحب لجيران الميت والأبعد من قرابته تهيئة طعام لأهل الميت	١٤٥
فرع : البكاء على الميت جائز قبل الموت وبعده	١٤٥
باب تارك الصلاة وأقوال العلماء فيه	١٤٦
كتاب الزكاة — فصل فيمن عليه الزكاة	١٤٩
فصل : الزكاة نوعان ، زكاة الأبدان ، وزكاة الأموال	١٥٠
باب زكاة النعم وشروطها	١٥١
الشرط الأول : النعم ، وهي الإبل والبقر والغنم	١٥١

الموضوع	الصفحة
الشرط الثاني : النصاب	١٥١
فصل : في نصاب زكاة البقر	١٥٢
فصل : في نصاب زكاة النعم	١٥٣
فصل : في صفة المخرج في الكمال والنقصان - أسباب النقص	١٦٤
في هذا الباب خمسة	
النقص الأول : المرض	١٦٤
النقص الثاني : العيب	١٦٥
النقص الثالث : الذكورة	١٦٦
النقص الرابع : الصغر	١٦٧
النقص الخامس : رداءة النوع	١٦٨
باب الخلطة في الزكاة ، وهي نوعان ، خلطة اشتراك ،	١٧٠
وخلطة جوار	
فصل : نوعا الخلطة يشتركان في اعتبار شروط	١٧١
فرع : في كيفية الرجوع في الخلطة	١٧٤
فصل : في اجتماع الخلطة والافراد في حول واحد	١٧٦
فرع : في صور بناها الأصحاب على هذه الاختلافات	١٧٨
فرع : فيما إذا خالط يعض ماله واحداً ، ويمضه آخر ، ولم	١٨٢
يخالط أحد خليطيه الآخر	
الشرط الثالث لوجوب زكاة النعم : الحول	١٨٤
الشرط الرابع : بقاء الملك في الماشية جميع الحول	١٨٦
الشرط الخامس : السوم	١٩٠

الموضوع	الصفحة
الشرط السادس : كمال الملك	١٩٢
فرع : الدين الثابت على الغير له أحوال	١٩٤
فرع : المال الغائب إن لم يكن مقدوراً عليه لا تقطاع الطريق ، أو انقطاع خبره ، فكالغصوب	١٩٤
فرع : اللقطة في السنة الأولى باقية على ملك المالك	١٩٦
فصل : الدين هل يمنع وجوب الزكاة ، فيه ثلاثة أقوال	١٩٧
فرع : إذا قلنا : الدين يمنع الزكاة ، فسواء دين الله ودين الآدمي	١٩٩
فصل : إذا أجر داراً أربع سنين بمائة دينار معجلة وقبضها ، ففي كيفية إخراج زكاتها قولان	٢٠٢
باب أداء الزكاة ، وهو واجب على الفور بعد التمكن . ثم الأداء يفتقر إلى فعل ونية ، أما الفعل فثلاثة أضرب	٢٠٤
فصل : ينبغي للإمام أن يبعث السعاة لأخذ الزكوات ، والأموال ضربان	٢١٠
فرع : يستحب للساعي أن يدعو لرب المال	٢١١
باب تعجيل الزكاة	٢١٢
فصل : شرط كون المعجل مجزئاً بقاء القابض بصفة الاستحقاق في آخر الحول	٢١٤
فرع : إذا أخذ الإمام من المالك قبل أن يتم حوله مالاً للمساكين فله حالان وفيه أربع مسائل	٢١٥

الموضوع	الصفحة
فضل : فيما إذا دفع الزكاة المعجلة إلى الفقير وقال : إنها معجلة . . .	٢١٨
فرع : إذا قال : هذه زكاتي أو صدقتي المفروضة فطريقان	٢١٩
فرع : المجل مضموم إلى ما عند المالك ، نازل منزلة ما لو كان في يده	٢٢١
باب حكم تأخير الزكاة	٢٢٣
فصل : في كيفية تعلق الزكاة بالمال	٢٢٦
باب زكاة المعشرات	٢٣١
فصل : النصاب معتبر في المعشرات ، وهي خمسة أوسق	٢٣٣
فصل : لا فرق بين ما تنبت الأرض المملوكة والمستأجرة في وجوب العشر	٢٣٤
فصل : في المال الذي يعتبر فيه بلوغ العشر خمسة أوسق	٢٣٦
فصل : لا تضم ثمرة العام الثاني إلى ثمرة العام الأول في إكمال النصاب	٢٤٠
فرع : مواضع اختلاف إدراك الثمر نجد وتهامة	٢٤١
فصل : لا يضم زرع عام إلى زرع عام آخر في إكمال النصاب	٢٤٢
فصل : يجب فيما سقي بماء السماء من الثمار والزرع العشر ، وكذا البقل	٢٤٤
فرع : إذا اجتمع في الزرع الواحد السقي بماء السماء والنضح فله حالان	٢٤٥
فصل : إذا كان الذي يملكه من الحبوب والثمار نوعاً واحداً أخذت منه الزكاة	٢٤٧

الصفحة	الموضوع
٢٤٨	فصل : وقت وجوب زكاة النخل والعنب والزهر
٢٥٠	فصل : خرس العنب والرطب اللذين تجب فيها الزكاة مستحب
٢٥٥	فصل : إذا أصاب النخل عطش ولو تركت الثمار عليها إلى أوان الجداد لأضررت بها، جاز قطع ما يندفع به الضرر
٢٥٦	باب زكاة الذهب والفضة
٢٦٠	فصل : لا زكاة فيما سوى الذهب والفضة من الجواهر
٢٦٠	فصل : حكم زكاة الحلي
٢٦٢	فصل : فيما يحل ويحرم من الحلي
٢٦٤	فرع : في حرمة استعمال الأواني من الذهب والفضة على النساء والرجال
٢٦٦	باب زكاة التجارة
٢٦٧	فصل : الحول والنصاب معتبران في زكاة التجارة
٢٦٨	فرع : في بيان ابتداء حول التجارة
٢٦٩	فصل : ربيع مال التجارة ضربان
٢٧٢	فصل : إذا كان مال التجارة حيواناً فله حالان
٢٧٣	فصل : لا خلاف أن قدر زكاة التجارة ربع العشر كالنقد، ومن أين يخرج ؟
٢٧٤	فرع : فيما يقوم به مال التجارة
٢٧٦	فصل : في تصرف التاجر في مال التجارة بالبيع بعد وجوب الزكاة
٢٧٧	فصل : فيما إذا كان مال التجارة تجب الزكاة في عينه
٢٨٠	فصل : في زكاة مال القراض

الموضوع	الصفحة
باب زكاة المعدن والركاز	٢٨٢
فصل : الركاز دفين الجاهلية	٢٨٦
باب زكاة الفطر	٢٩١
فصل : الفطرة يجوز تعجيلها من أول شهر رمضان على المذهب	٢٩٢
فصل : الفطرة قد يؤديها عن نفسه وقد يؤديها عن غيره ، وجبات التحمل ثلاث	٢٩٣
فرع : لو أخرجت الزوجة فطرة نفسها مع يسار الزوج بغير إذنه ، ففي إجزائها وجهان	٢٩٥
فرع : في فطرة الرجعية والبائن	٢٩٥
فصل : يشترط في مؤدي الفطرة ثلاثة أمور	٢٩٨
فصل : في القدر الواجب في الفطرة	٣٠١
فرع : كل ما يجب فيه العشر فهو صالح لإخراج الفطرة	٣٠٢
فرع : لا يميز بين المسوس والمصيب	٣٠٣
فرع : في الواجب من الأجناس الموزنة ثلاثة أوجه	٣٠٣
فصل : في مسائل مهمة	٣٠٥
باب قسم الصدقات	٣٠٧
أصناف الزكاة ثمانية	٣٠٨
الصف الأول : الفقير	٣٠٨
المكفي بنفقة من تلزمه نفقته غني	٣٠٩
الصف الثاني : المسكين	٣١١
الصف الثالث : العامل	٣١٣

الموضوع	الصفحة
الصف الرابع : المؤلف قلوبهم	٣١٣
الصف الخامس : الرقاب ، وهم المكاتبون	٣١٥
الصف السادس : الغارمون ، والديون ثلاثه أضرب	٣١٧
الصف السابع : في سبيل ، وهم الغزاة الذين لارزق لهم في الفيء	٣٢١
الصف الثامن : ابن السبيل الله ، وهو شخصان	٣٢١
فصل : في الصفات المشتركة في جميع الأصناف	٣٢٢
فصل : في كيفية الصرف إلى المستحقين وما يتعلق به ، وفيه مسائل	٣٢٢
المسألة الأولى : فيما يعول عليه في صفات المستحقين	٣٢٢
الصفة الجليلة ضربان	٣٢٣
المسألة الثانية : في قدر المعطى	٣٢٤
المسألة الثالثة : يجب استيعاب الأصناف الثمانية عند القدرة عليهم	٣٢٩
فرع : صدقة الفطر كسائر الزكوات في جواز النقل ومنعه ، وفي وجوب استيعاب الأصناف الثمانية	٣٣٢
أرباب الأموال صنفان	٣٣٥
فصل : يشترط في الساعي كونه مسلماً مكلفاً عدلاً حراً فقهاً بأبواب الزكاة	٣٣٥
فصل : وسم الفهم جائز في الجملة ، ووسم نعم الزكاة والفيء	٣٣٦
فصل : في مسائل متفرقة	٣٣٧
باب صدقة التطوع	٣٤١
فصل : وكانت محرمة على رسول الله ﷺ على الأظهر	٣٤١

الموضوع	الصفحة
فصل : ومن فضل عن حاجته وحاجة عياله وعن دينه مال ، هل يستحب له التصديق بجميع الفاضل ؟ فيه أوجه	٣٤٢
مسائل في صدقة التطوع	٣٤٣
كتاب الصيام	٣٤٥
فرع : هل يثبت هلال رمضان بالشهادة على الشهادة ؟ فيه طريقان	٣٤٧
فرع : حكم ما إذا رئي هلال رمضان في بلد ولم يُر في الآخر	٣٤٨
فصل : لا يصح الصوم إلا بالنية	٣٥٠
فرع : تبين النية شرط في صوم الفرض	٣٥١
فرع : يصح صوم النفل بنية قبل الزوال	٣٥٢
فرع : ينبغي أن تكون النية جازمة	٣٥٣
فصل : لا بد للصائم من الامساك عن المفطرات ، وهي أنواع	٣٥٦
فرع : من المفطرات دخول شيء في جوفه	٣٥٦
فرع : لا بأس بالاكتحال للصائم	٣٥٧
فرع : ابتلاع الريق لا يفطر بشروط	٣٥٩
فرع : في حكم سبق ماء المضمضة والاستنشاق	٣٦٠
فرع : حكم خروج المني بالاستمنا	٣٦١
فصل : في شروط الصوم ، وهي أربعة . النقاء من الحيض والنفاس ، الاسلام ، العقل ، الوقت	٣٦٥
فصل : في سنن الصوم	٣٦٨
فصل : في مباحات الفطر في رمضان وأحكامه	٣٦٩

الموضوع	الصفحة
فرع : في أحكام الفطر	٣٧٠
فصل : في الامساك تشبهاً بالصائمين	٣٧١
فصل : أيام رمضان متمينة لصومه	٣٧٣
فصل : تجب الكفارة على من أفسد صوم يوم من رمضان بمجاء تام أنتم به لأجل الصوم ، وفي الضابط قيود	٣٧٤
فرع : تجب الكفارة بالزنى وجماع أمة واللواط وإتيان البيمة ، وسواء أنزل ، أم لا	٣٧٧
فرع : في كمال صفة الكفارة	٣٧٩
فصل : في الفدية	٣٨٠
باب صوم التطوع	٣٨٦
فصل : صوم التطوع منه ما يتكرر بتكرر السنين ، ومنه ما يتكرر بتكرر الشهور ، ومنه ما يتكرر بتكرر الأسبوع	٣٨٧
فرع : حكم صيام الدهر	٣٨٨
كتاب الاعتكاف	٣٨٩
أركان الاعتكاف أربعة	٣٩١
الركن الأول : اللبث	٣٩١
فصل : يحرم على المتكف الجماع وجميع المباشرات بالشهوة	٣٩٢
فصل : يصح الاعتكاف بغير صوم	٣٩٣
الركن الثاني من أركان الاعتكاف : النية	٣٩٥
الركن الثالث : المتكف وشرطه	٣٩٦
الركن الرابع : المتكف فيه وهو المسجد	٣٩٨

الموضوع	الصفحة
فصل : في حكم من نذر اعتكاف مدة وأطلق	٣٩٩
فصل : في استتباع الليالي الأيام وعكسه	٤٠١
فصل : في حكم من نذر اعتكافاً متتابعاً وشرط الخروج	٤٠٢
فصل : إذا نذر اعتكافاً متتابعاً ، وشرط الخروج ، إن عرض	٤٠٢
عارض ، صح شرطه على المذهب	
فرع : فيما يقطع التتابع في الاعتكاف المتتابع ويخرج إلى	٤٠٤
الاستئناف	
مراتب العذر في خروج المعتكف	٤٠٥
فرع : لا يجوز خروج المعتكف لميادة المريض ، ولا لصلاة	٤٠٦
الجنائز	
فرع : إذا حاضت المرأة المعتكفة ، لزمها الخروج ، وهل	٤٠٧
ينقطع تنابعها ؟	
فرع : المرض العارض للمعتكف أقسام	٤٠٧
فرع : لو خرج ناسياً أو مكرهاً ، لم ينقطع تنابعه على المذهب	٤٠٨
فرع : في خروج المعتكف إذا دعي لأداء شهادة	٤٠٨
فرع : يجب الخروج لصلاة الجمعة ، ويطل به الاعتكاف	٤٠٩
على الأظهر ، لا مكان الاعتكاف في الجامع	
فرع : كل ما قطع التتابع يحوج إلى الاستئناف بنية جديدة ،	٤٠٩
وكل عذر لم يجعله قاطعاً ، فعند الفراغ منه يجب المود	
الفهرس	٤١١



فهرست الجزء الثالث

الموضوع	الصفحة
كتاب الحج	٣
شروط الحج	٣
فرع : الاستطاعة نوعان ، استطاعة مباشرة بنفسه ، واستطاعة تحصيله بغيره	٤
استطاعة المباشرة بنفسه يتعلق بها خمسة أمور : الراحلة ، والزاد ، والطريق ، والبدن ، وإمكان السير	٤
الراحلة ، والناس فيها قيمان	٤
يشترط لوجوب الحج وجود الزاد وما يحتاج إليه في السفر	٥
يشترط للطريق الأمن في ثلاثة أشياء : النفس ، والبضع ، والمال	٨
يشترط لاستطاعة المباشرة قوة يستمسك بها على الراحلة	١١
إمكان السير وما يتعلق به	١٢
متى يجوز أن يحج عن الشخص غيره	١٢
حكم الحج إذا لم يجد مالاً ، ووجد من يحصل له الحج	١٥
فصل : في المرأة	١٧
فصل : في الاستتجار في الحج وأحكامه	١٨
فرع : للقول بآيات أصل الخط	٢٤
فرع : إذا مات الأجير في أثناء الحج فله ثلاثة أحوال	٣١

الموضوع	الصفحة
فصل : إذا اجتمعت شرائط وجوب الحج ، فهل يجب على الفور ، أم على التراخي ؟	٣٣
فصل : حجة الاسلام في حق من يتأهل لها تقدّم على حجة القضاء	٣٤
باب مواقيت الحج	٣٧
فصل : في الميقات المكاني ، والمواقيت الشرعية خمسة	٣٨
فصل : إذا جاوز موضعاً وجب الايام منه غير محرم ، ثم وعليه المود إليه	٤١
فصل : هل الإحرام من الميقات أفضل ، أم من فوقه ؟	٤٢
فصل : في ميقات العمرة	٤٣
باب وجوه الاحرام وما يتعلق بها	٤٤
لوجوب الدم ثمانية شروط	٤٦
فصل : التمتع يلزمه دم شاة بصفة الأضحية	٥٢
فرع : التمتع الواحد للهدي إذا مات قبل فراغ الحج هل يسقط عنه الدم ؟	٥٦
باب الاحرام	٥٨
للأحرام حالان	٥٩
فصل : إذا أحرم عمره وبنا أحرم به زيد ، جاز ، ثم لزيد أحوال	٦٠
فصل : في سنن الاحرام	٦٩
باب دخول مكة زادها الله شرفاً وما يتعلق به	٧٤
فصل : من قصد لا لنسك فله حالان	٧٧
فصل : في أحكام الطواف	٧٩
واجبات الطواف ثمانية	٧٩

الموضوع	الصفحة
سنن الطواف خمسة	٨٤
فصل : في السعي	٨٨
فرع : في واجبات السعي وشروطه	٩٠
فصل : في الوقوف بمرفة وما يتعلق به	٩٢
فرع : في الحج أربع خطب مسنونة	٩٣
فرع : في بيان الوقوف بمرفة وما يعتبر فيه	٩٥
فصل : في المبيت بمزدلفة وما يتعلق به	٩٨
فصل : في الدفع إلى منى وما يتعلق به	١٠٠
فصل : أعمال الحج يوم النحر أربعة : رمي جرة العقبة ، والذبح ، والحلق ، والطواف	١٠٢
فصل : مبيت أربع ليال نسك في الحج	١٠٤
فصل : فيما يتعلق بالرمي	١٠٦
فصل : في بيان ما يرمى به	١١٣
فرع : في حقيقة الرمي	١١٣
فصل : في حكم طواف الوداع	١١٦
فصل : أعمال الحج ثلاثة أقسام : أركان ، وأبماض ، وهيات	١١٩
باب حج الصبي ومن في معناه	١١٩
باب محرمات الاحرام ، وهي سبعة أنواع	١٢٥
فرع : أما المذخور في الاحرام فله صور	١٢٨
فرع : في بيان استعمال الطيب في الاحرام	١٣١
فرع : في بيان القصد من التطيب	١٣٢
حكم الحلق لغير عذر في الاحرام	١٣٥

الصفحة	الموضوع
١٣٦	حكم الخلق لعذر ، لا إثم فيه ، وفي فديته صور
١٣٩	فرع : يجب على مفسد الحج بالجماع بدنة ، وعلى مفسد العمرة كذلك
١٣٩	فرع : يجب على مفسد الحج القضاء بالاتفاق
١٤٣	فصل : حكم من ارتد في أثناء حجه
١٤٤	حكم مقدمات الجماع في الحج
١٤٤	حكم الاصطياد في الاحرام وما يتعلق به من الأمور
١٥٦	فصل : في بيان الجزاء في الصيد للمحرم
١٥٧	فرع : في بيان الثلي ، والكلام في الدواب ثم الطيور
١٦٣	فصل : صيد حرم مكة حرام على المحرم والحلال
١٦٥	فصل : قطع نبات الحرم كاصطياده ، وهل يتعلق به الضمان؟ قولان
١٦٨	فرع : يكره نقل تراب الحرم وأحجاره إلى سائر البقاع ، ولا يكره نقل ماء زمزم
١٦٨	فصل : في حكم التعرض لصيد حرم المدينة وشجره
١٧٠	فصل : المخطورات تنقسم إلى استهلاك كالخلق ، وإلى استمتاع كالطيب ، وإذا باشر محظورين فله أحوال
١٧٢	باب موانع إتمام الحج بعد الشروع فيه وهي ستة أنواع
١٧٢	المانع الأول من موانع الحج بعد الشروع فيه : الإحصار
١٧٥	المانع الثاني : الحصر الخاص الذي يتفق لواحد أو شرذمة من الرقعة
١٧٦	المانع الثالث : الرق ، فاحرام العبد ينمقد باذن سيده وبغير إذنه
١٧٨	المانع الرابع : الزوجية ، يستحب للمرأة أن لا تحرم بغير إذن زوجها
١٧٩	المانع الخامس : منع الأبوين

الموضوع	الصفحة
فصل : في حكم فوات الحج	١٨٢
باب الدماء	١٨٣
فصل : في كيفية وجوب الدماء وما يقوم مقامها	١٨٣
أنواع الدماء ثمانية	١٨٤
فصل : في بيان زمان إراقة الدماء ومكانها	١٨٦
باب الهدي ، وحكم الأكل من الهدي الواجب والتطوع	١٨٩
كتاب الضحايا ، وحكم الأضحية	١٩٢
فصل : للتضحية شروط وأحكام	١٩٣
شروط الأضحية أربعة	١٩٣
فصل : في صفة الأضحية ، وما يجزىء منها وما لا يجزىء	١٩٤
فرع : في صفة السكال للأضحية	١٩٧
الشاة الواجبة لا تجزىء إلا عن واحد، لكن إذا ضحى بها واحد	١٩٨
عن أهل بيت تأدى الشعار لجميعهم	
البدنة تجزىء عن سبعة وكذا البقرة	١٩٨
وقت الأضحية	١٩٩
أهلية الذابح وفيه مسائل	٢٠٠
الذبيح وصفته	٢٠١
فصل : في سنن الذبيح وآدابه	٢٠٤
ما يفعل من أراد الأضحية إذا دخل العشر الأول من ذي الحجة	٢١٠
فصل : أحكام الأضحية ثلاثة أنواع	٢١٠

الموضوع	الصفحة
النوع الأول : فيما يتعلق بتلفها وإتلافها وفيه مسائل	٢١٠
النوع الثاني : من أحكام الأضحية في عيها وفيه مسائل	٢١٦
النوع الثالث : في ضلال الأضحية وفيه مسائل	٢١٩
حكم الأكل من الأضحية والهدي وفيه فصلان	٢٢١
الارتفاع بالأضحية وما في معناه وفيه مسائل	٢٢٤
فصل : في مسائل منشورة في الأضحية	٢٢٧
باب العقيقة وحكمها	٢٢٩
ما يستحب للمولود يوم سابعه	٢٣٢
من السنة تسمية المولود بأحب الأسماء	٢٣٥
كتاب الصيد والذبايح ، وله أربعة أركان	٢٣٧
الركن الأول : الذبايح وما يتعلق به وما يشترط له	٢٣٧
الركن الثاني : الذبيح وما يتعلق به	٢٣٩
الركن الثالث : آلة الذبح والاصطياد ، وهي ثلاثة أقسام	٢٤٣
ما يشترط في الكلب المعلم للصيد	٢٤٦
الركن الرابع : نفس الذبح وعقد الصيد	٢٤٩
القصد في الصيد له ثلاث مراتب	٢٤٩
فصل : في بيان ما يملك به الصيد ، وبيان طريقه	٢٥٣
فصل : في الاشتراك والازدحام على الصيد ، وله أربعة أحوال	٢٦١
الحال الأول : أن يتعاقب جرحان من اثنين	٢٦١
الحال الثاني : إذا وقع الجرحان معاً	٢٦٥
الحال الثالث : إذا ترتب الجرحان وأحدهما مزمن لو انفرد ، والآخر مذنف وارد على المذبح	٢٦٥

الموضوع	الصفحة
الحال الرابع : إذا ترتب الجرحان وحصل الإزمان بمجموعهما ، وكل واحد لو انفرد لم يضمن	٢٦٧
فصل : في مسائل مشورة في الصيد	٢٦٨
كتاب الأطعمة وفيه بابان	٢٧١
الباب الأول : في حال الاختيار	٢٧١
ما يتأتى أكله من الحيوان والجماد لا يمكن حصر أنواعه ، لكن الأصل في الجميع الحل ، إلا ما يستثنيه أحد أصول	٢٧١
الأصل الأول : ما نص الكتاب أو السنة على تحريمه ، فهو حرام ، وذكر بعض الأنواع	٢٧١
الأصل الثاني : ما أمر بقتله ، فهو حرام ، وذكر بعض الأنواع	٢٧٢
الأصل الثالث : ما نهى عن قتله ، فهو حرام ، وذكر بعض الأنواع	٢٧٣
فصل : الحيوان الذي لا يهلكه الماء ضربان	٢٧٤
الأصل الخامس : المستحبات من الأصول المعتبرة في الباب	٢٧٥
فرع : يكره أكل لحم الجلالة	٢٧٨
أصول المكاسب : الزراعة ، والتجارة ، والصناعة ، أيها أطيب ؟	٢٨١
الباب الثاني من كتاب الأطعمة ، في حال الاضطرار وفيه مسائل	٢٨٢
للمضطر إذا لم يجد حلالاً ، أكل المحرمات	٢٨٢
حد الضرورة في أكل المحرمات	٢٨٢
الحرّم الذي يضطر إلى تناوله قهراً ، مسكر وغيره	٢٨٤
إذا وجد المضطر طعاماً حلالاً لغيره ، فله حالان	٢٨٥
إذا وجد المضطر ميتة وطعام الغير وهو غائب ، فثلاثة أوجه	٢٨٩

الموضوع	الصفحة
فصل : في مسائل تتعلق بالأطعمة	٢٩١
كتاب النذر	٢٩٣
أركان النذر ثلاثة : الناذر ، والمندور ، والصيغة	٢٩٣
الركن الأول : الناذر وتعريفه	٢٩٣
النذر قيمان : نذر تبرؤ ، ولجاج وغضب	٢٩٣
الركن الثاني من أركان النذر : الصيغة	٢٩٣
نذر التبرؤ نوعان	٢٩٣
نذر اللجاج والغضب وتعريفه	٢٩٤
ينظر في الصيغة إلى قصد الشخص وإرادته	٢٩٧
الركن الثالث من أركان النذر : المندور ، وهو إما طاعة ،	٣٠٠
أو معصية ، أو مباح	
الكلام على أنواع نذر الطاعة	٣٠٠
الفصل الثاني : في أحكام النذر ، والملتزمات أنواع	٣٠٥
النوع الأول : الصوم وأمثله	٣٠٥
فرع : إذا نذر صوم سنة فله حالان	٣١٠
فصل : إذا نذر صوم يوم الاثنين أبداً : لزمه الوفاء تقريباً على	٣١٦
الصحيح أن الوقت الميعن للصوم يتعين	
فصل : إذا نذر صوم الدهر انقضى نذره ، ويستثنى عنه أيام العيد ،	٣١٧
وأيام التشريق ، وقضاء رمضان	
النوع الثاني من الملتزمات : الحج والعمرة وأمثله	٣١٨
النوع الثالث من الملتزمات : إتيان المساجد وأمثله	٣٢٤

الموضوع	الصفحة
النوع الرابع من الملزمات : الهدايا والضحايا والأمثلة عليها	٣٢٨
فرع : في الصفات المعتبرة في الحيوان المذخور مطلقاً	٣٣١
فرع : في مسائل من كتاب « الأم »	٣٣٣
فصل : في مسائل مثورة في النذر	٣٣٤
كتاب البيع وتعريفه	٣٣٨
يعتبر في صحة البيع ثلاثة أمور	٣٣٨
الأمر الأول : الصيغة والكلام عليه	٣٣٨
الأمر الثاني : أهلية البائع والمشتري وما يشترط فيها لصحة التصرف ، وأمثله	٣٤٣
الأمر الثالث : صلاحية العقود عليه ، فيعتبر في البيع لصحة بيعه خمسة شروط	٣٥٠
الشرط الأول : الطهارة ، والكلام على نجس العين ، وما نجس بعارض	٣٥١
الشرط الثاني : أن يكون منتفعاً به ، ولعدم المنفعة سببان	٣٥٢
الشرط الثالث : أن يكون المبيع مملوكاً لمن يقع العقد له ، وأمثله	٣٥٥
الشرط الرابع : القدرة على تسليم المبيع ، ولا بد منها ، وفواتها قد يكون حيساً ، وقد يكون شرعاً ، وفيه مسائل	٣٥٧
الشرط الخامس : كون المبيع معلوماً ، وأمثله	٣٦٠
فرع : إذا قال : بعتك صاعاً من هذه الصبرة فله حالان	٣٦٢
فصل : وأما بيع القدر ، فالبيع قد يكون في النعمة وقد يكون مميناً	٣٦٤
فرع : إذا باع بدراهم أو دنائير ، اشترط العلم بنوعها ، وأمثله	٣٦٥

الموضوع	الصفحة
فصل : وأما بيع الصفة ففيه مسائل	٣٧٠
إذا لم تجوز بيع الغائب وشراؤه ، فعليه فروع ستة	٣٧١
إذا جوزنا بيع الغائب ، فعليه ثلاثة عشر فرعاً	٣٧٥
باب الربا ، ويكون في المطعوم ، والذهب ، والفضة	٣٧٩
أمثلة المطعوم	٣٧٩
إذا باع مالاً بمال فله حالان	٣٨٠
فصل : معيار الشرع الذي تراعى المماثلة به هو الكيل والوزن ، وأمثله	٣٨٢
فصل : في بيان القاعدة المعروفة بمدة عجوة	٣٨٦
فصل : في الحال الذي تعتبر فيه المماثلة ، الربوي ضربان	٣٨٨
فرع : الربوي المروض على النار ضربان	٣٩٢
فصل : في معرفة الجنسية في الربويات	٣٩٤
باب : البيوع المنهي عنها ، وأنواعها مفصلة	٣٩٧
فرع : في بيع الرقيق بشرط العتق ثلاثة أقوال	٤٠٣
فصل : في ضبط صحيح الشروط في البيع وفاسدها	٤٠٥
فرع : ومن الشروط الصحيحة باتفاق أو على خلاف ، مسائل نشير إلى بعضها مختصرة	٤٠٧
فصل : البيع الصحيح إذا ضم إليه شرط ، فذلك الشرط ضربان ، صحيح وفاسد	٤١٠
فصل : إذا فسد العقد بشرط فاسد ، ثم حذف الشرط ، لم يتقلب العقد صحيحاً ، سواء كان الحذف في المجلس أو بعده	٤١٢
القسم الثاني من المناهي في البيوع : مالا يقتضي الفساد ، وأنواعه	٤١٣

الصفحة	الموضوع
٤١٤	فصل : يحرم أن يبيع حاضر لباد ، وتعريفه
٤١٥	فصل : يحرم تلقي الركبان ، وتعريفه
٤١٥	فصل : يحرم السوم على سوم أخيه ، وتعريفه
٤١٦	فصل : يحرم النجش ، وتعريفه
٤١٧	فصل : يحرم التفريق بين الجارية وولدها الصغير بالبيع والقسمة والهبة ونحوها
٤١٨	فصل : في حكم بيع الرطب والعنب لمن يتخذه خمرأ
٤١٨	فصل : في حكم بيع العينة وتعريفها وأقوال العلماء فيها
٤٢٠	فصل : في حكم بيع دور مكة وبيع المصاحف وكتب الحديث ، وذكر بعض البيوع المنهي عنها
٤٢٢	باب تفريق الصفقة ، وأنواعه وأحواله
٤٢٧	فصل : فيما إذا باع ماله ومال غيره
٤٢٩	فرع : في الإشارة إلى طرف من مسائل الدور يتعلق بتفريق ، الصفقة ، وأمثله
٤٣٤	باب خيار المجلس والشروط
٤٣٥	فصل : في بيان العقود التي يثبت فيها خيار المجلس والتي لا تثبت فيها العقود
٤٣٩	فصل : فيما ينقطع به خيار المجلس
٤٤٧	فصل : فيما يثبت فيه خيار الشرط من العقود ومالا يثبت
٤٤٨	فصل : يجوز شرط الخيار للعاقدين ولأحدهما بالاجماع
٤٥٠	فصل : ملك المبيع في زمن الخيار لمن ؟ فيه ثلاثة أقوال ، وعليه فروع كثيرة

الموضوع	الصفحة
حكم البيع إذا تلف بآفة سماوية في زمن الخيار	٤٥٣
فصل : فيما يحصل به الفسخ والإجازة	٤٥٦
فرع : في المرض على البيع والاذن والتوكيل	٤٥٨
باب خيار النقيصة	٤٦٠
ذكر بعض العيوب في البيع	٤٦١
فصل : العيب ينقسم إلى ما كان موجوداً قبل البيع وإلى ما حدث بعده ، وفيه صور	٤٦٦
مضى التصرية وحكمها	٤٦٨
فصل : إذا باع بشرط أنه بريء من كل عيب بالبيع ، فهل يصح هذا الشرط ؟	٤٧٢
فصل : من موانع الرد أن لا يتمكن المشتري من رد المبيع	٤٧٤
فصل : الرد بالعيب على الفور	٤٧٨
فصل : إذا حدث بالبيع عيب في يد المشتري بجناية أو آفة ، ثم اطلع على عيب قديم	٤٨٢
فصل : إذا اشترى ما مأكوله في جوفه فكسره فوجده فاسداً	٤٨٦
فصل : البيع في الصفقة الواحدة ، إن كان شيتين ، بأن اشترى عشرين غزراً مميئين ، فله ردهما ، وكذا لو خرج أحدهما معيياً	٤٨٨
فصل : فيما إذا وجد بالبيع عيب واختلفا هل حدث عند المشتري ، أم عند البائع	٤٩٠
فرع : زيادة البيع ضربان : متصلة ، ومنفصلة	٤٩٣
فصل : في حكم الإقالة بعد البيع	٤٩٥

الصفحة	الموضوع
٤٩٧	فصل : في مسائل تتعلق باب خيار النقيصة
٥٠١	باب حكم المبيع قبل القبض وبعده وصفة القبض
٥٠٥	فرع : منقول من فتاوى القاضي في هذا الباب
٥٠٦	فصل : إذا طرأ على المبيع قبل القبض عيب أو نقص ، إن كان بأفة سماوية ، فللمشتري الخيار ، وإن كان بجناية ، ففيه أقوال
٥١٠	المال المستحق للإنسان عند غيره : عين ، ودين
٥١٠	العين ضربان : أمانة ، ومضمون
٥١٤	فصل : الدين في الزمة ثلاثة أضرب : مثنى ، ومثنى ، وغيرها
٥١٦	فصل : في حقيقة القبض ، وتفصيله أن المبيع نوعان : ما يعتبر فيه تقدير ، وما لا يعتبر فيه تقدير
٥٢٢	فرع : للمشتري أن يوكل في القبض ، وللبيع أن يوكل في الإقباض ويشترط فيه أمران
٥٢٤	فصل : يلزم كل واحد من المتبايعين تسليم الموضع الذي يستحقه الآخر
٥٢٧	باب بيان الألفاظ التي تطلق في البيع وتتناثر بالقرائن المنضمة إليها وهي ثلاثة أقسام
٥٢٩	فصل : لبيع المراجعة عبارات ، أكثرها دوراناً على الألسنة ثلاث
٥٣١	فصل : بيع المراجعة مبني على الأمانة
٥٣٥	فصل : لو قال : اشتريت بمائة ، وباعه مائة ، ثم بان أنه اشتراه بتسعين بأقراره أو بيئته ، فالبيع صحيح على الصحيح ، وكذبه ضربان

الصفحة	الموضوع
٥٣٨	فيما يطلق من الألفاظ في المبيع ، وهي ستة
٥٣٨	اللفظ الأول : الأرض وما في معناها
٥٣٩	فصل : الزرع ضربان: ما يؤخذ دفعة واحدة ، كالحنطة والشمير ، فلا يدخل في مطلق بيع الأرض ، وما تؤخذ ثمرة مرة بمد أخرى في سنتين أو أكثر ، كالقطن الحجازي ، والترجس وغيرها ، فالظاهر من ثمارها عند بيع الأرض يبقى للبائع
٥٤١	فصل : الحجارة إن كانت مخلوقة في الأرض ، أو مثبتة ، دخلت في بيع الأرض ، وحكم القلع والنقل إن كانت تضر أو لا تضر ، وأحواله إذا علم المشتري ذلك أو جهل
٥٤٤	اللفظ الثاني : من الألفاظ التي تطلق في المبيع : البستان والباغ
٥٤٥	اللفظ الثالث : الدار ، وما يدخل فيها
٥٤٨	اللفظ الرابع : العبد
٥٤٩	اللفظ الخامس : الشجر وما يدخل فيها
٥٥٠	فصل : في بيان الحال الذي تدرج فيه الثمرة في بيع الشجرة
٥٥٥	اللفظ السادس : الثمار، وهي تباع قبل بدو الصلاح وبمده، وأحوالها
٥٥٩	فرع لابن الحداد : لو باع نصف الثمار على رؤوس الشجر مشاعاً قبل بدو الصلاح ، لم يصح
٥٦٢	فصل : لا يصح بيع المحاقلة وتريفها
٥٦٢	فصل : في بيع المرايا ، وصفته
٥٦٤	فصل : إذا باع الثمرة بمد بدو الصلاح ، لزمه سقيها قبل التخلية وبمدها بقدر ما تنمو به الثمار وتسلم من التلف والفساد

الموضوع	الصفحة
فرع : من الموارض اختلاط الثمار المبيعة بغيرها لتلاحقها	٥٦٦
باب معاملات العبيد	٥٦٨
تفصيله بثلاث عشرة صورة	٥٦٩
فرع : في جواز معاملة من لا يعرف رقبته وحرية	٥٧١
فصل : ديون معاملات المأذون تؤدي مما في يده من مال التجارة ، سواء الأرباح الحاصلة بتجارته ورأس المال	٥٧٣
فرع : في حكم ما لو أذن لعبده في التجارة مطلقاً ولم يعين مالا	٥٧٤
فصل : وأما غير المأذون ، فقد يكون مأذوناً في غير التجارة ، وقد لا يكون مأذوناً أصلاً ، وذكر طرف منها	٥٧٥
فصل : لا يملك العبد بتمليك غير سيده ، وفي ملكه بتملكه بتملكه سيده قولان	٥٧٦
باب اختلاف المتبايعين وتحالفها	٥٧٧
فصل : في كيفية التحالف	٥٨١
فرع : المذهب وظاهر النص ، الاكتفاء بيمين واحدة من كل واحد تجمع النفي والإثبات	٥٨٢
فصل : إذا تحالفا ، فصحيح المذهب أنه لا يفسخ العقد بمجرد التحالف	٥٨٣
فصل : لو تقابلا ، أو رد المشتري المبيع بعد قبض البائع الثمن ، واختلفا في قدر الثمن ، فالقول قول البائع مع يمينه ، لأنه غارم	٥٨٨

الفهرس

الموضوع	الصفحة
كتاب السلم وشروطه	٣
الشرط الأول : تسليم رأس المال في مجلس العقد	٣
الشرط الثاني : كون المسلم فيه ديناً	٦
فصل : يصح السلم الحال كالمؤجّل	٧
فصل : إذا أسلم مؤجّلاً اشترط كونه معلوماً	٧
فرع : في التوقيت بشهور الفرس والروم وحكمه	٨
الشرط الثالث : القدرة على التسليم	١١
فرع : فيما يحصل به الانقطاع	١٢
الشرط الرابع : بيان محل التسليم	١٢
الشرط الخامس : العلم بالمقدار ، وذلك يكون بالكيل ، أو الوزن ، أو النزع ، أو العد.	١٤
فصل : لا يجوز السلم في البطيخة والسفرجلة ، ولا في عدد منها ، لأنه يحتاج إلى ذكر حجمها ووزنها .	١٤
الشرط السادس : معرفة الأوصاف	١٥
لتعذر ضبط معرفة الأوصاف أسباب ، منها : الاختلاط . والمختلطات أربعة أنواع .	١٦
فصل : يجوز السلم في الحيوان ، وهو خمسة أنواع .	١٨
فصل : السلم في اللحم جائز ، ويجب فيه بيان ستة أمور .	٢٠

الموضوع	الصفحة
فصل : فيما يجوز فيه السلم ومالا يجوز .	٢٢
فصل : يشترط في التمر ذكر النوع والبسلة واللون وصفه وكبره وجديداً أو عتيقاً ، وكذا الخطة وسائر الجيوب .	٢٣
فصل : يجوز السلم في اللبن ، ويبين فيه ما يبين في اللحم سوى الأمر الثالث والسادس .	٢٣
فصل : في السلم في الصوف والقطن وشروطها .	٢٤
فصل : في السلم في الأبريسم والفزل والثياب وشروطها .	٢٥
فصل : في السلم في الخشب والحديد وشروطها .	٢٦
فصل : في مسائل منثورة تتعلق بما سبق .	٢٧
فصل : هل يشترط ذكر الجودة والرداءة في السلم فيه .	٢٨
فصل : صفات السلم فيه مشهورة عند الناس وغير مشهورة .	٢٩
فصل : في أداء المسلم فيه والكلام في صفته وزمانه ومكانه .	٢٩
باب القرض .	٣٢
فصل : يحرم كل قرض جر منفعة .	٣٤
فصل : فيما يملك به المقرض قولان متزعمان من كلام الشافعي رضي الله عنه .	٣٥
فصل : أداء القرض في الصفة والمكان والزمان كالمسلم فيه .	٣٦
كتاب الرهن وفيه أربعة أبواب .	٣٨
الباب الأول في أركان الرهن ، وهي أربعة .	٣٨
الركن الأول : المرهون ، وله شروط .	
الشرط الأول : كونه عيناً .	

الموضوع	الصفحة
الشرط اثنائي : مختلف فيه ، وهو صلاحية الرهن ثبوت اليد عليه .	٣٩
الشرط الثالث : كون المين قابلة للبيع عند حلول الدين .	٤٠
فصل : في رهن ما يتسارع إليه الفساد .	٤٣
الرهن بالدين مؤجل له ثلاثة أحوال .	٤٣
فصل : في رهن المبد المحارب ورهن المرتد .	٤٤
فرع : رهن الملق عتقه بصفة له صور .	٤٧
فرع : رهن الثمر على الشجر له حالان .	٤٨
فصل : لا يشترط كون المرهون ملك الراهن على المذهب ، وذكر	٥٠
تسعة فروع للرهن والعارية .	
الركن الثاني من أركان الرهن : المرهون به ، وله ثلاثة شروط .	٥٣
فصل : يجوز أن يرهن بالدين الواحد رهناً بعد رهن ، ثم هو كما	٥٦
لو رهنها مماً .	
الركن الثالث من أركان الرهن : الصيغة ، فيعتبر الإيجاب والقبول	٥٧
اعتبارها في البيع .	
الشرط في الرهن ضربان ، أحدهما : يقتضيه ، والثاني : ينفع الراهن	٥٨
ويضر المرتهن .	
فصل : في رهن الظرف والظروف .	٦١
الركن الرابع من أركان الرهن : العاقدان ، فيعتبر فيها التكليف .	٦٢
فصل : في رهن المكاتب وارتبانه .	٦٤
الباب الثاني في حكم القبض والطوارئ قبله .	٦٥
فصل : في صفة القبض في المقار والمنقول .	٦٥

الموضوع	الصفحة
فصل : في الطوارئ المؤثرة في المقد قبل القبض ، وهي ثلاثة أنواع .	٦٩
فصل : في تخلل الحجر وتخليلها ، وهي نوعان .	٧٢
الباب الثالث : في حكم الرهون بعد القبض ، وفيه ثلاثة أطراف :	٧٤
فصل : للراهن استيفاء المنافع التي لا تضر بالرتن .	٧٩
فصل : اليد على الرهون مستحقة للرتن .	٨٠
فصل : الديون التي على الميت تتعلق بتركته قطعاً ، كتملق الدين بالرهون .	٨٤
فصل : الرتن يستحق بيع الرهون عند الحاجة .	٨٨
فصل : مؤنة الرهن التي يبقى بها ، كنفقة البد وكسوته ، وعلف الدابة ، على الراهن .	٩٣
فصل : الرهن أمانة في يد الرتن .	٩٦
فرع : إذا ادعى الرتن تلف الرهون في يده ، قبل قوله مع يمينه .	٩٧
فصل : ليس للرتن في الرهون إلا حق الاستيثاق ، وهو ممنوع من جميع التصرفات القولية والفعلية ومن الاتفعا .	٩٩
فصل : فيما يتعلق به حق الوثيقة ، وهي متعلقة بين الرهون قطعاً ، وغير المين ضربان :	١٠٠
ينفك الرهن بأسباب .	١٠٤
فرع : يتصور انفكاك بمض الرهون بأحد أمور .	١٠٨
الباب الرابع : في الاختلاف في الرهن ، ويفرض في أمور .	١١٢
فصل : في الاختلاف في قديم عيب الرهون وحدوثه .	١٢٥
كتاب التفليس ، وتريفه لغة وشرعاً .	١٢٧

الموضوع	الصفحة
فصل : يحجر القاضي على المفلس بالتأسي الفرماء الحجر عليه بالديون الحالة الزائدة على قدر ماله ، وله قيود .	١٢٧
فصل : وإذا حجر عليه استحب للحاكم أن يشهد عليه ليحذر الناس معاملته .	١٣٠
فصل : من مات وعليه دين فادعى وارثه ديناً له على رجل ، وأقام شاهداً وحلف معه ، ثبت الحق وجعل في تركته .	١٣٥
فصل : إذا أراد السفر من عليه دين ، فإن كان حالاً ، فلصاحبه منه حتى يقضي حقه .	١٣٦
فصل : إذا ثبت إعسار المدين ، لم يجز جسه ولا ملازمته .	١٣٦
فصل : إذا حجر الحاكم على المفلس ، استحب أن يبادر ببيع ماله وقسمته لثلاث يطول زمن الحجر .	١٤١
فصل : فيما يباع من مال المفلس ، وفيه مسائل .	١٤٤
فصل : من قواعد الباب ، أن المفلس لا يؤمر بتحصيل ما ليس بمأصل ، ولا يمكن تفويت ما هو حاصل .	١٤٦
فصل : إذا قسم الحاكم مال المفلس بين الفرماء ، فهل يتفك الحجر بنفسه ، أم يحتاج إلى فك الحاكم ؟	١٤٧
فصل : حق الرجوع إنما يثبت بشروط ، ولا يختص بالبيع ، بل يجري في غيره من المعاديات .	١٤٨
فرع في إفلاس المستأجر والمؤجر .	١٥١

الموضوع	الصفحة
القسم الأول : المستأجر ، والاجارة نوعان ، أحدهما : إجارة عين .	١٥١
القسم الثاني : في إفلاس المؤجر في إجارة العين أو الذمة .	١٥٣
فرع : لو أغلى الزيت المبيع حتى ذهب بمضه ثم أفلس ، فالذهب أنه كتلف بمض المبيع .	١٥٨
التغير بالزيادة نوعان ، والزيادات الحاصلة ، لا من خارج ، ثلاثة .	١٥٩
أضرب .	
فصل : متى رجح البائع في الشجر وبقيت الثمار للفلس ، فليس له قطعها ، بل عليه إبقاؤها إلى الجداد .	١٦٥
النوع الثاني : من الزيادات ، ما التحق بالمبيع من خارج .	١٦٧
فرع : اشترى الأرض من رجل ، والفراس من آخر ، وغرسه فيها ، ثم أفلس ، فلكل الرجوع إلى عين ماله .	١٦٨
فصل : لو أخفى المدين بمض ماله ، ونقص الموجود عن دينه ...	١٧٥
كتاب المحجور ، وهو نوعان .	١٧٧
فصل : فيما يزول به حجر الصبي .	١٧٧
فصل : إن بلغ الصبي غير رشيد لاختلال صلاح الدين ، أو المال ، بقي محجوراً عليه ولم يدفع إليه المال .	١٨١
فصل : فيما يصح من تصرفات المحجور عليه بالسفه ، وما لا يصح .	١٨٣
وفيه مسائل .	
فصل : فيمن يلي أمر الصبي والمجنون ، وكيف يتصرف .	١٨٧
كتاب الصلح ، وفيه ثلاثة أبواب .	١٩٣
الصلح يخالف البيع في صور .	١٩٤

الموضوع	الصفحة
الصلح عن الدين صنفان . صلح المعاوضة ، و صلح الخطيئة .	١٩٥
الصلح الجاري بين المدعي وأجنبي ، له حالان .	١٩٩
سبع مسائل متعلقة بالباب .	٢٠٢
الباب الثاني في التزام على الحقوق ، وفيه فصول .	٢٠٤
الطريق الذي لا ينفذ ، كالسكة ، والكلام فيها في ثلاثة أمور .	٢٠٦
الفصل الثاني في الجدار بين المالكين وهو قسمان .	٢١١
القسم الأول في الملك المختص .	٢١٣
القسم الثاني : الملك المشترك والكلام فيه في ثلاثة أمور .	٢١٣
الفصل الثالث في السقف .	٢١٩
فصل : من احتاج إلى إجراء ماء المطر من سطحه على سطح غيره ،	٢٢١
لم يكن له إجبار صاحب السطح .	
الباب الثالث في التنازع ، وفيه مسائل .	٢٢٣
كتاب الحوالة وشروطها .	٢٢٨
الشرط الأول من شروط الحوالة : الرضى .	٢٢٨
الشرط الثاني: أن يكون ديناً لازماً ، والدين ضربان ، وفيه مسائل .	٢٢٩
فصل : الحوالة إذا جرت بشروطها برىء المحيل من دين المحتال ،	٢٣١
وتحول الحق إلى ذمة المحال إليه .	
فصل : في بطلان الحوالة بالعيب وفيها طرق .	٢٣٣
فصل : إذا كان لزيد عليك مائة ، ولك على عمرو مائة ، فوجد	٢٣٦
زيد منك ما يجوز له قبض ما لك على عمرو ، فله صورتان .	
فصل : في مسائل مثورة .	٢٣٨

الموضوع	الصفحة
كتاب الضمان ، وفيه بابان .	٢٤٠
الباب الأول من أركان الضمان ، وهي خمسة .	٢٤٠
الركن الأول من أركان الضمان : المضمون عنه .	٢٤٠
الركن الثاني : المضمون له .	٢٤٠
الركن الثالث : الضامن ، وشرطه : صحة العبارة ، وأهلية التبرع .	٢٤١
الركن الرابع : الحق المضمون ، وشرطه ثلاث صفات .	٢٤٤
الصفة الأولى : الثبوت ، وفيها مسائل .	٢٤٤
فرع : في مسائل تتعلق بضمان الدرك .	٢٤٧
الصفة الثانية : الزوم ، والديون الثابتة ضربان .	٢٤٩
الصفة الثالثة : العلم ، وفيه صور .	٢٥٠
فصل في كفالة البدن ، وتسمى كفالة الوجه .	٢٥٣
فصل في ضمان الأعيان .	٢٥٥
فرع في مسائل من الكفالة .	٢٥٦
الركن الخامس من أركان الكفالة : الصيغة ، وفيه مسائل .	٢٦٠
فرع في مسائل تتعلق بالباب .	٢٦٣
الباب الثاني فيما يترتب على الضمان الصحيح من الأحكام ، وهي ثلاثة .	٢٦٤
فصل في كيفية الرجوع .	٢٦٧
فرع في مسائل تتعلق بالرجوع .	٢٦٨
فصل في الضمان في مرض الموت .	٢٧٢
كتاب الشركة ، والشركة أربعة أنواع .	٢٧٥
النوع الأول من الشركة شركة المنان ولها ثلاثة أركان .	٢٧٥

الموضوع	الصفحة
النوع الثاني : شركة الأبدان .	٢٧٩
النوع الثالث : شركة المفاوضة .	٢٧٩
النوع الرابع : شركة الوجوه ، وقد فترت بصور .	٢٨٠
فرع في مسائل تتعلق بما سبق ، وهي منصوطة في البويطي .	٢٨٠
فصل في حكم الشركة الصحيحة .	٢٨٢
كتاب الوكالة ، وفيه ثلاثة أبواب .	٢٩١
الباب الأول في أركانها ، وهي أربعة .	٢٩١
الركن الأول من أركان الوكالة : ما فيه التوكيل ، وله شروط .	٢٩١
فرع في التوكيل في تملك المباحات .	٢٩٢
فرع في صورة التوكيل بالاقرار .	٢٩٣
الوكالة الخاصة فيها أربع صور .	٢٩٥
الركن الثاني من أركان الوكالة : الموكل .	٢٩٨
الركن الثالث : الوكيل .	٢٩٩
فرع : يصح توكيل المرأة في طلاق غيرها على الأصح .	٣٠٠
الركن الرابع : الصيغة ، وفيه مسائل .	٣٠١
الباب الثاني : في أحكام الوكالة الصحيحة ، وهي أربعة وتوضيحه بأربع صور تعرف بها أخواتها .	٣٠٣
الصورة الأولى : وكله في بيع شيء وأطلق .	٣٠٤
الصورة الثانية : في قبض الثمن وإقباض المبيع .	٣٠٧
الصورة الثالثة : في شرائه المبيع ، فلتوكيل بالشراء حالان .	٣٠٩
الصورة الرابعة : في توكيل الوكيل ، وله أحوال .	٣١٣

الموضوع	الصفحة
الصورة الخامسة : في امتثال تقييد الموكل . والصور المذكورة من أول الباب إلى هنا مفروضة في التوكيل المطلق ، ومن هنا إلى آخر الباب في التوكيل المقرون بتقييد ، وفيه مسائل .	٣١٤
الصورة السادسة : في الوكالة في الخصومة ، وفيها مسائل .	٣٢٠
الصورة السابعة : وكله في الصلح عن الدم على خمر ، ففعل ، حصل العفو ووجبت الدية ، كما لو فعله الموكل بنفسه .	٣٢٣
الصورة الثامنة : في مخالفته أمر الموكل .	٣٢٣
فصل في حكم البيع والشراء المخالفين أمر الموكل .	٣٢٤
للوكالة حكم الامانة .	٣٢٥
حكم المهدة ، وفيه مسائل .	٣٢٦
حكم الجواز من الجانبين ، ولكل واحد منها العزل ، وللاارتفاع أسباب .	٣٣٠
فصل في مسائل مثورة ، وهي عشرون مسألة متعلقة بباب الوكالة ومن مسائل هذا الباب فروع أربعة .	٣٣٢
الباب الثاني في الاختلاف ، وهو ثلاثة أضرب .	٣٣٨
فصل : دفع إليه مالاً ، وكله بقضاء دينه به ، ثم قال الوكيل : قضيت به ، وأنكر رب الدين ، صدق رب الدين بيمينه .	٣٤٤
فصل : إذا كان عليه دين لزبد ، أو عين في يده ، فقال رجل : أنا وكيله بالقبض منك فأقبضنيه ، فله حالان .	٣٤٥
فصل : إذا ادعى رجل أنه دفع إليه متاعاً ليبيعه ويقبض ثمنه ، وطالبه برده ، فأنكر ، نظر في صيغة ججوده .	٣٤٧
كتاب الاقوار ، وفيه أربعة أبواب .	٣٤٩

الموضوع	الصفحة
الباب الأول في أركانه ، وهي أربعة .	٣٤٩
الركن الأول من أركان الاقرار : المقر ، وهو مطلق ، ومحجور عليه .	٣٤٩
فصل : ومن المحجور عليه الرقيق ، والذي يقر به ضربان ، ما يوجب عقوبته ، وما لا يوجب عقوبته .	٣٥٠
فصل : ومن المحجور عليهم ، المريض مرض الموت ، وفيه مسائل .	٣٥٣
فرع : يشترط في صحة الاقرار الاختيار ، فاقرار المكره باطل كسائر تصرفاته .	٣٥٥
الركن الثاني من أركان الاقرار : المقر له ، وله ثلاثة شروط .	٣٥٦
الشرط الأول : أهلية استحقاق المقر به .	٣٥٦
الشرط الثاني : عدم تكذيب المقر له .	٣٥٨
الشرط الثالث : أن يكون الاقرار معيناً نوع تمييز .	٣٦٠
الركن الثالث من أركان الاقرار : المقر به .	٣٦٠
فرع : استثنى صاحب « التلخيص » ثلاثة ديون منع الاقرار بها ، الصداق في ذمة الزوج لا يقر به ، وبديل الخلع في ذمة الزوجة لا يقر به الزوج ، وأرض الجناية لا يقر به المجني عليه .	٣٦١
فصل : يشترط في الحكم بقبول ملك المقر له ، أن يكون المقر به تحت يد المقر وتصرفه . ولاقراره صيغتان .	٣٦٢
الركن الرابع من أركان الاقرار : الصيغة ، وفيه اثنا عشرة مسألة .	٣٦٥
الباب الثاني في الاقرار بالجميل ، والفاظ الباب سبعة أضرب .	٣٧١
الضرب الأول : لفظة « شيء » ، فاذا قال : له علي شيء ، طلبنا تفسيره .	٣٧١

الموضوع	الصفحة
فصل : إذا أقر بمجمل ، إما شيء ، وإما غيره ، فامتنع ، فأربعة أوجه .	٣٧٢
الضرب الثاني : لفظة « مال » ، فإذا قال : له عليّ مال ، قبل تفسيره بأقل ما يتمول ، ولا يقبل بما ليس بمال .	٣٧٤
الضرب الثالث : لفظة « كذا » ، فإذا قال : لزبد عليّ كذا ، فهو كقوله : له شيء .	٣٧٦
الضرب الرابع : لفظة « درهم » ، ودرام الاسلام المعتبر بها نصاب الزكاة والديات وغيرها ، كل عشرة منها سبعة مثاقيل ، وكل درهم ستة دوانق .	٣٧٨
فرع : الدرهم عند الاطلاق إنما يستعمل في النقرة .	٣٧٩
فصل : قال : عليّ من درهم إلى عشرة ، لزمه تسعة على الاصح ، وقيل : عشرة ، وقيل : ثمانية .	٣٨٠
الضرب الخامس : الظرف ، والاصل في هذا ، أن الاقرار بالظرف ، ليس إقراراً بالظروف ، وكذا عكسه ، ودليله : البناء على اليقين .	٣٨١
فصل : لو قال : لفلان في هذا المبد ألف درهم ، فهذا مجمل ، فيسأل ماذا أراد ؟	٣٨٣
الضرب السادس : التأكيد والمطف ونحوهما ، وفيه مسائل .	٣٨٦
فصل في مسائل منثورة في هذا الباب من الاقرار .	٣٩١
فصل : المقر به المجهول قد يعرف بغير تفسير المقر بأن يحيله على معرف ، وهو ضربان ، ولمعرفته طرق .	٣٩٣
الباب الثالث : في تمقيب الاقرار بما يغيره ، وفيه اثنتا عشرة مسألة .	٣٩٥
فصل : في الاستثناء في الاقرار .	٤٠٤

الصفحة	الموضوع
٤٠٤	فرع : الاستثناء من الاثبات نفى ، ومن النفي إثبات .
٤٠٥	فرع : إذا أتى باستثناء بعد استثناء ، والثاني مستغرق .، صح الأول، وبطل الثاني .
٤٠٧	فرع : الاستثناء من غير الجنس صحيح .
٤٠٧	فرع : يصح استثناء الجمل من الجمل ، والجمل من الفصل ، وبالعكس .
٤٠٨	فرع : الاستثناء من المعين صحيح .
٤٠٩	فصل : في مسائل تتعلق بالاقرار وإن كان بعضها أجنبياً .
٤١٤	الباب الرابع في الاقرار بالنسب .
٤١٦	فصل : له جارية ذات ولد ، فقال : هذا ولدي من هذه الجارية ، ثبت نسبه عند الامكان ، وفي كون الجارية أم ولد قولان .
٤١٧	فرع : له أمتان ، لكل واحدة ولد ، فقال : أحدهما ولدي ، فلاأمتين أحوال .
٤١٨	فرع : حيث ثبت الاستيلاد ، فالولد حر الأصل، ولا ولاء عليه .
٤٢٣	فرع : في ميراث المقر به، وأحواله .
٤٢٦	كتاب العارية ، وله بابان .
٤٢٦	الباب الأول : في أركانها ، وهي أربعة .
٤٢٦	الركن الأول : المير .
٤٢٦	الركن الثاني : المستمير وشروطه .
٤٢٦	الركن الثالث : المستعار ، وله شرطان .
٤٢٩	الركن الرابع : الصينة ، واللفظ المتمد به في الباب ، ما يدل على الاذن في الاتضاع .

الموضوع	الصفحة
الباب الثاني من أبواب العارية : في أحكامها ، وهي ثلاثة .	٤٣١
الحكم الأول : الضمان ، فإذا تلفت العين في يد المستعير ، ضمنها ، سواء تلفت بآفة سماوية ، أم بفعله ، بتقصير ، أم بلا تقصير .	٤٣١
فرع : مؤنة الرد على المستعير .	٤٣٢
فرع : إذا استعار العين المفصولة من الفاصب ، وتلفت في يده ، غرم المالك من شاء منها قيمته يوم التلف ، وقرار الضمان على المستعير.	٤٣٢
الحكم الثاني من أحكام العارية : تسلط المستعير على الانتفاع بحسب إذن المير ، وفيه ثلاث مسائل .	٤٣٥
الحكم الثالث من أحكام العارية : الجواز ، فللمير الرجوع متى شاء ، وللمستعير الرد متى شاء ، سواء العارية المطلقة والمؤقتة ، إلا في صورتين .	٤٣٦
فصل : إعاره الأرض للبناء أو الفراس ضربان ، مطلقة لم يبين لها مدة ، ومقيدة بمدة .	٤٣٧
الإعارة المطلقة ، وللمستعير فيها أن يبني ويفرس ما لم يرجع المير .	٤٣٧
الإعارة المقيدة ، وللمستعير البناء والفراس في المدة ، إلا أن يرجع المير .	٤٣٩
فصل : في إعاره الأرض للزرع ، وحكم الرجوع قبل إدراك الزرع .	٤٤٠
فصل : إذا حمل السيل جبات أو نوى لغيره إلى أرضه ، لزمه ردها إلى مالكها إن غرمه ، وإلا فيدفعها إلى القاضي ، ولو نبتت في أرضه ، فوجها .	٤٤١
فصل في الاختلاف في العارية ، وفيه مسائل .	٤٤٢
المسألة الأولى ، قال راكب الدابة للمالك : أعرتنيها ، فقال : بل لم أجرتكها مدة كذا بكذا ، فتارة يختلفان والدار باقية ، وتارة يختلفان والدار تالفة .	٤٤٢

الموضوع	الصفحة
الحال الأول : إذا اختلفا والدار باقية ، وله ضربان .	٤٤٢
الضرب الأول : أن يختلفا بمد مضي مدة لئلا أجرة .	٤٤٢
الضرب الثاني : أن يقع الاختلاف قبل مضي مدة لها أجرة .	٤٤٣
الحال الثاني : إذا اختلفا والدار قالفة .	٤٤٣
المسألة الثانية من من مسائل الاختلاف في المارية : قال المتصرف :	٤٤٣
أعرتي هذه الدابة أو هذه الأرض ، فقال المالك : بل غصبتنيها .	
المسألة الثالثة من مسائل الاختلاف في المارية : قال المالك : غصبتنيها ،	٤٤٤
وقال المتصرف : بل أعرتني ، فالذهب أنه إن كانت العين باقية	
ولم تمض مدة لها أجرة ، فالصدق للمالك .	
مثال المسألة الرابعة من مسائل الاختلاف في المارية .	٤٤٥
المسألة الخامسة : قال الراكب : أكرمتنيها ، وقال المالك : بل أعرتكها	٤٤٥
والدابة باقية ، فالقول قول المالك في بقي الاجارة .	
الرد الواجب والمبرى .	٤٤٦
الفهرس .	٤٤٧

الفهرس

الموضوع	الصفحة
كتاب الفصص	٣
تعريف الفصص	٣
الفصص له بابان ، الباب الأول : الضهان وفيه أربعة أطراف .	٣
الطرف الاول : في الموجب للضهان .	٤
فصل : إثبات اليد العادية مسبب للضهان ، وينقسم إلى مباشرة وتسبب .	٧
فصل : فيما إذا انبثت على يد الغاصب يد أخرى .	٩
الطرف الثاني : في المضمون ، وهو قسمان : ما ليس بمال ، وما هو مال ،	١٢
وهو نوعان : أعيان ، ومنافع ، والاعيان ضربان : حيوان ، وغيره ،	
والحيوان صنفان : آدمي وغيره .	
المنافع أصناف ، منها منافع الاموال .	١٣
منفعة البضئع ، ومنفعة بدن الحر .	١٤
منفعة الكلب .	١٥
فرع : الحر والخنزير لا يضمنان لالمسلم ولا لذمي .	١٧
فرع : آلات الملاهي لا يجب في إبطالها شيء ، لأنها محرمة الاستعمال ،	١٧
ولا حرمة لتلك الصنعة .	
الطرف الثالث : في ضمان قدر الواجب في المثلي والقيمي .	١٨
فرع : في أن المثلي هل يؤخذ مثله مع اختلاف الزمان والمكان ؟	٢٢

الصفحة	الموضوع
٢٣	فصل : الذهب والفضة إن كانا مضروبين ، فقد سبق أنهما مثليان ، وإلا ، فإن كان فيها صنعة فأربعة أوجه .
٢٤	فصل : إذا تغير المنصوب ، فقد يكون متقوماً ثم يصير مثلياً ، وعكسه ، ومثلياً فيها ، ومتقوماً فيها .
٢٥	فصل : فيما يلزمه بالمنصب التقويم إذا تلف عنده .
٢٧	فصل : زوائد المنصوب منفصلة كانت أو متصلة مضمونة على الغاصب .
٢٨	الطرف الرابع : في الضمان في الاختلاف ، وفيه تسع مسائل .
٣١	الباب الثاني في الطوارئ على المنصوب ، وفيه ثلاثة أطراف .
٣١	الطرف الاول : في النقص وهو ثلاثة أقسام ، نقص القيمة فقط ، ونقص القيمة والاجزاء ، ونقص الاجزاء والصفات ، وحدتها .
٣٢	فصل : النقص الحادث في المنصوب ضربان : مالا سرية له ، ومالا له سرية .
٣٤	فصل : في جنابة العبد المنصوب والجنابة عليه ، والتفريع عليه .
٣٩	فصل : تقل التراب من الارض المنصوبة ، تارة يكون من غير إحداث حفر ، وتارة باحداثها .
٤١	فصل : إذا خصى العبد ، فهو على القولين السابقين في جراح العبد .
٤٢	فصل : نقص المنصوب هل ينجر بالكمال بعده ؟
٤٤	فصل : غصب عَصِيرٍ أَوْ فَخْمَرٍ عنده ، كان للمنصوب منه تضمينه مثل العَصِيرِ .
٤٥	الطرف الثاني في الطوارئ على المنصوب في الزيادة ، وهي آثار محضة وأعيان .
٤٦	بعض صور الاعيان في هذه المسألة .
٥٢	فصل : إذا خايط المنصوب بغيره ، فقد يعمد التمييز بينها ، وقد لا يعمد ، وفيه مسائل .

الموضوع	الصفحة
الطرف الثالث في الطوارئ على المغصوب : فيما يترتب على تصرفات الغاصب ، وفيه مسائل .	٥٩
فصل : فيما يرجع به المشتري على الغاصب إذا غرمه المالك وفيه فروع .	٦٣
فصل : في مسائل منثورة تتعلق بكتاب الغصب .	٦٦
كتاب الشفعة ، وفيه ثلاثة أبواب .	٦٩
الباب الاول فيما تثبت به الشفعة ، وله ثلاثة أركان .	٦٩
الركن الاول : المأخوذ ، وله ثلاثة شروط .	٦٩
الشرط الاول : أن يكون عقاراً .	٦٩
الشرط الثاني : كون العقار ثابتاً .	٧٠
الشرط الثالث : كونه منقسماً .	٧٠
— الركن الثاني من أركان الشفعة : الآخذ .	٧٢
الركن الثالث من أركان الشفعة : المأخوذ به ، وفي ضبطه قيود .	٧٤
فصل : إذا وجد المشتري بالشقص عيباً قديماً ، وأراد رده ، وجاء الشفيع يريد أخذه ، فقولان أو وجهان .	٧٥
فصل : أصدقها شقصاً ، ثم طلقها قبل الدخول أو ارتد ، وجاء الشفيع يريد أخذه بالشفعة ، فله أخذ نصفه ، وأما النصف الآخر ، فهل الزوج أولى به ، أم الشفيع ؟	٧٦
فصل : إذا باع الوصي أو القيم شقص الصبي وهو شريكه ، فلا شفعة له على الاصح .	٧٩
فصل : إذا باع في مرض موته شقصاً ، وحابى ، ففيه أربعة أضرب .	٨٠

الموضوع	الصفحة
الضرب الاول : إذا كانا أجنبيين .	٨٠
الضرب الثاني والثالث : أن يكونا وارثين ، أو المشتري وارثاً .	٨١
الضرب الرابع : أن يكون الشفيع وارثاً دون المشتري .	٨٢
الباب الثاني : في كيفية الأخذ بالشفعة ، وفيه أربعة أطراف .	٨٣
الطرف الاول : فيما يحصل به الملك .	٨٣
لا يملك الشفيع بمجرد الأخذ ، بل يعتبر معه أحد أمور أربعة .	٨٤
الطرف الثاني : فيما يأخذ به الشفيع ، والمأخوذ أنواع .	٨٦
فصل : إذا كان الثمن حالاً ، بذل الشفيع في الحال .	٨٧
فرع : إذا اشترى شقصاً من دار ثم تقضت ، فلها ثلاثة أحوال .	٨٩
فصل : في الاختلاف في الشفعة ، وفيه خمس مسائل .	٩٦
إذا لم يكن المدعي بينة ، فللمدعى عليه في الجواب ثلاثة أحوال .	٩٨
الطرف الثالث : في نزاحم الشفعاء ، وهو ثلاثة أضرب .	١٠٠
الضرب الاول : أن يتفق الشركاء على الطلب .	١٠٠
الضرب الثاني : أن يطلب بعض الشركاء ويعفو بعضهم .	١٠١
الضرب الثالث : أن يحضر بعض الشركاء دون بعض ، ويترتب على ذلك تسعة فروع .	١٠٣
فصل : ليس للشفيع تفريق الصفقة على المشتري .	١٠٦
الباب الثالث : فيما يسقط به حق الشفيع .	١٠٧
فصل : في مسائل منتورة في الشفعة ، وهي خمس عشرة مسألة .	١١١
فصل : في الحيل الدافعة للشفعة .	١١٥
كتاب القراض ، وفيه ثلاثة أبواب .	١١٧

الموضوع	الصفحة
الباب الاول : في أركان صحته ، وهي خمسة .	١١٧
الركن الاول : رأس المال ، وله أربعة شروط .	١١٧
الشرط الاول : أن يكون نقداً .	١١٧
الشرط الثاني : أن يكون معلوماً .	١١٧
الشرط الثالث : أن يكون معيناً .	١١٧
الشرط الرابع : أن يكون رأس المال مسلماً إلى العامل ويستقل باليد عليه والتصرف فيه .	١١٧
الركن الثاني من أركان صحة القراض : العمل ، وله شروط .	١٢٠
الشرط الاول : أن يكون تجارة ، ويتعلق بهذا الشرط ثلاث مسائل .	١٢٠
الشرط الثاني : أن لا يكون مضيقاً عليه بالتميين .	١٢٠
الشرط الثالث : أن لا يضيق بالتوقيت .	١٢١
الركن الثالث من أركان صحة القراض : الربح ، وله أربعة شروط .	١٢٢
الشرط الاول : أن يكون مخصوصاً بالتماقين .	١٢٢
الشرط الثاني : أن يكون مشتركاً بينهما .	١٢٢
الشرط الثالث : أن يكون معلوماً .	١٢٢
الشرط الرابع : أن يكون العلم به من حيث الجزئية ، لا من حيث التقدير .	١٢٣
الركن الرابع من أركان صحة القرض : الصيغة .	١٢٤
الركن الخامس من أركان صحة القرض : الماقدان .	١٢٤
فصل : إذا قارض في مرض موته ، - صح .	١٢٤
فصل : يجوز أن يقارض الواحد اثنين وعكسه .	١٢٥

الموضوع	الصفحة
فصل : إذا فسد القراض بتخلف بعض الشروط ، فله ثلاثة أحكام .	١٢٥
الباب الثاني في أحكام القراض الصحيح ، وفيه ثلاثة أبواب .	١٢٧
الباب الاول : قيد تصرف العامل بالمصلحة كتصرف الوكيل .	١٢٧
فرع : لا يجوز أن يشتري للقراض بأكثر من رأس المال .	١٢٨
الحكم الثاني : منع مقارضة العامل غيره .	١٣٢
الحكم الثالث : منعه السفر بمال القراض .	١٣٤
فرع : لا يجوز للعامل أن يتصدق من مال القراض بشيء أصلاً ، ولا أن يتفق منه على نفسه في الحضر قطعاً ، وفي السفر قولان .	١٣٥
فصل : فيما يقع في مال القراض من زيادة أو نقص .	١٣٨
الباب الثالث : في فسخ القراض والاختلاف فيه ، وفيه طرفان .	١٤١
الطرف الاول : في فسخه ، والقراض جائز ، فانه في أوله وكالة ، وبعد ذلك شركة .	١٤١
الطرف الثاني : في الاختلاف ، وفيه ثمان مسائل .	١٤٥
فصل : في مسائل متشعبة في القراض .	١٤٧
كتاب المساقاة ، وفيه بابان .	١٥٠
الباب الاول : في أركانها ، وهي خمسة .	١٥٠
الركن الاول : الماقدان .	١٥٠
الركن الثاني : متعلق العمل ، وهو الشجر ، وله ثلاثة شروط .	١٥٠
الشرط الاول : أن يكون نخلاً أو عنباً ؛ أما غيرها من النبات ، فقسمان .	١٥٠
القسم الاول : ما له ساق ، وما ليس له ساق ، والاول ضربان .	١٥٠
الضرب الاول : ما له ثمرة ، وفيها قولان .	١٥٠

الموضوع	الصفحة
الضرب الثاني: ملاساق له ، فلا تجوز المساقاة عليها ، كما لا تجوز على الزرع .	١٥٠
الشرط الثاني : أن تكون الاشجار مرئية ، وإلا ، فباطل على المذهب .	١٥١
الشرط الثالث : أن تكون معينة .	١٥١
الركن الثالث من أركان المساقاة : الثمار ، فيشترط اختصاصها بالماقدين ، مشتركة بينهما ، معلومة ، وأن يكون العلم بها من حيث الجزئية دون التقدير .	١٥١
فصل : في جواز المساقاة بعد خروج الثمار قولان .	١٥٢
الركن الرابع من أركان المساقاة : العمل ، وشروطه قريبة من عمل القراض وإن اختلفا في الجنس .	١٥٥
فصل : يشترط لصحة المساقاة ، أن تكون مؤقتة .	١٥٦
الركن الخامس من أركان المساقاة : الصيغة .	١٥٧
الباب الثاني في أحكام المساقاة ، ويجمعها حكدان .	١٥٨
فصل : دعوى المالك على العامل الرقة والخيانة في ائتمر أو السفف لا تقبل حتى يبين قدر ما خان فيه ويمرر الدعوى .	١٦٣
فصل : إذا اختلفا في قدر الشروط للعامل ، ولا بينة ، تحالفا كما في القراض .	١٦٥
باب المزارعة والخابرة وتعريفها ، وحكمها ، وبيان أن المختار جواز المزارعة والخابرة، وأن المنهي عنه ما إذا شرط أحدهما زرع قطعة معينة والآخر أخرى ، وعليه تفريع مسائل الباب .	١٦٨
الاختلاف في اعتبار أمور أربعة في المزارعة .	١٧٠

الموضوع	الصفحة
كتاب الاجارة ، وفيه ثلاثة أبواب .	١٧٣
الباب الاول: في أركانها ، وهي أربعة .	١٧٣
الركن الأول : العاقدان ، ويستبر فيها العقل والبلوغ كسائر التصرفات.	١٧٣
الركن الثاني : الصيغة .	١٧٣
الركن الثالث : الأجرة ، والاجارة قسمان : واردة على العين، وواردة على الذمة ، وشروطها .	١٧٣
الركن الرابع : المنفعة ، ولها خمسة شروط .	١٧٧
الشرط الاول : أن تكون متقومة ، وفيه مسائل .	١٧٧
الشرط الثاني : أن لا تضمن استيفاء عين قصداً .	١٧٨
الشرط الثالث : أن تكون المنفعة مقدوراً على تسليمها .	١٧٩
أنواع الأراضى التي تستأجر .	١٨٠
الفرق بين إجارة العين والاجارة على الذمة .	١٨٢
فرع : إيجار الدار والحائوت شهراً على أن يتمتع بها الايام دون الليالي باطل .	١٨٣
الشرط الرابع : حصول المنفعة للمستأجر ، وهي قسمان .	١٨٢
القسم الاول : قُرْب يتوقف الاعتداد بها على النية .	١٨٧
القسم الثاني : ما لا يتوقف صحته على النية ، وهو نوعان، فرض كفاية، وشعار غير فرض .	١٨٧
الفرض الكفائي ضربان .	١٨٧

الصفحة	الموضوع
١٨٧	الضرب الاول : يختص اقتراضه في الاصل بشخص وموضع معين ، ثم يؤمر به غيره إن عجز .
١٨٧	الضرب الثاني : ما يثبت فرضه شائئاً غير مختص .
١٨٧	الشعار غير الفرض ، كالاذان وغيره ، وفي جواز الاستئجار عليه ثلاثة أوجه ذكرت في بابه .
١٨٨	فرع : الاستئجار لامامة الصلوات المفروضة ، باطل ، وكذا للتراويح وسائر النوافل على الاصح .
١٨٨	فرع : الاستئجار للقضاء باطل .
١٨٨	فرع : في حكم الاستئجار للتدريس .
١٨٨	الشرط الخامس : كون المنفعة معلومة العين والقدر والصفة .
١٨٩	ذكر ثلاثة أنواع تكثر إيجارها ليعرف طريق الضبط بها ويقاس عليها غيرها .
١٨٩	النوع الاول : الآدمي يستأجر لعمل أو صنعة ، إجارة في الذمة ، وإجارة في العين .
١٩٠	فرع : في الاستئجار لتعليم القرآن .
١٩١	فرع : في الاستئجار لقراءة القرآن .
١٩٢	فصل : في الاستئجار للارضاع .
١٩٢	فصل : الاستئجار في الحج وقد ذكر في بابه .
١٩٢	فصل : في الاستئجار لحفر نهر أو بئر أو قناة .
١٩٣	فرع : في الاستئجار لحفر قبر .
١٩٣	فصل : في الاستئجار لضرب اللبن .

الموضوع	الصفحة
فصل : في الاستئجار للبناء .	١٩٣
فصل : في الاستئجار للرعي .	١٩٤
فصل : في الاستئجار للنسخ والكتابة .	١٩٤
النوع الثاني من أنواع الاجارة التي تكثر: العقار ، وبستاجر لاغراض .	١٩٥
منها السكن ، فاذا استأجر داراً وجب معرفة موضعها ، وكيفية أبنيتها .	١٩٥
فرع : لا بد من تقدير هذه المنفعة بالمدة ، وفي تقدير المدة التي يجوز عقد الاجارة عليها ثلاثة أقوال .	١٩٦
فرع : إذا قال : أجرتك شهراً ، أو قال : سنة ، صح على الاصح وحمل على ما يتصل بالعقد .	١٩٦
فرع : مدة الاجارة كأجل المسلم فيه في أن مطلق الشهر والسنة يحمل على العربي .	١٩٧
فصل : مما تستأجر له الأرض : البناء والفراس والزراعة ، فاذا قال : أجرتك هذه الارض ولم يذكر البناء ولا غيره ، وكانت صالحة للجميع ، لا يصح العقد .	١٩٨
فرع : أجر بيتاً أو داراً لا يحتاج إلى ذكر السكن .	١٩٩
فرع : قال : أجرتك هذه الأرض لتنتفع بها بما شئت ، صحت الاجارة ، وله أن يصنع ما شاء لرضاه .	١٩٩
النوع الثالث من أنواع الاجارة التي تكثر : الدواب ، وتستأجر لاغراض ، منها الركوب ، وفيه خمس مسائل .	٢٠٠

الموضوع	الصفحة
فصل : مما تستأجر له الدواب الحمل عليها ، فينبغي أن يكون المحمول معلوماً ، فإن كان حاضراً ورآه المؤجر ، كفى ، وإلا فلا بد من تقديره بالوزن أو الكيل .	٢٠٤
فصل : ومن الاغراض سقي الأرض بإدارة الدواب والاستقاء من البئر بالدلو .	٢٠٦
فصل : ومنها الحراثة ، فيجب أن يعرف المؤجر الأرض لاختلافها .	٢٠٦
فصل : في أن الاصحاب اختلفوا في أن المقيود في الاجارة ماذا ؟ هل هو العين ، أم المنفعة ؟	٢٠٧
الباب الثاني في حكم الاجارة الصحيحة ، وفيه طرفان .	٢٠٨
الطرف الاول : فيما يقتضي اللفظ دخوله في العقد وضماً أو عرفاً ، ومسائله مقسومة على الانواع الثلاثة المذكورة في شرط العلم بالمنفعة .	٢٠٨
النوع الاول : استئجار الآدمي ، وفيه فصلان .	٢٠٨
الفصل الاول : الاستئجار للحضانة وحدها ، وللارضاع وحده جائز ، وكذا لهما معاً كما سبق .	٢٠٨
الفصل الثاني : إذا استأجر ورثاً ، فعلى من الخبر ؟ فيه ثلاثة طرق .	٢٠٩
النوع الثاني : المقار ، وهو صنفان .	٢١٠
الصنف الاول : مبني كالدار والحمام ، وفيه مسألتان .	٢١٠
إحدهما : ما تحتاج إليه الدار المكراة من العمارة ، وهو ثلاثة أضرب .	٢١٠

الصفحة	الموضوع
٢١١	المسألة الثانية : تطهير الدار عن الكناسه والأتثون عن الرماد في دوام الاجارة ، على المستأجر .
٢١١	فرع : يجب على المؤجر تسليم الدار وبالوعتها وحشها فارغان .
٢١٢	الصف الثاني : الأرض البيضاء ، فاذا استأجر أرضاً للزراعة ، فتنى يدخل شربها ؟
٢١٣	فصل : استأجر أرضاً لزرع معين ، فانقضت المدة ولم يدرك الزرع ، فلعدم الادراك فيها أسباب .
٢١٣	السبب الأول : التقصير في الزراعة ، فهل يؤمر لذلك بالقلع ؟
٢١٣	السبب الثاني : أن يتأخر الادراك لحر أو برد ، أو كثرة المطر ، أو أكل الجراد رؤوس الزرع ، فنبت ثانياً فتأخر لذلك ، فالصحيح أنه لايجبر على القلع .
٢١٤	السبب الثالث : أن لا يكون الزرع المين بحيث لا يدرك في المدة ، فما حكم القلع ؟
٢١٤	فصل : استأجر الأرض للبناء أو الفراس ، فان شرط القلع ، صح المقعد، ولزم المستأجر القلع بعد المدة .
٢١٦	فصل : إذا استأجر الأرض للزراعة جنس معين ، جاز أن يزرعه وما ضرره كضرره أو دونه ، لا مافوقه .
٢١٧	فرع : إذا تمدى المستأجر للحنطة ، فزرع القرة ، ولم يتخاصما حتى انقضت المدة وحصد القرة ، فما حكمه ؟
٢١٩	النوع الثالث : استئجار الدواب ، وفيه مسائل .

الموضوع	الصفحة
المسألة الأولى : إذا اكترى للركوب ، فعلى المؤجر اتباع العادة .	٢١٩
المسألة الثانية : إذا اكترى للحمل ، فما يلزم المستأجر ؟	٢٢٠
المسألة الثالثة : الطعام المحمول ليؤكل في الطريق ، كسائر المحمولات في اشتراط رؤيته أو تقديره بالوزن على الصحيح .	٢٢٠
المسألة الرابعة . إذا اكترى للركوب في الذمة ، لزم المؤجر الخروج مع الدابة لسوقها وتهددها ، وإعانة الراكب في الركوب والتزول ، وئراعى العادة في كيفية الاعانة .	٢٢١
فرع : إذا اكترى دابة بيمينها فتلفت ، انفسخ العقد ، وإن وجد بها عيباً ، فله الخيار .	٢٢٣
فصل : في إبدال متعلقات الاجارة .	٢٢٤
فصل : استئجار الثياب للبس والبسط للفراش واللحف للالتحف ، جائز .	٢٢٥
الطرف الثاني : في بيان حكم الاجارة في الأمانة والضمان ، والمستأجر فيه مسألتان .	٢٢٦
المسألة الأولى : يده على الدابة والدار المستأجرتين ونحوهما في مدة الاجارة يد أمانة .	٢٢٦
المسألة الثانية : الدابة المستأجرة للحمل أو الركوب إذا ربطها المستأجر ولم ينتفع بها في المدة ، فالقول في استقرار الاجارة عليه سيأتي إن شاء تعالى ، ولا ضمان عليه لو ماتت في الاصطبل .	٢٢٧
فصل : وأما المال في يد الأجير ، فاذا تلف والأجير منفرد باليد ، فهو إما أجير مشترك ، وإما منفرد .	٢٢٨

الصفحة	الموضوع
٢٣٠	فرع : فيما يأخذه الحامي من الأجرة .
٢٣١	فصل : في أجرة الأجير إذا تلفت العين التي عمل عليها .
٢٣٢	فصل : المستأجر يضمن بالتعدي .
٢٣٣	فرع : في حكم مالواك ترى دابة لحمل مقدار سمئيه فكان أكثر ، وفيه ثلاث مسائل .
٢٣٦	فصل : فيما إذا دفع ثوباً إلى خياط ليقطعه ويخيطه ثم اختلفا ، وفيه خمسة طرق .
٢٣٩	الباب الثالث : في الطوارئ الموجبة للفسخ ، وهي ثلاثة أقسام .
٢٣٩	القسم الأول : ما ينقص المنفعة .
٢٣٩	فصل : لانتفسخ الاجارة بالأعذار ، سواء كانت إجارة عين ، أو ذمة ،
٢٤٠	القسم الثاني من الطوارئ الموجبة للفسخ : فوات المنفعة بالكلية حساً .
٢٤٠	فرع : في أن انهدام الدار يقتضي الانفساخ .
٢٤٥	فصل : لانتفسخ الاجارة بموت المتعاقدين .
٢٤٧	فصل : إذا اكترى دابة أو داراً مدة وقبضها وأمسكها حتى مضت المدة ، انتهت الاجارة ، واستقرت الاجرة سواء انتفع بها في المدة ، أم لا .
٢٤٨	فرع : أكرى عيناً مدة ولم يسلمها حتى مضت المدة ، انفسخت الاجارة لفوات العقود عليه .
٢٥١	فصل : لو أجر عبد ثم اعتقه ، نفذ .
٢٥٢	فصل : إذا باع العين المستأجرة ، فله حالان .

الموضوع	الصفحة
هل يجتمع الملك والاجارة ؟ فيه مسائل :	٢٥٣
فصل : في مسائل مثورة تتعلق بالباب الأول من أبواب التجارة، وهي مت عشرة مسألة .	٢٥٦
فصل : في مسائل مثورة تتعلق بالباب الثاني من أبواب التجارة ، وهي أربع عشرة مسألة .	٢٦٠
فصل : في مسائل مثورة تتعلق بالباب الثالث من أبواب التجارة، وهي خمس مسائل .	٢٦٣
خمس مسائل تتعلق بكتاب الاجارة .	٢٦٥
كتاب الجمالة ، وأركانه أربعة .	٢٦٨
الركن الأول : الصيغة الدالة على الاذن في العمل بموض يلتزمه .	٢٦٨
فصل : لا يشترط أن يكون الملتزم من يقع العمل في ملكه .	٢٦٨
الركن الثاني من أركان الجمالة : المتعاملان .	٢٦٩
الركن الثالث من أركان الجمالة : العمل .	٢٦٩
الركن الرابع من أركان الجمالة : الجمل المشروط .	٢٧٠
فصل : في أحكام الجمالة .	٢٧٣
منها الجواز ، فلكل واحد من المالك والعامل فسخها قبل تمام العمل .	٢٧٣
ومن أحكامها : جواز الزيادة والنقص في الجمل ، وتمييز جنسه قبل الشروع في العمل .	٢٧٣
ومن أحكامها : توقف استحقاق الجمل على تمام الجمل على تمام العمل .	٢٧٤
فرع : في أن يد العامل على مايقع في يده إلى أن يردّه يد أمانة .	٢٧٦

الموضوع	الصفحة
كتاب إحياء الموات ، وفيه ثلاثة أبواب .	٢٧٨
الباب الأول : في رقاب الأرضين ، وهي قسبان .	٢٧٨
القسم الأول : أرض بلاد الاسلام ، ولها ثلاثة أحوال .	٢٧٨
القسم الثاني من رقاب الارضين: أرض بلاد الكفار ، ولها ثلاثة أحوال .	٢٨٠
فرع : في بيان الحريم ، وهو المواضع القرية التي يحتاج إليها تمام الانتفاع ، وفيه صور .	٢٨٢
فصل : في بيان الاحياء ، والمعتبر ما يبد إحياء في العرف ، ويختلف باختلاف ما يقصد به ، وتفصيله بمسائل .	٢٨٩
فصل : في الحمى ، وهو أن يحمي بقعة من الموات لمواشٍ بينها وبينع سائر الناس الرعي فيها .	٢٩٢
مسائل من الحمى .	٢٩٣
الباب الثاني : في المنافع المشتركة وغيرها .	٢٩٤
فصل : وأما المسجد ، فالجلوس فيه يكون لاعراض .	٢٩٦
الباب الثالث في الأعيان الخارجة من الأرض وفيه طرقتان .	٣٠٠
الطرف الأول في المعادن ، وهي البقاع التي أودعها الله شيئاً من الجواهر المطلوبة ، وهي قسبان : ظاهرة ، وباطنة ، وأمثلة على المعادن الظاهرة والباطنة .	٣٠٠
الطرف الثاني من الاعيان الخارجة من الارض : المياه ، وهي قسبان .	٣٠٤
القسم الاول : المباحة النابسة في موضع لا يختص بأحد ، ولا صنع للأدميين في إجرائه .	٣٠٤

الموضوع	الصفحة
القسم الثاني : المياه المختصة ببعض الناس ، وهي مياه الآبار والقنوات .	٣٠٩
فصل : حكم القنوات حكم الآبار في ملك مياهها وفي وجوب البذل وغيرها .	٣١١
فصل : في بيع الماء وحكمه .	٢١٣
كتاب الوقف ، وفيه بابان .	٣١٤
الباب الأول : في أركانه وشروطه ، وفيه طرفان .	٣١٤
الطرف الأول : في أركانه ، وهي أربعة .	٣١٤
الركن الأول : الواقف ، ويشترط كونه صحيح العبرة أهلاً للتبرع .	٣١٤
الركن الثاني : الموقوف ، وهو كل عين معينة مملوكة ملكاً يقبل النقل يحصل منها فائدة أو منفعة تستأجر لها ، وفيه مسائل .	٣١٤
الركن الثالث : الموقوف عليه ، وهو قسبان .	٣١٧
القسم الأول : أن يكون شخصاً معيناً ، أو جماعة معينين ، فشرطه أن يمكن تملكه .	٣١٧
القسم الثاني : الوقف على غير معين ، كالفقراء والمساكين ، وهذا يسمى : وقفاً على الجهة .	٣١٩
فصل : في مسائل تتعلق بالركن الثالث ، وهو الموقوف عليه .	٣٢٠
الركن الرابع : الصيغة ، فلا يصح الوقف إلا بلفظ ، لانه تملك للعين والمنفعة ، أو المنفعة ، فأشبهه سائر التملكيات .	٣٢٢
ألفاظ الوقف على مراتب .	٣٢٢
الطرف الثاني من الباب الأول من الوقف : في شروط الوقف ، وهي أربعة .	٣٢٥
الشرط الأول : التأيد .	٣٢٥

الموضوع	الصفحة
الشرط الثاني : التنجيز .	٣٢٧
الشرط الثالث : الالتزام .	٣٢٨
الشرط الرابع : بيان المصرف .	٣٣١
فصل : في مسائل من الوقف تتعلق بالباب الاول .	٣٣٢
الباب الثاني : في احكام الوقف الصحيح ، وفيه طرفان .	٣٣٤
الطرف الاول : في الاحكام اللفظية ، وفيه إحدى عشرة مسألة .	٣٣٤
الطرف الثاني : في الاحكام المعنوية .	٣٤٢
فصل : فوائد الوقف ومنافعه للموقوف عليه يتصرف فيها تصرف الملاك في الاملاك .	٣٤٢
فرع : لا يجوز طء الموقوفة للواقف ولا للموقوف عليه ، ولو وطئت، فلها ثلاثة أحوال .	٣٤٤
فرع : للواقف أن يزل من ولائه وينصب غيره .	٣٤٩
فصل : للواقف ولن ولائه الواقف إجارة الوقف .	٣٥١
فصل : في تعطل الموقوف واختلال منافعه ، وله سببان .	٣٥٣
السبب الأول : أن يحصل التعطل بسبب مضمون .	٣٥٣
السبب الثاني : أن يحصل التعطل بسبب غير مضمون .	٣٥٦
فصل : في مسائل منتوبة تتعلق بكتاب الوقف ، وهي ثلاث عشرة مسألة .	٣٥٩
كتاب الهبة .	٣٦٤
فصل : ويشتمل كتاب الهبة على باين .	٣٦٥
الباب الأول : في أركان الهبة وشروط لزومها .	٣٦٥

الموضوع	الصفحة
الركن الاول والثاني : العاقدان .	٣٦٥
الركن الثالث : الصيغة .	٣٦٥
الفرق بين الهبة والهبة .	٣٦٥
فرع : في مسائل تتعلق بالهبة ، وهي إحدى عشرة مسألة .	٣٦٦
فصل : في العمرى والرقبي وتمريفها وأحوالها .	٣٧٠
الركن الرابع من أركان الهبة : الموهوب .	٣٧٣
فصل : وأما شرط لزوم الهبة ، فهو القبض .	٣٧٥
فرع : في مسائل محكية عن نص الامام الشافعي رضي الله عنه في الهبة.	٣٧٨
الباب الثاني من كتاب الهبة : في حكم الهبة في الرجوع والثواب .	٣٧٨
فصل : ينبني للوالد أن يعدل بين أولاده في العطية .	٣٧٨
فصل : للأب الرجوع في هبته لولده .	٣٧٩
فرع : الموهوب قسمان : إما أن يكون باقياً في سلطنة المتهب ، وإما أن لا يكون باقياً في سلطنته .	٣٨٠
فصل : فيما يحصل به الرجوع في الهبة .	٣٨٣
فصل : في مسائل تتعلق بكتاب الهبة ، وهي مت مسائل .	٣٨٨
كتاب اللقطة ، وفيه بابان .	٣٩١
الباب الاول : في أركان اللقطة ، وهي ثلاثة .	٣٩١
الركن الاول : الالتقاط ، وفيه مألئان .	٣٩١
المسألة الاولى : في وجوب الالتقاط أربعة طرق .	٣٩١
المسألة الثانية : في وجوب الاشهاد على اللقطة وجهان .	٣٩١

الموضوع	الصفحة
الركن الثاني من أركان اللقطة : الملتقط ، وبناء الكلام فيه على أصل أن اللقطة فيها معنى الامانة والولاية والاكتساب ، وفيه مسائل .	٣٩٢
المسألة الاولى : يمكن الذمي من الالتقاط في دار الاسلام على الاصح .	٣٩٢
المسألة الثانية : الفاسق أهل للالتقاط على المذهب :	٣٩٣
المسألة الثالثة : التقاط العبد على ثلاثة أضرب .	٣٩٣
المسألة الرابعة : التقاط الصبي ، فيه طريقان كالفاسق ، والمذهب صحته .	٤٠٠
الركن الثالث من أركان اللقطة : الشيء الملتقط ، وهو قسمان : مال وغيره ، والمال نوعان : حيوان وجماد ، والحيوان ضربان : آدمي وغيره ، وغير الآدمي صنفان .	٤٠٢
فصل : يشترط في اللقطة ثلاث شروط غير ماسبق .	٤٠٥
الباب الثاني من أبواب اللقطة في أحكام الالتقاط الصحيح ، وهي أربعة أحكام .	٤٠٦
الحكم الاول : في الامانة والضمان ، ويختلف ذلك بقصده ، وله أربعة أحوال .	٤٠٦
الحكم الثاني : التعريف ، فينبني الملتقط أن يعرف اللقطة ويعرفها ، وفي التعريف خمس مسائل .	٤٠٧
الحكم الثالث : التملك ، فيجوز تملك اللقطة بمعد التعريف ، ومتى تملك ؟ فيه أوجه .	٤١٢
فرع : في حكم لقطة حرم مكة .	٤١٢
الحكم الرابع : رد عين اللقطة أو بدلها عند ظهور مالها .	٤١٣

الموضوع	الصفحة
فصل : في مسائل تتعلق بباب اللقطة ، وهي ثمانية مسائل .	٤١٥
كتاب اللقيط ، يقال للصبي الملقى الضائع: لقيط ، وملقوط، ومنبوذ.	٤١٨
وفي كتاب اللقيط بابان .	
الباب الاول: في أركان الالتقاط الشرعي وأحكامه ، وأركانه ثلاثة .	٤١٨
الركن الاول : نفس الالتقاط ، وهو فرض كفاية .	٤١٨
الركن الثاني : اللقيط ، وهو كل صبي ضائع لا كافل له .	٤١٨
الركن الثالث : الملتقط ، ويشترط فيه خمسة أمور .	٤١٩
فصل : في أحكام الالتقاط .	٤٢١
فصل : إذا كان للقيط مال ، هل يستقل الملتقط بحفظه ؟ فيه وجهان .	٤٢٧
الباب الثاني من أبواب اللقيط في أحكام اللقيط ، وهي أربعة .	٤٢٨
فصل : للتبعية في الاسلام ثلاث جهات .	٤٢٩
أحوال اللقيط إذا وجد في دار الاسلام .	٤٣٣
أحوال اللقيط إذا وجد في دار الكفر .	٤٣٤
الحكم الثاني : جناية اللقيط ، والجناية عليه .	٤٣٥
الحكم الثالث : نسب اللقيط ، وهو كسائر المجهولين .	٤٣٧
فصل : ادعى نسب اللقيط اثنان ، وفيه خمس صور .	٤٣٨
الحكم الرابع : الحرية والرق ، وللقيط في ذلك أربعة أحوال .	٤٤٢
الحال الاول : أن لا يقر على نفسه بالرق ولا يدعي رقه أحد .	٢٤٢
الحال الثاني : أن يدعي شخص رقه ولا بينة .	٤٤٣
الحال الثالث : أن يدعي رقه مدّعٍ وقيم عليه بينة .	٤٤٤

الموضوع	الصفحة
الحال الرابع : أن يقر على نفسه بالرق وهو بالغ عاقل ، فله أحوال .	٤٤٦
إن سبق الاقرار ما يناقضه ، ففيه ثلاث صور .	٤٤٧
فروع فيما يقبل به إقراره وما لا يقبل ، فيما يضر بغيره وما لا يضر .	٤٤٧
الفرع الاول : إذا نكح قبل الاقرار ...	٤٤٧
الفرع الثاني : إذا كانت عليه ديون وقت الاقرار بالرق وفي يده أموال ...	٤٥٠
الفرع الثالث : إذا باع أو اشترى بعد البلوغ ثم أقر بالرق .	٤٥١
الفرع الرابع : جنى ثم أقر بالرق ...	٤٥١
الفرع الخامس : جنى عليه فقطع طرفه ثم أقر بالرق ...	٤٥١
فصل : في قذف اللقيط وحدّ القذف به .	٤٥٢
الفهرس .	٤٥٥

الفهرس

الموضوع	الصفحة
كتاب الفرائض ، وفيه عشرة أبواب .	٣
الباب الأول : في بيان أسباب التوريث والورثة وقدر استحقاقهم .	٣
فصل : أسباب التوريث أربعة : قرابة ، ونسكاح ، وولاء ، وجبة الاسلام .	٣
فصل : في بيان المجمع على توريثهم .	٤
فصل : في ذوي الأرحام .	٥
فصل : في بيان ما يستحقه كل وارث من المجمع عليهم .	٨
العصبة ضربان : عصبة بغيره ، وعصبة مع غيره .	٨
أحوال الزوج والأم والجدة في الميراث .	٨
فرع : في تنزيل الجدات .	١٠
أحوال الأب والجد في الميراث .	١٢
فصل : في الأولاد وأحوالهم في الميراث .	١٣
فصل : في أحوال الاخوة والأخوات في الميراث .	١٤
أحوال الاخوة والأخوات الأم .	١٦
أحوال بني الاخوة من الأبوين أو الأب .	١٦
أحوال الأخوات للأبوين وللأب مع البنات وبنات الابن .	١٧
أحوال المم الأبوين أو الأب .	١٨

الصفحة	الموضوع
٤٣	الباب السابع : في ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا والمجوس ، وفيه ثلاثة فصول .
٤٣	الفصل الاول : اللعان يقطع التوارث بين الملعان والولد .
٤٤	الفصل الثاني : ولد الزنى كالمنفى باللعان إلا في ثلاثة أشياء .
٤٤	الفصل الثالث : فيما إذا اجتمع في شخص قرابتان ، منع الشرع من مباشرة سبب اجتماعهما .
٤٥	الباب الثامن : في الرد وذوي الارحام .
٤٥	فصل : في توريث ذوي الارحام بمذهب أهل التنزيل ، ومذهب أهل القراية .
٤٦	اتفاق مذهبي أهل التنزيل وأهل القراية على أن من انفرد من ذوي الارحام يحوز جميع المال ذكراً كان أو أنثى ، وإنما يظهر الخلاف عند اجتماعهم ، ويأت ذلك في طرفين .
٤٦	الطرف الاول : فيما إذا انفرد صنف منهم .
٤٦	من الاصناف : أولاد البنات ، وبنات بنت الابن ، وتوريثهم عند أهل التنزيل وأهل القراية .
٤٧	فرع : في أمثلة على ذلك .
٤٩	ومن الاصناف : بنات الاخوة ، وبنو الاخوة للأُم ، وأولاد الاخوات ، وتوريثهم عند أهل التنزيل وأهل القراية .
٥٠	فرع : في أمثلة على ذلك .
٥١	ومن الاصناف : الاجداد الساقطون ، والجدات الساقطات ، وتوريثهم عند أهل التنزيل وأهل القراية .

الموضوع	الصفحة
فرع : في أمثلة على ذلك .	٥٢
فصل : ومن الاصناف : الخالات والاحوال ، والمهات والأعمام ، وتوريثهم عند أهل التنزيل وأهل القرابة .	٥٣
فرع : في أمثلة على ذلك .	٥٤
أولاد الأخوال والخالات ، والمهات والأعمام الأم ، وتوريثهم عند أهل التنزيل وأهل القرابة .	٥٥
أخوال الأم وخالاتها عند أهل التنزيل وأهل القرابة .	٥٦
الطرف الثاني : في ترتيب الأنصاف من ذوي الارحام عند أهل التنزيل وأهل القرابة .	٥٧
الباب التاسع : في حساب الفرائض ، وفيه مقصودان . أحدهما : تصحيح المسائل ، والثاني : قسمة التركات .	٥٩
المقصود الأول : تصحيح المسائل ، وفيه فصول .	٥٩
الفصل الاول : في مقدمات تصحيح المسائل ، وهن أربع .	٥٩
المقدمة الأولى : الفروض المقدرة في كتاب الله تعالى ستة : النصف ، والربع ، والثلث ، والثلثان ، والثلث ، والسدس ، وبيان فروضها .	٥٩
المقدمة الثانية : كل عديدين ، فهما متماثلان ، أو متداخلان ، أو متوافقان أو متباينان ، وأمثلة على ذلك .	٦٠
المقدمة الثالثة : في أصول المسائل ، أصلها : العدد الذي يخرج منه مهامها ، ومسائل الفرض نوعان .	٦١
المقدمة الرابعة : في الأصول وأمثله .	٦٣

الموضوع	الصفحة
الفصل الثاني في تصحيح المسائل : طريق التصحيح ، وفيه نظران ، أحدهما : في تصحيح فريضة الميت الواحد ، والثاني : في التصحيح إذا مات وارثان فأكثر قبل القسمة ، ويعرف بالمناسخت .	٦٣
النظر الاول : فإن كانت الورثة كلهم عصابات ، فأمر القسمة سهل ، وإن كانوا أصحاب فروض ، فالنظر في السهام وأصحابها ، فإن انقسمت عليهم جميعاً حصل الغرض ولا حاجة إلى الضرب .	٦٤
إذا لم تنقسم السهام ، فاما أن يقع الكسر على صنف ، وإما على أكثر .	٦٤
القسم الاول : إذا وقع الكسر في صنف ، فينظر في سهامهم وعدد رؤوسهم .	٦٤
القسم الثاني : إذا وقع الكسر على أكثر من صنف .	٦٥
إذا فرغت من التصحيح وأردت أن تعرف نصيب كل واحد من الصنف مما حصل من الضرب ، فله طرق .	٦٦
أشهر الطرق وأخفها : أن تضرب نصيب كل صنف من أصل المسألة في العدد المضروب في المسألة ، وأمثله .	٦٧
الطريق الثاني : تقسم سهام كل صنف من أصل المسألة على عدد رؤوسهم .	٦٧
الطريق الثالث : تقسم العدد المضروب في المسألة على عدد رؤوس كل صنف .	٦٧
الطريق الرابع : تقابل بين نصيب كل صنف وعدد رؤوسهم .	٦٨
الطريق الخامس : ويعرف به نصيب كل واحد من الورثة قبل الضرب والتصحيح ، وأمثله .	٦٨

الموضوع	الصفحة
إذا كان الكسر على صنفين ، ولم يكن بين الرؤوس والسهام موافقة ، أو كانت وردت الرؤوس إلى وقفها ، فانظر في عدد الرؤوس ، ولها أحوال .	٦٩
الحال الاول : أن يكونا متباينين ، وأمثله .	٦٩
الحال الثاني : إذا كان عدد الرؤوس متوافقاً وأمثله .	٦٩
الحال الثالث : إذا كان عدد الرؤوس متماثلاً وأمثله .	٧٠
النظر الثاني : في النماذج ، وعو ما إذا مات وارثان فأكثر قبل القسمة ، فله حالان .	٧٢
الحال الاول : أن تنحصر ورثة الميت الثاني في الباقيين ، ويكون إرثهم من الثاني قبل الارث من الاول فتجعل الميت الثاني كأن لم يكن ، وتقسم التركة على الباقيين ، وأمثله .	٧٢
الحال الثاني : أن لا يكون كذلك ، بأن لا ينحصروا ، إما لان الوارث غيرهم ، وإما لان غيرهم يشركهم ، وإما لاختلاف مقادير استحقاقهم .	٧٢
فرع : لو مات ثالث قبل قسمة التركة ، فلك طريقان . أحدهما : تصحيح المسائل الثلاث ، والثاني : تصحيح كل مسألة برأسها ، وأمثلة على ذلك .	٧٣
المقصود الثاني في حساب الفرائض : قسمة التركات ، وله أصل وفروع متشعبة ، وأمثلة على الاصل .	٧٥
فصل : وأما الفروع المتشعبة ، فتتنوع أنواعاً كثيرة ، وأمثلة على ذلك .	٧٨

الموضوع	الصفحة
الطريق الثاني : طريق الجبر ، وأمثلة عليه .	٧٩
فصل : في مسائل من الحساب تتعلق بأبواب سبقت أحكامها .	٨٣
المسألة الأولى : سبق أن المفقود إذا مات له قريب وخلف ورثة أيضاً حاضرين ، يؤخذ في حق الجميع بالأسوأ من حياة المفقود وموته في إسقاطه وفي دفع الأقل إليه ، وأمثله .	٨٣
المسألة الثانية : طريق تصحيح مسائل الخشنى على جميع الحالات وأمثله .	٨٣
المسألة الثالثة : في تصحيح مسائل الحمل تفرعاً على أن أكثره أربعة .	٨٥
المسألة الرابعة : في تصحيح مسائل الاستهلال .	٨٥
المسألة الخامسة : في حساب مسائل الرد .	٨٧
الباب العاشر : في مسائل الملقّبات ومسائل المعاياة والقربات المشابهات ، وفيه ثلاثة فصول .	٨٩
الفصل الأول : في الملقّبات وأنواعها .	٨٩
الفصل الثاني : في المعاياة وأنواعها .	٩٢
الفصل الثالث : في القربات المشبهة ، وأنواعها .	٩٥
كتاب الوصايا ، ويشتمل على أربعة أبواب .	٩٧
الباب الأول : في أركان الوصية ، وهي أربعة .	٩٧
الركن الأول : الوصي ، وتعريفه .	٩٧
الركن الثاني : الموصى له .	٩٨
فصل : وإن كانت الوصية لمعتن ، فينبغي أن يتصور له الملك ، ويتعلق بهذا الضبط مسائل .	٩٩

الموضوع	الصفحة
المسألة الأولى : الوصية للحمل جائزة ، ثم ينظر ، فإن قال: أوصيت لحمل فلانة ، أو لحمل فلانة الموجود الآن ، فلا بد لنفوذه من شرطين.	٩٩
الشرط الأول : أن يعلم وجوده حال الوصية .	٩٩
الشرط الثاني : أن يفصل حياً .	١٠٠
المسألة الثانية : العبد الموصى له ، إما أن يكون لأجنبي ، وإما أن يكون للموصي ، وإما للورثة .	١٠١
القسم الأول : أن يكون لأجنبي ، فتصح الوصية ، ثم لا يخلو ، إما أن يستمر رقه ، وإما أن لا يستمر .	١٠١
الحالة الأولى : أن يستمر رقه ، فالوصية للسيد .	١٠١
الحالة الثانية : أن لا يستمر رقه ، بل يمتق ، فينظر ...	١٠١
القسم الثاني : أن يكون العبد الموصى له للموصي ، فينظر ...	١٠٣
القسم الثالث : أن يكون العبد لوارث الموصي .	١٠٤
المسألة الثالثة : أوصى لدابة غيره ، وقصد تمليكها ، أو أطلق ، قال الأصحاب : لوصية باطلة ، لأن مطلق اللفظ للتمليك ، والدابة لا تمليك .	١٠٥
المسألة الرابعة : الوصية للذمي صحيحة بلا خلاف .	١٠٧
المسألة الخامسة : في صحة الوصية للقاتل قولان .	١٠٧
المسألة السادسة : في الوصية للوارث ، يقدم عليها أنه ينبغي أن لا يوصي بأكثر من ثلث ماله .	١٠٨
فروع تتعلق بالمسألة العاشرة ، وهي أحد عشر فرعاً .	١١٠

الموضوع	الصفحة
فصل : الوصية للهيت باطله ، سواء علم الموصي بموته ، أم لا .	١١٦
الركن الثالث : الموصى به ، ويشترط فيه أربعة أمور .	١١٦
فرع : التبرعات المتعلقة بالموت وكذا التبرعات المنجزة في المرض	١٢٣
الخوف المتصل بالموت معتبرة من الثلث ، وفيه فصول .	
الفصل الأول : في بيان المرض والخوف والاحوال التي في معناه .	١٢٣
الفصل الثاني : في بيان التبرع المحسوب من الثلث ، وفيه مسائل .	١٣١
الفصل الثالث : في كيفية الاحتساب من الثلث ، وفيه ثلاثة أقسام .	١٣٥
الركن الرابع من أركان الوصايا : الصيغة ، والقول على طرف	١٤٠
الايجاب والقبول .	
الكلام على طرف الايجاب .	١٤٠
الكلام على طرف القبول .	١٤١
فصل : متى يملك الموصى له الموصى به ؟ فيه ثلاثة أقوال ، ويتفرع	١٤٣
على الأقوال ثمان مسائل .	
الباب الثاني: في أحكام الوصية الصحيحة ، وهي ثلاثة أقسام : لفظية ،	١٥٥
ومعنوية ، وحسابية .	
القسم الأول : الأحكام اللفظية ، وفيه طرفان .	١٥٥
الطرف الأول : في اللفظ المستعمل في الموصى به ، وفيه ثمان مسائل .	١٥٥
الطرف الثاني : في اللفظ المستعمل في الموصى له ، وفيه	١٦٦
ست عشرة مسألة .	
القسم الثاني من أقسام أحكام الوصية الصحيحة : الأحكام المعنوية ،	١٨٦
وفيها مسائل .	

الموضوع	الصفحة
الوصية بالحج ، الحج ضربان : منطوع به ، ومفروض .	١٩٥
فرع : وأما الدعاء للميت والصدقة عنه ، فينفعانه بلا خلاف ، وسواء في الدعاء والصدقة الوارث والأجنبي .	٢٠٢
فصل : ما أوصى به المساكين ، هل يجوز نقله إلى مساكين غير بلد المال ؟ فيه طريقان .	٢٠٧
القسم الثالث من أقسام أحكام الوصية الصحيحة : في المسائل الحسابية ، وفيه أطراف .	٢٠٨
الطرف الأول : فيما إذا أوصى بجزء ، وفيه مسائل .	٢٠٨
الطرف الثاني : في طريق تصحيح مسائل الوصية بالاجزاء ، وله أقسام وطرق وأحوال .	٢١٤
الطرف الثالث : دوريات من الوصايا .	٢٢١
فصل : في الوصية بمثل نصيب وارث وبجزء شائع ، وتعريف الجزء الشائع والامثلة عليه .	٢٢١
فصل : في الوصية بنصيب أحد الورثة مع الوصية بجزءين ، أحدهما من جميع المال ، والآخر مما تبقى .	٢٢٥
فصل : فيما إذا كان الجزءان مع النصيب أحدهما بعد الآخر .	٢٢٦
فصل : في الوصية بنصيبين مع الوصية بجزء بعد كل نصيب .	٢٢٦
فصل : في الوصية بنصيب وبجزء شائع على شرط أن لا يضم بعض الورثة ، أي : لا يدخل النقص عليه .	٢٢٧
فصل : في الوصية بالنصيب مع استثناء جزء من المال عنه .	٢٢٨

الموضوع	الصفحة
فصل : في الوصية بالنصيب مع استثناء جزء مما تبقى من المال .	٢٢٩
فصل : في الوصية بالنصيب مع استثناء جزء مما تبقى من جزء من المال .	٢٣١
فصل : في الوصية بجزء من المال والنصيب مع استثناء جزء من باقي المال .	٢٣٣
فصل : في الوصية بجزء شائع من المال والنصيب مع استثناء جزء مما يبقى من جزء من المال .	٢٣٤
فصل : في الوصية بمثل نصيب وارث أو عدد من الورثة إلا مثل نصيب وارث آخر أو عدد منهم .	٢٣٥
فصل : في الوصية بالنصيب مع استثناء نصيب وارث آخر منه وجزء شائع أيضاً .	٢٣٧
فصل : في الوصية بالتكملة ، والمراد بها : البقية التي يبلغ بها الشيء حداً آخر ، وهي إما مجردة عن الوصية بغيرها والاستثناء منها ، وإما غير مجردة .	٢٣٩
القسم الاول : الوصية ، إما أن تكون بتكملة واحدة ، وإما بتكلمتين فصاعداً ، وأمثلة عليه .	٢٣٩
القسم الثاني من الوصية بالتكملة : يتصور على وجوه ، منها الوصية بالتكملة مع الوصية بجزء شائع من المال ، وأمثلة عليه .	٢٤٠
فصل : في الوصية بالنصيب مستثنى من التكملة .	٢٤٧
فصل : في الوسايا التمرضة للجذور والكتاب .	٢٤٨

الموضوع	الصفحة
الجذر : كل مضروب في نفسه ، والحاصل من الضرب يسمى مالا ومجذورا ومربعا .	٢٤٨
الكعب : كل ماضرب في مثله ثم ضرب مبلغه فيه ، والحاصل من الضربين يسمى مكعبا ، فالواحد جذره وكعبه الواحد .	٢٤٨
الأعداد ضربان : ماله جذر صحيح ينطق به ، وماليس له جذر صحيح ينطق به .	٢٤٨
تمرض الوصية للجذر والكعب يفرض من وجوه .	٢٤٩
فصل : في الوصايا المترضة لمقدر من المال من درهم ودينار وغيرها وأمثله عليه .	٢٥٣
فصل : في نواذر الفصول المتقدمة ، وذكر مسائل وأمثلة عليه .	٢٥٦
الطرف الرابع من القسم الثالث من أحكام الوصية الصحيحة في المسائل الحسابية : في المسائل الدورية من سائر التصرفات الشرعية ، وإيرادها على ترتيب أبوابها في الفقه ، ومنها البيع ، ومسائل على البيع .	٢٦٢
فصل : في بيع المريض بالمحاباة مع حدوث زيادة أو نقص .	٢٦٢
فصل : محاباة المشتري تعتبر من الثلث كمحاباة البائع ، وذكر فروع على ذلك .	٢٦٨
فصل : ومن التصرفات الدورية السلم ، فإذا أسهم المريض عشرة في قدر من الخطة مؤجلا يساوي عشرة ، ومات قبل حلول الأجل ، فلوارث الخيار .	٢٧٣
فصل : ومنها الضمان والاقرار والشفعة ، وقد ذكرنا مثال الدور في أبوابها .	٢٧٤

الموضوع	الصفحة
فصل : ومنها الهبة ، فاذا وهب مريض عبداً ، ثم رجع العبد أو بعضه إلى الواهب بهبة أو غيرها ، دارت المسألة ، وفيه مسائل.	٢٧٥
فرع : فيما إذا وطئت الموهوبة وطءاً يوجب المهر .	٢٨٠
فصل : ومنها الصداق والخلع ، وقد سبق أن المريض إذا نكح بمر المثل ، جعل من رأس المال ، وإن نكح بأكثر ، فالزيادة من الثلث ، وفيه مسائل .	٢٨٢
فصل : ومنها الجنائيات ، فاذا جنى عبد على حر خطأً ، وعفا المحني عليه ومات ، لم يكن العفو وصية لقاتل ، لأن فائدته تعود إلى السيد ، وأمثلة عليه .	٢٨٦
فصل : ومنها العتق ، وفيه مسائل .	٢٨٨
فصل : ومنها الكتابة ، فاذا كاتب في مرضه عبداً لا يملك غيره ، ولم يؤد شيئاً من النجوم في حياة سيده ، فثلثه مكاتب ...	٢٩٦
فصل : في مسائل يتولد الدور فيها من أصلين ، وأمثلة على ذلك .	٢٩٨
الطرف الخامس من القسم الثالث من أحكام الوصية الصحيحة في المسائل الحسابية : في مسائل المين والدّين ، وفيه أقسام وحالات .	٢٩٩
الباب الثالث في الرجوع عن الوصية .	٣٠٤
فصل : يحصل الرجوع بطرق ، وذكر فروع على ذلك .	٣٠٤
الباب الرابع في الأوصياء ، وللوصاية أركان وأحكام .	٣١١
أركان الوصاية أربعة .	٣١١

الموضوع	الصفحة
الركن الأول : الوصي ، وله خمسة شروط ، وهي : التكليف ، والحرية ، والاسلام ، والمدالة ، والكفاية في التصرف .	٣١١
فرع : لا يشترط في الوصي المذكورة ، بل يجوز التفويض إلى المرأة .	٣١٢
فرع : تصرفات الوصي بعد الانمزال باطلة .	٣١٣
الركن الثاني من أركان الوصية : الموصي ، وفيه مسائل .	٣١٣
الركن الثالث : الموصى فيه ، وهو التصرفات المالية المباحة .	٣١٥
الركن الرابع : الصيغة ، فلا بد في الوصاية من الإيجاب .	٣١٦
فصل : في أحكام الوصاية .	٣٢٠
فصل : في مسائل مثورة في ذلك .	٣٢٢
كتاب الوديعة ، وتمريفها .	٣٢٤
فرع : لا يصح إيداع الخمر ونحوها .	٣٢٤
فصل : الإيداع توكيل خاص ، وأركانه كأركانها أربعة : الحفظ ، والمأقدان ، والصيغة .	٣٢٤
فصل : لا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف .	٣٢٥
فصل : في أحكام الوديعة ، وهي ثلاثة .	٣٢٦
الحكم الأول : الجواز من الجانبين ، وتنفسخ بموت أحدهما أو جنونه أو إغنامه .	٣٢٦
الحكم الثاني : أنها أمانة ، فلا تضمن إلا عند التقصير ، وأسباب التقصير تسعة .	٣٢٧

الموضوع	الصفحة
السبب الاول : أن يودعها المودع عند غيره بلا عذر من غير إذن المالك فيضمن .	٣٢٧
السبب الثاني : السفر بها ، فاذا أودع حاضراً ، لم يجوز أن يسافر بها ، فان فعل ، ضمن .	٣٢٨
السبب الثالث : ترك الایصاء ، فاذا مرض المودع مرضاً مخوفاً ، أو حبس للقتل ، لزمه أن يوصيَ بها ، فان سكت عنها ، ضمن .	٣٢٩
السبب الرابع : نقلها ، فاذا أودعه في قرية ، فنقل الوديعة إلى قرية أخرى ، فان كان بينها مسافة القصر ، ضمن .	٣٣١
السبب الخامس : التقصير في دفع المهلكات ، فيجب على المودع دفع المهلكات على المعتاد ، فلو أودعه ، فله أحوال .	٣٣٢
السبب السادس : الانتفاع ، فالتعدي باستعمال الوديعة والانتفاع بها ، كلبس الثوب وركوب الدابة ، خيانة مضمنة .	٣٣٤
السبب السابع : المخالفة في الحفظ ، فاذا أمره بحفظها على وجه مخصوص فبدل إلى وجه آخر وتلفت .. ولتفصيل جملة السبب صور .	٣٣٧
السبب الثامن : التضييع ، لأن المودع مأمور بحفظها في حرز مثلها بالحرص عن أسباب التلف ، وفيها صور .	٣٤١

الموضوع	الصفحة
السبب التاسع : الجحود ، فاذا قال المودع : لاوديعة لأحد عندي، إما ابتداء ، وإما جواباً لسؤال غير المالك ، فلا ضمان .	٣٤٢
فرع : من أنكر وديعة ادّعت ، صدق بيمينه .	٣٤٣
الحكم الثالث من أحكام الوديعة : ردّها عند بقائها .	٣٤٣
فصل : إذا ادعى رد الوديعة على الذي اتّمنه وهو المالك ، صدق بيمينه ، وتقصيله بصور .	٣٤٦
فصل : في يده مال ، جاء رجلان ، ادعى كل أنه مودعه ، فجوابه يفرض بصينغ .	٣٤٩
فصل : في مسائل منثورة في الوديعة .	٣٥١
كتاب قسم الغنيمة والفداء ، وبيان قيمة المالكين يقع في باين .	٣٥٤
الباب الاول : في الفداء وتعريفه .	٣٥٤
فصل : مال الفداء يقسم خمسة أسهم ، فأربعة يأتي بيان مصرفها ، والخمس الآخر يقسم على خمسة أسهم متساوية .	٣٥٥
السهم الأول : السهم المضاف إلى الله ورسوله .	٣٥٥
السهم الثاني : لذوي القربى .	٣٥٥
السهم الثالث : لليتامى .	٣٥٦
السهم الرابع والخامس : المساكين واين السبيل ، وقد سبق بيانها في الزكاة .	٣٥٦

الموضوع	الصفحة
فصل : وأما أربعة أخماس الفيء ، ففي مصرفها ثلاثة أقوال . أظهرها : أنها للمرزقة المرصدين للجهاد ، والثاني : للمصالح ، والثالث : أنها تقسم كما يقسم الخمس .	٣٥٨
فرع : للامام في القسمة على المرزقة وظائف .	٣٥٩
فصل : إذا زادت الأخماس الأربعة على حاجات المرزقة ، فإن قلنا : إنها للمرزقة وهو الأظهر ، صرف الفاضل إليهم أيضاً على قدر مؤوناتهم .	٣٦٥
فصل : في مسائل مثورة في القسمة على المرزقة .	٣٦٦
الباب الثاني في الغنيمة ، ويعرض في أموال الغنيمة ، النفل والرضخ والسلب والقسمة ، ويحصل بيانها في أربعة أطراف .	٣٦٨
الطرف الأول : في النفل وتعريفه .	٣٦٨
الطرف الثاني : في الرضخ وتعريفه .	٣٧٠
فرع : يفاوت الامام بين أهل الرضخ بحسب فقهم .	٣٧٠
فرع : في حمل الرضخ للعبيد والصبيان والنساء ثلاثة أقوال .	٣٧١
الطرف الثالث : في السلب وتعريفه ، وفيه ثلاثة قيود .	٣٧٢
فصل : كل من يستحق سهم الغنيمة يستحق السلب .	٢٧٤
الطرف الرابع : في قسمة الغنيمة .	٣٧٦
فصل : فيمن يستحق السهم ، ويتعلق به صور .	٣٧٧
فصل : بث الامام أو أمير الجيش سرية إلى دار الحرب وهو مقيم ببلده فقتلت ، لم يشاركها الامام ومن معه من الجيش .	٣٧٩

الموضوع	الصفحة
فصل : سبق أن الغنينة يبدأ منها بالسلب والمؤن ، ثم يقسم الباقي خمس أقسام ، ويجعل أربعة أخماسها للغائبين فيسوى بينهم ، ولا يفضل بعضهم إلا بشيئين أحدهما : النقصان المكتضي للرضخ ، والثاني : أن الفارس يفضل على الراجل ، وفيه سبع مسائل .	٣٨٣
ذكر بعض مسائل تتعلق بالباب .	٣٨٥

فهرس الجزء السابع من روضة الطالبين

الموضوع	الصفحة
كتاب النكاح	٣
الباب الأول في خصائص رسول الله ﷺ في النكاح وغيره ، وهي أربعة أضرب .	٣
الضرب الأول : ما اختص به رسول الله ﷺ من الواجبات .	٣
الضرب الثاني : ما اختص به ﷺ من المحرمات .	٥
الضرب الثالث : ما اختص به ﷺ من التخفيفات والمباحات .	٧
الضرب الرابع : ما اختص به ﷺ من الفضائل والإكرام .	١١
الباب الثاني : في مقدمات النكاح ، وفيه فصول .	١٨
الفصل الأول : فيمن يستحب له النكاح .	١٨
الفصل الثاني : إذا أراد النكاح فالبكر أولى من الثيب إذا لم يكن عذر .	١٩
فرع : إذا رغب في نكاحها استحب أن ينظر إليها ثلاثين .	١٩
الفصل الثالث : في أحكام النظر .	٢١
فرع : ما لا يجوز النظر إليه متصلاً يحرم النظر إليه منفصلاً .	٢٦
فرع : حيث حرم النظر حرم المس بطريق الأولى .	٢٧
الأحوال التي يجوز فيها النظر إلى المرأة .	٢٩

الموضوع	الصفحة
الفصل الرابع : في الخِطبة .	٣٠
فرع : تحرم الخِطبة على خِطبة غيره بعد صريح الإجابة .	٣١
فرع : يجوز الصدق في ذكر مساوىء الخاطب ليحذر .	٣٢
الأسباب التي تبسح الغيبة .	٣٣
الفصل الخامس : في الخِطبة .	٣٤
الباب الثالث : في أركان النكاح ، وهي أربعة أركان .	٣٦
الركن الأول : الصيغة إيجاباً وقبولاً .	٣٦
فصل : النكاح لا يقبل التعليق .	٤٠
فرع : في النهي عن نكاح الشغار .	٤٠
فصل : النكاح المؤقت باطل .	٤٢
الركن الثاني : المنكوحة ، ويشترط خلوها من موانع النكاح .	٤٣
فصل : يشترط في كل واحد من الزوجين أن يكون معيناً .	٤٣
الركن الثالث : الشهادة التي ينعقد بها النكاح .	٤٥
الركن الرابع : العاقدان ، وهما الموجب والقابل .	٥٠
الباب الرابع في بيان الأولياء وأحكامهم ، وفيه ثمانية أطراف .	٥٣
الطرف الأول : في أسباب الولاية ، وهي أربعة .	٥٣
السبب الأول : الأبوة .	٥٣
السبب الثاني : عصوبة حاشية النسب .	٥٥

<u>الموضوع</u>	<u>الصفحة</u>
السبب الثالث : الإعتاق .	٥٨
السبب الرابع : السلطان ولي من لا ولي له .	٥٨
الطرف الثاني : في ترتيب الأولياء .	٥٩
العصبة في الولاء على ترتيب الإرث .	٦٠
الطرف الثالث : في موانع الولاية ، وهي خمسة موانع .	٦٢
المانع الأول : الرق .	٦٢
المانع الثاني : ما يسلب النظر والبحث عن حال الزوج ، وفيه ست صور .	٦٢
المانع الثالث : الفسق وفيه سبع طرق .	٦٤
المانع الرابع : اختلاف الدين .	٦٦
المانع الخامس : الإحرام .	٦٧
الطرف الرابع : في تولى طرفي العقد ، وفيه مسائل .	٧٠
الطرف الخامس : في التوكيل .	٧٢
فصل : في بيان لفظ الوكيل في عقد النكاح .	٧٤
الطرف السادس : فيما يلزم الولي .	٧٧
الطرف السابع : في خصال الكفاءة .	٨٠
فصل : الكفاءة حق المرأة والولي .	٨٤
الطرف الثامن : في اجتماع الأولياء .	٨٧

الموضوع	الصفحة
فصل : في نكاح الأولياء واختلافهم .	٨٨
الباب الخامس : في المولى عليه والأسباب المقتضية لنصب الولي .	٩٤
فصل : هل للسيد إجبار العبد البالغ على النكاح ؟	١٠٢
الباب السادس : في موانع النكاح ويجمعها أربعة أجناس .	١٠٧
الجنس الأول من موانع النكاح : المحرمة ، ولها ثلاثة أسباب .	١٠٧
السبب الأول : القرابة ، ويحرم منها سبع .	١٠٧
السبب الثاني : الرضاع ، ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .	١٠٩
السبب الثالث : المصاهرة ، ويحرم فيها على التأيد أربع .	١١١
فصل فيما إذا اختلطت محرم بنسب أو رضاع أو مصاهرة بأجنبيات .	١١٦
الجنس الثاني من موانع النكاح : ما يقتضي حرمة غير مؤبدة ، ويتعلق بعدد ، وهو ثلاثة أنواع .	١١٧
النوع الأول : الجمع بين الأختين من النسب أو الرضاع .	١١٧
فرع : فيما يجوز جمعهن من النساء .	١١٨
فصل : كل امرأتين يحرم الجمع بينهما في النكاح يحرم الجمع بينهما في الوطاء بملك اليمين .	١١٩
فصل : ارتدت الزوجة بعد الدخول ، يحرم نكاح أختها وأربع سواها قبل انقضاء العدة .	١٢١
النوع الثاني : في قدر العدد المباح في النكاح .	١٢١

الصفحة	الموضوع
١٢٤	النوع الثالث . في استيفاء عدد الطلاق .
١٢٥	فرع : يحصل التحليل بكل زوج .
١٢٩	الجنس الثالث من موانع النكاح : رق المرأة ، وهو ضربان .
١٢٩	أمة غيره لا تحل للحر إلا بأربعة شروط .
١٣٥	الجنس الرابع من موانع النكاح : الكفرة ، والكفار ثلاثة أصناف .
١٣٧	فصل في صفة الكتائية التي ينكحها المسلم وهي ضربان .
١٣٩	فصل في الانتقال من دين إلى دين ، وهو ثلاثة أقسام .
١٣٩	القسم الأول : الانتقال من دين باطل إلى دين باطل .
١٤١	القسم الثاني : الانتقال من دين حق إلى دين باطل .
١٤٢	القسم الثالث : الانتقال من دين باطل إلى دين حق .
١٤٣	الباب السابع : في نكاح المشرك ، وفيه أربعة أطراف .
١٤٣	الطرف الأول : فيما يقر عليه الكافر من الأنكحة الجارية في الكفر إذا أسلم .
١٤٥	فصل : في بيان شروط استمرار النكاح بعد الإسلام وعدم استمراره ويتخرج عليه مسائل
١٤٧	فصل : فيما إذا لم يفتن بالعقد الجاري في الشرك ولا بالإسلام مفسد ولكن طراً مفسد واقتون بالإسلام ، وفيه مسائل كثيرة .
١٥٠	فصل : في أن الأنكحة الجارية في الشرك ثلاثة أوجه .

الموضوع

- ١٥١ فرع : إذا نكح مشرك أختين فطلقها ثلاثاً ثم أسلما وأسلما .
- ١٥٢ فصل : فيما إذا أصدق فاسداً كخمر أو خنزير ثم أسلما بعد قبضه ؛ أو أسلما قبل قبضه .
- ١٥٤ فصل : إذا ترافع إلينا ذميان في نكاح أو غيره .
- ١٥٦ الطرف الثاني : في نكاح المشرك إذا أسلم وتحتة عدد من النسوة لا يجمع بينهن في الإسلام وفيه عدة صور .
- ١٦١ فصل : عتق الأمة تحت عبد يثبت لها الخيار في فسخ النكاح .
- ١٦٣ فصل : العبد الكافر إذا أسلم وتحتة أكثر من امرأتين فأسلمن معه أو بعده في العدة .
- ١٦٥ الطرف الثالث : في ألفاظ الاختيار في النكاح وأحكامه .
- ١٦٥ فروع : فيمن أسلم وكان تحتة ثمان نساء فأسلمن فاختر أربعاً .
- ١٦٧ فرع : أسلم على ثمان وثنيات فأسلم معه أربع وتختلف أربع .
- ١٦٩ فصل : في حكم الاختيار إذا أسلم على أكثر من أربع وأسلمن معه أو بعده في العدة فعليه الاختيار والتعين .
- ١٦٩ فرع : فيما إذا مات قبل التعيين .
- ١٧١ فرع : مات ذمي عن أكثر من أربع نسوة .
- ١٧٢ الطرف الرابع : في النفقة والمهر .
- ١٧٦ الباب الثامن : في مثبتات الخيار في النكاح وأسبابه أربعة .
- ١٧٦ السبب الأول : العيب ، والعيوب المثبتة للخيار ثلاثة أقسام .

الموضوع	الصفحة
القسم الأول : يشترك فيه الرجال والنساء : وهو البرص والجذام والجنون .	١٧٦
القسم الثاني : يختص به الرجال ، وهو الجب والتعنين .	١٧٧
القسم الثالث : يختص به النساء ، وهو الرق والقرن .	١٧٧
فصل : في أحكام خيار العيب .	١٨٠
فروع تتعلق بالعيوب .	١٨٣
السبب الثاني في مثبتات الخيار : الغرر في الشروط .	١٨٣
مسائل تتعلق بالغرر في الشروط .	١٨٨
إذا انفصل الجنين بجنابة بأن ضرب بطنها فأجهضت فله أربعة أحوال .	١٩٠
السبب الثالث من مثبتات الخيار : العتق ،	١٩٢
فروع تتعلق بالعتق .	١٩٢
السبب الرابع من مثبتات الخيار : التعنين .	١٩٥
فروع : الفسخ بالعنة بعد ثبوتها كالفسخ بسائر العيوب .	١٩٩
الباب التاسع : فيما يملك الزوج من الاستمتاع وفيه مسائل .	٢٠٤
الباب العاشر : في وطء الأب جارية ابنه ونكاحه إياها ووجوب إعفافه وفيه ثلاث أطراف .	٢٠٧
الطرف الأول : في وطئها ، فإن وطئها الأب ، نظر ، أهى موطوءة الابن أم لا ؟	٢٠٧

الموضوع	الصفحة
الحالة الأولى : أن لاتكون موطوءة الابن ، وفيه مسائل .	٢٠٧
الحالة الثانية : أن تكون موطوءة الابن .	٢١١
الطرف الثاني : في نكاح الأب جارية الابن .	٢١٢
الطرف الثالث : في إعفاف الأب .	٢١٤
فصل : في المراد بالإعفاف .	٢١٦
الباب الحادي عشر : في أحكام نكاح الأمة والعبد وفيه طرفان .	٢١٨
الطرف الأول : في نكاح الامة وفيه مسائل .	٢١٨
الطرف الثاني : في نكاح العبد وفيه مسائل .	٢٢٤
فصل : متى ملك أحد الزوجين جزءاً من الآخر انفسخ النكاح .	٢٢٨
فصل : في مسائل من الدور الحكمي .	٢٣٣
المسائل التي يقع فيها الدور نوعان .	٢٣٣
فصل : لايجوز للعبد التسري لانه لايملك .	٢٣٩
الباب الثاني عشر : في اختلاف الزوجين في النكاح وفيه مسائل .	٢٤٠
كتاب الصداق	٢٤٩
فصل : يشتمل كتاب الصداق على ستة أبواب .	٢٤٩
الباب الاول : في أحكام الصداق الصحيح وهي ثلاثة .	٢٤٩
الحكم الاول : في أن الصداق في يد الزوج كيف يضمن ؟ وفي ضمانه قولان وفيه مسائل .	٢٥٠

الموضوع	الصفحة
الحكم الثاني : تسليم الصداق .	٢٥٩
فصل : الخلو لا تقرر المهر .	٢٦٣
الباب الثاني : في الصداق الفاسد ، ولفساده ستة أسباب .	٢٦٤
السبب الاول : أن لا يكون المذكور مالا .	٢٦٤
السبب الثاني : الشرط في السكاح .	٢٦٤
السبب الثالث : تفريق الصفقة .	٢٦٧
السبب الرابع : أن يتضمن إثبات الصداق رفعه .	٢٧٠
السبب الخامس : تفريط الولي في قدر المهر .	٢٧٣
السبب السادس : مخالفة الآخر .	٢٧٦
الباب الثالث : في التفويض وحكم المفوضة وفي الباب طرفان .	٢٧٨
الطرف الاول : في صورة التفويض ، وفيه ضربان .	٢٧٩
الطرف الثاني : في حكم التفويض وفيه مسائل .	٢٨١ ٢٨١
الفرض يوجد من الزوج أو القاضي أو أجنبي .	٢٨٣
فصل : في بيان مهر المثل ويحتاج إليه في مواضع .	٢٨٦
الباب الرابع : في تشطر الصداق وفي الباب أطراف .	٢٨٩
الطرف الاول : في موضع التشطر وكيفيته .	٢٨٩

<u>الموضوع</u>	<u>الصفحة</u>
فصل : في أوجه كيفية التشطر .	٢٩٠
الطرف الثاني : في تغير الصداق قبل الطلاق وفيه ثلاثة أقسام .	٢٩٢
القسم الأول : نقص محض وهو نوعان .	٢٩٢
القسم الثاني : زيادة محضة وهي صنفان .	٢٩٣
القسم الثالث : إذا تغير الصداق بالزيادة والنقص معاً .	٢٩٥
فصل : كل عمل جاز الاستنجار عليه جاز جعله صداقاً كتعليم القرآن ، وفيه مسائل .	٣٠٤
الطرف الثالث : في بيان حكم التشطر بعد تصرفها في الصداق وفيه مسائل وفروع .	٣١٠
الطرف الرابع : فيما إذا وهبته الصداق ثم طلقها قبل الدخول ونصده بقاءتين .	٣١٤
القاعدة الأولى : في ألفاظ التبرع .	٣١٤
القاعدة الثانية : هل للولي العفو عن صداقها .	٣١٦
فصل : فيما إذا وهبت المرأة لزوجها الصداق المعين فطلقها قبل الدخول .	٣١٦
فصل : فيما إذا خالعا قبل الدخول على غير الصداق .	٣١٩
الباب الخامس في المتعة .	٣٢١
الباب السادس : في النزاع في الصداق وفيه مسائل .	٣٢٣
فصل : يتعلق بكتاب الصداق .	٣٣١

<u>الموضوع</u>	<u>الصفحة</u>
باب الوليمة .	٣٣٢
فرع في أقل الوليمة .	٣٣٣
فرع في إجابة الدعوة إلى وليمة العرس .	٣٣٣
فرع : دعاء جماعة أجاب الأسبق .	٣٣٤
فرع : في منكرات الوليمة .	٣٣٥
فصل : الصوم ليس عنداً في ترك إجابة الدعوة .	٣٣٦
فصل : دعاء من أكثر ماله حرام ، كرهت إجابته كما تكره معاملته .	٣٣٧
فصل : في المرأة إذا دعت النساء .	٣٣٧
فصل : في مسائل تتعلق بالضيافة .	٣٣٨
يحرم التطفل .	٣٣٩
فصل : في آداب الأكل .	٣٤٠
فصل : يجوز نثر الجوز واللوز والتمر والسكر ونحوها في الإملاكات .	٣٤٢
كتاب عشرة النساء وفيه بابان .	٣٤٤
الباب الأول : في عشرين والقسم وفيه خمسة أطراف .	٣٤٤
الطرف الأول : في استحقاق القسم .	٣٤٤
فصل فيمن تستحق القسم وفيه مسائل .	٣٤٥
فصل فيمن يستحق عليه القسم .	٣٤٧
الطرف الثاني : في مكان القسم وزمانه وفيه مسائل .	٣٤٨

٣٥٢	الطرف الثالث : في التساوي وبيان محل التفاضل .
٣٥٧	الطرف الرابع : في الظلم والقضاء في القسم بين النساء وفيه مسائل .
٣٦٠	فرع : للواهة أن ترجع في الهبة متى شئت ويعود حقها في المستقبل .
٣٦٢	الطرف الخامس : في المسافرة بهن .
٣٦٢	يسقط القضاء بين النساء بشروط .
٣٦٤	فصل : إذا سافر بزوجتين بقرعة ، عدل بينهما .
٣٦٧	الباب الثاني : في الشقاق بين الزوجين .
٣٦٩	فرع : فيما تصير به المرأة ناشزة .
٣٧٤	كتاب الخلع .
٣٧٥	فصل : يشتمل هذا الكتاب على خمسة أبواب .
٣٧٥	الباب الأول : في حقيقة الخلع .
٣٧٧	فرع : يصح الخلع بجميع كنايات الطلاق مع النية إن جعلناه صداقاً
٣٧٩	فصل فيما يتعلق به الخلع من الأصول .
٣٨٣	الباب الثاني في أركان الخلع ، وهي خمسة .
٣٨٣	الركن الأول : الزوج .
٣٨٤	الركن الثاني : المختلع .
٣٨٤	أسباب الحجر .

<u>الموضوع</u>	<u>الصفحة</u>
السبب الأول : الرق .	٣٨٤
السبب الثاني : الحجر بالسفه .	٣٨٦
السبب الثالث : الجنون والصغر .	٣٨٦
السبب الرابع : المرض .	٣٨٧
الركن الثالث : المعوض ، وهو البضع ، وشرطه أن يكون مملوكاً للزوج .	٣٨٨
الركن الرابع : العوض هو كالصداق ، وتفصيله بصور .	٣٨٩
الصورة الأولى : خالعتها على مجهول .	٣٨٩
الصورة الثانية : خالعتها على ما ليس بمال كخمر أو حر .	٣٩٠
الصورة الثالثة : الخلع على ما لا يقدر على تسليمه .	٣٩٠
الصورة الرابعة : التوكيل بالخلع من الجانبين جائز .	٣٩١
فروع في فتاوى البغوي في الخلع .	٣٩٤
الركن الخامس : الصيغة ، ولا بد منها .	٣٩٥
فصل : سألت زوجها طلاقاً بعوض وارتدت عقب السؤال ثم أجابها .	٣٩٥
فصل : إذا طلقها على العوض أو خالعتها ، فلا رجعة له .	٣٩٧
فصل : لو وكل امرأة بطلاق زوجة أو خلعها ، صح على الأصح .	٣٩٨
فصل : يجوز أن يكون عوض الخلع منفعة ، ويصح عقد الإجارة عليها .	٣٩٩
الباب الثالث : في بيان الألفاظ الملزمة ومقتضاها ، وفيه أطراف .	٤٠٣

الصفحة	الموضوع
٤٠٣	الطرف الأول : في الألفاظ الملزمة ، وفيه مسائل .
٤٠٣	المسألة الأولى : صيغة المعاوضة ملزمة .
٤٠٥	المسألة الثانية : قال : أنت طالق أو طلقتك على أن لي عليك ألفاً ...
٤٠٥	المسألة الثالثة : قال : أنت طالق إن ضمننت لي ألفاً ، أو إن ضمننت لي ألفاً فأنت طالق .
٤٠٦	المسألة الرابعة : إذا علق الطلاق بالإعطاء لا يقع إلا بالإعطاء في المجلس .
٤٠٧	المسألة الخامسة : في حقيقة الإعطاء المعلق عليه .
٤٠٩	المسألة السادسة : في بيان ما ينزل عليه الدرهم .
٤١٠	فروع : لو كان الغالب في البلد دراهم عديدة ناقصة الوزن أو زائدته ، لم ينزل الإقرار والتعليق عليها .
٤١٢	المسألة السابعة : قال : إن أعطيتني عبداً أو ثوباً فأنت طالق ، ووصفه بما يعتبر في السلم ، فأنت به بالصفة ، طلقت وملكه الزوج .
٤١٣	المسألة الثامنة : قال : إن أعطيتني هذا الثوب وهو هروي فأنت طالق ، فأعطته وبان مروياً ، لم تطلق .
٤١٥	الباب الرابع : في سؤال المرأة الطلاق بمال واختلاع الأجنبي ، وفيه أطراف .
٤١٥	الطرف الأول : في ألفاظها ، وفيه مسائل .
٤١٧	الطرف الثاني : في سؤالاتها عدداً في الطلاق ، وفيه مسائل .

<u>الموضوع</u>	<u>الصفحة</u>
الطرف الثالث : في تعليقها الطلاق بزمان ، وفيه مسائل .	٤٢٤
الطرف الرابع : في اختلاع الأجنبي ، وفيه مسائل .	٤٢٧
الباب الخامس : في الاختلاف في الطلاق ، وفيه مسائل .	٤٣٠
فصل في مسائل منشورة تتعلق بالحلل .	٤٣٦
فرع لابن الحداد يتعلق بالحلل .	٤٣٨
الفهرس	٤٤١



الفهرس

الموضوع	الصفحة
كتاب الطلاق ، وفيه ستة أبواب .	٣
فرع : الطلاق في النفاس بدعي كالحيض .	٥
فرع : لا تنقسم الفسوخ إلى سنة وبدعة .	٩
الطرف الثاني : في إضافة الطلاق إلى السنة والبدعة تنجيهاً أو تعليقاً ، وفيه مسائل .	٩
فرع : في ضبط ما يدين فيه وما يقبل ظاهراً .	١٩
الباب الثاني : في أركان الطلاق .	٢٢
فصل : وأما الكناية فيقع بها الطلاق مع النية بالإجماع .	٢٦
فصل : قال لزوجته : أنت علي حرام ، أو محرمة ، أو حرمتك بأن نوى الطلاق نفذ رجعيّاً .	٢٨
فصل : في مسائل منشورة متعلقة بالصريح والكناية .	٣٢
الطرف الثاني : في الأفعال القائمة مقام اللفظ .	٣٩
الطرف الثالث : في تفويض الطلاق .	٤٦
الركن الثالث : القصد في الطلاق ، ويختل القصد بثلاثة أسباب .	٥٣
السبب الأول : أن لا يقصد اللفظ .	٥٣
السبب الثاني : الإكراه .	٥٦
فصل : في بيان الإكراه .	٥٨
السبب الثالث : اختلال العقل .	٦٢
الركن الرابع : محل الطلاق .	٦٣
الركن الخامس : الولاية على المحل .	٦٨

الموضوع	الصفحة
فصل : طلاق المريض في الوقوع كطلاق الصحيح .	٧٢
الباب الثالث : في تعدد الطلاق ، وفيه أطراف .	٧٥
الطرف الأول : في نية العدد .	٧٥
الطرف الثاني : في تكرار الطلاق .	٧٨
الطرف الثالث : في الحساب ، وفيه ثلاثة أنواع .	٨٤
النوع الأول : في حساب الضرب .	٨٤
النوع الثاني : في تجزئة الطلاق .	٨٥
النوع الثالث : في تشريك الطلاق .	٨٨
الباب الرابع : الاستثناء في الطلاق .	٩١
الاستثناء ضربان ، أحدهما الاستثناء بـ « إلا » وأخواتها ، والثاني : تعليق الطلاق والعقاق وغيرهما بمشيئة الله تعالى .	٩٢
الباب الخامس : الشك في الطلاق .	٩٩
الباب السادس : في تعليق الطلاق .	١١٤ -
التعليق بالأوقات .	١١٦
الطرف الثاني : في التعليق بالتطبيق .	١٢٨
فصل : في التعليق بنفي التطبيق .	١٣٣ -
الطرف الثالث : في التعليق بالحمل والولادة .	١٣٨ ✓
الطرف الرابع : في التعليق بالحيض .	١٥١
الطرف الخامس : في التعليق بالمشيئة .	١٥٧
الطرف السادس : في مسائل الدور .	١٦٢
الطرف السابع : في أنواع من التعليق .	١٦٧
فصل : في مسائل تجري في محاصمة الزوجين ومشاققتها .	١٨٥
كتاب الرجعة .	٢١٤
الباب الأول : أركان الرجعة .	٢١٤
الركن الأول : سببها ، والمطلقات قسمان .	٢١٤

الموضوع	الصفحة
الركن الثاني : الزوج المتنجس ، وشروطه .	٢١٤
الركن الثالث : صيغة الرجعة .	٢١٥
الركن الرابع : المحل ، وهي الزوجة .	٢١٧
الباب الثاني : في أحكام الرجعية والرجعة .	٢٢١
فصل : في الاختلاف في الرجعة .	٢٢٣
كتاب الإيلاء .	٢٢٩
الباب الأول : في أركان الإيلاء .	٢٢٩
الركن الأول : الحالف وشروطه .	٢٢٩
الركن الثاني : في المحلوف به .	٢٣٠
فرع : مسائل من الإيلاء .	٢٣١
فصل : الإيلاء يقبل التعليق .	٢٤٤
فصل : سواء في الإيلاء حالة الرضى والغضب .	٢٤٥
الركن الثالث : مدة الإيلاء .	٢٤٦
الباب الثاني : في أحكام الإيلاء ، وفيه أربعة أطراف .	٢٥١
الطرف الأول : في ضرب المدة .	٢٥١
الطرف الثاني : في كيفية المطالبة .	٢٥٣
الطرف الثالث : ما به المطالبة .	٢٥٥
الطرف الرابع : فيما تحصل به الفياة .	٢٥٧
كتاب الظهار .	٢٦١
الباب الأول : في أركان الظهار .	٢٦١
الركن الأول : الزوجان .	٢٦١
الركن الثاني : صيغة الظهار .	٢٦٢
الركن الثالث : المشبه به .	٢٦٤
الباب الثاني : في حكم الظهار .	٢٦٨
كتاب الكفارات .	٢٧٩

الموضوع	الصفحة
فصل : يشترط النية في الكفارات .	٢٧٩
خصال الكفارة ثلاثة .	٢٨١
الشرط الأول : الإسلام .	٢٨١
الشرط الثاني : السلامة من كل عيب يضر بالعمل إضراراً بيناً .	٢٨٤
الشرط الثالث : كمال الرق .	٢٨٦
الشرط الرابع : خلو الإعتاق عن شوب العوض .	٢٩١
الحصلة الثانية : الصيام .	٢٩٦
فصل : في بيان حكم صوم الكفارة المرتبة .	٣٠١
الحصلة الثالثة : الإطعام .	٣٠٤
فصل : لو عجز عن جميع خصال الكفارة استقرت في ذمته على الأظهر .	٣٠٩
كتاب اللعان والقذف ، وفيه أبواب .	٣١١
الباب الأول : في ألفاظ القذف وأحكامه العامة ، وفيه طرفان .	٣١١
الطرف الأول : في ألفاظه ، وهي : صريح ، وكناية ، وتعريض .	٣١١
اللفظ الأول : الصريح ، وفيه مسائل .	٣١١
اللفظ الثاني : الكناية .	٣١٢
اللفظ الثالث : التعريض .	٣١٢
الطرف الثاني : في أحكام القذف .	٣٢١
فصل : حد القذف وتعزيره حق آدمي يورث عنه ويسقط بعفوه .	٣٢٥
الباب الثاني : في قذف الزوجة خاصة .	٣٢٧
الباب الثالث : في ثمرة اللعان ، وشروطه ، وصفته ، وأحكامه ، وفيه أطراف .	٣٣١
الطرف الأول : في ثمرات اللعان .	٣٣١
الطرف الثاني : في صفة الملاعن ، وله شرطان .	٣٣٤
الشرط الأول : أهلية اليمين .	٣٣٤
الشرط الثاني : الزوجية .	٣٣٥
الطرف الثالث : في سبب اللعان .	٣٤٢

الموضوع	الصفحة
الطرف الرابع : في كيفية اللعان ، وفيه فصول .	٣٥٠
الفصل الأول : في كلمات اللعان .	٣٥٠
الفصل الثاني : في التعليلات .	٣٥٤
الفصل الثالث : في السنن .	٣٥٥
الطرف الخامس : في أحكام اللعان .	٣٥٦
فصل : في نفي الولد .	٣٥٦
فصل : في مسائل مشورة من اللعان .	٣٦١
كتاب العدد ، وفيه خمسة أبواب .	٣٦٥
الباب الأول : في عدة الطلاق وما في معناه من اللعان وسائر الفسوخ ووطء الشبهة .	٣٦٥
عدة الطلاق ونحوه ثلاثة أنواع : الأقراء ، والأشهر ، والحمل .	٣٦٦
النوع الأول : الأقراء ، وتعريفها .	٣٦٦
فصل : الحرة التي تحيض عدة طلاقها ثلاثة أقراء ، والأمة قرءان .	٣٦٨
فصل : المعتدات أصناف .	٣٦٩
الصف الأول : من لها حيض وطهر صحيحان تعتد بالأقراء .	٣٦٩
الصف الثاني : المستحاضة .	٣٦٩
الصف الثالث : من لم تر دمًا لياس وصغر ، أو بلغت سن الحيض أو جاوزته ولم تحض .	٣٧٠
النوع الثاني : الأشهر .	٣٧٠
الصف الرابع : من انقطع دمها .	٣٧١
النوع الثالث : الحمل .	٣٧٣
فرع : تنقضي العدة بانقصال الولد حياً أو ميتاً ، ولا تنقضي بإسقاط العلقة والدم .	٣٧٦
فصل : أكثر مدة الحمل أربع سنين .	٣٧٧

الموضوع

الصفحة

الباب الثاني : في اجتماع عدتين .	٣٨٤
فصل : في مسائل تتعلق بباب العدد .	٣٩٨
الباب الثالث : في عدة الوفاة والمفقود .	٣٩٨
فرع : في كيفية الاحداد ، وهو ترك التزين بالثياب والحلي والطيب .	٤٠٥
فرع : يجوز المحدة التزين في الفرش والبسط والستور وأثاث البيت ، لأن الحداد في البدن ، لا في الفرش .	٤٧
الباب الرابع : في السكنى .	٤٠٨
فصل : يحرم على الزوج مساكنة المعتدة في الدار التي تعتد فيها ومداخلتها ، ويستثنى موضعان .	٤١٨
فصل : في مسائل تتعلق بالعدد .	٤٢٤
الباب الخامس : في الاستبراء ، وفيه ثلاثة أطراف .	٤٢٥
الطرف الأول : فيما يتعلق بنفس الاستبراء .	٤٢٥
الطرف الثاني : في سبب الاستبراء ، وهو سببان .	٤٢٦
السبب الأول : حصول الملك .	٤٢٧
السبب الثاني : زوال الفراش .	٤٣٣
المستولدة المزوجة إذا مات سيدها وزوجها ، فلها أحوال .	٤٣٥
الطرف الثالث : فيما تصير به الأمة فراشاً ، وفيه مسائل .	٤٤٠



الفهرس

الصفحة	الموضوع
٣	كتاب الرضاع
٣	الركن الأول من أركان الرضاع وهو الموضع وشروطه
٤	الركن الثاني اللبن
٦	الركن الثالث المحل وهو معدة الصبي
٧	عدد الرضعات المحرمة
٩	الشك في عدد الرضعات، وفي وصول اللبن إلى جوف الرضيع
١٣	حكم خلط حليب الزوجتين ، وشرب الطفل منه
١٥	الباب الثاني فيمن يحرم بالرضاع
٢٠	الباب الثالث في الرضاع القاطع للنكاح وحكم الغرم
٢٤	المصاهرة المتعلقة بالرضاع
٣٤	الباب الرابع في الاختلاف
٣٤	الأول في دعوى الرضاع وحكمها
٣٥	كيفية الحلف في الرضاع
٣٦	الشهادة على الرضاع
٤٠	كتاب النفقات

الصفحة	الموضوع
٤٠	الواجب الأول في النفقة الطعام
٤٢	الواجب الثاني الأدم
٤٤	الواجب الثالث الخادم
٤٧	الواجب الرابع الكسوة
٤٩	الواجب الخامس آلات التنظيف
٥٢	الواجب السادس الإسكان
٥٢	كيفية الإتفاق في هذه الواجبات
٥٧	الباب الثاني في مسقطات النفقة
٥٨	موانع النفقة أربعة أولها النشوز
٦١	المانع الثاني والثالث الصغر والعبادات
٦٤	المانع الرابع العدة
٦٦	البائن بخلع أو طلاق الثلاث لا نفقة لها ...
٦٨	المعتدة عن الوفاة لا نفقة لها
٧٢	الباب الثالث الإعسار ، بنفقة الزوجة
٧٢	الأول في ثبوت الفسخ به •
٧٦	إذا ثبت حق التفريق بسبب الإعسار ، فلا بد من الرفع إلى القاضي
٧٧	وقت الفسخ
٧٩	حق الفسخ للزوجة ولا اعتراض للولي عليها
٨٣	الباب الرابع في نفقة الأقارب
٨٥	نفقة القريب لا تتقدر بل هي قدر الكفاية وتسقط بمضي الزمان
٨٦	يلزم الابن إعفاف أبيه
٨٧	حكم ما إذا امتنع الأب من الاتفاق على ولده الصغير أو
	امتنع القريب من نفقة قريبه
٨٩	اجتماع أقارب المحتاج والأقارب المحتاجين

الصفحة	الموضوع
٩٠	الأول في اجتماع الفروع الذين تلزمهم النفقة للأصل المحتاج
٩٢	الثاني إذا اجتمع للمحتاج قريبان من أصوله
٩٣	الثالث إذا اجتمع للمحتاج واحد من أصوله وآخر من فروع
٩٣	الرابع في ازدحام الآخرين
٩٨	الباب الخامس في الحضانة
٩٨	حضانة الأم وشروطها
١٠١	لمن تنتقل الحضانة إذا امتنعت الأم منها أو غابت
١٠٣	إذا صار الصغير مميزاً يخير بين الأبوين إذا افترقا
١٠٨	ترتيب المستحقين للحضانة
١١٥	الباب السادس في نفقة المملوك
١١٩	لا يجوز للسيد أن يكلف رقيقه من العمل إلا ما يطبق الدوام عليه
١٢٠	من ملك دابة لزمه علفها وسقيها
١٢٢	كتاب الجنائيات
١٢٣	متى يكون القتل عمداً
١٢٨	بيان المزهق
١٣١	فصل فيما إذا جرى سبب ، وقدر المقصود على دفعه
١٣٣	اجتماع السبب والمباشرة أو الشرط
١٣٥	الإكراه على القتل
١٤٢	فصل فيما يباح بالإكراه
١٤٤	اجتماع مباشرتين
١٤٦	فصل فيما إذا قتل إنساناً يظنه على حال وكان بخلافه
١٤٨	شرط وجوب القصاص كونه معصوم بالاسلام أو

الصفحة	الموضوع
	الجزية أو الأمان
١٤٩	لا يقتص من صبي ولا مجنون ولا فائم لعدم وجود أهلية الالتزام
١٥١	لا قصاص على والد يقتل ولده
١٥٦	فصل فيما لا يؤثر اختلاف القاتل والمقتول فيه •
١٦٠	فصل في اجتماع سببين مختلفين في اقتضاء القصاص
١٦٧	باب تغيير حال المجروح بين الجرح والموت
١٦٩	قطع يده ثم ارتد المقطوع واندمل جرحه فله قصاص اليد
١٧٠	إذا طرأ ما يغير قدر الدية ، فيجب ما تقتضيه يوم الموت
١٧٨	باب القصاص في الأطراف
١٧٩	الجنايات فيما دون النفس ثلاثة أنواع النوع الأول الجرح
١٨١	النوع الثاني قطع الطرق
١٨٣	لا قصاص في كسر العظام لعدم الوثوق بالمماثلة
١٨٦	النوع الثالث إبطال المنافع
١٨٨	الفصل الثالث في المماثلة
١٩٠	حكم قصاص الموضحة
١٩٢	الصفات التي يؤثر التفاوت فيها
١٩٣	اليد الشلاء والرجل الشلاء هل تقطعان بالصحيحين ؟
١٩٥	القصاص في قطع الذكر وقطع الأثنين
١٩٦	يقطع أنف الصحيح بأنف الأخصم
١٩٨	القصاص في السن
٢٠٢	حكم ما إذا قطع يداً كاملة الأصابع ويد الجاني ناقصة أصبعاً
٢٠٩	وقت الاقتصاص في الجروح

الصفحة	الموضوع
٢٠٩	باب اختلاف الجاني ومستحق الدم
٢١٤	باب استيفاء القصاص
٢١٥	إذا كان القصاص لجماعة ، فليس لهم أن يجتمعوا على مباشرة قتله ، وإنما يتفقون على واحد يستوفيه
٢١٨	الواحد إذا قتل جماعة قتل بأحدهم وللباقي الديات
٢٢١	ليس لمستحق القصاص استيفاءه إلا بأذن الإمام أو نائبه
٢٢٤	وقت الاقتصاص
٢٢٥	لا يقتص من المرأة الحامل حتى تضع
٢٢٦	تحبس الحامل في القصاص إلى أن يمكن الاستيفاء
٢٢٩	الطرف الثالث في كيفية المائلة
٢٣٢	المائلة مرعية في قصاص الطرف كما هي مرعية في قصاص النفس
٢٣٤	لا تقطع يمين ييسار ولا عكسه
٢٣٩	باب العفو عن القصاص
٢٤١	حكم عفو مستحق القصاص إذا كان محجوراً عليه
٢٤٢	العفو الصحيح والفاسد وألفاظه
٢٤٩	باب في مسائل منثورة
٢٥٣	فروع من فتاوى البغوي
٢٥٥	كتاب الديات
٢٥٥	الأول دية النفس
٢٥٦	تفليظ الدية
٢٥٧	منقصات الدية
٢٦٣	دية ما دون النفس

الموضوع	الصفحة
الجروح - جراحات الرأس	٢٦٣
جراحات سائر البدن	٢٦٥
يتعدد أرش الجائفة بتعددتها	٢٦٩
إبانة الأطراف	٢٧١
العضو الأول الأذن	٢٧١
العضو الثاني العينان	٢٧٢
العضو الثالث الأنف والبرص	٢٧٣
العضو الخامس الشفتان	٢٧٤
العضو السادس اللسان	٢٧٥
العضو السابع الأسنان	٢٧٦
العضو الثامن اللحيان والتاسع اليدين	٢٨٢
العضو العاشر الرجلان والحادي عشر حلمتا المرأة	٢٨٥
العضو الثاني عشر الذكر والثالث عشر الانثيان	٢٨٧
الرابع عشر الأليان والخامس عشر الشفران والسادس عشر الجلد	٢٨٨
القسم الثالث إزالة المنافع	٢٨٩
الأول العقل	٢٨٩
الثاني السمع	٢٩١
الثالث البصر	٢٩٢
الرابع الشم	٢٩٥
الخامس النطق	٢٩٦
السادس الصوت والسابع الذوق ، والثامن المضغ	٣٠١
التاسع والعاشر والحادي عشر الإمتاء والإجبال والجماع	٣٠٢

الصفحة	الموضوع
٣٠٣	الثاني عشر إفضاء المرأة
٣٠٥	الثالث عشر البطش
٣٠٨	الباب الثالث في بيان الحكومات والجناية على الرقيق
٣١١	الطرف الثاني في الجناية على الرقيق
٣١٣	الأول السبب
٣١٤	الثاني فيما يغلب إذا اجتمعت العلة والسبب أو الشرط
٣١٦	فصل في بيان الحفر الذي هو في محل عدوان وغيره
٣١٨	فصل في مسائل تتعلق بالتصرف في الشارع وفي ملك نفسه
٣٢٠	حكم جواز إخراج الميزاب إلى الشارع
٣٢٢	حكم ما إذا ألقى قمامة البيت وقشور البطيخ وغيرها في الطريق فزلق بها إنسان فهلك أو تلف بها مال
٣٢٤	إذا اجتمع سببا هلاك قدم الأول منهما
٣٢٨	وقع في البئر واحد خلف واحد ، فهلكوا أو هلك بعضهم فله حالان
٣٣١	حكم هلاك اثنين بسبب اصطدامهما
٣٣٥	حكم ما إذا اصطدم سفينتان وغرقتا بما فيهما
٣٤٥	الطرف الخامس في حكم السحر وما ينجم عنه
٣٤٧	القتل بالسحر لا يثبت بالبيينة
٣٤٨	الباب الخامس في العاقلة ومن عليه الدية
٣٥٧	الطرف الثالث في كيفية الضرب على العاقلة
٣٥٩	ما يضرب على العاقلة يضرب مؤجلاً
٣٦١	ابتداء المدة في دية النفس من وقت الزهوق

الموضوع	الصفحة
جناية العبد وأم الولد	٣٦٢
الباب السادس في الجنين	٣٦٦
الجنين الذي تجب فيه الغرة	٣٧٠
صفة الغرة	٣٧٦
مستحق الغرة ومن تجب عليه	٣٧٧
باب كفارة القتل	٣٧٩
شرط القتل الذي تجب بقتله الكفارة	٣٨١
إذا قتل مسلما في دار الحرب وجبت الكفارة بكل حال .	٣٨١

* * *

الفهرس

الموضوع	الصفحة
كتاب دعوى الدم والقسامة	٣
شروط الدعوى	٣
القسامة	٩
القرائن التي يعارض اللوث ، وتسقط اثره	١٣
كيفية القسامة	١٦
حكم القسامة	٢٣
من يحلف في القسامة	٢٥
مسائل منثورة	٢٩
الشهادة على الدم	٣١
اقرار بعض الورثة بعفو احدهم عن القصاص يسقط القصاص	٣٨
كتاب الإمامة وقتال البغاة	٤٢
الطرق التي تنعقد بها الإمامة	٤٣
احكام الإمام	٤٧
قتال البغاة	٥٠
حكم البغاة	٥٣
حكم ضمان المتلف من نفس او مال بين الفريقين	٥٥
كيفية قتال البغاة	٥٧
كتاب الردة	٦٤
الأقوال والأفعال المقتضية للكفر	٦٦
من تصح رده ومن لا تصح	٧١
المكره على كلمة الكفر لا يحكم برده	٧٢

الموضوع	الصفحة
حكم الردة	٧٥
ما تحصل به توبة المرتد	٨٢
بماذا ينعقد الإيمان	٨٣
كتاب حد الزنى	٨٦
ما يوجب الحد	٨٦
تغريب الحر	٨٧
ما لاحد فيه من مقدمات الوطء	٩١
لا يجوز العفو عن الزاني ولا الشفاعة له إذا ثبت عليه الحد	٩٥
استيفاء الحد	٩٩
بيان مستوفيه	١٠٢
كتاب حد القذف	١٠٦
كتاب السرقة وما يوجب القطع	١١٠
الأول أن يكون المسروق نصاباً	١١٠
الثاني أن يكون مملوكاً لغير السارق	١١٣
الثالث أن يكون محترماً	١١٦
الرابع أن يكون الملك تاماً قوياً	١١٧
الخامس ألا يكون فيه شبهة استحقاق للسارق	١١٩
السادس كونه محرراً	١٢١
وجوه النقل	١٣٦
المحل المنقول إليه	١٣٩
ما تثبت به السرقة	١٤٣
على السارق رد المال المسروق إن كان باقياً أو ضمانه والقطع	١٤٩
مسائل منثورة	١٥٢
باب قطاع الطرق	١٥٤
عقوبة قطاع الطرق	١٥٦-

الموضوع	الصفحة
تسقط عقوبة قاطع الطريق إذا تاب قبل القدرة عليه	١٥٨
حكم قتل قاطع الطريق	١٦٠
حكم القاطع إذا اجتمع عليه عقوبات آدميين	١٦٣
لا يثبت قطع الطريق إلا بشهادة رجلين	١٦٧
باب حد شارب الخمر	١٦٨
الشراب الموجب للحد	١٦٨
وجوب الحد يكون بإقراره أو بشهادة رجلين	١٧٠
الحد الواجب في الشرب	١٧١
كيفية الجلد في الزنى والقذف والشرب	١٧٢
باب التعزير	١٧٤
كتاب ضمان إتلاف الإمام	١٧٧
حكم الختان	١٨٠
محل ضمان إتلاف الإمام	١٨٢
الصيال	١٨٦
ضمان ما تتلفه البهائم	١٩٥
مسائل منثورة	٢٠١
كتاب السير	٢٠٤
الأمور المشهورة بعد الهجرة على ترتيب السنين	٢٠٦
وجوب الجهاد	٢٠٨
الأعذار المسقطه لوجوب الجهاد	٢٠٩
الجهاد الذي هو فرض عين	٢١٤
أنواع فروض الكفاية	٢١٦
مسائل تتعلق بالسلام ورده	٢٢٦
الأحوال التي لا يسلم فيها	٢٣٢
كيفية الجهاد	٢٣٨
حكم مالو تترس الكفار بمسلمين من الأسارى وغيرهم	٢٤٦

الموضوع	الصفحة
سبي الكفار واسترقاقهم	٢٥٠
حكم إتلاف أموالهم	٢٥٨
الاغتنام	٢٥٩
سقوط حق الفانمين بالإعراض	٢٦٦
حكم أراضي الكفار وعقاراتهم	٢٧٥
الامان ومن يجوز له	٢٧٨
ينعقد الامان بكل لفظ يفيد الغرض	٢٧٩
مسائل منثورة تتعلق بكتاب السير	٢٩٣
كتاب عقد الجزية والهدنة	٢٩٧
من يعقد الذمة	٢٩٩
شروط من تجب عليه الجزية	٢٩٩
المكان القابل للتقرير	٣٠٨
المال المعقود عليه	٣١١
معنى الصغار	٣١٥
احكام عقد الذمة	٣٢١
الامور التي يلزم بها اهل الذمة	٣٢٣
مسائل تتعلق بالباب	٣٢٣
عقد الذمة	٣٣٤
بماذا ينتقض عهد الذمة	٣٣٨
عقد الهدنة والشروط التي يلزم وفاؤها	٣٤٧
كتاب السبق والرمي	٣٥٠
الباب الاول في السبق	٣٥٠
متى يشترط وجود المحلل في السبق	٣٥٤
الاشياء التي يعتبر السبق بها	٣٥٩
فروع تتعلق بالسبق	٣٦٠
عقد المسابقة هل هو لازم كالإجارة ام جائز كالجعالة	٣٦١
حكم ما إذا فسدت المسابقة وركض المتسابقان	٣٦٢

الرمي وشروطه	٣٦٣
يشترط في الرمي أن يكون مرتباً	٣٧٠
تعيين الرماة	٣٧١
فروع تتعلق بالرمي	٣٧٢
تعيين الموقف وتساوي المتناضلين فيه	٣٧٣
أحكام المناضلة	٣٧٥
الاختلاف في تفسير السهم الحابي	٣٨١
النكبات الطارئة عند الرمي وأثرها	٣٨٣
حكم المناضلة جوازاً ولزوماً	٣٨٦
مسائل منشورة تتعلق بالمناضلة والمسابقة	٣٨٨

الفهرس

الصفحة

الموضوع

٣	كتاب الإيمان
٤	حكم اليمين إذا أعقبه بالاستثناء
٦	حكم الحلف بغير الله
٧	حروف القسم ثلاثة الباء والواو والتاء
٩	حكم حذف حرف القسم
١٠	انعقاد اليمين يكون بالحلف بالله ، أو باسم من أسمائه ، أو صفة من صفاته
١٣	حكم الحلف بالمصحف
١٤	إذا قال أشهد بالله أو شهدت بالله ونوى اليمين فيمين
١٧	كفارة اليمين
١٧	جواز التكفير قبل الحنث
١٩	ما لا يكره الحلف فيه
٢١	كيفية كفارة اليمين
٢٥	إذا مات وعليه كفارة يمين تخرج من تركته سواء أوصى بها أو لم يوص
٢٧	الأصل المرجوع إليه في البر والحنث اتباع مقتضى اللفظ الذي تعلقت به اليمين . وقد يتطرق إليه التقييد والتخصيص بنية تقترن أو باصطلاح خاص أو قرينة
٢٨	حلف لا يدخل الدار وهو فيها لا يحنث بالملك
٢٩	حلف لا يدخل الدار حنث بالحدول فيها كيفما اتفق له
٣٠	حكم ما إذا حلف لا يسكن هذه الدار ولا يقيم فيها وهو عند الحلف فيها
٣١	حكم الحلف على أن لا يسكن زيدا في موضع أو مطلقاً
٣٣	حلف لا يشرب من ماء هذه الإداوة أو الجرة
٣٥	حلف ليشرب من ماء هذه الإداوة فانصب قبل أن يشرب
٣٦	حلف لا يأكل هذين الرغيفين لم يحنث إلا بأكلهما

- إذا حلف لا يأكل الرأس أو الرؤوس حمل على إن تميز عن الأبدان
 ٣٧ وتباع مفردة
 ٣٨ حلف لا يأكل الخبز حنث بأي خبز كان
 ٤٠ حلف لا يأكل الزبد لا يحنث بأكل السمن
 ٤٢ حلف لا يأكل السكر حنث بنفس السكر دون ما يتخذ منه إلا إذا نوى
 ٤٣ حلف لا يأكل أو لا يشرب لا يحنث بمجرد الذوق
 ٤٣ ما يعد فاكهة وما لا يعد في الحلف
 حلف لا يأكل طعاماً اشتراه زيد ، لم يحنث بما ملكه يارث أو هبة
 ٤٥ أو وصية
 حلف لا يسكن داراً لزيد ، فسكن داراً له فيها حصة قليلة أو كثيرة
 ٤٧ لا يحنث
 حلف لا يشتري ولا يبيع لا يحنث بتوكيل من يشتري له ويبيع
 ٤٧ حلف لا يبيع ، فباع بيعاً فاسداً أولاً يهب ، فوهب هبة فاسدة ،
 ٤٩ لم يحنث
 حلف لا يهب ، حنث بكل تمليك في الحياة خال عن العوض
 ٥٠
 حلف لا يبر فلاناً ، دخل في اليمين جميع التبرعات
 ٥١ حلف لا يدخل دار زيد أو بيته ، حنث بدخول دار يملكها وإن لم
 ٥٣ يسكنها ، ولا يحنث بدخول دار يسكنها بأجرة أو إعارة
 ٥٤ حلف لا يدخل دار زيد ، فباعها زيد ثم أدخلها لم يحنث
 حلف لا يدخل هذه الدار من هذا الباب ، قدخلها من موضع آخر
 ٥٥ عتيق أو محدث وذلك الباب بحاله لم يحنث
 حلف لا يلبس ثوباً حنث بلبس القميص والرداء والسراويل والجبة
 والقباء ...
 ٥٧
 حكم ما إذا حلف لا يخرج فلان بغير إذنه أو إلا بإذنه
 ٦١ حلف لا يكلمه ، فقال له : تنح عني أو قم أو أخرج أو شتمه أو
 ٦٣ زجره ، حنث سواء عقب هذا لليمين متصلاً أم فضله
 تجوز المهاجرة فوق ثلاثة أيام إذا كان المهجور مبتدعاً أو مجاهرأ
 ٦٤ بالظلم والفسوق
 ٦٥ ما إذا يقول من حلف ليثنين علي الله أحسن الشاء
 ٦٦ حلف لا يصلي لا يحنث بسجود الشكر والتلاوة والطواف

- ٦٩ حكم ما إذا حلف ليقضين حقه ، ومات قبل القضاء
لو قال لأقضين حقا إلى حين ، لم يختص ذلك بزمان مقدر ، بل
يقع على القليل والكثير
- ٧١ حكم ما إذا حلف لا يرى منكراً إلا رفعه إلى القاضي
- ٧٢ حكم ما إذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه منه
- ٧٤ حلف ليجلدن عبده مائة سوط ، فإن شد مائة سوط وضربه بها ،
فقد وفى بموجب اللفظ
- ٧٧ فصل في حنث الناسي والجاهل والمكره
- ٧٨ حلف لا يسلم على زيد ، فسلم على قوم هو فيهم ولم يعلم أنه
فيهم ، ففي الحنث قولاً حنث الناسي والجاهل
- ٧٩ لا تنمقذ يمين صبي ولا مجنون ولا مكره
- ٨١ الشافعي رحمه الله يعمل بمقتضى اللغة في الإيمان وذلك عند
ظهورها وشمولها وتارة يتبع العرف إذا استمر وأطرد
- ٨١ اللفظ الخاص في اليمين لا يعمم بالسبب والنية والعام وقد يتخصص
- ٨١ يعتبر اللفظ بحقيقته ، وقد يصرف إلى المجاز بالنية
- ٨٢ في كتب أصحاب أبي حنيفة أن المعرفة لا تدخل تحت النكرة لمغايرتها
- ٨٣ فصل في مسائل منثورة
- ٨٤ لو قال : لا أدخل حانوت فلان ، فدخل الحانوت الذي يعمل فيه
وهو ملك غيره ، لم يحنث
- ٨٧ في كتب أصحاب أبي حنيفة : لو قال : وسلطان الله فهو يمين إن أراد
القدرة ، وإن أراد المقدور ، فلا
- ٨٧ لو حلف لا يأكل المرق ، فهو ما يطبخ باللحم أي لحم كان
- ٨٩ حلف لا يزوره حياً ولا ميتاً ، فشيع جنازته لم يحنث
- ٩٠
- ٩٢ كتاب القضاء
- ٩٢ القضاء والإمامة فرض كفاية بالإجماع
- ٩٤ حكم ما إذا بذل مالاً ليتولى القضاء
- ٩٤ الصفات التي يجب توفرها في القاضي
- ٩٥ من لا تقبل شهادته من أهل البدع لا يصح تقليده القضاء
- ٩٨ ليس للمجتهد أن يقلد مجتهداً
- ١٠٠

- المنسوب الى مذهب أحد الائمة الثلاثة أصناف مقلد ، وبالع رتبة
- ١٠١ الاجتهاد ومتوسط
- ١٠٣ يلزم المستفتي أن يسأل من عرف علمه وعدالته
- ١٠٦ آداب المستفتي
- ١٠٨ لا يشترط أن يكون للمجتهد مذهب مدون
- ١٠٨ ينبغي للمعلم والمفتي الرفق بالمتعلم والمستفتي ليتمكن من الفهم عنه
- ١٠٩ الشروط التي لابد من توافرها في المفتي المنتسب الى مذهب إمام
- يكره للمفتي إبقاء المستفتي في حيرة بذكر عدة أقوال في المسألة، وينبغي
- ١١٣ أن يجزم بما هو الراجح منها
- ١١٧ هل يجوز للعامي أن يتخير ويقلد أي مذهب شاء ؟
- ١١٨ يستحب للإمام أن يأذن للقاضي في الاستخلاف
- ١١٩ يشترط في الذي يستخلفه ما يشترط في القاضي
- هل يجوز أن يحكم الخصمان رجلاً غير القاضي وهل لحكمه
- ١٢١ بينهما اعتبار
- ١٢٣ احكام منثورة تتعلق بالتولية
- ١٢٥ متى يعزل القاضي وينعزل
- ١٢٧ القضاة والولاة لا ينزلون بموت الإمام الأعظم أو انعزاله
- ١٢٩ ليس على القاضي تتبع احكام القاضي قبله
- ١٣١ آداب القضاء وهي عشرة
- إذا لم يجد القاضي كفاية ، فله أن يأخذ رزقاً من بيت المال ليتفرغ
- ١٣٧ للقضاء ...
- ١٣٩ يكره للقاضي ان يقضي في كل حال يتغير فيها خلقه
- ١٤٢ يحرم على القاضي الرشوة ...
- شهادة الزور من أكبر الكبائر ، ومن ثبت أنه شهد بزور عزره
- ١٤٥ القاضي بما يراه
- ١٤٦ ما ينقض من قضاء القاضي وقضاء غيره .
- ١٤٧ إذا انتشر قول الصحابي فله ثلاثة أحوال
- ١٤٩ القياس نوعان جلي وغيره
- ١٥٠ إذا تبين للقاضي الخطأ في حكمه ، لزمه نقضه
- ١٥٢ حكم القاضي ينفذ ظاهراً لإبائناً

- ١٥٤ فصل في آداب منشورة
يقضي القاضي بالحجة ، فإذا لم تكن ، وعلم صدق المدعي ، فهل
١٥٦ يقضي بعلمه ؟
- ١٥٧ حكم الرواية بالإجازة ، وأنواعها
على القاضي أن يسوي بين الخصمين في دخولهما ، وفي القيام لهما ،
١٦١ والنظر فيهما ، وطلاقة الوجه ...
- لا يحضر القاضي وليمة أحد الخصمين ، ولا وليمتها ، وفي حضور
١٦٥ وليمة غير الخصمين ثلاثة أوجه
- البحث عن حال الشهود وتركيتهم
١٦٦ ينبغي أن يكون للقاضي مزكون وأصحاب مسائل
- ١٦٨ لا يقبل الجرح المطلق في الشاهد ، بل لابد من بيان سببه
١٧٢ ما يفعله القاضي إذا ارتاب بالشهود أو ترهم غلطهم
١٧٣ القضاء على الغائب -
- ١٧٥ يجوز القضاء على الغائب بشاهد ويمين كالحاضر
- ١٧٧ كتاب القاضي إلى القاضي
- ١٧٨ ما ينبغي أن يشته القاضي في الكتاب الذي يعثه إلى قاض آخر
- ١٨١ صيغ الحكم وما يكون منها حكم وما لا يكون
- ١٨٥ الحكم بالشيء الغائب على غائب
- ١٨٨ الأصل أن لا يسمع القاضي البينة ولا يحكم إلا بحضرة المدعى عليه
لكن هذا الأصل قد يترك لأسباب
- ١٩٣ من أتى القاضي مستعدياً على خصم ليحضره ، فلخصمه حالان
- ١٩٤ حكم القضاء على الغائب في العقوبات
- ١٩٦ المرأة المخدرة هل تكلف حضور مجلس الحكم
- ١٩٧ القاضي يزوج من لاولي لها إذا كانت في محل ولايته
- ١٩٨ مسائل منشورة
- ٢٠١ كتاب القسمة
- ٢٠٢ القاسم المنسوب من جهة الإمام يدر رزقه من بيت المال
- ٢٠٣ للعين المشتركة حالان
- ٢٠٤ جواز القسمة بالرقاع المدرجة في البنادق

- حكم ما إذا ادعى أحد الشريكين غلطاً أو حيفاً في قسمة فاسم
 ٢٠٨ القاضي بالإجبار
 ٢٠٩ حكم ما إذا قسمت التركة بين الورثة ، ثم ظهر دين
 ٢١٠ قسمة التعديل والمشارك
 قسمة دار بين اثنين لها علو وسفل ، طلب أحدهما قسمتها علواً
 ٢١٣ وسفلاً أجبر الآخر عند الامكان
 ٢١٥ إذا قلنا القسمة بيع ، فاقسما ربوياً ، وجب التقابض في المجلس
 ٢١٦ قسمة الإجبار لا يعتبر فيها التراضي عند إخراج القرعة ولا بعدها
 تقسم المنافع كما تقسم الأعيان ، وطريق قسمتها المهايأة مياومة
 ٢١٧ أو مشاهرة أو مسانهة
 دار بيد جماعة طلبوا من القاضي قسمتها بينهم ، إن أقاموا بينة
 ٢١٩ أنها ملكهم أجابهم إلى القسمة ، وإن لم يقيموها ، فطريقان
 ٢٢٠ مسائل منشورة
 ٢٢٢ **كتاب الشهادات**
 ٢٢٢ شروط أهلية الشهادة وتعريف الكبيرة
 ٢٢٤ الصفات
 ٢٢٥ حكم اللعب بالشطرنج
 ٢٢٧ حكم القناء
 ٢٢٩ حكم الهجاء بالشعر
 ما يكون مباحاً كاللعب بالشطرنج ونحوه ترد به الشهادة إذا داوم
 ٢٣٠ على اللعب به ، أو لعب به في السوق على مرأى من الناس
 إذا تعاطى الإنسان شيئاً ما مختلفاً في تحريمه ، فهل ترد شهادته
 ٢٣١ أم لا ؟
 ٢٣٢ تعريف المروءة وهي الشرط الخامس من شروط أهلية الشهادة
 ٢٣٣ ترك السنن الرواتب أحياناً لا ترد به الشهادة
 ٢٣٤ من شروط أهلية الشهادة الانفكاك عن التهمة
 ٢٣٦ لا تقبل شهادة أصل ولا فرع
 ٢٣٧ تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر
 ٢٣٧ من أسباب عدم قبول الشهادة العداوة
 ٢٣٩ حكم شهادة المبتدع

- ٢٤١ لا تقبل شهادة المغفل الذي لا يحفظ ولا يضبط
- ٢٤٢ ما تقبل فيه شهادة الحسبة وهو ما تمحض حقاً لله تعالى
- ٢٤٥ شهادة الأخرس غير مقبولة
- ٢٤٥ أمور لا تمنع الشهادة وفيها خلاف لبعض العلماء
- ٢٤٥ شروط التوبة
- ٢٤٩ تصح التوبة من ذنب وإن كان ملابساً ذنباً آخر مصراً عليه
- إذا حكم القاضي بشهادة اثنين ثم بان له أنهما ممن لا تصح شهادتهما
- ٢٥١ نقض حكمه
- ٢٥٢ العدد والذكورة في الشهادة
- ٢٥٢ ما يكفي فيه شهادة واحد ، وشهادة الزنى لا تثبت إلا بأربعة رجال
- ٢٥٣ العقوبة لا تثبت إلا بشهادة رجلين
- ٢٥٤ ما يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين
- ٢٥٩ مستند علم الشاهد ، وحكم تحمل الشهادة وأدائها
- إذا شاهد فعل إنسان أو سمع قوله ، فإن كان يعرفه بعينه واسمه ونسبه ، شهد عليه عند حضوره بالإشارة إليه ، وعند غيبته وموته باسمه ونسبه
- ٢٦١ المرأة المتنقبة لا يجوز الشهادة عليها اعتماداً على الصوت كما لا يجوز أن يتحمل الأعمى اعتماداً على الصوت ، وكذا البصير في الظلمة أو من وراء حائل صفيق
- ٢٦٤ الشهادة على الملك تنبغي على ثلاثة أمور وهي اليد والتصرف والتسامع
- ٢٦٨ في قبول شهادة الأعمى فيما يشهد فيه بالاستفاضة وجهان
- ٢٧١ شروط تحمل الشهادة وأدائها
- ٢٧٤ تحمل الشهادة فرض كفاية في عقد النكاح
- ٢٧٥ حكم الشاهد إذا طمع في مال لتحمل الشهادة وأدائها
- ٢٧٦ آداب التحمل والآداء
- ٢٧٨ الشاهد مع اليمين
- ٢٨٤ هل يثبت الوقف بشاهد ويمين
- ٢٨٩ الشهادة على الشهادة
- ٢٩١ الفرع عند أداء الشهادة يبين جهة التحمل

٢٩٢	صفات شاهد الاصل وما يطرا عليه
٢٩٣	لاتقبل الشهادة على الشهادة إلا من الرجال
٢٩٤	متى تسمع شهادة الفروع
٢٩٥	يجب على الفروع تسمية الاصول وتعريفهم
٢٩٦	الرجوع عن الشهادة
٢٩٨	هل يتعلق بالمزكي الراجع قصاص وضمان ؟
٣٠٤	ما لا يثبت بالنسوة منفردات
	شهد أربعة على رجل بأربعمائة ، ثم رجع أحدهم عن مائة وآخر
٣٠٦	عن مائتين وثالث عن ثلاثمائة والرابع عن الجميع ...

* * *

فهرس

الجزء الثاني عشر من الروضة

كتاب الدعوى والبيّنات	٢
الباب الاول في الدعوى	٣
المسألة الثانية في حد المدعي والمدعى عليه	٧
فصل في حد الدعوى الصحيحة	٨
انواع الدعوى	٩
الباب الثاني في جواب الدعوى	١٩
فصل في مسائل الباب وهي ست	٢٠
فروع من كلام القاضي أبي سعد الهروي	٢٨
الباب الثالث في اليمين	٣١
فرع النظر في اليمين إلى القاضي المستحلف	٣٦
فرع هل للوكيل بالخصومة إقامة بيّنة على وكالته من غير حضور الخصم؟	٤٠
الباب الرابع في النكول	٤٣
الباب الخامس في البيّنة	٥٠
فرع متى تسمع بيّنة الداخل	٥٩
فروع تتعلق بالبيّنة أكثرها عن ابن سريج	٦١
فصل بيّنة المدعي لا توجب ثبوت الملك ، ولكنها تظهره	٦٥
الطرف الثاني في العقود	٦٧
فرع في يده دار جاء اثنان يدعيانها	٧١
الطرف الثالث في التداعي والتعارض في الموت والإرث	٧٥
من ادعى وراثته شخص وطلب تركته أو شيئاً منها ، فعليه بيان جهة الوراثة	٨٢
الطرف الرابع في العتق والوصية	٨٤
لا فرق في شهود العتق والوصية بين أن يكونوا أجنباً أو من ورثة المشهود عليه .	٨٦
الباب السادس في مسائل منثورة تتعلق بأدب القضاء والشهادات والدعاوي	٨٩

فصل فيما جمع من فتاوى القفال وغيره	٩٣
فتاوى في الدعوى عن القاضي حسين	٩٧
فتاوى في الدعوى عن أبي إسحاق الشيرازي والفضالي	٩٨
والبغوي وابن القاص	
الباب السابع في دعوى النسب وإلحاق القائف	١٠١
صفات القائف	١٠١
الولد الملحق	١٠٢
حكم الولد الملحق إذا تعذر وجود القائف أو تحير في أمره : أو	١٠٤
التحق بهما أو نفاه عنهما .	
كتاب العتق	١٠٧
جواز تعليق العتق بالصفات والإعتاق على عوض	١٠٩
الخصائص التي ينفرد بها العتق عن الطلاق خمسة	١١٠
متى تثبت السراية إذا حكمنا بها ؟ ثلاثة أقوال	١٢٠
عشر مسائل تتفرع على هذه الأقوال	١٢١
يعتبر لمعرفة الثلث فيمن أعتقه منجزاً في المرض قيمة يوم	١٤٠
الإعتاق .	
الطرف الثاني في كيفية القرعة والتجربة المترتبة عليها	١٤٥
فرع لو أعتق من لا دين عليه عبداً لا مال له غيرهم . . .	١٥١
فروع في مسائل منثورة	١٥٦
الخصيصة الخامسة الولاء	١٧٠
الطرف الثاني في حكم الولاء	١٧٤
فصل في مسائل منثورة تتعلق بكتاب العتق من الولاء وغيره	١٨٢
كتاب التدبير	١٨٦
معنى التدبير وأنه يصح مطلقاً	١٨٧
الباب الثاني في حكم التدبير	١٩٤
الأمر الخامس جنابة المدبر	٢٠٢
كتاب الكتابة	٢٠٩
أركان الكتابة أربعة : لأول الصيغة	٢٠٩
الركن الثاني العوض	٢١١

الركن الثالث السيد	٢١٤
لا يشترط لصحة الكتابة اسلام السيد	٢٢٠
الركن الرابع المكاتب	٢٢٦
الكتابة الباطلة والفاسدة	٢٣١
تفارق الكتابة الفاسدة الصحيحة في أمور	٢٣٣
الباب الثاني في أحكام الكتابة الصحيحة وهي خمسة	٢٣٦
الحكم الثاني في الأداء وفيما يتعلق به مسائل	٢٤٨
المسألة الثالثة في تعذر تحصيل النجوم عند حلها	٢٥٤
فروع تتعلق بالفسخ والانفساخ	٢٥٨
فروع من التهذيب	٢٧١
فرع في التقاص	٢٧٣
فصل في تصرفات المكاتب	٢٧٨
الحكم الرابع في ولد المكاتب	٢٨٦
السيد ممنوع من وطء المكاتب لاختلال ملكه	٢٩٠
الحكم الخامس في جنابة المكاتب والجنابة عليه	٣٠١
فصل في مسائل منشورة	٣٠٧
كتاب أمهات الأولاد	٣١٠
أولاد المستولدة إن كانوا من السيد احرار	٣١١
حكم ما إذا زنى رجل بأمة ، فأتت بولد من زنى ، ثم ملكها	٣١٢

رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ

وَعَمْدَةُ الْمُفْتِينَ

لِلإِمَامِ السَّوَوِيِّ

الجزء الأول

إشراف
زُهَيْرُ السَّوَوِيِّ

المكتب الإسلامي

مقدمة الناشر

بسم الله الرحمن الرحيم

إن الحمد لله نحمده ، ونستعينه ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ، ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له .
وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له . وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ،
حمل الرسالة وبلغ الأمانة ، ونصح للأمة .

أما بعد : فإن من نعم الله الجليلة التي أسبغها على الأمة الإسلامية أن أنزل
الشرعية القويمة على أكمل رسل الله سيدنا محمد ﷺ ، وأوكل إليه أن يبين للناس
بجوامع كلمه ما نزل اليهم ، ثم هيا لها أهل الذكر الذين تجملوا بالتقوى ،
وتحلوا بالفهم ، وكانوا ممن أراد الله بهم خيراً ، إذ فقههم في الدين ، ففسروا
شريعة الله ، وأوضحوا أحكامها ، وفصلوا مجملها ، وبينوا حلالها وحرامها ،
وسطروا جميع ذلك في مؤلفاتهم القيمة ، ليستعين بها من يأتي بعدهم ، ويتروّض
على فهم النصوص ، وطرق الاستنباط ، فكانت لهم من الأعمال التي يستمر
ثوابها ، ويدوم أجرها كما ثبت في « صحيح مسلم » عن أبي هريرة رضي الله عنه
أن رسول الله ﷺ قال : « إذا مات الانسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة : إلا
من صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له » .

وكان من بين تلك الكتب الفقهية الجليلة التي قيص الله للمكتب الاسلامي
نشرها هذا الكتاب الذي نضعه بين يدي القراء مطبوعاً لأول مرة ، وقد أسماه

مؤلفه - الامام الجليل محي الدين يحيى بن شرف النووي - « روضة الطالبين وعمدة المفتين »^(١) في فقه المذهب الشافعي . وكان من بواعث تأليفه - كما جاء في مقدمة الكتاب - أنه رأى كتاب « فتح العزيز في شرح الوجيز » للامام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي المتوفى سنة ٦٢٣هـ من خير ما ألف في فقه المذهب الشافعي لما تضمن من الأحكام الكثيرة ، والأدلة الوفيرة ، والتحقيقات الجمة الدقيقة ، غير أنه - لضخامة حجمه - لم يكن الانتفاع به متيسراً إلا لفئة قليلة من العلماء ، فأحب ان يذلل تلك العقبة ، ويجعله قريب المتناول ، سهل الاطلاع على طلاب العلم ، فسلك في اختصاره طريقاً وسطاً تجنب فيها الاطناب الممل ، والايجاز المخل ، مع الاستيعاب التام لما جاء في الأصل من الأحكام ، والتزم الى ذلك ترتيب الأصل إلا نادراً ، وساق على الغالب عبارته مع تغيير طفيف يثقله الاختصار ، وتبعاً لذلك فقد حذف الأدلة التي وردت في الأصل ، واكتفى بالإشارة الى ما خفي منها ، وذلك لأن الأدلة في الكتب الكبيرة « الأمهات » كان يجرّدها المحدثون في جزء خاص ، ثم يخرجونها ، ويتكلمون عليها تصحيحاً وتضعيفاً^(٢) . ومنهج الامام النووي معروف في العودة الى الحديث الصحيح والعمل به ، وتقديمه على الرأي ، وكتابه « المجموع » شرح « المهذب » وشرحه العظيم « لصحيح مسلم » ، وما فيهما من ترجيحات يخالف بها المذهب خير شاهد على ذلك .

(١) هكذا ورد اسم الكتاب في النسخ الموجودة في المكتبة الظاهرية ، أما صاحب كشف الظنون ، فقد أسماه « روضة الطالبين وعمدة المفتين » وآثرنا ما جاء في الأصول المخطوطة للكتاب ، لأنها اصح مصدراً ، وأصوب معنى . ووضعت كامل هذا الاسم على الغلاف الخارجي لهذه الطبعة .

(٢) من كتب التخريج المطبوعة « نصب الرأية في تخريج احاديث الهداية » للحافظ الزيلعي و« التلخيص الخبير في تخريج احاديث الرافعي الكبير » للحافظ ابن حجر العسقلاني ، وللإمام أبي حفص عمر بن أبي الحسن الاندلسي المعروف بـ « ابن الملقن » المتوفى سنة ٨٠٤هـ كتاب خرج فيه الاحاديث التي وردت في أصل كتاب « الروضة » ، لم يطبع بعد ، ولعلنا سنقوم بطبعه فيما بعد ان شاء الله . ومن اعظم ما صدر من كتب التخريج كتاب « ارواء الغليل تخريج احاديث منار السبيل » للمحدث الشيخ محمد ناصر الدين الالباني فإنه خرّج احاديث منار السبيل وكلها مما يدور في كتب الفقه . وهما من مطبوعات المكتب الاسلامي .

كما أنه استدرك في مواطن كثيرة على الإمام الرافعي ، وزاد عليه كثيراً من الفروع التي جمعها من أمهات المصادر في فقه المذهب الشافعي .

ولسنا نعدو الصواب إذا قلنا : إن هذا الكتاب مرجع عظيم يضم بين دفتيه الفقه الشافعي الذي تضافت جهود كثير من العلماء الشافعية طوال خمسة قرون ونيف على جمعه وتهذيبه وإيضاح الملتبس منه ، وإضافة كثير من الأحكام المستجدة إليه . فهو من هذه الناحية بالغ الأهمية لكل طالب علم وباحث يهمه الاطلاع على أقوال مدرسة فقهية كبيرة .

هذا وقد قام الأخوة الأساتذة في قسم التحقيق والتصحيح في المكتب الاسلامي بدمشق بالجهد الأكبر في تصحيحه وضبط نصوصه ومقابلة النسخ المخطوطة على بعضها ، وترقيمه وتفصيله والتعليق عليه . فخرج والله الحمد على هذه الصورة المرضية ، والله أسأل أن يحسن مثوبة كل من أعان على نشره ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

ابوبكر

نهر وبنر

عمان - غرة رجب ١٣٨٦هـ

وَصَفَ النسخ التي اعتمدناها نسخ المكتبة الظاهرية

النسخة الأولى تحت رقم ٢٢٧ - ٢٣٠ فقه شافعي

وهي النسخة الوحيدة الكاملة من بين خمس نسخ في الدار ، بلغت عدة مجلداتها مجتمعة أربعاً وعشرين مجلدة ، بما فيها أجزاء النسخة هذه التي تقع في أربع مجلدات ، وهي نسخة مقروءة ومصححة ، ومقابلة على نسخة صححت على نسخة المؤلف . وقد جاء في نهاية المجلد الأول ما نصه : قابل هذا المجلد ، وصححه من افتتاحه الى اختتامه بقدر الوسع والطاقة مع نسخة صححت من نسخة المصنف ، شكر الله سعيه ، ورحم أسلافه العبد أبو الفضائل عمر بن جبرئيل الباجي ، وفرغ ليلة الأربعاء السابع والعشرين من رجب سنة ثلاث وثلاثين وسبعمئة ، وخطها نسخي واضح مضبوط على إهمال في بمض الحروف .

أما عدد أوراق المجلد الأول ، فهي (٣٣١) ورقة بمقياس ٢٣ × ١٥ في كل صفحة (٢٥) سطراً ، وهو يبدأ من أول الكتاب ، وينتهي باتهاء كتاب النذر . أما المجلد الثاني فيبدأ بكتاب البيع ، وينتهي بكتاب حساب الفرائض ، وعدد أوراقه (٣٢٩) ورقة ، وخطه لا يختلف عن الجزء الذي سبقه . والمجلد الثالث يبدأ بكتاب الوصايا ، وينتهي باتهاء كتاب نفقة الملوك ، وعدد أوراقه (٣٦١) ورقة .

والجلد الرابع يبدأ بكتاب الجنائز إلى آخر باب أمهات الأولاد ، وهو آخر الكتاب ، وعدد أوراقه (٣٤٣) ورقة .

وجاء في آخر هذا الجلد مانعه : نقل عن خط مصنف هذا الكتاب ، قال مختصره يحيى النووي : وقع الفراغ من تحرير هذا الكتاب يوم الأربعاء التاسع والعشرين من شهر جمادى الآخرة سنة أربع وثمانين وستمئة ، والحمد لله أولاً وآخراً ، والصلاة على رسوله خاتم النبيين ، وسيد الأولين والآخرين .

النسخة الثانية تحت رقم ٢٠٧ - ٢١٦ فقه شافعي

وهي أقل ما تبقى من نسخ الكتاب الموجودة نقصاً ، وتقع في ثمان مجلدات ينقص مجلداً الثاني من أوله كتاب الزكاة وقليل من كتاب الصوم ، وينقص مجلداً الخامس من آخره باب آداب الأكل ، مقياس مجلداتها ٢٥ × ١٦ ، وخطها واضح كبير في عامة الأجزاء ، بلغ عدد الأسطر في كل صفحة (١٩) سطراً ، في كل سطر (٨) كلمات تقريباً .

والجلد الأول والسابع والثامن بخط محمد بن أحمد بن محمد السنباطي المعروف بابن البقار ، فرغ من كتابة الجلد الأول يوم السبت سادس ذي الحجة سنة أربعين وسبعمئة ، والجلد السابع يوم الخميس سادس عشر شهر رمضان ، والجلد الثامن يوم الجمعة الثاني والعشرين من شوال من السنة ذاتها . وبقية المجلدات نسخها محمد بن معين ابن عبد الله الشاذلي ثم الشافعي سنة ست وثلاثين وسبعمئة .

النسخة الثالثة تحت الرقم ٢١٩ فقه شافعي

وهي ناقصة أكثر من نصف الكتاب ، تبدأ من أول الكتاب وتنتهي بكتاب

الفيء والنفية ، وتقع في مجلد واحد ، عدد ورقاته (٥١٨) ورقة ، وخطها جميل جداً ، والنص جيد ومصحح ومقابل ، وفي هامشها كثير من التصويبات .
وجاء في آخرها ما نصه : وقد نجز الفراغ من نسخه في الخامس عشر من رمضان المبارك عمت بركته حجة تسع وثمانين وثمانئة كتبه غيب الله بن معروف غفر الله ذنوبها ، وستر عيوبها آمين رب العالمين .

النسخة الرابعة تحت الرقم ٢١٥ فقه شافعي

وهي نصف الكتاب ، وتقع في مجلد واحد عدد ورقاته (٣٠٥) ورقات ، يبدأ من أول الكتاب ، وينتهي بكتاب الميراث ، وهي - على نقصها - من أجود النسخ ضبطاً وتحقيقاً ، قالها بأصل المؤلف مرتين عبد الوهاب بن عمر الحسيني الشافعي كما جاء في هامش آخر ورقة منها . وقد فرغ من كتابتها في أواخر شهر شعبان سنة ثمان وثلاثين وثمانئة علي بن عبد الكريم بن أبي بكر بن محمد بن محمد الشافعي ، وهي وقف المدرسة العمرية (١) .

النسخة الخامسة

جاءتنا من البحرين وهي أقدم النسخ كتابة ، نسخها عبد العزيز بن أبي بكر بن عبد العزيز ، وقد فرغ من نسخها يوم الخميس سنة اثنتين وثلاثين وسبعمئة ، أي بعد فراغ مؤلفها رحمه الله من تأليفها بأربع وستين سنة ، كما هو مذكور في نهاية الأصل . وهي نسخة جيدة تامة ، مكتوبة بخط نسخي جميل يتميز بدقته وصغر حروفه ، متينة الورق ، أصاب بعض أطرافها بلل لم يؤثر في حروفها ،

(١) انظر ترجمة هذه المدرسة وما كان لها من منزلة عظيمة في كتاب « مناداة الاطلال

ومسامرة الخيال » للشيخ عبد القادر بدران طبع المكتب الاسلامي ١٣٧٩ هـ .

وقع في مجلدين ، عدد أوراق المجلدة الأولى (١٧٧) ورقة ، والثانية (٢٠٤)
ورقات ، مقياسها ٣٠ × ٢٤ ، وعدد الأسطر في كل صفحة (٤٣) سطراً ، في
كل سطر سبع وعشرون كلمة تقريباً ، وقد كتبت كلمة (فصل) و (قلت)
بالحبر الأحمر ، وعناوين الأبواب ، وكلمة (فرع) بالحبر الأسود بخط عريض .
وعلى هامش هذه النسخة تعليقات واستدراكات وتصويبات وإثبات اختلاف النسخ ،
ومن بينها ما يطلب على الظن أنها من صنع أحد تلامذة المؤلف ، فقد جاء على
هامش الورقة الثانية من المجلد الأول ما نصه : (هذا القيد ذكره شيخنا مؤلفه
ولم يذكره الرافعي) وبعض هذه التعليقات مذبلة بقوله : (صح) ، إشارة إلى أن
ما جاء في صلب الكتاب خطأ ، وبعضها الآخر بقوله (ن) إشارة إلى اختلاف النسخ .

وقد اعتمدنا هذه النسخة عند الطبع ، بعد أن قننا بمقابلتها على بقية النسخ التي
سبق وصفها ، وأشرنا أحياناً إلى الخلاف الذي جاء فيها ، وأغفلنا الإشارة إلى كثير
من التصويبات التي أثبتناها إراحة للقارئ فيما لا فائدة منه .

وقد كانت هذه النسخة في حوزة الصديق العزيز الشيخ محمد بن يوسف نجيب ،
وهو من كرام تجار البحرين ، وأفاضلهم ، بث بها إليه الشيخ محمد رسول كرامني
وهو من أهل السنّة في إيران ، ومن علمائها الأفاضل ، وكان قد بذل جهداً ليس
باليسير لطبعه ، وتسهيل اقتنائه ، فلم يتم له ذلك لضخامة حجمه ، وكثرة تكاليفه .
ومن توفيق الله سبحانه أن جرى السعي من قبل الشيخ النجيب مع صاحب
السمو الشيخ علي آل ثاني حفظه الله في طبعه . وتقديراً لقيمة هذا الكتاب ،
وشعوراً بضرورة نشره ، وتعميم نفعه ، وتيسيره لطلاب العلم ، فقد أصدر صاحب
السمو الأمر بطبع كمية منه على نفقته الخاصة حسبة لوجه الله تعالى ، كما هو دأبه
- حفظه الله - في كل الكتب النافعة ، ولولا ذلك ما كنا نظن أن يطبع مثل
هذا الكتاب الكبير على أهميته البالغة . والحمد لله رب العالمين .

كَلِمَةٌ حَوْلَ كِتَابِ الرُّوضَةِ
لِأَسَافِنَا أَبِجَلِيلِ الْعَالَمِ الْعَامِلِ فُطَيْهِ الشَّافِعِيَّةِ فِي الدِّيَارِ الشَّامِيَّةِ
رَحِمَهُ اللَّهُ

الشيخ محمد صالح العقاد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وصحبه والتابعين .
أما بعد ، فإن كتاب « الروضة » في فقه مذهب الإمام الشافعي رحمه الله
هو خير كتاب في المذهب أُلِّفَ ، وهو تأليف الإمام يحيى بن شرف النووي
رحمه الله تعالى الإمام العلامة محيي الدين شيخ الإسلام .

واعلم أنه لا يخفى على ذي بصيرة عناية الله بالنووي وبمصنفاته ، ومنها « الروضة »
المذكورة و « المنهاج » الذي أُلِّفَ بعد « الروضة » ، وذكر فيه عمدة أقوال المذهب ، فيجب
على كل شافعي التمسك بها ، والرجوع عند المهمات اليها ، وإذا اختلف كلام
الإمام في الكتاتين ، فالتمسك بما في « المنهاج » . وفقنا الله للخير بمنه وكرمه ، إنه
أكرم الأكرمين ، والحمد لله رب العالمين .

حرره

محمد صالح العقاد

١٢ صفر ١٣٨٦ هـ

١ حزيران ١٩٦٦ م

كَلِمَةٌ حَوْلَ كِتَابِ الرُّوضَةِ لِلْأَسْتَاذِ الْفَاضِلِ مُحَمَّدِ رَسُولِ كَرَامِنِي رَحِمَهُ اللَّهُ^(١)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

هذه مخطوطة قديمة في الفقه الشافعي تأليف الامام الشهير الزاهد المأيد أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، وقد كتبت بخط حسن جميل عام ٧٢٠ هـ في مدينة تبريز من شمال ايران بخط عبد العزيز بن أبي بكر الحافظ التبريزي ، وهي نسخة عظيمة لها أهمية أثرية بالغة .

وقد وصلت الى يد مولانا الشيخ حاجي بن شمس الدين أبي القاسم (أوزي) الذي كان رأساً لاسرة كريمة سنة ١١٤٠ هـ عن طريق الشراء الشرعي من حاجي ابن محمد حاجي قلعة السمني في فارس . وقد جعل هذا الكتاب مع سائر مكتبته وفقاً على أولاده الارشد فالارشد حتى تناح الاستفادة منها للعامة في بلدة (أوز) التي كانت مقراً لاقامته الدائمة .

وكتاب «الروضة» هذا هو اختصار وترتيب وتنقيح لشرح كتاب «الوجيز» ،

(١) كتب هذه الكلمة بعد أن اطالع على ملازم من الكتاب ، ثم وافته المنية رحمه الله في رمضان ١١٨٣ هـ قبل أن يتم طبع الكتاب ، وكانت كلمته باللغة الفارسية ، فترجمها الاخ الفاضل الشيخ عبد الله الخالدي البيروتي جزاء الله تعالى خيراً .

تأليف العلامة أبي القاسم الرافعي القزويني المطبوع قسم منه مع « المجموع » شرح « المذهب »
للإمام النووي .

ولما كانت أقوال الإمام النووي بين جمهرة العلماء معتبرة يستند بها عند ورود
الاختلاف ، فإنه سيكون لهذا الكتاب أهمية بالغة عند الشافعية بالرغم من المضي على
تأليفه ٧٠٠ سنة هجرية فإنه لم يطبع حتى الآن مع الأسف ، ويعلم من القرائن أن
هذه النسخة التي نملكها فريدة لا يوجد غيرها (١) ، إذ لو كان ثمت نسخة أخرى
لما بقي هذا الكتاب مغفلاً مهملاً ، لأن اسمه عند العلماء مشهور معروف متداول ،
وأكثر الكتب التي ألفت في الفقه الشافعي تنقل عنه ، وتزود إليه .

وكانت خلال تلك المدة مع سائر الكتب الدينية وفقاً على أولاد الواقف في
بلدة (أوز) يستفيد منها العامة طوال المدة المديدة التي عاشت فيها ذرية ذلك الواقف
في بلدة أوز ، ثم بعد أن اضطربت الأحوال في إيران وساد المهرج والمرج في
(لارستان) اضطرب قسم من عائلة الواقف رحمه الله إلى الهجرة من (أوز) إلى
(واصل) جنوبي (لارستان) وحملوا معهم تلك الكتب الموقوفة ، ومن بينها هذه النسخة
التي ظلت مهملة إلى أن توفي الشيخ محمد عقيل في (بندر عباس) ولم يكن في
ذريته أحد من الذكور ، فبيعت تركته بالزاد .

ولما كان هذا الكتاب قد سجلت وقفه على ظهر غلافه ، فإن السيد الحاج محمد
علي النحوي (الاوزي) أحد التجار المروفين في (أوز) ، اطلع على نص شرط
الواقف ، فتبين له أنه لا يجوز له بيعه ، ولا بد من تسليمه إلى ذرية الواقف
(كراماني) فكتب إليّ يخبرني بذلك ، فأرسلت إليه كتاباً طلبت فيه أن يرسله إليّ
فوراً ، وقد تفضل برسالة مشكوراً ، ووقع في يدي في العاشر من رمضان
سنة ١٣٧٩ هـ .

وبعد أن تأكدت أن هذا الكتاب لم يطبع بعد ، أحسست بوجوب السعي

(١) هذا مبلغ علمه رحمه الله ، وقد طلت أنه يوجد في المكتبة الظاهرية أكثر من نسخة .

الجدي من أجل تيسير طبعه ، فذهبت الى طهران مصطحباً للكتاب ، واتصلت
بمكاتب النشر والطباعة هناك ، وعرضت عليهم طبعه ، ولكني لم أحظ بشيء منهم ،
ولم أكن أقوى على تحمل نفقات الطبع بنفسي لعدم وجود المال الكافي ، فرجعت
من طهران يائساً مغموماً ، ثم ان بعض الافاضل أشار عليّ بأن أنصل ببعض أمراء
العرب المعروفين من شيوخ الخليج من أجل طباعة هذا الكتاب النفيس على نفقتهم
الخاصة ، فارتاحت نفسي لذلك ، وشرعت على الفور بمكاتبة حضرة صاحب المظمة
الشيخ علي بن عبد الله آل ثاني حاكم قطر السابق حفظه الله تعالى ، وبينت له
أهمية هذا الكتاب بالتفصيل وضرورة طبعه ونشره على الناس ، وقد تم ذلك بواسطة
صديقي العزيز السيد محمد بن يوسف نجيب المقيم في البحرين ، والذي تربطه بسمو
الشيخ علي حفظه الله روابط وثيقة من المودة والمحبة . هذا وقد أرسلت اليه
الكتاب بناءً على طلبه ، فطالعه ونظر فيه ، ثم أمر بطبعه على نفقته الخاصة نظراً
لأهميته ولما له من الشوق الشديد في طبع نفائس الكتب المخطوطة .

وقد يسر الله طبعه على هذه الصورة الجميلة القيمة التي طالما كانت نفسي تواقه
اليها في المكتب الاسلامي بدمشق الشام ، وغير خاف أن في هذا العمل أجراً
كبيراً وخدمة للفقهاء الاسلامي ، وسيكون مفخرة من مفاخر الشيخ علي والمكتب
الاسلامي القائم على طبع الكتب النفيسة النادرة ، ولا يفوتني هنا أن أشكر مسمي
السيد محمد بن يوسف النجيب الذي كان له الفضل في التوسط لانجاز طبع هذا
الكتاب ، وأسأل الله أن يتولى جزاءه بما تحمل من مشقات وبذل من جهود .

محمد رسول كرامني

حاج محمد هادي كرامني رحمه الله

المقيم في بلدة - أوز - لارستان - فارس - ايران

العلي العظيم وعلينا استحقاق العتاب يا حمزة الإمام
 محمد بن اسحاق البخاري رضي الله عنه في صحبه في
 الله عليه وسلم كل عتبار حبيبنا الى الرحمن وحبنا الى
 الناس قتلنا في البراز سحار الله وحمزه سحار الله العظيم
 كما الخلف والحزب لله رب العالمين
 وصلواته على سيدنا محمد واله وصحبه وسلامه وكان المبلغ
 من طاعة في يوم الجمعة المأثور العشرين من شوال سنة اربع
 وسبع مائة على يد كاتبه الصدوق الفخر الى الله تعالى محمد بن احمد
 السبكي المعروف بابن التمار عامله بالطاقه الخفية والحكمة
 في العالمين وعلوته في سناء محمد واله وصحبه وسلامه وحسن الله

الصفحة الاخيرة من النسخة الثانية من مخطوطة الطاهرية

بسم الله الرحمن الرحيم

رَبِّ سِرِّ وَأَعْن

مقدمة المؤلف

الحمد لله ذي الجلال والإكرام ، والفضل والطول والمثلن الجسام ، الذي هدانا للإسلام ، وأسبغ علينا جزيلاً نعمة وألطفه العظام ، وأفاض علينا من خزائن ملكه أنواعاً من الإنعام ، وكرّم الآدميين وفضلهم على غيرهم من الأنام ، وجعل فيهم قادةً يدعون بأمره إلى دار السلام ، واجتنبى من لطف به منهم فجعلهم من الأمائل والأعلام ، فطهرهم من أنواع الكدر ووضع^(١) الآثام ، وصيّرهم بفضلهم من أولي النهى والأحلام ، ووقفهم للدوام على مراقبته ولزوم طاعته على تكرور السنين والأيام ، واختار من جميعهم حبيبه وخليفه وعبد له ورسوله محمداً ﷺ ، فمجاهبه عبادة الاصنام ، وأدحض^(٢) به آثار الكفر ومعالم الأنصاب والأزلام ، واختصه بالقرآن العزيز المعجز وجوامع الكلام .

فبيّن ﷺ للناس ما أرسل به من أصول الديانات والآداب ، وفروع الأحكام ، وغير ذلك مما يحتاجون إليه على تعاقب الأحوال والأعوام ، صلى الله

(١) الوضر : وسخ الدسم واللبن ، أو غسالة السقاء والقصة ونحوهما . والمراد هنا أنه :

طهرهم من وسخ الذنوب .

(٢) دحضت حجته دحوضاً : اذا بطلت ، وزالت ، وأدحضها الله : إذا أبطلها ، والمعنى : وأزال

الله به آثار الكفر .

وسلم عليه وعلى جميع الأنبياء والملائكة وآل كل وأتباعهم الكرام ، صلوات متضاعفات دائمة بلا انقضاء .

أحمده أبلغ الحمد وأكمله وأعظمه وأتمه وأشمله ، وأشهد أن لا إله إلا الله اعتقاداً لرؤيته ، وإذعاناً لجلاله وعظمته وصمديته ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله المصطفى من خلقته ، والمختار المجتبي من بريته ، ﷺ ، وزاده شرفاً وفضلاً لديه وكرماً .

أما بعد : فإن الاشتغال بالعلم من أفضل القرب وأجل الطاعات ، وأهم أنواع الخير وآكد العبادات ، وأولى ما أنفقت فيه نفائس الأوقات ، وشمر في إدراكه والتمكن فيه أصحاب الأنفس الزكيات ، وبادر إلى الاهتمام به المسارعون إلى المكرمات ، وسارع إلى التحلي به مستبقو الخيرات ، وقد تظاهر على ما ذكرته جمل من آيات القرآن الكريمات ، والأحاديث الصحيحة النبوية المشهورات ، ولا ضرورة إلى الإطناب بذكرها هنا لكونها من الرواضحات الجلليات .

وأهم أنواع العلم في هذه الأزمان الفروع الفقهيات ، لافتقار جميع الناس إليها في جميع الحالات ، مع أنها تكاليف محضة فكانت من أهم المهام . وقد أكثر العلماء من أصحابنا الشافعيين وغيرهم من العلماء من التصنيف في الفروع من المبسوطات والمختصرات ، وأودعوا فيها من الأحكام والقواعد والأدلة وغيرها من النفائس الجلليات ، ما هو معلوم مشهور عند أهل العناية . وكانت مصنفات أصحابنا زحهم الله في نهاية من الكثرة فصارت منتشرة ، مع ما هي عليه من الاختلاف في الاختيارات ، فصار لا يحقق المذهب من أجل ذلك إلا أفراد من الموفقين الغواصين المطلعين أصحاب المهم العاليات ، فوفق الله سبحانه وتعالى - وله الحمد - من متأخري أصحابنا من جمع هذه الطرق المختلفة ، ونقح المذهب أحسن تنقيح ، وجمع منتشرة بعبارات وجيزات ، وحوى جميع ما وقع

له من الكتب المشهورات ، وهو الإمام الجليل المبرز المتضلع من علم المذهب أبو القاسم الرافعي^(١) ذو التحقيقات ، فأتى في كتابه «شرح الوجيز» بما لا كبير مزيد عليه من الاستيعاب مع الإيجاز والإتقان وإيضاح العبارات ، فشكر الله الكريم له سعيه ، وأعظم له المثوبات ، وجمع بيننا وبينه مع أحبائنا في دار كرامته مع أولي الدرجات .

وقد عظم انتفاع أهل عصرنا بكتابيه لما جمعه من جميل الصفات ، ولكنه كبير الحجم لا يقدر على تحصيله أكثر الناس في معظم الأوقات .

فألهمني الله سبحانه - وله الحمد - أن أختصره في قليل من المجلدات ، فشرعت فيه قاصداً تسهيل الطريق إلى الانتفاع به لأولي الرغبات ، أسلك فيه - إن شاء الله - طريقةً متوسطة بين المبالغة في الاختصار والإيضاح فلها من المطلوبات ، وأحذف الأدلة في معظمه وأشير إلى الخفي منها إشارات ، وأستوعب جميع فقه الكتاب حتى الوجوه الغريبة المنكرات ، وأقتصر على الأحكام دون المؤاخذات اللفظيات ، وأضم إليه في أكثر المواطن تقريعات وتسميات ، وأذكر مواضع يسيرة على الإمام الرافعي فيها استدراكات ، منهاً على ذلك - قائلًا في أوله : قلت : وفي آخره : والله أعلم - في جميع الحالات . وألتزم ترتيب الكتاب - إلا نادراً - لغرض من المقاصد الصالحات وأوجو - إن تم هذا الكتاب - أن من حصّله أحاط بالمذهب وحصل له أكمل الوثوق

(١) هو أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني ، الإمام المتبحر في المذهب وعلوم كثيرة . قال أبو عمرو بن الصلاح : أظن أني لم أر في بلاد الجسم مثله . وقال الصفار : كان أوجد عصره في العلوم الدينية أصولها وفروعها ، ويمتد زمانه في مذهب الشافعي رحمه الله ، وفريد وقته في تفسير القرآن والمذهب ، وكان له مجلس للتفسير وتسميع الحديث بجامع قزوين . توفي رحمه الله سنة (٦٢٣) هـ ودفن بقزوين .

به وأدرك حكم جميع ما يحتاج إليه من المسائل الواقعات . وما أذكره غريباً من الزيادات ، غير مضاف إلى قائله ، قصدت به الاختصار ، وقد بينتها في « شرح المذهب » وذكرتها فيه مضافات .

وحيث أقول : على الجديد ، فالقديم خلافه ، أو : القديم ، فالجديد خلافه ، أو : على قول أو وجه ، فالصحيح خلافه . وحيث أقول : على الصحيح أو الأصح ، فهو من الوجهين . وحيث أقول : على الأظهر ، أو : المشهور ، فهو من القولين . وحيث أقول : على المذهب ، فهو من الطريقتين أو الطرق .

وإذا ضعف الخلاف ، قلت : على الصحيح ، أو المشهور . وإذا قوي ، قلت : الأصح ، أو الأظهر ، وقد أصرح ببيان الخلاف في بعض المذكورات .

واستمدادي المعونة والهداية والتوفيق والصيانة في جميع أموري من رب الأرضين والسموات . أسأله التوفيق لحسن النيات ، والإعانة على جميع أنواع الطاعات ، وتيسيرها والهداية لها دائماً في ازدياد حتى الممات . وأن يفعل ذلك بالديّ ومشائخي وأقربائي وإخواني وسائر من أحبه ويحبني فيه وجميع المسلمين والمسلمات ، وأن يجود علينا برضاه ومحبه ودوام طاعته وغير ذلك من وجوه المسرات وأن لا ينزع منا ما وهبه لنا ومنّ به علينا من الموهوبات ، وأن ينفعنا أجمعين ، وكل من يقرأ هذا الكتاب به ، وأن يجزل لنا العطايا ، وأن يطهر قلوبنا وجوارحنا من جميع الخالفات ، وأن يرزقنا التفويض إليه ، والاعتماد عليه ، والإعراض عما سواه في جميع اللحظات .

اعتصمت بالله ، توكلت على الله ، ما شاء الله ، لا حول ولا قوة إلا بالله . وحسبي الله ونعم الوكيل ، وله الحمد والنعمة ، وبه التوفيق والعصمة .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الطهارة

باب

الماء الطاهر

قال الله تعالى : (وأنزلنا من السماء ماءً طهوراً) الفرقان : ٤٨ . المطهر للحدث والحُبث من المائعات ، الماء المطلق خاصة ، وهو العاري عن الإضافة اللازمة . وقيل : الباقي على وصف خلقته .

وأما المستعمل في رفع حدث ، فطاهر ، وليس بطهور على المذهب . وقيل : طهور في القديم . والمستعمل في نقل الطهارة ، كتجديد الوضوء ، والأغسال السنونة ، والغسلة الثانية ، والثالثة ، وماء المضمضة ، طهور على الأصح . وأما ما اغتسلت به كتابية عن حيضٍ لتحل لمسلم ، فإن قلنا : لا يجب إعادة الغسل إذا أسلمت ، فليس بطهور . وإن أوجبناها - وهو الأصح - فوجبان ، الأصح أنه ليس بطهور . وما تطهر به لصلاة النفل ، مستعمل ، وكذا ما تطهر به الصبي على الصحيح . والمستعمل الذي لا يرفع الحدث ، لا يزال النجس على الصحيح . والمستعمل في النجس إذا قلنا : إنه طاهر ، لا يرفع الحدث على الصحيح . ولو جمع المستعمل فبلغ قلتين ، عاد طهوراً في الأصح ، كما لو انغمس جنب في قلتين ، فإنه طهور بلا خلاف . ولو انغمس جنب فيما دون قلتين حتى عم جميع بدنه ، ثم نوى ، ارتفعت جنبته بلا خلاف ، وصار الماء في الحال مستعملاً بالنسبة إلى غيره على الصحيح . ومقتضى كلام

الاصحاب أنه لا يصير مستعملاً بالنسبة إلى المنفوس حتى يخرج منه ، وهو مشكل . وينبغي أن يصير مستعملاً لارتفاع الحدث . ولو انعكس فيه جنبان ، ونوباً معاً بعد تمام الانغماس ، ارتفعت جنباتها بخلاف ، ولو نوى الجنب قبل تمام الانغماس ، إما في أول الملاقاة ، وإما بعد غمس بعض البدن ، ارتفعت جنبابة الجزء الملاقي بخلاف ، ولا يصير الماء مستعملاً ، بل له أن يتم الانغماس ويرفع الحدث على الصحيح المنصوص . وقال الحضري ^(١) : يصير مستعملاً ، فلا ترتفع عن الباقي .

قلت : ولو انعكس جنبان ، ونوى أحدهما قبل صاحبه ، ارتفعت جنبابة النايي ، وصار مستعملاً بالنسبة إلى الآخر على الصحيح ^(٢) . ولو نوباً معاً بعد غمس جزء منها ، ارتفع عن جزءيها ، وصار مستعملاً بالنسبة إلى باقيهما على الصحيح . والله أعلم . وما دام الماء متروداً على العضو ، لا يثبت له حكم الاستعمال .

قلت : وإذا جرى الماء من عضو المتوضيء إلى عضو ، صار مستعملاً ، حتى لو انتقل من إحدى اليدين إلى الأخرى ، صار مستعملاً ، وفي هذه الصورة وجه شاذ محكي في باب التيميم . من « البيان » ^(٣) أنه لا يصير ^(٤) ، لأن اليدين كعضو .

(١) هو أبو عبد الله محمد بن أحمد الروزي الحضري - بكسر الخاء وإسكان الضاد - وهو امام مرو ، ومن كبار اصحاب الوجوه ومتقدمي أئمة المذهب الشافعي ، تفقه عليه في مرو جماعة من الأئمة ، وروى الحديث عن جماعة ، منهم القاضي : أبو عبد الله المحاملي . (٢) قال الشيخ عمر بن رسلان أبو حفص سراج الدين البلقيني المتوفى سنة (٨٠٤ هـ) في « حاشيته على الروضة » وهي من مخطوطات الظاهرية قوله : على الصحيح . يعود على المسألة الثانية فقط ، وهي الحكم باستعمال الماء بالنسبة إلى الآخر ، وكلامه في « شرح المذهب » على ذلك . ولا يتخيل عوده على المسألة الأولى ، فلا خلاف في ارتفاع جنبابة النايي السابق ، كما لا خلاف في صورة المنفرد .

(٣) هو كتاب في فروع الشافعية ، ألفه يحيى بن سالم بن اسعد بن يحيى أبو الحسن المراني ، الإمام الزاهد الورع ، أحد أئمة الشافعية ، كان من أحسن العلماء تقريراً لمذهب الشافعي ، وكان ينبه على خلاف مالك وأبي حنيفة ، ويذكر الأئمة ، ويقرر الأقضية بأوضح عبارة ، ويكررها بأساليب مختلفة إلى أن ترسخ في ذهن الطالب ، توفي رحمه الله بن ذي السفال مطبوعاً شهيداً سنة ٥٥٨ هـ .

(٤) أي : لا يصير مستعملاً .

ولو انفصل من بعض أعضاء الجنب الى بعضها ، فوجهان ؛ الاصح عند صاحبي « الحاوي »^(١) و « البحر »^(٢) : لا يصير . والراجح عند الحراساني بصير ، وبه قطع جماعة منهم . وقال إمام الحرمين : إن نقله قصداً ، صار ، وإلا ، فلا . ولو غمس المتوضئ يده في الإناء قبل الفراغ من غسل الوجه ، لم يصير مستعملاً . وإن غمسها بعد فراغه من الوجه بنية رفع الحدث ، صار مستعملاً . وإن نوى الاغتواف ، لم يصير ، وإن لم ينو شيئاً ، فالصحيح أنه يصير ، وقطع البغوي^(٣) بأنه لا يصير . والجنب بعد التية ، كحدث بعد غسل الوجه . وأما الماء الذي يتوضأ به الحنفي وغيره ممن لا يعتقد وجوب نية

(١) هو علي بن محمد بن حبيب أبو الحسن الماوردي ، الإمام الجليل القدر ، صاحب اليد الباسطة في المذهب ، والتفنن التام في سائر العلوم ، وكتابه « الحاوي » يقع في عشر مجلدات لم يؤلف في المذهب الشافعي مثله .

(٢) هو عبد الواحد بن اسماعيل بن أحمد أبو الحاسن ، فخر الإسلام الروياني الإمام الجليل ، أحد أئمة المذهب الشافعي ، رحل الى بخارى وغزنة ونيسابور ، وبني بأمل طبرستان مدرسة ، وانتقل الى الري ثم الى اصبهان ، وعاد الى أمل ، فقتله الملاحدة حسداً ، ومات شهيداً بعد فراغه من الإملاء . كان يضرب به المثل في حفظ المذهب ، وله اختيارات معروفة في المذهب . ويحكى أنه قال : لو احترقت كتب الشافعي لأمليتها من حفظي . قال السبكي : ومن تصانيفه « البحر » وهو وإن كان من أوسع كتب المذهب ، إلا أنه عبارة عن « حاوي » الماوردي مع فروع تلقاها الروياني عن أبيه وجده ، ومسائل أخر ، فهو أكثر من « الحاوي » فروعاً وإن كان « الحاوي » احسن ترتيباً ، واوضح تهذيباً .

(٣) هو الحسين بن مسعود بن محمد الفراء أبو محمد ، ويلقب بـ محيي السنة البغوي ، نسبة الى « بغا » من قرى خراسان ، بن هراة ومرو ، فقيه شافعي ومحدث ومفسر ، أخذ الفقه عن القاضي حسين المتولي ، وروى الحديث ، ودرس وصنف كتباً كثيرة ، منها كتاب « التهذيب » في فقه الشافعية و « شرح السنة » و « معالم التنزيل » في التفسير و « مصابيح السنة » وهو أصل كتاب « مشكاة المصابيح » الذي قام المكتب بطبعه طباعة متقنة محققة سنة (١٣٨٠) هـ توفي البغوي رحمه الله بمرور الرود سنة ٥١٠ هـ .

الوضوء ، فالأصح أنه يصير . والثاني : لا يصير . والثالث : إن نوى ، صار ، وإلا ، فلا ، ولو غسل رأسه بدل مسحه ، فالأصح أنه مستعمل ، كما لو استعمل في طهارته أكثر من قدر حاجته ، والله أعلم

فصل

فيما يطرأ على الماء

وضابط الفصل : أن ما يسلب اسم الماء المطلق ، يمنع الطهارة به ، وما لا ، فلا . فمن ذلك المتغير تغيراً يسيراً بما يستغنى عنه ، كالزعفران ، فالأصح أنه طهور ، والمتغير كثيراً بما يجاوره ولا يختلط به ، كعود ، ودهن ، وشمع ، طهور على الأظهر . والكاפור نوعان . أحدهما : يذوب في الماء ويختلط به . والثاني : لا يذوب . فالأول يمنع ، والثاني كالعود . وأما المتغير بما لا يمكن صون الماء عنه ، كالطين ، والطحلب ، والكبريت ، والنورة ، والزرنيخ ، في مفر الماء وبمره ، والتراب الذي يثور وينبث في الماء ، والمتغير بطول المكث ، والمسخن ، فطهور .

قلت : ولا كراهة في استعمال شيء من هذه المتغيرات بما لا يصاب عنه ، ولا في ماء البحر وماء زمزم ، ولا في المسخن ولو بالنجاسة . ويكره شديد الحرارة والبرودة . والله أعلم .

والشمس في الحياض والبرك غير مكروه بالاتفاق ، وفي الأواني مكروه

على الأصح ، بشرط أن يكون في البلاد الحارة ، والأواني المنطبعة كالنحاس إلا الذهب والفضة على الأصح . وعلى الباقي يكره مطلقاً .

قلت : الراجع من حيث الدليل أنه لا يكره مطلقاً ، وهو مذهب أكثر العلماء ، وليس للكره دليل يُعتمد . وإذا قلنا بالكره ، فهي كراهة تنزيه ، لا تمنع صحة الطهارة ، وتختص باستعماله في البدن ، وتزول بتبريده على أصح الأوجه ، وفي الثالث : يراجع الأطباء ، والله أعلم .

وأما المتغير بما يستغنى عنه ، كالزعران ، والحص ، تغيراً كثيراً ، بحيث يسلب اسم الماء المطلق ، فليس بطهور . ولو حلف لا يشرب ماء ، لم يحث بشربه . ويكفي تغير الطعم أو اللون أو الرائحة على المشهور ، وعلى القول الغريب الضعيف يشترط اجتماعها ، وعلى قول ثالث اللون وحده يسلب ، وكذا الطعم مع الرائحة . وفي الحص ، والنورة ، وغيرهما من أجزاء الأرض وجهه شاذ أنها لا تضر .

وأما المتغير بالتراب المطروح قصداً ، فطهور على الصحيح ، وقيل : على المشهور . والمتغير بالملح فيه أوجه ، أصحها يسلب الجلي منه دون المائي . والثاني : يسلبان . والثالث : لا يسلبان . والمتغير بورق الأشجار المتناثرة بنفسها إن لم تنفقت في الماء ، فهي كالعود ، فيكون طهوراً على الأظهر ، وإن تفتت واختلطت ، فتلاثة أوجه . الأصح : لا يضر . والثاني : يضر . والثالث : يضر الربيعي دون الحريفي . قاله الشيخ أبو زيد^(١) . وإن طرحت الأوراق قصداً ، ضر . وقيل : على الأوجه .

(١) هو أبو زيد محمد بن أحمد بن عبد الله بن محمد المروزي ، الإمام البارع المدقق الزاهد العابد النظار المحقق المشهور بالورع والزهد ، وكثرة العلم والعبادة . قال الحاكم أبو عبد الله في « تاريخ نيسابور » : كان أبو زيد أحد أئمة المسلمين ، ومن أحفظ الناس لمذهب الشافعي رحمه الله ، وأحسنهم نظراً ، وأزهدهم في الدنيا ، أقام بمكة سبع سنين ، وحدث بها ويفدد ، وبـ « صحيح البخاري » عن الفريري ، وهي أجل الروايات لجلالة أبي زيد . توفي رحمه الله بمرور سنة إحدى وسبعين وثلاثمائة .

فرع

إذا اختلط بالماء الكثير أو القليل مائع يوافقه في الصفات ، كما ورد المنقطع الرائحة ، وماء الشجر ، والماء المستعمل ، فوجهان . أصحها : إن كان المائع قدراً لو خالف الماء في طعم أو لون أو ريح لتغير التغير المؤثر ، يسلب الطهوية ، وإن كان لا يؤثر مع تقدير المخالفة ، لم يسلب . والثاني : إن كان المائع أقل من الماء ، لم يسلب . وإن كان أكثر منه أو مثله ، سلب . وحيث لم يسلب ، فالصحيح أنه يستعمل الجميع . وقيل : يجب أن يبقى قدر المائع . وقيل : إن كان الماء وحده يكفي لواجب الطهارة ، فله استعمال الجميع ، وإلا بقي . فإن جاوزنا الجميع ، ومعه من الماء مالا يكفيه وحده ، ولو كمله بمائع يهلك فيه لكفاه - لزمه ذلك ، إلا أن تريد قيمة المائع على ثمن ماء الطهارة . ويجري الخلاف في استعمال الجميع فيما إذا استهلكت النجاسة المائعة في الماء الكثير . وفيما إذا استهلك الخليط الطاهر في الماء ، لقلته مع مخالفة أوصافه أوصاف الماء . قال الأصحاب : فإن لم يتغير الماء الكثير ، لموافقة النجاسة له في الأوصاف ، فالاعتبار بتقدير المخالفة بلا خلاف ، لفظ النجاسة ، واعتبروا في النجاسة بالمخالف أشده صفة ، وفي الطاهر اعتبروا الوسط . المعتدل ، فلا يعتبر في الطعم حدة الحل ، ولا في الرائحة ذكاه المسك .

قلت : المتغير بالمني ليس بطهور على الأصح . ولو تطهر بالماء الذي ينعقد منه الملح قبل أن يجمد ، جاز على المذهب . ولا فرق في جميع مسائل الفصل بين القلتين ، وفوقهما ، ودونهما . ولو أغلي الماء ، فارتفع من غليانه بخار ، وتولد

منه رشح ، فوجهان . المختار منهما عند صاحب « البحر » أنه طهور . والثاني :
طاهر ليس بطهور . ولو رشح من مائع آخر ، فليس بطهور بلا خلاف ،
كالفرق . والله أعلم

باب

بيان النجاسات والماء النجس

الأعيان : جماد ، وحيوان ، فالجماد : ما ليس بحيوان ، ولا كان حيواناً ،
ولا جزءاً من حيوان ، ولا خرج من حيوان ، فكله طاهر ، إلا الخمر ، وكل نبيذ
مسكر . وفي النبيذ وجه شاذ مذكور في «البيان» أنه طاهر ، لاختلاف العلماء في
إباحته . وفي الخمر المحترمة وجه شاذ ، وكذا في باطن العنقود المستحيل خمرأ
وجه أنه طاهر .

وأما الحيوانات ، فطاهرة ، إلا الكلب ، والخنزير ، وما تولد من أحدهما .
ولنا وجه شاذ ، أن الدود المتولد من الميتة نجس العين ، كولد الكلب ، وهذا
الوجه غلط ، والصواب : الجزم بطهارته .

وأما الميتات ، فكلها نجسة ، إلا السمك والجراد ، فإنهما طاهران بالإجماع ،
والا آدمي ، فإنه طاهر على الأظهر ، وإلا الجنين الذي يوجد ميتاً بعد
ذكاة أمه ، والصيد الذي لا تدرك ذكاته ، فإنهما طاهران بلا خلاف .

وأما الميتة التي لا نفس لها سائلة ، كالذباب وغيره . فهل تنجس الماء وغيره من المائعات إذا ماتت فيها ؟ فيه قولان^(١) . الأظهر لا تنجسه ، وهذا في حيوان أجنبي من المائع ، أما ما منشؤه فيه ، فلا ينجسه بلا خلاف . فلو أخرج منه وطرح في غيره ، أو رد إليه ، عاد القولان . فإن قلنا : تنجس المائع ، فهي نجسة ، وإن قلنا : لا تنجس ، فهي أيضاً نجسة على قول الجمهور ، وهو المذهب . وقال القفال^(٢) : ليست بنجسة .

ثم لا فرق في الحكم بنجاسة هذا الحيوان بين ما تولد من الطعام ، كدود الحل ، والتفاح ، وما يتولد منه ، كالذباب ، والخنفساء ، لكن يختلفان في تنجيس ماماتهما فيه ، وفي جواز أكله ، فإن غير المتولد ، لا يحل أكله ، وفي المتولد أوجه . الأصح : يحل أكله مع ما تولد منه ، ولا يحل منفرداً . والثاني : يحل مطلقاً . والثالث : يحرم مطلقاً^(٣) . والأوجه جارية ، سواء قلنا بطهارة هذا الحيوان على قول القفال ، أو بنجاسته على قول الجمهور .

(١) قال البلقيني في « حاشية الروضة » : في المسألة قول ثالث ، حكاه الإمام عن صاحب « التفرغ » : يفرق بين أن يكون مما يكثر كالذباب ، أو مما لا يكثر كالخنفساء ، وهو مخرج ، والله أعلم .

(٢) هو محمد بن اسماعيل أبو بكر القفال الكبير الشافعي ، الإمام الجليل ، ذو الباع الواسع في العلوم ، من أكابر علماء عصره بالفقه والحديث واللغة والآداب ، وعلم من أعلام المذهب ، تفقه على ابن سريج ، وكان إمام عصره بما وراء النهر ، وأعلمهم بالأصول . ورحل في طلب الحديث . سمع بخراسان ، ابن خزيمة ، وبالعراق ابن جرير الطبري ، وهو أول من صنف الجدل الحسن ، وشرح رسالة الإمام الشافعي ، ومن مؤلفاته « محاسن الشريعة » توفي رحمه الله ، سنة ٣٦٥ هـ . وهو غير القفال المروزي المتوفى سنة ٥٠٧ هـ .

(٣) قال البلقيني : ليس في المتولد إلا وجهان ، الحل مطلقاً ، والحل مع الطعام . أما التحريم مطلقاً ، فلا ، ولا يوجد مصرحاً به في تصنيف من تصانيف الأصحاب ، وليس في الشرح إثبات الأوجه . وقد بسطت الكلام عليه في « النوائد » .

قلت : ولو كثرت الميتة التي لا نفس لها سائلة ، فغيرت الماء أو المائع ، وقلنا : لا تنجسه من غير تغير ، فوجهان مشهوران . الأصح تنجسه ، لأنه متغير بالنجاسة . والثاني : لا تنجسه ، ويكون الماء طاهراً غير مطهر ، كالتغير بالزعفران . وقال إمام الحرمين^(١) : هو كالتغير بورق الشجر . والله أعلم .

فرع

في أجزاء الحيوان

الأصل أن ما انفصل من حي فهو نجس ، ويستثنى الشعر المجزوز من مأكول اللحم في الحياة ، والصوف ، والوبر ، والريش ، فكلها طاهرة بالإجماع . والمتناثر والمتوف طاهر على الصحيح ، ويستثنى أيضاً شعر الآدمي ، والعضو المبأن منه ، ومن السمك ، والجراد ، ومشيمة الآدمي^(٢) ، فهذه كلها طاهرة على المذهب^(٣) وهذا الذي ذكرناه في الشعور تفريع على المذهب في نجاسة الشعر بالموت .

(١) هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني ، أبو المهالي ركن الدين الملقب ب إمام الحرمين ، أعلم المتأخرين من أصحاب الشافعي ، ولد في جوين من نواحي نيسابور ، ورحل الى بغداد فمكة حيث جاور أربع سنين ، وذهب الى المدينة فأفتى ودرس ، ثم عاد الى نيسابور ، فبني له الوزير نظام الملك « المدرسة النظامية » فيها ، وكان يحضر دروسه أكابر العلماء ، وله مصنفات كثيرة ، توفي رحمه الله بنيسابور سنة ٧٨٤ هـ .

(٢) قال ابن الأعرابي : يقال لا يكون فيه الولد : المشيمة ، والكيس .

(٣) قال البلقيني في « حاشية الروضة » : الذي نقله الإمام في « النهاية » عن الشيخ أبي علي : أن المشيمة نجسة ، وقد نقل القاضي أبو الطيب الاتفاق على نجاستها ، وجرى عليه البغوي ، وخالفه التولي فألحقها بميتة الآدمي .

فرع

في المنفصل عن باطن الحيوان

هو قسمان . أحدهما : ليس له اجتماع ، واستحالة في الباطن ، وإنما يرشح رشحاً .
والثاني : يستحيل ويجتمع في الباطن ثم يخرج . فالأول ، كاللعاب ، والدمع ،
والعرق ، والمخاط ، فله حكم الحيوان المترشح منه ، إن كان نجساً فنجس ،
وإلا ، فطاهر . والثاني : كالدم ، والبول ، والعذرة ، والروث ، والقيء .
وهذه كلها نجسة من جميع الحيوانات ، مأكول اللحم وغيره . ولنا وجه : أن
بول ما يؤكل لحمه وروثه طاهران . وهو [أحد] قولي أبي سعيد الأصطخري^(١)
من أصحابنا ، واختاره الروياني وهو مذهب مالك وأحمد .

والمعروف من المذهب النجاسة . وهل يحكم بنجاسة هذه الفضلات من
رسول الله ﷺ ؟ وجهان . قال الجمهور : نعم . وفي بول السمك ، والجراد ،
ودمهما وروثهما ، وروث ما ليس له نفس سائلة ، والدم المتحلب من الكبد ،
والطحال ، وجهان . الأصح : النجاسة .

وأما اللبن ، فطاهر من مأكول بالإجماع ، ونجس من الحيوان
النجس ، وطاهر من الآدمي على الصحيح ، وقيل : نجس . ولكن يربى به
الصبي للضرورة .

وأما غير الآدمي مما لا يؤكل ، فلبنه نجس على الصحيح . وقال
الأصطخري : طاهر . وأما الإنفحة ، فإن أخذت من السخلة بعد موتها ،

(١) هو الحسن بن زيد الأصطخري أبو سعيد ، الزاهد الورع الثقلي ، أحد الأئمة ،
وهو من نظراء ابن سريج . قال أبو اسحاق الروزي : دخلت بغداد ، فلم يكن بها
من يستحق أن أدرس عليه ، إلا أبو العباس ابن سريج ، وأبو سعيد الأصطخري .
توفي رحمه الله سنة ٣٢٨ هـ .

أو بعد أكلها غير اللبن ، فنجسة بلا خلاف^(١) وإن أخذت من السخلة المذبوحة قبل أن يأكل غير اللبن ، فوجهان ، الصحيح الذي قطع به كثيرون طهارتها .

وأما المني ، فمن الآدمي طاهر ، وقيل : فيه قولان . وقيل : القولان في مني المرأة خاصة ، والمذهب الأول . لكن إن قلنا : رطوبة فرج المرأة نجسة ، نجس منيها بملاقاتها ، كما لو بال الرجل ولم يغسل ذكره بالماء ، فإن منيها ينجس بملاقاة الحمل النجس . وأما مني غير الآدمي ، فمن الكلب والخنزير وفرع أحدهما نجس ، ومن غيرهما فيه أوجه ، أصحها نجس . والثاني : طاهر . والثالث : طاهر من مأكول اللحم ، نجس من غيره ، كاللبن .

قلت : الأصح عند المحققين والأكثرين ، الوجه الثاني ، والله أعلم .
وأما البيض ، فطاهر من المأكول ، وفي غيره الوجهان في مني ، ويجريان في بزر القز ، فإنه أصل الدود ، كالبيض . وأما دود القز ، فطاهر بلا خلاف ، كسائر الحيوان ، وأما المسك فطاهر ، وفي فأرته المنفصلة في حياة الظبية وجهان . الأصح : الطهارة ، كالجنين . فإن انفصلت بعد موتها ، فنجسة على الصحيح ، كاللبن . وطاهرة في وجه ، كالبيض المتصلب ، وأما الزرع النابت على السرجين ، فقال الأصحاب : ليس هو نجس العين ، لكن ينجس بملاقاة النجاسة . فإذا غُسل ، طهر ، وإذا سنبِل ، فجبّاته الخارجة طاهرة .

(١) قال البلقيني في « حاشية الروضة » يحتمل أن يقال : لا يجري في الإنفحة الوجه في بول المأكول وروثه ، لأن الدليل والمعنى يقتضيان لطهارة بول المأكول وروثه لا يجري مثلها في سائر فضلاته . ألا ترى أن دمه متفق عندنا على نجاسته ، ولم يجب الوجه المذكور فيه ، ومن جهة المعنى أن مخالطة المأكول من الإبل وغيرها كانت معروفة عند العرب فخفف في بوله وروثه ، ولا كذلك في الإنفحة إذ لا يحصل غالباً من الحكم بنجاستها حرج .

قلت : القيع نجس ، وكذا ماء القروح إن كان متغيراً ، وإلا فلا على المذهب . ودخان النجاسة نجس في الأصح ، وهو مذكور في بابها : ما يكره لبسه . وليست رطوبة فرج المرأة ، والعلقة ، بنجس في الأصح ، ولا المضغة على الصحيح ، والمرءة نجسة ، وكذا حرّة البعير .

وأما الماء الذي يسيل من غم النائم ، فقال المتولي (١) : إن كان متغيراً ، فنجس . وإلا فطاهر . وقال غيره : إن كان من اللهوات ، فطاهر ، أو من المعدة ، فنجس . ويعرف كونه من اللهوات بأن ينقطع إذا طال نومه . وإذا شك ، فالأصل عدم النجاسة ، والاحتياط غسله . وإذا حكم بنجاسته ، وعمت بلوى شخص به ، لكثرة منه ، فالظاهر أنه يلحق بدم البراغيث ، وسلس البول ، ونظائره .

قال القاضي حسين والمتولي والبقوي وآخرون : لو أكلت بهيمة حياً ثم ألقته صحيحاً ، فإن كانت صلابته باقية ، بحيث لو زرع نبت ، فعينه طاهرة ، ويجب غسل ظاهره ، لأنه وإن صار غذاءً لها فما تغير إلى فساد ، فصار كما لو ابتلع نواة . وإن زالت صلابته ، بحيث لا ينبت ، فنجس العين . قال المتولي : والوسخ المنفصل من الآدمي في حمام وغيره ، له حكم ميتته ، وكذا الوسخ المنفصل عن سائر الحيوان ، له حكم ميتته . وفيما قاله نظر . وينبغي أن يكون طاهراً قطعاً ، كالمرق . والله أعلم .

(١) هو حسين بن محمد بن أحمد المرورودي القاضي ، أحد كبار فقهاء الشافعية ، قال النووي : وهو من أصحابنا أصحاب الوجوه ، كبير القدر ، مرتفع الشأن ، غوامس على المعاني الدقيقة والفروع المستفادة الأنيقة ، تخرج عليه كثير من الأئمة ، منهم إمام الحرمين ، وصاحب « التتمة » والبقوي ، توفي رحمه الله سنة ٤٦٢ هـ .

فصل

في الماء الراكد

اعلم أن الراكد : قليل ، وكثير ، فالكثير : قَلَّتَان ، والقليل : دونه . والقَلَّتَان : خمس قرب . وفي قدرها بالأرطال أوجه . الصحيح المنصوص : خمسمائة رطل بالبغداي . والثاني : ستمائة . قاله أبو عبد الله الزيري^(١) . واختاره القفال ، والغزالي^(٢) . والثالث : ألف رطل . قاله أبو زيد . والأصح أن هذا التقدير تقريب ، فلا يضر نقصان القدر الذي لا يظهر بنقصانه تفاوت في التغير بالقدر المعين من الأشياء المغيرة . والثاني : أنه تحديد ، فيضر أي شيء نقص .

قلت : الأشهر — تقريباً على التقريب — أنه يعفى عن نقص رطلين ، وقيل : ثلاثة ونحوها ، وقيل : مائة رطل . وإذا وقعت في الماء القليل نجاسة وشك : هل هو قلتان ، أم لا ؟ فالذي جزم به صاحب « الحاوي » وآخرون : أنه نجس ، لتحقيق النجاسة . وإمام الحرمين فيه احتمالان ، والمختار ، بل الصواب : الجزم بطهارته ، لأن الأصل طهارته ، وشككنا في نجاسة منجسة ، ولا يلزم من النجاسة التنجيس . وقدر القلتين بالمساحة : ذراع وربيع طولاً وعرضاً وعمقاً . والله أعلم

(١) هو الزبير بن أحمد بن سليمان الزيري ، من أحفاد الزبير بن العوام ، فقيه شافعي من أصحاب الوجوه المتقدمين ، كان إمام أهل البصرة في عصره ، ومدرسها ، صحيح الرواية ، ثقة ، وكان أعمى ، له مصنفات ، منها « الكافي » في الفقه ، و « الهداية » و « رياضة المتكلم » توفي رحمه الله سنة ٣١٧ هـ .
(٢) هو محمد بن محمد بن محمد الغزالي (٤٥٠ - ٥٠٥ هـ) أبو حامد الطوسي حجة الإسلام ، له نحو مئتي مصنف ، مولده ووفاته بخراسان ، نسبة إلى صناعة الفزل ، إذا جعلنا نسبته بتشديد الزاي ، وإلى « غزالة » من قرى « طوس » ، بتخفيفها

ثم الماء القليل ينجس بملاقاة النجاسة المؤثرة ، تغير أم لا . وأما غير المؤثرة ، كاللينة التي لا نفس لها سائلة ، ونجاسة لا يدركها طرف ، وولوج هرّة تنجس فيها ثم غابت واحتمل طهارته ، فلا ينجس على المذهب ، كما سبق في الصورة الأولى ، وسيأتي الأخريان إن شاء الله تعالى . واختار الرثوياني من أصحابنا : أنه لا ينجس إلا بالتغير ، والصحيح المعروف ، الأول .

وأما الكثير ، فينجس بالتغير بالنجاسة للاجماع ، سواء قل التغير أم كثر ، وسواء تغير الطعم أو اللون أو الرائحة ، وكل هذا متفق عليه هاهنا ، بخلاف ما تقدم في الطاهر . وسواء كانت النجاسة الملاقية مخالطة أم مجاورة ، وفي المجاورة وجه شاذ : أنها لا تنجسه .

وأما إذا تروح الماء بحيفةٍ ملقاةٍ على شط النهر ، فلا ينجس ، لعدم الملاقاة ، وإن لاقى الكثير النجاسة ولم يتغير لقلة النجاسة واستهلاكها ، لم ينجس ، ويستعمل جميعه على الصحيح . وعلى وجه يبقّى قدر النجاسة . وإن لم يتغير لموافقها الماء في الأوصاف ، قدّر بما يخالف ، كما سبق في « باب الطاهر » . وأما إذا تغير بعضه ، فالأصحّ نجاسة جميع الماء ، وهو المذكور في « المذهب »^(١) وغيره . وفي وجه لا ينجس إلا بالتغير .

قلت : الأصح ما قاله القفال ، وصاحب « التتمة »^(٢) وآخرون : أن التغير ، كنجاسة جامدة . فإن كان الباقي دون قلتين ، فنجس وإلا ، فطاهر . والله أعلم

ثم إن زال تغير التغير بالنجاسة بنفسه ، طهر على الصحيح . وقال الاصطخري : لا يطهر . وهو شاذ . وإن لم يوجد رائحة النجاسة ، لطرح المسك

(١) هو للشيخ أبي إسحاق إبراهيم الشيرازي الفقيه الشافعي المتوفى (٥٤٧٦هـ) وقد شرحه كثيرون ، منهم الامام النووي ، ولم يتمه وسماه « المجموع » وهو كتاب قيم ومرجع عظيم في الفقه .

(٢) هي لأبي سعيد عبد الرحمن بن مأمون ، المعروف بالمتولي ، النيسابوري الشافعي ، المتوفى سنة ٥٤٧٨هـ ، أتم فيها كتاب شيخه الموسوم بـ « الإبانة » وجمع فيها نوادر من المسائل وغرائبها ما لا يكاد يوجد في غيرها .

فيه ، أو طعمها ، لطرح الخل ، أو لونها ، لطرح الزعفران ، لم يطهر بالاتفاق . وإن ذهب التغير بطرح التراب ، فقولان : أظهرهما لا يطهر ، للشك في زوال التغير . وإن ذهب بالجلس والنورة وغيرهما مما لا يتلب وصف التغير ، فهو كالتراب على الصحيح ، وقيل : كالسك . ثم قال بعضهم : الخلاف في مسألة التراب إذا كان التغير بالرائحة . وأما تغير اللون ، فلا يؤثر فيه التراب قطعاً . والأصول المعتمدة ساكنة عن هذا التفصيل .

قلت : بل قد صرح المحامي^(١) ، والفوراني^(٢) ، وآخرون : بجريان الخلاف في التغير بالصفات الثلاث ، وقد أوضحت ذلك في « شرح المذهب » . والله أعلم

فرع

النجاسة التي لا يدركها الطرف ، كنقطة خمر ، وبول يسيرة ، لا تبصر لقلتها^(٣) وكذباً تقع على نجاسة ، ثم تطير عنها ، هل ينجس الماء والثوب كالنجاسة المدركة ، أم يعفى عنها ؟ فيه سبع طرق : أحدها : يعفى عنها فيها . والثاني : لا . والثالث : فيها قولان . والرابع : تنجس الماء ، وفي الثوب قولان ، والخامس : ينجس الثوب ، وفي الماء قولان ، والسادس : ينجس الماء دون الثوب . والسابع : عكسه . واختار الغزالي العفو فيها ، وظاهر المذهب — عند المعظم — خلافه .

قلت : المختار عند جماعة من المحققين ما اختاره الغزالي ، وهو الأصح ، والله أعلم

(١) هو علي بن محمد بن أحمد بن محمد المحامي (٥٠٠ - ٥٩٣ هـ) فقيه شافعي ، تفقه على أبي إسحاق الشيرازي ، وسمع من الخطيب وغيره .

(٢) هو عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن فوران (٣٨٨ - ٤٦٩ هـ) فقيه ، من علماء الأصول والفروع ، كان مقدم الشافعية بمرور ، مولده ووفاته بمرور .

(٣) أي : النجاسة .

فرع

الماء القليل النجس إذا كوثر فبلغ قلتين ، نُظِرَ ، إن كوثر بغير الماء ، لم يطهر ، بل لو كمل الطاهر الناقص عن قلتين بماء ورد بلغها به وصار مستهلكاً ، ثم وقع فيه نجاسة ، نجس ، وإن لم يتغير . وإنما لا تقبل النجاسة قلتان من الماء المحض . وإن كوثر بالماء المستعمل ، عاد مطهراً على الأصح . وعلى الثاني : هو كماء الورد . وإن كوثر بماء غير مستعمل ، طاهر أو نجس ، عاد مطهراً بلا خلاف ، وهل يشترط أن لا يكون فيه نجاسة جامدة ؟ فيه خلاف التباعد ، هذا كله إذا بلغ قلتين ولا تغير فيه . أما إذا كوثر فلم يبلغها ، فالأصح أنه باقٍ على نجاسته . والثاني : أنه طاهر غير طهور ، بشرط أن يكون المكاثَر به مطهراً ، وأن يكون أكثر من المورد عليه ، وأن يورده على النجس ، وأن لا يكون فيه نجاسة جامدة . فإن اختلف أحد الشروط ، فنجس بلا خلاف . ولا يشترط شيء من هذه الشروط الأربعة فيما إذا كوثر فبلغ قلتين .

قلت : هذا الذي صحَّحه هو الأصح ، وعند الخراسانيين : وهو الأصح . والأصح عند العراقيين : الثاني . والله أعلم

والمعتبر في المكاثرة الضم والجمع ، دون الخلط ، حتى لو كان أحد البعْضَيْن صافياً ، والآخر كسراً ، وانضما ، زالت النجاسة من غير توقف على الاختلاط المانع من التمييز . ومتى حكنا بالطهارة في هذه الصور ففُتِرَ ، لم يضر ، وهو باقٍ على طهوريته .

فرع

إذا وقع في الماء الكثير الراكد نجاسة جامدة ، فقولان : أظهرها وهو القديم ، أنه يجوز الاغتراف من أي موضع شاء ، ولا يجب التباعد لأنه طاهر كله . والثاني : الجديد : يجب أن يبعد عن النجاسة بقدر قلتين ، فعلى هذا لا يكفي في البحر التباعد بشبر نظراً إلى العمق ، بل يتباعد قدراً لو حسب مثله في العمق وسائر الجوانب بلغ قلتين . فلو كان الماء منبسطاً بلا عمق ، تباعد طولاً وعرضاً قدراً يبلغ قلتين في ذلك العمق .

وقال محمد بن يحيى (١) : في هذه الصورة يجب أن يبعد إلى موضع يعلم أن النجاسة لم تنتشر إليه . أما إذا كان الماء قلتين فقط ، فعلى الجديد : لا يجوز الاغتراف منه . وعلى القديم : يجوز على الأصح (٢) . ثم في المسألة الأولى يحتمل أن يكون الخلاف في جواز استعمال الماء من غير تباعد ، مع القطع بطهارة الجميع ، ويحتمل أن يكون في الاستعمال مبنياً على خلاف في نجاسته ، وقد نقل عن الشيخ أبي محمد (٣) ، نقل الاتفاق على الاحتمال الأول (٤) .

(١) هو محمد بن يحيى بن منصور محي الدين النيسابوري (٤٧٦-٤٨٠هـ) رئيس الشافعية بـ«نيسابور»

في عصره ، تفقه على الإمام الفزالي ، ودرس « بنظامية » نيسابور .

(٢) عبارة الرافعي في الأصل (١/٢١٤) : إذا وقع في الماء الكثير الراكد نجاسة جامدة ، كالهيئة ، فهل يجوز الاغتراف مما حوالى النجاسة ، أم يجب التباعد عنها بقدر القلتين ؟ فيه قولان ، القديم - وهو ظاهر المذهب على خلاف الغالب - أنه يجوز الاغتراف من أي موضع شاء ، ولا حاجة إلى التباعد ، لأنه طاهر كله ، فيستعمله المستعمل كيف شاء ، والدليل على أنه طاهر كله ، قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « إذا بلغ الماء قلتين ... » الخبر . والجديد أنه يبعد عن النجاسة بقدر قلتين ، ثم يغترف .

(٣) هو عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني ، أبو محمد (٣٨٠-٤٠٠هـ) من علماء التفسير واللغة

والفقه ، ولد في جون (في نيسابور) وسكن نيسابور ، وتوفي بها .

(٤) في هامش الاصل ما نصه : وهو قوله : لا خلاف في الطهارة ، إنما الخلاف في جواز

الاستعمال .

قلت : هذا التوقف من الإمام الرافعي عجب ، فقد جزم وصرّح بالاحتمال الأول جماعات من كبار أصحابنا ، منهم الشيخ أبو حامد الإسفراييني (١) ، والقاضي أبو الطيّب (٢) ، وصاحب « الحاوي » ، والحاملي ، وصاحب « الشامل » ، و « البيان » وآخرون من المراقين والخراسانيين .

وقطع جماعة من الخراسانيين على قول التباعد بأن يكون المحتجب نجساً ، كذا قاله القاضي حسين ، وإمام الحرمين ، والبغوي ، وغيرهم . حتى قال هؤلاء الثلاثة : لو كان قلتين فقط ، كان نجساً على هذا القول . والصواب : الأول . والله أعلم

إذا غمس كوز ممتلئ ماءً نجساً في ماء كثير طاهر ، فإن كان واسع الرأس ، فالأصح أنه يعود طهوراً ، وإن كان ضيقه ، فالأصح أنه لا يطهر . وإذا حكنا بأنه طهور في صورتين ، فهل يصلح ذلك على الفور ، أم لا بدءاً من زمان يزول فيه التغير لو كان متغيراً ؟ فيه وجهان . الأصح : الثاني . ويكون الزمان في الضيق أكثر منه في الواسع . فإن كان ماء الكوز متغيراً ، فلا بد من زوال تغيره ، ولو كان الكوز غير ممتلئ ، فما دام يدخل فيه الماء ، فلا اتصال ، وهو على نجاسته .

قلت : إلا أن يدخل فيه أكثر من الذي فيه ، فيكون حكمه ما سبق في المكثرة .

(١) هو أحمد بن محمد بن أحمد الأسفراييني (٣٤٣ - ٤٠٦ هـ) من أعلام الشافعية ، ولد في أسفرايين ، ورحل إلى بغداد ، وتوفي بها .

(٢) هو الإمام أبو الطيب القاضي ، طاهر بن عبد الله الطبري (٣٤٨ - ٤٥٠ هـ) إمام بارع في علوم الفقه ، يفتي مع الفقهاء ويستدرك عليهم ، صنف في المذهب والأصول .

قال القاضي حسين، وصاحب « التتمة » : ولو كان ماء الكوز طاهراً ، فتمسّه في نجس ينقص عن القلتين بقدر ماء الكوز ، فهل يحكم بطهارة النجس؟ فيه الوجهان .
والله أعلم

فرع

ماء البئر كثيره في قبول النجاسة وزوالها ، فان كان قليلاً وتنجس بوقوع نجاسة ، فلا ينبغي أن ينزع لينبع الماء الطهور بعده ، لأنه وإن نزع ، فمعر البئر يبقى نجساً ، وقد تنجس جدران البئر أيضاً ، بالنزع ، بل ينبغي أن يترك ليزداد فيبلغ حد الكثرة . وإن كان نبعها قليلاً لا تتوقع كثرته ، صب فيها ماءً ليلغ الكثرة ، ويزول التغير إن كان تغير . وطريق زواله على ما تقدم من الاتفاق والخلاف . وإن كان الماء كثيراً طاهراً ، وتفتت فيه شيء نجس ، كفارة تمعط شعرها ، فقد بقي على طهوريته لكثرته ، وعدم التغير ، لكن يتعذر استعماله ، لأنه لا ينزع دلواً إلا وفيه شيء من النجاسة ، فينبغي أن يستقى الماء كله ، ليخرج الشعر منه . فإن كانت العين فؤارة ، وتعذر نزع الجميع ، نزع ما يغلب على الظن أن الشعر خرج كله معه ، فما بقي بعد ذلك في البئر وما يحدث ، طهور ، لأنه غير مستيقن النجاسة ، ولا مظنونها ، ولا يضر احتمال بقاء الشعر .

فان تحقق شعراً بعد ذلك ، حكم به . فأما قبل النزع إلى الحد المذكور ، إذا غلب على ظنه أنه لا يخلو كل دلوٍ عن شيء من النجاسة ، لكن لم يتيقنه ، ففي جواز استعماله القولان في تقابل الأصل والظاهر .

وهذا الذي ذكرناه في الشعر تفريع على نجاسته بالموت . فان لم تنجسه ، فرضت المسألة في غيره من الأجزاء .

فصل

في الماء الجاري

هو ضربان : ماء الأنهار المعتدلة ، وماء [الأنهار] العظيمة ، أما الأول : فالنجاسة الواقعة فيه مائعة وجامدة ، والمائية : مغيرة وغيرها . فالمغيرة : تنجس المتغير . وحكم غيره معه كحكمه مع النجاسة الجامدة . وغير المغيرة : إن كان عدم التغير للموافقة في الأوصاف ، فحكمه ما سبق في الراكد . وإن كان لقلة النجاسة وامتثالها فيه ، فظاهر المذهب ، وقول الجمهور : أنه كالراكد . إن كان قليلاً ينجس . وإن كان كثيراً فلا . وقال النزالي : هو طهور مطلقاً ، وفي القديم : لا ينجس الجاري إلا بالتغير .

قلت : واختار جماعة الطهارة ، منهم إمام الحرمين ، وصاحب « التهذيب » (١) . والله أعلم

وأما النجاسة الجامدة ، كالهيئة ، فإن غيرت الماء ، نجسته ، وإن لم تغيّره ، فتارة تقف ، وتارة تجري مع الماء ، فإن جرت جرية فما قبلها وما بعدها طاهران . وما على يمينها وشمالها وفوقها وتحتها ، إن كان قليلاً ، فنجس ، وإن كان قلّتين ، فقليل : طاهر ، وقيل : على قولي التباعد .

وإن وقفت النجاسة ، وجرى الماء عليها ، فحكمه حكم الجارية ، ويزيد هاهنا أن الجاري على النجاسة وهو قليل ، ينجس بملاقاتها ، ولا يجوز استعماله

(١) تأليف محيي السنة حسين بن معمود البغوي الشافعي . وهو كتاب محرر مذهب ، إلا أنه مجرد عن الأئمة غالباً ، وقد لحصه من تعليق شيخه القاضي حسين ، وزاد فيه ونقص .

إلا أن يجتمع في موضع قلتان منه ، وفيه وجه أنه إذا تباعد واعترف من موضع
بينه وبين النجاسة قلتان ، جاز استعماله ، والصحيح الأول . وعليه يقال : ماء
هو ألف قلة ، نجس بلا تغير ، فهذه صورته .

أما النهر العظيم ، فلا يجتنب فيه شيء ، ولا حريم النجاسة ، ولا يحیی فيه
الخلاف في التباعد عما حوالي النجاسة . وفيه وجه شاذ أنه يجزئ ، ووجه أنه
يجب اجتناب الحريم خاصة ، وبه قطع الغزالي ، وطرده في حريم الراكد أيضاً .
والمذهب : القطع بأنه لا يجب اجتناب الحريم في الجاري ، ولا في الراكد .
ثم العظيم : ما أمكن التباعد فيه عن جوانب النجاسة كلها بقلتين . والمعتدل : ما لا يمكن
ذلك فيه . ومن المعتدل : النهر الذي بين حافته قلتان فقط .

وقال إمام الحرمين : المعتدل : ما يمكن تغيره بالنجاسات المعتادة . والعظيم : ما لا
يمكن تغيره بها . وأما الحريم : فما ينسب إلى النجاسة بتحريكه إياها ، وانمطافه
عليها ، والتفافه بها .

قلت : غير الماء من المائعات ينجس بملاقاة النجاسة وإن كثر . وإنما لا ينجس
الماء لقوته . ولو توضع من بئر ، ثم أخرج منها دجاجة منتفخة ، لم يلزمه أن يمس
من صلاته إلا ما يثق أنه صلاحها بالماء النجس . ذكره صاحب « العدة »^(١) . والله أعلم

باب

أركان النجاسة

النجس ضربان : نجس العين ، وغيره ، فنجس العين : لا يظهر بحال ، إلا الحمر ،
فتطهر بالتخلل ، وجلد الميتة بالدباغ . والملقه والمضخة والدم الذي هو حشو البيضة ،

(١) « العدة » : من تأليف إبراهيم بن عني الطبري المعروف بأبي المكارم الروابي المتوفى سنة ٥٢٣هـ .

إذا نجسنا الثلاثة فاستحالت حيوانات . وأما غير نجس العين ، فضربان : نجاسة عينية ، وحكية ، فالحكية : هي التي تيقن وجودها ولا تحس ، كالبول إذا جف على الحبل ولم يوجد له رائحة ولا أثر ، فيكفي إجراء الماء على محلها مرة ، ويسن ثانية ، وثالثة . وأما العينية : فلا بد من محاولة إزالة ما وجد منها من طعم ، ولون ، وريح ، فإن فعل ذلك بقي طعم ، لم يطهر ، وإن بقي اللون وحده وهو سهل الإزالة ، لم يطهر . وإن كان عسرها ، كدم الحيض يصيب الثوب ، وربما لا يزول بعد المبالغة ، والاستمانة بالحث والقرص ، طهر . وفيه وجه شاذ أنه لا يطهر ، والحث والقرص ليسا بشرط ، بل مستحبان عند الجمهور ، وقيل : هما شرط ، وإن بقيت الرائحة وحدها وهي عسرة الإزالة ، كرائحة الخمر ، فقولان . وقيل : وجهان . أظهرهما يطهر . وإن بقي اللون والرائحة معاً ، لم يطهر على الصحيح ، ثم الصحيح الذي قاله الجمهور ، إن حكنا بطهارته مع بقاء لون أو رائحة ، فهو طاهر حقيقة ، ويحتمل أنه نجس معفو عنه .

وقد أشار إليه في « التتمة » ثم بعد زوال العين يُسن غسله ، ثانية ، وثالثة ، ولا يشترط في حصول الطهارة عصر الثوب على الأصح ، بناءً على طهارة النسالة . وإن قلنا بالضعيف : إن العصر شرط ، قام مقامه الجفاف على الأصح ، لأنه أبلغ في زوال الماء .

فرع

ما ذكرناه من طهارة الحبل بالعصر أو دونه : هو فيما إذا ورد الماء على الحبل ، أما إذا ورد الماء الحبل النجس ، كالثوب يُغمس في إجمانة فيها ماء وينسل فيها ، ففيه وجهان : الصحيح الذي قاله الأكثرون : لا يطهر ، وقال ابن سريج : يطهر ، ولو ألقته الريح فيه والماء دون قلتين ، نجس الماء أيضاً بلا خلاف .

فرع

إذا أصاب الأرض بول فصَّبَ عليها ماء غمره واستهلك فيه ، طهرت بعد نضوب الماء ، وقبله وجهان . إن قلنا : العصر لا يجب ، طهرت . وإن قلنا : واجب ، لم يطهر . فعلى هذا لا يتوقف الحكم بالطهارة على الجفاف ، بل يكفي أن يفيض الماء كالثوب المصور .

ويكفي أن يكون الماء المصبوب غامراً للنجاسة على الصحيح ، وقيل : يشترط أن يكون سبعة أضعاف البول ، وقيل : يشترط أن يصب على بول الواحد ذنوب ، وعلى بول الاثنين ذنوبان ، وعلى هذا أبداً ، ثم الحر ، وسائر النجاسات المائية كالبول ، يطهر الأرض عنها بغمر الماء بلا تقدير على المذهب .

فرع

اللبينُ النجس : ضربان . مختلط بنجاسة جامدة ، كالروث وعظام الميتة ، وغير مختلط .

فالأول : نجس لا طريق إلى تطهيره ، لعين النجاسة . فإن طبخ ، فالذهب - وهو الجديد - أنه على نجاسته . وفي القديم قول : أن الأرض النجسة تطهر بزوال النجاسة ، بالشمس ، والريح ، ومرور الزمن . فخرَج أبو زيد ، والخضري ، وآخرون منه قولاً : إن النار تؤثر ، فيطهر ظاهره بالطبخ . فعلى الجديد : لو غسل ، لم يطهر على الصحيح المنصوص . وقال ابن المرزبان^(١) والقفَّال : يطهر ظاهره .

(١) في « تهذيب الأسماء » للنووي : تكرر في « الروضة » و « المذهب » .

وأما غير المختلط ، كالمجون بماء نجس ، أو بولٍ ، فيطهر ظاهره بإفاحة الماء عليه ، ويطهر باطنه بأن ينقع في الماء حتى يصل إلى جميع أجزائه ، كالمجين بمائع نجس . هذا إن لم يطبخ ، فإن طبخ ، طهر - على تخريج أبي زيد - ظاهره ، وكذا باطنه ، على الأظهر ، وأما على الجديد ، فهو على نجاسته ، ويطهر بالفسل ظاهره دون باطنه ، وإنما يطهر باطنه بأن يدق حتى يصير تراباً ، ثم يفاض الماء عليه ، فلو كان بعد الطبخ رخواً لا يمنع نفوذ الماء ، فهو كما قبل الطبخ .

قلت : إذا أصابت النجاسة شيئاً صقيلاً ، كسيفٍ ، وسكينٍ ، ومرآةٍ ، لم يطهر بالمسح عندنا ، بل لا بد من غسلها . ولو سقيت سكيناً ماءً نجساً ، ثم غسلها ، طهر ظاهرها . وهل يطهر باطنها بمجرد الفسل ، أم لا يطهر حتى يسقيها مرةً ثانية بماء طهور ؟ وجهان .

ولو طبخ لحم بماء نجس ، صار ظاهره وباطنه نجساً ، وفي كيفية طهارته وجهان . أحدهما : يفسل ثم يعصر ، كالسباط . والثاني : يشترط أن يغلى بماء طهور .

وقطع القاضي حسين ، والمتولي ، في مسألي السكين واللحم : بأنه يجب سقيها مرة ثانية وإغلاؤه . واختار الشاشي^(١) الاكتفاء بالفسل ، وهو المنصوص .

قال الشافعي رضي الله عنه في « الأم » في « باب صلاة الخوف » : لو أحمى حديدة ثم صبَّ عليها سماً نجساً ، أو غمسها فيه فشربته ، ثم غسلت بالماء ؛ طهرت ، لأن الطهارات كلها إنما جعلت على ما يظهر ، ليس على الأجواف . هذا نصه بحروفيه .

قال المتولي : وإذا شرطنا سقي السكين ، جاز أن يقطع بها الأشياء الرطبة قبل السقي ، كما يقطع اليابسة . ولو أصابت الزئبق نجاسة ، فإن لم يقطع ؛ طهر

(١) هو أبو بكر محمد بن إسماعيل الففال الكبير الشاشي ، توفي رحمه الله سنة (٣٦٥ هـ) وهو غير الففال الروزي الذي توفي (٥٠٧ هـ) .

بصب الماء عليه ، وإن تقطع ، كالدهن ، لا يمكن تطهيره على الأصح ، ذكره المحامي ،
والبغوي . وإزالة النجاسة التي لم يعص بالتلطيخ بها في بدنه ، ليست على الفور ،
وإنما يجب عند إرادة الصلاة ونحوها . ويستحب المبادرة بها .

قال المتولي ، وغيره : للماء قوة عند الورد على النجاسة ، فلا ينجس
بملاقاتها ، بل يبقى مطهراً ، فلو صبّه على موضع النجاسة من ثوب ، فانتشرت
الرطوبة في الثوب ، لا يحكم بنجاسة موضع الرطوبة ، ولو صب الماء في إناء نجس ، ولم
يتغير بالنجاسة ، فهو طهور . فإذا أداره على جوانبه ، طهرت الجوانب كلها .
قال : ولو غُسل ثوب عن نجاسة ، فوُقت عليه نجاسة عقب عصره . هل يجب
غسل جميع الثوب ، أم يكفي غسل موضع النجاسة ؟ وجهان : الصحيح : الثاني .

والله أعلم

فرع

الواجب في إزالة النجاسة الفسل ، إلا في بول صبي لم يطعم ، ولم يشرب
سوى اللبن ، فيكفي فيه الرش^(١) ، ولا بدّ فيه من إصابة الماء جميع موضع البول .
ثم لا يراده ثلاث درجات ، الأولى : النضح المجرد . الثانية : النضح مع الغلبة والمكثرة .
الثالثة : أن ينضم إلى ذلك السيلان ، فلا حاجة في الرش إلى الثالثة قطعاً ، ويكفي
الأولى على وجه ، ويحتاج إلى الثانية على الأصح . ولا يلحق ببول الصبي ؛ بول
الصبية ؟ بل يتعين غسله على الصحيح .

قلت : وفي « التتمة » وجه شاذ : أن الصبي ، كالصبية ، فيجب الفسل .

قال البغوي : وبول الخنثى كالأنثى من أي فرجيه خرج . والله أعلم

(١) روى البخاري ٢٢٨/١ ، ومسلم ٢٣٨/١ ، وغيرهما عن أم قيس بنت محسن أنها أتت بابت
لها صغير لم يأكل الطعام إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، فبال على ثوبه ، فدعا بماء ، ففضحه عليه
ولم يفسله .

فصل

طهارة ما ولغ فيه الكلب أو تنجس بدمه ، أو بوله ، أو عرقه ، أو شعره ، أو غيرها من أجزائه وفضلاته ، أن يفسل سبع مرات ، إحداهن بتراب ، وفيما سوى الولوغ وجه شاذ أنه يكفي غسله مرة ، كسائر النجاسات . والخنزير ، كالكلب على الجديد ، وفي القديم : يكفي مرة كغيره ، وقيل : القديم كالجديد ، ولا يقوم الصون والإشنان ونحوهما مقام التراب على الأظهر ، كالتييم . ويقوم في الثاني : كالدياغ والاستنجاء . والثالث : إن وجد تراباً ، لم يقم . وإلا ، قام . وقيل : يقوم فيما يفسده التراب ، كالثياب ، دون الأواني .

أما إذا اقتصر على الماء وغسله ثماني مرات ، ففيه أوجه . الأصح : لا يطهر . والثاني : يطهر . والثالث : يطهر عند عدم التراب دون وجوده . ولا يكفي غمس الإناء والثوب في الماء الكثير على الأصح . ولا يكفي التراب النجس على الأصح ، كالتييم . ولو تنجست أرض تربية بنجاسة الكلب ، كفى الماء وحده على الأصح ، إذ لا معنى لتغير التراب ، ولا يكفي في استعمال التراب ذره على المثل ، بل لا بد من مائع يمزجه به ، ليصل التراب بواسطته إلى جميع أجزاء المثل . فإن كان المائع ماءً ؛ حصل الغرض ، وإن كان غيره ، كالخل وماء الورد ، وغسله ستاً بالماء ، لم يكف على الصحيح ، كما لو غسل السبع بالخل والتراب .

قلت : لو ولغ في الإناء كلاب ، أو كلب مرات ، فثلاثة أوجه . الصحيح يكفيه للجميع سبع . والثاني : يجب لكل ولغة سبع . والثالث : يكفي لولغات الكلب الواحد سبع ، ويجب لكل كلب سبع . ولو وقعت نجاسة أخرى في الإناء الذي ولغ فيه ، كفى سبع ، ولو كانت نجاسة الكلب عينية ، كدمه ، فلم تزل إلا بست غسلات مثلاً ، فهل يحسب ذلك ستاً أم واحدة ، أم لا يحسب شيئاً ؟ فيه

ثلاثة أوجه . أصحابها : واحدة . ويستحب أن يكون التراب في غير السابعة .
والأولى أولى . ولو ولغ في ماء لم ينقص بولوغه عن قلتين ، فهو باقٍ على طهوريته ،
ولا يجب غسل الإناء . ولو ولغ في شيء نجسه ، فأصاب ذلك الشيء آخر ،
وجب غسله سبماً . ولو ولغ في طعام جامد ، ألقى ما أصابه وما حوله ، وبقي الباقي
على طهارته ، وإذا لم يُرد استعمال الإناء الذي ولغ فيه ، لا يجب إراقته على
الصحيح الذي قطع به الجمهور .

وفي « الحاوي » وجه أنه يجب إراقته على الفور ، للحديث الصحيح بالأمر
بإراقته (١) . ولو ولغ في ماء كثير متغير بالنجاسة ، ثم أصاب ذلك الماء ثوباً ،
قال الرُّوباني : قال القاضي حسين : يجب غسله سبماً إحداهن بالتراب ، لأن
الماء المتغير بالنجاسة ، كخل تنجس . ولو ولغ حيوان تولد من كلب ، أو خنزير
وغيره ، أو من كلب وخنزير ، فقد نقل فيه صاحب « العدة » الخلاف في الخنزير
لأنه ليس كلباً . والله أعلم

فرع

سؤر الهرة طاهر ، لطهارة عينها ، ولا يكره ، فلو تنجس فيها ، ثم ولغ
في ماء قليل فثلاثة أوجه . الأصح أنها إن غابت واحتمل ولوغها في ماء يطهر
فيها ، ثم ولغ ، لم تنجسه ، وإلا نجسته . والثاني : تنجسه مطلقاً . والثالث :
عكسه .

قلت : وغير الماء من المائعات ، كالباء . والله أعلم

(١) وهو ما رواه مسلم في « صحيحه » ٢٣٤/١ والنسائي في « سننه » ٥٣/١ عن أبي هريرة
رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : « إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليقره
ثم ليفسه سبع مرات .

فصل

في غسالة النجاسة

إن تغير بعض أوصافها بالنجاسة ، فنجسة . وإلا فإن كانت قلتين ، فطاهرة بلا خلاف .

قلت : ومطهرة على المذهب . والله أعلم

وإن كانت دونها ، فثلاثة أقوال . وقيل : أوجه . أظهرها : وهو الجديد ، أن حكمها حكم المحل بعد الغسل ، إن كان نجساً بعد ، فنجسة . وإلا ، فطاهرة غير مطهرة . والثاني : — وهو القديم — حكمها حكمها قبل الغسل ، فيكون مطهرة . والثالث : وهو مخرج من رفع الحدث ، حكمها حكم المحل قبل الغسل ، فيكون نجسة .

ويخرج على هذا الخلاف غسالة ولوغ الكلب ، فإذا وقع من الغسلة الأولى شيء على ثوب ، أو غيره ، لم يحتج إلى غسله على القديم . ويفسل لحصول المرة وطهورية الباقي ستاً على الجديد ، وسبعاً على المخرج . ولو وقع من السابعة ، لم يفسل على الأول والثاني . ويفسل على الثالث مرة . ومتى وجب الغسل عنها ، فإن سبق التعفير ، لم يجب لطهوريته ، وإلا وجب . وفي وجه ، لكل غسلة سبع ، حكم المحل ، فيفسل منها مرة ، وهذا يتضمن التسوية بين غسلة التعفير وغيرها .

فرع

إذا لم تتغير الغسالة ، ولكن زاد وزنها ، فطريقان . أحدهما القطع بالنجاسة . والثاني على الأقوال^(١) ، وأعلم أن الخلاف المذكور هو في المستعمل ، في واجب الطهارة .

(١) في هامش الأصل ما نصه : أي : حكم المحل السبع ، وحكم الغسالة المرة .

أما المستعمل في مندوبها ، كالفسلة الثانية ، فظهور على المذهب . وقيل : على القولين الأولين دون الثالث .

باب

الاجتهاد في الماء المسنّب

إذا اشتبه إناءان : طاهر ، ونجس ، فثلاثة أوجه . الصحيح : أنه لا يجوز استعمال أحدهما إلا بالاجتهاد ، وظهور علامة تغلب على الظن طهارته ، ونجاسة المتروك . والثاني : يكفي ظن الطهارة بلا علامة . والثالث : يستعمل أحدهما بلا اجتهاد ولا ظن ، وسواء علم نجاسة أحدهما بمشاهدتها ، أو ظنها بإخبار من تقبل روايته من حر ، أو عبد ، أو امرأة . وفي الصبي المميز وجهان .

قلت : الأصح عند الجمهور لا يقبل قول المميز ، ويقبل الأعمى بلا خلاف . والله أعلم

ويشترط أن يُعلم من حال الخبر ، أنه لا يخبر إلا عن حقيقة ، وسواء أخبره بنجاسة أحدهما على الإبهام ، أم بيمينه ، ثم اشتبه ، فيجتهّد في الجميع . ولو انصب أحدهما ، أو صبه ، فثلاثة أوجه . أصحها : يجتهّد في الباقي . والثاني : لا يجوز الاجتهاد ، بل يتيمم . والثالث : يستعمله بلا اجتهاد عملاً بالأصل .

قلت : الأصح عند المحققين والأكثرين - أو الكثيرين - : أنه لا يجوز الاجتهاد ، بل يتيمم ويصلي ولا يعيد وإن لم يرقه . والله أعلم

وللاجهاد شروط .

الأول : أن يكون للعلامة مجال ، كالأواني ، والثياب . أما إذا اختلط بمض عارمه بأجنبية ، أو أجنبيات محصورات ، فلا يجوز نكاح واحدة منهن بالاجتهاد .
الثاني : أن يتأيد الاجتهاد باستصحاب الطهارة . فلو اشتبه ماء ببول ، أو بماء ورد ، أو ميتة* بمذكاة ، أو لبنٌ بقرٍ بلبن آتان ، لم يجتهد على الصحيح ، بل يتمم في مسألة البول . وفي مسألة ماء الورد ؛ يتوضأ بكل واحد مرة . وقيل : يجتهد . ولا بد من ظهور علامة بلا خلاف ، ولا يحجى فيه الوجه الثاني في أول الباب .
الثالث : يختلف فيه ، وهو العجز عن اليقين ، فلو تمكن منه ، جاز الاجتهاد على الأصح ، فيجوز في المشبهين ، وإن كان معه ثالث طاهر ييقن ، أو كان على شط نهرٍ ، أو اشتبه ثوبان ومعه ثالث طاهر ييقن ، أو قلتان : طاهرة ، ونجسة ، وأمكن خلطها بلا تغير ، أو اشتبه ماء مطلق بمستعمل ، أو بماء ورد ، قلنا : يجوز الاجتهاد فيه على الأصح في الجميع .

الرابع : أن تظهر علامة ، وقد تقدم أن الصحيح ، اشتراط العلامة ، فلو لم تظهر ، يتمم بعد إراقة المائين ، أو صب أحدهما في الآخر ، فلا إعادة عليه . فإن يتمم قبل ذلك ؛ وجبت إعادة الصلاة . وأما الأعمى ، فيجتهد على الأظهر . فإن لم يغلب على ظنه شيء ، قلد على الأصح .

قلت : فإن قلنا : لا يقلد ، أو لم يجد من يقلده ، فوجهان . الصحيح أنه يتمم ، ويصلي ، وتجب الإعادة . والثاني : يخمن ويتوضأ على أكثر ما يقدر عليه ، وهو ظاهر نص الشافعي رضي الله عنه ، واختاره القاضي أبو الطيب قال : ويميد .
والله أعلم

فرع

إذا غلب على ظنه طهارة إناءه ، استحَب أن يريق الآخر ، فلو لم يفعل وصلى بالأول الصبح ، فحضرت الظهر ، فإن لم يبق من الأول شيء ، لم يجب الاجتهاد للظهر . فلو اجتهد فظن طهارة الباقي ، فالصحيح المنصوص أنه يتيمم ولا يستعمله ، وخرج ابن سريج^(١) أنه يستعمله ، ولا يتيمم فيغسل جميع ما أصابه الماء الأول ، ثم يتوضأ ، وعلى هذا لا يُميد واحدة من الصلاتين . وعلى المنصوص : لا يُعيد الأولى ، ولا الثانية أيضاً على الأصح . أما إذا بقي من الأول شيء ، فإن كان يكفي طهارته ، فهو كما إذا لم يبق شيء ، إلا أنه يجب الاجتهاد للصلاة الثانية . وإذا صلاها بالتيمم ، وجب قضاؤها على الصحيح المنصوص . وإن كان الباقي لا يكفي ، فإن قلنا : يجب استعماله ، كان كالكافي ، وإلا كان كما إذا لم يبق من الأول شيء . ولو صب الماء الباقي مع بقية الأول ، أو الباقي إذا كان وحده ، ثم صلى بالتيمم ، فلا إعادة عليه بلا خلاف .

فرع

الشيء الذي لا يتيقن نجاسته ولا طهارته ، والغالب في مثله النجاسة ، فيه قولان ، لتعارض الأصل . والظاهر : أظهرهما : الطهارة ، عملاً بالأصل ، فمن ذلك ثياب مدمني الخمر وأوانيهم ، وثياب القصايين ، والصبيان الذين لا يتوقنون النجاسة ، وطين الشوارع حيث لا يستيقن ، ومقبرة شك في نبشها ، وأواني الكفار المتدينين باستعمال النجاسة كالحجوس ، وثياب المنهمكين في الخمر ، والتلوث بالخنزير من اليهود

(١) هو أحمد بن عمر بن سريج البغدادي أبو العباس (٢٤٩ - ٣٠٦ هـ) فقيه الشافعية في عصره ،

مولده ووفاته في بغداد ، له نحو (٤٠٠) مصنف ، وكان يلقب بـ « الباز الأشهب » .

والنصارى - ولا يلحق هؤلاء الذين لا يتدينون باستعمال النجاسة ، كاليهود ، والنصارى -
فإن ألحقنا غلبة الظن باليقين ، واشتباه إناء طاهر بإناء الغالب في مثله النجاسة ، اجتهد
فيها . وإن رجحنا الأصل ؛ فهما طاهران ، وربما أطلق الأصحاب القولين فيما إذا
غلب على الظن النجاسة ، لكن له شرط ، وهو أن تكون غلبة الظن مستندة
إلى كون الغالب في مثله النجاسة . فإن لم يكن كذلك ، لم يلزم طرد القولين ،
حتى لو رأى ظيئه تبول في ماء كثير وهو بعيد منه ، فجاءه ، فوجده متغيراً ،
وشك ؛ هل تغير بالبول ، أم بغيره ؟ ، فهو نجس ، نص عليه الشافعي رضي الله
عنه ، والأصحاب رحمهم الله .

قلت : الجمهور حكموا بالنجاسة مطلقاً ، وبعضهم قال : إن كان عهده عن قُرب
غير متغير ، فهو النجس . وإن لم يمهده أصلاً ، أو طال عهده ، فهو طاهر ، لاحتمال
التغير بطول المكث .

واعلم أن الإمام الرافعي اختصر هذا الباب جداً ، وترك أكثر مسأله .
وأنا إن شاء الله أشير إلى معظم ما تركه .

قال أصحابنا : يجوز الاجتهاد في المشتبهين من الطمأمين ، والدهنين ،
ونحوهما ، في الجنس ، والجنسين ، كلبن وخل تنجس أحدهما ، وثوب وتراب ،
وطعام وماء ، ولنا وجه منكر أنه لا يجوز في الجنسين . حكاه الشيخ أبو حامد
وغلظه ، ولو اشتبه لبنان ومعه ثالث متيقن الطهارة ، إن لم يكن مضطراً إلى
شربه ، جاز الاجتهاد فيها ، وإن اضطر ، فعلى الوجين في المائين ومعه ثالث .
ولو أخبره بنجاسة أحد المشتبهين بعينه من يقبل خبره ، عمل به ، ولم يحز
الاجتهاد ، فإن كان معه إناءان ، فقال عدل : ولغ الكلب في هذا دون ذاك ،
وقال آخر ، : في ذاك دون هذا ، حكم بنجاستها ، لاحتمال الولوج في وقتين ، فإن
عيئنا وقتاً بعينه ، عمل بقول أوثقها عنده على المختار الذي قطع به إمام الحرمين . فإن
استويا ، فالذهب أنه يسقط خبرهما ، وتجوز الطهارة بهما ، وفيه طرق للأصحاب ،

وتفريعات طويلة أوضحتها في شرحي «المهذب» و«التنبيه»^(١) ولوقال عدل: ولغ في هذا الإناء ، هذا الكلب في وقت كذا ، فقال آخر : كان هذا الكلب في ذلك الوقت ببلد آخر ، فالأصح طهارة الإناء ، للتعارض ، والثاني : النجاسة لاشتباه الكلاب . ولو أدخل الكلب رأسه في الإناء ، وأخرجه ولم يعلم ولوغره ، فإن كان فيه يابساً ، فلما على طهارته ، وإن كان رطباً ، فالأصح : الطهارة للأصل . والثاني : النجاسة ، لظاهر . وإذا توضأ بالظنون طهارته ، ثم يثق أنه كان نجساً ، أو أخبره عدل ، لزمه إعادة الصلاة ، وغسل ما أصابه الماء من بدنه وثوبه . ويكفيه الغسلة الواحدة عن النجاسة والحدث جميعاً إذا نوى الحدث ، على أصح الوجهين عند العراقيين ، وهو المختار ، خلاف ما جزم به الرافعي وجماعة من الخراسانيين : أنه لا بد من غسلتين . ولنا قول شاذ في « الوسيط »^(٢) وغيره : أنه لا تجب إعادة هذه الصلاة ، كتنظيره من القبلة . ولو توضأ بأحد المشتبهين من غير اجتهاد ، وصلى ، وقلنا بالصحيح : أنه لا يجوز ، فإن أن الذي توضأ به هو الطاهر ، لم تصح صلاته قطعاً ، ولا وضوءه على الأصح ، لتلاعبه ، وكنظيره في القبلة والوقت . ولو اشتبه الإناء على رجلين ، فظن كل واحد طهارة إناؤه باجتهاده ، لم يقصد أحدهما بالآخر . فلو كانت الآنية ثلاثة ، نجس ، وطاهران ، فاجتهد فيها ثلاثة رجال ، وتوضأ كل باناء ، وأمها واحد في الصباح ، وآخر في الظهر ، وآخر في العصر ، فثلاثة أوجه .

(١) « المهذب » في الفروع ، هو للشئخ أبي إسحاق الشيرازي الفقيه الشافعي المتوفى سنة ٧٦ هـ ، وهو كتاب جليل القدر ، له شروح كثيرة ، منها « المجموع » للامام النووي ، وهو المقصود بـ « شرح المهذب » . و« التنبيه » في فروع الشافعية للشيرازي أيضاً ، وهو أحد الكتب الخمس المشهورة المتداولة بين الشافعية وأكثرها تداولاً ، وقد شرحه أيضاً الامام النووي .

(٢) « الوسيط » في الفروع ، للامام أبي حامد الغزالي الشافعي المتوفى سنة ٥٠٥ هـ . وهو ملخص من « بسيطه » مع زيادات ، وهو أحد الكتب الخمسة المتداولة بين الشافعية ، وقد شرحه تلميذه محي الدين محمد بن يحيى النيسابوري وسماه « المحيط » .

الصحيح الأشهر : قول ابن الحداد (١) : يصح لكل واحدٍ التي أم فيها .
والاقتداء الأول ، ويتعين الثاني للبطلان . والثاني : قول ابن القاص (٢) :
لا يصح له إلا التي أم فيها . والثالث : قول أبي إسحاق المروزي (٣) :
تصح التي أم فيها ، والاقتداء الأول إن اقتصر عليه . فإن اقتدى ثانياً ، بطلا جميعاً .
وإن زادت الآنية والمجهدون ، أو سمع من الرجال صوت حدث ، فتناكروه ،
فحكم كله خارج على ما ذكرته ، وقد أوضحت كل هذا بأمثلته وأدلته في شرحي
« المذهب » و « التنبيه » .

وقد ذكر الرافعي رحمه الله المسألة في باب « صفة الأئمة » وهذا الموضع
أنسب . ولو وجد قطعة لحم ملقاةً ، فإن كان في البلد مجوس ومسلمون ، فنجسة ،
فإن تمحض المسلمون ، فإن كانت في خرقه ، أو مِكْتَل ، فطاهرة ، وإن كانت
ملقاة مكشوفة ، فنجسة . ولو اشتبهت ميتة بمذكيات بلد ، أو إناء بول بأواني بلد ،
فله أخذ بعضها بالاجتهاد بلا خلاف ، وإلى أي حدٍ ينتهي ؟ فيه وجهان مذكوران في
« البحر » أصحهما إلى أن يبقى واحد . والثاني : إلى أن يبقى قدر لو كان
الاختلاط به ابتداءً ، منع الجواز . ولو كان له دننٌ فيها مائع ، فاغترف منها في
إناء ، فرأى فيه فأرة لا يدرى من أيها هي ، تحرّى ، فإن ظهر له أنها من أحدهما
بعمينه ، فإن كان اغترف بمغرفتين ، فالآخر طاهر ، وإن كان بمغرفة ، فإن ظهر
بالاجتهاد أن الفارة في الثاني ، فالأول على طهارته ، وإلا ، فهي نجسان . وقد
أكثر الزيادة في هذا الباب لميسس الحاجة إليها ، فبقيت منه بقايا حذفها كراهة
كثرة الإطالة . والله أعلم

(١) هو محمد بن أحمد بن جعفر الكناني (٢٦٤ - ٣٤٤ هـ) قاص ، من فقهاء الشافعية ، من أهل
مصر ، ولي فيها القضاء والتدريس . له : « الفروع » في الفقه الشافعي .

(٢) هو أحمد بن أحمد الطبري ، أبو العباس ابن القاص (٣٣٥ - ٤٠٠ هـ) شيخ الشافعية في طبرستان ،
تفقه به أهلها ، وسكن بغداد ، وتوفي مرابطاً في طرسوس . من مؤلفاته « المفتاح » في فروع الشافعية .

(٣) هو إبراهيم بن أحمد المروزي أبو إسحاق (٣٤٠ - ٤٠٠ هـ) فقيه ، انتبهت إليه رئاسة الشافعية في
العراق بعد ابن سريج ، مولده بمر في خراسان ، وتوفي في مصر ، من مؤلفاته شرح « مختصر المزني » وغيره .

باب

الأواني

هي ثلاثة أقسام .

الأول : المتخذ من جلد ، والجلد يحكم بطهارته في حالين . أحدهما : إذا ذكي مأكول اللحم ، فجلده باقٍ على طهارته كلحمه ، ولو ذكي غير مأكول ، فجلده نجس كلحمه .

قلت : ولو ذبح حماراً زمنًا ، أو غيره مما لا يؤكل ، للتوصل إلى دبح جلده ، لم يجز عندنا . والله أعلم

والثاني : أن يدبغ جلد الميتة ، فيطهر بالدباغ من مأكول اللحم وغيره ، إلا جلد كلب ، أو خنزير ، وفرعها ، فإنه لا يطهر قطعاً ، وإذا قلنا بالقديم : إن الآدمي ينجس بالموت ، طهر جلده بالدباغ على الأصح ، ولنا وجه شاذ منكر في « التتمة » أن جلد الميتة لا ينجس ، وإنما أمر بالدبغ لإزالة الزهومة^(١) ، ثم قال الأصحاب : يعتبر في الدباغ ثلاثة أشياء : نزع الفضول ، وتطيب الجلد ، وصيرورته بحيث لو وقع في الماء ، لم يمتد الفساد والتفنن .

ومن الأصحاب من يقتصر على نزع الفضول ، لاستزاه الطيب والصيرورة . قالوا : ويكون الدباغ بالأشياء الحريفة^(٢) ، كالشب ، والقرظ ، وقشور الرمان ، والمفص . وفي وجه : لا يحصل إلا بشب أو قرظ ، وهو غلط ، ويحصل بمتنجس ، وبنجس العين ، كذرق حمام على الأصح فيها ، ولا يكفي التجميد بالتراب ، أو

(١) الزهومة ، والزهة ، بضم الزاي فيها : ريح لحم سمين متفنن .

(٢) الحريف : ذو الحرافة ، وهو ما يلدع اللسان .

الشمس على الصحيح . ولا يجب استعمال الماء في أثناء الدباغ على الأصح ، ويجب الغسل بدمه إن دبح بنجس قطعاً ، وكذا إن دبح بطاهر على الأصح ، فعلى هذا إذا لم يغسله ، يكون طاهر المين ، كثوب نجس ، بخلاف ما إذا أوجبنا الماء في أثناء الدباغ فلم يستعمله ، فإنه يكون نجس المين ، وهل يطهر بمجرد نقعه في الماء ، أم لا بدءاً من استعمال الأدرية ثانياً ؟ وجهان .

قلت : أصحها الثاني . وبه قطع الشيخ أبو محمد ، والآخر : احتمال لإمام الحرمين ، والمراد نقعه في ماء كثير . والله أعلم

وإذا أوجبنا الغسل بعد الدباغ ، اشترط سلامته من التغير بأدوية الدباغ ، ولا يشترط ذلك إذا أوجبنا استعمال الماء في أثناء الدباغ .

فرع

يطهر بالدباغ ظاهر الجلد قطعاً ، وباطنه على المشهور الجديد . فيجوز بيعه ، ويستعمل في المائعات ، ويصلى فيه . ومنع القديم : طهارة الباطن ، والصلاة ، والبيع ، واستعماله في المائع .

قلت : أنكر جماهير المراقين ، وكثيرون من الخراسانيين هذا القديم ، وقطعوا بطهارة الباطن ، وما يترتب عليه . وهذا هو الصواب . والله أعلم

ويجوز أكل المذبوغ على الجديد ، إن كان مأكول اللحم ، وإلا ، فلا ، على المذهب .

قلت : الأظهر عند الأكثرين ؛ تحريم أكل جلد المأكول ، وقد بقي من هذا القسم مسائل منها : الدباغ بالملح .

نص الشافعي رحمه الله : أنه لا يحصل ، وبه قطع أبو علي الطبري^(١) ، وصاحب « الشامل »^(٢) وقطع إمام الحرمين بالحصول ، ولا يفقر الدباغ إلى فعل . فلو ألفت الريح الجلد في مدبغة ، فاندبغ ، طهر ، ويجوز استعمال جلد الميتة قبل الدباغ في اليابسات ، لكن يكره ، ويجوز هبته ، كما تجوز الوصية به . وإذا قلنا : لا يجوز بيعه بعد الدباغ ، ففي إجارته وجهان . الصحيح : المنع . والله أعلم

القسم الثاني : الشعر والعظم ؛ أما الشعر ، والصوف ، والوبر ، والريش ، فينجس بالموت على الأظهر ، وكذا العظم على المذهب ، وقيل : كالشعر . فإن نجسنا الشعر ، ففي شعر الآدمي قولان . أو وجهان . بناء على نجاسته بالموت . والأصح أنه لا ينجس شعره بالموت ، ولا بالإبانة . فإن نجسنا ، عفي عن شجرة وشعرتين . فإن كثرت ، لم يعف .

قلت : قال أصحابنا : يعفى عن اليسير من الشعر النجس في الماء ، والثوب الذي يصلى فيه ، وضبط اليسير : العرف . وقال إمام الحرمين : لعل القليل ما يغلب انتنافه مع اعتدال الحال . واختلف أصحابنا في هذا المفهوم ، هل يختص بشعر الآدمي ، أم يعم الجميع ؟ والأصح : التعميم . والله أعلم

وإذا نجسنا شعر الآدمي ، فالصحيح : طهارة شعر رسول الله ﷺ . وإذا نجسنا شعر غير الآدمي ، فدبغ الجلد وعليه شعر ، لم يطهر الشعر على الأظهر ، وإذا لم تنجس الشعور ، ففي شعر الكلب والخنزير وفرعها وجهان . الصحيح : النجاسة . سواء انفصل في حياته أو بعد موته . وأما الإناء من العظم ، فإن كان طاهراً ،

(١) هو الحسين بن القاسم ، أبو علي الطبري (. . . - ٣٥٠ هـ) فقيه شافعي ، قال ابن كثير :

أحد الأئمة المحررين في الخلاف ، وأول من صنف فيه ، من كتبه « الإيضاح » في فقه الشافعية .

(٢) « الشامل » في فروع الشافعية ، لأبي نصر عبد السيد بن محمد المعروف بابن الصباغ الشافعي

المتوفى سنة ٤٧٧ هـ . وهو من أجود كتب الشافعية ، وأصحها نقلاً .

جاز استعماله ، وإلا فلا . وطهارته لا تحصل إلا بالذكاة في مأكول اللحم ، إلا إذا قلنا « بالضعيف » : إن عظام الميتة طاهرة .

قلت : قال أصحابنا : ويجوز استعمال الإناء من المظلم النجس في الأشياء اليابسة ، لكن يكره ، كما قلنا في جلد الميتة قبل الدباغ ، ويجوز إيقاد عظام الميتة . ولو رأى شعراً لم يعلم طهارته ، فإن علم أنه من مأكول اللحم ، فظاهر ، أو من غيره ، فنجس . أو لم يعلم ، فوجهان . أصحابنا : الطهارة ، ولو باع جلد ميتة بعد دباغه وعليه شعر ، وقلنا : يجوز بيع الجلد ، ولا يطهر الشعر بالدباغ ، فإن قال : بعتك الجلد دون شعره ؛ صح ، ولو قال : الجلد مع شعره ، ففي صحة بيع الجلد القولان في تفريق الصفقة . وإن قال : بعتك هذا وأطلق ، صح . وقيل : وجهان . والله أعلم

القسم الثالث : إناء الذهب والفضة ؛ يكره استعماله كراهة تنزيه في « القديم » وكراهة تحريم في « الجديد » وهو المشهور ، وقطع به جماعة . وعليه التفرع ، ويستوي في التحريم الرجال والنساء ، وسواء استعماله في الأكل ، والشرب ، والوضوء ، والأكل بملعة الفضة ، والتطيب بماء الورد من قارورة الفضة ، والتجمر بمجمرة الفضة إذا احتوى عليها . ولا حرج في إتيان الرائحة من بعد ، ويحرم اتخاذ الإناء من غير استعمال على الأصح ، فلا يستحق صانعه أجره ؛ ولا أرض على كاسره . وعلى الثاني : لا يحرم ، فتجب الأجرة والأرض ، ويحرم تزين الحوانيت والبيوت والمجالس بها على الصحيح . ويحرم الإناء الصغير ، كالـكحلة ، وظرف الغالية من الفضة على الصحيح ، ولا يحرم الأواني من الجواهر النفيسة ، كالفيروزج ، والياقوت ، والزبرجد ، ونحوها على الأظهر . ولا خلاف أنه : لا يحرم ما نفاسته لصنعتة ، ولا يكره لو اتخذ إناءً من حديد ، أو غيره ، وموهته بذهب ، أو فضة ، إن كان يحصل منه شيء بالمرض على النار ، حرم استعماله ، وإلا ؛

فوجهان . ولو اتخذ من ذهب ، أو فضة ، وموهه بنحاس أو غيره ، فعلى الوجهين .
ولو غشي ظاهره وباطنه بالنحاس ، فطريقان .
قال إمام الحرمين : لا يحرم . وقال غيره : على الوجهين .
قلت : الأصح من الوجهين : لا يحرم . والله أعلم

فرع

المضيب بالفضة ، فيه أوجه .

أحدها : إن كانت الضبة صغيرة وعلى قدر الحاجة ، لا يحرم استعماله ، ولا يكره . وإن كانت كبيرة فوق الحاجة ؛ حرم . وإن كانت صغيرة فوق الحاجة أو كبيرة قدر الحاجة ، فوجهان . الأصح : يكره . والثاني : يحرم . والوجه الثاني : إن كانت الضبة تلتقى فم الشارب ؛ حرم ، وإلا ؛ فلا . والثالث : يكره ، ولا يحرم بحال . والرابع : يحرم في جميع الأحوال .

قلت : أصح الأوجه وأشهرها ، الأول ، وبه قطع أكثر المراقبين . والله أعلم

ومعنى الحاجة : غرض إصلاح موضع الكسر ، ولا يعتبر العجز عن التضييب بغير الفضة ، فإن الاضطرار يبيح استعمال أصل إناء الذهب والفضة ، وفي ضبط الصغر والكبر أوجه .

أحدها : يرجع فيه إلى العرف . والثاني : ما يلع على بُعد كبير ، ومالا ؛ فصغير . والثالث : ما استوعب جزءاً من الإناء ، كأسفله ، أو عروته ، أو شفته ، كبير ، ومالا ؛ فصغير .

قلت : الثالث : أشهر . والأول : أصح . والله أعلم

وأما المضرب بذهب ؛ فقطع الشيخ أبو إسحاق^(١) بتحريمه بكل حال .
وقال الجمهور : هو كالفضة .

قلت : قد قطع بتحريم المضرب بالذهب - بكل حال - جماعات غير الشيخ
أبي إسحاق ، منهم صاحب « الحاوي » وأبو العباس الجرجاني^(٢) والشيخ أبو الفتح
نصر المقدسي^(٣) والعبدري ونقله صاحب « التهذيب » عن المراقين مطلقاً . وهذا
هو الصحيح . والله أعلم

وهل يسوى بين الذهب والفضة في الصغر والكبر ؟ قياس الباب : نعم .
وعن الشيخ أبي محمد : لا ، فإن قليل الذهب ؛ ككثير الفضة ، فيقوم
ضبة الفضة المباحة ، ويباح قدرها من الذهب ؛ ولو اتخذ للإناء حلقة فضة ، أو
سلسلة ، أو رأساً . قال في « التهذيب » : يجوز ، وفيه نظر واحتمال .
قلت : قد وافق صاحب « التهذيب » جماعة ، ولا نعلم فيه خلافاً . قال
أصحابنا : لو شرب بكفيه وفي أصبعه خاتم ، أو في فمه دراهم ، أو في الإناء
الذي شرب منه ، لم يكره . ولو أثبت الدرهم في الإناء بالمسامير ، فهو كالضبة .
وقطع القاضي حسين^(٤) بجوازه . ولو باع إناء الذهب أو الفضة ، صح بيعه . ولو توضأ
منه ، صح وضوءه ، وعصى بالفعل . ولو أكل ، أو شرب ، عصى بالفعل ، وكان
الطعام والشراب حلالاً . وطريقه في اجتناب المعصية ، أن يصب الطعام وغيره في
إناء آخر ، ويستعمل المصبوب فيه . والله أعلم

(١) تقدمت ترجمته صفحة ٢٠

(٢) هو أحمد بن محمد بن أحمد أبو العباس الجرجاني (٤٨٢ - ٥٠٠ هـ) قاضي البصرة ، وشيخ
الشافعية بها في عصره .

(٣) هو نصر بن إبراهيم النابلسي المقدسي ، أبو الفتح (٣٧٧ - ٤٩٠ هـ) شيخ الشافعية في عصره
بالشام ، أصله من نابلس .

(٤) تقدمت ترجمته صفحة ١٨

باب

صفة الوضوء

له فروض وسنن . فالفروض ستة .

الأول : النية : وهي فرض في طهارات الأحداث ، ولا تجب في إزالة النجاسة على الصحيح . ولا يصح وضوء كافر أصلي ، ولا غسله على الصحيح ، ويصحان على وجه . ويصح الغسل دون الوضوء على وجه ، فيصلي به إذا أسلم . والكتاية المغتسلة من الحيض لحل وطئها لزوج مسلم ، كفرها على الصحيح ، ولا يصح طهارة المرتد بلا خلاف . ولو توطأ مسلم أو تيمم ، ثم ارتد ، فثلاثة أوجه . الصحيح : يبطل تيممه دون الوضوء . والثاني : يبطلان . والثالث : لا يبطلان . ولا يبطل الغسل بالردة ، وقيل : هو كالوضوء ، وليس بشيء . أما وقت النية : فلا يجوز أن يتأخر عن غسل أول جزء من الوجه . فإن قارنت الجزء المذكور ولم يتقدم ولم تبق بعده ، صح وضوؤه ؛ لكن لا يثاب على سنن الوضوء المتقدمة .

قلت : وفي « الحاوي » وجه أنه يثاب عليها . والله أعلم

وإن تقدمت النية من أول الوضوء واستصحابها إلى غسل جزء من الوجه ، صح ، وحصل ثواب السنن ، وإن اقترنت بسنة من سننه المتقدمة ، وهي التسمية ، والسواك ، وغسل الكف ، والمضمضة ، والاستنشاق ، ثم عزبت قبل الوجه فثلاثة أوجه . أصحها : لا يصح وضوؤه . والثاني : يصح . والثالث : يصح إن اقترنت بالمضمضة أو الاستنشاق دون ما قبلها . ولنا وجه ضعيف أن ما قبلها ليس من سنن الوضوء ، بل مندوبة في أوله ، لا منه . والصواب أنها من سننه .

قلت : هذا هو المذكور في المضمضة والاستنشاق ، هو فيما إذا لم يتفصل معها شيء من الوجه ، فإن انفصل بنية الوجه ، أجزأه ولا يضر الغروب بعده . وإن

لم ينو بالمفسول الوجه ، أجزأه أيضاً على الصحيح ، وقول الجمهور ، فعلى هذا يحتاج إلى إعادة غسل ذلك الجزء مع الوجه ، على الأصح . والله أعلم

أما كيفية النية ؛ فالوضوء ضربان : وضوء رفاهية ؛ ووضوء ضرورة . أما الأول : فينوي أحد ثلاثه أمور . أحدها : رفع الحدث ، أو الطهارة عن الحدث . ويمجزئه ذلك . وفيه وجه : أنه إن كان ماسح خف ، لم يمجزئه نية رفع الحدث ، بل تتمين نية الاستبابة ، ولو نوى رفع بعض الأحداث ، فأوجه . أصحها : يصح وضوؤه مطلقاً . والثاني : لا . والثالث : إن لم ينف ماعده صح ، وإلا ؛ فلا ، والرابع : إن نوى رفع الأول ، صح ، وإلا ؛ فلا . والخامس : إن نوى الأخير ، صح ، وإلا ، فلا . هذا إذا كان الحدث المنوي واقعاً منه . فان لم يكن ، بأن بال ولم ينم ، فنوى حدث النوم ، فان كان غاطلاً ، صح وضوؤه قطعاً . وإن تعمد ، لم يصح على الأصح . الأمر الثاني : استبابة الصلاة ، أو غيرها مما لا تباح إلا بالطهارة ، كالطواف ، وسجود التلاوة ، والشكر . فإذا نوى أحدها ، ارتفع حدثه ، ولنا وجه : أنه لا يصح الوضوء بنية الاستبابة ، وهو غلط . وإن نوى استبابة صلاة بعينها ، ولم ينف غيرها ، صح الوضوء لها ولغيرها . وإن نفى أيضاً ، صح ، على الأصح . ولا يصح في الثاني ، ويصح في الثالث ، لما نوى فقط ، ولو نوى ما يستحب له الوضوء ، كقراءة القرآن ، والجلوس في المسجد ، وسماع الحديث وروايته ، لم يصح على الأصح . ولو نوى تجديد الوضوء . فعلى الوجهين . وقيل : لا يصح قطعاً . ولو شك في الحدث فتوضأ محتطاً فتيقن الحدث ، لم يعتد به على الأصح ، لأنه توضأ متردداً وقد زالت الضرورة بالتيقن . ولو تيقن الحدث ، وشك في الطهارة فتوضأ ، ثم بان محدثاً ، أجزأه قطعاً ، لأن الأصل بقاء الحدث فلا يضر التردد معه . ولو نوى ما لا يستحب له الوضوء ، كدخول السوق ، لم يصح . الأمر الثالث : فرض الوضوء ، أو أداء الوضوء ، وذلك كافٍ قطعاً وإن كان الناي صيباً .

فرع

إذا نوى أحد الأمور الثلاثة ، وقصد ما يحصل معه بلا قصد ، بأن نوى رفع الحدث والتبرؤ ، أو رفع الجنابة والتبرؤ ، فالصحيح : صحة طهارته . ولو اغتسل جنب يوم الجمعة بنية الجمعة والجنابة ، حصل على الصحيح . ولو اقتصر على نية الجنابة ، حصلت الجمعة أيضاً في الأظهر .

قلت : الأظهر عند الأكثرين : لا تحصل . والله أعلم

ولو نوى بصلاته الفرض ، وتحية المسجد ، حصل قطعاً ، ولو نوى رفع الحدث ، ثم نوى في أثناء طهارته التبرؤ . فإن كان ذاكر النية ، رفع الحدث ، فهو كمن نواها ابتداءً ، فيصح على الصحيح . وإن كان غافلاً ، لم يصح ما أتى به بعد ذلك على الصحيح .

أما وضوء الضرورة ؛ فهو وضوء المستحاضة ، وسلس البول ونحوها ممن به حدث دائم ، والأفضل : أن ينوي رفع الحدث واستباحة الصلاة . وفي الواجب أوجه . الصحيح : أنه يجب نية الاستباحة دون رفع الحدث . والثاني : يجب الجمع بينهما . والثالث : يجوز الاقتصار على أيهما شاءت . ثم إن نوت فريضة واحدة ، صح قطعاً ، لأنه مقتضى طهارتها . وإن نوت نافلة معينة ونفت غيرها ، فعلى الأوجه الثلاثة المتقدمة في غيرها .

فرع

لو كان يتوضأ ثلاثاً ، فني لمة في المرة الأولى ، فانفسلت في الثانية أو الثالثة ، وهو يقصد التنفل ، أو انفسلت في تجديد الوضوء ، فوجهان . الأصح : في الصورة الأولى يجزئه ، وفي مسألة التجديد لا يجزئه .

قلت : ولو نسي اللمعة في وضوئه أو غسله ، ثم نسي أنه توضأ ، أو اغتسل ، فأعاد الوضوء أو الغسل بنية الحدث ، أجزأه ، وتكمل طهارته بلا خلاف .
والله أعلم

ولو فرق النية على أعضائه ، فنوى عند الوجه رفع الحدث عنه ، وعند اليد والرأس والرجل كذلك ، صح وضوؤه على الأصح . والخلاف في مطلق التفريق على الصحيح المعروف . وقيل : هو فيمن نوى رفع الحدث عن كل عضو ، ونفى غيره ، دون من اقتصر عليه ، وإذا قلنا في مسألة اللمعة : لا يعتد بالغسل في الثانية ، فهل يبطل ماضى ، أم يبني عليه ؟ فيه وجهان تفريق النية ، إن جوزنا التفريق ، جاز البناء ، وإلا ؛ فلا . ولا يشترط إضافة الوضوء إلى الله تعالى على الأصح .

قلت : قال أصحابنا : يُستحب أن ينوي بقلبه ، ويتلفظ بلسانه ، كما سيأتي في سنن الوضوء . فإن اقتصر على القلب ، أجزأه ، أو اللسان ، فلا . وإن جرى على لسانه حدث ، أو تبرد ، وفي قلبه خلافه ، فلا اعتبار بالقلب ، ولو نوى الطهارة ولم يقل : عن الحدث ، لم يجزئه على الصحيح المنصوص . ولو نوت المغتسلة عن الحيض تمكين زوج من وطئها ، فأوجه . الأصح : تستبيح الوطء والصلاة وكل شيء يقف على الغسل . والثاني : لا تستبيح شيئاً . والثالث : تستبيح الوطء وحده . ولو نوى أن يصلي بوضوئه صلاة ، وأن لا يصلها ، لم يصح ، لئلا يعبه وتناقضه . ولو أتى إنسان في نهر مكرهاً فنوى فيه رفع الحدث ، صح وضوؤه . ولو غسل المتوضئ أعضاءه إلا رجليه ، ثم سقط في نهر فأنفسلنا وهو ذاكر النية ، صح ، وإلا ، لم يحصل غسل رجليه على الأصح . ولو أحرم بالصلاة ، ونوى الصلاة ودفع غريمه ، صحت صلاته . قاله في « الشامل » ولو نوى قطع الوضوء بعد الفراغ منه ، لم يبطل على الصحيح . وكذا في أثنائه على الأصح . ويستأنف النية لما بقي إن جوزنا تفريقها ، وإلا استأنف الوضوء . والله أعلم

الفرض الثاني : غسل الوجه ، ويجب استيمابه بالفسل وحده ، من مبدأ تسطیح الجبهة إلى منتهى الذقن طولاً ، ومن الأذن إلى الأذن عرضاً ، وتدخل الفاتتان في حد الطول ، ولا تدخلان في العرض ، فليست الزعتان من الوجه ، وهما : البياضان المكتنفان للناسية أعلى الجبين ، ولا موضع الصلّع ، وهو : ما انحسر عنه الشعر فوق ابتداء التسطیح . وأما الصدغان وهما : في جانبي الأذن يتصلان بالعذارين من فوق ، فالأصح : أنها ليسا من الوجه . ولو نزل الشعر فعمّ الجبهة أو بعضها ، وجب غسل ما دخل في الحد المذكور ، وفي وجه ضعيف : أنه لا يجب إلا إذا عمها . وموضع التحذيف : من الرأس ، لا من الوجه على الأصح . وهو الذي ينبت عليه الشعر الخفيف بين ابتداء العذار والزعة . وأما شعور الوجه ، قسمان : حاصلة في حد الوجه ، وخارجة عنه . والحاصلة نادرة الكثافة وغيرها . فالنادرة : كالحاجين ، والأهداب ، والشارين ، والعذارين ، وهما : المحاذيان للأذنين بين الصدغ والعارض ، فيجب غسل ظاهر هذه الشعور وباطنها مع البشرة تحتها وإن كثفت . ولنا وجه شاذ : أنه لا يجب غسل منبت كثيفها ، وغير النادرة ؛ شعر الذقن والعارضين ، وهما : الشعران المنحطان عن محاذاة الأذنين . فان كان خفيفاً ، وجب غسل ظاهره وباطنه مع البشرة ، وإن كان كثيفاً ، وجب غسل ظاهر الشعر فقط ، وحكي قول قديم ، وقيل وجه : إنه يجب غسل البشرة أيضاً ، وليس بشيء . ولو خف بعضه وكثف بعضه ، فالأصح أن للخفيف حكم الخفيف المتمحض ، وللكثيف حكم الكثيف المتمحض . والثاني : للجميع حكم الخفيف .

وأما ضبط الخفيف والكثيف ، فالصحيح الذي عليه الأكثرون ، وهو ظاهر النص ، أن الخفيف : ما تراءى البشرة تحته في مجلس التخاطب . والكثيف : ما يمنع الرؤية . والثاني : أن الخفيف : ما يصل الماء إلى منبته من غير مبالغة . والكثيف :

ما لا يصله إلا بمبالغة ، ويلحق بالنادر في حكمه المذكور ؛ لحيّة امرأة ، وخشّي
مشكل ، وكذا عنقّة الرجل الكثيفة على الأصح . وعلى الثاني : هي كشعر الذقن .
القسم الثاني : الخارجة عن حد الوجه من اللحية ، والعارض ، والعذار ،
والسبال طولاً وعرضاً ، والأظفر وجوب إفاضة الماء عليها ، وهو غسل ظاهرها .
والثاني : لا يجب شيء . وقيل : يجب غسل الوجه الباطن من الطبقة العليا ،
وقيل : يجب غسل السبال قطعاً . والمذهب الأول .

قلت : قال أصحابنا : يجب غسل جزء من رأسه ، ورقبته ، وما تحت ذقنه
مع الوجه ، ليتحقق استيعابه . ولو قطع أنفه ، أو شفته ، لزمه غسل ما ظهر
بالقطع في الوضوء ، والغسل على الأصح . ولو خرج من وجهه سِلعة^(١) ونزلت عن
حد الوجه ، لزمه غسل جميعها على المذهب . وقيل : في النازل قولان . ويجب
غسل ما ظهر من حمرة الشفتين ، ويستحب غسل التزعتين . ولو خلق له وجهان ،
وجب غسلها ، ويستحب أن يأخذ الماء بيديه جميعاً . والله أعلم

الفرض الثالث : غسل اليدين مع المرفقين ، فإن قطع من فوق المرفق ، فلا
فرض عليه ، ويستحب غسل باقي العضد ، لئلا ينحلو العضو من طهارة . وإن قطع من
تحت المرفق ، وجب غسل باقي محل الفرض . وإن قطع من مفصل المرفق ، وجب
غسل رأس العظم الباقي على المذهب ، وقيل : فيه قولان . ولو كان له يداً من
جانب ، فتارة تميز الزائدة عن الأصلية ، وتارة لا . فإن تميزت وخرجت من
محل الفرض ، إماماً من الساعد ، وإماماً من المرفق ، وجب غسلها مع الأصلية ، كالإصبع
الزائدة ، والسِّلعة ، سواء جاوز طولها الأصلية ، أم لا . وإن خرجت من فوق محل
الفرض ولم تحاذ محل الفرض ، لم يجب غسل شيء منها . وإن حاذته ، وجب
غسل المحاذي وحده على الصحيح المنصوص . وإن لم تميز ، وجب غسلها معاً .

(١) السِّلعة : غدة تظهر بين الجلد واللحم ، إذا غمزت باليد نحركت .

سواء خرجت من المنكب ، أو الكوع ، أو الذراع . ومن أمارات الزائدة ، أن تكون فاحشة القصر ، والأخرى معتدلة . ومنها نقص الأصابع ، ومنها فقد البطش وضعفه .

قلت : ولو طالت أظفاره وخرجت عن رؤوس الأصابع ، وجب غسل الخارج على المذهب . وقيل : قولان ؛ كالشعر النازل من اللحية . ولو نبت على ذراعه ، أو رجله ، شعر كثيف ، وجب غسل ظاهره وباطنه مع البشرة تحته ، لندوره . ولو توضع ، ثم قطعت يده ، أو رجله ، أو حلق رأسه ، لم يلزمه تطهير ما انكشف . فان توضع ، لزمه غسل مظهره . وإن حصل في يده ثقب ، لزمه غسل باطنه ، لأنه صار ظاهراً . وإن لم يقدر الأقطع والمريض على الوضوء ، لزمه تحصيل من يوضئه ، إما متبرعاً ، وإما بأجرة المثل إذا وجدها . فان لم يجد من يوضئه ، أو وجده ولم يجد الأجرة ، أو وجدها فطلب أكثر من أجرة المثل ، لزمه أن يصلي بالتيمم ، ويعيد ، لندوره . فان لم يقدر على التيمم ، صلى على حاله وأعاد .

والله اعلم

الفرض الرابع : مسح الرأس ، والواجب منه : ما ينطلق عليه الاسم ، ولو بعض شمرة ، أو قدره من البشرة . وفي وجه شاذ : يشترط ثلاث شعرات . وعلى هذا الشاذ : لا يشترط قدرها من البشرة إذا اقتصر عليها . وقيل : يشترط . وحيث اقتصر على البشرة يجوز ، وإن كانت مستورة بالشَّعْر على الصحيح . وشرط الشعر المسحوق ، أن لا يخرج عن حد الرأس لو مُدَّ ، سبطاً كان أو جمداً ، ولا يضر مجاوزته منبته على الصحيح . ولو غسل رأسه بدل مسحه ، أو ألقى عليه قطرة ولم تسل عليه ، أو وضع يده التي عليها الماء ، على رأسه ولم يمرّها ، أجزأه على الصحيح . ولا يستحب غسل الرأس قطعاً ، ولا يكره على الأصح ، بخلاف الخف ، فان غسله تميم .

قلت : ولا تتمين اليد للمسح ، بل يجوز بأصبع ، أو خشبة ، أو خرقة ، أو غيرها . ويجزئه مسح غيره له . والمرأة كالرجل في المسح . ولو كان له رأسان ، أجزأه مسح أحدهما . وقيل : يجب مسح جزء من كل رأس . والله أعلم

الفرض الخامس : غسل الرجلين مع الكمين . وهما المظان الناتان عند مفصل الساق والقدم . وحكي وجه : أنه الذي فوق مشط القدم .

قلت : هذا الوجه شاذ منكر ، بل غلط . والله أعلم

وحكم الرجل الزائدة ما سبق في اليد .

ومراد الأصحاب بقولهم : غسل الرجلين فرض ، إذا لم يمسح على الخُف ، أو أن الأصل الغسل والمسح بدل .

فرع

من اجتمع عليه حدثان : أصفر . وأكبر . فيه أوجه . الصحيح : يكفيه غسل جميع البدن بنية الغسل وحده ، ولا ترتيب عليه . والثاني : يجب نية الحدثين إن اقتصر على الغسل . والثالث : يجب وضوء مرتب ، وغسل جميع البدن . فإن شاء قدم الوضوء ، وإن شاء أخره . والرابع : يجب وضوء مرتب ، وغسل باقي البدن . هذا كله إذا وقع الحدثان معاً ، أو سبق الأصفر ؛ وإما إذا سبق الأكبر ، فطريقان . أصحها : طرد الخلاف . والثاني : القَطْع بالاكْتِفَاء بالغسل . ولو غسل جميع بدنه إلا رجليه ، ثم أحدث ، فإن قلنا بالوجه الثالث ، وجب وضوء كامل للحدث ، وغسل الرجلين للجنابة ، يقدم أيها شاء ، فتكون الرجل مفسولة مرتين . وإن قلنا بالرابع ، وجب غسل الرجلين بعد أعضاء

الوضوء ، ويكون غسلهما واقفاً عن الحدث والجنابة جميعاً . وإن قلنا بالصحيح الأول ، فمليه غسل الرجلين عن الجنابة ، وغسل سائر أعضاء الوضوء عن الحدث ، فإن شاء قدّم الرجلين ، وإن شاء أخرهما ، أو وسطهما . وعلى هذا يكون المأتي به وضوءاً خالياً عن غسل الرجلين ، فانهما يفسلان عن الجنابة خاصة ، ولا يختص هذا بالرجلين ، بل لو غسل الجنب من بدنه ما سوى الرأس والرجلين ، أو اليدين والرأس والرجلين ، كان حكمه ما ذكرنا .

قلت : الصحيح في الصورة المذكورة ، أنه يجب الترتيب في أعضاء الوضوء الثلاثة . وهو غير في الرجلين ، كما ذكرنا . وقيل : هو غير في الجميع ، وقيل : يجب الترتيب في الجميع ، فيجب غسل الرجلين بعد الأعضاء الثلاثة . والله أعلم

الفرض السادس : الترتيب : فلو تركه عمداً لم يصح وضوؤه ، لكن يعتد بالوجه وما غسله بعده على الترتيب . ولو تركه ناسياً ، فقولان : المشهور الجديد لا يجزئه . ولو غسل أربعة أنفس أعضاء دفعة بآذنه ، لم يحصل إلا الوجه على الصحيح . وعلى الثاني يحصل الجميع . أما إذا غسل المحدث جميع بدنه ، فإن أمكن حصول الترتيب ، بأن انغمس في الماء ومكث زماناً يتأتى فيه الترتيب أجزأه على الصحيح . وإن لم يتأت ، بأن انغمس ولم يمكث ، أو غسل أسافله قبل أعاليه ، لم يجزه على الأصح . ولا خلاف في الاعتداد بغسل الوجه في الصورتين إذا قارنته النية ، هذا كله إذا نوى رفع الحدث . فإن نوى الجنابة ، فالأصح أنه كنية رفع الحدث . والثاني لا يجزئه بحال إلا الوجه .

قلت : الأصح عند المحققين في مسألة الانفاس بلامكث الإجزاء . والله أعلم

فرع

إذا خرج منه بلل يجوز أن يكون منياً ومذياً ، واشتبه ، ففيه أوجه .
أحدها : يجب الوضوء فقط ، فلو عدل إلى الفسل ، كان كمحدث يفتسل . والثاني :
يجب الوضوء ، وغسل سائر البدن ، وغسل ما أصابه البلل . والثالث ، وهو الأصح :
يتخير بين التزام حكم المني ، وحكم المذي . فإن اختار الوضوء ، وجب الترتيب
فيه ، وغسل ما أصابه . وقيل : لا يحيان وليس شيء ، ويجري هذا الخلاف فيما إذا
أولج خنثى مشكل في دبر رجل ، فهذا بتقدير ذكورة الخنثى جنبان ، وإلا فمحدثان .
وإذا توضأ ، وجب عليها الترتيب ، وفيه الوجه المتقدم ، وليس شيء .

فصل

وأما سنن الوضوء ، فكثيرة :

إحداها : السواك . وهو : سنة مطلقاً ، ولا يكره إلا بعد الزوال لصائم .
وفي غير هذه الحالة مستحب في كل وقت . ويتأكد استجابته في أحوال عند
الصلاة وإن لم يكن متغير الفم ، وعند الوضوء وإن لم يصل ، وعند قراءة
القرآن ، وعند اصفرار الأسنان وإن لم يتغير الفم ، وعند تغير الفم بنوم ، أو
طول سكوت ، أو ترك أكل ، أو أكل ماله رائحة كريهة ، أو غير ذلك . ويحصل
السواك بخمرة ، وكل خشن مزيل ، لكن المود أولى ، والأراك منه أولى . والأفضل
أن يكون يابس ندي بالماء ، ولا يحصل بأصبع خشنة على أصح الأوجه . والثالث :
يحصل عند عدم العود ، ونحوه . ويستحب أن يستاك عرضاً .

قلت : كره جماعة من أصحابنا الاستياك طولاً . ولنا قول غريب : أنه لا يكره

السواك لصائم بعد الزوال . ويستحب أن يبدأ بجانب فيه الأيمن ، وأن يموء الصبي السواك ليألفه . ولا بأس أن يستاك بسواك غيره بإذنه . ويستحب أن يمر السواك على سقف حلقه إمراراً لطيفاً ، وعلى كراسي أضراسه . وينوي بالسواك السنة . ويسن السواك أيضاً عند دخوله بيته ، واستيقاظه من نوم ، للحديث الصحيح فيها^(١).

والله أعلم

والثانية : أن يقول في ابتداء وضوئه : بسم الله ، فلو نسيها في الابتداء ، أتى بها متى ذكرها قبل الفراغ ، كما في الطعام . فإن تركها عمداً . فهل يشرع التدارك ؟ فيه احتمال .

قلت : قول الامام الرافعي فيه احتمال عجيب ، فقد صرح أصحابنا بأنه يتدارك في العمد ، ومن صرح به الحاملي في « المجموع »^(٢) والجرجاني في « التحرير »^(٣) وغيرها ، وقد أوضحته في « شرح المذهب »^(٤) قال أصحابنا : ويستحب التسمية في ابتداء كل أمر ذي بال من العبادات وغيرها حتى عند الجماع . والله أعلم

(١) عن شريح بن هانئ قال : قلت لعائشة رضي الله عنها : بأي شيء كان يبدأ النبي صلى الله عليه وآله وسلم إذا دخل بيته ؟ قالت : بالسواك . رواه مسلم ، وأبو داود . وعن حذيفة رضي الله عنه قال : كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إذا قام من الليل يشوص فاه بالسواك . متفق عليه . والشوش : الفسل والتنظيف . ورواه مسلم ، وأبو داود ، من حديث ابن عباس في قصة نومه عند النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : فلما استيقظ من منامه أتى طهوره فأخذ سواكه فاستاك .

(٢) « المجموع » في فروع الشافعية ، وهو لأحمد بن محمد بن أحمد الضي الحاملي الشافعي المتوفى سنة (٤١٥ هـ) وهو مشتمل على نصوص كثيرة للامام الشافعي .

(٣) « التحرير » في فروع الشافعية أيضاً ، وهو لأبي العباس أحمد بن محمد الجرجاني الشافعي المتوفى

سنة (٤٨٢ هـ) وهو مجلد كبير مشتمل على أحكام كثيرة عربية عن الدليل .

(٤) وهو « المجموع » للامام النووي .

الثالثة : غسل الكفين قبل الوجه . سواء قام من النوم وشك في نجاسة اليد وأراد غمس يده في الإناء ، أم لم يكن شيء من ذلك ، لكن إن أراد غمس يديه في إناء قبل غسلها ، كره إن لم يتيقن طهارتها . فان تيقنها ، فوجهان . الأصح لا يكره الغمس .

قلت : ولا تزول الكراهة إلا بغسلها ثلاثاً قبل الغمس . نص عليه البويطي^(١) ، وصرح به الأصحاب للحديث الصحيح^(٢) . وقال أصحابنا : إذا كان الماء في إناء كبير ، أو صخرة مجوفة ، بحيث لا يمكن أن يصب منه على يده ، وليس معه ما يغترف به ، استعان بغيره ، أو أخذ الماء بفيه ، أو طرف ثوب نظيف ونحوه . والله أعلم

الرابعة : المضمضة ، والاستنشاق ، ثم أصل هذه السنة يحصل بوصول الماء إلى الفم ، والانف . سواء كان بغرفة ، أو أكثر . وفي الأفضل طريقان . الصحيح : أن فيه قولين : أظهرهما : الفصل بين المضمضة والاستنشاق أفضل . والثاني : الجمع بينهما أفضل ، والطريق الثاني : الفصل أفضل قطعاً . وفي كيفية وجهان . أصحهما : يتمضمض من غرفة ثلاثاً ، ويستنشق من أخرى ثلاثاً . والثاني : بست غرفات ، وتقديم المضمضة على الاستنشاق شرط على الأصح . وقيل : مستحب .

(١) هو يوسف بن يحيى القرشي ، أبو يعقوب البويطي ، صاحب الإمام الشافعي ، وواسطة عقد جماعته ، قام مقامه في الدرس والإفتاء بعد وفاته ، وهو من أهل مصر ، نسبته إلى « بويط » ولما كانت المحنة في قضية خلق القرآن ، حل إلى بغداد - في أيام الواثق - محمولاً على بطل مقيداً ، وأريد منه القول بأن القرآن مخلوق ، فامتنع فسجن ، ومات في سجنه ببغداد ، رحمه الله ، له « المختصر » في الفقه ، اقتبسه من كلام الإمام الشافعي .

(٢) وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « إذا استيقظ أحدكم من نومه ، فلا يغمس يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثاً ، فإنه لا يدري أين باتت يده » متفق عليه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه . واللفظ لمسلم .

وفي كيفية الجمع وجهان ، الأصح : ثلاث غرفات ، يتمضمض من كل غرفة ، ويستنشق .
والثاني : بغرفة يتمضمض منها ثلاثاً ، ثم يستنشق منها ثلاثاً ، وقيل : بل يتمضمض
منها ثم يستنشق مرة ، ثم كذلك ثانية وثالثة .

قلت : المذهب من هذا الخلاف ، أن الجمع بثلاث أفضل ، كذا قاله جماعة من
المحققين ، والأحاديث الصحيحة مصرحة به ^(١) وقد أوضحته في « شرح المذهب » .

والله أعلم

الخامسة : المبالة في المضمضة والاستنشاق ، فيبلغ ماء المضمضة أقصى الحنك ،
ووجهي الأسنان ، وتقر الأصبع عليها ، ويصعد ماء الاستنشاق بنفسه إلى الخيشوم مع
إدخال الأصبع اليسرى ، وإزالة ما هناك من أذى . فإن كان صائماً لم يبالغ فيها .
قلت : ولو جعل الماء في فيه ولم يدره ، حصلت المضمضة على الصحيح .

والله أعلم

السادسة : التكرار ثلاثاً في المنسول والمسحوف المفروض والمنسوخ ، ولنا
قول شاذ : أنه لا يكرر مسح الرأس ، ووجهه أشد منه : أنه لا يكرره ، ولا
يمسح الأذنين . ولو شك هل غسل ولا مسح مرة ، أو مرتين ، أم ثلاثاً ؟ أخذ
بالأقل على الصحيح ، وقيل : بالأكثر .

قلت : تكره الزيادة على ثلاث ، وقيل : تحرم ، وقيل : هي خلاف الأولى ،
والصحيح : الأول . وإنما تجب الغسلة مرةً ، إذا استوعبت العضو . والله أعلم

(١) ومنه حديث جرّان بن أبان- مولى عثمان بن عفان- أن عثمان رضي الله عنه دعا بوضوء ، فغسل
كفيه ثلاث مرات ، ثم تمضمض ، واستنشق ، واستنثر ، ثم غسل وجهه - ثلاث مرات ، ثم غسل يديه
اليمنى إلى المرفق ثلاث مرات ، ثم اليسرى مثل ذلك ، ثم مسح برأسه ، ثم غسل رجله اليمنى إلى الكعبين
ثلاث مرات ، ثم اليسرى مثل ذلك ، ثم قال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم توضأ نحو
وضوئي هذا « متفق عليه .

السابعة : تخليل ما لا يجب إيصال الماء إلى منابته ، من شعور الوجه ،
بالأصابع . ولنا وجه شاذ : أنه يجب التخليل .

قلت : مراد قائله ؛ وجوب إيصال الماء إلى المنبت ، وليس بشيء ، وقد نقلوا
الإجماع على خلافه . والله أعلم

الثامنة : تقديم اليمين على اليسار في يديه ورجليه . وأما الأذنان والخدان ،
فيطهران دفعة . فان كان أقطع ، قدم اليمين .

قلت : والكفان ، كالأذنين وفي « البحر » وجه شاذ : أنه يستحب تقديم
الأذن اليمنى . ولو قدم مسح الأذن على مسح الرأس ، لم يحصل على الصحيح .
والله أعلم

التاسعة : تطويل الفرة والتحجيل . فالفرة : غسل مقدمات الرأس وصفحة
العنق مع الوجه . والتحجيل : غسل بعض المضدين مع النزاعين ، وبعض
الساقين مع الرجلين . وغايته : استيعاب العضد والساق ، وقال كثيرون : الفرة :
غسل بعض العضد والساق فقط . والصحيح : الأول .

العاشرة : استيعاب الرأس بالمسح . والسنة في كيفية : أن يضع يديه على
مقدم رأسه ، ويلصق سبابته بالأخرى ، وإبهاميه على صدغيه ، ثم يذهب بهما إلى
قفاه ، ثم يردهما إلى المبتدأ ، فالذهاب والرد مسحة واحدة . وهذا الاستحباب لمن
له شعر ينقلب بالذهاب والرد ، ويصله البلل . أما من لا شعر له ، أو له شعر
لا ينقلب ، لقصره ، أو طوله ، فيقتصر على الذهاب . فلو رد ، لم يحسب ثانية ، ولو
لم يرد نزع ما على رأسه من عمامة أو غيرها ، مسح ما يجب من الرأس .

ويسنّ تنعيم المسح على المأمة ، والأفضل أن لا يقتصر على أقل من الناصية .
ولا يكفي الاقتصار على المأمة قطعاً .

الحادية عشرة : مسح الأذنين ظاهرهما وباطنهما بماءٍ جديد . ولو أخذ بأصابعه ماءً لرأسه ، ثم أمسك بمض أصابعه فلم يمسح به ، فمسح الأذن بمائها ، كفى لأنه جديد ، ويمسح الصباخين بماءٍ جديد على المشهور . وفي قول شاذ : يكفي مسحها ببقية بلل الأذن .

قلت : ويمسح الصباخين ثلاثاً ، وتقولوا : أن ابن سريج رحمه الله ، كان يفصل أذنيه مع وجهه ، ويمسحها مع رأسه ومنفردتين احتياطاً في العمل بمذاهب العلماء فيها ، وفعله هذا حسن . وقد غلط من غلطه فيه زاعماً أن الجمع بينهما لم يقل به أحد . ودليل ابن سريج ، نص الشافعي والأصحاب على استحباب غسل التزعتين مع الوجه ، مع أنها يمسخان في الرأس . والله أعلم

الثانية عشرة : مسح الرقبة . وهل هو سنة ، أم أدب ؟ فيه وجهان . والسنة والأدب يشتركان في أصل الاستحباب ، لكن السنة يتأكد شأنها ، والأدب دون ذلك . ثم الأكثرون ، على أنه يمسح بياقي بلل الرأس ، أو الأذن ، وقيل : بماءٍ جديد .

قلت : وذهب كثيرون من أصحابنا ؛ إلى أنها لا تمسح ، لأنه لم يثبت فيها شيء أصلاً ، ولهذا لم يذكره الشافعي ومتقدمو الأصحاب . وهذا هو الصواب . والله أعلم

الثالثة عشرة : تحليل أصابع الرجلين بخنصر يده اليسرى من أسفل الرجل ، مبتدئاً بخنصر الرجل اليمنى ، خاتماً بخنصر اليسرى . وقيل : يخلل ما بين كل أصبعين من أصابع رجله بأصبع من أصابع يده ، ولم يذكر الجمهور تحليل أصابع

الدين ، واستحبه القاضي ابن كج^(١) من أصحابنا ، وورد فيه حديث . قال الترمذي : إنه حسن^(٢) . فعلى هذا تحليلها بالتشبيك بينها .

ولو كانت أصابع رجله ملتفة لا يصل الماء ما بينها إلا بالتخليل ، وجب الإيصال . وإن كانت ملتحة ، لم يجب فقها ، ولا يستحب .

قلت : بل لا يجوز ، والله أعلم

الرابعة عشرة : الدعوات على أعضاء الوضوء ، فيقول عند الوجه : اللهم بيّض وجهي يوم تبيض وجوه وتسود وجوه . وعند اليد اليمنى : اللهم أعطني كتابي يميني ، وحاسبي حساباً يسيراً . وعند اليسرى : اللهم لا تمطني كتابي بشمالي ، ولا من وراء ظهري . وعند الرأس : اللهم حرم شعري وبشري هلى النار . وعند الأذنين : اللهم اجعلني من الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه . وعند الرجلين : اللهم ثبت قدمي على الصراط يوم تزل الأقدام .

قلت : هذا الدعاء ، لا أصل له ، ولم يذكره الشافعي ، والجمهور . والله أعلم

الخامسة عشرة : ترك الاستعانة ، وهل تكره الاستعانة ؟ وجهان .

قلت : الوجهان فيما إذا استعان بمن يصب عليه الماء ، وأصحابها : لا يكره . أما إذا استعان بمن يغسل له الأعضاء ، فكروه قطعاً ، وإن استعان به في إحضار الماء ؛ فلا بأس به ، ولا يقال : إنه خلاف الأولى ، وحيث كان له عذر ، فلا بأس بالاستعانة مطلقاً . والله أعلم

(١) هو يوسف بن أحمد بن يوسف بن كج الدينوري أبو القاسم ، فقيه من أئمة الشافعية ، من أهل الدينور ، ولي قضاءها ، وقتله الميارون فيها ، صنف كتباً كثيرة انتفع بها الفقهاء ، وكان يضرب به المثل في حفظه لمذهب الشافعي ، وهو صاحب وجه في المذهب . توفي رحمه الله سنة (٥٤٠ هـ) .

(٢) عن عثمان رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان يخلل لحيته في الوضوء . قال الحافظ ابن حجر في « بلوغ المرام » : أخرجه الترمذي ، وصححه ابن خزيمة .

السادسة عشرة : الأصح أنه يستحب ترك التنشيف . والثاني : لا يستحب ، ولا يكره . والثالث : يكره التنشيف ، ويستحب تركه . والرابع : يكره في الصيف دون الشتاء . والخامس : يستحب .

السابعة عشرة : أن لا ينفض يده . والنفض : مكروه . قلت : في النفض أوجه . الأرجح : أنه مباح ، تركه وفعله سواء . والثاني : مكروه . والثالث : تركه أولى ، والله أعلم

الثامنة عشرة : في مندوبات آخر ، منها : أن يقول بعد التسمية : الحمد لله الذي جعل الماء طهوراً ، وأن يستحب النية في جميع الأفعال ، وأن يجمع في النية بين القلب واللسان ، وأن يتعهد الموقين بالسبابتين ، ويحرك الخاتم ، ويتعهد ما يحتاج إلى الاحتياط ، ويبدأ في الوجه بأعلاه ، وفي الرأس بقدمه ، وفي اليد والرجل بأطراف الأصابع ، إن صبه على نفسه . وإن صب عليه غيره ، بدأ بالرفق والكعب . وأن لا ينقص ماء الوضوء عن مُدٍّ ، وأن لا يبرف ، ولا يزيد على ثلاث مرات ، ولا يتكلم في أثناء الوضوء ، ولا يلطم وجهه بالماء ، ولا يتوضأ في موضع يرجع إليه رشاش الماء ، وأن يمر يده على الأعضاء ، وأن يقول بعد الفراغ : أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، اللهم اجعلني من التوابين ، واجعلني من المتطهرين ^(١) سبحانه اللهم وبمحمدك ، أشهد أن لا إله إلا أنت ، أستغفرك وأتوب إليك . واعلم أن معظم هذه السنن يحجب مثلها في الغسل ، وفي التسمية وجه : أنها لا تستحب في الغسل .

(١) عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم « ما منكم من أحد يتوضأ فيسبغ الوضوء ثم يقول : أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، إلا فتحت له أبواب الجنة الثمانية ، يدخل من أيها شاء » أخرجه مسلم ، والترمذي وزاد فيه « اللهم اجعلني من التوابين واجعلني من المتطهرين » وهي زيادة صحيحة .

فرع

التفريق اليسير بين أعضاء الوضوء ، لا يضر بلا خلاف ، وكذا الكثير ، على الجديد المشهور . والكثير : هو أن يمضي زمن يحف فيه المفسول مع اعتدال الهواء ومزاج الشخص . والقليل : دون ذلك . وقيل : تؤخذ القلة والكثرة من العرف . وقيل : الكثير : مضي زمن يمكن فيه إتمام الطهارة . ومدة التفريق تعتبر من آخر المائي به من أفعال الوضوء . ولو فرق بمدر ، كنفاد الماء ، لم يضر على المذهب . وقيل : فيه القولان . والنسيان عذر على الأصح . وحيث جاز التفريق ، فبني ، لا يحتاج إلى تجديد النية في الأصح . والموالة في الغسل ، كهي في الوضوء على المذهب . وقيل : لا يجب مطلقاً بلا خلاف .

قلت : بقيت مسائل مهمة من صفة الوضوء . منها : غسل العينين . فيه أوجه . أحدها : سنة . والثاني : مستحب . والثالث : لا يفعل ، وهو الأصح عند الأصحاب . ولو لم يكن لرجله كعب ، أو ليده مرفق ، اعتبر قدره ، ولو تشققت رجله ، فجعل في شقوقها شماً أو حناء ، وجب إزالة عينه ، فإن بقي لون الحناء ، لم يضر ، وإن كان على العضو دهن مائع فجرى ، الماء على العضو ، ولم يثبت ، صح وضوؤه ، ولو كان تحت أظفاره وسخ يمنع وصول الماء ، لم يصح وضوؤه على الأصح . ولو قدّم المضمضة والاستنشاق على غسل الكف ، لم يحسب الكف على الأصح . ولو شك في غسل بعض أعضائه في أثناء الطهارة ، لم يحسب له ، وبعد الفراغ لا يضره الشك على الأصح . ويشترط في غسل الأعضاء : جريان الماء على العضو بلا خلاف . ويرتفع الحدث عن كل عضو بمجرد غسله . وقال إمام الحرمين : يتوقف على فراغ الاعضاء ، والصواب : الاول . وبه قطع الاصحاب . ويستحب لمن يتوضأ أن يصلي عقبه ركعتين في أي وقت كان .

باب

الاستنجاء

الاستنجاء واجب ، ولقضاء الحاجة آداب . منها : أن يستر عورته عن العيون بشجرة ، أو بقية جدار ، ونحوها ، فإن كان في بناء يمكن تسقيفه ، كفى ، ولو جلس في وسط عرصة دار واسعة ، أو بستان ، فليستتر بقدر مؤخرة الرجل ، وليكن بينه وبينها ثلاثة أذرع فما دونها . ولو أتاخ راحلته وتستر بها ، أو جلس في وهدية ، أو نهر ، أو أرخى ذيله ، حصل الغرض . ومنها : أن لا يستقبل الشمس ، ولا القمر بفرجه ، لا في الصحراء ولا في البنيان . وهو نهي تنزيه .

قال جماعة : ويجنب الاستدبار أيضاً . والجمهور : اقتصروا على النهي عن الاستقبال . ومنها : إن كان في بناء ، أو بين يديه ساتر ، فالأدب أن لا يستقبل القبلة ولا يستدبرها . فإن كان في صحراء ولم يستتر بشيء ، حرم استقبالها واستدبارها ، ولا يحرم ذلك في البناء . ومنها : أن لا يتخلى في متحدث الناس ، وأن لا يبول في الماء الراكد الكثير ، والنهي عن القليل أشد ، وفي الليل أشد . وأن لا يبول في ثقب ، وأن لا يجلس تحت شجرة مثمرة لفائط ، ولا بول ، ولا يبول في مهب ريح . وأن يعتمد في جلوسه على رجله اليسرى ، وأن يعد أحجار الاستنجاء عنده قبل جلوسه ، وأن لا يستنجي بالماء ، موضع قضاء الحاجة ؛ بل ينتقل عنه . فإن كان يستنجي بالحجر ، لم ينتقل .

قلت : هذا في غير الأخلية المتخذة لذلك . أما الأخلية ، فلا ينتقل منها للمشقة ، ولأنه لا يناله رشاش . والله أعلم

وأن لا يستصحب ما فيه شيء من القرآن ، أو ذكر الله سبحانه وتعالى ، أو
رسوله ﷺ ، كخاتم ودرم ونحوهما ، ولا يختص هذا الأدب بالبنين ، بل يعم
الصحراء على الصحيح . فلو غفل عن نزع الخاتم حتى اشتغل بقضاء الحاجة ،
ضم كفه عليه . وأن يقدم في الدخول رجله اليسرى ، وفي الخروج اليمنى ،
وسواء في هذا الأدب ، الصحراء والبنين على الصحيح ، فيقدم اليسرى إذا بلغ
مقدمه في الصحراء ، ويقدم اليمنى في انصرافه ، وقيل : يختص بالبنين . وأن
يستبرئ بتنضح ، ونتر ذكره عند انقطاع البول ، ويكره حشو الإحليل
بقطن ونحوه .

قلت : يكره استقبال بيت المقدس ، واستدباره ، بول أو غائط ، ولا يحرم ،
ولا يكره الجماع مستقبل القبلة ، ولا مستدبرها ، لا في بناء ولا في صحراء عندنا .
واستصحب ما عليه ذكر الله تعالى على الخلاء مكروه ، لا حرام . والسنة أن
يقول عند دخول الخلاء : « بسم الله ، اللهم إني أعوذ بك من الخبث والخبائث » (١) .
ويقول إذا خرج : « غفرانك ، الحمد لله الذي أذهب (٢) عني الأذى وعافاني » . وسواء في
هذا البنين والصحراء ، ولا يرفع ثوبه حتى يدنو من الأرض ، ويسبله عليه إذا
قام قبل اتصابه . ويكره أن يذكر الله تعالى ، أو يتكلم بشيء قبل خروجه ،
إلا لضرورة . فإن عطس حمد الله تعالى بقلبه ، ولا يحرك لسانه ، وكذا يفعل
في حال الجماع ، والسنة أن يبعد عن الناس ، وأن يبول في مكان لين لا يرتد
عليه فيه بوله . ويكره في قارعة الطريق ، وعند القبور ، ويحرم البول على القبر .
وفي المسجد ، فهو حرام على الأصح . ويستحب أن لا يدخل الخلاء حافياً .
ولا مكشوف الرأس ، وأن لا ينظر إلى ما يخرج منه ، ولا إلى فرجه ، ولا إلى
السما ، ولا يعبث بيده ، ولا يكره البول في الإناء ، ويكره قائماً بلا عذر ،
ويكره إطالة التعمود على الخلاء .

(١) رواه الجماعة ، دون قوله « بسم الله » وهذه الزيادة من رواية سعيد بن منصور .

(٢) في الأصل « أخرج » وما أثبتناه ، هو في « سنن ابن ماجه » .

فصل

فيما يستغنى منه

إذا خرج من البدن نجس لا ينقض الطهر ، لم يجزئ فيه الحجر .
وأما الخارج الذي ينقض الطهر ، فإن كان ريحاً ، لم يجب الاستنجاء .
وإن كان غيره ، وخرج من منفث غير السبيلين ، ففي أجزاء الحجر فيه خلاف ،
يأتي في الباب الآتي إن شاء الله تعالى . وإن كان خارجاً من السبيلين ، يوجب
الطهارة الكبرى ، كالمني ، والحيض ، وجب الغسل ، ولا يمكن الاقتصار
على الحجر .

قلت : قد صرح صاحب « الحاوي » وغيره : بجواز الاستنجاء بالحجر من
دم الحيض . وفائدته فيمن انقطع حيضها واستنجمت بالحجر ، ثم تيممت لسفر أو
مرض ، صلت ولا إعادة . والله أعلم

وإن أوجب الصغرى ، فإن لم يكن ملوثاً كدود ، وحصاة بلا رطوبة ، لم
يجب الاستنجاء على الأظهر .

قلت : والبعرة اليابسة ، كالحصاة ، وصرح به صاحب « الشامل » وآخرون .
والله أعلم

وإن كان ملوثاً نادراً ، كالدم ، والقيح ، والمذي ، فثلاثة طرق . والطريق
الصحيح قولان . أظهرهما : يجزئه الحجر . والثاني : تيمين الماء . والثاني : يجزئ
الحجر قطعاً . والثالث : إن خرج النادر مختلطاً بالمتاد ، كني الحجر . وإن تمحض
النادر ، تيمين الماء . وإن كان الخارج ملوثاً متاداً ولم يجاوز المخرج ، فله الاقتصار

على الحجر قطعاً . وكذا إن جاوز المخرج ، ولم يجاوز المتاد على المذهب ، وشذ بل غلط من قال : فيه قول آخر : أنه يمين الماء . فإن جاوز المعتاد ، ولم يخرج النائط عن الأليتين ، أجزأ الحجر أيضاً على الأظهر . وقيل : قطعاً . وقيل : يمين الماء قطعاً . والبول : كالفائط ، والحشفة : كالأليتين . وقال أبو إسحاق المروزي : إذا جاوز البول الثقب ، تمين الماء قطعاً . والمذهب : الأول . ولو جاوز النائط الأليتين ، والبول الحشفة ، تمين الماء قطعاً لندوره ، سواء المجاوز ، وغيره . وقيل في غير المجاوز : الخلاف ، وليس بشيء . وحيث اقتصر على الحجر فشرطه : أن لا تنتقل النجاسة عن الموضع الذي أصابته عند الخروج ، وأن لا يحف ماعلى المخرج . فإن فقد أحدهما ، تمين الماء قطعاً . وقيل : إن كان الجاف بحيث يقلعه الحجر ، أجزأ الحجر .

فصل

فيما يستنهي به غير الماء

وله شروط .

أحدها : أن يكون طاهراً ، فلو استنحي بنجس ، تمين بمده الماء ، على الصحيح . وعلى الثاني : يجزئه الحجر إن كان النجس جامداً .

الشرط الثاني : أن يكون منشفاً قالماً للنجاسة ، فلا يجزئ زجاج ، وقصب ، وحديد أملس ، وغم رخو ، وتراب متناثر ، ويجزئ غم وتراب صلبان ، وقيل في التراب والفحم : قولان مطلقاً ، وليس بشيء . وإن استنحي بما لا يقطع ، لم يجزئه وإن أنقى . فإن نقل النجاسة ، تمين الماء ، وإلا أجزأ الحجر . ولو استنحي برطب من حجر ، أو غيره ، لم يجزئه على الصحيح .

الشرط الثالث : أن لا يكون محترماً ، فلا يجوز الاستنجاء بمطوم ، كالخبز ، والمظم . ولا بما كتب عليه علم ، كحديث ، وقفه ، وفي جزء الحيوان

المتصل به ، كاليد والعقب ، وذنب حمار ، وجهان . الصحيح : لا يجوز . وقيل :
يجوز بيد نفسه ، دون يد غيره . وقيل : عكسه . ويجوز بقطعة ذهب ، وفضة ،
وجوهر نفيس خشنة على الصحيح ، كما يجوز بالديباج قطعاً . وإذا استنجد بمحترم ،
عصى ، ولا يجزئه على الصحيح ، لكن يجزئه الحجر بعده ، إلا أن ينقل
النجاسة ، وأما الجلد الطاهر ، فالأظهر : أنه إن كان مدبوغاً ، جاز الاستنجاء به .
وإلا ، فلا . والثاني : يجوز مطلقاً . والثالث : لا يجوز مطلقاً . ولو استنجد
بمحجر ، ثم غسله وييس ، جاز الاستنجاء به ، وإن استنجد بمحجر ، فلم يبق
على المحل شيء ، فاستعمل الثاني والثالث ولم يتلوثا ، جاز استعمالهما من غير غسل
على الصحيح .

فصل

في كيفية الاستنجاء

إذا استنجد بمحجر ، وجب الإنقاء ، واستيفاء ثلاث مسحات بأحرف حجر ،
أو ما في معناه ، أو بأحجار . ولو حصل الإنقاء بدون الثلاث ، وجب ثلاث .
وفي وجه : يكفي الإنقاء ، وهو شاذ ، أو غلط . وإذا لم يحصل الإنقاء بثلاث ،
وجبت الزيادة . فإن حصل برابع ، استحب الإتيان بخامس ولا يجب . وفي كيفية
الاستنجاء أوجه ، أصحها : يمسح بكل حجر جميع المحل ، فيضعه على
مقدم الصفحة اليمنى ، ويديره على الصفحتين إلى أن يصل موضع ابتدائه ، ويضع
الثاني على مقدم الصفحة اليسرى ، ويفعل مثل ذلك ، ويمسح بالثالث الصفحتين
والسرية . والوجه الثاني : يمسح بمحجر الصفحة اليمنى ، وبالثاني اليسرى ،
وبالثالث الوسط . والوجه الثالث أن يمسح بالأول من مقدم السرية إلى آخرها .

وبالثاني ، من آخرها إلى أولها ، ويحلق بالثالث ، وهذا الخلاف في الأفضل على الصحيح . فيجوز عند كل قائل المدول إلى الكيفية الأخرى ، وقيل : لا يجوز .

قلت : وقيل : يجوز المدول من الكيفية الثانية إلى الأولى دون عكسه .
والله أعلم

وينبغي أن يضع الحجر على موضع طاهر بقرب النجاسة ، ثم يمرء على الحبل ، ويديره قليلاً قليلاً . فان أمرء ونقل النجاسة من موضع إلى موضع ، تميّن الماء ، فان أمرء ولم يدره ولم ينقل ، فالصحيح : أنه يحزئه . والثاني : لا بد من الإدارة .

فرع

المستحب أن يستنجي باليسار . فان استنجى بماء ، صبه باليمنى ، ومسح باليسرى . وإن استنجت امرأة من بول ، أو غائط ، أو رجل من غائط بالحجر ، مسح بيساره ، ولم يستعن يمينه في شيء . وإذا استنجى الرجل من البول بجدار أو صخرة عظيمة ونحو ذلك ، أمسك الذكر بيساره ، ومسحه على ثلاث مواضع . وإن استنجى بحجر صغير ، أمسكه بين عقبيه ، أو إبهامي رجله ، أو تحامل عليه إن أمكنه ، والذكر في يساره . فان لم يتمكن واضطر إلى إمساك الحجر بيده ، أمسكه باليمنى ، وأخذ الذكر باليسرى ، وحرك اليسار وحدها . فان حرك اليمين ، أو حركها جميعاً ، كان مستنجياً باليمين . وقيل : يأخذ الذكر باليمين ، والحجر باليسار ويحركها ، وليس بشيء .

فرع

الأفضل : أن يجمع في الاستنجاء بين الماء والجماد ، ويقدم الجماد . فان اقتصر ، فالماء أفضل .

فرع

الحنثي المشكل في الاستنجاء من الفائط ، كثيره ، وليس له الاقتصار على الحجر في البول ، إلا إذا قلنا : من انفتح له دون المدة مخرج ، مع انفتاح الأصلي ، ينتقض وضوؤه بالخارج منه ، ويجوز له الاقتصار على الحجر . أما الرجل ، فمخير في فرجه ، بين الماء والحجر ، وكذا المرأة البكر ، وكذا الثيب . فان مخرج بولها ، فوق مدخل الذكر . والغالب أنها إذا بالت ، نزل البول إلى مدخل الذكر . فان تحققت ذلك ، تعين الماء ، وإلا ، جاز الحجر على الصحيح . والواجب على المرأة ، غسل ما يظهر إذا جلست على القدمين . وفي وجه ضعيف : يجب على الثيب غسل باطن فرجها .

قلت : ينبغي أن يستنجي قبل الوضوء والتيمم ، فان قدمها على الاستنجاء ؛ صح الوضوء ، دون التيمم ، على أظهر الأقوال . والثاني : يصحان . والثالث : لا يصحان . ولو تيمم وعلى يديه نجاسة ، فهو كالتييم قبل الاستنجاء ، وقيل : يصح قطعاً ، كما لو تيمم مكشوف العورة . وإذا أوجبناه في الدودة ، والحصاة ، والبعرة ، أجزاء الحجر على المذهب . وقيل : فيه القولان في الدم وغيره من النادر ، وهذا أشهر ، وقول الجمهور ، ولكن الصواب : الأول . ولو وقع الخارج من الانسان على الأرض ، ثم ترشش منه شيء فارتفع إلى المحل ، أو أصابته نجاسة أخرى ، تعين الماء ، لخروجه عما يعم به البلوى . ويستحب أن يبدأ المستنجي بالماء بقبله ، ويدلك يده بعد غسل الدبر ، وينضح فرجه ، أو سراويله

بعد الاستنجاء دفعا للوسواس . ويعتمد في غسل الدبر على أصبعه الوسطى ،
ويستعمل من الماء ما يئلب على الظن زوال النجاسة به ، ولا يتعرض للباطن ، ولو
غلب على ظنه زوال النجاسة ، ثم شم من يده ريحها ، فهل يدل على بقاء
النجاسة في المحل كما هي في اليد ، أم لا ؟ فيه وجهان ، أصحها : لا .
والله أعلم

باب

الأضداد

الحدث يطلق على ما يوجب الوضوء ، وعلى ما يوجب الفسل . فيقال : حدث
أكبر ، وحدث أصغر ، وإذا أطلق ، كان المراد الأصغر غالباً ، وهو مرادنا هنا .
ولا ينتقض الوضوء عندنا بخارج من غير السيلين ، ولا ببقعة المصلي ، ولا بأكل
لحم الجزور ، ولا بأكل مامسته النار ، وفي لحم الجزور قول قديم شاذ .
قلت : هذا القديم وإن كان شاذاً في المذهب ، فهو قوي في الدليل ، فإن فيه
حديثين صحيحين ليس عنها جواب شافٍ . وقد اختاره جماعة من محققي أصحابنا
المحدثين ، وقد أوضحت كل ذلك مبسوطاً في شرح « المذهب » وهذا القديم مما
أعتقد رجحانه . والله أعلم

ولمّا ينتقض بأحد أربعة أمور .

الأول : الخارج من أحد السيلين ، عينا كان ، أو ريحا ، من قبل الرجل
والمرأة ، أو دبرها ، نادراً كان ، كالحم والحصى ، أو ممتاداً نجس العين ، أو
طاهرها ، كالودود والحصى ، إلا المتني ، فلا ينتقض الوضوء بخروجه ، ولمّا يوجب
الفسل . ولنا وجه شاذ : أنه يوجب الوضوء أيضاً ، ودبر الخنثى المشكل ، كغيره .

فإن خرج شيء من قبله ، نقض . وإن خرج من أحدهما ، فله حكم المنفتح تحت المدة .

فرع

إذا انسد السبيل المعتاد ، وانفتح ثقبه تحت المدة ، وخرج منه المعتاد ، وهو البول والغائط ، نقض قطعاً ، وإن خرج نادر ، كدم ودود وريح ، نقض على الأظهر ، وإن انفتح فوق المدة مع انسداد المعتاد ، أو تحتها مع انفتاحه ، لم ينقض الخارج المعتاد منه ، على الأظهر ، فإن نقض ، ففي النادر القولان ، وإن انفتح فوقها مع انفتاح الأصلي ، لم ينقض قطعاً .

قلت : ذهب كثيرون من الأصحاب إلى أن فيه طريقين . الثاني : على قولين . والمذهب : أن الريح ، من الخارج المعتاد ، ومرادهم بتحت المدة : ماتحت السرة ، وبفوقها : السرة ، ومحاذاتها ، وما فوقها . والله أعلم

وحيث نقضنا ؛ فهل يجوز الاقتصار في الخارج منه على الحجر ؟ فيه ثلاثة أقوال . وقيل : أوجه ، الأظهر : لا . والثالث : يجوز في المعتاد دون النادر ، والأصح : أنه لا يجب الوضوء بمسه ، ولا الغسل بالإيلاج فيه ، ولا يحرم النظر إليه إذا كان فوق السرة ، أو محاذياً لها ، ولا يثبت بالإيلاج فيه شيء من أحكام الوطء قطعاً ، سوى الغسل على وجه . وقيل : يثبت المهر وسائر أحكام الوطء . قلت : لو أخرجت دودة رأسها من فرجه ، ثم رجعت ، انتقض على الأصح ، والخثنى الواضح : إذا خرج من فرجه الزائد شيء ، فله حكم منفتح تحت المدة . ولو خرج من أحد قبلي مشكل ، فكذلك على المذهب . وقيل : ينتقض قطعاً . وقيل : عكسه . ومن له ذكران ، ينتقض بكل منهما . والله أعلم

الناقض الثاني : زوال العقل ، فإن كان بالجنون والاعماء والسكر ، نقض بكل حال . والسكر الناقض : مالا شعور معه دون أوائل النشوة . وحكي وجهه : أن السكر لا ينقض بحال ، وهو غلط . وأما النوم ، فحقيقته : استرخاء البدن ، وزوال الاستشعار ، وخفاء كلام من عنده . وليس في معناه النعاس ، وحديث النفس ، فإنها لا ينقضان بحال ، فإن نام ممكناً مقعده من مقره ، لم ينقض . وقيل : إن استند إلى ما يسقط بسقوطه ، نقض ، وليس بشيء ، وإن نام غير ممكن مقعده ، نقض . وفي قول : لا ينقض النوم على هيئة من هيئات الصلاة ، وإن لم يكن في صلاة . وفي قول : لا ينقض في الصلاة كيف كان . وفي قول : لا ينقض النوم قائماً . وفي قول : ينقض وإن كان ممكناً مقعده . وهذه أقوال شاذة .

قلت : لا فرق عندنا بين قليل النوم وكثيره . ولو نام محتبياً ، فثلاثة أوجه . أصحها : لا ينتقض . والثالث : ينتقض وضوء نحيف الأليين دون غيره . ولو نام ممكناً ، فزالت إحدى أليتيه عن الأرض ، فإن كان قبل الانتباه ، انتقض ، وإن كان بعده ، أو معه ، أو شك ، لم ينتقض . ولو شك ، هل نام أم نعس ؟ أو هل نام ممكناً أم لا ؟ لم ينتقض . ولو نام على قناه ملصقاً مقعده بالأرض ، انتقض ، ولو كان مستشفراً بشيء ، انتقض أيضاً على المذهب .

قال الشافعي ، والأصحاب : يستحب الوضوء من النوم ممكناً للخروج من الخلاف .

والله أعلم

الناقض الثالث : لمس بشرة امرأة مشتهة ، فإن لمس شعراً ، أو سنناً ، أو ظفراً ، أو عضواً مباناً من امرأة ، أو بشرة صغيرة لم تبلغ حد الشهوة ، لم ينتقض وضوؤه ، على الأصح . وإن لمس محرماً بنسب ، أو رضاع ، أو مصاهرة ، لم ينتقض على الأظهر . وإن لمس ميتة ، أو عجوزاً لا تشتهى ، أو عضواً أشل ، أو زائداً ، أو لمس بغير شهوة ، أو عن غير قصد ، انتقض على الصحيح في جميع ذلك ،

وينتقض وضوء الملموس على الأظهر . والمرأة كالرجل في انتقاض طهرها بلمسها من الرجل ما ينتقضه منها . ولنا وجه شاذ : أنها لا تزال ملموسة ، فإذا لمست رجلاً ، كان في انتقاضها القولان ، وليس بشيء .

قلت : ولو التقت بشرتا رجل وامرأة بحركة منها ، انتقضتا قطعاً وليس فيها ملموس . ولو لمس الشيخ الفاقدة للشهوة شابة ، أو لمست الفاقدة للشهوة شاباً ، أو الشابة شيخاً لا يشتهي ، انتقض على الأصح . والمراهق ، والخصي ، والعنبر ، ينقضون وينقضون . ولو لمس الرجل أمرد حسن الصورة شهوة ، لم ينتقض على الصحيح . ولو شك هل هو لامس أو ملموس ؟ فهو ملموس ، أو هل لمس محرماً ، أو أجنبية ؟ فمحرّم . ولو لمس محرماً شهوة ، فكلمتها بغير شهوة . ولمس اللسان ، ولحم الأسنان ، والامس به ، ينتقض قطعاً . والله أعلم

الناقض الرابع : لمس فرج الآدمي ، فينتقض الوضوء إذا لمس بطن ككفه فرج آدمي ، من نفسه ، أو غيره ، ذكر أو أنثى ، صغير أو كبير ، حي أو ميت ، قبلاً كان الملموس ، أو دبراً . وفي فرج الصغير ، والميت ، وجه ضعيف ، وفي الدبر قول شاذ : أنه لا ينتقض . والمراد بالدبر : ملتقى المنفذ ، ومس محل الجب ينتقض قطعاً إن بقي شيء شاخص ، فإن لم يبق شيء ، نقض أيضاً على الصحيح ، ومس الذكر المقطوع والاشل ، والمس باليد الشلاء ، وناسياً ، ناقض على الصحيح .

ولو لمس ياطن أصبع زائدة ، إن كانت على استواء الأصابع ، نقضت على الأصح ، وإلا ، فلا ، على الأصح . ولو كان له كفان عاملتان ، نقض كل واحدة منها . وإن كانت إحداها عاملة ، نقضت ، دون الأخرى . وقيل : في الزائدة خلاف مطلقاً . ولا ينقض لمس دبر البهيمة قطعاً ، ولا قبلها ، على الجديد المشهور .

قلت : أطلق الأصحاب الخلاف في فرج البهيمة ، ولم يخصوا به القبل . فإن قلنا : لا ينتقض مسه ، فأدخل يده في فرجها ، لم ينتقض على الأصح . والله أعلم

هذا كله في المس بطن كفه ، فان مس برؤوس الأصابع ، أو بما بينها ، أو بحرفها ، أو حرف الكف ، لم ينتقض على الأصح . ومن نقض برؤوس الأصابع قال : باطن الكف : ما بين الأظفار والزند طولاً . ومن لم ينتقض به يقول : هو القدر المنطبق إذا وضعت إحدى اليدين على الأخرى ، مع تحامل يسير . وأما المسوس فرجه ، فلا ينتقض قطعاً .

قلت : وقيل : فيه قولان ، كاللموس . والله أعلم

فرع

إذا مس الخنثى المشكل فرج واضح ، فحكمه ما سبق ، وإن مس فرجي نفسه ، انتقض ، أو أحدهما ، فلا . وإن مس أحدهما ، ثم صلى الصبح ، ثم توضأ ، ثم مس الآخر ، ثم صلى الظهر ، فالأصح : أنه لا يجب قضاء واحدة منها . والثاني : يجب قضاؤهما ، ولو مس أحدهما وصلى الصبح ، ثم مس الآخر ، وصلى الظهر من غير وضوء ، أعاد الظهر قطعاً فقط ، أما إذا مس الواضح خنثى . فان مس منه ماله مثله ، انتقض ، وإلا ، فلا ينتقض وضوء الرجل بمس ذكر الخنثى والمرأة بفرجه ، ولا عكس . هذا إذا لم يكن بين اللباس والخنثى محرمية ، أو غيرها مما يمنع النقض ، وحيث نقضنا الواضح ، فالخنثى ممسوس لا ملموس ، ولو مس المشكل فرجي مشكل ، أو فرج نفسه ، وذكر مشكل ، انتقض . ولو مس أحد فرجي مشكل ، لم ينتقض . ولو مس أحد المشكلين فرج صاحبه ، ومس الآخر ذكر الأول ، انتقض أحدهما لا بعينه ، لكن لكل واحد منها أن يصلي ، لأن الأصل : الطهارة .

فرع

من القواعد التي يبنى عليها كثير من الأحكام ، استصحاب حكم اليقين ، والاعراض عن الشك ، فلو تيقن الطهارة ، وشك في الحدث ، أو عكسه ، عمل باليقين فيها . ولو ظن الحدث بعد يقين الطهارة ، فكالشك ، فله الصلاة . ولنا وجه : أنه إذا شك في الحدث خارج الصلاة ، وجب الوضوء ، وهذا شاذ ، بل غلط . ومن هذا الباب ما إذا مس الخنثى فرجه مرتين ، وشك ، هل الممسوس ثانياً الأول ، أم الآخر ؟ أو شك من نام قاعداً ، ثم تمايل واتبه ، أيها كان أسبق ؟ أو شك هل ما رآه ، رؤيا ، أم حديث نفس ؟ أو هل لمس البشرة ، أم الشعر ؟ فلا يلزمه الوضوء في جميع هذا . وكذا الشك في الحدث الأكبر . ولو تيقن بحد طلوع الشمس حدثاً ، وطهارة ، ولم يعلم أسبقها ، فثلاثة أوجه . أصحها ، وقول الأكثرين : أنه إن كان قبل طلوع الشمس حدثاً ، فهو الآن متطهر ، وإن كان متطهراً فالآن محدث إن كان ممن يمتد تجديد الوضوء ، وإلا فتطهر أيضاً ، وإن لم يعلم ما كان قبل طلوع الشمس ، وجب الوضوء . والوجه الثاني : أنه على ما كان قبل طلوع الشمس ، ولا نظر إلى ما بعده ، فإن لم يعلم ما كان قبله ، وجب الوضوء . والثالث : لا نظر إلى ما قبل الطلوع ، بل يجب الوضوء بكل حال .

قلت : الوجه الثاني : غلط صريح ، وكيف يؤمر بالعمل بما تيقن بطلانه ؟ ! والوجه الثالث : هو الصحيح عند جماعات من محققي أصحابنا . وفيه وجه رابع : يعمل بغلبة الظن ، وقد أوضحت دلالته في شرح « المذهب » . والله أعلم

فرع

في بيان الخئ المشكل

لزوال إشكاله صور . منها : خروج البول . فان بال بفرج الرجال وحده ؛ فهو رجل ، أو بفرج النساء ؛ فامرأة . فان بال بهما ، فوجهان . أحدهما : لا دلالة فيه . وأصحها : يدل للسابق إن اتفق انقطاعها ، وللمتأخر إن اتفق ابتداءهما ، فان سبق واحد وتأخر آخر ، فللسابق ، فان اتفقا فيها وزاد أحدهما ، أو زرق بهما ، أو رشش ، فلا دلالة على الأصح ، وعلى الثاني : يعمل بالكثرة ، ويجعل بالترقيق رجلاً ، وبالترشيش امرأة . فإن استوى قدرهما ، أو زرق بواحد ورشش بآخر ، فلا دلالة . ومنها خروج المني والحيض في وقتها . فان أمني بفرج الرجال ، فرجل ، أو بفرج النساء ، أو حاض ، فامرأة بشرط تكرره . فان أمني منها ، فوجهان . أحدهما : لا دلالة . والأصح أنه إن أمني منها بصفة مني الرجال ، فرجل ، أو بصفة مني النساء ، فامرأة . فان أمني من أحدهما بصفة ، ومن الآخر بالصفة الأخرى ، فلا دلالة . وحكي وجه : أنه لا دلالة في المني مطلقاً وهو شاذ . ومنها خروج الولد ، وهو يفيد القطع بالأثوثة ، فيقدم على جميع الملامات . ولو تعارض البول بالحيض ، أو المني ، فالأصح : لا دلالة . والثاني : يقدم البول . ومنها نبات اللحية ، ونهود الثدي ، وتفاوت الأضلاع . والصحيح أنه لا دلالة فيها . والثاني : اللحية تدل ، أو نقصان ضلع من الجانب الأيسر للذكورة ، والنهود وتساوي الأضلاع للأثوثة . ولا يدل عدم اللحية والنهود في وقتها على الأثوثة والذكورة بلا خلاف . ومنها الميل . فاذا قال : أميل إلى النساء ، فرجل ، أو إلى الرجال ، فامرأة ، بشرط المجز عن الأمارات السابقة ، فانها مقدمة على الميل . ولا يرجع إليه إلا بعد بلوغه وعقله . وفي وجه : يقبل قول المميز ثم يتعلق باختياره .

فروع

أحدها : إذا بلغ ووجد من نفسه أحد الميئين ، لزمه أن يخبر به . فإن
آخر ، عصى .

الثاني : يحرم عليه أن يخبر بالتشبي ، وإنما يخبر عما يجده .

الثالث : إذا قال : أميل إليهما ، أو لا أميل إلى واحد منها ، استمر
الاشكال .

الرابع : إذا أخبر بميل ، لزمه ، ولا يقبل رجوعه إلا أن يخبر بالذكورة ،
ثم يلد ، أو يظهر به حمل ، فيبطل قوله ، كما لو حكم بشيء من العلامات الظاهرة ،
ثم ظهر الحمل ، فإن ذلك يبطل .

الخامس : لو حكنا بقوله ، ثم ظهرت علامة غير الحمل ، فيحتمل أن يرجع
إليها ، ويحتمل أن يبقى على قوله .

قلت : الاحتمال الثاني ، هو الصواب ، وظاهر كلام الأصحاب . قال أصحابنا :
وإذا أخبر بميله ، عملنا به فيما له وعليه ، ولا نرده لتهمة . كما لو أخبر صبي
بلوغه للإمكان . والله أعلم

فصل

يحرم على المحدث جميع أنواع الصلاة ، والسجود ، والطواف ، ومس المصحف ،
وحمله ، ويحرم مس حاشية المصحف ، وما بين سطوره ، وحمله بالملاقه قطعاً
ويحرم مس الجلد على الصحيح ، والغلاف ، والصندوق ، والخريطة ، إذا كان
فيهن المصحف ، على الأصح . ولو قلب أوراقه بعود ، حرم على الأصح .

قلت : قطع المراقبون بالجواز ، وهو : الراجح ، فانه غير حامل ولا ماس .
ولو لف كنه على يده ، وقلب به الورق ، حرم عند الجمهور ، وهو الصواب .
وقيل : وجهان . والله اعلم

ولا يحرم حمل المصحف في جملة متاع ، على الأصح . وكتابة القرآن على شيء
بين يديه من غير مس ، ولا حمل ، جائزة على الأصح ، ويجوز مس التوراة ،
والإنجيل ، وما نسخت تلاوته من القرآن ، وحملها على الصحيح . ولا يحرم مس
حديث رسول الله ﷺ ، وحمله ، ولكن الأولى ، التطهر له . وأما ما كتب عليه
شيء من القرآن ، لا للدراسة ، كالدرام الأحديّة ، والثياب ، والعامة ، والطعام ،
والحيطان ، وكتب الفقه ، والأصول ؛ فلا يحرم مسه ، ولا حمله على الصحيح .
وكذا لا يحرم كتب التفسير على الأصح . وقيل : إن كان القرآن أكثر ، حرم
قطعا . وقيل : إن كان القرآن بخط متميز ، حرم الحمل قطعا .

قلت : مقتضى هذا الكلام ، أن الأصح : أنه لا يحرم إذا كان القرآن
أكثر ، وهذا منكر . بل الصواب : القطع بالتحريم ، لأنه ، وإن لم يسم مصحفاً ،
ففي معناه . وقد صرح بهذا صاحب « الحاوي » وآخرون . ونقله صاحب « البحر »
عن الأصحاب . والله اعلم

ويحرم على البالغ مسه ، وحمل اللوح المكتوب فيه قرآن ، للدراسة على
الصحيح ، ولا يجب على الولي والمعلم منع الصبي المميز من مس المصحف
واللوح اللذين يتعلم منهما ، وحملها على الأصح . ولا يحرم أكل الطعام ، وهدم الحائط
المنقوش بالقرآن .

قلت : ويكره إحراق الخشبة المنقوشة به . ويكره كتابته على الحيطان ، سواء
المسجد وغيره ، وعلى الثياب ، ويحرم كتابته بشيء نجس . ولو كان على بعض بدن
المتطهر نجاسة ، حرم مس المصحف بموضعها ، ولا يحرم بغيره على المذهب . ومن

لم يجد ماءً ، ولا تراباً ، يصلي لحزمة الوقت ، ويحرم عليه مس المصحف وحمله . ولو خاف على المصحف من غرقٍ ، أو حرقٍ ، أو نجاسة ، أو كافر ، ولم يتمكن من الطهارة ، أخذته مع الحدث للضرورة .

باب

الفصل

موجباته أربعة .

الأول : الموت . ويأتي في الجنائز إن شاء الله تعالى .

والثاني : الحيض . ثم وجوبه بخروج الدم ، أم بانقطاعه ؟ أم الخروج موجب عند الانقطاع ؟ فيه أوجه . أصحها : الثالث . والنفاس ، كالحيض في الفسل ومعظم الأحكام .

والثالث : إذا أنقت الحامل ولداً ، أو علقه ، أو مضغه ، ولم تر دماً ، ولا بللاً ، لزمتها الفسل على الأصح .

والرابع : الجنابة ، وهي بأمرين : الجماع ، والإنزال . أما الجماع ، فتغيب قدر الحشفة في أي فرج كان ، سواء غيب في فرج امرأة ، أو بهيمة ، أو دبرها ، أو دبر رجل ، أو خنتى صغير ، أو كبير حي ، أو ميت . ويجب على المرأة بأي ذكر دخل فرجها ، حتى ذكر البهيمة ، والميت ، والصبي . وعلى الرجل المولج في دبره . ولا يجب إعادة غسل الميت المولج فيه على الأصح .

قلت : وبصير الصبي والمجنون المولجان ، أو المولج فيها ، جنبين بلا خلاف . فإن اغتسل الصبي وهو ميمتز ، صح غسله ، ولا يجب إعادته إذا بلغ . ومن كمل منها قبل الاغتسال ، وجب عليه الفسل . وعلى الولي أن يأمر الصبي المميز بالفسل في الحال ، كما يأمره بالوضوء . والله أعلم .

هذا كله إذا غُيب قدر الحشفة ، فإن غيب دونها ، لم يتعلق به حكم على الصحيح . ولنا وجه : أن تغييب قدر الحشفة من مقطوعها لا يوجب الفسل ، وإنما يوجب تغييب جميع الباقي ، إن كان قدر الحشفة فصاعدا .

قلت : هذا الوجه مشهور ، وهو الراجح عند كثير من المراقين ، ونقله صاحب « الحاوي » عن نص الشافعي رحمه الله ، ولكن الأول : أصح .
والله أعلم

ولو لف على ذكره خرقه فأولجه ، وجب الفسل على أصح الأوجه ، ولا يجب في الثاني . والثالث إن كانت الخرقه خشنة ؛ وهي التي تمنع وصول بلل الفرج إلى الذكر ، وتمنع وصول الحرارة من أحدهما إلى الآخر ، لم يجب ، وإلا ، وجب .

قلت : قال صاحب « البحر » : وتجري هذه الأوجه في إفساد الحجج به ، وينبغي أن تجري في جميع الأحكام . والله أعلم

فرع

ولو أولج خنثى في فرج خنثى أو دبره ، أو أولج كل واحد منهما في فرج صاحبه ، أو دبره ، فلا غسل ، ولا وضوء على أحد ، إلا من نزع الذكر من دبره ، فعليه الوضوء ، لخروج خارج من دبره .

قلت : وكذا إذا نزع من قبله . وقلنا : المنفتح تحت المدة ينتقض الخارج منه مع انفتاح الأصلي . والله أعلم

ولو أولج الخنثى في بهيمة ، أو امرأة ، أو دبر رجل ، فلا غسل على أحد . وعلى المرأة الوضوء بالتزعم منها . وكذلك الوضوء على الخنثى ، والرجل المولع فيه . ولو أولج رجل في فرج خنثى ، فلا غسل ، ولا وضوء عليهما ، لاحتمال أنه رجل . ولو أولج رجل في فرج خنثى ، والخنثى في فرج امرأة ، فالخنثى جنب ، والرجل والمرأة غير جنبين ، وعلى المرأة الوضوء بالتزعم منها .

قلت : إذا أولج ذكراً أشل ، وجب عليهما الغسل على المذهب . ولو استدخلت ذكراً مقطوعاً ، فوجهان ، كمنه . ولو كان لرجل ذكران يبول بهما ، فأولج أحدهما ، وجب الغسل ؛ ولو كان يبول بأحدهما ، وجب الغسل لو كان بإيلاجه ، ولا يتعلق بالآخر حكم في تقض الطهارة . والله أعلم

الأمر الثاني : الجنابة بإزالة النية . وسواء خرج من المخرج المعتاد ، أو قبة في الصلب ، أو الخصى على المذهب . وقيل : الخارج من غير المعتاد ، له حكم المنفتح المذكور في باب الأحداث ، فيعود فيه الخلاف والتفصيل . والصلب هنا كالمعدة هناك .

ثم للنيّ خواص ثلاث .

أحدها : رائحة ؛ كرائحة المجين ، والطلع رطباً ، وكرائحة بياض البيض يابساً .

الثانية : التدفق بدفعات .

الثالثة : التلذذ بخروجه ، واستمساكه فتور الذكر ، وانكسار الشهوة . ولا يشترط اجتماع الخواص ، بل واحدة منهن تكفي في كونه منياً بلا خلاف . وله صفات أخر ، كالبياض والثلخانة في مني الرجل ، والرقّة والاصفرار في مني

المرأة في حال الاعتدال . وليست هذه الصفات من خواصه ، فعدمها لا ينفيه ، ووجودها لا يقتضيه . فلو زالت الثخانة والبياض لمرض ، أو خرج على لون الدم لكثرة الجماع ، وجب الفسل اعتماداً على بعض الخواص .

وحكي وجه : أنه لا يجب بها على لون الدم ، وهو شاذ . ولو تنبه من نومه ، فلم ير إلا الثخانة والبياض ، فلا غسل ، لأن الودي يشارك المني فيها ، بل يتخير بين جعله منياً ومذياً على ظاهر المذهب ، وفيه الخلاف السابق في آخر صفة الوضوء . فان قلنا بالمذهب ، فغلب على ظنه المني ، لكون المذي لا يليق بجاله ، أو لتذكر جماع ، قال إمام الحرمين : يحتمل أن تستصحب الطهارة ، وأن يحمل على الظن . والاحتمال الأول مقتضى كلام معظم الأصحاب . ولو أنزل فاعتسل ، ثم خرجت بقية المني ، وجب الفسل ثانياً قطعاً . سواء خرجت قبل البول ، أو بعده .

فرع

المرأة ؛ كالرجل في وجوب الفسل بخروج منها .

قال إمام الحرمين والفراي : لا تعرف منها إلا بالتلذذ . وقال الأكثرون تصريحاً وتمريضاً : يطرد في معرفة منها الخواص الثلاث ، كالرجل . ولو اغتسلت من جماع ، ثم خرج منها مني الرجل ، لزما الفسل على المذهب بشرطين . أحدهما : أن تكون ذات شهوة دون الصغيرة . والثاني : أن تقضي شهوتها بذلك الجماع ، كناية ومكرهة . فان اختلف شرط ، لم يجب الفسل قطعاً .

فرع

إذا استدخلت منياً في قبلها أو دبرها ، لم يلزمها الغسل على المذهب .

فرع

لا يجب الغسل من غسل الميت على الجديد المشهور ، ولا بجنون وإغماء على المذهب .

قلت : لو رأى المني في ثوبه ، أو فراش لا ينام فيه غيره ، ولم يذكر احتلاماً ، لزمه الغسل ، على الصحيح المنصوص ، وبه قطع الجمهور . قال أصحابنا : ويجب إعادة كل صلاة لا يحتمل حدوث المني بعدها . ويستحب إعادة كل صلاة يحتمل كونه فيها . ثم إن الشافعي والأصحاب أطلقوا المسألة . وقال الماوردي : هذا إذا رأى المني في باطن الثوب ، فإن رآه في ظاهره ، فلا غسل ، لاحتمال إصابته من غيره . وإن كان ينام معه في الفراش من يجوز كون المني منه ، لم يلزمه الغسل ، ويستحب أن يفتسلاً ، ولو أحس بانتقال المني وزوله ، فأمسك ذكره ، فلم يخرج منه شيء في الحال ، ولا علم خروجه بعده ، فلا غسل عندنا . والله أعلم

فصل

يحرم على الجنب ما يحرم على المحدث ، وشيئان : قراءة القرآن ، واللبث في المسجد . فأما القرآن ، فيحرم ، وإن كان بعض آية على قصد القرآن ، فلو لم يجد الجنب ماءً ولا تراباً ، فهل يباح له قراءة الفاتحة في صلاته ؟ وجهان . الأصح : يحرم كما يحرم ما زاد عليها قطعاً ، ويأتي بالتسبيح الذي يأتي به من لا يحسن القراءة ، لأنه عاجز شرعاً .

قلت : الأصح الذي قطع به جماهير العراقيين : أنه يجب عليه قراءة الفاتحة ، لأنه مضطر إليها . والله أعلم

ولو قرأ شيئاً منه ولم يقصد القرآن ، جاز ، كقوله : بسم الله ، والحمد لله ، أو قال : (سبحان الذي سخر لنا هذا وما كنا له مقرنين) الزخرف : ١٣ . على قصد سنة الركوب . ولو جرى هذا على لسانه ولم يقصد قرآناً ولا ذكراً ، جاز . ويحرم على الحائض والنفساء ما يحرم على الجنب من القراءة على المذهب ، وأثبت جماعة من المحققين قولاً قديماً أنها لا تحرم .

قلت : ولو كان فم غير الجنب والحائض نجساً ، ففي تحريم القراءة عليه وجهان ، الأصح يكره ولا يحرم . ولا تكره القراءة في الحمام . ويجوز للحائض والجنب قراءة ما يستحب تلاوته . والله أعلم

وأما اللبث في المسجد ، فحرام على الجنب ، ولا يحرم عليه العبور ، لكن يكره إلا لفرض ، بأن يكون المسجد طريقه إلى مقصده ، أو أقرب الطريقين إليه ، وفي وجه : إنما يجوز العبور إذا لم يكن طريق سواه ، وليس بشيء . ويحرم التردد في جوانبه ، فإنه كالكت . ويجوز المكث للضرورة ، بأن نام في المسجد ، فاحتلم ولم يمكن الخروج ، لإغلاق الباب ، أو خوف العسس ، أو غيره على النفس ، أو المال . ويجب أن يتيمم إن وجد غير تراب المسجد ، ولا يتيمم بترابه .

قلت : يجوز للجنب والحائض النوم في المسجد ، نص عليه الشافعي في « الأم » والأصحاب رحمهم الله . ولو احتلم في مسجد له بابان ، أحدهما أقرب ، فالأولى أن يخرج منه ، فإن عسدل إلى آخر لفرض ، لم يكره ، وإن لم يكن غرض ، لم يكره على الأصح . والله أعلم

فرع

فضل ماء الجنب والحائض طهور لا كراهة في استعماله . ويجوز للجنب أن يجمع ، وأن ينام ، ويأكل ، ويشرب ، لكن يسن أن لا يفعل شيئاً من ذلك إلا بعد غسل فرجه والوضوء .

قلت : قال أصحابنا : لا يستحب هذا الوضوء ، و[كذا] غسل الفرض للحائض والنفساء ، لأنه لا يفيد ، فإذا انقطع دمها ، صارت كالجنب . والله أعلم

فصل

في كيفية الغسل

أقله شيان :

أحدهما : النية ، وهي واجبة ، وتقدم ذكر فروعها في صفة الوضوء . ولا يجوز أن يتأخر عن أول الغسل المفروض ، فإن اقترنت به ، كفى ، ولا ثواب له في السنن المتقدمة . وإن تقدمت على المفروض وعزبت قبله ، فوجهان ، كما في الوضوء ، ثم إن نوى رفع الجنابة ، أو رفع الحدث عن جميع البدن ، أو نوت الحائض رفع حدث الحيض ، صح الغسل . وإن نوى رفع الحدث ، ولم يتعرض للجنابة ولا غيرها ، صح غسله على الأصح ، ولو نوى رفع الحدث الأصغر متعمداً ، لم يصح غسله على الأصح ، وإن غلط ، فظن حدثه الأصغر ، لم ترتفع الجنابة عن غير أعضاء الوضوء . وفي أعضاء الوضوء وجهان ، أحدهما : لا يرتفع ، وأصحهما : يرتفع عن الوجه واليدين والرجلين ، دون الرأس على الأصح ، ولو نوى استباحة ما يتوقف عن الغسل ، كالصلاة ، والطواف ، وقراءة القرآن ، أجزأه . ولو نوت الحائض استباحة الوطء ، صح على الأصح . وإن نوى مالا يستحب له الغسل ، لم يصح . وإن نوى ما يستحب له ، كالعبور

في المسجد ، والأذان ، وغسل الجمعة ، والعيد ، لم يجزه على الأصح ، كما سبق في الوضوء . ولو نوى الغسل المفروض ، أو فريضة الغسل ، أجزأه قطعاً .

الثاني : استيعاب جميع البدن بالغسل ، ومن ذلك ما ظهر من صماخي الأذنين ، والشقوق في البدن ، وكذا ماتحت القلفة من الأثلف ، وما ظهر من أنف المجدوع على الأصح فيها ، وكذا ما يبدو ، من الثيب إذا قدمت لقضاء الحاجة ، على أصح الأوجه ، وعلى الثاني : لا يجب غسل ما وراء ملتقى الشفرين ، وعلى الثالث : يجب في غسل الحيض والنفاس خاصة ، لإزالة دمها ، ولا يجب ما وراء ماذكرناه قطعاً ، ولا المضمضة ، والاستنشاق . ويجب إيصال الماء إلى جميع الشعور على البشرة ، وإلى منابتها ، وإن كثفت ، ولا يجب غسل شعر نبت في العين ، ويسامح بياطن المقد التي على الشعرات على الأصح ، وعلى وجهه ، يجب قطعها .

قلت : هذا الذي صححه ، هو الذي صححه صاحب « البحر » والصحيح : أنه لا يفي عنه ، لأنه يمكن قطعها بلا خلاف ، وهو ظاهر نص الشافعي والجمهور ، وقد أوضحته في شرح « المذهب » . والله أعلم

ويجب تقض الطفائر إن لم يصل الماء إلى باطنها إلا بالنقض ، ولا يجب إن وصل .

أما أكمل الغسل فيحصل بأمور . الأول : أن يغسل ما على بدنه من أذى أولاً ، كاللي ونحوه من القذر الطاهر ، وكذا النجس . وتقديم إزالة النجاسة شرط لصحة الغسل . فلو غسل غسلة واحدة بنية الحدث والنجس ، طهر عن النجس . ولا يطهر عن الحدث على المذهب .

قلت : الأصح أنه يطهر عن الحدث أيضاً ، وقد تقدم . والله أعلم

وإذا قلنا : الفسلة الواحدة تكفي عن الحدث والنجس ، كان تقديم إزالة النجاسة من الكمال . وإن قلنا : لا يكفي ، لم تكن الإزالة من الكمال ، ولا من الأركان ، بل تكون شرطاً ، خلافاً لكثير من أصحابنا ، حيث قالوا : واجبات الفسل ثلاثة : غسل النجاسة إن كانت ، والنية ، والاستيعاب . الثاني : أن يتوضأ ، كما يتوضأ للصلاة . وتحصل سنة الوضوء سواء أخر غسل القدمين إلى الفراغ ، أو فعله بعد مسح الرأس والأذن . وأيهما أفضل ، قولان . المشهور أنه لا يؤخر . ثم إن تجردت الجنبات عن الحدث ، فالوضوء مندوب . وإن اجتمعما ، فقد قدمنا في آخر باب صفة الوضوء الخلاف في اندراجهما في الفسل ، فإن قلنا بالذهب : أنه يندرج ، فالوضوء مندوب ، ويمد من سنن الفسل . وإن أوجبنا الوضوء ، امتنع عنه من سنن الفسل ، فإنه لا صائر إلى أنه يأتي بوضوئين ، بل يقتصر على وضوء . فإن شاء قدمه على الفسل ، وإن شاء أخره . وعلى هذا لا بد من أفراد الوضوء بالنية . وإذا قلنا بالاندراج ، لايحتاج إلى إفراده بنية .

قلت : المختار أنه إن تجردت الجنبات ، نوى بوضوئه سنة الفسل ، وإن اجتمعما ، نوى به رفع الحدث الأصغر . والله أعلم

واعلم أنه يتصور تجرد الجنبات في صور . منها أن يولج في بهيمة أو دبر رجل . ومنها أن يلف على ذكره خرقة ويولجه ، إذا قلنا : إنه يجب الفسل . ومنها إذا أزل المتوضئ النبي بنظر ، أو فكر ، أو في النوم قاعداً . وأما جماع المرأة بلا حائل ، فيقع به الحدثان على الصحيح ، وقيل : تقتضي الجنبات فقط ، ويكون اللبس مغموراً . الثالث : أن تتمهد مواضع الانعطاف ، والاتواء ، كالأذنين ، وغضون البطن ، ومنابت الشعر . ويخلل أصول الشعر بالماء قبل إفاضته .

الرابع : يفيض الماء على رأسه ، ثم على شقه الأيمن ، ثم الأيسر ، ويكون غسل جميع البدن ثلاثاً ، كالوضوء ، فإن اغتسل في نهر ونحوه ، انغمس ثلاث مرات ، ويدلك في كل مرة ما يصل يده . ولا يستحب تجديد الفسل على الصحيح .

الخامس : إذا اغتسلت عن حيض ، أو نفاس ، يسن لها أن تأخذ طيباً وتجمله في قطنة ، أو نحوها ، وتدخلها فرجها ، والمسك أولى من غيره . فإن لم تجده ، فطيباً آخر ، فإن لم تجد ؛ فطيناً ، فإن لم تفعل ، فالماء كافٍ .

السادس : ماء الوضوء والفسل غير مقدر ، ويستحب أن لا ينقص ماء الوضوء عن مد ، وماء الفسل عن صاع تقريباً .

قلت : الأصح المد هنا : رطل وثلاث بالبندامي على المذهب . وقيل : رطلان . والصاع أربعة أمداد . والله أعلم

السابع : يستحب أن يستصحب النية إلى آخر الفسل ، وأن لا يفسل في الماء الراكد ، وأن يقول بعد الفراغ : « أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله »^(١) وقد تقدم في باب صفة الوضوء سنن كثيرة تدخل هنا .

قلت : لا يجوز الفسل بحضرة الناس إلا مستور العورة . ويجوز في الخلوة مكشوفها ، والستر أفضل . ولو ترك الفسل المضمضة والاستنشاق ، أو الوضوء ، قال الشافعي والأصحاب رحمهم الله : فقد أساء ، ويستحب أن يتدارك ذلك ، ولا يجب ترتيب في أعضاء الفسل ، لكن يستحب البداءة بأعضاء الوضوء ثم بالرأس وأعلى

(١) روى مسلم في « صحيحه » عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : « ما منكم من أحد يتوضأ فيسبغ الوضوء ، ثم يقول : أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، إلا فتحت له أبواب الجنة الثمانية ، يدخل من أيها شاء » .

البدن . ولو أحدث في أثناء غسله ، جاز أن يتمه ، ولا يمنع الحدث صحته ، لكن لا يصلي حتى يتوضأ . ويجوز الغسل من إزال المني قبل البول ، والأفضل بعده ثلاثا يخرج بعده مني . ولا يجب غسل داخل العين ، وحكم استجابته على ما سبق في الوضوء . ولو غسل بدنه إلا شعرة أو شعرات ثم تنفها ، قال الماوردي : إن كان الماء وصل أصلها ، أجزأه ، وإلا لزمه إيصاله إليه . وفي فتاوى ابن الصباغ : يجب غسل ما ظهر ، وهو الأصح . وفي « البيان » وجهان . أحدهما : يجب . والثاني : لا ، لفوات ما يجب غسله ، كمن توضأ وترك رجله فقطعت . والله أعلم



كتاب التيميم

وفيه ثلاثة أبواب .

الأول : فيما يبيحه . وإنما يباح بالعجز عن استعمال الماء بتعذره ، أو بعسره ،
لخوف ضرر ظاهر . وأسباب العجز سبعة .

أحدها : فقد الماء . وللمسافر فيه أربعة أحوال .

أحدها : أن يتيقن عدم المساء حوله ، كبعض رمال البوادي ، فيتيمم ولا
يحتاج إلى طلب الماء على الأصح .

الثانية : أن يجوز وجوده تجويزاً بعيداً ، أو قريباً ، فيجب تقديم الطلب قطعاً .
ويشترط في الطلب أن يكون بعد دخول وقت الصلاة . وله أن يطلب بنفسه ،
ويكفيه طلب من أذن له على الصحيح ، ولا يكفيه طلب من لم يأذن له قطعاً .
والطلب : أن يفتش رحله ، فإذا لم يجد ، نظر يمينا ، وشمالاً ، وقُدَّاماً ، وخلفاً ،
إن استوى موضعه ، ويخص مواضع الخضرة ، واجتماع الطير بمزيد احتياط . وإن
لم يستو الموضع ، نظر ، إن خاف على نفسه ، أو ماله ، لو تردد ، لم يجب التردد ، وإن
لم يخف ، وجب التردد إلى حد يلحقه غوث الرفاق مع ما هم عليه من التشاغل
بشغلهم ، والتفاوض في أقوالهم . ويختلف ذلك باستواء الأرض واختلافها صعوداً
وهبوطاً ، فإن كان معه رقيقة ، وجب سؤالهم إلى أن يستوعبهم ، أو يضيق الوقت

فلا يبقى إلا مايسع تلك انصلاة في الأصح . وفي وجه : إلى أن يبقى مايسع
ركمة . وفي وجه : يستوعبهم وإن خرج الوقت .

قلت : قال أصحابنا : ولا يجب أن يطلب من كل واحد من الرقعة بعينه ،
بل ينادي فيهم : من معه ماء ؟ من يجود بالماء ؟ ونحوه . حتى قال البغوي وغيره :
لو قلت الرقعة ، لم يطلب من كل واحد بعينه ، ولو بعث النازلون ثقةً يطلب لهم ،
كفام كلهم . والله أعلم

ومتى عرف معهم ماءً ، وجب استنباهه على الأصح . هذا كله إذا لم يسبق
منه تيمم وطلب . فإن سبق ، نظر ، إن جرى أمر يحتمل بسببه حصول ماء ، بأن
انتقل من موضعه ، أو طلع ركب ، أو سحابة ، وجب الطلب أيضاً . لكن كل موضع
يتيقن بالطلب أن لا ماء فيه ، ولم يحتمل حدوثه فيه ، لم يجب الطلب منه على المذهب ،
وإن لم يجز الأمر المذكور ، نظر ، فإن كان يتيقن عدم الماء ، لم يجب على الأصح ، وإن
كان ظنه ، وجب على الأصح ، لكنه أخف طلباً من الأول . وسواء في هذا
كله تخلل بين التيممين زمن طويل ، أو قصير ، أو لم يتخلل .

الحالة الثالثة : أن يتيقن وجود الماء حواليه . وله ثلاث مراتب .

الأولى : أن يكون على مسافة ينتشر إليها النازلون للحطب والحشيش
والرعي ، فيجب السعي إليه ، ولا يجوز التيمم . وهذا فوق حد الغوث الذي
يقصده عند التوهم .

قال محمد بن يحيى : لعله يقرب من نصف فرسخ .

المرتبة الثانية : أن يكون بعيداً ، بحيث لو سعى إليه فاته فرض الوقت ،
فيتيمم على المذهب ، بخلاف ما إذا كان واجداً للماء ، وخاف فوت الوقت لو توسأ ،
فانه لا يجوز التيمم على المذهب . وفي « التهذيب » وجه شاذ : أنه يتيمم ويصلي
في الوقت ، ثم يتوسأ ويميد ، وليس بشيء . ثم الأشبه بكلام الأئمة ، أن الاعتبار

في هذه المسافة من أول وقت الصلاة الحاضرة لو كان نازلاً في ذلك الموضع . ولا بأس باختلاف المواقيت في الطول والقصر ، ولا باختلاف المسافة في السهولة والصعوبة . فان كان التيمم لفائئة أو نافلة ، اعتبر بوقت الفريضة الحاضرة ، وعلى هذا لو انتهى إلى المنزل في آخر الوقت ، والماء في حد القرب ، وجب قصده والوضوء وإن فات الوقت ، كما لو كان الماء في رحله ، فانه يتوضأ وإن فات الوقت .

قلت : هذا الذي ذكره الإمام الرافعي ، ونقله عن مقتضى كلام الأصحاب ، من اعتبار أول الوقت ، ليس كما قاله ، بل الظاهر من عباراتهم ؛ أن الاعتبار بوقت الطلب . هذا هو المفهوم من كتبهم المشهورة والمهجورة ، وهو ظاهر نص الشافعي رحمه الله في « الأم » وغيره ، فان عبارته وعبارتهم : وإن دل على ماء ، ولم يخف فوت الوقت ، ولا ضرراً ، لزمه طلبه . هذا نصه ونصهم ، وهو صريح ، أو كالصريح فيما قلته ، وقد تبعت ذلك وأتقنته . والله أعلم

الموتبة الثالثة : أن يكون بين المرتبتين ، فيزيد على ما ينتشر إليه النازلون ، ويقصر عن خروج الوقت . فهل يجب قصده ، أم يجوز التيمم ؟ نص الشافعي رحمه الله ، أنه إن كان على يمين المنزل أو يساره ، وجب . وإن كان صوب مقصده ، لم يجب ، فقيل بظاهر النصين ، وقيل : فيها قولان . والمذهب جواز التيمم وإن علم وصوله إلى الماء في آخر الوقت . وإذا جاز ذلك للساير إلى جهة الماء ، فالنازل الذي عن يمينه أو يساره أولى . والساير وهو على يمينه أو يساره أولى ، هذا في المسافر . أما المقيم ، فلا يجوز له التيمم وإن خاف فوت الوقت لو سعى إلى الماء ، لأنه لا بد له من القضاء . ثم إذا قلنا في المسافر بالمذهب : وهو جواز التيمم مطلقاً ، فان تيقن وجود الماء آخر الوقت ، فالأفضل تأخير الصلاة ليؤديها بالوضوء . وفي « التتمة » وجه شاذ : أن تقديمها بالتيمم أفضل ، لفضيلة أول الوقت . وإن لم يتيقن الماء ، ولكن رجا ، فقولان . أظهرهما : التقديم أفضل . وموضع القولين إذا اقتصر على صلاة واحدة . أما إذا صلى بالتيمم أول الوقت ،

وبالوضوء مرة أخرى آخره ، فهو النهاية في إحراز الفضيلة . وإن ظن عدم الماء ، أو تساوى احتمال وجوده وعدمه ، فالتقديم أفضل قطعاً . وربما وقع في كلام بعضهم نقل القولين ، فيما إذا لم يظن الوجود . ولا وثوق بهذا النقل .

قلت : قد صرح الشيخ أبو حامد ، وصاحب « الحاوي » و « المحاملي » وآخرون بجريان القولين فيما إذا تساوى الاحتمال . والله أعلم

أما تعجيل التوضيء وغيره الصلاة في أول الوقت منفرداً ، وتأخيرها لانتظار الجماعة ، ففيه ثلاثة طرق . قيل : التقديم أفضل ، وقيل : التأخير ، وقيل : وجهان . قلت : قطع معظم العراقيين ، بأن التأخير للجماعة أفضل . ومعظم الخراسانيين ، بأن التقديم منفرداً أفضل . وقال جماعة : هو كالتييم . فإن تيقن الجماعة آخر الوقت ، فالتأخير أفضل . وإن ظن عدمها ، فالتقديم أفضل . وإن رجاها ، فقولان . وينبغي أن يتوسط فيقال : إن فحش التأخير ، فالتقديم أفضل . وإن خف ، فالتأخير أفضل . وموضع الخلاف ؛ إذا اقتصر على صلاة . فأما إذا صلى أول الوقت منفرداً ، وآخره مع الجماعة ، فهو النهاية في الفضيلة ، وقد جاء به الحديث ، في « صحيح مسلم » وغيره (١) .

قال صاحب « البيان » : قال أصحابنا : والقولان في التيمم ، يجريان في مريض عجز عن القيام ، ورجاه آخر الوقت ، أو رجا العريان السترة آخره ، هل الأفضل تقديم الصلاة على حالها ، أم التأخير ؟ قال : ولا يترك الترخص بالقصر في السفر . وإن علم إقامته آخر الوقت بلا خلاف . قال : قال صاحب « الفروع » : إن خاف فوت الجماعة ، لو أكمل الوضوء ، فادراكها أولى من الإنجاس ، لإكاله . وفي هذا نظر . والله أعلم

(١) عن أبي ذر رضي الله عنه قال : قال لي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : « كيف أنت إذا كانت عليك أمراء يؤخرون الصلاة عن وقتها ، أو يمتنون الصلاة عن وقتها ؟ » قال : قلت : فما تأمرني ؟ قال : « صل الصلاة لوقتها ، فإن أدركتها مهم فصل ، فإنها لك نافلة » رواه مسلم (٢٣٨) والترمذي ، والنسائي ، وابن ماجه .

الحالة الرابعة : أن يكون الماء حاضراً ، بأن يزدحم مسافرون على بئر لا يمكن أن يستقي منها إلا واحد بعد واحد ، لضيق الموقف ، أو اتحاد الآلة ، فإن توقع حصول نوبته قبل خروج الوقت ، لم يحجز التيمم . وإن علم أنها لا تحصل إلا بعد الوقت ، فنص الشافعي رحمه الله ، أنه يجب الصبر ليتوضأ . ونص في عراة معهم ثوب واحد يتناوبونه ، أنه يصبر ليستر عورته ، ويصلي بعد الوقت . ونص في جماعة في موضع ضيق لا يمكن أن يصلي فيه قائماً إلا واحد ، أنه يصلي في الوقت قاعداً ، إذا علم أن نوبته لا تحصل إلا بعد الوقت . وهذا يخالف النصين في المسألتين السابقتين ، فالأصح ما قاله أبو زيد وغيره : أن في الجميع قولين . أحدهما : يصلي في الوقت بالتيمم ، وعارياً ، وقاعداً ، لحزمة الوقت . والثاني : يصبر ، للقدرة . والطريق الثاني : تقرير النصين ، فيصبر للوضوء واللبس ، دون القيام ، لسهولة أمره .

وقال كثيرون : لا نص في مسألة البئر ، ونص في الآخرين على ما سبق ، وألحقوا الوضوء بالقيام لحصول بدلها . فقالوا : يتيمم في الوقت ويصلي . وأجرى إمام الحرمين ، والغزالي ، هذا الخلاف فيما إذا لاح للمسافر الماء ، ولا عائق دونه ، ولكن ضاق الوقت ، وعلم أنه لو اشتغل به ، فاته الوقت . وهذا يقتضي إثبات الخلاف في المرتبة الثانية ، من الحالة الثالثة ، وقد أشرنا إليه هناك .

قلت : الأصح من الطريقين ، إجراء القولين في الجميع . وأظهرهما : يصلي في الوقت بالتيمم ، وعارياً ، وقاعداً ، ولا إعادة على المذهب . وفي « التهذيب » في وجوب الإعادة ، قولان . والله أعلم

إذا وجد الجنب ، أو المحدث ، ما لا يكفيه لطهارته ، وجب استعماله على الأظهر ، ثم يجب التيمم بعده للباقي ، فيفصل المحدث وجهه ، ثم يديه على الترتيب ، ويفصل الجنب من جسده ما شاء . والأولى : أعضاء الوضوء . فإن كان محدثاً

جنباً ، ووجد ما يكفي الوضوء وحده ، فإن قلنا بالمذهب : أنه يدخل الأصفر في الأكبر ، فهو كالجنب المحض . وإن قلنا : لا يدخل ، توضأ به عن الأصفر ، وتيمم عن الجنابة ، يقدم أيها شاء . هذا كله إذا صلح الموجود للفعل ، فإن لم يجد الحدث إلا ثلجاً ، أو برداً لا يقدر على إذايته ، لم يجب استعماله على المذهب . وقيل : فيه القولان . فإن أوجبنا تيمم عن الوجه واليدين ، ثم مسح به الرأس ، ثم تيمم للرجلين . هذا كله إذا وجد تراباً . فإن لم يجده ، وجب استعمال الناقص على المذهب . وقيل : فيه القولان .

قلت : ولو لم يجد إلا تراباً لا يكفي للوجه واليدين ، وجب استعماله على المذهب . وقيل : فيه القولان . ولو لم يجد ماءً ، ووجد ما يشترى به بعض ما يكفي من الماء ، ففي وجوبه القولان . فإن لم يجد ماءً ، ولا تراباً ، ففي وجوب شراء بعض ما يكفي من الماء ، الطريقان . ولو تيمم ، ثم رأى مالا يكفي ، فإن احتمل عنده أنه يكفي ، بطل تيممه ، وإن علم بمجرد رؤيته ، أنه لا يكفي ، فعلى القولين في استعماله . إن أوجبناه ، بطل . وإلا ، فلا . ولو كان عليه نجاسات ، ووجد ما يفسل بعضها ، وجب على المذهب . ولو كان جنباً ، أو محدثاً ، أو حائضاً ، وعلى بدنه نجاسة ، ووجد ما يكفي أحدهما ، تعين للنجاسة ، فيفسلها ثم يتيمم . فلو تيمم ثم غسلها ، جاز على الأصح ، وبقيت لهذه المسألة فروع ، استقصيتها في شرحي « المذهب » و« التنبية » . والله أعلم

فصل

إذا كان معه ماء يصلح لطهارته ، فأثلفه بإراقة ، أو شرب ، أو تنجيس ، تيمم قطعاً . ثم إن كان الإتلاف قبل الوقت مطلقاً ، أو بعده لغرض ، كشرب للحاجة ، أو غسل ثوب للنظافة ، أو تبرد ، أو اشتبه الإناثان واجتهد ، ولم

يظهر له شيء ، فأراقها ، أو صب أحدهما في الآخر ، فلا إعادة عليه . وإن كان بعد الوقت لغير غرض ، فلا إعادة أيضاً ، على الأصح ، لفقده . وقيل : يجب لمصيانته قطعاً . ولو اجتاز بماء في الوقت ، فلم يتوضأ ، فلما بُعد منه ، صلى بالتيمم ، لم يعد على المذهب . وقيل : فيه الوجهان . وهو شاذ . ولو وهب الماء في الوقت ، أو باعه من غير حاجة للتهب والمشتري ، كمشط ونحوه ، ولا حاجة للبائع إلى ثمنه ، ففي صحة البيع والهبة ، وجهان . الأصح : لا يصحان . فإن صح ، فحكمه في القضاء ، حكم الإراقة . وإن لم يصح ، لم يصح تيممه ، مادام الماء في يد المتاع والموهوب له ، وعليه الاسترداد . فإن لم يقدر وتيمم ، وجب القضاء . وإن أ تلف في يده ، فهو كالإراقة . ثم في المقضي في الصور ، ثلاثة أوجه . الأصح : تقضى الصلاة التي فوت الماء في وقتها . والثاني : تقضى أغلب ما يؤديه بوضوء واحد . والثالث : تقضى كل صلاة صلاها بالتيمم .

قلت : وإذا وجب القضاء ، لا يصح في الوقت بالتيمم ، بل يؤخره إلى وجود الماء ، أو حالة يسقط الفرض فيها بالتيمم .

قال أصحابنا : وإذا قلنا : لا يصح هبة هذا الماء ، وتلف في يد الموهوب له ، فلا ضمان عليه على المذهب . والله أعلم .

السبب الثاني : الخوف على نفسه ، أو ماله ، فإذا كان بقربه ما يخاف من قصده على نفسه ، أو عضوه ، من سبّح ، أو عدو . أو على ماله الذي معه ، أو الخلف في رحله ، من غاصب ، أو سارق . أو كان في سفينة ، وخاف لو استقى من البحر ، فله التيمم . ولو خاف من قصده الانقطاع عن رفقته ، تيمم إن كان عليه منه ضرر ، وكذا إن لم يكن ضرر على الأصح . ولو وهب الماء لِعادمه ، وجب قبوله على الصحيح . ولو أغير الدلو والرشاء ، وجب قبوله قطعاً . وقيل : إن زادت قيمة المستعار على ثمن الماء ، لم يجب قبوله . ولو أقرض الماء ،

وجب قبوله على الصحيح . ولو وهب له أجنبي ثمن الماء ، أو آلة الاستقاء ، لم يجب قبوله . وكذا لو وهبه الأب ، أو الابن ، على الصحيح . ولو أقرض ثمن الماء وهو معسر ، لم يجب قبوله . وكذا إن كان موسراً بمالٍ غائب على الأصح . ولو بيع الماء بنسيئة وهو معسر ، لم يجز قبوله . وإن كان موسراً ، وجب على الصحيح .

قلت : وصورة المسألة ، أن يكون الأجل ممتداً إلى أن يصل إلى بلد ماله . والله أعلم

ولو وجد ثمن الماء ، واحتاج إليه لدين مستغرق ، أو نفقة حيوان محترم معه ، أو لمؤنة من مؤن سفره ، في ذهابه وإيابه ، لم يجب شراؤه . وإن فضل عن هذا كله ، وجب الشراء إن بيع بثمن المثل ، ويصرف إليه أي نوع كان معه من المال . وإن بيع بزيادة ، لم يجب الشراء وإن قلت الزيادة . وقيل : إن كانت مما يُتغابن بمثلها ، وجب ، وهو ضعيف . وإن بيع بنسيئة ، وزيد بسبب الأجل ما يليق به ، فهو ثمن مثله على الصحيح . وفي ضبط ثمن المثل أوجه . الأصح : أنه ثمنه في ذلك الموضع وتلك الحالة . والثاني : ثمن مثله في ذلك الموضع ، في غالب الأوقات . والثالث : أنه قدر أجرة نقله إلى ذلك الموضع ، وهو ضعيف . ولم يتقدم النزاليُّ أحدٌ باختياره إياه . ولو بيع آلة الاستقاء ، أو أجرها بثمن المثل وأجرته ، وجب القبول . فإن زاد ، لم يجب . كذا قاله الأصحاب . ولو قيل : يجب التحصيل ما لم يجاوز الزيادة ثمن مثل الماء ، لكان حسناً . ولو لم يجد إلا ثوباً وقدر على شده في الدلو ليستقي ، لزمه ذلك . فلو لم يكن دلو وأمكن إدلاؤه في البئر لينتل ، ويمصر ما يوضئه ، لزمه ،

فلو لم يصل الماء وأمكن شقه ، وشد بعضه ببعض ، لزمه . هذا كله إذا لم يحصل في الثوب نقص يزيد على أكثر الأمرين : ثمن الماء ، وأجرة الحبل .

السبب الثالث : الحاجة إلى الماء ، لعطش ونحوه . فيه مسائل .

أحدها : إذا وجد ماءً واحتاج إليه لمطشه ، أو عطش رفيقه ، أو حيوان محترم في الحال ، أو في المال بموض ، أو بغيره ، جاز التيمم . وذكر إمام الحرمين ، والغزالي : تردداً في التزود لمطش رفيقه . والمذهب : القطع بجوازه . وضبط الحاجة يقاس بما سيأتي في « المرض المبيح » إن شاء الله تعالى .

وللعطشان أن يأخذه من صاحبه قهراً ، إذا لم يذله .
وغير المحترم من الحيوان ، هو الحرثي ، والمرتد ، والخنزير ، والكلب العقور ، وسائر الفواسق الخمس ، وما في معناها . ولا يكف أن يتوضأ بالماء ، ثم يجمعه ويشربه على المذهب . قال أبو علي الزُّجَاجِي - بضم الزاي - والماوردي وآخرون : من كان معه ماء : طاهر ، ونجس ، وعطش ، توضأ بالطاهر ، وشرب النجس .

قلت : ذكر الشاشي كلام الماوردي هذا ، ثم أنكره ، واختار : أنه يشرب الطاهر ويتيمم ، وهذا هو الصحيح ، وهذا الخلاف فيما بعد دخول الوقت ، أمّا قبله ، فيشرب الطاهر بلا خلاف . صرح به الماوردي وغيره . قال المتولي : ولو كان يرجو وجود الماء في غده ولا يتحققه ، فهل له التزود ؟ وجهان .
الأصح : جوازه . والله أعلم

المسألة الثامنة : قال الشافعي رحمه الله : إذا مات رجل له ماء ورفقته عطاش ، شربوه ويموه وأدوا ثمنه في ميراثه . وصورة المسألة : أنهم رجعوا إلى البلد ، وأراد بالثمن القيمة ، موضع الإتلاف ووقته . وقيل : أراد مثل القيمة .

الثالثة : إذا أوصى ، أو وكَّل بصرف ماء إلى أولى الناس به ، فحضر ميت ، وجنب ، وحائض ، ومن على بدنه نجاسة ، ومحدث ، فاليت وصاحب النجاسة أولام ، والميت أولاهما على الأصح . فلو كان على الميت أيضاً نجاسة ؛ فهو أولى قطعاً . ولا يشترط لاستحقاق الميت قبول وارث ، كما لو تطوع إنسان بكفنه ، وفيه وجه شاذ : أنه يشترط . ولو مات اثنان ، أحدهما قبل الآخر ، وكان قبل موتها ماء يكفي أحدهما ، فالأول أولى . فإن ماتا معاً ، أو وجد الماء بمد موتها ، فأفضلهما أولى ، فإن استويا أقرع بينهما . أما إذا اجتمع الجنب والحائض ، فثلاثة أوجه . الأصح : الحائض أولى . والثاني : الجنب . والثالث : سواء . فعلى هذا ، إن طلب أحدهما القسمة ، والآخر القرعة ، فإن لم نوجب استعمال الناقص ، أقرع . وإن أوجبناه ؛ أقرع على الأصح . وعلى الثاني : يقسم . وإن اتفقا على القسمة ، جاز إن أوجبنا استعمال الناقص ، وإلا فلا . ولو اجتمع جنب ومحدث ، فإن كان الماء يكفي للوضوء دون الغسل ، فالمحدث أولى إن لم نوجب استعمال الناقص ، وإن أوجبناه ، فأوجه . الأصح : المحدث أولى . والثاني : الجنب . والثالث : سواء . وإن لم يكف واحداً منها ، فالجنب أولى إن أوجبنا استعماله ، وإلا فهو كالمدوم . وإن كفى وفضل عن الوضوء شيء دون الغسل ، فالجنب أولى إن لم نوجب استعمال الناقص ، وإن أوجبناه ، فعلى الأوجه الثلاثة . أصحها : الجنب أولى . وإن فضل عن كل واحد ، أو لم يفضل عن واحد ، أو كفى الجنب دون المحدث ، فالجنب أولى قطعاً . ولو انتهى هؤلاء المحتاجون إلى ماء مباح ، واستووا في إحرازه وإثبات اليد عليه ، ملكوه بالسوية ، ولا يجوز لأحد أن يذل نصيبه لغيره ، وإن كان أحوج منه وإن كان ناقصاً ، إلا إذا قلنا : لا يجب استعمال الناقص . كذا قاله إمام الحرمين ، والغزالي . وقال أكثر الأصحاب : إن المستحب تقديم الأحوج فالأحوج كالوصية ، ولا منافاة بين الكلامين . وأراد الأصحاب : أن المستحب تقديم الأحوج ، وأنهم لو تنازعوا ، كان كما قاله

إمام الحرمين . ويمكن أن ينازعهم في الاستحباب ويقول : لا يجوز العدول عن ماء يتمكن منه للطهارة .

السبب الرابع : العجز بسبب الجهل ، هذا قد جعله الغزالي سبباً . ولقائل أن يقول : ليس هو سبباً ، فإن السبب هو ظن العدم ، وذلك موجود . وأما قضاء الصلاة ، فأمر آخر . واللائق ذكره في آخر سبب الفقد ، أو فيما يقضى من الصلوات .

قلت : بل له هنا وجه ظاهر ، فإن من جملة صورته ، إذا أضل راحلته أو ماءه ، فهذا من وجه كالواجب ؛ فيتوهم أنه لا يجوز له التيمم ، ومن وجه عادم ، فلهذا ذكره الغزالي في « الأسباب البيحة » للاقدام على التيمم . والله أعلم

وفيه مسائل :

الأولى : لو نسي الماء في رحله ، أو علم موضع نزوله بئراً ، فنسيها ، وصلى بالتيمم ، فطريقان . أحدهما : تجب الإعادة قطعاً . وأصحها : على قولين . الجديد المشهور وجوبها ؛ كنسيان عضو الطهارة ، وسائر المورة . ولو نسي ثمن الماء ، فكنسيان الماء . وقيل : يحتمل غيره .

الثانية : لو أدرج في رحله ماء لم يعلم به ، فتيمم وصلى ؛ ثم علم ، أو تيمم ، ثم علم بقربه بئراً لم يكن عليها ، فطريقان . أحدهما : لا إعادة . وأصحها على القولين . أظهرهما : لا إعادة .

الثالثة : لو أضل الماء في رحله ، وصلى بالتيمم ، إن لم يمين في الطلب ، وجبت الإعادة . وإن أمن حتى ظن العدم ، وجبت أيضاً على الأظهر . وقيل : الأصح .

الرابعة : أضل رحله في الرحال ، إن لم يمين في الطلب ، أعاد ، وإن أمن ،

فالذهب أنه لا إعادة . وقيل : قولان . وقيل : وجهان . وقيل : إن وجدته قريباً ، أعاد ، وإلا ؛ فلا .

السبب الخامس : المرض ، وهو ثلاثة أقسام .

الأول : ما يخاف معه من الوضوء فوت الروح ، أو فوت عضو ، أو منفعة

عضو ، فيبح التيمم . ولو خاف مرضاً مخوفاً ، تيمم على المذهب .

الثاني : أن يخاف زيادة العلة ، وهو كثرة ألم ، وإن لم تزد المدة ، أو يخاف

بطء البرء ، وهو طول مدة المرض . وإن لم يزد الألم ، أو يخاف شدة الضنا ،

وهو المرض المدنف الذي يجعله زمناً ، أو يخاف حصول شينٍ قبيح ، كالسواد

على عضو ظاهر ، كالوجه وغيره ، مما يبدو في حال المهنة ، ففي الجميع ثلاث

طرق . أصحها : في المسألة قولان . أظهرهما : جواز التيمم . والثاني : لا يجوز

قطعاً . والثالث : يجوز قطعاً .

الثالث : أن يخاف شيئاً يسيراً ، كأثر الجدري ، وسواد قليل . أو شيئاً

قبيحاً على غير الأعضاء الظاهرة ، أو يكون به مرض لا يخاف من استعمال الماء

ممه مخذوراً في العاقبة . وإن كان يتألم في الحال بجراحة ، أو برد ، أو

حر ، فلا يجوز التيمم لشيء من هذا بلا خلاف .

فرع

يجوز أن يعتمد في كون المرض مرخصاً ، على معرفة نفسه إن كان عارفاً .

ويجوز اعتماد طبيب حاذق ، بشرط الاسلام ، والبلوغ ، والعدالة ، ويعتمد العبد

والمرأة . ولنا وجه شاذ : أنه يعتمد الصبي المراهق ، أو الفاسق . ووجه شاذ :

أنه لا بد من طبيين .

فرع

إذا عثمت العلة أعضاء الطهارة ، اقتصر على التيمم . وإن كانت في البعض ، غسل الصحيح . وفي الليل ، كلام مذكور في « الجريح » .

قلت : وإذا لم يوجد طيب بشرطه . قال أبو علي السبخي : لا يتيمم . ولا فرق في هذا السبب ، بين الحاضر ، والمسافر ، والحدث الأصغر ، والأكبر ، ولا إعادة فيه . والله أعلم

السبب السادس : إلقاء الجيرة . وهي تكون لكسر ، أو انخلاع . وتارة يحتاج إلى الجيرة على الكسر أو الانخلاع ، وتارة لا يحتاج ، ويعتبر في الحاجة ما تقدم في المرض .

فالحالة الأولى : إذا احتاج ، ووضع الجيرة ، فلما أن يقدر على نزاعها عند الطهارة من غير ضرر من الأمور المتقدمة في المرض ، ولما أن لا يقدر ، فإن لم يقدر ، لم يكلف النزاع . ويراعي في طهارته أموراً .

الأول : غسل الصحيح . وهو واجب على المذهب . وقيل : قولان . فعلى المذهب : يجب غسل ما يمكن حتى ماتحت أطراف الجيرة من الصحيح ، بأن يضع خرقة مبلولة عليها ، ويعصرها لتفسل تلك المواضع بالقطاير .

الثاني : مسح الجيرة بلءاء ، وهو واجب على الصحيح المشهور . وحكي قول ووجه : أنه لا يجب ، بل يكفي الفسل مع التيمم . فعلى الصحيح : إن كان جنباً ، مسح متى شاء ، وإن كان محدثاً ، مسح إذا وصل إلى غسل العضو

الذي عليه الجيرة . ويجب استيعاب الجيرة بالمسح على الأصح ، كالوجه في التيمم . وعلى الثاني : يكفي ما يقع عليه الاسم : كمسح الرأس ، والخف ، ولا تتقدر مدة المسح على الصحيح . وعلى الثاني : تتقدر ثلاثة أيام للمسافر ، ويوم وليلة للحاضر . والخلاف فيما إذا تأتى الزرع بعد المدة المقدرة بلا ضرر . فان حصل ضرر ، لم يجب قطعاً . وإن تأتى في كل طهارة ، وجب الزرع قطعاً .

الثالث : التيمم في الوجه واليدين . ففيه طريقان . أصحها : على قولين . أظهرهما : يجب . والثاني : لا . والطريق الثاني : إن كان ما تحت الجيرة عليلاً ، بحيث لا يجب غسله لو ظهر ، لم يجب التيمم ، وإلا وجب . وإذا وجب ، فلو كانت الجيرة على موضع التيمم ، لم يجب مسحها بالتراب على الأصح . ثم إن كان جنباً ، فالأصح أنه مخير ، إن شاء قدم غسل الصحيح على التيمم ، وإن شاء أخره . وعلى الثاني : يتعين تقديم الغسل . وإن كان محدثاً ، فثلاثة أوجه . هذان الوجهان في الجنب . والثالث : وهو الأصح ، أنه لا ينتقل من عضو حتى يتم طهارته . فعلى هذا ، إن كانت الجيرة على الوجه ، وجب تقديم التيمم على غسل اليدين . فان شاء غسل صحيح الوجه ، ثم تيمم عن عليه ، وإن شاء عكس . وإن كانت على اليدين ، وجب تقديم التيمم على مسح الرأس ، وتأخيره عن غسل الوجه . ولو كان على عضوين أو ثلاثة جبار ، تعدد التيمم . فان كانت على الوجه جيرة ، وعلى اليد جيرة ، غسل صحيح ، الوجه ، وتيمم عن عليه . ثم اليد كذلك . وعلى الوجه الأول والثاني ، يكفي تيمم واحد وإن تعددت الجبار .

قلت : ولو عمّت الجراحات أعضاء الأربعة . قال القاضي أبو الطيب والأصحاب : يكفي تيمم واحد عن الجميع ، لأنه سقط الترتيب لسقوط الغسل . قالوا : ولو عمت الرأس ، ولم تعم الأعضاء الثلاثة ، وجب غسل صحيح الأعضاء ، وأربع تيممات على ما ذكرنا . قال صاحب « البحر » : فإذا تيمم في هذه الصورة

أربع تيممات ، وصلى ، ثم حضرت فريضة أخرى ، أعاد التيممات الأربعة ، فلا يلزمه غسل صحيح الوجه ، ويعيد ما بعده . وهذا الذي ذكره في الفصل ، فيه خلاف سيأتي قريباً ، إن شاء الله تعالى .

قال صاحب « البيان » : وإذا كانت الجراحة في يديه ، استحَب أن تجعل كل يد كمضو ، فيغسل وجهه ، ثم صحيح اليمنى ، وتيمم عن جريحها ، ثم يطهر اليسرى غسلًا وتيممًا ، وكذا الرجلان . وهذا حسن ، لأن تقديم اليمنى سنة ، فإذا اقتصر على تيمم ، فقد طهرها دفعة . والله أعلم .

ثم ما ذكرناه من الأمور الثلاثة ، إنما يكفي بشرطين . أحدهما : أن لا يأخذ تحت الجبيرة من الصحيح ، إلا ما لا بد منه للاستمسك . والثاني : أن يضمها على طهر . وفي وجهه : لا يشترط الوضع على طهر ، والصحيح اشتراطه . فيجب النزع ، واستئناف الوضع على طهر إن أمكن ، وإلا فترك ، ويجب القضاء بعد البرء على المذهب ، بخلاف الوضع على طهر على الأظهر ، هذا كله إذا لم يقدر على نزع الجبيرة عند الطهر ، فإن قدر بلا ضرر ، وجب النزع ، وغسل الصحيح إن أمكن ، ومسحه بالتيمم إن كان في موضع التيمم ولم يمكن غسله .

الحالة الثانية : أن لا يحتاج إلى الجبيرة ، ويخاف من إيصال الماء ، فيغسل الصحيح بقدر الإمكان ، ويتلطف بوضع خرقة مبلولة ، ويتحامل عليها ، ليفسل بالتنقاطر باقي الصحيح . ويلزمه ذلك بنفسه ، أو بأجرة ، كالأقطع . وفي افتقاره إلى التيمم الخلف السابق في الحالة الأولى . ولا يجب مسح موضع العلة بالماء وإن كان لا يخاف منه . كذا قاله الأصحاب . وللشافعي رضي الله عنه : نص سياقه يقتضي الوجوب . وإذا أوجبنا التيمم ، والعلة في محل التيمم ، أمرًا التراب عليه . وكذا لو كان للجراحة أفواه مفتحة ، وأمكن إمرار التراب عليها ، وجب . قلت : هذا الذي ذكره الرافعي من ثبوت خلاف في وجوب التيمم ، غلط .

ولم أره لأحد من أصحابنا ، فكأنه اشتبه عليه . فالصواب : الجزم بوجوب التيمم في هذه الصورة ، لثلا يبق موضع الكسر بلا طهارة . والله أعلم

السبب السابع : الجراحة . اعلم أن الجراحة قد تحتاج إلى لصوق ، من خرقة ، وقطنة ، ونحوها ، فيكون لها حكم الجيرة في كل ما سبق . وقد لا تحتاج ، فيجب غسل الصحيح ، والتيمم عن الجريح . ولا يجب مسح الجريح بالماء ، ولا يجب وضع اللصوق ، أو الجيرة عليه ، ليمسح عليها على الصحيح . وقول الجمهور : وأوجه الشيخ أبو محمد . ويقرب منه من هو متطهر وأرهقه حدث ، ومعه ماء يكفيه لما عدا رجليه ، ومعه خف ؛ فالصحيح الذي عليه الأصحاب ، أنه لا يلزمه لبس الخف . وفيه احتمال لإمام الحرمين .

فرع

إذا غسل الصحيح ، وتيمم لمرض ، أو كسر ، أو جرح ، مع المسح على حائل ، أو دونه إذا لم يكن ، وصلى فريضة بطهارته ، فله أن يصلي بها ماشاء من النوافل ، ولا بد من إعادة التيمم للفريضة الأخرى . وهل يجب إعادة الوضوء إن كان محدثاً ، أو الفسل إن كان جنباً ؟ فيه طريقتان . أصحهما : لا يجب . والثاني : على قولين . فان قلنا بالأصح ؛ فليس على الجنب غير التيمم إلى أن يحدث . وفي المحدث وجهان . أحدهما : كالجنب . وأصحها : يجب أن يميد مع التيمم كل عضو يجب ترتيبه على العضو المجروح .

قلت : بل الأصح عند المحققين : أنه كالجنب . قال البغوي وغيره : وإذا كان جنباً ، والجراحة في غير أعضاء الوضوء ، ففسل الصحيح ، وتيمم للجريح ، ثم أحدث قبل أن يصلي فريضة ، لزمه الوضوء ، ولا يلزمه التيمم ، لأن تيممه

عن غير أعضاء الوضوء ، فلا يؤثر فيه الحدث . ولو صلى فريضة ، ثم أحدث ،
توضاً للنافلة ، ولا يتيمم . وكذا حكم الفرائض كلها . والله أعلم

ولو تطهر الليل كما ذكرنا فبرأ ، وهو على طهارته ، غسل موضع العذر ،
جنباً كان أو محدثاً ، ويفسل الحدث ما بعد الليل بلا خلاف . وفي استئنافها
الوضوء والفسل ، القولان في نازع الخف . ولو تحقق البرء بعد الطهارة ، بطل
تيممه ، ووجب غسل الموضع . وحكم الاستئناف ما ذكرنا . ولو توهم الاندمال ،
فرفع اللصوق ، فرآه لم يندمل ، لم يطل تيممه على الأصح ، بخلاف توهم وجود
الماء ، فانه يطل التيمم ، لأن توهم الماء يوجب طلبه . وتوهم الاندمال ، لا يوجب
البحث عنه . كذا قاله الأصحاب . وتوقف إمام الحرمين في قولهم : لا يجب البحث .

الباب الثاني

في كيفية التيمم

له سبعة أركان .

الركن الأول : التراب . وشرطه أن يكون طاهراً خالصاً ، غير مستعمل
فالتراب متعين ، ويدخل فيه جميع أنواعه ، من الأحمر ، والأسود ، والأصفر ،
والأخضر ، وطين الدواة ، وطين الأرمي الذي يؤكل تداوياً وسفهاً . والبطحاء ،
وهو التراب الذي في مسيل الماء . والسبخ : الذي لا يثبت دون الذي يملؤه
ملح . ولو ضرب يده على ثوب ، أو جدار ، ونحوهما ، وارتفع غبار ، كفى .
والتراب الذي أخرجه الأرضة من مدر ، يجوز التيمم به ، كالتراب المعجون
بالخل إذا جف ، يجوز التيمم به ، ولا يصح التيمم بالنورة ، والجص ، والزرنيخ ،

وسائر المعادن ، والذرية ، والأحجار المدقوقة ، والقوارير المسحوقة ، وشبهها .
وقيل : يجوز في وجهه بجميع ذلك وهو غلط ، ولو أحرق التراب حتى صار رماداً ، أو سحق الخبز ، فصار ناعماً ، لم يحز التيمم به . ولو شوى الطين وسحقه ، ففي التيمم به وجهان . وكذا لو أصاب التراب نار ، فاسود ، ولم يحترق ، فعلى الوجهين .

قلت : الأصح في الأولى ، الجواز . والصحيح في هذه الصورة ، القطع بالجواز .

والله أعلم

وأما الرمل ، فالذهب : أنه إن كان خشناً لا يرتفع منه غبار ، لم يكف ضرب اليد عليه . وإن ارتفع ، كفى . وقيل : قولان مطلقاً . وأما كونه طاهراً ، فلا بد منه ، فلا يصح بنجس مطلقاً . فإن كان على ظهر كلب تراب ، فإن علم التصاقه برطوبة عليه ، من ماء ، أو عرق ، أو غيره ، لم يحز التيمم به . وإن علم انتفاء ذلك جاز ، وإن لم يعلم واحد منها ، فعلى القولين في اجتماع الأصل والظاهر .

قلت : كذا قاله جماعة من أصحابنا : فيما إذا لم يعلم ، أنه على القولين ، وهو مشكل ، وينبغي أن يقطع بجواز التيمم عملاً بالأصل ، وليس هنا ظاهر يعارصه .

والله أعلم

وأما كونه خالصاً ، فيخرج منه المشوب بزعفران ، ودقيق ، ونحوها . وإن كثر الخاط ، لم يحز بلا خلاف . وكذا إن قل على الصحيح . قال إمام الحرمين : الكثير : ما يظهر في التراب . والقليل : ما لا يظهر . ولم أر لغيره فيه ضبطاً . ولو اعتبرت الأوصاف الثلاثة كما في الماء ، لكان مسلماً .

وأما كونه غير مستعمل ، فلا بد منه على الصحيح . والمستعمل : ما لصق بالعضو . وكذا ما تناثر عنه ، على الأصح .

الركن الثاني : قصد التراب . فلا بد منه . فلو وقف في مهب ربح ، فسفت عليه تراباً ، فأمر يده عليه بنية التيمم ، إن كان وقف بغير نية ، لم يجزئه . وإن قصد تحصيل التراب ، لم يجزئه أيضاً ، على الأصح ، أو الأظهر . ولو يئمه غيره . إن كان بغير إذنه ، فكالوقوف في مهب الربح . وإن كان بإذنه لعذر ، كقطع ، وغيره ، جاز . وإن كان بغير عذر ، جاز أيضاً على الصحيح .

الركن الثالث : نقل التراب المسوح به إلى العضو . فإن كان على الوجه تراباً ، فردده عليه ، لم يجزئه . وإن نقله منه إلى اليد ، أو من اليد إليه ، أو أخذه من الوجه ، ثم رده إليه ، أو سفت الريح تراباً على كفه ، فمسح به وجهه ، أو أخذ التراب من الهواء ، بإثارة الريح ، جاز في كل ذلك على الأصح . وإن نقله من عضو غير أعضاء التيمم إليها ، جاز بلا خلاف . وإن تمكك في التراب لعذر ، جاز . وكذا لغير عذر على الأصح .

الركن الرابع : النية . فلا بد منها ، فان نوى رفع الحدث ، أو نوى الجنب رفع الجنابة ، لم يصح تيممه على الصحيح . وإن نوى استباحة الصلاة ، فله أربعة أحوال .

أحدها : أن ينوي استباحة الفرض والنفل معاً ، فيستبيحهما ، وله التنفل قبل الفريضة وبعدها ، في الوقت وبعده ، وفي وجه ضعيف : لا يتنفل بعد الوقت إن كانت الفريضة معينة . ولا يشترط تعيين الفريضة على الأصح . فعلى هذا لو نوى الفرض مطلقاً ، صلى أية فريضة شاء . ولو نوى معينة ، فله أن يصلي غيرها .

الحال الثاني : أن ينوي الفريضة ، سواء كانت إحدى الخمس ، أو مندورة ولا تخطر له النافلة ، فتباح الفريضة . وكذا النافلة قبلها على الأظهر ، وبعدها على

المذهب في الوقت ، وكذا بعده على الأصح . ولو تيمم لفائتين ، أو مندورتين ، استباح إحداهما على الأصح ، وعلى الثاني : لا يستبيح شيئاً . ولو تيمم لفائنة فلم يكن عليه شيء ، أو لفائنة الظهر ، فكانت العصر ، لم تصح .

قلت : فلو ظن عليه فائنة ، ولم يجزم بها ، فتييم لها ، ثم ذكرها ، قال المتولي والبغوي والرويانى : لا يصح . وصححه الشاشي ، وهو ضعيف .

والله اعلم

الحال الثالث : أن ينوي النفل ، فلا يستبيح به الفرض على المشهور ، وقيل : قطعاً . فإن أبخناه ، فالنفل أولى ، وإلا استباح النفل على الصحيح . ولو نوى مس المصحف ، أو سجود التلاوة ، أو الشكر ، أو نوى الجنب الاعتكاف ، أو قراءة القرآن ، فهو كنية النفل ، فلا يستبيح الفرض على المذهب . ويستبيح ما نوى على الصحيح . وعلى الآخر يستبيح الجميع . ولو تيمم لصلاة الجنازة ، فهو كنية النفل على الأصح . ولو تيممت منقطعة الحيض لاستباحة الوطء ، صح على الأصح ، ويكون كالتييمم للنافلة .

الحال الرابع : أن ينوي الصلاة فحسب ، فله حكم التيمم للنفل على الأصح . وعلى الثاني : هو كمن نوى النفل والفرض معاً . أما إذا نوى فرض التيمم ، أو إقامة التيمم المفروض ، فلا يصح على الأصح .

قلت : ولو نوى التيمم وحده ، لم يصح قطعاً . ذكره الماوردى . ولو تيمم بنية استباحة الصلاة ، ظاناً أن حدثه أصفر ، فكان أكبر ، أو عكسه ، صح قطعاً ، لأن موجبها واحد . ولو تعمّد ذلك ، لم يصح في الأصح . ذكره المتولي . ولو أجنب في سفره ونبي ، وكان يتيمم وقتاً ، ويتوضأ وقتاً ، أعاد صلوات الوضوء فقط ، لما ذكرنا .

واعلم أنه لا يجوز أن تتأخر النية عن أول فعل مفروض في التيمم .

وأول أفعاله المفروضة نقل التراب . ولو قارنته وعزبت قبل مسح شيء من الوجه ، لم يجزئه على الأصح . ولو تقدمت على أول فعل مفروض ، فهو كمثلها في الوضوء .

الركن الخامس : مسح الوجه . ويجب استيعابه . ولا يجب إيصال التراب إلى منابت الشهور التي يجب إيصال الماء إليها في الوضوء على المذهب . ويجب إيصاله إلى ظاهر ما استرسل من اللحية على الأظهر ، كما في الوضوء .

الركن السادس : مسح اليدين . ويجب استيعابها إلى المرفقين على المذهب . وقيل : قولان . أظهرها هذا ، والقديم يمسحها إلى الكوعين .

واعلم أنه تكرر لفظ الضربتين في الأخبار ، فجرت طائفة من الأصحاب على الظاهر ، فقالوا : لا يجوز النقص من ضربتين ، ويجوز الزيادة . والأصح ما قاله آخرون : أن الواجب إيصال التراب ، سواء حصل بضربة أو أكثر ، لكن يستحب أن لا يزيد على ضربتين ، ولا ينقص . وقيل : يستحب ثلاث ضربات . ضربة للوجه ، وضربتان لليدين ، وهو ضعيف .

قلت : الأصح : وجوب الضربتين . نص عليه . وقطع به المراقبون ، وجماعة من الخراسانيين . وصورة الاختصار على ضربة بخرقة ونحوها . والله أعلم

وصورة الضرب ليست متينة . فلو وضع اليد على تراب ناعم وعلق بها غبار ، كفى . ويستحب أن يبدأ بأعلى الوجه . وأما اليدين ، فيضع أصابع اليسرى سوى الإبهام ، على ظهور أصابع اليمنى سوى الإبهام ، بحيث لا تخرج أنامل اليمنى عن مسبحة اليسرى ، ويمرّها على ظهر كفه اليمنى ، فإذا بلغت الكوع ، ضم أطراف أصابعه إلى حرف الذراع . ويمرّها إلى المرفق ، ثم يدير كفه إلى بطن الذراع فيمرّها عليه وإبهامه مرفوعة ، فإذا بلغ الكوع ؛ مسح بطن إبهام اليسرى ظهر إبهام اليمنى ، ثم يضع أصابع اليمنى على اليسرى فيمسحها كذلك . وهذه الكيفية ليست واجبة ، لكنها مستحبة على المذهب . وقيل : غير مستحبة .

وأما تفريق الأصابع ، فيفعله في الضربة الثانية . وأما الأولى ، فالأصح ، وظاهر المذهب ، والذي نص عليه الشافعي ، وقاله الأكثرون : أنه يستحب التفريق فيها . وقال آخرون : لا يستحب . ثم قال الأكثرون من هؤلاء : هو جائز ، حتى لو لم يفرق في الثانية ، كفاه التفريق في الأولى بين الأصابع . وقال قليلون ، منهم القفال : لا يجوز : ولو فعله ، لم يصح تيممه . ثم إذا فرق في الضربتين وجوزناه ، أو في الثانية وحدها ، يستحب تخليل الأصابع بعد مسح اليدين على الهيئة المذكورة ، ولو لم يفرق فيها ، وفرق في الأولى وحدها ، وجب التخليل ، ثم مسح إحدى الراحتين بالأخرى . وهو مستحب على الأصح ، وواجب على الآخر . والواجب إيصال التراب إلى الوجه واليدين كيف كان ، سواء حصل بيد ، أو خرقة ، أو خشبة . ولا يشترط إمرار اليد على العضو على الأصح . ولو كان يمسح يده فرففها في أثناء العضو ، ثم ردها ، جاز ، ولا يفتقر إلى أخذ تراب جديد في الأصح .

الركن السابع : الترتيب . فيجب تقديم الوجه على اليدين . فلو تركه ناسياً لم يصح على المذهب ، كما في الوضوء . ولا يشترط الترتيب في أخذ التراب للعضوين على الأصح . فلو ضرب يديه على الأرض ، وأمكنه مسح الوجه بيمينه ، وبيمينه بيساره ، جاز .

فروع

لو أحدث بعد أخذ التراب قبل مسح وجهه ، بطل أخذه ، وعليه النقل ثانياً . ولو يمسح يديه حيث يجوز ، فأحدث أحدها بعد أخذ التراب قبل المسح ، قال القاضي حسين : لا يضر . وينبغي أن يطل الأخذ بمحدث الأمر . ولو ضرب

يده على بشرة امرأة ينقض وعليها تراب ، فإن كان كثيراً يمنع التقاء البشريتين ،
صح تيممه . وإن لم يمنع ، لم يصح . وقيل : يصح أخذه للوجه . فإن ضرب
بعده لليد ، بطل . والصواب : الأول .

فرع

للتيمم سنتان سبق بعضها في كيفية مسح الوجه واليدين ، وبقي منها التسمية ،
وتقديم اليمنى على اليسرى ، وإمرار التراب على المضد على الأصح ، والموالة على
المذهب ، وتخفيف التراب المأخوذ إذا كان كثيراً ، وأن لا يكرر المسح على
المذهب ، وأن لا يرفع اليد عن العضو الممسوح حتى يتم مسحه على الأصح . وعلى
الثاني : هو واجب . وقد سبق . وأن ينزع خاتمه في الضربة الأولى .

قلت : وأما الضربة الثانية ؛ فيجب نزعها فيها ، ولا يكفي تحريكه ، بخلاف
الوضوء ، لأن التراب لا يدخل تحته . ذكره صاحب « العدة » وغيره .
ومن مندوباته : استقبال القبلة . وينبغي استجاب الشهادتين بعده ، كالوضوء والغسل .
ولو كانت يده نجسة ، وضرب بها على تراب ومسح وجهه ، جاز في الأصح .
ولا يجوز مسح النجاسة قطعاً ، كما لا يصح غسلها عن الوضوء مع بقاء النجاسة .
ولو تيمم ، ثم وقع عليه نجاسة ، لم يطل على المذهب ، وبه قطع الإمام . وقال
التولي : هو كردة التيمم . ولو تيمم قبل الاجتهاد في القبلة ، ففي صحته
وجهاً ، حكاهما الروياني ، كما لو كان عليه نجاسة . والله أعلم

باب الثالث

في أمطام النيمم

هي ثلاثة .

الحكم الأول : أنه يبطل بما يبطل به الوضوء . ثم هو قسمان . أحدهما :
يجوز مع وجود الماء ، كتيمم المريض . والثاني : لا يجوز لإلحاق عدمه ، أو الخوف
في تحصيله ، أو الحاجة إليه ، وما أشبه هذا . فالأول : لا تؤثر فيه رؤية الماء .
وأما الثاني : فيبطل بتوهم القدرة على الماء قبل الدخول في الصلاة ، كما إذا رأى
سراباً فتوهمه ماءً ، أو أطبقت بقربه غمامة ، أو طلع عليه جماعة يجوز أن يكون
معهم ماء ، هذا إذا لم يقارن التوهم مانع من القدرة ، فإن قارنه ، لم يبطل تيممه ،
كما إذا رأى ما يحتاج إليه للمطش ، أو دونه حائل ، من سبع ، أو عدو ، أو
قمر بئر يعلم حال رؤيته تمذر تحصيله ، أو سمع إنساناً يقول : أودعني فلان ماءً
وهو يعلم غيبة فلان ، وما أشبه هذا . أما إذا رأى الماء في الصلاة ، فإن لم تكن
مغنية عن القضاء ، كصلاة الحاضر بالتيمم ، بطلت على الصحيح . وعلى الثاني :
يتمها ويميد . وإن كانت مغنية كصلاة المسافر ، فالذهب المنصوص : أنه لا تبطل صلاته
ولا تيممه . فلو نوى في أثناء الصلاة الإقامة بعد وجدان الماء ، أو نوى القصر ثم وجد
الماء ، ثم نوى الائتمام ، بطلت صلاته على الأصح فيها . وحيث لم تبطل وكانت فريضة ، هل
يجوز الخروج منها ليتوضأ ؟ فيه أوجه . أصحابنا : الخروج أفضل . والثاني : يجوز
الخروج ، لكن الاستمرار أفضل . والثالث : إن قلبها ففلاً وسلم من ركعتين ، فهو
أفضل . وإن أراد إبطالها مطلقاً ، فالاستمرار أفضل . والرابع : يحرم قطعها مطلقاً .

والخامس : إن ضاق الوقت ، حرم الخروج ، وإلا لم يحرم . قاله إمام الحرمين ، وطرده في كل مصل ، سواء التيمم وغيره .

قلت : هذا الذي حكاه إمام الحرمين اختيار له لم يتقدمه به أحد ، واعترف إمام الحرمين بهذا ، وهو خلاف المذهب ، وخلاف نص الشافعي رحمه الله ، فقد نص في « الأم » ونقله صاحب « التتمة » والغزالي في « البسيط » عن الأصحاب : أنه يحرم على من تلبس بالفريضة في أول وقتها ، قطعها بغير عذر ، وقد أوضحت نقله ، ودلائله في شرح « المذهب » . والله أعلم

وإذا أتم الفريضة بالتيمم ، وبقي الماء الذي رآه إلى أن يسلم ، بطل تيممه ، فلا يستباح به نافلة ، حتى حكى الروياني عن والده : أنه لا يسلم التسليمة الثانية . قلت : وفيما حكاه الروياني نظر ، وينبغي أن يسلم الثانية ، لأنها من جملة الصلاة . والله أعلم

وأما إذا في الماء قبل سلامه ، ولم يعلم فلا يستباح النافلة أيضاً ، وإن علم بفنائه قبل سلامه ، ففي بطلان تيممه ومنه النافلة وجهان . قلت : الأصح : منعه النافلة ، وبه قطع المراقبون وجماعة من الخراسانيين . والله أعلم

أما إذا رأى الماء وهو في نافلة ، فأوجه . أصحابها : إن كان نوى عدداً ، أتمه ولم يزد ، وإلا اقتصر على ركعتين . والثاني : لا يزد على ركعتين وإن نواه . والثالث : له أن يزد ما شاء وإن لم ينو . والرابع : تبطل صلاته .

الحكم الثاني - فيما يؤدي بالتيمم - لا يصلي بالتيمم الواحد إلا فريضة واحدة ، وسواء كانت الفريضتان متفقتين أو مقضيتين ، كصلاتين ، وطوافين ، أو صلاة وطواف . أو متفقتين ، كظهرين ، أو مكتوبة ومنذورة ، أو منذورتين ،

فلا يجوز الجمع بينهما بتيمم . وفي قول أو وجه ضعيف : يجوز في مندورتين ، وفي مندورة ومكتوبة . وفي وجه شاذ : يجوز في فوائت وفائسة ومؤداة . والصبي كالبالغ على المذهب . وقيل : وجهان . الثاني : يجمع بين مكتوبتين بتيمم . ويجوز أن يجمع بتيمم بين فريضة ونوافل . وأما ركعتا الطواف ، فإن قلنا بالأصح : إنها سنة ، فلهما حكم النوافل . وإن قلنا : واجبتان ، لم يجز أن يجمع بينهما وبين الطواف الواجب على الأصح . وكذا لا يجمع بين خطبة الجمعة وصلاتها على الأصح إذا شرطنا الطهارة في الخطبة . وأما صلاة الجنابة ، ففيها ثلاثة طرق . أحدهما : في المسألة قولان . أحدهما : لها حكم النافلة مطلقاً ، فيجوز الجمع بين صلوات الجنائز ، وبين جنائز ومكتوبة بتيمم واحد . ويجوز صلاتها قاعداً مع القدرة على القيام ، ويجوز على الراحلة . والثاني : لها حكم الفرائض . فلا يجوز شيء من هذا . والطريق الثاني : إن تعينت ، فكالفرائض ، وإلا ، فكالنوافل . والثالث : لها حكم النوافل مطلقاً ، إلا أنه لا يجوز القعود فيها ، والمذهب : أنه يجوز الجمع بتيمم بكل حال . ولو صلى على جنازتين صلاة واحدة ، ففعل : يجوز قطعاً ، وقيل : على الخلاف .

فرع

إذا نسي صلاة من صلوات ، نظر ، إن كانت متفقة ، كظهر من أسبوع ، لزمه ظهر واحدة بتيمم . وإن نسي صلاة من الخمس ، لزمه الخمس ، وكفاه تيمم واحد للجميع على الصحيح . وعلى الثاني : يجب خمسة تيممات . ثم قال الشيخ أبو علي : الخلاف تفريع على أن تعيين الفريضة التي تيمم لها غير واجب ، فإن أوجبناه ، لزمه خمس تيممات قطعاً . ويحتمل خلاف ما قال أبو علي . قلت : هذا المحكي عن أبي علي ، قد حكاه الدارمي عن ابن الرزبان ،

واختار الدارمي طرد الخلاف وإن أوجبنا التمين . وهذا أصح . والله أعلم
ولو نسي صلاتين مختلفتين من الخمس ، لزمه الخمس . فإن قلنا : في الواحدة
يلزمه خمس تيممات ، فكذا هاهنا . وإن قلنا يكفيه تيمم واحد ، فقال ابن القاص :
يتيمم لكل واحدة ، ويقتصر على الخمس . وقال ابن الحداد : يقتصر على تيممين ،
ويزيد في الصلوات ، فيصلي بالأول الصبح والظهر والمصر والمغرب . وبالثاني :
الظهر والمصر والمغرب والعشاء . قال الأكثرون : وهو خير ، إن شاء عمل بقول
ابن القاص ، وإن شاء [عمل] بقول ابن الحداد . فظاهر كلام ابن القاص في « التلخيص » :
أنه لا يجوز ما ذكره ابن الحداد . وحكي وجه : أنه يتيمم تيممين ، ويصلي بكل
واحد الخمس ، وهو شاذ . والمستحسن عند الأصحاب : طريقة ابن الحداد . وعليها
يفرغون ما زاد من النسي . ولها ضابط ، وشرط . فضابطها : أن تزيد على قدر
النسي فيه عدداً لا ينقص عما تبقى من النسي فيه بعد إسقاط النسي ، وينقسم المجموع
صحيحاً على النسي .

مثاله : مسألتنا ، النسي صلاتان ، والنسي فيه خمس ، تزيده ثلاثة ، لأنها
لا تنقص عما يبقى من الخمس بعد إسقاط الاثنين بل تساويه . والمجموع : وهو
ثمانية ، ينقسم على الاثنين صحيحاً . ولو صلى عشراً كما قاله الوجه الشاذ ، أجزاء ،
وكان قد زاد خيراً لدخوله في الضابط .

وأما شرطها : فإن يتبدى من النسي فيه بأية صلاة شاء ، ويصلي بكل تيمم
ما تقتضيه القسمة ، ويترك في كل مرة ما ابتدأ به في التي قبلها ، ويأتي في
المرّة الأخيرة بما بقي من الصلوات . ولو نسي ثلاث صلوات من يوم وليلة ، فعلى
طريقة ابن القاص ، يصلي كل واحدة من الخمس بتيمم ، وعلى الوجه الشاذ : يتيمم
ثلاث مرّات ، يصلي بكل واحد الخمس ، وعلى طريقة ابن الحداد ، يقتصر على
ثلاث تيممات ، ويصلي بالأول : الصبح والظهر والمصر . وبالثاني : الظهر والمصر

والمغرب . وبالثالث : العصر والمغرب والعشاء . وله مخالفة هذا الترتيب إذا وفي بالشرط .

أما إذا نسي صلاتين متفتتين ، فمليه أن يصلي كل واحدة من الخمس مرتين ، فعلى الوجه الضعيف في أول المسألة : يجب لكل صلاة تيمم ، فيتيمم عشر تيممات . وعلى الصحيح : يكفيه تيممان يصلي بكل واحد الخمس ، ولا يكتفي بثان صلوات لاحتمال كون المنسيين ، صبحين أو عشاءين ، وما صلاهما إلا مرة مرة . أما إذا لم يعلم ، هل الفائتتان مختلفتان ، أم متفتتان ؟ فيأزمه الأحوط ، وهو أنها متفتتان . إما إذا ترك صلاة مفروضة ، أو طوافاً مفروضاً ، واشتبه عليه ، فيأتي بطواف ، وبالصلوات الخمس بتيمم واحد على الصحيح . وعلى الضعيف : بست تيممات ، ولو صلى منفرداً بتيمم ، ثم أراد إعادتها مع جماعة بذلك التيمم ، جاز إن قلنا : الثانية سنة . وكذا إن قلنا : إن الفرض إحداها لا بيمينها على الصحيح ، كالنسيية . ولو صلى الفرض بالتيمم على وجه ، يجب معه القضاء ، وأراد القضاء بذلك التيمم . فإن قلنا : الفرض الأول جاز . وإن قلنا : الثاني أو كلاهما فرض ، لم يجوز ، وإن قلنا : أحدهما لا بيمينه ، جاز على الصحيح .

قلت : ينبغي إذا قلنا : الثانية فرض أن يجوز ، لأنه جمع بين فرض وناقلة .

وانتأعلم

فصل

لا يجوز التيمم لفريضة قبل وقتها ، فلو فعل ، لم يصح للفرض ، ولا للنفل أيضاً على المذهب ، ولو جمع بين الصلاتين بالتيمم ، جاز على الصحيح . ويكون وقت الأولى ، وقتاً للثانية . ولو تيمم للظهر فصلاً ، ثم تيمم للعصر ليجمعهما ، فدخل وقت العصر قبل فعلها ، بطل الجمع والتيمم . ووقت الفائتة

بتذكرها . ولو تيمم لمؤداة في أول وقتها ، وصلاها به في آخره ، جاز قطعاً .
نص عليه .

قلت : وفيه وجه مشهور في « الحاوي » وغيره : أنه لا يجوز التأخير إلا
بقدر الحاجة ، كالاستحاضة . والفرق ظاهر . والله أعلم

ولو تيمم لفائنة ضحوة ، فلم يصلها حتى دخلت الظهر ، فله أن يصلي به الظهر على
الأصح ، ولو تيمم للظهر ، ثم تذكر فائنة ، قيل : يستبجها به قطعاً . وقيل :
على الوجهين ، وهو الأصح . هذا كله تفريع على الأصح أن تعيين الفريضة ،
ليس بشرط . فإن شرطناه ، لم يصح غير ما نواه .

أما النوافل : فمؤقتة وغيرها . أما المؤقتة : فكالرواتب مع الفرائض ،
وصلاة العيد ، والكسوف . وأوقاتها معروفة . ووقت الاستسقاء ، الاجتماع لها في
الصحراء . ووقت الجنائز : انقضاء النسل على الأصح ، والموت ، على الثاني ، فإن
تيمم لمؤقتة قبل وقتها ، لم يصح على المذهب . وقيل : وجهان . وإن تيمم لها
في وقتها ، استباحها ، وفي وقت استباحة الفرض ، القولان المتقدمان . فإن استباحه ،
فله ذلك إن كان تيممه في وقت الفريضة ، وإن كان قبله ، فعلى الوجهين في
التيمم لفائنة ضحوة .

وأما غير المؤقتة ، فيتيمم لها كل وقت ، إلا وقت الكراهة ، فلا يصح فيه
على الأصح . هذا كله تفريع على المذهب ، في أن التيمم للنافلة وحدها ، صحيح .
وفيه الوجه المتقدم في الركن الرابع من الباب الثاني .

قلت : ولو تيمم لنافلة لا سبب لها قبل وقت الكراهة ، لم تبطل بدخول
وقت الكراهة ، بل يستبجها بعده بلا خلاف . ولو أخذ التراب قبل وقت
الفريضة ، ثم مسح الوجه في الوقت ، لم يصح ، لأن أخذ التراب من واجبات

التييم ، فلا يصح قبل الوقت ، ولو تييم شاكاً في الوقت ، وصادفه ، لم يصح .
وكذا لو طلب شاكاً في دخول الوقت ، لم يصح الطلب والله أعلم

الحكم الثالث : قضاء الصلاة لمذر ضربان : عام ، ونادر .

فالعام : لا قضاء معه ، كصلاة مسافر محدث ، أو جنب ، بالتييم - لعدم ما يجب استعماله ،
إذا لم يكن سفر معصية . وفي سفر المعصية أوجه . الأصح : يجب التيمم والقضاء .
والثاني : يتييم ولا يقضي . والثالث : لا يجوز التيمم . وقصير السفر كطوباه على
المذهب . وقيل : في وجوب القضاء معه قولان - وكصلاة المريض بالتييم ، أو
قاعداً ، أو مضطجماً ، والصلاة بالإيماء في شدة الخوف .

وأما النادر : فقسان . قسم يدوم غالباً ، وقسم لا يدوم . فما يدوم يمنع
القضاء ، كالاستحاضة ، ولس البول ، والمذي ، والجرح السائل ، واسترخاء
المقعد ، ودوام خروج الحدث ، سواء كان له بدل ، أم لا .

وما لا يدوم نوعان . نوع معه بدل ، ونوع لا بدل معه ، فما لا بدل معه
يوجب القضاء ، وذلك صور .

منها : من لم يجد ماءً ، ولا تراباً . وفيه أقوال . المشهور : وجوب
الصلاة بحسب حاله ، ووجوب القضاء . والثاني : تحرم الصلاة . والثالث : تستحب ،
ويجب القضاء على هذين . والرابع : تجب الصلاة بلا قضاء ، وإذا قلنا : يصلي ،
لا يجوز مس المصحف ، ولا قراءة القرآن للجنب والحائض ، ولا وطء الحائض ،
وإذا قدر على ماء أو تراب في الصلاة ، بطلت .

ومنها : الربوط على خشبة ، ومثله شد وثاقه بالأرض ، يصلي بالإيماء
ويصيد . وقال الصيدلاني : إن صلى مستقبل القبلة ، لم يعد ، وإلا أعاد . قال :
وكذا الفريق يصلي على خشبة بالإيماء . وذكر البغوي نحوه .

ومنها : من على جرحه نجاسة يخاف التلف من غسلها ، أو حبس في

موضع وصلى فيه على النجاسة للضرورة ، فتجب الاعادة على المشهور . وفي القديم : لا يجب إعادة صلاة وجبت في الوقت ، وإن كانت مختلة . وأما ما معه بدل فصور :

منها : المقيم إذا تيمم لعدم الماء ، فيجب عليه الاعادة على المشهور ، لأن فقد الماء في الإقامة نادر ، وإنما لا يجب القضاء على المسافر ، لأن فقد الماء يعم . هذا هو الضابط عند الأصحاب ، وليس مخصوصاً بالسفر ، أو الإقامة ، حتى لو أقام في مفازة ، أو موضع يعدم فيه الماء غالباً ، وطالت إقامته وصلاته بالتيمم ، فلا إعادة . ولو دخل المسافر في طريقه قرية ، وعدم الماء وصلى بالتيمم ، وجبت الاعادة على الأصح ، وإن كان حكم السفر باقياً . وأما قول الأصحاب : المقيم يقضي ، والمسافر لا يقضي ، فرادم : الغالب من حال المسافر والمقيم ، وحقيقته ما ذكرنا .

ومنها : التيمم لعذر في بعض الأعضاء ، فإن لم يكن على العضو ساتر من جبيرة ، أو لصوق ، فلا إعادة . وإن كان ساتر من جبيرة ونحوها ، فثلاثة أقوال . الأظهر : أنه إن وضعها على طهر ، فلا إعادة ، وإلا وجبت . والثاني : لا يعيد مطلقاً . والثالث : يعيد .

وقال ابن الوكيل من أصحابنا : الخلاف إذا لم يتيمم . أما إذا قلنا : يجب التيمم ، فقيم ، فلا إعادة قطعاً . والمذهب طرد الخلاف مطلقاً . هذا كله إذا لم تكن الجبيرة على محل التيمم ، فإن كانت عليه ، أعاد بلا خلاف . ومنها : التيمم لشدة البرد ، والأظهر : أنه يوجب الاعادة . والثاني : لا . والثالث : يجب على الحاضر دون المسافر . أما العاجز عن ستر العورة ، ففيه قولان ووجه . وقيل : ثلاثة أوجه . أحها : يصلي قائماً ويتم الركوع والسجود . والثاني : يصلي قاعداً . وهل يتم الركوع والسجود ، أم يومئ ؟ فيه قولان : والثالث : يتخير بين الأمرين . ويجري هذا الخلاف فيما لو حبس في موضع نجس ، لو سجد لسجد على نجاسة . وفيما لو

وجد ثوباً طاهراً لو فرشاه على النجاسة ، ل بقي عارياً . وفيما لو وجد العاري ثوباً نجساً ، هل يصلي فيه ، أم عارياً ؟ ثم إن قلنا : العريان لا يتم الأركان ، أعاد على المذهب ، وفيه خلاف من لم يجد ماءً ولا تراباً . وإن قلنا : يتمها ، فلا إعادة على المذهب . سواء كان في السفر أو الحضر ممن يعتاد العري ، أو ممن لا يعتاد العري . وقيل : يجب على من لا يعتاد العري .

قلت : ولو لم يجد المريض من يحوله للقبلة ، لزمه الصلاة بحسب حاله ، وتجب الاعادة على المذهب . قال الروياني : وقيل : قولان . وهو شاذ . قال إمام الحرمين وغيره : ثم ما حكنا من الأعذار : بأنه دائم ، وأسقطنا به الفرض فزال بسرعة ، فهو كدائم ، وما حكنا أنه لا يدوم فدام ، فله حكم مالم يدم إلخافاً لشاذ الجنس بالجنس . ثم كل صلاة أوجبناها في الوقت ، وأوجبنا إعادتها ، فهل الفرض الأولى ، أم الثانية ، أم كلاهما ، أم إحداها لا بعينها ؟ فيه أربعة أقوال . أظهرها : عند الجمهور : الثانية . وعند القفال والفوراني وابن الصباغ : كلاهما ، وهو أوفق ، فإنه مكلف بهما - وهذه مسائل منثورة لا يستحب [فيها] تجديد التيمم على المذهب - وبه قطع الجمهور . وفي المستظهري : وجهان . ويتصور في مريض وجريح ونحوهما ممن تيمم مع وجود الماء ، إذا تيمم وصلى فرضاً ثم أراد نفلاً . ويتصور في متيمم ، لعدم الماء إذا صلى فرضاً ولم يفارق موضعه ، ولم نوجب طلباً لتحقيقه لعدم أولم نوجبه ثانياً . وحكم اليد المقطوعة كهو في الوضوء ، حتى إذا لم يبق شيء من محل الفرض ، استحب مسح العضد . قال الدارمي : وإذا لم يكن مرفق ، استظهر حتى يعلم . ولو وجد المسافر على الطريق خاية ماء مسبلة ، تيمم ، ولا يجوز الوضوء منها ، لأنها إنما توضع للشرب . ذكره المتولي ، ونقله الروياني عن الأصحاب . ولو منع الوضوء إلا منكوساً ، فهل له الاختصار على التيمم ، أم عليه غسل الوجه لتمكنه منه ؟ فيه القولان فيمن وجد بمض ما يكفيه ، حكاه الروياني عن والده .

قال : ولا يلزمه قضاء الصلاة اذا امثل المأمور على القولين . وفي القضاء نظر ، لندوره ، لكن الراجح ما ذكره ، لأنه في معنى من غصب ماؤه ولا قضاء . قال صاحب « الحاوي » و « البحر » : لو مات رجل معه ماء لنفسه لا يكفيه لبدنه ، فإن أوجبنا استعمال الناقص ، لزم رفقته غسله به ، وإلا يموه . فإن غسلوه به ، ضلوا قيمته لو ارثه . ولو تيمم لمرض فبرأ في أثناء الصلاة ، فكرؤية الماء في صلاة المسافر . ولو تيمم عن جنابة أو حيض ، ثم أحدث ، حرم ما يحرم على محدث . ولا يحرم قراءة القرآن ، واللبث في المسجد . ولو تيمم جنب فرأى ماءً ، حرمت القراءة ، وكل ما كان حراماً ، حتى يقتسل . قل الجرجاني : ليس أحد يصح إحرامه بصلاة فرض دون نفل ، إلا من عدم ماءً وتراًباً ، أو ستره طاهرة ، أو كان على بدنه نجاسة عجز عن إزالتها . والله أعلم

باب

مسح الخف

وهو جائز بشرطين :

أحدهما : لبسه على طهارة كاملة . فلو غسل رجلاً فلبس خفها ، ثم غسل الأخرى ، لم يجوز المسح ، فلو نزع الأولى ثم لبسها ، كفاه ، وجاز المسح بعده على الصحيح . وعلى الثاني : لا بد من نزعها . ولو أدخل الرجلين ساق الخنيز بلا غسل ، ثم غسلها ، ثم أدخلها قرار الخف ، صح لبسه ، وجاز المسح . ولو لبس متطهرًا ، ثم أحدث قبل وصول الرجل قدم الخف ، أو مسح بشرطه ، ثم أزال القدم من مقرها ولم يظهر من محل الفرض شيء ، ففي صورتين ثلاثة أوجه . الصحيح : جواز المسح في الثانية ، ومنعه في الأولى . والثاني : يجوز

فيها . والثالث : لا يجوز فيها . ولو لبست المستحاضة على وضوئها ، ثم أحدثت بغير الاستحاضة ، فوجهان . أحدهما : لا يصح مسحها لضعف طهارة لبسها . والصحيح : المنصوص جوازه . فعلى هذا لو انقطع دمها ، وشفيت قبل المسح ، لم يجز المسح على المذهب ، وقيل : فيه الوجهان . وحيث جوزنا ، فإنما يستتبع بلبسها المسح لما شئت من النوافل ، ولفريضة إن لم تكن صلت بوضوء اللبس فريضة ، بأن أحدثت بعد وضوئها ولبسها قبل أن تصلي تلك الفريضة ولا غيرها من الفرائض ، فإن أحدثت بعد فعل الفريضة ، مسحت ، واستباح النوافل ، ولا تستتبع فريضة مقضية ، ولا مؤداة تحضر . فإن أرادت فريضة ، وجب نزع الخف ، واستئناف اللبس بطهارة . وإن وجه شاذ أنها تستوفي مدة المسح يوماً وليلة حضراً ، وثلاثة سافراً ، ولكن تعيد الوضوء والمسح لكل فريضة . وفي معنى طهارة المستحاضة ، طهارة سلس البول ، وكل من به حدث دائم ، وكذا الوضوء المضموم إليه التيمم لجراحة أو كسر ، فحكمهم حكمها بلا فرق . وأما من محض التيمم بلا وضوء ، فإن كان بسبب غير إعواز الماء ، فهو كالاستحاضة . وإن كان للإعواز ، فقال ابن سريج : هو كهي . والصحيح : أنه لا يستتبع المسح أصلاً .

الشرط الثاني : أن يكون اللبوس صالحاً للمسح ، وصلاحيته بأمور :

الأول : أن يستر محل فرض غسل الرجلين ، فلو قصر عن محل الفرض ، لم يجز قطعاً ، وفي المخروق قولان . القديم : جواز المسح ما لم يتفاحش الخرق ، بأن لا يماسك في الرجل ، ولا يتأني الشيء عليه ، وقيل : التفاحش : أن يطل اسم الخف . والجديد : الأظهر لا يجوز إذا ظهر شيء من محل الفرض وإن قل . ولو تحرقت البطانة أو الظهارة ، جاز المسح إن كان الباقي ، صفيقاً ، وإلا فلا على الصحيح . ويقاس على هذا ما إذا تحرق من الطهارة موضع ، ومن البطانة موضع آخر لا يحاذيه . أما الخف المشقوق القدم إذا شد محل الشق بالشرح^(١) ، فإن ظهر

(١) الشرح : بفتح الشين والراء . المعنى : جمع عروة . وكل ما ضم بعضه إلى بعض فقد شرح .

شيء مع الشد ، لم يجوز المسح . وإلا جاز على الصحيح المنصوص . فلو فتح الشرج ، بطل المسح في الحال وإن لم يظهر شيء .

الأمر الثاني : أن يكون قوياً ، بحيث يمكن متابعة الشيء عليه بقدر ما يحتاج إليه المسافر في حوائجه عند الخط والترحال ، فلا يجوز المسح على اللفائف والجوارب المتخذة من صوف ولبد ، وكذا الجوارب المتخذة من الجلد الذي يلبس مع المكعب ، وهي جوارب الصوفية ، لا يجوز المسح عليها حتى يكون بحيث يمكن متابعة الشيء عليها ، ويمنع نفوذ الماء إن شرطناه ، إما لصفاقتها ، وإما لتجليد القدمين والنعل على الأسفل ، أو الإلصاق على المكعب . وقيل : في اشتراط تجليد القدم مع صفاقتها قولان . ولو تعذر الشيء فيه لسعته المفرطة ، أو ضيقه ، لم يجوز المسح على الأصح . ولو تعذر لفظه ، أو ثقله ، كالخشب والحديد ، أو لتحديد رأسه بحيث لا يستقر على الأرض ، لم يجوز . ولو اتخذ لطيفاً من خشب ، أو حديد يتأني الشيء فيه ، جاز قطعاً . ولو لم يقع عليه اسم الخف ، بأن لف على رجلاه قطعة أدم وشدها ، لم يجوز المسح .

الأمر الثالث : - في أوصاف مختلف فيها - فالخف المنصوب ، والمسروق ، وخف الذهب أو الفضة ، يصح المسح عليه على الأصح . والخف من جلد كلب أو ميتة قبل الدباغ ، لا يجوز المسح عليه قطعاً ، لالس مصحف ولا لغيره . ولو وجدت في الخف شرائطه ، إلا أنه لا يمنع نفوذ الماء ، لم يجوز المسح على الأصح . واختار إمام الحرمين والقرطبي : الجواز .

قلت : ولو لبس واسع الرأس يرى من رأسه القدم ، جاز المسح عليه على الصحيح . ويجوز على خف زجاج قطعاً إذا أمكن متابعة الشيء عليه . والله أعلم

فرع

الجرموق : هو الذي يلبس فوق الخف لشدة البرد غالباً . فاذا لبس خفاً فوق خف ، فله أربعة أحوال .

أحدها : أن يكون الأعلى صالحاً للمسح عليه دون الأسفل ، لضوفه ، أو لخرقه ، فالمسح على الأعلى خاصة .

الثاني : عكسه ، فالمسح على الأسفل خاصة . فلو مسح الأعلى فوصل البلل إلى الأسفل ، فإن قصد مسح الأسفل ، أجزأه . وكذا إن قصدتها على الصحيح . وإن قصد الأعلى ، لم يجز . وإن لم يقصد واحداً ، بل قصد المسح في الجملة ، أجزأه على الأصح ، لقصد إسقاط فرض الرجل بالمسح .

الثالث : أن لا يصلح واحد منها فيتمذر المسح .

الرابع : أن يصلح كلاهما ، ففي المسح على الأعلى وحده قولان : القديم جوازه ، والجديد : منعه .

قلت : أظهر عند الجمهور الجديد ، وصحح القاضي أبو الطيب في شرح « الفروع » القديم . والله أعلم

فإن جوزنا المسح على الجرموق ، فقد ذكر ابن سريج فيه ثلاثة معان . أظهرها : أن الجرموق بدل عن الخف ، والخف بدل عن الرجل . والثاني : الأسفل كلفافة ، والأعلى هو الخف . والثالث : أنها كخف واحد ، فالأعلى طهارة ، والأسفل بطانة . وتفرع على المعاني مسائل . منها : لو لبسها معاً على طهارة فأراد الاختصار على مسح الأسفل ، جاز على المعنى الأول دون الآخرين . ومنها : لو لبس الأسفل على طهارة ، والأعلى على حدث ، ففي جواز المسح على الأعلى طريقان . أحدهما : لا يجوز . وأصحهما فيه وجهان . إن قلنا بالمعنى الأول

والثاني : لم يجز . وبالثالث : يجوز . فلو لبس الأسفل بطهارة ، ثم أحدث ومسحه ، ثم لبس الجرموق ، فهل يجوز مسحه ؟ فيه طريقان .

أحدهما : يبنى على المعاني إن قلنا بالأول أو الثالث جاز . وبالثاني : لا يجوز . وقيل : يبنى الجواز على هذا الثاني ، على أن مسح الخف يرفع الحدث ، أم لا ؟ إن قلنا : يرفع ، جاز ، وإلا فلا .

الطريق الثاني : القطع بالبناء على رفع الحدث . وإذا جوزنا مسح الأعلى في هذه المسألة ، قال الشيخ أبو علي : ابتداء المدة من حين إحداث أول لبسه الأسفل ، وفي جواز الاختصار على الأسفل الخلاف السابق . ومنها : لو لبس الأسفل على حدث ، وغسل رجله فيه ، ثم لبس الأعلى على طهارة كاملة ، فلا يجوز مسح الأسفل قطعاً ، ولا مسح الأعلى إن قلنا بالمعنى الأول ، أو الثالث . وبالثاني يجوز . ومنها : لو تحرق الأعلى من الرجلين جميعاً ، أو زعه منها بعد مسحه وبقي الأسفل بحاله ، فإن قلنا بالمعنى الأول ، لم يجب نزع الأسفل ، بل يجب مسحه ، وهل يكفيه مسحه أم يجب استئناف الوضوء ؟ فيه القولان في نازع الخفين . وإن قلنا بالمعنى الثالث ، فلا شيء عليه . وإن قلنا بالثاني ، وجب نزع الأسفل أيضاً وغسل القدمين . وفي استئناف الوضوء القولان ، فحصل من الخلاف في المسألة خمسة أقوال . أحدها : لا يجب شيء . والثاني : يجب مسح الأسفل فقط . والثالث : يجب المسح واستئناف الوضوء . والرابع : يجب نزع الخفين وغسل الرجلين . والخامس : يجب ذلك مع استئناف الوضوء . ومنها : لو تحرق الأعلى من إحدى الرجلين أو زعه . فإن قلنا بالمعنى الثالث ، فلا شيء عليه . وإن قلنا بالثاني ، وجب نزع الأسفل أيضاً من هذه الرجل ، ووجب نزعها من الرجل الأخرى ، وغسل القدمين . وفي استئناف الوضوء القولان . وإن قلنا بالمعنى الأول ، فهل يلزمه نزع الأعلى من الرجل الأخرى ؟ وجهان : أصحهما نعم ، كمن نزع إحدى الخفين . فإذا زعه ، عاد القولان : في أنه [هل] يجب استئناف الوضوء ، أم يكفيه مسح الأسفل ؟ والثاني : لا يلزمه نزع الثاني .

وفي واجبه القولان . أحدهما : مسح الأسفل الذي نزع أعلاه . والثاني استئناف الوضوء ، ومسح هذا الأسفل ، والأعلى من الرجل الأخرى . ومنها : لو تحرق الأسفل منها ، لم يضر على المعاني كلها . فان تحرق من إحداها ، فان قلنا بالمعنى الثاني أو الثالث ، فلا شيء عليه . وإن قلنا بالأول ، وجب نزع واحد من الرجل الأخرى ، لثلا يجمع بين البذل والمبدل ، قاله في « التهذيب » وغيره . ولك أن تقول : هذا المعنى موجود فيما إذا تحرق الأعلى من إحدى الرجلين ، وقد حكوا وجهين في وجوب نزع من الأخرى ، فليحكم بطردها هنا . ثم إذا نزع ، ففي واجبه القولان . أحدهما : مسح الخف الذي نزع الأعلى من فوقه . والثاني : استئناف الوضوء والمسح عليه وعلى الأعلى الذي تحرق الأسفل تحته . ومنها : لو تحرق الاسفل والاعلى من الرجلين ، أو من إحداها ، لزمه نزع الجميع على المعاني كلها ، لكن إن قلنا بالمعنى الثالث ، وكان الحرقان في موضعين غير متحاذيين ، لم يضر كما تقدم بيانه . ومنها : لو تحرق الأعلى من رجل ، والأسفل من الأخرى ، فان قلنا بالثالث ، فلا شيء عليه . وإن قلنا بالأول ، نزع الأعلى المتحرق ، وأعاد مسح ماتحته . وهل يكفيه ذلك ، أم يحتاج إلى استئناف الوضوء ماسحاً عليه وعلى الأعلى من الرجل الأخرى ؟ فيه القولان . هذا كله تفريع على جواز مسح الجرموق . فان منعناه ، فأدخل يده بينها ومسح الخف الأسفل ، جاز على الأصح . ولو تحرق الأسفلان ، فان كان عند التحرق على طهارة لبسه الأسفل ، مسح الأعلى ، لأنه صار أصلاً لخروج الأسفل عن صلاحيته للمسح . وإن كان محدثاً ، لم يجز مسح الأعلى ، كاللبس على حدث . وإن كان على طهارة مسح ، فوجهان ، كما ذكرنا في التفريع على القديم . أما إذا لبس جرموقاً في رجل ، واقتصر على الخف في الأخرى ، فعلى الجديد : لا يجوز مسح الجرموق . وعلى القديم : يني على المعاني الثلاثة ، فعلى الأول لا يجوز ، كما لا يجوز المسح في خف ، وغسل الرجل الأخرى . وعلى الثالث يجوز ، وكذا على الثاني على الأصح .

قلت : وإذا جوزنا المسح على الجرموق ، فكذا إذا لبس ثانياً وثالثاً . ولو لبس الخف فوق الجبيرة ، لم يجوز المسح عليه على الأصح . والله أعلم

فصل في كيفية المسح

أما أقله ، فما ينطبق عليه اسم المسح من محل فرض الفسل في الرجل ، إلا أسفلها ، فلا يجوز الاقتصار عليه على الأظهر ، وقيل : يجوز قطعاً ، وقيل : لا يجوز . وإلا العقب ، فلا يجزئ على المذهب . وقيل : هو أولى بالجواز من الأسفل ، وقيل : أولى بالمنع .

قلت : وحرف الخف كأسفله . قاله في « التهذيب » . والله أعلم

وأما الأكمل : فمسح أعلاه وأسفله ، ولكن ليس استيعاب جميعه سنةً على الأصح . ويستحب مسح العقب على الأظهر ، وقيل : الأصح ، وقيل : قطعاً . ولو كان عند المسح على أسفله نجاسة ، لم يجوز المسح عليه . ويجزئ غسل الخف عن مسحه على الصحيح ، لكن يكره . ويكره أيضاً تكرار المسح على الصحيح . وعلى الثاني : يستحب تكراره ثلاثاً كالرأس .

قلت : قال أصحابنا : لاتعين اليد للمسح ، بل يجوز بخرقة وخشبة وغيرها . ولو وضع يده المبتلة ولم يرئها ، أو قطار الماء عايه ، أجزأه على الصحيح كما تقدم في الرأس . والله أعلم

فصل

في حكم المسح

يباح المسح على الخف للصلاة ، وسائر ما يفتقر إلى الوضوء . وله المسح إلى إحدى غايات أربع :

الأولى : مضي يوم وليلة للمقيم ، وثلاثة أيام بلياليهن للمسافر على المشهور الجديد . وفي القديم : يجوز غير مؤقت . والتفريع على الجديد . وابتداء المدة من الحدث بعد اللبس . وأكثر ما يمكن المقيم أن يصلي من الفرائض المؤداة ، ست صلوات إن لم يجمع . فان جمع لطر ، فسبع ، والمسافر ست عشرة ، وبالجمع سبع عشرة . وأما المقضييات فلا تنحصر .

واعلم أن المسافر إنما يمسح ثلاثة أيام إذا كان سفره طويلاً ، وغير معصية ، فان قصر سفره ، مسح يوماً وليلة ، وإن كان معصية ، مسح يوماً وليلة على الأصح . وعلى الثاني : لا يمسح شيئاً . ويجزى الوجهان في العاصي بالإقامة ، كالبد المأمور بالسفر إذا أقام .

فرع

إذا لبس الخف في الحضر ، ثم سافر ، ومسح في السفر ، مسح مسح مسافر ، سواء كان أحدث في الحضر ، أم لا ، وسواء سافر بعد الحدث وخروج وقت الصلاة ، أم لا ، وقال المزني : إن أحدث في الحضر ، مسح مسح مقيم . وقال أبو اسحاق الروزي : إن خرج الوقت في الحضر ولم يصل ، ثم سافر ، مسح مسح مقيم . أما إذا مسح في الحضر ثم سافر ، فبقي مسح مقيم . والاعتبار في المسح بتمامه ، فلو مسح إحدى الخفين في الحضر ، ثم سافر ومسح الآخر في السفر ، فله مسح مسافر ، لأنه تم مسحه في السفر .

قلت : هذا الذي جزم به الامام الرافعي رحمه الله في مسألة المسح على أحد الخفين في الحضر ، هو الذي ذكره القاضي حسين وصاحب « التهذيب » . لكن الصحيح المختار ، ما جزم به صاحب « التتمة » واختاره الشافعي : أنه يمسح مسح مقيم ، لتلبسه بالعبادة في الحضر . والله اعلم

أما إذا مسح في السفر ثم أقام ، فإن كان بعد مضي يوم وليلة فأكثر ، فقد انقضت مدته ، ويجزئه ماضى . وإن كان قبل يوم وليلة ، تمها . وقال المزني : يمسح ثلث ما بقي من ثلاثة أيام وليالين مطلقاً . ولو شك الماسح في السفر أو الحضر في انقضاء مدته ، وجب الأخذ بانقضائها . ولو شك المسافر هل ابتدأ المسح في الحضر ، أم السفر ؟ أخذ بالحضر ، فيقتصر على يوم وليلة ، فلو مسح في اليوم الثاني شاكاً ، وصلى به ، ثم علم في اليوم الثالث أنه كان ابتدأ في السفر ، لزمه إعادة ماضى في اليوم الثاني . وله المسح في اليوم الثالث ، فإن كان مسح في اليوم الأول ، واستمر على الطهارة فلم يحدث في اليوم الثاني ، فله أن يصلي في الثالث بذلك المسح ، لأنه صحيح . فإن كان أحدث في الثاني ، ومسح شاكاً ، وبقي على تلك الطهارة ، لم يصح مسحه ، فيجب إعادة المسح . وفي وجوب استئناف الوضوء القولان في الموالاة . وقال صاحب « الشامل » يجزئه المسح مع الشك . والصحيح الأول .

الغاية الثانية : نزع الخفين أو أحدهما ، فإن وجد ذلك وهو على طهارة مسح ، لزمه غسل الرجلين ، ولا يلزمه استئناف الوضوء على الأظهر . واختلف في أصل القولين ، فقيل : أصل بنفسها ؛ وقيل : مبنيان على تفريق الوضوء ، وضعفه الأصحاب . وقيل : على أن بعض الطهارة هل يختص بالانتقاض ، أم يلزمه من انتفاض بعضها انتقاض جميعها ؛ وقيل : مبنيان على أن مسح الخف يرفع الحدث عن الرجل ، أم لا ؟ فإن قلنا : لا يرفع ، اقتصر على غسل الرجلين ، وإلا استأنف الوضوء .

قلت : الأصح عند الأصحاب أن مسح الخف يرفع الحدث عن الرجل ، كمسح

الرأس . ولو خرج الخف عن صلاحية المسح ، لضعفه ، أو تخزقه ، أو غير ذلك ، فهو كنزعه . ولو انقضت المدة ، أو ظهرت الرجل وهو في صلاة ، بطلت . فلو لم يبق من المدة إلا مايسع ركعة ، فافتح ركعتين ، فهل يصح الافتتاح وتبطل صلاته عند انقضاء المدة ، أم لا تنعقد ؟ وجهان في « البحر » أصحها : الانمقاد . وفائدتها : أنه لو اقتدى به إنسان عالم بحاله ، ثم فارقه عند انقضاء المدة ، هل تصح صلاته ، أم لا تنعقد ؟ فيه الوجهان ، وفيما لو أراد الاختصار على ركعة . والله أعلم

الغاية الثالثة : أن يلزم الماسح غسل جنابة ، أو حيض ، أو نفاس ، فيجب استئناف اللبس بعده .

الغاية الرابعة : إذا نجست رجله في الخف ولم يمكن غسلها فيه ، وجب النزاع لغسلها . فإن أمكن غسلها فيه فغسلها ، لم يبطل المسح .

فرع

سليم الرجلين إذا لبس خفاً في إحداها ، لا يصح مسحه . فلو لم يكن له إلا رجل ، جاز المسح على خفها ، ولو بقيت من الرجل الأخرى بقية ، لم يجوز المسح حتى يوارىها بما يجوز المسح عليه .

قلت : لو كان إحدى رجليه عليلة ، بحيث لا يجب غسلها ، فلبس الخف في الصحيحة ، قطع الدارمي بصحة المسح عليه . وصاحب « البيان » بالنع . وهو الأصح ، لأنه يجب التيمم عن الرجل العليلة ، فهي كالصحيحة . والله أعلم

كتاب الحيض

فيه خمسة أبواب .

الأول : في حكم الحيض والاستحاضة . أما سن الحيض ، فأقله استكمال تسع سنين على الصحيح ، وما رأته قبله : دم فساد . والثاني : بالطن في أول التاسعة . والثالث : مضي نصف التاسعة . والمراد : السنون القمرية على الأوجه كلها . وهذا الضبط للتقريب على الأصح . فلو كان بين رؤية الدم واستكمال التسع على الصحيح مالا يسع حيضاً وطهراً ، كان ذلك الدم حيضاً ، وإلا فلا . وسواء في سن الحيض ، البلاد الحارة ، وغيرها على الصحيح . وقال الشيخ أبو محمد : في الباردة وجهاً .

قلت : الوجه الذي حكاه أبو محمد : هو أنه إذا وجد ذلك في البلاد الباردة التي لا يمد ذلك في مثلها ، فليس بحيض . والله أعلم

وأقل الحيض يوم وليلة على المذهب ، وعليه التفريع . وأكثره : خمسة عشر يوماً . وغالبه : ست أو سبع . وأقل الطهر بين حيضتين : خمسة عشر يوماً ، وغالبه : تمام الشهر بعد الحيض ، ولا حدّاً لأكثره . ولو وجدنا امرأة تحيض على الاطراد أقل من يوم وليلة ، أو أكثر من خمسة عشر ، أو بطهر أقل من خمسة عشر ، فثلاثة أوجه . الأصح : لا عبرة به . والثاني : يتبعه . والثالث : إن وافق ذلك مذهب بعض السلف ، اتبعناه . وإلا فلا . والأول : هو المعتمد : وعليه تفريع مسائل

الحيض ، ويدل عليه الاجماع على أنها لو رأت النقاء يوماً ، والدم يوماً على الاستمرار ، لانجمل كل نقاء طهراً كاملاً .

فصل

يحرم على الحائض ما يحرم على الجنب ، ولا يجب عليها قضاء الصلاة . ولو أرادت العبور في المسجد ، فأت خافت تلويثه لعدم إحكامها لشده ، أو لغلبة الدم ، حرم العبور عليها ، ولا يختص هذا بها ، بل المستحاضة ، والسلس ، ومن به جراحة نضاًخة ، يحرم عليهم العبور إذا خافوا التلويت . فإن أمنت الحائض التلويت ، جاز العبور على الصحيح ، كالجنب ومن عليه نجاسة لا يخاف تلويثها . ويحرم عليها الصوم ، ويجب قضاؤه . وهل يقال : إنه واجب حال الحيض ؟ وجهان .

قلت : الصحيح الذي عليه المحققون والجمهور : أنه ليس واجباً ، بل يجب القضاء بأمرٍ جديد . والله أعلم

وأما الاستمتاع بالحائض ، فضربان .

أحدهما : الجماع في الفرج ، فيحرم ويبقى تحريره إلى أن ينقطع الحيض ، وتغتسل ، أو تقيم عند عجزها عن الغسل . فلو لم تجد ماءً ولا تراباً ، صلت الفريضة ، وحرم وطؤها على الصحيح . ومتى جامع في الحيض متعمداً عالماً بالتحريم ، فقولان . المشهور الجديد : لا غرم عليه ، بل يستغفر الله ويتوب ، لكن يستحب أن يتصدق بدينار إن جامع في إقبال الدم ، أو بنصف دينار إن جامع في إدباره . والقديم : يلزمه غرامة . وفيها قولان . المشهور منها ما قدمنا استحبابه في الجديد . والثاني : عتق رقبة بكل حال . ثم الدينار الواجب ، أو

المستحب ، مثقال الاسلام من الذهب الخالص ، يصرف إلى الفقراء والمساكين .
ويجوز صرفه إلى واحد . وعلى قول الوجوب : يجب على الزوج دون الزوجة .
وفي المراد بإقبال الدم وإدباره : وجهان . الصحيح المعروف : أن إقباله : أوله
وشدته . وإدباره : ضعفه وقربه من الانقطاع . والثاني : قول الأستاذ أبي إسحاق
الإسفرائيني : إقباله : ما لم ينقطع ، وإدباره : إذا انقطع ولم تتنسل . أما إذا وطئها
ناسياً ، أو جاهلاً التحريم ، أو الحيض ، فلا شيء عليه قطعاً . وقيل : يجيء
وجه على القديم : أنه يجب الغرم .

الضرب الثاني : الاستمتاع بغير الجماع . وهو نوعان .

أحدهما : الاستمتاع بما بين السرة والركبة ، والأصح المنصوص : أنه حرام .
والثاني : لا يحرم . والثالث : إن أمن على نفسه التعدي إلى الفرج لورع ، أو
أقلة شهوة ، لم يحرم ، وإلا حرم . وحكى القاضي قولاً قديماً .

النوع الثاني : ما فوق السرة وتحت الركبة ، وهو جائز ، أصابه دم الحيض ، أم
لم يصبه . وفي وجه شاذ : يحرم الاستمتاع بالوضع المتلطيخ بالدم . ومن أحكام
الحيض : أنه يجب الفسل منه عند انقطاعه ، وأنه يمنع صحة الطهارة مادام الدم مستمراً ،
إلا الأغسال المبروعة ، لما لا يقتدر إلى طهارة ، كالأحرام ، والوقوف ، فانها تستحب
للحائض ، وإذا قلنا بالضعيف : إن الحائض تقرأ القرآن ، فلها أن تتنسل إذا أجنبت لتقرأ .
ومن أحكام الحيض : أنه يوجب البلوغ ، وتعلق به العدة والاستبراء ،
ويكون الطلاق فيه بدعياً ، وحكم النفاس حكم الحيض إلا في إيجاب البلوغ وما بعده .

قلت : ومن أحكامه : منع وجوب طواف الوداع ، ومنع قطع التتابع في صوم
الكفارة ، وقول الرافعي : وحكم النفاس حكم الحيض إلا في إيجاب البلوغ ، وما
بعده ، يقتضي أن لا يكون الطلاق فيه بدعياً ، وليس كذلك ، بل هو بدعي ، لأن
المعنى المقتضي بدعيته في الحيض موجود فيه ، وقد صرح الرافعي أيضاً في كتاب

«الطلاق» بكونه بدعياً . والله أعلم

وإذا انقطع الحيض ، ارتفع تحريم الصوم وإن لم تغتسل ، وكذا الطلاق ، وسقوط قضاء الصلاة ، بخلاف الاستمتاع وما يفتقر إلى الطهارة .

قلت : ومما يزول بانقطاع الحيض ، تحريم العبور في المسجد إذا قلنا بتحريمه في زمن الحيض ، ولنا وجه شاذ في « الحاوي » و « النهاية » أنه لا يزول تحريمه وأيسر شيء .

والله أعلم

فصل

في الاستحاضة

الاستحاضة : قد تطلق على كل دم تراه المرأة ، غير دم الحيض والنفاس . سواء اتصل بالحيض المجاوز أكثره أم لم يتصل ، كالذي تراه لسبع سنين مثلاً . وقد تطلق على المتصل به خاصة ، ويسمى غيره : دم فساد ، ولا تختلف الأحكام في جميع ذلك ، والخارج حدث دائم ، كسلس البول ، فلا يمنع الصلاة والصوم ، ويجوز وطؤها ، وإنما أثر الحدث الدائم : الاحتياط في الطهارة ، وإزالة النجاسة ، فتغسل المستحاضة فرجها قبل الوضوء أو التيمم ، وتحشوه بقطنة أو خرقة دافعاً للنجاسة وتقليلًا . فإن اندفع به الدم ، وإلا شدت مع ذلك خرقة في وسطها ، وتلجمت بأخرى مشقوقة الطرفين ، فكل هذا واجب ، إلا أن تتأذى بالشدة أو تكون صائمة فتترك الحشو وتقتصر على الشدة . وسلس البول يدخل قطنه في إحليله ، فإن انقطع ، وإلا عصب مع ذلك رأس الذكر . ثم تتوضأ المستحاضة بعد الاحتياط الذي ذكرناه . ويلزمها تقديم هذا الاحتياط على الوضوء ، ويجب الوضوء لكل فريضة ، ولها ما شاءت من النوافل بعد الفريضة ، ويجب أن تكون طهارتها بعد الوقت على الصحيح . وفي وجه شاذ : تجزئها الطهارة قبل الوقت إذا انطبق آخرها على أول الوقت . وينبغي لها أن تبادر بالصلاة عقب طهارتها . فإن تطهرت في أول الوقت ، وصلت في

آخره أو بعده . فإن كان تأخيرها لسبب الصلاة ، كالأذان ، والاجتهاد في القبلة ، وستر المورة ، وانتظار الجمعة والجماعة ونحوها ، لم يضر ، وإلا فثلاثة أوجه . الصحيح : المنع . والثاني : الجواز . والثالث : الجواز ما لم يخرج الوقت . أما تجديد غسل الفرج ، وحشوه ، وشده لكل فريضة ، فإن زالت العصابة عن موضعها زوالاً له وقع ، أو ظهر الدم في جوانبها ، وجب التجديد . وإن لم تزل ، ولا ظهر الدم ، أوزالت زوالاً يسيراً ، وجب التجديد على الأصح . وقيل : الأظهر . كما يجب تجديد الوضوء ، ويجري الخلاف فيما لو أحدثت بريح ونحوه قبل أن تصلي ، فلو بالت ، وجب التجديد قطعاً . ولو خرج منها الدم بعد الشد لعلبة الدم ، لم يطل وضوؤها . وإن كان لتقصيرها في الشد ، بطل ، وكذا لو زالت العصابة عن موضعها لضعف الشد ، وزاد خروج الدم بسببه . فلو اتفق ذلك في صلاة ، بطلت ، . وإن كان بعد فريضة ، حرم النفل بعدها .

فرع

طهارة المستحاضة تبطل بالشفاء ، وفي وجه شاذ : لو اتصل الشفاء بآخر الوضوء ، لم يطل ، وليس بشيء . ولو شفيت في صلاة ، بطلت على المذهب . ومتى انقطع دمها وهي تعتاد الانقطاع والعود ، أو لا تعتاده ، لكن أخبرها به من يعتمد من أهل البصر ، فطر ، إن كانت مدة الانقطاع يسيرة لاتسع الطهارة والصلاة التي تطهرت لها ، فلها الشروع في الصلاة . فلو امتد الانقطاع ، بان بطلان الطهارة ، ووجب قضاء الصلاة . وإن كانت مدة الانقطاع تسع الطهارة والصلاة ، لزمها إعادة الوضوء بعد الانقطاع . فلو عاد الدم على خلاف المادة ، قبل الإمكان ، لم يجب إعادة الوضوء على الأصح . لكن لو شرعت في الصلاة بعد هذا الانقطاع ، ولم تمد الوضوء ، فماد الدم قبل الفراغ ، وجب إعادة الصلاة على الأصح . أما إذا انقطع

دمها وهي لاتعتاد الانقطاع ، ولم يجبرها أهل البصر بالعود ، فيجب إعادة الوضوء .
فلو عاد الدم قبل إمكان الوضوء والصلاة ، فالأصح أن وضوءها السابق يبقى على
صحته . والثاني : يجب إعادته . ولو خالفت أمرنا ، وشرعت في الصلاة من غير
إعادة الوضوء بعد الانقطاع ، فإن لم يمد الدم ، لم تصح صلاتها ، لظهور الشفاء .
وكذا إن عاد بعد مضي إمكان الطهارة والصلاة ، لتمكنها من الصلاة بلا حدث ،
وكذا إن عاد قبل الإمكان على الأصح ، لتردها عند الشروع . ولو توضأت عند
انقطاع دمها وهي لاتدري أنه شفاء ، أم لا ؟ فسيبها أن تنظر هل تعتاد الانقطاع ،
وتجري على مقتضى الحالين كما بينا .

قلت : ولنا وجه شاذ : أن المستحاضة لاتستبيح النفل بحال . وإنما استباحث
الفريضة مع الحدث الدائم للضرورة . والصواب المعروف أنها تستبيح النوافل مستقلة ،
وتبعا لفريضة مادام الوقت باقيا ، وبعدة أيضا على الأصح . والمذهب : أن طهارتها
تبيح الصلاة ولا ترفع الحدث . والثاني : ترفعه . والثالث : ترفع الماضي دون
المقارن والمستقبل . وإذا كان دمها ينقطع في وقت ، ويسيل في وقت ، لم يحز أن
تصلي وقت سيلانه ، بل عليها أن تتوضأ وتصلي في وقت انقطاعه ، إلا أن تخاف
فوت الوقت ، فتتوضأ وتصلي في سيلانه . فإن كانت ترجو انقطاعه في آخر الوقت ،
فهل الأفضل أن تمجل الصلاة في أول الوقت ، أم تؤخرها إلى آخره ؟ فيه
وجهان مذكوران في « التمة » ، بناءً على القولين في مثله في التيمم . قال صاحب
« التهذيب » لو كان سلس البول ، بحيث لو صلى قائما سال بوله ، ولو صلى قاعداً ،
استمسك ، فهل يصلي قائما ، أم قاعداً ؟ وجهان . الأصح : قاعداً حفظاً للطهارة ،
ولا إعادة عليه على الوجهين . والله أعلم

الباب الثاني

في المستحضرات

هن أربع :

الأولى : البتداء الميزة وهي : التي ترى الدم على نوعين ، أو أنواع ، أحدها أقوى ، فتزد إلى التمييز ، فتكون حائضاً في أيام القوي ، مستحاضة في أيام الضعيف . وإنما يعمل بالتمييز بثلاثة شروط . أحدها : أن لا يزيد القوي على خمسة عشر يوماً ، والثاني : أن لا ينقص عن يوم وليلة ليتمكن جملة حيضاً . والثالث : أن لا ينقص الضعيف عن خمسة عشر يوماً ليتمكن جملة طهرراً بين حيضتين ، والمراد بخمسة عشر الضعيف ، أن لا تكون متصلة فلو رأت يوماً أسود ، ويومين أحمر ، وهكذا أبداً ، فجملة الضعيف في الشهر تزيد على خمسة عشر ، لكن لا يعد هذا تمييزاً لعدم اتصاله . هذا الذي ذكرناه من أن الشروط ثلاثة هو الصحيح المعروف في المذهب . ولنا وجهان شاذان باشتراط شرط رابع . أحدهما قاله صاحب « التتمة » : أنه يشترط أن لا يزيد القوي والضعيف ، على ثلاثين يوماً . فإن زاد ، سقط التمييز . والثاني : مذكور في « النهاية » : أن الدمين إن كانا تسعين يوماً فما دونها ، عملنا بالتمييز ، فإن جاوز تسعين ، ابتدأت حيضة أخرى بعد التسعين . وجعل دورهما تسعين أبداً . وفي المعتبر في القوة والضعف وجهان . أحدهما هو قول العراقيين وغيرهم ، أن القوة تحصل بإحدى ثلاث خصال : اللون ، والرائحة ، والسخانة . فالأسود أقوى من الأشتقر ، والأشقر أقوى من الأصفر ومن الأكدر إذا جعلناها حيضاً . وماله رائحة أقوى مما لا رائحة له . والسخين أقوى من الرقيق . ولو كان دمها بعضه موصوفاً بصفة من الثلاث ، وبعضه خالياً عن جميعها ، فالقوي

هو الموصوف بالصفة . ولو كان للبعض صفة ، وللبعض صفتان ، فالقوي ماله صفتان . وإن كان للبعض صفتان ، وللبعض ثلاث ، فالقوي ماله الثلاث . وإن وجد لبعضه صفة ، وللبعض أخرى ، فالقوي : السابق منها . كذا ذكره في « التتمة » وهو موضع تأمل . والوجه الثاني : أن المعتبر في القوة اللون وحده ، وادعى إمام الحرمين اتفاق الأصحاب على هذا الوجه ، واقتصر عليه أيضاً الغزالي . والصحيح عند الأصحاب : الوجه الأول .

فرع

إذا وجدت شروط التمييز فتارة يتقدم الدم القوي ، وتارة الضعيف . فإن تقدم القوي ، نظر . فإن استمر بعده ضعيف واحد ، بأن رأت خمسة سواداً ، ثم حمرة مستمرة ، فحيضها السواد . والحمرة طهر وإن طال زمانها ، وفيه الوجهان الشاذان المتقدمان عن « التتمة » و « النهاية » وإن وجد بعده ضعيفان ، وأمكن جعل أولهما مع القوي حيضاً ، بأن رأت خمسة سواداً ، ثم خمسة حمرة ، ثم صفرة مطبقة ، فطريقان . أحدهما : القطع بأن القوي مع الضعيف الأول حيض . والثاني : وجهان ، أحدهما : هذا . والثاني : حيضها القوي وحده ، فإن لم يمكن جعلها ، بأن رأت خمسة سواداً ، ثم أحد عشر حمرة ، ثم صفرة مطبقة ، فالذهب : أن حيضها السواد . وقيل : فاقدة التمييز ، فكأنها رأت ستة عشر أسود . أما إذا تقدم بعد القوي أضعف الضعيفين ، فرأت سواداً ، ثم صفرة ، ثم حمرة ، فانه ينشأ على ما إذا توسطت الحمرة . فإن ألحقناها بما بعده ، وقلنا : الحيض هو السواد وحده ، فهذا أولى . وإن ألحقناها بالسواد ، فحكها كما إذا رأت سواداً ، ثم حمرة ، ثم عاد السواد . وذلك يعلم بما ذكرناه من شروط التمييز . أما إذا تقدم الضعيف أولاً ، فإن أمكن الجمع بين القوي وما تقدمه ، بأن رأت خمسة حمرة ، ثم خمسة سواداً ، ثم حمرة مطبقة ، فثلاثة أوجه . الصحيح : أن الحكم للون ، فحيضها السواد ، وأما ما قبله وبعده ، فطهر

والثاني : يجمع بينها ، حيضها السواد وما قبله . والثالث : أنها فاقدة للتمييز . وإن لم يمكن الجمع ، بأن رأت حمسة حمرة ، ثم أحد عشر سواداً ، فإن قلنا في حالة الإمكان ، حيضها السواد ، فهذا أولى . وإن قلنا بالآخرين ، ففاقدة للتمييز على الصحيح المعروف . وقيل : حيضها الحمرة المتقدمة مراعاة للأولية . فلو صار السواد ستة عشر ، ففاقدة للتمييز بالاتفاق ، إلا على الشاذ .
، فانه يقدم الأولية .
وإذا فرعنا على الصحيح وهو تقديم اللون ، فرأت المبتدأة خمسة عشر حمرة ، ثم خمسة عشر سواداً ، تركت الصوم والصلاة في جميع الشهر . فإن زاد السواد على خمسة عشر ، فقد فات التمييز ، فيرد إلى يوم وليلة في قول ، وإلى ست أو سبع في القول الآخر ، فتترك الصلاة والصوم أيضاً بحد الشهر يوماً وليلة ، أو ستاً ، أو سبعاً . ولا يتصور مستحاضة تؤمر بترك الصلاة أحداً وثلاثين يوماً ، أو ستة أو سبعة وثلاثين ، إلا هذه .

فرع

إذا بلغت المرأة سن الحيض ، فرأت دمًا ، لزمها ترك الصوم والصلاة والوطء بمجرد رؤية الدم على الصحيح . وقيل : لا يترك الصوم والصلاة حتى ترى الدم يوماً وليلة . فعلى الصحيح لو انقطع لدون يوم وليلة ، بان أنه ليس حيضاً ، فتقضي الصلاة .

واعلم أن المبتدأة المميزة لا تشتغل بالصوم والصلاة عند انقلاب الدم من القوة إلى الضعف ، لاحتمال انقطاع الضعف قبل مجاوزة خمسة عشر ، فيكون الجميع حيضاً ، فتتربص إلى انقضاء الحمة عشر . فإن انقضت والدم مستمر ، عرفنا أنها مستحاضة ، فتقضي صلوات ما زاد على الدم القوي . هذا حكم الشهر الأول .
وأما الثاني وما بعده ، فبانقلاب الدم تغتسل وتصلّي وتصوم ، ولا يخرج ذلك على

الخلافا في ثبوت المادة بمرة ، فلو اتفق الشفاء في بعض الأدوار ، فانقطع الدم قبل مجاوزة الخمسة عشر ، فالضعيف حيض مع القوي ، كالشهر الأول . وسواء في كون جميعه حيضاً إذا لم يجاوز ، وتقدم الضميف أو القوي على الصحيح المعروف . وعلى الشاذ إن تقدم القوي ، فالجميع حيض ، وإن تقدم الضعيف ، وبعده قوي وحده ، أو قوي ، ثم ضعيف آخر ، كمن رأت خمسة حمرة ، ثم خمسة سواداً ، ثم خمسة حمرة ، فحيضها في الصورة الأولى : السواد . وفي الثانية : السواد وما بعده .

فرع

مفهوم كلام الأصحاب وما صرح به إمام الحرمين : أن المراد باتقلاب الدم القوي ضعيفاً ، أن تتمحض ضعيفاً ، حتى لو بقيت خطوط من السواد ، وظهرت خطوط من الحمرة ، لا ينقطع حكم الحيض ، وإنما ينقطع إذا لم يبق شيء من السواد أصلاً .

المستحاضة الثانية : مبتدأة لا تميز لها بأن يكون جميع دمها بصفة واحدة ، أو يكون قوياً وضعيفاً ، وفقد شرط من شروط التميز ، فينظر فيها ، فإن لم تعرف وقت ابتداء الدم ، فحكمها حكم المتحيرة . وبأني بيانه إن شاء الله تعالى - وإن عرفته ، فقولان . أظهرهما : تحيض يوماً وليلة ، والثاني : ستاً أو سبعمائة وعلى هذا في الست أو السبع وجهان . أحدهما : للتخير ، فتحيض إن شاءت ستاً وإن شاءت سبعمائة ، وأصحها ليس للتخير ، بل إن كانت عادة النساء ستاً ، تحيض ستاً ، وإن كانت سبعمائة ، فسبعمائة . وفي النساء المعتبرات أوجه . أصحها : نساء عشرينها من الأبوين . فإن لم يكن عشيرة ، فبناتها . والثاني : نساء العصابات خاصة . والثالث : نساء بلدها وناحتها ، فإن كانت المعتبرات يحضن كلهن ستاً أو سبعمائة ، أخذت به . وإن

نقصت عاداتهن كلهن عن ست ، أو زادت على سبع ، فوجهان . أصحها : ترد إلى ست في صورة النقص ، وسبع في الزيادة . والثاني : ترد إلى عاداتهن . ولو اختلفت عاداتهن ، فحاض بعضهن ستاً ، وبعضهن سبعم ، ردت إلى الأغلب . فان استوى البعضان ، أو حاض بعضهن دون ست ، وبعضهن فوق سبع ، ردت إلى الست . هذا بيان مردها في الحيض . أما الطهر : فان قلنا : ترد في الحيض الى غايه ، فكذا في الطهر ، فترد إلى ثلاث وعشرين أو أربع وعشرين . وإن رددناها في الحيض إلى الأقل ، فالصحيح أن طهرها تسع وعشرون تمة الشهر . واثاني : أنه ثلاث وعشرون ، أو أربع وعشرون ، وقيل : على هذا يتعين الأربع والعشرون . والصواب المعروف تردده بين الأربع والعشرين والثلاث والعشرين كما ذكرنا . والثالث : وهو نص غريب للشافعي رحمه الله : أنه أقل الطهر . فعلى هذا دورها ستة عشر ، وهو شاذ ضعيف . واعلم أن ابتداء مردها في الحيض من حين رأت الدم ، سواء كان بصفة واحدة ، أم متميزاً فقد منه شرط التمييز . ولنا وجه ضعيف عن ابن سريج رحمه الله : أنه إذا ابتدأ الضعيف ، وجاوز القوي بعده أكثر الحيض ، فابتداء حيضها من أول القوي .

فرع

غير الميزة كالميزة في ترك الصوم والصلاة في الشهر الأول إلى تمام خمسة عشر يوماً ، فان جاوزها الدم ، تبينا الاستحاضة ، فان رددناها إلى أقل الحيض ، قضت صلوات أربعة عشر يوماً ، وإن رددناها إلى الست أو السبع ، قضت صلوات تسعة أيام أو ثمانية . وأما الشهر الثاني وما بعده ، فان وجدت فيه تمييزاً بشرطه قبل تمام الرد أو بعده ، فهي في ذلك الدور : مبتدأة مميزة . وإن استمر فقد التمييز ، وجب عند مجاوزة الرد ، الفسل ، والصوم ، والصلاة . فان شفيت في بعض الشهور ، قبل مجاوزة خمسة عشر ، بان أنها غير مستحاضة في ذلك

الشهر، وجميع دمها فيه حيض ، فتقضي ما صامته في أيام الدم . وتبيننا أن غسلها لم يصح ، ولا تأثم بالصوم والصلاة والوطء ، فيما وراء المرد ، وإن كان قد وقع في الحيض لجلها . وإن لم تشف ، فهل يلزمها الاحتياط فيما وراء المرد إلى تمام خمسة عشر ، أم تكون طاهراً كسائر المستحاضات الطاهرات ؟ قولان . أظهرهما : الثاني . فإن قلنا : تحتاط ، لم تحل للزوج ، إلا بعد خمسة عشر ، ولا تقضي في هذه المدة فوائت الصوم والصلاة والطواف . ويلزمها أداء الصوم والصلاة والغسل لكل صلاة ، وتقضي الصوم كله ، ولا تقضي الصلاة . وإذا قلنا : لا تحتاط ، صامت وصلت ، ولا تقضيها ، ولا غسل عليها ، ولها قضاء الفوائت . وبياح وطؤها .

المستحاضة الثالثة : المعتادة غير المميزة ، فتد إلى عاداتها . ولها

حالات .

أحدهما : أن لا تختلف عاداتها ، فإن تكررت عادة حيضها وطهرها مراراً ، ردت إليها في قدر الحيض ، والطهر ، ووقتها . والصحيح : أنه لا فرق بين أن تكون عاداتها أن تحيض أياماً من كل شهر ، أو من كل سنة ، وأكثر . وقيل : لا يجوز أن يزيد الدور على تسعين يوماً ، وسنعيد المسألة في النفاس إن شاء الله تعالى . وإن لم تتكرر . فالأصح : أن العادة تثبت بمرة . والثاني : لا بد من مرتين . والثالث : لا بد من ثلاث مرات . فلو كانت تحيض خمساً ، فحاضت في شهر ستاً ، ثم استحيضت بعده ، فإن أثبتنا العادة بمرة ، ردت إلى الست ، وإلا ، فإلى الخمس . ثم المعتادة في الشهر الأول من شهور استحاضتها ، ترتبص كالمبتدأة ، لجواز انقطاع دمها على خمسة عشر ، فإن جاوزها ، قضت صلوات ما وراء العادة . وأما الشهر الثاني وما بعده ، فتغتسل وتصلي وتصوم عند مضي العادة . ولا يجيء هنا قول الاحتياط المتقدم في المبتدأة ، لقوة العادة .

الحال الثاني : أن تختلف عاداتها ، ولها صور .

منها : أن تستمر لها عادات مختلفة منتظمة بأن كانت تحيض في شهر ثلاثة، ثم في شهر خمسة ، ثم في شهر سبعة ، ثم في الرابع ثلاثة ، ثم في الخامس خمسة ، وفي السادس سبعة ، وهكذا أبداً ، فهل ترد بعد الاستحاضة إلى هذه العادة ؟ وجهان . أصحها : ترد ، ويمجري الوجهان ، سواء كانت عاداتها منتظمة على هذا الترتيب ، أم على ترتيب آخر ، بأن كانت ترى خمسة ، ثم ثلاثة ، ثم سبعة ، ثم تمود الخمسة . وسواء رأت كل قدر مرة ، كما ذكرنا ، أم مرتين ، بأن ترى في شهرين ثلاثة ثلاثة . وفي شهرين بعدها خمسة خمسة ، وفي شهرين بعدها سبعة سبعة . ثم محل الوجهين إذا تكررت العادة الدائرة . فأما إذا رأت الأقدار الثلاثة ، في ثلاثة أدوار ، ثم استحيضت في الرابع ، فلا خلاف أنها لا ترد إلى الأقدار ، لأننا إن أثبتنا العادة بمرة ، فالأخير ينسخ ما قبله ، وإن لم تثبتها بمرة ، فلأنه لم تتكرر الأقدار لتصير عادة . ولهذا قال الأئمة : أقل ما تستقيم فيه العادة في المثال المذكور ستة أشهر ، فإن رأت هذه الأقدار مرتين ، فأقله سنة . ثم إذا قلنا : ترد إلى هذه العادة ، فاستحضت عقب شهر الثلاثة ، ردت في أول شهور الاستحاضة إلى الخمسة . وفي الثاني : إلى السبعة . وفي الثالث : إلى الثلاثة . وإن استحيضت بعد شهر الخمسة ، ردت إلى السبعة ، ثم الثلاثة ، ثم الخمسة . وإن استحيضت بعد شهر السبعة ، ردت إلى الثلاثة ، ثم الخمسة ، ثم السبعة . وإن قلنا : لا ترد إليها ، فقد ذكر النزالي ثلاثة أوجه . أحدها : ترد إلى ما قبل الاستحاضة أبداً . والثاني : إلى القدر المشترك بين الحيضتين السابقتين للاستحاضة . فإن استحيضت بعد شهر الخمسة ، ردت إلى الثلاثة . والثالث : أنها كالمبتدأة . ولم أر هذه الأوجه بعد البحث لغیره ، ولا لشيخه ، بل المذهب والذي عليه الأصحاب في كل الطرق ، أنها ترد إلى القدر المتقدم على الاستحاضة . وعلى هذا ، هل يجب عليها

الاحتياط فيما بين أقل العادات وأكثرها ؟ وجهان . أصحابها : لا . كصاحبة العادة الواحدة ، فانها لا تحتاط بعد الرد . والثاني : يجب . فعلى هذا ، يحتبها الزوج في المثال المذكور إلى انقضاء السبعة . ثم إن استحیضت بعد شهر الثلاثة ، تحيَّضت من كل شهر ثلاثة أيام ، ثم تغتسل ، وتصلي ، وتصوم . وتغتسل مرة أخرى في آخر الحسة ، ومرة أخرى في آخر السبعة . وتقضي صوم السبعة دون صلاتها . وإن استحیضت بعد شهر الحسة ، تحيَّضت من كل شهر خمسة . ثم تغتسل ، وتصلي ، وتصوم ، وتغتسل مرة أخرى في آخر السابع ، وتقضي صوم السبعة ، وتقضي صلوات اليوم الرابع ، والخامس ، لاحتمال عدم الحيض فيها ، ولم تصل فيها . وإن استحیضت بعد شهر السبعة ، تحيَّضت من كل شهر سبعة ، واغتسلت في آخر السابع ، وقضت صيام السبعة ، وصلوات الرابع ، والخامس ، والسادس ، والسابع . هذا كله إذا ذكرت العادة المتقدمة . فان نسيها ، تحيَّضت من كل شهر ثلاثة أيام ، ثم تغتسل ، وتصلي ، وتصوم ، ثم تغتسل في آخر الخامس ، وآخر السابع . وتتوضأ فيما بينها لكل فريضة . سواء قلنا : ترد إلى العادة الدائرة ، أم لا ؟ هذا مقتضى كلام الأصحاب . وقال إمام الحرمين : هذا مخصوص بقولنا : ترد إلى الدائرة . فاما إن قلنا : ترد إلى ما قبل الاستحاضة ، فقول : هنا ترد إلى أقل العادات . وقيل : هي كمبتدأة . وقد تقدم قولان في أمرها بالاحتياط إلى آخر الحسة عشر . الصورة الثانية . أن لاتكون تلك العادات منتظمة . بل تتقدم هذه مرة ، وهذه مرة . فقال إمام الحرمين والغزالي : إن لم نردها في حال الانتظام إلى العادة الدائرة ، فهنا أولى ، وترد إلى ما تقدم على الاستحاضة . وإن رددنا المنتظمة إلى الدائرة ، فغير المنتظمة كناسية النوبة المتقدمة ، فتحاط كما سبق . وذكر غيرها^(١) أوجهاً ، أصحابها : الرد

(١) أي : غير إمام الحرمين والغزالي .

إلى ما تقدم في الاستحاضة ، بناءً على ثبوت العادة بمرة . والثاني : ترد إلى المتقدم إن تكرر مرتين ، أو ثلاثة ، وإلا فإلى الأقل . والثالث ، أنها كالابتداء . فإن قلنا بالأصح ، أو الثاني ، احتاطت إلى آخر أكثر العادات . وإن قلنا : كالابتداء ، ففي الاحتياط إلى آخر الخامس عشر الخلف المذكور في الابتداء . هذا إذا عرفت القدر المتقدم على الاستحاضة ، فإن نسيت ، فوجهان . قال الأكثرون : ترد إلى أكثر العادات . وقيل : كالابتداء ، فعلى الثاني في الاحتياط ، الخلف المذكور في الابتداء ، وعلى الأول يجب الاحتياط إلى آخر أكثر العادات . وقيل : يستحب ولا يجب ، فحصل من المجموع خلاف في أنها : هل تحتاط في الحال الثاني ، سواء عرفت القدر المتقدم ، أم نسيت ؟ وإذا احتاطت ، فإلى آخر الخمسة عشر ، أو آخر المقادير فيه . وفي حالة الانتظام ، سواء نسيت ، أو علمت ، الخلف . لكن الصحيح عند العلم في حالة الانتظام ، أنها لا تحتاط . والصحيح : عند النسيان . وفي حالة عدم الانتظام ، أنها تحتاط لكن إلى آخر الأقدار ، لا إلى تمام الخمسة عشر . هذا كله حكم العادة المختلفة الدائرة . ومن المختلفة ، أن يكون في المتقدم من عاداتها ، اختلاف قدر أو وقت . وتسمى : المتقلة . فمن صورها ، لو كانت تحيض أول كل شهر خمسة وتطهر بآقيه ، فحاضت في دور أربعة من الخمسة ، ثم استحيضت ، فإن أثبتنا العادة بمرة ، رددناها إلى ما قبل الاستحاضة ، وإلا فإلى العادة القديمة . ولو كانت المسألة بحالها ، فرأت في دور ستة ، وفي دور بعده سبعة ، ثم استحيضت ، فإن أثبتنا العادة بمرة ، رددناها إلى السبعة . وإن لم تثبت إلا بثلاث مرات ، رددناها إلى الخمسة . وإن أثبتناها بمرتين ، فالأصح : ترد إلى الستة . والثاني : إلى الخمسة . ولو كانت بحالها ، فحاضت في دور الخمسة الثانية ، فقد تغير وقت حيضها ، وصار دورها المتقدم على هذه الخمسة وخمسة وثلاثين ، خمسة حيض ، والباقي طهر . فإن تكرر هذا ، بأن حاضت في الدور الآخر الخمسة الثالثة هكذا مراراً ، ثم استحيضت ، ردت إليه ، فتحيض من أول الدم الدائم

الحُصَّة ، وتطهر ثلاثين ، وهكذا أبداً . وإن لم يتكرر ، بل استمر الدم في الدور الأول من الحُصَّة الثانية ، فوجهان . قال أبو إسحاق : لا تحيض في هذا الشهر ، فإذا جاء الشهر الثاني ، ابتدأت منه دورها القديم حيضاً وطهراً . والصحيح ، قول الجمهور : أنا نحيضها خمسة من ابتداء الدم المبتدئ من الحُصَّة الثانية ، ثم إن أثبتنا المادة بمرة ، حكنا بالطهر ثلاثين ، وأقمنا عليه الدور أبداً . وإن لم تثبت بمرة ، فوجهان . أصحها : أن خمسة وعشرين بعدها طهر ، لأنه المتكرر . والثاني : أن طهرها باقي الشهر لا غير ، وتحيض الحُصَّة الأولى من الشهر الثاني ، وتراعي عاداتها القديمة قدرأً ووقتاً . ولو رأت الحُصَّة الثانية دمًا ، وانقطع ، وطهرت بقية الشهر ، وعاد الدم في أول الشهر ، فقد صار دورها خمسة وعشرين ، فإن تكرر ذلك ، بأن رأت الحُصَّة الأولى من الشهر بعده دمًا وطهرت عشرين ، وهكذا مراراً ، ثم استحيضت ، ردت إليه . وإن لم يتكرر ، بأن رأت الحُصَّة الأولى ، فاستمر ، فالحُصَّة الأولى حيض بلا خلاف . وأما الطهر ، فإن أثبتنا المادة بمرة ، فهو عشرون ، وإلا فخمسة وعشرون . ولو كانت بحالها ، فطهرت بعد خمستها المعبودة عشرين ، وعاد الدم في الحُصَّة الأخيرة ، فقد تفرق وقت حيضها بالتقدم ، وصار دورها خمسة وعشرين ، فإن تكرر الدور ، بأن رأت الحُصَّة الأخيرة دمًا ، وانقطع ، وطهرت عشرين ، وهكذا مراراً ، ثم استحيضت ، ردت إليه . وإن لم يتكرر ، بل استمر الدم المائد ، فأربعة أوجه في هذا ونظائره . أصحها : تحيض خمسة من أوله ، وتطهر عشرين ، وهكذا أبداً . والثاني : تحيض خمسة ، وتطهر خمسة وعشرين . والثالث : تحيض عشرة منه ، وتطهر خمسة وعشرين ، ثم تحافظ على الدور القديم ، والرابع : أن الحُصَّة الأخيرة استحاضة . وتحيض من أول الشهر خمسة ، وتطهر خمسة وعشرين على عادتها القديمة . ولو كانت بحالها ، وحاضت خمستها ، وطهرت أربعة عشر يوماً ، ثم عاد الدم ، واستمر ، فأربعة أوجه . أصحها : أن يوماً من أول الدم المائد ،

استحاضة ، تكميلاً للطهر . وخمسة بعده حيض ، وخمسة عشر طهر ، وصار دورها عشرين . والثاني : أن اليوم الأول استحاضة ، والمشرة الباقية من الشهر مع خمسة من الشهر بعده حيض ، ثم تطهر خمسة وعشرين ، وتحافظ على دورها القديم . والثالث : أن اليوم الأول استحاضة ، وبعدة خمسة حيض ، وعشرون طهر ، وهكذا أبداً . والرابع : جميع الدم العائد إلى آخر الشهر ، استحاضة . وتفتح من أول الشهر دورها القديم .

المستحاضة الرابعة : المعتادة الذاكرة الميزة . إن اتفقت عاداتها ، والتمييز ، بأن كانت تحيض خمسة من أول الشهر ، وتطهر باقيه ، فاستحيضت ، ورأت خمسها سواداً ، وباقي الشهر حمرة ، فحيضها تلك الخمسة . وإن لم تتوافق المادة والتمييز ، ولم يتخلل بينهما أقل الطهر ، بأن كانت تحيض خمسة ، فرأت في دور عشرة سواداً ، ثم حمرة مستمرة ، فثلاثة أوجه . أصحها : تعمل بالتمييز ، فحيضها العشرة . والثاني : بالمعادة ، فحيضها خمسة من أوله . والثالث : إن أمكن الجمع بينهما ، عمل بالداليتين ، وإلا سقطتا ، وكانت كابتداء لتمييز لها ، وفيها القولان . مثال إمكان الجمع ما ذكرنا من عشرة السواد . وعدم إمكانه ، بأن ترى خمستها حمرة ، وأحد عشر عقبها سواداً . أما إذا تخلل بينها أقل الطهر ، بأن رأت عشرين فصاعداً دماً ضعيفاً ، ثم خمسة قوياً ، ثم ضعيفاً ، وعادتها القديمة خمسة ، فقدر للمادة حيض للمعتادة ، والقوي حيض آخر ، لأن بينها طهرراً كاملاً . هذا هو الصحيح . ومنهم من بنى هذه الصورة على السابقة ، فقال : إن قدمنا التمييز ، فحيضها خمسة السواد ، وطهرها المتقدم عليه خمسة وأربعون ، وصار دورها خمسين . وإن قدمنا المعتادة من أول الشهر ، خمسة . وبعدها ، عشرون طهرراً . وإن جمعنا ، فحيضها الخمسة الأولى بالمعادة ، وخمسة السواد بالتمييز .

فرع

المادة التي ترد إليها المعتادة ، ليس من شرطها أن تكون عادة حيض وطره صحيحين بلا استحاضة ، بل قد تكون كذلك ، وقد تكون مستفادة من التمييز ، بأن ترى المبتدأة خمسة سواداً ، ثم خمسة وعشرين حمرة ، وهكذا مراراً ، ثم يستمر السواد والحمرة في بعض الشهور ، فقد عرفنا ، أن عاداتها خمسة من أول كل شهر ، فتد على الصحيح المعروف . وعلى الشاذ : هي كمبتدأة غير مميزة . ولو كانت بحالها ، فرأت في بعض الأدوار عشرة سواداً ، وباقي الشهر حمرة ، ثم استمر السواد في الذي بعده ، فقال الأئمة : فحيضها عشرة السواد ، ومردّها بعد ذلك عشرة . ولو اعتادت خمسة سواداً ، ثم استمر الدم ، ثم رأت في بعض الأدوار عشرة ، ردت في ذلك الدور إلى العشرة . وفي هاتين الصورتين إشكالان . أحدهما : أن الصورة الثانية ، ينبغي أن تخرج على الخلاف في اجتماع العادة والتمييز . والثاني : أن ردها إلى العشرة في الصورة الأولى ، طاهر إذا أثبتنا المادة بمرة ، وإلا فينبغي ألا تكتفي بسبق العشرة مرة . قال النزالي في الجواب عن هذا : هذه عادة تمييزية ، فتسخرها مرة ، فلا يجري فيها الخلاف كغير المستحاضة ، إذا تغيرت عاداتها القديمة مرة ، فانا نحكم بالحالة الناجزة . وللمعترض أن يقول : لم اختص الخلاف بغير التمييزية ؟

قلت : قد نقل الخلاف في هذه الصورة وتخريجها على الخلاف في ثبوت المادة بمرة ، جماعة كثيرة . منهم ، القاضي أبو الطيب ، والهاملي ، والسرخسي ، والشيخ أبو الفتح المقدسي (١) وصاحب « البيان » وغيرهم . وقد أوضحت ذلك في « شرح

(١) كذا الأصل : الشيخ أبو نصر المقدسي ، ولعل الصواب : نصر بن إبراهيم ، وقد ذكره الإمام النووي في « تهذيب الأسماء واللغات » بهذا الاسم فقال : نصر المقدسي الزاهد ، تكرر في « الروضة » هو أبو الفتح نصر بن إبراهيم المقدسي ، ثم الدهشقي ، الإمام الزاهد ، اجمع على جلالة وفضيلته . له مصنفات كثيرة في المذهب . توفي رحمه الله تعالى يوم الثلاثاء في التاسع من المحرم سنة تسعين وأربعمائة بدهشق .

المذهب ، ونقلت فيه عباراتهم . وعجب من الإمام الرافعي ، كونه لم يذكر هذا الخلاف . والله اعلم

فصل

في الصفرة والكدر

الصفرة : شيء كالصديد ، تلوه صفرة . والكدر : شيء كدر . وليس على لون الدماء ، وهما حيض في أيام المادة بلا خلاف . وفي غيرها أوجه . الصحيح : أن لها حكم السواد . والثاني : ليس لها حكمه . والثالث : إن سبق دم قوي من سواد ، أو حمرة ، فالصفرة ، والكدر بعده حيض ، وإلا فلا . والرابع : إن سبقها دم قوي ، وتعقبها قوي ، فها حيض ، وإلا فلا . وعلى الثالث والرابع : يكفي في تقدم القوي وتأخره أي قدر كان ، ولو لحظة على الأصح . وقيل : لا بد من يوم وليلة . والمبتدأ في مردها على القولين : الأقل ، والغالب ، إذا رأت الصفرة ، والكدر ، كالمعتادة فيما وراء المادة على الصحيح الذي قطع به الجمهور . وقيل : كأيام المادة .

الباب الثالث

في المستهضة المعتادة النامية

النامية ضربان : مميزة ، وغيرها . فالميزة : ترد إلى التمييز على الصحيح . وعلى الثاني : هي كغير مميزة ، أما غير المميزة ، فلم أحوال .

الأول : أن تنسى عاداتها قدرأ ووقتاً ، لغفلة ، أو علة ، أو جنون ، ونحو ذلك ، وتسمى : التحيرة ، والمحيرة ، وفي حكمها طريقان . أحدهما : أنها مأمورة بالاحتياط . والثاني : على قولين . المشهور : الاحتياط . والثاني : أنها كالابتداء ، فيكون فيما ترد إليها القولان ، إلى يوم وليلة . والثاني : ست ، أو سبع . وقيل : ترد على هذا القول إلى يوم وليلة قطعاً . وعلى هذا القول ابتداء حيضها أول الهلال ، حتى لو أفادت المجنونة في أثناء الشهر الهلالي ، كان باقي الشهر استحاضة . هذا هو المعروف وقول الجمهور تفريراً على هذا القول . وقال القفال : ابتداء حيضها ، من وقت الإفاقة . قال الأئمة : قول القفال : ضعيف ، لاحتمال الإفاقة في الحيض . وكذا قول الجمهور ضعيف ، لأن تعيين أول الهلال تحكم . وهذا بما ضعف به أصل هذا القول . وعلى هذا القول : في أمرها بالاحتياط ، في انقضاء الرد إلى آخر الخمسة عشر ، القولان في المبتدأة . ومتى أطلقنا الشهر في مسائل المستحاضات ، أردنا به ثلاثين يوماً . سواء كان ابتداءه من أول الهلال ، أم لا . ولانفي به الشهر الهلالي ، إلا في هذا الموضع . وأما قول الاحتياط وهو المعمول به ، وعليه التفريع ، فيجب الاحتياط في ستة أشياء . الأول : يحرم وطؤها أبداً على الصحيح . وقيل : يباح للضرورة . فعلى الصحيح ، لو وطئ فلا كفارة قطعاً . والاستمتاع بغير الوطء لها فيه حكم الحائض . الثاني : يحرم عليها ، مس المسحف ، والقراءة خارج الصلاة إذا حرمنها على الحائض . ولا تحرم في الصلاة الفاتحة ، ولا تحرم السورة أيضاً على الأصح . وحكمها في دخول المسجد ، حكم الحائض . الثالث : يجب عليها الصلوات الخمس أبداً ، ولا تحرم النوافل على الأصح وقيل تحرم وقيل : يحرم غير الرتبة . ويجري الخلاف في نفل الصوم ، والطواف . ويجب الفسل لكل فريضة ، ويشترط وقوعه في الوقت . وفي وجه شاذ : يجوز غسلها قبل الوقت ، إذا انطبق أول الصلاة على أول الوقت وآخر الفسل ، ويلزمها المبادرة بالصلاة عقب الفسل على وجه . والأصح أنها لا تلزم . لكن إن أخرت ،

لزمها لتلك الصلاة وضوء آخر إذا لم نجوز للمستحاضة تأخير الصلاة عن الطهارة .
الرابع : يجب عليها صوم جميع شهر رمضان ، ويحسب لها منه خمسة عشر يوماً على
النصوص وقول طائفة من الأصحاب . وأربعة عشر على قول أكثرهم . وتأولوا
النص ، على ما إذا علمت أن دمها كان ينقطع في الليل ، فإن نقص الشهر ، حصل
على الأول أربعة عشر ، وعلى الثاني ثلاثة عشر ، وقال صاحب « المذهب » : تحصل
أربعة عشر ، ووافقه صاحب « البيان » وهو غلط .

قلت : لم يغلط صاحب « المذهب » ، بل كلامه محمول على شهر تام . وقد
أوضحته في شرح « المذهب » . والله أعلم

أما الصلوات الخمس ، إذا أدتها ، فوجهان . أحدهما : لا يجب قضاؤها ، والصحيح
عند الجمهور ، وجوب القضاء . وقطع به بعضهم ، فعلى هذا تغتسل في أول وقت
الصبح ، وتصلها ، ثم بعد طلوع الشمس تغتسل ، وتعيدها . ولا يشترط البدار بالإعادة
بعد خروج الوقت ، بل متى أعادتها ، قبل انقضاء خمسة عشر يوماً من أول
الصبح ، أجزأها ، ولا يشترط تأخير جميع الصلاة الثانية عن الوقت . بل لو وقع
بعضها في آخر الوقت ، جاز بشرط أن يكون دون تكبيرة ، إذا قلنا : تلزم الصلاة
بادراك تكبيرة . أو دون ركعة ، إذا قلنا : لا تلزم إلا بادراك ركعة ، لأنه إن
فرض الانقطاع قبل الثانية ، فقد اغتسلت ، وصلتها ، والانقطاع لا يتكرر وإن
فرض في أثنائها . ولا شيء عليها ، كذا قاله إمام الحرمين : لك أن تقول أشكلاً .
المرّة الثانية ، يتقدمها الغسل ، فإذا وقع بعضها في الوقت ، والغسل سابق ، جاز
أن يقع الانقطاع في أثناء الغسل ، ويكون الباقي من وقت الصلاة من حينئذ قدر
ركعة . أو تكبيرة ، فيجب أن ينظر إلى زمن الغسل سوى الجزء الأول منه .
وإلى الجزء الواقع من الصلاة في الوقت . ويقال : إن كان ذلك دون ما يلزم به
الصلاة ، جاز ، وإلا ، فلا ، ولا يقتصر النظر على جزء الصلاة . ومعلوم أنه

لا يمكن أن يكون ذلك دون تكبيرة ، ويعد أن يكون دون ركعة . هذا الكلام في الصباح . وأما العصر ، والعشاء ، فيصلها مرتين كذلك . وأما الظهر ، فلا يكفي وقوعها المرة الثانية في أول وقت العصر ، ولا وقوع المغرب في أول وقت العشاء ، لاحتمال انقطاع الحيض في الوقت المفروض ، فيلزم الظهر مع العصر ، أو المغرب مع العشاء ، فيجب إعادة الظهر في الوقت الذي يجوز إعادة العصر فيه . وهو بعد ذهاب وقت العصر ، وتميد المغرب بعد ذهاب وقت العشاء . ثم إذا أعادت الظهر والعصر بعد المغرب ، نظر ، إن قدمتها على أداء المغرب ، فعليها أن تغتسل للظهر ، وتتوضأ للعصر ، وتغتسل للمغرب . وإنما كفي للظهر والعصر غسل ، لأن دمها إن انقطع قبل الغروب ، فقد اغتسل بعده . وإن انقطع بعد الغروب ، فليس عليها ظهر ، ولا عصر . وإنما لزمها إعادة الغسل للمغرب ، لاحتمال الانقطاع في خلال الظهر ، أو العصر ، أو عقيها . وهكذا الحكم إذا قضت المغرب ، والعشاء ، قبل أداء الصباح بعد طلوع الفجر . وحينئذ ، تكون مصلية الصلوات الخمس مرتين بثمانية أغسال ، ووضوءين . وإن أخرت الظهر ، والعصر ، عن أداء المغرب ، اغتسلت للمغرب ، وكفاها ذلك للظهر والعصر ، لأنه إن انقطع حيضها قبل الغروب ، لم تعد إلى إتمام مدة الظهر . وإن انقطع بعده ، لم يكن عليها ظهر ولا عصر ، لكن تتوضأ لكل واحدة منهما كسائر المستحاضات . وكذا القول في المغرب والعشاء ، إذا أخرتهما عن الصباح . وحينئذ ، تكون مصلية الخمس مرتين . بالغسل ستاً ، وبالوضوء أربعاً . ثم بالطريق الثاني ، تخرج عن عهدة الصلوات الخمس . وأما بالطريق الأول ، فقد أخرت المغرب والصبح ، عن أول وقتها ، لتقديمها القضاء عليها ، فتخرج عن عهدة ما عداها ، وأما ما ، فقد قال في « النهاية » : إذا أخرت الصلوات عن أول الوقت ، حتى مضى ما يسع الغسل ، فذلك الصلاة لم يكف فعلها مرة أخرى ، في آخر الوقت ، أو بعده ، على التصور السابق . لاحتمال طهرها في أول الوقت ، ثم حدوث الحيض ، فتجب الصلاة ، وتكون

المرتان واقعتين في الحيض . بل تحتاج إلى فعلها مرتين آخرين بنفسين . ويشترط أن تكون إحداها بعد انقضاء وقت الرفاهية . والضرورة ، قبل تمام خمسة عشر يوماً من افتتاح الصلاة ، المرة الأولى . وتكون الثانية ، في أول السادس عشر ، من آخر الصلاة ، المرة الأولى ، فتخرج عن المهدة ييقين . ومع هذا كله ، لو اقتضت على أداء الصلوات في أوائل أوقاتها ، ولم تقض شيئاً ، حتى مضت خمسة عشر يوماً ، أو مضى شهر ، لم يجب عليها لكل خمسة عشر ، إلا قضاء صلوات يوم وليلة . لأن القضاء لا يجب إلا لاحتمال الانقطاع ، ولا يتصور الانقطاع في خمسة عشر ، إلا مرة . ويجوز أن يجب به قضاء صلاتي جمع ، وهما الظهر ، والعصر ، أو المغرب والعشاء . فإذا أشكل الحال ، أوجبت قضاء يوم وليلة ، كمن نسي صلاة أو صلاتين من خمس . ولو كانت تصلي في أوساط الأوقات ، لزمها أن تقضي للخمسة عشر صلوات ، يومين وليلتين ، لجواز أن يطرأ الحيض في وسط صلاة ، فيبطل ، وينقطع في وسط أخرى ، فيجب . ويجوز أن يكونا مثلين .

ومن فاته صلاتان متماثلتان ، لم تعرف عينها ، لزمه صلوات يومين وليلتين ، بخلاف ما إذا كانت تصلي في أول الوقت ، فإنه لو فرض ابتداء الحيض في أثناء الصلاة ، لم يجب ، لأنها لم تدرك من الوقت ما يسمعها .

الخامس : إذا أرادت قضاء صوم يوم ، فأقل ما يحصل بصيام ثلاثة ، فتصوم يوماً ، وتفطر يوماً ، وتصوم الثالث ، ثم السابع عشر . ولا يتعين الثالث ، للصوم الثاني . ولا السابع عشر ، للصوم الثالث . بل لها أن تصوم بدل الثالث ، يوماً بعده إلى آخر الخامس عشر . وبديل السابع عشر ، يوماً بعده ، إلى آخر تسعة وعشرين يوماً . ولكن الشرط ، أن يكون الخلف ، من أول السادس عشر ، مثل مثل ما بين صومها الأول ، والثاني ، أو أقل منه . فلو صامت الأول ،

والثالث ، والثامن عشر ، لم يحز ، لأن الخلف عن أول السادس عشر ، يومان .
وليس بين الصومين الأولين إلا يوم . فلو صامت الأول ، والرابع ،
والثامن عشر ، أو السابع عشر ، جاز . ولو صامت الأول ، والخامس عشر ،
فقد تخلل بين الصومين ثلاثة عشر ، فلها أن تصوم التاسع والعشرين ، ولها أن
تصوم يوماً قبله ، غير السادس عشر . ولنا وجه شاذ : أنه يكفيهما في صوم
اليوم ، أن تصوم يومين ، بينهما أربعة عشر . وحكي هذا عن نص الشافعي
رحمه الله ، وهو قول من قال : يحسب لها من رمضان ، خمسة عشر . وقطع
الجاهير : بأنه لا يكفي اليومان ، لاحتمال ابتداء الحيض في اليوم الأول ، وانقطاعه
في السادس عشر . وتأولوا النص ، على ما إذا علمت الابتداء والانقطاع في الليل .
أما إذا أرادت قضاء أكثر من يوم فتضعف ماعليها ، وتزيد يومين ، فتصوم نصف
المجموع متوالياً متى شئت ، وتصوم النصف الآخر من أول السادس عشر . فإذا
أرادت يومين ، صامت ثلاثة متوالية متى شئت . ثم أفطرت تمام خمسة عشر ، ثم
صامت السادس عشر ، والسابع عشر ، والثامن عشر . وإن أرادت ثلاثة ، صامت
أربعة ، ثم أربعة ، أولها السادس عشر . وإن أرادت أربعة عشر ، صامت الشهر
كله . ولو أنها صامت ماعليها على الولاء متى شئت من غير زيادة ، وأعادته من
أول السابع عشر ، وصامت بينها يومين مجتمعين ، أو متفرقين ، إما متصلين
بالصوم الأول أو الثاني ، وإما غير متصلين ، لخرجت من المهدة . هذا كله في
قضاء الصوم الذي لاتتابع فيه ، وأما المتتابع ، بنذر ، أو غيره . فإن كان قدراً
يقع في شهر ، صامت على الولاء ، ثم صامت مرة أخرى من السابع عشر .

مثاله : عليها يومان متتابعان . تصوم يومين ، وتصوم السابع عشر ، والثامن عشر ،
وتصوم بينها يومين متتابعين . فإن كان عليها شهران متتابعان ، صامت مائة وأربعين
يوماً متوالية . أما إذا أرادت تحصيل صلاة فائنة ، أو مندورة ، فإن كانت واحدة ،
صلتها بفصل متى شئت ثم أمهلت زماناً يسع الفسل ، وتلك الصلاة ، ثم تعيدها

بفصل آخر، بحيث تقع في خمسة عشر ، من أول الصلاة الأولى . وقمّل من أول السادس عشر قدر الإمهال الأول ، ثم تعيدها بفصل آخر قبل تمام شهر من المرة الأولى . ويشترط أن لا يؤخر الثالثة عن أول السادس عشر أكثر من الزمان المتخلل بين آخر المرة الأولى ، وأول الثانية ، كما ذكرنا في الصوم . وإن أرادت صلوات ، فلها طريقان . أحدهما : أن تنزلها منزلة الصلاة الواحدة فتصلها متوالية ثلاث مرات كما ذكرنا في الواحدة . وتقتسل في كل مرة للصلاة الأولى ، وتوضأ لكل واحدة بعدها . وسواء اتفقت الصلوات ، أو اختلفت . والطريق الثاني : ينظر ماعليها ، إن لم تختلف ، ضعّفته وزادت صلاتين ، وصلت نصف الجملة متوالياً . ثم النصف الآخر من أول السادس عشر من أول الشروع في النصف الأول .

مثاله : عليها خمس صلوات صبح ، تضعفها ، وتزيد صلاتين ، فتصلي ستاً متى شئت ، وستاً أول السادس عشر . وإن كان العدد مختلفاً ، صلت ماعليها بأنواعه متوالياً متى شئت ، ثم صلت صلاتين ، من كل نوع مما عليها ، بشرط أن يقعا في خمسة عشر يوماً من أول الشروع . وقمّل من أول السادس عشر زماناً يسع الصلاة المفتّح بها ، ثم تعيد ماعليها ، على ترتيب فعلها في المرة الأولى . مثاله : عليها ظهران ، وثلاث أصباح ، تصلي الخمس متى شئت ، ثم تصلي بعدها في الخمسة عشر صبحين وظهرين ، وقمّل من السادس عشر مايسع صبحاً ، ثم تعيد الخمس كما فعلت أولاً . وفي هذا الطريق ، تفنقر لكل صلاة إلى غسل ، بخلاف الطريق الأول .

وأما الطواف ، فكالصلاة ، واحداً كان ، أو عدداً ، ويصلي مع كل طواف ركعتيه . ويكفي غسل واحد للطواف وركعتيه إن لم نوجب الركعتين . فإن أوجبناهما ، فالأصح ، أنه يجب وضوء للركعتين بعد الطواف . والثاني : يجب غسل آخر لهما . والثالث : لا يجب شيء .

السادس : في عدة التحيرة . الصواب : الذي عليه الجماهير ، أن عدتها ، ثلاثة أشهر في الحال . وفي وجه شاذ : تقعد إلى سن اليأس ، ثم تعتد بالأشهر .

فرع

اعلم أن إمام الحرمين مال إلى رد التحيرة إلى مرد المبتدأة في قدر الحيض ، وإن لم نجعل الهلال ، ابتداء دورها . وبما استشهد به ، مسألة عدتها ، فانها تدل على تقريب أمرها من المبتدأة في عدد الحيض ، والطهر . وهذا توسط بين القول الضعيف ، والاحتياط التام . وفيه تخفيف أمرها ، في المحسوب من رمضان ، فإن غاية حيضها على هذا ، سبعة ، يفسد به ثمانية ، فيحصل لها من شهر رمضان الكامل ، اثنان وعشرون يوماً . وكذا قضاء الصوم ، والصلاة ، فيكفيها على هذا ، إذا أرادت صوم يوم ، أن تصوم يومين ، بينها سبعة . لكن الذي عليه الجمهور ، ما تقدم .

قلت : قد أقتن الإمام الرافعي رحمه الله ، باب التحيرة ، ولخص مقاصده في أوراق قليلة . وقد بسطت أنا في شرح « المذهب » جميع مسائله . وذكرت في عدتها طريقة أخرى ، اختارها الدارمي ، فيها إنكار على الأصحاب في المذكور هنا . وكذا في صومها المتتابع ، وكذا في غير المتتابع . ومن جملة ذلك ، أن من عليها صوم يومين ، يحصل لها ذلك بصيام خمسة أيام . فتصوم الأول ، والثالث ، والسابع عشر ، والتاسع عشر . **وتخلي الرابع ،** والسادس عشر ، يبقى بينها أحد عشر يوماً . تصوم منها يوماً ، أيها شاءت . ثم بسط تفريع ذلك ، وتقسيمه . وعلى زوج التحيرة ، نفقتها . ولا خيار له في فسخ نكاحها ، لأن جماعها متوقع ، بخلاف الرقاء . ولا تصح صلاة طاهرة خلف متحيرة ، ولا صلاة متحيرة خلف

متحيرة على الصحيح . ولا يلزمها الكفّاره بالجماع ، في نهار شهر رمضان على الصحيح ، إن قلنا : يجب على المرأة ، ولا فدية عليها إذا أفطرت لإرضاع على الصحيح ، إن أوجبتها على غيرها . ولا يصح جمعها بين الصلاتين بالسفر أو المطر في وقت الأولى . وإذا وجب عليها صوم يوم ، فشرعت في الصيام على التفصيل المتقدم ، فصامت يوماً شكّت بعد فراغها منه ، هل نوت صومه ، أم لا ؟ حكم بصحته على الصحيح ، لأنه شك بعد الفراغ . وعلى الثاني : لا يصح . لأن هذا الصيام ، كيوم واحد . فصار كالشك في أثنائه . والله أعلم

الحال الثاني : للناسية أن تحفظ زمن عاداتها ، وضابطه ، أن كل زمن يتقن فيه الحيض ، ثبت فيه أحكام الحيض كلها . وكل زمن يتقن فيه الطهر ، ثبت فيه حكم الطهر . لكن بها حدث دائم ، وكل زمن يحتمل الحيض والطهر ، فهي في الاستمتاع ، كالحائض . وفي لزوم العبادات ، كالطاهر . ثم إن كان ذلك الزمن محتملاً للانقطاع ، وجب الغسل لكل فريضة ، ووجب الاحتياط على ما يقتضيه الحال . فإذا عينت ثلاثين يوماً ، وقالت : كان حيضي يتبدى لأولها ، وكذا كل ثلاثين بعدها ، فيوم وليلة من أول الثلاثين حيض ييقن . وبعده ، يحتمل الحيض والطهر . والانقطاع إلى آخر الحصة عشر ، وبعده إلى آخر الشهر ، طهر ييقن . وكذا الحكم في كل ثلاثين ، والمراد بالشهر ، في هذه المسائل ، الأيام التي تعينها هي ، لا الشهر الهلالي . ولو عينت ثلاثين ، وقالت : أعلم أن الدم كان ينقطع آخر كل شهر ، فالنصف الأول ، طهر ييقن . وبعده ، يحتمل الحيض والطهر ، دون الانقطاع . وليلة الثلاثين ويومها حيض ييقن . ولو قالت : كنت أخلط شهراً بشهر ، أي كنت في آخر كل شهر ، ولحظة من آخره ، حيض ييقن . ولحظة من آخر الخامس عشر ، ولحظة من أول ليلة السادس عشر ، طهر ييقن . وما بين اللحظة من أول الشهر ، واللحظة من آخر الخامس

عشر ، يحتمل الحيض ، والطهر ، والانقطاع . وما بين اللحظة من أول ليلة السادس عشر ، واللحظة من آخر الشهر ، يحتملها دون الانقطاع . ولو قالت : كنت أخلط شهراً بشهر طهراً ، فليس لها حيض ييقن ، ولها لحظتا طهر ييقن في أول كل شهر ، وآخره . ثم قدر أقل الحيض بعد اللحظتين ، لا يمكن فيه الانقطاع ، وبعده يحتمل . ولو قالت : كنت أخلط شهراً بشهر حيضاً ، أو كنت اليوم الخامس حائضاً ، فلحظة من كل آخر شهر ، إلى آخر خمسة أيام من الذي بعده ، حيض ييقن ، ولحظة من آخر الخامس عشر ، إلى آخر العشرين ، طهر ييقن ، وما بينها ، كما سبق .

الحال الثالث : أن تحفظ قدر عانتها . وإنما تخرج الحافظة عن التحجير ، بحفظ قدر الدور وابتدائه ، وقدر الحيض . إذ لو قالت : حيضي خمسة ، وأضالته في دوري ، ولا أعرف سوى هذا ، فلا فائدة في حفظها ، لاحتمال الحيض ، والطهر ، والانقطاع كل زمان . وكذا لو قالت : حيضي خمسة ، ودوري ثلاثون ، لا أعرف ابتداءه . وكذا لو قالت : حيضي خمسة ، وابتدأه يوم كذا ، ولا أعرف قدره . فإن حفظتها مع قدر الحيض ، فاضالها بعد ذلك يكون لإضلال الحيض . والاضلال ، قد يكون في كل الدور ، وقد يكون في بعضه . فإن كان في كله ، فكله يحتمل الحيض والطهر . وقدر الحيض ، من أول الدور ، لا يحتمل الانقطاع وبعده يحتمله

مثاله : قالت : دوري ثلاثون ، أولها كذا ، وحيضي عشرة . فعشرة في أولها ، لا يحتمل الانقطاع ، والباقي يحتمله والجميع ، يحتمل الحيض والطهر . فلو قالت : حيضي إحدى عشرات الشهر ، فهذه كالأولى ، إلا أن احتمال الانقطاع هنا ، لا يكون إلا في آخر كل عشرة .

ومثال الإضلال في بعض الدور أن ، تقول : أضاللت عشرة ، في عشرين من أول الشهر ، فالعشرة الأخيرة ، طهر ييقن ، والعشرون ، تحتمل الحيض

والطهر . ولا يمكن الانقطاع في الأولى ، ويمكن في الثانية . ولو قالت : أضللت خمسة عشر ، في عشرين من الأول ، فالعشرة الأخيرة ، طهر ييقين . والخمسة الثانية ، والثالثة ، حيض ييقين . فالأولى ، تحتمل الحيض والطهر ، دون الانقطاع . والرابعة ، تحتمل الجميع ، ولو قالت : حيضي خمسة . وكنت اليوم الثالث عشر طاهراً ، فخمسة من أول الدور ، تحتمل الحيض والطهر ، دون الانقطاع . وما بعده ، تحتمل الجميع ، إلى آخر الثاني عشر . ثم الثالث عشر ، والرابع عشر ، والخامس عشر ، طهر ييقين . ومن أول السادس عشر ، إلى آخر العشرين ، تحتمل الحيض والطهر دون الانقطاع . ومنه إلى آخر الشهر ، تحتمل الجميع . ومتى كان القدر الذي أضلته ، زائداً على نصف المضل فيه ، حصل حيض ييقين ، من وسطه ، وهو الزائد على النصف مع مثله . فهذا ضابطه وقد ذكرنا مثاله في قولها : أضللت خمسة عشر ، في عشرين .

الباب الرابع

في التلقيح

إذا انقطع دمها ، فرأت يوماً دماً ، ويوماً نقاءً . أو يومين ، ويومين . فتارة ، يجاوز التقطع خمسة عشر ، وتارة لا يجاوزها . فإن لم يجاوزها ، فقولان . أظهرها عند الأكثرين : أن الجميع ، حيض . ويسمى : قول السحب . والثاني : حيضها الدماء خاصة . وأما النقاء ، فطهر . ويسمى : قول التلقيح . وعلى هذا القول : إنما نجعل النقاء طهراً ، في الصوم ، والصلاة ، والنسل ونحوها دون المدة . والطلاق فيه بدعي . ثم القولان : إنما هما في النقاء الزائد على الفترة المعتادة . فأما الفترة المعتادة بين دفعتي الدم ، فحيض بلا خلاف .

قال إمام الحرمين في الفرق بين الفسرة والنقاء : دم الحيض يجتمع في الرحم ، ثم الرحم يقطره شيئاً فشيئاً ، فالفترة : ما بين ظهور دفعة ، وانتهاء أخرى من الرحم إلى المنفذ . فما زاد على ذلك ، فهو النقاء .

قال الرافعي : وربما تردد الناظر ، في أن مطلق الزائد ، هل يخرج عن الفترة ، لأن تلك مدة يسيرة ؟

قلت : الصحيح المعتمد في الفرق ، أن الفترة : هي الحالة التي ينقطع فيها جريان الدم ، ويبقى أثر ، بحيث لو أدخلت في فرجها قطنة ، لخرج عليها أثر الدم من حمرة ، أو صفرة ، أو كدرة ، فهذه حالة حيض قطعاً ، طالت ، أم قصرت . والنقاء : أن يصير فرجها بحيث لو أدخلت القطنة ، لخرجت بيضاء ، فهذا الضبط ، هو الذي ضبطه الإمام الشافعي رحمه الله في « الأم » والشيوخ الثلاثة : أبو حامد الإسفراييني ، وصاحبه القاضي أبو الطيب ، وصاحبه الشيخ أبو إسحاق الشيرازي في تعاليقهم . فلا مزيد عليه ، ولا محيد عنه . والله أعلم

ولا فرق في جريان القولين بين أن يستوي قدر الدم والنقاء ، أو يزيد أحدهما لو رأت صفرة ، أو كدرة بين سوادين ، وقلنا : إنها في غير أيام العادة ، ليست حيضاً ، فهي كالنقاء . وإذا قلنا بالسحب ، فشرطه كون النقاء محتوشاً بدمين في الخمسة عشر . فإن لم يقع بينهما ، فهو طهر بلا خلاف .

مثاله : رأت [الدم] يوماً ، ويوماً ، إلى الثالث عشر ، ولم يعد الدم في الخامس عشر ، فالرابع عشر ، والخامس عشر ، طهر قطعاً ، لأن النقاء فيها لم يتعقبه دم في الخمسة عشر .

فرع

الدماء المتفرقة ، إن بلغ مجموعها أقل الحيض ، نظر ، إن بلغ الأول ،
والآخر ، كل منها أقل الحيض ، فعلى القولين . وقيل : النقاء هنا حيض قولاً
واحداً . وإنما القولان ، إذا لم يبلغ كل طرف الأقل . وإن لم يبلغ واحد
منها الأقل ، بأن رأت نصف يوم دماً ، ونصفه نقاءً ، إلى آخر الخمسة عشر ، فثلاثة
طرق . أصحها : طرد القولين . فعلى قول التلفيق : حيضها أنصاف الدم سبعة
ونصف . وعلى السحب ، حيضها أربعة عشر ونصف ، فإن النصف الأخير لم
يحتوشه دمان . والثاني : القطع بأن لا حيض أصلاً ، وكله دم فساد . والثالث :
أن توسطها قدر أقل الحيض متصلاً ، فعلى القولين ، وإلا فالجميع دم فساد .
وإن بلغ أحدهما الأقل ، دون الآخر ، فثلاثة طرق . أصحها : طرد القولين .
والثاني : ما بلغه حيض ، وما سواه ، دم فساد . والثالث : ~~إن بلغ الأول أقل~~
~~الحيض ، فالجميع حيض . وإن بلغ الآخر ، فهو حيض دون ما سواه .~~
هذا كله إذا بلغ مجموع الدماء أقل الحيض . فإن لم يبلغه ، فطريقان . أصحها :
طرد القولين . فإن لفقنا ، فلا حيض ، وكذا إن سحبتنا ، على الأصح . وعلى
الضعيف : الدم والنقاء كله حيض . والطريق الثاني : القطع بأن لا حيض .
فحصل في المعتبر من الدمين لنجعل ما بينهما حيضاً على قول السحب أوجه .
أصحها : يشترط بلوغ مجموع الدماء قدر أقل الحيض . والثاني : يشترط أن
يكون كل واحد من الدمين قدر أقل الحيض ، حتى لو رأت دماً ناقصاً عن الأقل ،
ودمين آخرين غير ناقصين ، فالأول : دم فساد ، والآخرون ، وما بينهما من
النقاء ، حيض . والثالث : لا يشترط ، بل لو كان مجموع الدماء ، نصف يوم ،
أو أقل ، فهي وما بينهما من النقاء حيض ، على قول التلفيق . قاله الأنطاقي .

والرابع : يشترط بلوغ أولهما ، وحده أقل الحيض . والخامس : يشترط أن يكون أحدهما أقل الحيض . والسادس : يشترط الأقل في الأول ، أو الأخير ، أو الوسط .

فرع

إذا انقطع دم المبتدأة ، فمقد انقطاعه وهو بالغ أقل الحيض ، يلزمها على القولين النسل ، والصلاة ، والصوم ، ولها الطواف ، والجماع . وفي وجه لا يحل الجماع إذا قلنا بالسحب . ثم إذا عاد الدم ، تركت الصوم ، والصلاة ، والجماع ، وغيرها . وبيننا على قول السحب وقوع العبادات ، والجماع في الحيض . لكن لا تأثم ، وتقضي الصوم ، والطواف ، دون الصلاة . وعلى قول التلفيق : ماضى ، صحيح ، ولا قضاء . وهكذا حكم الانقطاع الثاني ، والثالث ، وما بعدهما في الخمسة عشر . وفيه وجه شاذ ضعيف : أن ما سوى الانقطاع الأول ، يبنى على أن العادة بماذا ثبتت . فإذا ثبتت ، توقفت في النسل ، وسائر العبادات ارتقاباً للعود . وأما الشهر الثاني ، وما بعده ، فعلى قول التلفيق : لا يختلف الحكم . وعلى السحب ، في الدور الثاني ، طريقتان . أصحها : يبنى على الخلاف في العادة ، إن أثبتناها بمرة ، فقد عرفنا التقطع بالشهر الأول ، فلا تغتسل ، ولا تصلي ولا تصوم ، حملاً على عود الدم . فإن لم يعد ، بان أنها كانت طاهرة . فتقضي الصوم ، والصلاة . وإن لم تثبت بمرة ، فحكمها كما مضى في الشهر الثالث . وما بعده ، تثبت العادة بالمرتين السابقتين . فلا تغتسل عند الانقطاع ، ولا تصلي . وإذا قلنا : لا تثبت العادة إلا بثلاث مرات ، لم يخف قياسه . والطريق الثاني : أن التقطع وإن تكرر مرات كثيرة ، فحكم المرة الأخيرة ، حكم الأولى . قاله أبو زيد .

قلت : قطع بالطريق الثاني ، الشيخ أبو حامد ، وصاحب « الشامل »
وغيرهما . وهو ظاهر نصه في « الأم » وهو الأصح . والله أعلم

هذا كله إذا كان الانقطاع بعد بلوغ الدم أقل الحيض ، فإن رأت المبتدأة
نصف يوم دمًا ، وانقطع ، وقلنا بطرد القولين ، فعلى قول السحب ،
لا غسل عليها عند الانقطاع الأول ، وتتوضأ وتصلي . وفي سائر الانقطاعات
إذا بلغ مجموع ما سبق دمًا ونقاءً أقل الحيض ، صار حكمها ما سبق في الحالة الأولى .
وعلى قول التلفيق : لا غسل في الانقطاع الأول أيضًا على الأصح ، لشكنا في الحيض ،
وفي سائر الانقطاعات إذا بلغ ما سبق من الدم وحده أقل الحيض ، يلزمها الغسل ، وقضاء
الصوم ، والصلاة . وحكم الدور الثاني ، والثالث ، على القولين جميعًا . كما ذكرنا
في الحالة الأولى .

فصل

إذا جاوز الدم بصفة التلفيق ، الخمسة عشر ، صارت مستحاضة . كغيرها
إذا جاوز دمها ، ولا صائر إلى الالتقاط من جميع الشهر وإن لم يزد مبلغ الدم
على أكثر الحيض . وإذا صارت مستحاضة ، فالفرق بين حيضها ، واستحاضتها ،
بالرجوع إلى العادة ، أو التمييز ، كغير ذات التلفيق .

وقال محمد بن بنت الشافعي رحمهم الله تعالى : إن اتصل الدم المجاوز ، بدم
الخمس عشر ، فالحكم كذلك . وإن انفصل بتخلل نقاء ، فالمجاوز استحاضة .
وجميع ما في الخمسة عشر من الدماء ، حيض . وفي نقائها ، القولان .
مثال المتصل : رأت ستة دمًا ، ثم ستة نقاءً ، ثم ستة دمًا .

ومثال غير المتصل : رأت يومًا ، ويومًا ، فالسادس عشر نقاء ، هذا قول
ابن بنت الشافعي . وبه قال أبو بكر الحمودي ، وغيره . والصحيح : أنها
مستحاضة في الجميع ، وعليه التفريم . فالمستحاضات ، خمس .

الأولى : المعتادة الحافظة عاداتها . وهي ضربان :

[الضرب الأول] عادة لا ينقطع فيها . و[الثاني] عادة منقطعة . فالتى لا ينقطع لها كل عادة ، تردُّ إليها عند الإطباق . والمجاوزه ، تردُّ إليها عند التقطع والمجاوزه . ثم على قول السحب : كل دم يقع في أيام العادة ، وكل نقاء يتخلل دمين فيها ، فهو حيض . والنقاء الذي لا يتخلل ، ليس بحيض . وأيام العادة ، كالحضة عشر عند عدم المجاوزة ، فلا معدل عنه . وعلى قول التلفيق : فيما يجعل حيضاً ، وجهان . أصحهما : قدر عاداتها من الدماء الواقعة في الحضة عشر . فإن لم تبلغ الدماء في خمسة عشر قدر عاداتها ، جعل الموجود فيها حيضاً . والثاني : حيضها الدماء الواقعة في أيام العادة لا غير .

مثاله : كانت تحيض خمسة متوالية من أول الشهر ، فيقطع دمها يوماً يوماً ، فعلى السحب : حيضها خمسة من أول الدور . وعلى التلفيق : من الحضة عشر ، حيضها الأول ، والثالث ، والخامس ، والسابع ، والتاسع . وعلى التلفيق من العادة : حيضها الأول ، والثالث ، والخامس . ولو كانت تحيض ستة ، فعلى السحب : حيضها خمسة ، ومسقط السادس ، لأنه ليس محتوشاً بدمي حيض في أيام العادة . وعلى التلفيق من الحضة عشر : حيضها أيام الدماء ، آخرها الحادي عشر . وعلى التلفيق من العادة : حيضها الأول ، والثالث ، والخامس . ولو انتقلت عاداتها بتقدم ، أو تأخر ، ثم استحيضت ، عاد الخلاف كما ذكرنا في حالة الإطباق . وكذا الخلاف فيما ثبت به العادة .

مثال التقدم : كان عاداتها خمسة من ثلاثين ، فرأت في بعض الأشهر يوم الثلاثين دمًا ، واليوم الذي بعده نقاءً ، وهكذا إلى أن انقطع دمها ، وجاوز الحضة عشر ، قال أبو إسحاق : حيضها ، أيامها القديمة ، وما قبلها استحاضة . فإن سحبت ، فحيضها ، اليوم الثاني ، والثالث ، والرابع . وإن لغقتنا ، فالثاني ، والرابع .

قال الجمهور - وهو المذهب - : تنتقل المادة بكرة . فإن سحبتنا ، فحيضها خمسة متوالية . أولها : الثلاثون . وإن لفقنا من العادة ، فحيضها الثلاثون . والثاني ، والرابع ، إن لفقنا من الخمسة عشر ، ضممتنا إليها السادس ، والثامن .

ومثال التأخر : أن ترى في بعض الأشهر ، اليوم الأول : نقاء . والثاني : دمًا ، واستمر التقطع . فعند أبي إسحاق : الحكم كما سبق في الصورة السابقة . وعلى المذهب : إن سحبتنا ، فحيضها خمسة متوالية ، أولها الثاني . وإن لفقنا من العادة ، فالثاني ، والرابع ، والسادس . وهو : إن خرج من العادة القديمة ، فبالتأخر انتقلت عادتها ، وصار الثاني : أولها . والسادس : آخرها . وإن لفقنا من الخمسة عشر ، ضممتنا إليها الثامن ، والعاشر . وقد صار طهرها السابق على الاستحاضة في هذه الصورة ، ستة وعشرين . وفي صورة التقدم ، أربعة وعشرين . ولو لم يتقدم الدم في المثال المذكور ، ولا تأخر ، لكن تقطع ، هو والنقاء يومين يومين ، لم يعد خلاف أبي إسحاق ، بل مبني على القولين . فإن سحبتنا ، فحيضها خمسة متوالية . والسادس استحاضة ، كالدماء بعده . وإن لفقنا من العادة ، فحيضها الأول ، والثاني ، والخامس . وإن لفقنا من الخمس عشر ، ضممتنا إليها السادس ، والتاسع . وحكي وجه شاذ : أن الخامس لا يجعل حيضًا ، إذا لفقنا من العادة ، ولا التاسع ، إذا لفقنا من الخمسة عشر ، لأنها ضعفاً باتصالها بدم الاستحاضة . ويجرى هذا الوجه في كل نوبة دم يخرج بعضها عن أيام العادة ، إن اقتصرنا عليها ، أو عن الخمسة عشر ، إن اعتبرناها . هذا بيان حيضها . فأما قدر طهرها بعده ، إلى استئناف حيضة أخرى ، فينظر ، إن كان التقطع ، بحيث ينطبق الدم على أول الدور ، فهو ابتداء الحيضة الأخرى . وإن لم ينطبق ، فابتدائها أقرب نوب الدماء إلى الدور ، تقدمت أو تأخرت ، فإن استويا في التقدم ، والتأخر ، فابتداء حيضها النوبة المتأخرة ، ثم قد يتفق التقدم والتأخر في بعض أدوار الاستحاضة ، دون بعض . وطرائق معرفة ذلك ، أن تأخذ

نوبة دم ونقاء ، وتطلب عدداً صحيحاً يحصل من مضروب مجموع النوبتين فيه مقدار دورها ، فان وجدته ، فاعلم انطباق الدم على أول الدور ، وإلا ، فاضربه في عدد يكون الحاصل منه ، أقرب إلى دورها ، زائداً كان ، أو ناقصاً . واجعل حيضها الثاني ، أقرب الدماء إلى أول الدور ، فان استوى طرف الزيادة والنقص ، فالاعتبار بالزائد . مثاله : عادت خمسة من ثلاثين ، وتقطعا يوماً يوماً ، وجاوز ، فنوبة الدم ، يوم ، ونوبة النقاء ، مثله . وتجد عدداً إذا ضربت الاثنين فيه ، بلغ ثلاثين ، وهو خمسة عشر ، فيعلم انطباق الدم ، على أول دورها أبداً ، ما دام التقطع بهذه الصفة . ولو كانت المسألة بحالها ، وانقطع يومين يومين ، فلا تجد عدداً يحصل من ضرب أربعة ، فيه ثلاثون . فاطلب ما يقرب الحاصل فيه من الضرب فيه ، من ثلاثين ، وهنا عددان ، سبعة وثمانية . أحدهما : يحصل منه ثمانية وعشرون . والآخر : اثنان وثلاثون . فاستوى طرفا الزيادة والنقص ، فخذ بالزيادة ، واجعل أول الحيضة الأخرى ، الثالث والثلاثين . وحينئذ ، يعود خلاف أبي إسحاق ، لتأخر الحيض ، فحيضها عنده في الدور الثاني ، هو اليوم الثالث ، والرابع ، فقط على القولين . وأما على المذهب ، فان سجننا ، فحيضها خمسة متوالية . أولها : الثالث . وإن لفقنا من العادة ، فحيضها الثالث ، والرابع ، والسابع . وإن لفقنا من الخمسة عشر ، ضمننا إليها الثامن ، والحادي عشر . ثم في الدور الثالث ، ينطبق الدم على أول الدور ، فلا يبقى خلاف أبي إسحاق ، ويكون الحكم كما ذكرنا في الدور الأول . وفي الدور الرابع ، يتأخر الحيض ، ويعود الخلاف . وعلى هذا أبداً . ولو كانت المسألة بحالها ، ورأت ثلاثة أيام دماً ، وأربعة نقاءً ، فمجموع النوبتين ، سبعة . ولا تجد عدداً إذا ضربت السبعة فيه ، بلغ ثلاثين ، فاضربه في أربعة ، لتبلغ ثمانية وعشرين . واجعل أول الحيضة الثانية ، التاسع والعشرين . وقد تقدم الحيض على أول الدور .

فعلى قياس أبي إسحاق ما قبل الدور ، استحاضة ، وحيضها اليوم الأول فقط على القولين . وقياس المذهب ، لا يخفى . ولو كانت عادتھا ستة من ثلاثين ، ويقطع الدم في بعض الأدوار ، ستة ستة ، وجاوز ، ففي الدور الأول حيضها ، الستة الأولى بلا خلاف . وأما الدور الثاني ، فانها ترى ستة من أوله نقاءً ، وهي أيام العادة . فعند أبي إسحاق : لا حيض لها في هذا الدور أصلاً ، وعلى المذهب ، وجهان . أحدهما : تحيضها الستة الثانية ، على قولي السحب والتلفيق جميعاً . والثاني : حيضها الستة الأخيرة من الدور الأول . ويحيى هذا الوجه ، حيث خلا جميع أيام العادة عن الحيض . هذا كله ، إذا لم ينقص الدم الموجود في زمن العادة عن أقل الحيض . فان نقص ، بأن كانت عادتھا يوماً وليلة ، فرأت في بعض الأدوار يوماً دماً ، وليلة نقاءً ، واستحيضت ، فثلاثة أوجه ، على قول السحب : الأصح ، لا حيض لها في هذه الصورة . والثاني ، تعود إلى قول التلفيق . والثالث : حيضها الأول ، والثاني ، والليلة بينها . وأما على قول التلفيق ، فلا حيض لها إن لفقنا على العادة . فان لفقنا من الخمسة عشر : حيضها الأول ، والثاني ، وجعلنا الليلة بينها طهرأ .

قلت : قوله : لا حيض لها إن لفقنا من العادة ، هو الأصح . وذكر الإمام وجهاً آخر عن المحمودي : أنه تلفق من الخمسة عشر . وادعى في « الوسيط » أنه لا طريق غيره . والله أعلم

الضرب الثاني : العادة المتقطعة . فاذا استمرت لها عادة متقطعة قبل الاستحاضة ، ثم استحيضت مع التقطع ، نظر ، إن كان التقطع بعد الاستحاضة كالتقطع قبلها ، فردھا قدر حيضها على اختلاف القولين .

مثاله : كانت ترى ثلاثة دماً ، وأربعة نقاءً ، وثلاثة دماً ، وتطهر عشرين ، ثم استحيضت ، والتقطع على هذه الصفة ، فان سحبت ، كان حيضها قبل الاستحاضة

عشرة ، وكذا بعدها . وإن لفقنا ، كان حيضها ستة ، بتوسط بين نصفها أربعة ، وكذا الآن . فإن اختلف التقطع ، بأن تقطع في المثال المذكور في بعض الأدوار يوماً يوماً ، ثم استحيضت ، فإن سحبنها ، فحيضها الآن تسعة أيام . وإن لفقنا من العادة ، فحيضها الأول ، والثالث ، والتاسع ، إذ ليس لها في أيام حيضها القديم على هذا القول دم ، إلا في هذه الثلاثة . وإن لفقنا من الخمسة عشر ، ضمننا إليها الخامس ، والسابع ، والحادي عشر .

المستحاضة الثانية :

الابتداء : قد تقدم أنها تصلي وتصوم عند الانقطاع الأول . وكذا في سائر الانقطاع الواقع في خمسة عشر . فإذا جاوز دمها الخمسة عشر النقطة ، علمت استحاضتها . فإن قلنا : ترد الابتداء ، إلى يوم وليلة ، وكان التقطع يوماً يوماً ، فحيضها يوم وليلة ، والباقي طهر . وإن قلنا : ترد إلى ست أو سبع ، فإن سحبنها ، ورددناها إلى ست ، فحيضها خمسة متوالية ، لأن السادس نقاء لم يحتوشه دمان في الرد . وإن رددناها إلى سبع ، فحيضها سبع متوالية . وإن لفقناها من العادة ، ورددناها إلى ست ، فحيضها الأول ، والثالث ، والخامس . وإن رددناها إلى سبع ، ضمننا إليها السابع . وإن لفقنا من الخمسة عشر ، ورددناها إلى ست ، فحيضها ستة من أيام الدماء . وإن رددناها إلى سبع ، فحيضها سبعة من أيام الدماء . وكل هذا على ما تقدم في المعتادة . وابتداء الحيضة الثانية ، طريقه ما ذكرناه في المعتادة . ثم إن صامت ، وصلت في أيام النقاء حتى جاوز الدم الخمسة عشر ، وتركتها في أيام الدم كما أمرناها ، قضت صيام أيام الدم بعد الرد ، وصلواتها بلا خلاف . وأما صلوات أيام النقاء ، فلا تقضيها ، ولا تقضي صيامها أيضاً إن لفقنا . وكذا إن سحبنها على الأظهر . ويجري القولان في الأدوار كلها . خرج من هذا ، أنا إن حكمتنا بالتلفيق ، لم تقض من الخمسة عشر ، إلا صلوات سبعة أيام ، وصيامها . وإن رددنا الابتداء إلى يوم وليلة ، وهي أيام الدم سوى الأولى . وإن رددناها إلى

ست ، أو سبع ، فإن لفقنا من العادة ، وكان الرد إلى ست ، قضت صيام خمسة أيام وصلواتها . وإن ردت إلى سبع ، قضت الصوم والصلاة عن أربعة أيام . وإن لفقنا من الخمسة عشر ، وردت إلى ست ، قضتها عن يومين . وإن ردت إلى سبع ، فعن يوم واحد . وأما إذا سحبتنا ، فإن رددناها إلى يوم ، قضت صلوات سبعة أيام ، وهي أيام الدماء سوى الأول . وفي الصوم ، قولان . الأظهر : تقضي ثمانية فقط . وهي أيام الدماء . والثاني : تقضي الخمسة عشر . وإن رددناها إلى ست ، أو سبع . فإن ردت إلى ست ، قضت صلوات خمسة أيام . وهي أيام الدماء التي لم تصل فيها بعد الرد . فإن ردت إلى سبع ، قضت صلوات أربعة أيام . وأما الصوم ، فعلى أحد القولين : تقضي الخمسة عشر . وعلى أظهرهما : إن ردت إلى ست ، قضت صيام عشرة أيام ؛ ثمانية منها أيام الدماء في الخمسة عشر ، ويومان نقاء . وقما في المراد لتبين الحيض فيها . وإن ردت إلى سبع ، قضت صيام أحد عشر يوماً .

المستحاضة الثالثة :

الابتداء المميزة . تميزها تارة يكون مع وجود شروط التمييز كلها ، وتارة بفقد بعضها . فإن فقد بأن رأت يوماً أسود ، ويوماً أحمر ، وهكذا إلى آخر الشهر ، فقد فات أحد الشروط . وهو عدم مجاوزة القوي خمسة عشر ، فلها حكم الابتدأ غير مميزة ، وقد تقدم . وإن وجدت شروط التمييز كلها ، فإن سحبتنا ، فحيضها الدماء القوية في الخمسة عشر ، مع النقاء المتخلل ، أو الضعيف المتخلل . وإن لفقنا ، فحيضها القوي دون ما تخلله .

مثاله : رأت يوماً سواداً ، ويوماً حمرة ، إلى آخر الخمسة عشر ، ثم استمرت الحمرة وحدها ، متصلة ، أو منقطعة ، فإن سحبتنا ، فحيضها جميع الخمسة عشر . وإن لفقنا ، فأيام السواد الثمانية .

المستحاضة الرابعة :

الميزة المعتادة . وقد تقدم الخلاف في الميزة المعتادة التي لا تقطع في دمها ، بل يرجح التمييز ، أو العادة . وحكم هذه ، حكم تلك بلا فرق ، فأَي الأمرين قلنا به ، صارت كالنفردة به .

المستحاضة الخامسة :

الناسية . قد تنسى عاداتها من كل وجه ، وهي المبتدأة ، وقد تنساها من وجه دون وجه ، كما في حالة الاطباق ، ، فالتحيرة يعود فيها القولان في حالة الاطباق . وإن قلنا : هي كالمبتدأة ، فحكمها ما تقدم في المبتدأة . وإن قلنا بالمشهور : إنها تحتاط ، بنينا أمرها على قولي التلفيق . فإن سجبنا ، احتاطت في أزمنة الدم ، من الوجوه المذكورة في حالة الاطباق بلا فرق . وتحتاط في زمن النقاء أيضاً ، لأن كل زمن منه يحتمل الحيض . لكن لا تؤمر بالغسل زمن النقاء ، ولا تؤمر أيضاً فيه بتجديد الوضوء ، بل يكفيها لكل نقاء الغسل في أوله . وإن لفقنا ، فعلها أن تحتاط في أيام الدم ، وعند كل انقطاع . وأما أزمنة النقاء ، فهي طاهر فيها ، في الجماع ، وسائر الأحكام .
وأما الناسية من وجه دون وجه ، فتحتاط على قول التلفيق ، مع رعاية ما تذكره .

مثاله : قالت : أضللت خمسة في العشرة الأولى من الشهر وتقطع الدم والنقاء يوماً يوماً ، واستحيضت . فإن سجبنا ، فالعاشر طهر ، لأنه نقاء لم يحتوشه دمٌ حيض . ولا غسل في الخمسة الأولى ، لتعذر الانقطاع . فإذا انقضت ، اغتسلت . ولا تغتسل بعدها في أيام النقاء . وتغتسل في آخر السابع ، والتاسع . ولا تغتسل في أثنائها على الصحيح ، وقول الجمهور . وإن لفقنا من العادة ، فالحكم ما ذكرنا على قول السحب . إلا أنها طاهر في أيام النقاء في كل حكم . وإنها تغتسل عقب كل نوبة من نوب الدم في جميع المدة . وإن لفقنا من الخمسة

عشر ، فحيضها خمسة أيام . وهي : الأول ، والثالث ، والخامس ، والسابع ، والتاسع ، على تقدير انطباق الحيض على الخمسة الأولى . وعلى تقدير تأخره إلى الخمسة الثانية ، فليس لها في الخمسة الثانية ، إلا يوماً دم . وهما : السابع ، والتاسع ، فتضم إليها الحادي عشر ، والثالث عشر ، والخامس عشر . فهي إذاً حائض في السابع ، والتاسع ، لتيقن دخولهما في كل تقدير .

الباب الخامس

في النفاس

أكثره ، ستون يوماً على المشهور . وحكى أبو عيسى الترمذي ، عن الشافعي : أنه أربعون . وغالبه : أربعون . ولا حد لأقله ، بل يثبت حكم النفاس لما وجدته ، وإن قل . وقال المزني : أقله : أربعة أيام . وسواء في حكم النفاس ، كان الولد كاملاً الخلق ، أو ناقصاً ، أو ميتاً . وألقت مضغة ، أو علقه . وقال القوابل : إنه مبتدأ خلق آدمي ، فالدم الموجود بعده ، نفاس .

فصل

ما تراه الحامل من الدم على ترتيب أدوارها ، فيه قولان . القديم : أنه دم فساد . والجديد الأظهر : أنه حيض . وسواء ما تراه قبل الحمل وبعدها ، على المذهب . وقيل : القولان فيما بعد الحركة ، فأما قبلها ، فحيض قطعاً . ثم على

القديم : هو حدث دائم ، كسلس البول . وعلى الجديد : يحرم فيه الصوم ،
والصلاة . وثبت جميع أحكام الحيض ، إلا أنه لا تنقضي به العدة . ولا يحرم
فيه الطلاق .

قلت : عدم انقضاء العدة به ، متفق عليه إذا كان عليها عدة واحدة لصاحب
الحمل . فان كان [لها] عدتان ، ففي انقضاء إحداهما بالحيض على الحمل ، خلاف .
وتفصيله يأتي في كتاب « العدة » إن شاء الله تعالى . وقد نهت عليه هنا ، في
شرحي « المذهب » و « التنبيه » . والله أعلم

وعلى الجديد ، إذا رأت الدم ، ثم ولدت بعد خمسة عشر يوماً ، فهو
حيض قطعاً . وكذا إن ولدت قبل الخمسة عشر ، أو متصلاً بآخر الدم على
الأصح فيها . وعلى الثاني : يكون دم فساد ، وليس بنفاس بلا خلاف ، لأن
النفاس ، لا يسبق الولادة ، بل هو عند الفقهاء : الدم الخارج عقب الولادة .
وقطع معظم الأصحاب ، بأن ما يبدو عند الطلق ؛ ليس بنفاس . وقالوا : ابتداء
النفاس يحسب من وقت انفصال الولد ، وليس هو حيضاً أيضاً على الصحيح .
وفي وجه شاذ : أنه نفاس . وفي وجه : حيض . وأما الدم الخارج مع الولد ،
ففيه أوجه . أصحها : أنه كالخارج قبل الولادة . والثاني : أنه نفاس . والثالث :
أنه كالخارج بين التوأمين . فان قلنا : إنه نفاس ، وجب به الغسل ، وبطلان به
الصوم ، وإن لم تر بعده دمأ أصلاً . وإذا قلنا : ليس بنفاس ، لم يجب به الغسل ،
ولم يبطل الصوم . فحصل من الخلاف المذكور في هذه المسائل ، أن في ابتداء
مدة النفاس ، أوجهاً . أحدها : من وقت الدم البادي عند الطلق . والثاني :
من الخارج مع ظهور الولد . والثالث وهو الأصح : من انفصال الولد . وحكى
إمام الحرمين وجهاً : أنها لو ولدت ولم تر الدم أياماً ، ثم ظهر الدم ، فابتداء

مدة النفاس ، تحسب من وقت خروج الدم ، لامن وقت الولادة . فهذا وجه رابع . وموضعه ، إذا كانت الأيام المتخللة ، دون أقل الطهر .

فصل

في الدم الذي تراه بين التوأمين ، وجهان . أصحها : ليس بنفاس . والثاني : نفاس . فان قلنا : ليس بنفاس ، فقال الأكثرون : يبنى على دم الحامل . فان جعلناه حيضاً ، فهذا أولى ، وإلا ، فقولان . وفي كلام بعض الأصحاب : ما يقتضي كونه دم فساد ، مع قولنا : الحامل تحيض . وإذا قلنا : هو نفاس ، فما بعد الولد الثاني معه ، نفاس واحد ، أم نفاسان ؟ وجهان . الأصح : نفاسان . ولا تبالي مجاوزة الدم ستين من الولادة الأولى . الثاني : نفاس واحد . فعلى هذا إذا زاد الدم على ستين من الولد الأول ، فهي مستحاضة . قال الصيدلاني : موضع الوجهين ، إذا كانت المدة المتخللة بين الدمين دون ستين ، فان بلغت ستين ، فالثاني : نفاس آخر قطعاً . وقال الشيخ أبو محمد : لا فرق .

قلت : الأصح ، قول الصيدلاني . ولم يحكه الإمام الرافعي على وجهه . قال إمام الحرمين : قال الصيدلاني : اتفق أئمتنا في هذه الصورة ، أنها تستأنف بعد الولد الثاني نفاساً . إذا كان بينها ستون . واختار إمام الحرمين هذا . وضمف قول والده أبي محمد . والله أعلم .

وإذا ولدت الثاني بعد الستين ، وقلنا باتخاذ النفاس ، فما بعده استحاضة . ولو سقط عضو من الولد ، وباقية 'مُحْتَنٍ' ، ورأت بينها دمًا ، ففي كونه نفاساً ، الوجهان في الدم بين التوأمين .

فصل

إذا جاوز دم النفساء ستين ، فقد اختلط نفاسها باستحاضتها . وطريق التمييز بينها ، ما تقدم في الحيض . هذا هو الصحيح المروف . وفي وجهه : نفاسها ستون . وما بعدها استحاضة إلى تمام طهرها المعتاد ، أو الردود إليه إن كانت مبتدأة ، وما بعده حيض . في وجه ثالث : نفاسها ، ستون . وما بعدها حيض متصل به . واتفق الجمهور على تضعيف هذين الوجهين ، والتفريع على الصحيح .

والمستحاضات : خمس ..

الأولى : المعتادة . فإن كانت معتادة أربعين مثلاً ، كان نفاسها الآن أربعين . ولها في الحيض حالان . أحدهما : أن تكون معتادة فيه ، فطهرها بعد الأربعين ، قدر عادتها في الطهر ، ثم تحيض قدر عادتها في الحيض . الحال الثاني : أن تكون مبتدأة فيه ، فتجعل القدر الذي ترد إليه المبتدأة في الطهر ، طهرًا لها بعد الأربعين . والذي ترد إليه في الحيض ، حيضًا لها بعده . ثم الخلاف فيما ثبت به العادة ، وفيما تقدم من العادة والتمييز إذا اجتماعا يجري هنا كما في الحيض . ولو ولدت مراراً ولم ترداً ، ثم ولدت ، واستحيضت ، لم يكن عدم النفاس عادة ، بل هي مبتدأة فيه ، كالتي لم تلد أصلاً .

المستحاضة الثانية والثالثة : المبتدأة الميزة ، وغير الميزة . أما غير الميزة ، فتزد إلى لحظة على الأظهر . وإلى أربعين على الثاني . هذا هو المذهب . وفي قول غريب : ترد إلى ستين . وفي وجهه : إلى اللحظة جزماً . ثم إن كانت هذه النفساء معتادة في الحيض حسب لها بعد مرد النفاس طهرها ثم حيضها المعتادان . وإن كانت مبتدأة فيه ، أقننا طهرها ثم حيضها على ما تقتضيه حال المبتدأة . وأما الميزة ،

فترد إلى التمييز بشرطه . كالحائض ، وشرط تمييز النفساء ، أن لا يزيد القوي على ستين يوماً . ولا ضبط في أقله ، ولا أقل الضعيف .

المستحاضة الرابعة : المتادة المميزة . تقدم حكمها هنا في المتادة .

المستحاضة الخامسة : الناسية لمادة نفاسها ، فيها القولان ، كناسية الحيض . فعلى قول ترد إلى مرد المبتدأة . ورجحه إمام الحرمين هنا . وعلى قول : تؤمر بالاحتياط . وعلى هذا ، إن كانت متبداة في الحيض أيضاً ، وجب الاحتياط أبداً . وكذا ، إن كانت معتادة في الحيض ناسية عادتھا . وإن كانت ذاكرة لمادة الحيض ، فهي كناسية وقت الحيض ، العارفة بقدره . وقد سبق بيانها .

فرع

إذا انقطع دم النفساء ، فله حالان . أحدهما : أن لا يجاوز ستين ، فينظر ، إن لم تبلغ مدة النقاء بين الدمين أقل الطهر ، بأن رأت يوماً دماً ، ويوماً نقاءً ، فأزمنة الدم نفاس قطعاً . وفي النقاء ، القولان ، كالحيض . وإن بلغت ، بأن رأت عقب الولادة دماً أياماً ، ثم رأت النقاء خمسة عشر فصاعداً ، ثم عاد الدم ، فالأصح ، أن المائد دم حيض . والثاني : أنه نفاس . ولو ولدت ولم تر الدم خمسة عشر يوماً فصاعداً ، ثم رآته ، فعلى هذين الوجهين . فإن جملناه حيضاً ، فلا نفاس لها أصلاً . وفي هذه الصورة الأخيرة : لو نقص المائد في الصورتين عن أقل الحيض ، فالأصح ، أنه دم فساد . والثاني : أنه نفاس ، لتعذر جملة حيضاً . ولو زاد المائد على أكثر الحيض ، فهي مستحاضة . فينظر ، أهى معتادة ، أم مبتدأة ؟ ويحكم بما تقتضيه الحال . وإن جملناه المائد نفاساً ، فمدة النقاء على القولين

في التلفيق . إن سجبنا ، فنفاس . وإن لفقنا ، فطهر . هذا هو المذهب . وقيل :
هو طهر على القولين .

الحال الثاني : أن تجاوز ستين . فإن بلغ زمن النقاء في الستين أقل الطهر ،
ثم جاوز المائد ، فالمائد حيض قطعاً ، ولا يجيء فيه الخلاف المذكور في الحال
الأول . وإن لم تبلغه ، فإن كانت مبتدأة مميزة ، ردت إلى التمييز . وإن لم تكن
مميزة ، فعلى القولين في المبتدأة . وإن كانت معتادة ، ردت إلى العادة . وفي
الأحوال يراعى قولاً التلفيق . فإن سجبنا ، فالدماء في أيام الرد مع النقاء ، نفاس .
وإن لفقنا ، فتلقي من أيام الرد ، أم من أيام الستين ؟ فيه الخلاف المذكور
في الحيض .

قلت : والصفرة ، والكدرية ، في النفاس ، كهي في الحيض وفقاً وخلافاً ،
هذا هو المذهب . وبه صرح الفوراني ، والبغوي ، وصاحب « المدة » ، وغيرهم .
وقطع الماوردي : بأنها نفاس قطعاً ، لأن الولادة شاهد للنفاس ، بخلاف الحيض .
وإذا انقطع دم النفساء ، واغتسلت ، أو تيممت حيث يجوز ، فللزواج وطؤها
في الحال بلا كراهة . حتى قال صاحب « الشامل » و « البحر » : لو رأت الدم
بعد الولادة ساعة ، وانقطع ، لزمها الغسل ، وحل الوطء . فإن خافت عود الدم ،
استحب له التوقف احتياطاً . والله أعلم



كتاب الصلاة

فيه سبعة أبواب .

الباب الأول

في المواقيت

أما وقت الظهر ، فيدخل بالزوال . وهو زيادة الظل بعد استواء الشمس ، أو حدوثة ، إن لم يكن عند الاستواء ظل . وذلك يتصور في بعض البلاد ، كمكة ، وصنعاء اليمن ، في أطول أيام السنة . ويخرج وقتها إذا صار ظل الشخص مثله سوى الظل الذي كان عند الزوال ، إن كان ظل ، وما بين الطرفين وقت اختيار .

وأما العصر ، فيدخل وقتها ، بخروج وقت الظهر بلا خلاف ، ويمتد إلى غروب الشمس . وفي وجه ضيف قاله الاصطخري : يخرج وقتها ، إذا صار ظل الشيء مثليه . وعلى الصحيح : لها أربعة أوقات ، وقت فضيلة ، وهو الأول . ووقت اختيار ، إلى أن يصير ظله مثليه . وبعده جواز بلا كراهة ، إلى اصفرار الشمس . ومن الاصفرار ، إلى الغروب : وقت كراهة ، يكره تأخيرها إليه .

وأما المغرب ، فيدخل وقتها بغروب الشمس بلا خلاف . والاعتبار بسقوط قرصها ، وهو ظاهر في الصحاري . وأما في العمران ، وخلل^(١) الجبال ، فالاعتبار ، بأن لا يرى شيء من شعاعها على الجدران ، ويُقبل الظلام من المشرق . وفي آخر

(١) القل بضم القاف : أعلى الرأس ، والسنام ، والجبل . أو أعلى كل شيء .

وقتها قولان . القديم : أنه يمتد إلى مغيب الشفق . والجديد : أنه إذا مضى قدر وضوء وستر عورة ، وأذان ، وإقامة ، وخمس ركعات ، انقضى الوقت . وما لأبد منه من شرائط الصلاة ، لا يجب تقديمه على الوقت ، فيجوز التأخير بعد الغروب بقدر اشتغاله بها . والاعتبار في جميع ذلك ، بالوسط المعتدل . ويحتمل أيضاً أكل لقم يكسر بها حدة الجوع . وفي وجه : ما يمكن تقديمه على الوقت ، كالطهارة ، والسترة ، يسقط من الاعتبار . وفي وجه : يعتبر ثلاث ركعات ، لا خمس . وهما شاذان ، والصواب الأول . ثم على الجديد : لو شرع في المغرب في الوقت المضبوط ، فهل له استدامتها إلى انقضاء الوقت ؟ إن قلنا : الصلاة التي يقع بعضها في الوقت ، وبعضها بعده أداءً وأنه يجوز تأخيرها إلى أن يخرج عن الوقت بعضها ، فله ذلك قطعاً . وإن لم نجوز ذلك في سائر الصلوات ، ففي المغرب وجهان . أصحابها : يجوز مدها إلى مغيب الشفق . والثاني : منعه كغيرها . ثم الأظهر من القولين ، الجديد . واختار طائفة من الأصحاب ، القديم ، ورجحوه ، وعندهم المسألة مما يفتى فيه على القديم .

قلت : الأحاديث الصحيحة ، مصرحة بما قاله في القديم ، وتأويل بعضها متمذر ، فهو الصواب . ومن اختاره من أصحابنا ، ابن خزيمة ، والخطابي ، والبيهقي ، والغزالي في « الإحياء » والبغوي في « التهذيب » وغيرهم . والله أعلم

وأما العشاء ، فيدخل وقتها بمغيب الشفق . وهو الحرة . وقال المزني : البياض . وقال إمام الحرمين : يدخل وقتها بزوال الحمرة ، والصفرة . قال : والشمس إذا غربت ، تعقبها حمرة ، ثم ترق حتى تنقلب صفرة ، ثم يبقى البياض . قال : وبين غروب الشمس ، إلى زوال الصفرة ، كما بين الصبح الصادق ، وطلوع قرن الشمس . وبين زوال الصفرة ، إلى انمحاق البياض ، قريب منها بين الصبح الصادق ، والكاذب . هذا قول إمام الحرمين . والذي عليه المظم ، وبدل

عليه ، نص الشافعي رضي الله عنه : أنه الحرة . ثم غروب الشفق ، ظاهر ، في معظم النواحي . أما الساكنون بناحية تقصر لياليهم ، ولا يغيب عنهم الشفق ، فيصلون العشاء إذا مضى من الزمان قدر ما يغيب فيه الشفق في أقرب البلاد إليهم .

وأما وقت الاختيار للعشاء ، فيمتد إلى ثلث الليل على الأظهر . وإلى نصفه ، على الثاني . ويبقى وقت الجواز إلى طلوع الفجر الثاني على الصحيح . وقال الاصطخري : يخرج الوقت بذهاب وقت الاختيار .

وأما وقت الصبح ، فيدخل بطلوع الفجر الصادق . ويتهدى وقت الاختيار ، إلى أن يسفر . والجواز إلى طلوع الشمس على الصحيح . وعند الاصطخري يخرج وقت الجواز بالإسفار . فملى الصحيح ، للصبح أربعة أوقات ، فضيلة أوله ، ثم اختيار إلى الإسفار ، ثم جواز بلا كراهة إلى طلوع الحرة ، ثم كراهة وقت طلوع الحرة إذا لم يكن عذر .

قلت : مذهبتنا ، ومذهب جماهير العلماء أن صلاة الصبح من صلوات النهار . ويكره أن يقال للغرب : عشاء ، وأن يقال للعشاء : عتمة . والاختيار . أن يقال للصبح : الفجر ، أو الصبح . وهما أولى من الغداة . ولا تقول : الغداة مكروه . ويكره النوم قبل العشاء ، والحديث بعدها لغير عذر ، إلا في خير . واختلف العلماء في الصلاة الوسطى . فنص الشافعي رضي الله عنه ، والأصحاب : أنها الصبح . وقال صاحب الحاوي : نص الشافعي أنها الصبح . وصحت الأحاديث ، أنها العصر . ومذهبه ، اتباع الحديث ، فصار مذهبه : أنها العصر . قال : ولا يكون في المسألة قولان . كما وم بعض أصحابنا . والله أعلم

فصل

تجب الصلاة بأول الوقت وجوباً موسماً ، بمعنى أنه لا يَأثم بتأخيرها إلى آخره . فلو أخرها من غير عذر ، فمات في أثناء الوقت ، لم يَأثم بتأخيرها على الأصح ، بخلاف الحج . ولو وقع بعض الصلاة في الوقت ، وبمضئ خارج الوقت ، نظر ، إن كان الواقع في الوقت ركعة فصاعداً ، فالأصح : أن جميع الصلاة أداء . والثاني : جميعها قضاء . والثالث : ما في الوقت أداء ، وما بعده قضاء . وإن كان الواقع في الوقت أقل من ركعة ، فالذهب الجزم بأن الجميع قضاء . وقيل : هو كالركعة . وحيث قلنا : الجميع قضاء ، أو الخارج ، لم يجوز للمسافر قصر تلك الصلاة على قولنا : لا يجوز قصر المقضية . ولو أراد تأخير الصلاة إلى حد يخرج بمضئ عن الوقت ، إن قلنا : كلها قضاء ، أو البعض ، لم يجوز قطعاً . وإن قلنا : الجميع أداء ، لم يجوز أيضاً على المذهب . وفيه ترديد جواب للشيخ أبي محمد . ولو شرع فيها وقد بقي من الوقت ما يسع جميعها ، فمدّها بتطويل القراءة حتى خرج الوقت ، لم يَأثم قطعاً . ولا يكره على الأصح .

قلت : وفي تعليق القاضي حسين ، وجه : أنه يَأثم . والله اعلم

فصل

تمجيل الصلاة في أول الوقت أفضل ، وفيما يحصل به فضيلة أوله ، أوجه . أصحابها : يحصل بأن يشتغل أول دخول الوقت بأسباب الصلاة ، كالطهارة ، والأذان ، وغيرها ، ثم يصلي . ولا يشترط على هذا تقديم ستر المورة ، على الأصح . وشرطه

أبو محمد . ولا يضرب الشغل الخفيف ، كأكل لقم ، وكلام قصير . ولا يكلف المجلة على خلاف المادة . والوجه الثاني : يبقى وقت الفضيلة إلى نصف الوقت . كذا أطلقه جماعة . وقال آخرون : إلى نصف وقت الاختيار . والثالث : لا يحصل إلا إذا قدم قبل الوقت ما يمكنه تقديمه من الأسباب ، لتنطبق الصلاة على أول الوقت . وعلى هذا قيل : لا ينال التيمم فضيلة الأولية .

قلت : هذا الوجه الثالث ، غلط صريح ، مخالف للسنة المستفيضة عن رسول الله ﷺ . والصواب : الأول . والله أعلم

وهذا المذكور من فضيلة التمجيل ، هو في الصباح ، والمصر ، والمغرب ، على الإطلاق .

وأما العشاء ، فتمجيلها أيضاً أفضل على الأظهر . وعلى الثاني : تأخيرها أفضل ، ما لم يجاوز وقت الاختيار . وأما الظهر ، فيستحب فيها التمجيل ، في غير شدة الحر بلا خلاف . وفي شدة الحر ، يستحب الإبراد على الصحيح المعروف . وفيه وجه شاذ : أن الإبراد رخصة . وأنه لو تحمل المشقة ، وصلى في أول الوقت ، كان أفضل . والصواب : أن الإبراد سنة . وهو : أن يؤخر إقامة الجماعة عن أول الوقت في المسجد الذي يأتيه الناس من بعد ، بقدر ما يقع للحيطان ظل يمشي فيه طالب الجماعة . ولا يؤخر عن النصف الأول من الوقت . فلو قربت منازلهم من المسجد ، أو حضر جماعة في موضع لا يأتيهم غيرهم ، لا يبردون على الأظهر . وكذا لو أمكنه المشي إلى المسجد في ظل ، أو صلى في بيته منفرداً ، فلا إبراد على الأصح . ويختص استحباب الإبراد ، بالبلاد الحارة على الأصح المنصوص ، ولا تلحق الجمعة بالظهر ، في الإبراد على الأصح .

فصل

إذا اشتبه عليه وقت صلاة ، لنيم ، أو حبس في مظلم ، أو غيرها ، اجتهد فيه ، واستدل بالدرس ، والأعمال ، والأوراد ، وشبهها . ومن الأمارات ، صياح الديك المحرب إصابة صياحه الوقت . وكذا أذان المؤذنين في يوم النيم إذا كثروا ، وغلب على الظن - لكثرتهم - أنهم لا يخطؤون . والأعمى يجتهد في الوقت كالبصير . وإنما يجتهدان ، إذا لم يخبرها ثقة بدخول الوقت عن مشاهدة . فلو قال : رأيت الفجر طالماً ، أو الشفق غارباً ، لم يجوز الاجتهاد ، ووجب قبول قوله . فإن أخبر عن اجتهاد ، لم يجوز للبصير القادر على الاجتهاد تقليده . ويجوز للأعمى على الأصح . والمؤذن الثقة العالم بالمواقيت في يوم الصحو ، كالخبر عن مشاهدة . وفي النيم ، كالجهتد . وحكى في « التهذيب » وجهين في تقليد المؤذن ، من غير فرق بين البصير ، والأعمى . وقال : الأصح : الجواز . وذهب إليه ابن سريج . والتفصيل المتقدم ، أقرب . واختاره الروياني ، وغيره .

قلت : الأصح ، ما صححه صاحب « التهذيب » . وقد نقله عن نص الشافعي ، وبه قال الشيخ أبو حامد . وصححه البندنجي ، وصاحب « العدة » وغيرهم .

والله أعلم

وحيث لزم الاجتهاد ، فصلى بلا اجتهاد ، وجبت الإعادة وإن صادف الوقت . وإذا لم تكن دلالة ، أو كانت ، فلم يفتأ على ظنه شيء ، صبر إلى أن يفتأ على قلبه دخول الوقت . والاحتياط : أن يؤخر إلى أن يفتأ على ظنه أنه لو أخر ، خرج الوقت . وإذا قدر على الصبر إلى استيقان دخول الوقت ، جاز الاجتهاد على الصحيح ، كالأواني .

قلت : لو علم النجّم دخول الوقت بالحساب . حكى صاحب « البيان » : أن المذهب : أنه يعمل به بنفسه ، ولا يعمل به غيره . والله أعلم

فرع

حيث جاز الاجتهاد ، فصلى به ، إن لم يتبين الحال ، فلا شيء عليه . وإن بان وقوع صلاته في الوقت ، أو بعده ، فلا قضاء عليه . لكن الواقعة بعده ، قضاء على الأصح . فلو كان مسافراً ، وقصرها ، وجب إعادتها تامة . إذا قلنا : لا يجوز قصر القضاء . وإن بان وقوعها قبل الوقت ، وأدركه ، وجبت الإعادة . وإلا ، فقولان . المشهور وجوبها ، ومثل هذا الخلاف ، والتفصيل ، يجري فيمن اشتبه عليه شهر رمضان .

قلت : قال أصحابنا : لو أخبره ثقة ، أن صلاته وقعت قبل الوقت ، إن أخبره عن علم ومشاهدة ، وجبت الإعادة ، وإن أخبره عن اجتهاد ، فلا . والله أعلم

فصل

في وقت أصحاب الأسباب المانعة منه وجوب الصلوة

وهي : الصبّا ، والكفر ، والجنون ، والإغماء ، والحيض ، والنفاس . ولها ثلاثة أحوال .

الاول : أن توجد في أول الوقت ، ويخلو عنها آخره ، بأن تطهر عن حيض ، أو نفاس في آخر الوقت ، فينظر ، إن بقي من الوقت قدر ركعة ، لزمها فرض الوقت . والمعتبر في الركعة ، أخف ما يقدر عليه أحد . وشرط

الوجوب : أن تمتد السلامة من المانع قدر إمكان الطهارة ، وتلك الصلاة . فان عاد مانع قبل ذلك ، لم يجب .

مثاله : بلغ الصبي في آخر وقت العصر ، ثم جُنَّ ، أو أفان المجنون ، ثم عاد جنونه ، أو طهرت ، ثم جُنَّتْ ، أو أفادت مجنونة ، ثم حاضت ، فان مضى في حال السلامة ما يسع طهارة وأربع ركعات ، وجبت العصر ، وإلا ، فلا . هذا إذا كان الباقي من الوقت قدر ركعة . فان كان قدر تكبيرة ، أو فوقها دون ركعة ، ففي وجوب الفرض ، قولان . الأظهر : الوجوب بالشرط المتقدم في الركعة . ويستوي في الوجوب ، بإدراك الركعة ، أو مادونها ، جميع الصلوات . فان كانت المدركة صباحاً ، أو ظهراً ، أو مغرباً ، قصر الوجوب عليها . وإن كانت عصرأ ، أو عشاءً ، وجب مع العصر الظهر ، ومع العشاء المغرب . وبماذا يجب الظهر ؟ قولان . أظهرها : يجب بما يجب به العصر . وهو ركعة قبل الغروب على قول ، وتكبيرة على قول . والثاني : لا يجب إلا بإدراك أربع ركعات زائدة على ما يجب به العصر . وتكون الأربع للظهر ، والركعة أو التكبيرة للعصر ، على الصحيح . وقيل : الأربع للعصر . والركعة ، أو التكبيرة ، للظهر . وتظهر فائدة الوجهين ، في المغرب مع العشاء ، فان المغرب معها ، كالظهر مع العصر . فان قلنا : بالأظهر ، وجبت المغرب بما تجب العشاء . وإن قلنا : بالثاني . وقلنا : الركعات الأربع الزائدة للظهر ، اعتبرنا هنا ثلاث ركعات للمغرب ، مع ما تلزم به العشاء . وإن قلنا : الأربع للعصر ، اعتبرنا أربعاً للعشاء . وهل يعتبر مع القدر المذكور للزوم الصلاة الواحدة ، أو صلاتي الظهر والعصر والمغرب ، والعشاء ، إدراك زمن الطهارة ؟ قولان . أظهرها : لا . وإذا جمعت الأقوال ، حصل فيما يلزم به كل صلاة من إدراك آخر وقتها ، أربعة أقوال . أظهرها : قدر تكبيرة . والثاني : تكبيرة ، وطهارة . والثالث : ركعة . والرابع : ركعة وطهارة . وفيما يلزم به الظهر ، مع العصر ، ثمانية أقوال . هذه الأربعة . والخامس : قدر

أربع ركعات وتكبيرة . والسادس : هذا ، وزمن طهارة . والسابع : قدر خمس ركعات . والثامن : هذا ، وزمن طهارة . وفيما يلزم المغرب ، مع العشاء ، اثنا عشر قولاً ، هذه الثمانية . والتاسع : ثلاث ركعات وتكبيرة . والعاشر : هذا وزمن طهارة . والحادي عشر : أربع ركعات . والثاني عشر : هذا وزمن طهارة .

فرع

جميع ما ذكرناه ، هو فيما إذا كان زوال العذر قبل أداء صلاة الوقت . وهذا يكون حال من سوى الصبي ، من أصحاب الأسباب ، فانها كما تمنع الوجوب ، تمنع الصحة . وأما الصبي إذا صلى وظيفته الوقت ، ثم بلغ قبل خروج الوقت ، فيستحب له أن يمدها . ولا تجب الإعادة على الصحيح . والثاني : تجب . قاله ابن سريج : سواء قلنا الباقي من الوقت ، أم كثر . والثالث : قاله الإصطخري : إن بلغ ، وقد بقي من الوقت ما يسمع تلك الصلاة ، وجبت الإعادة . وإلا ، فلا . أما إذا بلغ بالسن في أثناءها ، فالصحيح ، وظاهر النص ، وما عليه الجمهور : أنه يجب إتمامها ، ويستحب الإعادة . والثاني : يستحب الإتمام ، وتجب الإعادة . والثالث قاله الإصطخري : إن بقي ما يسمع الصلاة ، وجبت الإعادة . وإلا ، فلا . هذا كله في غير الجمعة . أما إذا صلى الظهر يوم الجمعة ، ثم بلغ ، وأمكته الجمعة . فإن قلنا : في سائر الصلوات ، تجب الإعادة ، وجبت الجمعة . وإلا ، فالصحيح : أنها لا تجب ، كالمسافر ، والعبد إذا صلياً الظهر ، ثم زال عذرهما ، وأمكنتها الجمعة ، لا تلزمها قطعاً .

الحال الثاني : أن يخلو أول الوقت عن الأعذار المذكورة ، ثم يطرأ ما يمكن أن يطرأ ، وهو الحيض ، والنفاس ، والجنون ، والإغماء ، ولا يتصور طريان الكفر السقط للإعادة . فإذا حاضت في أثناء الوقت ، قبل أن تصلي ، نظر في

القدر الماضي من الوقت . إن كان قدراً يسع تلك الصلاة ، وجب القضاء ، إذا طهرت على المذهب . وخرج ابن سريج قولاً : أنه لا يجب إلا إذا أدركت جميع الوقت . ثم على المذهب المعتبر : أخف ما يمكن من الصلاة . حتى لو طولت صلاتها ، فحاضت فيها ، وقد مضى من الوقت ما يسعها لو خففتها ، وجب القضاء . ولو كان الرجل مسافراً ، فطراً عليه جنون ، أو إغماء ، بعد ما مضى من وقت الصلاة المقصورة ما يسع ركعتين ، لزمه قضاؤها ، لأنه لو قصر ، أمكنه أداؤها . ولا يعتبر مع إمكان فعلها ، إمكان الطهارة ، لأنه يمكن تقديمها قبل الوقت ، إلا إذا لم يجز تقديم طهارة صاحب الواقعة ، كالتييم ، والمستحاضة . قلت : ذكر في « التتمة » في اشتراط زمن الطهارة ، لمن يمكنه تقديمها ، وجهين ، وهما كاخلاف في آخر الوقت . ولا فرق ، فانه وإن أمكن التقديم ، فلا يجب . والله اعلم

أما إذا كان الماضي من الوقت لا يسع تلك الصلاة ، فلا يجب على المذهب . وبه قطع الجماهير . وقال أبو يحيى البلخي ، وغيره من أصحابنا : حكم أول الوقت ، حكم آخره . فيجب القضاء بإدراك ركعة ، أو تكبيرة على الأظهر . وغلظه الأصحاب . أما العصر ، فلا يجب بإدراك الظهر ، ولا العشاء ، بإدراك المغرب . ولو أدرك جميع وقتها على الصحيح الذي عليه الجماهير . وقال البلخي : إذا أدرك من وقت الظهر ثماني ركعات ، ثم طراً العذر ، لزمه الظهر والعصر جميعاً . كما يلزم الأولى ، بإدراك الثانية ، وهو غلط ، لأن وقت الظهر ، لا يصلح للعصر ، إلا إذا صليت الظهر جمعاً .

واعلم أن الحكم بوجوب الصلاة ، إذا أدرك من وقتها ما يسعها ، لا يختص بأوله . بل لو كان الدرك من وسطه ، لزمته الصلاة . مثل أن أفاق المجنون في أثناء الوقت ، وعاد جنونه في الوقت ، أو بلغ صبي ، ثم جن ، أو أفادت مجنونة ،

ثم حاضت . وقد تلزم الظهر بادرارك أول وقت العصر ، كما تلزم بآخره ، بأن أفاق منمى عليه ، بعد أن مضى من وقت العصر ما يسع الظهر والعصر . فإن كان مقيماً ، فالمعتبر قدر ثمان ركعات . وإن كان مسافراً بقصر ، كفاء قدر أربع . وتقاس المغرب مع العشاء في جميع ما ذكرناه ، بالظهر مع العصر .

الحال الثالث : أن يعم السبب جميع وقت الرفاهية ، ووقت الضرورة ، وهو الوقت الذي يجوز فيه الجمع . أما الحيض ، والنفاس . فانه يمنع وجوب الصلاة ، وجوازها ، ولا قضاء .

وأما الكافر الأصلي ، فهو مخاطب بالصلاة وغيرها من فروع الشرع على الصحيح . لكن إذا أسلم ، لا يجب عليه قضاء صلاة أيام الكفر بلا خلاف . وأما المرتد ، فيجب عليه قضاء صلوات أيام الردة .

وأما الصبي ، فلا تجب عليه الصلاة ، لا أداءً ، ولا قضاءً . ولا يؤمر أحد ممن لا تجب عليه الصلاة بفعلها ، إلا الصبي ، والصبية ، فانه يؤمر بها إذا بلغ سبع سنين ، ويضرب على تركها ، إذا بلغ عشرين . قال الأئمة : فيجب على الآباء ، والأمهات ، تعليم الأولاد ، الطهارة ، والصلاة ، والشرائع ، بعد السبع . والضرب على تركها ، بعد العشر . ويؤمر بالصوم إن أطاقه ، كما يؤمر بالصلاة . وأجرة تعليم الفرائض في مال الصبي . فان لم يكن له مال ، فعلى الأب . فان لم يكن ، فعلى الأم . وهل يجوز أن يعطي الأجرة من مال الصبي ، على تعليم ماسوى الفتحة ، والفرائض ، من القرآن ، والأدب ؟ وجهان .

قلت : الأصح ، في مال الصبي . وهذا كله إذا كان الصبي ، والصبية ، يميزن . والله أعلم

وأما من زال عقله ، بجنون ، أو أغمى عليه ، فلا تجب عليه الصلاة ، ولا قضاؤها ، سواء قل الجنون والإغماء ، أو كثر ، إذا استغرق الوقت . ولو زال عقله بسبب محرّم ، كشرب مسكر ، أو دواء مهزل للعقل ، وجب

القضاء . هذا إذا تناول الدواء لغير حاجة ، وعلم أنه يزيل العقل ، وعلم أن الشراب مسكر . فإن لم يعلم كون الشراب مسكراً ، أو كون الدواء مزيلًا ، فلا قضاء ، كالإغماء . ولو علم أن جنسه مسكر ، وظن أن ذلك القدر لا يسكر ، وجب القضاء ، لتقصيره . ولو وثب من موضع ، لحاجة ، فزال عقله ، فلا قضاء . وإن فعله عبثاً ، وجب القضاء .

فرع

لو ارتد ، ثم جن ، ثم أفاق وأسلم ، وجب قضاء أيام الجنون ، وما قبلها ، تفليظاً عليه . ولو سكر ، ثم جن ، وجب قضاء المدة التي ينتهي إليها السكر . وفيما بعدها من مدة الجنون ، وجهان . الأصح : لا يجب القضاء . ولو ارتدت ، ثم حاضت . أو سكرت ، ثم حاضت ، لم تقض أيام الحيض . ولو شربت دواءً حتى حاضت ، لم يلزمها القضاء . وكذلك لو شربت دواءً حتى ألفت جنيناً ، ونفست ، لم يجب القضاء على الصحيح ، لأن ترك الصلاة في حق الحائض والنفساء عزيمة .

والحاصل ، أن من لم يؤمر بالترك ، لا يستحيل أن يؤمر بالقضاء . فإذا لم يؤمر ، كان تخفيفاً . ومن أمر بالترك ، فامثل الأمر ، لا يتوجه أمره بالقضاء ، إلا الحائض ، فإنها مأمورة بترك الصوم ، وبقضائه . وهو خارج عن القياس ، للنص .

فصل

في الأوقات المكروهة

وهي خمسة :

- أحدها : عند طلوع الشمس حتى ترتفع قدر رمح على الصحيح . وعلى الشئ : نزول الكراهة ، بطلوع قرص الشمس بتمامه .
- والثاني : استواء الشمس .
- والثالث : عند الاصفرار حتى يتم غروبها .
- والرابع : بعد صلاة الصبح حتى تطلع الشمس .
- والخامس : بعد العصر حتى تغرب .

وفي هذين الوقتين إذا قدم الصبح والعصر في أول الوقت ، طال وقت الكراهة ، وإذا أخرهما ، قصر . هذا هو المعروف لأكثر الأصحاب : أن الأوقات خمسة كما ذكرنا . وفي الصبح ، وجهان آخران . أحدهما : تكره الصلاة بعد طلوع الفجر ، سوى ركعتي سنة الصبح . سواء صلى الصبح ، وسنتها ، أم لا . قال صاحب « الشامل » : هذا الوجه : هو ظاهر المذهب . وقطع به صاحب « التتمة » والثاني : يكره ذلك لمن صلى السنة ، وإن لم يصل الفريضة . والصحيح : ما سبق . وهو الموافق لكلام الجمهور .

فرع

النهى والكراهة في هذه الأوقات ، إنما هو في صلاة ليس لها سبب ، فأما ما لها سبب ، فلا كراهة . والمراد بقولهم : صلاة لها سبب ، أي : سبب متقدم على هذه

الأوقات ، أو مقارن لها ، والتي لا سبب لها ، هي التي ليس لها سبب متقدم ، ولا مقارن . وقد يفسر قولهم : لا سبب لها ، بأن الشارع لم يخصها بوضع شرعية ، بل هي التي يأتي بها الانسان ابتداءً . فمن ذوات الأسباب ، الفائتة ، فانه يجوز في هذه الأوقات ، قضاء الفرائض ، والسنن ، والنوافل التي اتخذها الإنسان ورداً له . وتجاوز صلاة الجنازة ، وسجود التلاوة ، وسجود الشكر ، وركعتا الطواف ، وصلاة الكسوف . ولو تطهر في هذه الأوقات ، صلى ركعتين . ولا تكرر صلاة الاستسقاء فيها على الأصح . وعلى الثاني : تكره ، كصلاة الاستخارة . وقد يمنع الأول الكراهة في صلاة الاستخارة . ويكره ركعتا الاحرام على الأصح ، وأما تحية المسجد ، فان اتفق دخوله لفرض ، كاعتكاف ، أو درس علم ، أو انتظار صلاة ، ونحو ذلك ، لم تكرر . وإن دخل لا الحاجة ، بل ليصلي التحية فقط ، فوجهان ، أقسها : الكراهة . كما لو أخر الفائتة ليقضيها في هذه الأوقات . ومن الأصحاب ، من لم يفصل ، ويجعل في التحية وجهين على الإطلاق . وينسب القول بالكراهة إلى أبي عبد الله الزيري رحمه الله .

قلت : هذه الطريقة غلط . والله أعلم

ولو فاتته راتبة ، أو نافلة اتخذها ورداً ، فقضاها في هذه الأوقات ، فهل له المداومة على مثلها في وقت الكراهة ؟ وجهان .
أحدهما : نعم ، للحديث الصحيح أن رسول الله ﷺ فاتته ركعتا الظهر ، فقضاها بعد العصر ، وداوم عليها بعد العصر^(١) . وأصحها : لا . وتلك الصلاة من خصائص رسول الله ﷺ .

(١) وقال عنها : « أتاني أناس من بني عبد القيس ، فشغلوني عن الركعتين اللتين بعد الظهر ، فهما هاتان » متفق عليه من حديث أم سلمة رضي الله عنها . وفي البخاري عنها أنها قالت : ما ترك النبي صلى الله عليه وآله وسلم السجدين بعد العصر عندي قط . وقد جمع بين رواية النفي ، وروايات الإثبات ، بجعل النفي على المسجد ، والإثبات على البيت . وقد تمسك بالحديث من قال بجواز قضاء الفوات في الأوقات المكروهة ، ومن أجاز التنفل بعد العصر مطلقاً ما لم يقصد الصلاة عند غروب الشمس . وأجاب من أطلق الكراهة بأن ذلك من خصائصه صلى الله عليه وآله وسلم .

فصل

الصلاة النهي عنها في هذه الأوقات ، يستثنى منها زمان ، ومكان . أما الزمان ، فعند الاستواء يوم الجمعة . ولا يلحق به باقي الأوقات يوم الجمعة على الأصح . فإن ألحقنا ، جاز التنفل يوم الجمعة في الأوقات الخمسة لكل أحد . وإن قلنا بالأصح ، فهل يجوز التنفل لكل أحد عند الاستواء ؟ وجهان . أصحها : نعم . والثاني ، لا يجوز لمن ليس في الجامع . وأما من في الجامع ، ففيه وجهان . أحدهما : يجوز مطلقاً . والثاني : يجوز بشرط أن يكر ، ثم يغلبه الناس . وقيل : يكفي الناس بلا تكبير . وأما المكان ، فمكة - زادها الله شرفاً - لا تكره الصلاة فيها في شيء في هذه الأوقات ، سواء صلاة الطواف ، وغيرها . وقيل : إنما يباح ركعتا الطواف . والصواب ، الأول . والمراد بمكة ، جميع الحرم . وقيل : إنما يستثنى نفس المسجد الحرام . والصواب المعروف هو الأول .

فرع

متى ثبتت الكراهة ، فحرم بالصلاة المكروهة^(١) لم تنعقد على الأصح . كصوم العيد . وتنعقد على الثاني . كالصلاة في الحمام . ولو نذر أن يصلي في هذه الأوقات ، فإن قلنا : تنعقد الصلاة ، صح نذره ، وإلا فلا . وإذا صح نذره ، فالأولى أن يصلي في وقت آخر ، كمن نذر أن يضحي بشاة يذبحها بسكين مغصوب ، يصح نذره ، ويذبحها بغير مغصوب . ولو نذر صلاة مطلقة ، فله فعلها في هذه الأوقات قطعاً ، فإن لها سبباً .

(١) لعله يقصد بقوله : تحرم بالصلاة ، دخل فيها بتكبيره الإحرام .

قلت : النهي عن الصلاة في هذه الأوقات حيث أمثناه ، كراهة تحريم على الأصح . وبه قطع الماوردي في « الاقناع » وصاحب « الذخائر » وآخرون : وهو مقتضى النهي في الأحاديث الصحيحة (١) . والثاني : كراهة تنزيه وبه قطع أبو علي البنديجي . والله أعلم وقول بعض المتأخرين : إنه لا يحرم ، شاذ متروك ، علته [أنه] مخالف لما صرح به كثيرون ، واقتضاه كلام الباقيين .

الباب الثاني

في الأذان

الأذان والاقامة سنتان على أصح الأوجه ، وفرضا كفاية على الثاني . والثالث : هما سنة في غير الجمعة ، وفرضا كفاية فيها . فاذا قلنا : سنة ، فاتفق أهل بلد على تركها ، لم يقاتلوا على الأصح ، كسائر السنن . وإذا قلنا : فرض كفاية ، قولوا على تركها بلا خلاف . وإنما يسقط الإثم عنهم ، باظهارها في البلدة ، أو القرية ، بحيث يعلم جميع أهلها ، أنه قد أذن فيها لو أصفوا . ففي القرية الصغيرة ، يكفي في موضع ، وفي البلد الكبير ، لا بد منه في مواضع . وإذا قلنا : الأذان فرض كفاية في الجمعة ، فقليل : الواجب ، هو الذي بين يدي الخطيب . وقيل : يسقط الوجوب بالأذان المأثي به لصلاة الجمعة ، وإن لم يكن بين يدي الخطيب . أما ما يؤذن له ، فلا خلاف أنه يؤذن للجماعة الأولى من صلوات الرجال في كل مكتوبة مؤداة . فإن فقد بعض هذه القيود ، ففيه تفصيل . أما المنفرد في الصحراء ،

(١) عن عمر بن الخطاب ، وأبي هريرة ، رضي الله عنهما ، أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم « نهى عن الصلاة بعد الفجر حتى تطلع الشمس ، وبعد العصر حتى تغرب الشمس » متفق عليه . وعن عقبة بن عامر رضي الله عنه قال : ثلاث ساعات نهانا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم « أن نصلي فيهن ، أو أن نقبر موقنا ، حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع ، وحين يقوم قائم الظهيرة ، وحين تضيف للغروب حتى تغرب » رواه مسلم ، وأصحاب « السنن » هذا كله إذا لم يكن لها سبب ، فإن كان لها سبب ، فلا كراهة عند الشافعية .

أو بلد ، فيؤذن على المذهب والمنصوص في الجديد . وقيل : لا يؤذن في القديم . وفي وجه : إن رجا حضور جماعة ، أذن ، وإلا فلا . هذا إذا لم يبلغ المنفرد أذان المؤذنين ؛ فان بلغه ، فالخلاف مرتب ، وأولى بأن لا يؤذن . فان قلنا : لا يؤذن ، فهل يقيم ؟ وجهان . أصحها : نعم . وإن قلنا : يؤذن ، فهل يرفع صوته ؟ نطر ، إن صلى في مسجد أقيمت فيه جماعة ، وأنصرفوا ، لم يرفع ، لثلا يوم دخول وقت صلاة أخرى . وإلا فوجهان . الأصح : يرفع . والثاني : إن رجا جماعة ، رفع ، وإلا ، فلا . أما إذا أقيمت جماعة في مسجد ، فحضر قوم ، فان لم يكن له إمام راتب ، لم يكره لهم إقامة الجماعة فيه ، وإن كان ، كرهت على الأصح . وإذا أقاموا جماعة مكروهة ، أو غير مكروهة ، فقولان . أحدهما : لايسن لهم الأذان . وأظهرهما : يسن ، ولا يرفع فيه الصوت ، لخوف اللبس . وسواء كان المسجد مطروقا ، أو غير مطروق .

قال إمام الحرمين : حيث قلنا في الجماعة الثانية ، في المسجد الذي أقيم فيه جماعة ، وأذان الراتب : لا يرفع الصوت ، لانعني به أنه يحرم الرفع ، بل نعني به أن الأولى أن لا يرفع . وإذا قلنا : المنفرد لا يرفع صوته ، فلا نعني به أن الأولى أن لا يرفع ، فان الرفع أولى في حقه . ولكن نعني ، أنه يعتمد بأذانه دون الرفع . أما جماعة النساء ، ففيها أقوال : المشهور المنصوص في « الأم » و « المختصر » : يستحب لمن الإقامة ، دون الأذان . فلو أذنت على هذا ، ولم ترفع صوتها ، لم يكره . وكان ذكراً لله تعالى . والثاني : لا أذان ، ولا إقامة . والثالث : يستحبان معاً . ولو صلت امرأة منفردة . إن قلنا : الرجل المنفرد . لا يؤذن ، فهي أولى . وإلا ، فعلى هذه الأقوال لا ترفع صوتها بحال ، فوق ما تسمع صواحبها . ويحرم عليها الزيادة على ذلك . أما غير الفرائض الخمس ، فلا أذان لها ، ولا إقامة . سواء كانت مندورة ، أو سنة ، سواء سن لها الجماعة ، كالعيدين ، والكسوفين ، والاستسقاء ، أم لم يسن ، كالضحى . لكن ينادى للعيد ،

والكسوف ، والاستسقاء : الصلاة جامعة . وكذا ينادى للتروايح ، إذا صليت جماعة .
وفي استحباب هذا النداء في الجنائز ، وجهان .
قلت : الأصح ، لا يستحب . وبه قطع كثيرون ، وهو المنصوص في « الأم » .
وانته أعلم

أما الفريضة الفائتة ، فيقيم لها بلا خلاف . وفي الأذان ثلاثة أقوال :
الجديد الأظهر : لا يؤذن ، والقديم : يؤذن ، والثالث : نصه في « الإملاء » (١)
إن رجا اجتماع جماعة يصلون معه ، أذن . وإلا ، فلا . قال الأئمة : الأذان في
الجديد ، حق الوقت . وفي القديم ، حق الفريضة . وفي « الإملاء »
حق الجماعة .

قلت : الأظهر : أنه يؤذن للفائتة . وقد ثبت ذلك في الصحيح عن فعل
رسول الله ﷺ . وصححه كثير من أصحابنا . والله أعلم

وإذا أقيمت الفائتة جماعة ، سقط القول الثالث . ولو قضى فوائت ، فعلى
التوالي أقام لكل واحدة قطعاً بلا خلاف . ولا يؤذن لنير الأولى قطعاً . وفي
الأولى هذه الأقوال . ولو والى بين فريضة الوقت ، ومقضية ، فإن قدم فريضة
الوقت ، أذن لها ، وأقام للمقضية . وإن قدم المقضية ، أقام لها . وفي الأذان
لها ، الأقوال . وأما فريضة الوقت ، فقال إمام الحرمين : إن قلنا : يؤذن
للمقضية ، لم يؤذن لفريضة الوقت ، وإلا أذن . والأصح : أنه لا يؤذن لفريضة
الوقت بعد المقضية بكل حال .

قلت : إلا أن يؤخرها عن المقضية ، بحيث يطول الفصل بينها ، فإنه
يؤذن للحاضرة قطعاً بكل حال . كذا قاله أصحابنا . والله أعلم

أما إذا جمع بين صلاتي الجمع ، بسفر ، أو مطر ، فإن قدم الثانية إلى
وقت الأولى ، أذن للأولى ، وأقام للثانية . وإن أخر الأولى إلى وقت الثانية ،

(١) أي : نص الإمام الشافعي رحمه الله تعالى في كتابه « الإملاء » قال في « كشف الظنون »
وهو في نحو « أماليه » حجباً . وقد يتوهم أن « الإملاء » هو « الأمالي » وليس كذلك .

أقام لكل واحدة ، ولا يؤذن للثانية . وفي الأذان للأولى ، الأقوال في الفاتمة .
والأظهر : لا يؤذن . قال إمام الحرمين : وينقدح أن يقال : يؤذن لها ، وإن لم
يؤذن للفاتمة .

قلت : بل الأظهر ، أنه يؤذن ، ففي «صحيح مسلم» عن جابر رضي الله عنه ،
أن رسول الله ﷺ : جمع بين المغرب والمشاء بالمزدلفة في وقت الثانية . بأذان ،
وإقامتين ، وهو مقدم عند العلماء على رواية أسامة ، وابن عمر : أنه صلاهما
باقامتين ، لأنه زيادة ثقة حفظ ما لم يحفظ غيره . والله أعلم

وخرج أبو الحسين بن القطان من أصحابنا وجها : أنه يؤذن لكل واحدة
من صلاتي الجمع ، قدم ، أو أخر .

قلت : قال إمام الحرمين : لا سبيل إلى توالي أذنين ، إلا في صورة على
قول . وهي إذا صلى فاتمة قبيل الزوال ، وأذن لها على قول ، فلما فرغ منها ، زالت
الشمس ، فأراد إقامة الظهر ، أذن لا محالة . هذا كلام الإمام . ويتصور
التوالي قطعاً فيما لو أخوا المؤداة إلى آخر الوقت ، فأذنوا لها ، وصلوها ، ثم
دخلت فريضة أخرى . والله أعلم

فصل

في صفة الأذان

فيه مسائل :

الأولى : الأذان ، مثنى ، والاقامة فرادى . والمراد : معظم الأذان مثنى .
والإ ، فقول : لا إله إلا الله ، في آخره مرة ، والتكبير في أوله ، أربع مرات .
فكذا المراد ، معظم الاقامة ، فإن التكبير في أولها ، وآخرها ، ولفظ الاقامة
بالثنية على المذهب والمنصوص في الجديد . وقال : في القديم يقول هذه

الكلمات مرة . وقيل : إنما أفرد في القديم الإقامة دون التكبير . وللشافعي قول : أنه إن رجّع في الأذان ، ثنى جميع كلمات الإقامة ، وإلا ، أفردها . واختاره محمد بن إسحاق بن خزيمة من أصحابنا .

الثانية : يستحب ترتيب الأذان ، وإدراج الإقامة . فالترتيب : تبين كلماته بلا بطلان يجوز الحد . والإدراج : أن يحدرها بلا فصل .

الثالثة : يرجع في أذانه . وهو أن يأتي بالشهادتين مرتين مرتين ، بصوت مخفوض ، ثم يرفعه ، ويأتي بها مرتين مرتين . والترجيع ، سنة . لو تركه لم يفسد أذانه على الصحيح . وقيل : المشهور .

الرابعة : التثويب : أن يقول في أذان الصبح بعد الحيلتين : الصلاة خير من النوم ، مرتين ، وهو سنة على المذهب الذي قطع به الأكثرون . وقيل : قولان : القديم الذي يفتى به : أنه سنة . والجديد : ليس سنة . ثم ظاهر إطلاق الغزالي ، وغيره ، أن التثويب ، يشمل الأذان الذي قبل الفجر ، والذي بعده . وصرح في « التهذيب » بأنه إذا ثوب في الأذان الأول ، لا يثوب في الثاني على الأصح . ثم إن التثويب ليس بشرط . هكذا صرح به الأصحاب . وقال إمام الحرمين : في اشتراطه احتمال . وهو بالخلاف ، أولى من الترجيع .

الخامسة : ينبغي أن يؤذن ويقم قائماً مستقبل القبلة . فلو ترك القيام والاستقبال مع القدرة ، صح أذانه وإقامته ، على الأصح ، لكن يكره ، إلا إذا كان مسافراً ، فلا بأس بأذانه راكباً ، وعلى الثاني : لا يعتد بهما .

قلت : أذان المضطجع ، كالقاعد . إلا أنه أشد كراهة . وفي وجه شاذ : لا يصح وإن صح أذان القاعد . والله أعلم

السادسة : يستحب الالتفات في الحيلتين ، يمينا ، وشمالاً ، فيلوي رأسه ، وعنقه ، ولا يحول صدره عن القبلة ، ولا يزيل قدمه عن مكانها . وفي كيفية

الالتواء ، ثلاثة أوجه . أصحها ، يلتفت عن يمينه ، فيقول : حي على الصلاة ، حي على الصلاة . ثم يلتفت عن يساره ، فيقول : حي على الفلاح ، حي على الفلاح . والثاني : يلتفت عن يمينه ، فيقول : حي على الصلاة ، ثم يعود إلى القبلة ، ثم يلتفت عن يمينه ، فيقول : حي على الصلاة ، ثم يلتفت عن يساره ، فيقول : حي على الفلاح . ثم يستقبل القبلة . ثم يلتفت عن يساره ، فيقول : حي على الفلاح . والثالث ، قول القفال : يقسم كل حيلة على الجهتين ، فيقول : حي على الصلاة ، مرة عن يمينه ، ثم مرة عن يساره . ثم حي على الفلاح ، مرة عن يمينه ، ثم مرة عن يساره . ويستحب الالتفات في الإقامة على الأصح ، ولا يستحب على الثاني ، إلا أن يكبرَ المسجد ، ويحتاج إليه .

قلت : وإذ شرع في الإقامة في موضع ، تممها فيه ، ولا يثني في أثنائها
قاله أصحابنا . والله أعلم

السابعة : ينبني أن يبالغ في رفع الصوت ما لم يحمله . وأما الإجزاء ، فإن كان يؤذن لنفسه ، أجزأه أن يسمع نفسه على قول الجمهور . وقال إمام الحرمين : الاختصار على إسماع النفس ، يمنع كون المأثري به أذاناً وإقامة ، فلـيزد عليه قدر ما يسمع من عنده . والخلاف التقدم في المنفرد ، أنه هل يرفع صوته ؟ هو على قول الجمهور ، في أنه هل يستحب الرفع ؟ وعلى قول إمام الحرمين : هل يعتد به بلا رفع ؟ . أما إذا أذن الجماعة ، فثلاثة أوجه . أصحها : لا يجزئ الإسرار بشيء منه ، لفوات الإعلام . والثاني : لا بأس بالإسرار . كالإسرار بقراءة صلاة جهرية . والثالث : لا بأس بالإسرار بالكلمة ، والكلمتين ، ولا يجزئ الإسرار بالجميع .

وأما الإقامة ، فلا يكفي فيها إسماع النفس على الأصح أيضاً . لكن الرفع فيها أخفض من الأذان .

الثامنة : ترتيب كلمات الأذان شرط . فلو عكس ، لم يصح أذانه .
لكن يبنى على المنتظم منه . ولو ترك بعض الكلمات في خلاله ، أتى بالمترك .
وأعاد ما بعده .

التاسعة : الموالاة بين كلماته ، مأمور بها . فان سكنت بينها يسيراً ، لم
يضر . وإن طال ، ففي بطلان أذانه قولان . ولو تكلم بينها كلاماً يسيراً ، لم
يضر على المذهب . وتردد الشيخ أبو محمد في تنزيل الكلام اليسير - إذا رفع به
الصوت - منزلة السكوت الطويل . وإن تكلم طويلاً ، فقولان مرتبان على
السكوت الطويل . وأولى بالبطلان . ولو خرج في أثناء الأذان عن أهليته ،
بإغماء أو نوم ، فان زال عن قرب ، لم يضر . وإن طال ، فبلى القولين . واعلم
أن المراقبين جوزوا البناء في جميع هذه الصور ، مع طول الفصل . وحكوه
عن نص الشافعي رضي الله عنه . لكن الأشبه ، وجوب الاستئناف عند الفصل
الطويل ، وحمل النص على الفصل اليسير ، ومع الطول على أحد القولين
يستحب الاستئناف . وكذا يستحب في السكوت والكلام الكثيرين إذا لم
نوجهه ، ولا يستحب إذا كانا يسيرين ، ويستحب أن لا يتكلم في أذانه بشيء أصلاً .
فلو عطس ، حمد الله تعالى في نفسه ، ويبنى . ولو سلم عليه إنسان ، أو عطس ،
لم يحبه ، ولم يشتمه حتى يفرغ . فان أجابه ، أو شتمه ، أو تكلم بمصلحة ، لم
يكره . وكان تاركاً للمستحب . ولو رأى أعمى يخاف وقوعه في بئر ،
وجب إنذاره .

فرع

إذا لم نحمد بطلان الأذان بالفصل المتخلف ، فله أن يبنى عليه بنفسه . ولا
يجوز لغيره على المذهب أو المشهور .

فرع

لو ارتد بعد فراغه من الأذان ، ثم أسلم ، وأقام ، جاز . لكن المستحب ، أن لا يصلي بأذانه ، وإقامته ، بل يعيدها غيره ، لأن رده تورث شبهة في حاله . ولو ارتد في خلال الأذان ، لم يصح بناؤه عليه في الردة . فان أسلم وبنى عليه ، فالذهب : أنه إن لم يطل الفصل ، جاز البناء ، وإلا فقولان . وقيل : قولان مطلقاً . وقيل : وجهان . وإذا جوزنا له البناء ، ففي بناء غيره الخلاف المتقدم في الفرع الذي قبله . وكذا لو مات في خلال الأذان .

فصل

في صفة المؤذن وآدابه

وشروطه أن يكون ، مسلماً ، عاقلاً ، ذكراً . وإذا نطق بالشهادتين في الأذان ، إن كان عيسوياً ، لم يحكم بإسلامه^(١) . وإن كان غيره ، حكم بإسلامه على الصحيح الذي قطع به الأكثرون . ولا يصح أذان السكران على الصحيح ، ويصح أذان من هو في أول النشوة . ولا يصح أذان المرأة ، والخنثى المشكل ، للرجال على الصحيح الذي قطع به الجمهور . وأما أذانها لنفسها ، أو جماعة نساء ، فتقدم حكمه . ويصح أذان الصبي المميز على الصحيح المعروف في المذهب .

قلت : قال صاحب « الشامل » و « المدة » وغيرهما : يكره أذان الصبي ، ما لم يبلغ . كما يكره أذان الفاسق ، والله أعلم .

وأما آدابه : فيستحب أن يكون متطهراً ، فان أذن ، أو أقام محدثاً ، أو

(١) العيسوية : فرقة من اليهود ، يقولون : محمد رسول الله إلى العرب خاصة ، ولهذا لو أذن أحدهم

وقال : « أشهد أن محمداً رسول الله » لا يحكم بإسلامه ، بل لابد له من أن يعتقد أن محمداً رسول الله إلى الناس كافة ، حتى يحكم بإسلامه .

جنباً ، كره . وصح أذانه . والكراهة في الجنب أشد ، وفي الإقامة أشد .
ويستحب أن يكون صيئاً ، حسن الصوت ، وأن يؤذن على موضع عالٍ . من
منارة ، أو سطح ، ونحوهما . وأن يجعل أصبعيه في صماخي أذنيه . وأن يكون
عدلاً وهو : الثقة ، وأن يكون من أولاد من جعل رسول الله ﷺ أو بعض
أصحابه الأذان فيهم ، إذا وجد ، وكان عدلاً صالحاً له . وأن يصلي المؤذن .
ومن سمع الأذان على رسول الله ﷺ بعد الأذان . ثم يقول : اللهم رب هذه
الدعوة الثامة ، والصلاة القائمة ، آت محمداً الوسيلة ، والفضيلة ، والدرجة الرفيعة ،
وابسته مقاماً محموداً الذي وعدته . وأن يحيب كل من سمع الأذان . وإن كان
جنباً ، أو حائضاً ، فيقول : مثل قول المؤذن في جميع الأذان ، والاقامة ، إلا في
الحيلتين ، فانه يقول : لا حول ولا قوة إلا بالله . وإلا في كلمتي الإقامة .
فيقول : أقامها الله ، وأدامها ، وجعلني من صالح أهلها . وإلا في التشويب ،
فيقول : صدقت وبررت . وفي وجه ، يقول : صدق رسول الله ﷺ ، الصلاة
خير من النوم . فإن كان في قراءة ، أو ذكر ، استحب قطعها ليجيب . ولو
كان في صلاة ، لم يجب حتى يفرغ ، فإن أجاب ، كره على الأظهر ، لكن لا تبطل
صلاته إن أجاب بما استحبناه ، لأنها أذكار . فلو قال : حي على الصلاة ،
أو الصلاة خير من النوم ، بطلت صلاته ، لأنه كلام .

قلت : وكذا لو قال : صدقت وبررت ، تبطل . صرح به القاضي حسين ،
وغیره . والله أعلم

ولو أجاب في خلال الفاتحة ، وجب استئناؤها ، لأن الإجابة في الصلاة
غير محبوبة .

قلت : ويستحب للمجيب ، أن يحيب في كل كلمة عقبها . والله أعلم
ويستحب أن يقول من سمع أذان المغرب : اللهم هذا إقبال ليالك ،

وإدبار نهارك ، وأصوات دعائك : فاغفر لي . ويستحب الدعاء بين الأذان والاقامة .
وأن يتحول المؤذن إلى موضع آخر للاقامة .

فرع

الأذان ، والإمامة ، كلاهما فيه فضل ، وأيهما أفضل ، فيه أوجه . أصحابا وهو
المنصوص : الإمامة أفضل . والثاني : الأذان . والثالث : هما سواء . والرابع : إن
علم من نفسه القيام بحقوق الإمامة ، وجمع خصالها ، فهي أفضل ، وإلا ، فالأذان .
قاله أبو علي الطبري ، والقاضي ابن كج ، والقاضي حسين ، والمسعودي .
قلت : كذا رجح الرافعي أيضاً في كتابه « الحرر » الإمامة ، والأصح :
ترجيح الأذان ، وهو قول أكثر أصحابنا . وقد نص الشافعي رحمه الله في
« الأم » على كراهة الإمامة ، فقال : أحب الأذان ، لقول رسول الله ﷺ :
« اللهم اغفر للمؤذنين » وأكره الإمامة للضمان وما على الإمام فيها ، هذا نصه .
والله أعلم

وأما الجمع بين الأذان ، والإمامة ، فليس بمستحب . وأغرب ابن كج ،
فقال : الأفضل لمن صلح لهما ، الجمع بينهما . ولعله أراد الأذان لقوم ، والإمامة
لآخرين .

قلت : صرح بكراهة الجمع بينهما ، الشيخ أبو محمد ، والبنوي . وصرح
باستحباب جمعها ، أبو علي الطبري ، والماوردي ، والقاضي أبو الطيب ، وادعى الاجماع
عليه ، وخصل ثلاثة أوجه . الأصح : استحبابه (١) ، وفيه حديث حسن في الترمذي (٢).
والله أعلم

(١) أي : الأذان .

(٢) وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « الإمام ضامن ، والمؤذن مؤتمن » ، اللهم أرشد الأمة ،
واغفر للمؤذنين » رواه أبو داود ، والترمذي .

فرع

يستحب للمؤذن ، التطوع بالأذان ، فان لم يتطوع ، رزقة الإمام من مال المصالح . وهو خمس خمس النية ، والفتيمة . وكذا أربعة أخماس النية ، إذا قلنا : إنها للمصالح . وإنما يرزقه عند الحاجة ، وعلى قدرها . ولو وجد فاسقاً يتطوع ، وأميناً لا يتطوع ، فله أن يرزق الأمين على الصحيح . ولو وجد أميناً يتطوع ، وأميناً أحسن منه صوتاً لا يتطوع ، فهل يجوز أن يرزقه ؟ وجهان . قال : ابن سريج : نعم . والقفال : لا .

قلت : قول ابن سريج أصح إن رآه الإمام مصلحاً ، لظهور تفاوتها .
والله أعلم

وإذا كان في البلد مساجد ، فان لم يمكن جمع الناس في مسجد واحد ، رزق عدداً من المؤذنين ، يحصل بهم الكفاية . ويتأدى الشعار . وإن أمكن ، فوجهان . أحدهما : يجمع ويرزق واحداً . والثاني ، يرزق الجميع ، لثلاث تنعطل المساجد .

قلت : هذا الثاني ، أصح . والله أعلم

فلو لم يكن في بيت المال سعة ، بدأ بالأهم . وهو رزق مؤذن الجامع . وأذان صلاة الجمعة ، أهم من غيره . وللإمام أن يرزق من مال نفسه . ويجوز للواحد من الرعية . وحينئذ ، لا حرج في رزق كم شاء ، ومتى شاء . وأما الاستئجار على الأذان ، ففيه أوجه . أصحابها : يجوز للإمام من بيت المال ، ومن مال نفسه ، ولآحاد الناس من أهل الحلة وغيرهم ، من مال نفسه . والثاني : لا يصح الاستئجار مطلقاً . والثالث : يجوز للإمام ، ومن أذن له : ولا يجوز لآحاد الناس : وإذا

جوزنا للإمام الاستئجار من بيت المال ، فانما يجوز حيث يجوز الرزق ، خلافاً ،
ووفقاً . قال في « التهذيب » وإذا استأجر ، من بيت المال ، لم يفتقر إلى بيان
المدة ، بل يكفي أن يقول : استأجرتك لتؤذن في هذا المسجد في أوقات
الصلاة ، كل شهر بكذا . ولو استأجر من مال نفسه ، أو استأجر واحد من
الرعية ، ففي اشتراط بيان المدة ، وجهان .

قلت : أصحابها : الاشتراط . والله أعلم

والإقامة تدخل في الاستئجار للأذان . ولا يجوز الاستئجار للإقامة ، إذ
لا كفة فيها ، بخلاف الأذان . وليست هذه الصور بصافية عن الإشكال .

فرع

يستحب أن يكون للمسجد مؤذنان . ومن فوائدهما : أن يؤذن أحدهما
للصبح قبل الفجر ، والآخر بعده . وتجوز الزيادة على اثنين . والمستحب أن
لا يزداد على أربعة .

قلت : هذا الذي ذكره من استحباب عدم الزيادة على أربعة ، قاله أبو علي الطبري .
وأنكره كثيرون من أصحابنا . وقالوا : إنما الضبط بالحاجة ، ورؤية المصلحة .
فإن رأى الإمام المصلحة في الزيادة على أربعة ، فعمله . وإن رأى الاختصار على
اثنين ، لم يزد . وهذا هو الأصح المنصوص . والله أعلم

ترتب الأذانَ اثنان فصاعداً ، فالمستحب : أن لا يتراسلوا . بل إن
اتسع الوقت ، ترتبوا فيه . فإن تنازعوا الابتداء ، أقرع بينهم ، وإن ضاق الوقت .
فإن كان المسجد كبيراً ، أذنوا متفرقين في أقطاره . وإن كان صغيراً ، وقفوا
معاً ، وأذنوا . وهذا إذا لم يؤدَّ اختلاف الأصوات إلى تهويش . فإن أدى ، لم

يؤذن إلا واحد . فإن تنازعوا ، أقرع . وأما الإقامة ؛ فإن أذّنوا على الترتيب ، فالأول : أولى بها ، إن كان هو المؤذن الراتب ، أو لم يكن هناك مؤذن راتب . إن كان الأول غير الراتب ، فالأصح : أن الراتب أولى ، والثاني : الأول أولى . ولو أقام في هذه الصورة ، غير من له ولاية الإقامة ، اعتدّ به ، على الصحيح المعروف . وعلى الشاذ : لا يعتد بالإقامة من غير السابق بالأذان . تخريجاً من قول الشافعي رحمه الله : لا يجوز أن يخطب واحد ، ويصلي آخر . أما إذا أذّنوا معاً ، فإن اتفقوا على إقامة واحد ، وإلا أقرع . ولا يقيم في المسجد الواحد إلا واحد ، إلا إذا لم تحصل الكفاية بواحد . وقيل : لا بأس أن يقيموا معاً إذا لم يؤدّ إلى التهويش .

فرع

وقت الأذان منوط بنظر المؤذن ، لا يحتاج فيه إلى مراجعة الإمام . ووقت الإقامة ، منوط بالإمام ، وإغا يقيم المؤذن بإشارته .

فرع

ذكره الامام الرافعي في أوقات الصلاة
وأشار إلى أنه هنا أنسب

قال: صلاة الصبح تختص بالأذان بأمور. منها: أنه يجوز تقديم أذانها على دخول الوقت. وذكر في « البيان » وجهاً : أنه إن جرت عادة أهل بلد بالأذان ، بعد طلوع الفجر ، لم يقدم أذانها ، لئلا يلتبس . وهذا غريب . ثم في وقت جواز التقديم أوجه . أصحها : يقدم في الشتاء لسُبُع بقي من الليل . وفي الصيف : لنصف سُبُع . وهذا الضبط ، تقريب لا تحديد . والثاني : يدخل بذهاب وقت

الاختيار ، للعشاء . وهو ثلث الليل ، أو نصفه . والثالث : وقته : النصف الأخير من الليل ، ولا يجوز قبله . والرابع : جميع الليل وقت له . ولم يفرق صاحب « التهذيب » بين الشتاء ، والصيف . واعتبر السبُع مطلقاً تقريباً .

قلت : الأصح : الوجه الثالث . واعتمد من رجح الأول : حديثاً باطلاً محرّفاً . والله أعلم

أما الإقامة للصبح ، فلا يجوز قبل الفجر بلا خلاف . ويسن أن يؤذن للصبح مرتين . فيؤذن أحد المؤذنين قبل الفجر ، والآخر بعده . ويجوز أن يقتصر على مرة قبل الصبح ، أو بعده ، أو بعض الكلمات قبل الصبح ، وبعضها بعده . وإذا اقتصر على مرة ، فالأولى أن يكون بعد الصبح على المهود في سائر الصلوات .

قلت : بقيت فروع تتعلق بالأذان . يكره التثويب في غير الصبح . قال في « التهذيب » : لو زاد في الأذان ذكراً ، أو زاد في عدده ، لم يفسد أذانه . قال غيره : يستحب أن يجمع المؤذن ، كل تكبيرتين بنفس واحد . وأما باقي الألفاظ ، فيفرد كل كلمة بصوت ، لطول لفظها ، بخلاف التكبير . قال صاحب « العدة » : وإذا كانت ليلة مطيرة ، أو ذات ريح وظلمة ، يستحب أن يقول : إذا فرغ من أذانه : ألا صلوا في رحالكم . فإن قاله في أثناء الأذان بعد الحيملة ، فلا بأس . وكذا قاله الصيدلاني ، والبندنجي ، والشاشي ، وغيرهم . واستبعد إمام الحرمين ، قوله في أثناء الأذان ، وليس هو بعيد ، بل هو الحق ، والسنة . فقد نص عليه الشافعي رضي الله عنه في آخر أبواب الأذان ، في « الأم » : وقد ثبت في « الصحيحين » عن ابن عباس رضي عنهما ، أنه قال لمؤذنه في يوم مطير . إذا قلت : أشهد أن محمداً رسول الله ، فلا تقل : حي على الصلاة . وقل : صلوا في بيوتكم . وكأن الناس استنكروا ذلك . فقال : أتعجبون من ذا؟ فقد

فعل ذا ، من هو خير مني - يعني النبي ﷺ - ويكره أن يكون الأعمى مؤذناً وحده ، فإن كان معه بصير ، لم يكره . ويسن أن يكون الأذان بقرب المسجد . ويكره قوله : حيّ على خير العمل . ولو لقن الأذان ، صح . ولو أذن بالمجمية وهناك من يحسن بالعربية ، لم يصح ، وإلا ، فيصح . ولو قال : الله الأكبر ، صح . وتركه في السفر أخف من الحضر . وترك المرأة الإقامة أخف من ترك الرجل . والله أعلم

الباب الثالث

في استقبال القبلة

وهو شرط لصحة الفريضة ، إلا في شدة خوف القتال المباح ، وسائر وجوه الخوف . وشرط لصحة النافلة ، إلا في شدة الخوف ، والسفر المباح . والمأجور ، كالمرضى لا يجد من يوجهه . والمربوط على خشبة ، يصلي حيث توجهه . ولا يجوز فعل الفريضة على الراحلة ، من غير ضرورة ، فإن خاف انقطاعاً عن رفيقه لو نزل لها ، أو خاف على نفسه ، أو ماله ، فله أن يصليها على الراحلة ، وتجب الاعادة ، ولا تصح المندورة ، ولا الجنابة ، على الراحلة ، على المذهب فيها . وتقدم بيانها في التيمم .

فرع

شرط الفريضة أن يكون مصليها مستقراً . فلا تصح من المشاي المستقبل ، ولا من الراكب الخلل بقيامه ، أو استقباله . فإن استقبل ، وأتم الأركان في

هودج ، أو سرير ، أو نحوها على دابة واقفة ، صحت الفريضة ، على الأصح الذي قطع به الأكثرون . منهم : صاحب « المعتمد » و « التهذيب » ، وصاحب « التتمة » ، « والبحر » ، وغيرهم . والثاني : لا يصح . وبه قطع إمام الحرمين ، والغزالي . فإن كانت الدابة سائرة ، لم تصح الفريضة على الأصح المنصوص . وتصح الفريضة في السفينة الجارية ، والزورق المشدود على الساحل قطعاً . وكذا في البرير الذي يحملة رجال ، وفي الأرجوحة المشدودة بالجبال ، والزورق الجاري ، للمقيم ببغداد ونحوه ، على الأصح في الثلاثة .

فصل

يجوز التنفل ماشياً ، وعلى الراحلة سائرة إلى جهة مقصده في السفر الطويل . وكذا القصير ، على للذهب . ولا يجوز في الحضر على الصحيح ، بل لها فيه حكم الفريضة في كل شيء ، إلا القيام . وقال الاصطخري : يجوز للراكب ، والمائي في الحضر ، متردداً في جهة مقصده . واختار القفال : الجواز ، بشرط الاستقبال في جميع الصلاة ، وحيث جازت النافلة على الراحلة ، فجميع النوافل سواء على الصحيح الذي عليه الأكثرون . وعلى الضعيف : لا تجوز صلاة العيد ، والكسوف ، والاستسقاء . أما راكب السفينة ، فلا يجوز تنفله فيها إلى غير القبلة ، لتمكنه . نص عليه الشافعي رضي الله عنه . وكذا من تمكن في هودج على دابة ، على الصحيح . واستثنى صاحب « المدة » ملاح السفينة التي يسيرها . وجوز تنفله ، حيث توجه الحاجة .

قلت : واستثناه أيضاً صاحب « الحاوي » وغيره ، ولا بد منه . والله أعلم

فرع

إذا لم يتمكن المتنفل راكباً ، من إتمام الركوع ، والسجود ، والاستقبال في جميع صلاته ، ففي وجوب الاستقبال عند الاحرام ، أوجه . أصحابها : إن سهل ، وجب ، وإلا ، فلا . فالسهل : بأن تكون [الدابة] واقفة ، وأمكن انحرافه عليها ، أو تحريفها ، أو كانت سائرة ويده زمامها ، وهي سهلة . وغير السهل : أن تكون مقطوعة^(١) ، أو صعبة . والثاني : لا يجب أصلاً . والثالث : يجب مطلقاً . فإن تعذر ، لم تصح صلاته . والرابع : إن كانت الدابة عند الإحرام متوجهة إلى القبلة ، أو إلى طريقه ، أحرم كما هو . وإن كانت إلى غيرها ، لم يحز الاحرام الا إلى القبلة . والاعتبار باستقبال الراكب دون الدابة ، فلو استقبل عند التحريم ، أجزاء بلا خلاف وإن كانت الدابة منحرفة عن القبلة ، واقفة أو سائرة . وإذا شرطنا الاستقبال عند الإحرام ، لم نشترطه عند السلام على الأصح . ولا يشترط فيما سواهما من أركان الصلاة ، ولكن يشترط لزوم جهة المقصد في جميعها ، إذا لم يستقبل القبلة . وتتبع ما يمرض في الطريق من معاطف . ولا يشترط سلوكه في نفس الطريق ، بل الشرط جهة المقصد .

فرع

ليس لراكب التعاسيف ، ترك الاستقبال في شيء من نافلته . وهو الهائم الذي يستقبل تارة ، ويستدبر تارة ، وليس له مقصد معلوم . فلو كان له مقصد

(١) في الأصل : مقطوعة ، والتصحيح من « القاموس » قال : والنافة : نفرت ، أو اقطرت ، فهي مقطوعة . وفي « اللسان » يقال : اقطرت النافاة اقطراراً ، فهي مقطوعة ، وذلك إذا لقحت فشات بذنبها ، وشمت برأسها . اهـ . والمعنى : غير السهل . أن تكون الدابة نافرة ، أو صعبة الإدارة لحرائها .

معلوم ، لكن لم يسر في طريق معين ، فله التنفل مستقبلاً جهة مقصده على الأظهر .
وعلى الثاني : لا ، لأنه لم يسلك طريقاً مضبوطاً ، فقد لا يؤدي سيره إلى مقصده .

فرع

إذا انحرف المصلي على الأرض ، عن القبلة ، نظر ، إن استدبرها ، أو تحول إلى
جهة أخرى عمداً ، بطلت صلاته . وإن فعله ناسياً ، أو عاد إلى الاستقبال على
قرب ، لم تبطل . وإن عاد بعد طول الفصل ، بطلت على الأصح ، ككلام الناسي .
وإن أماله غيره عن القبلة قهراً ، فعاد إلى الاستقبال بعد الطول ، بطلت . وكذا
على القرب ، على الأصح ، لندوره . كما لو أكره على الكلام ، فانها تبطل على
الصحيح ، لندوره . ولو انحرف المتنفل ماشياً عن مقصده ، أو حرف دابته ،
فإن كان إلى جهة القبلة ، لم يضره . وإن كان إلى غيرها عمداً ، بطلت صلاته ،
وإن كان ناسياً ، أو غلطاً ظن أن الذي توجه إليه طريقه ، وعاد على قرب ،
لم تبطل . وإن طال ، بطلت على الأصح . ولو انحرف بجراح الدابة ، وطال
الزمان ، بطلت على الصحيح ، كالإمالة قهراً . وإن قصر ، لم تبطل على المذهب .
وبه قطع الجمهور ، لعموم الجماع . وإذا لم تبطل في صورة النسيان ، فإن طال
الزمان ، مسجد للسهو . وإن قصر ، فوجهان . المنصوص : لا يسجد . وفي صورة
الجماع أوجه . أصحابها : يسجد . والثاني : لا . والثالث : إن طال ، مسجد ، وإلا
فلا . وهذا تفريع على المشهور أن النفل يدخله سجود السهو .

فرع

هذا الذي قدمناه ، هو في استقبال الراكب على سرج ، ونحوه ، وليس
عليه وضع الجهة على عُرْف الدابة ، ولا على السرج ، والإكاف (١) ، بل ينحني

(١) العرف : بضم العين ، وسكون الراء ، وتضم : شعر عنق الفرس . والإكاف : البرذعة التي
توضع على ظهر الدابة للركوب .

للكوع ، والسجود ، إلى طريقه . والسجود ، أخفض من الركوع . قال إمام الحرمين : الفصل بينها عند التمكن محتوم . والظاهر : أنه لا يجب مع ذلك أن تبلغ غاية وسعه في الانحناء . وأما سائر الأركان ، فكيفيتها ظاهرة . وأما الراكب في مرقد ونحوه ، مما يسهل فيه الاستقبال ، وإتمام الأركان ، فعليه الاستقبال في جميع الصلاة ، وإتمام الأركان على الأصح ، كراكب السفينة . والثاني : لا يشترط . وهو منصوص . وأما الماشي ، ففيه أقوال . أظهرها : أنه يشترط أن يركع ، ويسجد على الأرض ، وله التشهد ماشياً . والثاني : يشترط التشهد أيضاً قاعداً ، ولا يمشي إلا حالة القيام . والثالث : لا يشترط اللبث بالأرض في شيء ، ويومئ بالركوع والسجود ، كالراكب . وأما استقباله ، فإن قلنا بالقول الثاني ، وجب عند الاحرام ، وفي جميع الصلاة غير القيام . وإن قلنا بالأول ، استقبل في الاحرام ، والركوع ، والسجود ، ولا يجب عند السلام على الأصح . وإن قلنا بالثالث ، لم يشترط الاستقبال في غير حالة الاحرام ، والسلام . وحكمه فيها حكم راکب يده الزمام . وإذا لم نوجب استقبال القبلة ، شرطنا ملازمة جهة مقصده .

فرع

يشترط أن يكون ما يلاقي بدن المصلي على الراحلة ، وثيابه ، من السرج ، وغيره ، طاهراً . ولو بالت الدابة ، أو وطئت نجاسة ، أو كان على السرج نجاسة ، فسترها ، وصلى عليه ، لم يضر . ولو أوطأها الراكب نجاسة ، لم يضر أيضاً على الأصح . ولو وطئ مصلي ماشياً ، نجاسة عمداً ، بطلت صلاته ، ولا يكلف التحفظ والاحتياط في الشيء . ولو انتهى إلى نجاسة يابسة ، ولم يجد عنها معديلاً ، قال إمام الحرمين : هذا فيه احتمال . فإن كانت رطبة ، فثى عليها ، بطلت صلاته .

فرع

يشترط في جواز النفل راكباً و ماشياً دوام السفر ، فلو بلغ المنزل في خلال الصلاة ، اشترط إتمامها إلى القبلة متمكناً . وينزل إن كان راكباً . ولو دخل بلد إقامته ، فعليه النزول ، وإتمام الصلاة مستقبلاً بأول دخوله البنيان ، إلا إذا جوّزنا للمقيم التنفل على الراحلة ، وكذا لو نوى الإقامة بقرية . ولو مر بقرية مجتازاً ، فله إتمام الصلاة راكباً ، فإن كان له بها أهل ، فهل يصير مقيماً بدخولها ؟ قولان . إن قلنا : يصير ، وجب النزول والإتمام مستقبلاً .

قلت : الأظهر ، لا يصير . والله أعلم

وحيث أمرناه بالنزول ، فذاك عند تعذر البناء على الدابة ، فلو أمكن الاستقبال ، وإتمام الأركان عليها وهي واقفة ، جاز . ويشترط الاحتراز عن الأفعال التي لا يحتاج إليها . فلو ركض الدابة للحاجة ، فلا بأس . ولو أجراها بلا عذر ، أو كان ماشياً ، فعدا بلا عذر ، بطلت صلاته على الأصح .

فصل

في استقبال المصلي على الأرض

وله أحوال .

أحدها : أن يصلي في جوف الكعبة ، فتصح الفريضة ، والنافلة .

قلت : قال أصحابنا : والنفل فيها أفضل منه خارجها . وكذا الفرض إن لم يرج جماعة ، فإن رجاها ، فخارجها أفضل . والله أعلم

ثم له أن يستقبل أي جدار شاء . وله استقبال الباب ، إن كان مردوداً ، أو مفتوحاً ، وله عتبة قدر ثلثي ذراع تقريباً . هذا هو الصحيح . ولنا وجه : أنه يشترط في العتبة ، أن تكون بقدر قامة المصلي طولاً وعرضاً . ووجه : أنه يكفي شخصها بأي قدر كان .

الحال الثاني : لو انهدمت - الكعبة والعماء بالله - وبقي موضعها عرصة ، فوقف خارجها ، وصلى إليها ، جاز . فإن صلى فيها ، فله حكم السطح .

الحال الثالث : وهو أن يقف على سطحها ، فإن لم يكن بين يديه شيء شاخص ، لم يصح على الصحيح . وإن كان شاخصاً^(١) من نفس الكعبة ، فله حكم العتبة . إن كان ثلثي ذراع ، جاز . وإلا ، فلا ، على الصحيح . وفيه الوجهان الآخران . ولو وضع بين يديه متاعاً ، واستقبله ، لم يكف . ولو استقبل بقية حائط ، أو شجرة ثابتة ، جاز . ولو جمع تراب الرصة ، واستقبله ، أو حفر حفرة ووقف فيها ، أو وقف في آخر السطح ، أو الرصة ، وتوجه إلى الجانب الآخر وهو مرتفع عن موقعه ، جاز . ولو استقبل حشيشاً نابتاً عليها ، أو خشبة ، أو عصا مفروزة غير مسمرة ، لم يكف على الأصح . وإن كانت العصا مثبتة ، أو مسمرة ، كفت قطعاً . لكن قال إمام الحرمين^(٢) : إن خرج بعض بدنه عن محاذاتها ، كان على الخلاف الآتي ، فيمن خرج بعض بدنه عن محاذاة الكعبة . قلت : لم يجزم إمام الحرمين^(٢) بأنه يكون على ذلك الخلاف . بل قال : في هذا ، تردد ظاهر عندي . وظاهر كلام الأصحاب : القطع بالصحة في مسألة العصا ، لأنه يمد مستقبلاً ، بخلاف مسألة طرف الركن . والله أعلم .

الحال الرابع : أن يصلي عند طرف ركن الكعبة ، وبعض بدنه يحاذيه ، وبعضه يخرج عنه ، فلا تصح صلاته على الأصح . ولو وقف الامام بقرب الكعبة عند المقام ، أو غيره ، ووقف القوم خلفه مستديرين بالبيت ، جاز . ولو وقفوا

(١) كان هنا تامة ، والمعنى : وإن وجد شاخص .

(٢) في الأصل : قال الإمام . والتصحيح من « المجموع » للمصنف ، و « الشرح الكبير » للرافعي .

في أخريات المسجد ، وامتد صف طويل ، جاز . وإن وقفوا بقربه ، وامتد الصف ، فصلاة الخارجين عن محاذة الكعبة باطلة .

الحال الخامس : أن يصلي بمكة خارج المسجد . فإن عاين الكعبة ، كمن يصلي على [جبل] أبي قيس ، صلى إليها . ولو بنى محرابه على العيان ، صلى إليه أبداً ، ولا يحتاج في كل صلاة إلى المعاينة . وفي معنى المعين : من نشأ بمكة ، وتيقن إصابة الكعبة وإن لم يشاهدها حال الصلاة ، فإن لم يعان ، ولا تيقن الإصابة ، فله اعتماد الأدلة ، والعمل بالاجتهاد ، إن حال بينه وبين الكعبة حائل أصلي ، كالجل . وكذا إن كان الحائل طارئاً ، كالبناء ، على الأصح ، للمشقة في تكليف المعاينة .

الحال السادس : أن يصلي بالمدينة ، فمحراب رسول الله ﷺ ، نازل منزلة الكعبة . فمن يعاينه ، يستقبله ، ويسوي محرابه عليه ، بناءً على العيان ، أو الاستدلال ، كما ذكرنا في الكعبة . ولا يجوز العدول عنه بالاجتهاد بحال . وفي معنى المدينة ، سائر البقاع التي صلى فيها رسول ﷺ ، إذا ضبط المحراب . وكذا المحارب المنصوبة في بلاد المسلمين ، وفي الطريق التي هي جادتهم ، يتعين استقبالها ، ولا يجوز الاجتهاد . وكذا القرية الصغيرة ، إذا نشأ فيها قرون من المسلمين . ولا اعتماد على علامة بطريق يندر مرور الناس به ، أو يستوي مرور المسلمين والكفار به ، أو بقرية خربة ، لا يدرى ، بناها المسلمون ، أو الكفار ؟ بل يجتهد . ثم هذه المواضع التي منعنا الاجتهاد فيها في الجهة ، هل يجوز في التيامن ، والتياسر . إن كان محراب رسول الله ﷺ ؟ لا يجوز بحال . ولو تخيل حاذق ، في معرفة القبلة فيه ، تيامناً ، أو تياسراً ، فليس له ذلك ، وخياله باطل . وأما سائر البلاد ، فيجوز على الأصح الذي قطع به الأكثرون ، والثاني : لا يجوز . والثالث : لا يجوز في الكوفة خاصة . والرابع : لا يجوز في الكوفة والبصرة ، لكثرة من دخلها من الصحابة رضي الله عنهم .

الحال السابع : إذا كان بموضع لا يقين فيه .

اعلم أن القادر على يقين القبله ، لا يجوز له الاجتهاد . وفيمن استقبل حجراً الكعبة مع تمكنه منها ، وجهان . الأصح : المنع ، لأن كونه من البيت ، غير مقطوع به . بل هو مظنون .

ثم اليقين ، قد يحصل بالمعينة ، وبغيرها . كالنائب بمكة ، العارف يقيناً بأمارات . وكما لا يجوز الاجتهاد مع القدرة على اليقين ، لا يجوز اعتماد قول غيره . وأما غير القادر على اليقين ، فإن وجد من يخبره بالقبله عن علم ، اعتمده ، ولم يجتهد ، بشرط عدالة المخبر ، يستوي فيه الرجل والمرأة والعبد . ولا يقبل كافر قطعاً ، ولا فاسق ، ولا صبي ، ولا يميز على الصحيح فيها . ثم قد يكون الخبر صريح لفظ ، وقد يكون دلالةً ، كالحراب المعتمد . وسواء في العمل بالخبر ، أهل الاجتهاد ، وغيرهم . حتى الأعمى ، يعتمد الحراب إذا عرفه باللس حيث يعتمد البصير ، وكذا البصير في الظلمة . وقال صاحب « العدة » : إنما يعتمد الأعمى على المس ، في محراب رآه قبل العمى . فإن لم يكن شاهده ، لم يعتمد . ولو اشتبه عليه مواضع أسماها ، فلا شك أنه يصبر ، حتى يخبره غيره . صريحاً . فإن خاف فوت الوقت ، صلى على حسب حاله ، وأعاد . هذا كله ، إذا وجد من يخبره عن علم ، وهو ممن يعتمد قوله . أما إذا لم يجد العاجز من يخبره ، فتارة يقدر على الاجتهاد ، وتارة لا يقدر . فإن قدر ، لزمه ، واستقبل ما ظنه القبلة . ولا يصح الاجتهاد إلا بأدلة القبلة . وهي كثيرة فيها كتب مصنفه . وأضعفها ، الرياح ، لاختلافها . وأقواها ، القطب ، وهو نجم صغير في بنات نعش الصغرى ، بين الفرقدين والجدي ، إذا جملة الواقف خلف أذنه اليمنى ، كان مستقبلاً القبلة ، إن كان بناحية الكوفة ، وبغداد ، وهمدان ، وقزوين ، وطبرستان ، وجرجان ، وما والاها .

وليس للقادر على الاجتهاد ، تقليد غيره . فإن فعل ، وجب قضاء الصلاة . وسواء خاف خروج الوقت ، أم لم يخفه . لكن إن ضاق الوقت ، صلى كيف كان ، وتجب الاعادة . هذا هو الصحيح ، وفيه وجه لابن سريج : أنه يقاد عند خوف الفوات . وفي وجه ثالث : يصبر إلى أن تظهر القبلة ، وإن فات الوقت . ولو خفيت الدلائل على المجتهد ، لنيم ، أو ظلمة ، أو تعارض أدلة ، فثلاثة طرق . أصحابها : قولان . أظهرهما : لا يقلد . والثاني : يقلد . والطريق الثاني : يقلد . والثالث : يصلي بلا تقليد كيف كان ، ويقضي . فإن قلنا : يقلد ، لم يلزمه الاعادة على الصحيح ، وقول الجمهور . قال إمام الحرمين : هذه الطرق إذا ضاق الوقت ، وقبل ضيقه ، يصبر ، ولا يقلد قطعاً ، لعدم الحاجة . قال : وفيه احتمال من التيمم أول الوقت . أما إذا لم يقدر على الاجتهاد ، فإن عجز عن تعلم أدلة القبلة ، كالأعمى ، والبصير الذي لا يعرف الأدلة ، ولا له أهلية معرفتها ، وجب عليه تقليد مكلف ، مسلم ، عدل ، عارف بالأدلة ، سواء فيه ، الرجل ، والمرأة ، والعبد . وفي وجه شاذ : له تقليد صبي مميز . والتقليد : قبول قوله المستند إلى الاجتهاد . فلو قال بصير : رأيت القطب ، أو رأيت الخلق العظيم من المسلمين يصلون إلى هنا ، كان الأخذ به ، قبول خبر ، لا تقليداً . ولو اختلف عليه اجتهد مجتهدين ، قلد من شاء منها على الصحيح . والأولى تقليد الأوثق والأعلم . وقيل : يجب ذلك . وقيل : يصلي مرتين إلى الجهتين . وأما المتمكن من تعلم أدلة القبلة ، فينبى على أن تعلمها فرض كفاية ، أم عين ؟ والأصح : فرض عين .

قلت : المختار ما قاله غيره ، أنه إن أراد سفرأ ، ففرض عين ، لعموم حاجة المسافر إليها ، وكثرة الاشتباه عليه ، وإلا ففرض كفاية ، إذ لم ينقل أن النبي ﷺ ثم السلف ، ألزموا آحاد الناس بذلك ، بخلاف أركان الصلاة وشروطها . والله أعلم .

فان قلنا : ليس بفرض عين ، صلى بالتقليد ، ولا يقضي كالأعمى . وإن قلنا : فرض عين ، لم يجوز التقليد . فان قلنا ، قضى لتقصيره . وإن ضاق الوقت عن التعلم ، فهو كالعالم إذا تحيّر . وتقدم الخلاف فيه .

فرع

المصلي بالاجتهاد ، إذا ظهر له الخطأ في الاجتهاد ، له أحوال .
أحدها : أن يظهر قبل الشروع في الصلاة ، فان يتيقن الخطأ في اجتهاده ، أعرض عنه ، واعتمد الجهة التي يعلمها ، أو يظنها الآن . وإن لم يتيقن ، بل ظن أن الصواب جهة أخرى . فان كان دليل الاجتهاد الثاني عنده أوضح من الأول الآن ، اعتمد الثاني . وإن كان الأول أوضح ، اعتمده . وإن تساوى ، فله الخيار فيها ، على الأصح . وقيل : يصلي إلى الجهتين مرتين .

الحال الثاني : أن يظهر الخطأ بعد الفراغ من الصلاة . فان يتيقنه ، وجبت الاعادة على الأظهر ، سواء يتيقن الصواب أيضاً ، أم لا . وقيل : القولان إذا يتيقن الخطأ ، ويتيقن الصواب . أما إذا لم يتيقن الصواب ، فلا إعادة قطعاً . والمذهب : الأول . ولو يتيقن الخطأ الذي قلده الأعمى ، فهو كيتيقن خطأ المجتهد . وأما إذا لم يتيقن الخطأ ، بل ظنه ، فلا إعادة عليه . فلو صلى أربع صلوات ، إلى أربع جهات ، باجتهادات ، فلا إعادة على الصحيح . وعلى وجه شاذ : يجب إعادة الأربع . وقيل : يجب إعادة غير الأخيرة . ويجري هذا الخلاف ، سواء أوجبنا تجديد الاجتهاد ، أم لم نوجهه ففعله .

الحال الثالث : أن يظهر الخطأ في أثناء الصلاة . وهو ضربان .

أحدهما : يظهر الصواب مقترناً بظهور الخطأ . فان كان الخطأ متيقناً ،

بنيناه على القولين في تيقن الخطأ بعد الفراغ . فان قلنا بوجوب الاعادة ، بطلت صلاته ، وإلا فوجهان . وقيل : قولان . أصحها : ينحرف إلى جهة الصواب ، ويتم صلاته . والثاني : تبطل . وإن لم يكن الخطأ متيقنا ، بل مظنونا ، فعلى هذين الوجهين ، أو القولين ، الأصح : ينحرف ، ويبنى . وعلى هذا : الأصح لو صلى أربع ركعات ، إلى أربع جهات ، باجتهادات ، فلا إعادة كالصلوات ، وخص صاحب « التهذيب » الوجهين بما إذا كان الدليل الثاني أوضح من الأول . قال : فان استويا ، تم صلاته إلى الجهة الأولى ، ولا إعادة .

الضرب الثاني : أن لا يظهر الصواب مع الخطأ ، فان عجز عن الصواب بالاجتهاد على القرب ، بطلت صلاته . وإن قدر عليه على القرب ، فهل ينحرف ويبنى ، أم يستأنف ؟ فيه خلاف مرتب على الضرب الأول ، وأولى بالاستئناف . قلت : الصواب هنا ، وجوب الاستئناف . والله أعلم

مثاله : عرف أن قبلته يسار المشرق ، فذهب الغيم ، وظهر كوكب قريب من الأفق ، هو مستقبه ، فلم الخطأ يقيناً ، ولم يعلم الصواب ، إذ يحتمل كون الكوكب في المشرق ، ويحتمل المغرب . لكن يعرف الصواب على قرب ، فانه يرتفع ، فيعلم أنه مشرق ، أو ينحط ، فيعلم أنه مغرب ، ويعرف به القبلة . وقد يمجز عن ذلك بأن يطبق الغيم عقب الكوكب .

فرع

في المطلوب بالاجتهاد

[المطلوب بالاجتهاد] قولان . أحدهما : جهة الكعبة . وأظهرها : عينها . اتفق المراقبون والفقهاء على تصحيحه . ولو ظهر الخطأ في التيامن ، أو التياسر ، فان كان

ظهوره بالاجتهاد ، وظهر بعد الفراغ ، لم يؤثر قطعاً . وإن كان في أنسائها ، انحراف ، وأتمها قطعاً . وإن كان ظهور باليقين ، وقلنا : الفرض جهة الكعبة ، فكذلك . وإن قلنا : عينا ، ففي وجوب الإعادة بعد الفراغ ، والاستئناف في الأثناء ، القولان . قال صاحب « التهذيب » وغيره : ولا يستيقن الخطأ في الانحراف مع البعد عن مكة ، وإنما يظن . ومع القرب يمكن التيقن ، والظن . وهذا كله كالتوسط بين اختلاف أطلقه أصحابنا الراقيون : أنه هل يتيقن الخطأ في الانحراف من غير معاينة الكعبة ، من غير فرق بين القرب من مكة والبعد ؟ فقالوا : قال الشافعي رحمه الله : لا يتصور إلا بالمعاينة . وقال بعض الأصحاب : يتصور .

فرع

إذا صلى باجتهاد ، ثم أراد فريضةً أخرى ، حاضرة ، أو فائتة ، وجب إعادة الاجتهاد على الأصح . ثم قيل الوجهان ، إذا لم يفارق موضعه . فإن فارقه ، وجب إعادته قطعاً ، كالتيميم . ولكن الفرق ظاهر ، ولا يحتاج إلى تجديد الاجتهاد للنافلة قطعاً . ولو رأى اجتهاد رجلين إلى جهتين ، عمل كل باجتهاده ، ولا يقتدي بصاحبه . ولو اجتهد جماعة ، واتفق اجتهادهم ، فأمرهم أحدهم ، ثم تغير اجتهاد مأموم ، لزمه المفارقة ، وينحرف إلى الجهة الثانية . وهل له البناء ، أم عليه الاستئناف ؟ فيه الخلاف المتقدم في تغير الاجتهاد في أثناء الصلاة ، وهل هو مفارق بمنزلة ، أو بغير عذر لتركه كمال البحث ؟ وجهان .

قلت : الأصح : الأول . والله أعلم

ولو تغير اجتهاد الإمام ، انحرف إلى الجهة الثانية ، بانياً أو مستأنفاً ، على الخلاف . ويفارقه المأمومون . ولو اختلف اجتهاد رجلين في التيامن ، والتياسر ،

والجهة الواحدة ، فإن أوجبت على المجتهد رعاية ذلك ، فهو كالاختلاف في الجهة ، فلا يفتدي أحدهما بالآخر ، وإلا فلا بأس . ولو شرع المقلد في الصلاة بالتقليد ، فقال له عدل : أخطأ بك فلان ، فله حالان .

أحدهما : أن يكون قوله عن اجتهاد . فإن كان قول الأول أرجح عنده ، لزيادة عدالته ، أو هدايته للأدلة ، أو مثله ، أو لم يعرف هل هو مثله ، أم لا ؟ لم يجب العمل بقول الثاني . وهل تجوز العمل به ؟ يبني على أن المقلد إذا وجد مجتهدين ، هل يجب الأخذ بأعلمهما ، أم يتخير ؟ فإن قلنا : بالأول ، لم يحز ، وإلا ، ففيه خلاف .

قلت : الصحيح : أنه لا يجوز . والله أعلم

وإن كان الثاني أرجح ، فهو كتغير اجتهاد البصير ، فيتحرف . ويجيء الخلاف في أنه يبني ، أم يستأنف ؟ ولو قال له المجتهد الثاني بعد الفراغ من الصلاة ، لم يلزم الاعادة قطعاً وإن كان الثاني أرجح ، كما لو تغير اجتهاده بعد الفراغ .

الحال الثاني : أن يخبر عن علم ، ومعاينة ، فيجب الرجوع إلى قوله وإن كان قول الأول أقوى عنده . ومن هذا القبيل ، أن يقول للأعمى : أنت مصل إلى الشمس ، والأعمى يعلم أن قبلته إلى غير الشمس ، فيلزم الاستئشاف على الأظهر . ولو قال الثاني : أنت على الخطأ قطعاً ، وجب قبوله قطعاً . وسواء أخبره هذا القاطع بالخطأ عن الصواب ، متيقناً أو مجتهداً ، يجب قبوله ، لأن تقليد الأول بطل بقطع هذا . وكل المذكور في الحالين ، مفروض فيما إذا أخبر الثاني بالخطأ والصواب : جميعاً . فإن أخبره عن الخطأ وحده ، على صورة يجب قبولها ، ولم يخبر هو ، ولا غيره بالصواب ، فهو كاختلاف المجتهدين عليه في أثناء الصلاة . وقد سبق في الفرع .

الباب الرابع في صفة الصلاة

الصلاة تشتمل على أركان وسنن تسمى : أبعاضاً ، وسنن لا تسمى أبعاضاً .
فالأركان المتفق عليها ، سبعة عشر .

النية ، والتكبير ، والقيام ، والقراءة ، والركوع . والطمأنينة فيه ،
والاعتدال ، والطمأنينة فيه ، والسجود ، والطمأنينة فيه ، والجلوس بين السجدين ،
والطمأنينة فيه ، والقعود في آخر الصلاة ، والتشهد فيه ، والصلاة على النبي ﷺ
فيه والسلام ، وترتيبها هكذا .

ومن فرض فيها الموالاة ، ونية الخروج ، ألحقها بالأركان . وضم صاحب
« التلخيص » والقفال ، إلى الأركان استقبال القبلة . ومن الأصحاب ، من جعل
نية الصلاة شرطاً . والأكثر على أنها ركن ، وهو الصحيح .

وأما الأبعاض ، فستة .

أحدها : القنوت في السبع ، وفي الوتر في النصف الثاني من
شهر رمضان . والثاني : القيام للقنوت . والثالث : التشهد الأول . والرابع :
الجلوس له . والخامس : الصلاة على النبي ﷺ في التشهد الأول ، إذا قلنا : تسنن .
والصلاة على آل النبي ﷺ في التشهد الأول ، والآخر ، إذا قلنا : هي
سنة فيها . وأما السنن التي ليست أبعاضاً ، فما يشرع سوى ما قدمناه .

فصل في النية

يجب مقارنتها التكبير . وفي كيفية المقارنة ، وجهان . أحدهما : يجب أن يتبدى النية بالقلب ، مع ابتداء التكبير باللسان ، ويفرغ منها ، مع فراغه منه . وأصحها : لا يجب هذا ، بل لا يجوز للثلاثي أن يخلو أول التكبير عن تمام النية . فعلى هذا قيل : يجب أن تقدم النية على التكبير ، ولو بشيء يسير . والصحيح الذي قاله الأكثرون : لا يجب ذلك ، بل الاعتبار بالمقارنة . وسواء قدم ، أم لم يقدم ، يجب استصحاب النية إلى انقضاء التكبير على الأصح . وعلى الثاني ، لا يجب . والنية : هي القصد ، فيحضر المصلي في ذهنه ذات الصلاة ، وما يجب التعرض له من صفاتها ، كالظهورية ، والفرضية ، وغيرها . ثم يقصد هذه العلوم ، قصداً مقارناً لأول التكبير . ولا يجب استصحاب النية بعد التكبير ، ولكن يشترط أن لا يأتي بمناقض لها . ولو نوى في أثناء الصلاة ، الخروج منها ، بطلت . وإن تردد في أن يخرج ، أو يستمر ، بطلت . والمراد بالتردد : أن يطرأ شك مناقض للجزم . ولا عبرة بما يجري في الفكر ، أنه لو تردد في الصلاة ، كيف يكون الحال ، فإن ذلك مما يبتلى به الموسوس . وقد يقع ذلك في الإيمان بالله تعالى ، فلا مبالاة بذلك ، قاله أمام الحرمين . ولو نوى في الركعة الأولى ، الخروج في الثانية ، أو علق الخروج بشيء يوجد في صلاته قطعاً ، بطلت في الحال على الصحيح ، وعلى الشاذ : لا تبطل في الحال ، بل لو رفض هذا التردد قبل الانتهاء إلى النية النوية ، صحت صلاته . ولو علق الخروج بدخول شخص ونحوه ، مما يحتمل حصوله في الصلاة . وعدمه ، بطلت في الحال على الأصح ، كما لو دخل في الصلاة هكذا ، فإنه لا ينمقد بلا خلاف ، وكما لو علق به الخروج

من الإسلام ، فانه يكفر في الحال قطعاً . والثاني : لا تبطل في الحال . وهل تبطل بوجود الصفة إذا وجدت وهو ذاهل عن التعليق ؟ وجهان . أحدهما : لا ، وأصحها ، وقول الأكثرين : تبطل . قال إمام الحرمين : ويظهر على هذا ، أن يقال : تبين بالصفة بطلانها من حين التعليق . أما إذا وجدت ، وهو ذاكراً للتعليق ، فتبطل قطعاً . ولو نوى فريضة ، أو سنة راتبة ، ثم نوى فيها فريضة أخرى ، أو راتبة ، بطلت التي كان فيها ، ولم تحصل النوية . وفي بقاء أصل الصلاة نافذة قولان نذكرهما إن شاء الله تعالى . ولو تردد الصائم في الخروج من صومه ، أو علقه على دخول شخص ونحوه ، لم يبطل على المذهب الذي قطع به الجماهير . وقيل : وجهان . ولو جزم نية الخروج منه ، لم يبطل على الأصح ، كاللحج ، فانه لا يبطل قطعاً . ولو شك في صلاته ، هل أتى بكمال النية ، أم تركها ، أو ترك بعض شروطها ؟ نظر إن تذكر أنه أتى بكاملها قبل أن يحدث شيئاً على الشك وقصر الزمان ، لم تبطل صلاته ، وإن طال ، بطلت على الأصح لا تقطاع نظمها . وإن تذكر بعد أن أتى على الشك بركن فعلي ، كالركوع ، أو السجود ، بطلت . وإن أتى بقولي ، كالقراءة ، والتشهد ، بطلت أيضاً على الأصح المنصوص ، والذي قطع به العراقيون .

قلت : قال الماوردي : لو شك ، هل نوى ظهراً ، أو عصرًا ؟ لم يجزئه عن واحدة ، فان تيقنها ، فعلى التفصيل المذكور . والله أعلم

فرع

في كيفية النية

أما الفريضة ، فيجب فيها قصد أمرين بلا خلاف .

أحدهما : فعل الصلاة ، لتمييزه عن سائر الأفعال . ولا يكفي إحضار نفس الصلاة بالبال ، غافلاً عن الفعل .

والثاني : تعيين الصلاة المأتي بها ، ولا تجزئه نية فريضة الوقت عن نية الظهر ، أو العصر على الأصح ، لأن الفائدة التي يتذكرها تشاركها في كونها فريضة الوقت . ولا تصح الظهر بنية الجمعة على الصحيح الصواب . ولا تصح الجمعة بنية مطلق الظهر ، ولا تصح بنية الظهر المقصورة إن قلنا : إنها صلاة بجيها . وإن قلنا : ظهر مقصورة ، صحت .

واختلفوا في اعتبار أمور سوى هذين الأمرين . أحدهما : الفريضة ، وهو شرط على الأصح عند الأكثرين ، سواء كان النواوي بالغاً ، أو صبيّاً . وسواء كانت الصلاة قضاء ، أم أداء . الثاني : الإضافة إلى الله تعالى ، بأن يقول : لله ، أو فريضة الله . والأصح : أنه لا يشترط . الثالث : القضاء ، والأداء ، الأصح : أنه لا يشترط ، بل تصح أداء بنية القضاء ، وعكسه . ولك أن تقول : الخلاف في اشتراط نية الأداء في الأداء ، ونية القضاء في القضاء ، ظاهر . أما الخلاف في صحة الأداء بنية القضاء وعكسه ، فليس بظاهر ، لأنه إن جرت هذه النية على لسانه ، أو في قلبه ، ولم يقصد حقيقة معناها ، فينبغي أن تصح قطعاً . وإن قصد حقيقة معناه ، فينبغي أن لا يصح قطعاً ، لتلاعبه .

قلت : مراد الأصحاب بقولهم : يصح القضاء بنية الأداء ، وعكسه ، من

نوى ذلك جاهل الوقت لغيم ، ونحوه . والإلزام الذي ذكره الرافعي ، حكمه صحيح ، ولكن ليس هو مرادهم . والله أعلم

الرابع : التعرض لاستقبال القبلة ، وعدد الركعات . المذهب : أنه لا يشترط . وقيل : يشترط ، وهو غلط . لكن لو نوى الظهر ثلاثاً ، أو خمسة ، لم تنعقد . وأما النافلة ، فضربان .

أحدهما : مالها وقت ، أو سبب ، فيشترط فيها نية فعل الصلاة ، والتعيين . فينوي صلاة الاستسقاء ، أو الخسوف ، أو عيد الفطر ، أو النحر ، أو الضحى ، وغيرها . وفي الرواتب ، يمين بالإضافة . فيقول : سنة الفجر ، أو رتبة الظهر ، أو سنة العشاء . وفي وجه ضعيف : يكفي فيما عدا ركعتي الفجر من الرواتب ، نية أصل الصلاة ، لتأكد ركعتي الفجر ، فألحقت بالفرائض . وأما الوتر ، فينوي سنة الوتر ، ولا يضيفها إلى العشاء ، لأنها مستقلة . فان أوتر بأكثر من واحدة ، نوى بالجميع الوتر ، كما ينوي في جميع ركعات التراويح . وفي وجه : ينوي بما قبل الواحدة ، صلاة الليل . وفي وجه : ينوي به سنة الوتر . وفي وجه : مقدمة الوتر . والظاهر : أن هذه الأوجه في الأولوية ، دون الاشتراط . وفي اشتراط نية النافلة في هذا الضرب ، والأداء ، والقضاء ، بالإضافة إلى الله تعالى ، الخلاف المتقدم في الفريضة .

الضرب الثاني : النافلة المطلقة . فيكفي فيها نية فعل الصلاة . ولم يذكروا هنا خلافاً في اشتراط التعرض للنافلة . ويمكن أن يقال : مقتضى اشتراط الفريضة في الفرض ، اشتراط النافلة هنا .

قلت : الصواب ، الجزم بعدم اشتراط النافلة في الضربين . ولا وجه للاشتراط في الأول . والله أعلم

فرع

النية في جميع العبادات معتبرة بالقلب . ولا يكفي فيها نطق اللسان مع غفلة القلب ، ولا يشترط ولا يضر مخالفته القلب . كمن قصد بقلبه الظهر ، وجرى لسانه بالعصر ، انمقد ظهره . ولنا وجه شاذ : أنه يشترط نطق اللسان ، وهو غلط . ولو عقب النية بقوله : إن شاء الله تعالى ، بالقلب ، أو باللسان ، فإن قصد به التبرك ، ووقوع الفعل بمشيئة الله تعالى ، لم يضر . وإن قصد الشك ، لم تصح صلاته .

فرع

من أتى بما ينافي الفرضية ، دون النافلة في أول صلاته ، أو في أثنائها ، وبطل فرضه ، هل تبقى صلاته نافلة ، أم تبطل ؟ قولان . اختلف في الأصح منها الأصحاب بحسب الصور .

فمنها : إذا تحرم بالظهر قبل الزوال ، فإن كان عالماً بحقيقة الحال ، فالأظهر : البطلان . وإن جهل ، فالأظهر : انعقادها نافلة .

ومثله : لو وجد المسبوق الإمام راکماً ، فأتى ببعض تكبيرة الاحرام في الركوع ، لا ينمقد الفرض . فإن كان عالماً بتحريمه ، فالأظهر : البطلان ، وإلا فالأظهر : انعقادها نفلاً .

ومنها : لو أحرم بفريضة منفرداً ، ثم أقيمت جماعة ، فسلم من ركعتين ليدركها ، فالأظهر : صحتها نفلاً .

ومنها : لو وجد المصلي قاعداً خيفةً في صلاته ، فلم يقم ، أو أحرم القادر على القيام بالفرض قاعداً ، أو قلب المصلي فرضه نفلاً بلا سبب ، فالأظهر : البطلان في الثلاثة .

فصل

في تكبيرة الاصرام

أما القادر عليها ، فيتعين عليه كلمة التكبير . ولا يجزى ما قرب منها ، ك: الرحمن 'أجل' ، والرب أعظم ، أو : الرحمن الرحيم أكبر . وفي وجه شاذ : يجزئه : الرحمن أكبر ، أو : الرحيم أكبر . ولو قال : الله الأكبر ، أجزاء على المشهور . كما لو قال : الله أكبر من كل شيء ، أو : الله أكبر وأجل وأعظم . ولو قال : الله الجليل أكبر ، أجزاء على الصحيح . ويجري الخلاف ، فيما إذا أدخل بين كلمتي التكبير لفظاً آخر من صفات الله تعالى ، بشرط أن يقل لفظه ، كقوله : الله عز وجل أكبر . فإن طال ، كقوله : الله الذي لا إله إلا هو الملك القدوس أكبر ، لم يجزئه قطعاً ، لخروجه عن اسم التكبير ، ولو قال : أكبر الله ، أو : الأكبر الله ، لم تنمقد صلاته على المذهب . وقيل : قولان . وقيل : لا ينمقد الأول . وفي الثاني الطريقان . ويجب الاحتراز في لفظ التكبير ، عن وقفة بين كلمتيه ، وعن زيادة تغير المعنى ، بأن يقول : آله أكبر ، بمد همزة الله . أو : الله أكبار ، أو يزيد واواً ساكنة ، أو متحركة بين الكلمتين . ولا يضر المد في موضعه ، ويجب أن يكبر بحيث يسمع نفسه ، ويجب أن يكبر قائماً حيث يجب القيام . ولا يجزئه ترجمة التكبير بغير لسان العرب مع القدرة عليه . أما العاجز عن كلمة التكبير ، أو بمضها ، فله حالان .

أحدهما : أن لا يمكنه كسب القدرة . فإن كان بخرس ، أو نحوه ، حرّك لسانه ، وشفثه ، ولهاته بالتكبير قدر إمكانه ، وإن كان ناطقاً لا يطاوعه لسانه ، أتى بترجمة التكبير ، ولا يمدل إلى ذكر آخر . ثم جميع اللغات في الترجمة

سواء ، فيتخير بينها على الصحيح . وقيل : إن أحسن الريانية ، أو العبرانية ،
تمينت ، لشرفها بإزالة الكتاب بها . والفارسية بعدها أولى من التركية ،
والهندية .

الحال الثاني : أن يمكنه القدرة بتعلم ، أو نظر في موضع كتب عليه
لفظ التكبير ، فيأمره ذلك . ولو كان يادية ، أو موضع لا يجد فيه من يعلمه ،
لزمه السير إلى قرية يتعلم بها على الأصح . والثاني : يكفيه الترجمة . ولا يجوز
في أول الوقت لمن أمكنه التعلم في آخره . وإذا صلى بالترجمة في الحال الأول ،
فلا إعادة . وأما الحال الثاني ، فإن ضاق الوقت عن التعلم لبلادة ذهنه ، أو قلة ما أدركه
من الوقت ، فلا إعادة أيضاً . وإن أخر التعلم مع التمكن ، وضاق الوقت ، صلى
بالترجمة ، وتجب الإعادة على الصحيح والصواب .

قلت : ومن فروع الفصل ، ما ذكره صاحب « التلخيص » والبنوي ،
والأصحاب . أنه لو كبر للاحرام أربع تكبيرات ، أو أكثر ، دخل في الصلاة
بالأوتار ، وبطلت بالأشفاع . وصورته ، أن ينوي بكل تكبيرة ، افتتاح الصلاة ،
ولم ينو الخروج عن الصلاة بين كل تكبيرتين . فبالأولى : دخل في الصلاة .
وبالثانية : خرج . وبالثالثة : دخل . وبالرابعة : خرج . وبالخامسة : دخل .
وبالسادسة : خرج . وهكذا أبداً . لأن من افتتح صلاة ، ثم نوى افتتاح صلاة ،
بطلت صلاته . ولو نوى افتتاح الصلاتين بين كل تكبيرتين ، فبالثانية يخرج ،
وبالتكبير يدخل ، ولو لم ينو بالتكبيرة الثانية وما بعدها افتتاحاً ، ولا خروجاً ،
صح دخوله بالأولى ، وباقي التكبيرات ذكره لا تبطل به الصلاة . والله أعلم

فرع

رفع اليدين عند تكبيرة الاحرام سنة . والمذهب : أنه يرفعها بحيث تحاذي أطراف أصابعه أعلى أذنيه ، وإبهاماه شحمتي أذنيه ، وكفاه منكبيه . وهذا معنى قول الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم : يرفعها حذو منكبيه . وأما حكاية النزالي : فيه ثلاثة أقوال ، **فمنكرة** . ولو كان أقطع اليدين ، أو واحدة من المصم ، رفع الساعد . وإن قطع من المرفق ، رفع المضد على الأصح . ولو لم يمكنه الرفع إلا بزيادة على الشروع ، أو نقص ، أتى بالممكن . فإن قدر عليها ، أتى بالزيادة .

قلت : يستحب أن يكون كفه إلى القبلة عند الرفع ، قاله في « التتمة » ويستحب الرفع لكل مصل ، قائم ، وقاعد ، مفترض ، ومتنفل ، إمام ، ومأموم .

والله أعلم

وفي وقت الرفع ، أوجه . أحدها : يرفع غير مكبر ، ثم يبتدئ التكبير مع إرسال اليدين ، وينيه مع انتهائه . والثاني : يرفع غير مكبر ، ثم يكبر ، ويدها قارستان ، ثم يرسلها . وصححه البغوي . والثالث : يبتدئ الرفع مع ابتداء التكبير ، وينيهما معاً . والرابع : يبتدئها معاً ، وينهي التكبير مع انتهاء الإرسال . والخامس وهو الأصح : يبتدئ الرفع مع ابتداء التكبير ولا استحباب في الانتهاء ، فإن فرغ من التكبير قبل تمام الرفع ، أو بالعكس ، أتم الباقي . وإن فرغ منها ، حط يديه ولم يستدم الرفع . ولو ترك رفع اليدين ، حتى أتى ببعض التكبير ، رفعها في الباقي ، فإن أتمه ، لم يرفع بعده . ويستحب كشف اليدين عند الرفع ، وأن يفرق أصابعها تفريقاً وسطاً ، وأن لا يقصر

التكبير بحيث لا يفهم ، ولا يعطيه بأن يبالغ في مدّه ، بل يأتي به ميئاً .
والأولى فيه : الحذف على الصحيح . وعلى الشاذ : المد أولى .

فرع

السنة بعد التكبير ، حط اليدين ، ووضع اليمنى على اليسرى ، فيقبض بكفه اليمنى ، كوع اليسرى ، وبعض رسفها ، وساعدها . قال القفال : ويتخير بين بسط أصابع اليمنى في عرض الفصل ، وبين نشرها في صوب الساعد . ثم يضع يديه كما ذكرنا تحت صدره ، وفوق سترته ، على الصحيح . وعلى الشاذ : تحت سترته . واختلفوا في أنه إذا أرسل يديه ، هل يرسلها إرسالاً بليغاً ثم يستأنف رفعها إلى تحت صدره ووضع اليمنى على اليسرى ، أم يرسلها إرسالاً خفيفاً إلى تحت صدره فحسب ، ثم يضع ؟

قلت : الأصح : الثاني . والله أعلم

فصل

في القيام

اعلم أن القيام ، أو ما يقوم مقامه ، ركن في الصلاة ، ويقوم القعود مقامه في النافلة ، وفي الفريضة عند المعجز . ويشترط في القيام ، الانتصاب . وهل يشترط الاستقلال ، بحيث لا يستند ؟ فيه أوجه . أصحابها : وهو المذكور في « التهذيب » وغيره : لا يشترط . فلو استند إلى جدار ، أو إنسان ، بحيث لو رفع السناد لسقط ، صحت صلاته مع الكراهة . والثاني : يشترط ، ولا يصح

مع الاسناد عند القدرة بحال . والثالث : يجوز إن كان بحيث لو رفع السناد لم يسقط ، وإلا ، فلا . هذا في استناد لا يسلب اسم القيام . فإن استند متكئاً ، بحيث لو رفع قدميه عن الأرض لأمكنه البقاء ، فهذا مطلق نفسه بشيء ، وليس بقائم . أما إذا لم يقدر على الاستقلال ، فيجب أن ينتصب متكئاً على الصحيح . وفي وجه شاذ : لا يلزمه القيام في هذا الحال ، بل له الصلاة قاعداً . وأما الانتصاب المشروط ، فلا يخل به إطراق الرأس ، وإنما المعتبر ، نصب فقار الظهر ، فليس للقادر أن يقف مائلاً إلى اليمين ، أو اليسار ، زائلاً عن سنن القيام ، ولا أن يقف منحنيًا في حد الراكعين . فإن لم يبلغ انحناءه حد الركوع ، لكن كان إليه أقرب منه إلى الانتصاب ، لم يصح على الأصح .

قلت : ولو لم يقدر على النهوض للقيام إلا بيمين ، ثم لا يتأذى بالقيام ، لزمه أن يستعين بمن يقيمه . فإن لم يجد متبرعاً ، لزمه الاستئجار بأجرة المثل إن وجدها .
والله أعلم

هذا في القادر على الانتصاب . فأما العاجز ، كمن تقوَّس ظهره لزمانة ، أو كبرٍ ، وصار في حد الراكعين ، فيلزمه القيام . فإذا أراد الركوع ، زاد في الانحناء إن قدر عليه . هذا هو الصحيح الذي قطع به المراقبون ، وصاحب « التتمة » و « التهذيب » ونص عليه الشافعي رضي الله عنه . وقال إمام الحرمين ، والفرازي : يلزمه أن يصلي قاعداً . قالوا : فإن قدر عند الركوع على الارتفاع إلى حد الراكعين ، لزمه . ولو عجز عن الركوع والسجود ، دون القيام ، لملة بظهره تمنع الانحناء ، لزمه القيام . ويأتي بالركوع والسجود بحسب الطاقة ، فيحني صلبه قدر الإمكان . فإن لم يطق ، حتى رقبتة ، ورأسه ، فإن احتاج فيه إلى شيء يعتمد عليه ، أو إلى أن يميل إلى جنبه ، لزمه ذلك . فإن لم يطق الانحناء أصلاً ، أو ما إليها .

قلت : وإذا أمكنه القيام ، والاضطجاع ، ولم يمكنه القمود ، قال صاحب التهذيب ، يأتي بالقعود قائماً ، لأنه قمود وزيادة . واعلم بأنه يكره للصحيح أن يقوم على إحدى رجليه ، ويصح . ويكره أن يلصق القدمين ، بل يستحب التفريق بينهما ، وتطويل القيام عندنا ، أفضل من تطويل الركوع والسجود ، وتطويل السجود ، أفضل من تطويل الركوع . وإذا طوّل الثلاثة زيادة على ما يجوز الاقتصار عليه ، فالأصح : أن الجميع يكون واجباً . والثاني : يقع ما زاد سنة ، ومثله الخلاف في مسح جميع الرأس ، وفي البير المخرج في الزكاة عن خمس ، وفي البدنة المضحى بها بدلاً عن شاة مندورة . والله أعلم

فرع

إذا عجز عن القيام في صلاة الفرض ، عدل إلى القعود ، ولا ينقص ثوابه ، لأنه مندور . ولا نفي بالعجز ، عدم تأتّي القيام ، بل خوف الهلاك ، أو زيادة المرض ، أو لحوق مشقة شديدة ، أو خوف الفرق ، ودورات الرأس ، في حق راكب السفينة .

قلت : الذي اختاره إمام الحرمين في ضبط العجز : أن يلحقه بالقيام مشقة تذهب خشوعه . والله أعلم

ولو جلس للفرقة رقيب يرقب العدو ، فأدركته الصلاة ، ولو قام لرآه العدو ، أو جلس الفرقة في مكن ، ولو قاموا رآهم العدو وفسد التدبير ، فلهم الصلاة قموداً . وتجب الإعادة لندوره .

قلت : قال صاحب « التتمة » في غير الرقيب : إن خاف لو قام أن يقصده

المدو ، وصلى قاعداً ، أجزأته على الصحيح . ولو صلى الكمين في وهدة قموداً ،
ففي صحتها قولان . والله أعلم

ثم إذا قعد المذنور ، لا يتعين لقعوده هيئة ، بل يحجزه جميع هيئات
القعود . لكن يكره الإقماء في هذا القعود ، وفي جميع قعدات الصلاة . وفي
المراد بالإقماء ثلاثة أوجه . أحصاها : أنه الجلوس على الوركين ، ونصب الفخذين ،
والركبتين ، وضم إليه أبو عبيد : أن يضع يديه على الأرض . والثاني : أن
يفرش رجله ، ويضع اليده على عقبه ، والثالث : أن يضع يديه على الأرض ،
ويقعد على أطراف أصابعه .

قلت : الصواب ، هو الأول . وأما الثاني : فغلط . فقد ثبت في « صحيح
مسلم » (١) : أن الإقماء سنة نبينا ﷺ (١) وفسره العلماء بما قاله الثاني . ونص على
استجابته الشافعي رحمه الله في « البويطي » و « الإماء » في الجلوس بين
السجدين . قال العلماء : فالإقماء ضربان . مكروه ، وغيره . فالمكروه : المذكور
في الوجه الأول ، وغيره : الثاني . والله أعلم

وفي الأفضل من هيئات القعود ، قولان ، ووجهان . أحد القولين : وهو
أصح الجميع : يقعد مفترشاً . وثانيها : متربماً . وأحد الوجهين : متوركاً . وثانيها :
ناصباً ركبته اليمنى ، جالساً على رجله اليسرى . ويجري الخلاف في قمود النافلة .
وأما ركوع القاعد ، فأقله أن ينحني قدر ما يحاذي وجهه ما قدام ركبته من
الأرض . وأكمله ، أن ينحني بحيث تحاذي جبهته موضع سجوده . وأما سجوده ،
فكسجود القائم . هذا إذا قدر القاعد على الركوع والسجود ، فإن عجز لعله
يظهره ، أو غيرها ، فعل الممكن من الانحناء . ولو قدر القاعد على الركوع ،

(١) عن طاووس قال : قلنا لابن عباس في الإقماء على القدمين ، قال : هي السنة ، فقلنا : إنا نراه
جفاء بالرجل ، قال : هي سنة نبيك صلى الله عليه وآله وسلم . رواه مسلم . وهو أن يضع أطراف أصابع
رجليه على الأرض ويضع أليته على عقبه ، ويضع ركبته على الأرض . وكان رسول الله صلى الله عليه
وآله وسلم يفعلها أحياناً ، وثبت قوله عن بعض الصحابة والتابعين وغيرهم .

وعجز عن وضع الجبهة على الأرض ، نظر ، إن قدر على أقل ركوع القاعد وأكمله ، من غير زيادة ، أتى بالممكن ، مرة عن الركوع ، ومرة عن السجود ، ولا يضر استواءهما . وإن قدر على زيادة على كمال الركوع ، وجب الاقتصار في الانحناء للركوع على قدر الكمال ، لتمييزه عن السجود . ويلزمه أن يقرب جبهته من الأرض للسجود ، أكثر ما يقدر عليه . حتى قال الأصحاب : لو قدر أن يسجد على صدغه ، أو عظم رأسه الذي فوق الجبهة ، وعلم أنه إذا فعل ذلك كانت جبهته أقرب إلى الأرض ، لزمه ذلك .

قلت : قال الشافعي رحمه الله في « الأم » والأصحاب : لو قدر أن يصلي قائماً منفرداً ، وإذا صلى مع الجماعة احتاج أن يصلي بعضها من قعود ، فالأفضل : أن يصلي منفرداً . فإن صلى مع الجماعة ، وقعد في بعضها ، صحت . ولو كان بحيث لو اقتصر على قراءة الفاتحة ، أمكنه القيام ، وإذا زاد ، عجز ، صلى بالفاتحة . فلو شرع في السورة ، فمجز ، قعد . ولا يلزمه قطع السورة ليركع . والله أعلم

فرع

فبما إذا عجز عن القعود

قد ذكرنا أن العجز عن القيام ، يتحقق بتمذره ، أو لحوق مشقة شديدة ، أو غيرها مما قدمناه . قال الجمهور : والعجز عن القعود ، يحصل بما يحصل به العجز عن القيام . وقال إمام الحرمين : لا يكفي ذلك ، بل يشترط فيه عدم تصور القعود ، أو خيفة الهلاك ، أو المرض الطويل ، إلخاً له بالمرض المبيح للتيمم . وفي كيفية صلاته ، وجهان . وقيل : قولان . أصحابها : أنه يضطجع على جنبه الأيمن ، مستقبلاً بوجهه ومقدم بدنه القبلة ، كاليت في لحده . فلو خالف ، واضطجع على جنبه الأيسر ، صح ، إلا أنه ترك السنة . والثاني :

أنه يستلقي على ظهره ، ويجعل رجليه إلى القبلة ، ويرفع وسادته قليلاً . وهذا الخلاف في القادر على الاضطجاع والاستلقاء . فان لم يقدر إلا على أحدهما ، أتى به . قال إمام الحرمين : هذا الخلاف في الكيفية الواجبة ، بخلاف الخلاف السابق في كيفية القعود ، فانه في الأفضل ، لاختلاف استقبال بهذا دون ذاك . وفي المسألة ، وجه ثالث : أنه يضطجع على جنبه ، وأخصاه إلى القبلة . ثم إذا صلى على هيئة من هذه الهيئات ، وقدر على الركوع والسجود ، أتى بهما ، وإلا أوماً بهما منحنيًا ، وقرب جبهته من الأرض بحسب الإمكان ، و[جمل] السجود أخفض من الركوع . فان عجز عن الإشارة بالرأس ، أوماً بطرفه . فان عجز عن تحريك الأضغان ، أجرى أفعال الصلاة على قلبه . فان اعتقل لسانه ، أجرى القرآن والأذكار على قلبه . وما دام عاقلًا ، لا تسقط عنه الصلاة . ولنا وجه : أنه تسقط الصلاة ، إذا عجز عن الإيماء بالرأس . وهو مذهب أبي حنيفة — رحمه الله . وهو شاذ . والمعروف في المذهب : ما قدمناه .

فرع

القادر على القيام ، إذا أصابه رمد ، وقال له طبيب موثق به : إن صليت مستلقيًا ، أو مضطجعًا ، أمكن مداواتك ، وإلا خيف عليك العمى ، جاز له الاضطجاع والاستلقاء على الأصح . ولو قال : إن صليت قاعداً ، أمكنت^(١) . فقال إمام الحرمين : يجوز القعود قطعاً . ومفهوم كلام غيره : أنه على الوجهين .

(١) أي : مداواتك .

فرع

لو عجز في أثناء صلاته عن القيام ، قعد وبني . ولو صلى قاعداً ، فقدّر على القيام في أثناءها ، قام وبني . وكذا لو صلى مضطجماً ، فقدّر على القيام ، أو القعود ، أتى بالمقدور ، وبني . ثم إذا تبدل الحال بالنقص إلى الكمال ، بأن قدر القاعد على القيام خلفه المرض ، نظر ، إن اتفق ذلك قبل القراءة ، قام وقرأ قائماً . وكذا إن كان في أثناء القراءة ، قام وقرأ بقية الفاتحة في حال القيام . ويجب ترك القراءة في النهوض إلى أن ينتصب مستديلاً . فلو قرأ في نهوضه بعض الفاتحة ، فعليه إعادته . وإن قدر بعد القراءة قبل الركوع ، لزمه القيام ليهوي منه إلى الركوع . ولا يلزمه الطمأنينة في هذا القيام ، لأنه ليس مقصوداً لنفسه . ويستحب في هذه الأحوال ، أن يعيد الفاتحة ليقع في حال الكمال . ولو وجد الخفة في ركوعه قاعداً ، فإن كان قبل الطمأنينة ، لزمه الارتفاع إلى أحد الراكعين عن قيام . ولا يجوز أن يرتفع قائماً ، ثم يركع ، لئلا يزيد ركوعاً . ولو فعله ، بطلت صلاته . وإن كان بعد الطمأنينة ، فقد تم ركوعه ، ولا يلزمه الانتقال إلى ركوع القائمين . ولو وجد الخفة في الاعتدال عن الركوع قاعداً ، فإن كان قبل الطمأنينة ، لزمه أن يقوم ، ليعتدل ويطمئن . وإن كان بعدها ، فوجهان . أحدهما : يلزمه أن يقوم ليسجد عن قيام . وأصحها : لا يلزمه لئلا يطول الاعتدال ، وهو ركن قصير . فإن اتفق ذلك في الركعة الثانية من الصبح قبل القنوت ، لم يقنت قاعداً . فإن فعل ، بطلت صلاته . بل يقوم ، ويقنت . أما إذا تبدل الحال من الكمال إلى النقص ، بأن عجز في أثناء الصلاة ، فينتقل إلى الممكن . فإن اتفق المعجز في أثناء الفاتحة ، وجب إدامة القراءة في هويّه .

فرع

يجوز فعل النافلة قاعداً مع القدرة على القيام . لكن ثوابها يكون نصف ثواب القائم . ولو تفعل مضطجماً ، مع القدرة على القيام ، والقعود ، جاز على الأصح . ثم المضطجع في الفريضة ، يأتي بالركوع والسجود ، إذا قدر عليها . وهنا الخلاف في جواز الاضطجاع يجري في الاقتصار على الأيلاء . لكن الأصح منع الاقتصار على الأيلاء . قال إمام الحرمين : ما عندي أن من جاوز الاضطجاع ، يجوز الاقتصار في الأركان الذكرية ، كالتشهد ، والتكبير ، وغيرها على ذكر القلب . ثم يستوي فيما ذكرناه ، النوافل كلها ، الراتبة ، وغيرها ، على الصحيح . وفي وجه شاذ : لا تجوز صلاة العيد ، والكسوف ، والاستسقاء قاعداً مع القدرة ، كالجنازة .

فصل

يستحب للمصلي إذا كبر ، أن يقول دعاء الاستفتاح ، وهو « وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيفاً مسلماً وما أنا من المشركين . إن صلاتي ، ونسكي ، ومحياي ، ومماتي ، لله رب العالمين ، لا شريك له ، وبذلك أمرت وأنا من المسلمين » . ولا يزيد الإمام على هذا ، إذا لم يعلم رضى المؤمنين بالزيادة . فإن علم رضاهم ، أو كان المصلي منفرداً ، استحج أن يقول بعده : « اللهم أنت الملك لا إله إلا أنت سبحانك وبحمدك ، أنت ربي وأنا عبدك ظلمت نفسي ، واعترفت بذنبي ، فاغفر لي ذنوبي جميعاً إنه لا يغفر الذنوب إلا أنت ،

واهدي لأحسن الأخلاق لا يهدي لأحسنها إلا أنت ، واصرف عني سيئها
لا يصرف عني سيئها إلا أنت ، ليك وسعديك ، والخير كله في يديك ، والشر
ليس إليك ، أنا بك وإليك ، تباركت وتعاليت ، أستغفرك وأتوب إليك ، وقال
جماعة من أصحابنا ، منهم : أبو إسحاق الروزي ، والقاضي أبو حامد : السنة أن
يقول : « سبحانك اللهم وبحمدك ، وتبارك اسمك ، وتعالى جدك ، ولا إله غيرك » .
ثم يقول : « وجهت وجهي ... » إلى آخره . ومن ترك دعاء الاستفتاح عمداً ، أو
سهواً ، حتى شرع في التعمود ، لم يعد إليه ، ولا يتداركه في باقي الركعات .
ولو أدرك مسبوق الامام في التشهد الأخير ، وكبر ، وقعد ، فسلم الامام لأول
قعوده ، قام ، ولا يأتي بدعاء الاستفتاح ، لفوات محله . ولو سلم الامام قبل
قعوده ، لا يقعد ، ويأتي بدعاء الاستفتاح . وسواء في دعاء الاستفتاح الفريضة ،
وجميع النوافل .

قلت : ذكر الشيخ أبو حامد في تعليقه : أنه إذا ترك دعاء الاستفتاح ، وتعمود ،
عاد إليه من التعمود . والمعروف في المذهب : أنه لا يأتي به كما تقدم . لكن لو
خالف فأتى به ، لم تبطل صلاته ، لأنه ذكر ، قال صاحب « التهذيب » ولو
أحرم مسبوق ، فأمن الامام عقيب إحرامه ، أمن معه ، وأتى بدعاء الاستفتاح ،
لأن التأمين يسير . والله أعلم

فصل

يستحب بعد دعاء الاستفتاح ، أن يتعمود فيقول : أعوذ بالله من الشيطان
الرجيم . وقال بعض أصحابنا : يقول : « أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان
الرجيم » . ويحصل التعمود ، بكل ما اشتمل على الاستعاذة بالله من الشيطان

الرجيم . ولا يجبر به في الصلاة السرية ، ولا في الجهرية أيضاً على الأظهر . وعلى الثاني : يستحب الجهر فيها ، كالتسمية ، والتأمين . والثالث : أنه يتخير بين الجهر ، والإسرار ، ولا ترجيح . وقيل : يستحب الإسرار قطعاً . ثم المذهب : أنه يستحب تعوذ في كل ركعة ، وهو في الركعة الأولى أكد . وهذا نص الشافعي رضي الله عنه . واختاره القاضي أبو الطيب ، وإمام الحرمين ، والرويان ، وغيرهم . وقيل : قولان . أحدهما : هذا . والثاني : يتعوذ في الأولى فقط . فإن تركه فيها عمداً ، أو سهواً ، أتى به في الثانية .

فصل

ثم بعد التعوذ يقرأ . وللصلي حالان :

أحدهما : أن يقدر على قراءة الفاتحة . والثاني : لا يقدر . فأما القادر ، فيتسن عليه قراءتها في القيام ، أو ما يقع بدلاً عنه . ولا يقوم مقامها ترجعها . ولا غيرها من القرآن . ويستوي في تمين الفاتحة ، الامام ، والمأموم ، والمنفرد ، في السرية ، والجهرية . ولنا قول ضعيف . أنها لا تجب على المأموم في الجهرية . ووجه شاذ : أنها لا تجب عليه في السرية أيضاً . فإذا قلنا : لا يقرأ المأموم في الجهرية ، فلو كان أصم ، أو بعيذاً لا يسمع قراءة الامام ، لزمته القراءة على الأصح . ولو جهر الامام في السرية ، أو عكس ، فالأصح وظاهر النص : أن الاعتبار بفعل الامام . والثاني : بصفة أصل الصلاة . وإذا لم يقرأ المأموم ، هل يستحب له التعوذ ؟ وجهان ، لأنه ذكر سرّي .

قلت : الأصح : لا يستحب ، لعدم القراءة . والله أعلم

وإذا قلنا : يقرأ المأموم في الجهرية ، فلا يجبر بحيث يغلب جهره ، بل يسر

بحيث يسمع نفسه لو كان سميعاً ، فإن هذا أدنى القراءة . ويستحب للامام على هذا القول : أن يسكت بعد الفاتحة قدر قراءة المأموم لها . واعلم أن الفاتحة واجبة في كل ركعة إلا في ركعة المسبوق إذا أدرك الامام راکماً ، فانه لا يقرأ في ركعته ، وتصح . وهل يقال : يحملها عنه الامام ، أم لم تجب أصلاً ؟ وجهان .

قلت : أصحابها : الأول . والله أعلم

فرع

« بسم الله الرحمن الرحيم » آية كاملة من أول الفاتحة بلا خلاف . وأما باقي السور ، سوى « براءة » فللذهب : أنها آية كاملة من أول كل سورة أيضاً . وفي قول : أنها بعض آية . وقيل : قولان . أحدهما : ليست بقرآن في أوائلها . وأظهرها : أنها قرآن . والسنة : أن تجهر بالتسمية في الصلاة الجهرية في الفاتحة ، وفي السورة بعدها .

فرع

تجب قراءة الفاتحة بجميع حروفها وتشديداتها . فلو أسقط منها حرفاً ، أو حففف مشدداً ، أو أبدل حرفاً بحرف ، لم تصح قراءته . وسواء فيه الضاد ، وغيره . وفي وجه : لا يضر إبدال الضاد بالطاء . ولو لحن فيها لحناً يميل المعنى ، كضم تاء « أنعمت » أو كسر ها ، أو كسر كاف « إياك » لم يجزئه ، وتبطل صلاته إن تمعد . ويجب إعادة القراءة ، إن لم يتمعد . وتجزيء بالقراءات السبع . وتصح بالقراءة الشاذة ، إن لم يكن فيها تغيير معنى ، ولا زيادة حرف ، ولا نقصانه .

فرع

يجب ترتيب في قراءة الفاتحة . فلو قدم مؤخراً ، إن تمعد ، بطلت قراءته ،
وعليه استثنائها . وإن سها ، لم يمتد بالوخر ، ويبنى على المرتب . إلا أن يطول ،
فيستأنف القراءة . ولو أخل بترتيب التشهد ، نظر . إن غير تغييراً مبطلاً للمعنى ،
لم يحسب ما جاء به . وإن تمعده ، بطلت صلاته ، وإن لم يطل المعنى ، أجزأه على
المذهب . وقيل : فيه قولان . وينبغي أن يقال في الفاتحة أيضاً : إن غير الترتيب
تغييراً يطل المعنى ، بطلت صلاته كالتشهد .

فرع

تجب الموالاة بين كلمات الفاتحة . فإن أخل بها ، فله حالات .
أحدهما : أن يكون عامداً ، فينظر . إن سكت في أثناء الفاتحة ، أو طالت
مدة السكوت ، بأن يشعر بقطعه القراءة أو إعراضه عنها مختاراً ، أو لعائق ،
بطلت قراءته ، ولزم استثنائها على الصحيح . وعلى الشاذ المنقول عن
المراقبين : لا تبطل . فإن قصرت مدة السكوت ، لم يؤثر قطعها . وإن نوى
قطع القراءة ، ولم يسكت ، لم تبطل قطعاً . وإن نوى قطعها ، وسكت يسيراً ،
بطلت قراءته على الصحيح الذي قطع به الأكثرون . ولو أتى بتسييح ، أو
تهليل في أثناءها ، أو قرأ آية أخرى ، بطلت قراءته ، قل ذلك ، أم كثر .
هذا فيما لا يؤمر به المصلي . فأما ما أمر به في الصلاة ، أو يتعلق بمصلحتها ،
كتأمين المأموم لتأمين الامام ، وسجوده للتلاوة ، وفتح عليه القراءة ، وسؤاله

الرحمة عند قراءته آيتها ، والاستعاذة من العذاب عند قراءة آيته ، فإذا وقع في أثناء الفاتحة ، لم تبطل الموالاة على الأصح . وهذا تفريع على الصحيح في استحباب هذه الأمور للمأموم ، وعلى وجه : لا يستحب . ولا يطرد الخلاف في كل مندوب ، فإن الحمد عند العطاس مندوب وإن كان في الصلاة ، ولو فعله ، قطع الموالاة . ولكن يختص بالمندوبات المختصة بالصلاة لمصلحتها .

الحال الثاني : أن يخل بالموالاة ناسياً . وتقدم عليه ، أن من ترك الفاتحة ناسياً ، فيه قولان . المشهور الجديد : أنه لا يجزئه ، ولا يعتد له بتلك الركعة . بل إن تذكر بعد ماركع ، عاد إلى القيام وقرأ . وإن تذكر بعد قيامه إلى الركعة الثانية ، صارت [الثانية] أولاه ، ولغت الأولى . والقديم : أنه تجزئه صلاته . وأما ترك الموالاة ناسياً ، فالصحيح الذي اتفق عليه الجمهور ، ونقلوه عن نص الشافعي رحمه الله تعالى : أنه لا يضر . وله البناء ، سواء قلنا : يعذر بترك الفاتحة ناسياً ، أم لا . ومال إمام الحرمين ، والغزالي ، إلى أن الموالاة تنقطع بالنسيان إذا قلنا : لا يعذر به في ترك الفاتحة .

فرع

من لا يقدر على قراءة الفاتحة ، يلزمه كسب القدرة بتعلم ، أو توسل إلى مصحف ، يقرأها منه ، بشراء ، أو إجارة ، أو استعارة . فإن كان في ليل ، أو ظلمة ، لزمه تحصيل السراج عند الامكان . فلو امتنع من ذلك عند الامكان ، لزمه إعادة كل صلاة صلاها قبل أن يقرأها . فإن تعذرت الفاتحة لتعذر التعلم ، لضيق الوقت ، أو بلادته ، أو عدم العلم والمصحف ، أو غير ذلك ، لم يجز ترجمة الفاتحة ، بل ينظر ، إن كان أحسن قرآنا غير الفاتحة ، لزمه قراءة سبع آيات ، ولا يجزئـه دون سبع وإن كانت آيات طوالاً . وهل يشترط مع ذلك أن

لا ينقص حروف كل الآيات عن حروف الفاتحة ؟ فيه أوجه . أصحها : يشترط أن يكون جملة الآيات السبع ، بقدر حروف الفاتحة . ولا يمتنع أن يجعل آيتين مقام آية . والثاني : أنه يجب أن يمدل حروف كل آية من حروف آية من الفاتحة على الترتيب ، فتكون مثلها ، أو أطول . والثالث : يكفي سبع آيات ناقصات الحروف ، كما يكفي صوم يوم قصير عن طويل . ثم إن أحسن سبع آيات متوالية بالشرط المذكور ، لم يجز العدول إلى المتفرقة . وإن لم يحسن الا متفرقة ، أتى بها . واستدرك إمام الحرمين ، فقال : لو كانت الآية المفردة لا تفيد معنى منظوماً إذا قرئت وحدها ، كقوله تعالى : (ثم نظر) المذثر : ٢١ . فيظهر أن لا نأمره بقراءة هذه الآيات المتفرقة ، ونجعله كمن لا يحسن قراءة أصلاً .

قلت : قد قطع جماعة بأنه تجزئه الآيات المتفرقة وإن كان يحسن التوالية ، سواء فرقها من سورة ، أو سور . منهم : القاضي أبو الطيب ، وأبو علي البندنجي ، وصاحب « البيان » وهو النصوص في « الأم » وهو الأصح . والله أعلم

أما لو كان الذي يحسنه دون السبع ، كآية أو آيتين ، فوجهان . أصحها : يقرأ ما يحسنه ، ويأتي بالذكر عن الباقي . والثاني : يكرر ما يحفظه حتى يبلغ قدر الفاتحة . أما الذي لا يحسن شيئاً من القرآن ، فيجب عليه أن يأتي بالذكر ، كالنسيح ، والتهليل . وفي الذكر الواجب أوجه . أحدها : يتعين أن يقول : سبحان الله ، والحمد لله ، ولا إله إلا الله ، والله أكبر ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم . ويكفيه هذه الكلمات الخمس . والثاني : أنها تمين ، ويجب معها كلمتان من الذكر ، ليصير سبعة أنواع مقام سبع آيات . والمراد بالكلمات ، أنواع الذكر ، لا ألفاظ مفردة . والثالث وهو الأصح : أنه لا يتعين شيء من الذكر . ولكن هل يشترط أن لا ينقص حروف ما أتى به من حروف الفاتحة ؟

وجهان . الأصح : يشترط . قال إمام الحرمين : ولا يراعي هنا إلا الحروف ، بخلاف ما إذا أحسن قراءة غير الفاتحة ، فإنه يراعي الآيات . وفي الحروف ، الخلاف . وقال في « التهذيب » : يجب سبعة أنواع من الذكر . يقام كل نوع مقام آية ، وهذا أقرب . وهل الدعاء المحض ، كالذكر ؟ فيه تردد للشيخ أبي محمد . قال إمام الحرمين : والأشبه أن ما يتعلق بأمور الآخرة ، يقوم دون ما يتعلق بالدنيا . ويشترط أن لا يقصد بالذكر المآتي به شيئاً آخر سوى البدلية ، كمن استفتح ، أو تعوذ على قصد تحصيل سنتها . ولكن لا يشترط قصد البدلية فيها ، ولا في غيرها من الأذكار على الأصح . أما إذا لم يحسن شيئاً من القرآن ، ولا الذكر ، فمليه أن يقوم بقدر الفاتحة ، ثم يركع . ولو أحسن بعض الفاتحة ، ولم يحسن بدلاً ، وجب تكرير ما أحسن قدر الفاتحة . وإن أحسن لباقيها بدلاً ، فوجهان . وقيل : قولان . أحدهما : يكرره . وأصحها : يأتي به ، ويبدل الباقي . فعلى هذا ، لو أحسن النصف الثاني من الفاتحة دون الأول ، أتى بالذكر بدلاً عن النصف الأول ، ثم يأتي بالنصف الثاني . فلو عكس ، لم يجز على الصحيح . وأما إذا قلنا : يكرر ما يحسنه ، فيكرر المحفوظ مرة بدلاً ، ومرة أصلاً . ولو كان يحسن النصف الأول ، كرره على الوجه الأول ، وأما على الأصح : فيأتي به ، ثم بالذكر بدلاً . وهذا كله إذا استمر المعجز ، فلو تمكن من قراءة الفاتحة في أثناء الصلاة ، بتلقين ، أو مصحف ، أو غيرها ، فإن كان قبل الشروع في البدل ، لزمه قراءة الفاتحة . وكذا إن كان في أثناء البدل على الصحيح . وعلى الضعيف : يلزمه أن يقرأ الفاتحة ، بقدر ما بقي . وإن كان بعد الركوع ، فقد مضت تلك الركعة على الصحة ، ولا يجوز الرجوع . وإن كان بعد الفراغ من البدل ، وقبل الركوع ، فالذهب : أنه لا يلزمه قراءة الفاتحة ، كما إذا قدر المكفر على الاعتاق ، بعد فراغه من الصوم . وقيل : وجهان .

فرع

يستحب لكل من قرأ الفاتحة في الصلاة ، أو خارج الصلاة ، أن يقول عقب فراغه منها : آمين ، بالمد ، أو القصر ، بلا تشديد فيها . ويستحب أن يفصل بينها ، وبين «ولا الضالين» بسكتة لطيفة، ليميزها عن القرآن. ويستوي في استحبابها ، الإمام ، والمأموم ، والمنفرد . ويجهر بها الامام ، والمنفرد ، في الصلاة الجهرية ، تبعاً للقراءة . وأما المأموم ، فالذهب : أنه يجهر . وقيل : قولان . وقيل : إن لم يجهر الامام ، جهر لينبه . وإلا ، فقولان . وقيل : إن كثر القوم ، جهروا ، وإلا ، فلا . ويستحب أن يكون تأمين المأموم ، مع تأمين الامام ، لا قبله ، ولا بعده . فان فاتته ، أمّن عقب تأمينه .

قلت : قال أصحابنا : لو ترك التأمين ، حتى اشتغل بغيره ، فات ، ولم يعد إليه . وفي «الحاوي» وغيره وجه ضعيف : أنه يأتي به ما لم يركع . قال في «الأم» : فان قال : آمين رب العالمين ، كان حسناً . والله أعلم

فرع

يسن للامام ، والمنفرد ، قراءة شيء بعد الفاتحة في صلاة الصبح ، والأوليين من سائر الصلوات . ويحصل أصل الاستحباب ، بقراءة شيء من القرآن ، ولكن سورة كاملة ، أفضل . حتى أن السورة القصيرة ، أولى من قدرها من طويلة . وهل تسن السورة في الركعة الثالثة ، والرابعة ؟ قولان . القديم وبه أفتى الأكثرون : لا تسن . والجديد : تسن ، لكنها تكون أقصر . ولا يفضل الركعة

الأولى على الثانية بزيادة القراءة ، ولا الثالثة على الرابعة ، على الأصح فيها .
قلت : هذا الذي صححه ، هو الراجح عند جماهير الأصحاب . لكن الأصح :
التفضيل . فقد صح فيه الحديث ، واختاره القاضي أبو الطيب ، والمحققون ، ونقله
القاضي أبو الطيب ، عن عامة أصحابنا الخراسانيين . لكن القاضي أبو الطيب ،
خص الخلاف ، بتفضيل الأولى على الثانية ، ونقل الاتفاق ، على استواء الثالثة والرابعة .
وانتدأعلم

ويستحب أن يقرأ في الصبح ، بطوال الفصل ، كـ (الحجرات) وفي الظهر ،
بقريب من الصبح . وفي العصر والمساء بأوساط الفصل . وفي المغرب ، بقصاره ،
ويسن في صبح يوم الجمعة ، أن يقرأ في الأولى : (آلم تنزيل) وفي الثانية : (هل
أتى) بكاملها . وأما المأموم ، فلا يقرأ السورة فيما يجهر فيه الإمام إذا سمعه ،
بل يستمعه ، وإن كانت الصلاة سرية ، أو جهرية ، ولم يسمع المأموم قراءته
بعده ، أو سمعه ، قرأها على الأصح .

قلت : لو قرأ السورة ، ثم قرأ الفاتحة ، لم تحسب السورة ، على المذهب
والمصوص . وذكر إمام الحرمين ، والشيخ نصر المقدسي^(١) في الاعتداد بها ،
وجهين . قال أصحابنا : والمرأة لا تجهر بالقراءة في موضع فيه رجال أجانب . فإن
كانت خالية ، أو عندها نساء ، أو رجال محارم ، جهرت . وفي وجه : تسرُّ
مطلقاً . وحيث قلنا : تسرُّ ، فجهرت ، لا تبطل صلاتها على الصحيح . والخنثى ،
كالمرأة . وأما نوافل النهار المطلقة ، فيسرُّ فيها قطعاً . وأما نوافل الليل ، فقال
صاحب « التتمة » : يجهر . وقال القاضي حسين ، وصاحب « التهذيب » : يتوسط
بين الجهر والاسرار ، وهو الأصح . ويستثنى ما إذا كان عنده مصلون ، أو نيام
يهوش عليهم ، فيسر . ويستثنى التراويح ، فيجهر فيها . وانتدأعلم

(١) كذا الاصل : أبو نصر ، والصواب : أبو الفتح نصر بن إبراهيم المقدسي ، وقد تقدمت ترجمته
صفحة (١٥١) وهو كذلك في مخطوطة الظاهرية « أبو الفتح نصر » .

فرع

يستحب للقارئ في الصلاة ، وخارجها ، إذا مر بآية رحمة ، أن يسأل الرحمة . أو بآية عذاب ، أن يستعيز منه . أو بآية تسييح ، أن يسبح . أو بآية مثل أن يتفكر . وإذا قرأ (أليس الله بأحكم الحاكمين) التين: ٨. قال : بلى ، وأنا على ذلك من الشاهدين . وإذا قرأ (فبأي حديث بعده يؤمنون) المرسلات: ٥٠. قال : آمنا بالله . والمأموم ، يفعل ذلك لقراءة الامام على الصحيح .

فصل

في الركوع

أقله ، أن ينحني بحيث تنال راحته ركبتيه ، ولو أراد وضعها عليها ، وهذا عند اعتدال الخلق ، وسلامة اليدين والركبتين . ولو انحنس ، وأخرج ركبتيه ، وهو مائل (١) منتصب ، وصار بحيث لو مد يديه لنال راحته ركبتيه ، لم يكن ذلك ركوعاً ، لأن نيلها لم يحصل بالانحناء . قال إمام الحرمين : ولو مزج الانحناء بهذه الهيئة المذكورة ، وكان التمكن من وضع الراحتين على الركبتين بهما جميعاً ، لم يكن ركوعاً أيضاً . ثم إن لم يقدر على الانحناء إلى الحد المذكور إلا بجمعين ، أو باعتماد على شيء ، أو بأن ينحني على شقه ، لزمه ذلك ، فإن لم يقدر ، انحنى القدر الممكن ، فإن عجز ، أوماً بطرفه عن قيام .

(١) يقال: مثل بفتح التاء : قام منتصباً، كمثل بضم التاء ، مثولاً .

هذا بيان ركوع القائم ، وأما ركوع القاعد ، فقد تقدم بيان أقله ، وأكمله في فصل القيام .

وتجب الطمأنينة في الركوع . وأقلها : أن يصبر حتى تستقر أعضاؤه في هيئة الركوع ، وينفصل هويته عن ارتفاعه منه . فلو جاوز حداً أقل الركوع ، فزاد في الهوي ، ثم ارتفع ، والحركات متصلة ، لم تحصل الطمأنينة ، ولا يقوم زيادة الهوي مقام الطمأنينة . ويشترط أن لا يقصد بهويته غير الركوع . فلو قرأ في صلاته آية سجدة ، فهوى ليسجد للتلاوة ، ثم بدا له بعدما بلغ حد الراكعين أن يركع ، لم يعتد بذلك عن الركوع ، بل يجب عليه أن يعود إلى القيام ، ثم يركع .

وأما أكمل الركوع ، فأمران .

أحدهما : في الهيئة . والثاني : في الذكر . أما الهيئة : فإن ينحني بحيث يستوي ظهره ، وعنقه ، ويمدها كالصفحة ، وينصب ساقيه إلى الحقور ، ولا يثني ركبتيه ، ويضع يديه على ركبتيه ، ويأخذها بهما ، ويفرق بين أصابعه حينئذ ، ويوجهها نحو القبلة ، فإن كانت إحدى يديه مقطوعة ، أو عليلة ، فعل بالأخرى ما ذكرنا ، فإن لم يمكنه وضعها على ركبتيه ، أرسلها . ويجافي الرجل مرفقيه عن جنبه ، ولا تجافي المرأة ، ولا الخنثى .

الأمر الثاني : الذكر . فيستحب أن يكبر للركوع ، ويتندى به في ابتداء الهوي . وهل يد التكبير ؟ قولان . القديم : لا يمهده ، بل يحذفه . والجديد الصحيح : يستحب مده إلى تمام الهوي ، حتى لا يخلو جزء من صلاته عن ذكر . ويجري القولان في جميع تكبيرات الانتقالات ، هل يمهدها إلى الركن المنتقل إليه ، أم لا ؟ ويستحب أن يرفع يديه إذا ابتدأ التكبير ، وتقدمت صفة الرفع . ويستحب أن يقول في ركوعه : سبحان ربي العظيم ، ثلاث مرات . قال بعضهم : ويضيف إليه : وبحمده . والأفضل ، أن يقول بعده : اللهم لك

ركعت ، وبك آمنت ، ولك أسلمت ، خشع [لك] سمعي ، وبصري ، ونحي ، وعظمي ، وعصي ، وشعري ، وبشري ، وما استقلت به قدمي لله رب العالمين . وهذا أتم السكال . ثم الزيادة على ثلاث تسبيحات ، إنما تستحب للمنفرد . وأما الإمام ، فلا يزيد على ثلاث . وقيل : خمس ، إلا أن يرضى السامعون بالتطويل ، فيستوفي السكال . وتكره قراءة القرآن في الركوع ، والسجود .

قلت : قال أصحابنا : يستحب أن لا يصل تكبيرة الركوع ، بآخر السورة . بل يسكت بينها سكنة لطيفة ، ويتبدى التكبير قائماً مع ابتداء رفع اليدين . فإن ترك رفع اليدين حتى فرغ من التكبير ، لم يرفعها ، وإن ذكر قبل فراغه ، رفع ، ولو كان أقطع الكفين ، لم يبلغ يديه ركبتيه ، لئلا يغير هيئة الركوع . ذكره الماوردي ، وغيره . قالوا : ويستحب رفع اليدين في تكبيرة الاحرام ، والركوع ، والرفع منه ، لكل مصل قائم ، وقاعد ، ومضطجع ، وموم . ونص عليه في « الأم » ، قال أصحابنا : وأقل ما يحصل به الذكر في الركوع ، تسبيحة واحدة . والله أعلم

فصل

في الاعتدال عن الركوع

وهو ركن ، لكنه غير مقصود لنفسه ، والاعتدال الواجب : أن يعود بعد ركوعه إلى الهيئة التي كان عليها قبل الركوع ، سواء صلى قائماً ، أو قاعداً . فلو ركع عن قيام ، فسقط في ركوعه ، نظر ، إن لم يطمئن في ركوعه ، لزمه أن يعود إلى الركوع ، ويطمئن ، ثم يعتدل منه . وإن كان اطمأن ، فيعتدل قائماً ويسجد . ولو رفع الراكع رأسه ، ثم سجد ، وشك هل تم اعتداله ؟ وجب أن يعتدل قائماً ، ويعيد السجود .

واعلم أنه تجب الطمأنينة في الاعتدال ، كالركوع . وقال إمام الحرمين :
 في قلبي من الطمأنينة في الاعتدال شيء ، وفي كلام غيره ما يقتضي تردداً فيها .
 والمعروف الصواب وجوبها . ويجب أن لا يقصد بارتفاعه شيئاً آخر . فلو رأى في
 ركوعه حية ، فرفع فزعاً منها ، لم يعتد به . ويجب أن لا يطول الاعتدال ، فإن
 طولته ، ففي بطلان صلاته خلاف يذكر في باب سجود السهو ، إن شاء الله تعالى .
 ويستحب عند الاعتدال ، رفع اليدين حذو المنكبين ، على ما تقدم من صفة الرفع ،
 ويكون ابتداء رفعها ، مع ابتداء رفع الرأس . فإذا اعتدل قائماً ، حطها .
 ويستحب أن يقول في ارتفاعه للاعتدال : سمع الله لمن حمده . فإذا استوى قائماً ،
 قال : ربنا لك الحمد ، أو : ربنا ولك الحمد ملء السموات ، وملء الأرض ، وملء
 ما شئت من شيء بعد . يستوي في استجواب هذين الذكرين ؛ الإمام ، والمأموم ،
 والمنفرد . ويستحب لغير الإمام وله إذا رضي القوم أن يزيد ، فيقول : أهل
 الثناء والمجد ، حق ما قال العبد ، كلنا لك عبد ، لا مانع لما أعطيت ، ولا معطي
 لما منعت ، ولا ينفع ذا الجد منك الجد . ويكره للإمام هذه الزيادة ، إلا
 برضام .

قلت : هكذا يقوله أصحابنا في كتب المذهب : حق ما قال العبد ، كلنا لك
 عبد . والذي في « صحيح مسلم » وغيره من كتب الحديث ، أن رسول الله
 ﷺ ، كان يقول : أحق ما قال العبد ، وكلنا لك عبد . بزيادة ألف في « أحق »
 وواو في « وكلنا » وكلاهما حسن . لكن ما ثبت في الحديث ، أولى .

قال الشافعي والأصحاب رحمهم الله تعالى : ولو قال من حمد الله :
 سمع له ، بدل : سمع الله لمن حمده ، أجزاء ، ولكن الأولى : سمع الله لمن حمده .
 قال الشافعي والأصحاب : يقول في الرفع : ربنا لك الحمد . وإن شاء قال :
 اللهم ربنا لك الحمد ، أو : لك الحمد ربنا . والأول : أولى . قال صاحب « الحاوي » :
 يجهر الإمام بـ : سمع الله لمن حمده ، ويسر بـ : ربنا لك الحمد . ويسر المأموم بهما

جميعاً . ولو أتى بالركوع الواجب ، فعمدت علّة منعه الانتصاب ، سجد من ركوعه ، وسقط الاعتدال ، لتعذره . فلو زالت العلة قبل بلوغ جبهته للأرض ، وجب أن يرتفع ، وينتصب قائماً ، ويعتدل ، ثم يسجد ، وإن زالت بعد وضع جبهته على الأرض ، لم يرجع إلى الاعتدال ، بل سقط عنه . فإن خالف ، فعاد إليه قبل تمام سجوده ، فإن كان علماً بتجريمه ، بطلت صلاته ، وإن كان جاهلاً ، لم تبطل . ويعود إلى السجود . قال صاحب « التتمة » : ولو ترك الاعتدال عن الركوع ، والسجود ، في النافلة ، في صحتها وجهان ، بناءً على صلاتها مضطجماً مع قدرته على القيام . والسلام

فصل

في القنوت .

وهو مستحب بعد الرفع من الركوع ، في الركعة الثانية من الصبح . وكذلك الركعة الأخيرة من الوتر في النصف الأخير من شهر رمضان . ولفظه : « اللهم اهديني فيمن هديت ، وعافني فيمن عافيت ، وتولّني فيمن تولّيت ، وبارك لي فيما أعطيت ، وقني شر ما قضيت ، فانك تقضي ، ولا يُقضى عليك ، وإنه لا يذل من واليت ، تباركت ربنا وتعاليت » هذا هو المروي عن النبي ﷺ^(١) . وزاد العلماء فيه : « ولا يعز من عاديت » قبل « تباركت وتعاليت » وبعده : « فلك الحمد على ما قضيت ، أستغفرك ، وأتوب إليك » .

(١) عن الحسن بن علي بن أبي طالب رضي الله عنها قال : علمني رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كلمات أقولهن في الوتر : « اللهم اهديني فيمن هديت ... » الحديث ، باللفظ الذي ذكره المصنف رحمه الله . وقال رحمه الله في « المجموع » (٤٩٥/٣) : رواه أبو داود ، والترمذي ، والنسائي ، وغيرهم بأسناد صحيح . قال الترمذي : هذا حديث حسن ، قال : ولا يعرف عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم في القنوت شيء أحسن من هذا .

↑ مسفريني

قلت : قال أصحابنا : لا بأس بهذه الزيادة . وقال أبو حامد ، والبندنجي ، وآخرون : مستحبة . واتفقوا على تغليب القاضي أبي الطيب ، في إنكار « لا يعز من عادت » وقد جاءت في رواية البيهقي . والله أعلم

فإن كان إماماً ، لم يخص نفسه ، بل يذكر بلفظ الجمع . وهل تسن الصلاة على النبي ﷺ بعده ؟ وجهان . الأصح : تسن . وهل تتعين هذه الكلمات في القنوت ؟ وجهان . أحدهما : تتعين ، ككلمات التشهد . **والصبح** الذي قطع به الجماهير : لا تتعين . وعلى هذا ، لو قنت بما جاء عن عمر رضي الله عنه ، كان حسناً^(١) . وحكي وجه عن أبي علي بن أبي هريرة : أنه لا يقنت في الصبح ، وهذا غريب ، وغلط . أما غير الصبح من الفرائض ، ففيها ثلاثة أقوال . المشهور : أنه إن نزل - والعياذ بالله - بالمسلمين نازلة ، كالوباء والقحط ، قنتوا . وإلا فلا ، والثاني : يقتنون مطلقاً . والثالث : لا يقتنون مطلقاً . ثم مقتضى كلام الأكثرين ، أن الكلام ، والخلاف ، في غير الصبح ، إنما هو في الجواز . ومنهم من يشعر بإرادته بالاستحباب .

قلت : الأصح ، استحبابه . وصرح به صاحب « العدة » ونقله عن نص الشافعي في « الإملاء » . والله أعلم

ثم الامام في صلاة الصبح ، هل يجهر بالقنوت ؟ وجهان . أصحها : الجهر . والثاني : لا ، كالتشهد ، والدعوات . وأما المنفرد ، فيسرُّ به قطعاً . ذكره البغوي . وأما المأموم ، فإن قلنا : لا يجهر الامام ، قنت . وإن قلنا : يجهر ، فالأصح أنه يؤمِّن ، ولا يقنت . والثاني : يتخير بين التأمين ، والقنوت . فعلى الأصح : هل يؤمِّن في الجميع ؟ وجهان . الأصح ، يؤمِّن في القدر الذي هو دعاء . وأما الثناء ، فيشاركه فيه ، أو يسكت . والثاني : يؤمِّن في الجميع . فإن كان لا يسمع الامام لبعده ، أو غيره وقلنا : لو سمع لأمن ، فهذا وجهان .

(١) وهو قوله : « اللهم إنا نستعينك ونستغفرك ... » الخ .

أحدهما : يفت ، والثاني : يؤمن ، كالوجهين في قراءة السورة إذا لم يسمع الامام .
وأما غير الصبح إذا قنت فيها ، فالراجع أنها كلها كالصبح سرية كانت ، أو
جهرية . ومقتضى إirاده في « الوسيط » أنه يسر في السرية ، وفي الجهرية الخلاف .
وهل يسن رفع اليدين في القنوب ، ومسح الوجه بها إذا فرغ ؟ فيه أوجه .
أصحها : يستحب الرفع ، دون المسح . والثاني : يستحبان . والثالث :
لا يستحبان .

قلت : لا يستحب مسح غير وجهه قطعاً . بل نص جماعة على كراهته . ولو
قنت بآية من القرآن ينوي بها القنوت . وقلنا : لا يتعين له لفظ ، فان تضمنت
الآية دعاء ، أو شبهه ، كان قنوتاً . وإن لم تتضمنه كآية الدين ، و(تبت) فوجهان .
حكماها في « الحاوي » الصحيح : لا يكون قنوتاً . ولو قنت قبل الركوع ، فان
كان مالئياً يرى ذلك ، أجزاء . وإن كان شافئياً لا يراه ، لم يجب على
الصحيح ، بل يعيده بعد الرفع من الركوع . وهل يسجد للسهو ؟ وجهان .
الأصح المنصوص في « الأم » : يسجد . والله أعلم

فصل

في السجود

هو ركن ، وله أقل ، وأكمل . أما أقله ، ففيه مسائل .

إحداها : يجب أن يضع على الأرض من الجهة ، ما يقع عليه الاسم .
وفي وجه : لا يكفي بعض الجهة . وهو شاذ منكر . ولا يجزئ عن الجهة ،
الجينان ، وهما جانباً الجهة . والصحيح ، أنه لا يكفي في وضع الجهة الامساس ،
بل يجب أن يتحامل على موضع سجوده بثقل رأسه وعنقه ، حتى تستقر جبهته .

فلو سجد على قطن ، أو حشيش ، أو شيء محشو بها ، وجب أن يتحامل حتى ينكس ، ويظهر أثره على يدٍ لو فرضت تحت ذلك المحشو ، فإن لم يفعل ، لم يجزئه . وقال إمام الحرمين : عندي أنه يكفي إرخاء رأسه ، ولا يقلته . ولا حاجة إلى التحامل كيف فرض محل السجود . وهل يجب وضع اليدين والركبتين والقدمين على موضع السجود؟ قولان . أظهرهما : لا يجب . فإن أوجيناه ، كفى وضع جزء من كل واحد منها . والاعتبار في اليد ، بإطن الكف ، وفي الرجلين ، بطون الأصابع . وإن قلنا : لا يجب ، اعتمد على ما شاء منها ، ویرفع ما شاء . ولا يمكنه أن يسجد مع رفع الجميع . هذا هو الغالب ، أو المقطوع به .

قلت : الأظهر : وجوب الوضع . قال الشيخ أبو حامد في تعليقه : إذا قلنا : لا يجب وضعها ، فلو أمكنه أن يسجد على الجهة وحدها ، أجزأه ، وكذا قال صاحب « المدة » : لو لم يضع شيئاً منها ، أجزأه .

ومن صور رفعها كلها إذا رفع الركبتين ، والتقدمين ، ووضع ظهر الكفين ، أو حرفها ، فإنه في حكم رفعها . والله أعلم

ولا يجب وضع الأنف على الأرض .

قلت : وحكى صاحب « البيان » قولاً غريباً أنه يجب وضع الأنف مع الجهة مكشوفاً . والله أعلم

ويجب أن يكشف من الجهة ما يقع عليه الاسم ، فيأثر به موضع السجود . وإنما يحصل الكشف إذا لم يحل بينه وبين موضع السجود حائل متصل به يرتفع بارتفاعه ، فلو سجد على طرف عمامته ، أو ذيله المتحرك بحركته ، لم يصح . وإن لم يتحرك بحركته قياماً وقموداً ، أجزأه .

قلت : لو كان على جبهته جراحة ، فعضها ، وسجد على العضابة ، أجزأه ،

ولا إعادة عليه على المذهب ، لأنه إذا سقطت الاعادة مع الایماء للذر ، فهذا أولى .

وانداعلم

وإذا أوجبنا وضع الركبتين والقدمين ، لم يجب كشفها قطعاً ، وإذا أوجبنا وضع الكفين ، لم يجب كشفها أيضاً على الأظهر . فاذا أوجبناه ، كفى كشف بعض من كل واحد منها .

المسألة الثانية : إذا وضع الجبهة ، وسائر الأعضاء على الأرض ، فله ثلاث

صور .

أحداها : أن يكون أعاليه أعلى من أسافله ، بأن يضع رأسه على ارتفاع ، فيصير رأسه أعلى من حقوه ، فلا يجزئه ، لعدم اسم السجود ، كما لو أكب ، ومدّ رجله .

الثانية : أن تكون الأسافل أعلى من الأعالي ، فهذه هيئة التنكيس ، وهي المطلوبة ، ومهما كان المكان مستوياً ، كان الحقو أعلى . ولو كان موضع الرأس مرتفعاً ، قليلاً ، فقد ترتفع أسافله ، وتحصل هذه الهيئة أيضاً .

الثالثة : أن تتساوى أعاليه وأسافله ، لارتفاع موضع الجبهة ، وعدم رفعه الأسافل ، فالأصح : أنها لا تجزئ . وإذا تعذرت الهيئة المطلوبة لمرض ، أو غيره ، فهل يلزمه وضع وسادة ونحوها ، ليضع الجبهة عليها ، أم يكفي إنهاء الرأس إلى الحدّ الممكن من غير وضع الجبهة على شيء ؟ وجهان . أصحابها : عند الغزالي : الوجوب . والأشبه بكلام الأكثرين : الاكتفاء بانتهاء الرأس . ولو عجز عن وضع الجبهة على الأرض ، وقدر على وضعها ، على وسادة مع النكس ، لزمه ذلك بلا خلاف . ولو عجز عن الانحناء ، أشار بالرأس ، ثم بالطرف ، على ما تقدم نظيره .

المسألة الثالثة : تجب الطمأنينة في السجود ، ويجب أن لا يقصد بهويّه غير

السجود ، فلو سقط إلى الأرض من الاعتدال قبل قصد الهوي ، لم يحسب ، بل

يعود إلى الاعتدال ، ويسجد منه . ولو هوى ليسجد ، فسقط على الأرض بجهته ،
نظر ، إن وضع جبهته على الأرض بنية الاعتماد ، لم يحسب عن السجود ، وإن لم
تحدث هذه النية ، حسب . ولو هوى ليسجد ، فسقط على جنبه ، فانقلب وأتى
بصورة السجود ، فإن قصد السجود ، اعتد به ، وإن قصد الاستقامة ، لم
يعتد به .

قلت : إذا قصد الاستقامة ، له حالان . أحدهما : أن يقصدها ، قاصداً صرف
ذلك عن السجود ، فلا يجزئه قطعاً ، وتبطل صلاته ، لأنه زاد فعلاً لا يزداد مثله
في الصلاة عامداً . قاله إمام الحرمين ، وغيره . والثاني : أن يقصد الاستقامة ، ولا
يقصد صرفه عن السجود ، بل يغفل عنه ، فلا يجزئه أيضاً على الصحيح المنصوص ،
ولكن لا تبطل صلاته ، بل يكفيه أن يعتدل جالساً ، ثم يسجد . ولا يلزمه أن
يقوم ليسجد من قيام على الظاهر ، فلو قام ، كان زائداً قياماً متعمداً ، فتبطل
صلاته . هذا بيان الحالتين . ولو لم يقصد السجود ، ولا الاستقامة ، أجزأه ذلك
عن السجود قطعاً . والمعجب من الامام الرافي ، في كونه ترك استيفاء هذه الزيادة
التي ألحقها . والله أعلم

فرع

وأما أكمل السجود ، فالسنة أن يكون أول ما يقع على الأرض من الساجد
ركبتيه ، ثم يديه ، ثم أنفه ، وجبهته ، ويتدى التكبير ، مع ابتداء الهوي ،
وهل يمد ، أو يحذفه ؟ فيه القولان المتقدمان . ولا يرفع اليد مع التكبير هنا .
ويستحب أن يقول في سجوده : « سبحان ربي الأعلى » ثلاثاً وهذا أدنى الكمال .
والأفضل أن يقول بعده : « اللهم لك سجدت ، وبك آمنت ، ولك أسلمت ،

سجد وجهي للذي خلقه وصوّره ، وشقّ سمعه وبصره ، بحوله وقوته ، تبارك الله أحسن الخالقين » والامام يقتصر على التسبيح ، إلا أن يرضوا .

ويستحب للمفرد ، أن يجتهد في الدعاء في سجوده ، وأن يضع كل ساجد ، الأنف مع الجبهة مكشوفاً ، وأن يفرق بين ركبتيه . ويرفع الرجل مرفقيه عن جنبيه ، وبطنه عن غذيه ، والمرأة تضم بعضها إلى بعض . وأن يضع الساجد يديه على الأرض ، بإزاء منكبيه ، وأصابعه ملتصق بعضها إلى بعض ، مستطيلة إلى جهة القبلة ، وسنة أصابع اليدين ، إذا كانت منشورة في جميع الصلاة ، التفريغ المقصد ، إلا في حالة السجود ، فانه يلصقها .

قلت : وإلا في التشهد ، فان الصحيح : أن أصابع اليسرى ، تكون كهيئةها في السجود . وكذا أصابعها في الجلوس بين السجدين . والله أعلم

ويرفع الساجد ذراعيه عن الأرض ، ولا يفترشها ، وينصب القدمين ، ويوجه أصابعها إلى القبلة ، وإنما يحصل توجيهها ، بالتحامل عليها ، والاعتماد على بطونها . وقال في « النهاية » الذي صححه الأئمة : أن يضع أطراف الأصابع على الأرض من غير تحامل . والأول : أصح .

قلت : قال أصحابنا : ويستحب أن يفرق بين القدمين . قال القاضي أبو الطيب : قال أصحابنا : يكون بينها شبر . ويستحب أن يقول في سجوده : « سبح ، قدوس رب الملائكة والروح » وأن يبرز قدميه من ذيله في السجود ، ويكشفها إذا لم يكن عليهما خف . ويكره أن يجمع في سجود ، أو غيره من أحوال الصلاة ، شمره ، أو ثيابه ، لغير حاجة . والله أعلم

فصل

فاذا فرغ من السجود ، رفع فاعتدل جالساً بين السجدين . وهذا الاعتدال ، واجب . ويجب الطمأنينة فيه ، ويجب أن لا يقصد بالرفع شيئاً آخر . وينبغي أن لا يطوّل الجلوس ، ويستحب أن يرفع رأسه مكبراً . والسنة : أن يجلس مفترشاً ، على المشهور . وفي قول شاذ ضعيف : يُضجع قدميه ، ويجلس على صدورهما . ويستحب أن يضع يديه على فخذه ، قريباً من ركبتيه ، منشورتي الأصابع . ولو انعطفت أطرافها على الركبة ، فلا بأس . ولو تركها على الأرض من جانبي فخذه ، كان كإرسالهما في القيام .

ويستحب أن يقول في جلوسه : « اللهم اغفر لي ، وارحمي واجبرني ، وعافني ، وارزقي ، واهدني » .

فصل

ثم يسجد السجدة الثانية ، مثل الأولى ، في واجباتها ، ومندوباتها . وإذا رفع من السجدة الثانية ، كبر . فإن كانت سجدة لا يعقبا تشهد ، فالذهب : أنه يسنّ أن يجلس عقبها جلسة لطيفة ، تسمى : جلسة الاستراحة . وفي قول : لا تسنّ هذه الجلسة ، بل يقوم من السجود . وقيل : إن كان بالمصلي ضعف لكبر ، أو غيره ، جلس ، وإلا فلا . فإن قلنا : لا يجلس ، ابتداء التكبير مع ابتداء الرفع ، وفرغ منه مع استوائه قائماً . وإن قلنا : يجلس ، ففي التكبير ، أوجه . أصحابها عند جمهور الأصحاب : أنه يرفع مكبراً ، ويعدّه إلى أن يستوي قائماً . ويخفف الجلسة حتى لا يخلو جزء من صلاته عن ذكر . والثاني : يرفع غير

مكبر ، ويتندى بالتكبير جالساً ، ويمده إلى أن يقوم . والثالث : يرفع مكبراً ، وإذا جلس ، قطعه ، وقام بلا تكبير . ولا يجمع بين تكبيرتين ، بلا خلاف . والسنة في هذه الجلسة : الافتراش . وسواء قام من الجلسة ، أو من السجدة ، يسن أن يقوم ممتداً بيديه من الأرض .

قلت : اختلف أصحابنا في جلسة الاستراحة على وجهين . الصحيح : أنها جلسة مستقلة يفصل بين الركعتين كالتشهد . والثاني : أنها من الركعة الثانية . قال القاضي أبو الطيب ، وغيره : يكره أن يقدم إحدى رجليه حال القيام ، ويعتمد عليها . والله أعلم

فصل

في الفسحر والجلوس له

هما ضربان . أحدهما : أن يقما في آخر الصلاة . وهما فرضان . والثاني : في أثنائها ، وهما سنتان ، ثم لا يتعين للعود هيئة للاجزاء ، بل كيف قصد ، أجزاءه . لكن السنة في قعود آخر الصلاة ، التورك . وفي أثنائها ، الافتراش . والافتراش : أن يضع رجله اليسرى ، بحيث يلي ظهرها الأرض ، ويجلس عليها ، وينصب اليمنى ، ويضع أطراف أصابعها على الأرض متوجة إلى القبلة . والتورك : أن يخرج رجله وهما على هيئة الافتراش ، من جهة يمينه ، ويمكّن وركه من الأرض . وإذا جلس المسبوق في آخر صلاة الامام ، فثلاثة أوجه . الصحيح المنصوص الذي قطع به الجماهير : يفتش . والثاني : يتورك . والثالث : إن كان جلوسه محل تشهد للمسبوق ، افتش ، وإلا تورك ، لأن جلوسه بمجرد المتابعة ، فيتابع في الهيئة . وإذا جلس من عليه سجود سهو في آخر صلاته ، افتش على الصحيح ، وتورك على

الثاني . والسنة في التشهدين جميعاً : أن يضع يده اليسرى ، على غفذه اليسرى ، واليمنى ، على غفذه اليمنى ، وينشر أصابع اليسرى ، ويجعلها قريبة من طرف الركبة ، بحيث يساوي رؤوسها الركبة . وهل يفرجها ، أو يضمها ؟ وجهان . الأشهر : بفرج تفريجاً مقتصداً ، ولا يؤمر بالتفريج الفاحش في موضع ما . والثاني : يضمها ليتوجه إلى القبلة .

قلت : هذا الثاني ، أصح . وقد نقل الشيخ أبو حامد في تعليقه ، اتفاق الأصحاب عليه . والله أعلم

وأما اليد اليمنى ، فيضمها على طرف الركبة اليمنى ، ويقبض خنصرها ، وينصرها ، ويرسل المبتحكة . وفيما يفعل بالإبهام والوسطى ثلاثة أقوال . أحدها : يقبض الوسطى مع الخنصر والبنصر ، ويرسل الإبهام مع المبتحكة . والثاني : يخلّق بين الإبهام والوسطى . وفي كيفية التحليق ، وجهان . أصحها : يخلّق بينها برأسها . والثاني : يضع أظفاله الوسطى بين عقدتي الإبهام . والقول الثالث ، وهو الأظهر : أنه يقبضها أيضاً . وفي كيفية وضع الإبهام على هذا ، وجهان . أصحها : يضعها بجانب المبتحكة ، كأنه عاقد ثلاثة وخمسين . والثاني : يضعها على أصبعه الوسطى ، كأنه عاقد ثلاثة وعشرين . وكيف فعل من هذه الهيئات ، فقد أتى بالسنة . قاله ابن الصباغ ، وغيره : وعلى الأقوال كلها ، يستحب أن يرفع مبعته في كلمة الشهادة ، إذا بلغ همزة : «إلا الله» وهل يحركها عند الرفع ؟ وجهان . الأصح : لا يحركها . ولنا وجه شاذ : أنه يشير بها في جميع التشهد . قلت : وإذا قلنا بالأصح : إنه لا يحركها فحركها ، لم تبطل صلاته على الصحيح . وتكره الإشارة بمبتحكة اليسرى ، حتى لو كان أقطع اليمنى ، لم يشر بمبتحكة اليسرى ، لأن سنتها ، البسط دائماً . والله أعلم

فرع

التشهد الذي يعقبه السلام ، واجب ، كما سبق ، وتجب فيه الصلاة على النبي ﷺ .
وفي الصلاة على آل النبي ﷺ قولان . وقيل : وجهان . الصحيح المشهور : أنها سنة .
والثاني : واجبة . وهل تسن الصلاة على النبي ﷺ في التشهد الأول ؟ قولان . أظهرهما :
تسن . وإلا ، فملى القولين في الصلاة على آل النبي ﷺ . وإذا قلنا : لا تسن
الصلاة على النبي ﷺ في الأول ، ولا في القنوت ، فأتى بها في أحدهما ، أو
أوجبنا الصلاة على آل في الأخيرة ، ولم نسنها في الأول ، فأتى بها فيه ، فقد
نقل ركناً إلى غير موضعه . وفي بطلان الصلاة بذلك ، كلام يأتي في باب سجود
السهو ، إن شاء الله تعالى .
وآل النبي ﷺ : بنو هاشم ، وبنو المطلب . نص عليه الشافعي رحمه .
وفي وجه : أنهم كل المسلمين .

فرع

في أكل الفسهر ، وأقند

أما أكمله ، فما رواه ابن عباس رضي الله عنها « التحيتات ، المباركات ،
الصلوات ، الطيبات لله ، سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته ، سلام علينا وعلى
عباد الله الصالحين ، أشهد أن لا إله إلا الله ، وأشهد أن محمداً رسول الله .
هكذا رواه الشافعي ، ورواه غيره « السلام عليك أيها النبي » « السلام علينا ،
وعلى عباد الله الصالحين » بالألف واللام . ولو تشهد بما رواه ابن مسعود ، أو
بتشهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، جاز . لكن الأول أفضل .

وتشهد ابن مسعود « التحيات لله ، والصلوات ، والطيبات ، السلام عليك ... » وذكره كما تقدم . إلا أن في آخره « وأشهد أن محمداً عبده ورسوله » .
وتشهد عمر « التحيات لله ، الزاكيات لله ، الطيبات لله ، الصلوات لله ، السلام عليك ... » وذكره كابن مسعود . ولنا وجه : أن الأفضل ، أن يقول : « التحيات المباركات الزاكيات ، والصلوات والطيبات لله ، السلام عليك ... » . ذكره ليكون جامعاً لها كلها . وقال جماعة من أصحابنا : يستحب أن يقول قبل التحيات : « بسم الله ، وبالله ، التحيات لله » . ويروى « بسم الله خير الأسماء » والصحيح الذي عليه جماهيرهم : أنه لا يقدم التسمية .

وأما أقله ، فنص الشافعي رحمه الله ، وأكثر الأصحاب رحمهم الله ، أنه : « التحيات لله ، سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته ، سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، أشهد أن لا إله إلا الله ، وأن محمداً رسوله » . هكذا نقله العراقيون ، والرويان ، وكذا نقله البغوي . إلا أنه قال : « وأشهد أن محمداً رسوله » . ونقله ابن كعب ، والصيدلاني ، وأسقط كلمة : « وبركاته » وقالوا : « وأشهد أن محمداً رسول الله » . وقال ابن سريج رحمه الله : أقله : « التحيات لله ، سلام عليك أيها النبي ، سلام على عباد الله الصالحين ، أشهد أن لا إله إلا الله ، وأن محمداً رسوله » . وأسقط بعضهم : السلام الثاني . وقال بعضهم : « سلام عليك أيها النبي ، وعلى عباد الله الصالحين » . وأسقط بعضهم : « الصالحين » . واختاره الحلبي . قلت : وروي : « سلام عليك » و« سلام علينا » . وروي : « السلام » بالألف واللام فيها ، وهذا أكثر في روايات الحديث ، وفي كلام الشافعي : وافق أصحابنا على جواز الأمرين هنا ، بخلاف سلام التحلل . قالوا : والأفضل هنا ، الألف واللام ، لكثرة ، وزيادته ، وموافقة سلام التحلل . والله أعلم

فرع

أقل الصلاة على النبي ﷺ ، أن يقول : « اللهم صلّ على محمد ، أو « صلى الله على محمد ، أو « صلى الله على رسوله ، وفي وجهه : يكفي « صلى الله عليه » . وأقل الصلاة على الآل : أن يقول : « وآله ، وأكملها أن يقول : « اللهم صلّ على محمد ، وعلى آل محمد ، كما صليت على إبراهيم ، وعلى آل إبراهيم ، وبارك على محمد ، وعلى آل محمد ، كما باركت على إبراهيم ، وعلى آل إبراهيم ، إنك حميد مجيد » . ويستحب الدعاء بعد ذلك . وله أن يدعو بما شاء من أمر الدنيا ، والآخرة ، وأمور الآخرة أفضل . وعن الشيخ أبي محمد : أنه كان يتردد في مثل : اللهم ارزقني جارية صفتها كذا ، ويميل إلى المنع ، وأنه يطيل الصلاة . والصواب الذي عليه الجماهير جواز الجميع . لكن ماورد في الأخبار أحب من غيره . ومنه : « اللهم اغفر لي ما قدمت ، وما أخرت ، وما أسرت ، وما أعلنت ، وما أسرفت - وفيه أيضاً : « وما أعانت » مقدم على « ما أسرت » - وما أنت أعلم به مني ، أنت المقدم ، وأنت المؤخر ، لا إله إلا أنت » . وأيضاً : « اللهم [إني] أعوذ بك من عذاب النار ، وعذاب القبر ، وفنّة الحيا ، والمات ، وفنّة المسيح الدجال » . وأيضاً : « اللهم إني أعوذ بك من المأثم والمغرم » . وأيضاً : « اللهم إني ظلمت نفسي ظلماً كثيراً ، ولا يغفر الذنوب إلا أنت ، فاغفر لي مغفرة من عندك ، وارحمني إنك أنت الغفور الرحيم » .

ثم الصحيح الذي عليه الجمهور ، أن الدعاء مستحب للإمام ، وغيره . لكن الأفضل ، أن يكون الدعاء أقل من التشهد والصلاة على النبي ﷺ ، لأنه تبع لهما . فإن زاد ، لم يضر . إلا أن يكون إماماً ، فيكره التطويل . والوجه الثاني : المستحب للإمام ، أن لا يدعو ، ويستحب للمنفرد الدعاء .

ولا بأس بتطويله ، هذا كله في التشهد الأخير . أما الأول : فيكره فيه الدعاء ، بل لا يريد على لفظ التشهد ، إلا الصلاة على النبي ﷺ إذا قلنا : هي سنة فيه ، وعلى الآل على وجه .

قلت : إطالة التشهد الأول مكروهة ، كما ذكر . فلو طوَّله ، لم تبطل صلاته ، ولم يسجد للسهو ، سواء طوَّله عمداً ، أم سهواً . والله أعلم

فرع

لا يجوز لمن عرف التشهد بالعربية ، أن يعدل إلى ترجمته ، فإن عجز ، أتى بترجمته . والصلاة على النبي ﷺ ، وعلى الآل ، إذا أوجبنها ، كالتشهد . وأما ما عدا الواجبات من الألفاظ الشروعة في الصلاة ، إذا عجز عنها بالعربية ، فقسمان . دعاء ، وغيره .

فأما الدعاء المأثور ، ففيه ثلاثة أوجه . أصحابها : تجوز الترجمة عنه لمن لا يحسن العربية ، ولا يجوز لمن يحسنها ، فإن ترجم ، بطلت صلاته . والثاني : يجوز لمن أحسنها ، ولغيره . والثالث : لا يجوز لواحد منها . ولا يجوز أن يخترع دعوة بالمجمية يدعو بها قطعاً . وأما سائر الأذكار ، كالتشهد الأول ، والقنوت ، وتكبيرات الانتقالات ، والتسبيحات ، فأوجه . أحدها : يجوز أن يأتي بترجمتها العاجز . والثاني : لا يجوز . والثالث : يترجم لما يجبر بالسجود ، دون غيره .

قلت : الأصح : الجواز للعاجز ، ومنعه في القادر . ثم إذا قام من التشهد الأول ، قام مكبراً . وهل يمهده ؟ فيه القولان السابقان في فصل الركوع . ثم قال جمهور أصحابنا : لا يرفع يديه في هذا القيام . ولنا وجه : أنه يستحب رفع اليدين فيه ، كما يستحب في الركوع ، والرفع منه . وحكاة صاحب « المهذب »

وغيره عن أبي بكر بن النذر ، وأبي علي الطبري . وهذا الوجه ، هو الصحيح ، أو الصواب . فقد ثبت ذلك في « صحيح البخاري » وغيره ، عن رسول الله ﷺ^(١) ونص عليه الشافعي رحمه الله . وقد أطنبت في إيضاحه في شرح « المذهب » .

واعلم أن في الصلاة الرباعية ، اثنتين وعشرين تكبيرة . وفي الثلاثية ، سبع عشرة . وفي الثنائية ، إحدى عشرة . والله أعلم

فصل

في السلام

قد تقدم أنه ركن . وأقله : السلام عليكم . ولو قال : سلامٌ عليكم ، بالتثنية ، أجزأه على الأصح .

قلت : الأصح عند الجمهور : لا يجزئه ، وهو النصوص . والله أعلم

ولو قال : عليكم السلام ، أجزأه على المذهب . ولا يجزئ : سلامٌ عليك ، ولا : سلامي عليكم ، ولا : سلام الله عليكم ، ولا : سلامٌ عليهم . وإن قال شيئاً من ذلك متممداً ، بطلت صلاته . إلا قوله : السلام عليهم . لأنه دعاء لفائب . وهل يجب أن ينوي بسلامه الخروج من الصلاة ؟ وجهان . أحصهما : لا يجب . فإن قلنا : يجب ، لم يجب تعيين الصلاة في نية الخروج ، ولو عين غير ما هو فيه عمداً ،

(١) روى البخاري في « صحيحه » عن نافع ، أن ابن عمر رضي الله عنهما ، كان إذا دخل الصلاة كبر ورفع يديه ، وإذا ركع رفع يديه ، وإذا قال : سمع الله لمن حمده ، رفع يديه ، وإذا قام من الركعتين رفع يديه . ورفع ابن عمر ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم . وروى أبو داود والترمذي وغيرهما عن حميد الساعدي وأبي قتادة وعلي في وصف صلاة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم « وإذا قام من الركعتين كبر ورفع يديه » وهو حديث صحيح .

بطلت صلاته ، وإن كان سهواً ، سجد للسهو ، وسلم ثانياً . وإذا قلنا : لا تجب نية الخروج ، لا يضر الخطأ في التعمين . وإذا قلنا : يجب ، فيجب أن ينوي مقترناً بالتسليم الأولى ، فإن قدمها على السلام ، أو سلم بلا نية ، بطلت صلاته . ولو نوى قبل السلام الخروج عنده ، لم تبطل صلاته ، لكن لا يكفيه ، بل تجب النية مع السلام . ويجب على المصلي ، أن يوقع السلام في حالة القعود . أما أكمل السلام ، فإن يقول : السلام عليكم ورحمة الله . ويسن تسليمه ثانية ، على المشهور . وفي قولٍ قديم : لا يزيد على واحدة . وفي قولٍ قديم آخر : يسلم غير الإمام واحدة . وكذا الإمام ، إن قلَّ القوم . ولا لفظ عندهم ، وإلا ، فتسليمتين . فإذا قلنا : يسلم واحدة ، جعلها تلقاء وجهه . وإن قلنا : تسليمتين ، فأحدهما عن يمينه ، والأخرى عن يساره . ويتبدى بالسلام مستقبل القبلة ، ثم يلتفت بحيث ينقضي السلام مع تمام الالتفات ، ويلتفت حتى يرى من كل جانب خده الواحد ، على الصحيح . وقيل : خداه . ويستحب للإمام ، أن ينوي بالتسليم الأولى ، السلام على مَنْ على يمينه من الملائكة ، ومسلمي الجن ، والانس . وبالثانية ، مَنْ على يساره منهم . وينوي المأموم مثل ذلك . ويختص بشيء آخر ، وهو أنه إن كان عن يمين الإمام ، نوى بالتسليم الثانية ، الرد على الإمام ، وإن كان عن يساره ، ينويه بالأولى . وإن كان محاذياً له ، نواه بأيتهما شاء ، وبالأولى أفضل . ويستحب أن ينوي بعض المأمومين ، الرد على بعض . وأما المنفرد ، فينوي بهما السلام ، على مَنْ على جانبيه من الملائكة ، ويستحب لكلٍ منهم ، أن ينوي بالتسليم الأولى ، الخروج من الصلاة ، إذا لم نوجبها . قلت : السنة : أن يكثر من ذكر الله تعالى عقب الصلاة ، وقد جاءت في بيان ما يستحب من الذكر ، أحاديث كثيرة صحيحة . أوضحتها في كتاب « الأذكار » ويسن الدعاء بعد السلام ، سراً ، إلا أن يكون إماماً يريد تعليم الحاضرين الدعاء ، فيجهر . قال أصحابنا : ويستحب إذا أراد أن يتنفل عقب الفريضة ، أن ينتقل إلى

يته ، فإن لم يكن ، فإلى موضع آخر . ويستحب إذا كان يصلي وراءه نساء ، أن يمكث في مصلاه حتى ينصرفن . وإذا أراد الانصراف ، فإن كان له حاجة عن يمينه ، أو عن يساره ، انصرف إلى جهة حاجته ، وإن لم يكن حاجة ، فجهة اليمين أفضل . وإذا سلم الامام التسليمة الأولى ، فقد انقطعت متابعة المأموم ، وهو بالخيار ، إن شاء سلم في الحال ، وإن شاء استدام الجلوس للتموذ ، والدعاء ، وأطال ذلك . ولو اقتصر الامام على تسليمته ، استحب للمأموم تسليمتان . ويستحب للمصلي ، الخشوع في صلاته ، وأن يديم نظره إلى موضع سجوده . قال بعض أصحابنا : يكره له تغميض عينيه . والمختار : أنه لا يكره إن لم يخف ضرراً . وينبغي أن يدخل فيها بنشاط ، وفراغ قلبه من الشواغل . والله أعلم

فصل

من فاتته صلاة فريضة ، وجب قضاؤها ، وينبغي أن يقضيها على الفور ، فإن أخرها ، ففيه كلام نذكره في الحج ، إن شاء الله تعالى . فإن قضى فائتة الليل بالليل ، جهر ، وإن قضى فائتة النهار بالنهار ، أسر ، وإن قضى فائتة النهار ليلاً ، أو عكس ، فالاعتبار بوقت القضاء على الأصح . وعلى الثاني ، بوقت الفوائت . قلت : صلاة الصبح ، وإن كانت نهائية ، فهي في القضاء جهرية ، ولو قتها ، حكم الليل في الجهر ، وإطلاقهم محمول على هذا . والله أعلم

ويستحب في قضاء الصلوات ، الترتيب . ولا يجب في قضائها ، ولا بين فريضة الوقت ، والمقضية . فإن دخل وقت فريضة وتذكر فائتة ، فإن اتسع وقت الحاضرة ، استحب البداءة بالفائتة ، وإن ضاق ، وجب تقديم الحاضرة . ولو

تذكر الفائنة بعد شروعه في الحاضرة ، أتمها ، ضاق الوقت ، أم اتسع ، ثم يقضي الفائنة . ويستحب أن يعيد الحاضرة بعدها .

قلت : ولو شرع في الفائنة معتقداً أن في الوقت سعة ، فإن ضيقه ، وجب قطعها والشروع في الحاضرة على الصحيح ، وعلى الشاذ : يجب إتمام الفائنة . ولو تذكر فائنة وهناك جماعة يصلون في الحاضرة ، والوقت متسع ، فالأولى أن يصلي الفائنة أولاً منفرداً ، لأن الترتيب مختلف في وجوبه ، والقضاء خلف الأداء مختلف في جوازه ، فاستحب الخروج من الخلاف . ولو فاتته صلوات لا يعرف قدرها ، ويعلم أنها لا تنقص عن عشر صلوات ، ولا تزيد على عشرين ، فوجهان . أحدهما : يلزمه العشر . وأصحها : العشرون .

واعلم أن الصلاة تشتمل على فرائض ، وسنن ، كما سبق . ولها شروط سيأتي بيانها في بابها ، إن شاء الله تعالى . قال صاحب « التهذيب » : شروط الصلاة قبل الشروع فيها ، خمسة : الطهارة عن الحدث والنجس ، وستر العورة ، واستقبال القبلة ، والمسلم بدخول الوقت يقيناً أو ظناً ، بالاجتهاد ونحوه . والخامس : العلم بفرضية الصلاة ومعرفة أعمالها . قال : فإن جهل فرضية أصل الصلاة ، أو علم أن بعض الصلوات فريضة ، لكن لم يعلم فرضية الصلاة التي شرع فيها ، لم تصح صلاته . وكذا إذا لم يعرف فرضية الوضوء . أما إذا علم فرضية الصلاة ، ولم يعلم أركانها ، فله ثلاثة أحوال . أحدها : أن يعتقد جميع أفعالها سنة . والثاني : أن يعتقد بعضها فرضاً ، وبعضها سنة ، ولا يعرف تمييزها ، فلا تصح صلاته قطعاً . صرح به القاضي حسين ، وصاحب « التتمة » و « التهذيب » . الثالث : أن يعتقد جميع أفعالها فرضاً ، فوجهان حكاهما القاضي حسين ، وصاحب « التهذيب » أحدهما : لا تصح صلاته ، لأنه ترك معرفة ذلك ، وهي واجبة . وأصحها : تصح . وبه قطع صاحب « التتمة » لأنه ليس فيه أكثر من أنه أدى سنة باعتقاد الفرض ، وذلك لا يؤثر . قال في « التهذيب » : فإن لم نصحح صلاته ،

ففي صحة وضوئه في هذه الصورة ، وجهان . هكذا ذكروا هذه المسائل ، ولم يفرقوا بين العامي وغيره . وقال الغزالي في « الفتاوى » : العامي الذي لا يميز فرائض صلاته من سننها ، تصح صلاته بشرط أن لا يقصد التغفل بما هو فرض . فإن قوى التغفل به ، لم يعتد به ، فإذا غفل عن التفصيل ، فنية الجملة في الابتداء كافية . هذا كلام الغزالي ، وهو الظاهر الذي يقتضيه ظواهر أحوال الصحابة رضي الله عنهم ، فمن بعدهم . ولم ينقل عن النبي ﷺ أنه ألزم الأعراب ذلك ، ولا أمر بإعادة صلاة من لا يعلم هذا . والله أعلم

الباب الخامس

في شروط الصلاة والمنتهي عنه فيها

وشروطها ثمانية .

أحدها : استقبال القبلة .

والثاني : العلم بدخول الوقت أو ظنه . وقد تقدم ذكرهما في بابها .
الثالث : طهارة الحدث . وتقدم في كتاب « الطهارة » بيان حصولها . فلو لم يكن متطهراً عند إحرامه ، لم تنعقد صلاته ، عامداً كان ، أو ساهياً . وإن أحرم متطهراً ، ثم أحدث باختياره ، بطلت صلاته ، عمداً كان حدثه ، أو سهواً ، علم بالصلاة ، أم نسيها . وإن أحدث بغير اختياره ، بأن سبقه الحدث ، بطلت طهارته بلا خلاف ، وبطلت صلاته أيضاً على المشهور الجديد ، ولا تبطل على القديم ، سواء كان الحدث أصغر ، أو أكبر ، بل يتطهر ، ويبنى على صلاته . فإن كان حدثه في الركوع مثلاً ، فقال الصيدلاني : يجب أن يعود إلى الركوع . وقال إمام الحرمين : إن لم يكن اطمأن ، وجب العود إلى الركوع . وإن كان اطمأن ، فالظاهر : أنه لا يعود إليه . ثم إذا ذهب من سبقه الحدث ليتوضأ ويبنى ، لزمه أن يسعى في تقريب الزمان ، وتقليل الأفعال بحسب الامكان ،

وليس له بعد تطهره أن يعود إلى الموضع الذي كان فيه ، إن قدر على الصلاة في أقرب منه ، إلا أن يكون إماماً لم يستخلف ، أو مأموماً يقصد فضيلة الجماعة ، قلها العود . وما لا يستغنى عنه من الذهاب إلى الماء ، واستقائه ونحوه ، فلا بأس به . ولا يشترط فيه العدو ، والبدار الخارج عن الاقتصاد . ويشترط أن لا يتكلم إلا إذا احتاج إليه في تحصيل الماء ، ولو أخرج تمام الحدث الأول متممداً ، لم يمنع البناء على المنصوص في القديم ، وبه قطع الجمهور . وقال إمام الحرمين ، والغزالي : يمنع ، ولو أحدث حدثاً آخر ، ففي منعه البناء ، وجهان . هذا كله تفريع القديم ، هذا كله في صاحب « طهارة الرفاهية » . أما المستحاضة ومن في معناها ، فلا يضر حدثها المقارن ولا الحادث على تفصيله السابق .

فرع

ماسوى الحدث من الأسباب المناقضة للصلاة ، إذا طرأ فيها ، أبطلها قطعاً إن كان باختياره ، أو بغير اختياره ، إذا نسب فيه إلى تقصير ، كمن مسح خفه ، فانقضت مدته في الصلاة ، أو دخل فيها وهو يدافع الحدث ، ويعلم أنه لا يقدر على التماسك إلى فراغها . ولو تحرق خف الماسح ، فالأصح : أنه على قولي سبى الحدث . وقيل : تبطل قطعاً . أما إذا طرأ مناقض ، لا باختياره ، ولا بتقصيره ، فإن أزاله في الحال ، كمن انكشفت عورته ، فسترها في الحال ، أو وقعت عليه نجاسة يابسة ، فففضها في الحال ، أو ألقى الثوب الذي وقعت عليه في الحال ، فصلاته صحيحة . وإن نجاها بيده ، أو كتمه ، بطلت صلاته . وإن احتاج في إزالته إلى زمن ، بأن ينجس ثوبه ، أو بدنه نجاسة يجب غسلها . أو أبعدت الريح ثوبه ، فعلى قولي سبق الحدث . ولو خرج من جرحه دم متدفق ، ولم يلوّث بشرته ، لم تبطل صلاته .

الشرط الرابع : طهارة النجس . النجاسة قهراً . واقعة في مظنة العفو ،

وغيرها .

أما الواقعة في غير مظنة العفو ، فيجب الاحتراز منها في الثوب ، والبدن ، والكان . فإن أصاب ثوبه نجاسة ، وعرف موضعها ، فطريق إزالتها ، الغسل كما سبق . فلو قطع موضعها ، أجزأه . ويلزمه ذلك إذا تعذر الغسل ، وأمكن ستر المورة بالظاهر منه ، ولم ينقص من قيمته بالقطع أكثر من أجرة الثوب . وإن لم يعرف موضع النجاسة من البدن ، أو الثوب ، واحتمل وجودها في كل جزء ، وجب غسل الجميع ، ولا يجرئه التحري . فلو شق الثوب نصفين ، لم يجرى التحري فيها . ولو أصاب شيء رطب طرفاً من هذا الثوب ، لم ينجس الرطب ، لأننا لا نتيقن نجاسة موضع الإصابة . ولو غسل إحدى نصفيه في حال اتصاله ، ثم غسل النصف الآخر ، فهو كما لو تيقن نجاسة الجميع ، وغسله هكذا . وفيه وجهان . أحدهما : لا يطهر حتى يغسل النصفين دفعة واحدة . وأصحها : أنه إن غسل مع النصف الثاني القدر الذي يجاوره من الأول ، طهر الكل . وإن اقتصر على النصفين ، فقد طهر الطرفين ، وبقي المنتصف نجساً في صورة اليقين ، ومجتنباً في الصورة الأولى . ولو نجس أحد موضعين منحصرين ، أو مواضع ، وأشكل عليه كأحد كفيه ، فأدى اجتهاده إلى نجاسة أحدهما ، فغسله ، وصلى فيه ، لم تصح صلاته على الأصح . فلو فصل أحد اليكين عن الثوب ، صاراً كالثوبين . فإن غسل ما ظنه نجساً ، وصلى فيه ، جاز . وإن صلى فيما ظنه طاهراً ، جاز . ويجري الوجهان فيما إذا نجست إحدى يديه ، أو أحد أصابعه ، وغسل ما ظن نجاسته ، وصلى . وفيما لو اجتهد في ثوبين ، وغسل النجس ، وصلى فيها معاً . لكن الأصح هنا ، الجواز . بخلاف اليكين ، لضعف أثر الاجتهاد في الثوب الواحد . ولو غسل أحد اليكين بالاجتهاد ، وفصله عن الثوب ، فجواز الصلاة فيما لم يغسله ، على الخلاف . ولو غسل أحد الثوبين بالاجتهاد ،

جازت الصلاة في كل واحد منها وحده بلا خلاف . ولو اشتبه ثوبان ، أو أثواب بمضها طاهر ، وبعضها نجس ، اجتهد كما سبق في الأواني . فإن لم يظهر له شيء ، وأمكنه غسل واحد ليصلي فيه ، لزمه ذلك ، وإلا فهو كمن لم يجد إلا ثوباً نجساً . ونذكره في الشرط الخامس إن شاء الله تعالى .

قلت : ولنا وجه ، أن يصلي الصلاة تلك في كل ثوب مرة . والصحيح المعروف : أنه يترك الثياب ، ويصلي عرياناً . وتجب الاعادة . والله أعلم .
ولو ظن طهارة أحد الثوبين ، وصلى فيه ، ثم تنير اجتهاده ، عمل بمقتضى الاجتهاد الثاني على الأصح ، كالقبلة .

قلت : ولا يجب إعادة واحدة من الصلاتين . وكذا لو كثرت الثياب ، والصلوات .
بالاجتهاد المختلف ، كما قلنا في القبلة . ولو تلف أحد الثوبين المشبهين قبل الاجتهاد ، لم يصل في الآخر على الأصح . والله أعلم .

فرع

ما لبسه المصلي ، يجب أن يكون طاهراً ، وأن لا يلاقي شيئاً نجساً ، سواء تحرك بحركته في قيامه وقعوده ، أو لم يتحرك ببعض أطرافه كذئابة الهامة . فلو أصاب طرف الهامة الذي لا يتحرك أرضاً نجسة ، بطلت صلاته . ولو قبض طرف جبل ، أو ثوب ، أو شدة في يده ، أو رجله ، أو وسطه ، وطرفه الآخر نجس ، أو متصل بالنجاسة ، فثلاثة أوجه . أصحها : تبطل صلاته . والثاني : لا تبطل . والثالث : إن كان الطرف نجساً ، أو متصلاً بعين النجاسة ، بأن كان في عنق كلب ، بطلت . وإن كان متصلاً بطاهر ، وذلك الطاهر متصلاً بنجاسة ، بأن شد في ساجور^(١) ، أو خرقة ، وهما في عنق كلب ، أو شدة ، في

(١) قال في « القاموس » : الساجور : خشبة تعلق في عنق الكلب . وسجره : شدة به ، كسجره .

عنق حمار عليه نحل نجس ، لم تبطل . والأوجه جارية ، سواء تحرك الطرف بحركته ، أم لا ، كذا قاله الجمهور . وقطع به إمام الحرمين ، والفزالي ، ومن تابعهما ، بالبطان إذا تحرك ، وخصوا الخلاف ، بما لا يتحرك . وقطع البغوي بالبطان في صورة الشد ، وخص الخلاف بصورة القبض باليد . وقال أكثر الأصحاب : إن كان الكلب صغيراً ، أو ميتاً ، وطرف الجبل مشدود به ، بطلت الصلاة قطعاً . وإن كان كبيراً حياً ، بطلت على الأصح . وإن كان الجبل مشدوداً في موضع طاهر من سفينة فيها نجاسة ، فإن كانت صغيرة تنجر بمجره ، فهي كالكلب . وإن كانت كبيرة ، لم تبطل على الصحيح . كما لو شد في باب دار فيها نجاسة ، واتفقت الطوائف على أنه لو جعل رأس الجبل تحت رجله ، صحت صلاته في جميع الصور .

فرع

من انكسر عظمه ، فجبره بمظم طاهر ، فلا بأس . وإن جبره بمظم نجس ، نظر ، إن كان محتاجاً إلى الجبر ولم يجد عظماً طاهراً يقوم مقامه ، فهو معذور ، وليس عليه نزع . وإن لم يحتج إليه ، أو وجد طاهراً يقوم مقامه ، وجب نزع . إن لم يخف الهلاك ، ولا تلف عضو ، ولا شيئاً من المذورات المذكورة في باب التيمم . فإن لم يفعل ، أجبره السلطان ، ولم تصح صلاته معه . ولا مبالة بالألم الذي يجده ، ولا يخاف منه . ولا فرق بين أن يكتسي اللحم ، أو لا يكتسيه . ومال إمام الحرمين ، إلى أنه إذا اكتسى اللحم ، لم يجب النزع . وإن كان لا يخاف الهلاك ، وهو مذهب أبي حنيفة ، ووجه شاذ لنا . وإن خاف من النزع الهلاك ، أو ما في معناه ، لم يجب النزع على الصحيح . وإذا أوجبت

النزع ، فمات قبله ، لم ينزع على الصحيح المنصوص ، سواء استتر باللحم ، أم لا . وقيل : إن استتر ، لم ينزع قطعاً . وعلى الشاذ : يجب النزع . وقيل : يستحب . ومداواة الجرح بالدواء النجس ، وخباطته بخيط نجس ، كالوصل بعظم نجس ، فيجب النزع حيث يجب نزع العظم . وكذا لو شق موضعاً من بدنه ، وجعل فيه دماً . وكذا لو وشم يده بالمظام ، أو غيرها ، فإنه ينجس عند الفرز . وفي تعليق الفراء ، أنه يزال الوشم بالعلاج . فإن لم يمكن إلا بالجرح ، لايجرح ، ولا إثم عليه بعد التوبة .

فرع

وصل المرأة شعرها بشعر نجس ، أو بشعر آدمي ، حرام قطعاً ، لأنه يحرم الانتفاع بشيء منه ، لكرامته ، بل يدفن شعره ، وغيره . وسواء في هذين ، المزووجة ، وغيرها . وأما الشعر الطاهر لنير الآدمي ، فإن لم تكن ذات زوج ، ولا سيد ، حرم الوصل به على الصحيح . وعلى الثاني : يكره . وإن كانت ذات زوج . أو سيد ، فثلاثة أوجه . أصحابها : إن وصلت بأذنه ، جاز ، وإلا حرم . والثاني : يحرم مطلقاً . والثالث : لا يحرم ، ولا يكره مطلقاً . وأما تحميم الوجنة ، فإن كانت خلية من الزوج ، أو السيد ، أو كان أحدهما ، وفعلته بغير إذنه ، فهو حرام ، وإن كان بأذنه ، فجائز على المذهب . وقيل : وجبان ، كالوصل . وأما الخضاب بالسواد ، وتطريف الأصابع ، فألحقوه بالتحميم . قال إمام الحرمين : ويقرب منه تجميد الشعر . ولا بأس بتصفيف الطرز وتسوية الأصداغ^(١) . وأطلق الأصحاب القول باستحباب الخضاب بالخناء لها بكل حال . وينبغي أن تكون هذه الأمور ، على تفصيل نذكره في « فصل سنن الاحرام » إن شاء الله تعالى . وأما الوشم ، فحرام مطلقاً . والوشر : وهو تحديد طرف الأسنان وترقيقها ، كالوصل بشعر طاهر .

(١) في الأصل : ولا بأس بتصفيف الطرز وتسوية الأصداغ ، والتصحيح من « شرح الوجيز » للرافعي .

فرع

يجب أن يكون ما يلاقي بدن المصلي ، وثوبه ، وتحتة ، وفوقه ، وجوانبه ، طاهراً . فلو وقف بحيث يمس في صلاته جدار ، أو سقف نجس ، بطلت صلاته . ولو صلى على بساط تحت نجاسة ، أو على طرف منه نجاسة ، أو على سرير قوائمه على نجاسة ، لم يضر ، سواء تحرك ذلك الموضع بحركته ، أم لا . ولو نجس أحد اليدين ، واشتبه ، تحرى ، كالثوبين . وإن اشتبه مكان من بيت ، أو بساط ، لم يجز التحري على الأصح . وعلى الثاني : يجوز ، كما لو اشتبه ذلك في الصحراء . ولو كان ما يلاقي بدنه وثيابه طاهراً ، وما يحاذي صدره ، أو بطنه ، أو شيئاً من بدنه في سجوده ، أو غيره ، نجساً ، صحت صلاته على الأصح . ولو بسط على النجاسة ثوباً مهلهل النسيج ، وصلى عليه ، فإن حصلت ثمانية النجاسة من الفرج ، بطلت صلاته . وإن لم تحصل ، وحصلت المحاذاة ، فعلى الوجهين .

فرع

في موطن ورد السرع بالنهي عن الصلوة فيها

أحدها : المزبلة ، والحجزة . والنهي فيها لنجاسة الموضع . فلو فرش ثوباً ، أو بساطاً طاهراً ، صحت صلاته ، ولكن تكره بسبب النجاسة تحتة . الثاني : قارعة الطريق ، للنهي عنهما معنيان . أحدهما : غلبة النجاسة ، والثاني : اشتغال القلب بسبب مرور الناس . فإن قلنا بالمعنى الأول : جرى النهي في جواد الطريق في البراري . وإن قلنا بالثاني : فلا . وفي صحة الصلاة في

الشوارع مع غلبة النجاسة ، القولان المتقدمان في باب الاجتهاد ، لتعارض الأصل ، والظاهر . فان صححناهما ، فالنهي للتنزيه ، وإلا ، فللتحريم . فلو بسط شيئاً طاهراً ، صحت الصلاة قطعاً ، وتبقى الكراهة لشغل القلب .

والثالث : بطن الوادي . والنهي عنه للخوف السالب للخشوع ، بسبب سيل يتوقع . فان لم يتوقع سيل ، فيحتمل أن يقال : لا كراهة ، ويحتمل الكراهة لمطلق النهي .

قلت : اتبع الامام الرافعي ، النزالي ، وإمام الحرمين ، في إثبات النهي عن الصلاة في بطون الأودية مطلقاً ، ولم يجيء في هذا نهى أصلاً . والحديث الذي جاء فيه ذكر المواطن السبعة ، ليس فيه الوادي ، بل فيه المقبرة بدلاً منه . ولم يُصَب من ذكر الوادي ، وحذف المقبرة . والحديث من أصله ضعيف ، ضعفه الترمذي وغيره . وإنما الصواب ، ما ذكره الشافعي رحمه الله ، فانه يكره الصلاة في وادٍ خاص . وهو الذي نام [فيه] رسول الله ﷺ ومن معه عن الصبح حتى فأت . وقال : « اخرجوا بنا من هذا الوادي »^(١) ، وصلى خارجه . والله أعلم

الرابع : الحمام . قيل : سبب النهي ، كثرة النجاسة ، والوسخ . وقيل : لأنه مأوى الشيطان . وفي المسلخ ، وجهان . إن قلنا بالسبب الأول ، لم يكره ، وإلا كره ، وهو الأصح . وتصح الصلاة بكل حال ، في المسلخ ، والحمام إذا حكم بطهارته . الخامس : ظهر الكعبة وسبق تفصيله في باب الاستقبال .

السادس : أعطان الابل . وفسره الشافعي رحمه الله ، بالمواضع التي تنحى اليها الابل الشاربة ، ليشرب غيرها . فاذا اجتمعت ، سبقت ، فتركه الصلاة في أعطان الإبل ، ولا تكره في مراح الغنم ، وهو : مأواها ليلاً . وقد يتصور في الغنم مثل عطن الابل . وحكمه حكم مراحها . وحكم مأوى الابل ليلاً ، حكم عطنها . لكن الكراهية في العطن ، أشد . ومتى صلى في العطن ، أو المراح ، ونجس

(١) رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه ، أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : « اخرجوا من هذا الوادي فان فيه شيطاناً » .

بالبول ، أو البر ، أو غيرها ، لم تصح صلاته ، وإلا صحت مع افتراقها في الكراهة .
السابع : المقبرة . وتكره الصلاة فيها بكل حال . ثم إن كانت غير منبوشة ، أو بسط عليها طاهراً ، صحت صلاته . وإن علم أن موضع صلاته منبوش ، لم تصح . وإن شك في نبشه ، صحت على الأظهر . وبكره استقبال القبر في الصلاة .

القسم الثاني : النجاسة الواقعة في مظنة المفو . وهو أضرب .

الأول : الأثر الباقي على محل الاستنجاء بعد الحجر ، يعفى عنه مع نجاسته . فلو لاقى ماءً قليلاً ، نجسه . ولو حمله مصلّ بطلت صلاته على الأصح . ويجري الوجهان فيما إذا حمل من على ثوبه نجاسة معفو عنها . ويقرب منها ، الوجهان فيما لو عرق ، وتلوث بمحل النجس غيره . لكن الأصح هنا ، العفو ، لفسر الاحتراز . بخلاف حمل غيره . ولو حمل حيواناً لا نجاسة عليه ، صحت صلاته . وإن تنجس منفذه بالخارج ، فوجهان . الأصح عند إمام الحرمين ، المقطوع به في التتمة ، : لا تصح صلاته . والأصح عند الغزالي : صحتها .

قلت : الأول : أصح . والله أعلم

ولو وقع هذا الحيوان في ماء قليل ، أو مائع آخر ، وخرج حياً ، لم ينجسه على الأصح ، للمشقة في صيانة الماء والمائع . ولو حمل بيضة صار حشوها دماً ، وظاهرها طاهر ، أو حمل عنقوداً استحال باطن جساته خمرأً ، ولا رشح على ظاهرها ، لم تصح صلاته على الأصح . ويجري الوجهان في كل استتار خلقي . ولو حمل قارورة مصممة الرأس برصاص ، أو نحوه ، وفيها نجاسة ، لم تصح صلاته على الصحيح . ولو صممها بخرقة ، بطلت صلاته قطعاً . ولو صممها بشمع ، قيل : إنه كالرصاص . وقيل : كالخرقة . ولو حمل حيواناً مذبوحاً بعد غسل الدم وغيره عن موضع الذبح وغيره ، لم تصح قطعاً .

الضرب الثاني : طين الشوارع . فتارة يعلم نجاسته ، وتارة يظنها ، وتارة لا يعلمها ، ولا يظنها . فالثالث : لا يضر . والمظنون فيه ، القولان السابقان في باب الاجتهاد . والنجس ، يعفى قليله ، دون كثيره . والقليل : ما يتمذر الاحتراز منه . والرجوع فيه إلى المادة . ويختلف بالوقت ، وبموضعه في البدن . وذكر الأئمة له تقريباً ، فقالوا : القليل ، مالا ينسب صاحبه إلى سقطة ، أو كبوة ، أو قلة تحفظ . فان نسب ، فكثيرة . ولو أصاب أسفل الخف ، أو النعل نجاسة ، فذلكه بالأرض حتى ذهبت أجزاءها ، ففي صحة صلاته فيه قولان . الجديد الأظهر : لا يصح مطلقاً . والقديم : يصح بشروط . أحدها : أن يكون للنجاسة جرم يلتصق به . أما البول ونحوه ، فلا يكفي ذلكه بحال . والثاني : أن يدلكه في حال الجفاف ، وما دام رطباً لا يكفي الدلك قطعاً ، والثالث : أن يكون حصول النجاسة بالشي من غير تمعد . فلو تمعد تلطبخ الخف بها ، وجب الغسل قطعاً . والقولان جاريان فيما أصاب أسفل الخف وأطرافه من طين الشوارع — المتيقن النجاسة — الكثير الذي لا يعفى عنه وسائر النجاسة الغالبة في الطرق ، كالروث ، وغيره .

الضرب الثالث : دم البراغيث . يعفى عن قليله في الثوب ، والبدن . وفي كثيره ، وجهان . أصحهما : العفو . ويجري الوجهان ، في دم القمل ، والبعوض ، وما أشبه ذلك ، وفي ونيم الذباب ، وبول الخفـاش . ولو كان قليلاً ففرق ، وانتشر اللطخ بسببه ، فعلى الوجهين . وفي ضبط القليل ، والكثير ، خلاف . ففي قول قديم : القليل : قدر دينار . وفي قديم آخر : مادون الكف . وعلى الجديد ، وجهان . أحدهما : الكثير : ما يظهر للناظر من غير تأمل وإمعان طلب . والقليل ، دونه . وأصحهما : الرجوع إلى المادة ، فما يقع التلطخ به غالباً ، ويسر الاحتراز عنه ، فقليل . فعلى الأول : لا يختلف ذلك باختلاف الأوقات ، والبلاد . وعلى الثاني : وجهان . أحدهما : يعتبر الوسط المعتدل ، ولا يعتبر من

الأوقات ، والبلاذ . وعلى الثاني : وجهان . أحدهما : يعتبر الوسط المعتدل ، ولا يعتبر من الأوقات والبلاذ ما يندر ذلك فيه أو يتفاحش ، وأصحها : يختلف باختلاف الأوقات والبلاذ ، ويجتهد المصلي هل هو قليل أم كثير

الضرب الرابع : دم البثرات ، وقيحها ، وصديدها ، كدم البراغيث . فيعفى عن قليله قطعاً ، وعن كثيره على الأصح . ولو عصر بثرة ، فخرج ما فيها ، عفي عنه على الأصح . ولو أصابه دم غيره ، من آدمي ، أو بهيمة ، أو غيرها ، فإن كان كثيراً ، فلا عفو . وإن كان قليلاً ، فقولان . وقيل : وجهان . أظهرهما : العفو . ولو أصابه شيء من دم نفسه ، لا من البثرات ، بل من الدماميل والقروح ، وموضع الفصد والحجامة ، فوجهان . أحدهما وهو مقتضى كلام الأكثرين : أنه كدم البثرات . والثاني : وهو الأولى ، واختاره القاضي ابن كج ، والشيخ أبو محمد ، وإمام الحرمين : أنه لا يلتحق بدم البثرات . بل إن كان مما يدوم مثلها غالباً ، فهي كدم الاستحاضة . وسبق حكمه في باب الحيض . وإن كان مما لا يدوم غالباً ، فهو كدم الأجنبي ، لا يعفى عن كثيره وفي قليله الخلاف .

قلت : الأصح : أنه كدم البثرات . والله أعلم

وحكم القيح ، والصديد ، حكم الدم في جميع ما ذكرناه . وأما القروح ، والنفطات^(١) فإن كان له رائحة كريهة ، فهو نجس ، وإلا فطريقان . أحدهما : القطع بالطهارة . والثاني : على قولين .

قلت : المذهب ، طهارته . والله أعلم

(١) يقال : نفطت يده : قرحت ، أو تجمع فيها بين الجلد واللحم ماء بسبب العمل .

الضرب الخامس : إذا صلى وعلى ثوبه ، أو بدنه ، أو موضع صلاته نجاسة غير معفو عنها ، وهو لا يدري ، فإن لم يكن عليها ، وجبت الاعادة على الاظهر . وإن عليها ثم نسيها ، وجبت قطعاً . وقيل : على القولين . وإذا أوجبت الاعادة ، وجبت إعادة كل صلاة تيقن أنه صلاها مع النجاسة . وإذا احتمل أنها حدثت بعد ما صلى ، فلا شيء عليه .

الضرب السادس : في أنواع متفرقة ، منها : النجاسة التي تستصحبها المستحاضة ، وسلس البول . ومنها إذا كان على جرحه دم كثير يخاف من إزالته . ومنها ، إذا تلطخ سلاحه بالدم في صلاة شدة الخوف . ومنها : الشعر الذي ينتف ولا يخلو عنه ثوبه وبدنه ، وحكمه ، حكم دم البراغيث . ومنها : القدر الذي لا يدركه الطرف من البول ، والخر ، وغير الدم . وفيه خلاف تقدم في أول كتاب الطهارة .

قلت : إذا كان على جرحه دم كثير زائد على ما يفي عنه ، وخاف من غسله ، صلى به ، ووجبت الاعادة على الجديد الأظهر . والله أعلم

الشرط الخامس : ستر المورة . ويجب في غير الصلاة في غير الخلوة ، وفي الخلوة أيضاً على الأصح . وهو شرط لصحة الصلاة في الخلوة ، وغيرها . فإن تركه مع القدرة ، بطلت .

قلت : ولو صلى في سترة ، ثم علم بعد الفراغ أنه كان فيها خرق تبين منه المورة ، وجبت إعادة الصلاة على المذهب ، سواء كان عليها ، ثم نسيها ، أم لم يكن عليها . وهو شبيه بمن علم النجاسة بعد الفراغ . ولو احتمل حدوث الخرق بعد السلام ، فلا إعادة قطعاً . ويجوز كشف المورة في الخلوة ، في غير صلاة للحاجة . والله أعلم

ومورة الرجل ، حرّاً كان ، أو عبداً : ما بين السرة والركبة على الصحيح .

وفي وجه : الركبة ، والسرة ، عورة . وفي وجه : الركبة عورة ، دون السرة . وفي وجه شاذ منكر قاله الأصطخري : إن عورة الرجل ، القبل والدبر فقط .

قلت : لنا وجه ضعيف مشهور : أن السرة عورة دون الركبة . والله أعلم وأما المرأة ، فإن كانت حرة ، فجميع بدنها عورة ، إلا الوجه والكفين . ظهرها ، وبطنها ، إلى الكوعين . ولنا قول ، وقيل وجه : أن باطن قدمها ليس بعورة . وقال المزني : ليس القدمان بعورة . وإن كانت أمة ، أو مكاتب ، أو مستولدة ، أو مدبرة ، أو بعضها رقيقاً ، ففيها ثلاثة أوجه . أصحابها : عورتها كمورة الرجل . والثاني : كمورة الحرة ، إلا رأسها ، فانه ليس بعورة . والثالث : ما ينكشف في حال خدمتها ، وتصرفها ، كالرأس ، والرقبة ، والساعد ، وطرف الساق ، فليس بعورة . وما عدا عورة . وأما الخنثى المشكل ، فإن كان رقيقاً ، وقلنا : عورة الأمة كمورة الرجل ، فلا يلزمه أن يستر إلا ما بين السرة ، والركبة . وإن كان حراً أورقيقاً ، وقلنا : عورة الأمة أكثر من عورة الرجل ، وجب ستر الزيادة على عورة الرجل أيضاً ، لاحتمال الأنوثة . فلو خالف ، فلم يستر إلا ما بين السرة والركبة ، فهل تصح صلاته ؟ . وجهان .

قلت : أصحابها : لا تصح . لأن الستر شرط . وشككنا في حصوله . والله أعلم

فرع

في صفة السترة والستر

ويجب ستر العورة ، بما يحول بين الناظر ولون البشرة ، فلا يكفي الثوب الرقيق الذي يشاهد من ورائه سواد البشرة ويياضها ، ولا الغليظ المهلهل النسج الذي يظهر بعض العورة من فُرَجِه . ولو ستر اللون ، ووصف حجم البشرة ، فلا بأس . ولو وقف في ماءٍ صافٍ ، لم تصح صلاته ، إلا إذا غلبت الخضرة لتراكم الماء . فإن انغمس إلى عنقه ، ومنعت الخضرة رؤية لون البشرة ، صحت صلاته . ولو صلى في ماء كدر ، صحت على الأصح . وصورة الصلاة في الماء ، أن يتمكن من الركوع والسجود ، أو يصلي على جنازة . ولو طيَّن عورته ، فاستتر اللون ، أجزاه على الصحيح الذي قطع به الجماهير ، سواء وجد ثوباً أم لا . وعلى هذا ، لو لم يجد ثوباً ونحوه ، وأمكته التطين ، وجب على الأصح .

وأما صفة الستر ، فقال الأصحاب : الستر يعتبر من فوق ، ومن الجوانب ، ولا يعتبر الذيل والإزار . حتى لو صلى في قميص متسع الذيل ، وكان على طرف سطح يرى عورته من نظر إليه من أسفل ، جاز ، كذا قاله الأصحاب . وتوقف في صورة السطح أمام الحرمين ، والشاوي . ولو صلى في قميص واسع الجيب ، ترى عورته من الأعلى في الركوع ، أو السجود ، وغيرها من أحوال الصلاة ، لم تصح صلاته . وطريقه ، أن يزرَّ جيبه ، أو يشد وسطه ، أو يستر موضع الجيب بشيء يلقيه على عاتقيه ، أو نحو ذلك . وكذا لو لم يكن واسع الجيب ، لكن كان على صدر القميص أو ظهره خرق يبدو منه العورة ، فلا بد من شيء مما ذكرناه . ولو كان الجيب بحيث ترى العورة منه في الركوع ، والسجود ، ولكن يمنع منها لحيته ، أو شعر رأسه ، صحت صلاته على الأصح . كما لو كان على إزاره ثقب ، فجمع عليه

الثوب بيده ، فلو ستر الثقب بيده ، فعلى الوجهين في اللحية . ولو كان القميص بحيث يظهر منه العورة عند الركوع ، ولا يظهر في القيام ، فهل تنعقد صلاته ؟ ثم إذا ركع ، تبطل ، أم لا تنعقد أصلاً ؟ فيه هذان الوجهان . وفائدة الخلاف ، فيما لو اقتدى به غيره قبل الركوع ، وفيما لو ألقى ثوباً على عاتقه قبل الركوع . واعلم أنه يشترط في السائر ، أن يشمل المستور ، إما باللبس كالثوب والجلد ، وإما بغيره ، كالطين . فأما الفسطاط الضيق ونحوه ، فلا عبرة به ، لأنه لا يعد مشتملاً عليه . ولو وقف في جب ، وصلى على جنازة ، فإن كان واسع الرأس تظهر منه العورة ، لم تجز . وإن كان ضيق الرأس ، فقال في « التمة » : تجوز . ومنهم من قال : لا تجوز .

قلت : الأصح : الجواز . ولو حفر في الأرض حفرة ، ووقف فيها لصلاة الجنازة ، إن رد التراب بحيث ستر العورة ، جاز ، وإلا فكالجب . ولو ستر بزجاج يرى منه لون البشرة ، لم يصح . والله أعلم

فروع

إذا لم يجد المصلي مايستر العورة ، صلى عارياً ، وتقدم في آخر باب « التيمم » كيفية صلاته والقضاء . ولو حضر جمع من المرأة ، فلهن أن يصلوا جماعة . ويقف إمامهم وسطهم ، كجماعة النساء . وهل يسن للمرأة الجماعة ، أم الأصح الأولى أن يصلوا فرادى ؟ قولان : القديم : الانفراد أفضل . والجديد : الجماعة أفضل . قلت : هكذا حكى جماعة عن الجديد . والختار ما حكاه المحققون عن الجديد : أن الجماعة والانفراد سواء . وصورة المسألة إذا كانوا بحيث يتأتى نظر بعضهم إلى بعض ، فلو كانوا عمياً ، أو في ظلمة ، استجبت لهم الجماعة بلا خلاف . والله أعلم

ولو كان فيهم لابس أمهم ، ووقفوا خلفه صفاً واحداً . فان خالفوا ، فأمهم غارٍ ، واقتدى به اللابس ، جاز . ولو اجتمع رجال ونساء ، لم يصلوا معاً ، لا في صف ، ولا في صفين . بل يصلي الرجال ، وتكون النساء جالسات خلفهم ، مستدبرات القبلة . ثم يصلي النساء ، ويجلس الرجال خلفهم مستدبرين .

فرع

إذا وجد المصلي مايستر بمض المورة ، لزمه ستر الممكن بلا خلاف . فان كان الموجود يكفي السواتين ، بدأ بهما ، ولا يعدل إلى غيرها . فان كان يكفي أحدهما فقط ، فثلاثة أوجه . الصحيح المنصوص : أنه يستر القبل ، رجلاً كان أو امرأة . والثاني : الدبر . والثالث : يتخير .

قلت : ولنا وجه ذكره القاضي حسين : أن المرأة تستر القبل ، والرجل الدبر .
وانتاعلم

أما الخنثى المشكل ، فان وجد مايستر قبله ودبره ، ستر . فان لم يجد إلا مايستر واحداً ، وقلنا : يستر القبل ، ستر أي قبله شاء . والأولى أن يستر آلة الرجال ، إن كان هناك امرأة . وآلة النساء ، إن كان هناك رجال . ثم ما ذكرناه من تقديم السواتين ، أو إحداها على الفخذ وغيره ، ومن تقديم إحدى السواتين على الأخرى : هل هو على الاستحباب ؟ أم على الاشتراط . وجهان . أصحها : الثاني . وهو مقتضى كلام الأكثرين .

فرع

لو كانت أمة تصلي مكشوفة الرأس ، فعتقت خلال الصلاة ، فإن لم تقدر على السترة ، مضت في صلاتها كالعاجز . فإن كانت قادرة على السترة ، ولم تشعر بقدرتها عليها ، أو لم تشعر بالعتق حتى فرغت من الصلاة ، ففي وجوب الاعادة ، القولان فيمن صلى بالنجاسة جاهلاً . وقيل : يجب قطعاً . وإن علمت السترة والعتق ، فإن كان الحمار قريباً ، فطرحته على رأسها ، أو طرحه غيرها ، مضت في صلاتها . وإن كان بعيداً ، أو احتاجت في الستر إلى أفعال كثيرة ، ومضى مدة في الكشف ، ففيه القولان في سبق الحدث . فإن قلنا بالقديم : إنها تبني ، فلها السعي في طلب الساتر ، كما تسعى في طلب الماء . وإن وقفت حتى أتيت به ، نظر ، إن وصلها في المدة التي كانت تصله لو سعت ، فلا بأس ، وإن زادت ، فوجهان . الأصح : لا يجوز ، وتبطل صلاتها . وينبغي أن يطرد هذا الخلاف والتفصيل في طلب الماء عند سبق الحدث ، وإن لم يذكره هناك . ولو دخل العاري في الصلاة ، ثم وجد السترة في خلالها ، فحكمه ما ذكرناه في « الأمة » تمتق وهي واجدة للسترة .

قلت : إذا كانت السترة قريبة ، إلا أنه لا يمكن تناولها إلا باستدبار القبلة ، بطلت صلاتها إذا لم يتناولها غيرها ، قاله في « الشامل » . ولو قال لأمتي : إن صليت صلاة صحيحة ، فأنت حرة قبلها ، فصلت كاشفة الرأس عاجزة ، صحت ، وعتقت . أو قادرة ، صحت ، ولا عتق للدور . والله أعلم

فرع في مسائل مشورة

ليس للعاري أخذ الثوب من مالكة قهراً . فلو وهبه له ، لم يلزمه قبوله على الصحيح . وفي وجه : يلزمه قبوله للصلاة فيه . ثم له رده على الواهب قهراً . وفي وجه : يلزمه قبوله ، وليس له الرد . ولو أعاره ، لزمه قبوله . فإن لم يقبل ، وصلى عارياً ، لم تصح صلاته .

قلت : ولنا وجه شاذ : أنه لا يجب قبول المارية . والله أعلم

ولو باعه ، أو أجره ، فهو كبيع الماء . وقد ذكرناه في التيمم . وإقراض الثوب ، كإقراض الثمن . ولو احتاج إلى شراء الثوب ، والماء ، ولم يقدر إلا على أحدهما ، اشترى الثوب . ولو أوصى بثوبه لأولى الناس به في ذلك الموضع ، فالمرأة أولى من الخنثى ، والخنثى أولى من الرجل . وإذا لم يجد إلا ثوباً نجساً ، ولم يجد ما يفسله به ، فقولان . أظهرهما : يصلي عارياً بلا إعادة . والثاني : يصلي فيه وتجب الاعادة . ولو لم يجد إلا ثوب حرير ، فالأصح : أنه يصلي فيه ، لأنه يباح للحاجة .

قلت : ويجب لبسه لستر العورة عن الأبصار بلا خلاف . وكذلك يجب لبس الثوب النجس ، لستر عنها . وفي الخلوة ، إذا أوجبت الستر فيها . والله أعلم

ويستحب أن يصلي الرجل في أحسن ما يجده من ثيابه . ويتمم . ويتمم ، ويرتدي . فإن اقتصر على ثوبين ، فالأفضل قميص ورداء ، أو قميص وسراويل .

فإن اقتصر على واحد ، فالقميص أولى . ثم الإزار ، ثم السراويل ، ثم الثوب الواحد إن كان واسعاً ، التحف به وخالف بين طرفيه . وإن كان ضيقاً ، عقده فوق سرتة ، ويجعل على عاتقه شيئاً : ويستحب أن تصلي المرأة في قميص سابغ^(١) ، وخمار ، وتتخذ جلباباً كثيفاً فوق ثيابها يتجافى عنها ، ولا يبين حجم أعضائها .

قلت : لو لم يجد العاري إلا ثوباً لغيره ، حرم عليه لبسه ، بل يصلي عارياً ولا يعيد . ولو لم يجد سترة ، ووجد حشيشاً يمكنه عمل سترة منه ، لزمه ذلك . ولو كان محبوساً في موضع نجس ، ومعه ثوب لا يكفي العورة ، ومستر النجاسة ، فقولان . أظهرهما : يبسطه على النجاسة ، ويصلي عارياً ، ولا إعادة . والثاني : يصلي فيه على النجاسة ، ويعيد . ولو كان معه ثوب ، فأثلفه ، أو خرقة بعد دخول الوقت لغير حاجة ، عصى ، ويصلي عارياً . وفي الإعادة ، الوجهان فيمن أراق الماء في الوقت سفهاً وصلى بالتيمم . ويكره أن يصلي في ثوب فيه صور ، ويكره أن يصلي الرجل ملثماً ، والمرأة متنقبه ، وأن يغطي فاه إلا أن يتشاءب ، فإن السنة حينئذ ، أن يضع يده على فمه . ويكره أن يشتمل الصماء ، وأن يشتمل اشتمال اليهود ، فالصماء : أن يجلل بدنه بالثوب ، ثم يرفع طرفيه على عاتقه الأيسر ، واشتمال اليهود كذلك ، إلا أنه لا يرفع طرفيه . وقيل : هما بمعنى . والمراد بهما ، الثاني . والله أعلم

فصل

النعريط السادس : السكوت عن الكلام . للمتكلم في الصلاة ، حالان . أحدهما : بغير عذر . فيُنظر ، إن نطق بحرف واحد ، لم تبطل صلاته . إلا إذا كان مفهماً ، كقوله « ق » « ش » فإنه تبطل . وإن نطق بحرفين ، بطلت .

(١) قال في « الفاموس » : ودرع سابغة : تامة طويلة .

أفهم ، أم لا ، لأن الكلام مفهم ، وغيره . ولو نطق بحرف ، ومدّه بعده ، فالأصح : البطان . والثاني : لا . والثالث قاله إمام الحرمين : إن أتبعه بصوت غفيل لا يقع على صورة المد ، لم تبطل . وإن أتبعه بحقيقة المد ، بطلت . وفي التنجح أوجه . أصحها وبه قطع الجمهور : إن بان منه حرفان ، بطلت صلاته . وإلا ، فلا . والثاني ، لا تبطل وإن بان حرفان . وحكي هذا عن نص الشافعي رحمه الله . والثالث : إن كان منه مطبقاً ، لم تبطل ، وإن فتحه ، وبان حرفان ، بطلت ، وإلا ، فلا . وحيث أبطلنا ، فذلك إذا كان بغير عذر . فإن كان مغلوباً ، فلا بأس . ولو تعذرت القراءة ، إلا بالتنجح ، تنجح ، وهو معذور . وإن أمكنت القراءة ، وتعذر الجهر ، إلا بالتنجح ، فليس بعذر على الأصح . ولو تنجح الإمام ، وظهر منه حرفان ، فهل للمأموم أن يدوم على متابته ؟ وجهان . أحسبها : نعم . لأن الأصل بقاء العبادة ، والظاهر أنه معذور . وأما الضحك ، والبكاء ، والنفخ ، والأنين ، فإن بان منه حرفان ، بطلت ، وإلا ، فلا . وسواء بكا للدنيا ، أو للآخرة .

الحال الثاني : في الكلام بعذر . فمن سبق لسانه إلى الكلام من غير قصد ، أو غلبه الضحك ، أو السعال ، فإن بان منه حرفان ، أو تكلم ناسياً ، أو جاهلاً بتحريم الكلام ، فإن كان ذلك يسيراً ، لم تبطل صلاته ، وإن كثرت ، بطلت على الأصح . والرجوع في القلة والكثرة ، إلى العرف . والجهل بتحريم الكلام ،

إنما هو عذر في حق قريب العهد بالاسلام . فإن طال عهده به ، بطلت صلاته ، لتقصيره في التعمش . ولو علم تحريم الكلام ، ولم يعلم أنه يبطل الصلاة ، لم يكن عذراً . ولو جهل كون التنجح مبطلاً ، فهو معذور على الأصح ، لخفاء حكمه على العوام . ولو علم أن جنس الكلام محرم ، ولم يعلم أن ما أتى به محرم ، فهو معذور على الأصح . ولو أكره على الكلام ، فقولان . أظهرهما : تبطل ، لندوره ، وكألو

أكره أن يصلي بلا وضوء ، أو قاعداً ، فانه يجب الاعادة قطعاً . ولو تكلم لمصلحة الصلاة ، بأن قام الامام في موضع القعود ، فقال المأموم : اقم ، بطلت صلاته ، وليس هو بمنذر ، فان طريقه التسبيح ، ولو أشرف إنسان على الهلاك ، فأراد إنذاره وتنبيهه ، ولم يحصل ذلك إلا بالكلام ، وجب الكلام ، وتبطل صلاته على الأصح . ولو خاطب النبي ﷺ في عصره مصلياً ، لزمه الجواب بالنطق في الحال ، ولا تبطل صلاته ، ولو قال : آه ، من خوف النار ، بطلت صلاته على الصحيح .

فرع

متى ناب الرجل المصلي شيء في صلاته ، بأن رأى أعمى يقع في بئر ، أو استأذنه إنسان في الدخول ، أو أراد إعلام غيره أمراً ، فالسنة أن يسبح ، والمرأة تصفق في جميع ذلك . والتصفيق : أن تضرب بطن كفها اليمنى ، على ظهر كفها اليسرى . وقيل : تضرب أكثر أصابعها اليمنى على ظهر أصابعها اليسرى . وقيل : تضرب أصبعين على ظهر الكف . والمعاني متقاربة . والأول : أشهر . وينبغي أن لا تضرب بطن كف على بطن كف . فان فعلت ذلك على وجه اللعب ، بطلت صلاتها ، لمنافاته

فرع

الكلام البطل عند عدم العذر ، هو ما سوى القرآن ، والذكر ، والدعاء ، وما في معناها . فلو أتى بشيء من نظم القرآن قاصداً القراءة ، أو القراءة مع شيء آخر ، كتنبیه الامام ، أو غيره ، أو الفتح على من أرتج عليه ، أو تفهيم أمر ،

كقوله جماعة يستأذنون في الدخول : (أدخلوها بسلام آمنين) الحجر: ٤٦. أو يقول : (يا يحيى خذ الكتاب بقوة) مريم: ١٢. وما أشبه ذلك ، لم تبطل صلاته ، سواء كان قد انتهى في قراءته إلى تلك الآية ، أو أنشأ قراءتها حينئذ . ولنا وجه شاذ : أنه إذا قصد مع القراءة شيئاً آخر ، بطلت صلاته ، وليس بشيء . ولو قصد الإفهام والإعلام فقط ، بطلت صلاته بلا خلاف . ولو أتى بكلمات لا يوجد في القرآن على نظمها ، وتوجد مفرداتها ، كقوله : (يا إبراهيم) (سلام) (كن) بطلت صلاته ، ولم يكن لها حكم القرآن بحال .

وأما الأذكار ، والتسبيحات ، والأدعية بالعربية ، فلا يضر ، سواء المسنون ، وغيره . لكن ما فيه خطاب مخلوق غير رسول الله ﷺ ، يجب اجتنابه . فلو سلم على إنسان ، أو ردَّ عليه السلام بلفظ الخطاب ، بطلت صلاته . ويردُّ السلام بالإشارة بيده ، أو رأسه^(١) ولو قال : عليه السلام ، لم يضر . ولو قال لاماطس : يرحمه الله ، لم يضر . ولو قال : يرحمك الله ، بطلت على المشهور .

فرع

السكوت اليسير في الصلاة ، لا يضر بحال ، وكذا الكثير عمداً ، إن كان لعذر ، بأن نسي شيئاً ، فسكت ليتذكره ، على المذهب . وكذا إن سكت لغير عذر ، على الأصح . ولو سكت كثيراً ناسياً ، وقلنا : عمده مبطل ، فطريقان . أحدهما : القطع بأنه لا يضر . والثاني : على الوجين . واعلم أن إشارة الأخرس المفهمة ، كالنطق في البيع وغيره من العقود . ولا تبطل بها الصلاة على الصحيح .

(١) وقد جاء في الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، أشار بيده في الصلاة عنده سلم عليه بعض الصحابة ، رواه مسلم عن جابر ، وأبو داود ، والترمذي من حديث ابن عمر ، وأبو داود ، والترمذي ، والنسائي من حديث صهيب .

الشرط السابع : الكف عن الأفعال الكثيرة .

اعلم أن ما ليس من أفعال الصلاة ، ضربان . أحدهما : من جنسها . والثاني : ليس من جنسها . فالأول : إذا فعله ناسيًا ، لا تبطل صلاته ، كمن زاد ركوعًا ، أو سجودًا ، أو ركعة . وإن تممه ، بطلت ، سواء قل ، أم كثر . وأما الثاني : فاتفقوا على أن الكثير منه ، يبطل الصلاة . والقليل : لا يبطل . وفي ضبط القليل والكثير ، أوجه .

أحدها : القليل : ما لا يسع زمانه فعل ركعة . والكثير : ما يسعها .

والثاني : كل عمل لا يحتاج فيه إلى كلتا يديه ، كرفع المامة ، وحل أنشودة السراويل ، فقليل . وما احتاج إلى ذلك ، ككسور المامة ، وعقد الإزار والسراويل ، فكثير .

والثالث : القليل : ما لا يظن الناظر إليه أن فاعله ليس في الصلاة . والكثير : ما يظن أنه ليس فيها . وضمف هذا : بأن من رآه يحمل صبيًا ، أو يقتل حية ، أو عقربا ، يتخيل أنه ليس في صلاة ، وهذا لا يضر قطعًا .

والرابع ، وهو الأصح وقول الأكثرين : أن الرجوع فيه إلى المادة . فلا يضر ما يعمد الناس قليلاً ، كالإشارة برد السلام ، وخلع الثمل ، ولبس الثوب الخفيف ، ونزعها ، ونحو ذلك . ثم قالوا : الفعلة الواحدة ، كالخطوة والضربة ، قليل قطعًا . والثلاث : كثير قطعًا . والاثنتان : من القليل على الأصح . ثم أجمعوا على أن الكثير ، إنما يبطل إذا توالى . فان تفرق ، بأن خطأ خطوة ، ثم بعد زمن خطأ أخرى ، أو خطوتين ثم خطوتين بينهما زمن ، وقلنا : إنها قليل ، وتكرر ذلك ثلاث مرات [فهي] كثيرة ، لم يضر قطعًا . وحدث التفريق : أن يمد الثاني منقطعًا عن الأول . وقال في « التهذيب » : عندي أن يكون بينها قدر ركعة . ثم المراد بالفعل الواحدة التي لا تبطل ، مالم يتفاحش ، فان أفرطت كالوثبة

الفاحشة ، أبطلت قطعاً . وكذا قولهم : الثلاث المتوالية ، تبطل . أراد : والخطوات ونحوها . فأما الحركات الخفيفة ، كتحرريك الأصابع في سبحة ، أو حكة ، أو عقد وحلٍّ ، فالأصح : أنها لا تضر وإن كثرت متوالية . والثاني : تبطل كغيرها . ونص الشافعي رحمه الله : أنه لو كان يمد الآيات في صلاته عقداً باليد ، لم تبطل ، ولكن الأولى تركه . وجميع ما ذكرنا إذا تمعد الفعل الكثير ، فأما إذا فعله ناسياً ، فالذهب ، والذي قطع به الجمهور : أن الناسي كالعامد . وقيل : فيه الوجهان في كلام الناسي . وقيل : أول حد الكثرة ، لا يؤثر . وما زاد ، وانتهى إلى السرف ، فعلى الوجهين . هذا كله حكم الفعل في غير شدة الخوف . أما فيها ، فيحتمل الركض والمدو ، للحاجة . وفي غير الحاجة كلام يأتي في بابها إن شاء الله تعالى^(١) . وإن قرأ القرآن من المصحف في الصلاة ، لم يضر ، بل يجب ذلك إذا لم يحفظ الفاتحة كما سبق . ولو قلب الأوراق أحياناً ، لم يضر . ولو نظر في مكتوب غير القرآن ، وردد ما فيه في نفسه ، لم تبطل صلاته . ولنا وجه : أن حديث النفس إذا كثر ، أبطل الصلاة ، وهو شاذ .

فرع

يستحب للمصلي أن يكون بين يديه سترة ، من جدار ، أو سارية ، أو غيرها . ويدنو منها بحيث لا يزيد ما بينها على ثلاثة أذرع . وإن كان في صحراء ، غرز عصا ونحوها ، أو جمع شيئاً من رحله ، أو متاعه . وليكن قدر مؤخرة الرجل ، فإن لم يجد شيئاً شاخصاً ، خط بين يديه خطأ ، أو بسط مصلياً . وقال إمام الحرمين ، والفزالي : لا عبرة بالخط . والصواب ، ما أطبق عليه الجمهور ، وهو الاكتفاء بالخط كما إذا استقبل شيئاً شاخصاً .

قلت : وقال جماعة : في الاكتفاء بالخط ، قولان للشافعي . قال في « القديم ،

(١) أي : في باب صلاة الخوف .

ووسن، حرمة^(١) : يستحب. ونفاه في « البويطي » لاضطراب الحديث الوارد فيه وضعفه^(٢).

واختلف في صفة الخط . فقيل : يحمل مثل الهلال . وقيل : يمد طولاً إلى جهة القبلة . وقيل : يمد يمناً وشمالاً . والمختار استحباب الخط ، وأن يكون طولاً . والله أعلم
ثم إذا صلى إلى سترة ، منع غيره من المرور بينه وبين الستة . وكذا ليس لغيره أن يمر بينه وبين الخط على الصحيح . وقول الجمهور : كالمصا . وهل هو منع تحريم ، أو تنزيه ؟ وجهان . الصحيح : منع تحريم . وللمصلي أن يدفعه ، ويضربه على المرور ، وإن أدى إلى قتله . ولو لم يكن سترة ، أو كانت ، وتباعد منها ، فالأصح : أنه ليس له الدفع لتقصيره .

قلت : ولا يحرم حينئذ المرور بين يديه ، لكن الأولى تركه . والله أعلم

ولو وجد الداخل فرجة في الصف الأول ، فله أن يمر بين يدي الصف الثاني ، ويقف فيها ، لتقصير أصحاب الثاني بتركها . قال إمام الحرمين : والنهي عن المرور ، والأمر بالدفع ، إذا وجد المارئ سبيلاً سواه ، فإن لم يجد وازدحم الناس ، فلا ينهي عن المرور ، ولا يشرع الدفع . وتابع النزالي^١ إمام الحرمين على هذا ، وهو مشكل . ففي الحديث الصحيح في « البخاري » خلافه . وأكثر كتب الأصحاب ، ساكتة عن تقييد المنع بما إذا وجد سواه سبيلاً .

قلت : الصواب ، أنه لا فرق بين وجود السبيل وعدمه . لحديث البخاري ، صريح في المنع . ولم يرد شيء يخالفه ، ولا في كتب المذهب لغير الإمام ما يخالفه . وقال أصحابنا : ولا تبطل الصلاة بمرور شيء بين يدي المصلي ، سواء مر رجل ، أو امرأة ، أو كلب ، أو حمار ، أو غير ذلك . وإذا صلى إلى سترة ، فالسنة

(١) هو حرمة بن يحيى التجيبي ، مولاهم المصري ، أبو عبد الله (١٦٦-٥٢٤ هـ) فقيه من أصحاب الشافعي ، كان حافظاً للحديث ، له فيه « المبسوط » و« المختصر » مولده ووفاته بمصر .

(٢) وهو ما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : « إذا صلى أحدكم فليجعل تلقاء وجهه شيئاً ، فإن لم يجد شيئاً ، فلي نصب عصا ، فإن لم يجد عصا ، فليخط بين يديه خطاً إلى القبلة » رواه أبو داود ، وابن ماجه ، وضعفه الشافعي والبيهقي وغيرهما .

أن يجعلها مقابلة ليمينه ، أو شماله ، ولا يصمد لها . والله أعلم

الشروط الثامن : الإمساك عن الأكل . فلو أكل شيئاً ، وإن قل ، بطلت صلاته . وفي وجه : لا تبطل بالقليل ، وهو غلط . ولو كان بين أسنانه شيء فابتلمه ، أو نزلت نخامة من رأسه فابتلعها عمداً ، بطلت صلاته فإن أكل مغلوباً ، بأن جرى الريق بياقي الطعام ، أو نزلت النخامة ولم يمكنه إمساكها ، لم تبطل . وإن أكل ناسياً ، أو جاهلاً بالتحريم ، فإن قل ، لم تبطل . وإن كثر ، بطلت على الأصح . وتعرف القلة والكثرة بالعرف . ولو وصل شيء إلى جوفه بنير مضغ ، وابتلاع ، بأن وضع في فمه سكرة فذابت ، ونزلت إلى جوفه ، بطلت صلاته على الأصح . فعلى هذا ، تبطل بكل ما يبطل الصوم .

واعلم أن المضغ وحده ، فكل يبطل الكثير منه . وإن لم يصل شيء إلى الجوف ، حتى لو كان يمضغ علكاً ، بطلت صلاته . وإن لم يمضغه ، وكان جديداً يذوب ، فهو كالسكرة . وإن كان مستعملاً ، لم تبطل صلاته ، كما لو أمسك في فمه إحصاة .

فصل

وللمحدث المكث في المسجد .

قلت : وكذا النوم بلا كراهة . والله أعلم

وتقدم حكم مكث الجنب والحائض ، وعبورهما . وهذا في حق المسلم ، أما الكافر ، فلا يمكن من دخول حرم مكة بحال ، سواء مساجده ، وغيرها . وله دخول مساجد غير الحرم ، بإذن مسلم . وليس له دخولها ، بنير إذن على الصحيح . فإن فعله ، عُرِّر . قال في « التهذيب » : لو جلس فيه الحاكم للحكم ، فللذمي دخول له للمحاكمة بنير إذن ، ويُنْتَرَل جلوسه منزلة إذنه . وإذا استأذن لنوم ، أو

أكل ، فينبغي أن لا يأذن له . وإن استأذن لسباع قرآن ، أو علم ، أذن له ، رجاء إسلامه . هذا كله إذا لم يكن جنباً ، فإن كان ، فهل يمنع من المكث ؟ وجهان . أصحها : لا . والكافرة الحائضة ، تمنع حيث تمنع المسلمة ، وكذا الصبيان ، والمجانين ، بمنون من دخوله .

قلت : ولا يمنع الجنب ، والحائض ، من دخول المصلّي الذي ليس بمسجد على المذهب . وذكر الدارمي في باب صلاة العيد ، في تحريمه ، وجهين . وأجراها في منع الكافر منه بنير إذن . وقد ذكرت جملاً من الفوائد المتعلقة بالمسجد في باب ما يوجب النسل ، من شرح « المذهب » . وأنا أشير إلى أحرف من بعضها ، فيكره نقش المسجد ، واتخاذ الترفات له . ولا بأس بإغلاقه في غير وقت الصلاة . والبصاق في المسجد خطيئة . فإن خالف فبصق ، فقد ارتكب النهي ، فكفارتها دفنه في رمل المسجد ، وترا به^(١) . ولو مسح يده ، أو غيرها ، كان أفضل . ويكره لمن أكل ثوماً ، أو بصلاً ، أو غيرهما مما له رائحة كريهة ، دخول المسجد بلا ضرورة ، مالم يذهب ريحه . ويكره^(٢) غرس الشجر فيه . فإن غرس ، قطعه الامام . قال الصيمري : ويكره حفر البئر فيه ، ويكره عمل الصنائع ، ولا بأس بالأكل والشرب فيه ، والوضوء إذا لم يتأذ به الناس . ويقدم في دخول المسجد رجله اليمنى ، وفي الخروج ، اليسرى ، ويدعو بالدعوات المشهورة فيه . ولحائط المسجد من خارجه حرمة المسجد في كل شيء .

واتدأ علم

(١) أي : فكفارة الخطيئة دفن البصاق في رمل المسجد .

(٢) وفي نسخة : ويحرم .

الباب السادس

في السجرات التي ليست من صلب الصلوة

هن ثلاث .

الأولى : سجود السهو ، وهو سنة ، ليس بواجب ، والذي يقتضيه ،
شيئان : ترك مأمور ، وارتكاب منهي .

أما ترك المأمور ، فقسمان . ترك ركن وغيره .

أما الركن ، فلا يكفي عنه السجود ، بل لا بد من تداركه . ثم قد
يقتضي الحال ، السجود بعد التدارك ، وقد لا يقتضيه . كما سيأتي إن شاء
الله تعالى .

وأما غير الركن ، فأبعض ، وغيرها . فالأبعض : تقدم بيانها في أول
صفة الصلاة ، وهي مجبورة بالسجود إن ترك واحدة منها سهواً قطعاً . وكذلك
إن تركه عمداً على الأصح .

وأما غير الأبعض من السنن ، فلا يسجد لتركها . هذا هو الصحيح المشهور
المعروف . ولنا قول قديم شاذ : أنه يسجد لترك كل مسنون ، ذكراً كان ، أم
عملاً . ووجهه : أن من نسي التسبيح في الركوع والسجود ، سجد .

وأما المنهي ، فقسمان . أحدهما : لا تبطل الصلاة بعمده . كالالتفات ،
والخطوة ، والخطوتين . والثاني : تبطل بعمده ، كالسلام ، والركوع الزائد ، ونحو
ذلك . فالأول : أن لا يقتضي سهوه السجود . والثاني : يقتضيه إذا لم تبطل الصلاة .
وقولنا : إذا لم تبطل الصلاة ، احتراز من كثير الفعل ، والأكل ، والسلام ، فانها
تبطل الصلاة بعمدها . وكذلك بسهوها على الأصح ، فلا سجود . واحتراز من
الحدث أيضاً ، فإن عمده وسهوه يبطلان الصلاة ولا يسجد .

فرع

الاعتدال عن الركوع ركن قصير ، أمر المصلي بتخفيفه . فلو أطاله عمداً بالسكوت ، أو القنوت ، أو بذكر آخر ليس بركن ، فثلاثة أوجه . أصحابنا عند إمام الحرمين وقطع به صاحب « التهذيب » : تبطل صلاته ، إلا حيث ورد الشرع بالتطويل بالقنوت ، أو في صلاة التيسيع^(١) . والثاني : لا تبطل . والثالث : إن قنت عمداً في اعتداله في غير موضعه ، بطلت . وإن طول بذكر آخر لا يقصد القنوت ، لم تبطل . قلت : ثبت في « صحيح مسلم » أن النبي ﷺ ، طول الاعتدال جداً . فالراجح دليلاً ، جواز إطالته بالذكر . والله أعلم

ولو نقل ركناً ذكرنا إلى ركن طويل ، بأن قرأ الفاتحة ، أو بعضها ، في الركوع ، أو الجلوس ، آخر الصلاة ، أو قرأ التشهد ، أو بعضه في القيام عمداً ، لم تبطل صلاته على الأصح . وقيل : لا تبطل قطعاً . ويجري هذا الخلاف فيما لو نقله إلى الاعتدال ، ولم يطل ، بأن قرأ الفاتحة ، أو بعض التشهد . فلو اجتمع المعنيان بطول الاعتدال بالفاتحة ، أو التشهد ، بطلت على الأصح . وقيل : قطعاً . وأما الجلوس بين السجدين ، ففيه وجهان . أصحابنا : أنه ركن قصير ، وبه قطع الشيخ أبو محمد ، وصاحب « التهذيب » وغيرهما . والثاني : طويل ، قاله ابن سريج ، والجمهور . فان قلنا بهذا ، فلا بأس بتطويله . وإن قلنا بالأول ، ففي تطويله عمداً الخلاف المذكور في الاعتدال . وإذا قلنا في هذه الصور بطلان الصلاة بعمده ، فلو فرض ذلك سهواً ، مسجد للسهو . وإذا قلنا : لا تبطل ، فهل يسجد للسهو ؟ وجهان . أحدهما : لا ، كسائر مالا يبطل بعمده . وأصحابنا : يسجد . وتستثنى هذه الصورة عن قولنا : مالا يبطل بعمده ، لا يسجد للسهو .

(١) وفي نسخة : الصبح .

فصل

الترتيب واجب في أركان الصلاة . فان تركه عمداً ، بطلت صلاته . وإن تركه سهواً ، لم يمتد بما فعله بعد المتروك ، حتى يأتي بما تركه . فان تذكر السهو قبل فعل مثل المتروك ، اشتغل عند التذكر بالمتروك ، وإن تذكر بعد فعل مثله في ركعة أخرى ، تمت الركعة السابقة به ، ولنا ماينها . هذا إذا عرف عين المتروك ، وموضعه . فان لم يعرف ، أخذ بأدنى الممكن ، وأتى بالباقي . وفي الأحوال كلها يسجد للسهو ، إلا إذا وجب الاستئناف ، بأن ترك ركناً ، وأشكل عينه ، وجوز أن يكون النية ، أو تكبيرة الاحرام . وإلا إذا كان المتروك ، هو السلام ، فانه إذا تذكر قبل طول الفصل ، سلم ولا حاجة إلى سجود السهو . ولو تذكر في قيام الركعة الثانية ، أنه ترك سجدة من الأولى ، فلا بد من الاتيان بها عند تذكره . ثم إن لم يكن جلس عقب السجدة المفعولة ، فهل يكفيه أن يسجد عن قيام ، أم لابد أن يجلس مطمئناً ، ثم يسجد ؟ وجهان . أصحها : الثاني . فان كان جلس عقب [السجدة] المفعولة - وقصد به الجلسة بين السجدين - ثم غفل ، فقام ، فالذهب أنه يكفيه السجود عن قيام ، أم لابد أن يجلس مطمئناً ثم يسجد ؟ وجهان . أصحها : الثاني . وقيل على الوجهين . وإن قصد بجلسته الاستراحة ، فالأصح أنه يكفيه السجود عن قيام ، ويجزئه جلسة الاستراحة عن الواجب . كما لو جلس في التشهد الأخير يظنه الأول ، فانه يجزئه عن الأخير . والثاني : يجب الجلوس مطمئناً . ولو شك ، هل جلس ؟ فهو كما إذا لم يجلس . أما إذا تذكر بعد سجوده في الركعة الثانية تركه سجدة من الأولى ، فينظر ، إن تذكر بعد السجدين ممأ ، أو في الثانية منها ، فقد تم بما فعله ركعته الأولى ،

ولما ماينهما . ثم إن كان جلس في الأولى بنية الجلسة بين السجدين ، أو بنية الاستراحة إذا قلنا : تجزئ عن الواجب ، فتأمر بالسجدة الأولى . وإن لم يجلس ، أو جلس للاستراحة ، وقلنا : لا تجزئ ، فإن قلنا : لو تذكر في القيام والحالة هذه ، يجلس ، ثم يسجد ، فتأمر الركعة الأولى هنا بالسجدة الثانية . وإن قلنا هناك : يسجد عن قيام ، فتأمر بالسجدة الأولى . ويبني على هذا الخلاف ، ما إذا تذكر بعد السجدة الأولى في الركعة الثانية . فإن قلنا بالأول ، فركعته غير تامة ، فيسجد سجدة ، ثم يقوم إلى ركعة ثانية . وإن قلنا بالثاني ، فركعته تامة ، فيقوم إلى ثانية .

فرع

لو تذكر في جلوس الركعة الرابعة ، أنه ترك أربع سجعات ، فله أربعة أحوال . حال : يحسب له ثلاث ركعات إلا سجدين ، وحال : ركعتان ، وحال : ركعتان إلا سجدة . فلو يقين ثنتين من الثالثة ، وثنيتين من الرابعة ، صحت الركعتان الأوليان ، وحصلت الثالثة ، لكن لا سجود فيها ، ولا فيما بعدها . فيسجد سجدتين لتمام ، ثم يقوم إلى ركعة رابعة . وهكذا الحكم ، لو ترك سجدة من الأولى ، وسجدة من الثانية ، وسجدين من الرابعة . وكذا لو ترك واحدة من الثانية ، وواحدة من الثالثة ، وثنيتين من الرابعة . أما إذا ترك من كل ركعة سجدة ، فيحصل ركعتان ، فيتم الأولى بالثانية ، والثالثة بالرابعة . ومثله لو ترك ثنتين من الثانية ، وثنيتين من الأولى أو الثالثة ، أو ثنتين من الثانية ، وواحدة من الأولى ، وأخرى من الثالثة ، أو ثنتين من الثانية ، وواحدة من الثالثة ، وأخرى من الرابعة ، أو ثنتين من الأولى ، وثنيتين من ركعتين بعدها غير متواليتين ، أو واحدة من الأولى ، وواحدة من الثانية ، وثنيتين من الثالثة ، أو واحدة من الثانية ،

و ثنتين من الثالثة ، وواحدة من الرابعة ، فيحصل في كل هذه الصور ، ركعتان ، ويقوم فيأتي بركعتين . أما إذا ترك من الأولى واحدة ، ومن الثانية ثنتين ، ومن الرابعة واحدة ، أو من الأولى ثنتين ، ومن الثانية واحدة ، ومن الرابعة أخرى . وكذا كل صورة ترك ثنتين من ركعة ، وثلثين من ركعتين غير متواليتين ، فيحصل ركعتان إلا سجدة ، فيسجدها ثم يأتي بركعتين . هذا كله إذا عرف مواضع السجدة . فإن لم يعرف ، أخذ بالأشد ، فيأتي بسجدة ، ثم ركعتين . وقال الشيخ أبو محمد : يلزمه سجدتان ، ثم ركعتان . وهو غلط شاذ . هذا كله إذا كان قد جلس عقب السجدة المفعولات كلهن ، على قصد الجلوس بين السجدين ، أو على قصد جلسة الاستراحة ، إذا قلنا : تجزئ عن الواجب ، أو قلنا : إن القيام يقوم مقام الجلسة . فاما إذا لم يجلس في بعض الركعات ، أو لم يجلس في غير الرابعة ، وقلنا بالأصح : إن القيام لا يكفي عن الجلسة ، فلا يحسب ما بعد السجدة المفعولة إلى أن يجلس . حتى لو تذكر أنه ترك من كل ركعة سجدة ، ولم يجلس إلا في الأخيرة ، أو جلس بنية الاستراحة ، أو جلس في الثانية بنية التشهد الأول ، وقلنا : الفرض لا يتأدى بالنفل ، لم يحصل له مما فعل إلا ركعة ناقصة سجدة . ثم هذا الجلوس الذي تذكر فيه ، يقوم مقام الجلوس بين السجدين . فيسجد ، ثم يقوم فيأتي بثلاث ركعات . أما إذا تذكر أنه ترك سجدة من أربع ركعات ، فإن علم أنها من الأخيرة ، سجدها ، واستأنف التشهد إن كان تشهد ، وإن علمها من غير الأخيرة ، أو شك ، لزمه ركعة . وإن تذكر ترك سجدتين ، فإن كانتا من الركعة الأخيرة ، كفاه سجدتان وإن كانتا من غير الأخيرة . فإن كانتا من ركعة ، لزمه ركعة . وإن كانتا من ركعتين ، فقد يكفيهما ركعة ، بأن يكونا من ركعتين متواليتين . وقد يحتاج إلى ركعتين ، بأن يكونا من ركعتين غير متواليتين . فإن أشكل الأمر ، لزمه ركعتان . وإن ترك ثلاث سجدة ، فقد يقتضي الحال حصول ثلاث ركعات إلا سجدة ، بأن تكون

ثنتان من الأولى ، أو الثانية ، أو الثالثة ، وواحدة من الرابعة . فيسجد سجدة ، ثم يقوم فيأتي بركعة . وقد يقتضي حصول ثلاث إلا سجدين ، بأن تكون سجدة من الأولى ، وثنتان من الرابعة . وقد يقتضي حصول ركعتين فقط ، بأن يكون الثلاث ، من الثلاث الأوليات . فإن أشكل ، لزمه هذا الأشد . وإن ترك خمس سجعات ، فقد تحصل ركعتان إلا سجدين ، بأن تكون واحدة من الأولى ، وثنتان من الثانية ، وثنتان من الرابعة . وقد يحصل ركعة فقط ، بأن يترك سجدة من الأولى ، وثنيتين من الثانية ، وثنيتين من الثالثة . فإن أشكل ، لزمه ثلاث ركعات . وقال في « المذهب » : يلزمه سجدتان ، وركعتان ، وهو غلط . ولو ترك ست سجعات ، حصل ركعة فقط . وإن ترك سبعا ، حصل ركعة إلا سجدة . وإن ترك ثمانيا ، حصل ركعة إلا سجدين . ثم هذا الحكم يطرد لو تذكر السهو في المسائل المذكورة بعد السلام ، ولم يطل الفصل . فإن طال ، وجب الاستئناف ، ويسجد للسهو في جميع مسائل الفصل . ويمكن عدّها من قسم ترك المأمور - لأن الترتيب مأمور به ، فتركه عمداً مبطل ، فسهوه يقتضي السجود - ومن ارتكاب النهي ، لأنه إذا ترك الترتيب ، فقد زاد في الأفعال ، والأركان .

فرع

تقدم أن فوات التشهد الأول يقتضي سجود السهو . فإذا نهض من الركعة الثانية ناسياً للتشهد ، أو جلس ، ولم يقرأ التشهد ، ونهض ناسياً ، ثم تذكر ، فتارة يتذكر بعد الانتصاب قائماً ، وتارة قبله . فإن كان بعده ، لم تجز المودة إلى القعود على الصحيح المعروف . وفي وجهه : يجوز المود ما لم يشرع في القراءة . والاولى : أن لا يعود . وهذا الوجه : شاذ منكر . فعلى الصحيح : إن عاد متممداً علماً بتحريمه ، بطلت صلاته . وإن عاد ناسياً ، لم تبطل ، وعليه أن يقوم

عند تذكره ويسجد للسهو . وإن عاد جاهلاً بتحريمه ، فالأصح : أنه كالناسي .
والثاني : كالعائد . هذا حكم المنفرد . والامام في معناه ، فلا يرجع بعد الانتصاب .
ولا يجوز للمأموم أن يتخلف للتشهد . فإن فعل ، بطلت صلاته . فإن نوى مفارقتها
للتشهد ، جاز وكان مفارقاً بعذر . ولو انتصب مع الامام ، فماد الامام ، لم يجز
للمأموم العود ، بل ينوي مفارقتها . وهل يجوز أن ينتظره قائماً حملاً على أنه
عاد ناسياً ؟ وجهان سبق مثلها في التنحيز .

قلت : فإن عاد المأموم مع الامام ، علماً بالتحريم ، بطلت صلاته . وإن عاد
ناسياً ، أو جاهلاً ، لم تبطل . ولو قعد المأموم ، فانتصب الامام ثم عاد ، لزم
المأموم القيام ، لأنه توجه عليه بانتصاب الامام . والله أعلم

ولو قعد الامام للتشهد الأول ، وقام المأموم ناسياً ، أو نهضاً ، فتذكر
الامام ، فماد قبل الانتصاب ، وانتصب المأموم ، فثلاثة أوجه . أصحابها : يجب
على المأموم العود إلى التشهد لمتابعة الامام . فإن لم يعد ، بطلت صلاته ، صححه
الشيخ أبو حامد ، ومتابعوه ، وقطع به صاحب « التهذيب » . والثاني : يحرم
العود . والثالث : يجوز ، ولا يجب . ولو قام المأموم قاصداً ، فقد قطع إمام
الحرمين : بأنه يحرم العود . كما لو ركع قبل الامام ، أو رفع رأسه قبله عمداً ،
يحرم العود . فإن عاد ، بطلت صلاته ، لأنه زاد ركناً عمداً . فلو فعل ذلك
سهواً ، بأن سمع صوتاً ، فظن أن الامام ركع ، فركع ، فبان أنه لم يركع ، فقال
إمام الحرمين : في جواز الركوع ، وجهان . وقال صاحب « التهذيب » وآخرون :
في وجوب الرجوع ، وجهان . أحدهما : يجب . فإن لم يرجع ، بطلت صلاته .
والأصح : أنه لا يجب ، بل يتخير بين الرجوع وعدمه . وللنزاع في صورة قصد
القيام ، مجال ظاهر ، لأن أصحابنا المراقبين أطبقوا على أنه لو ركع قبل
الامام عمداً ، استحسب له أن يرجع إلى القيام ليركع مع الامام ، فجعلوه مستحباً .

الحال الثاني : أن يتذكر قبل الانتصاب . فقال الشافعي ، والأصحاب رحمهم الله : يرجع إلى التشهد . والمراد بالانتصاب ، الاعتدال والاستواء ، هذا هو الصحيح الذي قطع به الجمهور . وفي وجهه : المراد به : أن يصير إلى حال هي أرفع من حد أقل الركوع . ثم إذا عاد قبل الانتصاب ، هل يسجد للسهو ؟ قولان . أظهرهما : لا يسجد . وقال كثير من الأصحاب ، منهم القفال : إن صار إلى القيام أقرب منه إلى القعود ، ثم عاد ، سجد . وإن كان إلى القعود أقرب ، أو كانت نسبته إليها على السواء ، لم يسجد ، لأنه إذا صار إلى القيام أقرب فقد أتى بفعل يغير نظم الصلاة ، [و] لو تعمده في غير موضعه ، أبطل الصلاة . وقال الشيخ أبو محمد ، وآخرون : إن عاد قبل أن ينتهي إلى حد الراكعين ، لم يسجد . وإن عاد بعد الانتهاء إليه ، سجد . والمراد بحمد الركوع : أكمله ، لا أقله . بل لو قرب في ارتفاعه من حد أكمل الركوع ، ولم يلفه ، فهو في حد الراكعين ، صرح به في « النهاية » . وهذه العبارة ، مع عبارة القفال ورفقته ، متقاربتان ، والأولى أوفى بالفرض ، وهي أظهر من إطلاق القولين ، وبها قطع في « التهذيب » وهي كالتوسط بين القولين ، وحملها على الحالين . ثم جميع ما ذكرناه في الحالتين ، هو فيما إذا ترك التشهد الأول ، ونهض ناسياً . فأما إذا تمعد ذلك ، ثم عاد قبل الانتصاب والاعتدال ، فإن عاد بعد ما صار إلى القيام أقرب ، بطلت صلاته . وإن عاد قبله ، لم تبطل . ولو كان يصلي قاعداً ، فافتتح القراءة بعد الركعتين ، فإن كان على ظن أنه فرغ من التشهد ، وجاء وقت الثالثة ، لم يمد بعد ذلك إلى قراءة التشهد على الأصح . وإن سبق لسانه إلى القراءة وهو عالم بأنه لم يتشهد ، فله المود إلى قراءة التشهد . و ترك القنوت يقاس بما ذكرناه في التشهد ، فإذا نسيه ، ثم تذكر بعد وضع الجبهة على الأرض ، لم يجز المود . وإن كان قبله ، فله المود . ثم إن عاد بعد بلوغه حد الراكعين ، سجد للسهو . وإن كان قبله ، فلا .

فرع

إذا جلس في الركعة الأخيرة عن قيام ظاناً أنه أتى بالسجدتين ، فتشهد ، ثم ذكر الحال بعد التشهد ، لزمه تدارك السجدتين ، ثم إعادة التشهد ، ويسجد للسهو . ولا يختص هذا الحكم بالركعة الأخيرة ، بل لو اتفق ذلك في الركعة الثانية من صلاة رباعية ، أو ثلاثية ، فكذلك يتدارك السجدتين ، ويميد التشهد ، ويسجد للسهو في موضعه ، إلا أن إعادة التشهد هنا سنة . ولو اتفق ذلك في ركعة لا يعقبها تشهد ، فإذا تذكر ، تدارك السجدتين ، وقام ، ثم يسجد للسهو . أما إذا جلس بعد السجدتين في الركعة الأولى ، أو الثالثة من الرباعية ، وقرأ التشهد ، أو بمضنه ، ثم تذكر ، فيسجد للسهو ، لأنه زاد قعوداً طويلاً . فلو لم يطل ، لم يسجد . والتطويل : أن يزيد على جلسة الاستراحة . أما إذا ترك السجدة الثانية وتشهد ، ثم تذكر ، فيتدارك السجدة الثانية ، ويميد التشهد . وهل يسجد للسهو؟ وجابن . الصحيح : السجود . ولو لم يتشهد ، لكن طوّل الجلوس بين السجدتين ، سجد للسهو أيضاً على الأصح . أما إذا جلس عن قيام ، ولم يتشهد ، ثم تذكر ، فيشتغل بالسجدتين وما بعدهما ، على ترتيب صلاته . ثم إن طال جلوسه ، سجد للسهو ، وإن لم يطل ، بل كان في حد جلسة الاستراحة ، لم يسجد ، لأن تممه في غير موضعه لا يطل الصلاة ، بخلاف الركوع ، والسجود ، والقيام .

فرع

إذا قام إلى خامسة في رباعية ناسياً ، ثم تذكر قبل السلام ، فليبه أن يعود إلى الجلوس ، ويسجد للسهو ، ويسلم ، سواء تذكر في قيام الخامسة ، أو

ركوعها ، أو سجودها . وإن تذكر بعد الجلوس فيها ، سجد للسهو ، ثم سلم .
وأما التشهد ، فإن تذكر بعد الجلوس ، والتشهد في الخامسة ، لم يعده ، وإن تذكر
قبل التشهد في الخامسة ، ولم يكن تشهد في الرابعة ، فلا بد منه ، وإن تشهد في
الرابعة ، كفاه ، ولم يحتج إلى إعادته على الصحيح . هذا إن تشهد بنية التشهد
الأخير ، فإن كان بنية الأول ، فإن قلنا : إذا كان بنية الأخير يحتاج إلى إعادته ،
فهنا أولى ، وإلا ، ففيه الخلاف في تأدي الفرض بنية النفل .

قلت : الأصح : أنه لا يحتاج إلى إعادته ، وبه قطع كثيرون ، أو الأكثرون .
والله أعلم

ولو ترك الركوع ، ثم تذكره في السجود ، فهل يجب الرجوع إلى القيام
ليركع منه ، أم يكفيه أن يقوم راکعاً ؟ وجهان لابن سريج .

قلت : أصحها : الأول . والله أعلم

فصل

في قاعدة منكرة في أبواب الفقه

وهي أننا إذا تيقننا وجود شيء أو عدمه ، ثم شككنا في تغيره وزواله عما
كان عليه ، فانا نستصحب اليقين الذي كان ، ونطرح الشك ، فإذا شك في ترك
مأمور ينجر تركه بالسجود ، وهو الإباح ، فالأصل ، أنه لم يفعله ، فيسجد
للسهو ، قال في « التهذيب » : هذا إذا كان الشك في ترك مأمور معين ، فأما
إذا شك ، هل ترك مأموراً ، أم لا ؟ فلا يسجد كما لو شك : هل سها ، أم لا ؟

ولو شك في ارتكاب منهى ، كالسلام والسلام ناسياً ، فالأصل أنه لم يفعل ، ولا سجود . ولو تيقن السهو ، وشك هل سجد له ، أم لا ؟ فليسجد ، لأن الأصل عدم السجود . ولو شك ، هل سجد للسهو سجدة ، أم سجدتين ؟ سجد أخرى . قلت : ولو تيقن السهو ، وشك هل هو تركُ مأمور ، أو ارتكاب منهى ؟ سجد .

والله أعلم

ولو شك ، هل صلى ثلاثاً ، أم أربعاً ، أخذ بالأقل ، وأتى بالباقي ، وسجد للسهو . ولا ينفعه الظن ، ولا أثر للاجتهاد في هذا الباب . ولا يجوز العمل فيه بقول غيره . وفي وجه شاذ : أنه يجوز الرجوع إلى قول جمع كثير كانوا يرقبون صلاته . وكذلك الامام إذا قام إلى ركعة ظنها رابعة ، وعند القوم أنها خامسة ، فنبهوه ، لا يرجع إلى قولهم وفي وجه شاذ : يرجع إن كثر عددهم . واختلفوا في سبب السجود ، إذا شك : هل صلى ثلاثاً ، أم أربعاً ؟ فقال الشيخ أبو محمد وطائفة : العتمد فيه ، الخبر ، ولا يظهر معناه . واختاره إمام الحرمين ، والفزالي . وقال القفال ، والشيخ أبو علي ، وصاحب « التهذيب » وآخرون : سببه : التردد في الركعة التي يأتي بها ، هل هي رابعة ، أم زائدة توجب السجود ؟ وهذا التردد ، يقتضي الجبر بالسجود .

قلت : الثاني أصح . والله أعلم

فلو زال التردد قبل السلام ، وعرف أن التي يأتي بها رابعة ، لم يسجد على الأول . وعلى الثاني : يسجد . وضبط أصحاب هذا الوجه صورة الشك فقالوا : إن كان مافعله من وقت عروض الشك إلى زواله ، مالا بد منه على كل احتمال ، فلا يسجد للسهو . فإن كان زائداً على بعض الاحتمالات ، سجد .

مثاله : شك في قيامه في الظهر ، أن تلك الركعة ثالثة ، أم رابعة ؟ فركع وسجد على هذا الشك ، وهو على عزم القيام إلى ركعة أخرى أخذاً باليقين ، ثم

تذكر قبل القيام أنها ثالثة ، أورابعة ، فلا يسجد ، لأن ما فعله على الشك لا بد منه على التقديرين . فان لم يتذكر حتى قام ، سجد للسهو وإن تيقن أن التي قام إليها رابعة ، لأن احتمال الزيادة ، وكونها خامسة ، كان ثابتاً حين قام .

قلت : ولو شك المسبوق ، هل أدرك ركوع الامام ، أم لا ؟ فسيأتي في بابه إن شاء الله تعالى ، لأنه لا تحسب له هذه الركعة . قال النزالي في « الفتاوى » : فعلى هذا يسجد للسهو ، كما لو شك ، هل صلى ثلاثاً ، أم أربعاً ؟ هذا الذي قاله النزالي ظاهر . ولا يقال : يتحمله عنه الامام ، لأن هذا الشخص بعد سلام الامام شك في عدد ركعاته . والله أعلم

فرع

إذا شك في أثناء الصلاة في عدد الركعات ، أو في فعل ركن ، فالأصل : أنه لم يفعل ، فيجب البناء على اليقين . كما تقدم . وإن وقع هذا الشك بعد السلام ، فالذهب : أنه لا شيء عليه ، ولا أثر لهذا الشك . وقيل : فيه ثلاثة أقوال . أحدها : هذا . والثاني : يجب الأخذ باليقين . فان كان الفصل قريباً ، بنى . وإن طال ، استأنف . والثالث : إن قرب الفصل ، وجب البناء . وإن طال ، فلا شيء عليه . وأما ضبط طول الفصل ، فيحتاج إليه هنا وفيما إذا تيقن أنه ترك ركناً ، وذكره بعد السلام . وفي قدره قولان . أظهرهما ، نصه في « الأم » : يرجع فيه إلى العرف . والثاني ، نصه في « البويطي » : أن الطويل ما يزيد على قدر ركعة . ولنا وجه : أن الطويل : قدر الصلاة التي هو فيها . ثم إذا جوزنا البناء ، فلا فرق بين أن يتكلم بعد السلام ، أو يخرج من المسجد ويستدير القبلة ، وبين أن لا يفعل ذلك . ولنا وجه ضعيف : أن القدر المنقول عن رسول الله ﷺ في

الفصل محتمل . فان زاد ، فلا . والمنقول : أنه ﷺ ، قام ، ومضى إلى ناحية السجد ، وراجع ذا اليدين ، وسأل الجماعة ، فأجابوا .

فصل

لا يتكرر السجود بتكرر السهو ، بل يكفي سجدةً في آخر الصلاة ، سواء تكرر نوع ، أو أنواع . قال الأئمة : لاتمدد حقيقة السجود . وقد تعدد صورته في مواضع . منها : المسبوق إذا سجد مع الامام ، يعيد في آخر صلاته على المشهور . ومنها : لو سها الامام في صلاة الجمعة ، فسجد للسهو ، ثم بان قبل السلام خروج وقت الظهر ، فالمشهور : أنهم يتمونها ظهراً ، ويميدون سجود السهو ، لأن الأول ، لم يقع في آخر الصلاة .

ومنها : لو ظن أنه سها في صلاته ، فسجد للسهو ، ثم بان قبل السلام أنه لم يسه ، فالأصح : أنه يسجد للسهو ثانياً ، لأنه زاد سجدةً سهواً . والثاني : لا يسجد ، ويكون السجود جابراً لنفسه ولغيره .

ومنها : لو سها المسافر في الصلاة المقصورة ، فسجد للسهو ، ثم نوى الاتمام قبل السلام ، أو صار مقيماً بانهاء السفينة إلى دار الاقامة ، وجب إتمام الصلاة ، ويعيد السجود قطعاً .

ومنها : لو سجد للسهو ، ثم سها قبل السلام بكلام ، أو غيره ، ففي وجه : يعيد السجود . والأصح : لا يعيده كما لو تكلم ، أو سلم ناسياً بين سجدةً للسهو ، أو فيها ، فانه لا يعيده قطعاً ، لأنه لا يؤمن وقوع مثله في المعاد فيتسلسل . ولو سجد للسهو ثلاثاً ، لم يسجد لهذا السهو . وكذا لو شك ، هل سجد للسهو سجدة ، أم سجدةً ، فأخذ بالآقل ، وسجد أخرى ، ثم تحقق أنه كان سجد سجدةً ، لم يعد السجود .

ومنها : لو ظن سهوه بترك القنوت مثلاً ، فسجد له ، فإن قبل السلام أن سهوه بنيره ، أعاد السجود على وجهه ، لأنه لم يجبر ما يحتاج الى الجبر . والأصح : أنه لا يعيده ، لأنه قصد جبر الخلل .

قلت : ولو شك ، هل سهواً ، أم لا ؟ فجهل وسجد للسهو ، أمر بالسجود ثانياً لهذه الزيادة . والله أعلم .

فصل

إذا سهى المأموم خلف الامام ، لم يسجد ، ويتحمل الامام سهوه . ولو سهى بعد سلام الامام ، لم يتحمل ، لانقطاع القدوة ، وكذا المأموم الموافق ، إذا تكلم ساهياً عقب سلام الامام . وكذا المنفرد إذا سهى في صلاته ، ثم دخل في جماعة ، وجوزنا ذلك ، فلا يتحمل الامام سهوه ذلك . أما إذا ظن المأموم أن الامام سلم ، فسلم ، ثم بان أنه لم يسلم ، فسلم معه ، فلا سجود عليه ، لأنه سهى في حال القدوة . ولو تيقن في التشهد أنه ترك الركوع أو الفاتحة من ركعة ناسياً ، فإذا سلم الامام ، لزمه أن يأتي بركعة أخرى ، ولا يسجد للسهو ، لأنه سهى في حال الاقتداء . ولو سلم الامام ، فسلم المسبوق سهواً ، ثم تذكر ، بنى على صلاته ، وسجد ، لأن سهوه بعد انقطاع القدوة . ولو ظن المسبوق أن الامام سلم ، بأن سمع صوتاً ظنه سلامه ، فقام ليتدارك ما عليه ، وكان ما عليه ركعة مثلاً ، فأتى بها وجلس ، ثم علم أن الامام لم يسلم بعد تبين أن ظنه كان خطأً ، فهذه الركعة غير معتد بها ، لأنها مفعولة في غير موضعها ، فإن وقت التدارك بعد انقطاع القدوة ، فإذا سلم الامام ، قام إلى التدارك ، ولا يسجد للسهو لبقاء حكم القدوة . ولو كانت المسألة بحالها ، فسلم الامام وهو قائم ، فهل يجوز له أن يمضي في صلاته ، أم يجب عليه أن يعود إلى القعود ، ثم يقوم ؟ وجهان .

قلت : أصحها : الثاني . والله أعلم

فإن جوزنا المضي ، فلا بد من إعادة القراءة . فلو سلم الامام في قيامه ، لكنه لم يعلم به حتى أتم الركعة . إن جوزنا المضي ، فركعته محسوبة ، ولا يسجد للسهو . وإن قلنا : عليه القمود ، لم يحسب ، ويسجد للسهو للزيادة بعد سلام الامام . ولو كانت المسألة بحالها ، وعلم في القيام أن الامام لم يسلم بعد ، فقال إمام الحرمين : إن رجع ، فهو الوجه ، وإن أراد أن يتأدى وينوي الانفراد قبل سلام الامام ، ففيه الخلاف في قطع القدوة . فإن منعناه ، تعين الرجوع . وإن جوزناه ، فوجهان . أحدهما : يجب الرجوع . لأن نهوضه غير معتد به ، فيرجع ، ثم يقطع القدوة إن شاء . والثاني : لا يجب الرجوع ، لأن النهوض ليس مقصوداً لعينه ، وإنما المقصود ، القيام فما بعده . هذا كلام الامام . فلو لم يُرد قطع القدوة ، فقتضى كلام الإمام : وجوب الرجوع . وقال الغزالي : هو غير ، إن شاء رجع ، وإن شاء انتظر قائماً سلام الامام . وجواز الانتظار قائماً مشكل ، للمخالفة الظاهرة . فإن كان قرأ قبل تبين الحال ، لم يعتد بقراءته في جميع هذه الأحوال ، بل عليه استئنافها .

قلت : الصحيح : وجوب الرجوع في الحالتين . والله أعلم

فصل

إذا سها الامام في صلاته ، لحق سهوه المأموم . ويستثنى صورتان . إحداهما : إذا بان الامام محدثاً ، فلا يسجد لسهوه ، ولا يتحمل عن المأموم أيضاً . الثانية : أن يعلم سبب سجود الإمام ، ويتيقن غلظه في ظنه ، كما إذا ظن الامام ترك بعض الإبعاض ، والمأموم يعلم أنه لم يترك ، فلا يوافقه إذا سجد . ثم إذا سجد الامام

في غير الصورتين ، نزم المأمومَ موافقته فيه . فإن تركه عمداً ، بطلت صلاته . وسواء عرف المأموم سهو الامام ، أم لم يعرفه . ففتى سجد الامام في آخر صلاته سجدتين ، وجب على المأموم متابعتة ، حملاً على أنه سها ، بخلاف ما لو قام وأتى بركعة خامسة ، فإنه لا يتابعه ، حملاً على أنه ترك ركناً من ركعة ، لأنه لو تحقق الحال هناك لم يجوز متابعتة ، لأن المأموم أتم صلاته يقيناً .

قلت : ولو كان المأموم مسبوقاً بركعة ، أو شاكا في ترك ركن كالفاطحة ، فقام الامام إلى الخامسة ، لم يجوز للمأموم متابعتة فيها . والله أعلم

ولو لم يسجد الامام إلا سجدة ، سجد المأموم أخرى ، حملاً على أنه نسي . ولو ترك الامام السجود لسهوه ، سجد المأموم على الصحيح المنصوص . وخُرُج قول : أنه لا يسجد . ولو سلم الامام ، ثم عاد إلى السجود ، نظر ، فإن سلم المأموم معه ناسياً ، وافقه في السجود . فإن لم يوافقه ، ففي بطلان صلاته وجهان بناءً على الوجهين فيمن سلم ناسياً للسجود ، فعاد اليه : هل يعود إلى حكم الصلاة ؟ وإن سلم المأموم عمداً مع علمه بالسهو ، لم يلزمه متابعتة . ولو لم يسلم المأموم ، فعاد الامام ليسجد ، فإن عاد بعد أن سجد المأموم للسهو ، لم يتابعه ، لأنه قطع صلاته عن صلاته بالسجود . وإن عاد قبل أن يسجد المأموم ، فالأصح : أنه لا يجوز متابعتة ، بل يسجد منفرداً . والثاني : يلزمه متابعتة . فإن لم يفعل ، بطلت صلاته . ولو سبق الامام حدثٌ بعد ما سها ، أتم المأموم صلاته ، وسجد السهو . تقريباً على الصحيح المنصوص .

قلت : ولو سها المأموم ، ثم سبق الامام حدث ، لم يسجد المأموم ، لأن الامام حملة . وإن قام الامام إلى خامسة ساهياً ، فنوى المأموم مفارقتة بعد بلوغ الامام في ارتفاعه حد الراكعين ، سجد المأموم للسهو . وإن نواها قبله ، فلا سجود . والله أعلم

ولو كان الامام حنفياً، وجوزنا الاقتداء به، فسلم قبل أن يسجد للسهو، لم يسلم معه المأموم، بل يسجد قبل السلام، ولا ينتظر سجود الامام، لأنه فارقه بسلامه. ولو كان المأموم مسبوقاً، وسها الامام بعد ما لحقه، وسجد في آخر صلاته، لزم المسبوق أن يسجد معه على الصحيح المنصوص المرفوع. وعلى الشاذ: لا يسجد. فعلى الصحيح: إذا سجد معه، يعيد السجود في آخر صلاة نفسه على الأظهر. فان لم يسجد الامام، لم يسجد المسبوق في آخر صلاة الامام. وهل يسجد في آخر صلاة نفسه؟ فيه خلاف المتقدم في المأموم الموافق، إذا لم يسجد الامام: هل يسجد؟ أما إذا سها الامام قبل اقتداء المسبوق، فهل يلحق المسبوق حكم سهوه؟ وجهان. أحدهما: لا. فعلى هذا إن لم يسجد الامام، لم يسجد هو أصلاً. وإن سجد، فالأصح: أنه لا يسجد معه. والثاني: يسجد معه، لكن لا يعيده في آخر صلاته. والوجه الثاني وهو الأصح: يلحقه حكم سهوه. فعلى هذا، إن سجد الامام، سجد معه. وهل يعيده في آخر صلاته؟ فيه القولان. وإن لم يسجد الامام، سجد هو في آخر صلاته على الصحيح المنصوص. وإذا قلنا: المسبوق يعيد السجود في آخر صلاته، فاقتدى به بعد انفراده مسبوق آخر، وبالأخر آخر، فكل واحد منهم يسجد لتابعته إمامه، ثم يسجد في آخر صلاة نفسه. ولو سها المسبوق في تداركه، فان قلنا: لا يسجد لسهو الامام في آخر صلاة نفسه، سجد لسهو سجدتين. وإن قلنا: يسجد لسهو الامام في آخرها، فكم يسجد؟ وجهان. أحدهما: سجدتان. والثاني: أربع. ولو انفرد المصلي بركعة من رباعية، وسها فيها، ثم اقتدى بمسافر، وجوزنا الاقتداء في أثناء الصلاة، وسها إمامه، ثم قام إلى الرابعة، وسها فيها، فكم يسجد في آخر صلاته؟ فيه أوجه. الأصح: سجدتان. والثاني: أربع. والثالث: ست. فان كان سجد الامام، فلا بد أن يسجد معه، فيكون قد أتى في صلاته بثلاث سجعات للسهو على الوجه الثالث. وكذا

المسبوق إذا اقتدى بمسافر ، وسها الامام ، وسجد معه المسبوق ، ثم صار الامام متماً قبل أن يسلم ، فأتى ، وأعاد سجود السهو ، وأعاد معه المسبوق ، ثم قام إلى الرابعة ، وسها فيها ، وقلنا : يسجد أربع سجعات ، فقد أتى بثلاثي سجعات . فان سها بعدها بكلام ، أو غيره ، وفرعنا على أنه إذا سها بعد سجود السهو ، يسجد ، صارت السجعات عشرة . وقد يزيد عدد السجود على هذا تقريباً على الوجوه الضعيفة .

قلت : إذا قلنا : يسجد سجدتين للجميع ، فهل هما عن سهو في انفراده ، وسهو امامه ، أم عن سهو إمامه فقط ، أم عن سهو فقط ؟ فيه ثلاثة أوجه حكاهما صاحب « البيان » . الصحيح المشهور : الأول ، فان قلنا : عن أحدهما فقط ، فنوى الآخر عالماً ، بطلت صلاته . وإن قلنا : عنها ، فنوى أحدهما ، لم تبطل ، لكنه تارك لسجود الأخير . والله أعلم .

فصل

في كيفية سجود السهو ومحو

أما كيفيته ، فهو سجدتان بينهما جلسة ، يسن في هيئتهما الافتراش ، وبعدهما إلى أن يسلم ، يتورك . وكتب الأصحاب ساكتة عن الذكر فيها ، وذلك يشعر بأن المحبوب فيها ، هو المحبوب في سجعات صلب الصلاة ، كسائر ما سكثوا عنه من واجبات السجود ومحوباته . وسمعت بعض الأئمة يحكي : أنه يستحب أن يقول فيها : سبحان من لا ينام ، ولا يسهو^(١) . وهذا لائق بالحال . وفي محله ثلاثة أقوال . أظهرها : قبل السلام . والثاني : إن سها بزيادة ، سجد بعد السلام ، وإن سها بنقص ، سجد قبله . والثالث : أنه يتخير ، إن شاء قبله ، وإن شاء بعده .

(١) قال الحافظ ابن حجر في « تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير » قلت : لم أجده أصلاً .

والأول : هو الجديد . والآخرون : قديمان . ثم هذا الخلاف في الإجزاء على المذهب . وقيل : في الأفضل . ثم إذا قلنا : قبل السلام ، فسلم قبل أن يسجد ، نَظَر ، فإن سلم عامداً ، فوجهان . الأصح : أنه فوت السجود . والثاني : إن قصر الفصل سجد ، وإلا ، فلا . وإذا سجد ، فلا يكون عائداً إلى الصلاة بلا خلاف ، بخلاف إذا سلم ناسياً وسجد ، فإن فيه خلافاً ، وإن سلم ناسياً ، وطال الزمان ، فقولان . الجديد الأظهر : لا يسجد . والقديم : يسجد ، وإن لم يطل ، وتذكر على قرب ، فإن بدا له أن لا يسجد ، فذاك ، والصلاة ماضية على الصحة ، وحصل التحلل بالسلام على الصحيح . وفي وجه : يسلم مرة أخرى . وذلك السلام غير ممتدٍّ به ، وإن أراد أن يسجد ، فالصحيح النصوص الذي قطع به الجمهور : أنه يسجد . والثاني : لا يسجد . وإذا قلنا بالصحيح هنا ، أو بالقديم عند طول الفصل ، فسجد ، فهل يكون عائداً إلى حكم الصلاة ؟ وجهان . أرجحها عند صاحب « التهذيب » : لا يكون عائداً . وأرجحها عند الأكثرين : يكون عائداً . وبه قال أبو زيد ، وصححه القفال ، وإمام الحرمين ، والنزالي في « الفتاوى » والرويانى ، وغيرهم . ويتفرع على الوجهين ، مسائل .

منها : لو تكلم عامداً ، أو أحدث في السجود ، بطلت صلاته على الوجه الثاني ، ولا تبطل على الأول .

ومنها : لو كان السهو في صلاة جمعة ، وخرج الوقت وهو في السجود ، فانت الجمعة على الوجه الثاني ، دون الأول .

ومنها : لو كان مسافراً يقصر ، ونوى الإتمام في السجود ، لزمه الإتمام على الوجه الثاني ، دون الأول .

ومنها : هل يكبر للافتتاح ؟ وهل يتشهد ؟ إن قلنا بالوجه الثاني : لم يكبر ، ولم يتشهد ، وإن قلنا بالأول ، كبر ، وفي التشهد ، وجهان . أصحهما : لا يتشهد . وقال في « التهذيب » : والصحيح : أنه يسلم ، سواء قلنا بتشهد ، أم لا . وأما حدُّ طول الفصل ، ففيه الخلاف المتقدم فيمن ترك ركناً ناسياً ثم

تذكر بعد السلام أو شك فيه . والأصح : الرجوع إلى العرف . وحاول
إمام الحرمين ضبط العرف ، فقال : إذا مضى زمن يقلب على الظن ، أنه أضرب
عن السجود قصداً ، أو نسياناً ، فهذا طويل ، وإلا فقصير . قال : وهذا
إذا لم يفارق المجلس ، فإن فارق ، ثم تذكر على قرب الزمان ، ففيه احتمال
عندي ، لأن الزمان قريب ، لكن مفارقتها المجلس تقلب على الظن الاضراب
عن السجود . قال : ولو سلم ، وأحدث ، ثم انغمس في ماء على قرب الزمان ،
فالظاهر أن الحدث فاصل وإن لم يطل الزمان . وقد نقل قول للشافعي رحمه
الله : أن الاعتبار في الفصل ، بالمجلس . فإن لم يفارقه ، سجد وإن طال
الزمان . وإن فارقه ، لم يسجد وإن قرب الزمان . لكن هذا القول شاذ .
والذي اعتمده الأصحاب ، العرف . قالوا : ولا تضر مفارقة المجلس ، واستدبار
القبلة .

هذا كله تقرع على قولنا : سجد السهو قبل السلام . أما إذا قلنا : بعده .
فينبغي أن يسجد على قرب ، فإن طال الفصل ، عاد الخلاف . وإذا سجد ، فلا
يحكم بالعود إلى الصلاة بلا خلاف . وهل يتحرّم للسجدين ، ويتشهد ، ويسلم ؟
قال إمام الحرمين : حكمه حكم سجود التلاوة . ثم إذا رأينا التشهد ، فوجهان .
وقيل : قولان . الصحيح المشهور : أنه يتشهد بعد السجدين كسجود التلاوة .
والثاني : يتشهد قبلهما ، ليليهما السلام .

قلت : هذه مسائل منشورة من الباب . منها أن السهو في صلاة النفل ،
كالفرض على المذهب . وقيل : طريقان . الجديد كذلك ، وفي القديم ، قولان .
أحدهما : كذلك . والثاني : لا يسجد ، حكاه القاضي أبو الطيب ، وصاحب « الشامل »
ود المذهب . ولو سلم من صلاة ، وأحرم بأخرى ، ثم يقن أنه ترك ركناً
من الأولى ، لم تنعقد الثانية . وأما الأولى ، فإن قصر الفصل بني عليها . وإن طال ،
وجب استئنافها . ولو جلس للتشهد في الرابعة ، وشك : هل هو التشهد الأول ،

أُم الثاني ، فتشهد شاكاً ، ثم قام ، فبان الحال ، سجد للسهو ، سواء بان أنه الأول أو الآخر ، لأنه وإن بان الأول ، فقد قام شاكاً في زيادة هذا القيام . وإن بان الحال وهو بعد في التشهد الأول ، فلا سجود . ولو نوى المسافر القصر ، وصلى أربع ركعات ناسياً ، ونسي في كل ركعة سجدة ، حصلت له الركعتان ، ويسجد للسهو ، وقد تمت صلاته ، فيسلم ، ولا يلزمه الاتمام ، لأنه لم ينو . وكذا لو صلى الجمعة أربعاً ناسياً ، ونسي من كل ركعة سجدة ، سجد للسهو ، وسلم . ولو سها سهون ، أحدهما زيادة ، والآخر بنقص ، وقلنا : يسجد للزيادة بعد السلام ، ولتنقص قبله ، سجد هنا قبله على الأصح . وبه قطع المتولي . والثاني : بعده . وبه قطع البنديجي قال : وكذا الزيادة المتوهمه ، كمن شك في عدد الركعات . ولو أراد القنوت في غير الصبح لنازلة - والياذ بالله تعالى - وقلنا به ، فنسيه لم يسجد للسهو على الأصح . ذكره في « البحر » . ولو دخل في صلاة ثم ظن أنه ما كبر للاحرام ، فاستأنف التكبير للصلاة ، ثم علم أنه كان كبر أولاً ، فإن علم بعد فراغه من الصلاة الثانية ، لم يفسد الأولى ، وتمت بالثانية . وإن علم قبل فراغ الثانية ، عاد إلى الأولى ، فأكملها ، وسجد للسهو في الحالين . نقله في « البحر » عن نص الشافعي وغيره . والله أعلم

السجدة الثانية :

سجدة التلاوة ، وهي سنة ، وعدد السجديات أربع عشرة على الجديد الصحيح . ليس منها (ص) ومنها : سجدتان في (الحج) . وثلاث في الفصل . وقال في القديم : إحدى عشرة ، أسقط سجدات الفصل . ولنا وجه : أن السجديات خمس عشرة ، ضم إليها سجدة (ص) ، وهذا قول ابن سريج . والصحيح المنصوص المعروف : أنها ليست من عزائم السجود ، وإنما هي سجدة شكر ، فإن سجد فيها خارج الصلاة فحسن .

قلت : قال أصحابنا : يستحب أن يسجد في (ص) خارج الصلاة . وهو مراد الامام الرافعي بقوله : حسن . والله أعلم
ولو سجد في (ص) في الصلاة جاهلاً ، أو ناسياً ، لم تبطل صلاته . وإن كان عامداً ، بطلت على الأصح .

قلت : ويسجد للسهو للناسي والجاهل . والله أعلم
ولو سجد إمامه في (ص) لكونه يمتقدها ، لم يتابعه بل يفارقه أو ينتظره قائماً . وإذا انتظره قائماً ، فهل يسجد للسهو ؟ وجهان .
قلت : الأصح لا يسجد ، لأن المأموم لا يسجد لسهوه ووجه السجود انه يمتد أن إمامه زاد في صلاته جاهلاً . وحكى صاحب « البحر » وجهاً : أنه يتابع الامام في سجود (ص) . والله أعلم

ومواضع السجودات بينة لا خلاف فيها ، إلا التي في (حم السجدة) فالأصح : أنها عقب (لايسأمون) فصلت : ٣٨ . والثاني : عقب (إن كنتم إياه تعبدون) فصلت : ٣٧ .

فرع

يسن السجود للقارئ ، والمستمع له ، سواء كان القارئ في الصلاة ، أم لا . وفي وجه شاذ : لا يسجد المستمع لقراءة من في الصلاة . ويسن للمستمع إلى قراءة المحدث ، والصبي ، والكافر ، على الأصح . وسواء سجد القارئ ، أم لم يسجد ، يسن للمستمع السجود ، لكنه إذا سجد كان آكد . هذا هو الصحيح الذي قطع به الجمهور . وقال السيد لاني : لا يسن له السجود إذا لم يسجد القارئ ، واختاره إمام

الحرمين . وأما الذي لا يستمع ، بل يسمع عن غير قصد ، ففيه أوجه . الصحيح المنصوص : أنه يستحب له ، ولا يتأكد في حقه تأكده في حق المستمع . والثاني : أنه كالمستمع . والثالث : لا يسن له السجود أصلاً . أما المصلي ، فإن كان منفرداً ، سجد لقراءة نفسه . فلو لم يسجد فركع ، ثم بدا له أن يسجد ، لم يجوز . فلو كان قبل بلوغه حد الراكعين ، جاز . ولو هوى لسجود التلاوة ، ثم بدا له فرجع ، جاز ، كما لو قرأ بعض التشهد الأول ولم يتممه ، فانه يجوز . ولو أصى المنفرد بالصلاة لقراءة قارئ في الصلاة أو غيرها ، لم يسجد ، لأنه ممنوع من الاصفاء ، فإن سجد ، بطلت صلاته . وإن كان المصلي إماماً ، فهو كالمنفرد فيما ذكرناه . ولا يكره له قراءة آية لسجدة ، لافي الصلاة الجهرية ، ولا في السرية . وإذا سجد الامام ، سجد المأموم . فلو لم يفعل ، بطلت صلاته . وإذا لم يسجد الامام ، لم يسجد المأموم . ولو فعل ، بطلت صلاته . ويحسن القضاء إذا فرغ ولا يتأكد . ولو سجد الامام ولم يعلم المأموم حتى رفع الامام رأسه من السجود ، لم يسجد . وإن علم وهو بعد في السجود ، سجد . وإن كان المأموم في الهوي ، ورفع الامام رأسه ، رجع معه ولم يسجد ، وكذا الضعيف الذي هوى مع الامام لسجود التلاوة ، فرغ الامام رأسه

قبل انتهائه إلى الأرض لبطء حركته ، يرجع معه ، ولا يسجد . أما إذا كان المصلي مأموماً ، فلا يسجد لقراءة نفسه . بل يكره له قراءة السجدة . ولا يسجد لقراءة غير الامام ، بل يكره له الاصفاء إليها . ولو سجد لقراءة نفسه ، أو قراءة غير إمامه ، بطلت صلاته .

فرع

إذا قرأ آيات السجديات في مكان واحد ، سجد لكل واحدة ، فلو كرر الآية الواحدة في المجلس الواحد ، نُظِر ، إن لم يسجد للمرة الأولى ، كفاه

سجود واحد ، وإن سجد للأولى ، فثلاثة أوجه . الأصح : يسجد مرة أخرى ، لتعدد السبب . والثاني : يكفيه الأولى . والثالث : إن طال الفصل ، سجد أخرى ، وإلا فتكفيه الأولى . ولو كرر الآية الواحدة في الصلاة ، فإن كان في ركعة ، فكالجلس الواحد ، وإن كان في ركعتين ، فكالجلسين . ولو قرأ مرةً في الصلاة ، ومرة خارجها في المجلس الواحد ، وسجد للأولى ، فلم أرَ فيه نصاً للأصحاب ، وإطلاقهم يقتضي طرد الخلاف فيه .

فصل

في شرائط سجود النمرة وكيفيته

أما شروطه ، فيفتقر إلى شروط الصلاة ، كطهارة الحدث ، والنجس ، وستر العورة ، واستقبال القبلة ، وغيرها بلا خلاف .

وأما كيفيته ، فله حالان . حال في غير الصلاة . وحال فيها .

فالأول : ينوي ويكبر للافتتاح ، ويرفع يديه في هذه التكبيرة حذو منكبيه ، كما يفعل في تكبيرة الافتتاح في الصلاة ، ثم يكبر أخرى للهوي من غير رفع اليد . ثم تكبير الهوي مستحب ليس بشرط . وفي تكبيرة الافتتاح ، أوجه . أصحابها : أنها شرط . والثاني : مستحبة . والثالث : لا تشرع أصلاً . قاله أبو جعفر الترمذي . وهو شاذ منكر .

والمستحب ، أن يقوم وينوي قائماً ويكبر ، ثم يهوي إلى السجود من قيام . قاله الشيخ أبو محمد ، والقاضي حسين ، وغيرهما .

قلت : قد قاله أيضاً صاحب « التهذيب » و« التتمة » وأنكره إمام الحرمين ،

وغيره . قال الإمام : ولم ار لهذا ذكراً ، ولا أصلاً . وهذا الذي قاله الامام ، هو الاصبوب ، فلم يذكر جمهور اصحابنا هذا القيام ، ولا ثبت فيه شيء مما يحتاج به . فلاختيار تركه . والله اعلم

ويستحب أن يقول في سجوده : « سجد وجهي للذي خلقه وصوّره ، وشق سمعه وبصره ، بحوله وقوته » . وأن يقول : « اللهم اكتب لي بها عندك أجراً ، واجعلها لي عندك ذخراً ، وضع عني بها وزراً ، واقبلها مني ، كما قبلتها من عبدك داود عليه السلام » (١) ولو قال ما يقول في سجود صلاته ، جاز . ثم يرفع رأسه مكبراً ، كما يرفع من سجود الصلاة . وهل يشترط السلام ؟ فيه قولان . أظهرهما : يشترط ، فملى هذا في اشتراط التشهد وجهان . الأصح : لا يشترط . ومن الأصحاب من يقول : في اشتراط السلام والتشهد ، ثلاثة أوجه . أصحها : يشترط السلام دون التشهد . وإذا قلنا : التشهد ليس بشرط ، فهل يستحب ؟ وجهان . حكاهما في « النهاية » . قلت : الأصح : لا يستحب . والله اعلم

الحال الثاني : أن يسجد للتلاوة في الصلاة ، فلا يكبر للافتتاح ، لكن يستحب التكبير للهوي إلى السجود ، من غير رفع اليدين ، فكذا يكبر عند رفع الرأس كما يفعل في سجودات الصلاة . ولنا وجه شاذ : أنه لا يكبر للهوي ، ولا للرفع ، قاله ابن أبي هريرة . ويستحب أن يقول في سجوده ما قدمناه . وإذا رفع رأسه قام ، ولا يجلس للاستراحة . ويستحب أن يقرأ شيئاً ، ثم يركع . ولا بد من انتصابه قائماً ، ثم يركع . فان الهوي من قيام ، واجب .

(١) لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ، أن رجلاً جاء الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال : يا رسول الله ، رأيت هذه الليلة فيا يرى النائم كأنني أصلي خلف شجرة ، ولأني قرأت سجدة ، فسجدت ، فرأيت الشجرة تسجد لسجودي ، فسمعتها وهي ساجدة تقول : « اللهم اكتب لي ... » الخ ، قال ابن عباس : فقرأ النبي صلى الله عليه وآله وسلم سجدة فسمعتها وهو ساجد يقول مثل ما قال الرجل عن الشجرة . قال النووي في « المجموع » (٦٤/٤) رواه الترمذي وغيره بإسناد حسن .

فصل

ينبغي أن يسجد عقب قراءة آية السجدة ، أو استماعها . فإن أخر ، وقصر
الفصل ، سجد . وإن طال ، فاتت . وهل تُقضى ؟ قولان . حكاهما صاحب
« التقريب » ، أظهرهما وبه قطع الصيدلاني ، وآخرون
لا تقضى ، لأنها لعارض ، فأشبهت صلاة الكسوف . وضبط طول الفصل ، يؤخذ
بما تقدم في سجود السهو . ولو كان القارئ ، أو المستمع ، محدثاً عند التلاوة ،
فان تطهر على قرب ، سجد . وإلا ، فالقضاء على الخلاف . ولو كان يصلي ،
فقرأ قارئ آية سجدة ، فاذا فرغ من صلاته ، هل يقضي سجود التلاوة ؟
المذهب : أنه لا يقضيه ، وبه قطع الشافعي وغيره ، واختاره إمام الحرمين ، لأن
قراءة غير إمامه ، لا تقتضي سجوده . وإذا لم نجز ما يقتضي السجود أداء ،
فالقضاء بعيد . وقال صاحب « التقريب » : وفيه القولان المتقدمان . وقال صاحب
« التهذيب » : يحسن أن يقضي ولا يتأكد ، كما يجب المؤذن إذا فرغ من الصلاة .
قلت : إذا قرأ السجدة في الصلاة قبل الفاتحة ، سجد ، بخلاف ما لو قرأها
في الركوع ، أو السجود ، فانه لا يسجد . ولو قرأ السجدة ، فهو ليسجد ،
فشك ، هل قرأ الفاتحة ؟ فانه يسجد للتلاوة ، ثم يعود إلى القيام فيقرأ الفاتحة .
ولو قرأ خارج الصلاة السجدة بالفارسية ، لا يسجد عندنا . وإذا سجد المستمع
مع القارئ ، لا يرتبط به ، ولا ينوي الاقتداء به ، وله الرفع من السجود
قبله . ولو أراد أن يقرأ آية أو آيتين فيها سجدة ليسجد ، فلم أر فيه كلاماً
لأصحابنا . وفي كراهته خلاف للسلف ، أوضحته في كتاب « آداب القرآن » ،

ومقتضى مذهبنا : أنه إن كان في غير الوقت المنهي عن الصلاة فيه ، وفي غير الصلاة ، لم يكره . وإن كان في الصلاة ، أو في وقت كراهتها ، ففيه الوجهاً فيمن دخل المسجد في هذه الأوقات لا لفرض سوى صلاة التحية . والأصح : أنه يكره له الصلاة . هذا إذا لم يتعلق بالقراءة المذكورة غرض سوى السجود ، فإن تعلق ، فلا كراهة مطلقاً قطعاً . ولو قرأ آية سجدة في الصلاة ، فلم يسجد ، وسلم ، يستحب أن يسجد ما لم يطل الفصل . فإن طال ، ففيه الخلاف المتقدم . ولو سجد للتلاوة قبل بلوغ السجدة ولو بحرف ، لم يصح سجوده . ولو قرأ بعد السجدة آيات ، ثم سجد جاز ما لم يطل الفصل . ولو قرأ سجدة ، فسجد ، فقرأ في سجوده سجدة أخرى ، لا يسجد ثانياً على الصحيح المعروف . وفيه وجه شاذ : حكاه في « البحر » أنه يسجد . قال صاحب « البحر » : إذا قرأ الإمام السجدة في صلاة سرية ، استحب تأخير السجود إلى فراغه من الصلاة . قال : وقد استحب أصحابنا للخطيب إذا قرأ سجدة ، أن يترك السجود لما فيه من كلفة النزول عن المنبر والصمود . قال : ولو قرأ السجدة في صلاة الجنازة ، لم يسجد فيها . وهل يسجد بعد الفراغ ؟ وجهان . أصحها : لا يسجد . وأصلها أن القراءة التي لا تنزع ، هل يسجد لتلاوتها ؟ وجهان . والله أعلم

السجدة الثالثة :

سجدة الشكر : سجود الشكر سنة عند مفاجأة نعمة ، أو اندفاع نقمة ، من حيث لا يحتسب ، وكذا إذا رأى مبتلى بليّة ، أو بمصيبة . ولا يسن عند استمرار النعم . وإذا سجد لنعمة ، أو اندفاع بليّة لا تتعلق بغيره ، استحب إظهار السجود . وإن سجد لبليّة في غيره ، وصاحب البليّة غير معذور ، كالفاسق ، أظهر السجود بين يديه لعله يتوب . وإن كان معذوراً ، كصاحب الزمانة ، أخفاه لئلا

يشأذى . ويفتقد سجود الشكر إلى شروط الصلاة . وكيفيته ككيفية سجود التلاوة خارج الصلاة . ولا يجوز سجود الشكر في الصلاة بحال .

قلت : قال أصحابنا : لو سجد في الصلاة للشكر ، بطلت صلاته . فلو قرأ آية سجدة ليسجد بها للشكر ، ففي جواز السجود ، وجهان . في « الشامل » و « البيان » أصحابها : يحرم ، وتبطل صلاته . وهما كالوجهين ، فيمن دخل المسجد في وقت النهي ليصلي التحية . والله أعلم

فرع

في جواز سجود الشكر على الراحلة بالإيماء

[في جواز سجود الشكر على الراحلة بالإيماء] وجهان . كالتنفل مضطجماً

مع القدرة .

ولو سجد للتلاوة على الراحلة ، إن كان في صلاة نافلة ، جاز قطعاً تبعاً لها ، وإلا ، فعلى الوجهين في سجدة الشكر . أصحابها : الجواز فيها ، وبه قطع صاحب التهذيب والمدة والخلاف فيمن اقتصر على الإيماء ، فإن كان في مرقد ، وأتم السجود ، جاز قطعاً . وأما المائي في السفر فيسجد على الأرض على الصحيح كسجود صلاة النفل .

قلت : قال في « التهذيب » : لو تصدق صاحب هذه النعمة أو صلى شكراً ، فحسن .

والله أعلم

فرع

لو خضع إنسان لله تعالى ، فتقرب بسجدة من غير سبب ، فالأصح : أنه حرام ، كالتقرب بركوع مفرد ونحوه . وصححه إمام الحرمين ، والفزالي ، وغيرهما ، وقطع به الشيخ أبو محمد . والثاني : يجوز ، قاله صاحب « التقریب » قال : وإذا فاتت سجدة الشكر ، ففي قضائها الخلاف في قضاء النوافل الراجعة . وقطع غيره بعدم القضاء .

قلت : وسواء في هذا الخلاف في تحريم السجدة ، ما يفعل بعد صلاة وغيره . وليس من هذا ما يفعله كثيرون من الجهلة الضالين ، من السجود بين يدي المشايخ ، فإن ذلك حرام قطعاً بكل حال ، سواء كان إلى القبلة ، أو غيرها . وسواء قصد السجود لله تعالى ، أو غفل . وفي بعض صورته ما يقتضي الكفر عافانا الله تعالى . والله أعلم

الباب السابع

في صلاة التطوع

اختلف اصطلاح الأصحاب في تطوع الصلاة .

فمنهم من يفسره بما لم يرد فيه نقل بخصوصيته ، بل ينشؤه الإنسان ابتداءً . وهؤلاء قالوا : ما عدا الفرائض ، ثلاثة أقسام ، سنن ، وهي التي واظب عليها رسول الله ﷺ . ومستحبات ، وهي التي فعلها أحياناً ، ولم يواظب عليها . وتطوعات ، وهي التي ذكرنا . ومنهم من يرادف بين لفظي النافلة والتطوع ، ويطلقها على ما سوى الفرائض .

قلت : ومن أصحابنا من يقول : السنة ، والمستحب ، والندوب ، والتطوع ، والنفل ، والمرغب فيه ، والحسن ، كلها بمعنى واحد . وهو ما رجح الشرع فعله على تركه ، وجاز تركه . والله أعلم

واختلف أصحابنا في الرواتب ما هي ؟ فقل : هي النوافل الموقوفة بوقت مخصوص ، وعد منها التراويح ، وصلاة الميدين ، والضحي . وقيل : هي السنن الثابتة للفرائض .

واعلم أن ما سوى فرائض الصلاة ، قسماً . ما يسن له الجماعة كالالميدين ، والكسوفين ، والاستسقاء . ولها أبواب معروفة ، وما لا يسن فيه الجماعة ، وهي رواتب مع الفرائض وغيرها ، فأما الرواتب ، فالوتر وغيره ، وأما غير الوتر ، فاختلف الأصحاب في عددها ، فقال الأكثرون : عشر ركعات ، ركعتان قبل الصبح ، وركعتان قبل الظهر ، وركعتان بعدها ، وركعتان بعد المغرب ، وركعتان بعد العشاء . ومنهم من نقص ركعتي العشاء . نص عليه في « البويطي » وبه قال الخضرى . ومنهم من زاد على العشر ركعتين أخريين قبل الظهر . ومنهم من زاد على هذا أربعاً قبل العصر . ومنهم من زاد على هذا أخريين بعد الظهر . فهذه خمسة أوجه لأصحابنا ، وليس خلافهم في أصل الاستحباب ، بل إن المؤكد من الرواتب ماذا ؟ مع أن الاستحباب يشمل الجميع . ولهذا قال صاحب « المذهب » وجماعة : أدنى الكمال : عشر ركعات ، وهو وجه الأول . وأتم الكمال : ثمانى عشرة ركعة ، وهو الوجه الخامس . وفي استحباب ركعتين قبل المغرب وجهان . وبلاستحباب قال أبو إسحاق الطوسي ، وأبو زكريا السكري .

قلت : الصحيح ، استحبابها ، في مواضع من « صحيح البخارى » عن [عبد الله] بن مغفل رضي الله عنه ، عن النبي ﷺ ، قال : « صلوا قبل صلاة المغرب » قال في الثالثة : لمن شاء . والله أعلم

فصل

الوتر سنة . ويحصل بركمة ، وبثلاث ، وبخمس ، وبسبع ، وبتسع ، وبأحدى عشرة ، فهذا أكثره على الأصح . وعلى الثاني : أكثره ثلاث عشرة . ولا يجوز الزيادة على أكثره على الأصح . فإن زاد ، لم يصح وتره . وإذا زاد على ركعة ، فأوتر بثلاث فأكثر موصولة ، فالصحيح : أن له أن يتشهد تشهداً واحداً في الأخيرة ، وله تشهد آخر في التي قبلها . وفي وجهه : لا يجزئ الاقتصار على تشهد واحد . وفي وجهه : لا يجوز لمن أوتر بثلاث ، أن يتشهد تشهدين بتسليمه . فإن فعل ، بطلت صلاته ، بل يقتصر على تشهد أو يسلم في التشهدين . وهذان الوجهان منكران ، والصواب جواز ذلك كله . ولكن : هل الأفضل تشهد ؟ أم تشهدان ؟ فيه أوجه . أرجحها عند الروياني : تشهد . والثاني : تشهدان . والثالث : هما في الفضيلة سواء . أما إذا زاد على تشهدين ، وجلس في كل ركعتين ، واقتصر على تسليمه في الركعة الأخيرة ، فالصحيح : أنه لا يجوز ، لأنه خلاف المنقول . والثاني : يجوز كنافلة كثيرة الركعات . أما إذا أراد الإيتار بثلاث ركعات ، فهل الأفضل فصلها بسلامين ، أم وصلها بسلام ؟ فيه أوجه . أصحها : الفصل أفضل . والثاني : الوصل . والثالث : إن كان منفرداً ، فالفصل ، وإن صلاها بجماعة ، فالوصل . والرابع : عكسه . وهل الثلاث الموصولة أفضل من ركعة فردة ؟ فيه أوجه . الصحيح : أن الثلاث أفضل . والثاني : الفردة . قال في « النهاية » : وغلا هذا القائل فقال : الفردة أفضل من إحدى عشرة ركعة موصولة . والثالث : إن كان منفرداً ، فالفردة . وإن كان إماماً ، فالثلاث الموصولة .

فرع

في وقت الوتر

[في وقت الوتر] وجهان .

الصحيح : أنه من حين يصلي العشاء ، إلى طلوع الفجر . فان أوتر قبل فصل العشاء ، لم يصح وتره ، سواء تمعد ، أو سها وظن أنه صلى العشاء ، أو صلاها ظاناً أنه متطهر ، ثم أحدث فتوضأ وصلى الوتر ، ثم بان أنه كان محدثاً في العشاء ، فوتره باطل .

والوجه الثاني: يدخل وقت الوتر بدخول وقت العشاء، وله أن يصليه قبلها. ولو صلى العشاء، ثم أوتر بركعة قبل أن يتنفل، صح وتره على الصحيح. وقيل: لا يصح حتى يتقدمه نافلة، فإذا لم يصح وتره، كان تطوعاً. كذا قاله إمام الحرمين. وينبغي أن يكون على الخلاف فيمن صلى الظهر قبل الزوال غلطاً، هل تبطل صلاته، أم تكون نفلاً؟ والمستحب أن يكون الوتر آخر صلاة الليل. فان كان لا تهجد له، فينبغي أن يوتر بعد فريضة العشاء وراتبتها، ويكون وتره آخر صلاة الليل، وإن كان له تهجد، فالأفضل أن يؤخر الوتر، كذا قاله المراقبون. وقال إمام الحرمين، والغزالي: اختار الشافعي رحمه الله، تقديم الوتر. فيجوز أن يحمل قفلها على من لا يتسدد قيام الليل. ويجوز أن يحمل على اختلاف قول، أو وجه. والأمر فيه قريب، وكل سائغ. وإذا أوتر قبل أن ينام، ثم قام وتهجد، لم يعد الوتر على الصحيح المروف. وفي وجه شاذ: يصلي في أول قيامه ركعة يشفعه، ثم يتهجد ما شاء، ثم يوتر ثانياً، ويسمى هذا: تقض الوتر. والصحيح المنصوص في «الأم»، ود المختصر: أن الوتر يسمى: تهجداً: وقيل: الوتر غير التهجد.

فرع

إذا استحبنا الجماعة في التراويح ، يستحب الجماعة أيضاً في الوتر بعدها . وأما في غير رمضان ، فالذهب : أنه لا يستحب فيه الجماعة . وقيل : في استحبابها ، وجهان مطلقاً . حكاه أبو الفضل بن عبدان .

فرع

يستحب القنوت في الوتر في النصف الأخير من شهر رمضان ، فإن أوتر بركعة ، قنت فيها ، وإن أوتر بأكثر ، قنت في الأخيرة . ولنا وجه : أنه يقنت في جميع رمضان ، ووجه : أنه يقنت في جميع السنة . قاله أربعة من أئمة أصحابنا : أبو عبد الله الزيري ، وأبو الوليد النيسابوري ، وأبو الفضل بن عبدان ، وأبو منصور بن مهران . والصحيح : اختصاص الاستحباب بالنصف الثاني من رمضان ، وبه قال جمهور الأصحاب . وظاهر نص الشافعي رحمه الله ، كراهة القنوت في غير هذا النصف . ولو ترك القنوت في موضع نستحبه ، سجد للسهو ، ولو قنت في غير النصف الأخير من رمضان - وقلنا : لا يستحب - سجد للسهو . وحكى الروياني وجهاً : أنه يجوز القنوت في جميع السنة بلا كراهة ، ولا يسجد للسهو بتركه في غير النصف . قال : وهذا اختيار مشايخ طبرستان ، واستحسنه (١) .

وفي موضع القنوت في الوتر ، أوجه ، أصحابنا : بمد الركوع . ونص عليه في [سنن] « حرمة » . والثاني : قبل الركوع ، قاله ابن سريج .

(١) أي : الروياني المتقدم ذكره .

والثالث : يتخير بينها ، وإذا قدمه ، فالأصح أنه يقنت بلا تكبير . والثاني : يكبر بعد القراءة ، ثم يقنت . ولهذه القنوت هو ما تقدم في قنوت الصبح .

واستحب الأصحاب أن يضم إليه قنوت عمر رضي الله عنه : « اللهم إنا نستعينك ، ونستغفرك ، ونستهديك ، ونؤمن بك ، وتوكل عليك ، وثني عليك الخير كله ، نشكرك ولا نكفرك ، ونخلع ونترك من يفجرك . اللهم إياك نعبد ، ولك نصلي ونسجد ، وإليك نسعى ونحفد ، نرجو رحمتك ، ونخشى عذابك ، إن عذابك بالكفار ملحق . اللهم عذب كفرة أهل الكتاب الذين يصدون عن سبيلك ، ويكذبون رسلك ، ويقاتلون أولياءك . اللهم اغفر للمؤمنين والمؤمنات ، والمسلمين والمسلمات ، وأصلح ذاتَ بينهم ، وآلف بين قلوبهم ، واجعل في قلوبهم الإيمان والحكمة ، وثبتهم على ملة رسولك ، وأوزعهم أن يوفوا بعهدك الذي عاهدتهم عليه ، وانصرم على عدوك وعدوهم ، وإله الحق ، واجعلنا منهم » (١) .

وهل الأفضل أن يقدم قنوت عمر على قنوت الصبح ، أم يؤخره ؟ وجهان . قال الروياني : يقدمه ، وعليه العمل . ونقل القاضي أبو الطيب عن شيوخهم ، تأخيره .

قلت : الأصح : تأخيره ، لأن قنوت الصبح ثابت عن النبي ﷺ في الوتر . وينبغي أن يقول : « اللهم عذب الكفرة » للحاجة إلى التعميم في أزماننا . والله أعلم

قال الروياني : قال ابن القاص : يزيد في القنوت (ربنا لا تؤاخذنا) إلى آخر السورة (٢) واستحسنه . وحكم الجهر بالقنوت ، ورفع اليدين وغيرهما ، على ما تقدم في الصبح .

(١) انظر الكلام على قنوت عمر هذا في « الفتوحات الربانية » ٢٩٩/٢ .

(٢) أي : سورة البقرة : ٢٨٦ .

ويستحب لمن أوتر بثلاث ، أن يقرأ بعد الفاتحة في الأولى (سُبْح) .
وفي الثانية : (قل يا أيها الكافرون) . وفي الثالثة : (قل هو الله أحد)
والمؤذنين .

فصل

في النوافل التي يس فيها الجماعة

اعلم أن أفضل النوافل مطلقاً ، الميدان ، ثم الكسوفان ، ثم الاستسقاء .
وأما التراويح ، فإن قلنا : لا يسن فيها الجماعة ، فالرواتب أفضل منها ، وإن قلنا :
يسن فيها ، فكذلك على الأصح . والثاني : التراويح أفضل .
قلت : كسوف الشمس أفضل من خسوف القمر ، ذكره الماوردي وغيره .
والله أعلم .

فصل

ومن التطوع الذي لا يسن له الجماعة ، صلاة الضحى . وأقلها : ركعتان ،
وأفضلها : ثمان ، وأكثرها : اثنا عشر ، ويسلم من كل ركعتين . ووقتها من حين ترتفع
الشمس إلى الاستواء :

قلت : قال أصحابنا : وقت الضحى من طلوع الشمس . ويستحب تأخيرها
إلى ارتفاعها . قال الماوردي : ووقتها المختار إذا مضى ربع النهار . والله أعلم

ومنه تحية المسجد بركعتين ، ولو صلى الداخل فريضة ، أو ورداً ، أو
سنة ، ونوى التحية معها ، حصلاً جميعاً . وكذا إن لم ينوها . ويجوز أن يطرد

فيه الخلاف المذكور فيمن نوى غسل الجنابة : هل يحصل له الجمعة والعيد إذا لم ينوهما ؟ ولو صلى الداخل على جنازة ، أو سجد لتلاوة ، أو شكر ، أو صلى ركعة واحدة ، لم يحصل التحية على الصحيح .

قلت : ومن تكرر دخوله المسجد في الساعة الواحدة مراراً . قال الهاملي في كتابه « الباب » : أرجو أن يجزئه التحية مرة . وقال صاحب « التتمة » : لو تكرر دخوله ، يستحب التحية كل مرة ، وهو الأصح . قال الهاملي : وتكره التحية في حالين . أحدهما : إذا دخل والإمام في المكتوبة . والثاني : إذا دخل المسجد الحرام ، فلا يشتغل بها عن الطواف . ومما يحتاج إلى معرفته ، أنه لو جلس في المسجد قبل التحية ، وطال الفصل ، لم يأت بها كما سيأتي : أنه لا يشرع قضاؤها . وإن لم يطل ، فالذي قاله الأصحاب : أنها تفوت بالجلوس ، فلا يفعلها . وذكر الامام أبو الفضل بن عبدان في كتابه المصنف في العبادات : أنه لو نسي التحية وجلس ، فذكر بعد ساعة ، صلاها . وهذا غريب . وفي « صحيح البخاري » و« مسلم » ما يؤيده في حديث الداخل يوم الجمعة . والله أعلم

ومنه ركعتا الاحرام ، وركعتا الطواف ، إذا لم نوجبها .

قلت : ومنه ركعتان عقب الوضوء ، ينوي بها سنة الوضوء . ومنه سنة الجمعة قبلها أربع ركعات ، وبعدها أربع . كذا قاله ابن القاسم في « الفتاح » وآخرون . ويحصل أيضاً بركعتين قبلها ، وركعتين بعدها . والعمدة فيما بعدها ، حديث « صحيح مسلم » « وإذا صليت الجمعة ، فصلوا بعدها أربعاً » وفي « الصحيحين » أن النبي ﷺ كان يصلي بعدها ركعتين . وأما قبلها ، فالعمدة فيه ، القياس على الظاهر . ويستأنس فيه بحديث « سنن ابن ماجه » : أن النبي ﷺ ، كان يصلي قبلها أربعاً . وإسناده ضعيف جداً . ومنه ركعتا الاستخارة . ثبت في « صحيح البخاري » . ومنه ركعتا صلاة الحاجة . والله أعلم

فصل

أوكد ما لا تسن له الجماعة : السنن الرواتب . وأفضل الرواتب : الوتر ،
وركعتا الفجر . وأفضلها : الوتر على الجديد الصحيح ، والقديم : سنة الفجر .
وفي وجه : هما سواء . فاذا قلنا بالجديد ، فالصحيح الذي عليه الجمهور : أن
سنة الفجر تسلي الوتر في الفضيلة . وفي وجه قاله أبو إسحاق : أن صلاة الليل
تقدم على سنة الفجر .

قلت : هذا الوجه قوي . ففي « صحيح مسلم » أن رسول الله ﷺ ، قال :
« أفضل الصلاة بعد الفريضة ، صلاة الليل » وفي رواية « الصلاة في جوف الليل » .
والله أعلم

ثم أفضل الصلوات بعد الرواتب المذكورة ، الضحى . ثم ما يتعلق بفعل ،
كركعتي الطواف ، وركعتي الاحرام ، وتحية المسجد .

فصل

التراويح ، عشرون ركعة بمشر تسليات .

قلت : فلو صلى أربعاً بتسليمة ، لم يصح . ذكره القاضي حسين في « الفتاوى »
لأنه خلاف المشروع . وينوي التراويح ، أوقيام رمضان . ولا يصح بنية مطلقة ،
بل ينوي ركعتين من التراويح في كل تسليمة . والله أعلم

قال الشافعي رحمه الله : ورأيت أهل المدينة يقومون بتسع وثلاثين ، منها

ثلاث للوتر . قال أصحابنا : ليس لغير أهل المدينة ذلك . والأفضل في التراويح الجماعة على الأصح . وقيل : الأظهر ، وبه قال الأكثرون . والثاني : الانفراد أفضل . ثم قال العراقيون ، والصيدلاني ، وغيرهم : الخلاف فيمن يحفظ القرآن ، ولا يخاف الكسل عنها ، ولا تحتل الجماعة في المسجد بتخلفه . فإن فقد بعض هذا ، فالجماعة أفضل قطعاً . وأطلق جماعة ثلاثة أوجه ، ثالثها : هذا الفرق . ويدخل وقت التراويح بالفراغ من صلاة العشاء .

فصل

التطوعات التي لاتتملق بسبب ، ولا وقت ، لاحصر لأعدادها ، ولا الركعات الواحدة منها . فإذا شرع في تطوع ، ولم ينو عدداً ، فله أن يسلم من ركعة ، وله أن يسلم من ركعتين فصاعداً . ولو صلى عدداً لا يعلمه ، ثم سلم ، صح . نص عليه في « الإملاء » . ولو نوى ركعة ، أو عدداً قليلاً ، أو كثيراً ، فله ذلك . ولنا وجه شاذ : أنه لا يجوز أن يزيد على ثلاث عشرة بتسليمة واحدة ، وهو غلط . ثم إذا نوى عدداً ، فله أن يزيد ، وله أن ينقص . فمن أحرم بركعة ، فله جعلها عشرًا ، أو بعشر ، فله جعلها واحدة بشرط تغير النية قبل الزيادة ، والنقصان . فلو زاد أو نقص قبل تغير النية عمداً ، بطلت صلاته .

مثاله : نوى ركعتين ، فقام لثالثة بنية الزيادة ، جاز . ولو قام قبلها عمداً ، بطلت صلاته . وإن قام ناسياً ، عاد وسجد للسهو وسلم . فلو بدا له في القيام أن يزيد فهل يشترط العود إلى القعود ثم يقوم منه ، أم له المضي ؟ وجهان . أصحابنا : الأول ، ثم يسجد للسهو في آخر صلاته . ولوزاد ركعتين سهواً ، ثم نوى إكمال أربع ، صلى ركعتين أخريين . وما منها به لا يحسب . ولو نوى أربعاً ، ثم غير نيته ، وسلم عن ركعتين ، جاز . ولو سلم قبل تغيير النية عمداً ،

بطلت صلاته . وإن سلم ساهياً ، أتم أربعاً ، وسجد للسهو . فلو أراد بعد السلام أن يقتصر على الركعتين ، سجد للسهو وسلم ثانياً ، فإن سلامه الأول غير محسوب . ثم إن تطوع بركة ، فلا بد من التشهد . وإن زاد على ركعة ، فله أن يقتصر على تشهد في آخر صلاته . وهذا التشهد ركن . وله أن يتشهد في كل ركعتين ، كما في الفرائض الرباعية . فإن كان العدد وترّاً ، فلا بد من التشهد في الأخيرة . أيضاً . وهل له أن يتشهد في كل ركعة ؟ قال إمام الحرمين : فيه احتمال ، والظاهر جوازه . واعلم أن تجوز التشهد في كل ركعة ، لم يذكره غير الإمام ، والغزالي . وفي كلام كثير من الأصحاب ما يقتضي منه .

قلت : « الصحيح المختار » ، منه ، فإنه اختراع صورة في الصلاة لأعدها . والله أعلم

وأما الاختصار على تشهد في آخر الصلاة ، فلا خلاف في جوازه . وأما التشهد في كل ركعتين ، فذكره المراقبون وغيرهم ، وقالوا : هو الأفضل ، وإن جاز الاختصار على تشهد . وذكر صاحب « التتمة » ، و « التهذيب » وجماعة : أنه لا يجوز الزيادة على تشهدين بحال . ولا يجوز أن يكون بين التشهدين أكثر من الركعتين ، إن كان العدد شفعاً . وإن كان وترّاً ، لم يجز بينها أكثر من ركعة . والمذهب : جواز الزيادة كما قدمناه . وحكى صاحب « البيان » وجهاً : أنه لا يجلس إلا في آخر الصلاة ، وهو شاذ منكر . ثم إن صلى بتشهد ، قرأ السورة في الركعات كلها ، وإن صلى بتشهدين ، فهل يقرأ فيما بعد التشهد الأول ؟ فيه القولان في الفرائض ، والأفضل : أن يسلم من كل ركعتين ، سواء كان بالليل أو بالنهار . ولو نوى صلاة تطوع ، ولم ينو ركعة ، ولا ركعات ، فهل يجوز الاختصار على ركعة ؟ قال صاحب « التتمة » : فيه وجهان ، بناءً على ما لو نذر صلاة مطلقة ، هل يخرج عن نذره بركة ، أم لا بد من ركعتين ؟ وينبغي أن يقطع بالجواز .

قلت : إنما ذكر صاحب « التمهيد » الوجهين في أنه : هل يكره الاختصار على ركعة ، أم لا يكره ؟ وجزم بالجواز ، كما جزم به سائر الأصحاب . والله أعلم

فصل

في أوقات النوافل الراتبة

وهي ضربان :

أحدهما : راتبة تسبق الفريضة فيدخل وقتها بدخول وقت الفريضة ، ويبقى جوازها ما بقي وقت الفريضة . ووقت اختيارها ما قبل الفريضة . ولنا وجه شاذ : أن سنة الصبح يبقى وقت أدائها إلى زوال الشمس .
الضرب الثاني : الرواتب التي بعد الفريضة ، ويدخل وقتها بفعل الفريضة ، ويخرج بخروج وقتها . ولنا قول شاذ : أن الوتر يبقى أداءً إلى أن يصلي الصبح . والمشهور : أنه يخرج بطلوع الفجر .

فرع

النافلة قيمان . أحدهما : غير مؤقتة ، وإنما تفعل لسبب عارض ، كصلاة الكسوفين ، والاستسقاء ، ونحية المسجد . وهذا لا مدخل للقضاء فيه . والثاني : مؤقتة ، كالعيد ، والضحية ، والرواتب التابعة للفرائض . وفي قضائها أقوال . وأظهرها : تقضى . والثاني : لا . والثالث : ما استقل ، كالعيد ، والضحية ، قضى . وما كان تبعاً كالرواتب ، فلا . وإذا قلنا : تقضى ، فالشهور أنها تقضى أبداً . والثاني : تقضى صلاة النهار ، ما لم تغرب شمسها ، وفائت الليل ما لم يطلع

فجره . فيقضي ركعتي الفجر ما دام النهار باقياً . والثالث : يقضي كل تابع ما لم يصل* فريضة مستقبله ، فيقضي الوتر ما لم يصل الصبح ، ويقضي سنة الصبح ما لم يصل* الظهر ، والباقي على هذا المثال . وقيل : على هذا الاعتبار ، بدخول وقت المستقبله ، لا بفعلها .

قلت : يستحب عندنا فعل الرواتب ، في السفر كالخضر . والسنة : أن يضطجع بعد سنة الفجر قبل الفريضة . فإن لم يفعل ، فصل بينها ، لحديث عن عائشة رضي الله عنها ، « أن النبي ﷺ ، كان إذا صلى سنة الفجر ، فإن كنت مستيقظة ، حدثني ، وإلا اضطجع حتى يؤذن بالصلاة » رواه البخاري . والسنة ، أن يخفف السورة فيها .

ففي « صحيح مسلم » أن النبي ﷺ ، كان يقرأ في الأولى بعد الفاتحة ، (قولوا آمنا بالله . . .) الآية البقرة : ١٣٦ . وفي الثانية : (قل يا أهل الكتاب تعالوا . . .) الآية آل عمران : ٦٤ .

وفي رواية : أنه قرأ في الأولى : (قل يا أيها الكافرون) . وفي الثانية : (قل هو الله أحد) فكلاهما سنة . ونص في « البويطي » على الثانية . وفي سنة المغرب : (قل يا أيها الكافرون) و (قل هو الله أحد) . وكذا في ركعتي الاستخارة ، وتحية المسجد . وتطوع الليل ، أفضل من تطوع النهار . فإن أراد أحد نصي الليل ، فالنصف الثاني أفضل ، وإن أراد أحد أثلثة ، فالأوسط وأفضل منه السدس الرابع والخامس . ثبت ذلك في « الصحيحين » .

ويكره قيام الليل كله دائماً ، وينبغي أن لا يخل بصلاة في الليل وإن قلت . والنفل في البيت أفضل من المسجد كما قدمناه .

ويستحب لمن قام لتعبد ، أن يوقظ له من يطعم بهجده إذا لم يخف ضرراً . ويستحب المحافظة على الركعتين في المسجد ، إذا قدم من سفر ، للأحاديث الصحيحة في كل ذلك . والله أعلم

كتاب صلاة الجماعة

اعلم أن أركان الصلاة وشروطها ، لا تختلف بالجماعة ، والافراد ، لكن الجماعة أفضل . فالجماعة فرض عين في الجمعة ، وأما في غيرها من المكتوبات ، ففيها أوجه . الأصح : أنها فرض كفاية . والثاني : سنة . والثالث : فرض عين . قاله من أصحابنا ، ابن المنذر ، وابن خزيمة . وقيل : إنه قول للشافعي رحمه الله . فإن قلنا : فرض كفاية ، فإن امتنع أهل قرية من إقامتها ، قاتلهم الامام ، ولم يسقط الحرج ، إلا إذا أقاموها ، بحيث يظهر هذا الشعار بينهم . ففي القرية الصغيرة يكفي إقامتها في موضع ، وفي الكبيرة ، والبلاد ، تقام في الحال . فلو أطبقوا على إقامتها في البيوت ، قال أبو إسحاق : لا يسقط الفرض . وخالفه بعضهم ، إذا ظهرت في الأسواق . وإن قلنا : إنها سنة فتركوها ، لم يقاتلوا على الأصح .

قلت : قول أبي إسحاق أصح . ولو أقام الجماعة طائفة يسيرة من أهل البلد ، وأظهروها في كل البلد ، ولم يحضرها جمهور القيمين بالبلد ، حصلت الجماعة ، ولا إثم على المتخلفين . كما إذا صلى على الجنازة طائفة يسيرة . وأما أهل البوادي ، فقال إمام الحرمين : عندي فيهم نظر ، فيجوز أن يقال : لا يتعرضون لهذا الفرض ، ويجوز أن يقال : يتعرضون له إذا كانوا ساكنين . قال : ولا شك أن المسافرين لا يتعرضون لهذا الفرض ، وكذا إذا قل عدد ساكني قرية . هذا كلام الامام .

والختار أن أهل البوادي الساكنين ، كأهل القرية ، للحديث الصحيح « مامن ثلاثة في قرية ، أو بدو ، لا تقام فيهم الصلاة ، إلا قد استحوذ عليهم الشيطان » . والله أعلم هذا حكم الرجال . وأما النساء ، فلا تفرض عليهن الجماعة ، لا فرض عين ، ولا كفاية . ولكن يستحب لهن . ثم فيه وجهان . أحدهما : كاستجابها للرجال . وأصحها : لا يتأكد في حقهن ، كتأكدها في حق الرجال . فلا يكره لهن تركها ، ويكره تركها للرجال ، مع قولنا : هي لهم سنة . والمستحب أن تقف إمامتهن وسطهن ، وجماعتهم في البيوت أفضل . فإن أردن حضور المسجد مع الرجال ، كره للشواب ، دون المعجّز . وإمامة الرجال لهن ، أفضل من إمامة النساء ، لكن لا يجوز أن يخلو بهن غير محرم .

قلت : الخلاف في كون الجماعة فرض كفاية ، أم عين ، أم سنة ، هو في المكتوبات المؤديات ؛ أما المندورة ، فلا يشرع فيها الجماعة . وقد ذكره الرافعي في أثناء كلامه في باب الأذان ، في مسألة ، لا يؤذن للمندورة . وأما القضية ، فليست الجماعة فيها فرض عين ، ولا كفاية قطعاً ، ولكنها سنة قطعاً . وفي الصحيح : أن رسول الله ﷺ صلى بأصحابه الصبح جماعة حين فاتتهم بالوادي . وأما القضاء خلف الأداء وعكسه ، فجائز عندنا ، كما سيأتي إن شاء الله تعالى . لكن الأولى الانفراد للخروج من خلاف العلماء . وأما النوافل ، فقد سبق في باب صلاة التطوع ما يشرع فيه الجماعة ، منها ، وما لا يشرع . ومعنى قولهم : لا يشرع ، لا تستحب فلو صلى هذا النوع جماعة جاز ، ولا يقال مكروه ، فقد تظاهرت الأحاديث الصحيحة على ذلك . والله أعلم

فصل

إذا صلى الرجل في بيته برفيقه ، أو زوجته ، أو ولده ، حاز فضيلة الجماعة ، لكنها في المسجد أفضل . وحيث كان الجمع من المساجد أكثر ، فهو أفضل . ولو كان بقربه مسجد قليل الجمع ، وبأبعد مسجد كثير الجمع ، فالبعيد أفضل ، إلا في حالتين . إحداهما : أن تتمطل جماعة القريب بمدوله عنه ، لكونه إماماً ، أو يحضر الناس بحضوره ، فالقريب أفضل . والثاني : أن يكون إمام البعيد مبتدعاً ، كالمعتزلي وغيره ، قال الهاملي وغيره : وكذا لو كان الامام حنفياً ، لأنه لا يعتقد وجوب بعض الأركان ، بل قال أبو اسحق : الصلاة منفرداً أفضل من الصلاة خلف الحنفي وهذا تقريع على صحة الصلاة خلف الحنفي . ولنا وجه : أن رعاية مسجد الجوار ، أفضل بكل حال .

فرع

إذا أدرك المسبوق الامام قبل السلام ، أدرك فضيلة الجماعة على الصحيح الذي قطع به الجمهور . وقال الفزالي : لا يدرك إلا بأدراك ركعة . وهو شاذ ضعيف .

فرع

يستحب المحافظة على ادراك التكبيرة الأولى مع الامام . وفيما يدركها به ، أوجه . أصحها : بأن يشهد تكبيرة الامام ، ويشتمل عقبها بمقد صلاته . فإن آخر لم يدركها . والثاني : بأن يدرك الركوع الأول . والثالث : أن يدرك شيئاً من

القيام . والرابع : أن يشغله أمر دنيوي لم يدرك بالركوع . وإن منه عذر ، أو سبب للصلاة ، كالطهارة أدرك به .

قلت : وذكر القاضي حسين وجهاً خامساً : أنه يدركها ما لم يشرع الإمام في الفاتحة . قال النزالي في « البسيط » في الوجه الثاني ، والثالث : هما فيمن لم يحضر إحرام الإمام ، فأما من حضر وآخر ، فقد فاتته فضيلة التكبيرة ، وإن أدرك الركعة . والله أعلم

ولو خلف فوت هذه التكبيرة ، فقد قال أبو إسحاق : يستحب أن يسرع ، ليدركها ، والصحيح الذي قطع به الجماهير : أنه لا يسرع ، بل يمشي بسكينة ، كما لو لم يخف فوتها .

فصل

يستحب للإمام أن يخفف الصلاة من غير ترك الألباس ، والمهثبات . فإن رضي القوم بالتطويل ، وكانوا منحصرين ، لا يدخل فيهم غيرهم ، فلا بأس بالتطويل . ولو طوّل الإمام ، فله أحوال .

منها : أن يصلي في مسجد سوق ، أو محلة ، فيطول ، يلحق آخرون تكثر بهم الجماعة ، فهذا مكروه .

ومنها : أن يؤم في مسجد يحضره رجل شريف ، فيطول ليلحق الشريف ، فيكره أيضاً .

ومنها : أن يحسّ في صلاته بجميع رجل يريد الاقتداء به . فإن كان الإمام راحكاً ، فهل ينتظره ليدرك الركوع ؟ فيه قولان : أظهرهما عند إمام الحرمين ، وآخرين : لا ينتظره ، والثاني : ينتظره بشرط أن لا يفحش التطويل ،

وأن يكون المسبوق داخل المسجد حين الانتظار . فإن كان خارجه لم ينتظره قطعاً وبشرط أن يقصد به التقرب إلى الله تعالى ، فإن قصد التودد واستمالته ، فلا ينتظره قطعاً . وهذا معنى قولهم : لا يميز بين داخل وداخل . وقيل : إن عرف الداخل بعينه ، لم ينتظره ، وإلا انتظره . وقيل : إن كان ملازماً للجماعة ، انتظره ، وإلا فلا . واختلفوا في كيفية القولين . فقال معظم الأصحاب : ليس القولان في استحباب الانتظار ، بل أحدهما : يكره ، وأظهرهما : لا يكره . وقيل : أحدهما ، يستحب . والثاني : لا يستحب . وقيل : أحدهما يستحب . والثاني : يكره . وقيل : لا ينتظره قولاً واحداً . وإنما القولان في الانتظار في القيام . وقيل : إن لم يضر الانتظار بالمؤمنين ، ولم يشق عليهم ، انتظر قطعاً ، وإلا ففيه القولان . وحيث قلنا : لا ينتظر ، فانتظر ، لم تبطل صلاته على المذهب . وقيل : في بطلانها قولان . ولو أحس بالداخل في التشهد الأخير ، فهو كالركوع . وإن أحس به في سائر الأركان كالقيام والسجود ، وغيرها ، لم ينتظره على المذهب الذي قطع به الجمهور . وقيل : هو كالركوع . وقيل : القيام ، كالركوع ، دون غيره . وحيث قلنا : لا ينتظر ، ففي البطلان ماسبق .

قلت : المذهب أنه يستحب انتظاره في الركوع والتشهد الأخير بالشروط المذكورة ، ويكره في غيرها . والله اعلم

فصل

من صلى صلاة من الخمس منفرداً ثم أدرك جماعة يصلونها ، استحب أن يسبدها معهم . ولنا وجه شاذ منكر : أنه يعيد الظهر والمشاء فقط . ووجه :

يعيدهما مع المغرب . ولو صلى جماعة ، ثم أدرك جماعة أخرى ، فالأصح عند جماهير الأصحاب : يستحب الإعادة كالمفرد . والثاني : لا . فعلى هذا تكره إعادة الصبح والمصر دون غيرهما . والثالث : إن كان في الجماعة الثانية زيادة فضيلة لكون الإمام أعلم أو أروع ، أو الجمع أكثر ، أو المكان أشرف ، استحب الإعادة وإلا فلا . والرابع : يستحب إعادة ماعدا الصبح والمصر . وإذا استحبنا الإعادة لمن صلى منفرداً ، أو جماعة ، ففي فرضه قولان ، ووجهان . أظهر القولين وهو الجديد : فرضه الأولى . والتقديم : فرضه إحداها لابئنيها . والله تعالى يحاسب بما شاء منها ، وربما قيل : يحتسب بأكملها . وأحد الوجهين كلاهما فرض . والثاني : إن صلى منفرداً ، فالفرض الثانية لأكملها . ثم إن فرعنا على غير الجديد ، فوى الفرض في المرة الثانية . وإن كانت الصلاة مفرباً أعادها كالمرة الأولى . وإن فرعنا على الجديد ، فوجهان . الأصح الذي قاله الأكثرون : ينوي بها الفرض أيضاً . والثاني : اختاره إمام الحرمين : ينوي الظهر والمصر . ولا يتعرض للفرض فإن كانت الصلاة مفرباً . فالصحيح : أنه يبيدها كالمرة الأولى . والثاني : يستحب أن يقوم الى ركعة أخرى إذا سلم الإمام .

قلت : الرابع : اختيار إمام الحرمين . ويستحب لمن صلى إذا رأى من يصلي تلك الفريضة وحده ، أن يصليها معه ليحصل له فضيلة الجماعة . والله أعلم

فصل

لا رخصة في ترك الجماعة ، سواء قلنا سنة ، أو فرض كفاية إلا من عذر عام ، أو خاص ، فمن المأم : المطر ليلاً كان أو نهاراً . ومنه الريح الماصفة في الليل دون النهار . وبعض الأصحاب يقول : الريح الماصفة في الليلة المظلمة ، وليس

ذلك على سبيل اشتراط الظلمة . ومنه الوجه الشديد وسيأتي في الجمعة إن شاء الله تعالى . ومنه ، السموم ، وشدة الحر في الظهر . فان أقاموا الجماعة ولم يبردوا ، أو أبردوا ، أو بقي الحر الشديد ، فله التخلف عن الجماعة . ومنه شدة البرد سواء في الليل والنهار . ومن الأعذار الخاصة : المرض ، ولا يشترط بلوغه حداً يسقط القيام في الفريضة ، بل يعتبر أن يلحقه مشقة كمشقة المائي في المطر .

ومنها : أن يكون مريضاً ، ويأتي تفصيله في « الجمعة » إن شاء الله تعالى . ومنها : أن يخاف على نفسه ، أو ماله ، أو على من يلزمه الذب عنه من سلطان ، أو غيره ، ممن يظلمه ، أو يخاف من غريم يحبسه ، أو يلزمه وهو مصر ، فله التخلف . ولا عبرة بالخوف ممن يطالبه بحق هو ظالم في منعه ، بل عليه الحضور ويوفيه ذلك الحق . ويدخل في الخوف على المال ، ما إذا كان خبزه في التنور ، أو قدره على النار ، وليس هناك من يتعهدهما .

ومنها : أن يكون عليه قصاص لو ظفر به المستحق لقتله ، وكان يرجو العفو مجاناً ، أو على مال لو غيب وجهه أياماً ، فله التخلف بذلك . وفي معناه حد القذف دون حد الزنا ، وما لا يقبل العفو . واستشكل إمام الحرمين جواز التنبؤ لمن عليه قصاص .

ومنها : أن يدافع أحد الأخنين ، أو الريح . وتكره الصلاة في هذه الحال ، بل يستحب أن يفرغ نفسه ، ثم يصلي وإن فاتت الجماعة . فلو خاف فوت الوقت ، فوجهان . أصحها : يقدم الصلاة . والثاني : الأولى أن يقضي حاجته ، وإن فات الوقت ، ثم يقضي . ولنا وجه شاذ : أنه إذا ضاق عليه الأمر بالدافعة ، وسلبت خشوعه ، بطلت صلاته . قاله الشيخ أبو زيد ، والقاضي حسين .

ومنها : أن يكون به جوع ، أو عطش شديد ، وحضره الطعام والشراب ،

وتأقت نفسه إليه ، فيبدأ بالأكل والشرب . قال الأصحاب : وليس المراد أن يستوفي الشبع ، بل يأكل لقمًا يكسر حدة جوعه . إلا أن يكون الطعام مما يؤتى عليه مرة واحدة ، كالسويق ، واللبن . فإن خاف فوت الوقت لو اشتغل ، فوجهان ، كمدافعة الأخيثن .

ومنها : أن يكون عاريًا لا لباس له ، فيعذر في التخلف ، سواء وجد ما يستر المورة ، أم لا .

ومنها : أن يريد السفر وترتحل الرفقة .

ومنها : أن يكون ناشد ضالة يرجو الطفر ، إن ترك الجماعة ، أو وجد من غضب ماله ، وأراد استرداده منه .

ومنها : أن يكون أكل بصلًا ، أو كراثًا ، أو نحوهما ، ولم يمكنه إزالته الرائحة بفسل ومعالجة ، فإن كان مطبوخًا فلا .

ومنها : غلبة النوم .

قلت : أما الثلج ، فإن بلَّ الثوب فمذر ، وإلا ، فلا . قال في « الحاوي » :
والزلة عذر . والله أعلم .

باب

صفة المؤمنة

صفة الأئمة ضربان ، مشروطة ، ومستحبة .

فأما المشروطة ؛ فصلاة الامام تارة تكون باطلة في اعتقاد الامام والمأموم ، وتارة تكون صحيحة . فالأول كصلاة المحدث ، والجنب ، ومن على ثوبه نجاسة ،

ونحو ذلك ، فلا يجوز لمن علم حاله الاقتداء به ، وكذلك الكافر لا يجوز الاقتداء به . ولو صلى ، لم يصر بالصلاة مسلماً على المشهور . والثاني : إذا صلى في دار الحرب ، صار مسلماً . هذا إذا لم يسمع منه كلتا الشهادتين ، فإن سمعنا ، حكم بإسلامه على الصحيح . فأما إذا كانت صلاة الامام صحيحة في اعتقاده دون اعتقاد المأموم ، أو بالعكس ، فله صورتان .

إحدهما : أن يكون ذلك لاختلافها في الفروع الاجتهادية . بأن مس الحنفي فرجه ، وصلى ، ولم يتوضأ ، أو ترك الاعتدال ، أو الطمأنينة ، أو قرأ غير الفاتحة ، ففي صحة صلاة الشافعي خلفه ، وجهان . قال القفال : يصح . وقال الشيخ أبو حامد : لا يصح . وهذا هو الأصح عند الأكثرين . وبه قطع الروياني في « الحلية » والنزالي في « الفتاوى » . ولو صلى على وجه لا يصححه ، والشافعي يصححه ، بأن احتجم ، وصلى ، فمعد القفال : لا يصح اقتداء الشافعي به . وعند أبي حامد : يصح ، اعتباراً باعتقاد المأموم . وقال الأودني ، والحلي من أصحابنا : إذا أم ولي الأمر ، أو نائبه فترك البسمة ، والمأموم يرى وجوبها ، صحت صلاته خلفه علماً كان ، أو عامياً ، وليس له المفارقة لما فيه من الفتنة ، وهذا حسن . أما إذا حافظ الحنفي على جميع ما يعتقد الشافعي وجوبه ، واشترطه ، فيصح اقتداء الشافعي به على الصحيح الذي قطع به الجمهور . وقال الأستاذ أبو إسحاق الاسفرايني : لا يصح . ولو شك ، هل أتى بالواجبات ، أم لا ؟ فالأصح : أنه كما إذا علم إتيانه بها . والثاني : أنه كما إذا علم تركها ، فالخاص في اقتداء الشافعي بالحنفي ، أربعة أوجه . أحدها : الصحة . والثاني : البطان . والأصح : إن حافظ على الواجبات ، أو شككنا ، صح . وإلا ، فلا . والرابع : إن حافظ ، صح . وإلا ، فلا . ولو اقتدى الحنفي بالشافعي ، فصلى الشافعي على وجه يصح عنده ، ولا يصح عند الحنفي ، بأن احتجم ، ففي صحة اقتدائه

الخلاف . وإذا صححنا اقتداء أحدهما بالآخر ، فصلى الشافعي الصبح خلف حنفي ، ومكث الحنفي بعد الركوع قليلاً ، وأمكنه أن يقنت فيه ؛ فدل ، وإلا تأبىه . ويسجد للسجود ، إن اعتبرنا اعتقاد المأموم ، وإن اعتبرنا اعتقاد الامام ، فلا . ولو صلى الحنفي خلف الشافعي الصبح ، فترك الامام القنوت ساهياً ، وسجد للسجود ، تأبىه المأموم ، وإن ترك الامام سجود السجود ، سجد المأموم إن اعتبرنا اعتقاد الامام ، وإلا ، فلا .

الصورة الثانية : أن لا يكون لاختلافها في الفروع ، فلا يجوز لمن يستفد بطلان صلاة غيره أن يقتدي به ، كرجلين اختلف اجتهدا في القبلة ، أو في إناءين : طاهر ، ونجس ، فلو كثرت الآنية والمجتهدون ، واختلفوا بأن كانت ثلاثة : طاهران ، ونجس ، فظن كل رجل طهارة واحد فحسب ، وأم كل واحد في صلاة فثلاثة أوجه ؛ الصحيح : قول ابن الحداد والأكثرين : تصح لكل واحد ما أم فيه ، والاقتداء الأول يبطل الثاني . والثاني : قول صاحب « التلخيص » : لا يصح الاقتداء أصلاً . والثالث : قول أبي إسحاق الروزي : يصح الاقتداء الأول إن اقتصر عليه . فإن اقتدى ثانياً ، لزمه إعادتها . أما إذا ظن طهارة اثنين ، فيصح اقتداؤه مستعمل المظنون طهارته بلا خلاف . ولا يصح بالثالث بلا خلاف . ولو كانت الآنية خمسة ، والنجس منها واحد ، فظن كل واحد طهارة واحد ، ولم يظن شيئاً من الأربعة ، وأم كل واحد في صلاة ، فعند صاحب « التلخيص » والروزي : يجب عليهم إعادة ما اقتدوا به . وعند ابن الحداد : يجب إعادة الاقتداء الأخير فقط . وقال بعض الأصحاب : هذه الأوجه إنما هي فيما إذا سمع صوت من خمسة أنفس وتناكروه . فأما الآنية : فلا تبطل إلا الاقتداء الأخير بلا خلاف . ولو كان النجس من الآنية خمسة اثنين ، صحت صلاة كل واحد منهم خلف اثنين ، وبطلت خلف اثنين . ولو كان النجس ثلاثة ، صحت خلف واحد فحسب . هذا قول ابن الحداد ، ولا يخفى قول الآخرين .

الحال الثاني : أن تكون صلاة الامام صحيحة في اعتقاد الامام والمأموم ،
فتارة يفتي عن القضاء ، وتارة لا يفتي . فان لم تكن كمن لم يجد ماء ولا تراباً ، لم
يجز الاقتداء به للمتوضئ ولا للمتيمم الذي لا يقضي . وهل يجوز لمن هو في مثل
حاله ؟ وجهان . الصحيح : لا .

ومثله : المقيم التيمم لعدم الماء ، ومن أمكنه أن يتعلم الفاتحة فلم يتعلم ثم
صلى لحزمة الوقت ، والعماري ، والمربوط على خشبة إذا أوجبت عليهم الإعادة .
وإن أغتت عن القضاء . فان كان مأموماً ، لم يصح الاقتداء به . ولو رأى رجلين
يصليان جماعة ، وشك أيها الامام ، لم يجز الاقتداء بواحد منها حتى يتبين الامام .
ولو اعتقد كل واحد من المصلين أنه مأموم ، لم تصح صلاتها . وإن اعتقد أنه
إمام ، صحت . ولو شك كل واحد أنه إمام ، أم مأموم ، بطلت صلاتها . وإن
شك أحدهما ، بطلت صلاته . وأما الآخر ، فان ظن أنه إمام صحت ، وإلا ، فلا .
وإن كان غير مأموم ، فتارة يخل بالقراءة ، وتارة لا يخل ، فان أخل بأن كان
أمياً ؟ ففي صحة اقتداء القارئ به ، ثلاثة أقوال . الجديد الأظهر : لا تصح .
والقديم : إن كانت سرية ، صح ، وإلا فلا . والثالث : مخرج أنه يصح مطلقاً .
هكذا نقل الجمهور . وأنكر بعضهم الثالث ، وعكس النزائي ، فجعل الثاني ثالثاً ،
والثالث ثانياً ، والصواب : الأول .

قلت : هذه الأقوال جارية سواء علم المأموم كون الامام أمياً ، أم لا هكذا
قاله الشيخ أبو حامد ، وغيره . وهو مقتضى إطلاق الجمهور . وقال صاحب
« الحاوي » : الأقوال إذا لم يعلم كونه أمياً ، فان علم لم يصح قطعاً ، والصحيح
أنه لا فرق . والله اعلم

والمراد بالأمي : من لا يحسن الفاتحة أو بعضها ، لخرس أو غيره ، فيدخل فيه
الأرت . وهو الذي يدغم حرفاً بحرف في غير موضع الادغام . وقال في « التهذيب » :

هو الذي يبدل الراء بالثاء . والألثغ : وهو الذي يبدل حرفاً بحرف ، كالسين بالثاء ، والراء بالفين ، ومن في لسانه رخاوة تمنعه التشديد . واعلم أن الخلاف المذكور في اقتداء القارئ بالأمي هو فيمن لم يطاوعه لسانه ، أو طاعه ولم يمض زمن يمكن التعطش فيه . فأما إذا مضى زمن وقصر بترك التعلم ، فلا يصح الاقتداء به بلا خلاف ، لأن صلاته حينئذ مقضية ، كصلاة من لم يجد ماء ولا تراباً . وبصح اقتداء أمي بأمي مثله . ولو حضر رجلان ، كل واحد منهما يحسن بعض الفاتحة إن كان ما يحسنه ذا ، يحسنه ذاك ، جاز اقتداء كل واحد بصاحبه ، وإن أحسن كل واحد غير ما يحسنه الآخر ، فاقتداء أحدهما بالآخر ، كاقتداء القارئ بالأمي . وعليه يخرج الأثر بالألثغ ، وعكسه لأن كل واحد قارئ مالا يحسنه صاحبه . وتكره إمامة التمام ، والفأفاء ، والاقْتداء بصح بها .

قلت : التمام ، من يكرر الراء ، والفأفاء ، من يكرر الفاء ، ويتردد فيها ، وهو بهزتين بعد الفأفين ، بالمد في آخره . والله أعلم

وتكره إمامة من يلحن في القراءة ثم ينظر : إن كان لحناً لا يغير المعنى كرفع الهاء من الحمد لله ، صحت صلاته ، وصلاة من اقتدى به . وإن كان يغير ، كضم تاء أنعمت عليهم ، أو كسرهما ، تبطله . كقوله : الصراط المستقين . فإن كان يطاوعه لسانه ، ويمكنه التعلم ، لزمه ذلك . فإن قصر ، وضاق الوقت ، صلى وقضى ، ولا يجوز الاقتداء به . وإن لم يطاوعه لسانه ، أو لم يمض ما يمكن التعلم فيه ، فإن كان في الفاتحة ، فصلاة مثله خلفه صحيحة ، وصلاة صحيح اللسان خلفه ، صلاة قارئ خلف أمي . وإن كان في غير الفاتحة ، صحت صلاته ، وصلاة من خلفه قال إمام الحرمين : ولو قيل : ليس لهذا اللاحن قراءة غير الفاتحة مما يلحن فيه ، لم يكن بعيداً ، لأنه يتكلم بما ليس بقرآن بلا ضرورة ، أما إذا لم يخل الإمام بالقراءة فإن كان رجلاً ، صح اقتداء الرجال والنساء به ، وإن كانت امرأة ، صح

اقتداء النساء بها ، ولم يصح اقتداء الرجال ، ولا الخنثى . وإن كان خنثى ، جاز
اقتداء المرأة به . ولا يجوز اقتداء الرجل ولا خنثى آخر به .

فرن

حيث حكنا بصحة الاقتداء فلا بأس أن يكون الامام متيمماً ، أو ماسح
خف ، والمأموم متوضئاً غاسلاً رجله . ويجوز اقتداء السليم بسلس البول ، والطاهرة
بالمستحاضة غير المتحيرة على الأصح . كما يجوز قطعاً بمن استنجى بالأحجار ، ومن
على ثوبه ، أو بدنه نجاسة معفو عنها . ويصح صلاة القائم خلف القاعد ، أو القائم
والقاعد خلف المضطجع .

فرع

جميع ما تقدم فيما إذا عرف المأموم حال الامام في الصفات المشروطة وجوداً
وعدماً . فأما إذا ظن شيئاً ، فبان خلافه ، فله صور .
منها : إذا اقتدى رجل بخنثى مشكل ، وجب القضاء ، فلو لم يقض حتى
بان الخنثى رجلاً ، لم يسقط القضاء على الأظهر . ويجري القولان فيما إذا اقتدى
خنثى بامرأة ، ولم يقض حتى بان امرأة ، وفيما إذا اقتدى خنثى بخنثى ، ولم
يقض المأموم حتى بان امرأة والامام رجلاً .
ومنها : لو اقتدى بمن ظنه متطهراً ، فبان بعد الصلاة محدثاً أو جنباً ،
فلا قضاء على المأموم . ولنا قول : إن كان الامام عالماً بحديثه ، لزم المأموم القضاء
وإلا ، فلا . والشهور المرووف الذي قطع به الأصحاب : أن لا قضاء مطلقاً .
قلت : هذا القول الشاذ نقله صاحب « التلخيص » قال القفال في شرح

« التلخيص » : قال أصحابنا : هذا النقل غلط . ولا يختلف مذهب الشافعي ، أنه لا إعادة على المأموم مطلقاً ، وإنما حكى الشافعي مذهب مالك : أنه تجب إعادة إن تمم الامام ، وليس مذهبا له . والصواب : إثبات القول كما نقله صاحب « التلخيص » ، وقد نص عليه الشافعي في « البويطي » . والله أعلم

هذا إذا لم يعرف المأموم حدث الامام أصلاً . فان علم ولم يتفرقا ، ولم يتوخأ ثم اقتدى به ناسياً ، وجبت الاعادة قطعاً . وهذا كله في غير صلاة الجمعة . فان كان فيها ، ففيه كلام يأتي في بابها إن شاء الله تعالى .

ومنها : لو اقتدى بمن ظنه قارئاً فبان أمياً ، وقلنا : لا تصح صلاة القارئ خلف الأئمة ، ففي الاعادة وجهان . أصحابنا : تجب . قطع به في « التهذيب » ، وهو مقتضى كلام الأكثرين ، سواء كانت الصلاة سرية ، أو جهرية . ولو اقتدى بمن لا يعرف حاله في جهرية ، فلم يجهر ، وجبت الاعادة . نص عليه في « الأم » ، وقاله المراقبون ، لأن الظاهر أنه لو كان قارئاً لجهر . فلو سلم وقال : أسررت ونسيت الجهر ، لم تجب الاعادة ، لكن تستحب . ولو بان في أثناء الصلاة ذكورة الخشى ، ففي بطلان صلاة المأموم الرجل ، القولان ، كما بعد الفراغ . ولو بان في أثناء كونه جنباً ، أو محدثاً ، فلا قضاء ويجب أن ينوي المفارقة في الحال ، وينى . ولو بان أمياً ، وقلنا : لا تجب الاعادة ، فكالحديث وإلا ، فكالخشى .

ومنها لو اقتدى بمن ظنه رجلاً ، فبان امرأة ، أو خشى ، وجبت الاعادة . وقيل : لا تجب إذا بان خشى وهو شاذ . ولو ظنه مسلماً ، فبان كافراً يتظاهر بكفره كاليهودي ، وجب القضاء . وإن كان يخفيه ويظهر الاسلام ، كالزنديق ، والمرتد ، لم يجب القضاء على الأصح .

قلت : هذا الذي صححه هو الأقوى دليلاً . لكن الذي صححه الجمهور ، وجوب القضاء . وعن صححه الشيخ أبو حامد ، والهاملي ، والقاضي أبو الطيب ،

والشيخ نصر المقدسي ، وصاحب « الحاوي » و « العدة » وغيرهم ونقله الشيخ أبو حامد عن نص الشافعي رضي الله عنه . قال صاحب « الحاوي » : وهو مذهب الشافعي وعامة أصحابه . والله أعلم

ولو بان على بدن الامام أو ثوبه نجاسة ، فإن كانت خفية ، فهو كمن بان محدثاً ، وإن كانت ظاهرة ، فقال إمام الحرمين : عندي فيه احتمال ، لأنه من جنس ما يخفى .

قلت : وقطع صاحب « التتمة » و « التهذيب » وغيرهما ، بأن النجاسة كالحدث . ولم يفرقوا بين الخفية وغيرها ، وأشار إمام الحرمين ، إلى أنها إذا كانت ظاهرة ، فهي كمسألة الزنديق . والله أعلم

وقال المزني : لا يجب القضاء إذا بان كافراً ، أو امرأة .

قلت : ولو بان مجنوناً ، وجبت الاعادة على المأموم . فلو كان له حالة جنون ، وحالة إفاقة ، أو حال إسلام ، وحال ردة ، واقتدى به ولم يدر في أي حاله كان ، فلا إعادة ، لكن يستحب . ولو صلى خلف من يجهل إسلامه ، فلا إعادة ، لكن يستحب . ولو صلى خلف من أسلم ، فقال بعد الفراغ : لم أكن أسلمت حقيقة ، أو أسلمت ثم ارتددت ، فلا إعادة . والله أعلم

فرع

يصح الاقتداء بالصبي المميز في الفرض والنفل ، ولكن البالغ أولى منه .
ويصح بالعبد بلا كراهة ، لكن الحر أولى ، هذا إذا أمّا في غير الجمعة .
وإمامة الأعمى صحيحة ، وهو والبصير سواء على الصحيح المنصوص الذي قطع

به الجمهور . والثاني : البصير أولى ، واختاره أبو إسحاق الشيرازي . والثالث :
الأعمى أولى ، قاله أبو إسحاق المروزي ، واختاره الفزالي .

فصل

في الصفات المنسوبة في الامام

الأسباب التي يرجع بها الامام ستة : الفقه ، والقراءة ، والورع ، والسن ،
والنسب ، والهجرة . فأما الفقه والقراءة ، فظاهران .

وأما الورع ، فليس المراد منه مجرد المدالة ، بل ما يزيد عليه من حسن
السيرة والعفة .

وأما السن ، فالمعتبر من مضى في الاسلام ، فلا يقدم شيخ أسلم اليوم ،
على شاب نشأ في الاسلام ، ولا على شاب أسلم أمس . والصحيح : أنه لا تعتبر
الشيخوخة ، بل النظر إلى تفاوت السن ، وأشار بعضهم إلى اعتبارها .

وأما النسب ، فنسب قريش معتبر بلا خلاف . وفي غيرهم وجهان .
أصحهما : يعتبر كل نسب يعتبر في الكفاءة ، كالعلماء ، والصلحاء . فعلى هذا
الهاشمي والمطلي ، يقدمان على سائر قريش ، وسائر قريش يقدمون على سائر العرب ،
وسائر العرب يقدمون على المعجم . والثاني : لا يعتبر ما عدا قريشاً .

وأما الهجرة ، فيقدم من هاجر إلى رسول الله ﷺ على من لم يهاجر . ومن
تقدمت هجرته على من تأخرت . وكذلك الهجرة بعد رسول الله ﷺ من دار
الحرب إلى دار الاسلام ، معتبرة وأولاد من هاجر ، أو تقدمت هجرته ، مقدمون
على أولاد غيرهم .

ويتفرع على هذه المقدمة مسائل . فاذا اجتمع عدل وفاسق ، فالمعدل أولى بالامامة ، وإن اختص الفاسق بزيادة الفقه والقراءة وسائر الخصال ، بل تركه الصلاة خلف الفاسق ، وتركه أيضاً خلف المبتدع الذي لا يكفر بدعته . وأما الذي يكفر بدعته ، فلا يجوز الاقتداء به . وحكمه ما تقدم في غيره من الكفار . وعد صاحب « الإفصاح » من يقول بخلق القرآن ، أو ينفي شيئاً من صفات الله تعالى ، كافراً . وكذا جعل الشيخ أبو حامد ، ومتابعوه ، والمعتزلة ممن يكفر . والخوارج ، لا يكفرون . ويحكي القول بتكفير من يقول بخلق القرآن ، عن الشافعي . وأطلق القفال ، وكثيرون من الأصحاب ، القول بجواز الاقتداء بأهل البدع ، وأنهم لا يكفرون . قال صاحب « العدة » : وهو ظاهر مذهب الشافعي .

قلت : هذا الذي قاله القفال ، وصاحب « العدة » هو الصحيح ، أو الصواب . فقد قال الشافعي رحمه الله : أقبل شهادة أهل الأهواء ، إلا الخطائية ، لأنهم يرون الشهادة بالزور لموافقهم . ولم يزل السلف والخلف على الصلاة خلف المعتزلة ، وغيرهم ، ومناكحتهم ، وموارثتهم ، وإجراء أحكام المسلمين عليهم . وقد تأول الامام الحافظ الفقيه ، أبو بكر البيهقي ، وغيره من أصحابنا المحققين ، ما جاء عن الشافعي وغيره من العلماء ، من تكفير القائل بخلق القرآن على كفران النعم ، لا كفر الخروج من الملة ، وحملهم على هذا التأويل ، ما ذكرته من إجراء أحكام المسلمين عليهم . والله اعلم

وفي الأورع ، مع الأفة ، والأقرأ وجهان . قال الجمهور : هما مقدمان عليه . وقال الشيخ أبو محمد ، وصاحب « التتمة » و « التهذيب » : يقدم عليها ، والأول أصح . ولو اجتمع من لا يقرأ إلا ما يكفي الصلاة ولكنه صاحب فقه كثير ،

وأخر يحسن القرآن كله وهو قليل الفقه ، فالصحيح المنصوص الذي قطع به الجماهير : أن الأئمة أولى ، والثاني : هما سواء . فأما من جمع الفقه والقراءة ، فهو مقدم على المنفرد بأحدهما قطعاً . والفقه ، والقراءة ، يقدم كل واحد منها على النسب ، والسن ، والهجرة . وعن بعض الأصحاب قول مخرج : إن السن يقدم على الفقه ، وهو شاذ . وإذا استويا في الفقه والقراءة ، ففيه طرق . قال الشيخ أبو حامد ، وجماعة : لا خلاف في تقديم السن والنسب على الهجرة . فلو تنازع سنٌ ونسب ، كشاب قرشي ، وشيخ غير قرشي ، فالجديد : تقديم الشيخ ، والقديم : الشاب . ورجَّح جماعة هذا القديم ، وعكس صاحب التتمة ، و « التهذيب » فقالا : الهجرة مقدمة على النسب والسن . وفيها القولان . وقال آخرون ، منهم صاحب « المذهب » : الجديد : يقدم السن ، ثم النسب ، ثم الهجرة ، والقديم : يقدم النسب ، ثم الهجرة ، ثم السن . أما إذا تساوى في جميع الصفات المذكورات ، فيقدم بنظافة الثوب والبدن عن الأوساخ ، وبطيب الصنمة ، وحسن الصوت ، وما أشبهها من الفضائل . وحكى الأصحاب عن بعض متقدمي العلماء ، أنهم قالوا : يقدم أحسنهم . واختلفوا في معناه . فقليل : أحسنهم وجهاً ، وقيل : أحسنهم ذكراً بين الناس . قال في « التتمة » : تقدم نظافة الثوب ، ثم حسن الصوت ، ثم حسن الصورة .

فرع

الوالي في محل ولايته ، أولى من غيره ، وإن اختص ذلك الغير بالخصال الذي سبقت . ويقدم الوالي على إمام المسجد ، ومالك الدار ، ونحوهما ، إذا أذن

المالك في إقامة الجماعة في ملكه . فلو أذن الوالي في تقدم غيره ، فلا بأس . ثم يراعى في الولاية تفاوت الدرجة ، فالإمام الأعظم ، أولى من غيره ، ثم الأعلى فالأعلى من الولاية والحكام . ولنا قول شاذ : أن المالك أولى من الوالي . والمشهور ، تقديم الوالي . ولو اجتمع قوم في موضع بملوك ليس فيهم والى ، فساكن الموضع بحق أولى بالتقديم ، والتقدم من الأجانب ، فإن لم يكن أهلاً للتقدم ، فهو أولى بالتقديم ، سواء كان الساكن عبداً أسكنه سيده ، أو حراً مالكا ، أو مستعيراً ، أو مستأجراً . ولو كانت الدار مشتركة بين شخصين وهما حاضران ، أو أحدهما ، والمستير من الآخر ، فلا يتقدم غيرهما إلا بأذنها ، ولا أحدهما إلا بأذن الآخر . فإن لم يحضر إلا أحدهما ، فهو الأحق . ولو اجتمع مالك الدار والمستأجر ، فالأصح : أن المستأجر أولى ، والثاني : المالك . ولو اجتمع المير والمستير ، فالأصح : أن المير أولى ، والثاني : المستير . ولو حضر السيد وعبده الساكن ، فالسيد أولى قطعاً ، سواء المأذون له في التجارة وغيره . ولو حضر السيد والمكاتب في دار المكاتب ، فالمكاتب أولى . ولو حضر قوم في مسجد له إمام راتب ، فهو أولى من غيره . فإن لم يحضر إمامه ، استحب أن يبعث إليه ليحضر . فإن خيف فوات أول الوقت ، استحب أن يتقدم غيره .

قلت : تقدم غيره مستحب إن لم يخف فتنه ، فإن خيفت ، صلوا فرادى . ويستحب لهم أن يمدوا معه إن حضر بعد ذلك . والله أعلم

فصل

في شروط الوقوف وآدابه

فأما الشروط ، فسبعة :

أحدها : أن لا يتقدم المأموم على الامام في جهة القبلة . فان تقدم ، لم تنعقد صلاته على الجديد الأظهر . ولو تقدم في خلاها ، بطلت . والقديم : أنها تنعقد . والمستحب للمأموم أن يتأخر عن موقف الامام قليلاً إن كان وحده . فان اتم اثنان فصاعداً ، اصطفوا خلفه . ولو تساوى الامام والمأموم ، صحت صلاته . والاعتبار في التقدم ، والمساواة بالعقب ، فلو استويا في العقب ، وتقدمت أصابع المأموم ، لم يضر . وإن تأخرت أصابع المأموم عن أصابع الامام ، وتقدم عقبه ، فعلى القولين . وقيل : تصح قطعاً . وفي الوسيط : ان الاعتبار بالكعب . والصحيح : الأول . هذا فيمن بعد عن الكعبة . فان صلوا في المسجد الحرام ، فالستحب أن يقف الامام خلف المقام ، ويقف الناس مستديرين بالكعبة . فان كان بعضهم أقرب إليها ، نظر : إن كان متوجهاً إلى الجهة التي توجه إليها الامام ؛ ففيه القولان القديم ، والجديد ، وإن كان متوجهاً إلى غيرها ، فالذهب صحة صلاة المأموم قطعاً . وقيل : على القولين . ولو وقف الامام والمأموم داخل الكعبة ، فان كان وجه المأموم إلى ظهر الامام ، أو وجهه إلى وجهه ، أو ظهره إلى ظهره ، وليس المأموم أقرب إلى الجدار ، صح اقتدائه ، وكذا إن كان أقرب إلى الجدار على المذهب . وقيل : على القولين . وإن كان ظهره إلى وجه الامام فعلى القولين . ولو وقف الامام في الكعبة ، والمأموم خارجها ، جاز وله التوجه إلى أي جهة شاء ولو وقفا بالعكس ، جاز أيضاً ، لكن إن توجه إلى الجهة التي توجه إليها الامام ، عاد القولان .

فرع

إذا لم يحضر مع الإمام إلا ذكر ، فليقف عن يمينه بالفا كان أو صبياً .
ولو وقف عن يساره ، أو خلفه ، لم تبطل صلاته . فإن جاء مأموم آخر ،
وقف عن يساره وأحرم . ثم إن أمكن تقدم الإمام ، وتأخر المأمومين لسمة
المكان من الجانبين ، تقدم ، أو تأخر ، أو أيها أولى ؟ وجهان . الصحيح الذي
قطع به الأكثرون : تأخرهما . والثاني : تقدمه . قاله القفال ، لأنه يبصر ما بين
يديه . فإن لم يمكن إلا التقدم ، أو التأخر لضيق المكان من أحد الجانبين ؛
فعل الممكن ، وهذا في القيام . أما إذا لحق الثاني في التشهد ، أو السجود ،
فلا تقدم ولا تأخر حتى يقوموا . ولو حضر معه في الابتداء رجلان ، أو
رجل وصبي ، اصطفاً خلفه . ولو لم يحضر معه إلا إناث ، صفهن خلفه ، سواء الواحدة ،
وجامعتن . وإن حضر معه رجل وامرأة ، قام الرجل عن يمينه ، والمرأة خلف
الرجل . وإن حضر معه امرأة ورجلان ، أو رجل وصبي ، قام الرجلان ، أو
الرجل والصبي خلف الإمام صفاً ، وقامت هي خلفها . وإن كان معه
رجل ، وامرأة ، وخثنى ، وقف الرجل عن يمينه ، والخثنى خلفها ، والمرأة
خلف الخثنى . وإن حضر رجال وصبيان ، وقف الرجال خلف الإمام في صف ،
أو صفوف . والصبيان خلفهم ، وفي وجه : يقف بين كل رجلين صبي ليتعلموا
أفعال الصلاة . ولو حضر معهم نساء ، أخر صف النساء عن الصبيان . هذا كله
إذا لم يكن الرجال عراة ، فإن كانوا ، وقف إمامهم وسطهم وصاروا صفاً . وأما
النساء الخالص ، إذا أقن جماعة ، فقد قدمنا في باب ستر المورة كيف يقفن .
وأن إمامتهن تقف وسطهن .

قلت : ولو صلى ختى بنساء ، تقدم عليهن . والله أعلم .
وكل هذا استحباب ، ومخالفته لا تبطل الصلاة .

فرع

إذا دخل رجل ، والجماعة في الصلاة ، كره أن يقف منفرداً ، بل إن وجد فرجة ، أو سعة في الصف ، دخلها . وله أن يخرق الصف إذا لم يكن فيه فرجة وكانت في صف قدأمه ، لتقصيرهم بتركها . فلو لم يجد في الصف سعة ، فوجهان . أحدهما : يقف منفرداً ، ولا يجذب إلى نفسه أحداً ، نص عليه في « البويطي » والثاني - وهو قول أكثر الأصحاب - : يجر إلى نفسه واحداً . ويستحب للجرور ، أن يساعده . وإغنا يجزه بعد إحرامه . ولو وقف منفرداً ، صحت صلاته .

الشرط الثاني : العلم بالأفعال الظاهرة من صلاة الامام . وهذا لا بد منه نص عليه الشافعي ، واتفق عليه الأصحاب . ثم العلم قد يكون بمشاهدة الامام ، أو مشاهدة بعض الصفوف ، وقد يكون بسماع صوت الامام ، أو صوت المترجم في حق الأعمى ، والبصير : الذي لا يشاهد لظلمة أو غيرها ، وقد يكون بهداية غيره إذا كان أعمى ، أو أصم في ظلمة .

الشرط الثالث : اجتماع الامام والمأموم في الموقف . ولهما ثلاثة أحوال . الأول : إذا كانا في مسجد ، صح الاقتداء ، قربت المسافة بينهما أم بصدت لكبر المسجد ، وسواء اتحد البناء أم اختلف ، كصحن المسجد ، وصفته ، أو منارته وسرداب فيه ، أو سطحه وساحته ، بشرط أن يكون السطح من المسجد ، فلو كان مملوكاً ، فهو كملك متصل بالمسجد ، وقف أحدهما فيه ، والآخر في المسجد . وسيأتي في القسم الثالث ان شاء الله تعالى . وشرط البناءين في المسجد ، أن يكون

باب أحدهما نافذاً إلى الآخر . وإلا ، فلا يعدان مسجداً واحداً . وإذا حصل هذا الشرط ، فلا فرق بين أن يكون الباب بينها مفتوحاً ، أو مردوداً مغلقاً ، أو غير مغلق . وفي وجه ضعيف : إن كان مغلقاً ، لم يحز الاقتداء . ووجه مثله فيما إذا كان أحدهما على السطح ، وباب المرقى مغلقاً . ولو كانا في مسجدين ، يحول بينها نهر ، أو طريق ، أو حائط المسجد من غير باب نافذ من أحدهما إلى الآخر ، فهو كما إذا وقف أحدهما في مسجد ، والآخر في ملك . وسيأتي إن شاء الله تعالى . وإن كان في المسجد نهر ، فإن حفر بعد المسجد ، فهو مسجد فلا يضر ، وإن حفر قبل مصيره مسجداً ، فهما مسجدان غير متصلين . قال الشيخ أبو محمد : لو كان في جوار المسجد مسجد آخر منفرد بامام ، ومؤذن ، وجماعة ، فلكل واحد مع الآخر حكم الملك المتصل بالمسجد . وهذا كالضابط الفارق بين المسجد والمسجدين . فظاهره يقتضي تباين الحكم ، إذا انفرد بالأمور المذكورة ، وإن كان باب أحدهما نافذاً إلى الآخر .

قلت : الذي صرح به كثيرون ، منهم الشيخ أبو حامد ، وصاحب « الشامل » و « التتمة » ، وغيرهم : أن المساجد التي يفتح بعضها إلى بعض ، لها حكم مسجد واحد وهو الصواب . والله أعلم

وأما رجة المسجد ، فمدها الأكثرون منه ، ولم يذكروا فرقاً بين أن يكون بينها وبين المسجد طريق أم لا . وقال ابن كج : إن انفصلت ، فهي كمسجد آخر .

الحال الثاني : أن يكونا في غير مسجد ، وهو ضربان :

أحدهما : أن يكونا في فضاء فيجوز الاقتداء ، بشرط أن لا يزيد ما بينهما على ثلاث مائة ذراع تقريباً على الأصح . وعلى الثاني : تحديد . والتقريب مأخوذ من العرف على الصحيح ، وقول الجمهور . وعلى الثاني : مما بين الصفيين

في صلاة الخوف . ولو وقف خلف الإمام صفان ، أو شخصان ، أحدهما وراء الآخر ، فالسافة المذكورة تعتبر بين الصف الأخير ، أو الصف الأول ، أو الشخص الأخير والأول ، ولو كثرت الصفوف ، وبلغ ما بين الإمام والأخير فرسخاً ، جاز . وفي وجه : يعتبر بين الإمام والصف الأخير إذا لم تكن الصفوف القريبة من الإمام متصلة على العادة . وهذا الوجه شاذ . ولو حال بين الإمام والمأموم ، أو الصنفين نهر يمكن العبور من أحد طرفيه ، إلى الآخر بلا سباحة ، بالوثوب ، أو الخوض ، أو العبور على جسر ، صح الاقتداء . وإن كان يحتاج إلى سباحة ، أو كان بينها شارع مطروق ، لم يضر على الصحيح . وسواء في الحكم المذكور ، كان الفضاء مواتاً أو وقفاً ، أو ملكاً ، أو بعضه مواتاً ، أو بعضه ملكاً ، أو بعضه وقفاً . وفي وجه شاذ : يشترط في الساحة المملوكة ، اتصال الصفوف ، وفي وجه : يشترط ذلك إن كانت لشخصين ، والصحيح أنه لا يشترط مطلقاً . وسواء في هذا كله كان الفضاء محوطاً عليه أو مسقفاً ، كالبيوت الواسعة أو غير محوط .

الضرب الثاني : أن يكونا في غير فضاء فاذا وقف أحدهما في صحن

دار أو صفتها والآخر في بيت ، فوقف المأموم ، قد يكون عن يمين الإمام أو يساره ، وقد يكون خلفه . وفيه طريقان . أحدهما : قالها القفال وأصحابه ، وابن كنج ، وحكاها أبو علي في « الافصاح » عن بعض الأصحاب : أنه يشترط فيها إذا وقف من أحد الجانبين ، أن يتصل الصف من البناء الذي فيه الإمام ، إلى البناء الذي فيه المأموم ، بحيث لا تبقى فرجة تسع واقفاً ؛ فإن بقيت فرجة لا تسع واقفاً ، لم يضر على الصحيح . ولو كان بينها عتبة عريضة تسع واقفاً ، اشترط وقوف مصلٍّ فيها وإن لم يمكن الوقوف عليها ، فعلى الوجهين في الفرجة اليسيرة . وأما إذا وقف خلف الإمام ، ففي صحة الاقتداء وجهان . أحدهما : البطلان . وأصحابه : الجواز إذا اتصلت الصفوف وتلاحقت . ومعنى اتصالها ، أن يقف رجل ، أو صف في آخر البناء

الذي فيه الإمام ، ورجل ، أو صف في أول البناء الذي فيه المأموم ، بحيث لا يكون بينها أكثر من ثلاثة أذرع . والثلاث للتقريب . فلو زاد مالا يتبين في الحس بلا ذرع ، لم يضر . وهذا القدر ، هو الشروع بين الصفين . وإذا وجد هذا الشرط ، فلو كان في بناء المأموم بيت عن اليمين ، أو الشمال ، اعتبر الاتصال بتواصل المناكب . هذه طريقة . الطريقة الثانية : طريقة أصحاب أبي إسحاق المروزي ، وممظم العراقيين ، واختارها أبو علي الطبري : أنه لا يشترط اتصال الصف في اليمين واليسار ، ولا اتصال الصفوف في المواقف خلفه ، بل المعتبر : القرب والبعد على الضبط المذكور في الصحراء .

قلت : الطريقة الثانية : أصح . والله اعلم

هذا إذا كان بين البنائين باب نافذ ، فوقف بمحاذاته صف ، أو رجل ، أو لم يكن جدار أصلاً كالصحن مع الصفة ، فلو حال حائل يمنع الاستطراق والمشاهدة ، لم يصح الاقتداء باتفاق الطريقتين ، وإن منع الاستطراق دون المشاهدة كالشباك ، لم يصح على الأصح . وإذا صح اقتداء الواقف في البناء الآخر ، إما بشرط ، وإما دونه ، صحت صلاة الصفوف مع خلفه تبعاً له ، وإن كان بينهم وبين البناء الذي فيه الإمام جدار ، وتكون الصفوف مع هذا الواقف كالمأمومين مع الامام ، حتى لا تصح صلاة من بين يديه ، وإن تأخر عن سمت موقف الإمام ، إذا لم يجوز تقدم المأموم على الامام . قال القاضي حسين : ولا يجوز أن يتقدم تكبيره على تكبيره . أما إذا وقف الامام في صحن الدار ، والمأموم في مكان عالٍ من سطح ، أو طرف صفة مرتفعة ، أو بالمكس ، فبماذا يحصل الاتصال ؟ وجهان . أحدهما ، قول الشيخ أبي محمد : إن كان رأس الواقف في السفلى يحاذي ركة الواقف في العلو ، صح الاقتداء ، وإلا ، فلا . والثاني : وهو الصحيح الذي قطع به الجماهير ، إن حاذى رأس الأسفل قدم الأعلى ، صح ، وإلا ، فلا . قال إمام

الحرمين : الأول مزيف لا وجه له ، والاعتبار ، بمعدل القامة . حتى لو كان قصيراً ، أو قاعداً فلم يحاذ ، ولو قام فيه بمعدل القامة ، لحصلت المحاذاة ، كفى .
وحيث لا يمنع الانخفاض القدوة ، وكان بعض الذين يحصل بهم الاتصال على سرير ، أو متاع ، وبعضهم على الأرض ، لم يضر . ولو كانا في البحر ، والامام في سفينة ، والمأموم في أخرى وهما مكشوفتان ، فالصحيح ، أنه يصح الاقتداء إذا لم يزد ما بينها على ثلاث مائة ذراع ، كالصحراء ، وتكون السفينتان كدكتين في الصحراء ، يقف الامام على إحداها ، والمأموم على الأخرى . وقال الاصطخري : يشترط أن تكون سفينة الامام مشدودة بسفينة المأموم . والجمهور على أنه ليس بشرط . وإن كانتا مسقتين ، فهما كالدارين ، والسفينة التي فيها بيوت ، كالدار ذات البيوت . وحكم المدارس ، والرباطات ، والخانات ، حكم الدور . والسرادات في الصحراء ، كالسفينة المكشوفة ، والخيام كالبيوت .

الحال الثالث : أن يكون أحدهما في المسجد ، والآخر خارجه فمن ذلك ، أن يقف الامام في مسجد ، والمأموم في موات متصل به . فإن لم يكن بينها حائل ، جاز ، إذا لم تزد المسافة على ثلاث مائة ذراع ، ويعتبر من آخر المسجد على الأصح . وعلى الثاني ، من آخر صف في المسجد . فإن لم يكن فيه إلا الامام ، فمن موقفه . وعلى الثالث ، من حريم المسجد بينه وبين الموات . وحريمه : الموضع المتصل به ، المهيأ لمصلحته ، كالنصباء الماء إليه ، وطرح القمامات فيه ، ولو كان بينها جدار المسجد ، لكن الباب النافذ بينها مفتوح ، فوقف بمحذاته ، جاز ، ولو اتصل صف بالواقف في المحاذاة ، وخرجوا عن المحاذاة ، جاز ، ولو لم يكن في الجدار باب ، أو كان ، ولم يقف بمحذاته بل عدل عنه ، فالصحيح الذي عليه الجمهور : أنه يمنع صحة الاقتداء . وقال أبو إسحاق الروزي : لا يمنع . وأما الحائل غير جدار المسجد ، فيمنع بلا خلاف . ولو كان بينها باب مغلق ،

فهو كالجدار ، لأنه يمنع الاستطراق والمشاهدة . وإن كان مردوداً غير منلق ، فهو مانع من المشاهدة دون الاستطراق ، أو كان بينها مشبك ، فهو مانع من الاستطراق دون المشاهدة . ففي صورتين ، وجهان . أصحابها عند الأكثرين : أنه مانع هذا كله في الموات . فلو وقف المأموم في شارع متصل بالمسجد ، فهو كالموات على الصحيح . وعلى الثاني يشترط اتصال الصف من المسجد بالطريق . ولو وقف في حريم المسجد ، فقد ذكر صاحب « التهذيب » فيه : أنه كالموات ، وذكر أن الفضاء المتصل بالمسجد لو كان مملوكاً ، فوقف المأموم فيه ، لم يصح اقتداؤه حتى يتصل الصف من المسجد بالفضاء . وكذلك يشترط اتصال الصف من سطح المسجد ، بالسطح المملوك ، وكذلك لو وقف في دار مملوكة متصلة بالمسجد ، يشترط الاتصال بأن يقف واحد في آخر المسجد متصل بمقبة الدار ، وآخر في الدار متصل بالمقبة بحيث لا يكون بينهما موقف رجل . وهذا الذي ذكره في الفضاء ، مشكل . وينبغي أن يكون كالموات . وأما ما ذكره في مسألة الدار ، فهو الصحيح . وقال أبو إسحاق الروزي : جدار المسجد لا يمنع ، كما قال في الموات . وقال أبو علي الطبري : لا يشترط اتصال الصفوف إذا لم يكن حائل . ويجوز الاقتداء ، إذا كان في حد القرب .

الشرط الرابع : نية الاقتداء . فمن شروط الاقتداء ، أن ينوي المأموم الجماعة ، أو الاقتداء ، وإلا فلا تكون صلاته صلاة جماعة ، وينبغي أن يقرن هذه النية بالتكبير كسائر ما ينويه ، فإن ترك نية الاقتداء ، انعقدت صلاته على الأصح . وعلى هذا لو شك في أثناء صلاته في نية الاقتداء ، نُظِر ، إن تذكر قبل أن يحدث فعلاً على متابعة الإمام ، لم يضر ، وإن تذكر بعد أن أحدث فعلاً على متابعته ، بطلت صلاته ، لأنه في حال الشك ، له حكم المنفرد ، وليس له المتابعة . حتى لو عرض هذا الشك في التشهد الأخير ، لا يجوز أن يقف سلامه على سلام الإمام . وهذا الذي ذكرنا من بطلان صلاته بالمتابعة ، هو إذا انتظر ركوعه وسجوده ليركع

ويسجد معه . فأما إذا اتفق اقتضاء فعله مع اقتضاء فعله ، فهذا لا يبطل قطعاً .
لأنه لا يسمى متابعة . والمراد : الانتظار الكثير . فأما اليسير ، فلا يضر . وهل
تجب نية الاقتداء في الجملة ؟ وجهان . الصحيح : وجوبها . والثاني : لا ، لأنها
لا تصح إلا بجماعة ، فلم يحتج إليها .

فرع

لا يجب على المأموم أن يمين في نيته الامام ، بل يكفي نية الاقتداء بالامام
الحاضر ، فلو عين فاعلاً ، بأن نوى الاقتداء بزيد ، فإن عمراً ، لم تصح صلاته .
كما لو عين الميت في صلاة الجنائز وأخطأ ، لا تصح . ولو نوى الاقتداء بالحاضر ،
واعتقد زيداً فكان غيره ، ففي صحته وجهان . كما لو قال : بتك هذا الفرس ،
فكان بفلاً .

قلت : الأرجح صحة الاقتداء . والله اعلم

فرع

اختلف نية الامام والمأموم فيما يأتيان به من الصلاة ، لا يمنع صحة الاقتداء ،
فيجوز أن يقتدي المؤدي بالقاضي ، وعكسه ، والمفترض ، بالتنفل وعكسه .

فرع

لا يشترط لصحة الاقتداء أن ينوي الامام الامامة ، سواء اقتدى به الرجال ، أو النساء . وحكى أبو الحسن العبادي ، عن أبي حفص الباب شامي^(١) ، والقفال : أنه تجب نية الامامة على الامام . وأشعر كلامه بأنها يشترطانها في صحة الاقتداء ، وهذا شاذ منكر ، والصحيح المعروف الذي قطع به الجاهير ، أنها : لا تجب . لكن هل تكون صلاته صلاة جماعة ينال بها فضيلة الجماعة إذا لم ينوها ؟ وجهان . أصحها : لا ينالها ، لأنه لم ينوها . وقال القاضي حسين : فيمن صلى منفرداً ، فاقتدى به جمع ولم يعلم بهم ، ينال فضيلة الجماعة ، لأنهم نالوها بسببه ، وهذا كالتوسط بين الوجهين .

ومن فوائد الوجهين ، أنه إذا لم ينو الامامة في صلاة الجمعة ، هل تصح جمعة . الأصح : أنها لا تصح . ولو نوى الامامة وعين في نيته المقتدي ، فبان خلافه ، لم يضر ، لأن غلظه لا يزيد على تركها .

الشرط الخامس : توافق نظم الصلاتين في الأفعال والأركان ، فلو اختلفت صلاة الامام والمأموم في الأفعال الظاهرة ، بأن اقتدى مفترض بمن يصلي جنازة ، أو كسوفاً ، لم تصح على الصحيح . وتصح على الثاني ، وهو قول القفال . فعلى هذا ، إذا اقتدى بمصلي الجنازة ، لا يتابعه في التكبيرات والأذكار بينها ، بل إذا كبر الامام الثانية ، يتخير بين إخراج نفسه من التابعة ، وبين انتظار سلام الامام . وإذا اقتدى بمصلي الكسوف ، تابعه في الركوع الأول . ثم إن شاء رفع رأسه معه وفارقه ، وإن شاء انتظره . قال إمام الحرمين : وإنما قلنا : ينتظره في الركوع إلى أن يعود إليه الامام ، ويعتدل معه عن ركوعه الثاني ، ولا ينتظره

(١) في « تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢١٥ » : أبو حفص الباب شامي من أصحابنا ، أصحاب الوجوه المتقدمين ، قال السمعاني : هذه النسبة إلى باب الشام ، وهو أحد المحال المشهورة بالجانب الغربي من بغداد . وهو من شواذ النسب ، صوابه : الشامي أو الباني .

بعد الرفع لما فيه من تطويل الركن القصير . أما إذا اتفقت الصلاتان في الأفعال الظاهرة ، فينظر إن اتفق عددهما كالظهر ، خلف العصر ، أو المشاء ، جاز الاقتداء . وإن كان عدد ركعات الامام أقل ، كالظهر خلف الصبح ، جاز . وإذا تمت صلاة الامام ، قام المأموم وأتم صلاة نفسه كالسبوق . ويتابع الامام في القنوت . ولو أراد مفارقه عند اشتغاله بالقنوت ، جاز . وإذا اقتدى في الظهر بالمغرب ، وانتهى الامام إلى الجلوس الأخير ، تحير المأموم في المتابعة والمفارقة كالقنوت . وإن كان عدد ركعات المأموم أقل ، كالصبح خلف الظهر ، فالذهب جوازه . وقيل : قولان ، أظهرهما : جوازه . والثاني : بطلانه . فاذا صححنا ، وقام الامام إلى الثالثة ، تحير المأموم ، ان شاء فارقه وسلم ، وإن شاء انتظره ليسلم معه .

قلت : انتظاره أفضل . والله أعلم

وإن أمكنه أن يقنت في الثانية ، بأن وقف الامام سيراً ، قنت . وإلا فلا شيء عليه . وله أن يخرج عن متابعته ليقنت . ولو صلى المغرب خلف الظهر ، فاذا قام الامام إلى الرابعة ، لم يتابعه بل يفارقه ، ويتشهد ويسلم . وهل له أن يترك التشهد وينتظره ؟ وجهان . أحدهما : له ذلك كما قلنا في المقتدي بالصبح خلف الظهر . والثاني : وهو المذهب عند إمام الحرمين ، ليس له ذلك ، لأنه يحدث تشهداً لم يفعله الامام . ولو صلى المشاء خلف التراويح ، جاز . فاذا سلم الامام قام إلى باقي صلاته ، والأولى أن يتمها منفرداً . فلو قام الامام إلى ركعتين أخريين من التراويح ، فنوى الاقتداء به ثانياً ، ففي جوازه القولان ، فيمن أحرم منفرداً ثم اقتدى في أثنائها . واختلف أصحابنا في المقتدي بمن يصلي العيد أو الاستسقاء ، هل هو كمن يصلي الصبح ؟ أم كمن يصلي الجنازة والكسوف ؟

قلت : الصحيح : أنه كالصبح ، وبه قطع صاحب « التتمة » . وإذا كبر الامام التكبيرات الزائدة ، لا يتابعه المأموم ، فإن تابعه لم يضره ، لان الأذكار لا تضر

لاتضر . ولو صلى العيد خلف الصبح المفضية ، جاز ، ويكبر التكبيرات الزائدة .
والله أعلم

الشرط السادس : المواقفة . فإذا ترك الإمام شيئاً من أفعال الصلاة ، نظر إن ترك فرضاً ، فقام في موضع القعود ، أو بالعكس ولم يرجع ، لم يجز للمأموم متابته ، لأنه إن تمعد ، فصلاته باطلة ، وإن سها ، ففعله غير ممتد به وإن لم يطلها . وإن ترك سنة وكان في الاشتغال بها تخلف فاحش ، كسجود التلاوة ، والتشهد الأول ، لم يأت بها المأموم ، فإن فعلها ، بطلت صلاته ، ولو ترك الإمام سجود السهو ، أتى به المأموم ، لأنه يفعله بعد انقطاع القدوة ، ولذلك يسلم التسليمة الثانية إذا تركها الإمام . فأمّا إذا كان التخلف لها يسيراً ، كجلسة الاستراحة ، فلا بأس ، كما لا بأس بزيادتها في غير موضعها . وكذا لا بأس بتخلفه للقفوت ، إذا لحقه على قرب ، بأن لحقه في السجدة الأولى .

الشرط السابع : المتابعة ، فيجب على المأموم متابته ، فلا يتقدم في الأفعال . والمراد من المتابعة : أن يجري على أثر الإمام ، بحيث يكون ابتداءه بكل واحد منها ، متأخراً عن ابتداء الإمام به ، ومتقدماً على فراغه منه . فلو خالف ، فله أحوال .

الأول : أن يقارنه ، فإن قارنه في تكبيرة الإحرام ، أو شك ، هل قارنه ، أو ظن أنه تأخر ، فإن مقارنته ، لم تنعقد . ويشترط تأخر جميع تكبيرة المأموم ، عن جميع تكبيرة الإمام . ويستحب للإمام أن لا يكبر حتى يسووا الصفوف ، ويأمرهم به ملتفتاً ميمناً وشمالاً . وإذا فرغ المؤذن من الإقامة ، قام الناس فاشتغلوا بتسوية الصفوف . وأما ما عدا التكبير ، ففيه السلام تجوز المقارنة فيه ، ولكن تكره ، وقفوت بها فضيلة الجماعة ، وفي السلام وجهان . أصحها : جوازها .

الحال الثاني : أن يتخلف عن الإمام ، فإن تخلف بغير عذر ، نظر ، إن

تخلف بركن واحد ، لم تبطل صلاته على الأصح ، وإن تخلف بركنين بطلت قطعاً .
ومن صور التخلف بغير عذر ، أن يركع الامام وهو في قراءة السورة ، فيشتغل
بتمامها ، وكذا التخلف للاشتغال بتسيحات الركوع والسجود . وأما بيان صورة
التخلف بركن ، فيحتاج إلى معرفة الركن الطويل والقصير ، فالقصير : الاعتدال
عن الركوع ، وكذا الجلوس بين السجدين على الأصح . والطويل : ماعداها . ثم
الطويل ، مقصود في نفسه . وفي القصير وجهان . أحدهما : مقصود في نفسه
وبه قال الأكثرون ، ومال الامام إلى الجزم به . والثاني : لا بل تابع لغيره .
وبه قطع في « التهذيب » . فإذا ركع الامام ، ثم ركع المأموم وأدركه في ركوعه
فليس هذا تخلفاً بركن ، فلا تبطل به الصلاة قطعاً . فلو اعتدل الامام ، والمأموم
بعد قائم ، ففي بطلان صلاته وجهان ، اختلفوا في مأخذها ، فقيل : مأخذها :
التردد في أن الاعتدال ركن مقصود أم لا ؟ إن قلنا : مقصود فقد فارق
الامام ركناً ، واشتغل بركن آخر مقصود ، فبطل صلاة التخلف . وإن قلنا :
غير مقصود ، فهو كما لو لم يفرغ من الركوع ، لأن الذي هو فيه تبع له ، فلا
تبطل صلاته . وقيل : مأخذها الوجهان ، في أن التخلف بركن يبطل أم لا ؟ إن
قلنا : يبطل فقد تخلف بركن الركوع تاماً فبطل صلاته ، وإن قلنا : لا ، فمادام
في الاعتدال ، لم يكمل الركن الثاني ، فلا تبطل .

قلت : الأصح لا تبطل . والله أعلم

وإذا هوى إلى السجود ولم يبلغه ، والمأموم بعد قائم ، فعلى المأخذ الأول
لا تبطل صلاته ، لأنه لم يشرع في ركن مقصود ، وعلى الثاني : تبطل ، لأن ركن
الاعتدال قد تم . هكذا ذكره إمام الحرمين ، والفزالي . وقياسه ، أن يقال :
إذا ارتفع عن حد الركوع ، والمأموم بعد في القيام ، فقد حصل التخلف بركن ،
وإن لم يعتدل الامام ، فبطل الصلاة عند من يجعل التخلف بركن مبطلاً .

أما إذا انتهى إلى السجود ، والمأموم بعد في القيام ، فتبطل صلاته قطعاً .
ثم إذا اكتفينا بابتداء الهوي عن الاعتدال ، وابتداء الارتفاع عن حد الركوع ،
فالتخلف بركنين : هو أن يتم للامام ركنان ، والمأموم بعد فيما قبلها ، وبركن : هو
أن يتم للامام الركن الذي سبق والمأموم بعد فيما قبله ، وإن لم يكن بذلك ،
فالتخلف شرط آخر ، وهو أن لا يلبس مع تمامها ، أو تمامه ركناً آخر . ومقتضى
كلام صاحب « التهذيب » ترجيح البطلان فيما إذا تخلف بركن كامل مقصود ، كما
إذا استمر في الركوع حتى اعتدل الامام وسجد . هذا كله في التخلف بغير
عذر . أما الأعذار فأنواع . منها : الخوف ، وسيأتي في باب إن شاء الله تعالى .
ومنها : أن يكون المأموم بطيء القراءة ، والامام سريعها ، فيركع قبل
أن يتم المأموم الفاتحة ، فوجهان . أحدهما : يتابعه ويسقط عن المأموم باتها . فعلى
هذا ، لو اشتغل بتمامها ، كان متخلفاً بلا عذر . والصحيح الذي قطع به صاحب
« التهذيب » وغيره ، أنه لا يسقط بل عليه أن يتمها ، ويسعى خلف الامام على نظم
صلاته ما لم يسبقه بأكثر من ثلاثة أركان مقصودة ، فإن زاد على الثلاثة فوجهان .
أحدهما : يخرج نفسه عن المتابعة لتعذر الموافقة . وأصحابها : له أن يدوم على
متابعته . وعلى هذا وجهان . أحدهما : يراعي نظم صلاته ، ويجري على أثره .
وبهذا أفتى القفال . وأصحابها : يوافقها فيما هو فيه ، ثم يقضي ما فاتته بعد سلام
الامام . وهذان الوجهان ، كالقولين في مسألة الزحام .

ومنها : أخذ التقدير بثلاثة أركان مقصودة ، فإن القولين في مسألة الزحام ،
إنما هما إذا ركع الامام في الثانية . وقبل ذلك لا يوافقها ، وإنما يكون التخلف
قبله بالسجدين والقيام . ولم يعتبر الجلوس بين السجدين على مذهب من يقول : هو
غير مقصود ، ولا يجعل التخلف بغير المقصود مؤثراً . وأما من لا يفرق بين المقصود
وغيره ، أو يفرق ويجعل الجلوس مقصوداً ، أو ركناً طويلاً ، فالقياس على أصله ،

التقدير بأربعة أركان أخذاً من مسألة الزحام . ولو اشتغل المأموم بدعاء الاستفتاح ، فلم يتم الفاتحة لذلك ، فركع الامام ، فيتم الفاتحة كبطيء القراءة . وكل هذا في المأموم الموافق . أما المسبوق اذا أدرك الامام قائماً وخاف ركوعه ، فينبغي أن لا يقرأ الاستفتاح ، بل يبادر إلى الفاتحة ، فان ركع الامام في أثناء الفاتحة فأوجه . أحدها : يركع معه وتسقط باقي الفاتحة ، والثاني : يتمها . وأصحها : أنه إن لم يقرأ شيئاً من الاستفتاح ، قطع الفاتحة وركع ، ويكون مدركاً للركعة . وإن قرأ شيئاً منه ، لزمه بقدره من الفاتحة لتقصيره . وهذا هو الأصح عند الفقهاء ، والمعتبرين ، وبه قال أبو زيد . فان قلنا : عليه إتمام الفاتحة ، فتخلف ليقراً كان تخلفاً بمنذر ، فان لم يتمها وركع مع الامام ، بطلت صلاته . وإن قلنا : يركع فاشتغل باتمامها ، كان متخلفاً بلا عذر . وإن سبقه الامام بالركوع ، وقرأ هذا المسبوق الفاتحة ، ثم لحقه في الاعتدال ، لم يكن مدركاً للركعة . والأصح : أنه لا تبطل صلاته إذا قلنا : التخلف بركن لا يبطل كما في غير المسبوق . والثاني : يبطل ، لأنه ترك متابعة الامام فيما فاتت به ركعة ، فكان كالتخلف بركعة .

ومنها : الزحام ، وسيأتي في الجملة ، إن شاء الله تعالى .

ومنها : النسيان . فلو ركع مع الامام ، ثم تذكر أنه نسي الفاتحة ، أو شك في قراءتها ، لم يجوز أن يمود ، لأنه فات محل القراءة ، فاذا سلم الامام ، قام وتدارك ما فاتته . ولو تذكر ، أو شك بعد أن ركع الامام ولم يركع هو ، لم تسقط القراءة بالنسيان . وماذا يفعل ؟ وجهان . أحدهما : يركع معه ، فاذا سلم الامام ، قام فقفى ركعة ، وأصحها : يتمها ، وبه أفق الفقهاء . وعلى هذا ، تخلفه تخلف معذور على الأصح ، وعلى الثاني : تخلف غير معذور لتقصيره بالنسيان .

الحال الثالث : أن يتقدم على الامام بالركوع ، أو غيره من الأفعال الظاهرة

فينظر إن لم يسبق بركن كامل ، بأن ركع قبل الامام ، فلم يرفع حتى ركع الامام ، لم تبطل صلاته ، عمداً كان أو سهواً . وفي وجه شاذ : تبطل إن تمعد . فاذا قلنا : لا تبطل ، فهل يعود ؟ وجهان . المنصوص ، وبه قال المراقبون : يستحب أن يعود إلى القيام ويركع معه . والثاني ، وبه قطع صاحبنا « النهاية » و « التهذيب » : لا يجوز العود ، فإن عاد ، بطلت صلاته ، وإن فعله سهواً ، فالأصح : أنه مخير بين العود والدوام . والثاني : يجب العود ، فإن لم يمد ، بطلت صلاته ، وإن سبق بركنين فصاعداً ، بطلت صلاته إن كان عامداً عالماً بتحريمه . وإن كان ساهياً ، أو جاهلاً ، لم تبطل ، لكن لا يستدئ بتلك الركعة ، فيأتي بها بعد سلام الامام ، ولا يخفى بيان التقدم بركنين من قياس ما ذكرناه في التخلف . ومثل أئمتنا المراقبون ذلك ، بما إذا ركع قبل الامام ، فلما أراد الامام أن يركع ، رفع ، فلما أراد أن يرفع ، سجد ، فلم يجتمعا في الركوع ، ولا في الاعتدال ، وهذا يخالف ذلك القياس ، فيجوز أن يقدر مثله في التخلف ، ويجوز أن يخص ذلك بالتقدم ، لأن المخالفة فيه أخش . وإن سبق بركن ، بأن ركع قبل الامام ، ورفع والامام في القيام ، ثم وقف حتى رفع الامام ، واجتمعا في الاعتدال ، فقال الصيدلاني ، وجماعة : تبطل صلاته . قالوا : فإن سبق بركن غير مقصود كالاعتدال ، بأن اعتدل وسجد ، والامام بعد في الركوع ، أو سبق بالجلوس بين السجدين ، بأن رفع رأسه من السجدة الأولى ، وجلس وسجد الثانية والامام بعد في الأولى ، فوجهان . وقال المراقبون ، وآخرون : التقدم بركن لا يبطل كالتخلف به . وهذا أصح ، وأشهر . وحكي عن نص الشافعي رضي الله عنه . هذا في الأفعال الظاهرة ، فأما تكبيرة الإحرام ، فالسبق بها مبطل كما تقدم ، وأما الفاتحة والتشهد ، ففي السبق بها أوجه . الصحيح : لا يضر ، بل يجزئان . والثاني : تبطل الصلاة . والثالث : لا تبطل . ويجب إعادتها مع قراءة الامام أو بعدها .

فرع

المسبوق إذا أدرك الامام راكمًا ، يكبر للافتتاح ، وليس له أن يشتغل بالفاتحة ، بل يهوي للركوع ويكبر له تكبيرة أخرى . وكذا لو أدركه قائمًا ، فكبر ، فركع الامام بمجرد تكبيره ، فلو اقتصر في الحالين على تكبيرة ، فله أحوال .

أحدها : أن ينوي بها تكبيرة الافتتاح ، فتصح صلاته بشرط أن يوقعها في حال القيام . الثاني : ينوي تكبيرة الركوع ، فلا تنمقد صلاته . الثالث : ينويها ، فلا تنمقد فرضاً ولا نفلاً أيضاً على الصحيح . الرابع : لا ينوي واحداً منها ، بل يطلق التكبيرة . فالصحيح المنصوص في « الأم » ، وقطع به الجمهور : لا تنمقد . والثاني : تنمقد لقريئة الافتتاح ، ومال إليه إمام الحرمين .

فرع

إذا أخرج المأموم نفسه عن متابعة الامام ، فالذهب أنه لا تبطل صلاته ، سواء فارق بمنذر ، أو بغيره ، هذا جملة . وتفصيله : أن في بطلان الصلاة بالفارقة طريقين . أحدهما : لا تبطل . والثاني : على قولين . أصحها : لا تبطل . واختلفوا في موضع القولين ، على طرق . أصحها : هما فيمن فارق بغير عذر . فأما المذنور ، فيجوز قطعاً . وقيل : هما في المذنور . فأما غيره ، فتبطل صلاته قطعاً . وقيل : هما فيها ، واختاره الحلبي . وقال إمام الحرمين : والأعذار كثيرة ، وأقرب معتبراً ، أن يقال (١) : كل ما جاوز ترك الجماعة ابتداءً ، جاوز المفارقة . وألحقوا به ، ما إذا

(١) في « شرح الوجيز » : وأقرب معتبر فيها أن يقال .

ترك الامام سنة مقصودة ، كالتشهد الأول ، والقنوت . وأما إذا لم يصبر على طول القراءة لضعف ، أو شغل ، فالأصح : أنه عذر . هذا كله إذا قطع المأموم القدوة والامام بعد في الصلاة . أما إذا انقطعت بحديث الامام ، ونحوه ، فلا تبطل صلاة المأموم قطعاً بكل حال .

فرع

إذا أقيمت الجماعة وهو في الصلاة منفرداً ، نظراً ، إن كان في فريضة الوقت ، فقد قال الشافعي رضي الله عنه : أحبت أن يكمل ركعتين ، ويسلم ، فتكون له نافلة ، ويبتدئ الصلاة مع الامام . ومعناه : أن يقطع الفريضة ويقبلها نفلاً . وفيه وفي نظائره خلاف قدمناه في مسائل النية في صفة الصلاة . ثم هذا فيما إذا كانت الصلاة ثلاثية ، أو رباعية ، ولم يصل بعد ركعتين . فإن كانت ذات ركعتين ، أو ذات ثلاث ، أو أربع ، وقد قام إلى الثالثة ، فانه يتمها ، ثم يدخل في الجماعة ، وإن كان في فائتة ، لم يستحب أن يقتصر على ركعتين ليصلي تلك الفائتة جماعة ، لأن الفائتة لا يشرع لها الجماعة ، بخلاف ما لو شرع في فائتة في يوم غيم ، فأنكشف الغيم ، وخاف فوت الحاضرة ، فانه يسلم عن ركعتين ، ويشتغل بالحاضرة .

قلت : قوله : لا يشرع لها الجماعة ، يحمل على التفصيل الذي ذكرته في أول كتاب صلاة الجماعة . والله أعلم

وإن كان في نافلة ، وأقيمت الجماعة ، فان لم يخش فوتها ، أتمها . وإن خشيها ، قطعها ودخل في الجماعة . فأما إذا لم يسلم من صلاته (١) التي أحرم بها منفرداً ، بل اقتدى في خلالها ، فالذهب جوازه . وهذا جملة . فأما تفصيله ،

(١) في « شرح الوجيز » من الصلاة التي أحرم بها .

ففي صحة هذا الاقتداء ، طريقان . أحدهما : القطع بطلانه . وتبطل به الصلاة .
وأصحها ، وأشهرهما : فيه قولان . أظهرهما : جوازه . ثم اختلفوا في موضع
القولين على طرق ، ف قيل : هما فيما إذا لم يركع المنفرد في انفراده . فان ركع ،
لم يحز قطعاً . وقيل : هما بعد ركوعه . فأما قبله ، فيجوز قطعاً . وقيل : هما
إذا اتفقا في الركعة ، فان اختلفا ، فكان الامام في ركعة ، والمأموم في أخرى
متقدماً ، أو متأخراً ، لم يحز قطعاً . والطريق الرابع الصحيح : أن القولين في
جميع الأحوال . وإذا صححنا الاقتداء على الاطلاق ، فاختلفا في الركعة ، فقد
المأموم في موضع قعود الامام ، وقام في موضع قيامه ، فان تمت صلاته أولاً ، لم
يتابع الامام في الزيادة ، بل إن شاء فارقه ، وإن شاء انتظره في التشهد ، وطول
الدعاء ، وسلم معه . فان تمت صلاة الامام أولاً ، قام المأموم ، وأتم صلاته كما
يفعل المسبوق ، وإذا سها المأموم قبل الاقتداء ، لم يتحمل عنه الامام ، بل إذا
سلم الامام ، سجد هو لسهوه ، وإن سها بعد الاقتداء ، حمل عنه . وإن سها الامام
قبل الاقتداء ، أو بعده ، لحق المأموم ويسجد معه ، ويميد في آخر صلاته على
الأظهر ، كالمسبوق .

فرع

من أدرك الامام في الركوع ، كان مدركاً للركعة . وقال محمد بن إسحاق ،
ابن خزيمة ، وأبو بكر الصبغى - بكسر الصاد المهملة ، وإسكان الباء الموحدة ،
وبالنين المعجمة ، كلاهما من أصحابنا - : لا يدرك الركعة بأدراك الركوع . وهذا
شاذ منكر ، والصحيح الذي عليه الناس ، وأطبق عليه الأئمة : إدراكها ، لكن
بشروط أن يكون ذلك الركوع محسوباً للامام ، فان لم يكن ، ففيه تفصيل نذكره

في الجمعة ، إن شاء الله تعالى . ثم المراد بإدراك الركوع ، أن يلتقي هو وإمامه في حد أقل الركوع . حتى لو كان هو في الهوي ، والامام في الارتفاع ، وقد بلغ هويته حد الأقل قبل أن يرتفع الامام عنه ، كان مدركاً ، وإن لم يلتقيا فيه ، فلا . هكذا قاله جميع الأصحاب . ويشترط أن يطمئن قبل ارتفاع الامام عن الحد المعتبر . هكذا صرح به في « البيان » وبه أشعر كلام كثير من النقلة ، وهو الوجه ، وإن كان الأكثرون لم يتعرضوا له . ولو كبر ، وانحنى ، وشك ، هل بلغ الحد المعتبر قبل ارتفاع الامام عنه ؟ فوجهان . وقيل : قولان . أصحها : لا يكون مدركاً . والثاني : يكون . فأما إذا أدركه فيما بعد الركوع ، فلا يكون مدركاً للركعة قطعاً ، وعليه أن يتابعه في الركن الذي أدركه فيه وإن لم يحسب له .

قلت : وإذا أدركه في التشهد الأخير ، لزمه متابته في الجلوس ، ولا يلزمه أن يتشهد معه قطعاً ، وليس له ذلك على الصحيح المنصوص . والله أعلم

فرع

المسبوق إذا أدرك الامام في الركوع . فقد ذكرنا أنه يكبر للركوع بعد تكبيرة الافتتاح ، فلو أدركه في السجدة الأولى ، أو الثانية ، أو التشهد ، فهل يكبر للانتقال إليه ؟ وجهان . أصحها : لا ، لأن هذا غير محسوب له ، بخلاف الركوع ، ويخالف ما لو أدركه في الاعتدال فما بعده فإنه ينتقل معه من ركن إلى ركن مكبراً ، وإن لم يكن محسوباً ، لأنه موافقة الإمام . ولذلك تقول : يوافق في قراءة التشهد ، وفي التسيحات ، على الأصح . وإذا قام المسبوق بعد سلام الامام ، فإن كان الجلوس الذي قام منه موضع

جلوس المسبوق ، بأن أدركه في الثالثة من رباعية ، أو ثانية المغرب ، قام مكبراً . فان لم يكن موضع جلوسه ، بأن أدركه في الأخيرة ، أو الثانية من الرباعية ، قام بلا تكبير على الأصح . ثم إذا لم يكن موضع جلوسه ، لم يجز المكث بعد سلام الامام . فان مكث ، بطلت صلاته . وإن كان موضع جلوسه ، لم يضر المكث . والسنة للمسبوق : أن يقوم عقب تسليمي الإمام ، فان الثانية من الصلاة ، ويجوز أن يقوم عقب الأولى . وإن قام قبل تمامها ، بطلت صلاته ان تعمد القيام . وما يدركه المسبوق أول صلاته ، وما يفعله بعد سلام الإمام آخرها ، حتى لو أدرك ركعة من المغرب ، فاذا قام لإتمام الباقي ، يجهر في الثانية ويتشهد ، ويسر في الثالثة . ولو أدرك ركعة من الصبح ، وقت مع الامام ، أعاد القنوت في الركعة التي يأتي بها . ونص الشافعي رحمه الله أنه لو أدرك ركعتين من رباعية ، ثم قام للتدارك ، يقرأ السورة في الركعتين ، فقيل : هذا تفريع على قوله : يستحب قراءة السورة في جميع الركعات ، وقيل : هو تفريع على القولين جميعاً لثلاث تخلو صلاته عن السورة .

قلت : الثاني ، أصح . وحكي قول غريب : أنه يجهر . والجماعة في الصبح ، أفضل من غيرها ، ثم العشاء ، ثم العصر ، للأحاديث الصحيحة . ولو كان للمسجد إمام راتب ، كره لنيره إقامة الجماعة فيه ، قبله أو بعده إلا بإذنه ، فان كان المسجد مطروفاً ، فلا بأس . وقد سبقت المسألة في باب الأذان . ويكره أن يؤم الرجل قوماً وأكثرهم له كارهون ، فان كرهه الأقل ، أو النصف ، لم تكره إمامته . والمراد أن يكرهوه لمعنى مذموم في الشرع ، فان لم يكن كذلك ، فالعقب عليهم ولا كراهة . وقال القفال : إنما يكره إذا لم ينصبه الامام ، فان نصبه فلا يبالي بكراهة أكثرهم . والصحيح الذي عليه الجمهور : أنه لا فرق بين من نصبه الامام وغيره . وأما إذا كان بمض المأمومين يكره أهل المسجد حضوره ، فلا يكره له الحضور ، لأن غيره لا يرتبط به ، نص عليه الشافعي ، والأصحاب رحمة الله عليهم . ويكره أن يكون موقف

الامام أعلى من موقف المأموم ، وكذا عسكه ، فان احتاج الامام إلى الاستملاء
ليعلمهم صفة الصلاة ، أو المأموم ليبلغ القوم تكبير الامام ، استحب . وأفضل
صفوف الرجال ، أولها ، ثم ما قرب منه ، وكذلك النساء الخالص ، فان كان النساء
مع الرجال ، فأفضل صفوفهن آخرها . والله أعلم



كتاب صلاة المسافر

صلاة المسافر كغيره ، إلا أن له الترخص بالقصر والجمع ، فالقصر جائز بالاجماع .
والسبب المجوز له ، السفر الطويل المباح . فأما السفر القصير ، فلا بد فيه
من ربط القصد بمقصد معلوم ، فلا رخصة لهائم لا يدري أين يتوجه ، وإن
طال سفره . ولنا وجه : أن الهائم إذا بلغ مسافة القصر له القصر ، وهو شاذ منكر .
أما ابتداء السفر ، فيعرف بتفصيل الموضع الذي منه الارتحال . فإن ارتحل
من بلدة لها سور مختص بها ، فلا بد من مجاوزته وإن كان داخل السور
مزارع ، أو مواضع خربة ، لأن جميع داخل السور معدود من نفس البلد ،
محسوب من موضع الإقامة ، فإذا فارق السور ، ترخص إن لم يكن خارجه دور
متلاصقة ، أو مقابر ، فإن كانت ، فوجهان . الأصح : أنه يترخص بمفارقة السور ،
ولا يشترط مفارقة الدور والمقابر ، وبهذا قطع الغزالي ، وكثيرون . والثاني : يشترط
مفارتها ، وهو موافق لظاهر نص الشافعي . وأما إذا لم يكن للبلد سور ، أو
كان في غير صوب مقصده ، فابتداء سفره بمفارقة العمران حتى لا يبقى بيت متصل
ولا منفصل . والخراب الذي يتخلل العمارات ، معدود من البلد ، كالنهر الحائل بين
جانبى البلد ، فلا يترخص بالبور من جانب إلى جانب . فإن كانت أطراف البلدة
خربة ، ولا عمارة وراؤها ، فقال المراقبون ، والشيخ أبو محمد : لا بد من

مجاوزتها . وقال الغزالي ، وصاحب « التهذيب » : لا يشترط مجاوزتها ، لأنه ليس موضع إقامة . وهذا الخلاف فيما إذا كانت بقايا الحيطان قائمة ، ولم يتخذوا الخراب مزارع العمران ولا هجروه بالتحويط على العامر والخراب ، فإن لم يكن كذلك ، لم يشترط مجاوزتها بلا خلاف . ولا يشترط مجاوزة البساتين ، والمزارع المتصلة بالبلد ، وإن كانت محوطة ، إلا إذا كان فيها قصور أو دور يسكنها ملاكها بعض فصول السنة ، فلا بد من مجاوزتها حينئذ . ولنا وجه في « التتمة » : أنه يشترط مجاوزة البساتين ، والمزارع المضافة إلى البلدة مطلقاً ، وهو شاذ ضعيف . هذا حكم البلدة . وأما القرية ، فلها حكم البلدة في جميع ما ذكرناه . ولا يشترط فيها مجاوزة البساتين ، ولا المزارع المحوطة ، هذا هو الصواب الذي قاله العراقيون . وشذ الغزالي عن الأصحاب فقال : إن كانت المزارع ، أو البساتين محوطة ، اشترط مجاوزتها . وقال إمام الحرمين : لا يشترط مجاوزة المزارع المحوطة ، ولا البساتين غير المحوطة ، ويشترط مجاوزة البساتين المحوطة . ولو كان قريتان ليس بينهما انفصال ، فهما كمحلتين ، فيجب مجاوزتهما جميعاً . قال الامام : وفيه احتمال ، فلو كان بينهما انفصال فجاوز قريته ، كفى وإن كانتا في غاية التقارب على الصحيح . وقال ابن سريج : إذا تقاربنا ، اشترط مفارقتهما . ولو جمع سور قرى متفاصلة ، لم يشترط مجاوزة السور . وكذا لو قدر ذلك في بلدين متقاربتين . ولهذا قلنا أولاً : إن ارتحل من بلدة لها سور مختص بها . وأما المقيم في الصحارى ، فلا بد له من مفارقة البقعة التي فيها رحله وينسب إليه . فإن سكن وادياً ، وسافر في عرضه ، فلا بد من مجاوزة عرض الوادي ، نص عليه الشافعي رحمه الله . قال الأصحاب : وهذا على التآلب في اتساع الوادي . فإن أفرط السعة ، لم يشترط إلا مجاوزة القدر الذي يُعَد موضع نزوله ، أو موضع الحلة^(١) التي هو فيها . كما لو سافر في طول الوادي . وقال القاضي أبو الطيب : كلام الشافعي مجرى على إطلاقه ، وجانب الوادي ، كسور البلد . ولو كان نازلاً في ربوة ، فلا بد أن يهبط ، وإن

(١) الحلة بكسر الحاء : القوم النازلون ، وتطلق الحلة ، على البيوت مجازاً ، تسمية المحل باسم الحال ، وهي مائة بيت فافوقها ، والجمع حلال بالكسر ، وحلل أيضاً ، مثل سدره ، وسدر .

كان في وهدة ، فلا بد أن يصعد ، وهذا عند الاعتدال كما ذكرنا في الوادي . ولا فرق في اعتبار مجاوزة عرض الوادي ، والصعود والهبوط ، بين المنفرد في خيمة ، ومن في أهل خيام على التفصيل المذكور . أما إذا كان في أهل خيام كالاعراب والأكراد ، فإنما يترخص إذا فارق الخيام ، مجتمعة كانت ، أو متفرقة ، إذا كانت حلة واحدة وهي بمنزلة أبنية البلد . ولا يشترط مفارقتها لحلة أخرى ، بل الحلتان كالقريتين المتقاربتين . وضبط الصيدلاني التفرق الذي لا يؤثر ، بأن يكونوا بحيث يجتمعون للسمر في نادٍ واحد ، ويستعين بعضهم من بعض . فإن كانوا بهذه الحالة ، فهي حلة واحدة . ويعتبر مع مجاورة الخيام مراقبتها ، كطرح الرماد ، وملعب الصبيان ، والنادي ، ومعاطن الابل ، فانه جملة مواضع إقامتهم . ولنا وجه شاذ : أنه لا يعتبر مفارقه الخيام ، بل يكفي مفارقة خيمته .

فرع

إذا فارق المسافر بنيان البلدة ، ثم رجع إليها لحاجة ، فله أحوال . أحدها : أن لا يكون له بتلك البلدة إقامة أصلاً ، فلا يصير مقبلاً بالرجوع ، ولا بالحصول فيها .

الثاني : أن تكون وطنه ، فليس له الترخص في رجوعه ، وإنما يترخص إذا فارقها ثانياً . ولنا وجه : أنه يترخص ذاهباً ، وهو شاذ منكر .

الثالث : أن لا تكون وطنه ، لكنه أقام بها مدة ، فهل له الترخص في رجوعه ؟ وجهان . أصحابنا : نعم ، صححه إمام الحرمين ، والفزالي ، وقطع به في « التتمة » . والثاني : لا ، وقطع به في « التهذيب » . وحيث حكنا بأنه لا يترخص إذا عاد ، فلو نوى العود ولم يعد بمدد ، لم يترخص ، وصار بالنية مقبلاً ، ولا فرق

بين حالتي الرجوع والحصول في البلدة ، في الترخيص وعدمه . هذا كله إذا لم يكن من موضع الرجوع إلى الوطن ، مسافة القصر . فإن كانت ، فهو مسافر مستأنف فيترخص .

فصل

في انتهاء السفر الذي يقطع الترخيص

ويحصل بأمور :

الأول : العود إلى الوطن ، والضبط فيه : أن يعود إلى الموضع الذي شرطنا مفارقتة في إنشاء السفر منه . وفي معنى الوطن : الوصول إلى الموضع الذي يسافر إليه إذا عزم على الإقامة فيه القدر المانع من الترخيص ، فلو لم ينو الإقامة به ذلك القدر ، لم ينته سفره بالوصول إليه على الأظهر . ولو حصل في طريقه في قرية ، أو بلدة له بها أهل وعشيرة ، فهل ينتهي سفره بدخولها ؟ قولان . أظهما : لا . ولو مر في طريق سفره بوطنه ، بأن خرج من مكة إلى مسافة القصر ، ونوى أنه إذا رجع إلى مكة ، خرج إلى موضع آخر من غير إقامة ، فالذهب الذي قطع به الجمهور : أنه يصير مقياً بدخولها . وقال الصيدلاني وغيره : فيه القولان ، كبداً أهله . فعلى أحدهما : العود إلى الوطن لا يوجب انتهاء السفر ، إلا إذا كان عازماً على الإقامة .

الأمر الثاني : نية الإقامة . فإذا نوى في طريقه الإقامة مطلقاً ، انقطع سفره ، فلا يقصر . فلو أنشأ السير بعد ذلك ، فهو سفر جديد ، فلا يقصر إلا إذا توجه إلى مرحلتين . هذا إذا نوى الإقامة في موضع يصلح لها من بلدة ،

أوقرية ، أو وادٍ يمكن البدوي النزول فيه للإقامة . فأما المفازة ونحوها ، ففي انقطاع السفر بنية الإقامة فيها قولان . أظهرهما عند الجمهور : انقطاعه . ولو نوى إقامة ثلاثة أيام فأقل ، لم يصير مقيماً قطعاً . وإن نوى أكثر من ثلاثة ، قال الشافعي وجمهور الأصحاب : إن نوى إقامة أربعة أيام ، صار مقيماً . وذلك يقتضي أن نية دون الأربعة لا تقطع السفر وإن زاد على ثلاثة ، وقد صرح به كثيرون ، واختلفوا في أن الأربعة كيف تحسب ؟ على وجهين في « التهذيب » وغيره ، أحدهما : يحسب منها يوماً للدخول والخروج ، كما يحسب يوم الحدث ، ويوم نزع الخلف من مدة السح . وأصحها : لا يحسبان ، فعلى الأول ، لو دخل يوم السبت وقت الزوال بنية الخروج يوم الأربعاء وقت الزوال ، صار مقيماً . وعلى الثاني : لا يصير [مقيماً] ، وإن دخل ضحوة السبت ، وخرج عشية الأربعاء . وقال إمام الحرمين ، والنزالي : متى نوى إقامة زائدة على ثلاثة أيام ، صار مقيماً . وهذا الذي قاله ، موافق لما قاله الجمهور ، لأنه لا يمكن زيادة على الثلاثة غير يومي الدخول والخروج ، بحيث لا يبلغ الأربعة ، ثم الأيام المحتملة معدودة مع لياليها . وإذا نوى مالا يحتمل ، صار مقيماً في الحال . ولو دخل ليلاً ، لم يحسب بقية الليلة ، ويحسب الند . وجميع ما ذكرناه في غير المحارب ، أما المحارب ، إذا نوى إقامة قدر يصير غيره به مقيماً ، ففيه قولان . أظهرهما : أنه كغيره . والثاني : يقصر أبداً .

قلت : ولو نوى العبد إقامة أربعة أيام ، أو الزوجة ، أو الجيش ، ولم ينو السيد ، ولا الزوج ، ولا الأمير ، ففي لزوم الاتمام في حقهم ، وجهان . الأقوى : أن لهم القصر ، لأنهم لا يستقلون ، فنتيهم كالعدم . والله أعلم

الأمر الثالث : صورة الإقامة ، فإذا عرض له شغل في بلدة ، أو قرية ، فأقام له ^(١) ، فله حالان . أحدهما : أن يرجو فراغ شغله ساعة فساعة ، وهو على نية الارتحال عند فراغه . والثاني : يعلم أن شغله لا يتقضي في ثلاثة أيام ، غير

(١) أي : فأقام للشغل .

يومي الدخول والخروج ، كالتفقه ، والتجارة الكثيرة ، ونحوهما ، فالأول : له القصر إلى أربعة أيام على ما سبق تفصيله . وفيما بعد ذلك طريقان . الصحيح منها : فيه ثلاثة أقوال . أحدها : يجوز القصر أبداً ، سواء فيه المقيم على القتال ، أو الخوف من القتال ، والمقيم لتجارة وغيرها . والثاني : لا يجوز القصر أصلاً . والثالث وهو الأظهر : يجوز ثمانية عشر يوماً فقط ، وقيل : سبعة عشر ، وقيل : تسعة عشر ، وقيل : عشرين . والطريق الثاني : أن هذه الأقوال في « المحارب » ، ويقطع بالمنع في غيره . وأما الحال الثاني : فإن كان محارباً ، وقلنا في الحال الأول : لا يقصر ، فهذا أولى . وإلا فقولان . أحدهما : يترخص أبداً . والثاني : ثمانية عشر ^(١) . وإن كان غير محارب ، كالتفقه ، والتاجر ، فالذهب أنه لا يترخص أصلاً . وقيل : هو كالمحارب ، وهو غلط .

فرع

وأما كون السفر طويلاً ، فلا بد منه . والطويل : ثمانية وأربعون ميلاً بالهاشمي ، وهي ستة عشر فرسخاً ، وهي أربعة برد ، وهي مسيرة يومين معتدلين . فاليل : أربعة آلاف خطوة ، والخطوة : ثلاثة أقدام . وهل هذا الضبط تحديد ، أم تقريب ؟ وجهان . الأصح : تحديد . وحكي قول شاذ : أن القصر يجوز في السفر القصير ، بشرط الخوف . والمعروف : الأول . واستحب الشافعي رحمه الله أن لا يقصر إلا في ثلاثة أيام ، للخروج من خلاف أبي حنيفة في ضبطه به . والمسافة في البحر مثل المسافة في البر وإن قطعها في لحظة . فإن شك فيها ، اجتهد .

قلت : ولو حبستهم الريح فيه ، قال الدارمي : هو كالإقامة في البر بنسبة نية الإقامة . والله أعلم

(١) وجد بهامش الأصل ما نصه : العبارة الصحيحة كما دل عليه لفظه في « العزيز » وإلا فقولان . أحدهما : لا يترخص أصلاً ، والثاني : يترخص ، وإن قلنا : يترخص ، فقولان . أحدهما ... النح فقد أخل في « الروضة » بالذهب ، فإنه يعلم منها أن للمحارب الذي لا يرجو ساعة ساعة القصر البتة . إما ثمانية عشر يوماً أو أبداً ، والصحيح أنه ليس له القصر .

واعلم أن مسافة الرجوع لا تحسب ، فلو قصد موضعاً على مرحلة بنية أن لا يقيم فيه ، فليس له القصر ، لا ذاهباً ، ولا راجعاً ، وإن كان يناله مشقة مرحلتين متواليتين ، لأنه لا يسمى سفراً طويلاً . وحكى الحناطي وجهاً : أنه يقصر إذا كان الذهاب والرجوع مرحلتين ، وهو شاذ منكر . ويشترط عزمه في الابتداء على قطع مسافة القصر ، فلو خرج لطلب آبق ، أو غريم ، وينصرف متى لقيه ولا يعرف موضعه ، لم يترخص ، وإن طال سفره كما قلنا في الهائم : فاذا وجده وعزم على الرجوع إلى بلده وبينهما مسافة القصر ، يرخص إذا ارتحل عن ذلك الموضع . فلو كان في ابتداء السفر يعلم موضعه ، وأنه لا يلقاه قبل مرحلتين ، ترخص ، فلو نوى مسافة القصر ، ثم نوى أنه إن وجد الغريم رجع ، نظر ، إن نوى ذلك قبل مفارقة عمران البلد ، لم يترخص ، وبعد مفارقة العمران ، فوجهات أصحابها : يترخص ما لم يجده ، فاذا وجده ، صار مقبياً . وكذا لو نوى قصد موضع في مسافة القصر ، ثم نوى الإقامة في بلد وسط الطريق ، فإن كان من مخرجه إلى المقصد الثاني مسافة القصر ، يترخص ، وإن كان أقل ، ترخص أيضاً على الأصح ما لم يدخله .

قلت : هذا إذا نوى الإقامة أربعة أيام ، فإن نوى دونها ، فهو سفر واحد ، فله القصر في جميع طريقه ، وفي البلد الذي في الوسط . والله أعلم

فرع

إذا سافر العبد بسير المولى ، والمرأة بسير الزوج ، والجندي بسير الأمير ، ولا يعرفون مقصدهم ، لم يجز لهم الترخص . فلو نوا مسافة القصر ، فلا عبرة بنية العبد ، والمرأة ، وتعتبر نية الجندي ، لأنه ليس تحت يد الأمير وقهره ، فإن عرفوا مقصدهم فنوا ، فلم القصر .

قلت : وإذا أسر الكفار رجلاً ، فساروا به ولم يعلم أين يذهبون به ، لم يقصر . وإن سار معهم يومين ، قصر بعد ذلك . نص عليه الشافعي رحمه الله . فلو علم البلد الذي يذهبون به إليه ، فإن كان نيته أنه إن تمكن من الحرب هرب ، لم يقصر قبل مرحلتين . وإن نوى قصد ذلك البلد ، أو غيره . ولا معصية في قصده . قصر في الحال إن كان بينها مرحلتان . والله أعلم

فرع

لو كان لمقصده طريقان ، يبلغ أحدهما مسافة القصر دون الآخر ، فسلك الأبعد ، نظر ، إن كان لغرض كالآمن ، أو السهولة ، أو زيارة ، أو عيادة ، ترخص . وكذا لو قصد التنزه على المذهب . وتردد الشيخ أبو محمد في اعتباره . وإن لم يكن غرض سوى الترخص ، فطريقان . أحسبها : على قولين . أظهرهما : لا يترخص . والطريق الثاني : لا يترخص قطعاً . ولو بلغ بكل واحد المسافة ، فسلك الأبعد لغير غرض ، ترخص في جميعه قطعاً .

فرع

إذا خرج إلى بلد والمسافة طويلة ، ثم بدا له في أثناء السفر أن يرجع ، انقطع سفره ، فلا يجوز القصر مادام في ذلك الوضع . فإذا فارقه ، فهو سفر جديد . فانما يقصر إذا توجه منه إلى مرحلتين ، سواء رجع إلى وطنه ، أو استمر إلى مقصده الأول ، أو غيرها . ولو خرج إلى بلد لا يقصر إليه الصلاة ، ثم نوى

مجاوزته إلى ما يقصر إليه الصلاة ، فابتداء سفره ، من حين غير النية ، فانما يترخص إذا كان من ذلك الموضع إلى المقصد الثاني مرحلتان . ولو خرج إلى سفر طويل بنية الإقامة في كل مرحلة أربعة أيام ، لم يترخص .

فصل

وأما كون السفر مباحاً ، فمعناه : أنه ليس بمعصية ، سواء كان طاعة ، أو تجارة ، ولا يترخص في سفر المعصية ، كهرب العبد من مولاه ، والمرأة من الزوج ، والغريم مع القدرة على الأداء ، والمسافر لقطع الطريق ، أو للزنى ، أو قتل البريء . وأما المعاصي في سفره ، وهو أن يكون السفر مباحاً ، ويرتكب المعاصي في طريقه ، فله الترخص . ولو أنشأ سفرأ مباحاً ، ثم جعله بمعصية ، فالأصح أنه لا يترخص . ولو أنشأ سفر بمعصية ، ثم تاب وغير قصده من غير تغيير صوب السفر ، قال الأكثرون : ابتداء سفره من ذلك الموضع . إن كان منه إلى مقصده مسافة القصر ، ترخص ، والا فلا . وقيل : في الترخص وجهان ، كما لو نوى مباحاً ، ثم جعله بمعصية . ثم المعاصي بسفره ، لا يقصر ، ولا يفطر ، ولا ينتقل على الراحلة ، ولا يجمع بين الصلاتين ، ولا يمسح ثلاثة أيام ، وله أن يمسح يوماً وليلة ، على الصحيح . والثاني : لا يمسح أصلاً . وليس له أكل الميتة عند الإضرار على المذهب ، وبه قطع الجماهير من المراقبين وغيرهم . وقيل : وجهان . أصحابها : لا يجوز تغليظا عليه ، لأنه قادر على استباحتها بالتوبة . والثاني : الجواز . كما يجوز للمقيم المعاصي على الصحيح الذي عليه الجمهور . وفي وجهه شاذ : لا يجوز للمقيم المعاصي لقدرته على التوبة .

قلت : ولا تسقط الجمعة عن المعاصي بسفره ، وفي تيممه خلاف تقدم في بابه .

وانتاعلم

ومما ألحق بسفر المعصية ، أن يتعب الانسان نفسه ، ويمذب دابته بالركض من غير غرض . ذكر الصيدلاني أنه لا يحل له ذلك . ولو كان ينتقل من بلد إلى بلد من غير غرض صحيح ، لم يترخص . قال الشيخ أبو محمد : السفر لجرد رؤية البلاد والنظر إليها ، ليس من الاغراض الصحيحة .

فصل

القصر جائز في كل صلاة رباعية مؤداة في السفر أدرك وقتها فيه . فأما المغرب ، والصبح ، فلا قصر فيها بالاجماع . وأما المقضية ، فإن فاتت في الحضر وقضاها في السفر ، لم يقصر ، خلافا للزني . وإن شك هل فاتت في السفر ، أو الحضر ؟ لم يقصر أيضاً . وإن فاتت في السفر ، فقضاها فيه ، أو في الحضر ، فأربعة أقوال . أظهرها : إن قضى في السفر ، قصر ، وإلا فلا . والثاني : يتم فيها ، والثالث : يقصر فيها . والرابع : إن قضى ذلك في السفر (١) ، قصر ، وإن قضى في الحضر ، أو سفر آخر ، أتم . فإن قلنا : يتم فيها ، فشرع في الصلاة بنية القصر ، فخرج الوقت في أثنائها ، فهو مبني على أن الصلاة التي يقع بعضها في الوقت أداءً أم قضاءً . والصحيح : أنه ان وقع في الوقت ركعة ، فأداءً ، وإن كان دونها ، فقضاء . فإن قلنا : قضاء ، لم يقصر . وإن قلنا : أداء ، قصر على الصحيح . وقال صاحب « التلخيص » : يتم .

(١) وفي نسخة : إن قضى في ذلك السفر .

فرع

إذا سافر في أثناء الوقت ، وقد مضى منه ما يمكن فعل الصلاة فيه ، فالنص أن له القصر . ونص فيما إذا أدركت من أول الوقت قدر الإمكان ، ثم حاضت ، أنه يلزمها القضاء ، وكذا سائر أصحاب المذر . فقال الأصحاب : في المسألتين طريقتان . أحدهما وهو المذهب : العمل بظاهر النصين ، والثاني : فيها قولان . أحدهما وهو المذهب : العمل بظاهر النصين . والثاني : يلزم الحائض الصلاة ، ويجب على المسافر الإتمام . والثاني : لا يلزمها الصلاة ، ويجوز له القصر . وقال أبو الطيب ابن سلمة : إن سافر وقد بقي من الوقت أربع ركعات لم يقصر . وإن بقي أكثر ، قصر . والجمهور : على أنه لا فرق . أما إذا سافر وقد بقي أقل من قدر الصلاة ، فإن قلنا : كلها أداء ، قصر ، وإلا فلا . وإن مضى من الوقت دون ما يسمع الصلاة وسافر ، قال إمام الحرمين : ينبغي أن يمتنع القصر إن قلنا : تمتنع لو مضى ما يسمع الصلاة ، بخلاف ما لو حاضت بعد مضى القدر الناقص ، فإنه لا يلزمها الصلاة على المذهب ، لأن عروض السفر لا ينافي لإتمام الصلاة ، وعروض الحيض ينافيه .

قلت : هذا الذي ذكره الامام ، شاذ مردود ، فقد صرحوا بأنه يقصر هنا بلا خلاف . ونقل القاضي أبو الطيب : إجماع المسلمين : أنه يقصر . والله أعلم

فصل

للقصر أربع شروط :

أحدها : أن لا يقتدي بتم ، فإن فعله ولو في لحظة ، لزمه الإتمام . والاعتداء في لحظة يتصور من وجوه . منها أن يدرك الإمام في آخر صلاته ، أو يحدث الإمام عقب اعتدائه وينصرف . ولو صلى الظهر خلف من يقضي الصبح ، مسافراً كان أو مقبلاً ، لم يجوز القصر على الأصح . ولو صلى الظهر خلف من يصلي الجمعة ، فالذهب : أنه لا يجوز القصر مطلقاً ، وقيل : إن قلنا : الجمعة ظهر مقصورة ، قصر ، وإلا فهي كالصبح .

قلت : وسواء كان إمام الجمعة ، مسافراً ، أو مقيماً ، فهذا حكمه . ولو نوى الظهر مقصورة خلف من يصلي العصر مقصورة ، جاز . والله أعلم

ثم المقتدي تارة يعلم حال إمامه ، وتارة يجهلها . فإن علم ، نظر ، إن علمه مقيماً ، أو ظنه ، لزمه الإتمام . فلو اقتدى به ونوى القصر ، انعقدت صلاته ، ولغت نية القصر . بخلاف المقيم ينوي القصر ، لا تنعقد صلاته ، لأنه ليس من أهل القصر ، والمسافر من أهله ، فلم يضره نية القصر . كما لو شرع في الصلاة بنية القصر ، ثم نوى الإتمام ، أو صار مقيماً . وإن علمه ، أو ظنه مسافراً ، أو علم أو ظن أنه نوى القصر ، فله أن يقصر خلفه ، وكذا إن لم يدرك أنه نوى القصر ، ولا يلزم الإتمام بهذا التردد ، لأن الظاهر من حال المسافر القصر . ولو عرض هذا التردد في أثناء الصلاة ، لم يلزم الإتمام . ولو لم يعرف نيته فعلق عليها ، فنوى إن قصر ، قصرت ، وإن أتم ، أتمت ، فوجهان : أحدهما : جواز التعليق ، فإن أتم الإمام ، أتم ، وإن قصر ، قصر . فلو فسدت صلاة الإمام ، أو أفسدها

ثم قال : كنت نويت القصر ، فللمأموم القصر . وإن قال : كنت نويت الاتمام ،
لزمه الاتمام . وإن انصرف ولم يظهر للمأموم ما نواه ، فالأصح : لزوم الاتمام .
قاله أبو إسحاق . والثاني : جواز القصر ، قاله ابن سريج . أما إذا لم يعلم ، ولم
يظن أنه مسافر ، أو مقيم ، بل شك ، فيلزمه الاتمام وإن بان الامام مسافراً
قاصراً . ولنا وجه : أنه إذا بان قاصراً ، جاز القصر وهو شاذ .

فرع

إذا اقتدى بـمقيم ، أو مسافر متم ، ثم فسدت صلاة الامام ، أو بان محدثاً ،
أو فسدت صلاة المأموم ، فاستأنفها ، لزمه الاتمام . ولو اقتدى بمن ظنه مسافراً ،
فبان مقيماً ، لزمه الاتمام ، لتقصيره ، فإن شمار السافر ظاهراً . وإن بان أنه مقيم
محدث ، نظر ، إن بان كونه مقيماً أولاً ، لزم الاتمام . وإن بان كونه محدثاً
أولاً ، أو باناً ممأً ، فطريقان . أشهرهما : على وجهين . أحدهما : له القصر .
والطريق الثاني : له القصر قطعاً ، إذ لا قدوة . ولو شرع في الصلاة مقيماً ، ثم
بان أنه محدث ، ثم سافر والوقت باقٍ ، فله القصر ، لعدم الشروع الصحيح .
بخلاف ما لو شرع فيها مقيماً ، ثم عرض سبب مفسد ، فانه يلزمه الاتمام ، لا التزامه
ذلك بالشروع الصحيح . ولو اقتدى بـمقيم ، ثم بان حدث المأموم ، فله
القصر . وكذا لو اقتدى بمن يعرفه محدثاً ويظنه مقيماً ، فله القصر ، لأنه لم
يصح شروعه .

فرع

المذهب الصحيح الجديد : أنه يجوز أن يستخلف الإمام إذا فسدت صلاته يحدث أو غيره من يتم بالمؤمنين . وسيأتي بيان هذا في باب الجمعة ، إن شاء الله تعالى . فإذا أم مسافر مسافرين ومقيمين ، ففسدت صلاته برعاف ، أو سبق حدث ، فاستخلف مقيماً ، لزم المسافرين المقتدين الاتمام . كذا قطع به الأصحاب . ويحيى فيه وجه ، لأننا سنذكر وجهاً في مسائل الاستخلاف إن شاء الله تعالى : أنه يجب عليهم نية الاقتداء بالخليفة . فعلى هذا إنما يلزم الاتمام إذا نووا الاقتداء . وإنما فرع الأصحاب على الصحيح ، أن نية الاقتداء بالخليفة لا تجب . وأما الإمام الذي سبقه الحدث والرعاف ، فظاهر نص الشافعي رحمه الله ، يقتضي وجوب إتمامه . واختلفوا في معناه ، فالصحيح ما قاله أبو إسحاق المروزي ، والأكثرون : أن مراده ، أن يعود بعد غسل الدم ، ويقتدي بالخليفة ، إما بناءً على القول القديم ، وإما استئنافاً على الجديد ، فيأمره الاتمام ، لأنه اقتدى بمقيم في بعض صلاته . فإن لم يقتد به ، لم يلزمه الاتمام . وقيل : يجب الاتمام عاد أو لم يعد ، عملاً بظاهر النص ، لأن فرعه متم ، فهو أولى ، وغلظه الأصحاب . وقيل : إن هذا تفريع على القديم . إن سبق الحدث لا يبطلها ، فيكون الراعف في انصرافه في حكم المؤتم بخليفته المقيم . وضعفه الأصحاب أيضاً ، فإن البناء إنما يجوز على القديم ، والاستخلاف لا يجوز على القديم . وقيل : مراده أن يحس الإمام بالراعف قبل خروج الدم ، فيستخلف ، ثم يخرج فيلزمه الاتمام ، لأنه صار مقتدياً بمقيم في جزء من صلاته . وضعفه الحاملي وغيره ، لأنه استخلاف قبل العذر ، وليس بجائز . وقال الشيخ أبو محمد : الاحساس به عذر . ومتى حضر إمام حاله أكمل ، جاز استخلافه .

قلت : هذا كله إذا استخلف الإمام مقيماً . فلو لم يستخلف ، ولا استخلف المأمومون ، بنوا على صلاحهم فرادى . وجاز للمسافرين منهم ، والرافع ، القصر قطعاً . وكذا لو استخلف الإمام مسافراً ، أو استخلفه القوم ، قصر المسافرون والرافع . فلو لم يستخلف الإمام الرافع ، واستخلف القوم مقيماً ، فوجهان . حكاها صاحب « الحاوي » أحدهما : أنه كاستخلاف الرافع على ماضى . وأصحها : يجوز للرافع هنا القصر بلا خلاف إذا لم يقتد به ، لأنه ليس فرعاً له . ولو استخلف المقيمون مقيماً ، والمسافرون مسافراً ، جاز . وللمسافرين القصر خلف إمامهم ، وكذا لو تفرقوا ثلاث فرق أو أكثر ، وأم كل فرقة إمام . نص عليه الشافعي . والله أعلم

الشرط الثاني : نية القصر . فلا بد منها عند ابتداء الصلاة . ولا يجب استدامة ذكرها ، لكن يشترط الانفكاك عما يخالف الحزم بها . فلو نوى القصر أولاً ، ثم نوى الاتمام ، أو تردد بين القصر والاتمام ، أو شك هل نوى القصر ، ثم ذكر في الحال أنه نواه ، لزمه الاتمام . ولو اقتدى بمسافر علم أو ظن أنه نوى القصر ، فصلى ركعتين ، ثم قام الإمام إلى الثالثة ، نظر ، إن علم أنه نوى الاتمام ، لزمه الاتمام ، وإن علم أنه ساء ، بأن كان حنفياً لا يرى الاتمام ، لم يلزمه الاتمام ، ويتخير ، إن شاء خرج عن متابته ، وسجد للسهو ، وسلم ، وإن شاء انتظره حتى يعود . فلو أراد أن يتم أتم ، لكن لا يجوز أن يقتدي بالإمام في سهوه ، لأنه غير محسوب له . ولا يجوز الاقتداء بمن علمنا لما هو فيه غير محسوب له ، كالسبوق إذا أدرك من آخر الصلاة ركعة ، فقام الإمام سهواً إلى ركعة زائدة ، لم يكن للسبوق أن يقتدي به في تدارك ما عليه . فلو شك هل قام ساهياً أم متماً ، لزمه الاتمام . ولو نوى القصر وصلى ركعتين ، ثم قام إلى الثالثة ، نظر ، إن حدث ما يوجب الاتمام كنية الإتمام ، أو الإقامة ، أو حصوله بدار الإقامة في السفينة ، فقام لذلك ، فقد فعل واجبه . فإن لم يحدث شيء من ذلك ، وقام

عمداً ، بطلت صلاته . كما لو قام المقيم المذكور إلى ركعة خامسة ، أو قام التنفل إلى ركعة زائدة قبل تغيير النية . وإن قام سهواً ، ثم ذكر ، لزمه أن يعود ، ويسجد للسهو ، ويسلم . فلو بدا له بعد التذكر أن يتم ، عاد إلى القعود ، ثم نهض متباً . وفي وجه ضيف : له أن يمضي في قيامه . فلو صلى ثلاثة ، ورابعة ، سهواً ، وجلس للتشهد ، فتذكر ، سجد للسهو وهو قاصر ، وركعتاه الزائدتان غير محسوبتين . فلو نوى الانتمام ، لزمه أن يقوم ويصلي ركعتين أخريين ، ويسجد للسهو في آخر صلاته .

الشرط الثالث : أن يكون مسافراً من أول الصلاة إلى آخرها . فلو نوى الإقامة في أثناءها ، أو انتهت به السفينة إلى دار الإقامة ، أو سارت به من دار الإقامة في أثناءها ، أو شك ، هل نوى الإقامة ، أم لا ؟ أو دخل بلداً وشك هل هو مقصوده ، أم لا ؟ لزمه الانتمام .

الشرط الرابع : العلم بجواز القصر . فلو جهل جوازه فقصر ، لم يصح ، لتلاعبه ، نص عليه في « الأم » .

قلت : ويلزمه إعادة هذه الصلاة أرباعاً ، لإلزامه الانتمام . والصورة فيمن نوى الظهر مطلقاً ، ثم سلم من ركعتين عمداً . أما لو نوى جاهل القصر الظهر ركعتين متلاعباً ، فيصيدها مقصورة إذا علم القصر بعد شروعه . والله أعلم

باب

الجمع بين الصلوتين

يجوز الجمع بين الظهر والعصر ، وبين المغرب والعشاء ، تقديماً في وقت الاول ، أو تأخيراً في وقت الثانية ، في السفر الطويل . ولا يجوز في القصر على

الأظهر . والأفضل للسائر في وقت الأولى أن يؤخرها إلى الثانية ، وللتنازل في وقتها ، تقديم الثانية . ولا يجوز الجمع في سفر المصيبة في وقت الظهر ، ولا جمع الصبح إلى غيرها ، ولا العصر إلى المغرب . فاما الحجاج من أهل الآفاق ، فيجمعون بين الظهر والعصر بعرفة في وقت الظهر ، وبين المغرب والمشاء بمزدلفة في وقت المشاء ، وذلك لجمع بسبب السفر على المذهب الصحيح . وقيل : بسبب النسك . فان قلنا بالأول ، ففي جمع المكي القولان ، لأن سفره قصير ، ولا يجمع العرفي بعرفة ، ولا المزدلني بمزدلفة ، لأنه وطنه . وهل يجمع كل واحد منها بالبقعة الأخرى ، فيه القولان كالكي . وإن قلنا بالثاني ، جاز الجمع لجمعهم . ومن الأصحاب من يمسر بمبارة أخرى فيقول : في جمع المكي قولان . الجديد : منه . والقديم : جوازه . وعلى القديم في العرفي والمزدلني ، وجهان . والمذهب : منع جمعهم على الإطلاق . وحكم الجمع في البقعتين ، حكمه في سائر الأسفار . ويتخير في التقديم والتأخير ، والاختيار : التقديم بعرفة ، والتأخير بمزدلفة .

فرع

إذا جمع المسافر في وقت الأولى ، اشترط ثلاثة أمور .

أحدها : الترتيب ، فيبدأ بالأولى . فلو بدأ بالثانية ، لم يصح . ويجب إعادتها بعد الأولى . ولو بدأ بالأولى ، ثم صلى الثانية ، فبان فساد الأولى ، فالثانية فاسدة أيضاً .

الأمر الثاني : نية الجمع . والمذهب : أنها تشترط . ويكفي حصولها عند الاحرام بالأولى ، أو في أثنائها ، أو مع التحلل منها ، ولا يكفي بعد التحلل . ولنا قول : أنها تشترط عند الاحرام بالأولى ، ووجه : أنها تجوز في أثنائها . ولا

يجوز مع التحلل ، ووجه : أنها تجوز بعد التحلل قبل الاحرام بالثانية . وهو قول خرجه
الزني للشافعي . ووجه آخر لأصحابنا ، وهو مذهب الزني : أن نية الجمع لا تشترط أصلاً .
قلت : قال الدارمي : لو نوى الجمع ، ثم نوى تركه في أثناء الأولى ، ثم
نوى الجمع ثانياً ، ففيه القولان . والله أعلم

الأمر الثالث : الموالاة . والصحيح المشهور : اشتراطها . وقال الاصطخري ،
وأبو علي الثقي : يجوز الجمع وإن طال الفصل بين الصلاتين ما لم يخرج وقت الأولى .
وحكى عن نصه في « الأم » : أنه إذا صلى المغرب في بيته بنية الجمع ، وأتى
المسجد فصلى العشاء ، جاز . والمعروف : اشتراط الموالاة ، فلا يجوز الفصل
الطويل ، ولا يضر اليسير . قال الصيدلاني : حدث أصحابنا اليسير بقدر الإقامة .
والأصح ما قاله المراقبون : أن الرجوع في الفصل إلى العادة . وقد تقتضي العادة
احتمال زيادة على قدر الإقامة ، ويدل عليه أن جمهور الأصحاب ، جوزوا الجمع
بين الصلاتين بالتيمم ، وقالوا : لا يضر بينها بالطلب والتيمم ، لكن يخفف الطلب .
ومنع أبو اسحاق الروزي جمع التيمم للفصل بالطلب . ومتى طال الفصل ، امتنع
ضم الثانية إلى الأولى ، ويتمين تأخيرها إلى وقتها ، سواء طال بمذر ، كالمسح ،
والاغناء ، أو بغيره . ولو جمع فتذكر بعد فراغه منها أنه ترك ركناً من الأولى ،
بطلنا جميعاً ، وله إعادتها جامعاً . ولو تذكر تركه من الثانية ، فإن قرب الفصل
تدارك ومضت الصلاتان على الصحة . وإن طال ، بطلت الثانية ، وتمذر الجمع لطول
الفصل بالثانية الباطلة ، فيعيدها في وقتها . فلو لم يدر أنه ترك من الأولى ، أم
من الثانية ، لزمه إعادتها لاحتمال الترك من الأولى . ولا يجوز الجمع على المشهور . وفي
قول شاذ : يجوز كما لو أقيمت جهتان في بلد ، ولم يعلم السابقة منها ، يجوز إعادة
الجمعة في قول . هذا كله إذا جمع في وقت الأولى ، فلو جمع في وقت الثانية ، لم
يشترط الترتيب ولا الموالاة ، ولا نية الجمع حال الصلاة على الصحيح . وتشترط

الثلاثة على الثاني ، فعلى الاشتراط ، لو أخلّ بواحد منها ، صارت الأولى قضاءً ، فلا يجوز قصرها إن لم نجوّز قصر القضاء . قال الأصحاب : ويجب أن ينوي في وقت الأولى كون التأخير بنية الجمع . فلو أخر بغير نية حتى خرج الوقت ، أو ضاق بحيث لم يبق منه ما تكون الصلاة فيه أداءً ، عصى ، وصارت الأولى قضاءً .

فروع

إذا جمع تقديمًا ، فصار في أثناء الأولى أو قبل الشروع في الثانية مقبلاً بنية الإقامة ، أو وصول السفينة دار الإقامة ، بطل الجمع ، فيتعين تأخير الثانية إلى وقتها ، وأما الأولى فصحيحة . فلو صار مقبلاً في أثناء الثانية ، فوجهان . أحدهما : يبطل الجمع ، كما يمتنع القصر بالإقامة في أثناءها . فعلى هذا ، هل تكون الثانية نفلاً ، أم تبطل ؟ فيه الخلاف كنظاره . وأصحها : لا يبطل الجمع صيانة لها عن البطلان بعد الانقضاء ، بخلاف القصر ، فإن وجوب الاتمام ، لا يبطل فرضية ماضى من صلاته . أما إذا صار مقبلاً بعد الفراغ من الثانية ، فإن قلنا : الإقامة في أثناءها لا تؤثر ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان . الأصح : لا يبطل الجمع ، كما لو قصر ثم أقام . ثم قال صاحب « التهذيب » وآخرون : الخلاف فيما إذا أقام بعد فراغه من الصلاتين ، إما في وقت الأولى ، وإما في وقت الثانية قبل مضي إمكان فعلها . فإن كان بعد إمكان فعلها ، لم تجب إعادتها بلا خلاف . وصرح إمام الحرمين بجريان الخلاف معها بقي من وقت الثانية شيء . هذا كله إذا جمع تقديمًا . فلو جمع في وقت الثانية ، فصار مقبلاً بعد فراغه منها ، لم يضر . وإن كان قبل الفراغ ، صارت الأولى قضاءً .

فصل

يجوز الجمع بين الظهر والمصر ، وبين المغرب والعشاء ، بمذخر المطر . ولنا قول شاذ ضئيف ، حكاه إمام الحرمين : أنه يجوز بين المغرب والعشاء في وقت المغرب دون الظهر والمصر ، وهو مذهب مالك . وقال المزني : لا يجوز مطلقاً ، وسواء عندنا قوي المطر وضميفه إذا بل الثوب ، والشفآن ، مطر وزيادة .

قلت : الشفآن - بفتح الشين المعجمة ، وتشديد الفاء ، وآخره نون - وهو برد ريح فيها ندوة ، وكذا قاله أهل اللغة . وهو تصريح بأنه ليس بمطر ، فضلاً عن كونه مطراً وزيادة ، فكأن الرافعي قلد صاحب « التهذيب » في إطلاق هذه العبارة المنكرة . وصوابه أن يقال : الشفآن له حكم المطر ، لتضمنه القدر البيح من المطر ، وهو ما يبل الثوب ، وهو موجود في الشفآن . والله أعلم

والثلج ، والبرَد ، إن كانا يذوبان ، فكمالمطر ، وإلا ، فلا . وفي وجهه شاذ : لا يرخسان بحال . ثم هذه الرخصة لمن يصلي جماعة في مسجد يأتيه من بُعد ، ويتأذى بالمطر في إتيانه . فأما من يصلي في بيته منفرداً ، أو في جماعة ، أو مشى إلى المسجد في كنٍّ ، أو كان المسجد في باب داره ، أو صلى النساء في بيوتهن جماعة ، أو حضر جميع الرجال في المسجد ، وصلوا أفراداً ، فلا يجوز الجمع على الأصح . وقيل : على الأظهر . ثم إن أراد الجمع في وقت الأولى ، فشرطه كما تقدمت في جمع السفر . وإن أراد تأخير الأولى إلى الثانية ، كالسفر ، لم يحز على الأظهر الجديد ، ويجوز على القديم . فإذا جاوزناه ، قال العراقيون : يصلي الأولى مع الثانية ، سواء اتصل المطر ، أو انقطع . وقال في « التهذيب » :

إذا انقطع قبل دخول وقت الثانية ، لم يجوز الجمع ، ويصلي الأولى في آخر وقتها ، كالسافر إذا أخرجته الجمع ، ثم أقام قبل دخول وقت الثانية ، لم يجوز الجمع ، ويصلي الأولى في آخر وقتها . ومقتضى هذا أن يقال : لو انقطع في وقت الثانية قبل فعلها ، امتنع الجمع ، وصارت الأولى قضاءً ، كما لو صار مقيماً . وعكس صاحب « الإبانة » ما قاله الأصحاب ، وافقوا عليه ، فقال : يجوز الجمع في وقت الثانية . وفي جوازه في وقت الأولى ، وجهان . وهذا ثقل منكر . وأما إذا جمع في وقت الأولى ، فلا بد من وجود المطر في أول الصلاتين ، ويشترط وجوده أيضاً عند التحلل من الأولى على الأصح الذي قاله أبو زيد ، وقطع به المراقبون ، وصاحب « التهذيب » وغيرهم . والثاني : لا يشترط . ونقله في « النهاية » عن معظم الأصحاب . ولا يضر انقطاعه فيما سوى هذه الأحوال الثلاث . هذا هو الصواب الذي نص عليه الشافعي ، وقطع به الأصحاب في طرقهم . ونقل في « النهاية » عن بعض المصنفين أنه قال : في انقطاعه في أثناء الثانية ، أو بعدها مع بقاء الوقت ، الخلاف المتقدم في طريان الإقامة في جمع السفر . وضعفه ، وأنكره ، وقال : إذا لم يشترط دوام المطر في الأولى ، فأولى أن لا يشترط في الثانية وما بعدها . وذكر القاضي ابن كج عن بعض الأصحاب : أنه لو افتتح الصلاة الأولى ولا مطر ، ثم مطرت في أثناءها ، ففي جواز الجمع ، القولان في نية الجمع في أثناء الأولى . واختار ابن الصباغ هذه الطريقة ، والصحيح المشهور ما قدمناه .

فرع

يجوز الجمع بين صلاة الجمعة والمصر للمطر ، فإذا قدم المصر ، فلا بد من وجود المطر في الأحوال الثلاثة كما تقدم . قال صاحب « البيان » : ولا يشترط

وجوده في الخطبتين ، وقد يَنازع فيه ذهاباً إلى جعلها بدل الركعتين . قال :
وإن أراد تأخير الجمعة إلى وقت العصر ، جاز إذا جَوَّزنا تأخير الظهر ، فيخطب
في وقت العصر ويصلي .

فرع

المعروف في المذهب : أنه لا يجوز الجمع بالمرض ، ولا الخوف ، ولا الوحل .
وقال جماعة من أصحابنا : يجوز بالمرض ، والوحل . ممن قاله من أصحابنا :
أبو سليمان الخطابي ، والقاضي حسين ، واستحسنه الروياني . فعلى هذا ، يستحب
أن يراعي الأرفق بنفسه ، فإن كان يُجم مثلًا في وقت الثانية ، قدمها إلى الأولى
بالشرائط المتقدمة ، وإن كان يُجم في وقت الأولى ، أخرها إلى الثانية .

قلت : القول : بجواز الجمع بالمرض ، ظاهر مختار . فقد ثبت في « صحيح
مسلم » : أن النبي ﷺ ، « جمع بالمدينة من غير خوف ولا مطر » ،^(١)
وقد حكى الخطابي ، عن القفال الكبير الشاشي ، عن أبي إسحاق الروزي :
جواز الجمع في الحضر للحاجة من غير اشتراط الخوف ، والمطر ، والمرض ، وبه
قال ابن المنذر من أصحابنا . والله أعلم

(١) مسلم (١/٤٩٠) والترمذي (١/٣٥٥) عن ابن عباس رضي الله عنهما ، قال : صلى رسول
الله صلى الله عليه وآله وسلم الظهر والعصر وبين المغرب والعشاء بالمدينة في غير خوف ولا سفر . قال
أبو الزبير : (أحد الرواة) سألت سعيداً (يعني سعيد بن جبير) لم فعل ذلك ؟ فقال : سألت ابن عباس
عما سألتني ، فقال : أراد أن لا يخرج أحداً من أمته ، أي : أراد أن لا يوقع أحداً من أمته في الحرج ،
وهو الضيق .

وحكي عن ابن سيرين أنه كان لا يرى بأساً أن يجمع بين الصلاتين إذا كانت حاجة ، أو شيء ،
ما لم يتخذ عادة .

فرع

إذا جمع الظهر والمصر ، صلى سنة الظهر ، ثم سنة المصر ، ثم يأتي بالفريضتين . وفي جمع العشاء والمغرب ، يصلي الفريضتين ، ثم سنة المغرب ، ثم سنة العشاء ، ثم الوتر .

قلت : هذا الذي قاله الإمام الرافعي في المغرب والعشاء ، صحيح ، وأما في الظهر والمصر ، فشاذ ضعيف ، والصواب الذي قاله المحققون : أنه يصلي سنة الظهر التي قبلها ، ثم يصلي الظهر ، ثم المصر ، ثم سنة الظهر التي بعدها ، ثم سنة المصر . وكيف يصحّ سنة الظهر التي بعدها ، قبل فعلها ، وقد تقدم أن وقتها يدخل بفعل الظهر؟! وكذا سنة المصر لا يدخل وقتها إلا بدخول وقت المصر ، ولا يدخل وقت المصر الجمعة إلى الظهر ، إلا بفعل الظهر الصحيحة . والله أعلم

فصل

الرخص المتعلقة بالسفر الطويل ، أربع : القصر ، واللفظ ، والمسح على الخف ثلاثة أيام وليالهن ، والجمع على الأظهر . والتي تجوز في القصر أيضاً أربع : ترك الجمعة ، وأكل الميتة - وليس يختصاً بالسفر - والتنفل على الراحلة على المشهور ، والتيمم ، وإسقاط الفرض به على الصحيح فيها .

فصل

القصر أفضل من الاتهام على الأظهر . وعلى الثاني : الإتهام . وفي وجه : هما سواء . واستثنى الأصحاب سُوراً من الخلاف .
منها : إذا كان السفر دون ثلاثة أيام ، فالإتهام أفضل قطعاً . نص عليه ، وقد تقدم .

ومنها : أن يجد من نفسه كراهة القصر ، فيكاد يكون رغبة عن السنة ، فالقصر لهذا أفضل قطعاً ، بل يكره له الاتهام إلى أن تزول تلك الكراهة . وكذلك القول في جميع الرخص في هذه الحالة .

ومنها : الملاح الذي يسافر في البحر ، ومعه أهله وأولاده في سفينة ، فإن الأفضل له الاتهام . نص عليه في « الأم » . وفيه خروج من الخلاف ، فإن أحمد ، لا يجوز له القصر .

قلت : ومنها ما حكاه صاحب « البيان » عن صاحب « الفروع » : أن الرجل إذا كان لا وطن له ، وعادته السير أبداً ، فله القصر ، ولكن الاتهام أفضل ، والله أعلم

واعلم : أن صوم رمضان في السفر لمن أطاقه ، أفضل من الإفطار على المذهب .

قلت : وترك الجمع أفضل بلا خلاف ، فيصلي كل صلاة في وقتها ، للخروج من الخلاف ، فإن أبا حنيفة ، وجماة من التابعين ، لا يجوزونه . ومن نص على أن تركه أفضل : النزالي ، وصاحب « التتمة » . قال النزالي في « البسيط » :

لا خلاف أن ترك الجمع أفضل . قال أصحابنا : وإذا جمع ، كانت الصلاتان أداءً ، سواء جمع في وقت الأولى ، أو الثانية . ولنا وجه شاذ في « الوسيط » وغيره : أن المؤخرة تكون قضاءً . وغسل الرجل أفضل من مسح الخف ، إلا إذا تركه رغبة عن السنة ، أو شك في جوازه كما تقدم . ومن فروع هذا الكتاب ، لو نوى الكافر ، أو الصبي السفر إلى مسافة القصر ، ثم أسلم ، وبلغ في أثناء الطريق ، فلها القصر في بقيته . ولو نوى مسافران إقامة أربعة أيام ، وأحدهما يمتد انتقطاع القصر بها ، كالشافعي ، والآخر لا يمتدده ، كالحنفي ، كره للأول أن يقتدي بالثاني . فإن اقتدى ، صح . فإذا سلم الإمام من ركعتين ، قام المأموم لإتمام صلاته . ولا يجوز القصر في البلد للخوف ، ولا يقصر الصلاة في الخوف إلى ركعة . وفي حديث ابن عباس في « مسلم » : « فرضت الصلاة في السفر ركعتين ، وفي الخوف ركعة ، معناه : ركعة مع الإمام ، وينفرد المأموم بأخرى . والله أعلم »

تم — بعون الله تبارك وتعالى — الجزء الأول من كتاب

« روضة الطالبين وعمدة المتقين » للإمام النووي

وبليه الجزء الثاني وأوله كتاب « صلاة الجمعة »



كتاب صلاة الجمعة

فيه ثلاثة أبواب :

[الباب الأول]

في سرورها

اعلم أن صلاة الجمعة فرض عين . وحكى ابن كيج وجهاً : أنها فرض كفاية .
وحكى قولاً ، وغلطوا حاكية ، قال الروياني : لا يجوز حكاية هذا عن الشافعي
رحمه الله .

واعلم أن الجمعة كالفرائض الخمس في الأركان والشروط ؛ إلا أنها تختص
بثلاثة أشياء .

أحدها : اشتراط أمور زائدة لصحتها . والثاني : اشتراط أمور زائدة
لوجوبها . والثالث : آداب تشرع فيها . وهذا الباب لشروط الصحة . وهي ستة :
الأول : الوقت : فلا تقضى الجمعة على صورتها بالاتفاق ، ووقتها : وقت
الظهر . ولو خرج الوقت ، أوشكوا في خروجه ، لم يشرعوا فيها . ولو بقي من
الوقت ما لا يسع خطبتين وركعتين يقتصر فيهما على ما لا بد منه ، لم يشرعوا فيها ،
بل يصلون الظهر . نص عليه في « الأم » . ولو شرعوا فيها في الوقت ، ووقع
بعضها خارجه ، فانت الجمعة قطعاً ، ووجب عليهم إتمامها ظهراً على المذهب . وفيه
قول مخرّج : أنه يجب استئناف الظهر . فعلى المذهب ، يُسرّ بالقراءة من حيثئذ ،

ولا يحتاج إلى تجديد نية الظهر على الأصح. وإن قلنا بالخروج، فهل تبطل صلاته، أم تنقلب نقلاً؟ قولان مذكوران في نظائره، تقدماً في أول «صفة الصلاة»، ولو شك هل خرج الوقت وهو في الصلاة؟ أتمها جمعة على الصحيح، وظهر على الثاني. ولو قام المسبوق الذي أدرك ركعة ليأتي بالثانية، فخرج الوقت قبل سلامه، أتمها ظهراً على الأصح، وجمعة على الثاني. ولو سلم الامام والقوم التسليمة الأولى في الوقت، والثانية خارجه، صحت جمعتهما. ولو سلم الامام الأولى خارج الوقت، فأتت جمعة الجميع. ولو سلم الامام وبعض المأمومين الأولى في الوقت، وسلمها بعض المأمومين خارجه، فمن سلمها خارجه، فظاهر المذهب بطلان صلاتهم. وأما الامام ومن سلم معه في الوقت، فإن بلغوا عدداً تصح بهم الجمعة، صحت لهم، وإلا فهو شبيه بمسألة الانقضاء. ثم سلامه وسلامهم خارج الوقت، إن كان مع العلم بالحال، تعذر بناء الظهر عليه قطعاً، لبطلان الصلاة، إلا أن يغيروا النية إلى النفل ويسلموا، ففيه ما سبق. وإن كان عن جهل منه، لم تبطل صلاته. وهل يني، أم يستأنف؟ فيه الخلاف الذي ذكرناه.

الشرط الثاني: دار الإقامة، فيشترط لصحة الجمعة دار الإقامة، وهي الأبنية التي يستوطنها العدد الذين يصلون الجمعة، سواء فيه البلاد، والقرى، والأسراب التي يتخذها وطناً، وسواء فيه البناء من حجر، أو طين، أو خشب. وأما أهل الخيام النازلون في الصحراء، وينتقلون في الشتاء أو غيره، فلا تصح جمعتهم فيها، فإن كانوا لا يفارقونها شتاءً ولا صيفاً، فالأظهر أنها لا تصح. والثاني: تصح وتجب. ولو انهدمت أبنية القرية، أو البلد، فأقام أهلها على العمار، لزهم الجمعة فيها، سواء كانوا في مظالٍ، أو غيرها، لأنه محل الاستيطان. ولا يشترط إقامتها في مسجد، ولا في كنٍّ، بل يجوز في فضاء معدود من خطة البلد، فأما الموضع الخارج عن البلد الذي إذا انتهى إليه الخارج للسفر قصر، فلا يجوز إقامة الجمعة فيه.

الشرط الثالث : أن لا يسبق الجمعة ، ولا يقارنها أخرى . قال الشافعي رحمه

الله : ولا يجمع في مصر - وإن عظم ، وكثرت مساجده - إلا في موضع واحد .
وأما بندگان ، فقد دخلها الشافعي رحمه الله وهم يقيمون الجمعة في موضعين . وقيل :
في ثلاثة ، فلم ينكر عليهم . واختلف أصحابنا في أمرها على أوجه . أصحابنا : أنه
إنما جازت الزيادة فيها على جمعة ، لأنها بلدة كبيرة يشق اجتماعهم في موضع
واحد ، فعلى هذا تجوز الزيادة على الجمعة الواحدة في جميع البلاد ، إذا كثر
الناس وعسر اجتماعهم ، وبهذا قال أبو العباس ، وأبو إسحاق ، وهو الذي
اختاره أكثر أصحابنا تصريحاً وتعريضاً . ومن رجع : القاضي ابن كج ،
والخياط - بالحاء المهمل المفتوحة ، وتشديد النون - والقاضي الروياني ، والغزالي .
والثاني : إنما جازت الزيادة فيها ، لأن نهرها يحول بين جانبيها فيجعلها كبلتين .
قاله أبو الطيب ابن سلمة . وعلى هذا لا يقام في كل جانب إلا جمعة . فكل بلد
حال بين جانبيه نهر يحوج إلى السباحة ، فهو كبغداد . واعترض عليه ، بأنه لو كان
الجانبان كبلين ، لقصر من عبر من أحدهما إلى الآخر ، والتزم ابن سلمة المسألة ،
وجوز القصر . والثالث : إنما جازت الزيادة ، لأنها كانت قرى متفرقة ، ثم اتصلت
الأبنية ، فأجري عليها حكمها القديم ، فعلى هذا ، يجوز تمدد الجمعة في كل بلد
هذا شأنه . واعترض عليه أبو حامد بما اعترض على الثاني . ويجاب بما أجيب
في الثاني . وأشار إلى هذا الجواب صاحب « التقریب » . والرابع : أن الزيادة
لا تجوز بحال ، وإنما لم ينكر الشافعي ، لأن المسألة اجتهادية ، وليس لمجتهد أن
ينكر على المجتهدين . وهذا ظاهر نص الشافعي رحمه الله المتقدم . واقتصر عليه
الشيخ أبو حامد وطبقته ، لكن المختار عند الأكثرين ما قدمناه . وحيث منعنا
الزيادة على جمعة ، فمقدوا جمعيتين ، فله صؤور .

أحدها : أن تسبق إحداها في الصحيحة . والثانية : باطلة . وبم يعرف

السبق ؟ فيه ثلاثة أوجه . أصحابنا : بالإحرام . والثاني : بالسلام . والثالث :

بالشروع في الخطبة ، ولم يحك أكثر المراقين هذا الثالث . فاذا قلنا بالأول ، فالاعتبار بالفراغ من تكبيرة الاحرام . فلو سبقت إحداها بهمزة التكبيرة ، والأخرى بالراء منها ، فالصحيحة هي السابقة بالراء ، على الأصح . وعلى الثاني : السابقة بهمزة . ثم على اختلاف الأوجه ، لو سبقت إحداها ، وكان السلطان مع الأخرى ، فالأظهر أن السابقة هي الصحيحة ، ولا أثر للسلطان . والثاني : أن التي معها السلطان ، هي الصحيحة . ولو دخلت طائفة في الجمعة ، فأخبروا أن طائفة سبقتهم بما ذكرنا ، استنحب لهم استئناف الظهر . وهل لهم أن يتموها ظهراً ؟ فيه خلاف السابق ، فيما إذا خرج الوقت وهم في الجمعة .

الصورة الثانية : أن تقع الجمعتان معاً ، فباطلتان ، وتستأنف جمعة إن وسع الوقت .

الثالثة : أن يشكّل الحال ، ولا يدري اقترنتا ، أم سبقت إحداها ، فيعيدون الجمعة أيضاً ، لأن الأصل عدم جمعة مجزئة . قال إمام الحرمين : وقد حكم الأئمة بأنهم إذا أعادوا الجمعة ، برئت نمتهم . وفيه إشكال لاحتمال تقدم إحداها ، فلا تصح أخرى ، ولا تبرأ نمتهم بها . فسيبيل اليقين : أن يقيموا جمعة ، ثم يصلوا ظهراً .

الرابعة : أن تسبق إحداها ببينها ، ثم تلتبس ، فلا تبرأ واحدة من الطائفتين عن المدة ، خلافاً للمزني . ثم ماذا عليهم ؟ فيه طريقتان . المذهب : أن عليهم الظهر . والثاني : على القولين في الصورة الخامسة ، وبه قطع المراقيون . الخامسة : أن تسبق إحداها ولا يتمين ، بأن سمع مريضان ، أو مسافران ، تكبيرتين متلاحقتين وهما خارج المسجدين ، فأخبراهم بالحال ولم يعرفا المتقدمة ، فلا تبرأ واحدة منها عن المدة ، خلافاً للمزني أيضاً . وماذا عليهم ؟ قولان . أظهرهما في الوسيط : أنهم يستأنفون الجمعة . والثاني : يصلون الظهر . قال الأصحاب : وهو القياس .

ثالث : الثاني أصح ، وصححه الأكثرون . والله أعلم

قال أصحابنا المراقبون : لو كان الامام في إحدى الطائفتين في الصور الأربع الأخيرة ، ترتب على الصورة الأولى . فإن قلنا : التي فيها الامام هي الصحيحة مع العلم بتأخرها ، فهنا أولى ، وإلا فلا أثر لحضوره .

الشرط الرابع : العدد . فلا تنعقد الجمعة بأقل من أربعين ، هذا هو المذهب الصحيح المشهور . ونقل صاحب « التلخيص » قولاً عن القديم : أنها تنعقد بثلاثة : إمام ، ومأمومين . ولم يثبت عامة الأصحاب . ويشترط في الأربعين : الذكورة ، والتكليف ، والحرية ، والإقامة على سبيل التوطن . وصفة التوطن : أن لا يظعنوا عن ذلك الموضع شتاءً ولا صيفاً ، إلا الحاجة . فلو كانوا ينزلون في ذلك الموضع صيفاً ، ويرتحلون شتاءً ، أو عكسه ، فليسوا مستوطنين ؛ فلا تنعقد بهم . وفي انعقادها بالمقيم الذي لم يجعل الموضع وطناً له ، خلاف تذكره في الباب الثاني إن شاء الله تعالى . وتنعقد بالمرضى على المشهور . وفي قول شاذ : لا تنعقد بهم ، كالبيد . فعلى هذا ، صفة الصحة شرط خامس . ثم الصحيح ، أن الامام من جملة الأربعين . والثاني : يشترط أن يكون زائداً على الأربعين . وحكى الروياني هذا الخلاف قولين . الثاني ، القديم .

فرع

العدد المعتبر في الصلاة - وهو الأربعون - معتبر في الكلمات الواجبة من الخطبتين ، واستماع القوم لها . فلو حضر العدد ، ثم انفضوا كلهم ، أو بمضهم ، وبقي دون أربعين ، فتارة ينقصون قبل الخطبة ، وتارة فيها ، وتارة بعدها ، وتارة في الصلاة ، فإن انفضوا قبل افتتاح الخطبة ، لم يتبدأ بها حتى يجتمع أربعون ،

وإن كان في أثنائها ، فلا خلاف أن الركن المأني به في غيبتهم غير محسوب ، بخلاف ما إذا نقص المدد في الصلاة ، فإن فيها خلافاً ، لأن كلاً يصلي لنفسه ، فسوح بنقص المدد فيها . والخطيب لا يخطب لنفسه ، إنما النرض : استماع الناس ، فما جرى ولا مستمع ، فات فيه النرض ، فلم يحتمل . ثم إن عادوا قبل طول الفصل ، بنى على خطبته ، وبعد طوله ، قولان يمرّ عنهما بأن الموالاة في الخطبة واجبة ، أم لا ؟ والأظهر : أنها واجبة ، فيجب الاستئناف . والثاني : غير واجبة فيني . وبني جماعة القولين ، على أن الخطبتين بدل من الركعتين فيجب الاستئناف ، أم لا ، فلا (١) ولا فرق بين فوات الموالاة بمذر أو بغيره . ولو لم يعد الأولون ، واجتمع بدلهم أربعون ، وجب استئناف الخطبة ؛ طال الفصل أم قصر . أما إذا انقضوا بعد فراغ الخطبة ، فإن عادوا قبل طول الفصل ، صلى الجمعة بتلك الخطبة . وإن عادوا بعد طوله ، ففي اشتراط الموالاة بين الخطبة والصلاة ، قولان . الأظهر : الاشتراط . فلا يمكن الصلاة بتلك الخطبة . وعلى الثاني : يصلي بها . ثم نقل المازني ، أن الشافعي قال : أحبت أن تبتدىء الخطبة ، ثم يصلي الجمعة ، فإن لم يفعل ، صلى بهم الظهر . واختلف الأصحاب في معناه ، فقال ابن سريج ، والقفال ، والأكثر : يجب أن يمد الخطبة ، ويصلي بهم الجمعة لتمكنه . قالوا : ولفظ الشافعي : أوجبت ، ولكنه صحف . ومنهم من قال : أراد بأجبت : أوجبت . قالوا : وقوله : صلى بهم الظهر ، محمول على ما إذا ضاق الوقت . وقال أبو إسحاق : لا يجب إعادة الخطبة ، لكن يستحب ، وتجب الجمعة للقدرة . وقال أبو علي في « الإفصاح » : لا تجب إعادة الخطبة ، ولا الجمعة ، ولكن يستحبان عملاً بظاهر النص . ودليل الثاني والثالث في ترك الخطبة ، خوف الانقضاء ثانياً ، فسقط بهذا العذر ، وحصل خلاف في وجوب إقامة الجمعة ، كما اختصره الغزالي ، فقال : إن شرطنا الموالاة ، ولم تمد الخطبة ، أتم المنفوضون . وهل يأتم الخطيب ؟ قولان .

(١) عبارة الرافعي في «الشرح الكبير» وبني أبو سعيد الثوري وآخرون الخلاف في المسألة على أن الخطبتين بدل من الركعتين ، أم لا ؟ إن قلنا : نعم وجب الاستئناف ، وإلا فلا .

قلت : الأصح قول ابن سريج ، ومتابعيه ، وأن الخطيب يأثم إذا لم يعد ،
وانتداعلم

وسواء طال الفصل والخطيب ساكت ، أو مستمر في الخطبة ، ثم لما عادوا
أعاد ما جرى من واجبها في حال الانقضاء . أما إذا أحرم بالعدد المعتبر ، ثم حضر
أربعون آخرون وأحرموا ، ثم انقض الأولون ، فلا يضر ، بل يتم الجمعة ، سواء
كان اللاحقون سمعوا الخطبة ، أم لا . قال إمام الحرمين : ولا يمتنع عندي أن يقال :
يشترط بقاء أربعين سمعوا الخطبة ، فلا تستمر الجمعة إذا كان اللاحقون لم
يسمعوها . فأما إذا انقضوا ولحق أربعون على الاتصال ، فقد قال في « الوسيط » :
تستمر الجمعة . لكن يشترط هنا أن يكون اللاحقون سمعوا الخطبة . أما إذا
انقضوا فنقص العدد في باقي الصلاة ، ففيه خمسة أقوال منصوصة ومخرّجة .
أظهرها : تبطل الجمعة ويشترط العدد في جميعها . فعلى هذا ، لو أحرم الامام ،
وتبطل المقتدون ، ثم أحرموا ، فإن تأخر تحرّمهم عن ركوعه ، فلا جمعة . وإن
لم يتأخروا عن ركوعه ، فقال القفال : تصح الجمعة . وقال الشيخ أبو محمد :
يشترط أن لا يطول الفصل بين إحرامه وإحرامهم . وقال إمام الحرمين : الشرط
أن يتمكنوا من إتمام الفاتحة ، فإذا حصل ذلك ، لم يضر الفصل ، وهذا هو
الأصح عند النزالي . والقول الثاني : إن بقي اثنان مع الامام ، أتم الجمعة ، وإلا
بطلت . والثالث : إن بقي معه واحد ، لم تبطل ، وهذه الثلاثة منصوصة . الأولان
في الجديد . والثالث : القديم . ويشترط في الواحد والاثنين : كونها بصفة
الكمال . وقال صاحب « التقريب » : في اشتراط الكمال احتمال ، لأننا اكتفينا
باسم الجماعة .

قلت : هذا الاحتمال حكاه صاحب « الحاوي » ، وجهاً محققاً لأصحابنا ، حتى لو بقي

صبيان ، أو صبي ، كفى . والصحيح : اشتراط الكمال . قال في « النهاية » :
احتمال صاحب « التقريب » غير متدبر به . والله اعلم

والرابع : لا تبطل وإن بقي واحدة . والخامس : إن كان الانقضاء في
الركعة الأولى بطلت الجمعة . وإن كان بعدها ، لم تبطل ، ويتم الامام الجمعة
وحده ، وكذا من معه إن بقي معه أحد .

الشرط الخامس : الجماعة . فلا تصح الجمعة بالعدد فرادى . وشروط
الجماعة : على ما سبق في غير الجمعة . ولا يشترط حضور السلطان ، ولا إذنه
فيها . وحكى في « البيان » قولاً قديماً : أنها لا تصح إلا خلف الامام ، أو من
أذن له ، وهو شاذ منكر . ثم لإمام الجمعة أحوال .

أحدها : أن يكون عبداً ، أو مسافراً ، فإن تم به العدد ، لم تصح
الجمعة ، وإن تم بغيره ، صحت على المذهب . وقيل : وجهان . أصحابهما : الصحة .
والثاني : البطلان . هذا إذا صليا الجمعة قبل أن يصليا الظهر . فإن كانا صليبا
ظهر يومهما ، فهما متفعلان بالجمعة . وفي الجمعة خلفهما ما يأتي في المتفعل .
الحال الثاني : أن يكون صبياً ، أو متنفلاً ، فإن تم العدد به ، لم تصح ،
وإن تم دونه ، صحت على الأظهر عند الأكثرين . واتفقوا على أن الجواز في
المتفعل أظهر منه في الصبي ؛ لأنه من أهل الفرض ولا نقص فيه .

الحال الثالث : أن يصلوا الجمعة خلف من يصلي صباحاً ، أو عصرأ ،
فكالمتفعل : وقيل : تصح قطعاً ، لأنه يصلي فرضاً . ولو صلوا خلف مسافر
يقصر الظهر ، جاز إن قلنا : إن الجمعة ظهر مقصورة . وإن قلنا : صلاة على
حيالها ، فكالصبح .

الحال الرابع : إذا بان الامام بعد الصلاة جنباً أو محدثاً ، فإن تم العدد
به ، لم تصح . وإن تم دونه ، فالأظهر : الصحة . نص عليه في « الأم » ،

وصححه المراقبون ، وأكثر أصحابنا . والثاني : لا تصح ، لأن الجماعة شرط ، والامام غير مصلٍّ ، بخلاف سائر الصلوات ، فإن الجماعة فيها ليست شرطاً . وغايته أنهم صلّوها فرادى . والمنع هنا أقوى منه في مسألة الاقتداء بالصبي . وقال الأكثرون المرجحون للأول : لا نسلم أن حدث الامام يمنع صحة الجماعة ، وثبوت حكمها في حق المأموم الجاهل بحاله . وقالوا : لا يمنع نيل فضيلة الجماعة في سائر الصلوات ، ولا غيره من أحكام الجماعة . وعلى الأظهر ، قال صاحب « البيان » : لو صلى الجمعة بأربعين ، فإن أن المأمومين محدثون ، صحت صلاة الامام . بخلاف ما لو بانوا عبيداً ، أو نساءً ، فإن ذلك مما يسهل الاطلاع عليه . وقياس من يذهب إلى المنع : أن لا تصح جمعة الامام لبطان الجماعة .

الحال انطامس : إذا قام الامام في غير الجمعة إلى ركعة زائدة سهواً ، فاقتدى به إنسان فيها ، وأدرك جميع الركعة ، فإن كان عالماً بسهوه ، لم تنعقد صلاته على الأصح . وإن كان جاهلاً ، حسبت له الركعة ، ويبنى عليها بعد سلام الامام وإن لم تكن تلك الركعة محسوبة للامام كالحديث . بخلاف ما لو بان الامام كافراً ، أو امرأة ، لأنها ليسا أهلاً للإمامة بحال . وعلى الوجه الثاني : لا تنعقد الصلاة ، ولا تحسب هذه الركعة للمأموم . فلو جرى هذا في الجمعة ، فإن قلنا : في غير الجمعة لا يدرك به الركعة ، لم يدرك به هنا الجمعة ، ولا تحسب عن الظهر أيضاً ، وإن قلنا : يدركها في غير الجمعة ، فهل تحسب هذه الركعة عن الجمعة ؟ وجهان بناءً على القولين في المحدث . واختار ابن الحداد : أنها لا تحسب .

واعلم أن الأصحاب لم يذكروا في المحدث إذا لم تحصل الجمعة : أن صلاة المقتدي به منقذة ، وأن المأني به يحسب عن الظهر ، حتى لو تبين الحال قبل سلام الامام أو بعده على قرب ، يتمها ظهراً إذا جاوزنا بناء الظهر على الجمعة . ومقتضى التسوية بين الفصلين : الانعقاد والاحتساب عن الظهر .

فرع

إذا أدرك المسبوق ركوع الامام في ثانية الجمعة ، كان مدركاً للجمعة . فاذا سلم الامام ، أتى بثانية ، وإذا أدركه بعد ركوعها ، لم يدرك الجمعة ، ويقوم بعد سلام الامام إلى أربع للظهر ، وكيف ينوي هذا المدرك بسد الركوع ؟ وجهان . أصحها : ينوي الجمعة مواقة للامام . والثاني : الظهر ، لأنها الحاصلة . فلو صلى مع الامام ركعة ، ثم قام فصلى أخرى ، وعلم في التشهد أنه ترك سجدة من إحدى الركعتين ، نظر ، إن علمها من الثانية ، فهو مدرك للجمعة ، فيسجد سجدة ، ويبعد التشهد ، ويسجد للسهو ويسلم . وإن علمها من الأولى ، أو شك ، لم يكن مدركاً للجمعة ، وحصلت له ركعة من الظهر . ولو أدركه في الثانية ، وشك هل سجد معه سجدة ، أم سجدتين ؟ فإن لم يسلم الامام ، سجد بعد سجدة أخرى ، وكان مدركاً للجمعة . وإن سلم الامام ، لم يدرك الجمعة ، فيسجد ويتم الظهر . أما إذا أدرك في غير الجمعة الامام في ركوع غير محسوب ، كركوع الامام المحدث ، وركوع الامام الساهي بزيادة ركعة ، وقلنا : إنه لو أدركها كلها ، حسبت ، فوجهان . أصحها : لا يكون مدركاً للركعة . والثاني : يدركها . فلو أدرك ركوع ثانية الجمعة ، فإن الامام محدثاً ، وقلنا : لو أدرك الركعة بكاملها مع المحدث في الجمعة حسبت ، فعلى هذين الوجهين ، الأصح : لا يدرك الجمعة .

فصل

إذا خرج الامام عن الصلاة بحدث تعمّده ، أو سبقه ، أو بسبب غيره ، أو بلا سبب ، فإن كان في غير الجمعة ، ففي جواز الاستخلاف قولان . أظهرهما الجديد : يجوز . والقديم : لا يجوز . ولنا وجه : أنه يجوز بلا خلاف في غير الجمعة . وإنما القولان في الجمعة ، والمذهب : طرد القولين في جميع الصلوات . فإن لم نجوّز الاستخلاف ، أتم القوم صلاتهم فرادى . وإن جوّزناه ، فيشترط كون الخليفة صالحاً لإمامة القوم . فلو استخلف لإمامة الرجال امرأة ، فهو لغو ، ولا تبطل صلاتهم إلا أن يقتدوا بها . قال إمام الحرمين : ويشترط حصول الاستخلاف على قرب . فلو فعلوا على الانفراد ركناً ؛ امتنع الاستخلاف بعده . وهل يشترط كون الخليفة ممن اقتدى بالامام قبل حدثه ؟ قال الأكثرون من المراقين ، وغيرهم : إن استخلف في الركعة الأولى أو الثالثة من الرابعة من لم يقتد به ، جاز ، لأنه لا يخالفهم في الترتيب ، وإن استخلفه في الثانية ، أو الأخيرة ، لم يجز ، لأنه يحتاج إلى القيام ، ويحتاجون إلى القعود . وأطلق جماعة اشتراط كون الخليفة ممن اقتدى به . وبه قطع إمام الحرمين ، وزاد فقال : لو أمر الامام أجنبياً فتقدم ، لم يكن خليفة ، بل عاقد لنفسه صلاة ، جاز على ترتيب نفسه فيها . فلو اقتدى به القوم ، فهو اقتداء منفردين في أثناء الصلاة . وقد سبق الخلاف فيه في موضعه ، لأن قدوتهم انقطعت بخروج الامام عن الصلاة . ولا يشترط كون الخليفة مقتدياً في الأولى ، بل يجوز استخلاف المسبوق . ثم عليه مراعاة نظم صلاة الامام ، فيقدم في موضع قعوده ، ويقوم في موضع قيامه ، كما كان يفعل لو لم يخرج عن الصلاة ، حتى لو لحق الامام في ثانية الصبح ، ثم أحدث الامام فيها ، واستخلفه ؛ قنت وقعد فيها للشهد ، ثم يقنت في الثانية لنفسه . ولو سها

قبل اقتدائه ، أو بعده ، سجد في آخر صلاة الامام ، وأعاد في آخر صلاة نفسه على الأظهر . وإذا تمت صلاة الامام ، قام لتدارك ما عليه . وم بالخيار ، إن شاؤوا فارقوه وسلموا ، وإن شاؤوا صبروا جلوساً ليسلموا معه . هذا كله إذا عرف المسبوق نظم صلاة الامام ، فإن لم يعرف ، فقولان . وقيل : وجهان . قلت : أرجحها دليلاً : أنه لا يصح . وقال الشيخ أبو علي السنجي : أحكما : جوازه . والله أعلم

فإن جَوَزْنَا ، راقب القوم إذا أتم الركعة ، فإن هموا بالقيام ، قام ، وإلا قعد . وسهو الخليفة قبل حدث الامام ، يحمله الامام . وسهوه بعده يقتضي السجود عليه وعلى القوم . وسهو القوم قبل حدث الامام وبعد الاستخلاف ، محمول ، وبينها غير محمول ، بل يسجد السامي بعد سلام الخليفة . هذا كله في غير الجمعة .

أما الاستخلاف في الجمعة ، ففيه القولان . فإن لم نجوزَه : فالذهب أنه إن أحدث في الأولى ، أتم القوم صلاتهم ظهراً . وإن أحدث في الثانية ، أتمها جمعة من أدرك معه ركعة . ولنا قول : أنهم يتمونها جمعة في الحالين . ووجه : أنهم يتمونها ظهراً في الحالين . وإن جَوَزْنَا الاستخلاف ، نظر ، إن استخلف من لم يقتد به ، ، لم يصح ، ولم يكن لذلك الخليفة أن يصلي الجمعة ، لأنه لا يجوز ابتداء جمعة بعد جمعة . وفي صحة ظهر هذا الخليفة ، خلاف مبني على أن الظهر هل تصح قبل فوات الجمعة ، أم لا ؟ فإن قلنا : لا تصح ، فهل تبقى نفلاً ؟ فيه القولان . فإن قلنا : لا تبقى فاقتدى به القوم ، بطلت صلاتهم . فإن صححناها وكان ذلك في الركعة الأولى ، فلا جمعة لهم . وفي صحة الظهر خلاف مبني على صحة الظهر بنية الجمعة . وإن كان في الركعة الثانية واقتدوا به ، كان هذا اقتداءً طارئاً على الانفراد . وفيه الخلاف الجاري في سائر الصلوات . وفيه شيء

آخر ، وهو الاقتداء في الجمعة بمن يصلي الظهر ، أو النافلة ، وفيه الخلاف التقدم . أما إذا استخلف من اقتدى به قبل الحدث ، فينظر ، إن لم يحضر الخطبة ، فوجهان . أحدهما : لا يصح استخلافه ، كما لو استخلف بعد الخطبة من لم يحضرها ليصلي بهم ، فانه لا يجوز . وأصحها : الجواز . ونقل الصيدلاني في هذا الخلاف قولين : المنع عن البويطي ، والجواز عن أكثر الكتب . والخلاف في مجرد حضور الخطبة . ولا يشترط استماعها بلا خلاف ، وصرح به الأصحاب . وإن كان حضر الخطبة ، أو لم يحضرها ، وجوزنا استخلافه ، نظر ، إن استخلف من أدرك معه الركعة الأولى ، جاز وتمت لهم (١) الجمعة ، سواء أحدث . الامام في الأولى أم الثانية . وفي وجه شاذ ضعيف : أن الخليفة يصلي الظهر ، والقوم يصلون الجمعة . وإن استخلف من أدركه في الثانية ، قال إمام الحرمين : إن قلنا : لا يجوز استخلاف من لم يحضر الخطبة ، لم يحز استخلاف هذا المسبوق ، وإلا ، فقولان . أظهرهما - وبه قطع الأكثرون - الجواز . فعلى هذا ، يصلون الجمعة . وفي الخليفة وجهان (٢) . أحدهما : يتمها جمعة . والثاني ، وهو الصحيح النصوص : لا يتمها جمعة . فعلى هذا ، يتمها ظهراً على المذهب . وقيل : قولان . أحدهما : يتمها ظهراً . والثاني : لا . فعلى هذا ، هل تبطل ، أم تنقلب نقلاً ؟ قولان . فان أبطلناها ، امتنع استخلاف المسبوق . وإذا جوزنا الاستخلاف ، والخليفة مسبوق ، يراعي نظم صلاة الامام ، فيجلس إذا صلى ركعة ويتشهد ، فإذا بلغ موضع السلام ، أشار إلى القوم ، وقام إلى ركعة أخرى إن قلنا : إنه مدرك للجمعة ، وإلى ثلاث إن قلنا : صلاته ظهر . والقوم بالخيار إن شأوا فارقوه وسلموا ، وإن شأوا ثبتوا جالسين حتى يسلم بهم . ولو دخل مسبوق واقتدى به في

(١) وجد في هامش الأصل ما نصه : قوله : تمت لهم ، الظاهر أن الضمير راجع الى الامام والقوم ، والله تعالى أعلم .

(٢) في هامش الاصل : أي : في صورة من أدركه في الثانية ، لا مطلقاً كما يظهر للمتأمل في

الركعة الثانية التي استخلف فيها ، صحت له الجمعة وإن لم تصح للخليفة ، نص عليه الشافعي رحمه الله . قال الأصحاب : هو تفریع علی صحة الجمعة خلف مصلي الظهر . وتصح جمعة الذين أدركوا مع الإمام الأول ركعة بكل حال ، لأنهم لو انفردوا بالركعة الثانية ، كانوا مدركين للجمعة ، فلا يضر اقتداؤهم فيها بمصلي الظهر أو النفل .

فرع

هل تشترط نية القدوة بالخليفة في الجمعة وغيرها من الصلوات ؟ وجهان .
الأصح : لا يشترط . والثاني : يشترط ، لأنهم يحدث الأول صاروا منفردين . وإذا لم يستخلف الإمام ، قدم القوم واحداً بالاشارة . ولو تقدم واحد بنفسه ، جاز ، وتقديم القوم أولى من استخلاف الإمام ، لأنهم المصلون . قال إمام الحرمين : ولو قدم الإمام واحداً ، والقوم آخر ، فأظهر الاحتمالين : أن من قدمه القوم أولى . فلو لم يستخلف الإمام ، ولا القوم ، ولا تقدم أحد ، فالحكم ما ذكرناه تفريماً على منع الاستخلاف . قال الأصحاب : ويجب على القوم تقديم واحد إن كان خروج الإمام في الركعة الأولى ولم يستخلف . وإن كان في الثانية ، لم يجب التقديم ، ولهم الانفراد بها كالسبوق . وقد حكينا في الصورتين خلافاً ، تفريماً على منع الاستخلاف ، فيتجه عليه الخلاف في وجوب التقديم وعدمه .

فرع

هذا كله إذا أحدث في أثناء الصلاة . فلو أحدث بين الخطبة والصلاة ، فأراد أن يستخلف مَنْ يصلي ، إن جوزنا الاستخلاف في الصلاة ، جاز ، وإلا ، فلا يجوز ، بل إن اتسع الوقت ، خطب بهم آخر وصلى ، وإلا صلوا الظهر . وقال بعض الأصحاب : إن جوزنا الاستخلاف في الصلاة ، فهذا أولى ، وإلا ففيه الخلاف . وعكس الشيخ أبو محمد فقال : إن لم نجوز في الصلاة ، فهذا أولى ، وإلا ففيه الخلاف . والمذهب : استواءهما . ثم إذا جوزنا ، فشرطه أن يكون الخليفة سمع الخطبة ، على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، لأن من لم يسمع ، ليس من أهل الجمعة . ولهذا ، لو بادر أربعون من السامعين بعد الخطبة ، فمقدوا الجمعة ، انعدت لهم ، بخلاف غيرهم . وإنما يصير غير السامع من أهل الجمعة ، إذا دخل في الصلاة . وحكى صاحب « التتمة » وجهين في استخلاف من لم يسمع . ولو أحدث في أثناء الخطبة ، وشرطنا الطهارة فيها ، فهل يجوز الاستخلاف ؟ إن منعناه في الصلاة ، فهذا أولى ، وإلا ، فالصحيح جوازه كالصلاة .

فرع

لو صلى مع الامام ركعة من الجمعة ، ثم فارقه بمذر ، أو بغيره ، وقلنا : لا تبطل الصلاة بالفارقة ، أتمها جمعة كما لو أحدث الامام .

فرع

إذا تمت صلاة الامام ، ولم تتم صلاة المأمومين ، فأرادوا استخلاف من يتم بهم ، إن لم نجوز الاستخلاف للامام ، لم يجوز لهم ، وإلا ، فإن كان في الجمعة ، بأن كانوا مسبوقين ، لم يجوز ، لأن الجمعة لا تنشأ بعد جمعة . وإن كان في غيرها ، بأن كانوا مسبوقين ، أو مقيمين ، وهو مسافر ، فالأصح : النع ، لأن الجماعة حصلت ، وإذا أتموا فرادى نالوا فضلها .

فصل

إذا منعه الزحمة في الجمعة السجود على الأرض مع الامام في الركعة الأولى ، نظر ، إن أمكنه أن يسجد على ظهر إنسان ، أو رجله ، لزمه ذلك ، على الصحيح الذي قطع به الجمهور . وفي وجه شاذ : يتخير ، إن شاء سجد على الظهر ، وإن شاء صبر ليسجد على الأرض . ثم قال جماهير الأصحاب : إنما يسجد على ظهر غيره ، إذا قدر على رعاية هيئة الساجدين ، بأن يكون على موضع مرتفع . فإن لم يكن ، فاللأني به ليس بسجود . وفيه وجه ضعيف : أنه لا يضر ارتفاع الظهر ، والخروج عن هيئة الساجدين للمذر . وإذا تمكن من السجود على ظهر غيره فلم يسجد ، فهو تخلف بذير عذر على الأصح . وعلى الثاني : بمذر . ولو لم يتمكن من السجود على الأرض ولا على الظهر ، فأراد أن يخرج عن المتابعة لهذا المذر ، ويتمها ظهراً ، ففي صحتها قولان ، لأنها ظهر قبل فوات الجمعة . قال إمام الحرمين : ويظهر منه من الانفراد ، لأن إقامة الجمعة واجبة ، فالخروج منها عمداً مع توقع إدراكها

لا وجه له . فأما إذا دام على المتابعة ، فما يصنع ؟ فيه أوجه . الصحيح : أنه ينتظر التمكن . والثاني : يومئ السجود أقصى ما يمكنه كالمرضى . والثالث : يتخير بينها . فإذا قلنا : بالصحيح ، فله حالان . أحدهما : يتمكن من السجود قبل ركوع الامام في الثانية . والثاني : لا يتمكن إلى ركوعه . ففي الحال الأول يسجد عند تمكنه ، فإذا فرغ من سجوده ، فللامام أحوال أربعة .

أحدها : أن يكون بعدد في القيام ، فيفتح القراءة ، فإن أتمها ركع معه ، وجرى على متابعته ، ولا بأس بهذا التخلف للغير . وإن ركع الامام قبل إتمامها ، فهل له حكم المسبوق ؟ وجهان . وقد بينا حكم المسبوق في باب « صلاة الجماعة » .

قلت : أصحها عند الجمهور : له حكمه . والله أعلم .

الحال الثاني : للامام أن يكون في الركوع . فالأصح عند الجمهور : أنه يدع القراءة ، ويركع معه ، لأنه لم يدرك محلها ، فسقط عنه كالسبوق . والثاني : يلزمه قراءتها ، ويسمى وراء الامام ، وهو متخلف بغير .

الحال الثالث : أن يكون فارغاً من الركوع ولم يسلم ، فإن قلنا في الحال الثاني : هو كالسبوق ، تابع الامام فيما هو فيه ، ولا يكون محسوباً له ، بل يقوم عند سلام الامام الى ركعة ثانية . وإن قلنا : ليس هو كالسبوق ، اشتغل بترتيب صلاة نفسه . وقيل : يتعين متابعة الامام قطعاً .

الحال الرابع : أن يكون الامام متحلاً من صلاته ، فلا يكون مدركاً للجمعة ، لأنه لم يتم له ركعة قبل سلام الامام ، بخلاف ما لو رفع رأسه من السجود ، ثم سلم الامام في الحال . قال إمام الحرمين : وإذا جاوزنا له التخلف ، وأمرناه بالجرى على ترتيب صلاة نفسه ، فالوجه أن يقتصر على المرائض ، فمساء يدرك الامام ، ويحتمل أن يجوز الاتيان بالسنن مع الاقتصار على الوسط منها . الحال الثاني للمأموم : أن لا يتمكن من السجود حتى ركع الامام في الثانية ، وفيه

قولان . أظهرهما : يتابعه فيركع معه . والثاني : لا يركع معه بل يسجد ، ويراعي ترتيب صلاة نفسه . فإن قلنا بالأول ، فتارة يوافق ما أمرناه ، وتارة يخالف . فإن وافق وركع معه ، فأى الركوعين يحسب ؟ وجهان . وقيل : قولان . أصحهما عند الأصحاب : بالركوع الأول . والثاني : بالثاني . فإن قلنا : بالثاني ، حصلت له الركعة الثانية بكاملها . فإذا سلم الإمام ، ضم إليها أخرى ، وتمت جمعة بلا خلاف . وإن قلنا : بالأول ، حصلت ركعة ملفقة من ركوع الأولى ، وسجود الثانية . وفي إدراك الجمعة بالملفقة ، وجهان . أصحهما : تدرك . أما إذا خالف ما أمرناه ، فاشتغل بالسجود وترتيب نفسه ، فإن فعل ذلك مع علمه بأن واجبه المتابعة ، ولم ينو مفارقتها ، بطلت صلاته ، ويلزمه الاحرام بالجمعة إن أمكنه إدراك الإمام في الركوع . وإن نوى مفارقتها ، فقد أخرج نفسه عن المتابعة بغير عذر . وفي بطلان الصلاة به ، قولان سبقا . فإن لم تبطل ، لم تصح جمعته . وفي صحة ظهره ، خلاف مبني على أن الجمعة إذا تمذر إتمامها ، هل يجوز إتمامها ظهراً ؟ وعلى أن الظهر هل تصح قبل فوات الجمعة ؟ وإن فعل ذلك ناسياً أو جاهلاً ، فما أتى به من السجود ، لا يعتد به ، ولا تبطل صلاته . ثم إن فرغ والإمام بعد في الركوع ، لزمه متابعتها . فإن تابعه وركع معه ، فالتفريع كما سبق لو لم يسجد ، وإن لم يركع معه ، أو كان الإمام فرغ من الركوع ، نظر ، إن راعى ترتيب نفسه ، بأن قام بعد السجدين ، وقرأ ، وركع ، وسجد ، فالفهم من كلام الأكثرين أنه لا يعتد له بشيء مما يأتي به على غير المتابعة . وإذا سلم الإمام ، سجد مسجدين لتام الركعة ، ولا يكون مدركاً للجمعة ، لأن على هذا القول الذي عليه التفريع ، تأمره بالمتابعة بكل حال . وكما لا يحسب له السجود والإمام راكم ، لكون فرضه المتابعة ، وجب أن لا يحسب والإمام في ركن بعد الركوع . وقال الصيدلاني ، وإمام الحرمين ، والنزالي : إذا فعل هذا المذكور ، تم له منها جميعاً ركعة ، لكن فيها نقصانان . أحدهما : التلفيق ، فإن ركوعها من الأولى ، وسجودها من

الثانية ، وفي الملفقة الخلاف . والثاني : نقصها بالقدوة الحكيمة ، فانه لم يتابع الامام في معظم ركته متابعة حسية ، بل حكية . وفي إدراك الجمعة بالركعة الحكيمة ، وجهان ، كالمفقة ، أصحها : الادراك ، وليس الخلاف في مطلق القدوة الحكيمة ، فان السجود في حال قيام الامام ، ليس على حقيقة المتابعة ، ولا خلاف أن الجمعة تدرك به . هذا كله إذا جرى على ترتيب نفسه بعد فراغه من السجدين اللتين لم يمتد بها . فأما إذا فرغ منها والامام ساجد ، فتابعه في سجديته ، فهذا هو الذي نأمر به في هذه الحالة على هذا القول ، فتحسبان له ، ويكون الحاصل ركعة ملفقة ، وإن وجد الامام في التشهد ، وافقه . فاذا سلم ، سجد سجدين وتمت له الركعة ، ولا الجمعة له ، لأنه لم يتم له ركعة والامام في الصلاة . وكذا يفعل لو وجده قد سلم . هذا كله إذا قلنا : يتابع الامام . أما إذا قلنا : لا يتابعه بل بسجد ويراعي ترتيب نفسه ، فله حالان .

أحدهما : أن يخالف ما أمرناه ، فيركع مع الامام . فان تمتد ، بطلت صلاته ، ويلزمه أن يحرم بالجمعة إن أمكنه إدراك الامام في الركوع ، وإن كان ناسياً ، أو جاهلاً . يمتد أن الواجب عليه الركوع مع الامام ، لم تبطل صلاته ، ولم يمتد بركوعه . فاذا سجد معه بعد الركوع ، حسبت له السجدة على الصحيح . وعلى الشاذ ، لا يمتد بها . فعلى الصحيح ، تحصل ركعة ملفقة . وفي الادراك بها ، الوجهان .

الحال الثاني : أن يوافق ما أمرناه ، فيسجد ، فهذه قدوة حكيمة . وفي الادراك بها ، الوجهان . فاذا فرغ من السجود ، فللامام حالان .

أحدهما : أن يكون فارغاً من الركوع ، إما في السجود ، وإما في التشهد ، فوجهان . أحدهما : يجري على ترتيب نفسه ، فيقوم ، ويقرأ ، ويركع . وأصحها : يلزمه متابعة الامام فيما هو فيه ، فاذا سلم الامام ، اشتغل بتدارك ما عليه ، وبهذا

قطع كثير من أصحابنا المراقين وغيرهم . فعلى هذا ، لو كان الامام عند فراغه من السجود قد هوى للسجود فتابعه ، فقد والى بين أربع سجديات : فهل المحسوب لانجام الركعة الأولى السجدة الأولى ، أم الآخرين ؟ وجهان . أصحابها : الأوليان . والثاني : الآخرين . فعلى هذا ، يعود الخلاف في الملققة .

الحال الثاني : للامام أن يكون راکماً بعد . فهل عليه متابته ، وتسقط عنه القراءة كالمسبوق ؟ أو يشتغل بترتيب صلاة نفسه فيقرأ ؟ وجهان كما ذكرنا تقريباً على القول الأول . فعلى الأول ، يسلم معه ، وتم جمته . وعلى الثاني : يقرأ ويسمى ليلحقه ، وهو مدرك للجمعة .

فرع

إذا لم يتمكن المزموم من السجود حتى سجد الامام في الثانية ، تابعه في السجود بلا خلاف . فان قلنا : الواجب متابعة الامام ، فالحاصل ركعة ملفقة ، وإلا فغير ملفقة . أما إذا لم يتمكن من السجود حتى تشهد الامام ، فيسجد . ثم إن أدرك الامام قبل السلام ، أدرك الجمعة ، وإلا فلا .

قلت : قال إمام الحرمين : لو رفع المزموم رأسه من السجدة الثانية ، فسلم الامام قبل أن يمتدل المزموم ، ففيه احتمال . قال : والظاهر : أنه مدرك للجمعة . والله أعلم

أما إذا كان الزحام في سجود الركعة الثانية ، وقد صلى الأولى مع الامام ، فيسجد متى تمكن قبل سلام الامام ، أو بعده ، وجمته صحيحة . فان كان مسبوقاً ، لحقه في الثانية . فان تمكن قبل سلام الامام ، سجد وأدرك ركعة من الجمعة ، وإلا فلا جمعة له . أما إذا زحم عن ركوع الأولى حتى ركع الامام في الثانية ،

فيركع . قال الأكثرون : ويستدله بالركعة الثانية ، وتسقط الأولى . ومنهم من قال : الحاصل ركعة ملققة .

فرع

إذا عرضت حالة في الصلاة تمنع من وقوعها جمعة في صور الزحام وغيرها ، فهل يتم صلاته ظهراً ؟ قولان يتعلقان بأصل . وهو : أن الجمعة ظهر مقصورة ، أم صلاة على حياها ؟ وفيه قولان اقتضاها كلام الشافعي .

قلت : أظهرهما : صلاة بجياها . والله أعلم

فإن قلنا : ظهر مقصورة ، فإذا فات بعض شروط الجمعة ، أتمها ظهراً كالسافر إذا فات شرط قصره . وإن قلنا : فرض على حياها ، فهل يتمها ؟ وجهان . والصحيح مطلقاً : أنه يتمها ظهراً . لكن هل يشترط أن يقصد قلبها ظهراً ، أم تنقلب بنفسها ظهراً ؟ وجهان في « النهاية » .

قلت : الأصح : لا يشترط ، وهو مقتضى كلام الجمهور . والله أعلم

وإذا قلنا : لا يتمها ظهراً ، فهل تبطل ، أم تبقى نفلاً ؟ فيه القولان السابقان فيمن صلى الظهر قبل الزوال ونظاها . قال إمام الحرمين : قول البطلان ، لا ينتظم تفريجه إذا أمرناه في صورة الزحام بشيء فامثل ، فليكن ذلك مخصوصاً بما إذا خالف .

فرع

التخلف بالنسيان ، هل هو كالتخلف بالزحام ؟ قيل : فيه وجهان . أصحابها : نعم ، لئلا . والثاني : لا ، لئلا . وتفريظه . والفهم من كلام الأكثرين ، أن فيه تفصيلاً . فإن تأخر سجوده عن سجدي الإمام بالنسيان ، ثم سجد في حال قيام الإمام ، فحكمه كالزحام ، وكذا لو تأخر لمرض . وإن بقي ذاهلاً حتى ركب الإمام في الثانية ، فطريقان . أحدهما : كالزحام ، فيركع معه على قول ، ويراعي ترتيب نفسه في قول . والطريق الثاني : يتبعه قولاً واحداً ، لأنه مقصر ، فلا يجوز ترك المتابعة . قال الروياني : هذا الطريق أظهر .

فرع

الزحام يجري في جميع الصلوات ، وإنما يذكرونه في الجمعة ، لأن الزحمة فيها أكثر ، ولأنه يجتمع فيها وجوه من الأشكال لا يجري في غيرها ، مثل الخلاف في إدراك الجمعة بالملققة ، والحكمة وبنائها على أنها ظهر مقصورة ، أم لا ؟ ولأن الجماعة فيها شرط ، ولا يمكن الفارقة مادام يتوقع إدراك الجمعة ، بخلاف سائر الصلوات إذا عرفت ذلك ، فإذا زحم في سائر الصلوات ، فلم يمكنه السجود حتى ركب الإمام في الثانية ، فالذهب : أنه على القولين . وقيل : يركع معه قطعاً . وقيل : يراعي ترتيب نفسه قطعاً .

الشرط السادس : الخطبة . فمن شرائط الجمعة : تقديم خطبتين . وأركان الخطبة خمسة . أحدها : حمد الله تعالى ، ويتمين لفظ الحمد . والثاني : الصلاة

على رسول الله ﷺ ، ويتمين لفظ الصلاة . وحكي في « النهاية » عن كلام بعض الأصحاب : ما يومئ أنها لا يتعينان ، ولم ينقله وجهاً مجزوماً به . الثالث : الوصية بالتقوى ، وهل يتعين لفظ الوصية ؟ وجهان . الصحيح المنصوص : لا يتعين . قال إمام الحرمين : ولا خلاف أنه لا يكفي الاختصار على التحذير من الاعتراض بالدنيا وزخارفها ، فإن ذلك قد يتوأسى به منكرو الشرائع ، بل لا بد من الحمل على طاعة الله تعالى ، والمنع من المعاصي . ولا يجب في الوعظة كلام طويل ، بل لو قال : أطيعوا الله كفى ، وأبدى الإمام فيه احتمالاً ، ولا تردد في أن كلتي الحمد ، والصلاة ، كافيتان . ولو قال : والصلاة على محمد ، أو على النبي ، أو رسول الله ، كفى . ولو قال : الحمد للرحمن ، أو الرحيم ، فمقتضى كلام الغزالي : أنه لا يكفيه ، ولم أره مسطوراً ، وليس هو بعيد كما في كلمة التكبير . ثم هذه الأركان الثلاثة ، لا بد منها في كل واحدة من الخطبتين . ولما وجه : أن الصلاة على النبي ﷺ في إحداها كافية ، وهو شاذ . الرابع : الدعاء للمؤمنين ، وهو ركن على الصحيح . والثاني : لا يجب ، وحكي عن نصه في « الإملاء » . وإذا قلنا بالصحيح ، فهو مخصوص بالثانية . فلو دعا في الأولى لم يحسب ، ويكفي ما يقع عليه الاسم . قال إمام الحرمين : وأرى أنه يجب أن يكون متعلقاً بأمور الآخرة ، وأنه لا بأس بتخصيصه بالسامعين ، كأن يقول : رحمكم الله . الخامس : قراءة القرآن . وهي ركن على المشهور . وقيل : على الصحيح . والثاني : ليست بركن ، بل مستحبة . فعلى الأول ، أقلها آية ، نص عليه الشافعي رحمه الله ، سواء كانت وعداً ، أو وعيداً ، أو حكماً ، أو قصة . قال إمام الحرمين : ولا يبعد الاكتفاء بشرط آية طويلة . ولا شك أنه لو قال : (ثم نظر) الدر: ٢١ لم يكف ، وإن عُدَّ آيةً ، بل يشترط كونها مفهومة . واختلفوا في محل القراءة على ثلاثة أوجه . أصحابنا ونص عليه في « الأم » : تجب في إحداها لا بغيرها . والثاني : تجب فيها . والثالث : تجب في الأول خاصة ، وهو ظاهر نصه في « المختصر » : ويستحب أن يقرأ في الخطبة سورة (ق) .

قلت : قال الدارمي : يستحب أن تكون قراءة (ق) في الخطبة الأولى . والمراد ، قراتها بكاملها ، لاشتمالها على أنواع المواعظ . والله اعلم

ولو قرأ آية سجدة ، نزل وسجد . فلو كان المنبر عالياً ، لو نزل لطال الفصل ، لم ينزل ، لكن يسجد عليه إن أمكنه ، وإلا ترك السجود . فلو نزل وطال الفصل ، ففيه الخلاف المتقدم في الموالاة . ولا تدخل القراءة في الأركان المذكورة . حتى لو قرأ آية فيها موعظة ، وقصد إيقاعها عن الجهتين ، لم يجزىء ، ولا يجوز أن يأتي بآيات تشتمل على الأركان المطلوبة ، لأن ذلك لا يسمى خطبة . ولو أتى ببعضها في ضمن آية لم يمتنع .

وهل يشترط كون الخطبة كلها بالمرية ؟ وجهان . الصحيح : اشتراطه ، فإن لم يكن فيهم من يحسن المرية ، خطب بغيرها . ويجب أن يتعلم كل واحد منهم الخطبة المرية ، كالمأجز عن التكبير بالمرية . فإن مضت مدة إمساك التعلّم ولم يتعلّموا ، عصوا كلهم ، ولا جمعة لهم .

فرع

شروط الخطبة سنة :

أحدها : الوقت . وهو ما بعد الزوال ، فلا يصح تقديم شيء منها عليه .
الثاني : تقديم الخطبتين على الصلاة .

الثالث : القيام فيها مع القدرة ، فإن عجز عن القيام ، فالأولى أن يستنيب . ولو خطب قاعداً أو مضطجماً للمجز ، جاز كالصلاة . ويجوز الاقتداء به ، سواء قال : لا أستطيع ، أو سكت ، لأن الظاهر أنه إنما قدم لمجزه ، فإن بان أنه كان قادراً ، فهو كما لو بان الامام جنباً . ولنا وجه : أنه تصح الخطبة قاعداً مع القدرة على القيام وهو شاذ .

الرابع : الجلوس بينها ، وتجب الطمأنينة فيه ، فلو خطب قاعداً لمجزه ، لم يضطجع بينها للفصل ، بل يفصل بينها بسكتة ، والسكنة واجبة على الأصح . ولنا وجه شاذ : أن القائم أيضاً يكفيه الفصل بينها بسكتة .

الخامس : هل يشترك في صحة الخطبة الطهارة عن الحدث ، والنجس في البدن والثوب والمكان ، وستر العورة ؟ قولان . الجديد : اشتراط كل ذلك . ثم قيل : الخلاف مبني على أنها بدل من الركعتين ، أم لا ؟ وقيل : على أن الموالاة في الخطبة شرط ، أم لا ؟ فإن شرطنا الموالاة ، شرطنا الطهارة ، وإلا ، فلا . ثم قال صاحب « التتمة » : يطرد الخلاف في اشتراط الطهارة عن الحدث الأصفر والجنابة ، وخصه صاحب « التهذيب » بالحدث الأصفر ، قال : فأما الجنب ، فلا تحسب خطبته قولاً واحداً ، لأن القراءة شرط ، ولا تحسب قراءة الجنب ، وهذا أوضح .

قلت : الصحيح ، أو الصواب ، قول صاحب « التتمة » وقد جزم به الرافعي في « المحرر » وقطع الشيخ أبو حامد ، والماوردي ، وآخرون : بأنه لو بان لهم بعد فراغ الجمعة أن إمامهم كان جنباً ، أجزأتهم . ونقله أبو حامد ، والماوردي ، والأصحاب عن نصه في « الأم » . والله أعلم

ثم إذا شرطنا الطهارة ، فسبقه حدث في الخطبة ، لم يمتد بما يأتي به في حال الحدث . وفي بناء غيره عليه الخلاف الذي سبق . فلو تطهر وعاد ، وجب الاستئناف ، وإن طال الفصل وشرطنا الموالاة ، فإن لم يطل ، أو لم نلزم الموالاة ، فوجهان . أصحها : الاستئناف .

السادس : رفع الصوت ، فلو خطب سراً بحيث لم يسمع غيره ، لم تحسب على الصحيح المرفوف . وفي وجه : تحسب وهو غلط . فعلى الصحيح ، الشرط أن يُسمع أربعين من أهل الكمال . فلو رفع صوته قدر ما يبلغ ، ولكن كانوا كلهم

أو بعضهم صماً ، فوجهان . الصحيح : لا تصح ، كما لو بدأوا . والثاني : تصح ، كما لو حلف لا يكلم فلاناً ، فكلمه بحيث يسمع ، فلم يسمع لصممه ، حث ، وكما لو سمعوا الخطبة ، ولم يفهموا معناها ، فلها تصح . وينبغي للقوم أن يقبلوا بوجوههم إلى الامام ، وينصتوا ، ويسمعوا . والانصات : هو السكوت . والاستماع : هو شغل السمع بالسمع . وهل الإنصات فرض ، والكلام حرام ؟ فيه قولان . القديم ود الإملاء : وجوب الانصات ، وتحريم الكلام . والجديد : أنه سنة ، والكلام ليس بمحرام . وقيل : يجب الانصات قطعاً . والجمهور أثبتوا القولين . وهل يحرم الكلام على الخطيب ؟ فيه طريقان . المذهب : لا يحرم قطعاً . والثاني : على القولين . ثم جميع هذا الخلاف في الكلام الذي لا يتعلق به غرض مهم فاجز . فأما إذا رأى أعمى يقع في بئر ، أو عقرباً تدبُّ على إنسان ، فأنذره ، أو علم إنساناً شيئاً من الخير ، أو نهاه عن منكر ، فهذا ليس بمحرام بلا خلاف . نص عليه الشافعي رحمه الله ، واتفق الأصحاب على التصريح به . لكن يستحب أن يقتصر على الإشارة ، ولا يتكلم ما أمكن الاستغناء عنه . هذا كله في الكلام في أثناء الخطبة . ويجوز الكلام قبل ابتداء الامام بالخطبة ، وبعد الفراغ منها . فأما في الجلوس بين الخطبتين ، فطريقان ، قطع صاحب « المذهب » ، والنزالي ، بالجواز . وأجرى الحاملي ، وابن الصباغ ، وآخرون فيه الخلاف . ويجوز للداخل في أثناء الخطبة ، أن يتكلم ما لم يأخذ لنفسه مكاناً . والقولان فيما بعد قموده .

فرع

إذا قلنا بالقديم ، فينبغي للداخل في أثناء الخطبة ، أن لا يسلم ، فإن سلم ، حرمت إجابته باللفظ ، ويستحب بالإشارة كما في الصلاة . وفي تشميت

الماطس ثلاثة أوجه ، الصحيح النصوص : تحريمه ، كرد السلام . والثاني : استجابته .
والثالث : يجوز ولا يستحب . ولنا وجه : أنه يرد السلام ، لأنه واجب ، ولا يشمت
الماطس ، لأنه سنة . فلا يترك لها الانصات الواجب . وفي وجوب الانصات على
من لا يسمع الخطبة ، وجهان . أحدهما : لا يجب . ويستحب أن يشتغل بالذكر ،
والتلاوة . وأصحها : يجب ، نص عليه ، وقطع به كثيرون . وقالوا : البعد بالخيار
بين الانصات ، وبين الذكر والتلاوة . ويحرم عليه كلام الآدميين ، كما يحرم على
القريب . هذا تفريع على القديم . فأما إذا قلنا بالجديد ، فيجوز رد السلام ،
والتشميت بلا خلاف . ثم رد في السلام ثلاثة أوجه . أصحها عند صاحب « التهذيب » :
وجوبه . والثاني : استجابته . والثالث : جوازه بلا استجاب . وقطع إمام الحرمين ،
بأنه لا يجب الرد . والأصح : استجاب التشميت . وحيث حرّمنا الكلام فكلام ،
أنم ، ولا تبطل جمعته بلا خلاف .

فرع

قال النزالي : هل يحرم الكلام على من عدا الأربعين ؟ فيه القولان . وهذا
التقدير بعيد في نفسه ، ومخالف لما نقله الأصحاب . أما بؤمه في نفسه ، فلأن
كلامه مفروض في السامعين للخطبة . وإذا حضر جماعة يزيدون على أربعين ، فلا
يمكن أن يقال : تنمقد الجمعة بأربعين منهم على التمين ، فيحرم الكلام عليهم قطعاً .
والخلاف في حق الباقيين ، بل الوجه : الحكم بانمقاد الجمعة بهم ، أو بأربعين منهم
لا على التمين . وأما مخالفته لنقل الأصحاب ، فأنك لا تجد للأصحاب إلا إطلاق
قولين في السامعين ، ووجهين في حق غيرهم كما سبق .

فرع

إذا صد الخطيب المنبر ، فينبغي لمن ليس في صلاة من الحاضرين ، ألا يفتتحها ، سواء كان صلى السنة ، أم لا ، ومن كان في صلاة خفها ، والفرق بين الكلام حيث قلنا : لا بأس به . وإن صد المنبر ما لم تبدئ الخطبة ، وبين الصلاة ، إن قطع الكلام هين ، متى ابتدأ الخطيب الخطبة ، بخلاف الصلاة ، فإنه قد يفوت سماع أول الخطبة إلى أن يتمها .

قلت : وسواء في المنع من افتتاح الصلاة في حال الخطبة من يسمعها ، وغيره . والله أعلم

ولو دخل في أثناء الخطبة ، استحجب له أن يصلي التحية ، ويخففها . فلو كان ما صلى السنة ، صلاها وحصلت التحية . ولو دخل والامام في آخر الخطبة ، لم يصل ، لثلا يفوته أول الجملة مع الامام ، وسواء في استحجاب التحية . قلنا : يجب الانصات ، أم لا ؟

فرع

في أمور اختلف في إيجابها في الخطبة .

منها : كونها بالمرية ، وتقديم بيانه .

ومنها : نية الخطبة وفرضيتها ، اشتراطها القاضي حسين .

ومنها : الترتيب بين الكلمات الثلاث ، فأوجب صاحب « التهذيب » وغيره ،

أن يبدأ بالحمد ، ثم الصلاة ، ثم الوصية . ولا ترتيب بين القراءة والدعاء ، ولا بينها

وبين غيرهما . وقطع صاحب « العدة » وآخرون : بأنه لا يجب في شيء من الألفاظ أصلاً . قالوا : لكن الأفضل الرعاية .
قلت : قطع صاحب « الحاوي » وكثيرون من العراقيين ، بأنه لا يجب الترتيب ونقله في « الحاوي » ، عن نص الشافعي رحمه الله ، وهو الأصح . والله أعلم .

فرع

في سنن الخطبة

فمنها : أن يكون على منبر ، والسنة أن يكون المنبر على يمين الموضع الذي يصلي فيه الامام . ويكره المنبر الكبير الذي يضيق على المصلين ، إذا لم يكن المسجد متسع الخطبة ، فان لم يكن منبر ، خطب على موضع مرتفع .
ومنها : أن يسلم على من عند المنبر إذا انتهى إليه .
ومنها : إذا بلغ في صعوده الدرجة التي تلي موضع القعود ، ويسمى ذلك الموضع : المستراح ، أقبل على الناس بوجهه ، وسلم عليهم .
ومنها : أن يجلس بعد السلام على المستراح .
ومنها : أنه إذا جلس ، اشتغل المؤذن بالأذان ، ويدعى الامام الجلوس إلى فراغ المؤذن . قال صاحب « الإفضاح » والحاملي : المستحب ، أن يكون المؤذن للجمعة واحداً . وأشار إليه الغزالي ، وفي كلام بعض أصحابنا ، إشعار باستحباب تمديد المؤذنين .
ومنها : أن تكون الخطبة بليغة غير مؤلفة من الكلمات المتبدلة ، ولا من الكلمات الغريبة الوحشية ، بل قريبة من الأفهام .

ومنها : أن لا يطولها ولا يخففها ، بل تكون متوسطة .
ومنها : أن يستدير القبة ، ويستقبل الناس في خطبته ، ولا يلتفت يمينا
ولا شمالا . ولو خطب مستدير الناس ، جاز على الصحيح . وعلى الثاني : لا يجزئه .
قلت : وطرد الدارمي هذا الوجه ، فيما إذا استدبروه ، أو خالفوه ، وهو
الهيئة الشروعة في ذلك . والله أعلم

ومنها : أنه يستحب أن يكون جلوسه بين الخطبتين قدر سورة (الاخلاص)
نص عليه . وفيه وجه : أنه يجب هذا القدر وحكي عن نصه
ومنها : أن يعتمد على سيف ، أو عصا ، أو نحوهما . قال في « التهذيب » :
يقبضه بيده اليسرى . ولم يذكر الأكثرون بأيها يقبضه .

قلت : قال القاضي حسين في تعليقه كما قال في « التهذيب » . والله أعلم :
ويشغل يده الأخرى بحرف المنبر ، فإن لم يجد شيئا ، مسكن يديه وجسده ،
بأن يجعل اليمنى على اليسرى ، أو يقرأ مرسلتين . والغرض ، أن يخشع ، ولا
يعبث بهما .

ومنها : أنه ينبغي للقوم أن يقبلوا على الخطيب مستمعين ، لا يشتغلون بشيء
آخر ، حتى يكره الثرب للتأذ ، ولا بأس به للعطش ، لا للخطيب ، ولا للقوم .
ومنها : أن يأخذ في النزول بعد الفراغ ، ويأخذ المؤذن في الإقامة ،
ويتندر ليبلغ المحراب مع فراغ المقيم .

قلت : يكره في الخطبة أمور ابتدعها الجهلة .

منها : التفاتهم في الخطبة الثانية ، والدق على درج المنبر في صموده ، والدعاء
إذا انتهى إلى صموده قبل أن يجلس . وربما توهما أنها ساعة الإجابة ، وهذا جهل ،
فإن ساعة الإجابة إنما هي بعد جلوسه ، كما سيأتي إن شاء الله تعالى .
ومنها : المجازفة في أوصاف السلاطين في الدعاء لهم . وأما أصل الدعاء

للسلطان ، فقد ذكر صاحب « المذهب » وغيره : أنه مكروه . والاختيار : أنه لا بأس به إذا لم يكن فيه مجازفة في وصفه ، ولا نحو ذلك ، فإنه يستحب الدعاء بصلاح ولاة الأمر .

ومنها : مبالغتهم في الإسراع في الخطبة الثانية . وأما الاحتباء والامام يخطب ، فقال صاحب « البيان » : لا يكره . والصحيح : أنه مكروه . فقد صح في « سنن أبي داود » والترمذي ، أن رسول الله ﷺ ، نهى عن الاحتباء والامام يخطب ، قال الترمذي : حديث حسن . وقال الخطابي من أصحابنا : نهى عنه ، لأنه يجلب النوم فيعرض طهارته للنقض ، ويعنه استماع الخطبة . ويستحب إذا كان المنبر واسماً ، أن يقوم على يمينه ، قاله القاضي حسين ، وصاحب « التهذيب » . ويكره للخطيب أن يشير بيده . قال في « التهذيب » : يستحب أن يختم الخطبة بقوله : أستغفر الله لي ولكم . وذكر صاحب « الهدى » ، و « البيان » : أنه يستحب للخطيب إذا وصل المنبر ، أن يصلي تحية المسجد ، ثم يصعده . وهذا الذي قاله ، غريب ، وشاذ ، ومردود ، فإنه خلاف ظاهر انقول عن فعل رسول الله ﷺ ، والخلفاء الراشدين ، ومن بعدهم . ولو أغمى على الخطيب ، قال في « التهذيب » في بناء غيره على خطبته ، القولان في الاستخلاف في الصلاة ، فإن لم نجوز به ، استؤنفت الخطبة ، وإن جاوزناه ، اشترط أن يكون الذي يبين سمع أول الخطبة . هذا كلامه في « التهذيب » . والمختار ، أنه لا يجوز البناء هنا . والله أعلم

الباب الثاني فيمه تلزمه الجمعة

لوجوبها خمسة شروط :

أحدها : التكليف ، فلا جمعة على صبي ولا مجنون .

قلت : والنمى عليه ، كالمجنون ، بخلاف السكران ، فإنه يلزمه قضاؤها ظهراً
كغيرها . والله أعلم

الثاني : الحرية ، فلا جمعة على عبد قن ، أو مدبر ، أو مكاتب .

قلت : ويستحب إذا أذن السيد حضورها ، ولا يجب . والله أعلم

الثالث : الذكورة ، فلا جمعة على امرأة ولا خنثى .

الرابع : الإقامة ، فلا جمعة على مسافر ، لكن يستحب له ، والعبد ،
والعبي ، حضورها إذا أمكن .

الخامس : الصحة ، فلا جمعة على مريض ، ولو فاتت بتخلفه لنقصان العدد ،
ثم من لا تجب عليه ، لا تنعقد به إلا المريض . وفيه أيضاً قول شاذ ، قدمناه
في الشرط الرابع للجمعة . وفي معنى المرض ، أعذار تأتي قريباً إن شاء الله تعالى ،
ولكن تنعقد لجميعهم ، ويجزيهم عن الظهر إلا المجنون ، فلا يصح فعلة . ثم إذا
حضر الصبيان والنساء ، والعبيد ، والمسافرون ، الجامع ، فلهم الانصراف ، وبصلون
الظهر . وخرج صاحب « التلخيص » وجهاً في العبد ، أنه يلزمه الجمعة إذا
حضر . وقال في « النهاية » : وهذا غلط باتفاق الأصحاب . فأما المريض ، فقد
أطلق كثيرون أنه لا يجوز له الانصراف بعد حضوره ، بل تلزمه الجمعة . وقال

إمام الحرمين : إن حضر قبل الوقت ، فله الانصراف ، وإن دخل الوقت وقامت الصلاة ، لزمته الجمعة . فإن كان يتخلل زمن بين دخول الوقت ، والصلاة ، فإن لم يلحقه مزيد مشقة في الانتظار ، لزمه ، وإلا فلا ، وهذا التفصيل حسن ، ولا يبعد أن يكون كلام المطلقين منزلاً عليه . وألحقوا بالمرضى ، أصحاب الأعذار الملحقة بالمرض ، وقالوا : إذا حضروا ، لزمهم الجمعة . ولا يبعد أن يكونوا على التفصيل المذكور أيضاً ، إن لم يزد ضرر المذخور بالصبر إلى إقامة الجمعة ، فالأمر كذلك ، وإلا فله الانصراف وإقامة الظهر في منزله . هذا كله إذا لم يشرعوا في الجمعة ، فإن أحرم الذين لا تلزمهم الجمعة بالجمعة ، ثم أرادوا الانصراف ، قال في « البيان » : لا يجوز ذلك للمسافر والمريض ، وفي المبد والمرأة وجهان حكاهما الصيمري .

قلت : الأصح ، أنه لا يجوز لها ، لأن صلاتها انعقدت عن فرضها ، فيتعين إتمامها . وقد قدمنا أن من دخل في فرض لأول الوقت ، لزمه إتمامه على المذهب والنصوص ، فهذا أولى . والله أعلم

فرع

كل ما أمكن تصوّره في الجمعة من الأعذار المرخصة في ترك الجماعة ، يرخّص في ترك الجمعة . أما الوحل الشديد ، ففيه ثلاثة أوجه . الصحيح : أنه عذر في ترك الجمعة والجماعة . والثاني : لا . والثالث : في الجماعة دون الجمعة . حكاه صاحب « العدة » ، وقال : به أفتى أئمة طبرستان . أما التمريض ، فإن كان للمريض من يتعهده ، ويقوم بأمره ، نظر ، إن كان قريباً وهو مشرف على الموت ،

أو غير مشرف لكن يستأنس به ، فله التخلف عن الجمعة ويحضر سنده ، وإن لم يكن استئناس ، فليس له التخلف على الصحيح . وإن كان أجنبياً ، لم يجز التخلف بحال . والمملوك ، والزوجة ، وكل من له مصاهرة ، والصديق ، كالقريب . وإن لم يكن للمريض متمهد ، فقال إمام الحرمين : إن كان يخاف عليه الهلاك لو غاب عنه ، فهو عذر ، سواء كان المريض قريباً ، أو أجنبياً ، لأن إقصاد المسلم من الهلاك ، فرض كفاية ، وإن كان يلحقه ضرر ظاهر لا يبلغ دفعه مبلغ فروض الكفايات ، ففيه أوجه . أصحها : أنه عذر أيضاً . والثاني : لا . والثالث : أنه عذر في القريب دون الأجنبي . ولو كان له متمهد ، لكن لم يفرغ لخدمته ، لاستغاله بشراء الأدوية ، أو الكفن ، وحفر القبر إذا كان منزولاً به ، فهو كما لو لم يكن ^(١) متمهد .

فرع

يجب على الزَّمن الجمعة إذا وجد مركوباً ، ملكاً ، أو بإجارة ، أو إعارة ولم يشق عليه الركوب ، وكذا الشيخ الضعيف . ويجب على الأعمى إذا وجد قائداً متبرعاً ، أو بأجرة ، وله مال ، وإلا فقد أطلق الأكترون : أنها لا تجب عليه . وقال القاضي حسين : إن كان يحسن الشيء بالعصا من غير قائد ، لزمه .

فرع

من بعضه حر ، وبعضه عبد ، لا جمعة عليه ، وفيه وجه شاذ : أنه إذا كان بينه وبين سيده مهابأة ، لزمه الجمعة الواقعة في نوبته ، ولا تنعقد به بخلاف .

(١) يكن هنا : تامة ، بمعنى : حصل .

فرع

الغريب إذا قام ببلد ، واتخذ وطناً ، صار له حكم أهله في وجوب الجمعة وانعقادها به ، وإن لم يتخذ وطناً ، بل عزمه الرجوع إلى بلده بعد مدة - يخرج بها من كونه مسافراً - قصيرة ، أو طويلة ، كالناجر ، والمتفقه ، لزمه الجمعة ، ولا تنقذ به على الأصح .

فرع

القرية إذا كان فيها أربعون من أهل الكمال ، لزمهم الجمعة . فإن أقاموها في قريتهم ، فذاك . وإن دخلوا المصر فصلوها فيه ، سقط الفرض عنهم ، وكانوا مسيئين ، لتمطيلهم الجمعة في قريتهم . وفيه وجه آخر : أنهم غير مسيئين ، لأن أبا حنيفة لا يجوز الجمعة في قرية ، فقياً فعلوه ، خروج من الخلاف ، وهو ضعيف . وإن لم يكن فيها أربعون من أهل الكمال ، فلم حالان . أحدهما : يلزمهم النداء من موضع تقام فيه جمعة من بلد ، أو قرية ، فتجب عليهم الجمعة . والمعتبر نداء مؤذن عالي الصوت يقف على طرف البلد من الجانب الذي يلي تلك القرية ، ويؤذن على عادته ، والأصوات هادئة ، والرياح راكدة . فإذا سمع صوته من القرية من أصفى إليه ، ولم يكن أصم ، ولا جاوز سمعه حد العادة ، وجبت الجمعة على أهلها . وفي وجه : المعتبر أن يقف المؤذن في وسط البلد ، ووجه يقف في الموضع الذي تقام فيه الجمعة . وهل يعتبر أن يقف على موضع عال كمنارة أو سور ؟ وجهان . قال الأكثرون : لا يعتبر . وقال القاضي أبو الطيب : سمعت شيوخنا يقولون :

لا يعتبر إلا بطبرستان ، فإنها بين أشجار وغياض تمنع بلوغ الصوت . أما إذا كانت قرية على قلعة جبل يسمع أهلها النداء لعلوها ، بحيث لو كانت على استواء الأرض لما سمعوا ، أو كانت قرية في وهدة من الأرض لا يسمع أهلها النداء لانخفاضها ، بحيث لو كانت على استواء لسمعوا ، فوجهان . أصحها وبه قال القاضي أبو الطيب : لا تجب الجمعة في الصورة الأولى ، وتجب في الثانية ، اعتباراً بتقدير الاستواء . والثاني وبه قال الشيخ أبو حامد : عكسه ، اعتباراً بنفس الماع . أما إذا لم يبلغ النداء أهل القرية ، فلا جمعة عليهم . وأما أهل الخيام إذا لزموا موضعاً ، ولم يفارقوه ، وقتلنا : لا يصلون الجمعة موضعهم ، فهم كأهل القرى . وإذا لم يبلغوا أربعين ، إن سمعوا النداء ، لزمهم الجمعة ، وإلا فلا .

قلت : وإذا سمع أهل القرية الناقصون عن الأربعين النداء من بلدين ، فأيهما حضروا جاز ، والأولى حضور أكثرهما جماعة . والله أعلم

فرع

المذر المبيح ترك الجمعة يبيحه وإن طرأ بعد الزوال ، إلا السفر ، فإنه يحرم إنشاؤه بعد الزوال . وهل يجوز بعد الفجر وقبل الزوال ؟ قولان . قال في القديم وحرمة : يجوز . وفي الجديد : لا يجوز ، وهو الأظهر عند المراقين . وقيل : يجوز قولاً واحداً . هذا في السفر المباح . أما الطاعة واجباً كان كاللحج ، أو مندوباً ، فلا يجوز بعد الزوال ، وأما قبله ، فقطع كثير من أئمتنا بجوازه . ومقتضى كلام المراقين ، أنه على الخلاف كالمباح . وحيث قلنا : يحرم ، فله شرطان .

أحدهما : أن لا ينقطع عن الرفقة ، ولا يناله ضرر في تخلفه للجمعة . فإن انقطع ، وفات سفره بذلك ، أو ناله ضرر ، فله الخروج بعد الزوال بلاخلاف .

كذا قاله الأصحاب . وقال الشيخ أبو حاتم القزويني : في جوازه بمد الزوال
لخوف الانقطاع عن الرفقة ، وجهان .

الشرط الثاني : أن لا يمكنه صلاة الجمعة في منزله ، أو طريقه . فإن
أمكنت ، فلا منع بحال .

قلت : تحريم السفر المباح ، والطاعة قبل الزوال ، وحيث حرمناه بمد الزوال ،
فسافر ، كان عاصياً ، فلا يترخص ما لم تفت الجمعة . ثم حيث كان فواتها ،
يكون ابتداء سفره ، قاله القاضي حسين ، وصاحب « التهذيب » وهو ظاهر .
والله أعلم

فرع

المذورون في ترك الجمعة ، ضربان .

أحدهما : يتوقع زوال عذره ، كالعبد ، والمريض يتوقع الخفة ، فيستحب له
تأخير الظهر إلى اليأس من إدراك الجمعة ، لاحتمال تمكنه منها . ويحصل اليأس
برفع الامام رأسه من الركوع الثاني على الصحيح . وعلى الشاذ : يراعى تصور
الإدراك في حق كل واحد ، فإذا كان منزله بعيداً ، فاتته الوقت إلى حدٍ لو
أخذ في السعي لم يدرك الجمعة ، حصل الفوات في حقه .

الضرب الثاني : من لا يرجو زوال عذره كالمرأة ، والزمين ، فالأولى أن
يصلي الظهر في أول الوقت ، لفضيلة الأولية .

قلت : هذا اختيار أصحابنا الخراسانيين ، وهو الأصح . وقال المراقبون : هذا
الضرب كالأول ، فيستحب لهم تأخير الظهر ، لأن الجمعة صلاة الكاملين فقدمت .
والاختيار التوسط . فيقال : إن كان هذا الشخص جازماً بأنه لا يحضر الجمعة

وإن تمكن منها ، استحب تقديم الظهر . وإن كان لو تمكن ، أو نشط حضرها ، استحب التأخير ، كالضرب الأول . والله أعلم

وإذا اجتمع معذورون ، استحب لهم الجماعة في ظهرهم على الأصح . قال الشافعي رحمه الله : واستحب لهم إخفاء الجماعة لئلا يتهموا . قال الأصحاب : هذا إذا كان عذرهم خفياً ، فإن كان ظاهراً ، فلا تهمة . ومنهم من استحب الإخفاء مطلقاً . ثم إذا صلى المذور الظهر قبل فوات الجمعة ، صحت ظهره . فلو زال عذره وتمكن من الجمعة ، لم تلزمه ، إلا في الخنثى إذا صلى الظهر ، ثم بان رجلاً ، وتمكن من الجمعة ، فتلزمه . والمستحب لهؤلاء ، حضور الجمعة بعد فعلهم الظهر . فإن صلوا الجمعة ، ففرضهم الظهر على الأظهر . وعلى الثاني : يحسب الله تعالى بما شاء . أما إذا زال العذر في أثناء الظهر ، فقال القفال : هو كروية التيمم الباء في الصلاة . وهذا يقتضي خلافاً في بطلان الظهر ، كالخلاف في بطلان صلاة التيمم . وذكر الشيخ أبو محمد وجهين هنا . والمذهب ، استمرار صحة الظهر . وهذا الخلاف ، تفريع على إبطال ظهر غير المذور إذا صلاها قبل فوات وقت الجمعة . فإن لم ينطلها ، فالله المذور أولى .

فرع

من لا عذر له ، إذا صلى الظهر قبل فوات الجمعة ، لم تصح ظهره على الجديد ، وهو الأظهر ، وتصح على القديم ، ثم قال الأصحاب : القولان مبنيان على أن الفرض الأصلي يوم الجمعة ماذا ؟ فالجديد : أنه الجمعة . والقديم : أنه الظهر ، وأن الجمعة بدل . ثم قال أبو إسحاق الروزي : لو ترك جميع أهل البلدة الجمعة ، وصلوا الظهر ، أثموا كلهم ، وصحت ظهرهم على القولين . وإن الخلاف في ترك

آحدهم الجمعة مع إقامتها بجماعة . والصحيح الذي قاله غيره : أنه لا فرق ، وأن
ظهرها لا تصح على الجديد ، لأنهم صلوهـا وفرض الجمعة متوجه إليهم .
فاذا فرعنا على الجديد في أصل المسألة ، فالأمر بحضور الجمعة قائم . فان حضرها ،
فذاك ، وإن فاتت ، قضى الظهر . وهل يكون ما فعله أولاً باطلاً ، أم تنقلب
نقلا ؟ فيه القولان في نظائره . وإن قلنا بالقديم ، فالذهب والذي قطع به
الأكثر : أن الأمر بحضور الجمعة قائم أيضاً . ومعنى صحة الظهر ، الاعتداد
بها في الجمعة ، بحيث لو فاتت الجمعة أجزأته . وقيل : في سقوط الأمر بحضور
الجمعة ، قولان . وبهذا قطع إمام الحرمين ، والفزالي . فان قلنا : لا يسقط
الأمر ، أو قلنا : يسقط ، فصلى الجمعة ، ففي الفرض منها طريقان . أحدهما :
الفرض أحدهما لا بعينه ، ويحتسب الله تعالى بما شاء منها . والطريق الثاني : فيه أربعة
أقوال . أحدها : الفرض : الظهر . والثاني : الجمعة . والثالث : كلاهما فرض .
والرابع : أحدهما لا بعينه ، كالطريق الأول . هذا كله إذا صلى الظهر قبل فوات
الجمعة . فان صلاها بعد ركوع الامام في الثانية ، وقبل سلامه ، فقال ابن الصباغ :
ظاهر كلام الشافعي بطلانها ، يعني على الجديد . ومن أصحابنا من جوازها .
وإذا امتنع أهل البلدة جميعاً من الجمعة ، وصلوا الظهر ، فالفوات بخروج الوقت
أو ضيقه ، بحيث لا يسع إلا الركعتين .

الباب الثالث

في كيفية إقامة الجمعة بعد شرائطها

الجمعة ركعتان كبيرها في الأركان ، وتمتاز بأمور مندوبة .

أحدها : الغسل يوم الجمعة سنة ، ووقته بعد الفجر على المذهب . وانفرد في « النهاية » بحكاية وجه : أنه يجزى قبل الفجر كغسل العيد ، وهو شاذ منكراً . ويستحب تقرب الغسل من الرواح إلى الجمعة . ثم الصحيح : إنما يستحب لمن يحضر الجمعة . والثاني : يستحب لكل أحد كغسل العيد . فإذا قلنا بالصحيح ، فهو مستحب لكل حاضر ، سواء من تجب عليه ، وغيره .

قلت : وفيه وجه : أنه إنما يستحب لمن تجب عليه وحضرها ، ووجه لمن تجب عليه وإن لم يحضرها لمندر . والله أعلم

ولو أحدث بعد الغسل ، لم يبطل الغسل ، فيتوضأ .

قلت : وكذا لو أجنب بجماع أو غيره ، لا يبطل ، فيغتسل للجنباء . والله أعلم

قال الصيدلاني ، وعامة الأصحاب : إذا عجز عن الغسل لنفاد الماء بمسد الوضوء ، أو لقروح في بدنه ، تيمم وحاز الفضيلة . قال إمام الحرمين : هذا الذي قالوه ، هو الظاهر ، وفيه احتمال . ورجح الغزالي هذا الاحتمال .

فرع

من الأغسال السنونة ، أغسال الحج ، وغسل العيدين ، ويأتي في مواضعها إن شاء الله تعالى .

وأما الفسل من غسل الميت ، ففيه قولان . القديم : أنه واجب ، وكذا الوضوء من مسه . والجديد : استحبابه ، وهو المشهور . فعلى هذا ، غسل الجمعة ، والفسل من غسل الميت ، أكد الأغسال السنونة ، وأيهما أكد ؟ قولان . الجديد : الفسل من غسل الميت أكد . والقديم : غسل الجمعة وهو الراجح عند صاحب « التهذيب » ، والرويانى ، والأكثرين . ورجح صاحب « المهذب » ، وآخرون الجديد . وفي وجه : هما سواء .

قلت : الصواب ، الجزم بترجيح غسل الجمعة ، لكثرة الأخبار الصحيحة فيه . وفيها الحث العظيم عليه ، كقوله ﷺ : « غسل الجمعة واجب ، وقوله ﷺ : « من جاء منكم إلى الجمعة فليغتسل » . وأما الفسل من غسل الميت ، فلم يصح فيه شيء أصلاً^(١) . ثم من فوائد الخلاف ، لو حضر إنسان معه ماء ، يدفعه لأحوج الناس وهناك رجلان ، أحدهما يريد لفسل الجمعة ، والآخر للفسل من غسل الميت . والله أعلم .

وأما الكافر إذا أسلم ، فإن كان وجب عليه غسل بجنابة ، أو حيض ، نزمه الفسل ولا يجزئه غسله في الكفر على الأصح ، كما سبق في موضعه . وإلا ، استحب له الفسل للإسلام . وقال ابن النذر : يجب . ووقت الفسل ، بعد الإسلام على الصحيح ، وعلى الوجه الضعيف : يغتسل قبل الإسلام .

قلت : هذا الوجه غلط صريح ، والعجب ممن حكاه ، فكيف بمن قاله ،

(١) اعترض الحافظ ابن حجر على الإمام النووي في توهين الحديث ، وقال : حسنه الترمذي ، وصححه ابن حبان ، وهو بكثرة طرقه أقل أحواله أن يكون حسناً . ومن أراد مزيد بسط فليرجع إلى « التلخيص » (ص ٥) ونص الحديث : « من غسل ميتاً فليغتسل ، ومن حمله فليقتضأ » .

وقد أثبت القول في إبطاله ، والشناعة على قائله في « شرح المهذب » وكيف يؤمر بالبقاء على الكفر ليفعل غسلاً لا يصح منه ؟ ! والله أعلم

ومن الأغسال السنونة ، الفسل للافاقة من الجنون والاعماء . وقد تقدم في باب الفسل حكاية وجه في وجوبها . والصحيح : أنها سنة . ومنها : الفسل من الحجامة ، والخروج من الحمام . ذكر صاحب « التلخيص » عن القديم استحبابها ، والأكثر لم يذكرهما . قال صاحب « التهذيب » : قيل : المراد بفسل الحمام ، إذا تنوّر . قال : وعندي أن المراد به أن يدخل الحمام فيعرق ، فيستحب أن لا يخرج من غير غسل .

قلت : وقيل : الفسل من الحمام ، هو أن يصب عليه ماءً عند إرادته الخروج تنظفاً ، كما اعتاده الخارجون منه . والمختار : الجزم باستحباب الفسل من الحجامة والحمام . فقد نقل صاحب « جمع الجوامع » في منصوصات الشافعي أنه قال : أحب الفسل من الحجامة والحمام ، وكل أمر غير الجسد ، وأشار الشافعي ، إلى أن حكمته ، أن ذلك يغير الجسد ويضعفه ، والفسل يشده وينعشه . قال أصحابنا : يستحب الفسل لكل اجتماع ، وفي كل حال تغير رائحة البدن^(١) . والله أعلم

الأمر الثاني : استحباب البكور إلى الجامع ، والساعة الأولى أفضل من الثانية ، ثم الثالثة فما بعدها . وتمتبر الساعات من طلوع الفجر على الأصح . وعلى الثاني : من طلوع الشمس . والثالث : من الزوال . ثم ، ليس المراد على الأوجه

(١) في هامش الأصل ما نصه : أهمل أغسالاً سنونة ، منها : الفسل للاعتكاف ، ومنها : الفسل لكل ليلة من رمضان ، ومنها : الفسل لحلق العانة ، ومنها : الفسل لدخول المدينة ، ودخول الحرم ، ومنها : الفسل في الوادي عند سيلانه ، كما ذكروه في الاستسقاء ، ومقتضى كلامهم أن هذا الفسل وأمثاله ، لا يشترط فيه التبة ، وهو متجه . وأما الفسل للكعبة ، فغير مستحب قطعاً . « مهات »

بالساعات الأربع والعشرين ، بل ترتيب الدرجات ، وفضل السابق على الذي يليه ،
ثلاثا يستوي في الفضيلة رجلان جاءا في طرفي ساعة .

والأمر الثالث : التزئ ، فيستحب التزئ للجمعة ، بأخذ الشعر ، والظفر ،
والسواك ، وقطع الرائحة الكريهة ، ويلبس أحسن الثياب ، وأولاهها البيض . فإن
لبس مصبوغاً ، فما صبغ غزله ، ثم نسج كالبرد ، لا ما صبغ منسوجاً . ويستحب
أن يتطيب بأطيب ما عنده ، ويستحب أن يزيد الإمام في حسن الهيئة ، ويتعمم ،
ويرتدي . ويستحب لكل من قصد الجمعة ، المشي على سكينة مالم يضق الوقت ،
ولا يسمي إليها ، ولا إلى غيرها من الصلوات ، ولا يركب في جمعة ، ولا عيد ،
ولا جنازة ، ولا عيادة مريض ، إلا لعذر . وإذا ركب ، سيرها على سكون .

الأمر الرابع : يستحب أن يقرأ في الركعة الأولى من صلاة الجمعة بعد
(الفاتحة) : سورة (الجمعة) . وفي الثانية : (المنافقين) . وفي قول قديم : إنه يقرأ في
الأولى : (سبح اسم ربك الأعلى) . وفي الثانية : (هل أتاك حديث الفاسية) .
قلت : عجب من الامام الرافي رحمه الله ، كيف جعل المسألة ذات قولين ، قديم
وجديد ؟! والصواب : أنها مستتان . فقد ثبت كل ذلك في « صحيح مسلم » من فعل رسول
الله ﷺ ، فكان يقرأ هاتين في وقت ، وهاتين في وقت . وما يؤيد ما ذكرته ، أن
الريـس رحمه الله ، وهو راوي الكتب الجديدة قال : سألت الشافعي رحمه الله عن ذلك ،
فذكر أنه يختار (الجمعة) و (المنافقين) ولو قرأ (سبح) و (هل أتاك) كان حسناً .
والله أعلم

فلو نسي سورة (الجمعة) في الأولى ، قرأها مع (المنافقين) في الثانية ، ولو قرأ
(المنافقين) في الأولى ، قرأ (الجمعة) في الثانية .

قلت : ولا يبعد (المنافقين) في الثانية . وقوله : لو نسي (الجمعة) في الأولى ، معناه :
زكها ، سواء كان ناسياً ، أو عامداً ، أو جاهلاً . والله أعلم

فرع

يُبنى للداخل أن يحترز عن تخطي رقاب الناس^(١) إلا إذا كان إماماً ، أو كان بين يديه فرجة لا يصلها بغير تخط . ولا يجوز أن يقيم أحداً ليجلس موضعه ، ويجوز أن يبعث من يأخذ له موضعاً ، فإذا جاء ينحني البعوث . وإن فرش لرجل ثوب ، فجاء آخر ، لم يجز أن يجلس عليه ، وله أن ينحني ويجلس مكانه . قال في « البيان » : ولا يرفعه ، لئلا يدخل في ضمانه . ويستحب لمن حضر قبل الخطبة أن يشتغل بذكر الله عز وجل ، وقراءة القرآن ، والصلاة على رسول الله ﷺ ، ويستحب الإكثار منها يوم الجمعة ، وليلة الجمعة . ويكثر الدعاء يومها ، رجاء أن يصادف ساعة الإجابة .

قلت : اختلف في ساعة الإجابة على مذاهب كثيرة . والصواب منها : ما ثبت في « صحيح مسلم » أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : هي ما بين أن يجلس الإمام إلى أن تقضى الصلاة^(٢) . والله أعلم .

ويستحب قراءة سورة (الكهف) يومها وليلتها . ولا يصح صلاة الجمعة بصلاة ، بل يفصل بالتحول إلى مكان ، أو بكلام ونحوه .

(١) في هامش الأصل ما نصه : ليس على إطلاقه ، بل شرطه أن يكون في صف أو صفين ، فان انتهى إلى ثلاثة ، كان المنع باقياً ، وقد تقدم إيضاحه في « صلاة الجماعة » . « مهات »
(٢) وفي هامش الأصل ما نصه : ليس المراد أن ساعة الإجابة مستغرقة لما بين الجلوس وآخر الصلاة ، بل المراد على هذا القول وجميع الأقوال أيضاً ، أن تلك الساعة لا تخرج عن هذا الوقت ، فانها لحظة لطيفة ، كما ثبت في « الصحيحين » . « مهات »

فرع

يكره البيع بعد الزوال ، وقبل الصلاة . فإذا ظهر الإمام على المنبر ، وشرع المؤذن في الأذان ، حرم البيع . ولو تباع اثنتان أحدهما من أهل فرض الجمعة دون الآخر ، أمّا جميعاً . ولا يكره البيع قبل الزوال . وإذا حرم فباع ، صح بيعه .

قلت : غير البيع من الصنائع والمعقود وغيرها في معنى البيع . ولو أذن قبل جلوس الإمام على المنبر ، لم يحرم البيع . وحيث حرّمنا البيع ، فهو في حق من جلس له في غير المسجد . أما إذا سمع النداء ، فقام يقصد الجمعة ، فباع في طريقه وهو يمشي ، أو قعد في الجامع وباع ، فلا يحرم . صرح به صاحب « التتمة » وهو ظاهر ، لأن المقصود أن لا يتأخر عن السعي إلى الجمعة ، لكن البيع في المسجد مكروه يوم الجمعة وغيره ، على الأظهر . والله أعلم

فرع

لا بأس على المجائز حضور الجمعة ^(١) إذا أذن أزواجهن ، ويحترزن عن الطيب والتزين .

قلت : يكره أن يشبك بين أصابعه ، أو يمش حال ذهابه إلى الجمعة وانتظاره لها ، وكذلك سائر الصلوات . قال الشافعي في « الأم » والأصحاب : إذا قعد انسان في

(١) وفي هامش الأصل ما نصه : صح المصنف والرافعي أيضاً في باب « صلاة العيدين » استحباب

الخروج لهن . « مهات »

الجامع في موضع الإمام ، أو في طريق الناس ، أمر بالقيام . وكذا لو قعد ووجهه إلى الناس
والمكان ضيق ، أمر بالتحول ، والإفلا . قال في « البيان » : وإذا قرأ الإمام في الخطبة
(إن الله وملائكته يصلون على النبي...) الأحزاب : ٥٦ . جاز المستمع أن يصلي على النبي
صلى الله عليه وسلم ويرفع بها صوته . والله أعلم



كتاب صلاة الخوف

اعلم أن ليس المراد بهذه الترجمة أن الخوف يقتضي صلاة مستقلة ، كقولنا : صلاة العيد ، ولا أنه يؤثر في تغير قدر الصلاة ، أو وقتها ، كقولنا : صلاة السفر . وإنما المراد أنه يؤثر في كيفية إقامة الفرائض ، بل في إقامتها بالجماعة ، واحتمال أمور فيها كانت لا تتحمل . ثم هو في الأكثر لا يؤثر في إقامة مطلق الفرائض ، بل في إقامتها بالجماعة كما فصله إن شاء الله تعالى . وقال المزني : صلاة الخوف منسوخة ، ومذهبنا : أنها باقية . وهي أربعة أنواع .

الأول : صلاة بطن نخل .

وهي : أن يجمل الإمام الناس فرقتين . فرقة في وجه العدو ، وفرقة يصلي بها جميع الصلاة ، سواء كان ركعتين ، أو ثلاثاً ، أو أربعاً ، فإذا سلم بهم ، ذهبوا إلى وجه العدو ، وجاءت الفرقة الأخرى فصلى بهم تلك الصلاة مرة ثانية ، تكون له نافلة ولهم فريضة . وإنما يندب إلى هذه الصلاة بثلاثة شروط : أن يكون العدو في غير القبلة ، وأن يكون في المسلمين كثرة والعدو قليل ، وأن يخاف هجومهم على المسلمين في الصلاة . وهذه الأمور ليست شرطاً للصحة ، فإن الصلاة على هذا الوجه تجوز بنير خوف . وإنما المراد أن الصلاة هكذا إنما يندب إليها وتختار بهذه الشروط .

النوع الثاني : صلاة عسفان .

وهي : أن يرتبهم الإمام صفين ويحرم بالجميع ، فيصلوا معه إلى أن ينتهي إلى الاعتدال عن ركوع الأولى ، فإذا سجد ، سجد معه الصف الثاني ، ولم يسجد الصف الأول ، بل يحرسوا لهم قياما ، فإذا قام الإمام والساجدون ، سجد أهل الصف الأول ولحقوه ، وقرأ الجميع معه وركعوا واعتدلوا ، فإذا سجد ، سجد معه الصف الحارسون في الركعة الأولى ، وحرس الآخرون ، فإذا جلس للتشهد ، سجدوا ، ولحقوه وتشهدوا كلهم معه وسلم بهم . هذه الكيفية ذكرها الشافعي رحمه الله في « المختصر » . واختلف الأصحاب ، فأخذ كثيرون بها ، منهم أصحاب القفال ، وتابعهم النزالي ، وقالوا : هي منقولة عن فعل النبي ﷺ ومن معه بعسفان ، وقال الشيبخ أبو حامد ومن تابعه : ما ذكره الشافعي خلاف الثابت في السنة ، فإن الثابت أن الصف الأول سجدوا معه في الركعة الأولى ، والصف الثاني سجدوا معه في الثانية ، والشافعي عكس ذلك . قالوا : والمذهب ما ثبت في الخبر ، لأن الشافعي رحمه الله قال : إذا رأيتم قولي مخالفاً للسنة فاطرحوه . واعلم أن الشافعي لم يقل : إن الكيفية التي ذكرها هي صلاة النبي ﷺ بعسفان ، بل قال : وهذا نحو صلاة النبي ﷺ بعسفان ، فأشبهه تجويزه كل واحد منها . وقد صرح به الروياني وصاحب « التهذيب » وغيرها .

قلت : الصحيح المختار : جواز الأمرين ، وهو مراد الشافعي ، فإنه ذكر الحديث كما ثبت في الصحيح ، ثم ذكر الكيفية المذكورة ، فأشار إلى جوازهما .

والله أعلم

ثم المذهب الصحيح المنصوص المشهور : أن الحراسة في السجود خاصة ، وأن الجميع يركعون معه ، وفيه وجه : أنهم يحرسون في الركوع أيضاً ، وهو شاذ منكر . قال أصحابنا : لهذه الصلاة ثلاثة شروط . أن يكون المدعو في جهة

القبلة ، وأن يكون على جبل ، أو مستوى من الأرض لا يسترم شيء عن أبصار المسلمين ، وأن يكون في المسلمين كثرة ، لتسجد طائفة وتحرس أخرى ، ولا يمتنع أن يزيد على صفين ، بل يجوز أن يرتبهم صفوفاً كثيرة ، ثم يحرس صفان كما سبق ، ولا يشترط أن يحرس جميع من في الصف ، بل لو حرست فرقتان من صف واحد على المناوبة في الركعتين ، جاز . فلو تولى الحراسة في الركعتين طائفة واحدة ، ففي صلاة هذه الطائفة وجهان . أصحها : الصحة ، وبه قطع جماعة .

فرع

لو تأخر الحارسون أولاً إلى الصف الثاني في الركعة الثانية ، وتقدمت الطائفة الثانية ليحرسوا ، جاز إذا لم تكثر أفعالهم ، وذلك بأن يتقدم كل واحد من الصف الثاني خطوتين ، ويتأخر كل واحد من الصف الأول خطوتين وينفذ كل واحد بين رجلين . وهل هذا التقدم أفضل ، أم ملازمة كل واحد مكانه ؟ وجهان . قال الصيدلاني ، والمسعودي ، والغزالي ، وآخرون : التقدم أفضل . وقال العراقيون : الملازمة أفضل . ولفظ الشافعي على هذا أدل ، وهذا كله بناءً على ما ذكره الشافعي : أن الصف الأول يحرس في الأول . فأما على اختيار أبي حامد : أن الصف الأول يسجدون في الأول ، فإن في الركعة الثانية يتقدم الصف الثاني ، ويتأخر الأول فتكون الحراسة في الركعتين من خلف الصف الأول ، وكذلك ورد الخبر .

قلت : ثبت في « صحيح مسلم » تقدم الصف الثاني ، وتأخر الأول .
والله أعلم

النوع الثالث : صلاة ذات الرقاع .

وهي : تارة تكون في صلاة ذات ركعتين ، إما الصبح ، وإما مقصورة .
وتارة في ذات ثلاث ، أو أربع . فأما ذات ركعتين ، فيفرق الإمام الناس فرقتين ،
فرقة في وجه العدو ، وينحاز بفرقة إلى حيث لا يلغهم سهام العدو ، فيفتح بهم
الصلاة ويصلي بهم ركعة . هذا القدر اتفقت عليه الروايات . وفيما يفعل بذلك
روايتان . إحداهما : أنه إذا قام الإمام إلى الثانية ، خرج المقتدون عن متابعته ،
وأنتموا لأنفسهم الركعة الثانية ، وتشهدوا وسلموا وذهبوا إلى وجه العدو ، وجاؤوا
أولئك فاتقدوا به في الثانية . وبطيل الامام القيام إلى حقوقهم ، فإذا لحقوه ،
صلى بهم الثانية ، فإذا جلس للتشهد قاموا وأنتموا الثانية وهو ينتظرهم ، فإذا لحقوه ،
سلم بهم . هذه رواية سهل بن أبي حثمة عن صلاة رسول الله ﷺ .

وأما الثانية : فهي أن الإمام إذا قام إلى الثانية ، لم يتم المقتدون به الصلاة ، بل
يذهبون إلى مكان إخوانهم وجه العدو وهم في الصلاة فيقفون مسكوناً ، وتجيئ تلك
الطائفة فتصلي مع الإمام ركعته الثانية . فإذا سلم ، ذهبت إلى وجه العدو ، وجاء الأولون
إلى مكان الصلاة ، وأنتموا لأنفسهم ، وذهبوا إلى وجه العدو وجاءت الطائفة الأخرى
إلى مكان الصلاة وأنتموا . وهذه رواية ابن عمر . ثم إن الشافعي رحمه الله ، اختار
الرواية الأولى لسلامتها من كثرة المخالفة ، ولأنها أحوط لأمر الحرب . وللشافعي
قول قديم : أنه إذا صلى الإمام بالطائفة الثانية الركعة الثانية ، تشهد بهم وسلم ، ثم هم
يقومون إلى تمام صلاتهم ، كالسبوق ، وقول آخر : أنهم يقومون إذا بلغ الإمام
موضع السلام ولم يسلم بعد . وهل تصح الصلاة على صفة رواية ابن عمر ؟ قولان .
المشهور : الصحة ، لصحة الحديث وعدم المعارض ، ولا يصح قول الآخر : إنه
منسوخ ، فإن النسخ يحتاج إلى دليل . وإقامة الصلاة على الوجه المذكور ليست
عزيمة لا بد منها ، بل لو صلى بطائفة ، وصلى غيره بالباقيين ، أو صلى بعضهم ،
أو كلهم منفردين ، جاز قطعاً ، لكن كان أصحاب رسول الله ﷺ لا يسمحون

بترك فضيلة الجماعة ، فأمر الله سبحانه وتعالى بترتيبهم هكذا ، لتحصل طائفة فضيلة التكبير معه ، والأخرى فضيلة التسليم معه . وهذا النوع موضعه إذا كان المدو في غير جهة القبلة ، أو فيها وبينهم وبين المسلمين حائل يمنع رؤيتهم لو هجموا .

فرع

الطائفة الأولى ينوون مفارقة الإمام إذا قاموا معه إلى الثانية ، وانتصبوا قياماً . ولو فارقه بعد رفع الرأس من السجود ، جاز ، والأول أولى .
وأما الطائفة الثانية ، فإذا قاموا إلى ركعتهم الثانية ، لا ينفردون عن الإمام ، كذا قاله الجمهور . وفيه شيء يأتي إن شاء الله تعالى .

فرع

إذا قام الإمام إلى الثانية ، هل يقرأ في انتظاره مجيء الطائفة الثانية ، أم يؤخر ليقرا معهم ؟ فيه ثلاث طرق . أصحها : على قولين .

أظهرهما : يقرأ الفاتحة والسورة بعدها ، فإذا جاؤوا قرأ من السورة قدر الفاتحة وسورة قصيرة ، ثم ركع .

والثاني : لا يقرأ شيئاً ، بل يشتغل بما شاء من التسبيح ، وسائر الأذكار .
والطريق الثاني : يقرأ ، قولاً واحداً .

والثالث : إن أراد قراءة سورة طويلة بعد الفاتحة ، قرأ ومدها ، وإن أراد قصيرة ، انتظر . ولو لم ينتظر وأدركه في الركوع ، أدركوا الركعة . وهل

يتشهد في انتظاره فراغ الثانية من ركعتهم إذا قلنا : يفارقونه ، قبل التشهد ؟ فيه طرق . المذهب : أنه يتشهد ، وقيل : فيه الطريقتان الأولان في القراءة .

قلت : قال أصحابنا : إذا قلنا : لا يتشهد ، اشتغل في مدة الانتظار بالتسبيح وغيره من الأذكار ، ويستحب للإمام أن يخفف الأولى ، ويستحب للطائفتين التخفيف فيما ينفردون به . والله اعلم

فرع

لو صلى الإمام بهم هذه الصلاة في الأمن هل تصح ؟ أما صلاة الإمام ، ففيها طريقتان . أحدهما : صحيحة قطعاً ، وقال الأكثرون : في صحتها قولان ، لأنه ينتظرهم بغير عذر . وأما الطائفة الأولى في صحة صلاتها القولان فيمن فارق بغير عذر . وأما الطائفة الثانية : فإن قلنا : صلاة الإمام تبطل ، بطل اقتداؤهم ، وإلا ، انعقد ، ثم تبنى صلاتهم إذا قاموا إلى الثانية على خلاف يأتي أنهم منفردون بها ، أم في حكم الاقتداء ؟ إن قلنا بالأول ، ففيها قولان مبنيان على أصلين . أحدهما : الانفراد بغير عذر ، والثاني : الاقتداء بعد الانفراد . وإن قلنا : بالثاني ، بطلت صلاتهم ، لأنهم انفردوا بركعة وهم في القدوة . ولو فرضت الصلاة في الأمن على رواية ابن عمر ، بطلت صلاة المأمومين قطعاً .

فرع

إذا صلى المغرب في الخوف ، جاز أن يصلي بالطائفة الأولى ركعة ، وبالثانية ركعتين ، وعكسه . وأنها أفضل ؟ فيه قولان ، أظهرهما : بالأولى ركعتين ، ومنهم من قطع به .

فإن قلنا : بالأولى ركعة ، فارقته إذا قام إلى الثانية ، وتم لنفسها ، كما ذكرناه في ذات الركعتين . وإن قلنا : بالأولى ركعتين ، جاز أن ينتظر الثانية في التشهد الأول ، وجاز أن ينتظرم في القيام الثالث . وأيهما أفضل ؟ قولان . أظهرهما : الانتظار في القيام . وعلى هذا هل يقرأ الفاتحة ، أم يصبر إلى حقوق الطائفة الثانية ؟ فيه الخلاف المتقدم .

فرع

إذا كانت صلاة الخوف رباعية ، بأن كانت في الحضر ، أو أرادوا الإتمام في السفر ، فينبغي للإمام أن يفرقهم فرقتين ، ويصلي بكل طائفة ركعتين ، ثم هل الأفضل أن ينتظر الثانية في التشهد الأول ، أم في القيام الثالث ؟ فيه الخلاف المتقدم في المغرب . ويتشهد بكل طائفة بلا خلاف . فلو فرقهم أربع فرق ، وصلى بكل فرقة ركعة ، بأن صلى بالأولى ركعة ، ثم فارقته ، وصلت ثلاثاً وصلت ، وانتظر قائماً فراغها وذهابها ومجيء الثانية ، ثم صلى بالثانية الثانية ، وانتظر جالساً في التشهد الأول ، أو قائماً في الثالثة ، وأتموا لأنفسهم ، ثم صلى بالثالثة الثالثة ، وانتظروا في قيام الرابعة ، وأتموا لأنفسهم ، ثم صلى بالرابعة الرابعة ، وانتظروا في التشهد ، فأتموا وسلم بهم ، ففي جوازه قولان . أظهرهما : الجواز ، فعلى هذا قال إمام الحرمين : شرطه الحاجة ، فإن لم تكن حاجة ، فهو كفعلهم في حال الاختيار . وعلى هذا القول تكون الطائفة الرابعة ، كالثانية في ذات الركعتين ، فيعود الخلاف في أنهم يفارقونه قبل التشهد ، أو يتشهدون معه ، أو يقومون بمد سلام الإمام إلى ما عليهم ، وتتشهد الطائفة الثانية معه على الأصح . وعلى الثاني تفارقه قبل التشهد ، وعلى هذا القول تصح صلاة الإمام والطائفة الرابعة ، وفي الطوائف الثلاث القولان فيمن فارق الإمام بغير عذر : وأما إذا قلنا : لا يجوز ذلك ، فصلاة الإمام

باطلة . قال جمهور الأصحاب : تبطل بالانتظار الواقع في الركعة الثالثة ، وهو ظاهر نص الشافعي رحمه الله ، وقال ابن سريج : بالواقع في الرابعة . فعلى قول الجمهور : وجهان . أحدهما : تبطل بمعنى الطائفة الثانية . والثاني : بمعنى قدر ركعة من انتظاره الثاني . وأما صلاة المأمومين ، فصلاة الطائفة الأولى والثانية صحيحة ، لأنهم فارقوه قبل بطلان صلاته ، وصلاة الرابعة باطلة ، إن علمت بطلان صلاة الإمام ، وإلا فلا . والثالثة كالرابعة على قول الجمهور ، وكالأولين على قول ابن سريج .

قلت : جزم الإمام الرافعي بصحة صلاة الطائفة الأولى والثانية على هذا القول ، وليس هو كذلك ، بل فيها القولان فيمن فارق بنير عذر ، كما قلنا في الطوائف الثلاث على قول صحة صلاة الإمام . وهذا لا بد منه ، وصرح به جماعة من أصحابنا . وحكى القاضي أبو الطيب وصاحب « الشامل » وآخرون وجهاً ضعيفاً أن المبطل للطائفة الرابعة أن تعلم أنه انتظار رابع وإن جهلت كونه مبطلاً .
وانتداعلم

ولو فرقهم في المغرب ثلاث فرق ، وصلى بكل فرقة ركعة ، وقلنا : لا يجوز ذلك ، فصلاة جميع الطوائف صحيحة عند ابن سريج . وأما عند جمهور ، فتبطل الثالثة إن علموا بطلان صلاة الإمام . وإذا اختصرت الرباعية ، ففيها أربعة أقوال . أظهرها : صحة صلاة الإمام والقوم جميعاً . والثاني : صحة صلاة الإمام ، والطائفة الرابعة فقط . والثالث : بطلان صلاة الإمام وصحة صلاة الطائفة الأولى والثانية . والفرق في حق الثالثة والرابعة بين أن يعلموا بطلان صلاة الإمام ، أم لا . والرابع : صحة الثالثة لا محالة ، والباقي ، كالقول الثالث وهو قول ابن سريج .

قلت : وقول خامس : وهو بطلان صلاة الجميع . ولو فرقهم فرقتين فصلى بفرقة ركعة ، بالثانية ثلاثاً ، أو عكسه . قال أصحابنا : صحت صلاة الإمام وجميعهم بلا خلاف ، وكانت مكروهة ، ويسجد الإمام والطائفة الثانية سجود السهو ، للخلافة

بالانتظار في غير موضعه . هكذا صرح به أصحابنا . ونقله صاحب « الشامل » عن نص الشافعي رحمه الله قال : وهذا يدل على أنه إذا فرقه أربع فرق . وقلنا : لا تبطل صلاتهم ، فعليهم سجود السهو . وقال صاحب « التتمة » : لا خلاف في هذه الصورة أن الصلاة مكروهة ، لأن الشرع ورد بالتسوية بين الطائفتين قال : وهل تصح صلاة الإمام ، أم لا ؟ إن قلنا : إذا فرقه أربع فرق تصح ، فهنا أولى ، وإلا ، فقد انتظر في غير موضعه ، فيكون كمن قنت في غير موضعه . قال : وأما المأمومون ، فعلى التفصيل فيما إذا فرقه أربع فرق ، وهذا الذي قاله شاذ ، والصواب ما قدمناه عن نص الشافعي والأصحاب . والله أعلم

فرع

لو كان الخوف في بلد وحضرت صلاة الجمعة ، فالذهب والنصوص : أن لهم أن يصلوها على هيئة صلاة ذات الرقاع ، وقيل : في جوازها قولان . وقيل : وجهان . ثم للجواز شرطان . أحدهما : أن يخاطب بجميعهم ، ثم يفرقه فرقتين ، أو يخاطب بفرقة ، ويجعل منها مع كل واحد من الفرقتين أربعين فصاعداً . فأما لو خطب بفرقة وصلى بأخرى ، فلا يجوز . والثاني : أن تكون الفرقة الأولى أربعين فصاعداً ، فلو نقصت عن الأربعين ، لم تنعقد الجمعة . ولو نقصت الفرقة الثانية عن أربعين ، فطريقان . أحدهما : لا يضر . والثاني : أنه كالتخلاف في الانقضاء .

قلت : الأصح : لا يضر ، وبه قطع البندنجي . والله أعلم

أما لو خطب بهم ، ثم أراد أن يصلي بهم صلاة عسفان ، فهي أولى بالجواز من صلاة ذات الرقاع . ولا تجوز كصلاة بطن نخل ، إذ لا تقام جمعة بمد جمعة .

فرع

صلاة ذات الرقاع أفضل من صلاة بطن نخل على الأصح ، لأنها أعدل بين الطائفتين ، ولأنهما صحيحة بالاتفاق . وتلك صلاة مفترضة خلف متفل ، وفي صحته خلاف للملأء . والثاني - وهو قول أبي إسحاق - : بطن النخل أفضل ، لتحصل لكل طائفة فضيلة الجماعة بالتأام .

فرع

إذا سها بعض المأمومين في صلاة ذات الرقاع على الرواية المختارة ، نظر ، إن سها الطائفة الأولى في الركعة الأولى ، فسوها محمول ، لأنها مقتدية ، وسوها في الثانية غير محمول ، لانقطاعها عن الإمام . وفي ابتداء الانقطاع وجهان . أحدهما : من الاتصاف قائماً . والثاني : من رفع الإمام رأسه من السجود الثاني ، فعلى هذا لو رفع رأسه وهم بعد في السجود فسوها ، فغير محمول . ولك أن تقول : قد نصوا على أنهم ينوون المفارقة عند رفع الرأس ، أو الاتصاف ، فلا معنى للخلاف في ابتداء الانقطاع ، بل ينبغي أن تقتصر على وقت نية المفارقة . وأما الطائفة الثانية ، فسوها في الركعة الأولى غير محمول ، وفي الثانية محمول على الأصح ، ويمرر الوجهان في الزحوم في الجمعة إذا سها في وقت تخلفه ، وأجروها فيمن صلى منفرداً ، فسأهم اقتدى وعمها مأموماً وجوزناً ، واستبعد الإمام هذا ، وقال : الوجه : القطع بأن حكم السهو لا يرتفع بالقدوة اللاحقة . هذا إذا قلنا : الطائفة الثانية يقومون للركعة الثانية إذا جلس الإمام للتشهد ، فأما إذا قلنا بالقديم : إنهم

يقومون بعد سلامه ، فسهوم في الثانية غير محمول قطعاً ، كالمسبوق . أما إذا سها الإمام ، فينظر ، إن سها في الركعة الأولى ، لحق سهوه الطائفتين ، فالأولى تسجد إذا تمت صلاتهم ، فلو سها بعضهم في ركعته الثانية ، فهل يقتصر على سجدتين ، أم يسجد أربعاً ؟ فيه الخلاف المتقدم في بابه ، والأصح سجدتان . والطائفة الثانية يسجدون مع الإمام في آخر صلاته . وإن سها في الركعة الثانية ، لم يلحق سهوه الطائفة الأولى ، وتسجد الثانية معه في آخر صلاته . ولو سها في انتظاره لإمام ، فهل يلحقهم ذلك السهو ؟ فيه الخلاف المتقدم في أنه هل يحمل سهوم والحالة هذه ؟

فرع

هل يجب حمل السلاح في صلاة ذات الرقاع ، وعسفان ، وبعطن نخل ؟ فيه طرق . أصحها : على قولين . أظهرهما : يستحب . والثاني : القطع بالاستحباب . والثالث : بالإيجاب . والرابع : أن ما يدفع به عن نفسه ، كالسيف والскиن يجب ، وما يدفع به عن نفسه وغيره ، كالرمح والقوس ، لا يجب . والخلاف شروط . أحدها : طهارة المحمول ، فالنجس كالسيف الذي عليه دم ، أو سقي سما نجساً ، والنبل الريش بريش مالا يؤكل لحمه ، أو بريش ميتة ، لا يجوز حمله . الثاني : أن لا يكون مانعاً بعض أركان الصلاة ، فإن كان كالبيضة المانعة من مباشرة الجبهة ، لم يحمل بلا خلاف . الثالث : أن لا يتأذى به أحد ، كالرمح في وسط القوم فيكره . الرابع : أن يخاف من وضع السلاح خطر على سبيل الاحتمال ، فأما إذا تعرض للهلاك ظاهراً لو تركه ، فيجب الأخذ قطعاً . واعلم أن الأصحاب ترجحوا المسألة بحمل السلاح . قال امام الحرمين : وليس الحمل متعيناً ، بل لو وضع السيف عن يديه ، وكان مد اليد إليه في السهولة ، كدها إليه

وهو محمول ، كان ذلك في حكم الحمل قطعاً . قال ابن كج : يقع السلاح على السيف ، والسكين ، والقوس ، والرح ، والنشاب ونحوها . فأما الترس والدرع ، فليس بسلاح . وإذا أوجبنا حمل السلاح فتركه ، لم تبطل صلاته قطعاً .

قلت : ويجوز ترك السلاح للمذر بمرض ، أو أذى من مطر أو غيره . قال في « المختصر » : أكره أن يصلي صلاة الخوف ، يعني صلاة ذات الرقاع بأقل من ثلاثة ، وفي وجه : العدو ثلاثة ، والثلاثة أقل الطائفة . ولو صلى بواحد واحد ، جاز . والله أعلم

النوع الرابع : صلاة شدة الخوف .

فإذا التحم القتال ولم يتمكنوا من تركه بحال ، اقلتهم ، وكثرة العدو ، أو اشتد الخوف وإن لم يلتحم القتال ، فلم يأمنوا أن يركبوا أكتافهم ، أو ولوا عنهم ، أو انقسموا ، صلوا بحسب الإمكان ، وليس لهم التأخير عن الوقت . ويصلون ركباناً ومشاة ، ولهم ترك استقبال القبلة إذا لم يقدرُوا عليها ، ويجوز الاقتداء بعضهم ببعض مع اختلاف الجهة ، كالمصلين حول الكعبة وفيها .

قلت : قال أصحابنا : وصلاة الجماعة في هذه الحالة أفضل من الانفراد ، كحالة الأمن . والله أعلم

وإنما يعنى عن ترك استقبال القبلة إذا كان بسبب العدو ، فلو انحرَف عن القبلة بجماع الدابة ، وطال الزمان ، بطلت صلاته . وإذا لم يتمكن من إتمام الركوع والسجود ، اقتصروا على الإيماء بهما ، وجعلوا السجود أخفض من الركوع ، ولا يجب على المائتي استقبال القبلة في الركوع ولا السجود ، ولا التحريم ، ولا وضع الجبهة على الأرض ، فانه يخاف الهلاك ، بخلاف المتنفل في السفر ، ويجب الاحتراز عن الصياح بكل حال بلا خلاف ، فانه لا حاجة إليه ، ولا بأس بالأعمال القليلة ، فانها محتملة في غير الخوف ، ففيه أولى .

وأما الأفعال الكثيرة ، كالطعنات ، والضربات المتوالية ، فهي مبطلّة إن لم يحتاج إليها ، فإن احتاج ، فثلاثة أوجه . أصحابها عند الأكثرين وبه قال ابن سريج ، والقفال : لا تبطل . والثاني : تبطل . حكاه العراقيون عن ظاهر النص . والثالث : تبطل إن كان في شخص واحد ، ولا تبطل في أشخاص ، وعبر بعضهم عن الأوجه بالأقوال .

فرع

لو تلمّح سلاحه بالدم ، فينبغي أن يلقيه ، أو يجعله في قرابه تحت ركابه إلى أن يفرغ من صلاته إن احتمل الحال ذلك ، فإن احتاج إلى إمساكه ، فله إمساكه ، ثم هل يقضي نقل إمام الحرمين عن الأصحاب ، أنه يقضي لندور عذره ثم منعه ، وقال : تلمّح السلاح بالدم من الأعذار العامة في حق المقاتل ، ولا سبيل إلى تكليفه تنحية السلاح ، فذلك التجاسة ضرورية في حقه كنجاسة المستحاضة في حقها ، ثم جعل المسألة على قولين مرتين على القولين فيمن صلى في موضع تنجس ، وهذه الصورة أولى بعدم القضاء ، لإلحاق الشرع القتال بسائر مسقطات القضاء في سائر المحتملات ، كاستدبار القبلة ، والإيماء بالركوع والسجود .

فرع

تقام صلاة الميدين ، والكسوفين في شدة الخوف ، لأنه يخاف فوتها ، ولا تقام صلاة الاستسقاء .

فرع

تجوز صلاة شدة الخوف في كل ما ليس بمعصية من أنواع القتال ، ولا تجوز في المعصية ، فتجوز في قتال الكفار ، ولأهل العدل في قتال البغاة ، والارفقة في قطاع الطريق ، ولا تجوز للبغاة والقطاع ، ولو قصد نفس رجل ، أو حريمه ، أو نفس غيره ، أو حريمه ، وأُسْغِلَ بالدفع ، صلى هذه الصلاة . ولو قصد ماله ، نظر ، إن كان حيواناً ، فكذلك ، وإلا فقولان . أظهرها : جوازها . والثاني : لا . أما إذا ولوا ظهورهم الكفار منهزمين ، فننظر ، إن كان يحل لهم ذلك بأن يكون في مقابلة كل مسلم أكثر من كافرين ، أو كان متحرفاً لقتال ، أو متحيزاً إلى فئة ، جازت هذه الصلاة ، وإلا فلا ، لأنه معصية . ولو انهزم الكفار وتبهم المسلمون ، بحيث لو ثبتوا وأكملوا الصلاة ، فاتهم العدو ، لم تجز هذه الصلاة ، وإن خافوا كثيراً أو كرّتهم ، جازت .

فرع

الرخصة في هذا النوع لا تختص بالقتال ، بل يتعلق بالخوف مطلقاً . فلو هرب في سبيل ، أو حريق ولم يجد معديلاً عنه ، أو هرب من سبع ، فله صلاة شدة الخوف . وللدويون الممر العاجز عن بينة الأعسار ولا يصدقه المستحق ، ولو ظفر به حبسه ، له أن يصلّيها هارباً ، على المذهب . وحكي عن « الاملاء » أن من طلب لا يقتل ، بل ليحبس أو يؤخذ منه شيء : لا يصلّيها . ولو كان عليه قصاص يرجو العفو إذا سكن الغضب ، قال الأصحاب : له أن يهرب ويصلي صلاة شدة الخوف في هربه ، واستبعد الامام جواز هربه بهذا التوقع .

فرع

المحرم إذا ضاق وقت وقوفه ، وخاف فوت الحج ، إن صلى متمكناً ، فيه أوجه للقول . أحدها : يؤخر الصلاة ويحصل الوقوف ، لأن قضاء الحج صعب . والثاني : يصلي صلاة الخوف فيحصل الصلاة والحج . والثالث : تجب الصلاة على الأرض مستقراً ، ويفوت الحج ، لعظم حرمة الصلاة ، ولا يصلي صلاة الخوف ، لأنه يحصل لا هارب ، ويشبه أن يكون هذا الوجه أوفق للكلام الأئمة .

قلت : هذا الوجه ضعيف ، والصواب الأول ، فإنا جوّزنا تأخير الصلاة لأمر لا تقارب المشقة فيها هذه المشقة ، كالتأخير للجمع . والله أعلم

فرع

لو رأوا سواداً إبلاً أو شجراً ، فظنوه عدواً ، فصلوا صلاة شدة الخوف ، فإن الحال ، وجب القضاء على الأظهر ، ثم قيل : القولان فيما إذا أخبرهم بالعدو ثقة وغلط . فإن لم يكن إلا ظنهم ، وجب القضاء قطعاً . وقيل : القولان فيما إذا كانوا في دار الحرب لقلبة الخوف ، فإن كانوا في دار الإسلام ، وجب القضاء قطعاً . والمذهب جريان القولين في جميع الأحوال . ولو تحققوا العدو ، فصلوا صلاة شدة الخوف ، ثم بان أنه كان دونهم حائل من خندق ، أو نار ، أو ماء ، أو بان أنه كان بقربهم حصن يمكنهم التحصن به ، أو ظنوا أن بآزاء كل مسلم أكثر من مشركين ، فصلوها منهزمين ، ثم بان خلاف ذلك ، فحيث أجرينا في الصورة السابقة القولين ، جريا في هذه ونظائرها ، وقيل : يجب القضاء هنا قطعاً .

قال صاحب «التهذيب» : ولو صلوا في هذه الأحوال صلاة عسفان ، اطرده القولان . ولو صلوا صلاة ذات الرقاع ، فان جوزناها في حال الأمن ، فهنا أولى ، وإلا جرى القولان .

فرع

لو كان يصلي متمكناً على الأرض مستقبل القبلة ، فحدث خوف في أثناء الصلاة فركب ، فطريقان . أحدهما : على قولين . أحدهما : تبطل صلاته فيستأنف . والثاني : لا تبطل فيني . والطريق الثاني وهو المذهب : أنه إن لم يكن مضطراً إلى الركوب وكان يقدر على القتال وإتمام الصلاة راجلاً ، فركب احتياطاً ، وجب الاستئناف . وإن اضطر بنى . وعلى هذا : إن قل فعله في ركوبه ، بنى بلا خلاف ، وإن كثر ، فعلى الوجهين في العمل الكثير للحاجة . أما إذا كان يصلي راكباً صلاة شدة الخوف ، فأمن ونزل ، فنص الشافعي أنه يبني وهو المذهب . وقيل : إن حصل في نزوله فعل قليل ، بنى ، وإن كثر ، فعلى الوجهين . قال صاحب «الشامل» وغيره : يشترط في بناء النازل أن لا يستدبر القبلة في نزوله ، فان استدبر ، بطلت صلاته .

قلت : صرح أيضاً القاضي أبو الطيب وصاحب «المذهب» وآخرون ، بأنه إذا استدبر القبلة في نزوله ، بطلت صلاته . وهذا متفق عليه . واتفقوا على أنه إذا لم يستدبرها ، بل انحرف يميناً وشمالاً ، فهو مكروه لا تبطل صلاته ، وعلى أنه إذا أمن ، وجب النزول في الحال ، فان أخر ، بطلت صلاته . والله أعلم

باب

ما يجوز لبسه للمحارب وغيره وما لا يجوز

يجوز للرجل لبس الحرير في حال مفاجأة القتال إذا لم يجد غيره ، وكذلك يجوز أن يلبس منه ما هو وقاية للقتال ، كالديباج الصفيق الذي لا يقوم غيره مقامه ، وفي وجه : يجوز اتخاذ القباء ونحوه ، مما يصلح في الحرب من الحرير ، ولبسه فيها على الإطلاق ، لما فيه من حسن الهيئة وزينة الاسلام ، كتجليه السيف ، والصحيح تخصيصه بحالة الضرورة

فرع

للشافعي رحمه الله تعالى نصوص مختلفة في جواز استعمال الأعيان النجسة . فقليل في أنواع استعمالها كلها قولان . والمذهب : التفصيل ، فلا يجوز في الثوب والبدن إلا للضرورة ، ويجوز في غيرها إن كانت نجاسة مخففة ، فإن كانت مغلظة - وهي نجاسة الكلب والخنزير - فلا . وبهذا الطريق قال أبو بكر الفارسي ، واقفال أصحابه . فلا يجوز لبس جلد الكلب والخنزير في حال الاختيار ، لأن الخنزير لا يجوز الانتفاع به في حياته بحال ، وكذا الكلب ، إلا في أغراض مخصوصة ، فبعد موتها أولى . ويجوز الانتفاع بالثياب النجسة ولبسها في غير الصلاة ونحوها ، فإن فاجأته حرب ، أو خاف على نفسه لحر ، أو برد ، ولم يجد غير جلد الكلب والخنزير ، جاز لبسها . وهل يجوز لبس جلد الشاة الميتة ، وسائر الميتات في حال الاختيار؟ وجهان . أصحهما : التحريم . ويجوز أن يلبس هذه الجلود فرسه وأداته ،

ولا يجوز استعمال جلد الكلب والخنزير في ذلك ولا غيره ، ولو جلد كلباً ، أو خنزيراً . بمجلد كلب ، أو خنزير ، جاز على الأصح ، لاستوائهما في غلظ النجاسة . وأما تسميد الأرض بالزبل ، فجائز . قال إمام الحرمين : ولم يمنع منه أحد . وفي كلام الصيدلاني ما يقتضي الخلاف فيه . ويجوز الاستصباح بالدهن النجس على المشهور ، وسواء نجس بعارض ، أو كان نجس المين ، كودك الميتة ، ودخان النجاسة ، نجس على الأصح ، فإن نجسناه ، عني عن قليبـه ، والذي يصيه في الاستصباح قليل ، لا ينجس غالباً .

فصل

فبما يجوز لبسه في مال الاختيار وما لا يجوز

ويحرم على الرجل والخنثى لبس الحرير والديباج ، ويجوز للنساء . وفي تحريمه على الخنثى احتمال . والقز كالحرير ، على المذهب . ونقل الامام الاتفاق عليه . وحكي في إباحته وجهان . وفي المركب من الحرير وغيره طريقان . المذهب والذي قطع به الجمهور : أنه إن كان الحرير أكثر وزناً ، حرم ، وإن كان غيره أكثر ، لم يحرم ، وإن استويا ، لم يحرم على الأصح . والطريق الثاني قله الثقال : إن ظهر الحرير ، حرم وإن قل وزنه ، وإن استتر ، لم يحرم وإن كثر وزنه .

فرع

يجوز لبس المطرف والمطرز بالديباج ، بشرط الاعتصار على عادة التطريف ، فإن جاوزها ، حرم ، وبشرط أن لا يجاوز الطراز قدر أربع أصابع ، فإن جاوز ، حرم .

والترقيع بالديباج ، كالتطريز . ولو خاط ثوباً بإبريسم ، جاز لبسه ، بخلاف
الدرع المنسوجة بقليل الذهب ، فانه حرام لكثرة الخيلاء فيه . ولو حشا القباء أو الجبة
بالحرير ، جاز على الصحيح المنصوص الذي قطع به الجمهور . ولو كانت بطانة الجبة
حريراً ، حرم لبسها .

فرع

تحريم الحرير على الرجال لا يختص باللبس ، بل اقتراشه ، والتدثر به ،
واتخاذها ستراً ، وسائر وجوه الاستعمال ، حرام . وفي وجهه شاذ : يجوز
للرجال الجلوس على الحرير ، وهو منكر وغلط ، ويحرم على النساء اقتراش الحرير
على الأصح .

قلت : الأصح ، جواز اقتراشهن ، وبه قطع المراقبون ، والمتولي ، وغيره .
وانتدأ علم

وهل للولي لباس الصبي الحرير ؟ فيه أوجه . أصحابها : يجوز قبل سبع سنين ،
ويحرم بعدها ، وبه قطع البغوي . والثاني : يجوز مطلقاً . والثالث : يحرم مطلقاً .
قلت : الأصح الجواز مطلقاً ، كذا صححه المحققون ، منهم الرافعي في المحرر ،
وقطع به الفوراني . قال صاحب « البيان » : هو المشهور . ونص الشافعي
والأصحاب : على تزئين الصبيان يوم العيد بحلي الذهب ، والمصبغ ، ويلحق به الحرير .
وانتدأ علم

فرع

يجوز لبس الحرير في موضع الضرورة - كما قلنا - إذا فاجأته الحرب ، أو احتاج لحر ، أو برد ، ويجوز للحاجة كالجرب . وفيه وجه : أنه لا يجوز ، وهو منكر . ويجوز لدفع القمل في السفر ، وكذا في الحضرة على الأصح .

قلت : قال أصحابنا : يجوز لبس الكتان ، والقطن ، والصوف ، والخز ، وإن كانت نفيسة غالية الأثمان ، لأن نفاستها بالصنعة . قال صاحب « البيان » : يحرم على الرجل لبس الثوب الزعفر . وبقل البيهقي وغيره عن الشافعي رحمه الله : أنه نهى الرجل عن الزعفر ، وأباح له المعصر . قال البيهقي : والصواب إثبات نهى الرجل عن المعصر أيضاً ، للأحاديث الصحيحة فيه . قال : وبه قال الحلبي . قال : ولو بلغت أحاديثه الشافعي ، لقال بها ، وقد أوصانا بالعمل بالحديث الصحيح . قال الشيخ أبو الفتح نصر المقدسي رحمه الله : يحرم تنجيد البيوت بالثياب المصورة وبغير المصورة ، سواء فيه الحرير وغيره ، والصواب في غير الحرير والمصور الكراهة دون التحريم^(١) . قال صاحب « التهذيب » : ولو بسط فوق الديباج ثوب قطن وجلس عليه ، أو جلس على جبة محشوة بالحرير ، جاز ، ولو حشا الخدة بإبريسم ، جاز استعمالها على الصحيح ، كما قلنا في الجبة . قال إمام الحرمين : وظاهر كلام الأئمة أن من لبس ثوباً ظهارته وبطائنه قطن ، وفي وسطه حرير منسوج ، جاز . قال : وفيه نظر . ويكره أن يمشي في نعل واحدة ، أو خف واحد ، ويكره

(١) في هامش الأصل ما نصه : التنجيد : التزيين ، كلام النووي في هذه المسألة يشعر بتوافقة المقدسي على التحريم في الحرير ، لكن كلام الرافعي رحمه الله في الوليمة يشعر بالجواز ، وتابعه عليه في « الروضة » فإنه قال : ما نصه : ومن المنكرات فرش الحرير ، وصور الحيوانات على العقود .. الخ وذكر ما هو أصرح من ذلك في آخر كتاب النذور ، فقال : الثانية ... الخ . « مهات »

أن يتنعل قائماً . والمستحب في لبس النعل وشبهه ، أن يبدأ باليمين ، ويبدأ بجملع اليسار ، ولا يكره لبس خاتم الرصاص والحديد والنحاس على الصحيح ، وبه قطع في « التتمة » . ويجوز لبس خاتم الفضة للرجل في يمينه ، وفي يساره ، كلاهما سنة ، لكن اليمين أفضل على الصحيح المختار . ويجوز للرجال والنساء لبس الثوب الأحمر والأخضر وغيرهما من المصبوغات بلا كراهة ، إلا ما ذكرنا في المزعفر والمعصر للرجال . قال صاحب « التتمة » و « البحر » : يكره لبس الثياب الخشنة لغير غرض شرعي ، ويحرم إطالة الثوب عن الكمين للخيلاء ، ويكره لغير الخيلاء ، ولا فرق في ذلك بين حال الصلاة وغيرها ، والسرراويل والإزار في حكم الثوب . وله لبس العمامة بمذبة وبغيرها ، وحكم إطالة عذبتها حكم إطالة الثوب . فقد روينا في « سنن أبي داود » والنسائي وغيرهما باسناد حسن ، أن النبي ﷺ قال : « الإسمبال في الإزار والقميص والعمامة ، من جر شيئاً خيلاء لم ينظر الله إليه [يوم القيامة] » ، (١) . والله أعلم



(١) وفي « الصحيحين » أيضاً من حديث عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما ، أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : « من جر ثوبه خيلاء لم ينظر الله إليه يوم القيامة » .

كتاب صلاة العيدين

هي سنة على الصحيح المنصوص . وعلى الثاني : فرض كفاية . فان اتفق أهل بلد على تركها ، قوتلوا إن قلنا : فرض كفاية . وإن قلنا : سنة ، لم يقاتلوا على الأصح ، ويدخل وقتها بطلوع الشمس . والأفضل تأخيرها إلى أن ترتفع قدر رمح ، كذا صرح به كثير من الأصحاب ، منهم صاحب « الشامل » و « المذهب » والروائي ، ومقتضى كلام جماعة ، منهم : الصيدلاني ، وصاحب « التهذيب » أنه يدخل بالارتفاع ، واتفقوا على خروج الوقت بالزوال .

قلت : الصحيح ، أو الأصح ، دخول وقتها بالطولع . والله أعلم

فرع

المذهب والمنصوص في الكتب الجديدة كلها ، أن صلاة العيد تشرع للمنفرد في بيته أو غيره ، وللمسافر والمبدي والمرأة ، وقيل : فيه قولان . الجديد : هذا . والقديم : أنه يشترط فيها شروط الجمعة ، من اعتبار الجماعة ، والمدد بصفات الكمال ، وغيرهما ، إلا أنه يجوز فعلها خارج البلد ، ومنهم من منعه ، ومنهم من جوزها بدون الأربعين على هذا ، وخطبتها بعدها . ولو تركت الخطبة ، لم تبطل الصلاة . وإذا قلنا بالمذهب ، فصلاها المنفرد ، لم يخطب على الصحيح . وإن صلاها مسافرون ، خطب إمامهم .

فصل

في صفة صلاة العبد

هي : ركعتان . صفتها في الأركان والسنن والهيآت كغيرها ، وينوي بها صلاة العبد . هذا أقلها ، والأكثر أن يقرأ دعاء الاستفتاح عقب الاحرام ، كغيرها ، ثم يكبر في الأولى سبع تكبيرات سوى تكبيرة الاحرام والركوع . وفي الثانية خمساً سوى تكبيرة القيام من السجود والهوي إلى الركوع . وقال المزني : التكبيرات في الأولى ست . ولنا قول شاذ منكر : أن دعاء الاستفتاح يكون بعد هذه التكبيرات ، ويستحب أن يقف بين كل تكبيرتين من الزوائد قدر قراءة آية لا طويلة ولا قصيرة ، يهلل الله تعالى ويكبره ويمجّده . هذا لفظ الشافعي . قال الأكثرون : يقول : « سبحان الله ، والحمد لله ، ولا إله إلا الله ، والله أكبر » ولو زاد ، جاز . قال الصيدلاني عن بعض الأصحاب : يقول : « لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد بيده الخير وهو على كل شيء قدير » . وقال ابن الصباغ : لو قال ما اعتاده الناس : « الله أكبر كبيراً ، والحمد لله كثيراً ، وسبحان الله بكرة وأصيلاً ، وصلى الله على محمد وآله وسلم كثيراً » ، كان حسناً . قلت : وقال الامام أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن مسعود السعدي من أصحابنا يقول : « سبحانك اللهم وبحمدك ، وتبارك اسمك ، وتعالى جدك ، وجل ثناؤك ، ولا إله غيرك » . والله أعلم

ولا يأتي بهذا الذكر عقب السابعة والخامسة في الثانية ، بل يتموّذ عقب السابعة ، وكذا عقب الخامسة ، إن قلنا : يتموّذ في كل ركعة ، ولا يأتي به بين تكبيرة الاحرام والأولى من الزوائد .

قلت : وأما في الركعة الثانية ، فقال إمام الحرمين : يأتي به قبل الأولى من الخمس ، والمختار الذي يقتضيه كلام الأصحاب أنه لا يأتي به كما في الأولى .
والله أعلم

ثم يقرأ الفاتحة ، ثم يقرأ بعدها في الأولى : (ق) . وفي الثانية : (اقتربت الساعة) .

قلت : وثبت في « صحيح مسلم » أن النبي ﷺ قرأ فيها (سبح اسم ربك الأعلى) و (وهل أتاك) فهو سنة أيضاً . والله أعلم

فرع

يستحب رفع اليدين في التكبيرات الزوائد ، ويضع اليمنى على اليسرى بين كل تكبيرتين . وفي « العدة » ما يشعر بخلاف فيه . ولو شك في عدد التكبيرات ، أخذ بالأقل ، ولو كبر ثماني تكبيرات ، وشك هل نوى التحريم بواحدة منها ؟ فعليه استئناف الصلاة ، ولو شك في التكبيرة التي نوى التحريم بها ، جعلها الأخيرة ، وأعاد الزوائد . ولو صلى خلف من يكبر ثلاثاً أو ستاً ، تابعه ، ولا يزيد عليه على الأظهر . ولو ترك الزوائد ، لم يسجد للسهو .

قلت : ويجهر بالقراءة والتكبيرات ، ويُسرُّ بالذكر بينها . والله أعلم

فرع

لو نسي التكبيرات الزوائد في ركعة ، فذكر في الركوع أو بعده ، مضى في صلاته ولم يكبر ، فإن عاد إلى القيام ليكبر ، بطلت صلاته . فلو تذكرها قبل الركوع وبعد القراءة ، فقولان . الجديد الأظهر : لا يكبر ، لفوات محله . والقديم : يكبر ، لبقاء القيام ، وعلى القديم : لو تذكر في أثناء الفاتحة ، قطعها وكبر ، ثم استأنف القراءة . وإذا تدارك التكبير بعد الفاتحة ، استحب استئنافها ، وفيه وجه ضعيف : أنه يجب ، ولو أدرك الامام في أثناء القراءة وقد كبر بعض التكبيرات ، فعلى الجديد ، لا يكبر ما فاتته . وعلى القديم : يكبر ، ولو أدركه راکعاً ، ركع معه ، ولا يكبر بالاتفاق ، ولو أدركه في الركعة الثانية ، كبر معه خمساً على الجديد ، فإذا قام إلى ثانيته ، كبر أيضاً خمساً .

فصل

في خطبة العيد

فإذا فرغ الامام من صلاة العيد ، صعد المنبر ، وأقبل على الناس بوجهه وسلم . وهل يجلس قبل الخطبة ؟ وجهان . الصحيح المنصوص : يجلس كخطبة الجمعة . ثم يخطب خطبتين ، أركانها كأركانها في الجمعة ، ويقوم فيها ، ويجلس بينها ، كالجمعة ، لكن يجوز هنا القعود فيها مع القدرة على القيام . ويستحب أن يعلّمهم في عيد الفطر أحكام صدقة الفطر ، وفي الأضحية أحكام الأضحية . ويستحب أن يفتح الخطبة الأولى بتسعة تكبيرات متواليات ، والثانية بسبع . ولو

أدخل بينها الحمد والتهليل والثناء ، جاز ، وذكر بعضهم : أن صفتها ، كالتكبيرات
المرسلة والمقيدة التي سنذكرها إن شاء الله تعالى .

قلت : نص الشافعي وكثيرون من الأصحاب على أن هذه التكبيرات ليست
من الخطبة ، وإنما هي مقدمة لها ، ومن قال منهم : تفتتح الخطبة بالتكبيرات ، يحمل
كلامه على موافقة النص الذي ذكرته ، لأن افتتاح الشيء قد يكون ببعض مقدماته
التي ليست من نفسه ، فاحفظ هذا فإنه مهم خفي . والله أعلم

يستحب للناس استماع الخطبة . ومن دخل والامام يخطب ، فإن كان في المصلى ،
جلس واهتمتع ، ولم يصل التحية ، ثم إن شاء صلى صلاة العيد في الصحراء ،
وإن شاء صلاها إذا رجع إلى بيته ، وإن كان في المسجد ، استحب له التحية ،
ثم قال أبو إسحاق : لو صلى العيد ، كان أولى ، وحصل التحية ، كمن دخل
المسجد وعليه مكتوبة ففعلها ، ويحصل بها التحية ، وقال ابن أبي هريرة : يصلي
التحية ، ويؤخر صلاة العيد إلى ما بعد الخطبة ، والأول أصح عند الأكثرين . ولو
خطب الامام قبل الصلاة ، فقد أساء وفي الاعتداد بخطبته احتمال لإمام الحرمين .
قلت : الصواب وظاهر نصه في « الأم » : أنه لا يعتد بها ، كالسنة الراتبية
بعد الفريضة إذا قدمها . والله أعلم

فصل

صلاة العيد تجوز في الصحراء ، وفي الجامع ، وأيهما أفضل ؟ إن كان بمكة ،
فالمسجد أفضل قطعاً . وألحق به الصيدلاني : بيت المقدس . وإن كان بغيرهما ، فإن كان
بندر ، كقطر ، أو ثلج ، فالمسجد أولى ، وإلا ، فإن ضاق المسجد ، فالصحراء أولى ،
بل يكره فعلها في المسجد . فإن كان واسعاً ، فوجهان . أحسبها وبه قطع المراقبون ، وصاحب

والتهذيب، وغيره: المسجد أولى. والثاني: الصحراء. وإذا خرج الامام إلى الصحراء استخلف من يصلي بضعفة الناس. وإذا صلى في المسجد وحضر الحيض، وقفن بباب المسجد، وهذا الفصل تفرع على المذهب في جواز صلاة العيد في غير البلد، وجوازها من غير شروط الجمعة، وفيه الخلاف المتقدم

فصل

في السنن المنجبة ليلتي العيد وبوم

فيستحب التكبير المرسل بغروب الشمس في العيدين جميعاً، كما سيأتي بيانه في فصل التكبير، إن شاء الله تعالى. ويستحب استحباباً مؤكداً، إحياء ليلتي العيد بالعبادة. قلت: وتحصل فضيلة الإحياء بمظم الليل، وقيل: تحصل بساعة. وقد نقل الشافعي رحمه الله في «الأم»، عن جماعة من خيار أهل المدينة ما يؤيده. ونقل القاضي حسين عن ابن عباس: أن إحياء ليلة العيد أن يصلي العشاء في جماعة، ويعزم أن يصلي الصبح في جماعة، والمختار ما قدمته. قال الشافعي رحمه الله: وبلغنا أن الدعاء يستجاب في خمس ليالٍ. ليلة الجمعة، والعيدين، وأول رجب، ونصف شعبان. قال الشافعي: وأستحب كل ما حكيت في هذه الليالي^(١). والله أعلم

فرع

يسن الفسل للعيدين، ويجوز بعد الفجر قطعاً، وكذا قبله على الأظهر، وعلى هذا هل يجوز في جميع الليل، أم يختص بالنصف الثاني؟ وجهان.

(١) قال المصنف في «المجموع» (٤/٥): «واستحب الشافعي والأصحاب الإحياء المذكور، مع أن الحديث الوارد في ذلك ضعيف، لأن أحاديث فضائل الأعمال، يتسامح فيها».

قلت : الأصح اختصاصه . والله أعلم

ويستحب التطيب يوم العيد ، والتنظف بخلق الشعر ، وقلم الظفر ، وقطع الرائحة الكريهة ، ويستحب أن يلبس أحسن ما يجده من الثياب ، وأفضلها البيض ، ويتمم . فإن لم يجد إلا ثوباً ، استحب أن يفعله للجمعة والعيد ، ويستوي في استحباب جميع ما ذكرناه ، القاعد في بيته ، والخارج إلى الصلاة ، هذا حكم الرجال . وأما النساء ، فيكره لذنوات الجمال والهيئة الحضور ، ويستحب للمجاثر ، ويتنظفن بالماء ، ولا يتطين ، ولا يلبسن ما يشهرهن من الثياب ، بل يخرجن في بذلتهن . وفي وجه شاذ : لا يخرجن مطلقاً .

فرع

السنة لقاصد العيد الشئ . فإن ضعف لكبر ، أو مرض ، فله الركوب ، وللقاتر الركوب في الرجوع ، ويستحب للقوم أن يركبوا إلى صلاة العيد إذا صلّوا الصبح ، ليأخذوا مجالسهم وينتظروا الصلاة . والسنة للامام أن لا يخرج إلا في الوقت الذي يصلي فيه ، فإذا وصل إلى المصلّى شرع في صلاة العيد ، ويستحب للامام أن يؤخر الخروج في عيد الفطر قليلاً ، ويعجل في الأضحى . ويكره للامام أن يتنفل قبل صلاة العيد وبمدها ، ولا يكره للاموم قبلها ولا بمدها ، ويستحب في عيد الفطر أن يأكل شيئاً ، قبل خروجه إلى الصلاة ، ولا يأكل في الأضحى حتى يصلي ويرجع .

قلت : ويستحب أن يكون المأكول تمراً إن أمكن ، ويكون وترأ . والله أعلم

وينادى لها : الصلاة جامعة ، قال صاحب العدة ، ولو نودي لها : حي على الصلاة ، جاز ، بل هو مستحب .

قلت : ليس كما قال ، فقد قال الشافعي رضي الله عنه : ينادي : الصلاة جامعة ، فان قال : هلموا إلى الصلاة ، فلا بأس ، قل : وأحب أن يتوقى ألفاظ الأذان . وقال الدارمي : لو قال حي على الصلاة ، كره ، لأنه من الأذان . والله أعلم

فرع

صح أن النبي ﷺ كان يذهب إلى الميبد في طريق ، ويرجع في أخرى ، واختلف في سببه ، فقيل : لتبرك أهل الطريقين ، وقيل : ليستفتى منها ، وقيل : ليتصدق على فقرائها ، وقيل : ليزور قبور أقاربه فيها ، وقيل : ليشهد له الطريقان ، وقيل : ليزداد غيظ المنافقين ، وقيل : لئلا تكثر الزحمة ، وقيل : يقصد أطول الطريقين في الذهاب ، وأقصرها في الرجوع ، وهذا أظهرها ، ثم من شارك في المعنى استحسب ذلك له ، وكذا من لم يشارك على الصحيح الذي اختاره الأكثرون ، وسواء فيه الامام والمأموم .

قلت : وإذا لم يعلم السبب ، استحسب التأسي قطعاً . والله أعلم

فصل

قد قدمنا في قضاء صلاة العيد وغيرها من النوافل الراتبة إذا فاتت ، قولين . وتقدم الخلاف في اشتراط شرائط الجمعة فيها . فلو شهد عدلان يوم الثلاثاءين من رمضان قبل الزوال برؤية الهلال في الليلة الماضية ، أفطروا . فان بقي من الوقت ما يمكن جمع الناس والصلاة فيه ، صلّوها وكانت أداءً . وإن شهدوا بعد غروب

الشمس يوم الثلاثين ، لم تقبل شهادتهم ، إذ لا فائدة فيها إلا المنع من صلاة العيد ، فلا يصنى إليها ، ويصلون من الند العيد أداءً ، هكذا قال الأئمة واتفقوا عليه . وفي قولهم : لا فائدة إلا ترك صلاة العيد إشكال ، بل لثبوت الهلال فوائد أخر . كوقوع الطلاق والعتق الملتقين ، وابتداء العدة منه ، وغير ذلك ، فوجب أن تقبل ، لهذه الفوائد . ولعل مرادم بعدم الاصناء في صلاة العيد وجعلها فائتة ، لا عدم القبول على الإطلاق .

قلت : مرادم فيما يرجع إلى الصلاة خاصة قطعاً ، فأما الحقوق والأحكام المتعلقة بالهلال ، كأجل الدين ، والعتق ، والمولى ، والعدة ، وغيرها ، فثبت قطعاً .
واسدأعلم

فلو شهدوا قبل الغروب بعد الزوال ، أو قبله بيسير ، بحيث لا يمكن فيه الصلاة ، قبلت الشهادة في الفطر قطعاً ، وصارت الصلاة فائتة على المذهب ، وقيل : قولان . أحدهما : هذا . والثاني : يفعل من الند أداءً لعظم حرمتها . فإن قلنا بالمذهب ، فقضاؤها مبني على قضاء النوافل . فإن قلنا : لا تقضى ، لم يقض العيد . وإن قلنا : تقضى ، بنى على أنها كالجمعة في الشرائط ، أم لا . فإن قلنا : نعم ، لم تقض ، وإلا قضيت ، وهو المذهب من حيث الجملة . وهل لهم أن يصلوها في بقية يومهم ؟ وجهان ، بناءً على أن فعلها في الحادي والثلاثين أداء أم قضاء . إن قلنا : أداء ، فلا . وإن قلنا : قضاء وهو الصحيح ، جاز . ثم هل هو أفضل ، أم التأخير إلى ضحوة الند . وجهان . أصحها : التقديم أفضل ، هذا إذا أمكن جمع الناس في يومهم لصغر البلدة . فإن عسر ، فالتأخير أفضل قطعاً . وإذا قلنا : يصلونها في الحادي والثلاثين قضاء ، فهل يجوز تأخيرها ؟ عنه قولان . وقيل : وجهان . أظهرهما : جوازه أبداً . وقيل : إنما يجوز في بقية شهر العيد . ولو شهد اثنان قبل الغروب ، وعدلا بعده ، فقولان . وقيل : وجهان . أحدهما : الاعتبار بوقت

الشهادة ، وأظهرهم : بوقت التعديل ، فيصلون من الند بلا خلاف أداء . هذا كله إذا وقع الاشتباه وفوات العيد لجميع الناس . فإن وقع ذلك لأفراد ، لم يجوز إلا قولان ، منع القضاء وجوازه أبداً .

فرع

إذا وافق يوم العيد يوم جمعة ، وحضر أهل القرى الذين يلزمهم النداء لصلاة العيد ، وعلموا أنهم لو انصرفوا لفاتهم الجمعة ، فليهم أن ينصرفوا ، ويتركوا الجمعة في هذا اليوم على الصحيح المنصوص في القديم والجديد . وعلى الشاذ : عليهم الصبر للجمعة .

فصل

في تكبير العيد

وهو قيمان . أحدهما : في الصلاة والخطبة وقد مضى . والثاني : في غيرها ، وهو ضربان . مرسل ، ومقيد . فالمرسل لا يقيد بحال ، بل يؤتى به في المساجد والمنازل والطرق ليلاً ونهاراً . والمقيد يؤتى به في أدبار الصلاة خاصة . فالمرسل مشروع في العيدين جميعاً ، وأول وقته في العيدين بفروب الشمس ليلة العيد ، وفي آخر وقته طريقان . أحدهما : على ثلاثة أقوال . أظهرها : يكبرون إلى أن يحرم الإمام بصلاة العيد . والثاني : إلى أن يخرج الإمام إلى الصلاة . والثالث : إلى أن يفرغ منها . وقيل : إلى أن يفرغ من الخطبتين . والطريق الثاني : القطع بالقول الأول . ويرفع الناس أصواتهم بالمرسل في ليلتي العيدين ويوميهما إلى الغاية المذكورة

في المنازل ، والمساجد ، والأسواق ، والطرق ، في السفر والحضر ، في طريق المصلى ، وبالمصلى . ويسمى منه الحاج ، فلا يكبر ليلة الأضحى ، بل ذكره التلبية . وتكبير ليلة الفطر أكد من ليلة الأضحى على الجديد ، وفي القديم عكسه ، وأما المقيد ، فيشرع في الأضحى ، ولا يشرع في الفطر على الأصح عند الأكثرين . وقيل : على الجديد ، وعلى الثاني : يستحب عقب المغرب والعشاء والصبح . وحكم الفوائد والنوافل في هذه المدة على هذا الوجه يقاس بما نذكره إن شاء الله تعالى في الأضحى . وأما الأضحى ، فلنأس فيه قسماً . حجاج ، وغيره . فالحجاج يبتدئون التكبير عقب ظهر يوم النحر ، ويحتمونه عقب الصبح آخر أيام التشريق . وأما غير الحجاج ، ففهم طريقان . أحدهما : على ثلاثة أقوال . أظهرها : أنهم كالحجاج . والثاني : يبتدئون عقب المغرب ليلة المحر إلى صبح الثالث من أيام التشريق . والثالث : عقب الصبح من يوم عرفة ويحتمونه عقب العصر آخر أيام التشريق . قل الصيدلاني وغيره : وعليه العمل في الأمصار .

قلت : وهو الأظهر عند المحققين ، للحديث . والله أعلم

والطريق الثاني : القطع بالقول الأول . ولو فاتته فريضة في هذه الأيام ، فقضاها في غيرها ، لم يكبر . ولو فاتته في غير هذه الأيام أو فيها فقضاها فيها ، كبر على الأظهر . ويكبر عقب النوافل الراجعة ، ومنها صلاة العيد ، وعقب النافلة المطلقة ، وعقب الجنائز على المذهب في الجميع . وإذا اختصرت^(١) فقل : أربعة أوجه . أحدها : يكبر عقب كل صلاة مفعولة في هذه الأيام . والثاني : يختص بالفرائض المفعولة فيها ، مؤداة كانت أو مقضية . والثالث : يختص بفرائضها مقضية كانت أو مؤداة . والرابع : لا يكبر إلى عقب مؤداتها والسنن الراجعة . ولو نسي التكبير خلف الصلاة فذكر والفصل قريب ، كبر وإن فارق مصلاه . ولو طال الفصل ، كبر أيضاً على الأصح . والسبوق إنما يكبر إذا أتم صلاة نفسه . قل ، إمام الحرمين :

(١) في « الشرح الكبير » : وإذا سئلت عن مطلق ما يكبر خلفه من الصلوات ، قل : فيه وجوه ...

وجميع ما ذكرناه هو في التكبير الذي يرفع به صوته ويجعله شعاراً . أما لو استغرق
عمره بالتكبير في نفسه ، فلا منفعة منه :

فُرع

صفة هذا التكبير أن يكبر ثلاثاً نفساً على المذهب . وحكي قول قديم أنه
يكبر مرتين . قال الشافعي رحمه الله : وما زاد من ذكر الله ، فحسن .
واستحسن في « الأم » أن تكون زيادته : « الله أكبر كبيراً ، والحمد لله كثيراً ،
وسبحان الله بكرة وأصيلاً ، لا إله إلا الله ، ولا نعبد إلا إياه ، مخلصين له الدين ولو كره
الكافرون ، لا إله إلا الله وحده ، صدق وعده ونصر عبده وهزم الأحزاب وحده ،
لا إله إلا الله والله أكبر » . وقال في القديم : بسم الثلاث : « الله أكبر كبيراً ،
والحمد لله كثير ، الله أكبر على ما هدانا ، والحمد لله على ما أبلانا وأولانا » . قال
صاحب « الشامل » والذي يقوله الناس لا بأس به أيضاً ، وهو : « الله أكبر الله
أكبر الله أكبر ، لا إله إلا الله والله أكبر الله أكبر والله الحمد » .

قلت : هو الذي ذكره صاحب « الشامل » نقله صاحب « البحر » عن نص
الشافعي رحمه الله في « البويطي » وقال : والعمل عليه . والله أعلم

فرع

يستوي في التكبير المرسل والمقيد ، المنفرد والمصلي جماعة ، والرجل والمرأة ،
والقيم والمسافر .

قلت : لو كبر الإمام على خلاف اعتقاد المأموم ، فكبر من يوم عرفة والمأموم لا يرى التكبير فيه ، أو عكسه ، فهل يوافق في التكبير وتركه ، أم يتبع اعتقاد نفسه ؟ وجهان . الأصح : اعتقاد نفسه ، بخلاف ما قدمناه في تكبير نفس الصلاة .
والله اعلم



كتاب صلاة الكسوف

يطلق الكسوف والخسوف على الشمس والقمر جميعاً . وصلاة كسوف الشمس والقمر سنة مؤكدة ، وتسب في أوقات الكراهة وغيرها . وأقلها أن يحرم بنية صلاة الكسوف ، ويقرأ الفاتحة ، ويركع ثم يرفع ، فيقرأ الفاتحة ثم يركع ثانياً ، ثم يرفع ويعلمن ، ثم يسجد ، فهذه ركعة ، ثم يصلي ركعة ثانية كذلك ، فهي ركعتان ، في كل ركعة قيمان وركوعان ، ويقرأ الفاتحة في كل قيام . فلو تمادى الكسوف ، فهل يزيد ركوعاً ثالثاً ؟ وجهان . أحدهما : يزيد ثالثاً ورابعاً وخامساً ، حتى ينجلي الكسوف ، قاله ابن خزيمة ، والخطابي ، وأبو بكر الصبي من أصحابنا ، للأحاديث الواردة : أن النبي ﷺ صلى ركعتين ، في كل ركعة أربع ركوعات ، وروي خمس ركوعات ، ولا يحمل له إلا التماسي ، وأصحابه : لا تجوز الزيادة ، كسائر الصلوات . روايات الركوعين أشهر وأصح ، فيؤخذ بها ، كذا قاله الأئمة ، ولو كان في القيام الأول ، فانجلي الكسوف ، لم تبطل صلاته . وهل له أن يقتصر على قومة واحدة ، وركوع واحد في كل ركعة ؟ وجهان بناءً على الزيادة عند التماسي ، إن جوزنا الزيادة ، جاز النقصان بحسب مدة الكسوف ، وإلا فلا . ولو سلم من الصلاة والكسوف باقٍ ، فهل له أن يستفتح صلاة الكسوف مرة أخرى ؟ وجهان خرجوهما على جواز زيادة عدد الركوع ، والمذهب المتبع . وأكملها أن يقرأ في القيام الأول بعد الفاتحة وسواها سورة (البقرة) أو مقدارها إن لم يحسنها ، وفي

الثاني : (آل عمران) أو مقدارها . وفي الثالث : (النساء) أو قدرها . وفي الرابع : (المائدة) أو قدرها . وكل ذلك بعد الفاتحة . هذه رواية البويطي ، ونقل الزني في « المختصر » : أنه يقرأ في الأول (البقرة) أو قدرها إن لم يحفظها . وفي الثاني قدر مائتي آية من سورة (البقرة) . وفي الثالث : قدر مائة آية وخمسين آية منها ، وفي الرابع : قدر مائة آية منها ، وهذه الرواية هي التي قطع بها الأكثرون ، وليستا على الاختلاف المحقق ، بل الأمر فيه على التقريب ، وهما متقاربتان .

قلت : وفي استحباب التعمود في ابتداء القراءة في القومة الثانية ، وجهان حكاهما في « الحاوي » ، وهما الوجهان في الركعة الثانية . والله أعلم

وأما قدر مكثه في الركوع ، فينبني أن يسبح في الركوع الأول قدر مائة آية من (البقرة) وفي الثاني : قدر ثمانين منها ، وفي الثالث : قدر سبعين . وفي الرابع : قدر خمسين ، والأمر فيه على التقريب . ويقول في الاعتدال عن كل ركوع : « سمع الله من حمده » ، و « ربنا لك الحمد » وهل يطول السجود في هذه الصلاة ؟ قولان . أظهرهما : لا يطوله كما لا يطول التشهد ، ولا الجلوس بين السجدين . والثاني : يطول . نقله البويطي ، والترمذي ، والزمي ، عن الشافعي رضي الله عنه . قلت : الصحيح المختار له ، أنه يطول السجود في هذه الصلاة ، وقد ثبت في إطلائه أحاديث كثيرة في « الصحيحين » عن جماعة من الصحابة . ولو قيل : إنه يمتنع الجزم به ، لكان قولاً صحيحاً ، لأن الشافعي رضي الله عنه قال : ما صح فيه الحديث ، فهو قولي ومذهبي . فاذا قلنا بطلانه ، فالمختار فيها ما قاله صاحب « التهذيب » أن السجود الأول كالركوع الأول ، والسجود الثاني ، كالركوع الثاني . وقال الشافعي رحمه الله في البويطي : إنه نحو الركوع الذي قبله . وأما الجلسة بين السجدين ، فقد قطع الإمام الرافعي بأنه لا يطولها . ونقل الغزالي الاتفاق على أنه لا يطولها . وقد صح في حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنها أن

النبي ﷺ سجد فلم يكد يرفع ، ثم رفع فلم يكد يسجد ، ثم سجد فلم يكد يرفع ، ثم فعل في الركعة الأخرى مثل ذلك . وأما الاعتدال بعد الركوع الثاني ، فلا يطوّل بلا خلاف ، وكذا التشهد . والله أعلم

فصل

يستحب الجماعة في صلاة الكسوفين . ولنا وجه : أن الجماعة فيها شرط ، ووجه : أنها لا تقام إلا في جماعة واحدة كالجمعة ، وهما شاذان أيضاً . ويستحب أن ينادي لها : الصلاة جامعة . وأن يصلي في الجامع ، وأن يخطب بعد الصلاة خطبتين كخطبتي الجمعة في الأركان والشرايط ، سواء صلّوها جماعة في مصر ، أو صلاها المسافرون في الصحراء . ويحث الامام الناس في هذه الخطبة على التوبة من المعاصي وعلى فعل الخير .

قلت : ويجزئهم على الاعتناق والصدقة ، ويحذرهم الغفلة والاعتثار . ففي صحيح البخاري ، عن أسماء رضي الله عنها ، أن النبي ﷺ أمر بالمتابعة في كسوف الشمس . والله أعلم

ومن صلى منفرداً ، لم يخطب . ويستحب الجهر بالقراءة في كسوف القمر ، والإسرار في الشمس ، هذا هو المعروف . وقال الخطابي : الذي يحى على مذهب الشافعي رحمه الله : أنه يجهر في الشمس .

فرع

المسبوق إذا أدرك الامام في الركوع الأول من الركعة الأولى ، فقد أدرك الصلاة ، وإن أدركه في الركوع الأول من الركعة الثانية ، فقد أدرك الركعة ، فإذا سلم الامام ، قام فصل ركعة بركوعين . ولو أدركه في الركوع الثاني من إحدى الركعتين ، فالذهب الذي نص عليه في البويطي ، واتفق الأصحاب على تصحيحه ، أنه لا يكون مدركا لشيء من الركعة . وحكى صاحب « التقريب » قولاً آخر أنه بإدراك الركوع الثاني يكون مدركا للقومة التي قبله ، فعلى هذا لو أدرك الركوع الثاني من الأول ، وسلم الامام ، قام وقرأ وركع واعتدل وجلس وتشهد وسلم ، ولا يسجد ، لأن إدراك الركوع إذا حصل القيام الذي قبله ، كان السجود بعده محسوباً لا محالة . وعلى المذهب : لو أدركه في القيام الثاني لا يكون مدركا لشيء من الركعة أيضاً .

فصل

نفوت صلاة كسوف الشمس بأمرين . أحدهما : انجلاء جميعها ، فإن انجلى البعض ، فله الشروع في الصلاة للباقي ، كما لو لم ينكسف إلا ذلك القدر . ولو حال مسحاب وشك في الانجلاء ، صلى . ولو كانت الشمس تحت غمام ، فظن الكسوف ، لم يصل حتى يستيقن .

قلت : قال الدارمي وغيره : ولا يعمل في كسوفها بقول النجمين .

والله أعلم

الثاني : أن تنرب كاسفة ، فلا يصلي . وتفوت صلاة خسوف القمر بأمرين .
أحدهما : الانجلاء كما سبق . والثاني : طلوع الشمس . فإذا طلعت وهو بمسدد^١
خاسف ، لم يصل . ولو غاب في الليل خاسفاً ، صلى كما لو استتر بنمام . ولو طلع
الفجر وهو خاسف ، أو خسف بعد الفجر ، صلى على الجديد . وعلى هذا لو
شرع في الصلاة بعد الفجر ، فطلعت الشمس في أثناءها ، لم تبطل صلاته ، كما لو
انجلى الكسوف في الأثناء . وقال القاضي ابن كج : هذان القولان فيما إذا غاب
خاسفاً بين الفجر وطلوع الشمس ، فأما إذا لم يغب وبقي خاسفاً ، فيجوز الشروع في
الصلاة بلا خلاف .

قلت : صرح الدارمي وغيره بجرىان القواين في الحالين . قال صاحب « البحر » :
ولو أبتدأ الخسوف بعد طلوع الشمس ، لم يصل قطعاً . والله أعلم

فصل

إذا اجتمعت صلاتان في وقت ، قدم ما يخاف فوته ، ثم الأوكد . فلو اجتمع عيد
وكسوف ، أو جمعة وكسوف ، وخيف فوت العيد أو الجمعة لضيق وقتها ، قدمت ، وإن
لم يخف ، فالأظهر : يقدم الكسوف . والثاني : العيد والجمعة ، لتأكدهما ، وباقي الفرائض
كالجمعة . ولو اجتمع كسوف ووتر أو تراويح ، قدم الكسوف بعدهما مطلقاً ، لأنها أفضل .
ولو اجتمع جنازة وكسوف أو عيد ، قدم الجنازة ، ويشتمل الامام بعدها بغيرها ،
ولا يشتملها ، فلو لم تحضر الجنازة ، أو حضرت ولم يحضر الولي ، أفرد الامام
جماعة ينتظرون الجنازة واشتمل هو بغيرها . ولو حضرت جنازة وجمعة ولم يضق
الوقت ، قدمت الجنازة . وإن ضاق الوقت ، قدمت الجمعة على المذهب . وقال الشيخ
أبو محمد : تقدم الجنازة ، لأن الجمعة لها بدل .

فرع

إذا اجتمع العيد والكسوف ، خطب لها بمد الصلاتين خطبتين يذكر فيها العيد والكسوف . ولو اجتمع جمعة وكسوف ، واقتضى الحال تقديم الجمعة ، خطب لها ، ثم صلى الجمعة ، ثم الكسوف ، ثم خطب لها . وإن اقتضى تقديم الكسوف ، بدأ بها ، ثم خطب للجمعة خطبتين يذكر فيها شأن الكسوف ، ولا تحتاج إلى أربع خطب ، ويقصد بالخطبتين الجمعة خاصة . ولا يجوز أن يقصد الجمعة والكسوف ، لأنه تشريك بين فرض ونقل ، بخلاف العيد والكسوف ، فإنه يقصدهما جميعاً بالخطبتين ، لأنها سنتان .

فرع

اعترضت طائفة على قول الشافعي : اجتمع عيد وكسوف ، وقالت : هذا محال ، فإن الكسوف لا يقع إلا في الثامن والعشرين ، أو التاسع والعشرين ، فأجاب الأصحاب بأجوبة .

أحدها : أن هذا قول المنجمين ، وأما نحن ، فنَجْوُزُ الكسوف في غيرها ، فإن الله تعالى على كل شيء قدير . وقد نقل مثل ذلك ، فقد صح أن الشمس كسفت يوم مات إبراهيم ابن رسول الله ﷺ ، وروى الزبير بن بكار في «الانساب» : أنه توفي في العاشر من شهر ربيع الأول . وروى البيهقي مثله عن الواقدي . وكذا اشتهر أن قتل الحسين رضي الله عنه كان يوم عاشوراء . وروى البيهقي عن أبي قبيل أنه لما قتل الحسين ، كسفت الشمس .

الثاني : أن وقوع العيد في الثامن والعشرين يُتصور بأن يشهد شاهدان على نقصان رجب ، وآخران على نقصان شعبان ورمضان ، وكانت في الحقيقة كاملة ، فيقع العيد في الثامن والعشرين .

الثالث : لو لم يقع ذلك ، لكان تصوير الفقيه له حسناً ، ليتدرب باستخراج الفروع الدقيقة .

فصل

ما سوى الكسوفين من الآيات ، كالزلازل والصواعق والرياح الشديدة ، لا يصلى لها جماعة ، لكن يستحب الدعاء والتضرع . ويستحب لكل أحد أن يصلي منفرداً لثلاثين غافلاً . وروى الشافعي : أن علياً كرم الله وجهه ، صلى في زلزلة جماعة ، قال الشافعي : إن صح قلت به ، فمن الأصحاب من قال : هذا قول آخر له ، في الزلزلة وحدها ، ومنهم من عممه في جميع الآيات .

قلت : لم يصح ذلك عن علي رضي الله عنه ، قال الشافعي والأصحاب : يستحب للنساء غير ذوات الهيئات صلاة الكسوف مع الإمام ، وأما ذوات الهيئات ، فيصلين في البيوت منفردات . قال الشافعي : فإن اجتمعن ، فلا بأس ، إلا أنهن لا يخطبن ، فإن قامت واحدة وعظتهن وذكرتهن ، فلا بأس . والله أعلم



كتاب صلاة الاستسقاء

المراد بالاستسقاء : سؤال الله تعالى أن يسقي عباده عند حاجتهم ، وله أنواع .
أدناها : الدعاء بلا صلاة ولا خلف صلاة ، فرادى أو مجتمعين لذلك ، واوسطها : الدعاء
خلف الصلوات ، وفي خطبة الجمعة ونحو ذلك . وأفضلها : الاستسقاء بركعتين وخطبتين .
ويستوي في استحباب الاستسقاء أهل القرى والأمصار والبوادي والمسافرون ، ويسن
لهم جميعاً الصلاة والخطبة . ولو انقطعت المياه ولم يمس إليها حاجة في ذلك الوقت ، لم
يستسقوا ، ولو انقطعت عن طائفة من المسلمين واحتاجت ، استحج لنيرهم أن
يصلوا ويستسقوا لهم ، ويسألوا الزيادة لأنفسهم .

فرع

إذا استسقوا فسُقُوا ، فذاك ، فإن تأخرت الإجابة ، استسقوا وصلُّوا ثانياً
وثالثاً حتى يسقيهم الله تعالى . وهل يعودون من الند ، أم يصومون ثلاثة أيام قبل
الخروج كما يفعلون في الخروج الأول ؟ قال في « المختصر » : من الند . وفي القديم :
يصومون ، فقليل : قولان . أظهرهما : الأول . وقيل : على حالين . فإن لم يشق على
الناس ، ولم ينقطعوا عن مصالحهم عادوا غداً بعد غدٍ ، وإن اقتضى الحال التأخير
أياماً ، صاموا .

قلت : ونقل القاضي أبو الطيب عن عامة الأصحاب : أن المسألة على قول

واحد ، تقل الزني الجواز ، والتقديم الاستحباب . والله أعلم .
ثم جماهير الأصحاب قطعوا باستحباب تكرير الاستسقاء كما ذكرنا ، لكن
الاستحباب في المرة الأولى أكد . وحكي وجه : أنهم لا يفعلون ذلك إلا مرة .

فرع

لو تأهبوا للخروج للصلاة ، فسقوا قبل موعد الخروج ، خرجوا للوعظ
والدعاء والشكر . وهل يصلون شكراً ؟ فيه طريقان . قطع الأكثرون بالصلاة ،
وهو المنصوص في « الأم » . وحكى إمام الحرمين والفزالي وجيه . أصحها : هذا .
والثاني : لا يصلون . وأجري الوجهان فيما إذا لم تنقطع المياه وأرادوا أن يصلوا
للاستزادة .

فصل

في آداب هذه الصلاة

منها : أن يأمر الامام الناس بصوم ثلاثة أيام قبل يوم الخروج^(١) وبالخروج
عن المظالم في الدم والمريض والمال ، وبالتقرب إلى الله تعالى بما يستطيعون من
الخير ، ثم يخرجون في اليوم الرابع صياماً ، في ثياب بذلة ، وتخشع بلا زينة ولا
طيب ، لكن ينتظفون بالماء والسواك وقطع الرائحة الكريهة . ويستحب إخراج
الصبيان والشايخ ، ومن لا هيئة لها من النساء ، ويستحب إخراج البهائم على

(١) وفي هامش الأصل ما نصه : وعن الروائي ، أن بعض الأصحاب خرج قولاً ، أنه لا يصوم
يوم الخروج . « عمدة »

الأصح . وعلى الثاني : لا يستحب ، فلو أخرجت ، فلا بأس . وأما خروج أهل الذمة ، فنص الشافعي رحمه الله على كراهيته ، والنوع منه إن حضروا مستسقى للمسلمين ، وإن تميزوا ولم يختلطوا بالمسلمين ، لم ينعوا . وحكى الروياني وجهاً : أنهم ينعون وإن تميزوا ، إلا أن يخرجوا في غير يوم المسلمين . ومن الآداب أن يذكر كل واحد من القوم في نفسه ما فعل من خير ، فيجمله شافِعاً .

ومنها : أن يستسقى بالأكابر وأهل الصلاح ، لاسيما أقارب رسول الله ﷺ .

فصل

السنة أن يصلحها في الصحراء ، وينادي لها : الصلاة جامعة ، ويصلي ركعتين ، يكبر في الأولى سبع تكبيرات زائدة ، وفي الثانية خمساً ، ويجهر فيها بالقراءة ، ويقرأ في الأولى بعد (الفاتحة) : (قـ) . وفي الثانية : (اقتربت) . وقال بعض الأصحاب : يقرأ في إحداها : (إنا أرسلنا نوحاً) وليكن في الثانية^(١) وفي الأولى (قـ) . ونص الشافعي رحمه الله : أنه يقرأ فيها ما يقرأ في العيد ، وإن قرأ (إنا أرسلنا) كان حسناً . وهذا يقتضي أن لا خلاف في المسألة ، وأن كلاً سائغ ، ومنهم من قال : في الأحب خلاف . والأصح : أنه يقرأ ما يقرأ في العيد . وأما وقت هذه الصلاة ، فقطع الشيخ أبو علي وصاحب « التهذيب » بأنه وقت صلاة العيد ، واستغرب إمام الحرمين هذا ، وذكر الروياني وآخرون : أن وقتها يبقى بعد الزوال ما لم يصل العصر ، وصرح صاحب « التتمة » بأن صلاة الاستسقاء لا تختص بوقت ، بل أي وقت صلّوها من ليل أو نهار ، جاز ، وقد قدمنا عن الأئمة وجبين في كراهة صلاة الاستسقاء في الأوقات المكروهة ، ومعلوم أن الأوقات المكروهة غير داخلة في وقت صلاة العيد ، ولا مع انضمام ما بين الزوال

(١) عبارة الرافي في « الشرح الكبير » وتكن تلك الركعة ، هي الثانية .

والمصر إليه ، فيلزم أن لا يكون وقت الاستسقاء منحصراً في ذلك ، وليس لحامل أن يحمل الوجهين في الكراهة على قضائها ، فإنها لا تقضى .

قلت : ليس بلام ماقاله ، فقد تقدم أن الأصح : دخول وقت العيد بطولوع الشمس ، وهو وقت كراهة ، ومن قال بانحصار وقت الاستسقاء في وقت العيد ، الشيخ أبو حامد ، والحاملي ، ولكن الصحيح الذي نص عليه الشافعي ، وقطع به الأكثرون ، وصححه الرافعي في « المحرر » والمحققون : أنها لا تختص بوقت ، كما لا تختص بيوم . ومن قطع به صاحباً « الحاوي » و « الشامل » ونقله صاحب « الشامل » وصاحب « جمع الجوامع » عن نص الشافعي رضي الله عنه . وقال إمام الحرمين : لم أر التخصيص لنير الشيخ أبي علي . والله أعلم

فصل

يستحب أن يخاطب خطبتين بعد الصلاة ، وأركانها وشرائطها كما تقدم في العيد . لكن تخالفها في أمور .

منها : أنه يبدل التكبيرات المشروعة في أولها بالاستغفار فيقول : « أستغفر الله الذي لا إله إلا هو الحي القيوم وأتوب إليه » . ويختتم كلامه بالاستغفار ، ويكثر منه في الخطبة ، ومن قوله : (استغفروا ربكم إنه كان غفاراً ...) الآية . نوح : ١٠ . ولنا وجه حكاة في « البيان » عن الحاملي : أنه يكبر هنا في ابتداء الخطبة كالعيد ، والمعروف الأول .

ومنها : أن يستقبل القبلة في الخطبة الثانية ، كما سنذكره . إن شاء الله تعالى .

ومنها : أنه يستحب أن يدعو في الأولى : « اللهم اسقنا غيثاً مغيثاً هنيئاً مريئاً مريباً غدقاً مجللاً سحاً طبعاً دائماً ، اللهم اسقنا الغيث ولا تجعلنا من القانطين ،

اللهم إن بالعباد والبلاد من اللأواء والجهد والضعف ما لا نشكو إلا إليك ، اللهم أنبت لنا الزرع ، وأدر لنا الضرع ، واسقنا من بركات السماء ، وأنبت لنا من بركات الأرض ، اللهم ارفع عنا الجهد والجوع والمري ، واكشف عنا من البلاء ما لا يكشفه غيرك ، اللهم إنا نستغفرك إنك كنتَ غفاراً ، فأرسل السماء علينا مدراراً ، ويكون في الخطبة الأولى وصدر الثانية ، مستقبل الناس ، مستدير القبة ، ثم يستقبل القبة ، ويبالغ في الدعاء سرّاً وجهرّاً ، وإذا أسر دعا الناس سرّاً ، ويرفمون أيديهم في الدعاء . وفي الحديث أن النبي ﷺ استسقى وأشار بظهر كفيه إلى السماء . قال العلماء : السنة لكل من دعا لرفع بلاء ، أن يجعل ظهر كفيه إلى السماء ، وإذا سأل شيئاً جعل كفيه إلى السماء .

قلت : الحديث المذكور ، في « صحيح مسلم » . والله أعلم

قال الشافعي رحمه الله : وليكن من دعائهم في هذه الحالة « اللهم أنت أمرتنا بدعائك ، ووعدتنا لإجابتك ، وقد دعوناك كما أمرتنا ، فأجبنا كما وعدتنا ، اللهم امنن علينا بمغفرة ما قاربنا ، وإجابتك في سقيانا وسعة رزقنا » . فإذا فرغ من الدعاء أقبل بوجهه على الناس وحثمهم على طاعة الله ، وصلى على النبي ﷺ ، ودعا للمؤمنين والمؤمنات ، وقرأ آية أو آيتين ، ويقول : « أستغفر الله لي ولكم » . هذا لفظ الشافعي رضي الله عنه . ويستحب عند تحوُّله إلى القبة ، أن يحوّل رداءه . وهل ينكسه مع التحويل ؟ قولان . الجديد : نعم . والقديم : لا . فالتحويل : أن يجعل ما على عاتقه الأيمن على عاتقه الأيسر ، وبالعكس . والتكيس : أن يجعل أعلاه أسفله ، ومتى جعل الطرف الأسفل الذي على شقه الأيسر على عاتقه الأيمن ، والطرف الأسفل الذي على شقه الأيمن على عاتقه الأيسر ، حصل التحويل والتكيس جميعاً ، هذا في الرداء المربع ، فأما المقوّر والمثلث ، فليس فيه إلا التحويل . ويفعل الناس بأرديتهم كفعل الامام تفاؤلاً بتغيير الحال إلى الخصب ، ويتركونها محوَّلة إلى أن ينزعوا الثياب .

قلت : قال الشافعي ، والأصحاب رحمهم الله تعالى : إذا ترك الإمام الاستسقاء ، لم يتركه الناس . ولو خطب قبل الصلاة ، قال صاحب « التتمة » : يجوز وتصح الخطبة والصلاة ، ويحتج لها بما ثبت في الحديث الصحيح الصريح في « سنن أبي داود » وغيره أن رسول الله ﷺ خطب ، ثم صلى . وفي صحيحي « البخاري » و « مسلم » أن رسول الله ﷺ خرج يستسقي فدعا ، واستقبل القبلة وحول رداءه ، ثم صلى ركعتين . قال أصحابنا : وإذا كثرت الأمطار وتضررت بها المساكن والزرع ، فالسنة أن يسألوا الله تعالى دفعه « اللهم حوالينا ولا علينا » .

قال الشافعي والأصحاب : ولا يشرع لذلك صلاة ، ويستحب أن يبرز لأول مطر يقع في السنة ، ويكشف عن بدنه ما عدا عورته ليصيه المطر ، وأن يغتسل في الوادي إذا سال ، أو يتوضأ ، ويسبّح عند الرعد والبرق ، ولا يتبع بصره البرق . والسنة أن يقول عند زول المطر : « اللهم صيأ نافعاً » رواه البخاري في « صحيحه » . وفي رواية ابن ماجه : « سبياً نافعاً » مرتين أو ثلاثاً ، فيستحب الجمع بينها . وقد أوضحت ذلك مع زوائد ونفائس تتعلق به في كتاب « الأذكار » الذي لا يستغني متدين عن معرفة مثله . ويكره سب الرياح ، فإن كرهها ، سأل الله تعالى الخير ، واستعاذ من الشر . وفي « صحيح مسلم » أن النبي ﷺ [كان] إذا عصفت الرياح قال : « اللهم إني أسألك خيرها ، وخير ما فيها ، وخير ما أرسلت به ، وأعوذ بك من شرها ، وشر ما فيها ، وشر ما أرسلت به » . ويستحب أن يقول بعد المطر : « مطرنا بفضل الله ورحمته » . ويستحب الدعاء عند زول المطر ، ويشكر الله تعالى عليه . ويكره أن يقول : مطرنا بنوء كذا ، فإن اعتقد أن النوء هو المطر الفاعل حقيقة ، كفر فصار مرتدّاً . والله أعلم



كتاب الجناز

يستحب لكل واحد ذكر الموت .

قلت : ويستحب الإكثار منه . والله أعلم

ويستعد له بالتوبة ، ورد المظالم إلى أهلها ، والمريض أكد . ويستحب له الصبر على المرض ، وترك الأنين ما أطاق ، ويستحب التداعي ، ويستحب لغيره عيادته إن كان مسلماً ، فإن كان ذمياً له قرابة أو جوار أو نحوها ، استحب ، وإلا جازت ، فإن رأى العائد علامة البرء ، دعا له وانصرف ، وإن رأى خلاف ذلك ، رغبه في التوبة والوصية .

قلت : ويستحب للعائد أن يطيب نفس المريض ولا يطول القعود ، ولا يواصل العيادة ، بل تكون غيباً ، ولا تكره العيادة في وقت إلا أن يشق على المريض .

والله أعلم

فصل

في آداب المنضر

يستقبل به القبلة . وفي كفيته وجهان . أحدهما : يلقي على قفاه وأخصاه إلى القبلة . والثاني وهو الصحيح المنصوص وبه قطع المراقبون وصححه الآخرون : يضع على جنبه

الأمين مستقبل القبلة كال موضوع في الالحد ، فان لم يمكن لضيق الموضع ، أو سبب آخر ، فعلى قفاه ، ووجهه وأخمصاه إلى القبلة . ويستحب أن يلحن كلمة الشهادة ، ولا يلح الملقن ولا يواجهه بقول : قل : « لا إله إلا الله » بل يذكرها بين يديه ليذكر : أو يقول : ذكر الله تعالى مبارك ، فنذكر الله تعالى جميعاً [ويقول :] « سبحانه الله ، والمحمد لله ، ولا إله إلا الله ، والله أكبر » وإذا قالها مرة لا تعاد عليه ما لم يتكلم بعدها ، ويستحب أن يلحنه غير الورثة ، فان لم يحضر غيرهم ، لقنه أشفقهم عليه .

قلت : هكذا قال الجمهور ، يلحنه كلمة الشهادة « لا إله إلا الله » . وذهب جماعات من أصحابنا إلى أنه يلحن أيضاً : محمداً رسول الله . ممن صرح به ، القاضي أبو الطيب ، والماوردي ، وسليم الرازي ، ونصر المقدسي ، وأبو العباس الجرجاني ، والشافعي في « المعتمد » والأول أصح . والله أعلم

ويستحب أن يقرأ عنده سورة (يس) . واستحب بعض التابعين سورة (الرعد) أيضاً . وينبغي له أن يحسن ظنه بالله تعالى ، ويستحب لمن عنده ، تحسين ظنه وتطعيمه في رحمة الله تعالى . فإذا مات غمضت عيناه ، وشد لحياه بمصاصة عريضة ، ويربطها فوق رأسه ، ويلين مفاصله ، فيمد ساعده إلى عضده ويرده ، ويرد ساقه إلى خذه ، وخذه إلى بطنه ، ويردها ويلين أصابعه ، وينزع ثيابه التي مات فيها ، ويستر جميع بدنه بثوب خفيف ، ولا يجمع عليه أطباق الثياب ، ويجعل أطراف الثوب الساتر تحت رأسه ورجليه لئلا ينكشف ، ويوضع على بطنه شيء ثقيل ، كسيف ، أو مرآة ، أو نحوها . فان لم يكن ، فطين رطب ، ويصان المصحف عنه ، ويستقبل به القبلة كالمتضرع ، ويوضع على شيء مرتفع ، كسرير ونحوه ، ويتولى هذه الأمور أرفق محارمه بأسهل ما يقدر عليه .

قلت : يتولاه الرجال من الرجال ، والنساء من النساء ، فان تولاه الرجال من النساء المحارم ، أو النساء من الرجال المحارم ، جاز . والله أعلم

ويبادر إلى قضاء دينه ، وتنفيذ وصيته إن تيسر في الحال .

قلت : يكره تمني الموت لضر نزل به ، فإن كان لا بد متمنياً ، فليقل : « اللهم أحيني ما كانت الحياة خيراً لي ، وتوفني إذا كانت الوفاة خيراً لي » . فإن كان تمنيه مخافة فتنة في دينه فلا بأس . ويكره للمريض كثرة الشكوى ، وتكره الكراهة على تناول الدواء . ويستحب للناس أن يقولوا عند الميت خيراً . ويجوز لأهل الميت وأصدقائه تقبيل وجهه ، ثبتت فيه الأحاديث ، وصرح به الدارمي . ويكره نعيه بنعي الجاهلية ، ولا بأس بالاعلام بموته للصلاة عليه وغيرها . والله أعلم

باب

غسل الميت

يستحب المبادرة إلى غسله وتجهيزه إذا تحقق موته ، بأن يموت بعلّة ، وتظهر أمارات الموت ، بأن يسترخي قدماه ، ولا ينتصب ، أو يميل أنفه ، أو ينخسف صدغاه ، أو تمتد جلدة وجهه ، أو ينخلع كفاه من ذراعيه ، أو تقلص خصيته إلى فوق مع تدلي الجلدة ، فإن شك بأن لا يكون به علة ، واحتمل أن يكون به سكتة ، أو ظهرت أمارات فزع أو غيره ، أخر إلى اليقين بتغير الرائحة أو غيره .

فصل

غسل الميت فرض كفاية ، وكذا التكفين والصلاة عليه والدفن بالاجماع .

وأقل الفسل : استيعاب البدن مرة بعد إزالة النجاسة إن كانت . وفي اشتراط نية الفسل على الفاسل وجهان . أحدهما فيما ذكره الروياني وغيره : لا يشترط .

قلت : صححه الأكثرون ، وهو ظاهر نص الشافعي . والله أعلم

ولو غسل الكافر مسلماً ، فالصحيح المنصوص : أنه يكفي . ولو غرق إنسان ، ثم ظفرنا به ، لم يكف ما سبق ، بل يجب غسله على الصحيح المنصوص . أما أكمل الفسل ، فيستحب أن يحمل الميت إلى موضع خالٍ مستور لا يدخله إلا الفاسل ، ومن لا بد من معوته عند الفسل . وذكر الروياني وغيره : أن للولي أن يدخل إن شاء ، وإن لم يفسل ولم يمن ، ويوضع على لوح أو سرير هَيُئِيْ له ، ويكون موضع رأسه أعلى لينحدر الماء ، ويغسل في قميص يلبسه عند إرادة غسله . ولنا وجه : أن الأولى أن يجرد . والصحيح المعروف : هو الأول . وليكن القميص بالياً أو سخيلاً . ثم إن كان القميص واسعاً ، أدخل يده في كفه ، وغسله من تحته ، وإن كان ضيقاً ، فتق رأس الدخاريض^(١) وأدخل يده فيه . ولو لم يوجد قميص ، أو لم يتأت غسله فيه ، ستر منه ما بين السرة والركبة ، وحرم النظر إليه . ويكره للفاسل أن ينظر إلى شيء من بدنه إلا للحاجة بأن يريد معرفة المنسول . وأما المعين ، فلا ينظر إلا لضرورة ، ويحضر ماءً بارداً في إناء كبير ليفسل به ، وهو أولى من المسخن ، إلا أن يحتاج إلى المسخن لشدة البرد ، أو لوسخ ، أو غيره . وينبغي أن يبعد الإناء الذي فيه الماء عن المفتسل ، بحيث لا يصيبه رشاش الماء عند الفسل .

(١) الدخاريض ، واحدها : دخريض وهو من القميص والدرع : ما يوصل به البدن ليوسعه .

فرع

ويُعدُّ الفاسل قبل الفصل خرتين نظيفتين ، وأول ما يبدأ به بعد وضعه على المفتسل ، أن يجلسه إجلالاً رفيقاً ، بحيث لا يتدل ، ويكون مائلاً إلى ورائه ، ويضع يده اليمنى على كتفه ، وإبهامه في ثقرة قفاه ، لثلا يميل رأسه ، ويسند ظهره إلى ركبته اليمنى ، ويمر يده اليسرى على بطنه إمراراً بليفاً لتخرج الفضلات ، ويكون عنده بحجرة فاتحة بالطيب ، ويصب عليه المين ماءً كثيراً لثلا تظهر رائحة ما يخرج ، ثم يردّه إلى هيئة الاستلقاء ، ويفسل بيساره - وهي ملفوفة بأحدى الخرتين - دبره ومذاكيره وعانته ، كما يستنجلي الحي ، ثم ياتي تلك الخرقه ، ويفسل يده بماء وإشنانٍ . كذا قال الجمهور : إنه يفسل السوءتين معاً بخرقه واحدة وفي « النهاية » و « الوسيط » : أنه يفسل كل سوءة بخرقه ، ولا شك أنه أبلغ في النظافة ، ثم يتمدّد ما على بدنه من قدر ونحوه .

فرع

فاذا فرغ مما قدمناه ، لف الخرقه الأخرى على اليد ، وأدخل أصبعه في فيه ، وأمرها على أسنانه بشيء من الماء ، ولا يفتح أسنانه ، ويدخل أصبعه في منخريره بشيء من الماء ليزيل ما فيها من أذى . ثم يوضئه كوضوء الحي ثلاثاً ثلاثاً مع المضمضة والاستنشاق ، ولا يكفي ما قدمناه من إدخال الأصبعين عن المضمضة والاستنشاق ، بل ذاك كالسواك . هذا مقتضى كلام الجمهور . وفي « الشامل » وغيره : ما يقتضي الاكتفاء . والأول أصح . ويميل رأسه في المضمضة

والاستنشاق ، لئلا يصل الماء باطنه . وهل يكفي وصول الماء مقادير الشفتين والمنخرين ، أم يوصله إلى الداخل ؟ حكى إمام الحرمين فيه تردداً ، لخوف الفساد ، وقطع بأن أسنانه لو كانت متراسة لا تفتح .

فَرْع

فاذا فرغ من وضوئه ، غسل رأسه ، ثم لحيته ، بالسدر والخطمي ، وسرّحها بمشط واسع الأسنان إن كانا متلبدين ، ويرفق لئلا يُنتف شعر ، فإن انتف رده إليه . ثم يفسل شقه الأيمن المقبل من عنقه ، وصدره ، وفخذه ، وساقه ، وقدمه . ثم يفسل شقه الأيسر كذلك ، ثم يحوله إلى جنبه الأيسر ، يفسل شقه الأيمن مما يلي القفا والظهر من الكتفين إلى القدم ، ثم يحوله إلى جنبه الأيمن ، يفسل شقه الأيسر كذلك . هذا نص الشافعي في المختصر . وبه قال أكثر الأصحاب ، وحكى المراقبون وغيرهم قولاً آخر : أنه يفسل جانبه الأيمن من مقدمه ، ثم يحوله يفسل جانب ظهره الأيمن ، ثم يلقيه على ظهره يفسل جانبه الأيسر من مقدمه ، ثم يحوله يفسل جانب ظهره الأيسر . قالوا : وكل واحد من هذين الطريقتين سائق ، والأول أولى . وقال إمام الحرمين ، والفزالي في آخرين : يضعج أولاً على جنبه الأيسر ، فيصب الماء على شقه الأيمن من رأسه إلى قدمه ، ثم يضعج على جنبه الأيمن ، فيصب على شقه الأيسر . والجمهور على ما قدمناه ، وعلى أن غسل الرأس لا يعاد ، بل يبدأ بصفحة العنق فما تحتها ، وقد حصل غسل الرأس أولاً . ويجب الاحتراز عن كبّه على الوجه . ثم جميع ما ذكرناه غسلة واحدة . وهذه الغسلة تكون بالماء والسدر والخطمي ، ثم يصب عليه الماء القراح ، من قرنه إلى قدمه . ويستحب أن يفسله ثلاثاً ، فإن لم تحصل النظافة ، زاد حتى تحصل ، فإن حصل

بشفع، استحب الإيتار ، وهل يسقط الفرض بالنسبة للتنيرة بالسدر والخطمي؟ فيه وجهان . أحكما : لا . فعلى هذا ، لا تحسب هذه النسلة من الثلاث قطعاً . وهل تحسب الواقعة بعدها ؟ وجهان . أحكما : لا ، لأن الماء إذا أصاب المحل اختلط بما عليه من السدر وتغير به . فعلى هذا ، المحسوب ما يصب عليه من الماء القراح بعد زوال السدر ، فيفسل بعد زوال السدر ثلاثاً بالقراح . ويستحب أن يجمل في كل ماء قراح كافوراً ، وهو في النسلة الأخيرة أكد . وليكن قليلاً لا يتفاحش التغير به ، وقد يكون صلباً لا يقدح التغير به ، وإن كان فاحشاً على الشهور . ويميد تلين مفاصله بعد الفسل . وتقل الزني إعادة التلين في أول وضعه على الغتسل . وأنكره أكثر الأصحاب ، ثم ينشفه تنشيفاً بليفاً .

فرع

يتمهد الغاسل مسح بطن الميت في كل مرة بأرفق مما قبلها ، فإن خرجت منه نجاسة في آخر الفسلات ، أو بعدها ، وجب غسل النجاسة قطعاً بكل حال . وهل يجب غيرها؟ فيه أوجه . أحكما : لا . والثاني : يجب إعادة غسله . والثالث : يجب وضوؤه . فعلى الأصح ، لا فرق بين النجاسة الخارجة من السبيلين وغيرها . وإن أوجبنا الوضوء ، اختص بالخارجة من السبيلين . وإن أوجبنا الفسل ، ففي إعادة الفسل لمسائر النجاسات احتمال ، لإمام الحرمين .

قلت : الصحيح ، الجزم بأنه لا يجب إعادة الفسل لمسائر النجاسات . والله أعلم

ولم يتعرض الجمهور للفرق بين أن تخرج النجاسة قبل الإدراج في الكفن ، أو

بعده ، وأشار صاحب « العدة » إلى تخصيص الخلاف في وجوب الفسل والوضوء بما قبل الإدراج .

قلت : قد توافق صاحب « العدة » والقاضي أبو الطيب ، والمهاملي ، والسرخسي صاحب « الأمالي » : فجزموا بالاكْتفاء بفسل النجاسة بعد الإدراج . والله أعلم

ولو لمس رجل امرأة ميتة بعد غسلها ، فإن قلنا : يجب إعادة الفسل أو الوضوء بخروج النجاسة ، وجباً هنا . كذا أطلقه في « التهذيب » . وذكر غيره : أنه تفريع على نقض طهر الملموس . وأما إذا قلنا : لا يجب إلا غسل المحل ، فلا يجب هنا شيء ، ولو وطئت بعد الفسل ، فإن قلنا بإعادة الفسل ، أو الوضوء للنجاسة ، وجب هنا الفسل . وإن قلنا بالأصح ، لم يجب هنا شيء .

قلت : كذا أطلقه الأصحاب ، وينبغي أن يكون فيه خلاف مبني على نجاسة باطن فرجها ، فإنها خرجت على الذكر ، وتنجس بها ظاهر الفرج . والله أعلم

فصل

فيمى بفسل الميت

الأصل أن يفسل الرجال الرجال ، والنساء النساء . وأولى الرجال بالفسل ، أولام بالصلاة عليه . وسيأتي ترتيبهم إن شاء الله تعالى . والنساء أولى بفسل المرأة بكل حال ، وليس للرجل غسل المرأة إلا لأحد أسباب ثلاثة . أحدها : الزوجية ، فله غسل زوجته المسلمة والذمية ، ولها غسله وإن تزوج أختها أو أربماً سواها على الصحيح . الثاني : المحرمية ، وظاهر كلام الفزالي ، تجوز الفسل للرجال المحرم مع وجود النساء ، لكن لم أر لامة الأصحاب تصريحاً بذلك ، وإنما يتكلمون في

الترتيب ، ويقولون : المحارم بعد النساء أولى . الثالث : ملك اليمين ، فللسيد غسل أمته ، ومدبرته ، وأم ولده ، ومكاتبته ، لأن كتابتها ترتفع بموتها . فان كن مزوجات ، أو معتدات ، لم يكن له غسلهن .

قلت : والمستبرأة كالمعتدة . والله أعلم

فرع

للرأة غسل زوجها ، فان طلقها رجعيًا ومات أحدهما في المدة ، لم يكن للآخر غسله ، لتحريم النظر في الحياة . وإلى متى تغسل زوجها ؟ فيه أوجه . أحها : أبداً . والثاني : ما لم تنقض عدتها بأن تضع حملًا عقيب موته . والثالث : ما لم يتزوج . وإذا غسل أحد الزوجين صاحبه ، لف على يده خرقه ولا يمسه ، فان خالف ، قال القاضي حسين : يصح الغسل ولا يبنى على الخلاف في انتقاض طهر الملبوس .

قلت : وأما وضوء الغاسل ، فينتقض ، قاله القاضي حسين . والله أعلم

فرع

هل للأمة ، والمدبرة ، وأم الولد ، غسل السيد ؟ وجهان . أحها : لا يجوز . وليس للمكاتبه غسله بلا خلاف ، لأنها كانت محرمة عليه .

قلت : والمزوجة ، والمعتدة ، والمستبرأة ، كالمكاتبه . صرح به في التهذيب ، وغيره . والله أعلم

فرع

لو مات رجل وليس هناك إلا امرأة أجنبية ، أو ماتت امرأة وليس هناك إلا رجل أجنبي ، فوجهان . أحدهما عند العراقيين ، والروايي ، والأكثرين : لا يفسل ، بل يُيَمَّم ويدفن . والثاني وهو قول القفال ، ورجحه إمام الحرمين ، والفزالي : يفسل في ثيابه ، ويلف القائل خرقة على يده ، ويفض طرفه ما أمكنه ، فإن اضطر للنظر ، نظر للضرورة .

قلت : حكى صاحب « الحاوي » هذا الثاني عن نص الشافعي رضي الله عنه ، وصححه . وحكى صاحب « البيان » وغيره وجهاً ثالثاً : أنه يدفن ، ولا يفسل ، ولا ييمم ، وهو ضعيف جداً . والله أعلم

فرع

إذا مات الخنثى المشكل وليس هناك محرم له من الرجال أو النساء ، فإن كان صغيراً ، جاز للرجال والنساء غسله ، وكذا واضح الحال من الأطفال ، يجوز للفريقين غسله ، كما يجوز مسه والنظر إليه . وإن كان الخنثى كبيراً ، فوجهان ، كسألة الأجنبي ، أحدهما : ييمم ويدفن . والثاني : يفسل . وفيمن يفسله أوجه . أحدها وبه قال أبو زيد : يجوز للرجال والنساء جميعاً غسله للضرورة ، واستحصاباً لحكم الصغر . والثاني : أنه في حق الرجال كالمرأة ، وفي حق النساء كالرجل ، أخذاً بالأحوط . والثالث : يشتري من تركته جارية لنفسه ، فإن لم يكن تركته ، اشترت من بيت المال . قال الأئمة : وهذا ضعيف ، لأن إثبات الملك ابتداءً

لشخص بعد موته مستبعد ، ولو ثبت ، فالأصح أن الأمة لا تفصل سيدها .
والمراد بالصغير : من لم يبلغ حداً يشتهى مثله ، وبالكبير من بلغه .

فصل

إذا ازدحم الصالحون للفصل ، فإن كان الميت رجلاً ، غسله أقاربه على ترتيب صلاتهم عليه . وهل تقدم الزوجة عليهم ؟ فيه وجهان .

قلت : وفيه ثلاثة أوجه . أحها : يقدم رجال العَصَبات ، ثم الرجال الأجانب ، ثم الزوجة ، ثم النساء المحارم . والثاني : يقدم الرجال الأقارب ، ثم الزوجة ، ثم الرجال الأجانب ، ثم النساء المحارم . والثالث : تقدم الزوجة على الجميع . والله أعلم

وإن كان الميت امرأة ، قدم النساء في غسلها ، وأولاهن نساء القرابة ، والأولى منهن ، ذات رحم محرم ، فإن استوت اثنتان في المحرمية ، فالتى في محل العصوبة أولى ، كالعمة مع الخالة ، واللواتى لا محرمية لهن ، يقدم منهن الأقرب فالأقرب ، وبعد نساء القرابة ، تقدم الأجنبية ، ثم رجال القرابة ، وترتيبهم كالصلاة . وهل يقدم الزوج على نساء القرابة ؟ وجهان . الأصح المنصوص : يقدمن عليه ، لأنهن أليق . والثاني : يقدم ، لأنه كان ينظر إلى مالا ينظرن ، ويقدم الزوج على الرجال الأقارب على الأصح ، وكل من قدمناه ، فشرطه الاسلام ، فإن كان كافراً ، فكالمردوم ، ويقدم من بعده حتى يقدم المسلم الأجنبي على القريب الكافر . ويشترط أيضاً أن لا يكون قاتلاً ، فإن قتل بحق ، بني على إرثه منه ، ولو أن المقدم في الفصل سلمه لمن بعده ، فله تعاطيه بشرط اتحاد الجنس ، فليس للرجال كلهم التفويض إلى النساء ، ولا العكس .

فصل

إذا مات المحرم لا يقرب طيباً ، ولا يؤخذ شعره وظفره ، ولا يلبس الرجل مخيطاً ، ولا يستر رأسه ، ولا وجه المرأة . ولا بأس بالتخمير عند غسله ، كما لا بأس بمجلوس المحرم عند المطار ، ولو ماتت ممتدة محدة ، جاز تطييبها على الأصح . قلت : قال أصحابنا : فلو طيب المحرم إنساناً ، أو ألبسه مخيطاً ، عصى ولا فدية ، كما لو قطع عضواً من ميت . والله أعلم

فصل

غير المحرم من الموتى ، هل يقلم ظفره ، ويؤخذ شعر إبطه ، وعاتته ، وشاربه ؟ قولان . القديم : لا يفعل ، كما لا يحنن . والجديد : يفعل . والقولان في الكراهة ، ولا خلاف أن هذه الأمور لا تستحب . قلت : قلّد الإمام الرافعي الروياني في قوله : لا تستحب بلا خلاف ، وإنما الخلاف في إثبات الكراهة وعدمها . وكذا قاله أيضاً الشيخ أبو حامد ، والمحاملي ، ولكن صرّح الأكثرون ، أو الكثيرون بخلافه ، فقالوا : الجديد : أنه يستحب . والقديم : يكره . ممن صرّح بهذا ، صاحب « الحاوي » ، والقاضي أبو الطيب ، والنزالي في « الوسيط » ، وغيرهم . وقطع أبو العباس الجرجاني بالاستعجاب ، وقال صاحب « الحاوي » : القول الجديد : أنه مستحب ، وتركه مكروه . وعجب من الرافعي كيف يقول ما قال ، وهذه الكتب مشهورة ، لاسيما « الوسيط » . وأما الأصح من القولين ، فقال جماعة : القديم هنا أصح ، وهو المختار ، فلم ينقل

عن النبي ﷺ ، والصحابة فيه شيء معتمد ، وأجزاء الميت محترمة ، فلا تنتهك بهذا . وأما قوله : كما لا يخفى ، فهذا هو المذهب الذي قطع به الجمهور . وفيه وجه : أنه يخفى . ووجه ثالث : يخفى البالغ دون الصبي . والله أعلم

فإذا قلنا بالجديد ، يخفى الغاسل في شمر الابطين والعانة بين الأخذ بالموسى أو بالنورة ، وقيل : تتمين النورة في العانة .

قلت : المذهب : أنه يخفى في الجميع ، فأما الشارب فيقصه كالحياة . قال الحاملي وغيره : يكره حلقه في الحي والميت . قال أصحابنا : ويفعل هذه الأمور قبل الفسل . بمن صرح به الحاملي ، وصاحب « الشامل » وغيرهما ، ولم يتعرض الجمهور لدفن هذه الأجزاء معه . وقال صاحب « المدة » : ما يأخذه منها ، يصره في كفته . ووافقه القاضي حسين ، وصاحب « التهذيب » في الشمر المنتف في تسريح الرأس والاحية كما تقدم ، وقال به غيرهم . وقال صاحب « الحاوي » : الاختيار عندنا : أنه لا يدفن معه ، إذ لا أصل له . والله أعلم

ولا يخلق رأسه بحال ، وقيل : إن كان له عادة بحلقه ، ففيه الخلاف كالشارب ، وجميع ما ذكرناه في صفة الفسل ، هو في غير الشهيد ، وسيأتي حكم الشهيد إن شاء الله تعالى .

فرع

لو تحرق مسلم ، بحيث لو غسل لتهراً ، لم يغسل ، بل ييمم ، ولو كان به قروح ، وخيف عليه من غسله تسارع البلى إليه بعد الدفن ، غسل ، فالجميع صائرُونَ إلى البلى .

قلت : يجوز للجنب والحائض غسل الميت بلا كراهة . ولو ماتا غسلًا غسلًا

واحداً . وإذا رأى الفاسل من الميت ما يمجبه ، استحب أن يتحدث به ، وإن رأى مايكره ، حرم عليه ذكره إلا لمصلحة ، وإن كان للميتة شعر ، فالسنة أن يجعل ثلاث ذوائب ، وتلقى خلفها ، وينبغي أن يكون مأمونا . ولو كان له زوجتان أو أكثر ، وتنازعن في غسله ، أقرع بينهما . ولو مات زوجات في وقت بهدم ، أو غرق ، أو غيره ، أقرع بينهما ، فقدم من خرجت قرعتها . قال الدارمي : قال الشافعي رحمه الله : لو مات رجل وهناك نساء مسلمات ، ورجال كفار ، أمرت الكفار بغسله ، وصلين عليه . وهذا تفريع على صحة غسل الكافر . قال الدارمي : وإذا نشف المفسول بثوب ، قال أبو إسحاق : لا ينجس الثوب ، سواء قلنا بنجاسة الميت ، أم لا . قال الدارمي : وفيه نظر . والله أعلم

باب

التكفين

تقدم أنه فرض كفاية . ويستحب في لون الكفن البياض ، وجنسه في حق كل ميت ، ما يجوز له لبسه في الحياة ، فيجوز تكفين المرأة في الحرير ، لكن يكره ، ويحرم تكفين الرجل به .

قلت : ولنا وجه شاذ منكر : أنه يحرم تكفين المرأة في الحرير . وأما الزعفر ، والمصفر ، فلا يحرم تكفينها فيه ، لكن يكره على المذهب . وفي وجه : لا يكره . قال أصحابنا : يعتبر في الأ فان المباحة حال الميت ، فان كان مكثراً ، فمن جياذ الثياب ، وإن كان متوسطاً ، فأوسطها ، وإن كان مقلاً ، فخشنها . قالوا : وتكره المغلاة فيه . قال القاضي حبيب ، وصاحب التهذيب ، : والمفسول أولى

من الجديد. واتفقوا على استحباب تحسين الكفن في البياض ، والنظافة ، وسبوغه ،
وكشافته ، لافي ارتفاعه ، والله أعلم

فصل

أقل الكفن ثوب ، وأكمله للرجال ثلاثة ، وفي قدر الثوب الواجب ، وجهان .
أحدهما : مايستر العورة ، ويختلف باختلاف عورة المكفّن في الذكورة والأنوثة .
والثاني : مايستر جميع بدنه إلا رأس المحرم ، ووجه المحرمة .
قلت : أصحابها : الأول . وصححه الجمهور ، وهو ظاهر النص . والله أعلم
وإذا كفن فيما لا يعم الرأس والرجلين ، ستر الرأس . والثوب الواجب حق لله
تعالى لا تنفذ وصية الميت باسقاطه . والثاني والثالث حق للميت تنفذ وصيته باسقاطها .
ولو لم يوض فقال بعض الورثة : يكفن بثوب ، وبعضهم : بثلاثة ، فالذهب يكفن
بثلاثة . وقيل : وجهان . أحدهما : بثوب . وأصحابها : بثلاثة ، ولو اتفقت الورثة
على ثوب ، قال في « التهذيب » : يجوز . وفي « التتمة » : انه على الخلاف .
قلت : قول « التتمة » أقيس . والله أعلم
ولو كان عليه ديون مستغرقة ، فقال القرماء : ثوب ، ثوب على الأصح .

فرع

محل الكفن : رأس مال التركة ، يقدم على الديون والوصايا والميراث ، لكن
لا يباع المرهون في الكفن ، ولا الجاني ، ولا ما وجبت فيه الزكاة .

قلت : ويلحق بالثلاثة ، المال الذي ثبت فيه حق الرجوع بافلاس الميت . وقد ذكره
الرافعي في أول الفرائض . والله أعلم

فإن لم يترك مالاً ، فكفنه على من هو في نفقته ، فعلى القريب كفن قريبه ،
وعلى السيد كفن عبده ، وأم ولده ، ومكاتبه ، وسواء في أولاده كانوا صغاراً ،
أو كباراً ، تجب عليه أكفانهم ، لأنهم عاجزون بالموت ، ونفقة عاجزهم واجبة .
ويجب على الزوج كفنها ، ومؤنة تجهيزها على الأصح . فعلى هذا ، لو لم يكن
للزوج مال ، ففي مالها . أما إذا لم يترك الميت مالاً ، ولا كان له من تلزمه نفقته ،
فيجب كفنه ومؤنة تجهيزه في بيت المال ، كنفقته . وهل يكفن منه بثوب واحد ، أم
بثلاثة ؟ وجهان . أصحابنا : بثوب . فإن قلنا : ثوب ، فلو ترك ثوباً لم يزد من
بيت مال ، وإن قلنا : ثلاثة ، كملت على الأصح . وإذا لم يكن في بيت المال مال ،
فعلى عامة المسلمين الكفن ومؤنة التجهيز .

قلت : قال القاضي حسين : إذا مات وهو في نفقة غيره ، هل يلزمه
تكفينه بثلاثة أثواب ، أم بثوب ؟ وجهان . أصحابنا : ثوب . وقطع هو وصاحب
« التهذيب » بأنه إذا لم يكن في بيت المال مال ، ولزم المسلمين تكفينه ، لا يجب
أكثر من ثوب . والله أعلم

فرع

قدمنا أن الأفضل في كفن الرجل ثلاثة أثواب . فلو زيد إلى خمسة ،
جاز ، ولا يستحب . ويستحب تكفين المرأة في خمسة ، والخمسة كالمرأة ،
والزيادة على الخمسة مكروهة على الإطلاق .

قلت : قال إمام الحرمين : قال الشيخ أبو علي : وليست الخمسة في حق المرأة كالثلاثة للرجل ، حتى نقول : يحجر الورثة عليها ، كما يحجرون على الثلاثة . قال الامام : وهذا متفق عليه . والله أعلم .

ثم إن كفن الرجل والمرأة في ثلاثة ، فالستحب ثلاث لفائف . وإن كفن الرجل في خمسة ، فثلاث لفائف ، وقميص ، وعمامة ، وتجملان تحت اللفائف . وإن كفنت المرأة في خمسة ، فقولان . الجديد : إزار وخمار ، وثلاث لفائف . والقديم وهو الأظهر عند الأكثرين : إزار وخمار وقميص ولفافتان . وهذه المسألة مما يفتى فيه على القديم .

قلت : قال الشيخ أبو حامد ، والمحامي : المعروف للشافعي في عامة كتبه ، أنه يكون فيها قميص . قالوا : والقول الآخر : لا يعرف إلا عن المزني ، فعلى هذا الذي نقلا ، لا يكون إثبات القميص مختصاً بالقديم . والله أعلم .

ثم قال الشافعي رحمه الله : يشد على صدرها ثوب ، لثلاث تنتشر أكفانها ، واختلف فيه . فقال أبو إسحاق : هو ثوب سادس ، ويحلى عنها إذا وضعت في القبر . وقال ابن سريج : يشد عليها ثوب من الخمسة ويترك ، والأول أصح عند الأصحاب .

وأما ترتيب الخمسة ، فقال المحامي وغيره : على قول أبي إسحاق : إن قلنا : تقمص ، شد عليها المتزر ، ثم القميص ، ثم الخمار ، ثم تلف في ثوبين ، ثم يشد السادس ، وإن قلنا : لا تقمص ، شد المتزر ، ثم الخمار ، ثم تلف في اللفائف ، ثم يشد عليها خرقة . وعلى قول ابن سريج : إن قلنا : تقمص ، شد المتزر ، ثم الدرع ، ثم الخمار ، ثم يشد عليها الخرقة ، ثم تلف في ثوب . وإن قلنا : لا تقمص ، شد المتزر ، ثم الخمار ، ثم تلف في ثوب ، ثم يشد عليها آخر ، ثم تلف في الخامس . وإذا وقع التكفين في اللفائف الثلاث ، ففيها وجهان .

أحدهما : تكون متفاوتة في الأول ، يأخذ ما بين سرتة وركبتيه . والثاني : من عنقه إلى كعبه . والثالث : يستر جميع بدنه . وأصحهما : تكون متساوية في الطول والمرض ، يأخذ كل واحد منها جميع بدنه . ولا فرق في التكفين في الثلاث ، بين الرجل والمرأة ، وإنما يفترقان في الخمسة كما تقدم .

فرع

يستحب تبخير الكفن بالعود ، إن لم يكن الميت محرماً ، فتنصب بمخرة ، وتوضع الأكفان عليها ليصيبها دخان العود ، ثم تبسط أحسن اللقائف وأوسعها ، ويذرُّ عليها حنوط ، وتبسط الثانية فوقها ، ويذرُّ عليها حنوط ، وتبسط الثالثة التي تلي الميت فوقها ، ويذرُّ عليها حنوط وكافور ، ثم يوضع الميت فوقها مستلقياً ، ويؤخذ قدر من القطن المحلوج ، ويجعل عليه حنوط وكافور ، ويدس بين أليتيه حتى يتصل بالحلقة ليرد شيئاً يتعرض للخروج ، ولا يدخله في باطنه ، وفيه وجه ضعيف : أنه لا بأس به ، ثم يسد أليتيه ويستوثق بأن يأخذ خرقة ، ويشق رأسها ، ويجعل وسطها عند أليتيه وعاتته ، ويشدها فوق السرة بأن يرد ما يلي ظهره إلى سرتة ، ويعطف الشقين الآخرين عليه . ولو شد شقاً من كل رأس على خذه ، ومثله على الفخذ الثانية ، جاز . وقيل : يشدها عليه بانخيط ، ولا يشق طرفيها ، ثم يأخذ شيئاً من القطن ويضع عليه قدرأ من السكافور والحنوط ، ويجعل على منافذ البدن من المنخرين ، والأذنين ، والعينين ، والجراحات النافذة ، دفعاً للهوام ، ويجعل الطيب على مساجده ، وهي الجبهة ، والأنف ، وباطن الكفين ، والركبتان ، والقدمان ، فيجعل الطيب على قطن ، ويجعل على هذه المواضع . وقيل : يجعل عليها بلا قطن . ثم يلقى الكفن عليه بأن يثني من الثوب الذي يلي

البيت طرفه الذي يلي شقه الأيسر ، على شقه الأيمن ، والذي يلي الأيمن على الأيسر ، كما يفعل الحي بالقباء ، ثم يلف الثاني والثالث كذلك . وفيه قول آخر: أنه يبدأ بالطرف الذي يلي شقه الأيمن . والأول أصح عند الجمهور ، ومنهم من قطع به . وإذا لف الكفن عليه ، جمع الفاضل عند رأسه جمع المهمة ، ورد على وجهه وصدره إلى حيث بلغ ، وما فضل عند رجله يجعل على القدمين والساقين . وينبغي أن يوضع البيت على الأكفان أولاً ، بحيث إذا وضع ولف عليه كان الفاضل عند رأسه أكثر ، ثم تشد الأكفان عليه بشداد ، خيفة انتشارها عند الحمل ، فإذا وضع في القبر نزع . وفي كون الخنوط مستحجاً ، أو واجباً ، وجهان . أصحها : مستحب .

قلت : مذهبن أن الصبي الصغير كالكبير في استحباب تكفينه في ثلاثة أثواب . وقال الضيمري : لا يستحب أن يعد لنفسه كفنًا لئلا يحاسب عليه . وهذا الذي قاله صحيح ، إلا إذا كان من جهة يقطع بحملها ، أو من أثر بعض أهل الخير من العلماء ، أو العبّاد ونحو ذلك ، فإن ادّخره حسن . وقد صح عن بعض الصحابة فعله .
والله أعلم

باب

حمل الجنّازة

ليس في حمل الجنّازة دناءة وسقوط مروءة ، بل هو برٌّ وإكرام للميت ، ولا يتولاه إلا الرجال ، ذكراً كان الميت ، أو أنثى ، ولا يجوز الحمل على الهيئات الزرية ، ولا على الهيئة التي يحنى منها السقوط . ولحمل كيفيتان . إحداها : بين العمودين ، وهو أن يتقدم رجل فيضع الخشبتيْن الشاخصتيْن ، وهما العمودان

على عاتقيه ، والخشبة المعترضة بينها على كتفه ، ويحمل مؤخر النعش رجلان ، أحدهما من الجانب الأيمن ، والآخر من الأيسر ، ولا يتوسط الخشبتيْن المؤخرتين واحد ، فانه لا يرى موضع قدميه ، فان لم يستقل المقدم بالجل ، أعانه رجلان خارج العمودين ، يضع كل واحد منها واحداً منها على عاتقه ، فتكون الجنازة محمولة على خمسة . والكيفية الثانية : الترييع ، وهو أن يتقدم رجلان ، فيضع أحدهما العمود الأيمن على عاتقه الأيسر ، والآخر العمود الأيسر على عاتقه الأيمن ، وكذلك يحمل العمودين من آخرهما رجلان ، فتكون الجنازة محمولة بأربعة . قال الشافعي رضي الله عنه : من أراد التبرك بحمل الجنازة من جوانبها الأربعة ، بدأ بالعمود الأيسر من مقدمها ، فحمله على عاتقه الأيمن ، ثم يسلمه إلى غيره ، ويأخذ العمود الأيسر من مؤخرها ، فيحمله على عاتقه الأيمن أيضاً ، ثم يتقدم فيعرض بين يديها لئلا يكون ماشياً خلفها ، فيأخذ العمود الأيمن من مقدمها على عاتقه الأيسر ، ثم يأخذ العمود الأيمن من مؤخرها ، ولا شك أن هذا إنما يتأتى إذا حملت الجنازة على هيئة الترييع . وكل واحدة من الكيفيتين جائزة . قال بعض الأصحاب : والأفضل أن يجمع بينهما ، بأن يحمل تارة كذا ، وتارة كذا ، فان اقتصر فأيهما أفضل ؟ فيه ثلاثة أوجه . الصحيح المعروف : الحمل بين العمودين أفضل . والثاني : الترييع . والثالث : هما سواء .

فصل

الشيء أمام الجنازة أفضل للراكب ، والمشي ، والأفضل أن يكون قريباً منها ، بحيث لو التفت رآها ، ولا يتقدمها إلى المقبرة ، فلو تقدم لم يكره ، وهو بالخيار ، إن شاء قام منتظراً لها ، وإن شاء قعد . والسنة الاسراع بالجنازة ، إلا أن يخاف

من الاسراع تغير الميت ، فيتأثى . والمراد بالاسراع : فوق الشيء المعتاد دون الحجب ، فان خيف عليه تغير ، أو انفجار ، أو اتفاخ ، زيد في الاسراع .

قلت : ينبغي أن لا يركب في ذهابه مع الجنازة إلا لمذر ، ولا بأس به في الرجوع . وقد تقدم بيانه في الجملة . قال أصحابنا : وإن كان الميت امرأة ، استحب أن يتخذ لها ما يسترها ، كالخيمة ، والقبة . قالوا : واتباع الجنازة سنة متأكدة في حق الرجال ، وأما النساء فلا يتبعن . ثم قيل : الاتباع حرام عليهن ، والصحيح أنه مكروه إذا لم يتضمن حراما . قال أصحابنا : ولا يكره للمسلم اتباع جنازة قريبه الكافر . قال الشافعي ، وأصحابنا رحمهم الله : يكره أن تتبع الجنازة بنار في بحرة أو غيرها ، ونقل ابن المنذر وغيره الإجماع عليه . وقال بعض أصحابنا : لا يجوز ذلك . والمذهب : الكراهة . وكذا يكره أن يكون عند القبر بحرة . وأما النياحة والصياح وراء الجنازة ، فحرام شديد التحريم . ويكره الالط في الشيء منها ، والحديث في أمور الدنيا ، بل المستحب الفكر في الموت وما بعده ، وفناء الدنيا ، ونحو ذلك . قال الشافعي وأصحابنا : وإذا مرت به جنازة ولم يرد الذهاب معها ، لم يقر لها ، بل نص أكثر أصحابنا على كراهة القيام . ونقل الحمالي لإجماع الفقهاء عليه ، وانفرد صاحب « التتمة » باستحباب القيام للأحاديث الصحيحة فيه ، قال الجمهور : الأحاديث منسوخة . وقد أوضحت ذلك في « شرح المذهب » . والله أعلم

باب

الصلاة على الميت

تقدم أنها فرض كفاية ، ويشترط فيمن يصلّي عليه ثلاثة أمور ، أن يكون ميتاً مسلماً غير شهيد ، فلو وجد بعض مسلم ولم يعلم موته ، لم يصل عليه . وإن

علم موته ، صَلَّيَ عَلَيْهِ وَإِنْ قُلُ الْمَوْجُود . هذا في غير الشعر والظفر ونحوهما ، وفي هذه الأجزاء وجهان . أقربها إلى إطلاق الأكثرين أنها كثيرها ، لكن قال في « العدة » : إن لم يوجد إلا شجرة واحدة ، لم يصل عليها في ظاهر المذهب . ومتى شرعت الصلاة ، فلا بد من الغسل والموارة بخرقه . وأما الدفن ، فلا يختص بما إذا علم موت صاحبه ، بل ما ينفصل من الحي من شعر وظفر وغيرها يستحب له دفنه ، وكذلك يوارى دم الفصد ، والحجامة . والمعلقة والمضغة تلقى المرأة . ولو وجد بمض ميت أو كله ، ولم يعلم أنه مسلم ، فإن كان في دار الاسلام ، صَلَّيَ عَلَيْهِ ، لأن الغالب فيها الاسلام . ثم متى صلى على العضو ، ينوي الصلاة على جملة الميت ، لا على العضو وحده .

فرع

السقط له حالان . أحدهما : أن يستهل أو يبكي ثم يموت ، فهو كالكبير . الثاني : أن لا تتيقن حياته باستهلال ولا غيره ، فتارة يمرى عن أمانة ، كالاختلاج ونحوه ، وتارة لا يمرى ، فإن عري ، نظر ، إن لم يبلغ حداً ينفخ فيه الروح ، وهو أربعة أشهر فصاعداً ، لم يصل عليه قطعاً ، ولا يغسل على المذهب . وقيل : في غسله قولان ، وإن بلغ أربعة أشهر ، صَلَّيَ عَلَيْهِ في القديم ، ولم يصل في الجديد ، ويغسل على المذهب . وقيل : قولان . والفرق أن الغسل أوسع ، فإن الذي يغسل بلا صلاة . أما إن اختلج ، أو تحرك ، فيصلى عليه على الأظهر . وقيل : قطعاً . ويغسل على المذهب ، وقيل : فيه القولان . وما لم يظهر فيه خلقة آدمي يكنى فيه الموارة كيف كانت ، وبعد ظهورها حكم التكفين حكم الغسل .

فصل

لا تجوز الصلاة على كافر ، حربياً كان ، أو ذمياً ، ولا يجب على المسلمين غسله ، ذمياً كان ، أو حربياً ، لكن يجوز ، وأقاربه الكفار أولى بنفسه من أقاربه المسلمين . وأما تكفينه ودفنه ، فإن كان ذمياً ، وجب على المسلمين على الأصح ، وفاءً بذمته ، كما يجب إطعامه وكسوته في حياته ، وإن كان حربياً ، لم يجب تكفينه قطعاً ، ولا دفنه على المذهب . وقيل : وجهان . أحدهما : يجب . والثاني : لا ، بل يجوز إغراء الكلب عليه ، فإن دفن فلتلاً يتأذى الناس بريحه ، والمرتد كالحربي ، ولو اختلط بموق المسلمين بالكفار ولم يتميزوا ، وجب غسل جميعهم والصلاة عليهم ، فإن صلى عليهم دفعة واحدة ، جاز ، ويقصد المسلمين منهم . وإن صلى عليهم واحداً واحداً ، جاز ، وينوي الصلاة عليه إن كان مسلماً ويقول : « اللهم اغفر له إن كان مسلماً » . قلت : الصلاة عليهم دفعة أفضل ، واقتصر عليها الشافعي وجماعة من الأصحاب . واختلاط الشهداء بغيرهم كاختلاط الكفار . والله أعلم

فصل

الشهيد لا يغسل ، ولا يصلى عليه . وقال الزني : يصلى عليه ولا فرق عندنا بين الرجل والمرأة ، والحُر والعبد ، والبالغ والصبي . ثم المراد بترك الصلاة ، أنها حرام على الصحيح . وعلى الثاني : لا تجب ، لكن تجوز . وأما النسل ، فإن أدى إلى إزالة دم الشهادة ، فحرام قطعاً ، وإلا فحرام على المذهب . وقيل كالصلاة . واسم الشهيد قد يخص في الفقه بمن لا يغسل ولا يصلى عليه ، وقد يسمى كل

مقتول ظالماً شهيداً وهو أظهر ، وهو الذي نص عليه الشافعي رحمه الله في « المختصر » ، وعلى هذا ، الشهيد نوعان .

أحدهما : من لا يغسل ولا يصلى عليه ، وهو من مات بسبب قتال الكفار حال قيام القتال ، سواء قتله كافر ، أو أصابه سلاح مسلم خطأ ، أو عاد إليه سلاحه ، أو سقط عن فرسه ، أو رمخته دابة فمات ، أو وجد قتيلاً عند انكشاف الحرب ، ولم يعلم سبب موته ، سواء كان عليه أثر دم ، أم لا . أما إذا مات في معترك الكفار لا بسبب القتال ، بل بمرض ، أو فجأة ، فالذهب أنه ليس بشهيد ، وقيل : على وجهين . ولو جرح في القتال ومات بعد انقضائه ، فإن قطع بموته من تلك الجراحة وبقي فيه بعد انقضاء الحرب حياة مستقرة ، فقولان . أظهرهما : ليس بشهيد ، وسواء في جريان القولين أكل وتكلم وصلى ، أم لا ، طال الزمان أم قصر . وقيل : إن مات عن قرب ، فقولان ، وإن بقي أياماً ، فليس بشهيد قطعاً . وأما إذا انقضت الحرب وليس فيه إلا حركة مذبوح ، فشهد بلا خلاف . وإن انقضت وهو متوقع البقاء ، فليس بشهيد بلا خلاف . ولو دخل الحربي دار الاسلام فقتل مسلماً اغتيالاً ، فليس بشهيد على الصحيح . ولو قتل أهل البني رجلاً من أهل المدل ، غسل وصلى عليه على الأظهر . وبغسل الباغي المقتول ، وبصلى عليه قطعاً . ومن قتله قطاع الطريق ، قيل : ليس بشهيد قطعاً . وقيل : كالمدل .

النوع الثاني : الشهداء العارون عن جميع الأوصاف المذكورة ، كالبطون ، والمطمون ، والغريق ، والغريب ، والميت عشقاً ، والميتة في الطلق ، ومن قتله مسلم ، أو ذمي ، أو باغٍ ، في غير القتال ، فهم كسائر الموتي ينسلون وبصلى عليهم ، وإن ورد فيهم لفظ الشهادة ، وكذا المقتول قصاصاً أو حداً ليس بشهيد . وإذا قتل تارك الصلاة ، غسل وكفن وصلى عليه ودفن في مقابر المسلمين ، ورفع قبره كغيره ، كما يفعل بسائر أصحاب الكبائر ، هذا هو الصحيح . وفي وجه : لا يغسل ، ولا يصلى عليه ، ولا يكفن ، ويطمس قبره تغليظاً عليه .

وأما قاطع الطريق ، فينبى أمره على صفة قتله وصلبه ، وفيه قولان .
أظهرهما : يقتل ، ثم يغسل ويصلى عليه ، ثم يصلب مكفناً . والثاني : يصلب ،
ثم يقتل . وهل ينزل بعد ثلاثة أيام ، أم يبقى حتى يتهراً ؟ وجهان . إن قلنا
بالأول ، أنزل فغسل وصلى عليه . وعلى الثاني : لا يغسل ولا يصلى عليه . قال
إمام الحرمين : وكان لا يمتنع أن يقتل مصلوباً ، وينزل ، فيغسل ويصلى عليه ،
ثم يرذ ، ولكن لم يذهب إليه أحد . وقال بعض أصحابنا : لا يغسل ولا يصلى عليه
على كل قول .

فرع

لو استشهد جنب ، لم يغسل على الأصح ، ولا يصلى عليه قطعاً .
قلت : ولو استشهد حائض ، فإن قلنا : الجنب لا يغسل ، فهي أولى ، وإلا
فوجهان حكاهما صاحب « البحر » بناءً على أن غسل الحائض يتعلق برؤية الدم ،
أم بانقطاعه ، أم بهما ؟ إن قلنا : برؤيته ، فكالجنب . والله أعلم .
ولو أصابته نجاسة لا بسبب الشهادة ، فالأصح أنها تغسل . والثاني : لا .
والثالث : إن أدى غسلها إلى إزالة أثر الشهادة ، لم تغسل ، وإلا غسلت .

فرع

والأولى أن يكفن الشهيد في ثيابه الملوثة بالدم ، فإن لم يكن ما عليه سابقاً ،
تمم ، وإن أراد الورثة نزع ما عليه من الثياب وتكفينه في غيرها ، جاز . أما
الدرع ، والجلد ، والفراء ، والخفاف ، فتزاع .

فصل

فيما هو أولى بالصلاة على الميت

وفي الولي والوالي قولان . القديم : الوالي أولى ، كما في سائر الصلوات ،
ثم إمام المسجد ، ثم الولي . والجديد : الولي أولى .

قلت : وهو الأظهر . والله أعلم

والمراد بالولي : القريب ، فلا يقدم غيره ، إلا أن يكون القريب أئق ،
وهناك ذكر أجنبي ، فهو أولى ، حتى يقدم الصبي المراهق على المرأة القريبة . وكذا
الرجل أولى من المرأة بامامة النساء في سائر الصلوات . وأولى الأقارب : الأب ،
ثم الجد أب الأب وإنت علا ، ثم الابن ، ثم ابن الابن وإن سفل ، ثم الأخ .
وهل يقدم الأخ من الأبوين على الأخ من الأب ؟ فيه طريقتان . المذهب :
تقديمه . والثاني : على قولين كولاية النكاح . أظهرهما : يقدم . والثاني : سواء ،
فعلى المذهب : المقدم بدهما ابن الأخ من الأبوين ، ثم من الأب ، ثم من المم
للأبوين ، ثم للأب ، ثم ابن المم للأبوين ، ثم عم الأب ، ثم بنوه ، ثم عم
الجد ، ثم بنوه على ترتيب الإرث .

قلت : قال أصحابنا : لو اجتمع أبناء عم ، أحدهما أخ لأم ، فعلى الطريقين .
والله أعلم

فإن لم يكن عصبة ، قدم المتق . قال إمام الحرمين : ولعل الظاهر تقديمه
على ذوي الأرحام . ولهم حق في هذا الباب ، فإذا لم يكن هناك عصبة بالنسب ، ولا
بالولاء ، قدم أبو الأم ، ثم الأخ للأُم ، ثم الخال ، ثم المم للأُم . ولو أوصى
أن يصلي عليه أجنبي ، فطريقان . المذهب ، وبه قطع الجمهور : يقدم القريب .

والثاني : وجهان . أحدهما : هذا . والثاني : يقدم الموصى له ، كالوجهين فيمن أوصى أجنبياً على أولاده ولهم جد .

فرع

إذا اجتمع اثنان في درجة ، كابنين أو أخوين ، وتنازعا ، نص في « المختصر » : أن الأسن أولى - وقال : في سائر الصلوات الأئمة أولى . قال الجمهور : المسألان على ما نص عليه ، وهذا هو المذهب . وقيل : فيها قولان بالتخريج . والمراد بالأسن : الأكبر - وإن كانا شابين ، وإنما يقدم الأسن إذا حدت حاله . أما الفاسق والبتدع ، فلا . ويشترط بمضي السن في الاسلام كما سبق في سائر الصلوات . ولو استوى اثنان في درجة وأحدهما رقيق ، والآخر حر ، فالحر أولى ، فإن كان أحدهما رقيقاً فقيهاً ، والآخر حرّاً غير فقيه ، فوجهان . وقال في « الوسيط » : لعل التسوية أولى .

قلت : الأصح ، تقديم الحر . والله أعلم

ولو كان الأقرب رقيقاً ، والأبعد حرّاً ، كأخ رقيق ، وعم حر ، فالأصح عند الجمهور : العم أولى . والثاني : الأخ . وقيل : سواء ، ولو استوا في كل شيء ، فإن رضوا بتقدم واحد ، فذاك ، وإلا أقرع .

فصل

السنة أن يقف الامام عند عجيبة المرأة قطعاً ، وعند رأس الرجل على الصحيح الذي قطع به الجمهور . والثاني : عند صدره . ولو تقدم على الجنابة الحاضرة ، أو القبر ، لم يصح على المذهب .

فرع

إذا حضرت جناز، جاز أن يصلي على كل واحدة صلاة، وهو الأولى، وجاز أن يصلي على الجميع صلاة واحدة، سواء كانوا ذكوراً أو إناثاً، فإن كانوا نوعاً واحداً، ففي كيفية وضعهم وجهان. وقيل: قولان. أصحابها: يوضع بين يدي الامام في جهة القبلة بمضها خلف بمض ليحاذي الامام الجميع. والثاني: يوضع الجميع صفّاً واحداً، رأس كل إنسان عند رجل الآخر، ويجعل الامام جميعهم عن يمينه، ويقف في محاذة الآخر. وإن اختلف النوع، تعين الوجه الأول. ومتى وضعوا كذلك، فمن يقدم إلى الامام؟ ينظر، إن جاؤوا دفعة واحدة، نظر، إن اختلف النوع، قدم إليه الرجل، ثم الصبي، ثم الخثى، ثم المرأة. ولو حضر جماعة من الخنثى، وضعت صفّاً واحداً، لئلا تتقدم امرأة رجلاً. وإن اتحد النوع، قدم إليه أفضلهم، والمعتبر فيه الورع، والخصال التي ترغب في الصلاة عليه، ويقلب على الظن كونه أقرب رحمة من الله تعالى، ولا يقدم بالحرية. وإن استووا في جميع الخصال، وتنازع الأولياء في التقديم، أقرع بينهم، وإن رضوا بتقديم واحد، فذاك. وأما إذا جاءت الجناز متعاقبة، فيقدم إلى الامام أسبقها وإن كان المتأخر أفضل، هذا إن اتحد النوع. فلو وضعت امرأة. ثم حضر رجل، أو صبي، نحيت ووضع الرجل أو الصبي بين يدي الامام، ولو وضع صبي، ثم حضر رجل، فالصحيح أنه لا ينحى الصبي، بل يقال لولي الرجل: إما أن تجعل جنازتك وراء الصبي، وإما أن تنقله إلى موضع آخر. وعلى الشاذ: الصبي كالمرأة. فإن قيل: ولي كل ميت أولى بالصلاة عليه، فمن يصلي على الجناز صلاة واحدة، قلنا: من لم يرض بصلاة غيره، صلى على ميتة، وإن رضوا جميعاً بصلاة واحدة، صلى ولي السابقة، رجلاً كان ميتة أو امرأة، وإن حضروا معاً، أقرع.

فصل في كيفية الصلاة

أما أقلها ، فأركانها سبعة .

الأول : النية ، ووقتها ما سبق في سائر الصلوات . وفي اشتراط الفرضية
الخلاف المتقدم ، وهل يشترط التعرض لكونها فرض كفاية ، أم يكفي مطلق الفرض ؟
وجهان . أصحابها الثاني . ثم إن كان الميت واحداً ، نوى الصلاة عليه ، وإن
حضر موقى ، نوى الصلاة عليهم ، ولا حاجة إلى تعيين الميت ومعرفته ، بل لو
نوى الصلاة على من يصلي عليه الامام ، جاز ، ولو عين الميت وأخطأ ، لم تصح .
قلت : هذا إذا لم يشر إلى الميت المعين ، فإن أشار ، صح في الأصح .
والله اعلم

ويجب على المقتدي نية الاقتداء .

الركن الثاني : القيام ، ولا يجزئ عنه القمود مع القدرة على المذهب ، كما
سبق في التيمم .

الثالث : التكبيرات الأربع ، ولو كبر خمساً ساهياً ، لم تبطل صلاته ، ولا
مدخل لسجود السهو في هذه الصلاة . وإن كان عامداً لم تبطل أيضاً على الأصح
الذي قاله الأكثرون . وقال ابن سريج : الأحاديث الواردة في تكبير الجنائز
أربعاً ، وخمساً هي من الاختلاف المباح ، والجميع سائغ . ولو كبر إمامه خمساً ،
فإن قلنا : الزيادة مبطللة ، فارقه ، وإلا فلا ، ولكن لا يتابعه فيها على الأظهر ،
وهل يسلم في الحال ، أم له انتظاره ليسلم معه ؟ وجهان . أصحابها الثاني .

الرابع : السلام ، وفي وجوب نية الخروج معه ، ماسبق في سائر الصلوات ، ولا يكفي : السلام عليك ، على المذهب ، وفيه تردد جواب عن الشيخ أبي علي .
الخامس : قراءة الفاتحة بعد التكبيرة الأولى ، فظاهر كلام الغزالي ، أنه ينبغي أن تكون الفاتحة عقب الأولى متقدمة على الثانية ، لكن حكى الروياني وغيره عن نسه : أنه لو أخر قراءتها إلى التكبيرة الثانية ، جاز .

السادس : الصلاة على النبي ﷺ بعد الثانية ، وفي وجوب الصلاة على الآل ، قولان أو وجهان كسائر الصلوات ، وهذه أولى بالمنع .

السابع : الدعاء للميت بعد التكبيرة الثالثة ، وفيه وجه : أنه لا يجب تخصيص الميت بالدعاء ، بل يكفي إرساله للمؤمنين والمؤمنات . وقدر الواجب من الدعاء ، ما ينطلق عليه الاسم . وأما الأفضل ، فسيأتي إن شاء الله تعالى .

وأما أكمل هذه الصلاة ، فلها سنن . منها رفع اليدين في تكبيراتها الأربع ، ويجمع يديه عقب كل تكبيرة ، ويضعهما تحت صدره كباقي الصلوات ، ويؤمن عقب الفاتحة ، ولا يقرأ السورة على المذهب ، ولا دعاء الاستفتاح على الصحيح ، ويتعوذ على الأصح ، ويسر بالقراءة في النهار قطعاً ، وكذا في الليل على الصحيح . ونقل الزني في « المختصر » : أنه عقب التكبيرة الثانية يحمده الله تعالى ، ويصلي على النبي ﷺ ، ويدعو للمؤمنين والمؤمنات ، فهذه ثلاثة أشياء ، أوسطها الصلاة على النبي ﷺ ، وهي ركن كما تقدم . وأولها ، الحمد ولا خلاف أنه لا يجب ، وفي استحبابه وجهان . أحدهما وهو مقتضى كلام الأكثرين : لا يستحب . والثاني : يستحب ، وجزم به صاحب « التتمة » ، و « التهذيب » .

قلت : نقل إمام الحرمين اتفاق الأصحاب على الأول ، وأن ما نقله الزني غير سديد ، وكذا قال جمهور أصحابنا المصنفين ، ولكن جزم جماعة بالاستحباب ، وهو الأرجح . والله أعلم

وأما ثالثها ، وهو الدعاء للمؤمنين والمؤمنات ، فمستحب عند الجمهور ، وحكى إمام الحرمين فيه تردداً للأئمة .

قلت : ولا يشترط ترتيب هذه الثلاثة ، لكنه أولى . والله أعلم

ومن السنونات : إكثار الدعاء للميت في الثالثة ، ويقول : « اللهم هذا عبدك ، وابن عبدك ، خرج من روح الدنيا وسعها ومحبوبه وأحباؤه فيها ، إلى ظلمة القبر وما هو لاقيه ، كان يشهد أن لا إله أنت ، وأن محمداً عبدك ورسولك ، وأنت أعلم به ، اللهم نزل بك وأنت خير منزل به ، وأصبح فقيراً إلى رحمتك وأنت غني عن عذابه ، وقد جئناك راغبين إليك ، شفعا له ، اللهم إن كان محسناً فزد في إحسانه ، وإن كان مسيئاً فتجاوز عنه ، ولاقه برحمتك رضاك ، وقه فتنة القبر وعذابه ، وافسح له في قبره ، وجاف الأرض عن جنبه ، ولقه برحمتك الأمن من عذابك حتى تبعثه إلى جنتك يا أرحم الراحمين » . هذا نص الشافعي في « المختصر » . وفيها دعاء آخر ، وعليه أكثر أهل خراسان ، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : كان رسول الله ﷺ إذا صلى على جنازة قال : « اللهم اغفر لحينا وميتنا ، وشاهدنا وغائبنا ، وصغيرنا وكبيرنا ، وذكرنا وأنثانا ، اللهم من أحييته منا فأحيه على الإسلام ، ومن توفيته منا فتوفه على الإيمان » فإن كان الميت امرأة ، قال : « اللهم هذه أمتك وبنت عبدك » ويؤتى الكتابات .

قلت : ولو ذكرها على إرادة الشخص ، لم يضر . قال البخاري ، وسائر الحفاظ : أصبح دعاء الجنازة ، حديث عوف بن مالك في « صحيح مسلم » وهو أن النبي ﷺ ، صلى على جنازة فقال : « اللهم اغفر له ، وارحمه ، وعافه ، واعف عنه ، وأكرم نزله ، ووسع مدخله ، واغسله بالماء والثلج والبرد ، ونقه من الخطايا كما نقيت الثوب الأبيض من الدنس ، وأبدله داراً خيراً من داره ، وأهلاً خيراً من أهله ، وزوجاً خيراً من زوجته ، وأدخله الجنة ، وأعذه من عذاب القبر وفتنته ، ومن عذاب النار » . والله أعلم

وإن كان طفلاً ، اقتصر على رواية أبي هريرة رضي الله عنه ، ويضم إليه :
« اللهم اجعل له فرطاً لأبويه ، وسلفاً ، وذخراً ، وعظماً ، واعتباراً ، وشافعياً ،
وتقتل به موازينها ، وأفرغ الصبر على قلوبها ، ولا تفتنها بعده ، ولا تحرمها أجره » .
وأما التكبيرة الرابعة ، فـ يمرض الشافعي في معظم كتبه لذكر عقبها ، ونقل
البويطي عنه أنه يقول عقبها : « اللهم لا تحرمنا أجره ، ولا تفتننا بعده » كذا
نقل الجمهور عنه ، وهذا الذكر ليس بواجب قطعاً ، وهو مستحب على المذهب .
وقيل : في استحبابه وجهان . أحدهما : لا يستحب ، بل إن شاء قله ، وإن
شاء تركه .

قلت : يسن تطويل الدعاء عقب الرابعة ، وصح ذلك عن فعل النبي ﷺ .
والله أعلم

وأما السلام ، فالأظهر أنه يستحب تسليمتان . وقال في « الاملاء » : تسليمة
يبدأ بها إلى يمينه ، ويختمها ملتفتاً إلى يساره ، فيدير وجهه وهو فيها ، هذا نصه .
وقيل : يأتي بها تلقاء وجهه بغير التفات . قل إمام الحرمين : ولا شك أن هذا
الخلاف في صفة الالتفات يجري في سائر الصلوات إذا قلنا : يقتصر على تسليمة .
ثم قيل : القولان هنا في الاختصار على تسليمـة ، هما القولان في الاختصار في
سائر الصلوات . والأصح : أنها مرتبان عليها ، إن قلنا هناك بالاختصار ، فهنا أولى ،
وإلا فقولان ، فإن الاختصار هناك قول قديم ، وهنا هو قوله في « الاملاء » ،
وهو جديد . وإذا اقتصر على تسليمة ، فهل يقتصر على « السلام عليكم » أم يزيد
« ورحمة الله ؟ » فيه تردد حكاه أبو علي .

فرع

المسبوق إذا أدرك الامام في أثناء هذه الصلاة ، كبر ولم ينتظر تكبيرة الامام المستقبل ، ثم يشتغل عقب تكبيره بالفاحة ، ثم يراعي في الأذكار ترتيب نفسه ، فلو كبر المسبوق ، فكبر الامام الثانية مع فراغه من الأولى ، كبر مع الثانية ، وسقطت عنه القراءة ، كما لو ركع الامام في سائر الصلوات عقب تكبيره . ولو كبر الامام الثانية والمسبوق في أثناء الفاتحة ، فهل يقطع القراءة ويوافقه ، أم يتمها ؟ وجهان كالوجهين فيما إذا ركع الامام والمسبوق في أثناء الفاتحة ، أصحابها عند الأكثرين : يقطع ويتابعه . وعلى هذا ، هل يتم القراءة بعد التكبيرة لأنه محل القراءة بخلاف الركوع ، أم لا يتم ؟ فيه احتمالان لصاحب « الشامل » . أصحابها : الثاني . ومن فاته بعض التكبيرات ، تداركها بمد سلام الامام ، وهل يقتصر على التكبيرات نسقاً بلا ذكر ، أم يأتي بالذكر والدعاء ؟ قولان . أظهرهما : الثاني . قلت : القولان في الوجوب وعدمه ، صرح به صاحب « البيان » وهو ظاهر . والله أعلم

ويستحب أن لا ترفع الجنازة ، حتى يتم المسبوقون ما عليهم ، فلو رفعت ، لم تبطل صلاتهم وإن حوت عن القبلة ، بخلاف ابتداء عقد الصلاة ، لا يحتمل فيه ذلك والجنازة حاضرة .

فرع

لو تخلف المقتدي فلم يكبر مع الامام الثانية أو الثالثة حتى كبر الامام التكبيرة المستقبلية من غير عذر ، بطلت صلاته كتحلفه بركعة .

فصل

الشرائط المعتبرة في سائر الصلوات ، كالطهارة ، وستر العورة ، والاستقبال ، وغيرها ، تعتبر في هذه الصلاة أيضاً ، ويشترط فيها تقديم غسل الميت ، حتى لو مات في بئر ، أو معدن انهدم عليه ، وتعذر إخراجه وغسله ، لم يصل عليه ، ذكره في « التتمة » .

قلت : ويجوز قبل التكفين مع الكراهة . والله أعلم

ولا يشترط فيها الجماعة ، لكن يستحب ، وفي أقل ما يسقط فرض الكفاية في هذه الصلاة ، قولان ووجهان . أحد القولين : بثلاثة . والثاني : بواحد . وأحد الوجهين باثنين . والثاني : بأربعة . والأظهر عند الروياني وغيره : سقوطه بواحد . ومن اعتبر العدد قال : سواء صلوا فرادى أو جماعة ، وإن بان حدث الامام ، أو بعض المأمومين . فإن بقي العدد المعتبر ، سقط الفرض ، وإلا ، فلا . ويسقط بصلاة الصبيان المميزين على الأصح ، ولا يسقط بالنساء على الصحيح . وقال كثيرون : لا يسقط بهن قطعاً وإن كثرن . والخلاف فيما إذا كان هناك رجال ، فإن لم يكن رجل ، صلين منفردات ، وسقط الفرض بهن . قال في « المدة » : وظاهر المذهب : أنه لا يستحب لهن الجماعة في جنازة الرجل والمرأة . وقيل : يستحب في جنازة المرأة .

قلت : إذا لم يحضر إلا النساء ، توجه الفرض عليهن ، وإذا حضر مع الرجال ، لم يتوجه الفرض عليهن ، فلو لم يحضر إلا رجل ونساء ، وقلنا : لا يسقط الفرض إلا بثلاثة ، توجه التيمم عليهن ، والظاهر أن الخنثى في هذا الفصل كالمرأة .

والله أعلم

فصل

تجوز الصلاة على النائب بالنية وإن كان في غير جهة القبلة والمصلي يستقبل القبلة ، وسواء كان بينها مسافة القصر ، أم لا ؟ بشرط أن يكون خارج البلد ، فإن كان المصلي والميت في بلد ، فهل يجوز أن يصلي إذا لم يكن بين يديه وجهان . أصحابها : لا يجوز . قال الشيخ أبو محمد : وإذا شرطنا حضور الميت ، اشترط أن لا يكون بينها أكثر من ثلاثمائة ذراع تقريباً .

فصل

إذا صلى على الجنازة جماعة ، ثم حضر آخرون ، فلم أن يصلوا عليها جماعة وفردى ، وصلاتهم تقع فرضاً كالأوليين . وأما من صلى منفرداً ، فلا يستحب له إعادتها في جماعة على الأصح ، وسواء حضر الذين لم يصلوا قبل الدفن ، أو بعده ، فإن الصلاة على القبر عندنا جائزة ، ولو دفن بلا صلاة ، أثم الدافنون ، فإن تقديم الصلاة على الدفن واجب ، لكن لا ينبش ، بل يصلون على قبره . وحكي أنه لا يسقط الفرض بالصلاة على القبر ، وهو منكر ، بل غلط . وإلى متى تجوز الصلاة على القبر ؟ فيه أوجه . أصحابها : يصلي عليه من كان من أهل فرض الصلاة عليه يوم موته ، ولا يصلي غيره . هذا قول الشيخ أبي زيد . وقال المحاملي وطائفة : هذا الوجه بعبارة أخرى ، فقالوا : يصلي من كان من أهل الصلاة يوم موته . فعلى العبارة الأولى لا يصلي من كان صبيّاً ممزاً ، وعلى الثانية يصلي ، والأولى أشهر ، والثانية عند الروياني أصح . والوجه الثاني : يصلي عليه إلى ثلاثة أيام فقط . والثالث : إلى شهر فقط . والرابع : يصلي عليه ما بقي منه شيء في القبر . فإن

انتهقت الأجزاء كلها ، فلا . فإن شك في الانحطاق ، فالأصل البقاء . وفيه احتمال لامام الحرمين . والخامس : يصلي أبداً . هذا كله في غير قبر النبي ﷺ ، ولا تجوز الصلاة على قبره ﷺ على الأوجه الأربعة قطعاً ، ولا على الخامس على الصحيح . وقال أبو الوليد النيسابوري : يجوز فرادى ، لا جماعة .

قلت : بقي من الباب بقاءاً ، منها : أنه لا تكره الصلاة على الميت في المسجد . قال أصحابنا : بل الصلاة فيه أفضل ، للحديث الصحيح في قصة سهل بن يضاء في « صحيح مسلم » . وأما الحديث الذي رواه أبو داود وغيره « من صلى على جنازة في المسجد ، فلا شيء له » فعنه ثلاثة أجوبة . أحدها : ضعفه . والثاني : الوجود في « سنن أبي داود » « فلا شيء عليه » . هكذا هو في أصول سماعنا على كثرتها ، وفي غيرها من الأصول المتمددة . والثالث : حمله على نقصان أجره إذا لم يتبعها للدفن . ويستحب أن تحمل صفوف الجنازة ثلاثة فأكثر ، للحديث الصحيح فيه . واختلاف نية الامام والمأموم لا تضر . فلو نوى الامام الصلاة على حاضر ، والمأموم على غائب أو عكسه ، جاز . ومن قتل نفسه غسل وصلّي عليه ، وإذا صلى على الجنازة مرة ، لا تؤخر لزيادة المصلّين ، ولا لا انتظار أحد غير الولي ، ولا بأس بانتظار وليها إن لم يخف تغيرها . قال صاحب « البحر » : لو صلى على الأموات الذين ماتوا في يومه ، وغسلوا في البلد الفلاني ، ولا يعرف عددهم ، جاز . وقوله صحيح ، لكن لا يختص ببلد . والله أعلم

باب

الدفن

قد تقدم أنه فرض كفاية . ويجوز في غير المقبرة ، لكن فيها أفضل . فلو

الروضة ج ٢ - م ٩

قال بعض الورثة : يدفن في ملكه ، وبعضهم : في المقبرة المسبلة ، دفن في المسبلة . ولو بادر بعضهم دفنه في الملك ، كان للباقيين نقله إلى المسبلة ، والأولى أن لا يفعلوا . ولو أراد بعضهم دفنه في ملك نفسه ، لم يلزم الباقيين قبوله . فلو بادر إليه ، قال ابن الصباغ : لم يذكره الأصحاب ، وعندى : أنه لا ينقل ، فانه هتك ، وليس في بقائه إبطال حق الغير .

قلت : وفي « التتمة » القطع بما قاله صاحب « الشامل » . والله أعلم

ولو اتفقوا على دفنه في ملكه ، ثم باعوه ، لم يكن للمشتري نقله ، وله الخيار في فسخ البيع إن كان جاهلاً . ثم إذا بلي ، أو اتفق نقله ، فذلك الموضع للبائمين ، أم للمشتري ؟ فيه وجهان سيأتي نظرهما في البيع إن شاء الله تعالى .

فصل

أقل ما يجزى في الدفن حفرة تكتم رائحة الميت ، وتحرسه عن السباع لمس نبش مثلها غالباً . أما الأكل ، فيستحب توسيع القبر ، وتعميقه قدر قامة وبسطة ، والمراد قامة رجل معتدل يقوم وييسط يده مرفوعة . والقامة والبسطة : ثلاثة أذرع ونصف ، وفيه وجه : أنه قامة فقط ، وهي ثلاثة أذرع ، والمرووف الأول .

قلت : وكذا قال المحامي : إن القامة والبسطة ثلاثة أذرع ونصف . وقال الجمهور : أربعة أذرع ونصف ، وهو الصواب . والله أعلم

فرع

يجوز الدفن في الشق والاحد . فاللحد : أن يحفر حائط القبر مائلاً عن استوائه من أسفله قدر ما يوضع فيه الميت ، وليكن من جهة القبلة . والشق : أن يحفر وسطه كالنهر ، ويبى جانباه باللابين أو غيره ، ويجعل بينها شق يوضع فيه الميت ويسقف . وأيهما أفضل ؟ فإن كانت الأرض صلبة ، فاللحد أفضل ، وإلا ، فالشق .

فرع

السنة أن يوضع الميت عند أسفل القبر ، بحيث يكون رأسه عند رجل القبر . ثم يسلف من جهة رأسه سلاً رفيقاً . ولا يدخل القبر إلا الرجال متى وجدوا ، رجلاً كان الميت أو امرأة . وأولاهم بالدفن أولاهم بالصلاة ، إلا أن الزوج أحق بدفن زوجته ، ثم بعده المحارم ، الأب ، ثم الجد ، ثم الابن ، ثم ابن الابن ، ثم الأخ ، ثم ابن الأخ ، ثم العم ، فإن لم يكن أحد منهم ، فمبيدها^(١) وهم أحق من بني العم ، لأنهم كالمحارم في جواز النظر ونحوه على الأصح . فإن قلنا : إنهم كالأجانب ، لم يتوجه تقديمهم ، فإن لم يكن عبيدها ، فالخصيان أولى ، لضعف شهوتهم . فإن لم يكونوا ، فذوو الأرحام الذين لا محرمية لهم ، فإن لم يكونوا ، فأهل الصلاح من الأجانب . قال إمام الحرمين : وما أرى تقديم ذوي الأرحام محتوماً ، بخلاف المحارم ، ، لأنهم كالأجانب في وجوب الاحتجاب عنهم . وقدم صاحب «العدة» نساء القرابة على الرجال الأجانب ، وهو خلاف النص ، وخلاف المذهب المعروف .

(١) أي : عبيد الزوجة .

فرع

إن استقل بوضع الميت في القبر واحد ، بأن كان طفلاً ، فذاك ، وإلا ، فالاستحب أن يكون عددهم وترأ ، ثلاثة ، أو خمسة ، على حسب الحاجة ، وكذا عدد الناسلين . ويستحب أن يستر القبر عند الدفن بثوب ، رجلاً كان أو امرأة ، والمرأة أكد . واختار أبو الفضل ابن عبدان من أصحابنا : أن الاستحباب يختص بالمرأة ، والمذهب الأول . ويستحب لمن يَدْخُلُ القبر أن يقول : باسم الله ، وعلى ملة رسول الله ﷺ . ثم يقول : اللهم أسلمه إليك الأشقاء من ولده وأهله وقرابته وإخوانه ، وفارقه من كان يحب قربه ، وخرج من سمة الدنيا والحياة إلى ظلمة القبر وضيقه ، ونزل بك وأنت خير منزل به ، إن عاقبته فبذنبه ، وإن عفوت عنه ، فأهل العفو أنت ، أنت غني عن عذابه ، وهو فقير إلى رحمتك ، اللهم تقبل حسنته ، واغفر سيئته ، وأعذه من عذاب القبر ، واجمع له برحمتك الأمن من عذابك ، واكفه كل هول دون الجنة ، اللهم واخلفه في تركته في الناسرين ، وارفعه في عليين ، وعد عليه بفضل رحمتك يا أرحم الراحمين . وهذا الدعاء نص عليه الشافعي رحمه الله في « المختصر » .

فرع

إذا وضع في اللحد ، أضجع على جنبه الأيمن مستقبل القبلة ، بحيث لا ينكب ولا يستلقي ، بأن يذني من جدار اللحد ، ويسند ظهره بلبينة ونحوها ، ووضع مستقبل القبلة واجب ، كذا قطع به الجمهور . قالوا : فلو دفن مستديراً أو مستلقياً ، نبش ووجهه إلى القبلة ما لم يتغير ، فإن تغير ، لم ينبش . وقال القاضي أبو الطيب

في كتابه « المجرد » : التوجيه إلى القبلة سنة ، فلو ترك استحب أن ينبش ويوجه ، ولا يجب . وأما الإضجاع على اليمين ، فليس بواجب . فلو وضع على اليسار مستقبل القبلة ، كره ولم ينبش ، ولو ماتت ذمية في بطنها جنين مسلم ميت ، جعل ظهرها إلى القبلة ليتوجه الجنين إلى القبلة ، لأن وجه الجنين على ما ذكر إلى ظهر الأم . ثم قيل : تدفن هذه المرأة بين مقابر المسلمين والكفار . وقيل : في مقابر المسلمين ، فتزّل منزلة صندوق الولد . وقيل : تدفن في مقابر الكفار .

قلت : الصحيح من هذه الأوجه الأول ، وبه قطع الأكثرون ، منهم صاحب « الشامل » ، والمستظهري ، وصاحب « البيان » . ونقله صاحب « الحاوي » عن أصحابنا قال : وكذلك إذا اختلط موتى المسلمين بموتى المشركين . قال : وحكي عن الشافعي أنها تدفع إلى أهل دينها ليتوأتوا غسلها ودفنها . وقطع صاحب « التتمة » بأنها تدفن على طرف مقابر المسلمين ، وهذا وجه رابع . والله أعلم

فرع

ويجعل تحت رأس الميت لينة أو حجر ، ويفضي بخدّه الأيمن إليه ، أو إلى التراب ، ولا يوضع تحت رأسه مخدة . ولا يفرش تحته فراش . حكى المراقبون كراهة ذلك عن نص الشافعي رحمه الله ، وقال في « التهذيب » : لا بأس به ، وبكره أن يجعل في تابوت ، إلا إذا كانت الأرض رخوة ، أو نديّة ، ولا تنفذ وصيته به إلا في مثل هذه الحالة ، ثم يكون التابوت من رأس المال .

فرع

إذا فرغ من وضعه في اللحد ، نصب اللبّين على فتح اللحد ، وتسد الفرع بقطع اللبّين مع الطين ، أو بالآجر ونحوه ، ثم يخفي كل من دنا ثلاث حثيات من التراب يديه جميعاً ، ويستحب أن يقول مع الأولى : (منها خلقناكم) ومع الثانية (وفيها نميذككم) ومع الثالثة (ومنها نخرجكم تارة أخرى) [طه : ٥٥] ثم يهال بالمساحي .

فرع

المستحب أن لا يزداد في القبر على ترابه الذي خرج منه ، ولا يرفع إلا قدر شبر ليعرف فيزار ومحترم . قال في « التتمة » : إلا إذا مات مسلم في بلاد الكفار ، فلا يرفع قبره ، بل يخفى لئلا يتعرضوا له إذا رجع المسلمون . ويكره تجصيص القبر ، والكتابة ، والبناء عليه . ولو بني عليه ، هدم إن كانت المقبرة مسبلة ، وإن كان القبر في ملكه ، فلا . وأما تطيين القبر ، فقال إمام الحرمين ، والغزالي : لا يطين ، ولم يذكر ذلك جماهير الأصحاب . ونقل الترمذي عن الشافعي : أنه لا بأس بالتطين ، ويستحب أن يرش الماء على القبر ، ويوضع عليه حصا ، وأن يوضع عند رأسه صخرة ، أو خشبة ونحوها .

قلت : قال صاحب « التهذيب » : يكره أن يرش على القبر ماء الورد ، ويكره أن يضرب عليه مظلة ، ولا بأس بالشي بالنمل بين القبور . والله اعلم

فرع

المذهب الصحيح الذي عليه جمهور أصحابنا : أن تسطيح القبر أفضل من تسنيمه . وقال ابن أبي هريرة : الأفضل الآن التسنيم ، وتابته الشيخ أبو محمد ، والنزالي ، والرويانى ، وهو شاذ ضعيف .

فرع

الانصراف عن الجنائزة أربعة أقسام . أحدها : ينصرف عقب الصلاة ، فله من الأجر قيراط . الثاني : أن يتبعها حتى توارى ويرجع قبل إهالة التراب . الثالث : يقف إلى الفراغ من القبر وينصرف من غير دعاء . الرابع : يقف بعده عند القبر ويستغفر الله تعالى للميت ، وهذا أقصى الدرجات في الفضيلة . وحيازة القيراط الثاني ، تحصل لصاحب القسم الثالث ، وهل تحصل للثاني ؟ حكى الامام ، فيه تردداً ، واختار الحصول .

قلت : وحكى صاحب « الحاوي » [في] هذا التردد وجهين ، وقال : أحدهما : لا تحصل إلا بالفراغ من من دفنه ، وهذا هو المختار ، ويحتج له برواية البخاري « حتى يفرغ من دفنها » . ويحتج للآخر برواية مسلم في « صحيحه » : « حتى توضع في اللحد » . والله أعلم

فرع

ويستحب أن يلقن الميت بعد الدفن ، فيقال : يا عبد الله ابن أمة الله ، أذكر

ما خرجت عليه من الدنيا، شهادة أن لا إله إلا الله ، وأن محمداً رسول الله ، وأن الجنة حق ، وأن النار حق ، وأن البعث حق ، وأن الساعة آتية لا ريب فيها ، وأن الله يبعث من في القبور ، وأنك رضيت بالله رباً ، وبالإسلام ديناً ، وبمحمد ﷺ نبياً ، وبالقرآن إماماً ، وبالكعبة قبله ، وبالمؤمنين إخواناً . ورد به الخبر عز: النبي ﷺ .

قلت : هذا التلقين استحبه جماعات من أصحابنا ، منهم : القاضي حسين ، وصاحب « التتمة » ، والشيخ نصر المقدسي في كتابه « التهذيب » ، وغيرهم ، ونقله القاضي حسين عن أصحابنا مطلقاً . والحديث الوارد فيه ضعيف ، لكن أحاديث الفضائل يتسامح فيها عند أهل العلم من المحدثين وغيرهم . وقد اعتضد هذا الحديث بشواهد من الأحاديث الصحيحة ، كحديث « اسألوا له الثبیت » ، ووصية عمرو بن العاص « أقيموا عند قبوري قدر ما تنحرجزور ، ويقسم لهما حتى أستأنس بكم ، وأعلم ماذا أراجع به رسل ربي » ، رواه مسلم في « صحيحه » ، ولم يزل أهل الشام على العمل بهذا التلقين من العصر الأول ، وفي زمن من يقتدى به . قال أصحابنا : ويقعد الملقن عند رأس القبر ، وأما الطفل ونحوه ، فلا يلقن . والله أعلم

فرع

المستحب في حال الاختيار ، أن يدفن كل ميت في قبر ، فإن كثر الوقي ، وعسر أفراد كل ميت بقبر ، دفن الاثنان والثلاثة في قبر ، ويقدم إلى القبلة أفضلهم ، ويقدم الأب على الابن وإن كان أفضل منه ، لحزمة الأبوة ، وكذا تقدم الأم على البنت ، ولا يجمع بين النساء والرجال إلا عند تأكد الضرورة ، ويجعل بينها حاجز من تراب ، ويقدم الرجل وإن كان ابناً ، فإن اجتمع رجل وامرأة وخنثى وصبي ، قدم الرجل ، ثم الصبي ، ثم الخنثى ، ثم المرأة . وهل يجعل حاجز

التراب بين الرجلين ، وكذا بين المرأتين ، أم يختص باختلاف النوع ؟ قال المراقبون : لا يختص ، بل يعم الجميع ، وأشار جماعة إلى الاختصاص .

قلت : الصحيح قول المراقبين . وقد نص عليه الشافعي في « الأم » ،
والله أعلم

فصل

القبر محترم توقيراً للميت ، فيكره الجلوس عليه ، والاتكاء ، ووطؤه إلا
لحاجة بأن لا يصل إلى قبر ميتة إلا بوطئه .

قلت : وكذا يكره الاستناد إليه ، قاله أصحابنا . والله أعلم

فرع

يستحب للرجال زيارة القبور ، وهل يكره للنساء ؟ وجهان . أحدهما ، وبه
قطع الأكثرون : يكره . والثاني ، وهو الأصح عند الروياني : لا يكره إذا
أمنت من الفتنة . والسنة أن يقول الزائر : سلام عليكم دار قوم مؤمنين ، وإنا
إن شاء الله عن قريب بكم للاحقون ، اللهم لا تحرمنا أجرهم ، ولا تفتننا بعدهم . وينبغي
للزائر ، أن يدنو من القبر بقدر ما كان يدنو من صاحبه في الحياة لو زاره .
وسئل القاضي أبو الطيب عن قراءة القرآن في المقابر فقال : الثواب للقارىء ،
ويكون الميت كال حاضر ، ترجى له الرحمة والبركة ، فيستحب قراءة القرآن في المقابر
لهذا المعنى ، وأيضاً فالدعاء عقيب القراءة أقرب إلى الإجابة ، والدعاء ينفع الميت .

فرع

لا يجوز نبش القبر إلا في مواضع .

منها : أن يبلى الميت وبصير تراباً ، فيجوز نبشه ودفن غيره ، ويرجع في ذلك إلى أهل الخبرة ، وتختلف باختلاف البلاد والأرض ، وإذا بلى الميت ، لم يحز عمارة قبره وتسوية التراب عليه في المقابر المسبلة ، لئلا يتصور بصورة القبر الجديد فيمتنع الناس من الدفن فيه .

ومنها : أن يدفن إلى غير القبلة ، وقد سبق .

ومنها : أن يدفن من يجب غسله بلا غسل . فاللذهب : أنه يجب النباش ليغسل ، وحكي قول : أنه لا يجب ، بل يكره لما فيه من الهتك ، فعلى المذهب وجهان ، الصحيح القطوع به في « النهاية » و « التهذيب » : ينبش مالم يتغير الميت . والثاني : ينبش مادام فيه جزء من عظم وغيره .

ومنها : إذا دفن في أرض منصوبة ، يستحب لصاحبها تركه ، فإن أبى ، فله إخراجه وإن تغير وكان فيه هتك .

ومنها : لو كفن بثوب منصوب أو مروق ، ففيه أوجه ، أصحها : ينبش لرد الثوب ، كما ينبش لرد الأرض . والثاني : لا يجوز نبشه ، وينتقل صاحب الثوب إلى القيمة ، لأنه كالتالف . والثالث : إن تغير الميت وكان في النباش هتك ، لم ينبش ، وإلا نبش . ولو دفن في ثوب حرير ، ففي نبشه هذا الخلاف .

قلت : وفي هذا نظر ، وينبغي أن يقطع بأنه لا ينبش . والله اعلم

ومنها : لو دفن بلا كفن ، هل ينبش ليكفن ، أم يترك حفظاً لحرمة ، واكتفاءً بستر القبر ؟ وجهان . أصحها : يترك .

ومنها : لو وقع في القبر خاتم ، أو غيره ، نبش ورد . ولو ابتلع في

حياته مآلاً ، ثم مات ، وطلب صاحبه الرد ، شق جوفه ويرد . قال في « العدة » :
إلا أن يضمن الورثة مثله أو قيمته ، فلا ينبش على الأصح . وقال القاضي أبو الطيب :
لا ينبش بكل حال ، ويجب الغرم في تركته . ولو ابتاع مل نفسه ومات ، فهل
يخرج ؟ وجهان . قال الجرجاني : الأصح يخرج .

قلت : وصححه أيضاً البغدادي ، وصححه الشيخ أبو حامد ، والقاضي
أبو الطيب في كتابه « المجرد » عدم الإخراج ، وقطع به الحاملي في « المقنع » وهو
مفهوم كلام صاحب « التنبيه » وهو الأصح . والله أعلم

وحيث قلنا : يشق جوفه ويخرج ، فلو دفن قبل الشق ، نبش كذلك .
قلت : قال أقضى القضاة الماوردي في « الأحكام السلطانية » : إذا لحق
الأرض المدفون فيها سيل أو نداوة ، فقد جوز الزبيرى نقله منها ، وأباه غيره ،
وقول الزبيرى أصح . والله أعلم

فرع

إذا مات في سفينة ، إن كان بقرب الساحل ، أو بقرب جزيرة ، انتظروا
ليدفنوه في البر ، وإلا شدوه بين لوحين لئلا ينفخ وألقوه في البحر ليلقيه البحر
إلى الساحل لعله يقع إلى قوم يدفنونه ، فإن كان أهل الساحل كفاراً ، ثم قتل
بشيء ليرسب .

قلت : العجب من الامام الرافعي مع جلالة ، كيف حكى هذه المسألة على
هذا الوجه ، وكأنه قلده فيه صاحبي « المذهب » و « المستظهر » في قولها : إن
كان أهل الساحل كفاراً ، ثقل ليرسب ، وهذا خلاف نص الشافعي ، وإنما هو
مذهب الزنبي ، لأن الشافعي رحمه الله قال : يلقى بين لوحين ليقذفه البحر . قال

الزني : هذا الذي قاله الشافعي ، إذا كان أهل الساحل مسلمين ، فإن كانوا كفاراً ،
ثقل بشيء لينزل إلى القرار . قال أصحابنا : الذي قاله الشافعي أولى ، لأنه يحتمل
أن يجده مسلم فيدفنه إلى القبلة . وعلى قول الزني : يتيقن ترك الدفن . هذا الذي
ذكرته هو المشهور في كتب الأصحاب ، وذكر الشيخ أبو حامد ، وصاحب
« الشامل » وغيرها : أن الزني ذكرها في « جامع » الكبير ، وأنكر القاضي أبو الطيب
عليهم وقال : إنما ذكرها الزني في « جامع » كما قالها الشافعي في « الأم » . قال
الشافعي : فإن لم يجلوه بين لوحين ليقذفه الساحل ، بل ثقلوه وألقوه في البحر ،
رجوت أن يسلمهم ، كذا رأيته في « الأم » . ونقل الأصحاب أنه قل : لم يأثموا ،
وهو بمناء . وإذا ألقوه بين لوحين ، أو في البحر ، وجب عليهم قبل ذلك غسله
وتكفينه ، والصلاة عليه بلا خلاف ، وقد أوضحت المسألة في « شرح المذهب » بأبسط
من هذا ، وقد بقيت من باب الدفن بقايا . قال الشافعي والأصحاب رحمهم الله :
يستحب أن يجمع الأقارب في موضع واحد من المقبرة . ومن سبق إلى موضع من
المقبرة المسبلة ليحفره ، فهو أحق من غيره . قال أصحابنا : ويحرم أن يدفن في
موضع فيه ميت حتى يبلى ولا يبقى عظم ولا غيره . قالوا : فإن حفر فوجد عظامه ،
أعاد القبر ولم يتم الحفر . قال الشافعي رحمه الله : فإن فرغ من القبر فظهر شيء
من المظالم ، جاز أن تجعل في جانب القبر ويدفن الثاني معه . قال الشافعي
والأصحاب : ولو مات له أقارب دفنة ، وأمكنته دفن كل واحد في قبر ، بدأ
بمن يخشى تغيره ، ثم الذي يليه في التغير . فإن لم يخش تغير ، بدأ بأبيه ، ثم
أمه ، ثم الأقرب فالأقرب . فإن كانا أخوين ، فأكبرهما . فإن كانتا زوجتين ،
أقرع بينهما . ولا يدفن مسلم في مقبرة الكفار ، ولا كافر في مقبرة المسلمين .
قال أصحابنا : ولا يكره الدفن بالليل . قالوا : وهو مذهب العلماء كافة ، إلا
الحسن البصري . قالوا : لكن المستحب ، أن يدفن نهـاراً . قال الشافعي في
« الأم » والأصحاب : ولا يكره الدفن في الأوقات التي نهى عن الصلاة فيها .

ونقل الشيخ أبو حامد ، وصاحب « الحاوي » ، والشيخ نصر ، وغيرهم ، الاجماع عليه ، وبه أجابوا عن حديث عقبة بن عامر في « صحيح مسلم » : « ثلاث ساعات نهانا رسول الله ﷺ عن الصلاة فيهن ، وأن نقبر فيهن موتانا ، وذكر وقت الاستواء ، والطلوع ، والغروب . وأجاب القاضي أبو الطيب ، ثم صاحب « التتمة » ، بأن الحديث محمول على تحري ذلك وقصده . ويكره الميت في المقبرة . وأما نقل الميت من بلد إلى بلد قبل دفنه ، فقال صاحب « الحاوي » : قال الشافعي : لا أحبه إلا أن يكون بقرب مكة أو المدينة ، أو بيت المقدس ، فنختار أن ينقل إليها لفضل الدفن فيها . وقال صاحب « التهذيب » ، والشيخ أبو نصر البندنجي من المراقين : يكره نقله . وقال القاضي حسين ، وأبو الفرج الدارمي ، وصاحب « التتمة » : يحرم نقله . قال القاضي وصاحب « التتمة » : ولو أوصى به ، لم تنفذ وصيته ، وهذا أصح ، فإن في نقله تأخير دفنه وتعريضه لهتك حرمة من وجوه . ولو ماتت امرأة في جوفها جنين حي ، قال أصحابنا : إن كان يرجى حياته ، شق جوفها وأخرج ثم دفنت ، وإلا فثلاثة أوجه . الصحيح : لا يشق جوفها ، بل يترك حتى يموت الجنين ثم تدفن . والثاني : يشق .. والثالث : يوضع عليه شيء ليموت ثم تدفن ، وهذا غلط وإن كان حكاة جماعة ، وإنما ذكرته لأبين بطلانه . قال صاحب « الحاوي » : قال الشافعي رحمه الله : لو أن رفقة في سفر مات أحدهم فلم يدفنه ، نظر ، إن كان بطريق يمر فيه المارة ، أو بقرب قرية للمسلمين ، فقد أسأؤا ، وعلى من بقربه من المسلمين دفنه . وإن كان بصحراء ، أو موضع لا يمر به أحد ، أمثوا وعلى السلطان معاقبتهم ، إلا أن يخافوا - لو اشتغلوا به - عدوا ، فيختار أن يواروه ما أمكنهم . فإن تركوه ، لم يأثموا ، لأنه موضع ضرورة . قال الشافعي : لو أن مجتازين مروا بميت في صحراء ، لزمهم القيام به رجلاً كان أو امرأة . فإن تركوه أمثوا . ثم إن كان بثيابه ليس عليه أثر غسل ولا تكفين ، وجب عليهم غسله وتكفينه والصلاة عليه ودفنه . وإن كان عليه أثر الغسل والكفن والحنوط ، دفنوه .

فإن أرادوا الصلاة عليه ، صلوا بعد دفنه على قبره ، لأن الظاهر أنه صلي عليه . وقد ألحقت في هذا الباب أشياء كثيرة ، وبقيت منها نفائس ومتمات استقصيتها في « شرح المذهب » تركتها لكثرة الإطالة . والله أعلم

باب

التعزية

هي سنة ، ويكره الجلوس لها . ويستحب أن يعزي جميع أهل الميت ، الكبير والصغير ، والرجل والمرأة ، لكن لا يعزي الشابة إلا محارمها ، وسواء في أصل شرعيتها ، ما قبل الصلاة والدفن ، وبعدها ، لكن تأخيرها إلى ما بعد الدفن أحسن ، لاشتغال أهل الميت بتجهيزه .

قلت : قال أصحابنا : إلا أن يرى من أهل الميت جزعا شديداً ، فيختار تقديم التعزية ليصبرهم . والله أعلم

ثم تمتد التعزية إلى ثلاثة أيام ، ولا يعزى بعدها إلا أن يكون المعزي ، أو المعزى غائباً . وفي وجه : يعزى أبداً ، وهو شاذ . والصحيح المروى ، الأول . ثم الثانية للتقريب .

فرع

مضى التعزية : الأمر بالصبر والحمل عليه بوعده الأجر ، والتحذير من الوزر بالجزع ، والدعاء للميت بالمغفرة ، وللمصاب بمجير المصيبة ، فيقول في تعزية المسلم بالمسلم : أعظم الله أجرك ، وأحسن عزاءك ، وغفر لميتك . وفي تعزية المسلم

بالكافر : أعظم الله أجرك ، وأخلف عليك ، أو ألهمك الصبر ، أو جبر مصيبتك ونحوه . وفي تمزية الكافر بالمسلم : غفر الله لمتك ، وأحسن عزاك . ويجوز للمسلم أن يعزي النمي بقريه الذمي ، فيقول : أخلف الله عليك ، ولا نقص عددك .

فصل

يستحب لجيران الميت ، والأبعد من قرابته ، تهئية طعام لأهل الميت ، بشعبهم في يومهم وليلتهم ، ويستحب أن يلح عليهم في الأكل .
قلت : قال صاحب « الشامل » : وأما إصلاح أهل الميت طعاماً ، وجمعهم الناس عليه ، فلم ينقل فيه شيء ، قال : وهو بدعة غير مستحبة ، وهو كما قال . قال غيره : ولو كان الميت في بلد ، وأهله في غيره ، يستحب لجيران أهله اتخاذ الطعام لهم . ولو قال الامام الرافعي : يستحب لجيران أهل الميت ، لكان أحسن ، لتدخل فيه هذه الصورة . والله أعلم .
ولو اجتمع نساء ينحن ، لم يحز أن يتخذ لهن طعاماً ، فانه إعانة على معصية .

فصل

البكاء على الميت جائز قبل الموت وبعده ، وقبله أولى . والندب حرام ، وهو أن يمد شمائل الميت ، فيقال : واكفاه ، واجلاه ، ونحو ذلك . والنياحة حرام ، والجزع ، بضرب الخد ، وشق الثوب ، ونثر الشعر ، حرام ، وإذا فعل أهل الميت شيئاً من ذلك ، لا يعذب الميت ، والحديث فيه متأول على من أوصى بالنياحة عليه .

باب تارك الصلاة

وهو ضربان .

أحدهما : تركها جحداً لوجوبها ، فهو مرتد تجري عليه أحكام المرتدين ، إلا أن يكون قريب عهد بالاسلام ، يجوز أن يخفى عليه وجوبها ، ويجري هذا الحكم في جحود كل حكم يجمع عليه .

قلت : أطلق الامام الرافعي القول بتكفير جاحد المجمع عليه ، وليس هو على إطلاقه ، بل من جحد مجماً عليه فيه نص ؛ وهو من أمور الاسلام الظاهرة التي يشترك في معرفتها الخواص والعموم ، كالصلاة ، أو الزكاة ، أو الحج ، أو تحريم الخمر ، أو الزنا ، ونحو ذلك ، فهو كافر . ومن جحد مجماً عليه لا يعرفه إلا الخواص ، كاستحقاق بنت الابن السدس مع بنت الصلب ، وتحريم نكاح المعتدة ، وكما إذا أجمع أهل عصر على حكم حادثة ، فليس بكافر ، للمعذر ، بل يعرف الصواب ليعتقده . ومن جحد مجماً عليه ، ظاهراً ، لانص فيه . ففي الحكم بتكفيره خلاف يأتي إن شاء الله تعالى بيانه في باب الردة ، وقد أوضح صاحب « التهذيب » القسمين الأولين في خطبة كتابه . والله أعلم

الضرب الثاني : من تركها غير جاحد ، وهو قسبان . أحدهما : ترك للمعذر ، كالنوم ، والنسيان ، فمليه القضاء فقط ، ووقته موسع . والثاني : ترك بلا عذر تكاسلاً ، فلا يكفر على الصحيح . وعلى الشاذ : يكون مرتداً كالأول ، فعلى الصحيح : يقتل حداً . وقال المزني : يحبس ويؤدب ولا يقتل . ومتى يقتل ؟ فيه أوجه . الصحيح : بترك صلاة واحدة إذا ضاق وقتها ، والثاني : إذا ضاق وقت الثانية . والثالث : إذا ضاق وقت الرابعة . والرابع : إذا ترك أربع صلوات . والخامس :

إذا ترك من الصلوات قدراً يظهر لنا به اعتياده الترك وتهاونه بالصلاة . والمذهب : الأول . والاعتبار باخراج الصلاة عن وقت الضرورة . فاذا ترك الظهر ، لم يقتل حتى تقرب الشمس ، وإذا ترك المغرب ، لم يقتل حتى يطلع الفجر الثاني ؛ حکام الصيدلاني وقابله الأئمة عايه . وعلى الأوجه كلها : لا يقتل حتى يستأب . وهل يكفي الاستئابة في الحال ، أم يمهل ثلاثة أيام ؟ قولان . قال في « المدة » : المذهب أنه لا يمهل . والقولان في الاستجباب : على المذهب . وقيل : في الإيجاب .

فرع

الصحيح : أنه يقتل بالسيف ضرباً كالمرتد . وفي وجه : ينخس بحديدة ويقال : صل ، فإن صلى ، وإلا كرر عليه [النخس] حتى يموت . وفي وجه : يضرب بالخشب حتى يصلي أو يموت . وأما غسل المقتول لترك الصلاة ودفنه والصلاة عليه ، فتقدم بيانها في الصلاة على الميت .

فرع

إذا أراد السلطان قتله فقال : صليت في بيتي ، ترك .

فرع

تارك الوضوء يقتل على الصحيح . ولو امتنع من صلاة الجمعة وقال : أصليها ظهراً ، بلا عذر ، لم يقتل ، قاله الغزالي في فتاويه ، لأنه لا يقتل بترك الصوم ، فالجمعة أولى ، لأن لها بدلاً وتسقط بأعذار كثيرة .

قلت : قد جزم الامام الشاشي في فتاويه بأنه يقتل بترك الجمعة وإن كان يصلها ظهراً ، لأنه لا يتصور قضاؤها ، وليست الظهر قضاءً عنها . وقد اختار هذا غير الشاشي ، واستقصيت الكلام عليه في أول كتاب الصلاة ، من شرح « المذهب » . ولو قتل إنسان ترك الصلاة في مدة الإمهال ، قال صاحب « البيان » : يأثم ولا ضمان عليه كقاتل المرتد . وسيأتي كلام الرافعي فيه في كتاب الجنائيات إن شاء الله تعالى . وإن ترك الصلاة وقال : تركتها ناسياً ، أو للبرد ، أو عدم الماء ، أو لنجاسة كانت علي ، ونحو ذلك من الأعذار ، صحيحة كانت أو باطلة ، قال صاحب « التتمة » : يقال له : صل ، فإن امتنع ، لم يقتل على المذهب ، لأن القتل بسبب تمتد تأخيرها عن الوقت ، ولم يتحقق ذلك ، وفي وجهه : أنه يقتل لعناده . قال : ولو قال : تمتدت تركها ، ولا أريد أن أصلها ، قتل قطعاً . وإن قال : تمتدت تركها بلا عذر ، ولم يقل : ولا أصلها ، قتل أيضاً على المذهب ، لتحقيق جنايته . وفيه وجه : أنه لا يقتل ما لم يصرح بالامتناع من القضاء . واعلم أن قضاء من ترك الصلاة بمنزلة ، على التراخي على المذهب ، ومن ترك بغير عذر ، فيه وجهان : أصحها عند المراقين : على التراخي ، والصواب ما قاله الخراسانيون : أنه على الفور . وسيأتي المسألة في كتاب الحج إن شاء الله تعالى كما قدمنا الوعد به في آخر صفة الصلاة . والله أعلم



كتاب الزكاة

هي أحد أركان الاسلام ، فمن جحدتها ، كفر ، إلا أن يكون حديث عهد بالاسلام لا يعرف وجوبها ، فيعرف . ومن منعها وهو يعتقد وجوبها ، أخذت منه قهراً . فان امتنع قوم بقوم ، قاتلهم الامام عليها .

فصل

فيمن تجب عليه الزكاة

وهو كل مسلم حر ، أو بمضه حر ، فتجب في مال الصبي والمجنون ، ويجب على الولي إخراجها من مالها ، فان لم يخرج ، أخرج الصبي بعد بلوغه ، والمجنون بعد الافاقة زكاة ما مضى ، ولا تجب في المال النسوب إلى الجنين وإن انفصل حياً على المذهب . وقيل : وجهان . أحدهما : هذا ، والثاني : تجب . وأما الكافر الأصلي ، فليس بمطالب بإخراج الزكاة في الحال ، ولا زكاة عليه بعد الاسلام عن الماضي . وأما المرتد ، فلا يسقط عنه ما وجب في الاسلام . وإذا حال الحول على ماله في الردة ، فطريقان . أحدهما ، قاله ابن سريج : تجب الزكاة قطعاً ، كالفقات والغرامات . والثاني وهو الذي قاله الجمهور : يبنى على الأقوال في ملكه ، إن قلنا : يزول بالردة ، فلا زكاة ، وإن قلنا : لا يزول ، وجبت ، وإن قلنا : موقوف ، فالزكاة موقوفة أيضاً . فاذا قلنا : تجب ، فالمذهب أنه إذا أخرج في حال الردة ، أجزأه ، كالأطعم عن الكفارة . وقال صاحب «التقريب» :

لا يبعد أن يقال : لا يخرجها ما دام مرتدّاً . وكذا الزكاة الواجبة قبل الردة ، فإن عاد إلى الاسلام ، أخرج الواجبة في الردة وقبلها . وإن مات مرتدّاً ، بقيت المقبوضة في الآخرة . قال إمام الحرمين : هذا خلاف ما قطع به الأصحاب ، لكن يحتمل أن يقال : إذا أخرج في الردة ثم أسلم ، هل يبعد الإخراج ؟ وجهاً ، كالوجهين في أخذ الزكاة من المعتق . ولا تجب الزكاة على المكاتب ، فإن عتق وفي يده مال ، ابتداءً له حولاً . وإن عجز نفسه وصار ماله لسيده ، ابتداءً الحول عليه . وأما العبد القن ، فلا يملك بغير تملك السيد قطعاً ، ولا بتعليكه على الشهور . فإن ملّكه السيد مالاً زكواً وقلنا : لا يملك ، فالزكاة على سيده . وإن قلنا : يملك ، فلا زكاة على العبد قطعاً ، لضعف ملكه ، ولا على السيد على الأصح ، لعدم ملكه . والثاني : تجب ، لأنه ينفذ تصرفه فيه . والمدير وأم الولد كالقن . ومن بمضه حر ، تلزمه زكاة ما يملكه بحريته على الصحيح ، إتمام ملكه . والثاني : لا يلزمه ، كالمكاتب .

فصل

قال الأصحاب : الزكاة نوعان . زكاة الأبدان ، وهي زكاة الفطر ، ولا تتعلق بالمال ، إنما يراعى فيها إمكان الاداء . والثاني : زكاة الأموال ، وهي ضربان . أحدهما : يتعلق بالمال والقيمة ، وهي زكاة التجارة . والثاني : يتعلق بالعين . والأعيان التي تتعلق بها الزكاة ، ثلاثة : حيوان ، وجوهر ، ونبات ، فيختص من الحيوان بالنعم ، ومن الجواهر بالنقدين ، ومن النبات بما يُقْتات . واقتصر بعض الأصحاب عن المقاصد فقال : الزكاة سنة أنواع : النعم ، والمشتريات ، والنقدان ، والتجارة ، والمعدن ، و [زكاة] الفطر .

باب

زكاة النعم

النعم لها ستة شروط .

أحدها : كون المال نعماً متميزة . والثاني : كونه نصيباً . والثالث : الحول . والرابع : دوام الملك فيه جميع الحول . الخامس : السوم . السادس : كمال الملك .

الأول : النعم ، وهي الابل والبقر والنعم ، فلا زكاة في حيوان غيرها ، كالخيل والرقيق ، إلا أن يكون للتجارة ، فتجب زكاة التجارة . ولا تجب الزكاة فيما تولد من النعم والظباء ، سواء كانت النعم فحولاً أو إنثاءً .

الشرط الثاني : النصاب ، فلا زكاة في الابل حتى تبلغ خمساً . فإذا بلغت ، ففيها شاة ، ولا تزيد حتى تبلغ عشرين ، ففيها شاتان . وفي خمسة عشر : ثلاث شياه ، وفي عشرين : أربع شياه ، وفي خمس وعشرين : بنت مخاض ، وفي ست وثلاثين بنت لبون : وفي ست وأربعين : حقة ، وفي إحدى وستين : جذعة ، وفي ست وسبعين : بنتا لبون ، وفي إحدى وتسعين : حقتان . ولا يجب بعدها شيء حتى تجاوز مائة وعشرين ، فإن زادت على مائة وعشرين واحدة ، وجب ثلاث بنات لبون . وإن زادت بعض واحدة ، فوجهان . قال الاصطخري : يجب ثلاث بنات لبون . والصحيح : لا يجب إلا حقتان . وإذا زادت واحدة ، وأوجبت ثلاث بنات لبون ، فهل للواحدة قسط من الواجب ؟ وجهان . قال الاصطخري : لا ، وقال الأكثرون : نعم ، فعلى هذا لو تلفت الواحدة بعد الحول وقبل التمكين ، سقط من الواجب جزء من مائة وأحد وعشرين جزءاً . وعلى قول الاصطخري : لا يسقط شيء . ثم بعد مائة وإحدى وعشرين يستقر الأمر .

فيجب في كل أربعين بنت لبون ، وفي كل خمسين حقة ، وإنما يتغير الواجب بزيادة عشر عشر ، مثاله في مائة وثلاثين : بنتا لبون وحقة ، وفي مائة وأربعين : حقتان وبنت لبون ، وفي مائة وخمسين : ثلاث حقات ، وفي مائة وستين : أربع بنات لبون ، وفي مائة وسبعين : ثلاث بنات لبون وحقة ، وفي مائة وثمانين : بنتا لبون وحقتان ، وعلى هذا أبداً .

فرع

ولد الناقة يسمى بعد الولادة : ربماً ، والأثني ربعة ، ثم هبماً وهبمة ، بضم أول الجميع وفتح ثانيه . ثم فصيلاً إلى تمام سنة ، فإذا طعن في السنة الثانية ، سمي ابن مخاض ، والأثني بنت مخاض ، فإذا طعن في الثالثة ، فابن لبون وبنت لبون ، فإذا طعن في الرابعة ، فحق وحقة ، فإذا طعن في الخامس ، فجذع وجذعة ، وذلك آخر أسنان الزكاة .

فصل

لا شيء في البقر حتى تبلغ ثلاثين . فإذا بلغت ، ففيها تبيع ، ولا زيادة حتى تبلغ أربعين ففيها مسنة ، ثم لا شيء حتى تبلغ ستين ، ففيها تبيعان . واستقر الحساب في كل ثلاثين تبيع ، وفي كل أربعين مسنة . ويتغير الفرض بعشر عشر ، ففي سبعين : تبيع ومسنة ، وفي ثمانين : مستتان ، وفي تسعين : ثلاثة أتبة ، وفي مائة : مسنة وتبيعان ، وهكذا أبداً . والتبيع : الذي طعن في السنة الثانية ، والأثني تبعة . والمسنة : التي طمعت في الثالثة ، والذكر مسن ، هذا هو المذهب المشهور . وحكي جماعة وجهان . التبيع له ستة أشهر ، والمسنة سنة .

فصل

لا زكاة في الغنم حتى تبلغ أربعين . فإذا بلغت ، ففيها شاة ، ثم لا زيادة حتى تبلغ مائة وإحدى وعشرين ، ففيها شاتان ، ثم لا زيادة حتى تبلغ مائتين وواحدة ، ففيها ثلاث شياه ، ثم لا زيادة حتى تبلغ أربع مائة ، ففيها أربع شياه ، ثم استقر الحساب في كل مائة شاة . والشاة الواجبة فيها : الجذعة من الضأن ، أو الثانية من المعز ، واختلف أصحابنا في تفسيرهما على أوجه ، أصحها : الجذعة : ما دخلت في السنة الثانية ، والثنية : ما دخلت في السنة الثالثة ، سواء كانتا من الضأن أو المعز . والثاني : الجذعة لها ستة أشهر ، والثنية سنة . والثالث : يقال إذا بلغ الضأن ستة أشهر وهو من شايين ، فهو جذع ، وإن كان من هرمين ، فلا يسمى جذعاً حتى يبلغ ثمانية أشهر .

فرع

ما بين الفريضتين يسمى وقصاً - منهم من يفتح قافه ، ومنهم من يسكنها - والشنق بمعنى الوقص ، وقيل : الوقص في البقر والغنم خاصة ، والشنق في الإبل خاصة . قلت : الفصيح في الوقص ، فتح القاف وهو المشهور في كتب اللغة ، والمشهور في كتب الفقه عند الفقهاء إسكانها ، وقد لحهم فيه الامام ابن برقي ، وليس تلحينه بصحيح ، بل هما لفتان أوضحتهما في كتاب « تهذيب الأسماء واللغات » وشرح « المذهب » والشنق - بالشين المعجمة والنون المفتوحين والقاف - قال جمهور أهل اللغة : الشنق كالوقص سواء . وقال الأصمعي : الشنق يختص بأوقاص الإبل ، والوقص بالبقر والغنم ، ويقال فيه : وقس - بالسين المهملة - والمشهور استعماله فيما فيما بين الفريضتين ، وقد استملوه فيما دون النصاب . والله أعلم

فصل

الشاة الواجبة فيما دون خمسة وعشرين من الإبل : هي الجذعة من الضأن ، أو الثنية من المعز ، كالشاة الواجبة في الغنم ، وهل يتعين أحد النوعين من الضأن والمعز ؟ فيه أوجه . أحدها : يتعين نوع غنم صاحب الإبل الزكي . والثاني : يتعين غالب غنم البلد ، قطع به صاحب « المذهب » ونقل عن نص الشافعي ، فإن استويا ، تخير بينهما . والثالث ، وهو الصحيح : أنه يخرج ماشاء من النوعين ، ولا يتعين الثالب . صححه الأكثرون ، وربما لم يذكروا سواء ، ونقل صاحب « التقريب » نصوصاً للشافعي تقتضيه ، ورجحها . والمذهب : أنه لا يجوز العدول عن غنم البلد . وقيل : وجهان . فعلى المذهب : لو أخرج غير غنم البلد وهي في القيمة خير من غنم البلد أو مثلهما ، أجزأه ، وإنما يمنع دونها ، وهل يجزئ الذكر منها ، أم يتعين الأنثى ؟ وجهان . أحدهما : يجزئ كالأنثى ، وسواء كانت الإبل ذكوراً كلها ، أو إناثاً ، أو مختلطة . وقيل : الوجهان يختصان بما إذا كانت كلها ذكوراً ، وإلا فلا يجزئ في الذكر قطعاً . والأصح ، الإجزاء مطلقاً .

فرع

إذا وجبت شاة عن خمس من الإبل ، فأخرج بعيراً ، أجزأه ، وإن كان قيمته أقل من قيمة الشاة . هذا هو المذهب الصحيح ، وفي وجه : لا يجزئه إن نقصت قيمته عن قيمة الشاة ، قاله القفال ، وأبو محمد . ووجه ثالث : أنه إن كانت الإبل مرضاً ، أو قليلة القيمة لميب ، أجزأ البعير الناقص عن قيمة الشاة ، وإن كانت صحاحاً سليمة ، لم يجزئ الناقص . فعلى المذهب ، إذا أخرج بعيراً عن خمس ، هل

نقول : كله فرض ، أم خمسة فرض ، والباقي تطوع ؟ وجهان كالوجهين في التمتع إذا ذبح بدنة بدل الشاة ، هل الفرض كلها ، أم سبعا ، وفيمن مسح في الوضوء جميع رأسه ، هل الجميع فرض ، أم البعض ؟ وقالوا : القول بأن الجميع ليس بفرض في مسألتي الاستشهاد ، أوجه ، لأن الاختصار على سبع بدنة ، وبعض الرأس ، جائز ، ولا يجزئ هنا خمس بعير بالاتفاق ، وذكر قوم ، منهم صاحب « التهذيب » أن الوجهين مبنيان على أصل ، وهو أن الشاة الواجبة في الإبل أصل بنفسها ، أم بدل عن الإبل ؟ وفيه وجهان . فان قلنا : الشاة أصل ، كان البعير كله فرضاً كالشاة ، وإلا ، فالواجب خمس البعير .

قلت : الأصح ، أن جميع البعير فرض . قال أصحابنا : وصورة المسألة إذا كان البعير يجزئ عن خمسة وعشرين ، وإلا فلا يقبل بدل الشاة بخلاف .
وانتدأ علم

ولو أخرج البعير عن عشر من الإبل ، أو عن خمس عشرة ، أو عن عشرين ، أجزأه على المذهب . وقيل : لا بد في العشر من حيوانين ، شاتين أو بعيرين ، أو شاة وبعير ، وفي الخمس عشرة ، ثلاث حيوانات ، وفي العشرين أربع شياه ، أو أبيرة ، أو شاة وثلاثة أبيرة ، أو عكسه ، أو اثنين واثنين . وإذا قلنا بالمذهب ، أجزأه البعير ، وإن كان ناقص القيمة عن الشاة ، وفيه الوجهان الضعيفان المتقدمان ، قول القفال ، والآخر . فإذا فرغنا عليها ، اعتبر أن لا ينقص البعير في العشر عن قيمة شاتين ، وفي الخمس عشرة عن قيمة ثلاث ، وفي العشرين عن قيمة أربع .

فرع

الشاة الواجة في الابل يشترط كونها صحيحة ، وإن كانت الابل مراضاً ، لأنها في الذمة ، ثم فيها وجهان . أحدهما وبه قطع كثيرون وهو قول ابن خيران : يؤخذ عن المراض صحيحة تليق بها .

مثاله : خمس من الابل مراض قيمتها خمسون ، ولو كانت صحاحاً كان قيمتها مائة ، وقيمة الشاة المخرجة ستة دراهم ، فيؤمر بإخراج شاة صحيحة تساوي ثلاثة دراهم ، فإن لم يوجد بها شاة صحيحة ، قال صاحب « الشامل » : فترق الدراهم . والوجه الثاني : يجب فيها ما يجب في الابل الصحاح بلا فرق . قال في « المذهب » : وهو ظاهر المذهب .

فصل

إذا ملك خمساً وعشرين من الابل ، فقد وجب بنت مخاض ، فإن وجدها ، لم يعدل إلى ابن لبون ، وإن لم يجدها وعنده ابن لبون ، جاز دفعه عنها ، سواء قدر على تحصيلها ، أم لا ، وسواء كانت قيمته أقل من قيمتها ، أم لا ، ولا جبران معه ، فإن لم يكن في إبله بنت مخاض ، ولا ابن لبون ، فالأصح أنه يشتري أيها شاء ويخرجه . والثاني : يتعين بنت المخاض ، ولو كان عنده بنت مخاض معيبة ، فكالمدمومة ، ولو كانت كريمة وإبله مهزولة ، لم يكلف إخراجها ، فإن تطوع بها ، فقد أحسن ، وإن أراد إخراج ابن لبون ، فوجهان . أحدهما : لا يجوز ، لأنه واجد ، وبهذا قطع الشيخ أبو حامد ، وأكثر شيعته ، ورجحه إمام الحرمين والفزالي ، والأكثر . والثاني : يجوز كالمدمومة ، وهذا هو الراجح عند صاحبي « المذهب » و « التهذيب » وحكي عن نسه . ولو لم تكن عنده بنت مخاض ، فأخرج خنثى من أولاد اللبون ، أجزأه على الأصح ، ولا جبران لذلك لاحتمال

الأثوثة مالم تتحققها . ولو وجد بنت لبون ، وابن لبون ، فأراد إخراج بنت اللبون ، وأخذ الجبران ، لم يكن له على الأصح . ولو لزمه بنت مخاض وهي عنده ، فأراد إخراج خنتى من أولاد اللبون ، لم يجزئه ، لاحتمال أنه ذكر ، فلا يجزى مع وجود بنت المخاض . ولو أخرج حقاً عن بنت مخاض عند فقدها ، فلا شك في جوازها ، فانه أولى من ابن اللبون ، ولو لزمته بنت لبون فأخرج حقاً عند عدمها ، لم يجزه على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وحكت طائفة . فيه وجهان .

فصل

إذا بلغت ماشيته حداً ، يخرج فرضه بحسابين كائنين من الابل ، فهل الواجب خمس بنات لبون ، أو أربع حقائق ؟ قال في القديم : الحقائق ، وفي الجديد : أحدهما . قال الأصحاب : فيه طريقان . أحدهما : على قولين . أظهرهما : الواجب ، أحدهما . والثاني : الحقائق . والطريق الثاني : القبط بالجديد ، وتأولوا القديم . فان أثبتنا القديم وفرعنا عليه ، نظر ، إن وجد الحقائق بصفة الإجزاء ، لم يجز غيرها ، وإلا نزل منها إلى بنات اللبون ، أو صعد إلى الجذاع مع الجبران ، وإن فرعنا على المذهب وهو أحدهما ، فللمسألة أحوال .

أحدهما : أن يوجد في المال ، القدر الواجب من أحد الصنفين بكامله دون الآخر ، فيؤخذ ولا يكلف تحصيل الصنف الآخر ، وإن كان أنفع للساكين ، ولا يجوز الصمود ولا التزول مع الجبران ، إذ لا ضرورة إليه ، وسواء عدم جميع الصنف الآخر ، أم بعضه ، فهو كالمردوم . وكذا لو وجد الصنفان ، وأحدهما معيب ، فكالمردوم .

الحال الثاني : أن لا يوجد في ماله شيء من الصنفين ، أو يوجد ، أو هما مميان . فاذا أراد تحصيل أحدهما بشراء أو غيره ، فالأصح أن له أن يحصل أيهما شاء . والثاني : يجب تحصيل الأغبط للساكين ، وله أن لا يحصل الحقائق ولا بنات

اللبون ، بل ينزل أو يصعد مع الجبران ، فإن شاء جعل الحقائق أصلاً ، وصعد إلى أربع جذاع فأخرجها وأخذ أربع جبرانات ، وإن شاء جعل بنات اللبون أصلاً ، ونزل إلى خمس بنات مخاض ، فأخرجها ودفع معها خمس جبرانات ، ولا يجوز أن يجعل الحقائق أصلاً ، وينزل إلى أربع بنات مخاض ، ويدفع ثماني جبرانات ، ولا أن يجعل بنات اللبون أصلاً ، ويصعد إلى خمس جذاع ، ويأخذ عشر جبرانات ، لإمكان تقليل الجبران . وفي وجه شاذ : أنه يجوز الصعود والنزول المذكوران ، وليس بشيء .

الحال الثالث : أن يوجد الصنفان بصفة الاجزاء ، فالذهب والذي نص عليه الشافعي ، وقاله جمهور الأصحاب : يجب الأغبط المساكين . وقال ابن سريج : المالك بالخيار فيها ، لكن يستحب له إخراج الأغبط ، إلا أن يكون ولي يقيم ، فإيراعي حظه . وإذا قلنا بالذهب ، فأخذ الساعي غير الأغبط ، ففيه أوجه . الصحيح الذي اعتمدته الأكثرون : أنه إن كان بتقصير ، إما من الساعي بأن أخذه مع علمه ، أو أخذه بلا اجتهاد ، وظن أنه الأغبط ، وإما من المالك ، بأن دلس وأخفى الأغبط ، لم يقع المأخوذ من الزكاة . وإن لم يقصر واحد منها وقع عن الزكاة . والوجه الثاني ، قاله ابن خيران ، وقطع به في « التهذيب » : إن كان باقياً في يد الساعي بعينه ، لم يقع عن الزكاة وإن لم يقصر واحد منها ، وإلا وقع . والثالث : يقع عنها بكل حال . والرابع : لا يقع بحال . والخامس : إن فرقته على المستحقين ، ثم ظهر الحال ، حسب عن الزكاة بكل حال ، وإلا لم يحسب . والسادس : إن دفع المالك مع علمه بأنه الأدنى ، لم يحجزه ، وإن كان الساعي هو الذي أخذه ، جاز . وحيث قلنا : لا يقع المأخوذ عن الزكاة ، فعليه إخراجها ، وعلى الساعي رد ما أخذه إن كان باقياً ، وقيمته إن كان تالفاً . وحيث قلنا : يقع ، فهل يجب إخراج قدر التفاوت ؟ وجهان . أصحابنا : يجب . والثاني : يستحب كما إذا أدى اجتهاد الامام إلى أخذ القيمة ، وأخذها ، لا يجب شيء آخر . قال أصحابنا : وإنما يعرف التفاوت بالنظر إلى القيمة ، فإذا كانت قيمة الحقائق أربعمائة

وقيمة بنان المليون أربعمائة وخمسين، وقد أخذ الحقائق، فالتفاوت خمسون ، فلو كان التفاوت يسيراً لا يحصل به شقص ناقة ، دفع الدراهم للضرورة ، وأشار صاحب « التقريب » إلى أنه يتوقف إلى وجود شقص ، وليس بشيء ، فإن يحصل به شقص ، فوجهان . أحدهما : يجب شراؤه . وأصحها : يجوز دفع الدراهم لضرر المشاركة ، ولأنه قد يعدل إلى غير الجنس الواجب للضرورة ، كمن وجب عليه شاة في خمس من الابل ، فلم يجد شاة ، فانه يخرج قيمتها ، وكمن لزمته بنت مخاض ، فلم يجدها ولا ابن لبون ، لافي ماله ولا بالثمن ، فانه يعدل إلى القيمة . فاذا جوزنا الدراهم ، فأخرج شقصاً ، جاز . قال في « النهاية » : وفيه أدنى نظر ، لما فيه من العسر على الساكنين وإن أوجبنا الشقص ، فيكون من الأغبط ، أم من المخرج ؟ فيه أوجه . أصحها : من الأغبط ، لأنه الأصل . والثاني : من المخرج ، لثلاث يتبعض . والثالث : بتخير بينهما . ففي المثال المتقدم ، يخرج على الأصح خمسة أتساع بنت لبون . وعلى الثاني : نصف حقة ، ثم إذا أخرج شقصاً ، وجب صرفه إلى الساعي على قولنا : يجب الصرف إلى الامام في الأموال الظاهرة ، وإذا أخرج الدراهم ، فوجهان . أحدهما : لا يجب الصرف إليه ، لأنها من الباطنة . والثاني : يجب ، لأنها جبران الظاهرة . قلت : هذا الثاني أصح . والله أعلم

وإطلاق الأصحاب الدراهم في هذا الفصل ، يشبه أن يكون مرادهم به نقد البلد ، دراهم كان ، أو دنانير ، كما صرح به الشيخ إبراهيم المرؤذي . قلت : مرادهم نقد البلد قطعاً ، وصرح به جماعة ، منهم القاضي حسين وغيره ، وعليه يحمل قول صاحب « الحاوي » ، وإمام الحرمين وغيرهما : دراهم أو دنانير ، يعنىان أيهما كان نقد البلد . والله أعلم

الحال الرابع : أن يوجد بمض كل صنف ، بأن يجد ثلاث حقائق وأربع بنات لبون ، فهو بالخيار ، إن شاء جعل الحقائق أصلاً فدفعها مع بنت لبون

وجبران ، وإن شاء جعل بنات اللبون أصلاً فدفعها مع حقة ، وأخذ جبرانا ، وهل يجوز أن يدفع حقة مع ثلاث بنات لبون ، وثلاث جبرانات ؟ وجهان . ويجري الوجهان فيما إذا لم يجد إلا أربع بنات لبون وحقة ، فدفع الحقة مع ثلاث بنات لبون ، وثلاث جبرانات ونظائره . والأصح الجواز . قال في « التهذيب » : ويجوز في الصورة الأولى أن يعطي الحقائق مع جذعة ويأخذ جبرانا ، وأن يعطي بنات اللبون وبنات مخاض مع جبران .

الحال الخامس : أن يوجد بعض أحد الصنفين ولا يوجد من الآخر شيء ، كما إذا لم يجد إلا حقتين ، فله إخراجها مع جذعتين ، ويأخذ جبرائين ، وله أن يجعل بنات اللبون أصلاً ، فيخرج بدلن خمس بنات مخاض مع خمس جبرانات . ولو لم يجد إلا ثلاث بنات لبون ، فله إخراجهن مع بنتي مخاض وجبرائين ، وله أن يجعل الحقائق أصلاً ، ويخرج أربع جذعات بدلها ، ويأخذ أربع جبرانات . كذا ذكر في « التهذيب » الصورتين ، ولم يحك خلافاً ، وينبغي أن يكون فيه الوجهان السابقان ، ولعله فرّعه على الأصح .

فرع

إذا بلغت البقر مائة وعشرين ، ففيها أربعة أنبعة ، أو ثلاث سننات ، وحكمها حكم بلوغ الإبل مائتين في جميع الخلاف والتفريع المتقدم .

فرع

لو أخرج صاحب المائتين من الإبل حقتين وبنتي لبون ونصفاً ، لم يحز ، ولو ملك أربع مائة ، فله ثمان حقائق ، أو عشر بنات لبون ، ويوود فيها جميع مافي المائتين من الخلاف والتفريع . ولو أخرج عنها أربع حقائق ، وخمس بنات لبون ،

جاز على الصحيح الذي قطع به الجمهور ، ومنه الاصطخري لتفريق الفرض ، كما لو فرقه في المائتين . قال الجمهور : كل مائتين أصل منفرد ، فهو ككفارنين ، يطعم في إحداها ، ويكسو في الأخرى . وأما المائتان ، فالتفريق فيها كالتفريق في الكفارة الواحدة ، على أن المانع في المائتين ، ليس هو مجرد التفريق ، بل المانع التشقيص ، ألا ترى أنه لو أخرج حققتين وثلاث بنات لبون ، أو أربع بنات لبون وحققة ، جاز ، ويجري هذا الخلاف متى بلغ المال ما يخرج منه بنات اللبون والحقاق بلا تشقيص . فان قيل : ذكرتم أن الساعي يأخذ الأغبط ، ويلزم من ذلك أن يكون أغبط الصنفين هو المخرج ، فكيف يخرج البعض من هذا ، والبعض من ذاك ؟ فالجواب ، ما أجاب به ابن الصباغ . قال : يجوز أن لهم حظ ومصلحة في اجتماع النوعين ، وفي هذا ، أن جهة القبضة غير منحصرة في زيادة القيمة ، لكن إذا كان التفاوت لامن جهة القيمة ، يتمذر إخراج قدر التفاوت .

فصل

من وجبت عليه بنت مخاض وليست عنده ، جاز أن يخرج بنت لبون ويأخذ من الساعي شاتين ، أو عشرين درهماً ، ومن وجبت عليه بنت لبون وليست عنده ، جاز أن يخرج حققة ويأخذ ما ذكرنا ، ومن وجبت عليه حققة وليست عنده ، جاز أن يخرج جذعة ، ويأخذ ما ذكرنا ، ولو وجبت عليه جذعة وليست عنده ، جاز أن يخرج حققة مع شاتين ، أو عشرين درهماً ، ولو وجبت عليه حققة وليست عنده ، جاز أن يخرج بنت لبون مع ما ذكرنا ، ولو وجبت بنت لبون ، وليست عنده ، جاز أن يخرج بنت مخاض مع ما ذكرنا . ثم صفة شاة الجبران هذه ، صفة الشاة المخرجة فيما دون خمس وعشرين من الابل . وفي اشتراط الأنوثة إذا كان المالك هو المعطي ، الوجهان المذكوران في تلك الشاة ، والدراهم التي يخرجها ، هي النقرة . قال في

« النهاية » : وكذا دراهم الثريمة حيث وردت . وإن احتاج الامام إلى إعطاء الجبران ولم يكن في بيت المال دراهم ، باع شيئاً من مال المساكين وصرفه في الجبران ، وإلى من تكون الخيرة في تعيين الشاتين ، أو الدراهم ؟ فيه طريقان . المذهب وبه قطع الأكثرون : أن الخيرة للدافع ، سواء إن كان الساعي أو رب المال ، لكن الساعي يراعي مصلحة المساكين .

والثاني : على قولين أظهرهما : هذا . والثاني : الخيار للساعي . وأما الخيرة في الصعود والنزول ، فإلى المالك على الأصح ، وإلى الساعي على الثاني . والوجهان فيما إذا دفع المالك غير الأغبط ، فإن أراد دفع الأغبط ، لزم الساعي أخذه قطعاً ، هذا عند سلامة المال ، فإن كان الواجب مريضاً أو معيماً ، لكون إبله مريضاً أو معيماً ، فأراد الصعود وطلب الجبران ، فإن قلنا : الخيار للساعي ، ورأى النبطة فيه ، جاز . وإن قلنا : الخيار للمالك ، لم يفوز ذلك إليه ، ويستثنى هذه الصورة . ولو أراد أن ينزل من السن الدبية أو المريضة إلى ناقصة دونها ، ويبدل الجبران قبل ، فإنه تبرع بزيادة .

فرع

إذا وجبت عليه جذعة ، فأخرج بدلها ثنية ، ولم يطلب جبرانا ، جاز ، وقد زاد خيراً ، ولو طلب الجبران ، فوجهان ، أرجحهما عند المراقين وهو ظاهر النص : الجواز ، وأرجحهما عند الغزالي وصاحب « التهذيب » : المنع .

قلت : الأول أصح عند الجمهور . والله أعلم

واعلم أنه كما يجوز الصعود والنزول بدرجة ، يجوز بدرجتين ، بأن يعطي بدل بنت اللبون جذعة عند فقدها وفقد الحقة ، ويأخذ جبرائين ، أو يعطي بدل

الحقة بنت مخاض مع جبرائين ، وكذلك ثلاث درجات ، بأن يعطي بدل الجذعة عند فقدها وفقد الحقة وبنت اللبون ، بنت مخاض مع ثلاث جبرانات ، أو يعطي بدل بنت المخاض ، الجذعة عند فقد ما بينها ، وبأخذ ثلاث جبرانات ، وهل يجوز الصعود والتزول بدرجتين مع القدرة على الدرجة القربى ، كما إذا لزمه بنت لبون ، فلم يجدها ، ووجد حقة وجذعة فصعد إلى الجذعة . الأصح عند الجمهور : لا يجوز . والخلاف فيما إذا صعد وطلب جبرائين ، فأما إذا رضي بجبرائين ، فلا خلاف في الجواز ، ويجري الخلاف في التزول من الحقة إلى بنت مخاض مع وجود بنت اللبون . أما إذا لزمته بنت لبون فلم يجدها ، ولا حقة ، ووجد جذعة وبنت مخاض ، فهل له ترك بنت المخاض ويخرج الجذعة ؟ فيه وجهان مرتبان ، وأولى بالجواز ، وبه قطع الصيدلاني ، لأن بنت المخاض وإن كانت أقرب ، لكن ليست في الجهة المدلول إليها .

فرع

لو أخرج المالك عن جبرائين شاتين وعشرين درهما ، جاز ، ولو أخرج عن جبران شاة وعشرة دراهم ، لم يجوز ، فلو كان المالك أخذ ورضي بالتفريق ، جاز .

فرع

لو لزمه بنت لبون فلم يجدها ، ووجد ابن لبون وحقة ، وأراد دفع ابن اللبون مع الجبران ، فوجهان . أصحها : المنع . والثاني : الجواز ، لأن الشرع جعله كبنت المخاض .

قلت : لو وجب عليه بنت مخاض ، فلم يجدها ، ووجد ابن لبون وبنت لبون ،

الروضة ج ٢ - م ١١

فأخرجها وطلب الجبران ، لم يقبل على الأصح ، بل عليه دفع ابن اللبون بلا جبران ، لأنه بدل بنت الخاض بالنص ، ولو وجبت حقة ، فأخرج بدلها بنتي لبون ، أو وجبت جذعة ، فأخرج بدلها حقن ، أو بنتي لبون ، جاز على الصحيح ، لأنها يجزئان عما زاد ، ولو ملك إحدى وستين بنت مخاض ، فأخرج واحدة منها ، فالصحيح الذي قاله الجمهور : أنه يجب معها ثلاث جبرانات . وفي « الحاوي » وجه : أنها تكفيه وحدها حذراً من الإجحاف ، وليس بشيء . والله أعلم

فرع

لا يدخل الجبران في زكاة الغنم والبقر .

فصل

في صفة المخرج في الكمال والنقصان

أسباب النقص في هذا الباب خمسة .

أحدها : المرض ، فإن كانت ماشيته كلها مراضاً ، أجزأته مريضة متوسطة ، ولو كان بعضها صحيحاً ، وبعضها مريضاً ، فإن كان الصحيح قدر الواجب فأكثر ، لم تجز المريضة إن كان الواجب حيواناً واحداً ، فإن كان اثنين ، ونصف ماشيته صحاح ، ونصفها مراض ، كتبت لبون في ست وسبعين ، وكشأتين في مائتين ، فهل يجوز أن يخرج صحيحة ومريضة ؟ وجهان حكاهما في « التهذيب » . أحدهما عنده : يجوز ، وأقرهما إلى كلام الأكثرين : لا . وإن كان الصحيح من ماشيته دون قدر الواجب ، كشأتين في مائتين ليس فيها صحيحة إلا واحدة ، فالذهب : أنه يجزئه صحيحة ومريضة ، وبه قطع المراقبون والصيدلاني . وقيل : وجهان . ثانيها : يجب صحيحتان ، قاله الشيخ أبو محمد .

فرع

إذا أخرج صحيحة من المال المنقسم إلى الصحاح والمرض ، لم يجب أن يكون من صحاح ماله ، ولا مما يساويها في القيمة ، بل يجب صحيحة لاثقة بماله .
مثاله : أربعون شاة ، نصفها صحاح ، وقيمة كل صحيحة ديناران ، وكل مريضة دينار ، فعليه صحيحة بقيمة نصف صحيحة ، ونصف مريضة ، وذلك دينار ونصف ، ولو كانت الصحاح ثلاثين ، فعليه صحيحة بثلاثة أرباع قيمة صحيحة ، وربع مريضة ، وهو دينار ونصف وربع ، ولو لم يكن فيها إلا صحيحة ، فعليه صحيحة وقيمته تسعة وثلاثون جزءاً من أربعين من قيمة مريضة ، وجزء من أربعين من صحيحة ، وذلك دينار وربع عشر دينار ، وجميع ذلك ربع عشر المال ، ومتى قوّم جملة النصاب ، وكانت الصحيحة المخرجة ربع عشر القيمة ، كفي .
فلو ملك مائة وإحدى وعشرين شاة ، فينبغي أن يكون قيمة الشاتين المأخوذتين ، جزء من مائة وأحد وعشرين جزءاً من قيمة الجملة ، وإن ملك خمساً وعشرين من الابل ، يكون قيمة الناقة المأخوذة جزءاً من خمسة وعشرين جزءاً من قيمة الجملة ، وقس على هذا سائر النصب وواجباتها ، ولو ملك ثلاثين من الابل ، نصفها صحاح ، ونصفها مرض ، وقيمة كل صحيحة أربعة دنانير ، وقيمة كل مريضة ديناران ، وجبت صحيحة بقيمة نصف صحيحة ونصف مريضة ، وهو ثلاثة دنانير ، ذكره صاحب « التهذيب » وغيره . ولك أن تقول : هـلاً كان هذا ملتفتاً إلى أن الزكاة تتعلق بالوقص ، أم لا ، فإن تعلقت فذاك ، وإلا قسط المأخوذ عن الخمس والعشرين .

الفصل الثاني : الميب ، والكلام فيه كالمرض ، سواء تمحضت الماشية معية ، أو انقسمت سليمة ومعية . والمراد بالميب في هذا الباب ، ما يثبت الرد في البيع

على الأصح . وعلى الثاني : هذا مع ما يمنع الإجزاء في الأضحية . ولو ملك خمساً وعشرين بيراً ممية ، وفيها بنتا مخاض ، إحداهما من أجود المال مع غيرها ، والثانية دونها ، فهل يأخذ الأجود كالأنجب في الحقائق وبنات اللبون ، أم الوسط ؟ وجهان . الصحيح : الثاني . وأما قول الشافعي رحمه الله في « المختصر » : ويأخذ خير الميب ، فاتفق الأصحاب على أنه مؤول ، والمراد : يأخذ من وسطه .

النقص الثالث : الذكورة ، فإذا تمحضت الإبل إناثاً ، أو انقسمت ذكوراً وإناثاً ، لم يجزى عنها الذكر إلا في خمسة وعشرين ، فانه يجزى فيها ابن لبون عند فقد بنت المخاض ، وإن تمحضت ذكوراً ، فثلاثة أوجه . أصحها وهو المنصوص : جوازه ، كالريضة من المراض ، وعلى هذا يؤخذ في ست وثلاثين ابن لبون أكثر قيمة من ابن لبون ، يؤخذ من خمس وعشرين ، ويعرف بالتقويم أو النسبة . والثاني : المنع ، فعلى هذا لا يؤخذ أنثى كانت تؤخذ لو تمحضت إناثاً ، بل تقوّم ماشيته لو كانت إناثاً ، وتقوّم الأنثى المأخوذة منها ، ويعرف نسبتها من الجملة ، وتقوّم ماشيته الذكور ، وتؤخذ أنثى قيمتها ما تقتضيه النسبة ، وكذلك الأنثى المأخوذة من الإناث والذكور ، يكون دون المأخوذة من محض الإناث بطريق التقييط المذكور في المراض . والثالث : إن أدى أخذ الذكر إلى التسوية بين النصارين ، لم يؤخذ ، وإلا أخذ .

مثاله : يؤخذ ابن مخاض من خمس وعشرين ، وحق من ست وأربعين ، وجذع من إحدى وستين ، وكذا يؤخذ الذكر إذا زادت الإبل ، واختلف الفرض بزيادة العدد ، ولا يؤخذ ابن لبون من ست وثلاثين ، لأنه مأخوذ عن خمس وعشرين . وأما البقر ، فالتبيع مأخوذ منها في مواضع وجوبه ، وحيث وجبت المسنة ، تعينت إن تمحضت إناثاً أو انقسمت ، فإن تمحضت ذكوراً ، ففيه الوجهان الأولان في الإبل ، ولو أخرج عن أربعين من البقر ، أو خمسين تبيعين ، جاز على الصحيح ، لأنها يجزئان عن ستين ، فمما دونها أولى .

وأما الغنم ، فإن تمحضت إناثاً أو انقسمت ، تعينت الأنثى ، وإن تمحضت ذكوراً ، فطريقان . المذهب وبه قطع الأكثرون : يجرى الذكر . والثاني : على الوجهين في الابل .

النقص الرابع : الصغّر ، وللماشية في هذا الفصل ثلاثة أحوال . أحدها : أن تكون كلها أو بعضها في سن الفرض ، فيؤخذ لواجبها سن الفرض ، ولا يؤخذ مادونه ، ولا يكلف ما فوقه . الثاني : أن تكون كلها فوق سن الفرض ، فلا يكلف الاخراج منها ، بل يحصل السن الواجبة ويخرجها ، وله الصعود والنزول في الابل كما سبق . الثالث : أن يكون الجميع في سن دونها ، وقد يستبعد تصور هذا ، فإن أحد شروط الزكاة الحول ، وإذا حال الحول ، فقد بلغت الماشية حدّ الإجزاء . وقد صورها الأصحاب فيما إذا حدثت من الماشية في أثناء الحول فصلان ، أو عجول ، أو سخال . ثم ماتت الأمهات ، وتم حولها والنتاج صغار بعد ، وهذا تفريع على المذهب أن النتاج يبنى على حولها . وأما على قول الأنطاقي : إنه ينقطع الحول بموت الأمهات ، بل بقصانها عن النصاب ، فلا تجب هذه الصورة بهذا الطريق ، ويمكن أن تصور ذلك فيما إذا ملك نصاباً من صغار المعز ، ومضى عليها حول ، فتجب الزكاة وإن لم تبلغ سن الإجزاء ، لأن الثانية من المعز على الأصح ، هي التي استكملت سنتين كما تقدم . إذا عرف التصوير ففيما يؤخذ ؟ وجهان . وقال صاحب « التهذيب » وغيره : قولان . القديم : لا يؤخذ إلا كبيرة ، لكن دون الكبيرة المأخوذة من الكبار في القيمة . وكذا إذا انقسم ماله إلى صغار وكبار ، يؤخذ كبيرة بالقسط كما سبق في نظائره ، فإن لم توجد كبيرة بما يقتضيه التقسيط ، أخذت القيمة للضرورة . ذكره المسعودي في « الإيضاح » والقول الجديد : لا يتعين الكبيرة ، بل تجوز الصغيرة كالريضة من المراض . فعلى هذا ، هل تؤخذ الصغيرة مطلقاً ، أم كيف الحال ؟ قطع الجمهور بأخذ الصغيرة من صغار الغنم . وذكروا في الابل والبقر ، ثلاثة أوجه . أصحها : يجوز أخذ

الصغار مطلقاً كالغنم ، ولكن يجتهد الساعي ويحترز عن التسوية بين القليل والكثير ، فيأخذ من ست وثلاثين فصيلاً فوق الفصيل المأخوذ في خمس وعشرين ، ومن ست وأربعين فصيلاً فوق المأخوذ من ست وثلاثين ، وعلى هذا ، القياس . والوجه الثاني : لا تجزى الصغيرة ، لئلا تؤدي إلى التسوية بين القليل والكثير ، لكن يؤخذ كبيرة بالقسط كما سبق في نظائره . والثالث : لا يؤخذ فصيل من أحد وستين فما دونها ، ويؤخذ مما فوقها ، وكذا من البقر . قال الأصحاب : هذا الوجه ضعيف لشيئين . أحدهما : أن التسوية التي تلزم في أحد وستين فما دونها ، تلزم في أحد وتسعين ، فإن الواجب في ست وسبعين ، بنتا لبون ، وفي إحدى وتسعين ، حقتان ، فإن أخذنا فصيلين في هذا ، وفي ذلك ، سوينا ، فإن وجب الاحتراز عن التسوية ، فليحترز عن هذه الصورة . الثاني : أن هذه التسوية تلزم في البقر ، في ثلاثين وأربعين ، وقد عبّر قوم من الأصحاب عن هذا الوجه بمباراة تدفع هذين الشيئين فقالوا : تؤخذ الصغيرة حيث لا تؤدي إلى التسوية ، ومنهم من خص المنع على هذا الوجه بست وثلاثين فما فوقها ، وجوز لإخراج فصيل عن خمس وعشرين ، إذ لا تسوية في تجويزه وحده .

النقص الخامس : رداءة النوع ، الماشية إن اتحد نوعها ، بأن كانت إبله كلها أرحبية أو مهرية ، أو كانت غنمه كلها ضأناً أو معزاً ، أخذ الفرض منها ، وذكر في « التهذيب » ثلاثة أوجه في أنه هل يجوز أخذ ثنية من المعز ، باعتبار القيمة عن أربعين ضأناً ، أو جذعة من الضأن عن أربعين معزاً ؟ أصحاب الجواز ، لا تفاق الجنس كالمهرية مع الأرحبية . والثاني : المنع كالبقر عن الغنم . والثالث : لا يؤخذ المعز عن الضأن ، ويجوز العكس ، كما يؤخذ في الإبل المهرية عن الحميرية ، ولا عكس ، وكلام إمام الحرمين قريب من هذا الثالث ، فانه قال : لو ملك أربعين من الضأن الوسط ، فأخرج ثنية من المعز الشريفة تساوي جذعة من الضأن التي يملكها ، فهذا محتمل ، والظاهر إجزاؤها . أما إذا اختلف النوع

كالمهرية والأرحبية من الابل ، والعرب والجواميس من البقر ، والضأن والعز من الغنم ، فيضم البعض إلى البعض في إكمال النصاب لاتحاد الجنس ، وفي كيفية أخذ الزكاة قولان . أحدهما : يؤخذ من الأغلب ، فإن استويا ، فكاجتماع الحقائق وبنات اللبون في مائتين ، فيؤخذ الأغبط للمساكين على المذهب . وعلى وجه : الخيرة للمالك . والقول الثاني وهو الأظهر : يؤخذ من كل نوع بقسطه ، وليس معناه أن يؤخذ من هذا شقص ، ومن هذا شقص ، فانه لا يجزىء بالاتفاق ، ولكن المراد ، النظر إلى الأصناف ، وباعتبار القيمة ، فاذا اعتبرت القيمة والتقسيت ، فمن أي نوع كان المأخوذ ، جاز . كذا قاله الجمهور . وقال ابن الصباغ : ينبغي أن يكون المأخوذ من أعلى الأنواع ، كما لو انقسمت إلى صحاح ومراض ، ويحب عما قال بأنه ورد النهي عن المريضة والمعية ، فلم نأخذ إلا ما وجدنا صحيحة ، بخلاف مانحن فيه . وحكي قول ثالث : أنه إذا اختلف الأنواع ، أخذ من الوسط ، ولا يحمي هذا في نوعين فقط ، ولا في ثلاثة متساوية . وحكي وجه : أنه يؤخذ الأجود ، فخرج من نصه في اجتماع الحقائق وبنات اللبون . وحكي عن أبي إسحاق : أن القولين فيما إذا لم تحتل الابل أخذ واجب كل نوع وحده ، فإن احتمل ، أخذ بلا خلاف ، بأن ملك مائتين ، مائة أرحبية ، ومائة مهرية ، فيؤخذ حقتان من هذه ، وحقتان من هذه . والمشهور في المذهب : طرد الخلاف مطلقاً ، ونوضح القولين الأولين بمثالين . أحدهما : له خمس وعشرون من الابل ، عشرة مهرية ، وعشرة أرحبية ، وخمسة مجيدية ، فعلى القول الأول يؤخذ بنت مخاض أرحبية ، أو مهرية ، بقيمة نصف أرحبية ، ونصف مهرية ، لأن هذين النوعين أغلب . وعلى الثاني : يؤخذ بنت مخاض من أي الأنواع أعطى بقيمة خمسي مهرية ، وخمسي أرحبية ، وخمس مجيدية . فاذا كانت قيمة بنت مخاض مهرية عشرة ، وقيمة بنت مخاض أرحبية خمسة ، وبنت مخاض مجيدية دينارين ونصف ، أخذ بنت مخاض من أي أنواعها شاء ، قيمتها ستة ونصف . الثاني : له ثلاثون من العز ، وعشر من

الضأن ، فعلى القول الأول : يأخذ ثنية من المعز كما لو كانت كلها معزاً ، وعكسه ، لو كان الضأن ثلاثين ، أخذنا جذعة من الضأن . وعلى القول الثاني : يخرج ضائنة ، أو عزراً بقيمة ثلاثة أرباع عز ، وربع ضائنة في الصورة الأولى ، وبقيمة ثلاثة أرباع ضائنة ، وربع ماعزة في الصورة الثانية ، ولا يجيء قول اعتبار الوسط هنا . وعلى وجه : اعتبار الأثراف يؤخذ من أشرفها .

باب

الخلطة

هي نوعان ؛ خلطة اشتراك ، وخلطة جوار ، وقد يعبر عن الأول بخلطة الأعيان ، وبخلطة الشيوخ . وعن الثاني : بخلطة الأوصاف . والمراد بالأول أن لا يتميز نصيب أحد الرجلين أو الرجال عن نصيب غيره ، كماشية ورثها قوم أو ابتاعوها معاً ، فهي شائنة بينهم . وبالثاني : أن يكون مال كل واحد متميناً متميزاً عن مال غيره ، ولكن يجاوره مجاورة المال الواحد على ما سذكره إن شاء الله تعالى ، ولكل واحدة من الخلطتين أثر في الزكاة ، فيجملان مال الشخصين أو الأشخاص ، بمنزلة مال الواحد . ثم قد توجب الزكاة أو تكثرها ، كرجلين خلطاً عشرين بعشرين ، يجب شاة ، ولو انفردا ، لم يجب شيء .

قلت : وصورة تكثيرها ، خلط مائة وشاة بمثلها ، وجب على كل واحد شاة ونصف ، ولو انفرد ، لزمه شاة فقط ، أو خلط خمساً وخمسين بقرة بمثلها ، لزم كل واحد مسنة ونصف تتبع ، ولو انفرد كفاه مسنة . والله أعلم

وقد يقللها ، كرجلين خلطاً أربعين بأربعين ، يجب عليها شاة ، ولو انفردا ، وجب على كل واحد شاة . وحكى الحناطي وجهاً غريباً : أن خلطة الجوار لا أثر لها ، وليس بشيء .

فصل

نوعا الخلطة يشتركان في اعتبار شروط ، وتختص خلطة الجوار بشروط ، فمن المشترك كون المجموع نصاباً ، فلو ملك زيد عشرين شاة ، وعمرو عشرين شاة ، غفلطاً تسع عشرة بتسع عشرة ، وتركاً شاتين منفردتين ، فلا أثر لخلطتها ، فلا زكاة أصلاً .

ومنها : أن يكون المختلطان من أهل وجوب الزكاة ، فلو كان أحدهما ذمياً أو مكاتباً ، فلا أثر للخلطة ، بل إن كان نصيب الحر المسلم نصاباً ، زكاته زكاة الانفراد ، وإلا فلا شيء عليه .

ومنها : دوام الخلطة في جميع السنة على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى . وأما الشروط المختصة بخلطة الجوار ، فمجموعها عشرة ، متفق على اشتراطه ، ومختلف فيه . أحدها : اتحاد المراح ، وهو مأواها ليلاً . والثاني : اتحاد الشرب ، بأن تسقى غنمها من ماء واحد ، نهر ، أو عين ، أو بئر ، أو حوض ، أو من مياه متعددة ، بحيث لا يختص غنم أحدهما بالشرب من موضع ، وغنم الآخر من غيره . الثالث : اتحاد المرح ، وهو الموضع الذي تجتمع فيه ، ثم تساق إلى المرعى . الرابع : اتحاد المرعى ، وهو المرتع الذي ترعى فيه ، فهذه الأربعة متفق عليها . الخامس : اتحاد الراعي ، الأصح : اشتراطه . ومعناه : أن لا يختص غنم أحدهما براع ، ولا بأس بتعدد الرعاة لها قطعاً . السادس : اتحاد الفحل ، المذهب : أنه شرط ، وبه قطع الجمهور . وقيل : وجهان . أصحها : اشتراطه . والمراد أن تكون الفحول مرسلة بين ماشيتها ، لا يختص أحدهما بفحل ، سواء كانت الفحول مشتركة أو مملوكة لأحدهما ، أو مستأجرة . وفي وجه : يشترط أن تكون مشتركة بينهما . واتفقوا على ضمه . وإذا قلنا : لا يشترط اتحاد الفحل ، اشترط كون الإزاء في

موضع واحد . السابع : اتحاد الموضع الذي تحلب فيه ، لا بد منه ، كالمرح .
فلو حلب هذا ماشيته في أهله ، وذلك ماشيته في أهله ، فلا خلطة . الثامن :
اتحاد الحالب ، وهو الشخص الذي يحلب ، فيه وجهان . أصحابها : ليس بشرط .
والثاني : يشترط بمعنى أنه لا ينفرد أحدهما بحالب يمتنع عن حلب ماشية الآخر . التاسع :
اتحاد الإناء الذي يحلب فيه ، وهو الحلب ، فيه وجهان . أصحابها : لا يشترط ، كما لا يشترط
اتحاد آلة الجز . والثاني : يشترط فلا ينفرد أحدهما بحلب ، أو بحالب ممنوعة من
الآخر . وعلى هذا ، هل يشترط خلط اللبنين ؟ وجهان . أصحابها : لا . والثاني : يشترط
ويتسامحون في قسمته ، كما يخلط المسافرون أزوادهم ثم يأكلون ، وفيهم الزهيد
والرغب . الماشر : نية الخلطة هل تشترط ؟ وجهان . أصحابها : لا يشترط . ويجري
الوجهان فيما لو افترقت الماشية في شيء مما يشترط الاجتماع فيه بنفسها ، أو فرقها
الراعي ولم يعلم المالك أن إلا بعد طول الزمان ، هل تنقطع الخلطة ، أم لا ؟ أما لو
فرقها ، أو أحدهما قصدا في شيء من ذلك ، فتنقطع الخلطة وإن كان يسيراً .
وأما التفرق اليسير من غير قصد ، فلا يؤثر ، لكن لو اطلعا عليه فأقراها على
تفرقها ارتفعت الخلطة . ومهما ارتفعت الخلطة ، فعلى من نصيبه نصاب زكاة ،
الانفراد إذا تم الحول من يوم الملك ، لا من يوم ارتفاعها .

فصل

الخلطة تؤثر في المواشي بلا خلاف . وهل تؤثر في الثمار ، والزروع ،
والنقدين ، وأموال التجارة ؟ أما خلطة الاشتراك ، ففيها قولان . القديم : لا يؤثر .
والجديد : يؤثر . فأما خلطة الجوار ، فلا تثبت على القديم . وفي الجديد :
وجهان . وقيل : قولان . أصحابها : يثبت . وإذا اختصرت ، قلت :
في الخلطين ثلاثة أقوال : الأظهر : ثبوتها . والثاني : لا . والثالث : تثبت خلطة

الاشتراك فقط . وصورة الخلطة في هذه الاشياء ، أن يكون لكل واحد منها صنف نخيل ، أو زرع في حائط واحد ، أو لكل واحد كيس درهم في صندوق واحد ، أو أمتعة تجارة في خزانة واحدة . وفرع الأصحاب على إثبات الخلطتين مسائل .

منها : نخيل موقوفة على جماعة معينين في حائط واحد ، أثرت خمسة أوسق ، تجب فيها الزكاة .

ومنها : لو استأجر أجيراً لتمهّد نخيله بثمره نخلة بعينها بعد خروج ثمرها وقبل بدو صلاحها ، وشرط القطع ، فلم يتفق القطع حتى بدا الصلاح وبلغ ما في الحائط نصاباً ، وجب على الأجير عشر ثمرة تلك النخلة وإن قلت ومنها لو وقف أربعين شاة على جماعة معينين ، إن قلنا : الملك في الموقوف لا ينتقل اليهم ، فلا زكاة . وإن قلنا : يملكونه ، فوجهان . الأصح : لا زكاة أيضاً لضعف ملكهم .

فصل

أخذ الزكاة من مال الخليطين قد يقتضي التراجع بينهما ، وقد يقتضي رجوع أحدهما على صاحبه دون الآخر ، ثم الرجوع والتراجع يكثران في خلطة الجوار ، وقد يتفقان قليلا في خلطة المشاركة كما سيأتي إن شاء الله تعالى . وأما خلطة الجوار ، فتارة يمكن الساعي أن يأخذ من نصيب كل واحد منهما ما يخصه ، وتارة لا يمكنه . فإن لم يمكنه ، فله أن يأخذ فرض الجميع من نصيب أيهما شاء . وإن لم يجد سن الفرض إلا من نصيب أحدهما ، أخذه .

مثاله : أربعون شاة ، لكل واحد عشرون ، يأخذ الشاة من أيهما شاء . ولو وجبت بنت لبون فلم يجدها إلا في أحدهما ، أخذها منه . ولو كانت ماشية أحدهما مراضاً ، أو ممية ، أخذ الفرض من الآخر . أما إذا أمكنه ، فوجهان .

قال أبو إسحاق : يأخذ من مال كل واحد ما يخصه ، ولا يجوز غير ذلك ليفنيها عن التراجع . وأصحها وبه قال ابن أبي هريرة والجمهور : يأخذ من جنب المال ما اتفق ، ولا حرج عليه ، بل لو أخذ كما قال أبو إسحاق ، ثبت التراجع ، لأن المالكين كواحد .

مثال صورة الإمكان : لكل واحد مائة شاة ، وأمكن أن يأخذ من مال كل واحد شاة . وكذا لو كان لأحدهما أربعون من البقر ، والآخر ثلاثون ، وأمكن أخذ مسنة من الأربعين ، وتبيع من الثلاثين . وكذا لو كان لواحد مائة من الابل ، والآخر ثمانون وأمكن أخذ حقتين من المائة وبقي لبون من الثمانين .

فرع

في كيفية الرجوع

فإذا خلطا عشرين من الغنم بعشرين ، فأخذ الساعي شاة من نصيب أحدهما ، رجع على صاحبه بنصف قيمتها ، لا بنصف شاة ، لأنها غير مثلية . فلو كان لأحدهما ثلاثون شاة ، والآخر عشر ، فأخذها الساعي من صاحب الثلاثين ، رجع بربعها على الآخر . وإن أخذها من الآخر ، رجع بثلاثة أرباعها على صاحب الثلاثين . ولو كان لأحدهما مائة ، والآخر خمسون ، فأخذ الساعي الشاتين الواجبتين من صاحب المائة ، رجع على الآخر بثلاث قيمتهما ، ولا يقول : بقيمة ثلثي شاة ، وإن أخذها من صاحب الخمسين ، رجع بثلاثي قيمتها . ولو أخذ من كل واحد شاة ، رجع صاحب المائة على صاحب الخمسين بثلاث قيمة شاته ، وصاحب الخمسين على صاحب المائة بثلاثي قيمة شاته . ولو كان نصف الشيء لهذا ، ونصفها للآخر ، رجع كل واحد بقيمة نصف شاته . فإن تساوت القيمتان ، خرج على أقوال التقاسم عند تساوي

الذين قدرأً وجنسأً . ولو كان لأحدهما ثلاثون من البقر ، وللآخر أربعون ، فواجهها تبيع ومسنة ، على صاحب الأربعين أربعة أمباعها ، وعلى صاحب الثلاثين ثلاثة أمباعها . فلو أخذها الساعي من صاحب الأربعين ، رجع على الآخر بثلاثة أسباع قيمتها ، وإن أخذها من الآخر ، رجع بأربعة أمباعها . ولو أخذ التبيع من صاحب الأربعين ، والمسنة من الآخر ، رجع صاحب المسنة بأربعة أسباعها ، وصاحب التبيع بثلاثة أسباعه . ولو أخذ المسنة من صاحب الأربعين ، والتبيع من الآخر ، رجع صاحب المسنة بثلاثة أمباعها ، وصاحب التبيع بأربعة أسباعه . قلت : هذا الذي ذكره في التبيع والمسنة قلّه إمام الحرمين وغيره ، وأنكر عليهم بنص الشافعي رحمه الله . والذي نقله عنه صاحب « جمع الجوامع » في منصوصات الشافعي . قال الشافعي : ولو كان غنماها سواء ، وواجهها شاتان ، فأخذ من غنم كل واحد شاة ، وكانت قيمة الشاتين المأخوذتين مختلفة ، لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء ، لأنه لم يؤخذ منه إلا ما عليه في غنمه لو كانت منفردة . هذا نصه ، وفيه تصريح بمخالفة المذكور ، وأنه يقتضي أن على صاحب الثلاثين تبيعاً ، وعلى الآخر مسنة ، والتراجع يثبت على حسب ذلك ، وكذلك في الشياه . وهذا هو الظاهر في الدليل أيضاً فليمتد . والله أعلم

فرع

لو ظلم الساعي فأخذ من أحد الخليطين شاتين ، والواجب شاة ، أو أخذ ماخضاً ، أو [شاة حبل] رُبِّي^(١) رجع المأخوذ منه بنصف قيمة الواجب ، لا قيمة المأخوذ ، ويرجع المظلوم على الظالم ، فإن كان المأخوذ باقياً في يد الساعي ، استرده ، وإلا استرد الفضل ، والفرض ساقط . ولو أخذ القيمة في الزكاة ، أو أخذ من السخال كبيرة ، رجع على الأصح ، لأنه مجتهد فيه . وقيل : يرجع في مسألة الكبيرة قطعاً .

(١) الرى : الشاة التي وضعت حديثاً ، وقيل : هي التي تحبس في البيت للبهنا .

فرع

جميع ما قدمناه في هذا الفصل ، في خلطة الجوار . أما خلطة الاشتراك ، فإن كان الواجب من جنس المال ، فأخذه الساعي منه ، فلا تراجع ، وإن كان من غيره ، كالشاة فيما دون خمس وعشرين من الابل ، رجع المأخوذ منه على صاحبه بنصف قيمتها ، فلو كان بينها عشرة ، فأخذ من كل واحد شاة ، تراجعا ، فإن تساوت القيمتان ، خرج على أقوال التقاص .

فرع

متى ثبت الرجوع ، وتنازعا في قيمة المأخوذ ، فالقول قول الرجوع عليه ، لأنه غارم .

فصل

في اجتماع الخلطة والانفراد في هول واحد

فإذا لم يكن لهما حالة انفراد ، بأن ورثا ماشية ، أو ابتاعها دفعة واحدة ، شائعة أو مخلوطة ، وأداما الخلط سنة ، زكّيا زكاة الخلطة بلا خلاف ، وكذا لو ملك كل واحد دون النصاب ، وبلغ بالخلط نصاباً ، زكّيا زكاة الخلطة قطعاً . أما إذا انفقد الحول على الانفراد ، ثم طرأت الخلطة ، فيما إن يتفق ذلك في حق الخليطين جميعاً ، وإما في حق أحدهما ، فإن اتفق في حقها ، فتارة يتفق حولهما ، وتارة يختلفان ، فإن اتفقا ، بأن ملك كل واحد منهما أربعين شاة غرة المحرم ، ثم خلطا غرة صفر ، فقولان .

الجديد : أنه لا تثبت الخلطة في السنة الأولى ، فإذا جاء المحرم ، وجب على كل واحد شاة . والقديم : تثبت ، فيجب في المحرم على كل واحد نصف شاة ، وعلى القولين جميعاً في الحول الثاني فما بعده يزكيان زكاة الخلطة لوجودها في جميع السنة . قلت : الأظهر : الجديد ، ويجري القولان متى خطا قبل انقضاء الحول بزمان ، لو علفت السائمة فيه ، سقط حكم السوم . وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى . واختار صاحب « البيان » ، في كتابه « مشكلات المذهب » ، أنه ثلاثة أيام . والراد ، التقريب . وقد اتفقوا على أنه لا جريان للقديم إذا لم يبق من الحول إلا يوم أو يومان ، ونحو ذلك . والله أعلم

وإن اختلف حولهما ، بأن ملك هذا غرة المحرم ، وذلك غرة شهر صفر ، وخطا غرة شهر ربيع ، يبي على القولين عند اتفاق الحول . فعلى الجديد : إذا جاء المحرم ، على الأول شاة ، وإذا جاء صفر ، فعلى الثاني شاة . وعلى القديم : على كل واحد نصف شاة عند انقضاء حوله من حين ملك . ثم في سائر الأحوال يتفق القولان على ثبوت حكم الخلطة ، فيكون على الأول عند غرة كل محرم ، نصف شاة . وعلى الثاني : عند غرة كل صفر ، نصف شاة . ولنا وجه : أن الخلطة في جميع الأحوال لا تثبت . واتفق الأصحاب على ضعفه ، ونسب الجمهور هذا الوجه إلى تحريج ابن سريج . وقال المحامي : ليس هذا لابن سريج ، بل هو لنيره . أما إذا اتفق في حق أحدهما ، بأن ملك أربعين في غرة المحرم ، وملك الثاني أربعين غرة صفر ، وخطاها عند الملك ، أو خطا الأول أربعين غرة صفر بأربعين لنيره ، ثم باع الثاني أربعين لثالث ، فقد ثبت للأول حكم الانفراد شهراً ، والثاني لم ينفرد أصلاً ، ويبني على حاله المتقدمة ، فإذا جاء المحرم ، فعلى الأول شاة في الجديد ، ونصف شاة في القديم ، وإذا جاء صفر ، فعلى الثاني نصف شاة في القديم ، وعلى الجديد وجهان . أصحهما : نصف شاة . والثاني : شاة ، وثبت

حكم الخلطة في باقي الأحوال على المذهب ، وعلى الوجه المنسوب إلى ابن سريج : لا يثبت .

فرع

في صور بناها الأصحاب على هذه الاختلافات

منها : لو ملك أربعين شاة غرة المحرم ، ثم أربعين غرة صفر ، فعلى الجديد : إذا جاء المحرم لزمه الأربعين الأولى شاة ، وإذا جاء صفر لزمه الأربعين الثانية نصف شاة على الأصح ، وقيل : شاة . وعلى القديم : يلزمه نصف شاة لكل أربعين في حولها ، ثم يتفق القولان في سائر الأحوال ، وعلى الوجه المنسوب إلى ابن سريج : يجب في الأربعين الأولى شاة عند تمام حولها ، وفي الثانية شاة عند تمام حولها . وهكذا أبداً ما لم ينقص النصاب ، والفرض أنه كما تمتنع الخلطة في ملك الشخصين عند اختلاف التاريخ ، يمتنع في ملكي الواحد .

ومنها : لو ملك الرجل أربعين غرة المحرم ، ثم ملك أربعين غرة صفر ، ثم أربعين غرة شهر ربيع ، فعلى القديم : يجب في كل أربعين ثلث شاة عند تمام حولها . وعلى الجديد : يجب في الأولى لتمام حولها شاة . وفي ما يجب في الثانية لتمام حولها ، وجهان . أحدهما : نصف شاة . والثاني : شاة . وفيما يجب في الثالثة لتمام حولها وجهان . أحدهما : ثلث شاة . والثاني : شاة ، ثم يتفق القولان في سائر الأحوال . وعلى وجه ابن سريج : يجب في كل أربعين لتمام حولها شاة أبداً .

ومنها : لو ملك أربعين غرة المحرم ، وملك آخر عشرين غرة صفر ، وخطأ عند ملك الثاني ، فإذا جاء المحرم ، لزم الأول شاة في الجديد ، وثلاثا في القديم ، وإذا جاء صفر ، لزم الثاني ثلث شاة على القولين ، لأنه خالط في جميع حوله . وعلى وجه ابن سريج : يجب على الأول شاة أبداً ، ولا شيء على صاحب العشرين

أبداً لاختلاف التاريخ ، ولو ملك مسلم وذمي ثمانين شاة من أول المحرم ، ثم أسلم الذي غرة صفر ، كان المسلم كمن انفرد بماله شهراً ، ثم طرأت الخلطة .

فرع

جميع ما قدمناه في الفصل المتقدم وفرعه ، هو في طريان خلطة الجوار ، فلو طرأت خلطة الشيوع ، بأن ملك أربعين شاة ستة أشهر ، ثم باع نصفها مشاعاً ، ففي انقطاع حول البائع ، طريقان .

أحدهما : قول ابن خيران : إنه على القولين فيما إذا انقصد حولهما على الانفراد ثم خلطا ، إن قلنا : يزكيان زكاة الخلطة ، لم ينقطع حوله ، وإن قلنا : زكاة الانفراد ، انقطع لنقصان النصاب .

والطريق الثاني ، وبه قطع الجمهور ونقله المزني والربيع عن نصه : أن الحول لا ينقطع ، لاستمرار النصاب بصفة الانفراد ، ثم بصفة الاشتراك ، فعلى هذا إذا مضت ستة أشهر من يوم الشراء ، لزم البائع نصف شاة لتمام حوله . وأما المشتري ، فينظر ، إن أخرج البائع واجبه وهو نصف شاة من المشترك ، فلا شيء عليه ، لنقصان المجموع عن النصاب قبل تمام حوله ، وإن أخرج من غيره ، بى على تعلق الزكاة بالعين أو بالذمة ، إن قلنا : بالذمة ، لزمه نصف شاة عند تمام حوله ، وإن قلنا : بالعين ، ففي انقطاع حول المشتري ، قولان . أظهرهما عند المراقين : الانقطاع . ومأخذهما ، أن إخراج الزكاة من موضع آخر يمنع زوال الملك عن قدر الزكاة ، أو يفيد عوده بعد الزوال ، ولو ملك ثمانين شاة ، فباع نصفها مشاعاً في أثناء الحول ، لم ينقطع حول البائع في النصف الثاني قطعاً . وفي واجبه لتمام حوله وجهان . أحدهما : نصف شاة . والثاني : شاة ، ولو أن

مالك الأربعين باع بعضها ، نظر ، إن ميّزها قبل البيع أو بعده وأقبضها ، فقد زالت الخلطة إن كثر زمن التفريق ، فإذا خلطها ، استأنف الحول ، وإن كان زمن التفريق يسيراً ، ففي انقطاع الحول وجهان . أوقفها لكلام الأكثرين : الانقطاع ، فلو لم يميزا ، ولكن أقبض البائع المشتري جميع الأربعين لتصير العشرين مقبوضة ، فالحكم كما لو باع النصف مشاعاً ، فلا ينقطع حول الباقي على المذهب . وفيه وجه : أنه ينقطع بالانفراد بالبيع . والطارىء هنا : خلطة جوار ، وإن ذكرناها هاهنا . ولو كان لهذا أربعون ، ولهذا أربعون ، فباع أحدهما جميع غنمه بنتم صاحبه في أثناء الحول ، انقطع حولهما واستأنفا من وقت المبايع ، ولو باع أحدهما نصف غنمه شائعاً بنصف غنم صاحبه شائعاً ، والأربعونان يميزتان ، فحكم الحول فيما بقي لكل واحد منها من أربيعته ، كما إذا كان للواحد أربعون ، فباع نصفها شائعاً . والمذهب : أنه لا ينقطع ، فإذا تم حول ما بقي لكل واحد منها ، فهذا مال ثبت له الانفراد أولاً ، والخلطة في آخر الحول ، ففيه القولان السابقان . القديم : أنه يجب على كل واحد ربع شاة . والجديد : على كل واحد نصف شاة ، وإذا مضى حول من وقت التبائع ، لزم كل واحد للقدر الذي ابتاعه ربع شاة على القديم . وفي الجديد وجهان . أحدهما : ربع شاة . والثاني : نصفها .

فرع

إذا طرأ الانفراد على الخلطة ، زكّى من بلغ نصيبه نصاباً زكاة الانفراد من وقت الملك ، ولو كان بينها أربعون مختلطة ، فخالطها ثالث بشرين في أثناء حولهما ، ثم ميز أحد الأولين ماله قبل تمام الحول ، فلا شيء عليه عند تمام الحول ، ويجب على الثاني نصف شاة عند تمام حوله ، وكذا على الثالث نصف شاة عند تمام حوله . ووجه ابن سريج ينازع فيه ، ولو كان بينها ثمانون مشتركة ، فافتسها بمد

سته أشهر ، فإن قلنا : القسمة لإفراز حق ، فعلى كل واحد عند تمام حوله ، شاة ، وإن قلنا : بيع ، لزم كل واحد عند تمام باقي الحول نصف شاة . ثم إذا مضى حول من وقت القسمة ، لزم كل واحد نصف شاة لما تجدد ملكه ، وهكذا في كل ستة أشهر ، كما لو كان بينهما أربعون شاة ، فاشترى أحدهما نصف الآخر بعد مضي ستة أشهر ، يجب عليه عند مضي كل ستة أشهر نصف شاة .

فصل

إذا اجتمع في ملك الواحد ماشية مختلطة ، وغير مختلطة من جنسها ، بأن ملك ستين شاة ، خالط بعشرين منها عشرين لغيره خلطة جوار أو شيوخ ، وانفرد بالأربعين ، فكيف يزكّيان ؟ قولان . أظهرهما ، وعليه فرّع في « المختصر » واختاره ابن سريج ، وأبو إسحاق والأكثر : أن الخلطة خلطة ملك ، أي كل ما في ملكه ثبت فيه حكم الخلطة ، لأن الخلطة تجعل مال الاثنين كمال الواحد ، ومال الواحد يضم بعضه إلى بعض وإن تفرّق ، فعلى هذا ، في الصورة المذكورة ، كان صاحب الستين قد خلطها بعشرين ، فعليها شاة ، ثلاثة أرباعها عليه ، وربعها على صاحب العشرين . والقول الثاني : أن الخلطة خلطة عين ، أي يقصر حكمها على المخلوط ، فتجب بعشرين ، على صاحب العشرين نصف شاة بخلاف ، لأنه خليط عشرين . وفي صاحب الستين أوجه . أحدها ، وهو المنصوص : يلزمه شاة . والثاني : ثلاثة أرباع شاة ، كما لو خالط بالجميع . والثالث : خمسة أسداس شاة ، ونصف سدس ، يخص الأربعين منها ثلثان كأنه انفرد بجميع الستين ، ويخص العشرين ربع كأنه خالط بالجميع . والرابع : شاة وسدس ، يخص الأربعين ثلثان ، والعشرين نصف . والخامس : شاة ونصف كأنه انفرد بأربعين ، وخالط بعشرين ، وهذا ضعيف أو غلط . أما إذا خلط عشرين بعشرين لغيره ، ولكل واحد منها أربعون منفردة ، ففي واجبها القولان ، فإن قلنا : خلطة ملك ، فعليها شاة ، على

كل واحد نصف ، لأن الجميع مائة وعشرون ، وإن قلنا : خلطة عين ، فسيمة أوجه . أصحابها : على كل واحد شاة تقلياً للانفراد . والثاني : على كل واحد ثلاثة أرباع شاة ، لأن له ستين مخالطة عشرين . والثالث : على كل واحد نصف شاة ، وكان الجميع مختلطاً . والرابع : على كل واحد خمسة أسداس ونصف سدس حصة الأربعين ثلثان ، كأنه انفرد بماله ، وحصة العشرين ربع ، كأنه خالط الستين بالعشرين . والخامس : خمسة أسداس ، حصة العشرين سدس ، كأنه خلطها بالجميع . والسادس : على كل واحد شاة وسدس ، ثلثان عن الأربعين ، ونصف عن العشرين . والسابع : على كل واحد شاة ونصف . ولا فرق في هاتين المسألتين بين أن يكون الأربعون المنفردة في بلد المال المختلط ، أم في غيره ، ويجري القولان المذكوران سواء اتفق حول صاحب الستين ، وحول الآخر ، أم اختلفا ، لكن إن اختلفا ، زاد النظر في التفاصيل المذكورة في الفصل السابق . وقال ابن كعب : الخلاف فيما إذا اختلف حولهما ، فإن اتفقا ، فلا خلاف أن عليها شاة ، ربها على صاحب العشرين ، وبقايا على الآخر ، وهذا شاذ . والمذهب : أنه لا فرق .

فرع

فيما إذا خالط ببعض ماله واحداً . ويبعض آخر ولم يخالط أحد غلب عليه الآخر

فإذا ملك أربعين شاة ، فخلط عشرين بعشرين ، لمن لا يملك غيرها ، والعشرين الأخرى بعشرين لآخر ، فإن قلنا : الخلطة خلطة ملك ، فعلى صاحب الأربعين نصف . وأما الآخرون ، فمال كل واحد مضموم إلى الأربعين ، وهل يضم إلى العشرين التي لخليط الخليط ؟ وجهان . أصحابها وبه قطع المراقبون : نعم ، فعلى كل واحد ربع شاة . والثاني : لا ، فعليه ثلث شاة . وإن قلنا : خلطة عين ، فعلى كل واحد من صاحبي العشرين نصف شاة . وأما صاحب الأربعين ، ففيه الأوجه المتقدمة في فصل حق صاحب الستين ، لكن الذي ينجم منها هاهنا ثلاثة . أصحابها هنا : نصف شاة . والثاني : شاة . والثالث : ثلثا شاة . ولو ملك

ستين ، خلط كل عشرين بمشرين لرجل ، فان قلنا : بخلطة الملك ، فعلى صاحب الستين نصف شاة ، وفي أصحاب العشرينات وجهان . إن ضممنّا إلى خليط خليطه ، فعلى كل واحد سدس شاة ، وإلا فربع . وإن قلنا : بخلطة العين ، فعلى كل واحد من أصحاب العشرينات نصف شاة ، وفي صاحب الستين أوجه . أحدها : يلزمه شاة ، والثاني : نصف . والثالث : ثلاثة أرباع شاة . والرابع : شاة ونصف ، وفي عشرين : نصف . ولو ملك خمساً وعشرين من الابل ، فخالط بكل خمس خمساً لآخر ، فان قلنا : بخلطة الملك ، فعلى صاحب الخمس والعشرين نصف حقة ، وفي واجب كل واحد من خلطائه وجهان . أصحها : عشر حقة . والثاني : سدس بنت مخاض . وإن قلنا بخلطة العين ، فعلى كل واحد من خلطائه شاة ، وفي صاحب الخمس والعشرين الأوجه . على الأول : بنت مخاض . وعلى الثاني : نصف حقة . وعلى الثالث : خمسة أسداس بنت مخاض . وعلى الرابع : خمس شياه . ولو ملك عشراً من الابل ، فخلط خمساً بخمس عشرة لغيره ، وخمساً بخمس عشرة لآخر ، فان قلنا : بخلطة الملك ، فعلى صاحب العشر ربع بنت لبون . وفي صاحبيه وجهان . إن ضممناه إلى خليطه فقط ، لزمه ثلاثة أثمان بنت لبون ، وإن ضممناه أيضاً إلى خليط خليطه ، لزمه ثلاثة أثمان بنت لبون . وإن قلنا : بخلطة العين ، فعلى كل واحد من صاحبيه ثلاث شياه ، وفي صاحب العشر ، الأوجه . على الأول : يلزمه شاتان ، وعلى الثاني : ربع بنت لبون ، وعلى الثالث : خمس بنت مخاض ، وعلى الرابع : شاتان كالوجه الأول . ولو ملك عشرين من الابل ، خلط كل خمس بخمس وأربعين لرجل . فان قلنا : بخلطة الملك ، لزمه الأغبط من نصف بنت لبون ، وخمي حقة على المذهب بناءً على ما تقدم ، أن الابل إذا بلغت مائتين ، فللمذهب : أن واجبها الأغبط من خمس بنات لبون ، وأربع حقائق ، وجملة الأموال هنا مائتان ، وفيما يجب على كل واحد من الخطاء ، وجهان ، إن ضممناه إلى خليط خليطه أيضاً ، لزمه بنت لبون وثمانها ، أو تسعة أعشار حقة ، وإن لم تضم

إلا إلى خليطه ، لزمه تسعة أجزاء من ثلاثة عشر جزءاً من جذعة . وإن قلنا : بخلطة العين ، لزم كل واحد من الخلطاء تسعة أعشار حقة ، وفي صاحب العشرين ، الأوجه . على الأول : أربع شياه ، وعلى الثاني : الأغبط من نصف بنت لبون ، وخمسي حقة ، وعلى الثالث : أربعة أجزاء من ثلاثة عشر جزءاً من جذعة ، وعلى الرابع : أربع شياه كالأول . وكل هذه السائل ، مفروضة فيما [إذا] اتفقت أوائل الأحوال ، فإن اختلفت ، انضم إلى هذه الاختلافات ما سبق من الخلاف عند اختلاف الحول .

مثاله : في الصورة الأخيرة اختلف الحول ، فيزكوّن في السنة الأولى زكاة الانفراد كلّ لحوله ، وفي باقي السنين ، يزكوّن زكاة الخلطة ، هذا هو المذهب . وعلى القديم : يزكوّن في السنة الأولى أيضاً بالخلطة ، وعلى وجه ابن سريج : لا تثبت لهم الخلطة أبداً . ولو خلط خمس عشرة من الغنم بخمس عشرة لغيره ، ولأحدهما خمسون منفردة ، فإن قلنا : بخلطة العين ، فلا شيء على صاحب الخمس عشرة ، لأن المختلط دون نصاب ، وعلى الآخر ، شاة عن الخمس والستين ، كمن خالط نميّاً . وإن قلنا : بخلطة الملك ، فوجهان . أحدهما : لا أثر لهذه الخلطة لنقصان المختلط عن النصاب . والثاني : تثبت الخلطة ويضم الخمسون إلى الثلاثين ، فيجب شاة ، منها على صاحب الخمسين ستة أثمان ونصف ثمن ، والباقي على الآخر . قلت : أحكما : تثبت . والله أعلم

الشرط الثالث لوجوب زكاة النعم : الحول .

فلا زكاة حتى يحول عليه الحول ، إلا التاج ، فإنه يضم إلى الأمات بشرطين . أحدهما : أن يحدث قبل تمام الحول وإن قلت البقية ، فلو حدث بعد الحول والتمكن من الأداء ، لم يضم إلى الأمات في الحول الأول قطعاً ، ويضم في الثاني ، وإن حدث بعد الحول وقبل إمكان الأداء ، لم يضم في الحول الماضي على المذهب . وقيل : في ضمه قولان .

الشرط الثاني : أن يحدث النتاج بعد بلوغ الأمات نصاباً ، فلو ملك دون النصاب ، فتوالدت وبلغت نصاباً ، فابتداء الحول من حين بلوغه ، وإذا وجد الشرطان ، فماتت الأمات كلها أو بعضها ، والنتاج نصاب ، زكّئ النتاج بحول الأمات على الصحيح الذي قطع به الجمهور . وفي وجه قالة الأغـاطي : لا يزكّئ بحول الأمات إلا إذا بقي منها نصاب . ووجه ثالث : يشترط بقاء شيء من الأمات ولو واحدة ، وفائدة ضم النتاج إلى الأمات ، إنما يظهر إذا بلغت به نصاباً آخر ، بأن ملك مائة شاة فولدت إحدى وعشرين ، فيجب شاتان ، ولو تولدت عشرون فقط ، لم يكن فيه فائدة . أما الاستفادة بشراء أو هبة أو إرث ، فلا يضم إلى ما عنده في الحول ، ولكن يضم إليه في النصاب على الصحيح . وبيانه بصور .

منها : ملك ثلاثين بقرة ستة أشهر ، ثم اشترى عشرة ، فعليه عند تمام حول الأصل تببيع ، وعند تمام حول العشر ، ربع مسنة ، فإذا جاء حول ثان للأصل ، لزمه ثلاثة أرباع مسنة ، وإذا تم حول ثان للعشر ، لزمه ربع مسنة ، وهكذا أبداً . وعن ابن سريج : أن الاستفادة لا يضم إلى الأصل في النصاب ، كما لا يضم إليه في الحول . فلي هذا : لا ينمقد الحول على العشر حتى يتم حول الثلاثين ، ثم يستأنف حول الجميع .

ومنها : لو ملك عشرين من الابل ستة أشهر ، ثم اشترى عشرة ، لزمه عند تمام حول العشرين أربع شياه ، وعند تمام حول العشر ، ثلث بنت مخاض ، فإذا حال حول ثان على العشرين ، ففيها ثلثا بنت مخاض ، وإذا حال الحول الثاني على العشر ، فثلث بنت مخاض ، وهكذا يزكّئ أبداً . وعلى المحكي عن ابن سريج : عليه أربع شياه عند تمام حول العشرين . ولا نقول هنا : لا ينمقد الحول على العشر ، حتى يستفتح حول العشرين ، لأن العشر من الابل نصاب ، بخلاف العشر من البقر ، ولو كانت المسألة بجالها ، واشترى خمساً ، فإذا تم حول العشرين ، فعليه أربع شياه ، فإذا تم حول الخمس ، فعليه خمس بنت مخاض ، وإذا تم حول

الثاني على الأصل ، فأربعة أخماس بنت مخاض ، وعلى هذا القياس . وعند ابن سريج : في العشرين أربع شياه أبدأ عند تمام حولها ، وفي الخمس : شاة أبدأ . وحكي وجه : أن الخمس لا تجزئ في الحول حتى يتم حول الأصل ، ثم ينقسم الحول على جميع المال ، وهذا يطرد في المشر في الصورة السابقة .

ومنها : ملك أربعين من الفم غرة المحرم ، ثم اشترى أربعين غرة صفر ، ثم أربعين غرة شهر ربيع ، وقد تقدمت مع أشباهها في باقي باب الخلطة .

فرع

الاعتبار في النتاج بالانفصال ، فلو خرج بمض الجنين وتم الحول قبل انفصاله ، فلا حكم له ، ولو اختلف الساعي والمالك ، فقال المالك : حصل النتاج بعد الحول ، وقال الساعي : قبله . أو قال : حصل من غير النصاب . وقال الساعي : بل من نفس النصاب ، فالقول قول المالك ، فإن اتهمه ، حلفه .

قلت : قال أصحابنا : لو كان عنده نصاب فقط ، فهلك منه واحدة ، وولدت واحدة في حالة واحدة ، لم ينقطع الحول ، لأنه لم يخل من نصاب . قال صاحب « البيان » : ولو شك ، هل كان التلف والولادة دفعة واحدة ، أو سبق أحدهما ، لم ينقطع الحول ، لأن الأصل بقاؤه . والله أعلم

الشرط الرابع : بناء الملك في الماشية جميع الحول ، فلو زال الملك في خلال الحول ، انقطع الحول ، ولو بادل ماشيته بماشية من جنسها أو من غيره ، استأنف كل واحد منها الحول ، وكذا لو بادل الذهب بالذهب ، أو بالورق ، استأنف الحول إن لم يكن صيرفياً يقصد التجارة به ، فإن كان ، فقولان . وقيل : وجهان . أظهرهما : ينقطع . والثاني : لا . هذا كله في المبادلة الصحيحة . أما

الفاسدة ، فلا تقطعه سواء اتصل بها القبض ، أم لا . ثم لو كانت سائمة وعلفها المشتري ، قال في « التهذيب » : هو كملف الناصب ، وفي قطعه الحول ، وجهان . قال ابن كج : عندي أنه ينقطع ، لأنه مأذون له ، فهو كالوكيل ، بخلاف الناصب ، ولو باع معلوفة يبعاً فاسداً ، فأسامها المشتري ، فهو كإسامة الناصب .

فرع

لو باع النصاب ، أو بادل قبل تمام الحول ، ووجد المشتري به عيباً قديماً ، نظر ، إن لم يمض عليه حول من يوم الشراء ، فله الرد بالعيب ، والمردود عليه يستأنف الحول ، سواء رد قبل القبض أو بعده ، وإن مضى حول من يوم الشراء ، ووجبت فيه الزكاة ، نظر ، إن لم يخرجها بمد ، فليس له الرد ، سواء إن قلنا : الزكاة تتعلق بالعين ، أو بالذمة ، لأن الساعي أخذ الزكاة من عينها لو تمذر أخذها من المشتري ، وذلك عيبٌ حادث ، ولا يبطل حق الرد بالتأخير إلى أن يؤدي الزكاة ، لأنه غير متمكن منه قبله ، وإنما يبطل بالتأخير مع التمكن ، ولا فرق في ذلك بين عروض التجارة والماشية التي تجب زكاتها من غير جنسها ، وهي الابل دون خمس وعشرين ، وبين سائر الأموال . وفي كلام ابن الحداد : تجوز الرد قبل إخراج الزكاة ، ولم يثبتوه وجهاً . وإن أخرج الزكاة ، نظر ، إن أخرجها من مال آخر ، بني جواز الرد على أن الزكاة تتعلق بالعين ، أم بالذمة ؟ وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى . فإن قلنا : بالذمة والمال مرهون به ، فله الرد ، كما لو رهن ما اشتراه ، ثم انفك الرهن ، ووجد به عيباً . وإن قلنا : المساكين شركاء ، فهل له الرد ؟ فيه طريقان . أحدهما ، وهو الصحيح عند الشيخ أبي علي وقطع به كثيرون : له الرد . والثاني ، وبه قطع المراقبون والصيدلاني وغيره : أنه على وجهين ، كما لو اشترى شيئاً وباعه وهو غير عالم بعيب ، ثم اشتراه أو ورثه ،

هل له رده ؟ فيه خلاف . ولنا وجه : أنه ليس له الرد على غير قول الشركة أيضاً ، لأن ما أخرجه عن الزكاة ، قد يظهر مستحقاً فيتبع الساعي عين النصاب . ومنهم من خص الوجه بقدر الزكاة ، وجعل الزائد على قولي تفريق الصفقة ، وهذا الوجه شاذ منكر ، وإن أخرج الزكاة من نفس المال ، فإن كان الواجب من جنس المال أو من غيره ، فباع منه بقدر الزكاة ، فهل له رد الباقي ؟ فيه ثلاثة أقوال . المنصوص عليه في الزكاة : ليس له ذلك ، وهذا إذا لم نجوز تفريق الصفقة . وعلى هذا ، هل يرجع بالأرض ؟ وجهان . أحدهما : لا يرجع إن كان المخرج باقياً في يد الساكنين ، فإنه قد يعود إلى ملكه فيرد الجميع ، وإن كان تالفاً ، رجع . والثاني : يرجع مطلقاً وهو ظاهر النص ، لأن نقصانه كعيب حادث ، فلو حدث عيب ، رجع بالأرض ولم ينتظر زوال العيب . والقول الثاني : يرد الباقي بمحضه من الثمن ، وهذا إذا جوزنا تفريق الصفقة . والقول الثالث : يرد الباقي بقيمة المخرج في الزكاة ، ويسترد جميع الثمن ليحصل غرض الرد ، ولا تتبعض الصفقة ، ولو اختلفا في قيمة المخرج على هذا القول ، فقال البائع : ديناران ، وقال المشتري : دينار ، فقولا . أحدهما : القول قول المشتري ، لأنه غارم . والثاني : قول البائع ، لأن ملكه ثابت على الثمن ، فلا يسترد منه إلا ما أقر به .

فرع

حكم الإقالة ، حكم الرد بالعيب في جميع ما ذكرنا ، ولو باع النصاب في أثناء الحول بشرط الخيار ، وفسخ البيع ، فإن قلنا : الملك في زمن الخيار للبائع أو موقوف ، بنى على حوله . وإن قلنا : الملك للمشتري ، استأنف البائع بعد الفسخ .

فرع

لو ارتد في أثناء الحول ؛ إن قلنا : يزول ملكه بالردة ، انقطع الحول ، فإن أسلم ، استأنف . وفيه وجه : أنه لا ينقطع ، بل يبني كما يبني الوارث على قول . وإن قلنا : لا يزول ، فالحول مستمر وعليه الزكاة عند تمامه . وإن قلنا : ملكه موقوف ، فإن هلك على الردة ، تبينا الانقطاع من وقت الردة ، وإن أسلم ، تبينا استمرار الملك . ووجوب الزكاة على المرتد في الأحوال الماضية في الردة مبني على هذا الخلاف .

فرع

إذا مات في أثناء الحول ، وانتقل المال إلى وارثه ، هل يبني على حول الميت ؟ قولان . القديم : نعم ، والجديد : لا ، بل يبتدىء حولاً ، وقيل : يبتدىء قطعاً ، وأنكر القديم .

قلت : المذهب : أنه يبتدىء حولاً ، سواء أثبتنا الخلاف ، أم لا . **واستأعلم** فإذا قلنا : لا يبني فكان مال تجارة ، لم يندم الحول عليه حتى يتصرف الوارث بنية التجارة ، وإن كان سائمة ولم يعلم الوارث الحال حتى حال الحول ، فهل تازمه الزكاة ، أم يبتدىء الحول من وقت علمه ؟ فيه خلاف مبني على أن قصد السّوم ، هل يستبر ؟ وسيأتي إن شاء الله تعالى .

فرع

لا فرق في انقطاع الحول بالبادلة والبيع في أثنائه بين أن يكون محتاجاً إليه ، وبين أن لا يكون ، بل قصد الفرار من الزكاة ، إلا أنه يكره الفرار كراهة تنزيه ، وقيل : تحريم ، وهو خلاف النصوص ، وخلاف ما قطع به الجمهور .

الشرط الخامس : السوم ، فلا تجب الزكاة في النعم ، إلا أن تكون سائمة ، فإن علفت في معظم الحول ليلاً ونهاراً ، فلا زكاة ، وإن علفت قسراً يسيراً لا يتمول ، فلا أثر له قطعاً . والزكاة واجبة ، وإن أسيمت في بعض الحول ، وعلفت دون معظمه ، فأربعة أوجه . أحدها ، وهو الذي قطع به الصيدلاني وصاحب « المذهب » وكثير من الأئمة : إن علفت قدراً تعيش الماشية بدونه ، لم يؤثر ، ووجبت الزكاة ، وإن كان قدراً تموت لو لم ترع معه ، لم تجب الزكاة ، قالوا : والماشية تصبر اليومين ، ولا تصبر الثلاثة . قال إمام الحرمين : ولا يبعد أن يلحق الضرر البيّن بالهلاك على هذا الوجه . والوجه الثاني : إن علفت قدراً يمدُّ مؤونة بالاضافة إلى رفق السائمة ، فلا زكاة ، وإن احتقر بالاضافة إليه ، وجبت الزكاة ، وفسر الرفق بدرّها ، ونسلها ، وأصوافها ، وأوبارها ، ويجوز أن يقال : المراد رفق إسماتها . والثالث : لا ينقطع الحول ولا تمتنع الزكاة إلا باللف في أكثر السنة . وقال إمام الحرمين : على هذا الوجه لو استويا ، ففيه تردد . والظاهر السقوط . والرابع : كل ما يتمول من العلف ، وإن قل ، يقطع السوم ، فإن أسيمت بعده ، استأنفت الحول . ولعل الأقرب تخصيص هذه الأوجه بما إذا لم يقصد بعلفه شيئاً ، فإن قصد به قطع السوم ، انقطع الحول لا محالة ، كذا ذكره

صاحب « العدة » وغيره : ولا أثر لمجرد نية العلف ، ولو كانت تعلق ليلاً وترعى
نهاراً في جميع السنة ، كان على الخلاف .

قلت : ولو أسيمت في كلاً مملوك ، فهل هي سائمة ، أم معلوفة ؟ وجهان حكاهما في
« البيان » وأصح الأوجه الأربعة : أولها ، وصححه في « المحرر » . والله أعلم

فرع

السائمة التي تعمل كالنواضح وغيرها ، فيها وجهان . أحدهما : لا زكاة فيها ،
وبه قطع معظم المراقين ، لأنها كثياب البدن ، ومتاع الدار ، والثاني : تجب .

فرع

هل يعتبر القصد في العلف والسوم ؟ وجهان يتفرع عليهما مسائل .
منها : لو اعتلفت السائمة بنفسها القدر المؤثر ، ففي انقطاع الحول وجهان ،
الموافق منها لاختيار الأكثرين في نظائرها أنه ينقطع ، لأنه فات شرط السوم ، فصار
كفوات سائر شروط الزكاة ، لا فرق بين فقدها قصداً أو اتفاقاً ، ولو سامت الماشية
بنفسها ، ففي وجوب الزكاة الوجهان . وقيل : لا تجب هنا قطعاً ، ولو علف ماشيته
لامتناع الرعي بالثلج ، وقصد ردها إلى الإسمامة عند الإمكان ، انقطع الحول على
الأصح لفوات الشرط . ولو غصب سائمة فعلقها ، فلنا خلاف يأتي إن شاء الله تعالى في أن
المغصوب هل فيه زكاة ، أم لا ؟ إن قلنا : لا زكاة فيه ، فلا شيء ، وإلا فأوجه .
أصحها عند الأكثرين : لا زكاة لفوات الشرط . والثاني : تجب ، لأن فعله كالعدم .

والثالث : إن علفها بعلف من عنده ، لم ينقطع ، وإلا انقطع . ولو غصب معلوفة فأسامها ، قلنا : تجب الزكاة في المنصوب ، فوجهان . أحدهما : لا تجب . والثاني : تجب ، كما لو غصب حنطة وبذرهما ، يجب المشر فيها بنبت ، فإن أوجبنها ، فهل تجب على الغاصب لأنها مؤونة وجبت بفعله ، أم على المالك لأن نفع حقه في المؤونة عائد إليه ؟ فيه وجهان . فإن قلنا : على المالك ، ففي رجوعه بها على الغاصب طريقان . أحدهما : القطع بالرجوع . وأشهرهما : على وجهين . أحدهما : الرجوع . فإن قلنا : يرجع ، فيرجع قبل إخراج الزكاة ، أم بعده ؟ وجهان . وقياس المذهب : أن الزكاة إن وجبت ، كانت على المالك ، ثم يغرم الغاصب . أما لإيجاب الزكاة على غير المالك ، فمعيد .

الشرط السادس : كمال الملك ، وفي هذا الشرط خلاف يظهر بتفريع مسائله . فإذا ضل ماله ، أو غصب ، أو سرق ، وتعدّر انتزاعه ، أو أودعه فجحد ، أو وقع في بحر ، ففي وجوب الزكاة فيه ثلاثة طرق . أحدها : أن المسألة على قولين . أظهرهما وهو الجديد : وجوبها ، والقديم : لا تجب . والطريق الثاني : القطع بالوجوب ، والثالث : إن عادت بتمامها ، وجبت ، وإلا فلا . فإن قلنا بالطريق الأول ، فالذهب : أن القولين جاريان مطلقاً . وقيل : موضعها إذا عاد المال بلا نماء ، فإن عاد معه ، وجب الزكاة قطعاً . وعلى هذا التفصيل ، لو عاد بعض النماء ، كان كما لو لم يعد معه شيء . ومعنى العود بلا نماء : أن يتلفه الغاصب ويتعدّر تعريمه . فأما إن غرم ، أو تلف في يده شيء كان يتلف في يد المالك أيضاً ، فهو كما لو عاد النماء بعينه ، هذا كله إذا عاد المال إليه ، ولا خلاف أنه لا يجب إخراج الزكاة قبل عود المال إليه ، فلو تلف في الحيلولة بعد مضي أحوال ، سقطت الزكاة على قول الوجوب ، لأنه لم يتمكن ، والتلف قبل التمكن يسقط الزكاة . وموضع الخلاف في الماشية المنصوبة إذا كانت سائمة في يد المالك والغاصب ، فإن علقت في يد أحدهما ، عاد انظر المتقدم قريباً في إسامة الغاصب

وعلفه هل يؤثران ؟ وزكاة الأحوال الماضية ، إنما تجب على قول الوجوب إذا لم تنقص الماشية عن النصاب بما تجب الزكاة ، بأن كان فيها وقص . أما إذا كانت نصاباً فقط ، ومضت الأحوال ، فالحكم على هذا القول كما لو كانت في يده ومضت الأحوال ما يخرج منها زكاة ، وسنذكره إن شاء الله تعالى .

فرع

لو كان له أربعون شاة ، فضلت واحدة ، ثم وجدها ، إن قلنا : لا زكاة في الضال ، استأنف الحول ، سواء وجدها قبل تمام الحول أو بعده ، فإن أوجبتها في الضال ووجدها قبل تمام الحول ، بنى ، وإن وجدها بعده زكى الأربعين .

فرع

لو دفن ماله بموضع ثم نسيه ، ثم تذكر ، فهذا ضال ، ففيه الخلاف سواء دفن في داره أو في غيرها ، وقيل : تجب الزكاة هنا قطعاً لتقصيره .

فرع

لو أسر المالك ، وحيل بينه وبين ماله ، وجبت الزكاة على المذهب ، لنفوذ تصرفه . وقيل : فيه الخلاف ، ولو اشترى مالاً زكواً فلم يقبضه حتى مضى حول في يد البائع ، فالذهب وجوب الزكاة على المشتري ، وبه قطع الجمهور . وقيل : لا تجب قطعاً ، لضعف المالك . وقيل : فيه الخلاف في المغصوب ، ولو رهن ماشية أو غيرها من أموال الزكاة ، فالذهب وبه قطع الجمهور : وجوب الزكاة . وقيل :

وجهان بناءً على المنصوب لامتناع التصرف . والذي قاله الجمهور ، تفريع على أن الدين لا يمنع وجوب الزكاة ، وهو الراجح . ولنا فيه خلاف يأتي قريباً إن شاء الله تعالى . وإذا أوجبنا الزكاة في المرهون ، فمن أين يخرج ؟ فيه كلام يأتي قبيل زكاة المشتريات .

فرع

الدين الثابت على الغير، له أحوال . أحدها : أن لا يكون لازماً كـ : مال الكتابة ، فلا زكاة فيه . والثاني : أن يكون لازماً ، وهو ماشية ، فلا زكاة أيضاً . الثالث : أن يكون دراهم أو دنانير ، أو عروض تجارة ، فقولان . القديم : لا زكاة في الدين بحال . والجديد وهو المذهب الصحيح المشهور : وجوبها في الدين على الجملة . وتفصيله : أنه إن تمذر الاستيفاء لإعسار من عليه الدين أو جحوده ولاينة ، أو مطله ، أو غيبته ، فهو كالممنوع تجب الزكاة على المذهب . وقيل : تجب في المطول ، وفي الدين على مليء غائب قطعاً ، ولا يجب الإخراج قبل حصوله قطعاً ، وإن لم يتعذر استيفاؤه ، بأن كان على مليء باذل ، أو جاحد عليه بينة ، أو يعلمه القاضي ، وقلنا : يقضى بعلمه ، فإن كان حالاً ، وجبت الزكاة ، ولزم إخراجها في الحال ، وإن كان مؤجلاً ، فللذهب أنه على القولين في المنصوب . وقيل : تجب الزكاة قطعاً . وقيل : لا تجب قطعاً . فان أوجبناها ، لم يجب الإخراج حتى يقبضه على الأصح . وعلى الثاني : تجب في الحال .

فرع

المال المنقوب . إن لم يكن مقدوراً عليه لانقطاع الطريق أو انقطاع خبره ، فكالممنوع . وقيل : تجب قطعاً . ولا يجب الإخراج حتى يصل إليه ، وإن كان

مقدوراً عليه ، وجب إخراج زكاته في الحال ، ويخرجها في بلد المال ، فإن أخرجها في غيره ، ففيه خلاف نقل الزكاة . وهذا إذا كان المال مستقراً في بلد ، فإن كان سائراً ، قال في « العدة » : لا يخرج زكاته حتى يصل إليه ، فإذا وصل إليه ، زكّى لما مضى بلا خلاف .

فصل

إذا باع مالاً زكواً قبل تمام الحول بشرط الخيار ، قم الحول في مدة الخيار ، أو اصطحباً في مدة خيار المجلس قم فيها الحول ، بني على أن ملك البيع في مدة الخيار لمن ؟ فإن قلنا : للبائع ، فعليه زكاته ، وإن قلنا : للمشتري ، فلا زكاة على البائع ، ويبتدىء المشتري حوله من وقت الشراء . وإن قلنا : موقوف ، فإن تم البيع ، كان للمشتري ، وإلا للبائع . وحكم الحالين ما تقدم ، هكذا ذكره الجمهور ، ولم يترضوا لخلاف بعد البناء المذكور . قال إمام الحرمين : إلا صاحب « التقريب » ، فإنه قال : وجوب الزكاة على المشتري يخرج على القولين في المنصوب ، بل أولى ، لعدم استقرار الملك ، وهكذا إذا كان الخيار للبائع ، أو لها . أما إذا كان المشتري وحده ، وقلنا : الملك له ، فملكه ملك زكاة بلا خلاف ، لسكّال ملكه وتصرفه . وعلى قياس هذه الطريقة يجري الخلاف في جانب البائع أيضاً إذا قلنا : الملك له وكان الخيار للمشتري .

فرع

اللقطة في السنة الأولى ، باقية على ملك المالك ، فلا زكاة فيها على الملتقط .
وفي وجوبها على المالك الخلاف في المنصوب والضال ، ثم إن لم يعرفها حولاً ،
فهكذا الحكم في جميع السنين ، وإن عرفها ، بني حكم الزكاة على أن الملتقط ، متى
تلك اللقطة ؛ بمضي سنة التعريف ، أم باختيار التملك ، أم بالتصرف ؛ فيه خلاف يأتي
في موضعه إن شاء الله تعالى ، فإن قلنا : يملك بالتقضاءها ، فلا زكاة على المالك ،
وفي وجوبها على الملتقط وجهان . وإن قلنا : يملك باختيار التملك وهو المذهب ،
نظر ، إن لم يملكها ، فهي باقية على ملك المالك . وفي وجوب الزكاة عليه
طريقان . أصحابها على قولين : كالسنة الأولى . والثاني : لا زكاة قطعاً ، لتسلط
الملتقط عليها . وإن تملكها الملتقط ، لم تجب زكاتها على المالك ، لكنه تستحق قيمتها
على الملتقط ، ففي وجوب زكاة القيمة عليه خلاف من وجهين . أحدهما : كونها
دينياً . والثاني : كونها مالاً ضالاً . ثم الملتقط مدين بالقيمة ، فإن لم يملك غيرها ،
ففي وجوب الزكاة عليه الخلاف الذي نذكره إن شاء الله تعالى أن الدين هل
يمنع وجوب الزكاة ؟ وإن ملك غيرها وما بقي بالقيمة ، وجبت الزكاة على الأصح .
وإن قلنا : يملك بالتصرف ولم يتصرف ، فحكمه كما إذا لم يملك ، وقلنا : لا يملك
إلا به .

واعلم أن الملتقط لو وجد المالك بعد تملكها ، فرد اللقطة إليه ، تعين عليه
القبول ، وفي تمكن المالك من استردادها قهراً ، وجهان ، وهذا يوجب أن تكون
القيمة الواجبة معرّضة للسقوط ، وحينئذ لا يبعد التردد في امتناع الزكاة ، وإن
قلنا : الدين يمنع الزكاة كالتردد في وجوب الزكاة على الملتقط مع الحكم بثبوت
ملكه ، لكونه معرّضاً للزوال .

فصل

الدين هل يمنع وجوب الزكاة ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها ، وهو المذهب والنصوص في أكثر الكتب الجديدة : لا يمنع ، والثاني : يمنع ، قاله في القديم ، واختلاف المراقين ، والثالث : يمنع في الأموال الباطنة ، وهي الذهب والفضة ، وعروض التجارة ، ولا يمنع في الظاهرة ، وهي الماشية ، والزرع ، والتمر ، والمعدن ، لأن هذه نامية بنفسها ، وهذا الخلاف جارٍ ، سواء كان الدين حالاً ، أو مؤجلاً ، وسواء كان من جنس المال ، أم لا ، هذا هو المذهب ، وقيل : إن قلنا : يمنع ① عند اتحاد الجنس ، فعند اختلافه وجهان . فاذا قلنا : الدين يمنع ، فأحاطت بالرجل ديون وحجر عليه القاضي ، فله ثلاثة أحوال . أحدها : أن يحجر عليه ويفرق ماله بين الفرماء ، فيزول ملكه ولا زكاة ، والثاني : أن يعين لكل غريم شيئاً من ملكه ، ويمكنهم من أخذه ، فحال الحول قبل أخذهم ، فالذهب الذي قطع به الجمهور : لا زكاة عليه أيضاً ، لضعف ملكه ، وقيل : فيه خلاف المنصوب ، وقيل : خلاف اللقطة في السنة الثانية ، قاله القفال . الثالث : أن لا يفرق ماله ، ولا يعين لكل واحد شيئاً ، ويحول الحول في دوام الحجر ، ففي وجوب الزكاة ثلاثة طرق . أصحها : أنه على الخلاف في المنصوب ، والثاني : القطع بالوجوب ، والثالث : القطع بالوجوب في المواشي ، لأن الحجر لا يؤثر في غنائها . وأما الذهب والفضة ، فعلى الخلاف ، لأن غنائها بالتصرف وهو ممنوع منه .

فرع

إذا قلنا : الدين يمنع الزكاة ، ففي علته وجهان . أصحهما : ضعف ملك المديون ،

والثاني : أن مستحق الدين تلزمه الزكاة . فلو أوجبتناها على المدينون أيضاً ، أدى ذلك إلى تثنية الزكاة في المال الواحد . ويتفرع على الوجهين مسائل .
أحدها : لو كان مستحق الدين ممن لا زكاة عليه كالذمي ، فعلى الوجه الأول : لا تجب . وعلى الثاني : تجب .

الثانية : لو كان الدين حيواناً ، بأن ملك أربعين شاة سائمة ، وعليه أربعون شاة سلماً ، فعلى الأول لا تجب ، وعلى الثاني : تجب . ومثله : لو أنبت أرضه نصاباً من الحنطة ، وعليه مثله سلماً .

الثالثة : لو ملك نصاباً والدين الذي عليه دون نصاب ، فعلى الأول : لا زكاة ، وعلى الثاني : تجب ، كذا أطلقوه . ومرادهم : إذا لم يملك صاحب الدين غيره من دين أو عين ، فلو ملك ما يتم النصاب ، فعليه الزكاة باعتبار هذا المال . وقطع الأكثرون في هذه الصورة بما يقتضيه الأول . ولو ملك بقدر الدين مما لا زكاة فيه كالعقار وغيره ، وجبت الزكاة في النصاب الزكوي على هذا القول أيضاً على المذهب ، وقيل : لا تجب بناءً على علة التثنية . ولو زاد المال الزكوي على الدين ، فإن كان الفاضل نصاباً ، وجبت الزكاة فيه . وفي الباقي القولان ، وإلا لم تجب على هذا القول ، لافي قدر الدين ولا في الفاضل .

فرع

ملك أربعين شاة ، فاحتاج من يرعاها ، فحال الحول ، فإن استأجره بشاة معينة من الأربعين مختلطة بباقيها ، وجب شاة على الراعي ، منها جزء من أربعين جزءاً ، والباقي على المستأجر . وإن كانت منفردة ، فلا زكاة على واحد منها . وإن استأجره بشاة في الذمة ، فإن كان للمستأجر مال آخر يفي بها ، وجبت الزكاة في الأربعين ، وإلا ، فعلى القولين في أن الدين هل يمنع وجوبها ؟

فرع

إذا ملك مالين زكويين ، كنصاب من الغنم ، ونصاب من البقر ، وعاليه دين ،
نظر ، إن لم يكن الدين من جنس ما يملكه ، قال في « التهذيب » : يوزع
عليها . فإن خص كل واحد ما ينقص به عن النصاب ، فلا زكاة على القول الذي
تفرع عليه . وذكر أبو القاسم الكرخي وصاحب « الشامل » أنه يراعى الأغبط
للمساكين ، كما لو ملك مالا آخر غير زكوي ، صرفنا الدين إليه رعاية لحقهم .
وحكي عن ابن سريج ما يوافق هذا . وإن كان الدين من جنس أحد المالين .
فإن قلنا : الدين يمنع الزكاة فيما هو من غير جنسه ، فالحكم كما لو لم يكن من
جنس أحدهما ، وإلا اختص بالجنس .

فرع

إذا قلنا : الدين يمنع الزكاة ، فسواء دين الله عز وجل ، ودين الآدمي ، فلو
ملك نصاب ماشية أو غيرها ، فنذر التصديق بهذا المال ، أو بكذا من هذا المال ،
فمضى الحول قبل التصديق ، فطريقان . أصحابها : القطع بمنع الزكاة ، لتعلق النذر
بعين المال . والثاني : أنه على الخلاف في الدين . ولو قال : جعلت هذا المال
صدقة ، أو هذه الأغنام ضحايا ، أو لله عليّ أن أضحي بهذه الشاة ، وقلنا :
تعيين للتضحية بهذه الصيغة ، فالذهب : لا زكاة ، وقيل : على الخلاف . ولو نذر
التصدق بأربعين من الغنم ، أو بمائة درهم ولم يضاف إلى ما شئته ودراهمه ، فإن
قلنا : دين الآدمي لا يمنع ، فهذا أولى ، وإلا ، فوجهان . أصحابها : عند الامام
لا يمنع ، لأن هذا الدين لا مطالبة به في الحال ، فهو أضعف ، ولأن النذر يشبه

التبرعات ، فإن الناذر مخير في ابتداء نذره ، فالوجوب به أضعف . ولو وجب عليه الحج وتم الحول على نصاب في ملكه ، هل يكون وجوب الحج ديناً مانعاً من الزكاة ؟ حكمه حكم دين النذر الذي تقدم .

فرع

إذا قلنا : الدين لا يمنع الزكاة ، فمات قبل الأداء ، واجتمع الدين والزكاة في تركته ، ففيه ثلاثة أقوال . أظهرها : أن الزكاة تقدم كما تقدم في حال الحياة ، ثم يصرف الباقي إلى الفراء . والثاني : يقدم دين الآدمي ، كما يقدم القصاص على حد السرقة . والثالث : يستويان فيوزع عليهما . وقيل : تقدم الزكاة المتعلقة بالعين قطعاً ، والقول في اجتماع الكفارات وغيرها ، فيما يسترسل في الذمة مع حقوق الآدميين . وقد تكون الزكاة من هذا القبيل ، بأن ي تلف ماله بعد الوجوب والامكان ، ثم يموت وله مال ، فإن الزكاة هنا متعلقة بالذمة .

فصل

إذا أحرز الغنائم الغنيمة ، فينبغي للامام أن يجعل قسمتها ، ويكره له التأخير من غير عذر ، فإذا قسم ، فكل من أصابه مال زكوي وهو نصاب ، أو بلغ مع غيره من ملكه نصاباً ، ابتداءً من حينئذ حوله ، ولو تأخرت القسمة بعذر أو غيره حولاً ، فإن لم يختاروا التملك ، فلا زكاة ، لأنها غير مملوكة للتائمين ، أو مملوكة ملكاً في غلبة من الضعف ، يسقط بالاعراض . وللإمام في قسمتها أن يخص بعضهم ببعض الأنواع ، أو بعض الأعيان إن اتحد النوع ، ولا يجوز هذا في سائر القسم إلا بالتراضي ، وإن اختاروا التملك ، ومضى حول من وقت الاختيار ، فإن كانت الغنيمة أصنافاً ، فلا زكاة ، سواء كانت مما تجب الزكاة في جميعها أو بعضها ،

لأن كل واحد لا يدري ما يصيبه وكم يصيبه ، وإن لم يكن إلا صنف زكوي ،
وبلغ نصيب كل واحد نصاباً ، فعليهم الزكاة ، وإن بلغ مجموع أنصبتهم نصاباً ،
وكانت ماشية ، وجبت الزكاة وهم خطاء ، وكذا لو كانت غير ماشية وأثبتنا الخلطة
فيه ، ولو كانت أنصبتهم تم بالحس نصاباً ، فلا زكاة عليهم ، لأن الخلطة مع أهل
الحس لا تثبت ، لأنه لا زكاة فيه بحال ، لأنه لغير معين ، فأشبهه مال بيت المال ،
والمساجد ، والربط . هذا حكم الغنيمة على ما ذكره الجمهور من العراقيين ،
والخراسانيين ، وهو المذهب ، ولنا وجه قطع به في « التهذيب » : أنه لا زكاة
قبل إفراز الحس بحال ، ووجه : أنه تجب الزكاة في حال عدم اختيار الملك ،
وقال إمام الحرمين والفزالي : إن قلنا : الغنيمة لا تملك قبل القسمة ، فلا زكاة ،
وإن قلنا : تملك ، فثلاثة أوجه . أحدها : لا زكاة ، لضعف الملك ، والثاني : تجب ،
لوجود الملك ، والثالث : إن كان فيها ماليس زكويّاً فلا زكاة ، وإلا وجبت .

فصل

إذا أصدقها أربعين شاة سائمة بأعيانها ، ازمت الزكاة إذا تم حولها من يوم
الإصداق ، سواء دخل بها ، أم لا ، وسواء قبضتها ، أم لا ، وفي قول مخرج : أنه
إذا لم يدخل بها ، فحكمه حكم الأجرة ، كما سيأتي في الفصل الذي بعد هذا إن
شاء الله تعالى ، ولنا وجه : أنها مالم تقبضها ، لا زكاة عليها ، ولا على الزوج ، تفريماً
على أن الصداق مضمون ضمان المقد ، فيكون على الخلاف في المبيع قبل القبض ،
والمذهب : القطع بالوجوب عليها مطلقاً ، فلو طلقها قبل الدخول ، نظر ، فإن كان
قبل الحول ، عاد نصفها^(١) إلى الزوج . فإن لم يكن متميزاً ، فهي خليطان ، فعليها عند
تمام الحول من يوم الإصداق نصف شاة ، وعليه عند تمام الحول من يوم الطلاق
نصف شاة ، وإن طلق بعد ترم الحول ، ففيه ثلاثة أحوال .

(١) أي : نصف الأربعين .

أحدها : أن يكون قد أخرجت الزكاة من نفس الماشية ، ففيما يرجع به الزوج ثلاثة أقوال . أحدها : نصف الجملة ، فإن تساوت قيمة الغنم ، أخذ منها عشرين ، وإن اختلفت ، أخذ النصف بالقيمة ، والثاني : نصف الغنم الباقية ، ونصف قيمة الشاة المخرجة ، والثالث : أنه بالخيار بين ما ذكرنا في القول الثاني ، وبين أن يترك الجميع ويرجع بنصف القيمة .

قلت : أصحابي : الثاني ، كذا صححه جماعة ، منهم الرافعي في كتاب «الصدقات» . والله أعلم

الحال الثاني : أن يكون أخرجها من موضع آخر ، قال العراقيون وغيرهم : يأخذ نصف الأربعين ، وقال الصيدلاني وجماعة : فيه وجهان . أحدهما : هذا ، والثاني : يرجع إلى نصف القيمة .

الحال الثالث : أن لا يخرجها أصلاً . فالذهب : أن نصف الأربعين يمود إلى الزوج شائئاً ، فإذا جاء الساعي وأخذ من عينها شاة ، رجع الزوج عليها بنصف قيمتها .

فصل

إذا أجر داراً أربع سنين بمائة دينار معجلة وقبضها ، ففي كيفية إخراج زكاتها قولان . أحدهما : يلزمه عند تمام السنة الأولى زكاة جميع المائة ، لأن ملكه تام ، وهذا هو الراجح عند صاحبي «المهذب» و«الشامل» ، والثاني وهو الراجح عند الجمهور : لا يلزمه عند تمام كل سنة إلا زكاة القدر الذي استقر ملكه عليه ، فإذا قلنا بالثاني ، أخرج عند تمام السنة الأولى زكاة ربع المائة ، وهو خمسة أثمان دينار ، فإذا مضت السنة الثانية ، فقد استقر ملكه على خمسين ديناراً سنتين ، فعليه زكاتها للسنتين ، وهي ديناران ونصف ، لكنه أخرج في السنة الأولى خمسة

أثمان دينار ، فيسقط ويجب الباقي ، وهو دينار وسبعة أثمان ، فإذا مضت السنة الثالثة ، استقر ملكه على خمسة وسبعين ديناراً ثلاث سنين ، وزكاتها فيها خمسة دنائير وخمسة أثمان دينار ، أخرج منها في السنتين دينارين ونصفاً ، فيخرج الباقي ، فإذا مضت الرابعة ، استقر ملكه على المائة أربع سنين ، وزكاتها فيها عشرة دنائير ، أخرج منها خمسة وخمسة أثمان ، فيخرج الباقي ، هذا إذا أخرج من غير المائة ، فإن أخرج منها واجب السنة الأولى ، فمضت تمام الثانية يخرج زكاة الخمسة والعشرين الأولى سوى ما أخرج في السنة الأولى ، وزكاة خمسة وعشرين أخرى لسنتين ، وعند الثالثة والرابعة ، يقاس بما ذكرناه ، وأما إذا قلنا بالقول الأول ، فإنه يخرج عند تمام السنة الأولى زكاة المائة ، وكذلك كل سنة إن أخرج من غيرها ، فإن أخرج من عينها ، زكى كل سنة ما بقي . واختلف المراقبون في هذين القولين ، فقال القاضي أبو الطيب وطائفة : هما في نفس الوجوب ، وقال أبو حامد وشيعته : الوجوب ثابت قطعاً ، وإنما القولان في كيفية الإخراج ، وهذا مقتضى كلام الأكثرين .

وصورة المسألة : إذا كانت أجرة السنتين متساوية ، فإن تفاوتت ، زاد القدر المستقر في بعض السنتين على ربع المائة ، ونقص في بعضها ، فإن قيل : هل صورة المسألة فيما إذا كانت المائة في الذمة ثم تقدها ، أو فيما إذا كانت الإجارة بمائة معينة ، أم لا فرق ؟

الجواب ، أن كلام نقلة المذهب يشمل الحالتين ، ولم أر فيها نصاً وتفصيلاً إلا في فتاوي القاضي حسين ، فإنه قال في الحالة الأولى : الظاهر أنه يجب زكاة كل المائة ، إذا حال الحول ، لأن ملكه مستقر على ما أخذ ، حتى لو انهدمت الدار ، لا يلزمه رد المقبوض ، بل له رد مثله ، وفي الحالة الثانية ، قال : حكم الزكاة حكم البيع قبل القبض ، لأنه معرض لأن يمود إلى المستأجر بانقضاء الإجارة ، وبالحالة الصورة الثانية أحق بالخلاف من الأولى ، وما ذكره القاضي اختياراً للوجوب في الحالتين جميعاً .

فرع

إذا باع شيئاً بنصاب من النقد وقبضه ، ولم يقبض المشتري المبيع حتى حال الحول ، فهل يجب على البائع إخراج الزكاة ؟ فيه القولان في الأجرة ، لأن الثمن قبل قبض المبيع غير مستقر ، وخرجوا على القولين أيضاً إذا ما أسلم نصاباً في ثمرة أو غيرها ، وحال الحول قبل قبض المسلم فيه ، وقلنا : إن تعذر المسلم فيه ، يوجب انفساخ العقد ، وإن قلنا : يوجب الخيار ، فعليه إخراج الزكاة قطعاً .

فرع

أوصى لإنسان بنصاب ، ومات الموصي ، ومضى حول من وقت موته قبل القبول ، إن قلنا : الملك في الوصية يحصل بالموت ، فعلى الموصي له الزكاة ، ولا يضر كونه يرتد برده ، وإن قلنا : يحصل بالقبول ، فلا زكاة عليه . ثم إن أبقيناه على ملك الموصي ، فلا زكاة على أحد ، وإن قلنا : إنه للوارث فهل تلزمه الزكاة ؟ وجهان . أحدهما : لا ، وإن قلنا : موقوف ، فقبل ، بأن أنه ملكه بالموت ، ولا زكاة عليه على الأصح ، لعدم استقرار ملكه .

باب

أداء الزكاة

وهو واجب على الفور بعد التمكن ، ثم الأداء يفترق إلى فعل ونية . أما الفعل ، فتلاثة أضرب .

أحدها : أن يفرّق المالك بنفسه ، وهو جائز في الأموال الباطنة ، وهي الذهب ، والفضة ، وعروض التجارة ، والركاز ، وزكاة الفطر .

قلت : وفي زكاة الفطر وجه ، أنها من الأموال الظاهرة ، حكاها في « البيان » ونقله في « الحاوي » عن الأصحاب مطلقاً ، واختار أنها باطنة وهو ظاهر نص الشافعي وهو المذهب . والله أعلم

وأما الأموال الظاهرة ، وهي الموائبي ، والمعرّات ، والمعادن ، ففي جواز تفريقها بنفسه قولان . أظهرهما وهو الجديد : يجوز ، والقديم : لا يجوز ، بل يجب صرفها إلى الامام إن كان عادلاً ، فإن كان جائراً ، فوجهان . أحدهما : يجوز ولا يجب ، وأصحها : يجب الصرف إليه لتنفيذ حكمه وعدم انزاله ، وعلى هذا القول : لو فرق بنفسه لم تحسب ، وعليه أن يؤخر مادام يرجو مجيء الساعي ، فإذا أيسر ، فرق بنفسه .
الضرب الثاني : أن يصرف إلى الامام وهو جائز .

الثالث : أن يوكل في الصرف إلى الامام ، أو التفرقة على الأصناف حيث يجوز التفرقة بنفسه ، وهو جائز . وأما أفضل هذه الأضرب ، فتفرقته بنفسه أفضل من التوكيل بلا خلاف ، لأن الوكيل قد يخون ، فلا يسقط الفرض عن الموكل ، وأما الأفضل من الضريين الآخرين ، فإن كانت الأموال باطنة ، فوجهان . أحدهما : عند جمهور الأصحاب من العراقيين وغيرهم ، وبه قطع الصيقلاني : الدفع إلى الامام أفضل ، لأنه يتيقن سقوط الفرض به ، بخلاف تفرقته بنفسه ، فإنه قد يدفع إلى غير مستحق ، والثاني : بنفسه أفضل ، لأنه أوثق ، وليأثر العبادة ، وليخص الأقارب والجيران والأحق ، وإن كانت الأموال ظاهرة ، فالصرف إلى الامام أفضل قطعاً ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وطرد النزاع فيه الخلاف . ثم حيث قلنا : الصرف إلى الامام أولى ، فذاك إذا كان عادلاً ، فإن كان جائراً ، فوجهان . أحدهما : أنه كالعادل ، وأصحها : التفريق بنفسه أفضل ، ولنا وجه : أنه لا يجوز الصرف إلى الجائر ، وهذا غريب ضعيف مردود .

قلت : والدفع إلى الامام أفضل من الوكيل قطعاً ، صرح به صاحب « الحاوي »
ووجهه على ما تقدم . والله أعلم

ولو طلب الامام زكاة الأموال الظاهرة ، وجب التسليم إليه بلا خلاف ، بذلك
الطاعة ، فإن امتنعوا ، قاتلهم الامام ، وإن أجابوا إلى إخراجها بأنفسهم ، فإن لم يطلبها
الامام ولم يأت الساعي ، أخترها رب المال مادام يرجو مجيء الساعي ، فإذا أيسر .
فرق بنفسه ، نص عليه الشافعي . فمن الأصحاب من قال : هذا تفريع على جواز
تفرقه بنفسه ، ومنهم من قال : هذا جائز على القوانين ، صيانة لحق المستحقين عن
التأخير ، ثم إذا فرق بنفسه وجاء الساعي مطالباً ، صدق رب المال بيمينه ، واليمين
واجبة ، أو مستحبة ؟ وجهان . فإن قلنا : واجبة ، فنكل ، أخذت منه الزكاة لا بالنكول ،
بل لأنها كانت واجبة والأصل بقاؤها .

قلت : الأصح أن اليمين مستحبة . والله أعلم

وأما الأموال الباطنة ، فقال الماوردي : ليس للولاية نظر في زكاتها ، وأربابها
أحق بها ، فإن بذلوها طوعاً ، قبلها الوالي ، فإن علم الامام من رجل أنه لا يؤديها
بنفسه ، فهل له أن يقول : إما أن تدفع بنفسك ، وإما أن تدفع إليّ حتى أفرق ؟
فيه وجهان يجريان في المطالبة بالنذور والكفارات .

قلت : الأصح وجوب هذا القول إزالة للمعكر ، ولو طلب الساعي زيادة على
الواجب ، لا يلزم تلك الزيادة ، وهل يجوز الامتناع من دفع الواجب لتمديه ،
أم لا يجوز خوفاً من مخالفة ولاية الأمر ؟ وجهان . أصحها : الثاني . والله أعلم

وأما النية ، فواجبة قطعاً ، وهل تتمين بالقلب ، أم يقوم النطق باللسان
مقامها ؟ فيه طريقتان . أحدهما : يتعين كسائر العبادات ، وأشهرها على وجهين ،
وقيل : على قولين . أصحها : تتمين ، والثاني : يتخير بين القلب ، والاقتصار على
اللسان . ثم صفة النية أن بنوي : هذا فرض زكاة مالي ، أو فرض صدقة مالي ،

أو زكاة مالي المفروضة ، أو الصدقة المفروضة ، ولا يكفي التعرض لفرض المال ، لأن ذلك قد يكون كفارة ونذراً ، ولا يكفي مطلق الصدقة على الأصح ، ولو نوى الزكاة دون الفرضية ، أجزأه على المذهب ، وقيل : وجهان ، كما لو نوى الظهر فقط ، وهذا ضعيف ، فإن الظاهر قد تقع نفلاً ، ولا تقع الزكاة إلا فرضاً ، ولا يجب تعيين المال المزكّى ، فلو ملك مائتي درهم حاضرة ، ومائتين غائبة ، فأخرج عشرة بلا تعيين ، جاز ، وكذا لو ملك أربعين شاة وخمسة أبرة ، فأخرج شاتين بلا تعيين ، أجزأه ، ولو أخرج خمسة دراهم مطلقاً ، ثم بان تلف أحد المالين ، أو تلف أحدهما بعد الإخراج ، فله أن يجعل المخرج عن الباقي ، فلو عين مالاً ، لم ينصرف إلى غيره ، كما لو أخرج الخمسة عن الغائب ، فإن تلفاً ، لم يكن له صرفه إلى الحاضر على الأصح ، ولو قال : هذه عن مالي الغائب ، إن كان باقياً ، فإن تلفاً ، لم يكن له صرفه إلى الحاضر على الأصح ، ولو قال : هذه عن الغائب ، فإن كان باقياً ، فإن تلفاً ، ففي صدقة ، أو قال : إن كان الغائب باقياً ، فهذه زكاته ، وإلا فهي صدقة ، جاز ، لأن هذه صفة إخراج زكاة الغائب لو اقتصر على زكاة الغائب ، حتى لو بان تلفاً ، لا يجوز له الاسترداد إلا إذا صرح فقال : هذه عن مالي الغائب ، فإن بان تلفاً استردتها ، وليست هذه الصورة كما لو أخرج الخمسة فقال : إن كان موثري مات وورثت ماله ، فهذه زكاته ، فإن أنه ورثه ، لا يحسب المخرج زكاة ، لأن الأصل عدم الإرث ، وهنا الأصل بقاء المال ، والتردد اعتضد بالأصل ، ونظيره أن يقول في آخر رمضان : أصوم غداً ، إن كان من رمضان ، يصح ، ولو قال في أوله : أصوم غداً ، إن كان من رمضان ، لم يجزئه ، وهو نظير مسألة الإرث . أما إذا قال : هذه زكاة الغائب ، فإن كان تلفاً فعن الحاضر ، فالذهب الذي قطع به الجمهور : إن كان الغائب باقياً ، وقع عنه ، وإلا وقع عن الحاضر ، ولا يضر التردد ، لأن التعيين ليس بشرط ، حتى لو قال : هذه عن الحاضر أو الغائب ، أجزأه ، وعليه خمسة للآخر . بخلاف ما لو نوى الصلاة عن فرض الوقت إن كان دخل ، وإلا

فمن الفائته ، لا تجزئه ، لأن التمين شرط ، وعن صاحب « التقريب » ، تردد في إجزائه عن الحاضر ، ولو قال : هذه عن الغائب إن كان باقياً ، وإلا فمن الحاضر ، أو هي صدقة ، وكان الغائب تالفاً ، لم يقع عن الحاضر ، كما قال الشافعي رحمه الله : لو قال : إن كان مالي الغائب سالماً فهذه زكاته ، أو نافلة وكان سالماً ، لم يجزئه ، لأنه لم يخلص القصد عن الفرض ، وقولنا في هذه المسائل : مال غائب ، يتصور إذا كان غائباً في بلد آخر ، وجوئنا نقل الصدقة ، أو معه في البلد وهو غائب عن مجلسه .

فرع

إذا ناب في إخراج الزكاة عن المالك غيره ، فله صور .

منها : نيابة الولي عن الصبي والمجنون ، فيجب عليه أن ينوي ، قال القاضي ابن كعب : فلو دفع بلا نية ، لم يقع الموقع ، وعليه الضمان .

ومنها : أن يتولى السلطان قسم زكاة إنسان ، وذلك بأن يدفعها إلى السلطان طوعاً ، أو يأخذها منه كرهاً ، فإن دفع طوعاً ونوى عند الدفع ، كفى ، ولا تشترط نية السلطان عند التفريق ، لأنه نائب المساكين ، فإن لم ينو المالك ، ونوى السلطان ، أو لم ينو ، فوجهان . أحدهما : تجزئه ، وهو ظاهر نصه في « المختصر » ، وبه قطع كثير من المراقبين ، والثاني : لا تجزئه ، لأنه نائب المساكين ، ولو دفع المالك إلى المساكين بلا نية ، لم يجزئه ، فكذا نائبهم ، وهذا الثاني هو الأصح عند القاضي أبي الطيب ، وصاحبي « المذهب » ، و« التهذيب » ، وجمهور المتأخرين ، وحملوا كلام الشافعي على الممتنع : يجزئه المأخوذ وإن لم ينو . لكن نص في « الأم » : أنه يجزئه وإن لم ينو طائفاً كان أو كارهاً ، وأما إذا امتنع من دفع الزكاة ، فبأخذها منه السلطان كرهاً ، ولا يأخذ إلا قدر الزكاة على الجديد ، وقال في القديم : يأخذ مع الزكاة شطر ماله .

قلت : المشهور ، هو الجديد ، والحديث الوارد في « سنن أبي داود ، وغيره » يأخذ شطر ماله ، ضعفه الشافعي رحمة الله عليه ، ونقل أيضاً عن أهل العلم بالحديث أنهم لا يثبتونه (١) وهذا الجواب هو المختار . وأما جواب من أجاب من أصحابنا بأنه منسوخ ، فضعيف ، فإن النسخ يحتاج إلى دليل ، ولا قدرة لهم عليه هنا .

والله اعلم

ثم إن نوى الممتنع حال الأخذ منه ، برئت ذمته ظاهراً وباطناً ، ولا حاجة إلى نية الامام ، وإلا فإن نوى الامام ، أجزأه في الظاهر ، ولا يطالب ثانياً ، وهل يجزئه باطناً ؟ وجهان . أصحابها : يجزئه كولي الصبي ، تقوم نيته مقام نيته ، وإن لم ينو الامام ، لم يسقط الفرض في الباطن قطعاً ، ولا في الظاهر على الأصح ، والمذهب : أنه تجب النية على الامام ، وأنه تقوم نيته مقام نية المالك ، وقيل : إن قلنا : لا تبرأ ذمة المالك باطناً ، لم تجب النية على الامام ، وإلا فوجهان . أحدهما : تجب ، كالولي ، والثاني : لا ، لثلاثهاون المالك فيما هو متعبد به .

ومنها : أن يوكل من يفرق زكاته ، فإن نوى الموكل عند الدفع إلى الوكيل ، ونوى الوكيل عند الدفع إلى الساكنين ، فهو الأكمل ، وإن لم ينو واحد منها ، أو لم ينو الموكل ، لم يجزئه ، وإن نوى الموكل عند الدفع ، ولم ينو الوكيل ، فطريقان . أحدهما : القطع بالجواز ، وأصحابها : أنه على الوجهين ، فيما إذا فرّق بنفسه ، هل يجزئه تقديم النية على التفرقة ؟ والأصح الإجزاء كالصوم للعسر ، ولأن القصد سد حاجة الفقير ، وعلى هذا يكفي نية الموكل عند الدفع إلى الوكيل ، وعلى الثاني : يشترط نية الوكيل عند الدفع إلى الساكنين ، ولو وكل وكيلًا وفوض النية إليه ، جاز ، كذا ذكر في « النهاية » و « الوسيط » .

(١) وهو ماروي عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده ، أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : « في كل سائمة إبل في أربعين بنت لبون ، ولا يفرق إبل عن حاسبها ، من أعطاها مؤجراً ، فله أجرها ، ومن منعها فانا آخذوها رشطاً ماله ، عزمة من عزومات ربنا عز وجل ، ليس لآل محمد منها شيء » رواه أحمد ، وأبو داود ، والنسائي ، والحاكم . والبيهقي ، من طريق بهز بن حكيم عن أبيه عن جده .

فرع

لو تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة ، لم تسقط عنه الزكاة .

فصل

ينبغي للامام أن يبعث السعاة لأخذ الزكوات ، والأموال ضربان ، ما يعتبر فيه الحول ، ومالا يعتبر ، كالزروع والثمار ، فهذا يبعث السعاة فيه لوقت وجوبه ، وهو إدراك الثمار واشتداد الحب . وأما الأول ، فالحول مختلف في حق الناس ، فينبغي للساعي أن يعين شهراً فيأتيهم فيه . واستحب الشافعي رحمه الله ، أن يكون ذلك الشهر المحرم ، صيفاً كان أو شتاءً ، فانه أول السنة الشرعية .

قلت : هذا الذي ذكرنا من تعيين الشهر على الاستحباب على الصحيح ، وفيه وجه : يجب . ذكره صاحب الكتاب في آخر قسم الصدقات . والله أعلم

وينبغي أن يخرج قبل المحرم ليصلهم في أوله ، ثم إذا جاءهم ، فمن تم حوله ، أخذ زكاته ، ومن لم يتم ، يستحب له أن يمتثل ، فإن لم يفعل ، استتاب من يأخذ زكاته ، وإن شاء أخر إلى مجيئه من قابل ، فإن وثق به ، فوض التفريق إليه ، ثم إن كانت الماشية ترد الماء ، أخذ زكاتها على مياهم ولا يكلفهم ردها إلى البلد ، ولا يلزمه أن يتبع الراعي ، فإن كان لرب المال ماءان ، أمر بجمعها عند أحدهما ، وإن اكتفت الماشية بالكلاً في وقت الربيع ، ولم ترد الماء ، أخذ الزكاة في بيوت أهلها وأفنيتهم . وهذا لفظ الشافعي ، ومقتضاه تجوز تكليفهم الرد إلى الأفنية . وقد صرح به الحاملي وغيره ، وإذا أراد معرفة عددها ، فأخبره المالك ، وكان ثقة ، صدقه ، وإلا عدها ، والأولى أن تجمع في حظيرة أو نحوها ، وينصب

على الباب خشبة معترضة ، وتساق لتخرج واحدة واحدة ، وتثبت كل شاة إذا بلغت المضيق ، فيقف المالك أو نائبه من جانب ، والساعي أو نائبه من جانب ، ويد كل واحد منهما قصيب يشيران به إلى كل شاة ، أو يصبيان به ظهرها فهو أضبط ، فإن اختلفا بمد المد ، فإن كان الواجب يختلف به ، أعاد المد .

فرع

يستحب للساعي أن يدعو لرب المال ، ولا يتعين دعاء . واستحب الشافعي رحمه الله أن يقول . آجرك الله فيما أعطيت ، وجعله لك طهوراً ، وبارك لك فيما أبقيت . ولنا وجه شاذ : أنه يجب الدعاء ، حكاه الحناطي . وكما يستحب للساعي الدعاء ، يستحب أيضاً للمساكين إذا فرق عليهم المالك . قال الائمة : وينبغي أن لا يقول : اللهم صل عليه ، وإن ورد في الحديث ، لأن الصلاة صارت مخصوصة في لسان السلف بالأنبياء صلوات الله عليهم وسلامه . وكما أن قولنا . عز وجل ، صار مخصوصاً بالله تعالى . فكما لا يقال : محمد عز وجل وإن كان عزيزاً جليلاً ، لا يقال : أبو بكر ، أو علي ، صلى الله عليه ، وإن صح المعنى . وهل ذلك مكروه كراهة تنزيه ، أم هو مجرد ترك أدب ؟ فيه وجهان . الصحيح الأشهر : أنه مكروه ، لأنه شعار أهل البدع ، وقد نهينا عن شعارهم . والمكروه : هو ما ورد فيه نهي مقصود ، ولا خلاف أنه يجوز أن يحمل غير الأنبياء تبعاً لهم ، فيقال : اللهم صل على محمد ، وعلى آل محمد ، وأصحابه وأزواجه ، وأتباعه ، لأن السلف لم يمتنعوا منه . وقد أمرنا به في التشهد وغيره . قال الشيخ أبو محمد : والسلام في معنى الصلاة ، فإن الله تعالى قرن بينهما ، فلا يفرد به غائب غير الأنبياء . ولا بأس به على سبيل المخاطبة للأحياء والأموات من المؤمنين ، فيقال : سلام عليكم .

قلت : قوله : لا بأس به ، ليس بحيد ، فانه مسنون للأحياء والأموات بلا شك ، وهذه الصيغة لا تستعمل في المسنون ، وكأنه أراد : لا منع منه في المخاطبة ، بخلاف النية ، وأما استحبابه في المخاطبة ، فمرفوع . والله أعلم

باب

تمجيل الزكاة

التمجيل جائز في الجملة ، هذا هو الصواب المرفوع . وحكى الموفق أبو طاهر ، عن أبي عبيد بن حروبه من أصحابنا منع التمجيل ، وليس بشيء ، ولا تفريع عليه . ثم مال الزكاة ضربان ، متعلق بالحول ، وغير متعلق .

فالأول : يجوز تمجيل زكاته قبل الحول ، ولا يجوز قبل تمام النصاب ، في الزكاة العينية . أما إذا اشترى عرضاً للتجارة ، يساوي مائة درهم ، فمجل زكاة مائتين ، وحال الحول وهو يساوي مائتين ، فيجزئه المجل عن الزكاة على المذهب ، لأن الاعتبار في المروض بآخر الحول ، ولو ملك أربعين شاة معلوفة ، فمجل شاة عازماً أن يُسميها حولاً ، لم يقع عن الزكاة إذا أسامها ، لأن المملوكة ليست مال زكاة ، فهي كما دون النصاب . وإنما يمجّل بعد انعقاد حول . فلو عجل زكاة عامين فصاعداً ، لم يجزئه عما عدا السنة الأولى على الأصح عند الأكثرين . منهم معظم المراقبين وصاحب « التهذيب » وحملوا الحديث الوارد في تسلف صدقة عامين ، من العباس على السلف دفعتين . فإن جوزنا مازاد ، فذلك إذا بقي معه في التمجيل نصاب كامل ، بأن ملك ثنتين وأربعين ، فمجل شاتين . فإن لم يبق نصاب كامل ، بأن ملك إحدى وأربعين ، فمجل شاتين منها ، فوجهان . أصحابها : لا يجوز ، فإن جوزنا صدقة عامين ، فهل يجوز أن ينوي تقديم زكاة للسنة الثانية على الأولى ؟ وجهان كتقديم صلاة الثانية على الأولى في الجمع في وقت الثانية .

حكاه أبو الفضل بن عبدان . ولو ملك نصاباً فمجل زكاة نصابين ، فإن كان للتجارة ، بأن اشترى للتجارة عرضاً بمائتين ، فمجل زكاة أربعمائة ، فجاء الحول وهو يساوي أربعمائة ، أجزأه على المذهب . وقيل : في المائتين الزائدتين وجهان . فإن كان زكاة عين ، بأن ملك مائتي درهم ، وتوقع حصول مائتين من جهة أخرى ، فمجل زكاة أربعمائة ، فحصل ما توقعه ، لم يجزئه ما أخرجه عن الحادث . وإن توقع حصوله من عين ما عنده ، بأن ملك مائة وعشرين شاة ، فمجل شاتين ثم حدثت سخله ، أو ملك خمساً من الابل ، فمجل شاتين ، فبلغت بالتوالد عشراً ، فهل يجزئه ما أخرجه عن النصاب الذي كمل الآن ؟ وجهان . أصحهما عند الأكثرين من المراقبين وغيرهم : لا يجزئه . ولو عجل شاة عن أربعين ، فولدت أربعين ، فهلكت الأمات ، فهل يجزئه ما أخرج من السخل ؟ وجهان .

قلت : أصحهما : لا يجزئه . والله أعلم

الضرب الثاني : مالا يتعلق وجوب الزكاة فيه بالحول ، فمنه زكاة الفطر ، فيجوز تعجيلها بعد دخول رمضان ، هذا هو الصحيح . وفي وجه : يجوز في أول يوم من رمضان ، لا من أول ليلة . وفي وجه : يجوز قبل رمضان . وأما زكاة الثمار ، فتجب بدو الصلاح ، وزكاة الزرع باشتداد الحب . وليس المراد وجوب الأداء ، بل المراد أن حق الفقراء ، يثبت حينئذ ، والإخراج يجب بعد الجفاف وتنقية الحبوب . وإذا ثبت هذا ، فالإخراج بعد مصير الرطب تمراً ، والعنب زبيباً ، ليس بتمجيل ، بل هو واجب حينئذ ، ولا يجوز التقديم قبل خروج الثمرة ، وفيما بعده أوجه . الصحيح : أنه يجوز التعميل بعد بدو الصلاح لا قبله ، والثاني : يجوز قبله من حين خروج الثمرة ، والثالث : لا يجوز قبل الجفاف . وأما الزروع ، فالإخراج بعد التنقية واجب وليس بتمجيل ، ولا يجوز التعميل قبل التسنبل وانققاد الحب . وبعبارة ، ثلاثة أوجه ، الصحيح : جوازه بعد الاشتداد والادراك ، ومنعه قبله . والثاني : جوازه بعد التسنبل وانققاد الحب . والثالث : لا يجوز قبل التنقية .

فرع

عد الأئمة ما يقدم على وقت وجوبه من الحقوق المالية ، وما لا يقدم ، في هذا الباب .

فمنها : كفارة اليمين ، والقتل ، والظهار ، وجزاء الصيد ، وهي مذكورة في أبوابها .

ومنها : لا يجوز للشيخ الهرم ، والحامل ، والمريض ، تقديم الفدية على رمضان . ولا يجوز تقديم الأضحية على يوم النحر قطعاً ، ولا كفارة الوقاع في شهر رمضان على الأصح ، ولو قال : إن شفى الله مريضى ، فله على عتي رقبة ، فأعتق قبل الشفاء ، لا يجزئه على الأصح ، ولا يجوز تقديم زكاة المدين ، والركاز على الحصول .

فصل

شرط كون المجل مجزئاً ، بقاء القابض بصفة الاستحقاق في آخر الحول ، فلو ارتد ، أو مات قبل الحول ، لم تحسب عن الزكاة ، وإن استغنى بالمدفوع إليه ، أو به ، وبمال آخر ، لم يضر ، وإن استغنى بغيره ، لم يحسب عن الزكاة ، وإن عرض مانع ، ثم زال وصار بصفة الاستحقاق عند تمام الحول ، لم يضر على الأصح . ويشترط في الدافع بقائه إلى آخر الحول ، بصفة من تجب عليه الزكاة ، فلو ارتد وقلنا : الردة تمنع وجوب الزكاة ، أو مات ، أو تلف جميع ماله ، أو باعه ، أو نقص عن النصاب ، لم يكن المجل زكاة ، وإن أبقينا ملك المرتد ، وجوزنا إخراج الزكاة في حال الردة ، أجزاء المجل ، وهل يحسب في صورة الموت عن زكاة الوارث ؟ قال الأصحاب : إن قلنا بالقديم : إن الوارث يبنى على حول الموروث ، أجزاء ، وإلا لم يجزئه على الأصح ، لأنه تمجيل قبل ملك النصاب ،

فإن قلنا : يحسب فتمددت الورثة ، ثبت حكم الخلطة بينهم إن كان المال ماشية أو غير ماشية ، وقلنا : بيبوت الخلطة فيه . فأما إن قلنا : لا يثبت ، ونقص نصيب كل واحد عن النصاب ، أو اقتسموا ، ونقص نصيب كل واحد عن النصاب ، فينقطع الحول ، ولا تجب الزكاة على الأصح . وعن صاحب « التقريب » وجه آخر : أنهم يصيرون كشخص واحد ، وعلى الثاني : يصيرون كشخص واحد .

فرع

إذا أخذ الامام من المالك قبل أن يتم حوله مالاً للمساكين ، فله حالان . أحدهما : يأخذه بحكم القرض ، فينظر ، إن استقرضه بسؤال المساكين ، فهو من ضمانهم ، سواء تلف في يده ، أو بعد أن سلّمه إليهم ، وهل يكون الامام طريقاً في الضمان ، حتى يؤخذ منه ويرجع هو على المساكين ، أم لا ؟ نظر ، إن علم المقرض أنه يستقرض للمساكين بلذّهم ؟ لم يكن طريقاً على الأصح ، وإن ظن أنه يستقرض لنفسه ، أو للمساكين من غير سؤالهم ، فله الرجوع على الامام ، ثم الامام يقضيه من مال الصدقة ، أو يحسبه عن زكاة المقرض ، وإذا أقرضه المالك للمساكين ابتداءً من غير سؤالهم ، فتلف في يد الامام ، فلا ضمان على المساكين ، ولا على الامام ، لأنه وكيل المالك . ولو استقرض الامام بسؤال المالك والمساكين جميعاً ، فهل هو من ضمان المالك ، أو المساكين ؟ وجهان يأتي بينهما في الحال الثاني إن شاء الله تعالى . ولو استقرض بغير سؤال المالك والمساكين ، نظر ، إن استقرض ولا حاجة بهم إلى القرض ، وقع القرض للامام ، وعليه ضمانه من خالص ماله ، سواء تلف في يده ، أو دفعه إلى المساكين ، ثم إن دفع إليهم متبرعاً ، فلا رجوع ، وإن أقرضهم ، فقد أقرضهم مال نفسه ، وإن كان استقرض لهم ، وبهم حاجة ، وهلك في يده ، فوجهان . أحدهما : أنه من ضمان المساكين ، يقضيه الامام

من مال الصدقة ، كالولي ، إذا استقرض لليتم ، فهلك في يده ، يكون الضمان في مال اليتيم ، وأصحها : يكون الضمان من خالص مال الامام ، لأن المساكين غير متعينين ، وفيهم أو أكثرهم أهل رشد ، لا ولاية عليهم ، ولهذا لا يجوز منع الصدقة عنهم بلا عذر ، ولا التصرف في مالهم بالتجارة ، وإنما يجوز الاستقراض لهم بشرط سلامة العاقبة ، بخلاف اليتيم . فأما إن دفع المستقرض إليهم ، فالضمان عليهم ، والامام طريق ، فإذا أخذ زكوات ، والمدفوع إليه بصفة الاستحقاق ، فله أن يقضيه من الزكوات ، وله أن يحسبه عن زكاة القرض ، وإن لم يكن المدفوع إليه بصفة الاستحقاق عند تمام حول الزكوات ، لم يجز قضاؤه منها ، بل يقضي من مال نفسه ، ثم يرجع على المدفوع إليه إن وجد له مالاً .

الحال الثاني : أن يأخذ الامام المال ليحسبه عن زكاة المأخوذ منه عند تمام حوله ، وفيه أربع مسائل كالقرض .

إحداها : أن يأخذ بسؤال المساكين ، فإن دفع إليهم قبل الحول ، وتم الحول وهم بصفة الاستحقاق ، والمالك بصفة الوجوب ، وقع الموقع ، وإن خرجوا عن الاستحقاق ، فعليه الضمان ، وعلى المالك الإخراج ثانياً ، وإن تلف في يده قبل تمام الحول بغير تفريط له ، نظر ، إن خرج المالك عن أن تجب عليه الزكاة ، فله الضمان على المساكين ، وهل يكون الامام طريقاً ؟ وجهان ، كما في الاستقراض ، وإلا فهل يقع المخرج عن زكاته ؟ وجهان . أصحها : يقع ، وبه قطع في « الشامل » ، و « التتمة » ، والثاني : لا ، فعلى هذا له تضمين المساكين ، وفي تضمين الامام الوجهان ، فإن لم يكن للمساكين مال ، صرف الامام إذا اجتمعت الزكوات عنده ذلك القدر إلى قوم آخرين عن جهة الذي تسلف منه .

المسألة الثانية : أن يتسلف بسؤال المالك ، فإن دفع إلى المساكين ، وتم الحول وهم بصفة الاستحقاق ، وقع الموقع ، وإلا رجع المالك على المساكين دون الامام ، وإن تلف في يد الامام ، لم يجزى المالك ، سواء تلف بتفريط الامام ،

أو بغير تفريطه ، كالتلف في يد الوكيل ، ثم إن تلف بتفريط الامام ، فمليه ضمانه للمالك ، وإلا فلا ضمان عليه ، ولا على المساكين .

الثالثة : أن يتسلف بسؤال المالك والمساكين جميعاً ، فالأصح عند صاحب «الشامل» والأكثرين : أنه من ضمان المساكين ، والثاني : من ضمان المالك .

الرابعة : أن يتسلف بغير سؤال المالك والمساكين ، لما رأى من حاجتهم ، فهل تكون حاجتهم كسؤالهم ؟ وجهان . أصحها : لا ، فملى هذا إن دفعه إليهم ، وخرجوا عن الاستحقاق قبل تمام الحول ، استرده الامام منهم ودفعه إلى غيرهم ، وإن خرج الدافع عن أهلية الوجوب ، استرده ورد إليه ، فإن لم يكن للمدفع إليه مال ، ضمنه الامام من مال نفسه ، فرط ، أم لم يفرط ، وعلى المالك إخراج الزكاة ثانياً ، وفي وجه ضعيف : لا ضمان على الامام . ثم الوجهان في تنزل الحاجة منزلة سؤالهم ، هما في حق البالغين ، أما إذا كانوا أطفالاً ، فينبى على أن الصبي يدفع إليه الزكاة من سهم الفقراء أو المساكين ، أم لا ؟ فإن كان له من بلزمه نفقته كآبيه وغيره ، فالأصح أنه لا يدفع إليه ، وإن لم يكن ، فالصحيح أنه يدفع له إلى قيمه ؛ والثاني : لا ، لاستغنائه بسهم من النعمة ، فإن جوزنا التصرف إليه ، لحاجة الأطفال كسؤال البالغين ، فتسلف الامام الزكاة واستقراضه لهم ، كاستقراض قيم اليتيم . هذا إذا كان الذي يلي أمرهم الامام ، فإن كان ولياً مقدماً على الامام ، فحاجتهم كحاجة البالغين ، لأن لهم من يسأل التسلف لو كان صلاحهم فيه . أما إذا قلنا : لا يجوز الصرف إلى الصبي ، فلا تجب هذه المسألة في سهم الفقراء والمساكين ، ويجوز أن تجب في سهم الفارمين ونحوه . ثم في المسائل كلها لو تلف المجل في يد الساعي أو الامام بعد تمام الحول ، سقطت الزكاة عن المالك ، لأن الحصول في يدهما بعد الحول ، كالوصول إلى يد المساكين ، كما لو أخذ بعد الحول ، ثم إن فرط في الدفع إليهم ، ضمن من مال نفسه لهم ، وإلا فلا ضمان على أحد ، وليس من التفريط أن ينتظر انضمام غيره إليه لقلته ،

فانه لا يجب تفريق كل قليل يحصل عنده ، والمراد بالمساكين في هذه المسائل ، أهل السهمين جميعاً ، وليس المراد جميع آحاد الصنف ، بل سؤال طائفة منهم وحاجتهم .

فصل

إذا دفع الزكاة المعجلة إلى الفقير وقال : إنها معجلة ، فإف عرض مانع ، استرددت منك ، فله الاسترداد إن عرض مانع ، وإن اقتصر على قوله : هذه زكاة معجلة ، أو علم القابض ذلك ، ولم يذكر الرجوع ، فله الاسترداد على الأصح الذي قطع به الجمهور ، وهذا إذا كان الدافع المالك . أما إذا دفعها الإمام ، فلا حاجة إلى شرط الرجوع ، بل يثبت الاسترداد قطعاً ، ولو دفع المالك أو الإمام ، ولم يتعرض للتمجيل ، ولا علم به القابض ، فالذهب : أنه لا يثبت الرجوع مطلقاً ، وقيل : إن دفع الإمام ثبت الرجوع ، وإن دفع المالك فلا ، وبه قطع جمهور المراقبين ، وقيل : فيها قولان . فإن أثبتنا الرجوع ، فقال المالك : قصدت بالمدفوع التمجيل ، وأنكر القابض ، فالقول قول المالك مع يمينه ، ولو ادعى المالك علم القابض بالتمجيل ، فالقول قول القابض ، وإذا قلنا : لا رجوع إذا لم يذكر التمجيل ، ولم يعلم القابض به ، فتنازعا في ذكره ، أو قلنا : يشترط في الرجوع التصريح به ، فتنازعا فيه ، فالقول قول المسكين على الأصح مع يمينه ، وقول المالك على الثاني ، ويجري الوجهان في تنازع الإمام والمسكين إذا قلنا : الإمام محتاج إلى الاشتراط . هذا كله إذا عرض مانع من استحقاقه الزكاة . أما إذا لم يعرض ، فليس له الاسترداد بلا سبب ، لأنه تبرع بالتمجيل ، فهو كمن عجل ديناً مؤجلاً لا يسترده .

فرع

قال إمام الحرمين وغيره : لا يحتاج مخرج الزكاة إلى لفظ أصلاً ، بل يكفيه دفعها وهو ساكت ، لأنها في حكم دفع حق إلى مستحق . قال : وفي صدقة التطوع تردد ، والظاهر الذي عمل به الناس كافة ، أنه لا يحتاج إلى اللفظ أيضاً .

فرع

إذا قال : هذه زكاتي ، أو صدقتي المفروضة ، فطريقان . أحدهما : أنه كما لو ذكر التمجيل ، ولم يذكر الرجوع ، وأصحها : كما لو لم يذكر شيئاً أصلاً . وقطع المراقبون بأن المالك لا يسترد ، بخلاف الامام . قلوا : ولو كان الطارىء موت المسكين ، هل للمالك أن يستخلف ورثته على نفي العلم بأنها ممجلة ؟ وجهان .

فرع

من موانع المعجل أن تكون زكاة تلف النصاب ، فحيث يثبت الاسترداد بهذا السبب ، هل يثبت إذا أتلفه المالك ، أو أتلف منه ما نقص به النصاب لغير حاجة ؟ وجهان . أصحها : يثبت ، ولو أتلفه بالإفناء وغيره من وجوه الحاجات ، ثبت الرجوع قطعاً .

فصل

متى ثبت الاسترداد ، فإن كان المجل تالفاً ، فعليه ضمانه بمثله إن كان مثلياً ، وإلا فقيمته ، وتعتبر قيمته يوم القبض على الأصح ، وعلى الثاني : يوم التلف ، والثالث : أقصى القيم ، خرّجه إمام الحرمين . فإن مات القابض ، فالضمان في تركته ، وإن كان باقياً على حاله ، استرده ودفعه أو مثله إلى المستحق إن بقي بصفة الوجوب . وإن كان الدافع هو الامام ، أخذه ، وهل يصرفه إلى المستحقين بغير إذن جديد من المالك ؟ وجهان . أصحابها وبه قطع في « التهذيب » : يجوز . وإن أخذ القيمة فهل يجوز صرفها إلى المستحقين ؟ وجهان ، لأن دفع القيمة لا يجزئ ، فإن جوزناه وهو الأصح ، ففي افتقاره إلى إذن جديد الوجهان ، وإن حدث فيه زيادة متصلة ، كالسمن ، والكبر ، أخذه مع الزيادة ، وإن كانت منفصلة ، كالولد ، واللبن ، فالذهب والذي قطع به الجمهور ، ونص عليه الشافعي : أنه يأخذ الأصل بلا زيادة . وقيل : وجهان . أصحابها : هذا . والثاني : يأخذه مع الزيادة ، وإن كان ناقصاً ، فهل له أرشه معه ؟ وجهان . الصحيح ، وظاهر النص : لا أرش له . والمذهب : أن القابض يملك المجل . وفي وجه شاذ : أنه موقوف ، فإن عرض مانع ، تبين عدم الملك ، وإلا تبين . فلو باعه القابض ، ثم طرأ المانع ، فإن قلنا بالمذهب : استمرت صحة البيع ، وإلا تبيننا بطلانه . ولو كانت العين باقية ، فأراد القابض رد بدلها ، فإن قلنا بالوقف ، لزم ردها بسببها ، وإن قلنا بالمذهب ، ففي جواز الإبدال الخلاف في مثله في القرض بناءً على أنه يملكه بالقبض أو بالتصرف .

فرع

المعجل مضموم إلى ما عند المالك ، نازل منزلة مالو كان في يده ، فلو عجل شاة من أربعين ، ثم حال الحول ، ولم يطرأ مانع ، أجزاء ما عجل ، وكانت تلك الشاة بمنزلة الباقيات عنده . ولو عجل شاة عن مائة وعشرين ، ثم ولدت واحدة ، أو عن مائة ، فولدت عشرين وبلغت غنمه بالمعجلة مائة وإحدى وعشرين ، لزمه شاة أخرى وإن كان القابض أتلف تلك المعجلة . ولو عجل شاتين عن مائتين ، ثم حدثت سخلة قبل الحول ، فقد بلغت غنمة مائتين وواحدة بالمعجلة ، فعليه عند تمام الحول شاة ثالثة ، فلو كانت المعجلة في هاتين الصورتين معلوفة ، أو كانت المالك اشتراها فأخرجها ، لم يجب شيء زائد ، لأن المعلوفة والمشتراة ، لا يتم بها النصاب ، وإن جاز إخراجها عن الزكاة ، ثم إن تم الحول ، والمعجل على السلامة ، أجزاء ما أخرج ، ثم في تقديره إذا كان الباقي دون النصاب ، بأن أخرج شاة من أربعين ، وجهان . الصحيح الذي قطع به الأصحاب : أن المعجل منزل منزلة الباقي في ملك الدافع حتى يكمل به النصاب ويجزىء ، وليس بياك في ملكه حقيقة . وقال صاحب «التقريب» : يقدر كأن صاحب الملك لم يزل لينقضي الحول وفي ملكه نصاب . واستبعد إمام الحرمين هذا ، وقال : تصرف القابض نافذ بالبيع والهبة وغيرها ، فكيف نقول ببقاء ملك الدافع ، وهذا الاستبعاد صحيح إن أراد صاحب «التقريب» بقاء ملكه حقيقة ، وإن أراد ما قاله الأصحاب ، فقله صواب . أما إذا طرأ مانع من كون المعجل زكاة ، فينظر ، إن كان المخرج أهلاً للوجوب وبقي في يده نصاب ، لزمه الإخراج ثانياً . وإن كان دون النصاب ، فحيث لا يثبت الاسترداد لا زكاة ، وكأنه تطوع بشاة قبل الحول . وحيث ثبت فاسترد ، قال المراقبون : فيه ثلاثة أوجه . أحدها : يستأنف الحول ، ولا زكاة للماضي ، لنقص ملكه عن النصاب . والثاني :

إن كان ماله نقداً، زكّاه لما مضى. وإن كان ماشية، فلا، لأن السوم شرط في زكاة الماشية، وذلك ممتنع في الحيوان في الذمة. وأصحها عندم: تجب الزكاة لما مضى مطلقاً، لأن المخرج كالباقى في ملكه. وبهذا قطع في « التهذيب »، بل لفظه يقتضى وجوب الإخراج ثانياً قبل الاسترداد إذا كان المخرج بيمينه باقياً في يد القابض. وقال صاحب « التقريب »: إذا استرد وقلنا: كأن ملكه زال، لم يزك لما مضى، وإن قلنا: يتبين أن ملكه لم يزل، زكّى لما مضى. قال إمام الحرمين: وعلى هذا التقدير الثاني: الشاة المقبوضة حصلت الحيلولة بين المالك وبينها، فيجوز فيها الخلاف في النصب والمجود. وكلام المراقبين يشمر بجرى الأوجه بمد تسليم زوال الملك عن المعجل. وكيف كان، فالأصح عند المعظم وجوب تجديد الزكاة للماضى. أما إذا كان المخرج تالفاً في يد القابض، فقد صار الضمان دينا عليه، فإن أوجبنا تجديد الزكاة، إذا كان باقياً، جاء هنا قولاً وجوب الزكاة في الدين. هذا إذا كان المزكّى نقداً، فإن كان ماشية، لم تجب الزكاة بحال، لأن الواجب على القابض القيمة، فلا يكفل هنا نصاب الماشية. وقال أبو إسحاق: تقام القيمة مقام المين هنا، نظراً للمساكين، والصحيح: الأول.

فرع

لو عجل بنت مخاض عن خمس وعشرين من الإبل، فبلغت بالتوالد ستاً وثلاثين قبل الحول، لم يجزئه بنت المخاض معجلة وإن صارت بنت لبون في يد القابض، بل يستردها ويخرجها ثانياً، أو بنت لبون أخرى. قال صاحب « التهذيب » لنفسه: فإن كان المخرج تالفاً، والنتاج لم يزد على أحد عشر، فلم تكن إبله ستاً وثلاثين إلا بالمخرج، وجب أن لا يجب بنت لبون، لأننا إنما نجعل المخرج كالقائم إذا وقع محسوباً عن الزكاة. أما إذا لم يقع، فلا، بل هو كهلاك بعض المال قبل الحول، وفيما قدمناه في الوجه الثالث عن المراقبين ما ينزع في هذا.

باب

حكم تأخير الزكاة

إذا تم حول المال الذي يشترط في زكاته الحول ، وتمكن من الأداء ، وجب على الفور كما قدمناه . فإن أخر ، عصي ودخل في ضمانه . فلو تلف المال بعد ذلك ، لزمه الضمان ، سواء تلف بعد مطالبة الساعي أو الفقراء ، أو قبل ذلك ، ولو تلف بعد الحول وقبل التمكن ، فلا شيء عليه . وإن أتلفه للمالك ، لزمه الضمان . وإن أتلفه أجنبي ، بني على ما سنذكره إن شاء الله تعالى ، أن التمكن شرط في الوجوب ، أو في الضمان ، إن قلنا بالأول ، فلا زكاة . وإن قلنا بالثاني ، وقلنا : الزكاة تتعلق بالذمة ، فلا زكاة ، وإن قلنا : تتعلق بالعين ، انتقل حق المستحقين إلى القيمة ، كما إذا قتل العبد الجاني أو المرهون ، ينتقل الحق إلى القيمة .

فرع

إمكان الأداء شرط في الضمان قطعاً ، وهل هو شرط في الوجوب أيضاً ؟ قولان . أظهرهما : ليس بشرط ، والثاني : شرط كالصلاة والصوم والحج ، واحتجوا للأظهر بأنه لو تأخر الإمكان ، فابتدأ الحول الثاني ، يحسب من تمام الأول ، لا من [حصول] الإمكان .

فرع

الأوقاس التي بين النصب ، فيها قولان . أظهرهما : أنها عفو ، والفرض

يتعلق بالنصاب خاصة ، والثاني : ينسب الفرض عليها وعلى النصاب ، فإذا ملك تسعاً من الابل ، فعلى الأول ، عليه شاة في خمس منها ، لا بعينها ، وعلى الثاني : الشاة واجبة في الجميع . قال إمام الحرمين : الوجه عندي أن تكون الشاة متعلقة بالجميع قطعاً ، وأن القولين في أن الوقص إنما يجعل وقاية للنصاب ، كما يجعل الربح في القراض وقاية لرأس المال ، وهذا الذي قاله حسن ، لكن المذهب المشهور ما قدمناه .

فرع

لو تم الحول على خمس من الابل ، فتلف واحد قبل التمكن ، فلا زكاة للتالف ، وأما الأربعة ، فإن قلنا : التمكن شرط في الوجوب ، فلا شيء فيها ، وإن قلنا : للضمان فقط ، وجب أربعة أخماس شاة . ولو تلف أربع ، فعلى الأول : لا شيء ، وعلى الثاني : يجب خمس شاة ، ولو ملك ثلاثين من البقر ، فتلف خمس قبل الامكان وبعد الحول ، فإن قلنا بالأول ، فلا شيء ، وإن قلنا بالثاني ، وجب خمسة أسداس تبيع ، ولو تم الحول على تسع من الابل ، فتلف أربع قبل التمكن ، فإن قلنا : الامكان شرط للوجوب ، فعليه شاة ، وإن قلنا : للضمان والوقص عفو ، فشاة أيضاً ، وإن قلنا : ينسب ، فالصحيح الذي قطع به الجمهور : يجب خمسة أسباع شاة ، وقال أبو إسحاق : يجب شاة كاملة . ولو كانت المسألة بحالها ، وتلفت خمس ، فإن قلنا : الإمكان شرط للوجوب ، فلا شيء ، وإن قلنا : للضمان ، وقلنا : الوقص عفو ، فأربعة أخماس شاة ، وإن قلنا بالبسط ، فأربعة أسباع شاة ، ولا يبيح وجه أبي إسحاق . ولو ملك ثمانين من النعم ، فتلف بعد الحول وقبل التمكن أربعون ، فإن قلنا : التمكن شرط للوجوب ، أو للضمان والوقص عفو ، فعليه شاة . وإن قلنا : بالضمان والبسط ، فنصف شاة ، وعلى وجه أبي إسحاق : شاة .

فرع

إمكان الأداء ، ليس المراد به مجرد تمكنه من إخراج الزكاة ، بل يعتبر معه وجوب الإخراج ، وذلك بأن تجتمع شرائطه .
فمنها : أن يكون المال حاضراً عنده ، فإن كان غائباً ، لم يجب الإخراج من موضع آخر وإن جاوزنا نقل الزكاة .

ومنها : أن يجد المصروف إليه ، وقد تقدم أن الأموال ظاهرة وباطنة ، فالباطنة يجوز صرف زكاتها إلى السلطان ونائبه ، ويجوز أن يفرقها بنفسه ، فيكون واجداً للمصروف إليه ، سواء وجد أهل السُّهْن ، أو الإمام ، أو نائبه ، يفرقها ، وأما الأموال الظاهرة ، فكذلك إن جاوزنا تفرقتها بنفسه ، وإلا ، فلا إمكان حتى يجد الإمام أو نائبه ، وإذا وجد من يجوز الصرف إليه ، فأخر لطلب الأفضل ، بأن وجد الإمام أو نائبه ، فأخر ليفرق بنفسه حيث قلنا : إنه أفضل ، أو وجد أهل السُّهْن ، فأخر ليدفع إلى الإمام أو نائبه ، حيث قلنا : إنه أفضل ، أو أخر لا تتظار قريب أو جارٍ ، أو من هو أحوج ، في التأخير وجهان . أصحابها : جوازها ، فعلى هذا لو أخر فتلف ، كان ضامناً في الأصح . قال إمام الحرمين : الوجهان لهما شرطان . أحدهما : أن يظهر استحقاق الحاضرين ، فإن تردد في استحقاقهم فأخر ليرؤى ، جاز بلا خلاف ، والثاني : أن لا يشتد ضرر الحاضرين وفاقتهم ، فإن تضرروا بالجوع ، لم يحجز التأخير للقريب وشبهه بلا خلاف ، وفي هذا الشرط الثاني نظر ، فإن إشباعهم لا يتعين على هذا الشخص ، ولا من هذا المال ، ولا من مال الزكاة .

قلت : هذا النظر ضعيف ، أو باطل . والله أعلم

قال صاحب « التهذيب » ، وغيره : ويشترط في إمكان الأداء أن لا يكون مشغلاً بشيء مهم من أمر دينه أو دنياه .

فصل

في كيفية تعلق الزكاة بالمال

قال الجمهور : فيه قولان . القديم : يتعلق بالذمة ، والجديد الأظهر : بالمين ، ويصير المساكين شركاء لرب المال في قدر الزكاة . هكذا صححه الجمهور ، وزاد آخرون قولاً ثالثاً : أنها تتعلق بالمين تعلق الدين بالرهون ، وقولاً رابعاً : تتعلق بالمين تعلق الأرض برقة الجاني ، وعن زاد القولين إمام الحرمين ، والنزالي . وأما المراقبون ، والصيدلاني ، والرويني ، والجمهور ، فجعلوا قول الذمة وتعلق الدين بالرهون شيئاً واحداً ، فقالوا : تتعلق بالذمة ، والمال مرتين بها ، وجمع صاحب « التمه » بين الطريقين ، فحكى وجهين ، في أننا إذا قلنا : تتعلق بالذمة ، فهل المال خلو ، أم هو رهن بها ؟ وإذا قلنا كتعلق الرهن ، إما قولاً برأسه ، وإما جزءاً من قول الذمة ، فهل يجعل جميع المال مرهوناً بها ، أم يخص قدر الزكاة بالرهن ؟ وجهان ، وكذا إذا قلنا : كتعلق الأرض ، فهل يتعلق بالجميع ، أم بقدرها ؟ فيه الوجهان . قال إمام الحرمين : والتخصيص بقدر الزكاة هو الحق الذي قاله الجمهور ، وما عداه هفوة . هذا كله إذا كان الواجب من جنس المال . أما إذا كان من غيره ، كالشاة الواجبة في الإبل ، فطريقان . أحدهما : القطع بتعلقها بالذمة ، وأصحها : أنه على الخلاف السابق ، فعلى الاستئناف لا يختلف ، وعلى الشركة يشاركون بقيمة الشاة .

فرع

إذا باع مال الزكاة بعد الحول قبل إخراجها ، فإن باع جميعه ، فهل يصح البيع في قدر الزكاة ؟ يبنى على الأقوال . فإن قلنا : الزكاة في الذمة والمال خلو منها ، صح ، وإن قلنا : مرهون ، فقولان . أظهرهما عند المراقين وغيرهم : يصح أيضاً ، لأن هذه المعلقة ، تثبت بغير اختيار المالك ، وليست لمعين ، فسومح فيها بما لا يسامح به في الرهن ، وإن قلنا : بالشركة ، فطريقان . أحدهما : القطع بالبطلان ، وأصحها وبه قطع أكثر المراقين : في صحته قولان . أظهرهما وبه قطع صاحب « التهذيب » وعامة المتأخرين : البطلان ، وإن قلنا : تعلق الأرض ، ففي صحته القولان في بيع الجاني ، فإن صححناه ، صار بالبيع ملتزماً للفداء ، ومتى حكنا بالصحة في قدر الزكاة ، فما سواه أولى ، ومتى حكنا فيه بالبطلان ، فهل يبطل فيما سواه ؟ وأما على قول الشركة ففيها سواء قولاً تفريق الصفقة^(١) ، وإن قلنا : بالاستيثاق في الجميع ، بطل البيع في الجميع ، وإن قلنا : بالاستيثاق في قدر الزكاة ، ففي الزائد قولاً تفريق الصفقة ، وحيث منعنا البيع ، وكان المال ثمرة ، فذلك قبل الخرص ، فأما بعده ، فلا منع إن قلنا : الخرص تضمنين .

والحاصل من جميع هذا الخلاف ، ثلاثة أقوال . أحدها : البطلان في الجميع ، والثاني : الصحة في الجميع ، وأظهرهما : البطلان في قدر الزكاة ، والصحة في الباقي . فإن صححنا البيع في الجميع ، نظر ، إن أدى البائع الزكاة من موضع آخر ، فذلك ، وإلا فللساعي أن يأخذ من عين المال من يد المشتري قدر الزكاة على جميع الأقوال بلا خلاف . فإن أخذ ، انفسخ البيع في قدر الزكاة ، وهل ينفسخ في الباقي ؟ فيه الخلاف في تفريق الصفقة في الدوام . فإن قلنا : ينفسخ ،

(١) في نسخة نطاھرية : إن قلنا بالشركة ، ففيه قولاً تفريق الصفقة .

استرد الثمن ، وإلا فله الخيار إن كان جاهلاً ، فان فسخ ، فذاك ، وإن أجاز في الباقي ، فياخذ بفسطه من الثمن ، أم بالجميع ؟ فيه قولان . أظهرهما : بفسطه ، ولو لم يأخذ الساعي الواجب منه ، ولم يؤد البائع الزكاة من موضع آخر ، فالأصح أن للمشتري الخيار إذا علم الحال ، والثاني : لا خيار له . فان قلنا : بالأصح ، فأدى البائع الواجب من موضع آخر ، فهل يسقط الخيار ؟ وجهان . الصحيح : أنه يسقط كما لو اشترى معيماً ، فزال عيه قبل الرد ، فانه يسقط ، والثاني : لا يسقط ، لاحتمال أن يخرج مادفعه إلى الساعي مستحقاً ، فيرجع الساعي إلى عين المال ، ويجري الوجهان فيما إذا باع السيد الجاني ثم فداء ، هل يبقى للمشتري الخيار ؟ أما إذا أبطلنا البيع في قدر الزكاة ، وصحناه في الباقي ، فلمشتري الخيار في فسخ البيع في الباقي وإجازته ، ولا يسقط خياره بأداء البائع الزكاة من موضع آخر ، وإذا أجاز فيجوز بفسطه ، أم بالجميع الثمن ؟ فيه القولان المقدمان ، وقطع بعض الأصحاب ، بأنه يميز بالجميع في المواثي ، والصحيح الأول . هذا كله إذا باع جميع المال ، فان باع بمضنه ، فان لم يبق قدر الزكاة ، فهو كما لو باع الجميع ، وإن بقي قدر الزكاة ، إما بنية صرفه إلى الزكاة ، وإما بغيرها ، فان فرغنا على قول الشركة ، ففي صحة البيع وجهان . قال ابن الصباغ : أقيسها : البطالان ، وهما مبنيان على كيفية ثبوت الشركة ، وفيها وجهان . أحدهما : أن الزكاة شائعة في الجميع ، متعلقة بكل واحدة من الأشياء بالقسط ، والثاني : أن محل الاستحقاق قدر الواجب ، ويتمين بالإخراج . أما إذا فرغنا على قول الرهن ، فينبى على أن الجميع مرهون ، أم قدر الزكاة فقط ؟ فعلى الأول : لا يصح ، وعلى الثاني : يصح ، وإن فرغنا على تعلق الأرض ، فان صححنا بيع الجاني ، صح هذا البيع ، وإلا ، فالتفريع ، كالتفريع على قول الرهن ، وجميع ما ذكرناه هو في بيع المال الذي تجب الزكاة في عينه . فأما بيع مال التجارة بمد وجوب الزكاة ، فسيأتي في بابها إن شاء الله تعالى .

فرع

إذا ملك أربعين شاة ، فحال عليها الحول ، ولم يخرج زكاتها حتى حال آخر ، فإن حدث منها في كل حول سخلة فصاعداً ، فعليه لكل حول شاة بلا خلاف ، وإلا فعليه شاة عن الحول الأول ، وأما الثاني : فإن قلنا : تجب الزكاة في الذمة ، وكان يملك سوى الغنم ما بقي بشاة ، وجب شاة للحول الثاني ، وإن لم يملك شيئاً غير النصاب ، يبنى على أن الدين يمنع وجوب الزكاة ، أم لا ؟ إن قلنا : يمنع ، لم يجب للحول الثاني شيء ، وإلا وجبت شاة ، وإن قلنا : يتعلق بالعين تعلق الشركة ، لم يجب للحول الثاني شيء ، لأن المساكين ملكوا شاة نقص بها النصاب ، ولا تجب زكاة الخلطة ، لأن المساكين لا زكاة عليهم ، فمخالطتهم كمخالطة المكاتب والذمي ، وإن قلنا : يتعلق بالعين تعلق الرهن أو الأرض ، قال إمام الحرمين : فهو كالتفريع على قول الذمة ، وقال الصيدلاني : هو كقول الشركة ، وقياس المذهب ما قاله الامام ، لكن يجوز أن يفرض خلاف في وجوب الزكاة من جهة تسلط الغير عليه ، وإن قلنا : الدين لا يمنع الزكاة ، وعلى هذا التقدير يجري الخلاف على قول الذمة ، أيضاً . ولو ملك خمساً وعشرين من الإبل حولين ولا نتاج ، فإن علقنا الزكاة بالذمة وقلنا : الدين لا يمنعها ، أو كان له مال آخر بقي بها ، فعليه بنتا مخاض ، وإن قلنا : بالشركة ، فعليه للحول الأول بنت مخاض ، وللثاني : أربع شياه ، وتفريع الأرض والرهن على قياس ما سبق . ولو ملك خمساً من الإبل حولين بلا نتاج ، فالحكم كما في الصورتين السابقتين . لكن قد ذكرنا أن من الأصحاب من لم يثبت قول الشركة إذا كان الواجب من غير جنس الأصل ، فعلى هذا يكون الحكم في هذه الصورة مطلقاً ، كالحكم في الأوليين ، تفريعاً على قول النمة ، والمذهب وهو اختيار المزني : أنه لا فرق بين أن يكون الواجب من جنس المال أو من غيره ، ولهذا يجوز للساعي أن يبيع جزءاً من الإبل في الشياه ، فدل على تعلق الحق بيمينها .

فرع

إذا رهن مال الزكاة ، فتارة يرهنه بمد تمام الحول ، وتارة قبله ، فإن رهنه بمد الحول ، فالقول في صحة الرهن في قدر الزكاة كالقول في صحة يمه ، فيعود فيه جميع ما قدمناه ، فإذا صححنا في قدر الزكاة ، فمأزاد أولى ، وإن أبطلناه فيه ، فالباقي يُرتب على البيع . إن صححناه ، فالرهن أولى ، وإلا فقولا تفريق الصفقة في الرهن إذا جمع حلالاً وحراماً ، فإذا صححنا الرهن في الجميع فلم يؤد الزكاة من موضع آخر ، فللساعي أخذها منه . فإذا أخذ ، انفسخ الرهن فيه ، وفي الباقي الخلاف كما تقدم في البيع ، وإن أبطلناه في الجميع ، أو في قدر الزكاة ، وكان الرهن مشروطاً في يمه ، ففي فساد البيع قولان ، فإن لم يفسد ، فللمشتري الخيار ، ولا يسقط خياره بأداء الزكاة من موضع آخر ، أما إذا رهن قبل تمام الحول قتم ، ففي وجوب الزكاة خلاف قدمناه ، والرهن لا يكون إلا بدين ، وفي كون الدين مانعاً من الزكاة الخلاف المعروف ، فإن قلنا : الرهن لا يمنع الزكاة ، وقلنا : الدين لا يمنع أيضاً ، أو قلنا : يمنع ، فكان له مال آخر يفي بالدين ، وجبت الزكاة ، وإلا فلا . ثم إن لم يملك الراهن مالاً آخر ، أخذت الزكاة من عين المرهون على الأصح ، ولا تؤخذ منه على الثاني . فعلى الأصح : لو كانت الزكاة من غير جنس المال ، كالشاة من الإبل ، يبيع جزء من المال فيها ، وقيل : الخلاف فيما إذا كان الواجب من غير جنس المال ، فإن كان من جنسه ، أخذ من المرهون قطعاً ، ثم إذا أخذت الزكاة من عين المرهون ، فأبصر الراهن بمد ذلك ، فهل يؤخذ منه قدرها ليكون رهنه عند المرتهن ؟ إن علقنا الزكاة بالنمة ، أخذ ، وإلا فلا على الأصح . فإذا قلنا بالأخذ ، وكان النصاب مثلياً ، أخذ المثل ، وإلا فالقيمة على قاعدة الغرامات . أما إذا ملك مالاً آخر ،

فالمذهب والذي قطع به الجمهور : أن الزكاة تؤخذ من سائر أمواله ، ولا تؤخذ من عين المرهون ، وقال جماعة : تؤخذ من عينه إن علقناها بالعين ، وهذا هو القياس ، كما لا يجب على السيد فداء المرهون إذا جنى .

باب

زكاة المعسرات

تجب الزكاة في الأقوات ، وهي من الثمار : النخل والعنب ، ومن الحبوب : الحنطة والشعير ، والأرز والعدس ، والحبص والبقلاء ، والدخن والذرة ، واللوبيا والماش ، والمهرطان وهو الجلبان . وأما ما سوى الأقوات ، فلا تجب الزكاة في معظمها بلا خلاف ، وفي بعضها خلاف . فما لا زكاة فيه بلا خلاف : التين ، والسفرجل ، والخبوخ ، والتفاح ، والجوز ، واللوز ، والرمان ، وغيرها من الثمار ، وكالقطن ، والكتان ، والسهم ، والإسبيوش^(١) ، وهو بزر القطن ، والثفاء وهو حب الرشاد ، والكون ، والكزبرة ، والبطيخ ، والقثاء ، والسلق ، والجزر ، والقنبسط ، وجوبها وبزورها . ومن المختلف فيه : الزيتون . فالجديد المشهور : لا زكاة فيه ، والقديم : تجب بدو صلاحه ، وهو نضجه واسوداده ، ويعتبر فيه النصاب عند الجمهور ، وخرج ابن القطان اعتبار النصاب فيه وفي سائر ما يختص القديم بإيجاب الزكاة فيه على قولين . ثم إن كان الزيتون مما لا يحجب منه الزيت ، كالبعدي ، أخرج عمره زيتوناً ، وإن كان مما يحجب منه الزيت كالشامي ، فثلاثة أوجه . الصحيح المنصوص في القديم : أنه إن شاء الزيت ، وإن شاء الزيتون ، والزيت أولى ، والثاني : يتعين الزيت ، والثالث : يتعين الزيتون ، بدليل أنه يعتبر النصاب بالزيتون دون الزيت بالاتفاق .

(١) في « المصباح » : الإسبيوش ، بكسر الهمزة والباء مع سكون الهمزة بينهما وضم الباء آخر الحروف ، وسكون الواو ثم شين معجمة .

ومنها : الزعفران ، والورس ، وهو شجر يخرج شيئاً كالزعفران ، فلا زكاة فيها على الجديد المشهور ، وقال في القديم : تجب إن صح الحديث في الورس . فان أوجبنا فيه ، ففي الزعفران قولان ، فان أوجبنا فيها ، فالذهب : أنه لا يعتبر النصاب ، بل تجب في القليل والكثير ، وقيل : فيه قولان .

ومنها : المسل ، لا زكاة فيه على الجديد ، وعلق القول فيه على القديم ، وقطع أبو حامد وغيره بنى الزكاة فيه قديماً وجديداً . فان أوجبنا ، فاعتبار النصاب كما سبق .

ومنها : القِرْطِم وهو حب المصفر ، الجديد : لا زكاة فيه ، والقديم : تجب . فعلى هذا ، المذهب : اعتبار النصاب كسائر الحبوب ، وفي المصفر نفسه طريقان . قيل : كالقرطم ، وقيل : لا تجب قطعاً .

ومنها : الترمس ، الجديد : لا زكاة فيه ، والقديم : تجب .

ومنها : حب الفجل ، حكى ابن كج وجوب الزكاة فيه على القديم ، ولم أره لغيره .

فرع

لا يكفي في وجوب الزكاة ، كون الشيء مقتاناً على الإطلاق ، بل المعتبر أن يقتات في حال الاختيار ، فقد يقتات الشيء في حال الضرورة ، فلا زكاة فيه ، كالفث ، وحب الحنظل ، وسائر بزور البرئية . واختلف في تفسير الفث ، فقال المزني وطائفة : هو حب الفاسول ، وهو الاشنان ، وقال آخرون : هو حب أسود يابس ، يدفن فيلين قشره ، فيزال ويطحن ، ويخبز ، تقتاته أعراب طيى . واعلم أن الأئمة ضبطوا ما يجب فيه الشر بقدين . أحدهما : أن يكون قوتاً ، والثاني : أن يكون من جنس ما ينبتة الآدميون . قالوا : فان فقد الأول كالإسبيوش ، أو الثاني كالفت ، أو كلاهما كالنفاء ، فلا زكاة ، وإنما يحتاج إلى ذكر القيد من

أطلق القيد الأول . فأما من قيده فقال : يكون قوتاً في حال الاختيار ، فلا يحتاج إلى الثاني ، إذ ليس فيما يستتبت إلا ما يقتات اختياراً ، واعتبر المراقبون مع القيدين ، قيدين آخرين . أحدهما : أن يدخر ، والآخر : أن يبيع ، ولا حاجة إليهما ، فانهما لازمان لكل مقتات مستتبت .

فصل

النصاب معتبر في المشرات ، وهو خمسة أوسق ، والوسق : ستون صاعاً ، والصاع : خمسة أرطال وثلاث بالبغدادي . فالخمس ، هي ألف وستائة رطل بالبغدادي ، والأصح عند الأكثرين : أن هذا القدر تحديد ، وقيل : تقريب . فعلى التقريب يحتمل نقصان القليل كالرطلين ، وحاول إمام الحرمين ضبطه فقال : الأوسق : الأوقار ، والوقر المقتصد : ثلاثمائة وعشرون رطلاً ، فكل نقص لو وزّع على الأوسق الخمسة لم تمدّ منحنطة عن حد الاعتدال ، لا يضر ، وإن عدت منحنطة ، ضر ، وإن أشكل فيحتمل أن يقال : لا زكاة حتى تحقق الكثرة ، ويحتمل أن يقال : تجب لبقاء الأوسق . قال : وهذا أظهر . ثم قال إمام الحرمين : الاعتبار فيما علقه الشرع بالصاع والمد بمقدار موزون يضاف إلى الصاع والمد ، لا لما يحوي المد ونحوه ، وذكر الروياني وغيره : أن الاعتبار بالكيل لا بالوزن ، وهذا هو الصحيح . قال أبو العباس الجرجاني : إلا العسل إذا أوجبنا فيه الزكاة ، فالاعتبار فيه بالوزن ، وتوسط صاحب « العدة » فقال : هو على التحديد في الكيل ، وعلى التقريب في الوزن ، وإنما قدره العلماء بالوزن استظهاراً .

قلت : الصحيح : اعتبار الكيل كما صححه ، وبهذا قطع الدارمي ، وصنف في هذه المسألة تصنيفاً ، وسيأتي في إيضاحه زيادة في زكاة الفطر إن شاء الله تعالى ، وهناك نذكر الخلاف في قدر رطل بغداد ، والأصح : أنه مائة وثمانية

وعشرون درهما ، وأربعة أسباع درهم . فعلى هذا ، الأوسق الخمسة بالرطل الدمشقي :
ثلاثمائة واثنتان وأربعون رطلاً ونصف رطل وثلاث رطل وسبعاً أوقية .
والله اعلم

فصل

لا فرق بين ما تنبته الأرض الملوكة والمستأجرة في وجوب المشر ، فيجب
على مستأجر الأرض المشر مع الأجرة ، وكذا يجب عليه المشر والخراج في
الأرض الخراجية . قال أصحابنا : وتكون الأرض خراجية في صورتين .

إحدهما : أن يفتح الإمام بلدة قهراً ، ويقسمها بين الفاعين ، ثم يعرضهم
عنها ، ثم يقفها على المسلمين ويضرب عليها خراجاً ، كما فعل عمر رضي الله عنه
بسواد العراق على ما هو الصحيح فيه .

الثانية : أن يفتح بلدة صلحاً ، على أن تكون الأرض للمسلمين ، ويسكنها
الكفار بخراج معلوم ، فالأرض تكون فيئاً للمسلمين ، والخراج عليها أجرة لا تسقط
باسلامهم ، وهكذا إذا انجلى الكفار عن بلدة وقلنا : إن الأرض تصير وقفاً على
مصالح المسلمين ، يضرب عليها خراجاً يؤديه من يسكنها مسلماً كان أو ذمياً .
فأما إذا فتحت صلحاً ولم يشترط كون الأرض للمسلمين ، ولكن سكنوا فيها بخراج ،
فهذا يسقط بالإسلام ، فانه جزية ، وأما البلاد التي فتحت قهراً وقسمت بين
الفاعين ، وبقيت في أيديهم ، وكذا التي أسلم أهلها عليها ، والأرض التي أحيها
المسلمون ، فكلها عشرية ، وأخذ الخراج منها ظلم .

فرع

النواحي التي يؤخذ منها الخراج ، ولا يعرف كيف كان حالها في الأصل ،
حكى الشيخ أبو حامد عن نص الشافعي رحمة الله عليه : أنه يستدام الأخذ منها ،
فانه يجوز أن يكون الذي فتحها صنع بها كما صنع عمر رضي الله عنه بسواد العراق ،
والظاهر : أن ما جرى لطول الدهر ، جرى بحق . فان قيل : هل يثبت فيها
حكم أرض السواد من امتناع البيع والرهن ؟ قيل : يجوز أن يقال : الظاهر في
الأخذ كونه حقاً ، وفي الأيدي الملك ، فلا نترك واحداً من الظاهرين ،
إلا ييقن .

فرع

الخراج المأخوذ ظلاً ، لا يقوم مقام العشر ، فان أخذه السلطان على أن
يكون بدلاً عن العشر ، فهو كأخذ القيمة بالاجتهاد ، وفي سقوط الفرض به
وجهان . أحدهما وبه قطع في « التمه » : السقوط ، فان لم يبلغ قدر العشر ، أخرج
الباقى ، وذكر في « النهاية » : أن بعض المصنفين حكى قريباً من هذا عن أبي
زيد واستبعده .

قلت : الصحيح : السقوط ، وهو نصه في « الأم » ، وبه قطع جماهير الأصحاب ،
كالشيخ أبي حامد ، والهاملي ، والماوردي ، والقاضي أبي الطيب ، ومن المتقدمين
ابن أبي هريرة ، ومنه أبو إسحاق . والله اعلم .

فصل

ثمار البستان وغلة القرية الموقوفين على المساجد ، أو الرباطات ، أو القناطر ، أو الفقراء ، أو المساكين ، لا زكاة فيها ، إذ ليس لها مالك متين ، هذا هو المذهب الصحيح المشهور الذي قطع به الجمهور ، ونقل ابن المنذر عن الشافعي رحمه الله تعالى وجوب الزكاة فيها . فأما الموقوف على جماعة معينين ، فتقدم بيانه في باب الخلطة .

فصل

في الحال الذي يعتبر فيه بلوغ المشر فممة أوسق

إن كان نخلاً أو عنباً ، اعتبر تمراً وزيبياً ، فإن كان رطباً لا يتخذ منه تمر ، فوجهان . أحدهما : يوسق رطباً ، والثاني : يعتبر بحالة الجفاف ، وعلى هذا وجهان . أحدهما : يعتبر بنفسه بلوغه نصاباً وإن كان حشفاً ، والثاني : بأقرب الارطاب إليه ، وهذا إذا كان يحجى منه تمر ردي ، فأما إذا كان يفسد بالكلية ، فيقتصر على الوجه الأصح ، وهو توسيقه رطباً . والعنب الذي لا يتزب ، كالرطب الذي لا يتمر ، ولا خلاف في ضم مالا يحفف منها إلى ما يحفف في تكميل النصاب . ثم في أخذ الواجب من الذي لا يحفف إشكال ستعرفه مع الخلاص منه في مسألة إصابة النخل المطش إن شاء الله تعالى . وأما الجوب ، فيعتبر بلوغها نصاباً بعد التصفية من التبن ، ثم قشورها أضرب . أحدها : قشر لا يدخر الحب فيه ، ولا يؤكل معه ، فلا يدخل في النصاب ، والثاني : قشر يدخر الحب فيه ، ويؤكل معه كالذرة ، فيدخل القشر في الحساب ، فانه طعام وإن كان قد يزال كما تقشر الحنطة . وفي

دخول القشرة السفلى من الباقلاء في الحساب ، وجهان . قال في « العدة » : المذهب لا يدخل . الثالث : قشر يدخر الحب فيه ولا يؤكل معه ، فلا يدخل في حساب النصاب ، ولكن يؤخذ الواجب فيه كالملس والأرز . أما الملس ، فقال الشافعي رضي الله عنه في « الأم » : يبقى بعد ديامه على كل حبتين منه كأم لا يزول إلا بالرحى الخفيفة ، أو بمهراس ، وادخاره في ذلك الكأم أصلح له ، وإذا أزيل ، كان الصافي نصف المبلغ ، فلا يكلف صاحبه إزالة ذلك الكأم عنه ، ويعتبر بلوغه بعد الدياس عشرة أوسق ليكون الصافي منه خمسة . وأما الأرز ، فيدخر أيضاً مع قشره ، فانه أبقى له ، ويعتبر بلوغه مع القشرة عشرة أوسق كالملس ، وعن الشيخ أبي حامد : أنه قد يخرج منه الثلث ، فيعتبر بلوغه قدرأ يكون الخارج منه نصاباً .

فصل

لا يضم التمر إلى الزبيب في إكمال النصاب ، ويضم أنواع التمر بعضها إلى بعض ، وأنواع الزبيب بعضها إلى بعض ، ولا تضم الخنطة إلى الشعير ، ولا سائر أجناس الجبوب بعضها إلى بعض ، ويضم الملس إلى الخنطة ، لأنه نوع منها ، وأكتمه يحوي الواحد منها حبتين ، وإذا نحت الأكمة ، خرجت الخنطة الصافية ، وقبل التنحية إذا كان له وسقات من الملس ، وأربعة حنطة ، تم نصابه . فلو كانت الخنطة ثلاثة أوسق ، لم يتم النصاب إلا بأربعة أوسق علما ، وعلى هذا القياس . وأما السلت ، فقال المراقبون وصاحب « التهذيب » : هو حب يشبه الخنطة في اللون والنمومة ، والشعير في برودة الطبع ، وعكس الصيدلاني وآخرون فقالوا : هو في صررة الشعير ، وطبعه حار كالخنطة .

قلت : الصحيح ، بل الصواب ما قاله المراقبون ، وبه قطع جماهير الأصحاب ، وهو الذي ذكره أهل اللغة . والله أعلم

ثم فيه ثلاثة أوجه . أصحها ، وهو نصه في « البويطي » : أنه أصل بنفسه لا يضم إلى غيره ، والثاني : يضم إلى الخلطة ، والثالث : إلى الشمبر .

فرع

تقدم في الخلطة خلاف في ثبوتها في الثمار والزرروع ، وأنها إن ثبتت ، فهل تثبت خلطتنا الشيوخ والجوار ، أم الشيوخ فقط ، والمذهب ثبوتها معاً ؟ فإن قلنا : لا تثبتان ، لم يكمل ملك رجل بملك غيره في إتمام النصاب ، وإن أثبتناها ، كل بملك الشريك والجار . ولو مات إنسان وخلّف ورثة ، ونحياً مثمرة أو غير مثمرة ، وبدا الصلاح في الحالين في ملك الورثة ، فإن قلنا : لا تثبت الخلطة في الثمار ، فحكم كل واحد منقطع عن غيره ، فمن بلغ نصيبه نصاباً ، زكّى ، ومن لا ، فلا ، وسواء اقتسموا ، أم لا . وإن قلنا : تثبت ، قال الشافعي رحمه الله : إن اقتسموا قبل بدؤ الصلاح ، زكّوا زكاة الانفراد ، فمن لم يبلغ نصيبه نصاباً ، فلا شيء عليه ، وهذا إذا لم تثبت خلطة الجوار ، أو أثبتناها وكانت متباعدة . أما إذا كانت متجاورة وأثبتناها ، فيزكون زكاة الخلطة ، كما قبل القسمة ، وإن اقتسموا بعد بدؤ الصلاح ، زكّوا زكاة الخلطة ، لاشتراكهم حالة الوجوب . ثم هنا اعتراضان .

أحدهما للمزني قال : القسمة بيع ، وبيع الربوي بمضه بعض جزافاً لا يجوز ، وبيع الرطب على رؤوس النخل بالرطب يبيع جزاف ، وأيضاً فبيع الرطب بالرطب عند الشافعي لا يجوز بحال . أجاب الأصحاب بجوابين . أحدهما : قالوا : الأمر على ما ذكر إن قلنا : القسمة بيع ، ولكن فرّع الشافعي رحمه الله على القول الآخر أنها إفراز الثاني ، وإن قلنا : القسمة بيع ، فتصور القسمة هنا من وجوه .

منها : أن يكون بعض النخيل مثمراً ، وبعضها غير مثمر ، فيجعل هذا سهماً ، وذاك سهماً ، ويقسمه قسمة تعديل ، فيكون بيع نخيل ورطب بنخل متمحض ، وذلك جائز .

ومنها : أن تكون التركة لنخلتين ، والورثة شخصين ، اشترى أحدهما نصيب صاحبه من إحدى النخلتين أصلها وثمرها بمشرة دراهم ، وباع نصيبه من الأخرى لصاحبه بمشرة ، وتقاصاً . قال الأصحاب : ولا يحتاج إلى شرط القطع وإن كان قبل بدوّ الصلاح ، لأن المبيع جزء شائع من الثمرة والشجرة معاً ، فصار كما لو باعها كلها بثمرتها صفقة ، وإنما يحتاج إلى شرط القطع إذا أفرد الثمرة بالمبيع .

ومنها : أن يبيع كل واحد نصيبه من ثمرة إحدى النخلتين بنصيب صاحبه من جذعها ، فيجوز بعد بدوّ الصلاح ، ولا يكون رباً ، ولا يجوز قبل بدوّه إلا بشرط القطع ، لأنه يبيع ثمرة تكون للمشتري على جذع البائع . وقال بعض الأصحاب : قسمة الثمار بالحرص تجوز على أحد القولين . قال : والذي ذكره الشافعي هنا تفريع على ذلك القول . ولك أن تقول : هذا يدفع إشكال المبيع جزافاً ، ولا يدفع إشكال منع بيع الرطب بالرطب .

الاعتراض الثاني : قال المراقبون : جواز القسمة قبل إخراج الزكاة ، هو بناء على أن الزكاة في الذمة . فإن قلنا : إنها تتعلق بالعين ، لم تصح القسمة .

واعلم أنه يمكن تصحيح القسمة مع التفريع على قول المين ، بأن تخرص الثمار عليهم ، ويضمنوا حق المساكين ، فلهم التصرف بعد ذلك ، وأيضاً فانا حكينا في قول المين قولين تقريباً على التعلق بالعين ، فكذلك القسمة إن جعلناها بيعاً ، وإن قلنا : إفراز ، فلا منع ، وجميع ما ذكرناه إذا لم يكن على الميت دين ، فإن مات وعليه دين ، وله نخيل مثمرة ، فبدأ الصلاح فيها بعد موته وقبل أن تباع ، فالذهب والذي قطع به الجمهور : وجوب الزكاة على الورثة ، لأنها ملكهم ما لم تبع في الدين ، وقيل : قولان . أظهرهما : هذا ، والثاني : لا تجب لعدم استقرار الملك في الحال ، ويمكن بناؤه على الخلاف في أن الدين هل يمنع الإرث ، أم لا ؟ فعلى

المذهب : حكمهم في كونهم يزكون زكاة خلطة ، أم انفراد ؟ على ما سبق إذا لم يكن دين . ثم إن كانوا موسرين ، أخذت الزكاة منهم ، وصرفت النخيل والثمار إلى دين الغرماء ، وإن كانوا معسرين ، فطريقان . أحدهما : أنه على الخلاف في أن الزكاة تتعلق بالذمة ، أم بالعين ؟ إن قلنا : بالذمة والمال مرهون بها ، خرج على الأقوال الثلاثة في اجتماع حق الله تعالى وحق الآدمي . فإن سوتينا ، وزعنا المال على الزكاة والغرماء ، وإن قلنا : بالعين ، أخذت ، سواء قلنا : تعلق الأرش ، أو تعلق الشركة . والطريق الثاني وهو الأصح : تؤخذ الزكاة بكل حال لشدة تعلقها بالمال . ثم إذا أخذت من العين ولم يف الباقي بالدين ، غرم الورثة قدر الزكاة لغرماء الميت إذا أيسروا ، لأن وجوب الزكاة عليهم ، وبسببه خرج ذلك القدر عن الغرماء . قال صاحب « التهذيب » : هذا إذا قلنا : الزكاة تتعلق بالذمة . فإن علقناها بالعين ، لم يغرموا كما ذكرنا في الرهن . أما إذا كان إطلاع النخل بعد موته ، فالثمرة محض حق الورثة ، لا تصرف إلى دين الغرماء ، إلا إذا قلنا بالضميف : إن الدين يمنع الإرث ، فحكمها كما لو حدث قبل موته .

فصل

لا تضم ثمرة العام الثاني إلى ثمرة العام الأول في إكمال النصاب بلا خلاف وإن فرض إطلاع ثمرة العام الثاني قبل جداد ثمرة الأول . ولو كانت له نخيل تحمل في العام الواحد مرتين ، لم يضم الثاني إلى الأول . قال الأصحاب : هذا لا يكاد يقع في النخل والكرم ، لأنها لا يحملان في السنة حملين ، وإنما يقع ذلك في التين وغيره مما لا زكاة فيه ، ولكن ذكر الشافعي رحمه الله المسألة بياناً لحكمها لو تصور . ثم إن القاضي ابن كج فصل فقال : إن أطلعت النخل الحمل الثاني بعد جداد الأول ، فلا يضم ، وإن أطلعت قبل جداده وبعد بدو الصلاح ، ففيه الخلاف الذي سنذكره إن شاء الله تعالى في حمل نخلتين ، وهذا الذي قاله ، لا يخالف

إطلاق الجمهور عدم الضم ، لأن السابق إلى الفهم من الحمل الثاني ، هو : حادث بعد جداد الأول . ولو كان له نخيل أو أعناب يختلف إدراك غارها في العام ، لاختلاف أنواعها أو بلادها ، فإن أطلع التأخر قبل بدو صلاح الأول ، ضم إليه ، وإن أطلع بعد جداد الأول ، فوجهان . قال ابن كج وأصحاب القفال : لا يضم ، وقال أصحاب الشيخ أبي حامد : يضم ، وفي ظاهر نص الشافعي ما يدل لهم .

قلت : هذا هو الراجح ، ورجحه في « المحرر » . والله أعلم

وإن كان إطلاعه قبل جداد الأول وبعد بدو صلاحه ، فإن قلنا : ضمها بعد الجداد يضم ، فهذا أولى ، وإلا فوجهان . أصحابها في « التهذيب » : لا يضم ، وإذا قلنا بقول أصحاب القفال ، فهل يقام وقت الجداد مقام الجدان ؟ وجهان . أوقفها^(١) : يقام ، فإن الثمار بعد وقت الجداد كالمجدودة ، ولهذا لو أطلعت النخلة للعام الثاني وعليها بعض ثمرة الأول ، لم يضم قطعاً . فعلى هذا قال إمام الحرمين : لجداد الثمار أول وقت ونهاية يكون ترك الثمار إليها أولى ، وتلك النهاية هي المعتبرة .

فرع

من مواضع اختلاف إدراك الثمر نجد ، وتهماة . فتهماة حارة يسرع إدراك الثمرة بها ، بخلاف نجد ، فإذا كانت لرجل نخيل تهمامية ، ونخيل نجدية ، فأطلعت التهمامية ثم النجدية لذلك العام ، واقتضى الحال ضم النجدية إلى التهمامية على ما سبق بيانه ، فضمها ثم أطلعت التهمامية ثمرة أخرى ، فلا يضم ثمرة هذه المرة إلى النجدية . وإن أطلعت قبل بدو صلاحها ، لأنها لو ضمناها إلى النجدية ، لزم ضمها إلى التهمامية الأولى ، وذلك لا يجوز . هكذا ذكره الأصحاب . قال الصيدلاني وإمام الحرمين :

(١) في الأصل : أوقفها ، والتصويب من نسختي الظاهرية .

ولو لم تكن النجدية مضمومة إلى التهامية الأولى ، بأن أطلعت بعد جدادها ، ضمننا التهامية الثانية إلى النجدية ، لأنه لا ينتم المحذور الذي ذكرناه ، وهذا الذي قالاه قد لا يسلمه سائر الأصحاب ، لأنهم حكموا بضم ثمرة العام الواحد بعضها إلى بعض ، وبأنه لا تضم ثمرة عام إلى ثمرة عام آخر ، والتهامية الثانية حمل عام آخر .

فصل

لا يضم زرع عام إلى زرع عام آخر ، في إكمال النصاب واختلاف أوقات الزراعة ، لضرورة التدرج ، كالذي يتبدى الزراعة ، ويستمر فيها شهراً أو شهرين ، لا يقدح ، بل يعد زرعاً واحداً ، ويضم قطعاً . ثم الشيء قد يزرع في السنة مراراً ، كالذرة تزرع في الخريف ، والربيع ، والصيف ، ففي ضم بعضها إلى بعض عشرة أقوال ، أكثرها منصوصة ، وأرجحها عند الأكثرين : إن وقع الحصادان في سنة واحدة ، ضم ، وإلا فلا . الثاني : إن وقع الزرعان في سنة ، ضم ، وإلا فلا ، ولا يؤثر اختلاف الحصاد واتفاقه . والثالث : إن وقع الزرعان والحصادان في سنة ، ضم ، وإلا فلا . واجتماعها في سنة : أن يكون بين زرع الأول وحصد الثاني ، أقل من اثني عشر شهراً عربية . كذا قاله صاحب « النهاية » و « التهذيب » . والرابع : إن وقع الزرعان والحصادان ، أو زرع الثاني وحصد الأول في سنة ، ضم ، وهذا بعيد عند الأصحاب . والخامس : الاعتبار بجميع السنة أحد الطرفين ، إما الزرعين ، وإما الحصادين . والسادس : إن وقع الحصادان في فصل واحد ، ضم ، وإلا فلا . والسابع : إن وقع الزرعان في فصل ، ضم ، وإلا فلا . والثامن : إن وقع الزرعان والحصادان في فصل واحد ، ضم ، وإلا فلا ، والمراد بالفصل : أربعة أشهر . والتاسع : أن المزروع بعد حصد الأول ، لا يضم كحولي الشجرة . والعاشر خرجه أبو إسحاق : أن ما يعد زرع سنة ، يضم ،

ولا أثر لاختلاف الزرع والحصاد . قال : ولا أعني بالسنة اثني عشر شهراً ، فإن الزرع لا يبقى هذه المدة ، وإنما أعني بها ستة أشهر إلى ثمانية . هذا كله إذا كان زرع الثاني بعد حصد الأول ، فلو كان زرع الثاني بعد اشتداد حب الأول ، فطريقان . أصحهما : أنه على هذا الخلاف ، والثاني : القطع بالضم لاجتماعهما في الحصول في الأرض . ولو وقع الزرعان معاً ، أو على التواصل المعتاد ، ثم أدرك أحدهما والثاني بقل لم ينمقد حبه ، فطريقان . أصحهما : القطع بالضم ، والثاني : على الخلاف ، لاختلافها في وقت الوجوب ، بخلاف ما لو تأخر بدو الصلاح في بعض الثمار ، فإنه يضم إلى ما بدا فيه الصلاح قطعاً ، لأن الثمرة الحاصلة ، هي متعلق الزكاة بعينها ، والنتظار فيها صفة الثمرة ، وهنا متعلق الزكاة بالحب ، ولم يخلق بدو ، والموجود حشيش محض .

فرع

قال الشافعي رضي الله عنه : الذرة تزرع مرة فتخرج فتحصد ، ثم تستخلف في بعض المواضع ، فتحصد أخرى ، فهو زرع واحد وإن تأخرت حصده الأخرى . واختلف أصحابنا في مراده على ثلاثة أوجه . أحدها : مراده إذا سنبت واشتدت ، فانتثر بعض حباتها بنفسها ، أو بنقر المصافير ، أو بهبوب الرياح ، فنبتت الحبات المنتثرة في تلك السنة مرة أخرى وأدركت ، والثاني : مراده إذا نبتت والتقت ، وعلا بعض طاقاتها فغطى البعض ، وبقي المغطى مخضراً تحت المالي ، فإذا حصد المالي أثرت الشمس في المخضر ، فأدرك ، والثالث : مراده الذرة الهندية ، تحصد سنابلها ، وتبقى سوقها ، فتخرج سنابل آخر . ثم اختلفوا في الصور الثلاث بحسب اختلافهم في المراد بالنص ، واتفق الجمهور على أن مانص عليه ،

قطع منه بالضم ، وليس تقريباً على بعض الأقوال السابقة في الفرع الماضي . فذكروا في الصورة الأولى طريقين . أحدهما : القطع بالضم ، والثاني : أنه على الأقوال في الزرعين المختلفين في الوقت ، ومقتضى كلام الغزالي والبنوي ، ترجيح هذا . وفي الصورة الثانية أيضاً طريقان . أحدهما : القطع بالضم ، والثاني : على الخلاف . وفي الثالث : طرق . أحدها : القطع بالضم ، والثاني : القطع بعدم الضم ، والثالث : على الخلاف .

فصل

يجب فيما سقي بماء السماء من الثمار والزررع العشر ، وكذا البقل^(١) ، وهو الذي يشرب بعروقه لقربه من الماء ، وكذا ما يشرب من ماء ينصب إليه من جبل ، أو نهر ، أو عين كبيرة ، ففي هذا كله العشر ، وما سقي بالنضح ، أو الدلاء ، أو الدواليب ، ففيه نصف العشر ، وكذا ما سقي بالدالية وهي المنجنون يديرها البقر ، وما سقي بالناعور وهو ما يديره الماء بنفسه . وأما القنوات والسواقي المحفورة من النهر العظيم ، ففيها العشر كماء السماء . هذا هو المذهب المشهور الذي قطع به طوائف الأصحاب من العراقيين وغيرهم ، وادعى إمام الحرمين ، اتفاق الأئمة عليه ، لأن مؤنة القنوات ، إنما تتحمل لإصلاح الضيعة ، والأنهار تشق لإحياء الأرض ، وإذا تهأت ، وصل الماء إلى الزرع بنفسه مرة بعد أخرى ، بخلاف النواضح ونحوها ، فمؤنتها فيها لنفس الزرع ، ولنا وجه أقوى به أبو سهل الصلوكي : أنه يجب نصف العشر في السقي بماء القناة ، وقال صاحب « التهذيب » : إن كانت القناة أو العين كثيرة المؤنة ، بأن لا تزال تنهار وتحتاج إلى إحداث حفر ، وجب نصف العشر . وإن لم يكن لها مؤنة أكثر من مؤنة الحفر الأول ، وكسحها في بعض الأوقات ، فالعشر ، والمذهب ما قدمناه .

(١) في مخطوطات الظاهرية : « البعل »

فرغ

قال القاضي ابن كج : لو اشترى الماء ، كان الواجب نصف العشر ، وكذا لو سقاه بماء مفصوب ، لأن عليه ضمانه ، وهذا حسن جارٍ على كل مأخذ ، فانه لا يتعلق بصلاح الضيعة ، بخلاف القناة . ثم حكى ابن كج عن ابن القطان وجهين فيما لو وهب له الماء ، ورجع إلحاقه بالمفصوب للمنة العظيمة ، وكما لو علف ماشيته بعلف موهوب .

قلت : الوجهان إذا قلنا : لا تقتضي الهبة ثواباً . صرح به الدارمي ، قال : فان قلنا : تقتضيه ، فنصف العشر قطعاً . والله اعلم

فرع

إذا اجتمع في الزرع الواحد السقي بماء السماء والنضح ، فله حالان . أحدهما : أن يزرع عازماً على السقي بهما ، ففيه قولان . أظهرهما : يقسّط الواجب عليها ، فان كان ثلثا السقي بماء السماء ، والثلث بالنضح ، وجب خمسة أسداس العشر . ولو سقي على التساوي ، وجب ثلاثة أرباع العشر ، والثاني : الاعتبار بالأغلب ، فان كان ماء السماء أغلب ، وجب العشر ، وإن غلب النضح ، فنصف العشر ، فان استويا ، فوجهان . أحدهما : يقسط كالقول الأول ، وبهذا قطع الأكثرون ، والثاني : يجب العشر ، نظراً للمساكين . ثم سواء قسطننا ، أو اعتبرنا الأغلب ، فالنظر إلى ماذا ؟ وجهان . أحدهما : النظر إلى عدد السقيات ، والمراد : السقيات النافعة دون مالا ينفع ، والثاني وهو أوفق لظاهر النص : الاعتبار بعيش الزرع أو الثمر وغائنه ، وعبرَ بمضهم عن هذا الثاني بالنظر إلى النفع ، وقد تكون السقية الواحدة

أنفع من سقيات كثيرة . قال إمام الحرمين : والعبارتان متقاربتان ، إلا أن صاحب الثانية لا ينظر إلى المدة ، بل يعتبر النفع الذي يحكم به أهل الخبرة ، وصاحب الأولى يعتبر المدة .

واعلم أن اعتبار المدة هو الذي قطع به الأكثرون ، تقريباً على الوجه الثاني ، وذكروا في المثال : أنه لو كانت المدة من يوم الزرع إلى يوم الإدراك ثمانية أشهر ، واحتاج في ستة أشهر زمن الشتاء والربيع إلى سقيتين ، فسقى بماء السماء ، وفي شهرين من الصيف إلى ثلاث سقيات ، فسقى بالنضح ، فإن اعتبرنا عدد السقيات ، فعلى قول التوزيع : يجب خمسا العشر وثلاثة أخماس نصف العشر ، وعلى اعتبار الأغلب : يجب نصف العشر ، وإن اعتبرنا المدة ، فعلى قول التوزيع : يجب ثلاثة أرباع العشر وربع نصف العشر ، وعلى اعتبار الأغلب : يجب العشر . ولو سقي بماء السماء والنضح جميعاً ، وجهل المقدار ، وجب ثلاثة أرباع العشر على الصحيح الذي قطع به الجمهور ، وحكى ابن كج وجهاً : أنه يجب نصف العشر ، لأن الأصل براءة الذمة بما زاد .

الحال الثاني : أن يزرع ناوياً السقي بأحدهما ، ثم يقع الآخر ، فهل يستصحب حكم ما نواه أولاً ، أم يتغير الحكم ؟ وجهان . أحدهما : الثاني . ثم في كيفية اعتبارهما ، الخلاف التقدم .

فرع

لو اختلف المالك والساعي في أنه بماذا سقى ؟ فالقول قول المالك ، لأن الأصل عدم وجوب الزيادة .

فرع

لو سقى زرعاً بماء السماء ، وآخر بالنضح ، ولم يبلغ واحد منها نصاباً ، ضم أحدهما إلى الآخر لتام النصاب وإن اختلف قدر الواجب .

فصل

إذا كان الذي يملكه من الجبوب والثمار نوعاً واحداً ، أخذت منه الزكاة ، فإن أخرج أعلى منه ، أجزاءه ، ودونه لا يجوز وإن اختلفت أنواعه ، فإن لم يتعسر أخذ الواجب من كل نوع بالحصّة ، أخذ بالحصّة ، بخلاف نظيره في المواشي ، فقد قدمنا فيه خلافاً ، لأن التشقيص محذور في الحيوان ، دون الثمار ، وطرد ابن كج القولين هنا ، والمذهب : الفرق . فإن عسر أخذ الواجب من كل نوع ، بأن كثرت وقل ثمرها ، ففيه أوجه . الصحيح : أنه يخرج من الوسط رعاية للجانبين ، والثاني : يؤخذ من كل نوع بقسطه ، والثالث : من الغالب ، وقيل : يؤخذ الوسط قطعاً . وإذا قلنا بالوسط ، فتكاف وأخرج من كل نوع بقسطه ، جاز ، ووجب على الساعي قبوله .

فرع

إذا حضر الساعي لأخذ العشر ، كيل لرب المال تسعة ، وأخذ الساعي العاشر ، وإنما بدأ بالمالك ، لأن حقه أكثر ، وبه يعرف حق الساكنين . فإن كان الواجب نصف العشر ، كيل لرب المال تسعة عشر ، ثم للساعي واحد ، وإن كان ثلاثة أرباع العشر ، كيل للمالك سبعة وثلاثون ، وللساعي ثلاثة ، ولا يهز المكيال ، ولا يزول ، ولا توضع اليد فوقه ، ولا يمسح ، لأن ذلك يختلف ، بل يصب فيه ما يهتمله ، ثم يفرغ .

فصل

وقت وجوب زكاة النخل والمنب ، الزهو ، وهو بدو الصلاح . ووقت الوجوب في الجوب ، اشتدادها ، هذا هو المذهب والمشهور . وحكي قول : أن وقت الوجوب الجفاف والتصفية ، ولا يتقدم الوجوب على الأمر بالأداء ، وقول قديم : أن الزكاة تجب عند فعل الحصاد . ثم الكلام في معنى بدو الصلاح ، وأن بدو الصلاح في البض كبدؤه في الجميع على ما هو مذكور في كتاب البيع . ولا يشترط تمام اشتداد الحب ، كما لا يشترط تمام الصلاح في الثمار ، ويتفرع على المذهب : أنه لو اشترى نخيلاً مثمرة ، أو ورثها قبل بدو الصلاح ، ثم بدا ، فعليه الزكاة . ولو اشترى بشرط الخيار ، فبدا الصلاح في زمن الخيار ، فإن قلنا : الملك للبائع ، فعليه الزكاة وإن تم البيع ، وإن قلنا : للمشتري ، فعليه الزكاة وإن فسخ ، وإن قلنا : موقوف ، فالزكاة موقوفة ، ولو باع المسلم النخلة المثمرة قبل بدو الصلاح لذمي أو مكاتب ، فبدا الصلاح في ملكه ، فلا زكاة على أحد . فلو عاد إلى ملك المسلم بمد بدو الصلاح ، يبيع مستأنف ، أو بهية ، أو تقايل ، أو رد بعيب ، فلا زكاة عليه ، لأنه لم يكن في ملكه حال الوجوب . ولو باع النخيل لمسلم قبل بدو الصلاح ، فبدا في ملك المشتري ، ثم وجد بها عيباً ، فليس له الرد إلا برضى البائع ، لتعلق الزكاة بها ، وهو كعيب حدث في يده ، فإن أخرج المشتري الزكاة من نفس الثمرة ، أو من غيرها ، فحكمه على ما ذكرنا في الشرط الرابع من زكاة النعم . أما إذا باع الثمرة وحدها قبل بدو الصلاح ، فلا يصح البيع إلا بشرط القطع ، فإن شرطه ولم يتفق القطع حتى بدا الصلاح ، فقد وجب الشر . ثم ينظر ، فإن رضيا بأبقائها إلى أو ان الجداد ، جاز ، والعشر على المشتري ، وحكي قول : أنه يفسخ البيع ، كما لو انفقا على الإبقاء عند البيع ، والمشهور الأول . وإن لم يرضيا بالإبقاء ، لم تقطع الثمرة ،

لأن فيه إضراراً بالمساكين . ثم فيه قولان . أحدهما : يفسخ البيع لتعذر إمضائه . وأظهرهما : لا يفسخ ، لكن إن لم يرض البائع بالإبقاء ، يفسخ ، وإن رضي به ، وأبى المشتري إلا القطع ، فوجهان . أحدهما : يفسخ ، وأصحها : لا يفسخ . ولو رضي البائع ثم رجع ، كان له ذلك ، لأن رضاه إعارة ، وحيث قلنا : يفسخ البيع ، ففسخ ، فعلى من تجب الزكاة ؟ قولان . أحدهما : على البائع ، وأظهرهما : على المشتري كما لو فسخ بعب ، فعلى هذا ، لو أخذ الساعي من عين الثمرة ، رجع البائع على المشتري .

فرع

إذا قلنا بالذهب : إن بدو الصلاح واشتداد الحب وقت الوجوب ، لم يكلف الإخراج في ذلك الوقت ، لكن ينقذ سبباً لوجوب الإخراج إذا صار تمرأ أو زبيباً أو حباً مصفىً ، وصار للفقراء في الحال حق يدفع إليهم ، إجزاء^(١) ، فلو أخرج الرطب في الحال ، لم يجز ، فلو أخذ الساعي الرطب ، لم يقع الموقع ووجب رده إن كان باقياً ، وإن تلف ، فوجهان . الصحيح الذي قطع به الأكثر ونص عليه الشافعي رحمه الله عليه : أنه يرد قيمته ، والثاني : يرد مثله . والخلاف مبني على أن الرطب والعنب مثليان ، أم لا ؟ ولو جف عند الساعي ، فإن كان قدر الزكاة ، أجزأ ، وإلا رد التفاوت ، أو أخذه ، كذا قاله المراقبون ، والأولى : وجه آخر ذكره ابن كج : أنه لا يجزى بحال ، لفساد القبض من أصله . ومؤونة تجفيف الثمر ، وجداده ، وحصاد الحب ، وتصفيته ، تكون من خلاص مال المالك لا يحسب شيء منها من مال الزكاة ، وجميع ما ذكرنا ، هو في الرطب الذي يجيء منه تمر ، فإن كان لا يجيء شيء منه ، فسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

(١) في غطوطات الظاهرية : « آخرأ »

فصل

خرص الرطب والعنب اللذين تجب فيهما الزكاة، مستحب. ولنا وجه شاذ حكاه صاحب « البيان » عن حكاية الصيمري : أنه واجب ، ولا يدخل الخرص في الزرع. ووقت خرص الثمرة بدوُّ الصلاح ، وصفته أن يطوف بالنخلة ويرى جميع عناقيدها ويقول : خرصها كذا رطباً ، ويحجى منه من التمر كذا ، ثم يفعل بالنخلة الأخرى كذلك ، وكذا باقي الحديقة. ولا يقتصر على رؤية البعض وقياس الباقي ، لأنها متفاوت ، وإنما تخرص رطباً ثم تمرّاً ، لأن الأرباط متفاوت ، فإن اتحد النوع ، جاز أن يخرص الجميع رطباً ، ثم تمرّاً ، ثم المذهب الصحيح المشهور : أنه يخرص جميع النخل ، وحكي قول قديم : أنه يترك للهالك نخلة أو نخلات يأكلها أهله ، ويختلف ذلك باختلاف حال الرجل في كثرة عياله وقلتهم .

قلت : هذا القديم ، نص عليه أيضاً في « البويطي » ونقله البيهقي عن نصه في « البويطي » و البيوع والقديم . والله أعلم

فرع

هل يكفي خرص ، أم لابد من خارصين ؟ فيه طريقتان . أحدهما : القلع بخارص ، وبه قال ابن سريج والاصطخري ، وأصحهما : على ثلاثة أقوال . أظهرها : واحد ، والثاني : لابد من اثنين ، والثالث : إن خرص على صبي أو مجنون أو غائب ، فلا بد من اثنين ، وإلا كفى واحد ، وسواء اكتفينا بواحد ، أم اشترطنا اثنين ، فشرط الخارص كونه مسلماً عدلاً ، علماً بالخرص . وأما اعتبار الذكورة والحريّة ، فقال صاحب « العدة » : إن اكتفينا بواحد ، اعتبرنا ، وإلا جاز

عبد وامرأة ، وذكر الشاخي في اعتبار الذكورة وجهين مطلقاً . ولك أن تقول : إن اكتفينا بواحد ، فسيبيله سبيل الحكم ، فتشترط الحرية والذكورة ، وإن اعتبرنا اثنين ، فسيبيله سبيل الشهادات ، فينبغي أن تشترط الحرية ، وأن تشترط الذكورة في أحدهما ، وتقام امرأتان مقام الآخر .

قلت : الأصح : اشتراط الحرية والذكورة ، وصححه في « المحرر » ، ولو اختلف الخارصان ، توقفنا حتى يتبين المقدار منها ، أو من غيرها . قاله الدارمي ، وهو ظاهر .
وانشأ علم

فرع

هل الخرص عبء ، أو تضمين ؟ قولان . أظهرهما : تضمين ، ومعناه : ينقطع حق الساكنين من عين الثمرة ، وينتقل إلى ذمة المالك . والثاني : عبء ، ومعناه : أنه مجرد اعتبار للقدر ، ولا يضر حق الساكنين في ذمة المالك . وفائدته على هذا ، جواز التصرف كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى . ومن فوائده أيضاً : لو أئلف المالك الثمار ، أخذت منه الزكاة بحساب ما خرص ، ولولا الخرص لكان القول قوله في ذلك . فاذا قلنا : عبء ، فضمن الخارص للمالك^(١) ، حق الساكنين تضميناً صريحاً وقبله المالك ، كان لفواً ، وبقي حقهم على ما كان . وإذا قلنا : تضمين ، فهل نفس الخرص تضمين ، أم لا بد من تصريح الخارص بذلك ؟ فيه طريقان . أحدهما : على وجهين . أحدهما : نفسه تضمين ، والثاني : لا بد من التصريح . قال إمام الحرمين : وعلى هذا ، فالذي أراه : أنه يكفي تضمين الخارص ، ولا يحتاج إلى قبول المالك . والطريق الثاني وهو المذهب الذي عليه الاعتماد وقطع به الجمهور : أنه لا بد من التصريح بالتضمين وقبول المالك ، فإن لم يضمّنه أو ضمنه ، فلم يقبل المالك ، بقي حق الساكنين على ما كان ، وهل يقوم وقت الخرص مقام الخرص ؟ إن قلنا : لا بد من التصريح بالتضمين ، لم يقم ، وإلا ، فوجهان .

(١) في مخطوطات الظاهرية : « المالك »

قلت : الأصح : لا يقوم . والله أعلم

فرع

إذا أصابت الثمار آفة سماوية ، أو سرقت في الشجرة ، أو في الجرين قبل الجفاف ، فإن تلف الجميع ، فلا شيء على المالك باتفاق الأصحاب لفوات الامكان ، والمراد إذا لم يقصّر . فأما إذا أمكن الدفع ، فأخر ، أو وضعها في غير حرز ، فإنه يضمن . وإن تلف بمض الثمار ، فإن كان الباقي نصاباً ، زكّاه ، وإن كان قبل دونه ، بني على أن الامكان شرط في الوجوب^(١) ، أو للضمان . فإن قلنا بالأول ، فلا شيء ، وإلا زكّى الباقي بحصته . أما إذا أتلف المالك الثمرة أو أكلها ، فإن كان قبل بدو الصلاح ، فلا زكاة ، لكنه مكروه إن قصد الفرار منها ، وإن قصد الأكل أو التخفيف عن الشجرة ، أو غرضاً آخر ، فلا كراهة ، وإن كان بعد الصلاح ، ضمن للمساكين . ثم له حالان .

أحدهما : أن يكون ذلك بعد الخرص . فإن قلنا : الخرص تضمنين ، ضمن لهم عشر الثمن^(٢) ، لأنه ثبت في ذمته بالخرص ، وإن قلنا : عبء ، فهل يضمن عشر الرطب ، أو قيمة عشره ؟ فيه وجهان بناءً على أنه مثلي ، أم لا ؟ والصحيح الذي قطع به الأكثرون : عشر القيمة .

الحال الثاني : أن يكون الإتلاف قبل الخرص ، فيزّر ، والواجب ضمان الرطب ، إن قلنا : لو جرى الخرص لكان عبء . وإن قلنا : تضمنين ، فوجهان . أصحابها : ضمان الرطب ، والثاني : الثمر . ولنا وجه : أنه يضمن في هذه الحال أكثر الأمرين من عشر الثمن^(٢) ، وقيمة عشر الرطب . والحالان مفروضان في رطب يجيء منه تمر ، وعنب يجيء منه زبيب . فإن لم يكن كذلك ، فالواجب في الحالين ضمان الرطب بلا خلاف .

(١) في مخطوطات الظاهرية : « شرط للوجوب »

(٢) في مخطوطات الظاهرية : « عشر الثمر »

فرع

تصرف المالك فيما خرص عليه بالبيع والأكل وغيرها، مبني على قولي التضمنين،
والهبة . فإن قلنا : بالتضمنين ، تصرف في الجميع ، وإن قلنا : بالهبة ، فنفوذ
تصرفه في قدر الزكاة ينشأ على أن الخلاف في أن الزكاة تتمتع بالدين أو بالذمة ،
وقد سبق . وأما ما زاد على قدر الزكاة ، فنقل إمام الحرمين والنزالي [أن] الأصحاب
قطعوا بنفوذ . ولكن الوجود في كتب العراقيين : أنه لا يجوز البيع ولا سائر
التصرفات ، في شيء من الثمار إذا لم يصير الثمن في ذمته بالخرص . فإن أرادوا نفي
الإباحة دون الفساد ، فذاك ، وإلا فدعوى القطع غير مسلمة . وكيف كان ، فالذهب
جواز التصرف في الأعشار التسعة ، سواء أفردت بالتصرف أو تصرف في الجميع ،
لأننا وإن قلنا بالفساد في قدر الزكاة ، فلا يعدّيه إلى الباقي على المذهب . أما إذا
تصرف المالك قبل الخرص ، فقال في « التهذيب » : لا يجوز أن يأكل ولا يتصرف
في شيء ، فإن لم يبعث الحاكم خارصاً ، أو لم يكن حاكم ، يحاكم إلى عدلين
ينخرصان عليه .

فرع

إذا ادّعى المالك هلاك الثمار المخروصة عليه ، أو بعضها ، فنظر ، إن أسنده إلى
سبب يكذّبه الحس ، كقوله : هلك بحريق وقع في الجرين ، وعلمنا أنه لم يقع في
الجرين حريق ، لم نبال بكلامه ، وإن أسنده إلى سبب خفي ، كالسرقة ، لم يكلف بينة ،
ويقبل قوله يمينه . وهل يمينه واجبة ، أم مستحبة ؟ وجهان . أصحها : مستحبة ، وإن
أسنده إلى سبب ظاهر ، كالبرد ، والنهب ، والجراد ، ونزول المكسر ، فإن عرف

وقوع ذلك السبب وعموم أثره ، صدق بلا يمين . فان اتهم في هلاك ثماره به ، حلف ، وإن لم يعرف وقوعه ، فالصحيح وبه قال الجمهور : يطالب بالينة ، لإمكانها . ثم القول قوله في الهلاك به ، والثاني : القول قوله يمينه ، والثالث : يقبل بلا يمين إذا كان ثقة . وحيث حلفناه ، فاليمين مستحبة لا واجبة على الأصح كما سبق . أما إذا اقتصر على دعوى الهلاك من غير تعرض لسبب ، فالفهوم من كلام الأصحاب قبوله مع اليمين .

فرع

إذا ادعى المالك إجحافاً في الخرص ، فان زعم أن الخرص تمتد ذلك ، لم يلتفت إليه ، كما لو ادعى ميل الحاكم ، أو كذب الشاهد ، لا يقبل إلا بينة . وإن ادعى أنه غلط ، فان لم يبين القدر ، لم تسمع ، وإن بينه وكان يحتمل الغلط في مثله ، كخمس أوسق في مائة ، قبل . فان اتهم ، حلف وحط عنه . هذا إذا كان المدعى فوق ما يقع بين الكيلين . وأما إذا بصد الكيل غلطاً يسيراً في الخرص بقدر ما يقع في الكيلين ، فهل يحط ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لاحتمال أن النقص وقع في الكيل ، ولو كيل ثانياً وقى ، والثاني : يحط ، لأن الكيل يقين ، والخرص تخمين فالإحالة عليه أولى .

قلت : هذا أقوى ، وصحح إمام الحرمين الأول . والله أعلم

وإن ادعى نقصاً فاحشاً ، لا يجوز أهل الخبرة الغلط بمثله ، لم يقبل في حط جميعه ، وهل يقبل في حط الممكن ؟ وجهان . أصحابها : يقبل ، كالأدعوى ممتدة بالأنقضاء ما قبل زمن الإمكان ، وكذبناها ، وأصرت على الدعوى حتى جاء زمن الإمكان ، فانا نحكم بانقضائها لأول زمن الإمكان .

فصل

إذا أصاب النخل عطش ، ولو تركت الثمار عليها إلى أوان الجداد لأضرت بها ، جاز قطع ما يندفع به الضرر ، إما كلها ، وإما بعضها . وهل يستقل المالك بقطعها ، أم يحتاج إلى استئذان الامام أو الساعي ؟ قال الصيدلاني ، وصاحب التهذيب ، وطائفة : يستحب الاستئذان . وقال آخرون : ليس له الاستقلال ، فإن استقل عزّر إن كان علماً .

قلت : هذا أصح ، وبه قطع المراقبون والسرخي . والله أعلم

فأما إذا علم الساعي قبل القطع ، وأراد القسمة بأن يخرص الثمار ويبين حق الساكنين في نخلة أو نخلات بأعيانها ، فقولان منصوبان . قال الأصحاب : هما بناءً على أن القسمة بيع أو إفراز حق . فإن قلنا : إفراز ، جاز ، ثم للساعي أن يبيع نصيب الساكنين للمالك أو غيره ، وأن يقطع ويفرقه بينهم ، يفعل ما فيه الحظ لهم ، وإن قلنا : إنها بيع ، لم يجوز ، وعلى هذا الخلاف تخرج القسمة بعد قطعها . إن قلنا : إفراز ، جازت ، وإلا ، ففي جوازها خلاف مبني على جواز بيع الرطب الذي لا يتثمر بمثله . فإن جوازها ، جازت القسمة بالكيل ، وإلا فوجهان . أحدهما : تجوز مقاسمة الساعي ، لأنها ليست بمماوضة ، فلا يراعى فيها تعبدات الربا ، ولأن الحاجة داعية إليها ، وأصحها عند الأكثرين : لا تجوز . فعلى هذا ، له في الأخذ مسلكان . أحدهما : يأخذ قيمة عشر الرطب المقطوع ، وجوزّ بمضهم القيمة للضرورة كما قدمناه في شقص الحيوان ، والثاني : يسلم عشرًا مشاعاً إلى الساعي ، ليتعين حق الساكنين ، وطريق تسليم العشر تسليم الجميع . فإذا سلّمه ، فالساعي يبيع نصيب الساكنين للمالك أو غيره ، أو يبيع هو والمالك ويقسمان الثمن ، وهذا المسلك جائز بلا خلاف ، وهو متعين عند من لم يجوز القسمة ، وأخذ القيمة .

وخير بعض الأصحاب الساعي بين القسمة وأخذ القيمة ، وقال كل واحد منها خلاف القاعدة ، واحتمل للحاجة ، فيفعل ما فيه الحظ للمساكين . ثم ما ذكرناه هنا من الخلاف ، والتفصيل في إخراج الواجب ، يجري بينه في إخراج الواجب عن الرطب الذي لا يتتمر ، والعنب الذي لا يترتب . وفي المسألتين مستدرك حسن لإمام الحرمين . قال : إنما يثور الاشكال على قولنا : المساكين شركاء في النصاب بقدر الزكاة ، وحينئذ ينظم التخريج على القولين في القسمة . فأما إذا لم نجعلهم شركاء ، فليس تسليم جزء إلى الساعي قسمةً حتى يأتي فيه القولان في القسمة ، بل هو توفية حق إلى مستحق .

قلت : لو اختلف الساعي والمالك في جنس التمر بعد تلفه تلفاً مضمناً ، فالقول قول المالك . فإن أقام الساعي شاهدين ، أو شاهداً وامرأتين ، قضي له ، وإن أقام شاهداً ، فلا ، لأنه لا يحلف معه ، قاله الدارمي . وإذا خرص عليه ، فتلف بعضه تلفاً يسقط الزكاة ، وأكل بعضه ، وبقي بعضه ، ولم يعرف الساعي ما تلف ، فإن عرف المالك ما أكل ، زكاه مع ما بقي . فإن اتهمه ، حلفه استجابةً على الأصح ، ووجوباً على الآخر ، وإن قال : لا أعرف قدر ما أكلته ، ولا ما تلف . قال الدارمي : قلنا له : إن ذكرت قدراً أزمنالك بما أقورت به ، فإن اتهمناك حلفناك ، وإن ذكرت بجملاً ، أخذنا الزكاة بخرصنا . قال أصحابنا : ولو خرص ، فأقر المالك بأنه زاد على المخروص ، أخذنا الزكاة من الزيادة ، سواء كان ضمن ، أم لا . والله أعلم

باب

زكاة الذهب والفضة

لا زكاة فيها فيما دون النصاب . ونصاب الفضة : مائتا درهم . والذهب : عشرون مثقالاً ، وزكاتها ربع العشر ، ويجب فيما زاد على النصاب منها بحسابه ، قل

أَمْ كَثُرَ ، وَسِوَاهُ فِيهَا الْمَضْرُوبُ وَالتَّبَرُّ ، وَغَيْرُهُ ، وَالْإِعْتِبَارُ بِوزْنِ مَكَّةَ . فَأَمَّا
الْمُنْقَالُ لِمَعْرُوفٍ ، وَلَمْ يَخْتَلَفْ قَدْرُهُ فِي الْجَاهِلِيَّةِ وَلَا فِي الْإِسْلَامِ . وَأَمَّا الْفِضَّةُ :
فَالْمُرَادُ دِرَاهِمُ الْإِسْلَامِ ، وَزَنَ الدَّرْهَمُ سِتَّةَ دَوَانِيقَ ، وَكُلُّ عَشْرَةِ دِرَاهِمَ ، سَبْعَةُ مِثْقَالِ
ذَهَبٍ . وَقَدْ أَجْمَعَ أَهْلُ الْمَعْرِضِ الْأَوَّلِ عَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ . قِيلَ : كَانَ فِي زَمَنِ بَنِي
أُمَيَّةَ ، وَقِيلَ : كَانَ فِي زَمَنِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَلَوْ نَقَصَ عَنْ
النِّصَابِ حَبَّةٌ أَوْ بَعْضُ حَبَّةٍ ، فَلَا زَكَاةَ ، وَإِنْ رَاجَ رَوَاجُ التَّامِّ ، أَوْ زَادَ
عَلَى التَّامِّ بِجُودَةٍ نَوْعِهِ . وَلَوْ نَقَصَ فِي بَعْضِ الْمَوَازِينِ ، وَتَمَّ فِي بَعْضِهَا ، فَوَجَّهَانِ .
الصَّحِيحُ : أَنَّهُ لَا زَكَاةَ ، وَبِهِ قَطَعَ الْحَامِلِيُّ وَغَيْرُهُ . وَيَشْتَرِطُ مَلِكُ النَّصَابِ بِتَمَامِهِ
حَوْلًا كَامِلًا . وَلَا يَكْفِي نَصَابُ أَحَدِ النَّقْدَيْنِ بِالْآخِرِ ، كَمَا لَا يَكْفِي التَّمَرُ بِالزَّيْبِ ، وَيَكْفِي
الْجَيْدُ بِالرَّدِيِّ مِنْ الْجِنْسِ الْوَاحِدِ ، كَأَنْوَاعِ الْمَاشِيَةِ . وَالْمُرَادُ بِالْجُودَةِ : النَّمُومَةُ ، وَالصَّبْرُ
عَلَى الضَّرْبِ وَنَحْوِهَا . وَبِالرَّدَاءَةِ : الْخَشَوَةُ ، وَالتَّفَتُّعُ عِنْدَ الضَّرْبِ . وَأَمَّا إِخْرَاجُ زَكَاةِ
الْجَيْدِ وَالرَّدِيِّ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ أَنْوَاعُهُ ، أَخْرَجَ مِنْ كُلِّ بَقْسَتِهِ ، وَإِنْ كَثُرَتْ وَشَقَّ
إِعْتِبَارُ الْجَمِيعِ ، أَخْرَجَ مِنَ الْوَسْطِ . وَلَوْ أَخْرَجَ الْجَيْدَ عَنِ الرَّدِيِّ ، فَهُوَ أَفْضَلُ ،
وَإِنْ أَخْرَجَ الرَّدِيَّ عَنِ الْجَيْدِ ، لَمْ يَجُزْهُ عَلَى الصَّحِيحِ الَّذِي قَطَعَ بِهِ الْأَصْحَابُ .
وَقَالَ الصِّدْلَانِيُّ : يَجُزُّهُ ، وَهُوَ غُلَطٌ . وَيَجُزُّ إِخْرَاجُ الصَّحِيحِ عَنِ الْمَكْسَرِ ،
وَلَا يَجُزُّ عَكْسُهُ ، بَلْ يَجْمَعُ الْمُسْتَحْقِقِينَ وَيَصْرِفُ إِلَيْهِمُ الدِّينَارَ الصَّحِيحَ ، بِأَنْ يَسْلُتَمَهُ
إِلَى وَاحِدٍ بَازِنٍ الْبَاقِينَ ، هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ الْمَعْرُوفُ . وَحِكْمُ وَجْهِ : أَنَّهُ يَجُزُّ أَنْ
يَصْرِفَ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ حَصَّتَهُ مَكْسَرًا . وَوَجْهِ : أَنَّهُ يَجُزُّ ذَلِكَ ، لَكِنْ مَعَ التَّفَاوُتِ
بَيْنَ الصَّحِيحِ وَالْمَكْسَرِ . وَوَجْهِ : أَنَّهُ يَجُزُّ إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَ الصَّحِيحِ وَالْمَكْسَرِ
فَرْقٌ فِي الْمَعَامِلَةِ .

فرع

إذا كان له دراهم أو دنانير مغشوشة ، فلا زكاة فيها حتى يبلغ خالصها نصاباً ، فإذا بلغه ، أخرج الواجب خالصاً ، أو أخرج من المغشوش ما يعلم اشتراكه على خالص بقدر الواجب . ولو أخرج عن ألف مغشوشة ، خمسة وعشرين خالصة ، أجزأه ، وقد تطوع بالفضل ، ولو أخرج خمسة مغشوشة عن مائتين خالصة ، لم تجزئه . وهل له الاسترجاع ؟ حكوا عن ابن سريج فيه قوانين . أحدهما : لا ، كما لو أعتق رقبة عن كفارة معيبة ، يكون متطوعاً بها ، وأظهرهما : نعم ، كما لو عجل الزكاة قتل مالاً . قال ابن الصباغ : وهذا إذا كان قد بين عند الدفع ، أنه يخرج عن هذا المال .

فرع

يكره للامام ضرب الدرام المغشوشة ، ويكره للرعية ضرب الدرام وإن كانت خالصة ، لأنه من شأن الامام . ثم الدرام المغشوشة ، إن معلومة الميار ، صحت المعاملة بها على عينا الحاضرة ، وفي الذمة . وإن كان مقدار النقرة فيها مجهولاً ، ففي جواز المعاملة على عينا وجهان . أصحها : الجواز ، لأن المقصود رواجها ، ولا يضر اختلاطها بالنحاس كالمجونات ، والثاني : لا يجوز كتراب المدن . فان قلنا : بالأصح ، فباع بدراهم مطلقاً ، ونقد البلد مغشوش ، صح العقد ، ووجب من ذلك النقد ، وإن قلنا بالثاني ، لم يصح العقد .

فرع

لو كان له إناء من ذهب وفضة وزنه ألف ، من أحدهما ستمائة ، ومن الآخر أربعمائة ، ولا يعرف أيها الأكثر ، فإن احتاط فزكى ستمائة ذهباً ، وستمائة فضة ، أجزأه ، فإن لم يحتط ، ميّزهما بالنار . قال الأئمة : ويقوم مقامه الامتحان بالماء ، بأن يوضع قدر المخلوط من الذهب الخالص في ماء ، ويملأ على الموضع الذي يرتفع إليه الماء ، ثم يخرج ويوضع مثله من الفضة الخالصة ، ويملأ على موضع الارتفاع ، وهذه العلامة تقع فوق الأولى ، لأن أجزاء الذهب أكثر اكتنازاً ، ثم يوضع فيه المخلوط ، وينظر ارتفاع الماء به ، أهو إلى علامة الفضة أقرب ، أم إلى علامة الذهب ؟ ولو غلب على ظنه الأكثر منها ، قال الشيخ أبو حامد ومن تابعه : إن كان يخرج الزكاة بنفسه ، فله اعتماد ظنه ، وإن دفعها إلى الساعي ، لم يقبل ظنه ، بل يلزمه الاحتياط أو التمييز ، وقال إمام الحرمين : الذي قطع به أثمتا : أنه لا يجوز اعتماد ظنه . قال الامام : ويحتمل أن يجوز له الأخذ بما شاء من التقديرين ، لأن اشتغال ذمته بغير ذلك غير معلوم ، وجعل الغزالي في « الوسيط » هذا الاحتمال وجهاً .

فرع

لو ملك مائة درهم في يده ، وله مائة مؤجلة على ملي ، فكيف يزكي ؟ ينبغي على أن المؤجل تجب فيه زكاة ، أم لا ؟ والمذهب وجوبها . وإذا أوجبناها ، فالأصح : أنه لا يجب الإخراج في الحال ، وسبق بيانه . فإن قلنا : لا زكاة في المؤجل ، فلا شيء عليه في مسألتنا ، لعدم النصاب . وإن أوجبنا إخراج زكاة المؤجل في الروضة ج/٢-م/١٧

الحال ، زكى المائتين في الحال ، وإن أوجبتها ولم نوجب الإخراج في الحال ، فهل يلزمه إخراج حصة المائة التي في يده في الحال ، أم يتأخر إلى قبض المؤجلة؟ فيه وجهان . أصحابها : يجب في الحال ، وهما بناءً على أن الامكان شرط للوجوب ، أو الضمان ، إن قلنا بالأول ، لم يلزمه ، لاحتمال أن لا يحصل المؤجل ، وإن قلنا بالثاني ، أخرج ، ومن كان في يده دون نصاب ، وتماهه منصوب ، أو دين ، ولم نوجب فيها زكاة ، ابتداءً الحول من حين يقبض ما يتم به النصاب .

فصل

لا زكاة فيما سوى الذهب والفضة من الجواهر ، كالياقوت ، واللؤلؤ ، وغيرهما ، ولا في السك والسنبر .

فصل

هل تجب الزكاة في الحلي الباح ؟ قولان . أظهرهما : لا تجب ، كالعوامل من الابل والبقر . أما الحلي المحرم ، فتجب الزكاة فيه بالاجماع ، وهو نوعان : محرم لعينه ، كالأواني ، واللآلئ ، والمجامر من الذهب والفضة . ومحرم بالقصد ، بأن يقصد الرجل بحلي النساء الذي يملكه ، كالسوار والخلخال ، أن يلبسه غلماناً ، أو قصدت المرأة بحلي الرجل ، كالسيف والمنطقة ، أن تلبسه هي ، أو تلبسه جواربها أو غيرهن من النساء ، أو أعدت الرجل حلي الرجال لنسائه وجواربه ، أو أعدت المرأة حلي النساء لزوجها وغلمانها ، فكل ذلك حرام . ولو اتخذ حلياً ولم يقصد به استعمالاً مباحاً ولا محرماً ، بل قصد كثرة ، فالذهب : وجوب الزكاة فيه ، وبه قطع الجمهور . وقيل : فيه خلاف . وهل يجوز لباس حلي الذهب للأطفال الذكور ، فيه ثلاثة أوجه كما ذكرنا في لباسهم الحرير .

قلت : الأصح المنصوص : جوازه ما لم يلبسوا . والله أعلم

فرع

إذا قلنا : لا زكاة في الحلي ، فاتخذ حلياً مباحاً في عينه ، لم يقصد به استعمالاً ولا كنزاً ، أو اتخذه ليؤجره ممن له استعماله ، فلا زكاة على الأصح . كما لو اتخذه ليعيره . ولا اعتبار بالأجرة ، كأجرة الماشية العوامل .

فرع

حكم القصد الطارئ بعد الصياغة في جميع ما ذكرنا ، حكم المقارن . فلو اتخذه قاصداً استعمالاً محرماً ، ثم غير قصده إلى مباح ، بطل الحول . فلو عاد القصد المحرم ، ابتدأ الحول ، وكذا لو قصد الاستعمال ثم قصد كنزاً ، ابتدأ الحول ، وكذا نظائره .

فرع

إذا قلنا : لا زكاة في الحلي ، فانكسر ، فله أحوال .
أحدها : أن ينكسر بحيث لا يمنع الاستعمال ، فلا تأثير لانكساره .
الثاني : ينكسر بحيث يمنع الاستعمال ويجوج إلى سبك وصوغ ، فتجب الزكاة ، وأول الحول ، وقت الانكسار .

الثالث : ينكسر بحيث يمنع الاستعمال ، لكن لا يحتاج إلى صوغ ، ويقبل الإصلاح بالإلحام ، فان قصد جملة تبرأ أو دراهم ، أو قصد كنزه ، انقذ الحول عليه من يوم الانكسار . وإن قصد إصلاحه ، فوجهان . أحدهما : لا زكاة وإن تمادت عليه أحوال ، لدوام صورة الحلي وقصد الإصلاح . وإن لم يقصد هذا ولا ذاك ، ففيه خلاف . قيل : وجهان ، وقيل : قولان . أرجحهما : الوجوب .

فصل فيما يحل وبمحرّم من الحلي

وإنما ذكرناها هاهنا ليعلم موضع القطع بوجوب الزكاة ، وموضع القولين .
فالذهب : أصله التحريم في حق الرجال ، وعلى الإباحة للنساء ، ويستثنى من التحريم
على الرجال مضعان .

أحدهما : يجوز لمن قطع أنفه اتخاذ أنف من ذهب وإن تمكّن من اتخاذه فضة ،
وفي معنى الأنف : السن والأغلة ، فيجوز اتخاذهما ذهباً ، وماجاز من الذهب فن الفضة
أولى ، ولا يجوز لمن قطعت يده أو أصبعه أن يتخذها من ذهب ولا فضة .

قلت : وفيه وجه : أنه يجوز ، ذكره القاضي حسين وغيره . والله أعلم

الموضع الثاني : هل يجوز للرجل تمويه الخاتم والسيف وغيرهما تمويهاً لا يحصل
منه شيء ؟ فيه وجهان ، وقطع الراقبون بالتحريم . وأما اتخاذ سن أو أسنان
من ذهب للخاتم ، فقطع الأكثرون بتحريمه . وقال إمام الحرمين : لا يبعد تشبيهه
بالضبة الصغيرة في الإناء ، وكل حلي حرّمناه على الرجال ، حرّمناه على الخنثى على
المذهب ، وعليه زكاته على المذهب ، وقيل : في وجوبها القولان في الحلي المباح ،
وأشار في « التتمة » إلى أن له لبس حلي النساء والرجال ، لأنه كان له لبسها في
الصغر فتبقى . وأما الفضة : فيجوز للرجال التّختم بها ، وهل له لبس ما سوى
الخاتم من حلي الفضة ، كالدملج ، والسوار ، والطوق ؟ قال الجمهور : يحرم ،
وقال صاحب « التتمة » ، والفزالي في « فتاويه » : يجوز ، لأنه لم يثبت في الفضة
إلا تحريم الأواني ، وتحريم التحلي على وجه يتضمن التشبيه بالنساء . ويجوز للرجل
تحلية آلات الحرب بالفضة كالسيف ، والرمح ، وأطراف السهام ، والدرع ، والمنطقة ،
والرايين ، والخف وغيرها ، لأنه يفيظ الكفار . وفي تحلية السرج والاجام والفر ،

وجهان . أصحهما : التحريم ، ونص عليه الشافعي في رواية « البويطي » ، والريح ، وموسى بن أبي جارود ، وأجروا هذا الخلاف في الركاب ، وبرة الناقة من الفضة . وقطع كثيرون من الأئمة بتحريم الفلادة للدابة ، ولا يجوز تحلية شيء مما ذكرنا بالذهب قطعاً . ويحرم على النساء تحلية آلات الحرب بالفضة والذهب جميعاً ، لأن استعمالهن ذلك تشبه بالرجال ، وليس لهن التشبه ، كذا قاله الجمهور ، واعترض عليهم صاحب « العتمد » ، بأن آلات الحرب من غير تحلية ، إما أن يجوز لبسها واستعمالها للنساء ، أو لا ، والثاني : باطل ، لأن كونه من ملابس الرجال ، إنما يقتضي الكراهة دون التحريم ، ألا ترى أنه قال في « الأم » : ولا أكره الرجل لبس اللؤلؤ إلا للأدب ، وأنه من زي النساء ، لا للتحريم ، فلم يحرم زي النساء على الرجال ، وإنما كرهه ، وكذا عكسه ، ولأن المحاربة جائزة للنساء في الحملة ، وفي جوازها جواز لبس آلاتها ، وإذا جاز استعمالها غير محلاة ، جاز مع التحلية ، لأن التحلي لهن أجوز منه للرجال ، وهذا هو الحق إن شاء الله تعالى .

قلت : الصواب : أن تشبه النساء بالرجال وعكسه ، حرام ، للحديث الصحيح « لعن الله المتشبهين بالنساء من الرجال ، والمتشبهات من النساء بالرجال » (١) وقد صرح الرافعي بتحريمه بعد هذا بأسطر . وأما نصه في « الأم » ، فليس مخالفاً لهذا ، لأن مراده أنه من جنس زي النساء . والله أعلم .

ويجوز للنساء لبس أنواع الخلي من الذهب والفضة ، كالطوق ، والخاتم ، والسوار ، والخلائع ، والتماويذ . وفي اتخاذهن النعال من الذهب والفضة ، وجهان . أصحهما : الجواز كسائر الملابس ، والثاني : لا ، للأسراف . وأما التاج ، فقالوا : إن جرت عادة النساء بلبسه ، جاز ، وإلا فهو لباس عظماء الفرس ، فيحرم . وكان معنى هذا ، أنه يختلف بمادة أهل النواحي ، فحيث جرت عادة النساء بلبسه ،

(١) رواه أحمد ، وأبو داود ، والترمذي ، وابن ماجه ، عن ابن عباس رضي الله عنهما . ورواه البخاري في « صحيحه » ولفظه : عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المتشبهين من الرجال بالنساء ، والمتشبهات من النساء بالرجال » .

جاز ، وحيث لم تجر ، لا يجوز ، حذاراً من التشبه بالرجال ، وفي الدرام والدنانير التي تقب وتعمل في القلادة ، وجهان . أصحهما : التحريم . وفي لبس الثياب المنسوجة بالذهب أو الفضة ، وجهان . أصحهما : الجواز ، وذكر ابن عبدان : أنه ليس لمن اتخذ زر القميص والجبّة والفرجية منها ، ولله جواب على الوجه الثاني . ثم كل حلي أيسح للنساء ، فذلك إذا لم يكن فيه سرف ، فإن كان كخلخال وزنه مائتا دينار ، فوجهان . الصحيح الذي قطع به معظم المراقين : التحريم ، ومثله إسراف الرجل في آلات الحرب ، ولو اتخذ خواتيم كثيرة ، أو المرأة خلخال كثيرة ، ليلبس الواحد منها بعد الواحد ، جاز على المذهب ، وقيل : فيه الوجهان .

فرع

جميع ماسبق ، هو فيما يتحلّى به لبساً ، فأما الأواني من الذهب والفضة ، فيحرم على النساء والرجال جميعاً استعمالها ، ويحرم اتخاذها أيضاً على الأصح ، وقد سبق ذلك مع غيره في باب الأواني ، وفي تحلية سكاكين الخدمة وسكين القلعة بالفضة للرجال ، وجهان . أصحهما : التحريم ، والمذهب : تحريمها على النساء . وفي تحلية المصحف بالفضة وجهان . وقيل : قولان . أصحهما : الجواز ، ونقل عن نصه في القديم والجديد وحرمة ، ونقل التحريم عن نصه في سير الواقدي . وفي تحليته بالذهب أربعة أوجه . أصحها عند الأكثرين : إن كان المصحف لامرأة ، جاز ، وإن كان لرجل ، حرم ، والثاني : بحرم مطلقاً ، والثالث : يحل مطلقاً ، والرابع : يجوز تحلية نفس المصحف دون غلافه المنفصل عنه ، وهو ضعيف ، وأما تحلية سائر الكتب ، فحرام بالاتفاق . وأما تحلية الدواة ، والمعلقة ، والمقراض ، فحرام على الأصح ، وأشار الغزالي إلى طرد الخلاف في سائر الكتب . وفي تحلية الكعبة والمساجد بالذهب والفضة ، وتعليق قناديلها فيها ، وجهان . أصحهما : التحريم ،

فانه لا ينقل عن السلف ، والثاني : الجواز كما يجوز ستر الكعبة بالدياج ، وحكم الزكاة مبني على الوجهين ، لكن لو جمل المتخذ وفقاً فلا زكاة بحال .

فرع

إذا أوجبت الزكاة في الحلي الباح ، فاختلف قيمته ووزنه ، بأن كان لها خلاخل وزنها مائتان ، وقيمتها ثلاثمائة ، أو فرض مثله في المناطق الحلاء للرجل ، فالاعتبار في الزكاة بقيمتها ، أو وزنها ؟ فيه وجهان . أصحابهما عند الجماهير : بقيمتها ، فعلى هذا يتخير بين أن يخرج ربع عشر الحلي مشاعاً ، ثم يبيعه الساعي ويفرق الثمن على المساكين ، وبين أن يخرج خمسة دراهم مصوغة قيمتها ستة ونصف ، ولا يجوز أن يكسره فيخرج خمسة مكسرة ، لأن فيه ضرراً عليه وعلى المساكين . ولو أخرج عنه عن الذهب ما يساوي سبعة ونصفاً ، لم يجز عند الجمهور ، لإمكان تسليم ربع العشر مشاعاً وبيعه بالذهب ، وجوز به ابن سريج للحاجة . ولو كان له إناء وزنه مائتان ، ويرغب فيه بثلاثمائة ، فإن جوزنا اتخاذه ، فحكمه ما سبق في الحلي ، وإن حرمناه ، فلا قيمة لصنفته شرعاً ، فله إخراج خمسة من غيره ، وله كسره وإخراج خمسة منه ، وله إخراج ربع عشره مشاعاً ، ولا يجوز إخراج الذهب بدلاً . وكل حلي لا يحل لأحد من الناس ، فحكم صنفته حكم صنعة الإناء ، ففي ضمانها على كاسرها وجهان . وما يحل لبعض الناس ، فعلى كاسره ضمانه ، وما يكسره من التحلي كالضبة الصغيرة على الإناء للزينة ، قال الأصحاب : له حكم الحرام في وجوب الزكاة قطعاً . وقال صاحب « التهذيب » من عند نفسه : الأولى أن يكون كالمباح . قلت : ولو وقف حلياً على قوم يلبسونه ، أو ينتفعون بأجرته ، فلا زكاة فيه قطعاً . والله أعلم

باب

زكاة التجارة

زكاة التجارة واجبة ، نص عليه في الجديد ، ونقل عن القديم ترديد قول ،
فمنهم من قال : له في القديم قولان ، ومنهم من لم يثبت خلاف الجديد .
ومال التجارة : كل ما قصد الاتجار فيه عند اكتساب الملك بمأوضة محضة . وتفصيل
هذه الفيود : أن مجرد نية التجارة لا تصير المال مال تجارة ، فلو كان له عرض
قنية ملوكة بشراء أو غيره ، فجعله للتجارة ، لم يصر على الصحيح الذي
قطع به الجماهير ، وقال الكرايسي من أصحابنا : يصير . وأما إذا اقترنت نية
التجارة بالشراء ، فإن المشتري يصير مال تجارة ، ويدخل في الحول ، سواء اشترى
بمرض ، أو نقد ، أو دين حال ، أو مؤجل . وإذا ثبت حكم التجارة ، لاحتاج
كل معاملة إلى نية جديدة . وفي معنى الشراء ، لو صالح عن دين له في ذمة إنسان
على عرض بنية التجارة ، صار للتجارة ، سواء كان الدين قرضاً ، أو ثمن
مبيع ، أو ضمان متلف . وكذلك الاتهاب بشرط الثواب إذا نوى به التجارة .
وأما الهبة المحضة ، والاحتطاب ، والاحتشاش ، والاصطياد ، والإرث ، فليس
من أسباب التجارة ، ولا أثر لاقتران النية بها . وكذا الرد بالميب والاسترداد ،
حتى لو باع عرض قنية بمرض قنية ، ثم وجد بما أخذه عيأً فرده ، واسترد
الأول على قصد التجارة ، أو وجد صاحبه بما أخذ عيأً ، فرده ، فقصد الردود
عليه بأخذه التجارة ، لم يصر مال تجارة . ولو كان عنده ثوب قنية ، فاشترى
به عبداً للتجارة ، ثم رد عليه الثوب بالميب ، انقطع حول التجارة ، ولم يكن
الثوب الردود مال تجارة ، بخلاف ما لو كان الثوب للتجارة أيضاً ، فانه يبقى حكم
التجارة فيه . وكذا لو تباع تاجران ، ثم تقابلا ، يستمر حكم التجارة في المالين .

ولو كان عنده ثوب للتجارة ، فباعه بعبد لقنية ، فرد عليه الثوب باليب ، لم يمد إلى حكم التجارة ، لأن قصد القنية قطع حول التجارة . والرد والاسترداد ، ليسا من التجارة ، كما لو قصد القنية بمال التجارة الذي عنده ، فإنه يصير قنية . ولو نوى بمد ذلك جملة للتجارة ، لا يؤثر حتى تقترن النية بتجارة جديدة . ولو خالغ وقصد بموض الخلع التجارة ، أو زوج أمته ، أو نكحت الحرة ونويا التجارة في الصداق ، فوجهان . أحدهما : لا يكون مال تجارة ، لأنها ليسا من عقود التجارات والمعاوضات المحضة ، وأصحها ولم يذكر أكثر المراقين سواء : أنه يكون مال تجارة ، لأنها معاوضة تثبت فيها الشفعة . وطردها الوجهين في المال المصالح عليه عن الدم ، والذي أجر به نفسه أو ماله إذا نوى به التجارة ، وفيما إذا كان تصرفه في المنافع ، بأن كان يستأجر المستغلات ، ويؤجرها على قصد التجارة .

فصل

الحول معتبر في زكاة التجارة بلا خلاف ، والنصاب معتبر أيضاً بلا خلاف . لكن في وقت اعتباره ، ثلاثة أوجه ، وعبر عنها إمام الحرمين والغزالي بأقوال ، والصحيح : أنها أوجه . الأول منها منصوص ، والآخران مخرجان ، فالأول : الأصح : أنه يعتبر في آخر الحول فقط ، والثاني : يعتبر في أوله وآخره دون وسطه ، والثالث : يعتبر في جميع الحول ، حتى لو نقصت قيمته عن النصاب في لحظة ، انقطع الحول ، فإن كمل بمد ذلك ، ابتدأ الحول من يومئذ . فإذا قلنا بالأصح ، فاشترى عرضاً للتجارة بشيء يسير ، انقصد الحول عليه ، ووجبت فيه الزكاة إذا بلغت قيمته نصاباً آخر الحول ، وإذا احتملنا نقصان النصاب في غير آخر الحول ، فذلك في حق من تربص بسلامته حتى تم الحول وهي نصاب . فأما لو باعها بسلمة أخرى في أثناء الحول ، فوجهان . أحدهما : ينقطع الحول ويتبدى

حول السلعة الأخرى من حين ملكها ، وأصحها : أن الحكم كما لو تربص بسلعته ، ولا أثر للمبادلة في أموال التجارة . ولو باعها في أثناء الحول بنقد دون النصاب ، ثم اشترى به سلعة قتم الحول وقيمتها نصاب ، فوجهان . قال الإمام : والخلاف في هذه الصورة أمثل منه في الأولى لتحقق نقصان حساً ، ورأيت المتأخرين يميلون إلى انقطاع الحول . ولو باعها بالدراهم ، والحال تقتضي القويم بالدنانير ، فهو كبيع السلعة بالسلعة .

فرع

لو تم الحول وقيمة سلعته دون النصاب ، فوجهان . أحسبها : يسقط حكم الحول الأول ، ويتبدى حولاً ثانياً ، والثاني : لا ينقطع ، بل متى بلغت قيمته نصاباً ، وجبت الزكاة ، ثم يتبدى حولاً ثانياً .

فرع

في بيان ابتداء حول التجارة

مال التجارة تارة يملكه بنقد ، وتارة بنيره ، فإن ملكه بنقد ، نظر ، إن كان نصاباً بأن اشترى بعشرين ديناراً أو بمائتي درهم ، فابتداء الحول من حين ملك ذلك النقد ، وينى حول التجارة عليه ، هذا إذا اشترى بعين النصاب ، أما إذا اشترى بنصاب في الذمة ، ثم نقده في ثمنه ، فينقطع حول النقد ، ويتبدى حول التجارة من حين الشراء . وإن كان النقد الذي هو رأس المال دون النصاب ، ابتداء الحول من حين ملك عرض التجارة إذا قلنا : لا يعتبر النصاب في أول الحول ، ولا خلاف أنه لا يحسب الحول قبل الشراء للتجارة ، لأن المشتري

به لم يكن مال زكاة لنقصه . أما إذا ملك بغير نقد ، فله حالان . أحدهما : أن يكون ذلك المرض مما لا زكاة فيه ، كالثياب والعبيد ، فابتداء الحول من حين ملك مال التجارة إن كان قيمة المرض نصاباً ، أو كانت دونه وقلنا بالأصح : إن النصاب لا يعتبر إلا في آخر الحول ، والثاني : أن يكون مما تجب فيه الزكاة ، بأن ملكه بنصاب من السائمة ، فالصحيح الذي قطع به جماهير الأصحاب : أن حول الماشية ينقطع ، ويبتدىء حول التجارة من حين ملك مال التجارة ، ولا يبي ، لاختلاف الزكاتين قدراً ووقتاً ، وقال الاصطخري : يبي على حول السائمة ، كما لو ملك بنصاب من النقد . ثم زكاة التجارة والنقد ، يبي حول كل واحد منها على الأخرى ، فإذا باع مال تجارة بنقد بنية القنية ، بى حول النقد على حول التجارة ، كما يبي التجارة على النقد .

فصل

ربح مال التجارة ، ضربان حاصل من غير نفوض المال ، وحاصل مع نفوضه .

فالأول : مضموم إلى الأصل في الحول ، كالنتاج . قال إمام الحرمين : حكى الأئمة القطع بذلك . لكن من يعتبر النصاب في جميع الحول ، قد لا يسلم وجوب الزكاة في الربح في آخر الحول ، ومقتضاه أن يقول : ظهور الربح في أثناءه كنفوضه ، وسيأتي الخلاف فيه في الضرب الثاني إن شاء الله تعالى . قال الامام : وهذا لا بد منه ، والمذهب الصحيح : ماسبق . فعلى المذهب : لو اشترى عرضاً بمائتي درهم ، فصارت قيمته في أثناء الحول ثلاثمائة ، زكى ثلاثمائة في آخر الحول وإن كان ارتفاع القيمة قبل آخر الحول بلحظة . ولو ارتفعت بعد الحول ، فالربح مضموم إلى الأصل في الحول الثاني كالنتاج .

الضرب الثاني : الحاصل مع النضوض ، فينظر ، إن صار ناضاً من غير جنس رأس المال ، فهو كما لو أبدل عرضاً بمرض ، لأنه لا يقع به التقويم ، هذا هو المذهب ، وقيل : هو على الخلاف الذي نذكره إن شاء الله تعالى فيما إذا نض من الجنس . أما إذا صار ناضاً من جنسه ، فتارة يكون ذلك في أثناء الحول ، وتارة بعده ، وعلى التقدير الأول ، قد يمسك الناض إلى أن يتم الحول ، وقد يشتري به سلعة .

الحال الأول : أن يمسك الناض إلى تمام الحول ، فإن اشترى عرضاً بمائتي درهم ، فباعه في أثناء الحول بثلاثمائة ، وتم الحول وهي في يده ، ففيه طريقان . أصحها وبه قال الأكثرون : على قولين . أظهرهما : يزكي الأصل بحوله ، ويفرد الربح بحول ، والثاني : يزكي الجميع بحول الأصل ، والطريق الثاني : القطع بأفراد الربح . وإذا أفردناه ، ففي ابتداء حوله وجهان . أصحها : من حين النضوض ، والثاني : من حين الظهور .

الحال الثاني : أن يشتري بها عرضاً قبل تمام الحول ، فطريقان . أصحها : أنه كما لو أمسك الناض ، والثاني : القطع بأنه يزكي الجميع بحول الأصل .

الحال الثالث : إذا نص بعد تمام الحول ، فإن ظهرت الزيادة قبل تمام الحول ، زكى الجميع بحول الأصل بلا خلاف ، وإن ظهرت بعد تمامه ، فوجهان . أحدهما : هكذا ، وأصحها : يستأنف للربح حولاً . وجميع ما ذكرناه فيما إذا اشترى المرض بنصاب من النقد ، أو بمرض قيمة نصاب . فأما إذا اشترى بمائة درهم مثلاً ، وباعه بعد ستة أشهر بمائتي درهم ، وبقيت عنده إلى تمام الحول من حين الشراء ، فإن قلنا بالأصح : إن النصاب لا يشترط إلا في الحول ، بني على القولين في أن الربح من الناض هل يضم إلى الأصل في الحول ؟ إن قلنا : نعم ، فعليه زكاة المائتين ، وإن قلنا : لا ، لم يزك مائة الربح إلا بعد ستة أشهر أخرى ، وإن قلنا : النصاب يشترط في جميع الحول ، أو في طرفيه ، فابتداء الحول من حين باع ونض ، فإذا تم ، زكى المائتين .

فرع

ملك عشرين ديناراً ، فاشترى بها عرضاً للتجارة ثم باعه بعد ستة أشهر من ابتداء الحول بأربعين ديناراً ، واشترى بها سلعة أخرى ثم باعها بعد تمام الحول بمائة ، فان قلنا : الربح من الناص لا يفرد بحول ، فعليه زكاة جميع المائة ، وإلا فعليه زكاة خمسين ديناراً ، لأنه اشترى السلعة الثانية بأربعين ، منها عشرون رأس ماله الذي مضى عليه ستة أشهر ، وعشرون ربح استفاده يوم باع الأول . فاذا مضت ستة أشهر ، فقد تم الحول على نصف السلعة ، فيزكيه زيادته ، وزيادته ثلاثون ديناراً ، لأنه ربح على العشرينتين ستين ، وكان ذلك كامناً وقت تمام الحول . ثم إذا مضت ستة أشهر أخرى ، فعليه زكاة العشرين الثانية ، فان حولها حينئذ تم ، ولا يضمن إليها ربحها ، لأنه صار ناصاً قبل تمام حولها ، فاذا مضت ستة أشهر أخرى ، فعليه زكاة ربحها ، وهو الثلاثون الباقية ، فان كانت الخمسون التي أخرج زكاتها في الحول الأول باقية عنده ، فعليه زكاتها أيضاً للحول الثاني مع الثلاثين ، وهذا الذي ذكرناه هو قول ابن الحداد تقريباً على أن الناص لا يفرد ربحه بحول ، وحكى الشيخ أبو علي وجهين آخرين ضعيفين . أحدهما : يخرج عند البيع الثاني زكاة عشرين . وإذا مضت ستة أشهر ، أخرج زكاة عشرين أخرى ، وهي التي كانت ربحاً في الحول الأول . فاذا مضت ستة أشهر ، أخرج زكاة الستين الباقية ، لأنها إنما استقرت عند البيع الثاني ، فنه يتبدى حولها . والوجه الثاني : أنه عند البيع الثاني ، يخرج زكاة عشرين ، ثم إذا مضت ستة أشهر ، زكى الثمانين الباقية ، لأن الستين التي هي الربح ، حصلت في حول العشرين التي هي الربح الأول ، فضممت إليها في الحول . ولو كانت المسألة بمحاطها ، لكنه لم يبع السلعة الثانية ، فيزكي عند تمام الحول الأول خمسين كما ذكرنا ، وعند تمام الثاني الخمسين الباقية ،

لأن الربح الأخير لم يصر ناضئاً ، ولو اشترى بمائتين عرضاً ، فباعه بعد ستة أشهر بثلاثمائة ، واشترى بها عرضاً وباعه بعد تمام الحول بستمائة ، إن لم نفرد الربح بحول ، أخرج زكاة ست المائة ، وإلا فزكاة أربعمائة ، فإذا مضت ستة أشهر ، زكى مائة ، فإذا مضت ستة أشهر أخرى ، زكى المائة الباقية ، هذا على قول ابن الحداد . وأما على الوجهين الآخرين ، فيزكى عند البيع الثاني مائتين ، ثم على الوجه الأول ، إذا مضت ستة أشهر ، زكى مائة ، ثم إذا مضت ستة أشهر أخرى ، زكى ثلاثمائة . وعلى الوجه الثاني : إذا مضت ستة أشهر من البيع الثاني ، زكى أربع المائة الباقية .

فصل

إذا كان مال التجارة حيواناً ، فله حالان . أحدهما : أن يكون مما نجب الزكاة في عينه كنصاب الماشية ، ويأتي حكمه بعد هذا الفصل إن شاء الله تعالى . والثاني : أن لا تجب في عينه ، كالخيل ، والجواري ، والمعلوفة من النعم من الماشية ، فهل يكون نتاجها مال تجارة ؟ وجهان . أحدهما : يكون ، لأن الولد له حكم أمه ، والوجهان فيما إذا لم تنقص قيمة الأم بالولادة ، فإن نقصت ، بأن كانت قيمة الأم ألفاً ، فصارت بالولادة ثمانمائة ، وقيمة الولد مائتان ، جبر نقص الأم بالولد ، وزكى الألف . ولو صارت قيمة الأم ، تسعمائة ، جبرت المائة من قيمة الولد ، كذا قاله ابن سريج وغيره ، قال الإمام : وفيه احتمال ظاهر ، ومقتضى قولنا : إنه ليس مال تجارة ، أن لا تحير به الأم كالستفادات بسبب آخر . وأما أشجار التجارة كأولاد حيوانها ، ففيها الوجهان . فإن لم نجعل الأولاد والثمار مال تجارة ، فهل تجب فيها في السنة الثانية ، ففيها بعدها زكاة ؟ قال إمام الحرمين : الطاهر أنا لا نوجب ، لأنه منفصل عن تبعية الأم ، وليس أصلاً في التجارة ، وأما

إذا ضممنها إلى الأصل ، وجعلناها مال تجارة ، ففي حولها طريقان . أصحهما .
حولها حول الأصل ، كنتاج السائمة ، وكالزيادة المنفصلة ، والثاني : على قولي
ربح الناض ، فعلى أحدهما ابتداء حولها من انفصال الولد وظهور الثمار .

فصل

لا خلاف أن قدر زكاة التجارة ربع المشر كالنقد ، ومن أين يخرج ؟ فيه
ثلاثة أقوال . المشهور الجديد : يخرج من القيمة ، ولا يجوز أن يخرج من عين
المرض ، والثاني : يجب الإخراج من العين ، ولا يجوز من القيمة ، والثالث :
يتخير بينهما ، فلو اشترى مائتي درهم مائتي قفيز حنطة ، أو بمائة وقلنا : يعتبر النصاب
آخر الحول فقط ، وحال الحول وهي تساوي مائتي درهم ، فعلى المشهور : عليه خمسة
دراهم ، وعلى الثاني : خمسة أقدرة . وعلى الثالث : يتخير بينهما . فلو أخر إخراج الزكاة
حتى نقصت قيمتها فمادت إلى مائة ، نظر ، إن كان ذلك قبل إمكان الأداء وقلنا : الإمكان
شرط للوجوب ، فلا زكاة . وإن قلنا : شرط للضمان ، لزمه على المشهور درهمان ونصف ،
وعلى الثاني : خمسة أقدرة ، وعلى الثالث : يتخير بينهما ، وإن كان بعد الإمكان ،
لزمه على المشهور : خمسة دراهم ، لأن النقصان من ضمانه ، وعلى الثاني : خمسة أقدرة ،
ولا يضمن نقصان القيمة مع بقاء العين كالنصاب ، وعلى الثالث : يتخير بينهما . ولو أخر
فبلغت القيمة أربعمائة درهم ، فإن كان قبل إمكان الأداء وقلنا : هو شرط للوجوب ،
لزمه على المشهور عشرة دراهم ، وعلى الثاني : خمسة أقدرة ، وعلى الثالث : يتخير بينهما ،
وإن قلنا : شرط للضمان ، لزمه على المشهور خمسة دراهم ، وعلى الثاني : خمسة أقدرة
قيمتها خمسة دراهم ، لأن هذه الزيادة في ماله ومال المساكين ، وقال ابن أبي هريرة :
يكفيه على هذا القول : خمسة أقدرة قيمتها خمسة دراهم ، لأن هذه الزيادة حدثت
بعد وجوب الزكاة ، وهي محسوبة في الحول الثاني ، وعلى الثالث : يتخير بين
الأمرين . ولو أتلف الحنطة بعد وجوب الزكاة وقيمتها مائتا درهم ، فصارت

أربعمائة ، لزمه على المشهور خمسة دراهم ، لأنها القيمة يوم الائتلاف ، وعلى الثاني :
خمسة أفضرة قيمتها عشرة دراهم ، وعلى الثالث ، بتخيير بينها .

فرع

فيما يقوم به مال التجارة

لرأس المال أحوال .

أحدها : أن يكون نقداً نصاباً ، بأن يشتري عرضاً بمائتي درهم ، أو عشرين
ديناراً ، فيقوم في آخر الحول به ، فإن بلغ به نصاباً ، زكاه ، وإلا ، فلا . وإن
كان الثاني غالب نقد البلد ، ولو قوم به لبلغ نصاباً ، حتى لو اشترى بمائتي درهم
عرضاً ، فباعه بعشرين ديناراً وقصد التجارة مستمر ، قتم الحول والدنانير في
يده ، ولا تبلغ قيمتها مائتي درهم ، فلا زكاة . هذا هو المذهب المشهور . وعن
صاحب « التقريب » حكاية قول : ان التقويم أبداً يكون بغالب نقد البلد ، ومنه
يخرج الواجب ، سواء كان رأس المال نقداً أم غيره ، وحكى الروياني هذا عن ابن الحداد .

الحال الثاني : أن يكون نقداً دون النصاب ، فوجهان . أحدهما : يقوم بذلك
النقد ، والثاني : بغالب نقد البلد كالعرض . وموضع الوجهين ما إذا لم يملك من
جنس النقد الذي اشترى به ما يتم به النصاب ، فإن ملك ما يتم به النصاب ، بأن
اشترى بمائة درهم عرضاً وهو يملك مائة أخرى ، فلا خلاف أن التقويم بجنس
مما ملك به ، لأنه اشترى ببعض ما انمقد عليه الحول ، وابتدأ الحول من حين
ملك الدراهم .

قلت : لكن يجري فيه القول الذي حكاه صاحب « التقريب » . والله أعلم

الحال الثالث : أن يملك بالنقدين جميعاً ، وهو على ثلاثة أضرب .

أحدها : أن يكون كل واحد نصاباً ، فيقوم بها على نسبة التقسيط يوم الملك . وطريقه : تقويم أحد النقدين بالآخر . مثاله ، اشترى يائي درهم وعشرين ديناراً ، فينظر ، إن كان قيمة المائتين عشرين ديناراً ، فنصف العرض مشتري بدراهم ، ونصفه بدنانير . وإن كانت قيمتها عشرة دنانير ، فثلثه مشتري بدراهم ، وثلثاه بدنانير . وهكذا يقوم في آخر الحول ، ولا يضم أحدهما إلى الآخر ، فلا تجب الزكاة إذا لم يبلغ واحد منها نصاباً وإن كانت بحيث لو قوم الجميع بأحد النقدين لبلغ نصاباً ، وحول كل واحد من المبلغين من حين ملك ذلك النقد .

الضرب الثاني : أن يكون كل واحد منها دون النصاب ، فان قلنا : ما دون النصاب ، كالعرض ، قوم الجميع بنقد البلد ، وإن قلنا : كالنصاب ، قوم ماملكه بالدراهم بدراهم ، وماملكه بالدينانير بالدينانير .

الضرب الثالث : أن يكون أحدهما نصاباً ، والآخر دونه ، فيقوم ماملكه بالنقد الذي هو نصاب بذلك النقد ، وماملكه بالنقد الآخر على الوجهين ، وكل واحد من المبلغين يقوم في آخر حوله ، وحول المملوك بالنصاب ، من حين ملك ذلك النقد ، وحول المملوك بما دونه ، من حين ملك العرض . وإذا اختلف جنس المقوم به ، فلا ضم كما سبق .

الحال الرابع : أن يكون رأس المال غير نقد ، بأن ملك بمرض قنية ، أو ملك بخلع أو نكاح بقصد التجارة وقلنا : يصير مال تجارة ، فيقوم في آخر الحول بغالب نقد البلد من الدراهم ، أو الدينانير . فان بلغ به نصاباً ، زكاه ، وإلا فلا . وإن كان يبلغ بغيره نصاباً . فلو جرى في البلد نقدان متساويان ، فان بلغ بأحدهما نصاباً دون الآخر ، قوم به ، وإن بلغ بهما ، فأوجه . أصحها : يتخير المالك فيقوم

بما شاء منها ، والثاني : يراعي الإغبط للمساكين ، والثالث : يتعين التقويم بالدرهم ، لأنها أرفق ، والرابع : يقوّم بالنقد الغالب في أقرب البلاد إليه .

الحال الخامس : أن يملك بالنقد وغيره ، بأن اشترى بمائتي درهم وعرض قنية ، فقابل الدرهم يقوّم بها ، وما قابل المرض ، يقوّم بنقد البلد . فإن كان النقد دون النصاب ، عاد الوجهان . كما يجري التقسيط عند اختلاف الجنس ، يجري عند اختلاف الصفة ، كما لو اشترى بنصاب من الدنانير بعضها صحيح وبعضها مكسّر ، وبينهما تفاوت ، فيقوم ما يخص الصحيح بالصحيح ، وما يخص المكسر بالمكسر .

فصل

تصرف التاجر في مال التجارة بالبيع ، بعد وجوب الزكاة ، وقبل الأداء ، قيل : هو على الخلاف في بيع سائر الأموال بعد وجوب الزكاة فيها . وقيل : إن قلنا : يؤدي الزكاة من عين المرض ، فهو على ذلك الخلاف ، وإن قلنا : يؤدي من القيمة ، فهو كما لو وجبت شاة في خمس من الابل ، فباعها . وهذان الطريقتان شاذان . والمذهب الصحيح الذي قطع به الجمهور : القطع بجواز البيع ، ثم سواء باع بقصد التجارة ، أو بقصد اقتناء المرض ، لأن تعلق الزكاة به لا يبطل وإن صار مال قنية ، فهو كما لو نوى الاقتناء من غير بيع . فلو وهب مال التجارة ، أو أعتق عبدها^(١) ، فهو كبيع الماشية بعد وجوب الزكاة فيها ، لأن الهبة والاعتاق يبطلان متعلق زكاة التجارة ، كما أن البيع يبطل متعلق زكاة العين . ولو باع مال التجارة محابة ، فقدّر المحابة كالوهوب ، فإن لم نصحح الهبة ، بطل في ذلك القدر ، وخرج في الباقي على تفريق الصفة .

(١) أي : عبد التجارة .

فصل

فيما اذا كان مال التجارة نجس الزكاة في عينه

فان كان عبيد تجارة ، وجبت فطرتهن مع زكاة التجارة . ولو كان مال التجارة نصاباً من السائمة ، لم تجمع فيه زكاة التجارة والعين . وفيما تقدم منها قولان . أظهرهما وهو الجديد ، وأحد قولي القديم : تقدم زكاة العين ، والثاني : زكاة التجارة . فان قلنا بالأظهر ، أخرج السن الواجبة من السائمة ، وتضم السخال إلى الأمثات . وإن قدمنا زكاة التجارة ، قال في « التهذيب » : تقوم مع درهما ، ونسلها ، وصوفها ، وما اتخذ من لبنها ، وهذا تفريع على أن النتائج مال تجارة ، وقد سبق فيه الخلاف ، ولا عبرة بنقصان النصاب في أثناء الحول ، تفرعاً على الأصح في وقت اعتبار نصاب التجارة . ولو اشترى نصاباً من السائمة للتجارة ، ثم اشترى بها عرضاً بعد ستة أشهر مثلاً ، فعلى القول الثاني : لا ينقطع الحول ، وعلى الأول : ينقطع ، ويبتدىء حول زكاة التجارة من يوم شراء العرض . ثم القولان فيما إذا كمل نصاب الزكاتين واتفق الحولان . وأما إذا لم يكمل نصاب أحدهما ، بأن كان أربعين من الغنم ، لا تبلغ قيمتها نصاباً عند تمام الحول ، أو كانت تسماً وثلاثين فما دونها ، وقيمتها نصاب ، فالذهب : وجوب زكاة ما بلغ به نصابه . هكذا قطع به المراقبون ، والقفال ، والجمهور . وقيل : في وجوبها وجهان . وإذا غلبنا زكاة العين في نصاب السائمة ، فنقصت في خلال السنة عن النصاب ، ونقلناها إلى زكاة التجارة ، فهل يبنى حول التجارة على حول العين ، أم يستأنفه ؟ وجهان ، كالوجهين فيمن ملك نصاب سائمة لا لتجارة ، فاشترى به عرضاً للتجارة ، هل يبنى حول التجارة على حول السائمة ؟ وإذا أوجبت زكاة التجارة لنقصان الماشية المشتراة للتجارة عن النصاب ، ثم

بلغت في أثناء الحول نصاباً بالنتاج ، ولم تبلغ بالقيمة نصاباً في آخر الحول ، فوجهان . أحدهما : لا زكاة ، لأن الحول انعقد للتجارة ، فلا يتغير ، والثاني : ينتقل إلى زكاة العين . فعلى هذا ، هل يعتبر الحول من تمام النصاب بالنتاج ، أم من وقت نقص القيمة عن النصاب ؟ وجهان .

قلت : الأصح : لا زكاة . والله أعلم

أما إذا كمل نصاب الزكائين ، واختلف الحولان ، بأن اشترى بمتاع التجارة بعد ستة أشهر نصاب سائمة ، أو اشترى به مملوكة للتجارة ، ثم أسامها بعد ستة أشهر ، فطريقان . أحدهما : أنه على القولين في تقديم زكاة العين أو التجارة ، والثاني : أن القولين مخصوصان بما إذا اتفق الحولان ، بأن يشتري بمروض القنية نصاب سائمة للتجارة . فعلى هذا ، فيه طريقان . أحدهما وبه قطع المعظم : أن المتقدم يمنع المتأخر قولاً واحداً ، فعليه زكاة التجارة في الصورة المذكورة . والطريق الثاني : على وجهين . أحدهما : هذا ، والثاني : أن المتقدم يرفع حكم التأخر ، ويتجرد . وإذا طرأنا القولين فيما إذا تقدم حول التجارة ، فإن غلبتنا زكاة التجارة ، فذاك ، وإن غلبنا العين ، فوجهان . أحدهما : تجب عند تمام حولها ، وماسبق من حول التجارة يبطل . وأصحها : تجب زكاة التجارة عند تمام حولها ، لئلا يبطل بعض حولها ، ثم يستفتح حول زكاة العين من منقرض حولها ، وتجب زكاة العين في سائر الأحوال .

قرع

لو اشترى نخيلاً للتجارة ، فأثمرت ، أو أرضاً مزروعة ، فأدرك الزرع ، وبلغ الحاصل نصاباً ، عاد القولان في أن الواجب زكاة العين ، أم التجارة ؟ فإن لم يكمل أحد النصابين ، أو كمالا ولم يتفق الحولان ، استمر التفصيل الذي سبق .

ثم هذا الذي ذكرناه ، فيما إذا كانت الثمرة حاصلة عند المشتري ، وبدا الصلاح في ملكه . أما إذا أطلعت بعد الشراء ، فهذه ثمرة حدثت من شجر التجارة ، وفي ضمها إلى مال التجارة ، وجهان تقدم ، فإن ضممناعا ، فهي كالحاصلة عند الشراء ، وتنزل منزلة زيادة متصلة ، أو أرباح متجددة في قيمة العرض ، ولا تنزل منزلة ربح بنض ، ليكون حولها على الخلاف السابق فيه . فإن قلنا : ليست مال تجارة ، فمقتضاه وجوب زكاة العين فيها بلا خلاف ، وتخصيص زكاة التجارة بالأرض والأشجار .

التفريع : إن غلبنا زكاة العين ، أخرج العشر أو نصفه من الثمار والزرع ، وهل تسقط به زكاة التجارة عن قيمة جذع النخل ، وتبن الزرع ؟ وجهان . أصحها : لا يسقط . وفي أرض النخل والزرع طريقان . أحدهما : على الوجهين في الجذع والتبن ، والثاني : القطع بالوجوب بعد الأرض عن التبعة . قال إمام الحرمين : وينبغي أن يعتبر ذلك بما يدخل في الأرض المتخللة بين النخيل في المسافة ، وما لا يدخل . فما لا يدخل ، تجب فيه زكاة التجارة قطعاً ، وما يدخل ، فهو على الخلاف . وإذا أوجبنا زكاة التجارة في هذه الأشياء ، فلم تبلغ قيمتها نصاباً ، فهل يضم قيمة الثمرة والحب إليها ، ليكمل النصاب ؟ وجهان .

قلت : أصحها : لازم ، وما ذكره الامام جزم به الماوردي . والله أعلم

وعلى هذا القول لا يسقط اعتبار التجارة في المستقبل ، بل تجب زكاة التجارة في الأحوال المستقبلية . ويكون ابتداء حول التجارة ، من وقت إخراج العشر ، لا من بدو الصلاح ، لأن عليه بعد بدو الصلاح تربية الثمار للمساكين ، فلا يجوز أن يكون زمان التربية محسوباً عليه . فأما إذا غلبنا زكاة التجارة ، فتقوم الثمرة والجذع ، وفي الزرع الحب والتبن . ونقوم الأرض أيضاً فيها ، وسواء اشتراها مزروعة للتجارة ، أو اشترى بذراً وأرضاً للتجارة وزرعها به في جميع

ما ذكرنا . ولو اشترى الثمار وحدها ، وبدا الصلاح في يده ، جرى القولان في
في أنه يخرج العشر ، أم زكاة التجارة ؟ .

فرع

لو اشترى أرضاً للتجارة وزرعها بذر للقنية ، وجب العشر في الزرع
وزكاة التجارة في الأرض بلا خلاف فيها .

فصل

في زكاة مال القراض

عامل القراض لا يملك حصته من الربح إلا بالقسمة على الأظهر ، وعلى
الثاني : يملكها بالظهور . فإذا دفع إلى غيره نقداً قراضاً ، وهما جميعاً من أهل
الزكاة ، فحال عليه الحول ، فإن قلنا : العامل لا يملك الربح بالظهور ، وجب
على المالك زكاة رأس المال والربح جميعاً ، لأن الجميع ملكه ، كذا قاله الجمهور .
ورأى الامام تخريج الوجوب في نصيب العامل على الخلاف في المنصوب والمحجور ،
لتأكد حقه في حصته . وحول الربح مبني على حول الأصل ، إلا إذا ردَّ إلى
المنضوض ، ففيه الخلاف السابق . ثم إن أخرج الزكاة من موضع آخر ، فذاك ،
وإن أخرجها من هذا المال ، ففي حكم المخرج أوجه ، أصحها عند الأكثرين وهو
المنصوص : يحسب من الربح كالمؤن التي تلزم المال ، وكما أن فطرة عبيد التجارة ،
وأرض جناباتهم من الربح ، والثاني : من رأس المال ، والثالث : أنه لطائفة من
المال ، يستردها المالك ، لأنه مصروف إلى حق لزمه . فعلى هذا يكون المخرج
من الربح ورأس المال جميعاً بالتقسيم . مثاله : رأس المال مائتان ، والربح

مائة ، فقلنا المخرج من رأس المال ، وثلثه من الربح . قال في « التهذيب » :
الوجهان مبنيان على تعلق الزكاة ، هل هو بالعين ، أو بالذمة ؟ إن قلنا : بالعين ،
فكالمؤن ، وإلا فهو استرداد . وقيل : إن قلنا : بالعين ، فكالمؤن ، وإلا ففيه
الوجهان . واستبعد إمام الحرمين هذا البناء . أما إذا قلنا : يملك حصته بالظهور ،
فعلى المالك زكاة رأس المال ، ونصيبه من الربح . وهل على العامل زكاة نصيبه ؟
فيه طرق . أحدها : أنه على قولين كالمنصوب ، لأنه غير متمكن من كمال
التصرف ، والثاني : القطع بالوجوب لتمكنه من التوصل بالمقاسمة ، والثالث : القطع
بالنع لعدم استقرار ملكه لاحتمال الخسران . والمذهب : الإيجاب ، سواء أثبتنا
الخلاف ، أم لا ، فعلى هذا ، فابتداء حول حصته من حين الظهور على الأصح
المنصوص ، والثاني : من حين تقوّم المال على المالك لأخذ الزكاة ، والثالث :
من حين القسمة ، لأنه وقت الاستقرار ، والرابع : حوله حول رأس المال . ثم
إذا تم حوله ، ونصيبه لا يبلغ نصاباً ، لكن مجموع المال يبلغ نصاباً ، فإن أثبتنا
الخلطة في التقدين ، فعليه الزكاة ، وإلا ، فلا ، إلا أن يكون له من جنسه ما يتم
به النصاب ، وهذا إذا لم نجعل ابتداء الحول من المقاسمة . فإن جعلناه منها ، سقط
النظر إلى الخلطة . وإذا أوجبنا الزكاة على العامل ، لم يلزمه إخراجها قبل القسمة
على المذهب ، فإذا اقتسما ، زكى ماضى . وحكي وجه : أنه يلزمه الإخراج في
الحال ، لتمكنه من القسمة . ثم إن أخرج الزكاة من موضع آخر ، فذاك ، فإن
أراد إخراجها من مال القراض ، فهل يستبدّ به ، أم للمالك منعه ؟ وجهان .
أصحهما : يستبدّ ، قال الروياني : وهو المنصوص . والثاني : لا يستبدّ ، وللمالك
منعه . أما إذا كان المالك من أهل وجوب الزكاة دون العامل ، وقلنا : الجميع له
مالم يقسم ، فعليه زكاة الجميع . وإن قلنا بالقول الآخر ، فعليه زكاة رأس المال
ونصيب من الربح ، ولا يكمل نصيب المالك إذا لم يبلغ نصاباً بنصيب العامل ،
لأنه ليس من أهل الزكاة . أما إذا كان العامل من أهل الزكاة ، دون المالك ،

فإن قلنا : الجميع للمالك قبل القسمة ، فلا زكاة . وإن قلنا : للعامل حصة من الربح ، ففي وجوب الزكاة عليه الخلاف السابق . فإذا أوجبناه ، فذاك إذا بلغت حصته نصيباً ، أو كان له ما يتم به النصاب . ولا تثبت الخلطة ، ولا يجيء في اعتبار الحول هنا إلا الوجه الأول والثالث ، وليس له إخراج الزكاة من عين المال بلا خلاف ، لأن المالك لم يدخل في المقد على أن يخرج من المال زكاة ، هكذا ذكروه ، ولما منع أن يمنع ذلك ، لأنه عامل من عليه الزكاة .

باب

زكاة المعدن والرباز

اجتمعت الأمة على وجوب الزكاة في المعدن ، ولا زكاة فيما يستخرج من المعدن ، إلا في الذهب والفضة . هذا هو المذهب المشهور الذي قطع به الأصحاب . وحكي وجه : أنه تجب زكاة كل مستخرج منه ، منطعاً كان ، كالحديد والنحاس ، أو غيره ، كالكحل والياقوت ، وهذا شاذ منكر . وفي واجب النقدين المستخرجين منه ، ثلاثة أقوال . أظهرها : ربع العشر ، والثاني : الخمس ، والثالث : إن ناله بلا تعب ومؤونة ، فالخمس ، وإلا فربع العشر . ثم الذي اعتمده الأكثر على هذا القول في ضبط الفرق ، الحاجة إلى الطحن ، والمعالجة بالنار ، والاستغناء عنها ، فما احتاج ، فربع العشر ، وما استغنى عنها ، فالخمس . والمذهب : أنه يشترط كونه نصيباً . وقيل : في اشتراطه قولان . والمذهب المنصوص عليه في معظم كتب الشافعي رحمة الله عليه : أنه لا يشترط الحول . وقيل : في اشتراطه قولان . ووجه المذهب فيها القياس على المشتريات ، ولأن ما دون النصاب لا يحتمل المواساة ، وإنما يعتبر الحول للتمكن من تنمية المال ، وهذا غا في نفسه .

فرع

إذا اشترطنا النصاب ، فليس من شرطه أن ينال في الدفعة الواحدة نصاباً ، بل ما ناله بدَقَعَات ضم بعضه إلى بعض إن تنابع العمل وتواصل النيل . قال في « التهذيب » : ولا يشترط بقاء ما استخرج في ملكه . فلو تنابع العمل ، ولم يتواصل النيل ، بل حفر المعدن زماناً ، ثم عاد النيل ، فإن كان زمن الانقطاع يسيراً ، ضم أيضاً ، وإلا ، فقولان . الجديد : الضم . والقديم : لا ضم . وإن قطع العمل ثم عاد إليه ، فإن كان القطع لغير عذر ، فلا ضم ، طال الزمان أم قصر ، لإعراضه . وإن قطع لعذر ، فالضم ثابت إن قصر الزمان ، وإن طال ، فكذلك عند الأكثرين . وفي وجه : لا ضم . وفي حد الطول أوجه . أصحها : الرجوع إلى العرف ، والثاني : ثلاثة أيام ، والثالث : يوم كامل . ثم إصلاح الآلات وهرب العبيد والأجراء من الأعذار بلا خلاف . وكذلك السفر والمرض على المذهب . وقيل : فيها وجهان . أصحها : عذران ، والثاني : لا . ومتى حكنا بعدم الضم ، فمعناه أن الأول لا يضم إلى الثاني . فأما الثاني فيكمل بالأول قطعاً ، كما يكمل بما يملكه من غير المعدن .

فرع

إذا نال من المعدن دون نصاب ، وهو يملك من جنسه نصاباً فصاعداً ، فاما أن يناله في آخر جزء من حول ماعنده ، أو مع تمام حوله ، أو قبله ، ففي الحالين الأولين يصير النيل مضموماً إلى ماعنده ، وعليه في ذلك النقد حقه ، وفيما ناله حقه على اختلاف الأقوال فيه . وأما إذا ناله قبل تمام الحول ، فلا شيء فيما عنده حتى يتم حوله . وفي وجوب حق المعدن فيما ناله ، وجهان . أصحها : يجب ، وهو

ظاهر نصه في « الأم » والثاني : لا يجب . فعلى هذا ، يجب فيما عنده ربع العشر عند تمام حوله ، وفيما ناله ربع العشر عند تمام حوله . ولو كان ما يملك من جنسه دون نصاب ، بأن ملك مائة درهم ، فنال من المعدن مائة ، نظر ، إن نال بعد تمام حول ما عنده ، ففي وجوب حق المعدن فيما ناله الوجهان . فعلى الأول : يجب في المعدن حقه ، ويجب فيما عنده ربع العشر إذا مضى حول من حين كمل النصاب بالنيل ، وعلى الثاني : لا يجب شيء حتى يمضي حول من يوم النيل ، فيجب في الجميع ربع العشر . وعن صاحب « الافصاح » وجه : أنه يجب فيما ناله حقه ، وفيما كان عنده ربع العشر في الحال ، لأنه كمل بالنيل ، وقد مضى عليه الحول . وأما إن ناله قبل تمام حول المائة ، فلا يجيء وجه صاحب « الافصاح » ، ويجيء الوجهان الآخران . وهذا التفصيل المذكور في بعض طرق المراقين ، وقد نقل معظمه الشيخ أبو علي ، ونسبه الامام إلى السهو وقال : إذا كان يملكه دون النصاب ، فلا ينمقد عليه حول حتى يفرض له وسط وآخر ، ويحكم بوجوب الزكاة فيه يوم النيل . ولا شك في القول بوجوب الزكاة فيه للنيل ، لكن الشيخ لم ينفرد بهذا النقل ، ولا صار إليه حتى يمترض عليه ، وإنما نقله متمجياً منه ، منكرأ له . وأما إذا كان ما عنده مال تجارة ، فتنتظم فيه الأحوال الثلاثة وإن كان دون النصاب بلا إشكال ، لأن الحول ينمقد عليه ، ولا يعتبر النصاب إلا في آخر الحول على الأصح . فإن نال من المعدن في آخر حول التجارة ، ففيه حق المعدن ، وفي مال التجارة زكاة التجارة إن كان نصاباً ، وكذا إن كانت دونه وبلغ بالمعدن نصاباً ، واكتفينا بالنصاب في آخر الحول . وإن نال قبل تمام الحول ، ففي وجوب حق المعدن الوجهان السابقان ، وإن نال بعد تمام الحول ، نظر ، إن كان مال التجارة نصاباً في آخر الحول ، وجب في النيل حق المعدن ، لانضمامه إلى ما وجبت فيه الزكاة ، وإن لم يبلغ نصاباً ونال بعد مضي شهر من الحول الثاني مثلاً ، بني ذلك على الخلاف في أن سلمة التجارة إذا قومت في آخر الحول

فلم تبلغ نصاباً ، ثم ارتفعت القيمة بعد شهر ، هل تجب فيها الزكاة ، أم ينتظر آخر الحول الثاني ؟ فإن قلنا بالأول ، وجبت زكاة التجارة في مال التجارة ، وحينئذ يجب حق المعدن في النيل قطعاً . وإن قلنا بالثاني ، ففي وجوب حق المعدن الوجهان ، وجميع ما ذكرناه مفرع على المذهب أن الحول ليس بشرط في حق المعدن . فإن شرطناه ، انعقد الحول عليه من حين وجده .

فروع

لا يمكن ذمي من حفر معادن دار الاسلام والأخذ منها ، كما لا يمكن من الإحياء فيها ، ولكن ما أخذه قبل إزعاجه يملكه ، كما لو احتطب . وعلى عليه حق المعدن ؟ يبنى على أن مصرف حق المعدن ماذا ؟ فإن أوجبنا فيه ربع المشر ، فمصرفه مصرف الزكوات ، وإن أوجبنا الخمس ، فطريقان . المذهب والذي قطع به الأكثرون : مصرف الزكوات ، والثاني : على قولين . أظهرهما : هذا ، والثاني : مصرف خمس خمس الفبيء . فإن قلنا : بهذا ، أخذ من الذمي الخمس ، وإن قلنا بالمذهب ، لم يؤخذ منه شيء . وعلى المذهب تشترط النية فيه . وعلى قول مصرف الفبيء ، لا تشترط النية . ولو كان المستخرج من المعدن مكاتباً ، لم يمنع ولا زكاة . ولو نال العبد من المعدن شيئاً ، فهو لسيده وعليه واجبة . ولو أمره السيد بذلك ليكون النيل له ، فقد بناء صاحب « الشامل » على القولين في ملك العبد بتمليك السيد ، وحظ الزكاة من القولين ما قدمناه .

واعلم أن السلطان والحاكم ، يزعج الذمي عن معدن دار الاسلام . وينقذ جواز إزعاجه لكل مسلم ، لأنه صاحب حق فيه .

فرع

لو استخرج اثنان من معدن نصاباً ، فوجوب الزكاة يبنى على ثبوت الخلطة في غير المواشي .

فرع

إذا قلنا بالذهب : إن الحول لا يعتبر ، فوقت وجوب حق المعدن حصول النيل في يده ، ووقت الاخراج ، التخليص والتنقية . فلو أخرج قبل التنقية من التراب والحجر ، لم يحجز ، وكان مضموناً على الساعي ، يلزمه رده . فلو اختلفا في قدره بمد التلف ، أو قبله ، فالقول قول الساعي مع يمينه ، ومؤونة التخليص والتنقية على المالك ، كمؤونة الحصاد والديار . فلو تلف بمضه قبل التمييز ، فهو كتلف بعض المال قبل الامكان .

قلت : وإذا امتنع من تخليصه ، أجبر . والله أعلم

فصل

الركاز دفين الجاهلية ، ويجب فيه الخمس ، ويصرف مصرف الزكوات على المذهب . وحكي قول ، وقيل : وجه : أنه يصرف مصرف خمس خمس الفبيء ، ولا يشترط الحول فيه بلا خلاف . والمذهب : اشتراط النصاب وكون الموجود ذهباً أو فضة . وقيل : في اشتراط ذلك ، قولان . الجديد : الاشتراط .

فرع

لو كان الموجود على ضرب الاسلام ، بأن كان عليه شيء من القرآن ، أو اسم ملك من ملوك الاسلام ، لم يملكه الواحد بمجرد الوجدان ، بل يردّه إلى مالكه إن علمه ، فإن لم يعلمه ، فوجهان . الصحيح الذي قطع به الجمهور : هو لقطة يعرفه الواجد سنة ، ثم له تملكه إن لم يظهر مالكه . وقال الشيخ أبو علي : هو مال ضائع يمسكه الآخذ للهالك أبداً ، أو يحفظه الامام له في بيت المال ، ولا يملك بحال ، كما لو أُلقت الريح ثوباً في حجره ، أو مات موثّرته عن ودائع وهو لا يعرف مالها . وإنما يملك بالتعريف ما ضاع من المارّة ، دون ما حصّنه المالك بالدفن . ونقل البغوي عن القفال نحو هذا . قال الامام : ولو انكشفت الأرض عن كنز بسيل ونحوه ، فما أدري ما قول الشيخ فيه ، والمال البارز ضائع ، قال : واللائق بقياسه ، أن لا يثبت فيه حق التملك اعتباراً بأصل الموضع ، ولو لم يعرف أن الموجود من ضرب الجاهلية أو الاسلام ، فقولان . أظهرهما وأشهرهما : ليس بركاظ ، والثاني : ركاظ فيخمس . وعلى الأظهر : يكون لقطة على قول الجمهور . وعن الشيخ أبي علي موافقة الجمهور هنا . وعنه أيضاً وجهان . أحدهما : الموافقة ، والثاني : أنه مال ضائع كما قال في الصورة السابقة . ثم يلزم من كون الركاظ على ضرب الاسلام ، كونه دفن في الاسلام ، ولا يلزم من كونه على ضرب الجاهلية كونه دفن في الجاهلية ، لاحتماله أنه وجدته مسلم بكفر جاهلي ، فكفره ثانياً ، فالحكم مدار على كونه من دفن الجاهيلين ، لا على كونه ضرب الجاهلية .

فرع

الكثر الموجود بالصفة المتقدمة ، تارة يوجد في دار الاسلام ، وتارة في دار الحرب . فالذي في دار الاسلام ، إن وجد في موضع لم يعمره مسلم ولا ذو عهد ، فهو ركاز ، سواء كان مواتاً أو من القلاع العادية التي عمرت في الجاهلية . فإن وجد في طريق مسلوكة ، فالذهب والذي قطع به العراقيون والقفال : أنه لقطة . وقيل : ركاز . وقيل : وجهان ، والموجود في المسجد لقطة على المذهب . ويحيى فيه الوجه الذي في الطريق : أنه ركاز . وما عدا هذه المواضع ، ينقسم إلى مملوك ، وموقوف ، فالمملوك ، إن كان لغيره ووجد فيه كنزاً ، لم يملكه الواجد ، بل إن ادعاه مالكه ، فهو له بلا يمين ، كالأمتعة في الدار ، وإلا فهو لمن تلقى صاحب الأرض الملك منه . وهكذا إلى أن ينتهي إلى الذي أحيا الأرض فيكون له وإن لم يدعه ، لأنه بالإحياء ملك ما في الأرض ، وبالبيع لم يزل ملكه عنه ، فإنه مدفون منقول . فإن كان من تلقى الملك عنه هالكاً ، فورثته قائمون مقامه . فإن قال بعض ورثته : هو لمورثنا ، وأباه بعضهم ، سلم نصيب المدعي إليه ، وسلك بالباقي ما ذكرناه . هذا كله كلام الأئمة صريحاً وإشارة . ومن المصرحين بملك الركاز بأحياء الأرض ، القفال . ورأى الامام تخريج ملك الركاز بالأحياء على ما لو دخلت ظبية داراً ، فأغلق صاحبها الباب لا على قصد ضبطها . وفيه وجهان . أصحها : لا يملكها ، ولكن يصير أولى بها . كذلك المحبي يصير أولى بالكثر . ثم إذا قلنا : الكثر يملك بالأحياء ، وزالت رقبة الأرض عن ملكه ، فلا بد من طلبه ورده إليه . وإن قلنا : لا يملكه ، ولكن يصير أولى به ، فلا يبعد أن يقال : إذا زال ملكه عن رقبة الأرض ، بطل اختصاصه . كما أن في مسألة الظبية إذا قلنا : لا يملكها ، ففتح الباب وأفلتت ، ملكها من اصطادها .

التفريع : إن قلنا : المحبي لا يملك بالأحياء ، فإذا دخل في ملكه ، أخرج

الخمس ، وإلا فإذا احتوت يده على الكنز نفسه وقد مضى سنون ، فلا بد من إخراج
الخمس الذي لزمه يوم ملكه . وفيما مضى من السنين ، يبنى وجوب ربع المشي
في الأخماس الأربعة على الخلاف في الضال* والمنصوب ، وفي الخمس كذلك إن
قلنا : تتعلق الزكاة بالعين ، وإلا فعلى ما ذكرنا إذا لم يملك إلا نصيباً وتكرر
الحول عليه . أما إذا كان الموضع الذي وجد فيه الكنز للواجد ، فإن كان أحياء ،
فما وجدته ركاز ، وعليه خمسة في وقت دخوله في ملكه كما سبق . وقال النزالي :
فيه وجهان ، بناءً على ما قاله الامام ، وإن كان انتقل إليه من غيره ، لم يحلُّ له
أخذه ، بل عليه عرضه على من ملكه عنه . وهكذا حتى ينتهي إلى المحيي كما سبق .
وإن كان الموضع موقوفاً ، فالكنز لمن في يده الأرض ، كذا قاله في « التهذيب » .
هذا كله إذا وجد في دار الاسلام ، فلو وجد في دار الحرب في موات ، نظر ،
إن كانوا لا يذبُّون عنه ، فهو كموات دار الاسلام ، وإن كانوا يذبُّون عنه ذهبهم
عن العمران ، فالصحيح الذي قطع به الأكثرون : أنه كمواتهم الذي لا يذبُّون
عنه . وقال الشيخ أبو علي : هو كمواتهم . وإن وجد في موضع مملوك لهم ،
نظر ، إن أخذ بقهر وقاتل ، فهو غنيمة ، كأخذ أموالهم ونقودهم من بيوتهم ،
فيكون خمسة لأهل الخمس ، وأربعة أخماسه لمن وجدته . وإن أخذ بغير قتال
ولا قهر ، فهو فبيء ، ومستحقه أهل الفبيء . كذا قاله في « النهاية » وهو محمول على
ما إذا دخل دار الحرب بغير أمان ، لأنه إذا دخل بأمان لا يجوز له أخذ كنزهم
لا بقتال ولا بغيره . كما ليس له أن يخونهم في أمتعة بيوتهم ، وعليه الرد إن أخذ .
وقد نص على هذا ، الشيخ أبو علي . ثم في كونه فيئاً إشكال ، لأن من دخل بغير
أمان ، وأخذ ما لهم بلا قتال ، إما أن يأخذه خفية ، فيكون سارقاً ، وإما جهاراً ،
فيكون مختلساً ، وهما خاص ملك السارق والمختلس . ويتأيد هذا الإشكال بأن
كثيراً من الأئمة أطلقوا القول بأنه غنيمة ، منهم ابن الصباغ ، والصيدلاني .

فرع

إذا تنازع بائع الدار ومشتريها في ركاز وجد فيها ، فقال المشتري : لي وأنا دفنته ، وقال البائع مثل ذلك ، أو قال : ملكته بالاحياء ، أو تنازع المير والمستمير ، أو المكري والمستأجر هكذا ، فالقول قول المشتري والمستمير والمستأجر مع أبيهما ، لأن اليد لهم ، فهو كالنزاع في متاع الدار . وهذا إذا احتمل صدق صاحب اليد ، ولو على بُعد . فأما إذا لم يحتمل لكون مثله لا يمكن دفنه في مدة جديدة ، فلا يصدق صاحب اليد . ولو وقع النزاع بين المكري والمستأجر ، أو المير والمستمير بعد رجوع الدار ، إلى يد المالك ، فإن قال المكري أو المير : أنا دفنته بعد عود الدار إلي ، فالقول قوله بشرط الامكان . وإن قال : دفنته قبل خروج الدار من يدي ، فوجهان . أحدهما : القول قوله أيضاً ، وأصحها : القول قول المستأجر والمستمير ، لأن المالك سلم له حصول الكتز في يده ، فيده تنسخ اليد السابقة . ولهذا لو تنازعا قبل الرجوع ، كان القول قوله .

فرع

إذا اعتبرنا النصاب في الزكاة ، لم يشترط كون الموجود نصاباً ، بل يكفيه بما يملكه من جنس النقد الموجود . وفيه من التفصيل والخلاف ما سبق في المدن ، وإذا كملنا ، ففي الركاز الخمس .

فرع

حكم النمي في الركاز ، حكمه في المعدن ، فلا يمكن من أخذه في دار الاسلام ، فان وجده وأخذه ، ملكه على المذهب المعروف . قال الامام : وفيه احتمال عندي ، لأنه كالحاصل في قبضة السدين ، فهو كالحلم الضال . وإذا قلنا بالمذهب فأخذه ، ففي أخذ حق الزكاة (١) منه ، الخلاف السابق في المعدن .

قلت : إذا وجد معدنا ، أو ركازاً ، وعليه دين ، ففي منع الدين زكاتها القولان المتقدمان في سائر الزكوات . وإذا أوجبت زكاة الركاز في عين الذهب والفضة ، أخذ خمس الموجود لا قيمته ، ولو وجد في ملكه ركاز فلم يدعه ، وادعاه اثنان ، فصدق أحدهما ، سلم اليه . وإذا وجد من الركاز دون النصاب ، وله دين تجب فيه الزكاة ، فبلغ به نصابا ، وجب خمس الركاز في الحال ، وإن كان ماله غائباً ، أو مدفوناً ، أو غنيمه ، والركاز ناقص ، لم يخمس حتى يعلم سلامة ماله ، فحينئذ يخمس الركاز الناقص عن النصاب ، سواء بقي المال ، أو تلف إذا علم وجوده يوم حصل الركاز . والله اعلم

باب

زكاة الفطر

هي واجبة ، وقال ابن اللبان من أصحابنا : غير واجبة .
قلت : قول ابن اللبان شاذ منكر ، بل غلط صريح . والله اعلم

(١) في مخطوطات الظاهرية : « الركاز »

وفي وقت وجوبها أقوال . أظهرها وهو الجديد : تجب بغروب الشمس ليلة العيد ، والثاني وهو القديم : تجب بطلوع الفجر يوم العيد ، والثالث : تجب بالوقتين معاً ، خرجه صاحب « التلخيص » واستنكره الأصحاب ، فلو ملك عبداً ، أو أسلم عبده الكافر ، أو نكح امرأة ، أو ولد له ولد ليلة العيد ، لم تجب فطرته على الجديد ، وعلى المخرج ، وتجب على القديم . ولو مات ولده أو عبده ، أو زوجته ، أو طلقها بائناً ليلة العيد ، أو ارتد العبد ، أو الزوجة ، لم تجب على القديم والمخرج ، وتجب على الجديد ، وكذا الحكم لو أسلم الكافر قبل الغروب ، ومات بعده . ولو حصل الولد أو الزوجة ، أو العبد بعد الغروب ، وماتوا قبل الفجر ، فلا فطرة على الأقوال كلها . ولو زال الملك في العبد بعد الغروب وعاد قبل الفجر ، وجبت على الجديد والقديم . وأما على المخرج ، فوجهان كالوجهين في أن الواهب هل يرجع في ما زال ملك المتب عنه ثم عاد إليه ؟ ولو باع العبد بعد الغروب واستمر ملك المشتري ، فعلى الجديد : الفطرة على البائع ، وعلى القديم : على المشتري ، وعلى المخرج ، لا تجب على واحد منها ، ولو مات مالك العبد ليلة العيد ، فعلى الجديد : الفطرة في تركته ، وعلى القديم : تجب على الوارث ، وعلى المخرج : لا فطرة أصلاً ، وفيه وجه : أنها تجب على الوارث على هذا القول بناءً على القديم أن الوارث يبنى على حول الموروث .

فصل

الفطرة يجوز تمجيلها من أول شهر رمضان على المذهب . وتقدم بيانه في باب التمجيل ، فإذا لم يعجل ، فيستحب أن لا يؤخر إخراجها عن صلاة العيد ، ويحرم تأخيرها عن يوم العيد ، فإن أخر قضي .

فصل

الفطرة قد يؤديها عن نفسه ، وقد يؤديها عن غيره . وجهات التحمل ثلاث : الملك ، والنكاح ، والقراءة . وكلها تقتضي وجوب الفطرة في الجملة ، فمن لزمه نفقة بسبب منها ، لزمه فطرة المنفق عليه ، ولكن يشترط في ذلك أمور ، ويستثنى عنه صور ، منها : متفق عايه . ومنها : مختلف فيه ، ستظهر بالتفريع إن شاء الله تعالى .

وقال ابن المنذر من أصحابنا : تجب فطرة الزوجة في مالها ، لا على الزوج . فمن المستثنى : أن الابن تلزمه نفقة زوجة أبيه ، تقريباً على المذهب في وجوب الاعفاف ، وفي وجوب فطرتها عليه وجهان . أصحابها عند النزالي في طائفة : وجوبها . وأصحابها عند صاحبي « التهذيب » و « العدة » وغيرهما : لا تجب .

قلت : هذا الثاني هو الأصح ، وجزم الرافعي في « المحرر » بصحته . والله أعلم . ويجري الوجهان في فطرة مستولدته . ثم من عدا الأصول والفروع من الأقارب ، كالإخوة والأعمام : لا تجب فطرتهم ، كما لا تجب نفقتهم . وأما الأصول والفروع ، فإن كانوا موسرين ، لم تجب نفقتهم ، وإلا فكل من جمع منهم إلى الأعسار الصغر ، أو الجنون ، أو الزمانة وجبت نفقته ، ومن تجرد في حقه الأعسار ، ففي نفقته قولان . ومنهم من قطع بالوجوب في الأصول . وحكم الفطرة حكم النفقة اتفاقاً واختلافاً . إذا ثبت هذا ، فلو كان الابن الكبير في نفقة أبيه ، فوجد قوته ليلة العيد ويومه فقط ، لم تجب فطرتة على الأب لسقوط نفقته ، ولا على الابن ، لإعساره . وإن كان الابن صغيراً ، والمسألة بحالها ، ففي سقوط الفطرة عن الأب وجهان . أصحابها : السقوط كالكبير ، والثاني : لا تسقط لتأكدها .

فرع

الفطرة الواجبة على الغير ، هل تلاقي المؤدى عنه ، ثم يتحمل عنه المؤدى ، أم تجب على المؤدى ابتداءً ؟ فيه خلاف . يقال : وجهان . ويقال : قولان مخرجان . أحدهما : الأول . ثم الأكثرون طردوا الخلاف في كل مؤدى عن غيره من الزوج والسيد والقريب . قال الامام : وقال طوائف من المحققين : هذا الخلاف في فطرة الزوجة فقط . أما فطرة المملوك والقريب ، فتجب على المؤدى ابتداءً قطعاً ، لأن المؤدى عنه ، لا يصلح للإيجاب لمجزئه . ثم حيث فرض الخلاف وقلنا بالتحمل ، فهو كالضمان ، أم كالحالة ؟ قولان حكاهما أبو العباس الرويانى في « المسائل الجرجانيات » ، فلو كان الزوج معسراً ، والزوجة أمة ، أو حرة موسرة ، فطريقان . أحدهما : فيها قولان بناءً على الأصل المذكور . إن قلنا : الوجوب يلاقي المؤدى عنه أولاً ، وجبت الفطرة على الحرة وسيد الأمة ، وإلا فلا تجب على أحد ، والطريق الثاني : تجب على سيد الأمة ، ولا تجب على الحرة ، وهو المنصوص . والفرق ، كمال تسليم الحرة نفسها ، بخلاف الأمة .

قلت : الطريق الثاني : أصح . والله اعلم

أما إذا نشزت ، فنسقط فطرتها عن الزوج قطعاً . قال الامام : والوجه عندي القطع بإيجاب الفطرة عليها وإن قلنا : لا يلاقيها الوجوب ، لأنها بالنشوز خرجت عن إمكان التحمل . ولو كان زوج الأمة موسراً ، فطرتها كنفقها ، وبينائها في بابها . وأما خادم الزوجة ، فإن كانت مستأجرة ، لم تجب فطرتها ، وإن كانت من إماء الزوج ، فمليه فطرتها ، وإن كانت من إماء الزوجة ، والزوج ينفق عليها ، لزمه فطرتها ، لأنه يمونها ، نص عليه الشافعي رحمه الله في « المختصر » ، وقال الامام : الأصح عندي : أنها لا تلزمه .

فرع

لو أخرجت الزوجة فطرة نفسها مع يسار الزوج بغير إذنه ، ففي لأجزائها وجهان . إن قلنا : الزوج متحمل ، أجزاً ، وإلا ، فلا ، ويجري الوجهان فيما لو تكلف من فطرته على قريبه ، باستقراض أو غيره ، وأخرج بغير إذنه . والمنصوص في « المختصر » : الأجزاء . ولو أخرجت الزوجة أو القريب بإذن من عليه ، أجزاً بلا خلاف ، بل لو قال الرجل لغيره : أدّ عني فطرتي ، ففعل ، أجزأه ، كما لو قال : اقض ديني .

فرع

تجب فطرة الرجمية كنفقتها . وأما البائن : فإن كانت حائلاً ، فلا فطرة ، كما لا نفقة ، وإن كانت حاملاً ، فطريقان . أحدهما : تجب كالنفقة ، وهذا هو الراجح عند الشيخ أبي علي ، والامام ، والغزالي ، والثاني وبه قطع الأكثرون : أن وجوب الفطرة مبني على الخلاف في أن النفقة للحامل ، أم للحمل ؟ إن قلنا بالأول ، وجبت ، وإلا ، فلا ، لأن الجنين لا تجب فطرته . هذا إذا كانت الزوجة حرة ، فإن كانت أمة ، ففطرتها بالاتفاق مبنية على ذلك الخلاف . فإن قلنا : النفقة للحمل ، فلا فطرة ، كما لا نفقة ، لأنه لو برز الحمل ، لم تجب نفقته على الزوج ، لأنه ملك سيدها ، وإن قلنا : للحامل ، وجبت ، وسواء رجحنا الطريق الأول أو الثاني ، فالذهب : وجوب الفطرة ، لأن الأظهر : أن النفقة للحامل .

فرع

لا تجب على المسلم فطرة عبده ، ولا زوجته ، ولا قريبه ، الكفاري .

فرع

تجب فطرة العبد المشترك ، وفطرة مَنْ بمضه حر . فإن لم يكن مهايأة ، فالوجوب عليهما ، وإن كانت مهايأة بين الشريكين ، أو بين السيد وَمَنْ بمضه حر ، فهل تختص الفطرة بمن وقع زمنُ الوجوب في نوبته ، أم توزع بينهما ؟ يبنى ذلك على أن الفطرة هل هي من المؤن النادرة ، أم من المتكررة ، وأن النادرة هل تدخل في المهايأة ، أم لا ؟ وفي الأمرين خلاف . فأما الأول ، فالذهب : أن الفطرة من النادرة ، وبه قطع الجمهور . وقيل : فيها وجهان . وأما الثاني : ففيه وجهان مشهوران . أحدهما : دخول النادر .

فرع

المدبر ، وأم الولد ، والمملوق عتقه على صفة ، تجب فطرتهم على السيد ، وتجب فطرة الرهون ، والجاني ، والمستأجر . وقال إمام الحرمين والفزالي : يحتمل أن يجري في الرهون الخلاف المذكور في زكاة المال المرهون ، وهذا الذي قالاه ، لا نعرفه لتغيرهما ، بل قطع الأصحاب بالوجوب هنا وهناك . وأما العبد المنصوب والضال ، فالذهب : وجوب فطرته . وقيل : قولان ، كزكاة المنصوب . وطرّد ابن عبدان هذا الخلاف فيما إذا حيل بينه وبين زوجته وقت الوجوب . وأما العبد

الغائب ، فإن علم حياته وكان في طاعته ، وجبت فطرته ، وإن كان آبقاً ، ففيه
انطريقان ، كالمصوب . وإن كان لم يعلم حياته ، وانقطع خبره مع تواصل الراق ،
فطريقان . أحدهما : القطع بوجوبها ، والثاني : على قولين . والمذهب : على الجملة
وجوبها . والمذهب : أن هذا المبد لا يجزىء عتقه عن الكفارة . ثم إذا أوجبنا
الفطرة في هذه الصور ، فالذهب : وجوب إخراجها في الحال . ونص في
الاملاء ، على قولين فيه .

فرع

المبد يتفق على زوجته من كسبه ، ولا يخرج الفطرة عنها حرة كانت أو
أمة ، لأنه ليس أهلاً لفطرة نفسه ، فكيف يحمل عن غيره ؟ بل تجب على الزوجة
فطرة نفسها إن كانت حرة ، وعلى السيد إن كانت أمة على المذهب فيها . وقيل :
فيها القولان السابقان فيما إذا كان الزوج حراً مصرأ . ولو ملك السيد عبده شيئاً ،
وقلنا : يملكه ، لم يكن له إخراج فطرة زوجته استقلالاً ، لأنه ملك ضعيف ،
فلو صرح في الاذن بالصرف إلى هذه الجهة [فوجهان] ^(١) فان قلنا : له ذلك ، فليس
للسيد الرجوع عن الاذن بعد دخول الوقت ، لأن الاستحقاق إذا ثبت فلا مدفع له .

فرع

إذا أوصى بمنفعة عبد لرجل ، وبرقبته لآخر ، ففطرته على الموصى له بالرقبة
قطلاً . وهل تجب نفقته عليه ، أو على الآخر ، أو في بيت المال ؟ [فيه] ^(١) ثلاثة أوجه .
قلت : الأصح : أنها على مالك الرقبة ، وأن الفطرة كالتفقة وهي ممادة في الوصية .

والله اعلم

وعبد بيت المال ، والموقوف على مسجد ، لا فطرة فيها على الصحيح .
والموقوف على رجل بعينه ، المذهب : أنه إن قلنا : الملك في رقبته للموقوف عليه ،
فمليه فطرته . وإن قلنا : لله تعالى ، فوجهان . وقيل : لا فطرة فيه قطعاً ،
وبه قطع في « التهذيب » .

قلت : الأصح : لا فطرة إذا قلنا : لله تعالى . والله أعلم

فرع

إذا مات المؤدّي عنه بعد دخول الوقت وقبل إمكان الأداء ، لم تسقط الفطرة
على الأصح . وبه قطع في « الشامل » .

فصل

يشترط في مؤدي الفطرة ، ثلاثة أمور .

الأول : الإسلام .

فلا فطرة على الكافر عن نفسه ، ولا عن غيره ، إلا إذا كان له عبد مسلم ،
أو قريب مسلم ، أو مستولدة مسلمة ، ففي وجوب الفطرة عليه وجهان ، بناءً على
أنها تجب على المؤدي ابتداءً ، أم على المؤدّي عنه ، ثم يتحمل المؤدي ؟

قلت : أصحها : الوجوب ، وصححه الرافعي في « المحرر » وغيره . وهو مقتضى البناء .
والله أعلم

فإن قلنا بالوجوب ، فقال إمام الحرمين : لا صائر إلى أن التحمل عنه ينوي .
ولو أسلمت ذمية تحت ذمي ، ودخل وقت الفطرة في تخلف الزوج ، ثم أسلم قبل
انقضاء العدة ، ففي وجوب نفقها مدة التخلف خلاف يأتي في موضعه إن شاء

الله تعالى . فإن لم نوجبها ، فلا فطرة . وإن أوجبناها ، فالفطرة على هذا الخلاف في عبده المسلم .

الأمر الثاني : الحرية .

فليس على الرقيق فطرة نفسه ، ولا فطرة زوجته . ولو ملكه السيد عبداً ، وقتلنا : يملكه ، سقطت فطرته عن سيده ، لزوال ملكه ، ولا تجب على المملك لضعف ملكه . وفي المكاتب ثلاثة أقوال ، أو أوجه . أصحابنا : لا فطرة عليه ، ولا على سيده عنه ، والثاني : تجب على سيده ، والثالث : تجب عليه في كسبه كنفقته . والخلاف في أن المكاتب عليه فطرة نفسه يجري في أن عليه فطرة زوجته وعبيده . والمدير ، والمستولدة ، كالقن . ومن بعضه حر ، سبق حكمه .

الأمر الثالث : اليسار .

فالمر لا فطرة عليه ، وكل من لم يفضل عن قوته وقوت من في نفقته ، ليلة العيد ويومه ، ما يخرج في الفطرة ، فهو معسر ، ومن فضل عنه ما يخرج في الفطرة من أي جنس كان من المال ، فهو موسر . ولم يذكر الشافعي وأكثر الأصحاب في ضبط اليسار والاعسار ، إلا هذا القدر . وزاد الامام : فاعتبر كون الصاع فاضلاً عن مسكنه وعبد الذي يحتاج إليه في خدمته . وقال : لا يحسب عليه في هذا الباب ما لا يحسب في الكفارة . وإذا نظرت كتب الأصحاب لم تجد ما ذكره ، وقد ينلب على ظنك أنه لا خلاف في المسألة ، وأن الذي ذكره ، كاليان والاستدراك لما أهمله الأولون ، وربما استشهدت بكونهم لم يذكروا دست ثوب يلبسه ، ولا شك في اعتباره ، فإن الفطرة ليست بأشد من الدين ، وهو مبقى عليه في الدين ، لكن الخلاف ثابت ، فإن الشيخ أبا علي حكى وجهاً ، أن عبد الخدمة لا يباع في الفطرة ، كما لا يباع في الكفارة ، ثم أنكر عليه وقال : لا يشترط في الفطرة كونه فاضلاً عن كفايته ، بل المعتبر قوت يومه كالدين ، بخلاف الكفارة ، فإن لها بدلاً ، وذكر في « التهذيب » ما يقتضي وجبين . والأصح عنده : موافقة الامام ،

واحتج له بقول الشافعي رضي الله عنه : أن الابن الصغير إذا كان له عبد يحتاج إلى خدمته ، لزم الأب فطرته كفطرة الابن ، فلو لا أن العبد غير محسوب ، لسقط بسببه فطرة الابن أيضاً . وإذا شرطنا كون المخرج فاضلاً عن العبد والمسكن ، إنما اشترطه في الابتداء ، فلو ثبتت الفطرة في ذمة انسان ، بعنا خادمه ومسكنه فيها ، لأنها بعد الثبوت التحقت بالديون . واعلم أن الدين على الآدمي يمنع وجوب الفطرة بالاتفاق ، كما أن الحاجة الى صرفه في نفقة القريب تمنعه . كذا قاله الامام . قال : ولو ظن ظان أن لا يمنعه على قول كما لا يمنع وجوب الزكاة ، كان مبعداً . هذا لفظه ، وفيه شيء نذكره في آخر الباب إن شاء الله تعالى . فعلى هذا ، يشترط مع كون المخرج ، فاضلاً عما سبق ، كونه فاضلاً عن قدر ما عليه من الدين . واعلم أن اليسار إنما يعتبر وقت الوجوب ، فلو كان معسراً عنده ثم أيسر ، فلا شيء عليه .

فرع

لو فضل معه عما لا يجب (١) عليه بعض صاع ، لزمه إخراجه على الأصح ، ولو فضل صاع وهو يحتاج إلى إخراج فطرة نفسه وزوجته وأقاربه ، فأوجه . أصحها : يلزمه تقديم فطرة نفسه ، والثاني : يلزمه تقديم الزوجة ، والثالث : يتخير ، إن شاء أخرجه عن نفسه ، وإن شاء عن غيره . فعلى هذا ، لو أراد توزيعه عليهم ، لم يحز على الأصح . والوجهان على قولنا : من وجد بعض صاع فقط ، لزمه إخراجه ، فإن لم يلزمه ، لم يحز التوزيع بلا خلاف . ولو فضل صاع وله عبد ، صرفه عن نفسه ، وهل يلزمه أن يبيع في فطرة العبد جزءاً منه ؟ فيه أوجه . أصحها : إن كان يحتاج إلى خدمته ، لم يلزمه ، وإلا لزم . والثاني : يلزمه مطلقاً . والثالث : لا يلزمه مطلقاً . ولو فضل صاعان وفي نفقته جماعة ، فالأصح : أنه يقدم نفسه بصاع ، وقيل : يتخير .

(١) في غطوطة الظاهرية : لا يجب .

وأما الصاع الآخر ، فإن كان من في نفقته أقارب ، قدم منهم من يقدم نفقته ، ومراتبهم وفقاً وخلافاً ، وموضعها كتاب النفقات ، فإن استووا فيتخير ، أو يسقط وجهان . ولم يتعرضوا للاقراع ، وله مجال في نظائره .

قلت : الأصح : التخيير . والله أعلم

ولو اجتمع مع الأقارب زوجة ، فأوجه . أصحها : تقدم الزوجة . والثاني ، القريب . والثالث : يتخير ، فعلى الأصح ، لو فضل صاع ثالث ، فأخرجه عن أقاربه على ما سبق فيما إذا تمحضوا .

واعلم ان المذهب من الخلاف الذي ذكرناه ، والذي أخرناه ، إلى كتاب النفقات : أنه يقدم نفسه ، ثم زوجته ، ثم ولده الصغير ، ثم الأب ، ثم الأم ، ثم الولد الكبير .

فصل

الواجب في الفطرة صاع من أي جنس أخرجه ، وهو خمسة أرطال وثلاث بالبغدادى ، وهي ستمائة درم وثلاثة وتسعون درهماً وثلاث درم .

قلت : هذا الذي قاله على مذهب من يقول : رطل ، بغداد مائة وثلاثون درهماً ، ومنهم من يقول : مائة وثمانية وعشرون درهماً ، ومنهم من يقول : مائة وثمانية وعشرون درهماً وأربعة أسباع درم ، وهو الأرجح ، وبه الفتوى . فعلى هذا الصاع : ستمائة درم وخمسة وثمانون وخمسة أسباع درم . والله أعلم

قال ابن الصباغ وغيره : الأصل فيه الكيل ، وإنما قدره العلماء بالوزن استظهاراً .

قلت : قد يستشكل ضبط الصاع بالأرطال ، فإن الصاع المخرج به في زمن

رسول الله ﷺ ، مكيال معروف ، ويختلف قدره وزناً باختلاف جنس ما يخرج ، كالذرة والحصص وغيرها ، وفيه كلام طويل ، فمن أراد تحقيقه راجعه في « شرح المذهب » ، ومختصره : أن الصواب ما قاله الامام أبو الفرج الدارمي من أصحابنا ، أن الاعتماد في ذلك على الكيل ، دون الوزن ، وأن الواجب أن يخرج بصاع معاير بالصاع الذي كان يخرج به في عصر رسول الله ﷺ ، وذلك الصاع موجود ، ومن لم يجد ، وجب عليه إخراج قدر يتيقن أنه لا ينقص عنه . وعلى هذا ، فالتقدير بخمسة أرطال وثلاث تقريباً . وقال جماعة من العلماء : الصاع : أربع حفنات بكفي رجل معتدل الكفين . والله اعلم .

فرع

كل ما يجب فيه العشر ، فهو صالح لإخراج الفطرة . وحكي قول قديم : أنه لا يجزئ فيها الحصص ، والعدس . والمذهب المشهور : هو الأول . وفي الأقط ، طريقان . أحدهما : القسط بجوازه ، والثاني : على قولين . أظهرهما : جوازه . قلت : ينبغي أن يقسط بجوازه ، لصحة الحديث فيه من غير معارض^(١) . والله اعلم . فان جوزه ، فالأصح : أن اللبن والجبن في مئنه ، والثاني : لا يجزئان . والوجهان في إخراج من قوته الأقط ، واللبن ، والجبن . واتفقوا على أن إخراج الحبيص والمصل والسمن ، لا يجزئ ، وكذلك الجبن المزروع الزبد .

(١) وهو ما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه قال : كنا نخرج زكاة الفطر إذ كان فينا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، صاعاً من طمام ، أو صاعاً من شمير ، أو صاعاً من تمر ، أو صاعاً من أقط ، أو صاعاً من زبيب . متفق عليه . والأقط : اللبن المجفف الذي لم ينزع زبده .

فرع

لا يجزىء المسوس والميب . وإذا جاوزنا الأقط ، لم يجز إخراج الملح الذي أفسد كثرة الملح جوهره . فإن كان الملح ظاهراً عليه ، فالملح غير محسوب ، والشرط أن يخرج قدرأ يكون محض الأقط منه صاعاً . ويجزىء الحب القديم وإن قلت قيمته إذا لم يتغير طعمه ولونه . ولا يجزىء الدقيق ، ولا السويق ، ولا الخبز ، كما لا تجزىء القيمة . وقال الأنطاقي : يجزىء الدقيق . قال ابن عبدان : مقتضى قوله ، إجزاء السويق والخبز ، قال : وهذا هو الصحيح ، لأن المقصود إشباع الساكنين في هذا اليوم . والمرووف في المذهب : ما قدمناه . وأما الأقوات النادرة التي لا زكاة فيها ، كالفث والحنظل ، فلا تجزىء قطعاً ، نص عليه ، وكذا لو اقتاتوا ثمرة لا عشر فيها .

فرع

في الواجب من الأجناس المجزئة ، ثلاثة أوجه . أحدها عند الجمهور : غالب قوت البلد ، والثاني : قوت نفسه ، وصححه ابن عبدان ، والثالث : يتخير في الأجناس ، وهو الأصح عند القاضي أبي الطيب . ثم إذا أوجبت قوت نفسه أو البلد ، فعدل إلى مادونه ، لم يجز ، وإن عدل إلى أعلى منه ، جاز بالاتفاق . وفيما يستد به الأعلى والأدنى ، وجهان . أحدهما : الاعتبار بزيادة صلاحية الاقتيات ، والثاني : بالقيمة . فعلى هذا يختلف باختلاف الأوقات والبلاد ، إلا أن تستبر زيادة القيمة في الأكثر . وعلى الأول ، البرء خير من التمر والأرز ، ورجح في التهذيب ، الشعير على التمر ، وعكسه الشيخ أبو محمد وله في الزبيب والشعير ، وفي التمر والزبيب ، تردد . قال الامام : والأشبه بتقديم التمر على الزبيب . وإذا قلنا : المعتبر قوت نفسه ، وكان يليق به البرء وهو يقتات الشعير بخلاً ، لزمه البرء ، ولو كان يليق به الشعير ، فكان يتنعم ويقتات البرء ، فالأصح : أنه يجزئه الشعير ، والثاني : يتمين البرء .

فرع

قد يخرج الواحد الفطرة عن شخصين من جنسين ، ويجزئه أن يخرج عن أحد عبدَيْه ، أو قريبيه من قوت البلد إن اعتبرناه ، أو قوته إن اعتبرناه ، وعن الآخر جنس أعلى منه . وكذا لو ملك نصفين من عبيد ، فأخرج نصف صاع من المعبر عن نصف أحدهما ، ونصفاً عن الآخر من أعلى منه . وإذا خيّرنا بين الأجناس ، فله إخراجها من جنسين بكل حال ، ولا يجوز عن شخص واحد فطرة من جنسين وإن كان أحدهما أعلى من الواجب . هذا هو المعروف ، ورأيت لبعض المتأخرين تجويزه . ولو ملك رجلاً عبداً ، فإن خيّرنا بين الأجناس ، أخرجنا ما شاء بشرط اتحاد الجنس ، وإن أوجبنا غالب قوت البلد ، وكناهما والعبد في بلد ، أخرجنا عنه من قوت البلد ، فإن كان العبد في بلد آخر ، بني على أن الفطرة تجب على المالك ابتداءً ، أم يتحمل ؟ فإن كان السيدان في بلدين مختلفي القوت ، واعتبرنا قوت الشخص بنفسه ، واختلف قوتها ، فأوجه . أصحابنا : يخرج كل واحد نصف صاع من قوت بلده أو نفسه ، لأنها إذا أخرجنا هكذا ، فقد أخرج كل شخص [كل] (١) واجبه من جنس ، كثلاثة محرمين قتلوا ظبية ، فذبح أحدهم ثلث شاة ، وأطعم آخر بقيمة ثلث شاة ، وصام الثالث عدل ذلك ، أجزأهم ، والثاني : يخرجان من أدنى القوتين ، والثالث : من أعلاهما ، والراجح : من قوت بلد العبد . ولو كان الأب في نفقة ولدين ، فالقول في إخراجها الفطرة عنه كالسبيين ، وكذا من نصفه حر ، ونصفه مملوك ، إذا أوجبنا نصف الفطرة كما سبق ، فالأصح : يخرجان من جنسين ، والثاني : من جنس .

(١) زيادة من مخطوطة الظاهرية .

فرع

إذا أوجبنا غالب قوت البلد وكانوا يقتاتون أجناساً لا غالب فيها ، أخرج ماشاء ، والأفضل أن يخرج من الأعلى .

واعلم أن النزالي قال في « الوسيط » : المعتبر غالب قوت البلد وقت وجوب الفطرة ، لافي جميع السنة . وقال في « الوجيز » : غالب قوت البلد يوم الفطر ، وهذا التقييد لم أظفر به في كلام غيره .

فصل

في مسائل مهمه

منها : باع عبداً بشرط الخيار ، فوقع وقت الوجوب في زمن الخيار ، إن قلنا : الملك في زمن الخيار للبائع ، فعليه فطرته وإن أمضي البيع ، وإن قلنا : للمشتري ، فعليه فطرته وإن فسخ ، وإن توقفنا ، فإن تم البيع ، فعلى المشتري ، وإلا ، فعلى البائع ، وإن صادف وقت الوجوب خيار المجلس ، فهو كخيار الشرط . ومنها : لو مات عن رقيق ، ثم أهل شوال ، فإن لم يكن عليه دين ، أخرج ورثته الفطرة عن الرقيق كراً بقدر حصته . فإن كان عليه دين يستغرق التركة ، بني ذلك على أن الدين هل يمنع انتقال الملك في التركة إلى الوارث ؟ والصحيح المنصوص : أنه لا يمنع . وقال الاصطخري : يمنع . فإن قلنا بالصحيح ، فعليه فطرته ، سواء بيع في الدين ، أو لم يبع . وفي كلام الامام : أنه يجيء فيه خلاف الرهون والغصب . وإذا قلنا بقول الاصطخري ، فإن يبع في الدين ، فلا شيء عليهم ، وإلا ، فعليه الفطرة . وفي « الشامل » وجه : أنه لا تجب عليهم

مطلقاً . وعن القاضي أبي الطيب : أن فطرته تجب في تركة السيد على أحد القولين ، كالوصى بخدمته . هذا إذا مات السيد قبل هلال شوال ، فلو مات بعده ، ففطرة العبد على السيد كفطرة نفسه ، وتقدم على الميراث والوصايا . وفي تقديمها على الدين طرق . أصحابها : أنه على الأقوال الثلاثة التي قدمناها في زكاة المال ، والثاني : القطع بتقديم فطرة العبد لتعلقها به ، كأرض جنائته . وفي فطرة نفسه ، الأقوال . والثالث : القطع بتقديم فطرة نفسه أيضاً لقلتها في الغالب ، وسواء أثبتنا الخلاف ، أم لا ، فالنصوص في « المختصر » : تقديم الفطرة على الدين ، لأنه قال : ولو مات بعد ما أهل شوال وله رقيق ، فالفطرة عنه وعنهم في ماله مقدمة على الديون . ولك أن تحتج بهذا النص على خلاف ما قدمناه ، وعن إمام الحرمين ، لأن سياقه يفهم منه أن المراد ما إذا طرأت الفطرة على الدين الواجب ، وإذا كان كذلك ، لم يكن الدين مانعاً . وبتقدير أن لا يكون كذلك ، فاللفظ مطلق يشمل ما إذا طرأت الفطرة على الدين ، والعكس ، فاقضى ذلك أن لا يكون الدين مانعاً .

ومنها : أوصى لإنسان بعد ، ومات الموصي بعد وقت الوجوب ، فالفطرة في تركته . فإن مات قبله وقبيل الموصى له الوصية قبل الهلاك ، فالفطرة عليه ، وإن لم يقبل حتى دخل وقت الوجوب ، فعلى من تجب الفطرة ؟ يبنى على أن الموصى له متى يملك الوصية ؟ إن قلنا : يملكها بموت الموصي ، فقبيل ، فعليه الفطرة ، وإن رد ، فوجهان . أصحابها : الوجوب ، لأنه كان مالكا ، والثاني : لا ، لعدم استقرار الملك . وإن قلنا : يملكها بالقبول ، يبنى على أن الملك قبل القبول لمن ؟ فيه وجهان . أصحابها : للورثة . فعلى هذا في الفطرة وجهان . أصحابها : عليهم ، والثاني : لا ، والثاني من الأولين ، أنه باقٍ على ملك الميت . فعلى هذا ، لا تجب فطرته على أحد على المذهب . وحكى في « التهذيب » وجهاً : أنها تجب في تركته . وإن قلنا بالتوقف ، فإن قبل ، فعليه الفطرة ، وإلا ، فعلى الورثة . هذا كله إذا قبل الموصى له ، فلو مات قبل القبول ، وبعد وقت الوجوب ، فقبول وارثه قائم

مقام قبوله ، والمالك يقع له . فحيث أوجبنا عليه الفطرة إذا قبلها بنفسه ، ففي من تركته إذا قبل وارثه . فإن لم يكن له تركة سوى العبد ، ففي بيع جزء منه للفطرة ماسبق . ولو مات قبل وقت الوجوب أو معه ، فالفطرة على الورثة إذا قبلوا ، لأن وقت الوجوب كان في ملكهم .

قلت : قال الجرجاني في « المعايمة » : ليس عبد مسلم لا يجب إخراج الفطرة عنه ، إلا ثلاثة . أحدهم : المكاتب ، والثاني : إذا ملك عبده عبداً ، وقلنا : يملك ، لا فطرة على المولى الأصلي ، لزوال ملكه ، ولا على العبد المملك ، لضعف ملكه . والثالث : عبد مسلم لكافر إذا قلنا : تجب على المؤدي ابتداءً . ويحيى رابع على [قول] الاصطخري وغيره ، فيما إذا مات قبيل هلال شوال وعليه دين ، وله عبد ، كما سبق . ولو أخرج الأب من ماله فطرة ولده الصغير القني ، جاز كالأجنبي إذا أذن ، بخلاف الابن الكبير ، ولو كان نصفه مكاتباً حيث يتصور ذلك في العبد المشترك ، إذا جاوزنا كتابة بعضه باذن الشريك ، وجب نصف صاع على المالك لنصفه القني ، ولا شيء في النصف المكاتب ، ومثله عبد مشترك بين معسر وموسر ، يجب على الموسر نصف صاع ، ولا يجب غيره .

باب

قسم الصرفات

اعلم أن الإمام الرافعي رحمه الله أخر هذا الباب إلى آخر ربيع المعاملات ، فمطفه على قسم الفيء والنعمة ، وهناك ذكره الزني رحمه الله والأكثرون . وذكره هاهنا الإمام الشافعي رضي الله عنه في « الأم » ، وتابعه عليه جماعات ، فرأيت هذا أنسب وأحسن فقدمته . والله أعلم

أصناف الزكاة ثمانية .

الأول : الفقير ، وهو الذي لا مال له ولا كسب ، يقع موقفاً من حاجته ، فالذي لا يقع موقفاً ، كمن يحتاج عشرة ولا يملك إلا درهين أو ثلاثة ، فلا يسلبه ذلك اسم الفقير . وكذا الدار التي يسكنها ، والثوب الذي يلبسه متجمللاً به ، ذكره صاحب « التهذيب » وغيره . ولم يمرضوا لبعده الذي يحتاج إلى خدمته ، وهو في سائر الأمور ملحق بالمسكن .

قلت : قد صرح ابن كج في كتابه « التجريد » : بأنه كالسكن وهو متعين .
والله أعلم

ولو كان عليه دين ، فيمكن أن يقال : القدر الذي يؤدي به الدين لاعتبر به في منع الاستحقاق ، كما لا عبرة له في وجوب نفقة القريب ، وكذا في الفطرة كما سبق . وفي فتاوى صاحب « التهذيب » : أنه لا يعطى سهم الفقراء حتى يصرف ما عنده إلى الدين . قال : ويجوز أخذ الزكاة - لمن ماله على مسافة القصر - إلى أن يصل ماله . ولو كان له دين مؤجل ، فله أخذ كفايته إلى حلول الأجل . وقد يتردد الناظر في اشتراط مسافة القصر .

فرع

المعتبر في عجزه عن الكسب ، عجزه عن كسب يقع موقفاً من حاجته ، لا عن أصل الكسب . والمعتبر كسب يليق بحاله ومروءته . ولو قدر على الكسب ، إلا أنه مشغول ببعض العلوم الشرعية ، ولو أقبل على الكسب ، لانتقطع عن التحصيل ، حلت له الزكاة . أما المعطل المتكف في المدرسة ، ومن لا يتأتى منه التحصيل ، فلا تحل لها الزكاة مع القدرة على الكسب .

قلت : هذا الذي ذكره في المشتغل بالعلم ، هو المعروف في كتب أصحابنا .
وذكر الدارمي فيه ثلاثة أوجه . أحدها : يستحق ، والثاني : لا ، والثالث : إن
كان نحيباً يرجى تفقّهه ونفع الناس به ، استحق ، وإلا ، فلا . والله أعلم
ومن أقبل على نوافل العبادات ، والكسب يمنعه منها ، أو استغرق الوقت بها ،
لا تحل له الصدقة ، وإذا لم يجد الكسب من يستعمله ، حلت الزكاة له .

فرع

لا يشترط في الفقر الزمانة والتعفف عن السؤال على المذهب ، وبه قطع
المعتبرون . وقيل : قولان . الجديد : كذلك ، والقديم : يشترط .

فرع

المكفي بنفقة أبيه أو غيره ، ممن تلزمه نفقته ، والفقيرة التي ينفق عليها زوج
غني ، هل يعطيان من سهم الفقراء ؟ ينى على مسألة ، وهي لو وقف على فقراء
أقاربه ، أو أوصى لهم ، وكانا في أقاربه ، هل يستحقان سهماً من الوقف والوصية ؟
فيه أربعة أوجه . أصحابنا : لا ، قاله أبو زيد والخضري ، وصححه الشيخ أبو علي
وغيره ، والثاني : نعم ، قاله ابن الحداد ، والثالث : يستحق القريب دون الزوجة ،
لأنها تستحق عوضها ، وتستقر في ذمة الزوج ، قاله الأودني ، والرابع : عكسه ،
والفرق أن القريب تلزم كفايته من كل وجه ، حتى الدواء وأجرة الطبيب ،
فاندفعت حاجاته ، والزوجة ليس لها إلا مقدّر ، وربما لا يكفيها . وأما مسألة الزكاة ،
فان قلنا : لاحق لها في الوقف والوصية ، فالزكاة أولى ، وإلا فيعطيان على الأصح .

وثقل : لا يعطيان ، وبه قال ابن الحداد . والفرق أن الاستحقاق في الوقف ، باسم
الفقر ، ولا يزول اسم الفقر بقيام غيره بأمره . وفي الزكاة الحاجة ، ولا حاجة
مع توجه النفقة ، فأشبه من يكسب كل يوم كفايته ، حيث لا يجوز له الأخذ من
الزكاة ، وإن كان معدوداً في الفقراء . والخلاف في مسألة القريب إذا أعطاه غير
من تلزمه نفقته من سهم الفقراء أو المساكين ، ويجوز أن يعطيه من غيرها بلا
خلاف . وأما المنفق عليه ، فلا يجوز أن يعطيه من سهم الفقراء والمساكين ، لقناه
بنفقته ، ولأنه يدفع عن نفسه النفقة ، وله أن يعطيه من سهم العامل ، والنامر ،
والنازي ، والمكاتب ، إذا كان بتلك الصفة ، وكذا من سهم المؤلفة ، إلا أن يكون
فقيراً ، فلا يعطيه ، لأنه يسقط النفقة عن نفسه . ويجوز أن يعطيه من سهم ابن
السييل مؤنة السفر دون ما يحتاج إليه سفرأ وحضرأ ، فإن هذا القدر هو
المستحق عليه . وأما في مسألة الزوجة ، فالوجهان يجريان في الزوج كغيره ، لأنه
بالصرف إليها لا يدفع عن نفسه النفقة ، بل نفقتها عوض لازم ، غنية كانت أم
فقيرة ، فصار كمن استأجر فقيراً ، فله دفع الزكاة إليه مع الأجرة . فإن منعنا ،
فلو كانت ناشرة ، ففي « التهذيب » . أنه يجوز إعطاؤها ، لأنه لانفقة لها . والصحيح
الذي قطع به الشيخ أبو حامد والأكثر : النع ، لأنها قادرة على النفقة بترك
النشوز ، فأشبهت القادر على الكسب . وللزوج أن يعطيها من سهم المكاتب
والنامر قطعاً ، ومن سهم المؤلفة على الأصح ، وبه قطع في « التتمة » . وقال الشيخ
أبو حامد : لا تكون المرأة من المؤلفة ، وهو ضعيف ، ولا تكون المرأة عاملة
ولا غازية . وأما سهم ابن السبيل ، فإن سافرت مع الزوج ، لم تعط منه ، سواء
سافرت بأذنه أو بغير إذنه ، لأن نفقتها عليه في الحالين ، لأنها في قبضته ،
ولا تعطى مؤنة السفر إن سافرت معه بغير إذنه ، لأنها عاصية .

قلت : قال أصحابنا : مؤنة سفرها معه إن كان بأذنه ، فهي عليه ، فلا تعطى ،

وإن كان بغير إذنه ، فلا تعطى المحولة على الأصح ، لأنها عاصية . وقال الشيخ أبو حامد : تعطى . والله أعلم

وإن سافرت وحدها ، فإن كان بإذنه ، وأوجبنا نفقتها ، أعطيت مؤنة السفر فقط من سهم ابن السبيل ، وإن لم نوجبها ، أعطيت جميع كفايتها ، وإن خرجت بغير إذنه ، لم تعط منه ، لأنها عاصية . ويجوز أن تعطى هذه من سهم الفقراء والمساكين ، بخلاف الناشزة ، لأنها تقدر على العود إلى طاعته ، والمسافرة لا تقدر . فإن تركت سفرها وعزمت على العود إليه ، أعطيت من سهم ابن السبيل .

الصنف الثاني : المسكين ، وهو الذي يملك مايقع موقعاً من كفايته ولايكفيه ، بأن احتاج إلى عشرة وعنده سبعة أو ثمانية . وفي معناه ، من يقدر على كسب مايقع موقعاً ، ولا يكفي ، وسواء كان مايملكه من المال نصيباً أو أقل ، أو أكثر ، ولا يمتبر في المسكين السؤال ، قطع به أكثر الأصحاب ، ومنهم من نقل عن القديم اعتباره . وإذا عرفت الفقير والمسكين ، عرفت أن الفقير أشد حالاً من المسكين . هذا هو الصحيح ، وعكسه أبو إسحاق المروزي .

فرع

المعتبر من قولنا ، يقع موقعاً من كفايته وحاجته ، المطعم ، والمشرب ، والملبس ، والسكن ، وسائر ما لا بد منه على مايليق بالحال ، من غير إسراف ولا تقتير للشخص ، ولن هو في نفقته .

فرع

سئل الغزالي رحمه الله عن القوي من أهل البيوتات ، الذين لم تجر عادتهم بالتكسب بالبدن ، هل له أخذ الزكاة ؟ قال : نعم ، وهذا جارٍ على ماسبق ، أن المعتبر حرفة تليق به .

قلت : بقيت مسائل تتعلق بالفقير والمسكين .

إحداها : قال الغزالي في «الإحياء» : لو كان له كتب فقه ، لم تخرجه عن المسكنة ، ولا تلازمه زكاة الفطر . وحكم كتبه حكم أثاث البيت ، لأنه محتاج إليها ، لكن ينبغي أن يحتاط في مهم الحاجة إلى الكتاب . فالكتاب يحتاج إليه لثلاثة أغراض ، من التعليم ، والتفرج بالمطالعة ، والاستفادة . فالتفرج ، لا يمد حاجة ، كافتناء كتب الشعر والتواريخ ونحوها مما لا ينفع في الآخرة ، ولا في الدنيا ، فهذا يباع في الكفارة وزكاة الفطر ، ويمنع اسم المسكنة . وأما حاجة التعليم ، فإن كان للتكسب ، كالؤدب ، والمدرس بأجرة ، فهذه آتته ، فلا تباع في الفطرة كآلة الحياط ، وإن كان يدرس للقيام بفرض الكفاية ، لم يبيع ، ولا تسلبه اسم المسكنة ، لأنها حاجة مهمة . وأما حاجة الاستفادة والتعليم من الكتاب ، كادخاره كتاب طب ليعالج به نفسه ، أو كتاب وعظ ليطالعه ويتعظ به ، فإن كان في البلد طيب وواعظ ، فهو مستغن عن الكتاب . وإن لم يكن ، فهو محتاج . ثم ربما لا يحتاج إلى مطالعته إلا بعد مدة ، فينبغي أن تضبط فيقال : ما لا يحتاج إليه في السنة ، فهو مستغن عنه . فتقدر حاجة أثاث البيت وثياب البدن بالسنة ، فلا تباع ثياب الشتاء في الصيف ، ولا ثياب الصيف في الشتاء ، والكتب بالثياب أشبه . وقد يكون له من كتاب نسختان ، فلا حاجة له إلى إحداها فإن قال : إحداها أصح ، والأخرى أحسن ، قلنا : اكتف بالأصح ، وبع الأحسن ، وإن كان نسختان من علم واحد ، إحداها مبسوط ، والأخرى

وحيزة ، فإن كان مقصوده الاستفادة ، فليكتف باليسيط ، وإن كان التدريس احتاج إليهما. هذا آخر كلام النزالي ، وهو حسن ، إلا قوله في كتاب الوعظ أنه يكتفي بالواعظ ، فليس بمختار ، لأنه ليس كل واحد ينفع بالواعظ كارتفاعه في خلوته وعلى حسب إرادته . الثانية : إذا كان له عقار ينقص دخله عن كفايته ، فهو فقير أو مسكين ، فيعطى من الزكاة تمامها ، ولا يكلف بيعه . ذكره الجرجاني في « التحرير » والشيخ نصر وآخرون . والله أعلم

الصف الثالث : العامل ، يجب على الامام بعث السعاة لأخذ الصدقات ، ويدخل في اسم العامل ، الساعي ، فالكاتب ، والقسام ، والمحاضر وهو الذي يجمع أرباب الأموال ، والريف ، وهو كالنقيب للقبيلة ، والحاسب وحافظ المال ، قال السعودي : وكذا الجندي ، فهؤلاء لهم سهم من الزكاة ، ولا حق فيها للامام ، ولا لوالي الاقليم والقاضي ، بل رزقهم لم يخطأ لم يتطوعوا ، في خمس الخمس الرصد للمصالح العامة ، وإذا لم تقع الكفاية بمامل واحد من ساع وكاتب وغيرهما ، زيد قدر الحاجة . وفي أجرة الكيال ، والوزان ، وعاد الغنم وجهان . أحدهما : من سهم العاملين ، وأصحهما : أنها على المالك ، لأنها لتوفية ماعليه ، فهي كأجرة الكيال في البيع ، فانها على البائع .

قلت : هذا الخلاف في الكيال ونحوه ، ممن يميز نصيب الفقراء من نصيب المالك . فأما الذي يميز بين الأصناف ، فأجرته من سهم العاملين بلاخلاف . وأما أجرة الراعي والحافظ بعد قبضها ، فهل هي من سهم العاملين ، أو في جملة الصدقات ؟ وجهان حكاهما في « المستظري » . أصحهما : الثاني ، وبه قطع صاحب « المدة » . وأجرة الناقل والمخزن ، في الجملة . وأما مؤنة إحضار الماشية ليعدها الساعي ، فعلى المالك . والله أعلم

الصف الرابع : المؤتلفة ، وم ضربان ، كفار ومسلمون ، فالكفار قسمان ، قسم يميلون إلى الاسلام ويرغبون فيه باعطاء مال ، وقسم يخاف شرم ، فيتألفون

لدفع شرم ، فلا يعطى الصنفان من الزكاة قطعاً ، ولا من غيرها على الأظهر . وفي قول : يعطون من خمس الخمس . وأشار بعضهم إلى أنهم لا يعطون إلا إن نزل بالمسلمين نازلة .

وأما مؤلفة المسلمين فأصناف ، صنف دخلوا في الاسلام ونيتهم ضميعة ، فيتألفون ليثبتوا ، وآخرون لهم شرف في قومهم يطلب بتألفهم إسلام نظرائهم ، وفي هذين الصنفين ثلاثة أقوال . أحدها : لا يعطون ، والثاني : يعطون من سهم المصالح ، والثالث : من الزكاة . وصنف يراد بتألفهم أن يجاهدوا من يليهم من الكفار ، أو من مانعي الزكاة ، ويقبضوا زكاتهم ، فهؤلاء لا يعطون قطعاً ، ومن أين يعطون ؟ فيه أقوال . أحدها : من خمس الخمس ، والثاني : من سهم المؤلفة ، والثالث : من سهم الغزاة . والرابع : قال الشافعي رضي الله عنه : يعطون من سهم المؤلفة ، وسهم الغزاة ، فقال طائفة من الأصحاب على هذا الرابع : يجمع بين السهمين للشخص الواحد ، وقال بعضهم : المراد إن كان التألف لقتال الكفار ، فمن سهم الغزاة ، وإن كان لقتال مانعي الزكاة ، فمن سهم المؤلفة ، ، وقال آخرون : معناه ، يتخير الامام إن شاء من ذا السهم ، وإن شاء من ذلك ، وربما قيل : إن شاء جمع السهمين ، وحكي وجهه : أن التألف لقتال مانعي الزكاة وجمعها يعطى من سهم العاملين .

وأما الأظهر من هذا الخلاف في الأصناف ، لم يتعرض له الأكثرون ، بل أرسلوا الخلاف ، وقال الشيخ أبو حامد في طائفة : الأظهر من القولين في الصنفين الأولين أنهم لا يعطون ، وقياس هذا أن لا يعطى الصنفان الآخران من الزكاة ، لأن الأولين أحق باسم المؤلفة من الآخرين ، لأن في الآخرين معنى الغزاة والعاملين ، وعلى هذا فيسقط سهم المؤلفة بالكلية ، وقد صار إليه من المتأخرين ، الروياني وجماعة ، لكن الموافق لظاهر الآية ، ثم لسياق الشافعي رضي الله عنه والأصحاب ، إثبات سهم المؤلفة ، وأنه يستحقه الصنفان ، وأنه يجوز صرفه إلى الآخرين أيضاً ، وبه أفتى أفضى القضاة الماوردي في كتابه « الاحكام السلطانية » .

الصف الخامس : الرقاب ، وهم المكاتبون ، فيدفع إليهم ما يعينهم على العتق ، بشرط أن لا يكون معه ما يفي بنجومه ، وليس له صرف زكاته إلى مكاتب نفسه على الصحيح ، لعود الفائدة إليه . وجوز ابن خيران ، ويشترط كون الكتابة صحيحة ، ويجوز الصرف قبل حلول النجم على الأصح ، ويجوز الصرف إلى المكاتب بغير إذن السيد ، والأحوط الصرف إلى السيد بإذن المكاتب . ولا يجزىء بغير إذن المكاتب ، لأنه المستحق ، لكن يسقط عن المكاتب بقدر المصروف ، لأن من أدى دين غيره بغير إذنه ، برئت ذمته .

قلت : هذا الذي ذكره من كون الدفع إلى السيد أحوط وأفضل ، هو الذي أطلقه جماهير الأصحاب . وقال الشيخ أبو الفتح نصر المقدسي الزاهد من أصحابنا : إن كان هذا الحاصل آخر النجوم ، ويحصل العتق بالدفع إلى السيد بإذن المكاتب ، فهو أفضل ، وإن حصل دون ماعليه ، لم يستحب دفعه إلى السيد ، لأنه إذا دفعه إلى المكاتب ، اتجر فيه وغناه ، فهو أقرب إلى العتق . والله اعلم

فرع

إذا استغنى المكاتب عما أعطيناه ، أو عتق بتبرع السيد باعتاقه ، أو بإبراءه ، أو بأداء غيره عنه ، أو بأدائه هو من مال آخر ، وبقي مال الزكاة في يده ، فوجهان . وقيل : قولان . أحدهما : لا يسترد منه ، كالفقير يستغني ، وأصحابها : يسترد لعدم حصول المقصود بالمدفوع . ويمجري الوجهان في الفارم إذا استغنى عن الأخوذ بإبراء ونحوه ، وإن كان قد تلف المال في يده بعد العتق ، غرمه ، وإن تلف قبله ، فلا ، على الصحيح . وقال في « الوسيط » : وكذا لو تلفه . وإذا عجز المكاتب ، فإن كان المال في يده ، استرد . وإن كان تالفاً ، لزمه غرمه على الأصح . وهل يتعلق بذمته ، أم برقبته ؟ فيه وجهان .

قلت : أصحابها : بذمته . والله أعلم

ولو دفعه إلى السيد وعجز عن بقية النجوم ، ففي الاسترداد من السيد الخلاف السابق في الاسترداد من المكاتب ، فإن تلف عنده ، ففي الغرم الخلاف السابق أيضاً ، ولو ملكه السيد شخصاً ، لم يسترد منه ، بل يغرم السيد إن قلنا بتفريعه . قلت : وإذا لم يعجز نفسه واستمر في الكتابة ، فلف ما أخذ ، وقع الموقع . والله أعلم

فرع

للمكاتب أن يتجر بما أخذه طلباً لزيادة ، وحصول الأداء ، والغارم ، كالمكاتب .

فرع

نقل بعض الأصحاب الامام ، أن للمكاتب أن ينفق ما أخذ ويؤدي النجوم من كسبه . ويجب أن يكون الغارم كالمكاتب .

قلت : قد قطع صاحب « الشامل » بأن المكاتب يمنع من إنفاق ما أخذ . ونقله أيضاً صاحب « البيان » عنه . ولم يذكره غيره ، وهذا أقيس من قول الامام . والله أعلم

فرع

قال البهوي في « الفتاوى » : لو اقترض ما أدى به النجوم فعتق ، لم يصرف

إليه من سهم الرقاب، ولكن يصرف إليه من سهم الغارمين، كما لو قال لبعده : أنت حر على ألف ، فقبل ، عتق ، ويمطى الألف من سهم الغارمين .
الصنف السادس : الفارمون ، والديون ثلاثة أضرب .

الأول : دين لزمه لمصلحة نفسه ، فيعطى من الزكاة ما يقضي به بشروط .
أحدها : أن يكون به حاجة إلى قضاائه منها ، فلو وجد ما يقضيه من نقد أو عرض ، فقولان . القديم : يعطى للآية ، وكالفارم لذات البين . والأظهر : النع ، كالمكاتب وابن السبيل . فعلى هذا ، لو وجد ما يقضي به بعض الدين ، أعطي البقية فقط ، فلو لم يملك شيئاً ، ولكن يقدر على قضاائه بالاكتساب ، فوجهان . أحدهما : لا يعطى كالفقير ، وأصحها : يعطى ، لأنه لا يقدر على قضاائه إلا بعد زمن . والفقير يحصل حاجته في الحال ، ويجري الوجهان في المكاتب إذا لم يملك شيئاً ، لكنه كسوب . وأما معنى الحاجة المذكورة ، فمباراة الأكثرين ، تقتضي كونه فقيراً لا يملك شيئاً ، وربما صرحوا به . وفي بعض شروح المفتاح ، أنه لا يعتبر المسكن ، والملبس ، والفراش ، والآنية . وكذا الخادم ، والمركوب إن اقتضاها حاله ، بل يقضى دينه وإن ملكها . وقال بعض المتأخرين : لا يعتبر الفقر والمسكنة هنا ، بل لو ملك قدر كفايته ، وكان لو قضى دينه لنقص ماله عن كفايته ، ترك معه ما يكفيه ، وأعطى ما يقضي به الباقي ، وهذا أقرب .

الشروط الثاني : أن يكون دينه لنفقة في طاعة أو مباح ، فإن كان في ممصية ، كالحرق ، والإسراف في النفقة ، لم يعط قبل التوبة على الصحيح ، فإن تاب ، ففي إعطائه وجهان . أحدهما في « الشامل » و « التهذيب » : لا يعطى ، وبه قال ابن أبي هريرة . وأصحها عند أبي خلف السلمي والرويانى : يعطى ، وقطع به في « الافصاح » وهو قول أبي إسحاق .

قلت : جزم الامام الرافعي في « المحرر » بالوجه الأول . والله اعلم

الأصح : الثاني . ومن صححه غير المذكورين ، المحامي في « المقنع » وصاحب « التنبيه » ، وقطع به الجرجاني في « التحرير » ولم يتعرض الأصحاب هنا لاستبراء حاله ، ومضي مدة بعد توبته يظهر فيها صلاح الحال ، إلا أن الروياني قال : يعطى على أحد الوجهين إذا غلب على الظن صدقه في توبته ، فيمكن أن يحمل عليه .
الشرط الثالث : أن يكون حالاً ، فإن كان مؤجلاً ، ففي إعطائه أوجه .
ثالثها : إن كان الأجل تلك السنة ، أعطي ، وإلا ، فلا يعطى من صدقات تلك السنة .

قلت : الأصح : لا يعطى ، وبه قطع في « البيان » . والله اعلم

الضرب الثاني : ما استدانه لإصلاح ذات البين ، مثل أن يخاف فتنة بين قبيلتين أو شخصين ، فيستدين طلباً للإصلاح وإسكان الثائرة ، فينظر ، إن كان ذلك في دم تنارع فيه قبيلتان ولم يظهر القاتل ، فتحتمل الدية ، قضى دينه من سهم الفارمين إن كان فقيراً أو غنياً بمقار قطعاً . وكذا إن كان غنياً بنقد على الصحيح .
والفني بالمروض ، كالفني بالعقار على المذهب . وقيل : كالنقد ، ولو تحمل قيمة مال متلف ، أعطي مع الفنى على الأصح .

الضرب الثالث : ما التزمه بضمان ، فله أربعة أحوال .

أحدها : أن يكون الضامن والمضمون عنه ممرين ، فيعطى الضامن ما يقضي به الدين . قال المتولي : ويجوز صرفه إلى المضمون عنه ، وهو أولى ، لأن الضامن فرعه ، ولأن الضامن إذا أخذ وقضى الدين بالماخوذ ، ثم رجع على المضمون عنه ، احتاج الامام أن يعطيه ثانياً ، وهذا الذي قاله ممنوع ، بل إذا أعطيناه لا يرجع ، إنما يرجع الضامن إذا غرم من عنده .

الحال الثاني : أن يكونا موسرين ، فلا يعطى ، لأنه إذا غرم رجع على الأصيل ، وإن ضمن بغير إذنه ، فوجهان .

الحال الثالث : إذا كان المضمون عنه موسراً ، والضامن معسراً ، فإن ضمن بإذنه ، لم يعط ، لأنه يرجع ، وإلا أعطي في الأصح .
الحال الرابع : أن يكون المضمون عنه معسراً ، والضامن موسراً ، فيجوز أن يعطى المضمون عنه ، وفي الضامن وجهان . أصحها : لا يعطى .

فرع

إنما يعطى الغارم عند بقاء الدين ، فأما إذا أداه من ماله ، فلا يعطى ، لأنه لم يبق غارماً . وكذا لو بذل ماله ابتداءً فيه ، لم يعط فيه ، لأنه ليس غارماً .

فرع

قال أبو الفرج الرخسي : ما استدانه لهارة المسجد وقرى الضيف ، حكمه حكم ما استدانه لمصلحة نفسه . وحكى الروياني عن بعض الأصحاب : أنه يعطى هذا مع الفنى بالمقار ، ولا يعطى مع الفنى بالنقد . قال الروياني : وهذا هو الاختيار .

فرع

يجوز الدفع إلى الغريم ، بغير إذن صاحب الدين ، ولا يجوز إلى صاحب الدين بغير إذن المديون ، لكن يسقط من الدين بقيمة قدر المصروف كما سبق في المكاتب . ويجوز الدفع إليه باذن المديون ، وهو أولى ، إلا إذا لم يكن وافياً وأراد المديون أن يتجر فيه .

فرع

لو أقام بينة أنه غرم وأخذ الزكاة ، ثم بان كذب الشهود ، ففي سقوط
الفرس ، القولان ، فيمن دفعها إلى من ظنه فقيراً ، فبان غنياً ، قاله إمام الحرمين .
ولو دفع إليه ، وشرط أن يقضيه ذلك عن دينه ، لم يحجزه قطعاً ، ولا يصح قضاء
الدين بها .

قلت : ولو نوى ذلك ولم يشروطه ، جاز . والله أعلم

قال في « التهذيب » : ولو قال المديون : ادفع إلي زكاتك حتى أقضيك
دينك ، ففعل ، أجزأه عن الزكاة ، ولا يلزم المديون دفعه إليه عن دينه . ولو قال
صاحب الدين : اقض ما عليك ، لأرده عليك من زكاتي ، ففعل ، صح القضاء ،
ولا يلزمه رده . قال القفال : ولو كان له عند الفقير حنطة وديعة ، فقال : كل
لنفسك كذا ، ونواه زكاة ، ففي إجزائه عن الزكاة وجهان . ووجه المنع أن
المالك لم يكله . فلو كان وكّله بشراء ذلك القدر ، فاشتراه فقضيه ، وقال الموكل :
خذه لنفسي ، ونواه زكاة ، أجزأه ، لأنه لا يحتاج إلى كيله .

قلت : ذكر صاحب « البيان » : أنه لو مات رجل عليه دين ولا وفاء له ،
ففي قضائه من سهم الغارمين وجهان ، ولم يبين الأصح . والأصح الأشهر : لا يقضى
منه ، ولو كان له عليه دين ، فقال : جعلته عن زكاتي ، لا يحجزه على الأصح
حتى يقضيه ، ثم يردّه إليه إن شاء ، وعلى الثاني : يحجزه كما لو كان وديعة ، حكاه
في « البيان » ، ولو ضمن دية مقتول عن قاتل لا يعرف ، أعطي مع الفقر والغنى

كما سبق . وإن ضمن عن قاتل معروف ، لم يعط مع الفتي ، كذا حكاه في
« البيان » عن الصيمري ، وفي هذا التفصيل نظر . والله أعلم

الصنف السابع : في سبيل الله ، ومم الغزاة الذين لارزق لهم في الفيء ،
ولا يصرف شيء من الصدقات إلى الغزاة المرتزقة ، كما لا يصرف شيء من الفيء إلى
المطوعة . فإن لم يكن مع الامام شيء للمرتزقة ، واحتاج المسلمون إلى من يكفهم
شر الكفار ، فهل يعطى المرتزقة من الزكاة من سهم سبيل الله ؟ فيه قولان .
أظهرهما : لا ، بل تجب إعانتهم على أغنياء المسلمين ، ويعطى الغازي غنيّاً كان ،
أو فقيراً .

الصنف الثامن : ابن السبيل ، وهو شخصان . أحدهما : من أنشأ سفرأ من
بلده ، أو من بلد كان مقيماً به ، والثاني : الغريب المحتاز بالبلد . فالأول : يعطى
قطعاً ، وكذا الثاني على المذهب . وقيل : إن جوازنا نقل الصدقة ، جاز الصرف
إليه ، وإلا ، فلا . ويشترط أن لا يكون معه ما يحتاج إليه في سفره ، فيعطى من
لا مال له أصلاً ، وكذا من له مال في غير البلد المنتقل إليه منه . ويشترط أن
لا يكون سفره معصية ، فيعطى في سفر الطاعة قطعاً ، وكذا في المباح كالتجارة ،
وطلب الآبق على الصحيح . وعلى الثاني : لا يعطى ، فعلى هذا يشترط كون السفر
طاعة ، فإذا قلنا : يعطى في المباح ، ففي سفر التزهة وجهان ، لأنه ضرب من
الفضول . والأصح : أنه يعطى .

فصل

في الصفات المشترطة في جميع الأصناف

فمنها : أن لا يكون المدفوع إليه كافراً ، ولا غازياً مرتزقاً كما سبق ، وأن لا يكون هاشمياً ولا مطلبياً قطعاً ، ولا مولى لهم على الأصح . فلو استعمل هاشمي أم مطلب ، لم يحل لهم سهم العامل على الأصح . ويجري الخلاف فيما إذا جعل بعض المرتزقة عاملاً . ولو انقطع خمس الخمس عن بني هاشم وبني المطلب لخلو بيت المال عن الفبيء والغنيمة ، أو لاستيلاء الظلمة عليها ، لم يعطوا الزكاة على الأصح الذي عليه الأكثرون ، وجوزّه الاصطخري ، واختاره القاضي أبو سعد الهروي ، ومحمد بن يحيى رحمهم الله .

فصل

في كيفية الصرف الى المستحقين وما يتعلق .

فيه مسائل .

إحداها : فيما يمول عليه في صفات المستحقين . قال الأصحاب : من طلب الزكاة ، وعلم الامام أنه ليس مستحقاً ، لم يجز الصرف إليه . وإن علم استحقيقه ، جاز ، ولم يخرجوه على القضاء بملئه . وإن لم يعرف حاله ، فالصفات قسماً . خفية وجلية ، فالخفي : الفقر والمسكنة ، فلا يطالب مدعيها ببينة ، لسرهما . لكن إن عرف له مال ، فادعى هلاكه ، طوب بالبينة سهولتها ، ولم يفرقوا بين دعواه الهلاك بسبب خفي كالسرقة ، أو ظاهر كالخربق . وإن قال : لي عيال لا يفي كسبي بكفائتهم ، طوب ببينة على العيال على الأصح . ولو قال : لا كسب لي

وحاله تشهد بصدقه ، بأن كان شيخاً كبيراً ، أو زمناً ، أعطي بلا بينة ولا يمين . وإن كان قوياً جلدأ ، أو قال : لا مال لي ، واتهمه الامام ، فهل يحلف ؟ فيه وجهان . أحدهما : لا ، فإن حلفناه ، فهل هو واجب ، أم مستحب ؟ وجهان . فإن نكل وقلنا : اليمين واجبة ، لم يمتط . وإن قلنا : مستحبة ، أعطي .

وأما الصفة الجليئة ، فضربان .

أحدهما : يتعلق الاستحقاق فيه بمعنى في المستقبل ، وهو الفازي ، وابن السبيل ، فيعطيان بقولهما بلا بينة ولا يمين . ثم إن لم يحققا الموعد ويخرجا في السفر ، استرد منها . ولم يتعرض الجمهور لبيان القدر الذي يحتمل تأخير الخروج فيه ، وقدره السرخسي في « أماليه » بثلاثة أيام ، فإن انقضت ولم يخرج ، استرد منه . ويشبه أن يكون هذا على التقريب ، وأن يعتبر ترصده للخروج ، وكون التأخير لانتظار الرفقة وتحصيل أهبة وغيرها .

الضرب الثاني : يتعلق الاستحقاق فيه بمعنى في الحال ، وتدخل فيه بقية الأصناف . فإذا ادعى العامل العمل ، طوب بالبينة لسهولتها ، ويطالب بها المكاتب والغارم . ولو صدقها المولى ، وصاحب الدين ، كفى على الأصح ، ولو كذبه المقر له ، لنا الاقرار . وأما المؤلف قلبه ، فإن قل : نيتي في الاسلام ضعيفة ، قبل قوله ، لأن كلامه يصدقه ، وإن قال : أنا شريف مطاع في قومي ، طوب بالبينة ، كذا فصله جمهور الأصحاب ، ومنهم من أطلق : أنه لا يطالب بالبينة ، ويقوم مقام البينة الاستفاضةُ باشتهار الحال بين الناس ، لحصول العلم ، أو غلبة الظن ، ويشهد لما ذكرناه من اعتبار غلبة الظن ثلاثة أمور .

أحدهما : قال بعض الأصحاب : لو أخبر عن الحال واحد يتمدّ قوله ، كفى . الثاني : قال الامام : رأيت للأصحاب رمزاً إلى تردد في أنه لو حصل الوثوق بقول من يدعي الغرم ، وغلب على الظن صدقه ، هل يجوز اعتماده ؟

الثالث : حكى بعض التأخرين . ما لا بد من معرفته ، وهو أنه لا يعتبر في هذه المواضع سماع القاضي ، والدعوى والانكار والشهاد ، بل المراد إخبار عدلين .

واعلم أن كلامه في « الوسيط » ، يوهم أن إلحاق الاستفاضة بالينة مختص بالمكاتب والفارم ، ولكن الوجه تعميم ذلك في كل مُطالِب بالينة من الاصناف .

المسألة الثانية : في قدر المعطى ، فالمكاتب والفارم ، يعطيان قدر دينها ، فان قدرا على بعضه ، أعطيا الباقي . والفقير والمسكين يعطيان ما تزول به حاجتهما ، وتحصل كفايتهما . ويختلف ذلك باختلاف الناس والنواحي ، فالخترف الذي لا يجد آلة حرفته ، يعطى ما يشتريها به قلَّت قيمتها ، أو كثرت . والتاجر يعطى رأس مال ليشترى ما يحسن التجارة فيه ، ويكون قدر ما يفي ربحه بكفايته غالباً ، وأوضحوه بالثال فقالوا : البقي يكتبني بخمسة دراهم ، والباقلاني بعشرة ، والفاكهي بعشرين ، والخجاز بخمسين ، والبقال بمائة ، والمطار بألف ، والبزاز بألني درهم ، والصيرفي بخمسة آلاف ، والجوهري بعشرة آلاف .

فرع

من لا يحسن الكسب بحرفة ولا تجارة ، قال المراقبون وآخرون : يعطى كفاية العمر الغالب . وقال آخرون ، منهم الغزالي والبغوي ، : يعطى كفاية سنة ، لأن الزكاة تتكرر كل سنة .

قلت : ومن قطع بالمسألة صاحب « التلخيص » ، والرافعي في « المحرر » ، ولكن الأصح ، ما قاله المراقبون ، وهو نص الشافعي رضي الله عنه ، ونقله الشيخ نصر المقدسي عن جمهور أصحابنا ، قال : وهو المذهب . والله أعلم

وإذا قلنا : يعطى كفاية العمر ، فكيف طريقه ؟ قال في « التتمة » وغيره : يعطى ما يشتري به عقاراً يستغل منه كفايته . ومنهم من يشمر كلامه بأنه يعطى ما ينفق عينه في حاجاته ، والأول أصح .

فرع

وأما ابن السبيل ، فيعطى ما يبلغه مقصده ، أو موضع ماله إن كان له في طريقه مال ، فيعطى النفقة والكسوة إن احتاج إليها بحسب الحال شتاءً وصيفاً ، ويهيأ له الركوب إن كان السفر طويلاً والرجل ضعيفاً لا يستطيع المشي . وإن كان السفر قصيراً ، أو الرجل قوياً ، لم يعط ، ويعطى ما ينقل زاده ومتاعه ، إلا أن يكون قدرا يعتاد مثله أن يحمله بنفسه ، ثم قال السرخسي في « الأمل » : إن كان ضاق المال ، أعطي كراء الركوب . وإن اتسع ، اشترى له مركوب . فإذا تم سفره ، استرد منه الركوب على الصحيح الذي قاله الجمهور . ثم كما يعطى لذهابه ، يعطى لإيابه إن أراد الرجوع ولا مال له في مقصده . هذا هو الصحيح . وفي وجه : لا يعطى للرجوع في ابتداء السفر ، لأنه سفر آخر ، وإنما يعطى إذا أراد الرجوع ، ووجه ثالث : أنه إن كان على عزم أنه يصل الرجوع بالذهاب ، أعطي للرجوع أيضاً . وإن كان على أن يقيم هناك مدة ، لم يعط ، ولا يعطى لمدة الإقامة إلا مدة إقامة المسافرين ، بخلاف الغازي ، حيث يعطى للمقام في الثغر وإن طال ، لأنه قد يحتاج إليه لتوقع فتح الحصن ، وإنه لا يزول عنه الاسم لطول المقام ، هذا هو الصحيح . وعن صاحب « التقريب » ، أنه إن أقام لحاجة يتوقع زوالها ، أعطي وإن زادت إقامته على إقامة المسافرين .

فرع

هل يدفع إلى ابن السبيل جميع كفايته ، أو ما زاد بسبب السفر ؟ وجهان .
أصحها : الأول .

فرع

وأما الغازي ، فيعطى الفقة والكسوة مدة الذهاب والرجوع ، ومدة المقام في الثغر وإن طال . وهل يعطى جميع المؤنة ، أم ما زاد بسبب السفر ؟ فيه الوجهان .
كان السبيل ، ويعطى ما يشتري به الفرس إن كان يقاتل فارساً ، وما يشتري به السلاح وآلات القتال ، ويصير ذاك ملكاً له . ويجوز أن يستأجر له الفرس والسلاح .
ويختلف الحال بحسب كثرة المال وقلته . وإن كان يقاتل راجلاً ، فلا يعطى لشراء الفرس . وأما ما يحمل عليه الزاد ويركبه في الطريق ، فكان السبيل .

فرع

إنما يعطى الغازي إذا حضر وقت الخروج ، ليهيء به أسباب سفره . فإن أخذ ولم يخرج ، فقد سبق أنه يسترد . فإن مات في الطريق ، أو امتنع من الغزو ، استرد ما بقي ، وإن غزا فرجع ومعه بقية ، فإن لم يقتّر على نفسه ، وكان الباقي شيئاً صالحاً ، رده . وإن قتر على نفسه أو لم يقتّر ، إلا أن الباقي شيء يسير ، لم يسترد قطعاً . وفي مثله في ابن السبيل ، يسترد على الصحيح ، لأننا دفعنا إلى الغازي لحاجتنا ، وهي أن يغزو وقد فعل ، وفي ابن السبيل يدفع لحاجته وقد زالت .

فرع

في بعض شروح « المفتاح » : أنه يعطى النازي نفقته ونفقة عياله ذهاباً ومقاماً ورجوعاً . وسكت الجمهور عن نفقة العيال ، لكن أخذها ليس ببعيد .

فرع

للامام الخيار ، إن شاء دفع الفرس والسلاح إلى النازي تملكاً ، وإن شاء استأجر له مركوباً ، وإن شاء اشترى خيلاً من هذا السهم ووقفها في سبيل الله تعالى ، فيعيرهم إياها وقت الحاجة ، فإذا انقضت ، استرد . وفيه وجه : أنه لا يجوز أن يشتري لهم الفرس والسلاح قبل وصول المال إليهم .

فرع

وأما المؤلف ، فيعطى ما يراه الامام . قال المسمودي : يجعله على قدر كلفتهم وكفايتهم .

فرع

وأما العامل ، فاستحقاقه بالعمل ، حتى لو حمل صاحب الأموال زكاتهم إلى الامام ، أو إلى البلد قبل قدوم العامل ، فلا شيء له ، كما يستحق أجره المثل لعمله . فإن شاء الامام بعثه بلا شرط ثم أعطاه أجره مثل عمله ، وإن شاء سمى له قدر

أجرته إجارة أو جمالة ، ويؤديه من الزكاة . ولا يستحق أكثر من نحوه المثل .
فإن زاد ، فهل تفسد التسمية ، أم يكون قدر الأجرة من الزكاة والزائد في خالص
مال الامام ؟ فيه وجهان .

قلت : أصحها : الأول . والله أعلم

فإن زاد سهم العاملين على أجرته ، رد الفاضل على سائر الأصناف . وإن
نقص ، فالذهب : أنه يكمل من مال الزكاة ثم يقسم . وفي قول : من خمس الخمس ،
وقيل : يتخير الامام بينهما بحسب المصلحة ، وقيل : إن بدأ بالعامل كمله من الزكاة ،
وإلا فمن الخمس لسر الاسترداد من الأصناف . وقيل : إن فضل عن حاجة
الأصناف ، فمن الزكاة ، وإلا ، فمن بيت المال . والخلاف في جواز التكميل من
الزكاة ، واتفقوا على جواز التكميل من سهم المصالح مطلقاً ، بل لو رأى الامام
أن يجعل أجرة العامل كلها في بيت المال ، جاز ، ويقسم الزكاة على سائر الأصناف .

فرع

إذا اجتمع في شخص صفتان ، فهل يعطى بهما ، أم بأحدهما فقط ؟ فيه
طرق . أصحها : على قولين . أظهرهما : بإحداها ، يأخذ بأيتها شاء . والطريق الثاني :
القطع بهذا . والثالث : إن اتحد جنس الصفتين ، أعطي بإحداها ، وإن اختلف
فيها ، فيعطى بهما . فالاتحاد ، كالفقير مع الغرم لمصلحة نفسه ، لأنها يأخذان لحاجتها
إلينا . وكالغرم للإصلاح مع الغزو ، فانها لحاجتنا إليها . والاختلاف ، كالفقير
والغزو . فإن قلنا بالمنع ، فكان العامل فقيراً ، فرجها ، بناءً على أن ما يأخذه
العامل أجرة ، لأنه إنما يستحق بالمعمل ، أم صدقة لكونه معدوداً في الأصناف ؟
وفيه وجهان . وإذا جوزنا الإعطاء بمعنيين ، جاز بعمان ، وفيه احتمال للحناطي .

قلت : قال الشيخ نصر : إذا قلنا : لا يعطى إلا بسبب ، فأخذ بالفقر ، كان لغريمه أن يطالبه بدينه ، فيأخذ ما حصل له . وكذا إن أخذه بكونه غارماً ، فإذا بقي بعد أخذه منه فقيراً ، فلا بد من إعطائه من سهم الفقراء ، لأنه الآن محتاج .
والله أعلم

المسألة الثالثة : يجب استيعاب الأصناف الثمانية عند القدرة عليهم ، فإن فرق بنفسه ، أو فرق الامام ، وليس هناك عامل ، فرق على السبعة . وحكي قول : أنه إذا فرق بنفسه ، سقط أيضاً نصيب المؤلف . والمشهور : ما سبق . ومتى فقد صنف فأكثر ، قسم المال على الباقيين . فإن لم يوجد أحد من الأصناف ، حفظت الزكاة حتى يوجدوا ، أو يوجد بعضهم . وإذا قسم الامام ، لزمه استيعاب آحاد كل صنف ، ولا يجوز الاقتصار على بعضهم ، لأن الاستيعاب لا يتعذر عليه . وليس المراد أنه يستوعبهم بركة كل شخص ، بل يستوعبهم من الزكاة المختلطة في يده ، وله أن يخص بعضهم بنوع من المال ، وآخرين بنوع . وإن قسم المالك ، فإن أمكنه الاستيعاب ، بأن كان المستحقون في البلد محصورين بنيهم المال ، فقد أطلق في « التتمة » : أنه يجب الاستيعاب ، وفي « التهذيب » : أنه يجب إن جاوزنا نقل الصدقة ، وإن لم نجوزه ، لم يجب ، لكن يستحب ، وإن لم يمكن ، سقط الوجوب والاستحباب ، ولكن لا ينقص الذين ذكرهم الله تعالى بلفظ الجمع من الفقراء وغيرهم عن ثلاثة ، إلا العامل ، فيجوز أن يكون واحداً وهل يكتفى في ابن السبيل بواحد ؟ فيه وجهان . أصحابها : المنع ، كالفقراء . قال بعضهم : ولا يبعد طرد الوجهين في الغزاة لقوله تعالى : (وفي سبيل الله) [التوبة: ٦٠] بنير لفظ الجمع . فلو صرف ما عليه إلى اثنين مع القدرة على الثالث ، غرم لثالث . وفي قدره قولان . المنصوص في الزكاة : أنه يغرم ثلث نصيب ذلك الصنف . والقياس : أنه يغرم قدر ما لو أعطاه في ابتداء ، أجزاءه ، لأنه الذي فرط فيه ،

ولو صرفه إلى واحد ، فعلى الأول : يلزمه الثلثان ، وعلى الثاني : أقل ما يجوز صرفه إليهما .

قلت : هكذا قال أصحابنا رحمهم الله تعالى : إن الأقيس هو الثاني ، ثم الجمهور أطلقوا القولين هكذا . قال صاحب « العدة » : إذا قلنا : يضمن الثلث ، ففيه وجهان . أحدهما : أن المراد إذا كانوا سوتوا في الحاجة ، حتى لو كان حاجة هذا الثالث حين استحق التفرقة مثل حاجة الآخرين جميعاً ، ضمن له نصف السهم ليكون معه مثلها ، لأنه يستحب التفرقة على قدر حوائجهم . والثاني : أنه لا فرق . والله أعلم

ولو لم يوجد إلا دون الثلاثة من صنف ، يجب إعطاء ثلاثة منهم ، وهذا هو الصحيح ، ومراده : إذا كان الثلاثة متميزين ، أعطى من وجد . وهل يصرف باقي السهم إليه إذا كان مستحقاً ، أم ينقل إلى بلد آخر ؟ قال المتولي : هو كما لو لم يوجد بعض الأصناف في البلد . وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

قلت : الأصح ، أن يصرف إليه . وعن صححه الشيخ نصر المقدسي ، ونقله هو وصاحب « العدة » وغيرهما عن نص الشافعي رحمه الله عليه ، ودليله ظاهر . والله أعلم

فرع

التسوية بين الأصناف واجبة . وإن كانت حاجة بعضهم أشد ، إلا أن العامل لا يزداد على أجره عمله كما سبق . وأما التسوية بين آحاد الصنف ، سواء استوعبوا ، أو اقتصر على بعضهم ، فلا يجب ، لكن يستحب عند تساوي الحاجات . هذا إذا قسم المالك . قال في « التمه » : فأما إن قسم الامام ، فلا يجوز تفضيل

بعضهم عند تساوي الحاجات ، لأن عليه التعميم ، فلتزمه التسوية ، والمالك لا تعمم عليه ، فلا تسوية .

قلت : هذا التفصيل الذي في « التمة » وإن كان قوياً في الدليل ، فهو خلاف مقتضى إطلاق الجمهور استجباب التسوية . وحيث لا يجب الاستيعاب ، قال أصحابنا : يجوز الدفع إلى المستحقين من المقيمين بالبلد والغرباء ، ولكن المستوطنون أفضل ، لأنهم جيرانه . والله أعلم

فرع

إذا عدم في بلد جميع الأصناف ، وجب نقل الزكاة إلى أقرب البلاد إليه . فإن نقل إلى أبعد ، فهو على الخلاف في نقل الزكاة . وإن عدم بعضهم ، فإن كان العامل ، سقط سهمه . وإن عدم غيره ، فإن جوزنا نقل الزكاة ، نقل نصيب الباقي ، وإلا فوجهان : أحدهما : ينقل . وأصحها : يرد على الباقي . فإن قلنا : ينقل ، نقل إلى أقرب البلاد . فإن نقل إلى غيره ، أو لم ينقل ، ورد على الباقي ، ضمن ، وإن قلنا : لا ينقل فنقل ، ضمن . ولو وجد الأصناف فقسم ، فنقص سهم بعضهم عن الكفاية ، وزاد سهم بعضهم عليها ، فهل يصرف ما زاد إلى من نقص نصيبه ، أم ينقل إلى ذلك الصنف بأقرب البلاد ؟ فيه هذا الخلاف . وإذا قلنا : يرد على من نقص سهمهم ، رد عليهم بالسوية . فإن استغنى بعضهم ببعض الردود ، قم الباقي بين الآخرين بالسوية . ولو زاد نصيب جميع الأصناف على الكفاية ، أو نصيب بعضهم ، ولم ينقص نصيب الآخرين ، نقل ما زاد إلى ذلك الصنف .

المسألة الرابعة : في جواز نقل الصدقة إلى بلد آخر ، مع وجود المستحقين في بلده خلاف . وتفصيل المذهب فيه عند الأصحاب : أنه يحرم النقل ، ولا تسقط

به الزكاة ، وسواء كان النقل إلى مسافة القصر أو دونها ، فهذا مختصر ما يفتى به .
وتفصيله ، أن في النقل قولين . أظهرهما : المنع . وفي المراد بهما ، طرق . أحدهما :
أن القولين في سقوط الفرض ، ولا خلاف في تحريمه ، والثاني : أنها في التحريم
والسقوط معاً ، والثالث : أنها في التحريم ، ولا خلاف أنه يسقط . ثم قيل : هما
في النقل إلى مسافة القصر فما فوقها ، فإن نقل إلى دونها ، جاز ، والأصح :
طرد القولين .

قلت : وإذا منعنا النقل ، ولم نعتبر مسافة القصر ، فسواء نقل إلى قرية بقرب
البلد ، أم بعيدة . صرح به صاحب « المدة » وهو ظاهر . والله أعلم

فرع

إذا أوصى للفقراء والمساكين وسائر الأصناف ، أو وجب عليه ككفارة ،
أو نذر ، فالذهب في الجميع جواز النقل ، لأن الأطعام لا تمتد إليها امتدادها
للزكاة .

فرع

صدقة الفطر كسائر الزكوات في جواز النقل ومنعه ، وفي وجوب استيعاب
الأصناف ، فإن شقَّت القسمة ، جمع جماعة فطرتهم ثم قسموها . وقال الاصطخري :
يجوز صرفها إلى ثلاثة من الفقراء ، ويروى : من الفقراء والمساكين . ويروى : من أي
صنف اتفق . واختار أبو إسحاق الشيرازي ، جواز الصرف إلى واحد .

قلت : اتفق أصحابنا المتأخرون أو جماهيرهم : على أن مذهب الاصطخري ،
جواز الصرف إلى ثلاثة من الساكنين أو الفقراء . قال أكثرهم : وكذلك يجوز

عنده الصرف إلى ثلاثة من أي صنف كان . وصرح المحامي والمتولي : بأنه لا يجوز
عنده الصرف إلى غير المساكين والفقراء . قال المتولي : ولا يسقط الفرض ،
واختار الروياني في « الحلية » صرفها إلى ثلاثة . وحكي اختياره عن جماعة من أصحابنا .
وانتدأعلم

فرع

حيث جاز النقل أو وجب ، فمؤنته على رب المال ، ويمكن تخريجه على
الخلاف السابق في أجرة الكيال .

فرع

الخلاف في جواز النقل وتقريمه ، ظاهر فيما إذا فرق رب المال زكاته .
أما إذا فرق الامام ، فرمما اقتضى كلام الأصحاب طرد الخلاف فيه ، وربما دل
على جواز النقل له ، والتفرقة كيف شاء ، وهذا أشبه .

قلت : قد قال صاحب « التهذيب » والأصحاب : يجب على الساعي نقل الصدقة
إلى الامام إذا لم يأذن له في تفريقها ، وهذا نقل . وانتدأعلم

فرع

لو كان المال ببلد ، والمالك ببلد ، فلا اعتبار ببلد المال ، لأنه سبب الوجوب ،
ويمتد إليه نظر المستحقين ، فيصرف النثر إلى فقراء بلد الأرض ، حتى حصل

منها المشر ، وزكاة النقدين والمواشي والتجارة إلى فقراء البلد الذي تم فيه حوله ،
فإن كان المال عند تمام الحول في بادية ، صرف إلى فقراء أقرب البلاد إليه .

قلت : ولو كان تاجراً مسافراً ، صرفها حيث حال الحول . والله أعلم

ولو كان ماله في مواضع متفرقة ، قسم زكاة كل طائفة من مال يملؤها ، مالم
يقع تشقيص ، فإن وقع ، بأن ملك أربعين من النعم ، عشرين ببلد ، وعشرين بآخر ،
فأدى شاة في أحد البلدين . قال الشافعي رحمه الله : كرهته ، وأجزأه . وهذا هو
المذهب ، وقطع به جمهور الأصحاب ، سواء جاوزنا نقل الصدقة ، أم لا . وقال
أبو حفص ابن الوكيل : هذا جائز ، إن جاوزنا نقل الصدقة ، وإلا فيؤدي في
كل بلد نصف شاة . والصواب : الأول . وعللوه بملتين . إحداهما : أن له في
كل بلد مالاً ، فيخرج فيها شاة منها ، والثانية : أن الواجب شاة ، فلا تشقيص .
ويتفرع عليها ، ماله ملك مائة ببلد ، ومائة ببلد آخر ، فعلى الأول ، له
إخراج الشاتين في أيهما شاء ، وعلى الثاني : لا يجزئه ذلك ، وهو الأصح .
وأما زكاة الفطر ، إذا كان ماله ببلد ، وهو بآخر ، فأيهما يعتبر ؟ وجهان . أحدهما :
ببلد المالك .

قلت : ولو كان له من تلزمه فطرته وهو ببلد ، فالظاهر أن الاعتبار ببلد المؤدى
عنه . وقال في « البيان » : الذي يقتضي المذهب ، أنه يبنى على الوجهين في أنها
تجب على المؤدى ابتداءً ، أم على المؤدى عنه فتصرف في بلد من توجب عليه ابتداءً .
والله أعلم

فرع

أزباب الأموال صنفان .

أحدهما : المقيمون في بلد ، أو قرية ، أو موضع من البادية فلا يظنون عنه شتاءً ولا صيفاً ، فعليهم صرف زكاتهم إلى من في موضعهم من الأصناف ، سواء فيه المقيمون والغرباء

الثاني : أهل الخيام المتنقلون من بقعة إلى بقعة ، فينظر ، إن لم يكن لهم قرار ، بل يطوفون البلاد أبداً ، صرفوها إلى من معهم من الأصناف . فإن لم يكن معهم مستحق ، نقلوه إلى أقرب البلاد إليهم عند تمام الحول . وإن كان لهم موضع يسكنونه وربما انتقلوا عنه منتجبين ثم عادوا إليه ، فإن لم يتميز بعضهم عن بعض في الماء والرعى ، صرفوها إلى من هو دون مسافة القصر من موضع المال . والصرف إلى الذين يقيمون من هؤلاء باقاتهم ويظنون بظنهم ، أفضل لشدة جوارم . وإن تميزت الحلة عن الحلة ، وانفرد بالماء والرعى ، فوجهان . أحدهما : أنه كثير التميز . وأصحابها : إن كل حلة كقرية ، فلا يجوز النقل عنها .

فصل

يشترط في الساعي كونه مسلماً ، مكلفاً ، عدلاً ، حراً ، فقيهاً بأبواب الزكاة . هذا إذا كان التفويض عاماً ، فإن عين الامام شيئاً يأخذه ، لم يعتبر الفقه . قال الماوردي : وكذا لا يعتبر الاسلام والحرية .

قلت : عدم اشتراط الاسلام ، فيه نظر . والله أعلم

وفي جواز كون العامل هاشمياً ، أو من المرتزقة ، خلاف سبق . وفي
« الأحكام السلطانية » للماوردي : أنه يجوز أن يفوض إلى من تحرم عليه الزكاة
من ذوي القربى ، ولكن يكون رزقه من المصالح . وإذا قلّد الأخذ وحده ،
أو القسمة وحدها ، لم يتول إلا ما قلّد ، وإن أطلق التقليد تولى الأمرين . وإنه إذا
كان العامل جائزاً في أخذ الصدقة ، عادلاً في قسمتها ، جاز كتمها عنه ، وجاز
دفعها إليه ، وإن كان عادلاً في الأخذ ، جائزاً في القسمة ، وجب كتمها عنه . فإن
أخذها طوعاً أو كرهاً ، لم تجزىء ، وعلى أرباب الأموال إخراجها بأنفسهم .
وهذا خلاف ما في « التهذيب » : أنه إذا دفع إلى الامام الجائر ، سقط عنه
الغرض ، وإن لم يوصله المستحقين ، إلا أن يفرّق بين الدفع إلى الامام وإلى العامل.
قلت : لا فرق ، والأصح : الإجزاء فيها . والله أعلم

فصل

وسم الثعم جازٍ في الجملة ووسم نعم الزكاة والفيء ، للتميز ، وإيردها من
وجدها ضالّة ، وليعرف المتصدق ولا يملكها ، لأنه يكره أن يتصدق بشيء ، ثم
يشتره ، هكذا قاله الشافعي رحمه الله . وليكن الوسم على موضع صلب ظاهر ،
لا يكثر الشعر عليه . والأولى في النعم : الآذان . وفي الإبل والبقر : الأفضاخ.
ويكره الوسم على الوجه .

قلت : هكذا قال صاحب « المدة » وغيره : أنه مكروه . وقال صاحب
« التهذيب » : لا يجوز ، وهو الأقوى . وقد صح في « صحيح مسلم » لعن
فاعله (١) ، وهو دال على التحريم . والله أعلم

(١) روى مسلم في « صحيحه » رقم (٢١١٧) عن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم
مر عليه حمار قد وسم في وجهه فقال : « لعن الله الذي وسمه » .

ويكون ميسم الفهم ، أطف من ميسم البقر ، وميسم البقر ، أطف من ميسم الإبل . وتُمَيِّزُ نعم الزكاة من نعم ألفيء ، فيكتب على الجزية : جزية ، أو صغار . وعلى الزكاة : زكاة ، أو صدقة ، أو لله تعالى . ونص الشافعي رحمه الله على مئة « لله تعالى » .

فرع

ويجوز خصاء ما يؤكل لحمه في صفره لطيب لحمه ، ولا يجوز في كبره ، ولا خصاء مالا يؤكل .

فصل

في مسائل متفرقة

أحدها : ينبغي للامام والساعي ، وكل من يفوض إليه أمر تفريق الصدقات ، أن يعتني بضبط المستحقين ، ومعرفة أعدادهم ، وأقدار حاجتهم ، بحيث يقع الفراغ من جميع الصدقات بعد معرفتهم ، أو معها ليتعجل حقوقهم ، وليأمن هلاك المال عنده .

الثانية : ينبغي أن يبدأ في القسمة بالمالين ، لأن استحقاقهم أقوى ، لكونهم يأخذون معاوضة .

قلت : هذا التقديم مستحب . والله اعلم .

الثالثة : لا يجوز للامام ولا للساعي أن يبيع شيئاً من الزكاة ، بل يوصلها بحالها إلى المستحقين ، إلا إذا وقعت ضرورة ، بأن أشرفت بعض الماشية على الهلاك ،

أو كان في الطريق خطر ، أو احتاج إلى رد جيران ، أو إلى مؤنة ثقل ، فحينئذ يبيع . ولو وجبت ناقة أو بقرة أو شاة ، فليس للمالك أن يبيعها ويقسم الثمن ، بل يجمعهم ويدفعها إليهم ، وكذا حكم الامام عند الجمهور ، وخالفهم في « التهذيب » فقال : إن رأى الامام ذلك ، فمله ، وإن رأى أن يبيع ، باع وفرق الثمن عليهم . قلت : وإذا باع في الموضع الذي لا يجوز ، فالبيع باطل ، ويسترد المبيع ، فان تلف ، ضمنه . والله أعلم

الرابعة : إذا دفع الزكاة إلى من ظنه مستحقاً ، فبان غير مستحق ، ككافر ، وعبد ، وغني ، وذوي قرى ، فالفرض يسقط عن المالك بالدفع إلى الامام ، لأنه نائب المستحقين . ولا يجب الضمان على الامام إذا بان غنياً ، لأنه لا تقصير ، ويسترد ، سواء أعلمه أنها زكاة ، أم لا ، فان كان قد تلف ، غرمه وصرف النرم إلى المستحقين . وفي باقي الصور المذكورة قولان . أظهرهما : لا يضمن ، وقيل : لا يضمن قطعاً . وقيل : يضمن قطعاً ، لتفريطه ، فانها لا تخفى غالباً ، بخلاف الغني ، ولأنها أشد منافاة ، فانها تنافي الزكاة بكل حال ، بخلافه . ولو دفع المالك بنفسه ، فبان المدفوع إليه غنياً ، لم يجزه على الأظهر ، بخلاف الامام ، لأنه نائب الفقراء . وإن بان كافراً ، أو عبداً ، أو ذا قرى ، لم يجزه على الأصح .

قلت : ولو دفع سهم المؤلفة ، أو الغازي إليه ، فبان المدفوع إليه امرأة ، فهو كما لو بان عبداً . والله أعلم

وإذا لم يسقط الفرض ، فان بُيِّن أن المدفوع زكاة ، استرد إن كان باقياً ، وغرم المدفوع إليه إن كان تالفاً . ويتعلق بذمه العبد إذا دفع إليه . وإن لم يذكر أنه زكاة ، لم يسترد ، ولا غرم ، بخلاف الامام ، يسترد مطلقاً ، لأن ما يفرقه الامام على الأصناف ، هو الزكاة غالباً ، وغيره قد يتطوع . والحكم في الكفارة متى بان المدفوع إليه غير مستحق ، كحكم الزكاة .

الخامسة : في وقت استحقاق الأصناف الزكاة . قال الشافعي رحمه الله : يستحقون يوم القسمة ، إلا العامل ، فإنه يستحق بالعمل . وقال في موضع آخر : يستحقون يوم الوجوب . قال الأصحاب : ليس في المسألة خلاف . بل النص الثاني محمول على ما إذا لم يكن في البلد إلا ثلاثة ، أو أقل ، ومنعنا نقل الصدقة ، فيستحقون يوم الوجوب ، حتى لو مات واحد منهم ، دفع نصيبه إلى ورثته ، وإن غاب أو أيسر ، خفه بحاله ، وإن قدم غريب ، لم يشاركهم ، والنص الأول ، فيما إذا لم يكونوا محصورين في ثلاثة ، أو كانوا ، وجوزنا نقل الزكاة ، فيستحقون بالقسمة ، حتى لاحقاً لمن مات أو غاب أو أيسر بعد الوجوب وقبل القسمة ، وإن قدم غريب ، شاركهم .

السادسة : في « فتاوى القفال » : أن الامام لو لم يفرق ما اجتمع عنده من مال الزكاة من غير عذر ، فتلف ، ضمن . والوكيل بالتفريق لو أخر ، فتلف ، لم يضمن ، لأن الوكيل لا يجب عليه التفريق ، بخلاف الامام .

قلت : قال أصحابنا : لو جمع الساعي الزكاة ، فتلفت في يده قبل أن تصل إلى الامام ، استحق أجرته من بيت المال . والله أعلم .

السابعة : قال صاحب « البحر » : لو دفع الزكاة إلى فقير وهو غير عارف بالمدفوع ، بأن كان مشدوداً في خرقه ونحوها ، لا يعرف جنسه وقدره ، وتلف في يد المسكين ، ففي سقوط الزكاة احتمالان ، لأن معرفة القابض لا تشترط ، فكذا معرفة الدافع .

قلت : الأرجح : السقوط . وبقيت من الباب مسائل تقدمت في باب أداء الزكاة وغيره . وبقيت مسائل ، لم يذكرها الإمام الرافعي هنا .

منها : قال الصيمري : كان الشافعي رحمه الله في القديم ، يسمي ما يؤخذ من الماشية صدقة ، ومن التقدين زكاة ، ومن المشرات عشرأ فقط ، ثم رجع عنه وقال : يسمي الجميع زكاة وصدقة .

ومنها : الاختلاف . قال أصحابنا : اختلاف رب المال والساعي على ضربين . أحدهما : أن يكون دعوى رب المال لا تخالف الظاهر ، والثاني : تخافه . وفي الضربين ، إذا اتهمه الساعي ، حلفه ، واليمين في الضرب الأول مستحبة بلا خلاف . فان امتنع عن اليمين ، ترك ولا شيء .

وأما الضرب الثاني : فاليمين فيه مستحبة أيضاً على الأصح ، وعلى الثاني : واجبة ، فان قلنا : مستحبة ، فامتنع ، فلا شيء عليه ، وإلا أخذت منه لا بالنكول ، بل بالسبب السابق . فمن الصور التي لا يكون قوله فيها مخالفاً للظاهر ، أن يقول : لم يحل الحول بعد .

ومنها : أن يقول الساعي : كانت ماشيتك نصاباً ثم توالدت ، فيضم الأولاد إلى الأمات ، ويقول رب المال : لم تكن نصاباً ، وإنما تمت نصاباً بالأولاد ، فابتدأ الحول من حين التولد .

ومنها : أن يقول الساعي : هذه السخال توالدت من نفس النصاب قبل الحول ، فقال : بل بعد الحول ، أو من غير النصاب . ومن الصور التي تخالف فيها الظاهر ، أن يقول الساعي : مضى عليك حول ، فقال المالك : كنت بتمته في أثناء الحول ، ثم اشتريته ، أو قال : أخرجت زكاته ، وقلنا : يجوز أن يفرق بنفسه . وقد سبقت هذه المسألة في باب أداء الزكاة ، ولو قال : هذا المال وديعة ، فقال الساعي : بل ملكك ، فوجهان . أصحها : أنه مخالف للظاهر ، وبه قطع الأكثرون ، والثاني : لا .

ومنها : الأفضل في الزكاة إظهار إخراجها ، ليراه غيره ، فيعمل عمله ، والثلا يساء الظن به .

ومنها : قال الفزالي في « الإحياء » : يَسْأَلُ الْآخِذُ دَافِعَ الزَّكَاةِ عَنْ قَدْرِهَا ، فَيَأْخُذُ بَعْضُ الثَّمَنِ ، بِمِثْلِ يَبْقَى مِنَ الثَّمَنِ مَا يَدْفَعُهُ إِلَى اثْنَيْنِ مِنْ صَنْفِهِ . فَاِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ الثَّمَنُ بِكَالِهِ ، لَمْ يَحِلَّ لَهُ الْآخِذُ . قَالَ : وَهَذَا السُّؤَالُ وَاجِبٌ فِي أَكْثَرِ النَّاسِ ، فَانْهَمَ لَا يَرَاوُنَ هَذَا ، إِمَّا لَجَلٍّ ، وَإِمَّا لِتَسَاهُلٍ ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ تَرْكُ السُّؤَالِ عَنْ مِثْلِ هَذَا ، إِذَا لَمْ يَغْلِبِ الظَّنُّ احْتِمَالَ التَّحْرِيمِ . وَاسْتَأْخِذْ

بَاب

مَرْفُوعُ النُّطُوعِ

هي مستحبة ، وفي شهر رمضان آكد .

قلت : وكذا عند الأمور المهمة ، وعند الكسوف ، والمرض ، والسفر ، وجمعة ، والمدينة ، وفي الغزو ، والحج ، والأوقات الفاصلة ، كعشر ذي الحجة ، وأيام العيد ، ففي كل هذا الموضع آكد من غيرها . قال في « الحاوي » : ويستحب أن يوسّع في رمضان على عياله ، ويحسن إلى ذوي أرحمه وجيرانه ، لاسيما في العشر الأواخر . وَاسْتَأْخِذْ

فصل

وكانت محرمة على رسول الله ﷺ على الأظهر تشريفاً له ، وهي حلال لذوي القربى على المشهور . وتحل للأغنياء والكفار ، وصرفها سرّاً أفضل ، وإلى الأقارب والجيران أفضل . وكذا الزكاة والكفارة وصرفها إليهم أفضل إذا كانوا بصفة استحقاقها . والأولى أن يبدأ بذوي الرحم المحرم ، كالإخوة والأخوات ، والأعمام والأخوال ،

ويقدم الأقرب فالأقرب . وقد ألحق الزوج والزوجة بهؤلاء ، ثم بذى الرحم غير المحرم ، كأولاد المم والخال ، ثم المحرم بالرضاع ، ثم بالمصاهرة ، ثم المولى من أعلى وأسفل ، ثم الجار . فإذا كان القريب بعيد الدار في البلد ، قدم على الجار الأجنبي . فإن كان الأقارب خارجين عن البلد ، فإن منعنا نقل الزكاة ، قدم الأجنبي ، وإلا ، فالقريب . وكذا أهل البادية ، فحيث كان القريب والأجنبي الجار ، بحيث يجوز الصرف إليهما ، قدم القريب .

فصل

يكره التصدق بالردية ، وبما فيه شبهة .

فصل

ومن فضل عن حاجته وحاجة عياله وعن دينه مالٌ، هل يستحب له التصدق بجميع الفاضل ؟ فيه أوجه . أحدهما : نعم ، والثاني : لا ، وأصحها : إن صبر على الإضاعة ، فنعم ، وإلا ، فلا . وأما من يحتاج إليه لعياله الذين تازمه نفقتهم وقضاء دينه ، فلا يستحب له التصدق ، وربما قيل : يكره .

قلت : هذه العبارة موافقة لعبارة الماوردي ، والفزالي ، والمتولي ، وآخرين . وقال القاضي أبو الطيب ، وأصحاب « الشامل » و « المذهب » و « التهذيب » و « البيان » والدارمي ، والرويان في « الحلية » وآخرون : لا يجوز أن يتصدق بما يحتاج إليه لنفقته أو نفقة عياله ، وهذا أصح في نفقة عياله ، والأول أصح في نفقة نفسه . وأما الدين ، فالختار أنه إن غلب على ظنه حصول وفائه من جهة أخرى ، فلا بأس بالتصدق ، وإلا ، فلا يحل .

واعلم أنه بقي من الباب مسائل كثيرة .

منها ، قال أبو علي الطبري : يقصد بصدقته من أقاربه أشدهم له عداوة ، ليتألف قلبه ، ولما فيه من سقوط الرياء وكسر النفس . ويستحب للغني التنزه عنها ، ويكره له التعرض لأخذها . قال في « البيان » : ولا يحل للغني أخذ صدقة التطوع مظهراً للفاقة . وهذا الذي قاله حسن ، وعليه حمل قول النبي ﷺ في الذي مات من أهل الصفقة ، فوجدوا له دينارين ، فقال : « كيتان من نار » (١) . فأما إذا سأل الصدقة ، فقال صاحب « الحاوي » وغيره : إن كان محتاجاً ، لم يحرم السؤال ، وإن كان غنياً بئال أو صنعة ، فسؤاله حرام ، وما يأخذه حرام عليه . هذا لفظ صاحب « الحاوي » . ولنا وجه ضعيف ، ذكره صاحب الكتاب وغيره في كتاب النفقات : أنه لا يحرم . قال أصحابنا وغيرهم : ينبغي أن لا يمتنع من الصدقة بالقليل احتقاراً له . قال الله تعالى : (فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره) [الزلال : ٧] وفي الحديث الصحيح : « انقوا النار ولو بشق تمرة » (٢) ويستحب أن يخص بصدقته أهل الخير والمحتاجين . وجاءت أحاديث كثيرة بالحث على الصدقة بالماء . ومن دفع إلى غلامه أو ولده ونحوها شيئاً ليعطيه لسائل ، لم يزل ملكه عنه حتى يقبضه السائل ، فإن لم يتفق دفعه إلى ذلك السائل ، استحب له أن لا يعود فيه ، بل يتصدق به ، ومن تصدق بشيء ، كره له أن يملكه من جهة من دفعه إليه بمعاوضة أو هبة . ولا بأس به بملكه منه بالإرث ، ولا بملكه من غيره . وينبغي أن يدفع الصدقة بطيب نفس وبشاشة وجه ، ويحرم المن بها ، وإذا من ، بطل ثوابها . ويستحب أن يتصدق مما يحبه . قال صاحب « المعايه » : لو نذر

(١) رواه أحمد في « المسند » (٣٢٣/٥) عن عبد الله بن مسعود وإسناده حسن ، وهو في « مجمع الزوائد » (٢٤٠/١٠) وقال : رواه أحمد ، وأبو يعلى ، والبرار ، وفيه عامم بن بهدلة وقد وثقه غير واحد ، وبقي رجاله رجال الصحيح .

(٢) متفق عليه من حديث عدي بن حاتم رضي الله عنه ، وهو جزء من حديث طويل .

صوماً أو صلاة في وقت بيمينه ، لم يجز فعله قبله ، ولو نذر التصدق في وقت بيمينه ، جاز التصدق قبله ، كما لو عجل الزكاة .

ومما يحتاج إليه ، مسائل ذكرها النزالي في « الاحياء » .

منها : اختلف السلف في أن المحتاج ، هل الأفضل له ، أن يأخذ من الزكاة أو صدقة التطوع ؟ فكان الجنيد ، والحواس ، وجماعة يقولون : الأخذ من الصدقة أفضل ، ائلاً يضيّق على الأصناف ، ولئلا يخل بشرط من شروط الأخذ . وأما الصدقة ، فأمرها هيّن . وقال آخرون : الزكاة أفضل ، لأنه إعانة على واجب ، ولو ترك أهل الزكاة كلهم أخذها ، أئموا ، ولأن الزكاة لامنّة فيها . قال النزالي : والصواب : أنه يختلف بالأشخاص ، فإن عرض له شبهة في استحقاقه ، لم يأخذ الزكاة ، وإن قطع باستحقاقه ، نظر ، إن كان التصدق إن لم يأخذ هذا ، لا يتصدق ، فليأخذ الصدقة ، فإن إخراج الزكاة لا بد منه ، وإن كان لا بد من إخراج تلك الصدقة ولم يضيّق بالزكاة ، تميّز . وأخذ الزكاة أشد في كسر النفس . وذكر أيضاً اختلاف الناس في إخفاء أخذ الصدقة وإظهاره ، أيهما أفضل ؟ وفي كل واحد فضيلة ومفسدة . ثم قال : وعلى الجملة الأخذ في الملاء ، وترك الأخذ في الخلاء ، أحسن . والله أعلم



كتاب الصيام

يجب صوم رمضان باستكمال شعبان ثلاثين ، أو رؤية هلاله ، فمن رأى الهلال بنفسه^(١) لزمه الصوم . ومن لم يره وشهد بالرؤية عدلان ، لزمه . وكذا إن شهد عدل على الأظهر المنصوص في أكثر كتبه . وقيل : يلزم بقول الواحد قطعاً . والثاني : لا بد من اثنين . فإن قلنا : لا بد من اثنين ، فلا مدخل لشهادة النساء والعبيد فيه . ولا بد من لفظ الشهادة ، ويختص بمجلس القضاء ، ولكنها شهادة حسنة ، لا ارتباط لها بالدعوى ، وإن قلنا الواحد ، فهل هو بطريق الرواية ، أم الشهادة ؟ وجهان . أصحها : شهادة ، فلا يقبل قول العبد والمرأة . نص عليه في « الأم » : وإذا قلنا : رواية ، قبال . وهل يشترط لفظ الشهادة ؟ قال الجمهور : هو على الوجهين في كونه رواية أو شهادة . وقيل : يشترط قطعاً . وإذا قلنا : رواية ، ففي الصبي المميز الموثوق به طريقان . أحدهما : أنه على الوجهين في قبول رواية الصبي ، والثاني وهو المذهب الذي قطع به الأكثرون :

(١) في هامش الاصل مانعه ، قال المفتاح : فيه أن ما ذكروه من ثبوته هو ما نص عليه الشافعي في القديم ، ومعظم كتبه في الجديد ، كما قاله النووي في « شرح المذهب » لكن الأذرع في « شرح المنهاج » والاسنوي في « المهات » وابن النحوي في « التنبيه » ذكروا أن الشافعي نص في « الأم » في أول كتاب الصيام ، على قبول الواحد أولاً ، وأنه قال بعده : لا يجوز على رمضان إلا شاهدان . وحكم الاسنوي وابن النحوي على مقتضى ذلك برجع الشافعي عن الاول ، وبأن القول بقبول الواحد ، خلاف مذهب الشافعي ، لكون الثاني هو المتأخر من قوله . ورأيت أيضاً البلقيني صرح برجع الشافعي كما ذكروه .

القطع بأنه لا تقبل . وقال الامام ، وابن الصباغ تفريراً على أنه رواية : إذا أخبره موثوق به بالرؤية ، لزم قبوله وإن لم يذكره عند القاضي ، وقالت طائفة : يجب الصوم بذلك إذا اعتقد صدقه . ولم يفرعوه على شيء . ومن هؤلاء ، ابن عبدان ، والفرالي في « الإحياء » وصاحب « التهذيب » . واتفقوا على أنه لا يقبل قول الفاسق على القولين جميعاً . ولكن إن اعتبرنا المدد ، اشتدنا العدالة الباطنة ، وإلا فوجهان جاريان في رواية المستور . ولا فرق على القولين بين أن تكون السماء مصحية أو مغيمة .

فرع

إذا صمنا بقول واحد تفريراً على الأظهر ، ولم نر الهلال بعد ثلاثين ، فهل نفطر ؟ فيه وجهان . أصحها عند الجمهور : نفطر ، وهو نصه في « الأم » . ثم الوجهان جاريان ، سواء كانت السماء مصحية ، أو مغيمة . هذا مقتضى كلام الجمهور . وقال صاحب « العدة » وحكاة صاحب « التهذيب » : الوجهان إذا كانت السماء مصحية ، فإن كانت مغيمة ، أفطرنا قطعاً . ولو صمنا بقول عدلين ، ولم نر الهلال بعد ثلاثين ، فإن كانت مغيمة ، أفطرنا قطعاً ، وإن كانت مصحية ، أفطرنا أيضاً على المذهب الذي قطع به الجماهير ، ونص عليه في « الأم » ، وحرمة . وقال ابن الحداد : لا نفطر ، ونقل عن ابن سريج أيضاً . وفرع بمضهم على قول ابن الحداد فقال : لو شهد اثنان على هلال شوال ، ولم نر الهلال ، والسماء مصحية بعد ثلاثين ، قضينا أول يوم أفطرناه ، لأنه بان كونه من رمضان ، لكن لا كفارة على من جامع فيه ، لأن الكفارة تسقط بالشبهة ، وعلى المذهب : لا قضاء .

فرع

هل يثبت هلال رمضان بالشهادة على الشهادة ؟ فيه طريقان . أحدهما : على قولين كالحدود ، لأنه من حقوق الله تعالى ، وأصحهما : القطع بثبوته كالزكاة وإتلاف حصر المسجد ، وإنما القولان في الحدود المبينة على الاسقاط . فعلى هذا عدد الفروع مبني على الأصول ، فإن اعتبرنا العدد في الأصول ، فحكم الفروع حكمهم في سائر الشهادات ، ولا مدخل فيه للنساء والعبيد ، وإن لم نعتبر العدد ، فإن قلنا : طريقه الرواية ، فوجهان . أحدهما : يكفي واحد كرواية الأخبار ، والثاني : لا بد من اثنين . قال في « التهذيب » : وهو الأصح ، لأنه ليس بخبر من كل وجه ، بدليل أنه لا يكفي أن يقول : أخبرني فلان عن فلان أنه رأى الهلال ، فعلى هذا ، هل يشترط إخبار حرين ذكرين ، أم يكفي امرأتان أو عبدان ؟ وجهان . أصحهما : الأول ، ونازع الإمام في أنه لا يكفي قوله : أخبرني فلان عن فلان على قولنا : رواية . وإذا قلنا : طريقه الشهادة ، فهل يكفي واحد ، أم يشترط اثنان ؟ وجهان . وقطع في « التهذيب » باشتراط اثنين .

فرع

لا يجب مما يقتضيه حساب النجم ، الصوم عليه ، ولا على غيره . قال الروياني : وكذا من عرف منازل القمر ، لا يلزمه الصوم به على الأصح . وأما الجواز ، فقال في « التهذيب » : لا يجوز تقليد النجم في حسابه ، لا في الصوم ، ولا في الفطر ، وهل يجوز له أن يعمل بحساب نفسه ؟ وجهان . وجعل الروياني الوجهين فيما إذا عرف منازل القمر وعلم به وجود الهلال . وذكر أن الجواز اختيار ابن سريج ، والقفال ،

والقاضي الطبري . قال : فلو عرف بالنجوم ، لم يحز الصوم به قطعاً . ورأيت في بعض السجلات ، تعدية الخلاف في جواز العمل به إلى غير المنجم .

فرع

إذا قلنا قول الواحد في الصوم ، قال في « التهذيب » : لا نوقع به الطلاق والمتق المطلقين بهلال رمضان ، ولا نحكم بحلول الدين المؤجل إليه .

فرع

لا يثبت هلال شوال ، إلا بمديلين ، وقال أبو ثور : يقبل فيه قول واحد . قال صاحب « التقریب » : ولو قلت به لم أكن مبعداً .

فرع

إذا رُئي هلال رمضان في بلد ، ولم يُرَ في الآخر ، فإن تقارب البلدان ، فتحكمها حكم البلد الواحد ، وإن تباعدا ، فوجهان . أصحها : لا يجب الصوم على أهل البلد الآخر . وفي ضبط البعد ثلاثة أوجه . أحدها وبه قطع المراقبون والصيدلاني وغيرهم : أن التباعد : أن تختلف المطالع ، كالحجاز ، والعراق ، وخراسان . والتقارب : أن لا تختلف ، كبغداد ، والكوفة ، والري ، وقزوين . والثاني : اعتباره باتحاد الإقليم واختلافه . والثالث : التباعد مسافة القصر . وبهذا قطع إمام الحرمين ، والفزالي ، وصاحب « التهذيب » ، وادعى الامام الاتفاق عليه .

قلت : الأصح : هو الأول ، فإن شك في اتفاق المطالع ، لم يجب الصوم على الذين لم يروا ، لأن الأصل عدم الوجوب . والله أعلم

ولو شرع في الصوم في بلد ، ثم سافر إلى بلد بعيد لم يُر فيه الهلال في يومه الأول ، واستكمل ثلاثين ، فإن قلنا : لكل بلد حكم نفسه ، لزمه أن يصوم معهم على الأصح ، لأنه صار من جملتهم ، والثاني : يفطر ، لأنه التزم حكم الأول . وإن قلنا : يعم الحكم جميع البلاد ، لزم أهل البلد المنتقل إليه موافقته إن ثبت عندهم حال البلد الأول بقوله ، أو بطريق آخر ، وعليهم قضاء اليوم الأول . ولو سافر من البلد الذي لم ير فيه الهلال إلى بلد رُئي فيه ، فعيّدوا اليوم التاسع والعشرين من صومه ، فإن عممنا الحكم ، أو قلنا : له حكم البلد المنتقل إليه ، عيّد معهم ، وقضى يوماً . وإن لم نعم الحكم وقلنا : له حكم البلد المنتقل منه ، فليس له الفطر . ولو رأى الهلال في بلد فأصبح مميّداً ، فسارت به السفينة إلى بلد في حد البعد ، فصادف أهلها صائمين ، فقال الشيخ أبو محمد : يلزم إمساك بقية النهار إذا قلنا : لكل بلد حكمه . واستبعد الامام والغزالي إيجابه . وتصور هذه المسألة في صورتين : إحداهما : أن يكون ذلك اليوم يوم الثلاثين من صوم أهل البلدين ، لكن المنتقل إليهم لم يروه . والثانية : أن يكون التاسع والعشرين المنتقل إليهم لتأخر صومهم بيوم . وإمساك بقية اليوم في الصورتين ، إن لم نعمم الحكم كما ذكرنا . وجواب الشيخ أبي محمد ، كما أنه مبني على أن لكل بلد حكمه ، فهو مبني أيضاً على أن المنتقل حكم المنتقل إليه . وإن عممنا الحكم ، فأهل البلد المنتقل إليه إذا عرفوا في أثناء اليوم أنه العيد ، فهو شبيه بما إذا شهد الشهود على رؤية الهلال يوم الثلاثين . وقد سبق بيانه في صلاة العيد . وإن اتفق هذا السفر لمدلين وقد رأيا الهلال بأنفسهما ، وشهدا في المنتقل إليه ، فهذا عين الشهادة برؤية الهلال في اليوم الثلاثين في الصورة الأولى . وأما الثانية ، فإن عممنا الحكم جميع

البلاد، لم يبعد أن يكون الإصغاء إلى كلامها على ذلك التفصيل، فان قبلوا، قضوا يوماً. وإن لم نعمم الحكم، لم يلتفت إلى قولها. ولو كان الأمر بالمكس، فأصبح صائماً، فسارت به السفينة إلى قوم عيدوا، فان عممنا الحكم، وقلنا : له حكم المتنقل إليه، أفطر، وإلا، لم يفطر. وإذا أفطر، قضى يوماً، إذ لم يصم إلا ثمانية وعشرين يوماً.

فرع

إذا رأى الهلال بالنهار يوم الثلاثين، فهو ليلة المستقبل، سواء كان قبل الزوال، أو بعده.

فصل

لا يصح الصوم إلا بالنية، ومحله القلب. ولا يشترط النطق بلا خلاف. وتجب النية لكل يوم، فلو نوى صوم الشهر كله، فهل يصح صوم اليوم الأول بهذه النية؟ المذهب: أنه يصح، وبه قطع ابن عبدان، وتردد فيه الشيخ أبو محمد. ويجب تعيين النية في صوم الفرض، سواء فيه صوم رمضان، والنذر، والكفارة، وغيرها. ولنا وجه حكاه صاحب «التمة» عن الحلبي: أنه يصح صوم رمضان بنية مطلقة، وهو شاذ. وكإل النية في رمضان: أن ينوي صوم غد عن أداء فرض رمضان هذه السنة لله تعالى. فأما الصوم وكونه عن رمضان، فلا بد منها بلا خلاف، إلا وجه الحلبي. وأما الأداء والفرضية والإضافة إلى الله تعالى، ففيها الخلاف المذكور في الصلاة. وأما رمضان هذه السنة، فالذهب: أنه لا يشترط. وحكى الإمام في «اشتراطه» وجهاً وزيفه. وحكى صاحب «التهذيب» وجهين في

أنه يجب أن ينوي من فرض هذا الشهر ، أم يكفي فرض رمضان ؟ والصواب ما تقدم . فانه لو وقع التعرض لليوم ، لم يضر الخطأ في أوصافه . فلو نوى ليلة الثلاثاء صوم الغد وهو يعتقد أنه يوم الاثنين ، أو نوى رمضان السنة التي هو فيها وهو يعتقدها سنة ثلاث ، وكانت سنة أربع ، صح صومه ، بخلاف ما لو نوى صوم يوم الثلاثاء ليلة الاثنين ، أو رمضان سنة ثلاث في سنة أربع ، فانه لا يصح ، لأنه لم يعين الوقت . ثم إن لفظ الغد ، أشهر في كلام الأصحاب في تفسير التعمين ، وهو في الحقيقة ليس من حد التعمين ، وإنما وقع ذلك من نظرهم إلى التبييت . ولا يخفى مما ذكرناه قياس التعمين في القضاء ، والكفارة . وأما صوم التطوع ، فيصح بنية مطلق الصوم ، كما في الصلاة .

فرع

قال القاضي أبو المكارم في « العدة » : لو قال : أتسحّر لأقوى على الصوم ، لم يكف هذا في النية . ونقل بعضهم عن « نواذر الأحكام » لأبي العباس الروياني : أنه لو قال : أتسحّر للصوم ، أو شرب لدفع العطش نهائياً ، أو امتنع من الأكل والشرب والجماع مخافة الفجر ، كان ذلك نية للصوم . وهذا هو الحق إن خطر بباله الصوم بالصفات التي يشترط التعرض لها ، لأنه إذا تسحّر ليصوم صوم كذا ، فقد قصده .

فرع

تبييت النية شرط في صوم الفرض ، فلو نوى قبل غروب الشمس صوم الغد ، لم يصح . ولو نوى مع طلوع الفجر ، لم يصح على الأصح . ولا تختص النية بالنصف

الأخير من الليل على الصحيح ، ولا تبطل بالأكل والجماع بعدها على المذهب .
وحكي عن أبي إسحاق بطلانها ، ووجوب تجديدها . وأنكر ابن الصباغ نسبة هذا
إلى أبي إسحاق ، وقال الامام : رجع أبو إسحاق عن هذا عام حج ، وأشهد على
نفسه . فان ثبت أحد هذين ، فلا خلاف في المسألة ، ولو نوى ونام وانتبه والليل
باقٍ ، لم يجب تجديد النية على الصحيح . قل الامام : وفي كلام المراقبين تردد
في كون الفعلة ، كالنوم ، وكل ذلك مطروح .

فرع

يصح صوم النفل بنية قبل الزوال . وقال المزني وأبو يحيى البلخي : لا يصح
إلا من الليل ، وهل يصح بعد الزوال ؟ قولان . أظهرها وهو المنصوص في
معظم كتبه : لا يصح . وفي حرمة : أنه يصح .

قلت : وعلى نفيه في حرمة : يصح في جميع ساعات النهار . والله أعلم

ثم إذا نوى قبل الزوال أو بعده ، وصححناه ، فهل هو صائم من أول النهار
حتى ينال ثواب جميعه ، أم من وقت النية ؟ وجهان . أصحها عند الأكثرين : أنه صائم
من أول النهار . كما إذا أدرك الامام في الركوع ، يكون مدركاً لثواب جميع
الركعة . فاذا قلنا بهذا ، اشترط جميع شروط الصوم من أول النهار ، وإذا قلنا :
يناب من حين النية ، ففي اشتراط خلو الأول عن الأكل والجماع وجهان .
الصحيح : الاشتراط ، والثاني : لا ، وينسب إلى ابن سريج ، وأبي زيد ، ومحمد
ابن جرير الطبري . وهل يشترط خلو أوله عن الكفر والحيض والجنون ، أم
يصح صوم من أسلم ، أو أفارق ، أو طهرت من الحيض نخوة ؟ وجهان . أصحها :
الاشتراط .

فرع

ينبغي أن تكون النية جازمة ، فلو نوى ليلة الثلاثين من شعبان أن يصوم غداً إن كان من رمضان ، فله حالان .

الأول : أن لا يعتقد من رمضان ، فينظر ، إن ردّد نيته فقال : أصوم غداً عن رمضان إن كان منه ، وإلا ، فأنا مفطر ، أو فأنا متطوع ، لم يقع صومه عن رمضان إذا بان منه ، لأنه صام شاكاً . وقال المزني : يقع عن رمضان . ولو نوى ليلة الثلاثين من رمضان صوم غد إن كان من رمضان ، وإلا فهو مفطر ، أجزاء ، لأن الأصل بقاء رمضان . ولو قال : أصوم غداً من رمضان ، أو تطوعاً ، أو أصوم ، أو أفطر ، لم يصح صومه لا في الأول ولا في الآخر . أما إذا لم يردد نيته ، بل جزم بالصوم عن رمضان ، فلا يصح صومه ، لأنه إذا لم يعتقد من رمضان ، لم يأت منه الجزم بصوم رمضان حقيقة ، وإنما يحصل حديث نفس لا اعتبار به . وعن صاحب « التقريب » حكاية وجه : أنه يصح .

الحال الثاني : أن يعتقد كونه من رمضان ، فإن لم يستند اعتقاده إلى ما يثير ظناً ، فلا اعتبار به ، وإن استند إليه ، بأن اعتمد قول من يثق به ، من حر ، أو عبد ، أو امرأة ، أو صبي ذوي رشد ، ونوى صومه عن رمضان ، أجزاء إذا بان من رمضان . فإن قال في نيته والحالة هذه : أصوم عن رمضان ، فإن لم يكن من رمضان ، فهو تطوُّع ، فظاهر النص : أنه لا يصح صومه إذا بان من رمضان ، للتردد . وفيه وجه : أنه يصح ، لاستناده إلى أصل . ورأى الإمام طرد هذا الخلاف فيما إذا جزم . ويدخل في قسم استناد الاعتقاد إلى ما يثير ظناً ، بناء الأمر على الحساب حيث جوزه على التفصيل السابق

منها : إذا حكم الحاكم بشهادة عدلين ، أو واحد ، إذا جوزناه ، وجب الصوم ، ولا يضر ما قد تبقى من الارتباب .

ومنها : المحبوس إذا اشتبه عليه رمضان ، فاجتهد ، صام شهراً بالاجتهاد . ولا يكفيه صوم شهر بلا اجتهد وإن وافق رمضان . ثم إذا اجتهد فصام شهراً ، فإن وافق رمضان ، فذاك ، وإن تأخر عنه ، أجزاء قطعاً ، ويكون قضاءً على الأصح ، وعلى الثاني : أداء .

ويتفرع على الوجهين ما إذا كان ذلك الشهر ناقصاً ، ورمضان تاماً . إن قلنا : قضاء ، لزمه يوم آخر ، وإن قلنا : أداء ، فلا ، كما لو كان رمضان ناقصاً . وإن كان الأمر بالعكس ، فإن قلنا : قضاء ، فله إفطار اليوم الآخر . وإن قلنا : أداء ، فلا ، وإن وافق صومه شوالاً ، حصل منه تسعة وعشرون إن كمل ، أو ثمانية وعشرون إن نقص ، فإن جعلناه قضاءً ، وكان رمضان ناقصاً ، فلا شيء عليه على التقدير الأول ، ويقضي يوماً على التقدير الثاني . وإن كان رمضان كاملاً ، قضى يوماً على التقدير الأول ، ويومين على التقدير الثاني . وإن جعلناه أداءً ، فعليه قضاء يوم بكل حال . وإن وافق ذا الحجة ، حصل منه ستة وعشرون يوماً إن كمل ، وخمسة وعشرون إن نقص . فإن جعلناه قضاءً ، وكان رمضان ناقصاً ، قضى ثلاثة أيام على التقدير الأول ، وأربعة على التقدير الثاني . وإن كان كاملاً ، قضى أربعة على التقدير الأول ، وخمسة على التقدير الثاني . وإن جعلناه أداءً ، قضى أربعة بكل حال . وهذا مبني على أن صوم أيام التشريق لا يصح بحال ، فإن صححنا صومها لغير التمتع ، فذو الحجة كشوال . أما إذا اجتهد فوافق صيامه ما قبل رمضان ، فينظر ، إن أدرك رمضان بعد بيان الحال ، لزمه صومه بلا خلاف . وإن لم يبين الحال إلا بعد مضي رمضان ، فطريقان . أشهرهما : على قولين . الجديد الأظهر : وجوب القضاء ، والقديم : لا قضاء ، والطريق الثاني : القطع بوجوب القضاء . فإن بان الحال في بعض رمضان ، فطريقان . أحدهما : القطع بوجوب قضاء ماضى . وأصحهما : أن في إجزائه الخلاف فيما إذا بان بعد مضي جميع رمضان .

فرع

إذا فوت الحائض صوم الفد قبل انقطاع دمها ، ثم انقطع في الليل ، فإن كانت مبتدأة يتم لها بالليل أكثر الحيض ، أو معتادة عاداتها أكثر الحيض ، وهو يتم بالليل ، صح صومها . وإن كانت عاداتها دون أكثره ، ويتم بالليل ، فوجهان . أصحهما : يصح ، لأن الظاهر استمرار عاداتها . وإن لم يكن لها عادة ، ولا يتم أكثر الحيض في الليل ، أو كان لها عادات مختلفة ، لم يصح .

فرع

إذا نوى الانتقال من صوم إلى صوم ، لم ينتقل إليه ، وهل يبطل صومه ، أم يبقى نفلاً ؟ وجهان . وكذا لو رفض نية الفرض عن الصوم الذي هو فيه . قلت : الأصح : بقاؤه على ما كان .
واعلم أن انقلابه نفلاً على أحد الوجهين ، إنما يصح في غير رمضان ، وإلا ، فـرمضان لا يقبل النفل عندنا ممن هو من أهل الفرض بحال . والله أعلم

فرع

لو قال : إذا جاء فلان ، خرجت من صومي ، فهل يخرج عند مجيئه ؟ وجهان . فإن قلنا : يخرج ، فهل يخرج في الحال ؟ وجهان . والمذهب : لا يبطل في الحالين ، كما سبق بيانه في صفة الصلاة .

فصل

لا بد للصائم من الامساك عن المفطرات ، وهي أنواع .
منها : الجماع ، وهو مفطر بالإجماع .
ومنها : الاستمناء ، وهو مفطر .

ومنها : الاستقاة ، فمن تقياً عمداً ، أفطر . ومن ذرعه القيء ، لم يفطر .
ثم اختلفوا في سبب الفطر إذا تقياً عمداً ، فالأصح : أن نفس الاستقاة مفطرة كالانزال ، والثاني : أن المفطر رجوع شيء مما خرج وإن قل . فلو تقياً منكوساً ، أو تحفظ ، فاستيقن أنه لم يرجع شيء إلى جوفه ، ففي فطره الوجهان . قال الامام :
فلو استقاء عمداً ، أو تحفظ جهده ، فغلبه القيء ورجع شيء ، فإن قلنا : الاستقاة مفطرة بنفسها ، فهنا أولى ، وإلا فهو كالبالغة في المضمضة إذا سبق الماء إلى جوفه .

فرع

من المفطرات دخول شيء في جوفه - وقد ضبطوا الداخل المفطر بالعين الواصلة - الظاهر إلى الباطن في منفذ مفتوح عن قصد مع ذكر الصوم . وفيه قيود ، منها الباطن الواصل إليه . وفيما يعتبر به وجهان . أحدهما : أنه ما يقع عليه اسم الجوف ، والثاني : يعتبر معه أن يكون فيه قوة تحيل الواصل إليه من غذاء أو دواء . والاول هو الموافق لكلام الأكثرين ، كما سيأتي إن شاء الله تعالى .
ويدل عليه أنهم جعلوا الحلق كالجوف في بطلان الصوم بوصول الواصل إليه . وقال الامام : إذا جاوز الشيء الحلقوم ، أفطر . وعلى الوجهين جميعاً باطن الدماغ والأمعاء والمثانة ، مما يفطر الوصول إليه ، حتى لو كان على بطنه جائئة ، أو برأسه

مأمومة ، فوضع عليها دواءً فوصل جوفه أو خريطة دماغه ، أفطر وإن لم يصل
باطن الأمعاء أو بطن الخريطة ، وسواء كان الدواء رطباً أو يابساً . ولنا وجه:
أن الوصول إلى المثانة لا يفطر ، وهو شاذ . والحقنة تفطر على الصحيح . وقال
القاضي حسين : لا تفطر ، وهو غريب . والسموط إن وصل الدماغ ، فطر . وما جاوز
الخيشوم في الأسماط ، فقد حصل في حد الباطن وداخل الفم والأنف إلى منتهى
الفلصمة . والخيشوم له حكم الظاهر من بعض الوجوه ، حتى لو خرج إليه القيح
وابتلع منه نخامة ، أفطر ، ولو أمسك فيه شيئاً ، لم يفطر ، ولو نجس ، وجب غسله ،
وله حكم الباطن من حيث أنه لو ابتلع منه الريق لا يفطر ، ولا يجب غسله
على الجنب .

فرع

لا بأس بالاحتحال للصائم ، سواء وجد في حلقه منه طعماً ، أم لا ، لأن
العين ليست بجوف ، ولا منفذ منها إلى الحلق . ولو قطر في أذنه شيئاً فوصل إلى
الباطن ، أفطر على الأصح عن الأكثرين ، كالسموط ، والثاني : لا يفطر
كلاحتحال ، قاله الشيخ أبو علي ، والقاضي حسين ، والفوراني . ولو قطر في
إحليله شيئاً لم يصل إلى المثانة ، فأوجه . أصحابنا : يفطر ، والثاني : لا ، والثالث :
إن جاوز الحشفة ، أفطر ، وإلا ، فلا . ولا يفطر الفصد والحجامة ، لكن يكرهان
لصائم . وقال ابن النذر وابن خزيمة من أصحابنا : يفطر بالحجامة .

فرع

لو أوصل الدواء إلى داخل لحم الساق، أو غرز فيه السكين فوصلت نحوه، لم يفطر، لأنه لا يمد عضو مجوفاً. ولو طلى رأسه أو بطنه بالدهن فوصل جوفه بشرب السام، لم يفطر، لأنه لم يصل من منفذ مفتوح، كما لا يفطر بالاعتسال والانتهاش في الماء وإن وجد له أثر في بطنه. ولو طعن نفسه، أو طعنه غيره بأذنه، فوصل السكين جوفه، أفطر، سواء كان بعض السكين خارجاً، أو لم يكن. وكذا لو ابتلع طرف خيط وطرفه الآخر بارز، أفطر بوصول الطرف الواصل، ولا يعتبر الانفصال من الظاهر. وحكى الحناطي وجهاً فيمن أدخل طرف خيط في دبره أو جوفه، وبعضه خارج: أنه لا يفطر.

فرع

لو ابتلع طرف خيط بالليل، وطرفه الآخر خارج، فأصبح كذلك، فإن تركه لم تصح صلاته، وإن نزع أو ابتله لم يصح صومه. فينبغي أن يبادر غيره إلى نزع وهو غافل، فإن لم يتفق ذلك، فالأصح: أن يحافظ على الصلاة فينزع أو يبتله، والثاني: يتركه محافظة على الصوم، ويصلي على حاله.

قلت: ويجب إعادة الصلاة على الصحيح. والله أعلم.

فرع

من قيود المفطر وصوله بقصد ، فلو طارت ذبابة إلى حلقه ، أو وصل غبار الطريق ، أو غريلة الدقيق إلى جوفه ، لم يفطر . فلو فتح فاه عمداً حتى دخل الغبار جوفه ، قال في « التهذيب » : لم يفطر على الأصح . ولو ربطت المرأة ووطئت ، أو طمن أو أوجر بغير اختياره ، لم يفطر . ونقل الخطاطي وجهين فيما إذا أوجر بغير اختياره ، وهذا غريب . فلو كان مغمى عليه فأوجر معالجة وإصلاحاً له ، وقتلنا : لا يبطل الصوم بمجرد الاغماء ، ففي بطلانه بهذا الإيجار وجهان . أصحابنا : لا يفطر . ونظير الخلاف إذا عولج المحرم الغمى عليه بدواء فيه طيب ، هل تجب الفدية ؟

فرع

ابتلاع الريق لا يفطر بشروط .
أحدها : أن يتمحض الريق ، فلو اختلط بغيره وتغير به ، أفطر بابتلاعه ، سواء كان الغير طاهراً ، كمن قتل خيطاً مصبوغاً تغير به ريقه ، أو نجساً كمن دमित لثته وتغير ريقه ، فلو ذهب الدم ، وابتلع الريق ، ولم يبق تغير ، هل يفطر بابتلاعه ؟ وجهان . أصحابنا عند الأكثرين : يفطر ، لأنه نجس لا يجوز ابتلاعه . وعلى هذا ، لو تناول بالليل شيئاً نجساً ، ولم يغسل فيه حتى أصبح ، فابتلع الريق ، أفطر .

الشرط الثاني : أن يبتلعه من معدته ، فلو خرج عن فيه ثم رده بلسانه أو بغيره وابتلعه ، أفطر . ولو أخرج لسانه وعليه الريق ، ثم رده وابتلع ما عليه ، لم يفطر على

الأصح . ولو بل الخياط الخيط بالريق ، ثم رده إلى فيه على ما يعتاد عند الفتل ، فإن لم يكن عليه رطوبة تفصل ، فلا بأس ، وإن كانت وابتلعها ، فوجهان . قال الشيخ أبو محمد : لا يفطر ، كما لا يفطر بالباقي من ماء المضمضة . وقال الجمهور : يفطر ، لأنه لا ضرورة إليه ، وقد ابتلمه بمد مفارقه ممدته . وخص صاحب « التتمة » الوجهين بما إذا كان جاهلاً بتحريم ذلك ، قال : فإن كان عالماً ، أفطر بلا خلاف .
الشرط الثالث : أن يتلمه على هيئته المعتادة ، فإن جمعه ثم ابتلمه ، فوجهان .
أصحها : لا يفطر .

فرع

النجاسة إن لم تحصل في حد الظاهر من الفم ، فلا تضر ، وإن حصلت فيه بالنسبائها من الدماغ في الثقب النافذة منه إلى أقصى الفم فوق الحلقوم ، نظر ، إن لم يقدر على صرفها ومجها حتى زلت إلى الجوف . لم تضر ، وإن ردها إلى فضاء الفم ، أو ارتدت إليه ثم ابتلمها ، أفطر . وإن قدر على قطعها من مجراها ، فتركها حتى جرت بنفسها ، فوجهان حكاهما الامام ، أوقفها^(١) لكلام الأئمة : أنه يفطر لتقصيره .

فرع

إذا تغمض فسبق الماء إلى جوفه ، أو استنشق فسبق إلى دماغه ، فالذهب : أنه إن بالغ فيها ، أفطر ، وإلا ، فلا . وقيل : يفطر مطلقاً ، وقيل : عكسه . هذا إذا كان ذا كراً للصوم ، فإن كان ناسياً ، لم يفطر بحال . وسبق الماء عند غسل الفم لنجاسة ، كسبقه في المضمضة ، والمبالغة هنا للحاجة ينبغي أن تكون

(١) في الأصل : أوقفها .

كالضمضة بلا مبالغة . ولو سبق الماء عند غسل تبرد ، أو من الضمضة في المرة الرابعة ، قال في « التهذيب » : إن بالغ ، أفطر ، وإلا فهو مرتب على الضمضة ، وأولى بالافطار ، لأنه غير مأمور به .

قلت : المختار في المرة الرابعة ، الجزم بالافطار كالمبالغة ، لأنها مني عنها . ولو جعل الماء في فمه لا لغرض ، فسبق ، فقيل : يفطر . وقيل بالقولين . ولو أصبح ولم ينو صوماً ، فمضمض ولم يبالغ ، فسبق الماء إلى جوفه ثم نوى صوم تطوع ، صح على الأصح . قال القاضي حسين في « فتاويه » : إن قلنا : هذا سبق لا يفطر ، صح ، وإلا ، فلا . قال : والأصح : الصحة في الموضمين . والله أعلم

فرع

إذا بقي طعام في خلل أسنانه ، فابتلمه عمداً ، أفطر . وإن جرى به الريق بغير قصد ، فنقل الزني : أنه لا يفطر . والربيع : أنه يفطر . وقيل : قولان . والأصح حملها على حالتين ، حيث قال : لا يفطر ، أراد به ما إذا لم يقدر على تمييزه وجهه . وحيث قال : يفطر ، أراد به ما إذا قدر فلم يفعل وابتلمه . وقال إمام الحرمين والغزالي : إن نقي أسنانه بالخلل على العادة ، [فهو] كغبار الطريق ، وإلا ، أفطر لتقصيره ، كالمبالغة في الضمضة . ولقائل أن ينازعها في إلحاقه بالمبالغة التي ورد النص بكراهتها ، ولأن ماء المبالغة أقرب إلى الجوف .

فرع

الذي إن خرج بالاستمنا ، فطر ، وإن خرج بمجرد فكر ونظر بشهوة ، لم يفطر ، وإن خرج مباشرة فيما دون الفرج ، أو اس أو قبله ، أفطر . وهذا هو

المذهب ، وبه قطع الجمهور . وحكى إمام الحرمين عن شيخه : أنه حكى وجهين فيما إذا ضم امرأة إلى نفسه وبينها حائل ، فأزول . قال : وهو عندي كسبق ماء المضمضة ، فإن ضاجعها متجرداً ، فكالبالغة في المضمضة .

فرع

تكره القبلة لمن حركت شهوته ولا يأمن على نفسه ، وهي كراهة تحريم على الأصح ، والثاني : كراهة تنزيه ، ولا تكره لغيره ، ولكن الأولى تركها .

فرع

لو اقتلع نخامة من باطنه ولفظها ، لم يفطر على الذنب الذي قطع به الحناطي وكثيرون . وحكى الشيخ أبو محمد فيه وجهين . ثم إن النزالي جعل مخرج الحاء المهملة من الباطن ، والحاء المعجمة من الظاهر . ووجهه لائح ، فإن المهملة تخرج من الحلق ، والحلق باطن ، والمعجمة تخرج مما قبل الفلصمة ، لكن يشبه أن يكون قدر مما بعد مخرج المهملة من الظاهر أيضاً .

قلت : المختار أن المهملة أيضاً من الظاهر ، وعَجَبَ كونه ضبطه بالمهملة التي هي من وسط الحلق ، ولم يصبطه بالحاء أو الهمزة ، فإنها من أقصى الحلق . وأما المعجمة ، فمن أدنى الحلق ، وهذا معروف مشهور لأهل العربية . والله أعلم

فرع

قدمنا أنه لا يفطر بالايحار مكرهاً على المذهب ، فلو أكره على الأكل ، لم يفطر على الأظهر . ويجري الوجهان فيما لو أكرهت على الوطاء ، أو أكره الرجل ، وقلنا : يتصور إكراهه ، ولكن لا كفارة وإن حكمنا بالفطر للشبه . وإن قلنا : لا يتصور الإكراه ، أفطر ، ولزمته الكفارة . وإن أكل ناسياً ، فإن كان قليلاً ، لم يفطر قطعاً ، وإن كثر ، فوجهان كالوجهين في الكلام الكثير في الصلاة ناسياً .

قلت : الأصح هنا : أنه لا يفطر . والله أعلم

وإن أكل جاهلاً بكونه مفطراً ، فإن كان قريب عهد بالاسلام ، أو نشأ ببادية وكان يجهل مثل ذلك ، لم يفطر ، وإلا أفطر . ولو جامع ناسياً ، لم يفطر على المذهب . وقيل قولان : كجماع المحرم ناسياً . ولو أكل طائفاً غروب الشمس ، فبانت طالمة ، أو ظن أن الفجر لم يطلع ، فبأن طالماً ، أفطر على الصحيح المنصوص ، وبه قال الجمهور . وقيل : لا يفطر فيها ، قاله الزني وابن خزيمة من أصحابنا . وقيل : يفطر في الأولى دون الثانية لتقصيره في الأولى .

فرع

الأحوط للصائم ، أن لا يأكل حتى يتيقن غروب الشمس ، فلو غاب على ظنه الغروب باجتهاد بورد أو غيره ، جاز له الأكل على الصحيح . وقال الأستاذ أبو إسحاق الاسفراييني : لا يجوز ، لقدرته على اليقين بالصبر . وأما في آخر الليل ، فيجوز الأكل بالاجتهاد دون الظن . فلو هجم في الطرفين ، فأكل بلا ظن ، فإن

يتبين الخطأ ، فحكمه ماسبق في الفرع قبله ، وإن تبين الصواب ، استمرت صحة الصوم ، وإن لم يبين الخطأ ولا الصواب ، فإن كان ذلك في آخر النهار ، وجب القضاء ، وإن كان في أوله ، فلا قضاء ، استصحاباً للأصل فيها . ولو أكل في آخر النهار بالاجتهاد ، وقلنا : لا يجوز الأكل ، كان كمن أكل بالاجتهاد .

قلت : والإكل هجوماً بلا ظن حرام في آخر النهار قطعاً ، وجازئ في أوله . وقال الفزالي في « الوسيط » : لا يجوز ، ومثله في « التتمة » ، وهو محمول على أنه ليس مباحاً مستوي الطرفين ، بل الأولى تركه . وقد صرح به الماوردي والدارمي وخلائق بأنه لا يحرم على الشاك الأكل وغيره ، ولا خلاف في هذا القول ، لقول الله تعالى : (وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخطيط الأبيض ...) [البقرة : ١٨٧] . وصح عن ابن عباس رضي الله عنها « كل ما شككت حتى يتبين لك » . والله أعلم

فرع

إذا طلع الفجر وفي فيه طعام ، فليقلعه ، ويصح صومه ، فإن ابتلعه ، أفطر . فلو لفظ في الحال ، فسبق شيء إلى جوفه بغير اختياره ، فوجهان مخرجان من سبق الماء في المضمضة .

قلت : الصحيح : لا يفطر . والله أعلم

ولو طلع وهو مجامع ، فتزع في الحال ، صح صومه ، نص عليه في « المختصر » . ولهذه المسألة ثلاثة صور .

أحدها : أن يحس بالفجر وهو مجامع ، فتزع بحيث يوافق آخر زعه الطلوع .

والثانية : يطلع الفجر وهو مجامع ، ويعلم بالطلوع في أوله ، فيزعم في الحال .
والثالثة : أن يمضي زمن بعد الطلوع ، ثم يعلم به . أما هذه الثالثة ، فليست مرادة
بالنص ، بل يبطل فيها الصوم على المذهب ، ويحيى فيها الخلاف السابق فيمن أكل
ظاناً أن الصبح لم يطلع ، فإن خلافه ، فعلى المذهب : لو مكث في هذه الصورة ،
فلا كفارة عليه ، لأن مكثه مسبوق بطلان الصوم . وأما الصورتان الأوليان ،
فمرادتان بالنص ، فلا بطلان الصوم فيها . وفي الثانية منها وجه شاذ : أنه يبطل .
وأما إذا طلع الفجر وعلم بمجرد الطلوع ، فمكث ، فيبطل صومه قطعاً ، ويلزمه
الكفارة على المذهب . وقيل : فيها قولان . ولو جامع ناسياً ثم تذكر فاستدام ،
فهو كلاكث بعد الطلوع . فإن قيل : كيف يعلم الفجر بمجرد طلوعه وطلوعه
الحقيقي يتقدم على علمنا به ؟ فأجاب الشيخ أبو محمد بجوابين . أحدهما : أنها مسألة
علمية على التقدير ، ولا يلزم وقوعها . والثاني : أنا تعبدنا بما نطلع عليه ، ولا معنى
للصبح إلا ظهور الضوء للنظر ، وما قبله لا حكم له . فإذا كان الشخص عارفاً
بالأوقات ومنازل القمر ، فترصد به حيث لا حائل ، فهو أول الصبح المعتبر .
قلت : هذا الثاني هو الصحيح ، بل إنكار تصويره غلط . والله أعلم

فصل

في شروط الصوم

وهي أربعة .

الأول : انقضاء من الحيض والنفاس ، فلا يصح صوم الحائض ولا النفاس .

الثاني : الاسلام ، فلا يصح صوم كافر أصلياً كان أو مرتدّاً ، ويعتبر الشرطان

في جميع النهار . فلو طرأ الحيض أو ردة ، بطل صومه .

والثالث : العقل ، فلا يصح صوم المجنون . فلو جن في أثناء النهار ، بطل صومه على المذهب . وقيل : هو كالاغماء . ولو نام جميع النهار ، صح صومه على الصحيح المعروف . وقال أبو الطيب بن سلمة ، والأصطخري : لا يصح صومه . ولو نوى من الليل ، ثم أغمي عليه ، فالذهب : أنه إن كان مفيقاً في جزء من النهار ، صح صومه ، وإلا ، فلا ، وهذا هو المنصوص في « المختصر » في باب الصيام . وفيه قول : أنه تشترط الافاقة من أول النهار . وفي قول : يبطل بالاغماء ولو لحظة في النهار كالحيض ، ومنهم من أنكر هذا القول . وفي قول مخرج : أنه لا يبطل بالاغماء وإن استغرق كالنوم . وفي قول خروجه ابن سريج : تشترط الافاقة في طرف النهار ، ومنهم من قطع بالمذهب ، ومنهم من قطع بالقول الثاني . ولو نوى بالليل ، ثم شرب دواءً فزال عقله نهائياً ، فقال في « التهذيب » إن قننا : لا يصح الصوم في الاغماء ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان . والأصح : أنه لا يصح ، لأنه بفعله . قال في « التتمة » : ولو شرب المسكر ليلاً وبقي مسكره جميع النهار ، لزمه القضاء ، وإن صحا في بعضه ، فهو كالاغماء في بعض النهار . وأما الغفلة ، فلا أثر لها في الصوم بالاتفاق .

الشرط الرابع : الوقت قابل للصوم . وأيام السنة كلها - غير يومي العيدين ، وأيام التشريق ، ويوم الشك - قابلة للصوم مطلقاً . فأما يوما العيدين ، فلا يقبلانه . وأما أيام التشريق ، فلا تقبل على الجديد . وقال في القديم : يجوز للتمتع ، وللعادم للهدي ، صومها عن الثلاثة الواجبة في الحج . فملى هذا ، هل يجوز لنير المتمتع صومها ؟ وجهان . الصحيح وبه قال الاكثرون : لا يجوز .

قلت : وإذا جوزنا لنير المتمتع ، فهو مختص بصوم له سبب من واجب أو نفل . فأما ما لا سبب له ، فلا يجوز عند الجمهور بمن ذكر هذا الوجه . وقال إمام الحرمين : هو كيوم الشك ، وهذا القديم هو الراجح دليلاً ، وإن كان مرجوحاً عند الأصحاب .

والله أعلم

وأما يوم الشك ، فلا يصح صومه عن رمضان ، ويجوز صومه عن قضاء ، أو نذر ، أو كفارة . ويجوز إذا وافق ورداً صومه تطوعاً بلا كراهة . وقال القاضي أبو الطيب : يكره صومه عما عليه [من] فرض . قال ابن الصباغ : هذا خلاف القياس ، لأنه إذا لم يكره فيه ماله سبب من التطوع ، فالفرض أولى . ويجرم أن يصوم فيه تطوعاً لا سبب له ، فإن صامه ، لم يصح على الأصح . وإن نذر صومه ، ففي صحة نذره هذان الوجهان . فإن صححنا ، فليصم يوماً غيره ، فإن صامه ، خرج عن نذره . ويوم الشك هو يوم الثلاثين من شعبان ، إذا وقع في الألسن أنه رأي ولم يقل عدل : أنا رأيته ، أو قاله ولم يقبل الواحد ، أو قاله عدد من النساء أو العبيد أو الفساق وظن صدقهم . وأما إذا لم يتحدث برؤيته أحد ، فليس بيوم شك ، سواء كانت السماء مصحية ، أو طبق النيم ، هذا هو الصحيح المعروف . وفي وجه لأبي محمد الباقى - بالباء الموحدة وبالفاء - إن كانت السماء مصحية ولم يُر الهلال ، فهو شك . وفي وجه لأبي طاهر : يوم الشك : ما تردد بين الجائزين من غير ترجيح ، فإن شهد عبد ، أو صبي ، أو امرأة ، فقد ترجح أحد الجانبين ، فليس بشك . ولو كان في السماء قطع سحاب يمكن أن يرى الهلال من خلفها ، وأن يخفى تحتها ولم يتحدث برؤيته . فقال الشيخ أبو محمد : هو يوم شك . وقال غيره : ليس بشك . وقال إمام الحرمين : إن كان في بلد يستقل أهله بطلب الهلال ، فليس بشك ، وإن كانوا في سفر ، ولم تبعث رؤية أهل القرى ، فيحتمل أن يجعل يوم الشك .

قلت : الأصح : ليس بشك . والله أعلم

فصل في سنن الصوم

من سنن الصوم ، تمجيل الفطر إذا تحقق غروب الشمس ، وأن يفطر على تمر ، فإن لم يجد ، فعلى الماء . وقال الروياني : يفطر على تمر ، فإن لم يجد ، فعلى حلاوة أخرى^(١) ، فإن لم يجد ، فعلى الماء . وقال القاضي حسين : الأولى في زماننا أن يفطر على ما يأخذه بكفه من النهر ليكون أبعد عن الشبهة . ويسن السحور ، وأن يؤخره ما لم يقع في مظنة الشك . والوصال مكروه كراهة تحريم على الصحيح ، وهو ظاهر نص الشافعي رحمه الله ، والثاني : كراهة تنزيه . وحقيقة الوصال : أن يصوم يومين فصاعداً ولا يتناول شيئاً بالليل . والجود والإفضال مستحب في جميع الأوقات ، وفي رمضان أكد . والسنة كثرة تلاوة القرآن فيه ، والمدارسة به ، وهو أن يقرأ على غيره ، ويقرأ غيره عليه . ويسن الاعتكاف فيه ، لاسيما في العشر الأواخر لطلب ليلة القدر . ويصون الصائم لسانه عن الكذب والغيبة والمشاقة ونحوها ، ويكف نفسه عن الشهوات ، فهو سر الصوم والمقصود الأعظم منه . وأن يترك السواك بعد الزوال ، وإذا استاك فلا فرق بين الرطب واليابس ، بشرط أن يحترز عن ابتلاع شيء منه أو من رطوبته . ولنا وجه : أنه لا يكره السواك بعد الزوال في النفل ، ليكون أبعد من الرياء ، قاله القاضي حسين ، وهو شاذ . ويستحب تقديم غسل الجنابة عن الجماع ، والاحتلام على الصبح . ولو طهرت الخائض ليلاً ، ونوت الصوم ، ثم اغتسلت في النهار ، صح صومها . والسنة أن يقول عند فطره : « اللهم لك صمت ، وعلى رزقك أفطرت » ، وأن يفطر الصائمين معه ، فإن عجز عن عشايتهم ، أعطاهم ما يفطرون به من شربة أو تمر أو غيرها . ويستحب

(١) في الأصل : آخر .

أن يحتز عن الحجامة ، والملك ، والقبلة ، والمعانقة ، إذا لم نحرّمها . وذوق الشيء ، ومضغ الطعام للطفل ، وكل ذلك لا يبطل الصوم .

فصل

في مبيعات الفطر في رمضان وأحكامه .

فأرض والسفر ، مبيحان بالنص والاجماع ، وكذلك من غلبه الجوع أو العطش ، فخاف الهلاك ، فله الفطر وإن كان مقيماً صحيح البدن . ثم شرط كون المرض مبيحاً ، أن يجهد الصوم معه ، فيلحقه ضرر يشق احتماله على ما ذكرنا من وجوه المضار في التيمم . ثم المرض إن كان مطبقاً ، فله ترك النية بالليل ، وإن كان يُحتمُّ وينقطع ، نظر ، إن كان محمّوماً وقت الدروع ، فله ترك النية ، وإلا ، فمليه أن ينوي من الليل ، ثم إن عاد واحتاج إلى الإفطار ، أفطر . وشرط كون السفر مبيحاً ، كونه طويلاً ومباحاً . ولو أصبح صائماً ، ثم مرض في أثناء النهار ، فله الفطر . ولو أصبح مقيماً صائماً ثم سافر ، لم يحز له فطر ذلك اليوم . وقال المزني : يجوز ، وبه قال غيره من أصحابنا . فعلى الصحيح : لو أفطار بالجماع ، لزمته الكفارة . ولو نوى المقيم بالليل ، ثم سافر ليلاً ، فإن فارق العمران قبل الفجر ، فله الفطر ، وإلا ، فلا . ولو أصبح المسافر صائماً ، ثم أقام في أثناء النهار ، لم يحز له الفطر على الصحيح . ونقل صاحب « الحاوي » عن حرمة : أن له الفطر . ولو أصبح المريض صائماً ، ثم برأ في النهار ، فقطع كثيرون بتحريم الفطر عليه . وطرّد صاحب « المذهب » ^(١) فيه الوجهين ، وأمله الأولى . ولو أصبح صائماً في السفر ، ثم أراد الفطر ، جاز . وفيه احتمال لإمام الحرمين وصاحب « المذهب » ^(١) : أنه لا يجوز . وإذا قلنا بالذهب ، ففي كراهة افطر وجهان .

(١) وفي نسخة « التهذيب » .

قلت : هذا الاحتمال الذي ذكرناه ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه في « البويطي » ، لكن قال : لا يجوز الفطر إن لم يصح الحديث بالفطر . وقد صح الحديث (١) .
وانتداعلم

واعلم ، أن للمسافر الصوم والفطر . ثم إن كان لا يتضرر بالصوم ، فهو أفضل ، وإلا ، فالفطر أفضل . وذكر في « التتمة » : أنه لو لم يتضرر في الحال ، لكن يخاف الضعف لو صام ، أو كان سفر حج ، أو غزو ، فالفطر أولى . وقد تقدم أصل هذه المسألة في صلاة المسافر .

فرع

في أمطار الفطر

كل من ترك النية الواجبة عمداً أو سهواً ، فعليه القضاء . وكذا كل من أفطر ، لكن لو كان إفطاره يوجب الكفارة ، ففيه خلاف نذكره إن شاء الله تعالى . ومافات بسبب الكفر الأصلي ، لا قضاء فيه ، ويجب القضاء على المرتد . والمسافر ، والمريض إذا أفطرا ، قضيا . ومافات بالاغماء ، يجب قضاؤه ، سواء استغرق جميع الشهر ، أم لا ، لأنه نوع مرض ، بخلاف الجنون . ولهذا يجوز الاغماء على الأنبياء عليهم السلام ، ولا يجوز عليهم الجنون . وعن ابن سريج : أن الاغماء إذا استغرق ، فلا قضاء . ومافات بالحیض والنفس ، وجب قضاؤه ، ولا يجب على الصبي والمجنون صوم ، ولا قضاء ، سواء استغرق الجنون الهار ، أو الشهر ، أم لا . وحكي قول شاذ : أن الجنون كالإغماء ، فيجب القضاء . وقول : أنه إذا أفاق في

(١) روى مسلم عن عبد الله بن عباس قال : سافر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في رمضان ، فصام حتى بلغ عسفان ، ثم دعا بانه فيه شراب ، فشربه نهائراً ليراه الناس ، ثم أفطر حتى دخل مكة .

أثناء الشهر ، لزمه قضاء ماضى من الشهر . هذا في الجنون الطالق ، أما إذا ارتد ثم جن ، أو سكر ثم جن ، ففي وجوب القضاء وجهان . ولعل الظاهر : الفرق بين اتصاله بالردة ، وبين اتصاله بالسكر كما سبق في الصلاة .

فرع

لا يجب التتابع في قضاء رمضان ، لكن يستحب .

فصل

في الإمساك تشبهاً بالصائم

وهو من خواص رمضان ، كالكفارة ، فلا إمساك على متعدي الفطر في نذر أو قضاء . ثم من أمسك تشبهاً ، ليس في صوم ، بخلاف المحرم إذا أفسد إحرامه ، ويظهر أثره في أن المحرم لو ارتكب محظوراً ، لزمه الفدية ، ولو ارتكب الإمساك محظوراً ، لاشيء عليه سوى الائم . ثم الإمساك يجب على كل متعدي الفطر في رمضان ، سواء أكل أو ارتد ، أو نوى الخروج من الصوم وقتلنا : يخرج . ويجب على من نسي النية من الليل .

فرع

لو أقام المسافر أو برأ المريض اللذان يساح لهما الفطر في أثناء النهار ، فلها ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يصبح صائمين ودأما عليه إلى زوال العذر ، فقد تقدم في الفصل السابق أن المذهب : لزوم إتمام الصوم .

الثاني : أن يزول بعدما أفطرا ، فلا يجب الإمساك ، لكن يستحب . فان أكلا ، أخفياه لئلا يتعرضا للتهمة وعقوبة السلطان ، ولها الجماع بعد زوال العذر إذا لم تكن المرأة صائمة ، بأن كانت صغيرة ، أو طهرت من الحيض ذلك اليوم . وحكى صاحب « الحاوي » ، وجهين ، في أن المريض إذا أفطر ، ثم برأ ، هل يلزمه الإمساك ؟ قال : أوجه البغداديون دون البصريين . والمذهب : ما قدمنا .

الثالث : أن يصحبا غير ناويين ، يزول العذر قبل أن يأكلا ، فان قلنا في الحال الأول : يجوز الأكل ، فهذا أولى ، وإلا ، ففي لزوم الإمساك وجهان . الأصح : لا يلزم .

فرع

إذا أصبح يوم الشك مفطراً ، ثم ثبت أنه من رمضان ، فقضاؤه واجب ، ويجب إمساكه على الأظهر . قال في « التتمة » : القولان ، فيما إذا بان أنه من رمضان قبل الأكل ، فإن بان بعده ، فان قلنا : هناك لا يجب الإمساك ، فهذا أولى ، وإلا ، فوجهان . أصحهما : الوجوب .

فرع

إذا بلغ صبي ، أو أفاق مجنون ، أو أسلم كافر ، في أثناء يوم من رمضان ، فهل يلزمهم إمساك بقية النهار ؟ فيه أوجه . أصحها : لا ، والثاني : نعم ، والثالث : يلزم الكافر دونها ، لتقصيره ، والرابع : يلزم الكافر والصبي ، لتقصيرهما دون المجنون . وهل يلزمهم قضاء اليوم الذي زال العذر في أثناءه ؟ . أما الصبي فينظر ، إن بلغ صائماً ، فالصحيح : أنه يلزمه إتمامه ولا قضاء .

فلو جامع بعد البلوغ فيه ، لزمته الكفارة . وفيه وجه حكى عن ابن سريج : أنه يستحب إتمامه ، ويجب القضاء ، لأنه لم ينو الفرض . وإن أصبح مفطراً ، فوجهان . وقيل : قولان . أصحها : لا قضاء ، لعدم تمكنه ، والثاني : يلزمه القضاء ، كمن أدرك جزءاً من وقت الصلاة .

وأما المجنون إذا أفاق ، والكافر إذا أسلم ، فالذهب : أنها كالصبي المفطر ، فلا قضاء على الأصح . وقيل : يقضي الكافر دون المجنون ، وصححه صاحب « التهذيب » . قال الأصحاب : الخلاف في القضاء في هؤلاء الثلاثة ، متعلق بالخلاف في إمسакهم تشبهاً . ثم اختلفوا في كيفية تعلقه ، فقال الصيدلاني : من أوجب التشبه ، لم يوجب القضاء ، ومن يوجب القضاء ، لا يوجب التشبه . وقال غيره : من أوجب القضاء ، أوجب الإمساك ، ومن لا ، فلا . وقال آخرون : من أوجب الإمساك ، أوجب القضاء ، ومن لا ، فلا .

فرع

الحائض والنفساء ، إذا طهرتا في أثناء النهار ، المذهب : أنه لا يلزمها الإمساك . ونقل الامام الاتفاق عليه . وحكى صاحب « المعتمد » : طرد الخلاف فيها .

فصل

أيام رمضان متعينة لصومه ، فللمريض والمسافر ، الترخص بالفطر ، ولهما الصيام عن رمضان ، وليس لهما الصوم فيه عن فرض آخر ، ولا تطوعاً . وهكذا قطع به الأصحاب ، وحكى إمام الحرمين خلافاً فيمن أصبح في يوم من رمضان

غير نافر ، فنوى التطوع قبل الزوال ، قال : قال الجماهير : لا يصح . وقال أبو إسحاق : يصح . قال : فعلى قياسه يجوز للمسافر التطوع به .

فصل

تجب الكفارة على من أفسد صوم يوم من رمضان بجراح تام أثم به لأجل الصوم ، وفي الضابط قيود .

منها : الإفساد ، فمن جامع ناسياً ، لا يفطر على المذهب ، فلا كفارة . وإن قلنا : يفطر ، ففي لزوم الكفارة وجهان . أصحها : لا تلزم ، لعدم الاثم .

ومنها : كونه من رمضان ، فلا كفارة بإفساد التطوع ، والنذر ، والقضاء ، والكفارة . وأما المرأة الموطوءة ، فإن كانت مفطرة بحيض أو غيره ، أو صائمة ، ولم يبطل صومها ، لكونها نائمة مثلاً ، فلا كفارة عليها ، وإن مكثت طائفة صائمة ، فقولان . أحدهما : يلزمها كفارة ، كما يلزم الزوج ، لأنها عقوبة ، فاشتركا فيها كحد الزنا . وأظهرهما : لا يلزمها ، بل تجب على الزوج . فعلى الأول : لو لم تجب الكفارة على الزوج لكونه مفطراً ، أو لم يبطل صومه لكونه ناسياً ، أو استدخلت ذكره نائماً ، لزمها الكفارة ، ويمتد في كل واحد منها حاله في اليسار والإعسار . وإذا قلنا بالأظهر ، فهل الكفارة التي يخرجها عنه خاصة ، ولا يلاقيها الوجوب ، أو هي عنه وعنهما ويتحملها عنها ؟ فيه قولان مستنبطان من كلام الشافعي رضي الله عنه ، وربما قيل : وجهان . أصحها : الأول .

ويتفرع عليها صور :

إحداها : إذا أفطرت بزنا ، أو وطء شبهة ، فإن قلنا بالأول ، فلا شيء عليها ، وإلا ، ف عليها الكفارة ، لأن التحمل بالزوجية . وقيل : تلزمها قطعاً .

الثانية : إذا كان الزوج مجنوناً ، فعلى الأول : لاشيء عليها ، وعلى الثاني : وجهان . أصحابها : تلزمها ، لأنه ليس أهلاً للتحمل ، كما لا يكفر عن نفسه ، والثاني : يجب في ماله الكفارة عنها ، لأن ماله صالح للتحمل . وإن كان مراهقاً ، فكالجنون . وقيل : هو كالبالغ تخريباً من قولنا : عمده عمد ، وإن كان ناسياً أو نائمًا ، فاستدخل ذكره ، فكالجنون^(١) .

الثالثة : إذا كان مسافراً والزوجة حاضرة ، فإن أفطر بالجماع بنية الترخص ، فلا كفارة عليه . وكذا إن لم يقصد الترخص على الأصح . وكذا حكم المريض الذي يباح له الفطر إذا أصبح صائماً ثم جامع . وكذا الصحيح ، إذا مرض في أثناء النهار ثم جامع ، فحيث قلنا بوجوب الكفارة ، فهو كغيره . وحكم التحمل ، كما سبق . وحيث قلنا : لا كفارة ، فهو كالجنون . وذكر أصحابنا المراقبون : فيما لو قدم المسافر مفطراً ، فأخبرته بفطرها وكانت صائمة ، أن الكفارة عليها ، إذا قلنا : الوجوب يلاقيها ، لأنها غرته ، وهو معذور ، ويشبه أن يكون هذا تقريباً على قولنا : لا يتحمل المجنون ، وإلا ، فليس العذر هنا أوضح منه في المجنون .

قلت : قال صاحب « المعايه » : فيمن وطئ زوجته ثلاثة أقوال . أحدها : تلزمه الكفارة دونها ، والثاني : تلزمه كفارة عنها ، والثالث : تلزم كل واحد كفارة ، ويتحمل الزوج ما دخله التحمل من العتق والاطعام . فإذا وطئ أربع زوجات في يوم ، لزمه على القول الأول كفارة فقط عن الوطاء الأول ، ولا يلزمه شيء بسبب باقي الوطاءات ، ويلزمه على الثاني ، أربع كفارات ، كفارة عن وطئه الأول عنه وعنهما ، وثلاث عنهن لا تتبعض ، إلا في موضع يوجد تحمل الباقي ، ويلزمه على الثالث خمس كفارات ، كفارتان عنه وعنهما بالوطء الأول ، وثلاث عنهن . قال : ولو كان له زوجتان ، مسلمة وذمية ، فوطئها في يوم ، فعلى الأول : عليه كفارة واحدة بكل حال . وعلى الثاني : إن قدم وطئ المسلمة ،

(١) في الأصل : كالجنون .

فعليه كفارة ، وإلا ، فكفارتان ، وعلى الثالث : كفارتان بكل حال ، لأنه إن قدم المسئلة ، لزمه كفارتان عنه وعنهما ، ولا يلزمه للذمية شيء . وإن قدم النعمة ، لزمه نفسه كفارة ، ثم للمسئلة أخرى . هذا كلامه ، وفيه نظر . والله أعلم

الرابعة : إذا قلنا : الوجوب بإلحاقها ، اعتبرنا حالهما جميعاً ، وقد تنفق ، وقد تختلف . فإن اتفق ، نظر ، إن كانا من أهل الاعتاق أو الإطعام ، أجزأ المخرج عنها ، وإن كان من أهل الصيام لكونهما مفسرين أو مملوكين ، لزم كل واحد صوم شهرين ، لأن العبادة البدنية لا تتحمل . وإن اختلف حالهما ، فإن كان أعلى حالاً منها ، نظر ، إن كان من أهل العتق وهي من أهل الصيام أو الإطعام ، فوجهان . الصحيح وبه قطع المراقبون : أنه يجزى الاعتاق عنها ، لأن من فرضه الصوم أو الإطعام ، يجزئه العتق ، إلا أن تكون أمة ، فعليها الصوم ، لأن العتق لا يجزى عنها . قال في « المذهب » : إلا إذا قلنا : العبد يملك بالتمليك ، فإن الأمة كالحررة المصرة .

قلت : هذا الذي قاله في « المذهب » غريب ، والمعروف ، أنه لا يجزى العتق عن الأمة . وقد قال في « المذهب » في باب العبد المأذون : لا يصح اعتاق العبد ، سواء قلنا : يملك ، أم لا ، لأنه يتضمن الولاء ، وليس هو من أهله . والله أعلم

والوجه الثاني : لا يجزى عنها ، لاختلاف الجنس . فعلى هذا ، يلزمها الصوم إن كانت من أهله . وفيمن يلزمه الإطعام إن كانت من أهله ، وجهان . أصحهما : على الزوج . فإن عجز ، ثبت في ذمته إلى أن يقدر ، لأن الكفارة على هذا القول ، معدودة من مؤن الزوجة الواجبة (١) على الزوج ، والثاني : يلزمها وإن كان من أهل الصيام وهي من أهل الإطعام . قال الأصحاب : يصوم عن نفسه ويطعم عنها . ومقتضى قول من قال في الصورة السابقة : يجزى العتق عن الصيام ، أن يجزى هنا الصيام عن الإطعام . أما إذا كانت أعلى حالاً منه ،

(١) في الأصل : الزوجة والواجبة .

فينظر ، إن كانت من أهل الاعتاق ، وهو من أهل الصيام ، صام عن نفسه وأعتق عنها إذا قدر ، وإن كانت من أهل الصيام ، وهو من أهل الاطعام ، صامت عن نفسها وأطعم عن نفسه .

واعلم أن جماع المرأة إذا قلنا : لا شيء عليها والوجوب لا يلاقيها ، مستثنى عن الضابط .

فرع

تجب الكفارة بالزنا ، وجماع أمته ، واللواط ، وإتيان البهيمة ، وسواء أنزل أم لا ، وفي البهيمة والانيان في الدبر وجهه ، وهو شاذ منكر . ولو أفسد صومه بغير الجماع ، كالأكل ، والشرب ، والاستمناء ، والمباشرات المفضية إلى الانزال ، فلا كفارة ، لأن النص ورد في الجماع ، وماعداه ليس في معناه ، هذا هو المذهب الصحيح المعروف . وفي وجه قتله أبو خلف الطبري وهو من تلامذة القفال : تجب الكفارة بكل ما يأنم بالافطار به . وفي وجه حكاة في الحاوي عن ابن أبي هريرة : أنه يجب بالأكل والشرب ، كفارة فوق كفارة الحامل والمرضع ، ودون كفارة الجماع . وهذا الوجهان غلط . وذكر الحناطي ، أن ابن عبد الحكم ، روي عنه وجوب الكفارة فيما إذا جامع فيما دون الفرج وأنزل ، وهذا شاذ .

فرع

إذا ظن أن الصبح لم يطلع ، فجائع ، ثم بان خلافه ، فحكم الافطار سبق ، ولا كفارة لعدم الإثم . قال الامام : ومن أوجب الكفارة على الناسي بالجماع ، يقول مثله هنا لتقصيره في البحث . ولو ظن غروب الشمس ، فجائع ، فبان خلافه ،

ففي « التهذيب » وغيره : أنه لا كفارة ، لأنها تسقط بالشبهة . وهذا ينبغي أن يكون مفرعاً على تجويز الافطار والحالة هذه ، وإلا فتجب الكفارة وفاءً بالضابط المذكور لوجوب الكفارة . ولو أكل الصائم ناسياً ، فظن بطلان صومه ، فجاءه ، فهل يفطر ؟ وجهان . أحدهما : لا ، كما لو سلم من الظهر ناسياً وتكلم عامداً ، لا تبطل صلاته . وأصحها وبه قطع الجمهور : يفطر ، كما لو جامع وهو يظن أن الفجر لم يطلع فإن خلافه . وعلى هذا ، لا كفارة لأنه وطئ وهو يعتقد أنه غير صائم ، وعن القاضي أبي الطيب : أنه يحتمل وجوبها ، لأنه ظن لا يبيح الوطء . ولو أفطر المسافر بالزنا مترخصاً ، فلا كفارة ، لأنه وإن أثم بهذا الوطء ، لكنه لم يأثم به بسبب الصوم ، فإن الافطار جائز له . ولو زنا المقيم ناسياً للصوم ، وقلنا : الصوم يفسد بالجماع ناسياً ، فلا كفارة على الأصح ، لأنه لم يأثم بسبب الصوم ، لأنه ناسٍ له .

فرع

من رأى هلال رمضان وحده ، لزمه صومه . فإن صامه فأفطر بالجماع ، فعليه الكفارة . ولو رأى هلال شوال وحده ، لزمه الفطر ، ويخفيه اثلا يثم ، وإذا رؤي رجل يأكل يوم الثلاثين من رمضان بلا عذر ، عزّر . فلو شهد أنه رأى الهلال ، لم يقبل ، لأنه متهم في إسقاط التعزير ، بخلاف ما لو شهد أولاً فردت شهادته ، ثم أكل ، لم يعزّر .

فرع

لو أفطر بجماع ، ثم جامع ثانياً في ذلك اليوم ، فلا كفارة للجماع الثاني ، لأنه لم يفسد صوماً . فلو جامع في يومين أو أيام ، فعليه لكل يوم كفارة ، سواء كفر عن الأول ، أم لا .

فرع

لو أفسد صومه بجماع ، ثم أنشأ سफراً طويلاً في يومه ، لم تسقط الكفارة على المذهب . وقيل : كما لو طرأ المرض . ولو جامع ، ثم مرض ، فقولان . أظهرهما : لا تسقط الكفارة . وقيل : لا تسقط قطعاً . ولو طرأ بعد الجماع جنون ، أو موت ، أو حيض ، فقولان . أظهرهما : السقوط . والمسألة في الحيض مفرغة على أن المرأة إذا أفطرت بالجماع ، لزمتها الكفارة .

فرع

كأل صفة الكفارة ، مستقى في كتاب « الكفارات » . والقول الجلي ، أن هذه الكفارة مرتبة ككفارة الظهار ، فيجب عتق رقبة . فإن لم يجد ، فصيام شهرين متتابعين . فإن لم يستطع ، فإطعام ستين مسكيناً . وهل يلزمه مع الكفارة قضاء صوم اليوم الذي أفسده بالجماع ؟ فيه ثلاثة أوجه . وقيل : قولان ، ووجه . أصحابها : يلزم . والثاني : لا ، والثالث : إن كفر بالصيام ، لم يلزم ، وإلا لزم . قال الامام : ولا خلاف أن المرأة يلزمها القضاء إذا لم تلزمها كفارة . وهل تكون شدة الغلظة عذراً في المدول عن الصيام إلى الاطعام ؟ وجهان . أصحابها : أنها عذر ، وبه قطع صاحب « التهذيب » ، وهو مقتضى كلام الأكثرين ، ورجح الغزالي النع .

فرع

لو كان من لزمته هذه الكفارة فقيراً ، فهل له صرفها إلى أهله وأولاده ؟ وجهان. أحدهما : يجوز ، لحديث الأعرابي المشهور^(١) . وأصحها : لا يجوز ، كالزكاة وسائر الكفارات . وأما قصة الأعرابي ، فلم يدفع إلى أهله عن الكفارة .

فرع

إذا عجز عن جميع خصال الكفارة ، فهل تستقر في ذمته ؟ قال الاصحاب : الحقوق المالية الواجبة لله تعالى ، ثلاثة أضرب . ضرب يجب لا بسبب مباشرة من العبد ، كزكاة الفطر . فإذا عجز وقت الوجوب ، لم تثبت في ذمته . وضرب يجب بسبب على جهة البدل ، كجزاء الصيد ، فإذا عجز وقت وجوبه ، ثبت في ذمته تفليهاً لمعنى الغرامة . وضرب يجب بسبب لا على جهة البدل ، ككفارة الجماع ، واليمين ، والقتل ، والظهار ، ففيها قولان . أظهرها : يثبت في الذمة عند العجز ، متى قدر على إحدى الخصال ، لزمته . والثاني : لا يثبت .

فصل

في الفدية

وهي مدّة من الطعام ، لكل يوم من أيام رمضان . وجنسه جنس زكاة الفطر . فيعتبر غالب قوت البلد على الأصح . ولا يجزئ الدقيق والسويق ، كما سبق . ومصرفها ، الفقراء أو المساكين . وكل مدّة منها ككفارة تامة . فيجوز

(١) رواه الشيخان ، وأصحاب « السنن » عن أبي هريرة رضي الله عنه .

سرف عدد منها إلى مسكين واحد ، بخلاف أمداد الكفارة ، فانه يجب صرف كل مدٍّ منها إلى مسكين ، وتجب الفدية بثلاثة طرق .

الأول : فوات نفس الصوم ، فمن فاته صوم يوم من رمضان ومات قبل قضائه ، فله حالان . أحدهما : أن يموت بعد تمكنه من القضاء ، سواء ترك الأداء بعذر أم بغيره ، فلا بد من تداركه بعد موته . وفي صفة التدارك قولان . الجديد : أنه يُطعم من تركته عن كل يوم مد . والقديم : أنه يجوز لوليه أن يصوم عنه ، ولا يلزمه . فعلى القديم : لو أمر الولي أجنبياً فصام عنه بأجرة أو بغيرها ، جاز كاللحج . ولو استقل به الأجنبي ، لم يجزه على الأصح . وهل المعتبر على القديم الولاية ، أم مطلق القرابة ، أم تشترط العصوبة ، أم الارث ؟ نوقف فيه الامام وقال : لا نقل فيه عندي . قال الرافعي : وإذا فحصت عن نظائره ، وجدت الأشبه اعتبار الارث .

قلت : المختار ، أن المراد مطلق القرابة . وفي « صحيح مسلم » : أن النبي ﷺ قال لامرأة تصوم عن أمها ^(١) وهذا يبطل احتمال العصوبة . والله أعلم ولو مات وعليه صلاة أو اعتكاف ، لم يقض عنه وليه ، ولا يسقط عنه بالفدية . ونقل البويطي : أن الشافعي رحمه الله قال في الاعتكاف : يعتكف عنه وليه . وفي رواية : يطعم عنه . قال صاحب « التهذيب » : ولا يبعد تخريج هذا في الصلاة ، فيطعم عن كل صلاة مد . وإذا قلنا بالاطعام في الاعتكاف ، فالقدر المقابل بالمد اعتكاف يوم بليته . هكذا ذكره الامام عن رواية شيخه قال : وهو مشكل ، فإن اعتكاف لحظة ، عبادة تامة .

قلت : لم يصحح الامام الرافعي واحداً من الجديد والقديم في صوم الولي ، وكأنه

(١) ونص الحديث: عن ابن عباس رضي الله عنها قال: جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، إن أمي ماتت وعليها صوم نذر، أفأصوم عنها؟ قال: «أرأيت لو كان على أمك دين ف قضيه، أكان يؤدي ذلك عنها؟» قالت: نعم، قال: «فصومي عن أمك».

تركه لاضطراب الأصحاب فيه ، فإن المشهور في المذهب : تصحيح الجديد . وذهب جماعة من محققي أصحابنا ، إلى تصحيح القديم ، وهذا هو الصواب . بل ينبغي أن يجزم بالقديم ، فإن الأحاديث الصحيحة ثبتت فيه ، وليس للجديد حجة من السنة . والحديث الوارد بالأطعام ، ضيف ، فيتمين القول بالقديم . ثم من جواز الصيام ، جواز الاطعام . والله أعلم

وحكم صوم الكفارة والنذر ، حكم صوم رمضان .
الحال الثاني : أن يكون موته قبل التمكن من القضاء ، بأن لا يزال مريضاً ، أو مسافراً من أول شوال حتى يموت ، فلا شيء في تركه ولا على ورثته . قلت : قال أصحابنا : ولا يصبح الصيام من أحد في حياته بخلاف ، سواء كان عاجزاً أو غيره . والله أعلم

فرع

الشيخ الهرم الذي لا يطيق الصوم ، أو تلحقه به مشقة شديدة ، لا صوم عليه . وفي وجوب الفدية عليه ، قولان . أظهرهما : الوجوب . ويجري القولان في المريض الذي لا يرجى برؤه . ولو نذر في خلال المعجز صوماً ، ففي انقضائه وجهان .

قلت : أصحابها : لا ينقذ . والله أعلم

وإذا أوجبنا الفدية على الشيخ ، فكان معسراً ، هل تلزمه إذا قدر ؟ قولان ، كالکفارة . ولو كان رقيقاً فمقت ، ففيه خلاف مرتب على المعسر ، والأولى : بأن لا تجب ، لأنه لم يكن أهلاً . ولو قدر الشيخ على الصوم بعدما أفطر ، فهل يلزمه الصوم قضاءً ؟ نقل صاحب « التهذيب » : أنه لا يلزمه ، لأنه لم يكن

مخاطباً بالصوم ، بل كان مخاطباً بالفدية ، بخلاف المعصوب إذا حُج عنه غيره ، ثم قدر ، يلزمه الحج في قول ، لأنه كان مخاطباً به . ثم قال صاحب « التهذيب » من عند نفسه : إذا قدر قبل أن يفدي ، فمليه أن يصوم ، وإن قدر بعد الفدية ، فيحتمل أن يكون كالْحَج ، لأنه كان مخاطباً بالفدية على توهم أن عذره غير زائل ، وقد بان خلافه .

واعلم أن صاحب « التتمة » في آخرين نقلوا خلافاً في أن الشيخ يتوجه عليه الخطاب بالصوم ، ثم ينتقل إلى الفدية بالمعز ، أم يخاطب بالفدية ابتداءً ؟ وبنوا عليه (١) الوجهين في انعقاد نذره .

الطريق الثاني : لوجوب الفدية ما يجب لفضيلة الوقت ، وذلك في صور .
فالحامل والمرضع ، إن خافتا على أنفسهما ، أفطرتا وقضتا ، ولا فدية كالمرضى . وإن لم تخافا من الصوم ، إلا على الولد ، فلها الفطر وعليها القضاء . وفي الفدية أقوال . أظهرها : تجب ، والثاني : تستحب ، والثالث : تجب على الرضع دون الحامل . فعلى الأظهر : لا تعتمد الفدية بتعدد الأولاد على الأصح ، وبه قطع في « التهذيب » . وهل يفرق بين الرضع ولدها ، أو غيره ، بأجرة أو غيرها ؟ قال في « التتمة » : لا فرق ، فتفطر المستأجرة وتفدي . كما أن السفر لما أفاد الفطر ، يستوي فيه المسافر لغرض نفسه وغيره . وقال الغزالي في « الفتاوى » : المستأجرة لا تفطر ، ولا خيار لأهل الصبي .

قلت : الصحيح قول صاحب « التتمة » وقطع به القاضي حسين في « فتاويه » فقال : يحل لها الإفطار ، بل يجب إن أضر الصوم بالرضيع . وفدية الفطر ، على من تجب ؟ قال : يحتمل وجهين ، بناءً على ما لو استأجر للتمتع ، فعلى من يجب دمه ؟ فيه وجهان . قال : ولو كان هناك مراضع ، فأرادت أن ترضع صبياً ، تقريباً إلى الله تعالى ، جاز الفطر لها . والله أعلم

ولو كانت الحامل أو الرضع ، مسافرة أو مريضة ، فأفطرت بنية الترخص بالمرض أو السفر ، فلا فدية عليها . وإن لم تقصد الترخص ، ففي وجوب الفدية وجهان ، كالوجهين في فطر المسافر بالجماع .

فرع

إذا أفطار بنير الجماع عمداً في نهار رمضان ، هل تلزمه الفدية مع القضاء؟ وجهان . أصحابها : لا .

فرع

لو رأى مشرفاً على الهلاك بغرق أو غيره ، وافقر في تحليصه إلى الإفطر ، فله ذلك ، ويلزمه القضاء ، وتلزمه الفدية على الأصح أيضاً ، كالرضع .

قلت : قوله : فله ذلك ، فيه تساهل . ومراده : أنه يجب عليه ذلك ، وقد صرح به أصحابنا . والله أعلم

الطريق الثالث : ما يجب لتأخير القضاء ، فمن عليه قضاء رمضان ، وأخّره حتى دخل رمضان السنة القابلة ، نظر ، إن كان مسافراً أو مريضاً ، فلا شيء عليه ، فإن تأخير الأداء بهذا العذر جائز فتأخير القضاء أولى . وإن لم يكن ، فعليه مع القضاء لكل يوم سد . وقال المزني : لا تجب الفدية . ولو أخر حتى مضى رمضان فصاعداً ، فهل تكرر الفدية ؟ وجهان . قال في «النهاية» : الأصح ، التكرار . ولو أفطار عدواناً ، وألزمناه الفدية ، فأخر القضاء ، فعليه لكل يوم فديتان ، واحدة للافطار ، وأخرى للتأخير . هذا هو المذهب . وقال إبراهيم المروزي : إن عدنا الفدية بتعدد رمضان ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان . وإذا أخر القضاء مع الإمكان ،

فمات قبل أن يقضي وقلنا : الميت يطعم عنه ، فوجهان . أصحها : يخرج لكل يوم من تركته مدان . والثاني قاله ابن سريج : يكفي مد واحد . وأما إذا قلنا : يصام عنه ، فصام الولي ، فيحصل تدارك أصل الصوم ، ويفدي للتأخير . وإذا قلنا بالأصح وهو التكرار ، فكان عليه عشرة أيام ، فمات ، ولم يبق من شعبان إلا خمسة أيام ، أخرج من تركته خمسة عشر مداً ، عشرة لأصل الصوم ، وخمسة للتأخير ، لأنه لو عاش لم يمكنه إلا قضاء خمسة . ولو أفطر بلا عذر ، وأوجبنا به الفدية فأخر حتى دخل رمضان آخر ، ومات قبل القضاء ، فالذهب وجوب ثلاثة أمداد . فإن تكررت السنوات ، زادت الامداد . وإذا لم يبق بينه وبين رمضان السنة الثانية ما يتأتى فيه قضاء جميع الفئات ، فهل يلزمه في الحال الفدية عما لا يسمه الوقت ، أم لا يلزمه إلا بعد دخول رمضان ؟ فيه وجهان كالوجهين فيمن حلف ليأكلن هذا الرغيف غداً ، ف تلف قبل الغد ، هل يحث في الحال ، أم بعد مجيء الغد ؟ ولو أراد تمجيل فدية التأخير قبل مجيء رمضان الثاني ليؤخر القضاء مع الامكان ، ففي جوازه وجهان كالوجهين في تمجيل الكفارة عن الحنث المحرم .

قلت : إذا أخر الشيخ الهرم المد عن السنة الأولى ، فالذهب أنه لا شيء عليه . وقال النزالي في « الوسيط » : في تكرار مد آخر للتأخير وجهان . وهذا شاذ ضعيف . وإذا أراد الشيخ الهرم إخراج الفدية قبل دخول رمضان ، لم يجز ، وإن أخرجها بعد طلوع الفجر من يوم من رمضان ، أجزأه عن ذلك اليوم . وإن أداها قبل الفجر ، ففيه احتمالان حكاهما في « البحر » عن والده ، وقطع الدرامي بالجواز ، وهو الصواب . قال الامام الزيادي : ويجوز للحامل تقديم الفدية على الفطر ، ولا يقدم إلا فدية يوم واحد . وقد تقدم بعض هذه المسائل في باب تمجيل الزكاة .

والله أعلم

باب

صوم التطوع

من شرع في صوم تطوع ، أو صلاة تطوع ، لم يلزمه الاتمام ، لكن يستحب .
فلو خرج منها ، فلا يجب القضاء ، لكن يستحب ، ثم إن خرج لمنذر ، لم
يكره ، وإلا كره على الأصح . ومن المنذر ، أن يترتب على من ضيفه امتناعه من
الأكل . ولو شرع في صوم القضاء الواجب ، فإن كان على الفور ، لم يجوز الخروج
منه ، وإلا فوجهان . أحدهما : يجوز ، قاله القفال ، وقطع به الغزالي ، وصاحب
« التهذيب » وطائفة . وأصحها : لا يجوز ، وهو المنصوص في « الأم » ، وبه قطع
الرواياني في « الحلية » ، وهو مقتضى كلام الأكثرين ، لأنه صار متلبساً بالفرض ولا
عذر ، فلزمه إتمامه ، كما لو شرع في الصلاة أول الوقت . وأما صوم الكفارة ،
فما لزم منه بسبب محرم ، فهو كالقضاء الذي على الفور . وما لزم بسبب غير محرم ،
كقتل الخطأ ، فهو كالقضاء الذي على التراخي . وكذا النذر المطلق . وهذا كله
مبني على المذهب ، وهو انقسام القضاء إلى واجب على الفور ، وعلى التراخي . فالأول :
ما تعدى فيه بالافطار ، فيحرم تأخير قضائه . قال في « التهذيب » : حتى يحرم
عليه التأخير بعذر السفر . وأما الثاني : فلم يمتد به ، كالفطر بالحيفض والسفر
والمرض ، فقضاؤه على التراخي ما لم يحضر رمضان السنة المقبلة . وقال بعض أصحابنا
المراقين : القضاء على التراخي في التمددي وغيره .

فصل

صوم التطوع، منه ما يتكرر بتكرر السنين ، ومنه ما يتكرر بتكرر الشهور، ومنه ما يتكرر بتكرر الأسبوع . فمن الأول، يوم عرفة ، فيستحب صومه لغير الحجيج ، وبينني للحجيج فطره . وأطلق كثيرون كراهة صومه لهم . فإن كان شخص لا يضنف بالصوم عن الدعاء وأعمال الحج ، ففي « التتمة » أن الأولى له الصوم . وقال غيره : الأولى أن لا يصوم بحال .

قلت : قال البغوي وغيره : يوم عرفة ، أفضل أيام السنة . وسيأتي إن شاء الله تعالى في كتاب « الطلاق » التصريح بذلك مع غيره ، في تعليق الطلاق على أفضل الأيام . والله أعلم .

ومنه يوم عاشوراء ، وهو عاشر المحرم ، ويستحب أن يصوم معه تاسوعاء ، وهو التاسع . وفيه معنيان . أحدهما : الاحتياط حذراً من الغلط في العاشر . والثاني : مخالفة اليهود ، فإنهم يصومون العاشر فقط . فعلى هذا ، لو لم يصم التاسع معه ، استحب أن يصوم الحادي عشر .

ومنه ستة أيام من شوال ، والأفضل ، أن يصومها متتابعة متصلة بالميد . ومن الثاني : أيام البيض ، وهي : الثالث عشر ، والرابع عشر ، والخامس عشر . قلت : هذا هو المعروف فيها . ولنا وجه عريب حكاه الصيمري ، والماوردي ، والبغوي ، وصاحب « البيان » : أن الثاني عشر ، بدل الخامس عشر ، فالاحتياط صومها . والله أعلم . ومن الثالث : يوم الاثنين والخميس . ويكره أفراد الجمعة بالصوم ، وإفراد السبت .

فرع

أطلق صاحب « التهذيب » في آخرين أن صوم الدهر مكروه . وقال الغزالي : هو مسنون ، وقال الأكثرون : إن خاف منه ضرراً ، أو فوت به حقاً ، كره . وإلا ، فلا . والمراد : إذا أفطر أيام العيد والتشريق . ولو نذر صوم الدهر ، لزم وكانت الأعياد و [أيام] التشريق وشهر رمضان وقضاؤه مستثناة . فإن فرض فوات بمذر أو بغيره ، فهل تجب الفدية لما أخل به من النذر بسبب القضاء ؟ قال أبو القاسم الكرخي : فيه وجهان ، وقطع به في « التهذيب » : بأن لا فدية . ولو نذر صوماً آخر بعد هذا النذر ، لم ينقذ . ولو لزمه صوم كفارة ، صام عنها وفدى عن النذر . ولو أفطر يوماً من الدهر ، لم يمكن قضاؤه ، ولا فدية إن كان بمذر ، وإلا فتجب الفدية . ولو نذرت المرأة صوم الدهر ، فللزواج منها ، ولا قضاء ولا فدية ، وإن أذن لها ، أو مات فلم تصم ، لزمها الفدية .

قلت : ومن السنون ، صوم عشر ذي الحجة ، غير العيد ، والصوم من آخر كل شهر . وأفضل الأشهر للصوم بعد رمضان ، الأشهر الحرم ، ذو القعدة ، وذو الحجة ، والمحرم ، ورجب . وأفضلها : المحرم ، وبلي المحرم^(١) في الفضيلة ، شعبان . وقال صاحب « البحر » : رجب أفضل من المحرم ، وليس كما قال . قال أصحابنا : لا يجوز للمرأة صوم تطوع وزوجها حاضر ، إلا بإذنه . ومن صرح به : صاحب « المهذب » و « التهذيب » . والله أعلم



(١) في مخطوطة الفاهمية : المحرم .

كتاب الاعتكاف

الاعتكاف سنة مؤكدة ، ويستحب في جميع الأوقات ، وفي الشهر الأواخر من رمضان أكد ، اقتداءً برسول الله ﷺ ، وطلباً ليلة القدر . ومن أراد هذه السنة ، فينبغي أن يدخل المسجد قبل غروب الشمس ليلة الحادي والعشرين ، حتى لا يفوته شيء ، ويخرج بعد غروب الشمس ليلة العيد . ولو مكث ليلة العيد إلى أن يصلي ، أو يخرج منه إلى العيد^(١) ، كان أفضل .

فرع

ليلة القدر أفضل ليالي السنة ، خصّ الله تعالى بها هذه الأمة ، وهي باقية إلى يوم القيامة . ومذهبنا ومذهب جمهور العلماء : أنها في الشهر الأواخر من رمضان ، وفي أوتارها أرجى . وميل الشافعي إلى أنها ليلة الحادي والعشرين . وقال^(٢) في موضع : إلى ثلاث وعشرين . وقال ابن خزيمة من أصحابنا : هي ليلة منتقلة في ليالي الشهر ، تنتقل كل سنة إلى ليلة ، جماعاً بين الأخبار . قلت : وهذا منقول عن الزني أيضاً ، وهو قوي . ومذهب الشافعي : أنها تلتزم ليلة بعينها . والله أعلم

(١) في مخطوطة الظاهرية : المصلي .

(٢) » » » : ومال .

وعلاوة هذه الليلة ، أنها طلقة ، لا حارة ولا باردة ، وأن الشمس تطلع في صبيحتها بيضاء ، ليس لها كثير (١) شمع . ويستحب أن يكثر فيها من قول : « اللهم إنك عفوفٌ تحب العفوفَ فاعفُ عني » .

قلت : قال صاحب « البحر » : قال الشافعي رحمه الله في القديم : أُمستحب أن يكون اجتهاده في يومها ، كاجتهاده في ليلتها . وقال في القديم : من شهد العشاء والصبح ليلة القدر ، فقد أخذ بحظّه منها . والله أعلم .

ولو قال لزوجته : أنت طالق ليلة القدر . قال أصحابنا : إن قاله قبل رمضان ، أو فيه قبل مضي أول ليالي العشر ، طلقت بانقضاء ليالي العشر ، وإن قاله بعد مضي بعض لياليها ، لم تطلق إلى مضي سنة . هكذا نقل الشيخ أبو إسحاق في « المذهب » ، وإمام الحرمين وغيرهما . وأما قول النزالي : لو قال لزوجته في منتصف رمضان : أنت طالق ليلة القدر ، لم تطلق حتى تمضي سنة ، لأن الطلاق لا يقع بالشك . ونقل في « الوسيط » ، هذا عن نص الشافعي . فاعلم أنه لا يعرف اعتبار مضي سنة في هذه المسألة إلا في كتب النزالي .

وقوله : الطلاق لا يقع بالشك ، مسلمٌ ، لكن يقع بالظن الغالب . قال إمام الحرمين : الشافعي رحمه الله متردد في ليالي العشر ، ويميل إلى بعضها ميلاً لطيفاً ، وانحصارها في العشر ثابت عنده بالظن القوي ، وإن لم يكن مقطوعاً به ، والطلاق ينأط وقوعه بالمذاهب المظنونة .

واعلم أن النزالي قال : وقيل : إن ليلة القدر في جميع شهر رمضان . وهذا لا تكاد تجده في شيء من كتب المذهب .

قلت : قد قال المحامي وصاحب « التنبيه » : تطلب ليلة القدر في جميع رمضان . وقول الامام الرافعي في أول المسألة : طلقت بانقضاء ليالي العشر ، فيه تجوز

(١) في مخطوطة الظاهرية : كبير .

تابع فيه صاحب « المذهب » وغيره . وحقيقته : طلقت في أول الليلة الأخيرة من العشر . وكذا قوله : إن قاله بعد مضي بعض لياليها ، لم تطلق إلى مضي سنة ، فيه تجوز ، وذلك أنه قد يقول لها في آخر اليوم الحادي والعشرين ، فلا يقف وقوع الطلاق على سنة كاملة ، بل يقع في أول الليلة الحادي والعشرين . والله أعلم

فصل

أركان الاعتكاف ، أربعة ؛ اللبث في المسجد ، والنية ، والمعتكف ، والمعتكف فيه .

الأول : اللبث ، وفي اعتباره وجهان حكاهما في « النهاية » . أحدهما : لا بد منه ، والثاني : يكفي مجرد الحضور ، كما يكفي مجرد الحضور بعرفة . ثم فرّع على الوجهين فقال : إن اكتفينا بالحضور ، حصل الاعتكاف بالعبور . حتى لو دخل من باب ، وخرج من باب ، ونوى ، فقد اعتكف . وإن اعتبرنا اللبث ، لم يكف ما يكفي في الطمأنينة في الصلاة ، بل لا بد من زيادة عليه بما يسمى عكوفاً وإقامة . ولا يعتبر السكون ، بل يصح اعتكافه قائماً ، أو قاعداً ، أو متردداً في أطراف المسجد . ولا يقدر اللبث بزمان ، حتى لو نذر اعتكاف ساعة ، انعقد نذره . ولو نذر اعتكافاً مطلقاً ، خرج من عهده النذر ، بأن يعتكف لحظة . واستحب الشافعي رحمه الله ، أن يعتكف يوماً للخروج من الخلاف ، فإن مالكا وأبا حنيفة رحمهما الله ، لا يجوزان اعتكاف أقل من يوم . ونقل الصيدلاني وجهاً : أنه لا يصح الاعتكاف إلا يوماً ، أو ما يدنو من يوم .

قلت : ولو كان يدخل ساعة . ويخرج ساعة ، وكلما دخل نوى الاعتكاف ، صح على المذهب . وحكى الروياني فيه خلافاً ضعيفاً . والله أعلم

فصل

يحرم على المعتكف الجماع ، وجميع المباشرات بالشهوة ، فان جامع ذاكراً للاعتكاف، علماً بتحريمه ، بطل اعتكافه ، سواء جامع في المسجد ، أو جامع عند خروجه لقضاء الحاجة . فأما إذا جامع ناسياً للاعتكاف ، أو جاهلاً بتحريمه ، فهو كمنظيره في الصوم . وروى المزني عن نسه في بعض المواضع : أنه لا يفسد الاعتكاف من الوطء إلا ما يوجب الحد . قال الامام : مقتضى هذا ، أن لا يفسد باتيان البهيمة ، والاتيان في غير المأتي إذا لم نوجب فيها الحد . والمذهب : الأول .

قلت : نسه محمول على أنه لا يفسد بالوطء فيما دون الفرج . والله اعلم

أما إذا لمس ، أو قبّل بشهوة ، أو بانثر فيما دون الفرج متممداً ، ففيه نصوص وطرق مختلفة ، مختصرها ثلاثة أقوال ، أو أوجه . أحدها عند الجمهور : إن أزل ، بطل اعتكافه ، وإلا ، فلا . والثاني : يبطل مطلقاً . والثالث : لا يبطل مطلقاً . وإن استمنى بيده ، فإن قلنا : إذا لمس فأزّل ، لا يبطل ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان ، لأن كمال اللذة باصطكاك البشريتين . ولا بأس على المعتكف بأن يقبّل على سبيل الشفقة والاكرام . ولا بأن يلمس بغير شهوة .

فرع

للمعتكف أن يرجل رأسه ويتطيب ، ويتزوج ويزوج ، ويتزين بلبس الثياب ، ويأمر باصلاح معاشه ، وتعهد ضياعه ، وأن يبيع ويشترى ، ويخيط ويكتب ، وما أشبه ذلك ، ولا يكره شيء من هذه الاعمال إذا لم تكثر . فان أكثر ، أو قعد يحترف بالخياطة ونحوها ، كره ولم يبطل اعتكافه . ونقل عن القديم : أنه إذا

اشتغل بحرفة ، بطل اعتكافه ، وقيل : بطل اعتكافه المنذور . والمذهب ما قدمناه .
قلت : الأظهر ، كراهة البيع والشراء في المسجد وإن قل ، للمتكف وغيره ،
إلا بحاجة . وهو نصه في « البويطي » ، وفيه حديث صحيح في النهي^(١) .
والله أعلم

وإن اشتغل بقراءة القرآن ودراسة العلم ، فزياده خير .

فرع

يجوز أن يأكل في المسجد ، والأولى أن يبسط سفرته أو نحوها . وله غسل
يده فيه ، والأولى غسلها في طست ونحوها لئلا يتل المسجد فيمتنع غيره من
الصلاة والجلوس فيه ، ولأنه قد يتقذر . ولهذا قال في « التهذيب » : يجوز نضح
المسجد بالماء المطلق ، ولا يجوز بالمستعمل وإن كان طاهراً ، لأن النفس قد تمافه .
ويجوز الفصد والحجامة في المسجد في إناء ، بشرط أن يأمن التلوث ، والأولى
تركه . وفي البول في الطست احتمالان لصاحب « الشامل » ، والأصح : المنع ،
وبه قطع صاحب « التتمة » ، لأنه أقبح من الفصد . ولهذا لا يمنع من الفصد
مستقبل القبلة ، بخلاف البول .

فصل

يصح الاعتكاف بغير صوم ، ويصح في الليل وحده ، وفي يوم العيد وأيام
التشريق ، هذا هو المذهب والمشهور . وحكى الشيخ أبو محمد وغيره قولاً قديماً :
أن الصوم شرط ، فلا يصح الاعتكاف في العيد ، و[أيام] التشريق ، والليل المجرد .

(١) روى أحمد وأصحاب « السنن » عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن رسول الله
صلى الله عليه وآله وسلم « نهى عن البيع والشراء في المسجد » .

فرع

إذا نذر أن يعتكف يوماً هو فيه صائم ، أو أياماً هو فيها صائم ، لزمه الاعتكاف في أيام الصوم ، وليس له أفراد أحدهما عن الآخر بلا خلاف . ولو اعتكف في رمضان ، أجزأه ، لأنه لم يلتزم بهذا النذر صوماً ، وإنما نذر الاعتكاف بصفة وقد وجدت . ولو نذر أن يعتكف صائماً ، أو يعتكف بصوم ، لزمه الاعتكاف والصوم . وهل يلزمه الجمع بينهما ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأنها عبادتان مختلفتان ، فأشبه إذا نذر أن يصلي صائماً . وأصحها : يلزمه ، وهو نصه في « الأم » ، كالمسألة السابقة . فملى هذا ، لو شرع في الاعتكاف صائماً ، ثم أفطر ، لزمه استئناف الصوم والاعتكاف . وعلى الأول : يكفيه استئناف الصوم . ولو نذر اعتكاف أيام وليال متتابعة صائماً ، فجامع ليلاً ، ففيه هذان الوجهان . ولو اعتكف في رمضان ، أجزأه عن الاعتكاف في الوجه الأول ، وعليه الصوم ، وعلى الثاني : لا يجزئه الاعتكاف أيضاً . ولو نذر أن يصوم معتكفاً ، فطريقان . أصحها : طرد الوجهين ، أصحها عند الأكثرين : لزوم الجمع . والثاني : القطع بأنه لا يجب الجمع . والفرق ، أن الاعتكاف لا يصلح وصفاً للصوم ، بخلاف عكسه ، فإن الصوم من مندوبات الاعتكاف . ولو نذر أن يعتكف مصلياً ، أو يصلي معتكفاً ، لزمه الاعتكاف والصلاة . وفي لزوم الجمع ، طريقان . المذهب : لا يجب . وقيل : بطرد الوجهين . والفرق ، أن الصوم والاعتكاف متقاربان ، لاشتراكهما في الكف ، والصلاة أفعال مباشرة لاتناسب الاعتكاف . فلو نذر أن يعتكف محرماً بالصلاة ، فإن لم نوجب الجمع بين الاعتكاف والصلاة ، فالذي يلزمه من الصلاة ، هو الذي لو أفرد الصلاة بالنذر ، وإلا لزمه ذلك القدر في يوم اعتكافه ، ولا يلزمه استيعاب اليوم بالصلاة . وإن نذر اعتكاف أيام مصلياً ، لزمه ذلك القدر في كل يوم ، هكذا ذكره صاحب « التهذيب » ،

وغيره . ولك أن تقول : ظاهر اللفظ يقتضي الاستيماب ، فإن تركنا الظاهر ، فلم يُعتبر تكرير القدر الواجب من الصلاة كل يوم ؟ وهلا اكتفي به مرة في جميع المدة ؟ ولو نذر أن يصلي صلاة يقرأ فيها سورة كذا ، في وجوب الجمع ، الخلاف الذي في الجمع بين الصوم والاعتكاف ، قاله القفال ، وهو ظاهر .

الركن الثاني : النية ، فلا بد منها في ابتداء الاعتكاف ، ويجب التعرض في المنذور منه للفرضية . ثم إذا نوى الاعتكاف وأطلق ، كفاء ذلك وإن طال مكثه . فإن خرج من المسجد ، ثم عاد ، احتاج إلى استئناف النية ، سواء خرج لقضاء الحاجة ، أم لغيره ، فإن ماضى عبادة تامة ، والثاني : اعتكاف جديد قال في « التتمة » : فلو عزم عند خروجه أن يقضي حاجته ويمود ، كانت هذه العزيمة قائمة مقام النية ، وفيه نظر ، فإن اقتران النية بأول العبادة شرط . فكيف يكتفي بعزيمة سابقة ؟ ! أما إذا عيّن زماناً ، بأن نوى اعتكاف شهر ، أو يوم ، فهل يشترط تجديد النية إذا خرج وعاد ؟ فيه أوجه . أصحابها : إن خرج لقضاء الحاجة ، لم يجب التجديد ، لأنه لا بد منه ، وإن خرج لفرض آخر ، فلا بد من التجديد ، وسواء طال الزمان ، أم قصر . والثاني : إن طال مدة الخروج ، وجب التجديد ، وإلا فلا ، وسواء خرج لقضاء الحاجة ، أم لغيره . والثالث : لا حاجة إلى التجديد مطلقاً . والرابع ، وهو ما ذكره صاحب « التهذيب » : إن خرج لأمر يقطع التابع في الاعتكاف المتابع ، وجب التجديد . وإن خرج لأمر لا يقطعه ولم يكن منه بد ، كقضاء الحاجة ، والفعل للاحتلام ، لم يجب التجديد . وإن كان منه بد ، أو طال الزمان ، ففي التجديد على هذا وجهان . وهذا الخلاف مطرد فيما إذا نوى مدة لاعتكاف تطوع ، وفيما إذا نذر أياماً ولم يشترط فيها التابع ، ثم دخل المسجد بقصد الوفاء بالنذر . أما إذا شرط التابع ، أو كانت المنذورة متواصلة ، فسيأتي حكم التجديد فيها إن شاء الله تعالى .

فرع

لو نوى الخروج من الاعتكاف ، لم يطل على الأصح كالصوم .

الركن الثالث : المتكف ، شرطه : الاسلام ، والعقل ، والنقاء عن
الحيض ، والجنابة . فيصح اعتكاف الصبي ، والرقيق ، والزوجة كصيامهم .
ولا يجوز للعبد أن يعتكف بغير إذن سيده ، ولا المرأة بغير إذن زوجها ، فإن
اعتكفا بغير إذن ، جاز للزوج والسيد إخراجها . وكذا لو اعتكفا بإذنها تطوعاً ،
فانه لا يلزم بالشروع . ولو نذرا اعتكفا ، نظر ، إن نذرا بغير إذن ، فلها المنع من
الشروع فيه ، فإن أذنا في الشروع وكان الزمان متعيناً أو غير متعين ، ولكن شرطاً
التتابع ، لم يكن لهما الرجوع . وإن لم يشرطاً ، فلها الرجوع على الأصح ، وإن نذرا
بالإذن ، نظر ، إن تعلق بزمان معين ، فلها الشروع فيه بغير إذن ، وإلا لم يشرعاً بغير إذن ،
وإن شرعاً بالإذن ، لم يكن لهما المنع من الإتمام ، هكذا ذكره أصحابنا العراقيون ، وهو
مبني على أن النذر المطلق إذا شرع فيه ، لزمه إتمامه . وفيه خلاف سبق في آخر
كتاب الصوم . ويستوي في جميع ما ذكرناه ، القن ، والدبر ، وأم الولد . وأما
المكاتب ، فله أن يعتكف بغير إذن السيد على الأصح . ومن بعضه رقيق ، كالقن
إن لم يكن مهابأة ، فإن كانت ، فهو في نوبته كالحر ، وفي نوبة السيد كالقن .

فرع

لا يصح اعتكاف الكافر ، والمجنون ، والمنمى عليه ، والسكران ، إذ لا نية
لهم . ولو ارتد في أثناء اعتكافه ، فالنص في د الأم : أنه لا يطل اعتكافه .

فاذا أسلم ، بنى . ونص أنه لو سكر في اعتكافه ، ثم أفاق ، يستأنف . واختلف
الأصحاب فيها على طرق . المذهب : بطلان اعتكافها ، فإن ذلك أشد من الخروج من
المسجد ، ونصه في المرتد محمول على أنه اعتكاف غير متتابع . فاذا أسلم ، بنى ،
لأن الردة لا تحبط ما سبق عندنا ، إلا إذا مات مرتداً . ونصه في السكران في
اعتكاف متتابع . والطريق الثاني : تقرير النصين . والفرق بأن السكران يمنع
المسجد بكل حال ، بخلاف المرتد . وأختار أصحاب الشيخ أبي حامد هذا الطريق ،
وذكروا أنه المذهب . والثالث : فيها قولان . والرابع : لا يبطل فيها .
والخامس : يبطل السكر لامتناد زمنه ، وكذا الردة إن طال زمنها ، وإن
قصر ، بنى . والسادس : يبطل بالردة دون السكر ، لأنه كالنوم ، والردة
تنافي العبادة . وهذا الطريق حكاه الامام الغزالي ، ولم يذكره غيرها . وهذا
الخلافاً ، أنه هل يبقى ما تقدم على الردة والسكر معتداً به فينبى عليه ، أم يبطل
فيحتاج إلى الاستئناف إن كان الاعتكاف متتابعاً ؟ فأما زمن الردة والسكر فنير
ممتدٍ به قطعاً . وفي وجه شاذ : يعتمد بزمن السكر . وأشار إمام الحرمين
والغزالي ، إلى أن الخلاف في الاعتداد بزمن الردة ، والسكر . والمذهب
ما سبق . ولو أغمى عليه ، أو جن في زمن الاعتكاف ، فإن لم يخرج من المسجد ،
لم يبطل اعتكافه ، لأنه معذور . وإن أخرج ، نظر ، إن لم يمكن حفظه في
المسجد ، لم يبطل ، لأنه لم يحصل الخروج باختيازه ، فأشبهه ما لو حمل
العافل مكرها . وإن أمكن ولكن شق ، ففيه الخلاف الآتي في المريض إذا
أخرج . قال في « التتمة » : ولا يحسب زمن الجنون من الاعتكاف ، ويحسب زمن
الاغماء على المذهب .

فرع

لا يصح اعتكاف الحائض ، ولا الحنب . ومتى طرأ الحيض على المعتكفة ،
لزمها الخروج . فإن مكثت ، لم يحسب عن الاعتكاف . وهل يبطل ماسبق ، أم
يبنى عليه ؟ فيه كلام يأتي إن شاء الله تعالى . وإن طرأت الجنابة بما يبطل
الاعتكاف ، لم يخف الحكم . وإن طرأت بما لا يبطله ، كالاغتلام ، والجماع ناسياً ،
والإنزال بالبشرة دون الفرج ، إذا قلنا : لا يبطله ، لزمه أن يادر بالفسل كيلا
يبطل تنابعه ، وله الخروج للفسل ، سواء أمكنه الفسل في المسجد ، أم لا ، لأنه
أصون لمروءته وللمسجد . ولا يحسب زمن الجنابة من الاعتكاف على الصحيح .

الركن الرابع : المعتكف فيه وهو المسجد ، فيختص بالمساجد ، ويجوز
في جميعها ، والجامع أولى . وأوماً في القديم إلى اشتراط الجامع ، والمذهب المشهور
ماسبق . ولو اعتكفت المرأة في مسجد بيتها - وهو المنزل المبدأ للصلاة - لم يصح
على الجديد ، وبصح على القديم . فإن صححنه ، ففي جواز اعتكاف الرجل فيه ،
وجهان . وهو أولى بالنوع . وعلى الجديد : كل امرأة يكره لها الخروج للجماعة ،
يكره لها الخروج للاعتكاف ، ومن لا ، فلا .

قلت : قد أنكر القاضي أبو الطيب وجماعة هذا القديم . وقالوا : لا يجوز في
مسجد بيتها قولاً واحداً ، وغلطوا من قال : قولان . والله أعلم

فرع

إذا نذر الاعتكاف في مسجد بمنه ، فإن عين المسجد الحرام ، تعين على

المذهب الذي قطع به الجماهير . وقيل : في تمينه قولان . وإن عين مسجد رسول الله ﷺ ، أو مسجد الأقصى ، تمين على الأظهر . وإن عين غير هذه الثلاثة ، لم يمين على الأصح . وقيل : الأظهر يمين كما لو عينه للصلاة . وقيل : لا يمين قطعاً . وإذا حكمنا بالتمين ، فإن عين المسجد الحرام ، لم يمين غيره مقامه . وإن عين مسجد المدينة ، لم يمين مقامه إلا المسجد الحرام . وإن عين الأقصى ، لم يمين مقامه إلا المسجد الحرام ، ومسجد المدينة . وإذا حكمنا بعدم التمين ، فليس له الخروج بعد الشروع لينتقل إلى مسجد آخر ، لكن لو كان ينتقل في خروجه لقضاء الحاجة إلى مسجد آخر على مثل تلك المسافة ، جاز على الأصح . أما إذا عين زمن الاعتكاف في نذره ، ففي تمينه وجهان . الصحيح : أنه يمين ، فلا يجوز التقديم عليه ، ولو تأخر كان قضاء . والثاني : لا يمين ، كما لا يمين في الصلاة والصدقة . ويجري الوجهان في تمين زمن الصوم .

فصل

من نذر اعتكاف مدّة وأطلق ، نظر ، إن شرط التتابع ، لزمه كما لو شرط التتابع في الصوم ، وإن لم يشرط ، بل قال : عليّ شهر أو عشرة أيام ، فلا يلزمه التتابع على المذهب ، لكن يستحب . وخرج ابن سريج قولاً : أنه يلزمه ، وهو شاذ . فعلى المذهب : لو نوى التتابع بقلبه ، ففي لزومه وجهان . أصحابها : لا يلزم . ولو شرط تفريقه ، فهل يجزئه التتابع ؟ وجهان . أصحابها : يجزئه ، لأنه أفضل . ولو نذر اعتكاف يوم ، فهل يجوز تفتيق ساعاته من أيام ؟ وجهان . أصحابها وبه قال الأكثرون : لا ، لأن المفهوم من اليوم ، المتصل . وقد حكى عن الخليل ، أن اليوم : اسم لما بين طلوع الفجر وغروب الشمس . ولو دخل المسجد في أثناء

النهار وخرج بعد الغروب ، ثم عاد قبل الفجر ومكث إلى مثل ذلك الوقت ، فهو على هذين الوجهين . فلو لم يخرج بالليل ، فقال الأكثرون : يجزئه ، سواء جاوزنا التفريق أو منعناه ، لحصول التواصل . قال أبو إسحاق تفريماً على الأصح : لا يجزئه ، لأنه لم يأت بيوم متواصل الساعات ، واليلة ليست من اليوم ، وهذا هو الوجه . ولو قال في أثناء النهار : لله عليّ أن أعتكف يوماً من هذا الوقت ، فقد اتفق الأصحاب على أنه يلزمه دخول المعتكف من ذلك الوقت إلى مثله من اليوم الثاني ، ولا يجوز الخروج بالليل ليتحقق التتابع . وفيه نظر ، فإن الملتزم يوم وليست اليلة منه ، فلا يمنع التتابع . والقياس : أن يحمل فائدة التقيد في هذه الصورة ، القطع بجواز التفريق لا غير . ثم حكى الامام عن الأصحاب تفريماً على جواز تفريق الساعات : أنه يكفيه ساعات أقصر الأيام ، لأنه لو اعتكف أقصر الأيام ، جاز . ثم قال : إن فرق على ساعات أقصر الأيام في سنين ، فالأمر كذلك . وإن اعتكف في أيام متباعدة في الطول وانقصر ، فينبغي أن ينسب اعتكافه في كل يوم بالجزئية إليه ، إن كان ثلثاً ، فقد خرج عن ثلث ما عليه . وعلى هذا القياس ، نظراً إلى اليوم الذي يقع فيه الاعتكاف . ولهذا ، لو اعتكف من يوم طويل بقدر ساعات أقصر الأيام ، لم يكفه ، وهذا استدراك حسن ، وقد أجاب عنه بما لا يشفي . أما إذا عين المدة المنذورة ، بأن نذر اعتكاف عشرة أيام من الآن ، أو هذه العشرة ، أو شهر رمضان ، أو هذا الشهر ، فعليه الوفاء . فلو أفسد آخره بخروج أو غيره ، لم يجب الاستئناف . ولو فاته الجميع ، لم يجب التتابع في القضاء ، كقضاء رمضان . هذا إذا لم يتعرض للتتابع ، فلو صرح به فقال : أعتكف هذه العشرة متتابعة ، فهل يجب الاستئناف لفساد آخره ، أو التتابع في قضائه ؟ وجهان . أصحهما : يجبان ، لتصريحه ، والثاني : لا ، لأن التتابع يقع ضرورة ، فلا أثر لتصريحه .

فصل

في استنباع الليالي الأيام وعكس

فإذا نذر اعتكاف شهر ، لزمه الليالي والأيام ، إلا أن يقول : أيام شهر ، أو نهاره ، فلا تلزم الليالي . وكذا لو قال : ليالي هذا الشهر ، لا تلزمه الأيام . ولو لم يلفظ بالتقييد ، لكن نواه بقلبه ، فالأصح : أنه لا أثر لنيته . ثم إذا أطلق الشهر ، فدخل المسجد قبل الهلال ، كفاه ذلك الشهر تم أو نقص . فإن دخل في أثناء الشهر ، استكمل بالعدد . ولو نذر اعتكاف يوم ، لم يلزمه ضم الليلة إليه ، إلا أن ينويها ، فتلزمه . وحكي قول : أن الليلة تدخل ، إلا أن ينوي يوماً بلا ليلة . ولو نذر اعتكاف يومين ، ففي لزوم الليلة التي بينهما ، ثلاثة أوجه . أحدها : لا تلزم ، إلا إذا نواها ، والثاني : تلزم ، إلا أن يريد بياض النهار فقط ، والثالث : إن نوى التتابع ، أو صرح به ، لزم ، ليحصل التواصل ، وإلا ، فلا . وهذا الثالث أرجح عند الأكثرين . ورحح صاحب « المذهب » وآخرون : الأول . والوجه : التوسط . فإن كان المراد بالتتابع توالي اليومين ، فالحق ما قاله صاحب « المذهب » ، وإن كان المراد تواصل الاعتكاف ، فالحق ما ذكره الأكثرين . ولو نذر اعتكاف ليلتين ، ففي النهار المتخلل بينهما هذا الخلاف . ولو نذر ثلاثة أيام ، أو عشرة ، أو ثلاثين ، ففي لزوم الليالي المتخللة هذا الخلاف . والخلاف إنما هو في الليالي المتخللة ، وهي تنقص عن عدد الأيام بواحد أبداً ، ولا خلاف أنه لا يلزمه ليالي بعدد الأيام . ولو نذر اعتكاف الشهر الأخير من شهر ، دخل فيه الأيام والليالي ، وتكون الليالي هنا بعدد الأيام كما في الشهر ، فيدخل قبل غروب الشمس ليلة الحادي والعشرين ، ويخرج إذا استهل الهلال تم الشهر أو نقص ، لأنه مقتضاه .

ولو نذر عشرة أيام من آخر الشهر ، ودخل قيل الحادي والعشرين ، فنقص الشهر ،
لزمه يوم من الشهر الآخر ، وفي دخول الليالي هنا الخلاف .

فرع

نذر اعتكاف اليوم الذي يقدم فيه زيد ، فقدم ليلاً ، لم يلزمه شيء ، وإن
قدم نهائياً ، لزمه بقية النهار ، ولا يلزمه قضاء ماضى على الأظهر ، وعلى الثاني :
يلزمه ، فيقضي بقدر ماضى من يوم آخر . قال المزني : الأولى أن يستأنف اعتكاف
يوم ، ليكون اعتكافه متصلاً . ولو كان الناذر وقت القدوم مريضاً أو محبوساً ،
قضى عند زوال العذر . إما ما بقي ، وإما يوماً كاملاً على اختلاف القولين . وفي وجه :
أنه لا شيء عليه لمجزئه وقت الوجوب ، كما لو نذرت صوم يوم بعينه فحاضت فيه .

فصل

إذا نذر اعتكافاً متتابعاً ، وشرط الخروج إن عرض عارض ، صح شرطه
على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وحكى صاحب « التفرير » ، والحنافتي - بالحاء
المهمل والنون - قولاً : أنه لا يصح ، لأنه شرط مخالف لمقتضاءه ، فبطل ، كما لو شرط
الخروج للجماع ، فإذا قلنا بالمذهب ، نظر ، إن عيّن نوعاً فقال : لا أخرج إلا
لبيعة الرضى ، أو لميادة زيد ، أو تشيع جنازته ، خرج لما عينه دون غيره وإن
كان غيره أهم منه . وإن أطلق وقال : لا أخرج إلا لشغل أو عارض ، جاز
الخروج لكل شغل ، ديني أو دنيوي . فالأول : كالجمعة ، والجماعة ، والميادة ،
والثاني : كلقاء السلطان ، واقتضاء الغريم ، ولا يبطل التابع بشيء من هذا .

ويشترط في الشغل الدينوي ، كونه مباحاً . وفي وجه شاذ : لا يشترط . وليست النظارة والتزعة من الشغل . ولو قال : إن عرض عارض ، قطعت الاعتكاف ، فالحكم كما لو شرط الخروج ، إلا أن في شرط الخروج ، يلزمه المود عند قضاء تلك الحاجة . وفيها إذا شرط القطع ، لا يلزمه ذلك . وكذا لو قال : علي أن أعتكف رمضان ، إلا أن أمرض أو أسافر ، فإذا مرض ، أو سافر ، فلا شيء عليه . ولو نذر صلاة وشرط الخروج منها إن عرض عارض ، أو نذر صوماً وشرط الخروج منه إن جاع أو أضيف ، فوجهان . أصحهما وبه قطع الأكثرون : يصح الشرط ، والثاني : لا ينمقد النذر ، بخلاف الاعتكاف ، فإن ما يتقدم على الخروج منه عبادة ، وبمض الصلاة والصوم ليس بعبادة ، بخلاف الصوم والصلاة . ولو فرض ذلك في الحج ، انمقد النذر ، كما ينمقد الاحرام الشروط . لكن في جواز الخروج قولان مرووفان في كتاب الحج . والصوم ، والصلاة ، أولى بجواز الخروج عند أصحابنا المراقين . وقال الشيخ أبو محمد : الحج أولى . ولو نذر التصديق بعشرة دراهم ، أو بهذه الدرام ، إلا أن يمرض حاجة ونحوها ، فعلى الوجهين ، والأصح : صحة الشروط أيضاً . فإذا احتاج ، فلا شيء عليه . ولو قال في هذه القربات كلها : إلا أن يبدو لي ، فوجهان . أحدهما : يصح الشرط ، ولا شيء عليه إذا بدا له كسائر الموارد . وأصحها : لا يصح ، لأنه علقه بمجرد الخيرة ، وذلك يناقض الالتزام . وإذا لم يصح الشرط في هذه الصور ، فهل يقال : الالتزام باطل ، أم صحيح ويلغو الشرط ؟ قال صاحب « التهذيب » : لا ينمقد النذر على قولنا : لا يصح شرط الخروج من الصوم والصلاة . ونقل الامام وجهين في صورة تقارب هذا ، وهي إذا نذر اعتكافاً متتابعاً ، وشرط الخروج منها أراد ، ففي وجه : يبطل التزام التتابع . وفي وجه : يلزم التتابع ، ويبطل الاستثناء .

فرع

إذا شرط الخروج افرض ، وصحناه فخرج له ، فهل يجب تدارك الزمن المصروف إليه ؟ ينظر ، إن نذر مدة غير معينة ، كشهر مطلق ، وجب التدارك ، لتمام المدة الملتزمة ، وتكون فائدة الشرط تنزيل ذلك الفرض منزلة قضاء الحاجة ، في أن المتابع لا ينقطع به . وإن نذر مدة معينة ، كشهر رمضان ، أو هذه الشرة ، لم يجب التدارك .

فرع

فبما يقطع المتابع في الاعتكاف المتابع ، وبمخرج الى الاستئاف وهو أمران .

أحدهما : فقد بمض شروط الاعتكاف ، وهي الأمور التي لا بد منها ، كالكلف عن الجماع ، ومقدماته في قول . ويستثنى عن هذا ، عروض الحيض والاحتلام ، فانهما لا يقطعانه .

الأمر الثاني : الخروج بكل البدن عن كل المسجد بلا عذر ، فهذه ثلاثة قيود ، احتزنا بالأول عما إذا أخرج رأسه ، أو يده ، أو إحدى رجليه ، أو كليهما وهو قاعد مادئها ، فلا يبطل اعتكافه . فإن اعتمد عليها ، فهو خارج . واحتزنا بالثاني ، عن صمد المنارة للأذان ، ولها حالان .

أحدهما : أن يكون بابها في المسجد ، أو رحبته المتصلة به ، فلا يضر صعودها للأذان أو غيره كسطح المسجد ، وسواء كانت في نفس المسجد والرجة ، أو خارجة عن سمت البناء وتربيعة . وأبدى الامام احتمالاً في الخارجة عن سمت

قال : لأنها حينئذ لا تمد من المسجد ، ولا يصح الاعتكاف فيها . وكلام الأصحاب ، ينازعه فيها وجه به .

الحال الثاني : أن لا يكون بابها في المسجد ، ولا في رحبته المتصلة به ، فلا يجوز الخروج إليها لغير الأذان . وفي المؤذن أوجه . أصحابها : لا يبطل الاعتكاف في المؤذن الراتب ، ويبطل في غيره . والثاني : لا يبطل فيها . والثالث : يبطل فيها . ثم إن الغزالي ، فرض الخلاف فيها إذا كان بابها خارج المسجد وهي ملتصقة بحريمه . ولم يشرط الجمهور في صورة الخلاف ، سوى كون بابها خارج المسجد . وزاد أبو القاسم الكرخي ، فنقل الخلاف فيها إذا كانت في رجة منفصلة عن المسجد ، بينها وبينه طريق .

قلت : لكن شرطوا كونها مبنية للمسجد ، احترازاً من البميدة . والله أعلم وأما العذر فمراتب .

منها : الخروج اقضاء الحاجة ، وغسل الاحتلام ، فلا يضر قطعاً . ويجوز الخروج للأكل على الصحيح المنصوص . وإن عطش فلم يجد الماء في المسجد ، فله الخروج . وإن وجد ، لم يجز الخروج على الأصح ، لأنه لا يستحي منه ، ولا يمد ترك مروءة . ثم أوقات الخروج لقضاء الحاجة لا يجب تداركها لعلتين . إحداهما : أن الاعتكاف مستمر فيها ، ولهذا لو جامع في ذلك ، بطل اعتكافه على الأصح ، والثانية : أن زمن الخروج لقضاء الحاجة مستثنى ، لأنه لا بد منه . ثم إذا فرغ وعاد ، لم يجب تجديد النية . وقيل : إن طال الزمان ، ففي وجوب التجديد وجهان والمذهب : الأول . ولو كان للمسجد سقاية ، لم تكلفه قضاء الحاجة فيها . وكذا لو كان بجنبه دار صديق له ، وأمكنه دخولها ، لم تكلفه ، بل له الخروج إلى داره وإن بعدت ، إلا إذا تفاحش البعد ، فإنه لا يجوز على الأصح ، إلا أن لا يجب في طريقه موضعاً ، أو كان لا يليق بحاله أن يدخل لقضاء الحاجة غير

داره . ولو كانت له داران ، وكل واحدة بحيث لو انفردت ، جاز الخروج إليها ، وإحداها أقرب ، ففي جواز الخروج إلى الأخرى وجهان . أصحها : لا يجوز . ولا يشترط لجواز الخروج شدة الحاجة ، وإذا خرج ، لا يكلف الإسراع ، بل يمضي على سجيته المهددة .

قلت : فلو تأني أكثر من عادته ، بطل اعتكافه على المذهب ، ذكره في « البحر » .
وانتداعلم

ولو كثر خروجه للحاجة لمرض يقتضيه ، فوجهان حكاهما إمام الحرمين . أصحها وهو مقتضى إطلاق كلام المصنف : أنه لا يضر ، نظراً إلى جنسه ، والثاني : يضر ، لندوره .

فرع

لا يجوز الخروج لقيادة المريض ، ولا لصلاة الجنابة . ولو خرج لقضاء الحاجة ، فماد في طريقه مريضاً ، نظر ، إن لم يقف ، ولا عدل عن الطريق ، بل اقتصر على السؤال والسلام ، فلا بأس . وإن وقف وأطال ، بطل اعتكافه . وإن لم يطل ، لم يبطل على الصحيح . وادعى إمام الحرمين لإجماع الأصحاب عليه . ولو ازور عن الطريق قليلاً ، فماده ، بطل على الأصح . ولو كان المريض في بيت من الدار التي يدخلها لقضاء الحاجة ، فالمدول لبيادته قليل ، وإن كان في دار أخرى ، فكثير . ولو خرج لقضاء الحاجة ، فصلى في الطريق على جنازة ولم ينتظرها ، ولا ازور ، لم يضر على المذهب . وقيل : فيه الوجهان فيما لو وقف قليلاً للقيادة . وقيل : إن تعينت ، لم يضر ، وإلا فوجهان . وجعل الإمام ، والنزالي ، قدر صلاة الجنابة حداً للوقفة بالسيرة ، واحتملها لجميع الأغراض .

ومنها : أن يأكل لقماً ، إذا لم يجوز الخروج للأكل . ولو جامع في مروره ،
يأن كان في هودج ، أو جامع في وقفة بسيرة ، بطل اعتكافه على الأصح ، لأنه
أشد إعراضاً عن العبادة ممن أطل الوقوف لميادة المريض ، وعلى الثاني : لا يبطل ،
لأنه غير معتكف في تلك الحال ، ولم يصرف إليه زمناً .

فرع

إذا فرغ من قضاء الحاجة واستنجد ، فله أن يتوضأ خارج المسجد ، لأن
ذلك يقع تابعاً ، بخلاف ما لو احتاج إلى الوضوء من غير قضاء حاجة ، فإنه لا يجوز له
الخروج على الأصح إذا أمكن الوضوء في المسجد .

فرع

إذا حاضت المرأة المعتكفة ، لزمها الخروج ، وهل ينقطع تنابها ؟ إن كانت
المدة طويلة لا تنفك عن الحيض غالباً ، لم ينقطع ، بل تبني إذا طهرت كالحيض
في صوم الشهرين المتتابعين . وإن كانت تنفك ، فقولان . وقيل : وجهان .
أظهرهما : ينقطع .

فرع

المرض العارض للمعتكف ، أقسام .
أحدها : خفيف لا يشق معه المقام في المسجد ، كالصداع الخفيف ، والحمى
الخفيفة ، فلا يجوز الخروج من المسجد بسببه . فإن خرج ، بطل التتابع .

والثاني : يشق معه المقام لحاجته إلى الفراش ، والخدام ، وتردّد الطيب ، فيباح الخروج ، ولا ينقطع به التتابع على الأظهر .
الثالث : مرض يخاف منه تلويث المسجد ، كالاسهال ، وإدراار البول ، فيخرج . والمذهب الذي قطع به الجمهور : أنه لا ينقطع التتابع . وقيل : على القولين .

فرع

لو خرج ناسياً أو مكرهاً ، لم ينقطع تنابعه على المذهب . وقيل : قولان .
فإن قلنا بالمذهب ، فلم يتذكر الناسي إلا بعد طول الزمان ، فوجهان ، كما لو أكل الصائم كثيراً ناسياً . ومن أخرجه السلطان ظمأً ، لمصادرة ، أو غيرها ، أو خاف من ظالم فخرج واستتر ، فكالكراه . وإن أخرجه لحق وجب عليه وهو يماطل ، بطل ، لتقصيره . وإن حمل وأخرج ، لم يطل . وقيل : كالكراه ، لوجود المفارقة بنادر .

فرع

إذا دعي لأداء شهادة ، فخرج لها ، فإن لم يتمين عليه أداؤها ، بطل تنابعه ، سواء كان التحمل معيناً ، أم لا ، لأنه ليس له الخروج لحصول الاستفناء عنه ، وإن تمين أداؤها ، نظر ، إن لم يتمين عند التحمل ، بطل على المذهب . وقيل : قولان ، وإن تمين ، فإن قلنا : إذا لم يتمين لا ينقطع ، فهذا أولى ، وإلا ، فوجهان .

قلت : أصحها : لا يطل . والله أعلم

ولو خرجت المتكفة للمدة ، لم ينقطع على المذهب . وقيل : قولان ، وإن خرج لأقامة حدٍّ عليه ، فإن ثبت بإقراره ، انقطع . وإن ثبت بالينة ، لم يبطل على المذهب . نص عليه ، وقطع به كثير من المراقين . ولو لزمها عدة طلاق ، أو وفاة ، لزمها الخروج لتعتد في مسكها . فإذا خرجت ، فهل يبطل اعتكافها ، أم تبني بمد انقضاء القضاء ؟ فيه الطريقتان كما في الشهادة . لكن المذهب هنا ، البناء . فإن كان اعتكافها باذن الزوج وقد عين مدة ، فهل يلزمها العود إلى المسكن عند الطلاق أو الوفاة قبل استكمال المدة ؟ قولان مذكوران في كتاب « المدة » . فإن قلنا : لا ، فخرجت ، بطل اعتكافها بلا خلاف .

فرع

يجب الخروج لصلاة الجمعة ، ويبطل به الاعتكاف على الأظهر ، لإمكان الاعتكاف في الجامع . وعلى هذا ، لو كان اعتكافه المندور أقل من أسبوع ، ابتدأ به من أول الأسبوع ، حيث شاء من المساجد . وإن كان في الجامع ، فمضى شاء . وإن كان أكثر من أسبوع ، وجب أن يتبدأ في الجامع . فإن عيّن غير الجامع ، وقلنا بالتبيين ، لم يخرج عن نذره ، إلا بأن يمرض فتسقط عنه الجمعة ، أو بأن يتركها عاصياً ويدوم على اعتكافه . ولو أحرم المتكف ، فإن أمكنه إتمام الاعتكاف ثم الخروج ، ويدرك ، لزمه ذلك . وإن خاف فوت الحج ، خرج إليه وبطل اعتكافه ، فإذا فرغ ، استأنف .

فرع

كل ما قطع التتابع ، يحوج إلى الاستئناف بنية جديدة . وكل عذر لم يجعله قاطعاً ، فمنع الفراغ منه يجب العود . فلو أخر ، انقطع التتابع وتمتد البناء ،

ولا بد من قضاء الأوقات المصروفة إلى ماعدا قضاء الحاجة . وهل يجب تجديد النية عند العود ؟ أما الخروج لقضاء الحاجة ، فقد سبق بيانه قريباً . وفي مضاه مالا بد منه ، كالاغتسال . وكذا الأذان إذا جاوزنا الخروج له . أما ماله منه بد ، فوجهان . أحدهما : يجب تجديدها . وأصحها : لا يجب ، لشمول النية جميع المدة . وطرّد الشيخ أبو علي ، الخلاف فيما إذا خرج لغرض استثناء ، ثم عاد . ولو عيّن مدة ، ولم يتعرض للتتابع ، ثم جامع ، أو خرج بلا عذر ، ففسد اعتكافه ، ثم عاد ليتم الباقي ، ففيه الخلاف في وجوب التجديد . قال الامام : لكن المذهب هنا وجوب التجديد .

قلت : لو قال : لله عليّ اعتكاف شهر نهاراً ، صبح ، فيعتكف بالنهار دون الليل . نص عليه في « الأم » . ولو قال : لله عليّ اعتكاف شهر بيمينه ، فإن أنه أنقص ، فلا شيء عليه . قال الروياني : قال أصحابنا : لو نذر اعتكافاً وقال : إن اخترت جامعة ، أو إن اتفق لي جماع ، جامعة ، لم ينقذ نذره . والله أعلم



تم — بمون الله تعالى وتوفيقه — الجزء الثاني من كتاب
« روضة الطالبين وعمدة المتقين » للامام النووي
وبليه الجزء الثالث

وأوله : كتاب الحج

كتاب الحج

لا يجب الحج بأصل الشرع إلا مرة واحدة . وقد يجب زيادة ، لعارض ، كالنذر ، أو القضاء ، أو لدخول مكة على قول . ومن حج ، ثم ارتد ، ثم أسلم ، لم يلزمه الحج ، لأن الردة إنما تحبط العمل إذا اتصل بها الموت .

فصل

ينقسم الناس في الحج إلى من يصح له الحج ، ومن يصح منه بالباشرة ، ومن يقع له عن حجة الاسلام ، ومن يجب عليه . فأما الصحة المطلقة ، فشرطها : الاسلام فقط . فلا يصح حج كافر ، ولا يشترط التكليف . فيجوز للولي أن يحرم عن الصبي الذي لا يميز وعن المجنون . وأما صحة الباشرة ، فشرطها : الاسلام ، والتمييز . فلا تصح مباشرة المجنون والصبي الذي لا يميز ، وتصح من الصبي المميز والمبد . وسيأتي هذا كله في باب حج الصبي إن شاء الله تعالى . وأما وقوعه عن حجة الاسلام ، فله شرطان زائدان : البلوغ ، والحرية . ولو تكلف الفقير الحج ، وقع عن الفرض . وأما وجوب حجة الاسلام ، فشرطه خمسة : الاسلام ، والبلوغ ، والعقل ، والحرية ، والاستطاعة .

فرع

الاستطاعة فوعان . استطاعة مباشرة بنفسه ، واستطاعة تحصيله بغيره .
فالأولى ، تتعلق بخمسة أمور : الراحة ، والازاد ، والطريق ، والبدن ، وإمكان السير .
فالأول : الراحة . والناس فيها قسمان .

أحدهما : من بينه وبين مكة مسافة القصر ، فلا يلزمه الحج إلا إذا وجد
راحة ، سواء قدر على المشي ، أم لا ، لكن يستحب للقادر الحج . وهل الحج
راكباً أفضل ، أم ماشياً ؟ فيه قولان سنوضحهما في كتاب « النذر » إن
شاء الله تعالى .

قلت : المذهب : أن الركوب أفضل . اقتداءً برسول الله ﷺ ، ولأنه
أعوز له على المحافظة على مهات العبادة . والله أعلم

ثم إن كان يستمسك على الراحة من غير حمل ، ولا يلحقه مشقة شديدة ،
لم يعتبر في حقه إلا وجدان الراحة ، وإلا فيعتبر معها وجدان الحمل . قال في
« الشامل » : ولو لحقه مشقة عظيمة في ركوب الحمل ، اعتبر في حقه الكنيسة^(١) ،
وذكر المحامي وغيره من العراقيين : أن المرأة يعتبر في حقها الحمل ، وأطلقوا ،
لأنه أستر لها . ثم العادة جارية بركوب اثنين في الحمل ، فإذا وجد مؤنة حمل ،
أو شق حمل ، ووجد شريكاً يركب في الشق الآخر ، لزمه الحج . وإن لم
يجد الشريك ، فلا يلزمه ، سواء وجد مؤنة الحمل ، أو الشق ، كذا قاله في
« الوسيط » وكان لا يبعد تخريجه على الخلاف في لزوم أجره البذرة^(٢) . وفي كلام
الامام ، إشارة إليه .

(١) الكنيسة : شبه هودج يفرز في الحمل ، أو في الرحل قضبان ، ويلقى عليه ثوب يستظل به
الراكب ، ويستتر به ، والجمع كنائس .

(٢) البذرة : الحفارة ، أو الجماعة تتقدم القافلة للحراسة .

القسم الثاني : من ليس بينه وبين مكة مسافة القصر . فان كان قوياً على المشي ، لزمه الحج ، ولا تعتبر الراحلة ، وإن كان ضعيفاً لا يقوى للمشي ، أو يناله به ضرر ظاهر ، اشترطت الراحلة والحمل أيضاً إن لم يمكنه الركوب بدونه . ولنا وجه : أن القريب كالبعيد منه مطلقاً ، وهو شاذ منكر^(١) ، ولا يؤمر بالزحف بحال ، وإن أمكنه .

قلت : وحكى الدارمي وجهاً ضعيفاً عن حكاية ابن القطان : أنه يلزمه الجب . والله أعلم

وحيث اعتبرنا وجود الراحلة والحمل ، فالمراد أن يملكها أو يتمكن من تملكها أو استئجارها بشمن المثل ، أو أجرة المثل ، ويشترط أن يكون ما يصرفه فيها من المال ، فاضلاً عما يشترط كون الزاد فاضلاً عنه ، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

الأمور الثاني : الزاد .

فيشترط لوجوب الحج أن يجد الزاد ، وأوعيته ، وما يحتاج إليه في السفر . فان كان له أهل ، أو عشيرة ، اشترط ذلك لذهابه ورجوعه ، وإن لم يكونوا ، فكذلك على الأصح . وعلى الثاني : لا يشترط للرجوع . ويجري الوجهان في اشتراط الراحلة للرجوع ، وهل يخص الوجهان بما إذا لم يملك ببلده مسكناً ، أم لا ؟ فيه احتمالان للامام . أصحابهما عنده : التخصيص . وحكى الحناطي وجهاً : أنه لا يشترط للرجوع^(٢) في حق من له عشيرة وأهل . وهذا شاذ منكر ، وليس المعارف والأصدقاء كالعشيرة ، لأن الاستبدال بهم متيسر .

(١) في الأصل : منه ، بدل « منكر » وهو خطأ ، والتصويب من مخطوطات الظاهرية .

(٢) في الأصل : الرجوع .

فرع

يشترط كون الزاد والراحلة ، فاضلاً عن نفقة من 'زمه نفقتهم ، وكسوتهم ، مدة ذهابه ورجوعه . وفي اشتراط كونها فاضلين عن مسكن وخدام يحتاج إلى خدمته ، لزماته أو منصبه ، وجهان . أحدهما عند الأكثرين : يشترط كما يشترط في الكفارة ، وكدست ثوب^(١) يليق بمنصبه وعلى هذا ، لو كان معه نقد ، جاز صرفه إليها . وهذا فيما إذا كانت الدار مستغرقة بحاجته ، وكانت سكنى مثله ، والعبد عبد مثله . فأما إذا أمكن بيع بعض الدار ووفى ثمنه بمؤنة الحج ، أو كانا نفيسين لا يليقان بمثله ، ولو أبدلها لوفى التفاوت بمؤنة الحج ، فانه يلزمه ذلك . هكذا أطلقوه هنا . لكن في بيع الدار والعبد النفيسين المألوفين في الكفارة وجهان . ولا بد من جريانها هنا .

قلت : ليس جريانها بلازم ، والفرق ظاهر ، فان للكفارة بدلاً . ولهذا ، اتفقوا على ترك الخدام ، والمسكن في الكفارة ، واختلفوا فيها هنا . والله اعلم

فرع

لو كان له رأس مال يتجر فيه وينفق من ربحه ، ولو نقص ، بطلت تجارته ، أو كانت له مستغلات يحصل منها نفقته ، فهل يكلف بيعها ؟ وجهان . أحدهما : يكلف ، كما يكلف بيعها في الدين ، ويخالف المسكن والخدام ، فانه محتاج إليهما في الحال ، وما نحن فيه يتخذ ذخيرة .

(١) في « المصباح » : الدست من الثياب : ما يلبسه الانسان ويكفيه لتردده في حوائجه ، والجمع دسوت ، مثل : فلس وفلوس .

فرع

لو ملك فاضلاً عن الوجوه المذكورة ، واحتاج إلى النكاح لخوفه العنت ، فصرف المال إلى النكاح أم من صرفه إلى الحج . هذه عبارة الجمهور . وعلّوه بأن حاجة النكاح ناجزة ، والحج على التراخي . والسابق إلى الفهم منه : أنه لا يجب الحج والحالة هذه ، ويصرف مامعه في النكاح . وقد صرح الامام بهذا ، ولكن كثير من المراقين وغيرهم قالوا : يجب الحج على من أراد التزوج ، لكن له أن يؤخره لوجوبه على التراخي . ثم إن لم يخف العنت ، فتقديم الحج أفضل ، وإلا ، فالنكاح أفضل .

قلت : هذا الذي قلناه عن كثير من المراقين وغيرهم ، هو الصحيح في المذهب ، وبه قطع الأكثرون . وقد بينت ذلك واضحاً في « شرح المذهب » .
والله اعلم

فرع

لو لم يجد ما يصرفه إلى الزاد ، لكنه كسب ما يكفيه ، ووجد نفقة أهله ، فهل يلزمه الحج ، تمويلاً على الكسب ؟ حكى الامام عن أصحابنا المراقين : أنه إن كان السفر طويلاً أو قصيراً ، ولا يكسب في كل يوم إلا كفاية يومه ، لم يلزمه ، لأنه ينقطع عن الكسب في أيام الحج . وإن كان السفر قصيراً ، ويكسب في يوم كفاية أيام ، لزمه الخروج . قال الامام : وفيه احتمال ، فإن القدرة على الكسب في يوم الفطر^(١) لا تجعل كملك الصاع .

(١) في بعض النسخ : العيد .

فرع

ويعتبر أن يكون ماله مع ما ذكرنا فاضلاً عن قضاء دين عليه ، مؤجلاً كان أم حالاً . وفيه وجه : أنه إذا كان الأجل بحيث ينقضي بعد رجوعه من الحج ، لزمه ، وهو شاذ ضعيف . ولو كان ماله ديناً يتيسر تحصيله في الحال ، بأن كان حالاً على مليٍّ مقرّ ، أو عليه بيتة ، فهو كالحاصل في يده . وإن لم يتيسر ، بأن كان مؤجلاً أو على معسر ، أو جاحد لا بيتة عليه ، فكالعدوم .

الأمر الثالث : الطريق .

فيشترط فيه الأمن في ثلاثة أشياء : النفس ، والبضع ، والمال . قال الامام : وليس الأمن المطلوب قطعياً ، ولا يشترط الأمن الغالب في الحضر ، بل الأمن في كل مكان بحسب ما يليق به .

فأحد الأشياء الثلاثة ، النفس . فمن خاف على نفسه من سبع ، أو عدو ، لم يلزمه الحج ، إن لم يجد طريقاً آخر آمناً . فإن وجده ، لزمه ، سواء كان مثل مسافة طريقه أو أبعد ، إذا وجد ما يقطعه به . وفيه وجه شاذ : أنه لا يلزمه سلوك الأبعد . ولو كان في الطريق بحر ، فإن كان في البر طريق أيضاً ، لزمه الحج قطعاً ، وإلا ، فاللهب : أنه إن كان الغالب منه الهلاك ، إما لخصوص ذلك البحر ، وإما لهيجان الأمواج ، لم يجب . وإن غلبت السلامة ، وجب . وإن استويا ، فوجهان .

قلت : أصحابها : لا يجب . والله أعلم

وقيل : يجب مطلقاً . وقيل : لا يجب . وقيل : قولان . وقيل : إن كانت عادته ركوبه ، وجب ، وإلا ، فلا . وإذا قلنا : لا يجب ، استحب على الأصح

إن غلبت السلامة . وإن غلب الهلاك ، حرم . وإن استويا ، ففي التحريم وجهان .

قلت : أصحابها : التحريم ، وبه قطع الشيخ أبو محمد . والله أعلم

ولو توسط البحر وقتلنا : لا يجب ركوبه ، فهل يلزمه التماذي ، أم يجوز له الرجوع ؟ نظر ، إن كان ما بين يديه أكثر ، فله الرجوع قطعاً ، وإن كان أقل ، لزمه التماذي قطعاً . وإن استويا ، فوجهان . وقيل : قولان . أصحابها : يلزمه التماذي . والوجهان فيما إذا كان له في الرجوع طريق غير البحر . فإن لم يكن ، فله الرجوع قطعاً ، إلا يتحمل زيادة الأخطار . هذا كله في الرجل . فأما المرأة ، ففيها خلاف مرتب . وأولى بعدم الوجوب ، لضعفها عن احتمال الأهوال ، ولكونها عورة ممرضة للانكشاف وغيره ، لضيق المسكن . فإن لم نوجب عليها ، لم يستحب لها . وقيل بطرد الخلاف . وليست الأنهار العظيمة كجيحون في حكم البحر ، لأن المقام فيها لا يطول ، والخطر فيها لا يعظم . وفي وجه شاذ : أنها كالبحر .

وأما البضع ، فلا يجب على المرأة الحج حتى تأمن على نفسها بزواج ، أو محرم بنسب ، أو بغير نسب ، أو نسوة ثقات . وهل يشترط أن يكون مع إحداهن محرم ؟ وجهان . أصحابها : لا ، لأن الأطاع تنقطع بجماعتهن . فإن لم يكن أحد هذه الثلاثة ، لم يلزمها الحج على المذهب . وفي قول : يلزمها إذا وجدت امرأة واحدة . وفي قول اختاره جماعة ، ونقله الكرايسي : أنه يلزمها أن تخرج وحدها إذا كان الطريق مسلوكة ، كما يلزمها الخروج إذا أسلمت في دار الحرب إلى دار الإسلام وحدها . وجواب المذهب عن هذا ، أن الخوف في دار الحرب أكثر من الطريق . هذا في حج الفرض ، وهل لها الخروج إلى سائر الأسفار مع النساء الخلص ؟ فيه وجهان . الأصح : لا يجوز .

أما المال ، فلو خاف على ماله في الطريق من عدو ، أو رصدي ، لم يجب الحج وإن كان الرصدي يرضى بشيء يسير ، إذا تمين ذلك الطريق ، وسواء

كان الذي يخافه مسلمين أو كفاراً . لكن إذا كانوا كفاراً وأطاقوا مقاومتهم ، يستحب لهم الخروج للحج ، ويقاتلونهم لينالوا الحج والجهاد جميعاً ، وإن كانوا مسلمين ، لم يستحب الخروج والقتال . ويكره بذل المال للرصدين ، لأنهم يحرسون على التعرض للناس بسبب ذلك . ولو بعثوا بأمان الحجيج ، وكان أمانهم موثقاً ، أو ضمن لهم ما يطلبونه ، وأمن الحجيج ، لزمهم الحج . ولو وجدوا من يخفرون بأجرة وطلب على الظن أمنهم به ، ففي لزوم استنجاره وجهان . قال الامام : أصحها : لزومه ، لأنه من أهب الطريق كالراحلة . ولو امتنع محرم المرأة من الخروج معها ، إلا بأجرة ، قال الامام : فهو مرتب على أجرة الخفير ، والزموم في الحرم ، أظهر ، لأن الداعي إلى الأجرة معني في المرأة ، فأشبهه مؤنة الحمل في حق المحتاج إليه .

فرع

يشترط لوجوب الحج ، وجود الزاد والماء في المواضع التي جرت العادة بحمل الزاد والماء منها . فإن كانت سنة جذب ، وخلا بعض تلك المنازل من أهلها ، أو انقطعت المياه ، لم يجب الحج . وكذا لو كان يجد فيها الزاد والماء ، لكن بأكثر من ثمن المثل ، وهو القدر اللائق في ذلك الزمان والمكان . وإن وجدها بثمان المثل ، لزم التحصيل ، سواء كانت الأسعار رخيصة أو غالية إذا وفى ماله به . ويجب حملها بقدر ما جرت العادة به في طريق مكة زادها الله تعالى شرفاً ، كحمل الزاد من الكوفة إلى مكة ، وحمل الماء من مرحلتين أو ثلاثاً إذا قدر عليه ، ووجد آلات الحمل . أما علف الدابة ، فيشترط وجوده في كل مرحلة ، لأن المؤنة تمظم بحمله لكثرة . ذكره صاحب « التهذيب » و « التتمة » وغيرها .

قلت : إذا ظن كون الطريق فيه مانع من عدو ، أو عدم ماء ، أو علف ، أو غير ذلك ، فترك الحج ، ثم بان أن لا مانع ، فقد لزمه الحج ، صرح به الدارمي .

ولو لم يعلم وجود المانع ولا عدمه ، قال الدارمي : إن كان هناك أصل ، عمل عليه ،
وإلا وجب الحج . والله أعلم .

فرع

قال صاحب « التهذيب » ، وغيره : يشترط أن يجد رقعة يخرج معهم في الوقت
الذي جرت عادة أهل بلده بالخروج فيه . فإن خرجوا قبله ، لم يلزمه الخروج
معه . وإن أخرّوا الخروج بحيث لا يلفون إلا بأن يقطعوا في كل يوم أكثر
من مرحلة ، لم يلزمه أيضاً . فإن كانت الطريق بحيث لا يخاف الواحد فيها ، لزمه
ولا حاجة إلى الرقعة .

الأمر الرابع : البدن .

ويشترط فيه لاستطاعة المباشرة قوة يستمسك بها على الراحلة . والمراد :
أن يثبت على الراحلة بلا مشقة شديدة ، فإن وجد مشقة شديدة لمرض أو غيره ،
فليس مستطعاً . والأعمى إذا وجد مع الزاد والراحلة قائداً ، لزمه الحج بنفسه .
والقائده ، كالحرّم للمرأة . والمحجور عليه لسفه ، كغيره في وجوب الحج عليه ،
لكن لا يدفع المال إليه ، بل يصحبه الولي لينفق^(١) عليه في الطريق بالمعروف ،
أو ينصب قيماً يُنفق عليه من مال السفه . قال في « التهذيب » : وإذا شرع
السفيه في حج الفرض ، أو حج نذره قبل الحجر بغير إذن الولي ، لم يكن للولي
تحليله ، بل يلزمه الاتفاق عليه من مال السفه إلى فراغه . ولو شرع في حج
تطوع ، ثم حجر عليه ، فكذلك . ولو شرع فيه بعد الحجر ، فالولي تحليله إن
كان ما يحتاج إليه للحج يزيد على نفقته المهودة ، ولم يكن له كسب . فإن لم يزد ،
أو كان له كسب يفي مع قدر النفقة المهودة ، وجب إتمامه ، ولم يكن للولي تحليله .

(١) في هامش الأصل : وينفق « نسخة » .

الأمر الخامس : إمكان السير .

وهو أن يبقى من الزمان عند وجود الزاد والراحلة ، ما يمكن السير فيه إلى الحج السير المهود . فإن احتاج إلى أن يقطع في كل يوم أو في بعض الأيام ، أكثر من مرحلة ، لم يلزمه الحج . وهذا الأمر شرطه الأئمة في وجوب الحج ، وقد أهمله الغزالي .

قلت : أنكر الشيخ أبو عمرو بن الصلاح على الامام الرافعي -رحمهما الله- اعتراضه على الغزالي ، وجعله إمكان السير ركناً لوجوب الحج ، وقال : إنما هو شرط استقرار الحج في ذمته ، يجب قضاؤه من تركته لو مات قبل الحج ، وليس شرطاً لأصل وجوب الحج . بل متى وجدت الاستطاعة من مسلم مكلف حر ، لزمه الحج في الحال ، كالصلاة تجب بأول الوقت قبل مضي زمن يسعها . ثم استقرارها في الذمة يتوقف على مضي الزمان والتمكن من فعلها . والصواب : ما قاله الرافعي ، وقد نص عليه الأصحاب كما نقل ، لأن الله تعالى قال : (والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً) [آل عمران: ٩٧] وهذا غير مستطیع ، فلا حج عليه . وكيف يكون مستطيعاً وهو عاجز حساً؟! وأما الصلاة ، فانما تجب في أول الوقت لإمكان تميمها . والله أعلم

النوع الثاني : الاستطاعة بغيره . يجوز أن يحج عن الشخص غيره ، إذا عجز عن الحج ، بموت ، أو كسر ، أو زمانة ، أو مرض لا يرجى زواله ، أو كان كبيراً لا يستطيع أن يثبت على الراحلة أصلاً ، أو لا يثبت إلا بمشقة شديدة . فمقطوع اليدين أو الرجلين ، إذا أمكنه الثبوت على الراحلة من غير مشقة شديدة ، لا يجوز له الاستئابة ، ولا يجوز أيضاً لمن لا يثبت على الراحلة لمرض يرجى زواله . وكذا من وجب عليه الحج ثم جُن ، ليس للولي أن يستنيب عنه ، لأنه قد يفق فيحج

بنفسه . فلو استتاب عنه فمات قبل الافاقة ، ففي إجزائه القولان في استنابة المريض الذي يرجى برؤه إذا مات .

هذا كله في حجة الاسلام ، والقضاء ، والنذر . أما حج التطوع ، فلا يجوز الاستنابة فيه عن القادر قطعاً . وفي استنابة المعضوب عن نفسه ، والوارث عن الميت ، قولان . أظهرهما : الجواز ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد . ولو لم يكن الميت حج ، ولا وجب عليه ادم الاستطاعة ، ففي جواز الاحجاج عنه طريقان . أحدهما : طرد القولين ، لأنه لا ضرورة إليه . والثاني : القطع بالجواز . لوقوعه عن حجة الاسلام ، فإن استأجر للتطوع وجوزناه ، فلأجير الأجرة المسماة . ويجوز أن يكون الأجير عبداً ، أو صبيّاً ، بخلاف حجة الاسلام ، فإنه لا يجوز استئجارها فيها ، لأنها ليسا من أهلها . وفي المنذورة ، الخلاف المشهور ، في أنه يسلك بالنذر مسلك الواجبات ، أم لا ؟ وإن لم نجوز الاستئجار للتطوع ، وقع الحج عن الأجير ، ولم يستحق المسمى . وهل يستحق أجرة المثل ؟ قولان . أظهرهما : يستحق .

قلت : قال الثولي : هذا الخلاف إذا جهل الأجير فساد الاجارة . فإن علم ، لم يستحق شيئاً بلا خلاف . قال : والمسألة مفروضة في المعضوب ، فإن أوصى الميت بحجة تطوع ، وقلنا : لا تدخله النيابة ، فحج الأجير ، وقع عن نفسه ، ولا أجرة له بلا خلاف ، لا على الوصي ، ولا على الوارث ، ولا في التركة . والله أعلم

فرع

من به علته يرجى زوالها ، ليس له أن يستنيب من يحج عنه . فإن استتاب فحج النائب فشفي ، لم يجزئه قطعاً . وإن مات ، فقولان . أظهرهما : لا يجزئه ، ولو كان غير مرجو الزوال ، فأحج عنه ثم شفي ، فطريقان . أصحابهما : طرد

القولين . والثاني : القطع بعدم الإجزاء . فإن قلنا في الصورتين : يجزئه ، استحق الأجير الأجرة المساة ، وإلا ، فهل يقع عن تطوع المستأجر ، ويكون هذا عذراً في جواز وقوع التطوع قبل الفرض ، كالرق ، والعبا ، أم لا يقع عنه أصلاً ؟ وجهان . أصحها عند الجمهور : الثاني ، وصحح النزالي الأول . فإن قلنا : لا يقع عنه أصلاً ، فهل يستحق الأجير أجرة ؟ قولان . أظهرهما : لا ، لأن المستأجر لم ينتفع بها . والثاني : نعم ، لأنه عمل له في اعتقاده . فعلى هذا ، هل يستحق المسمى ، أم أجرة المثل ؟ وجهان . وإذا قلنا : يقع عن تطوعه ، استحق الأجير الأجرة . وهل هي أجرة المثل ، أم المساة ؟ قال الشيخ أبو محمد : لا يمد تخريجه على الوجهين .

قلت : الأصح هنا : المسمى . والله أعلم

فرع

لا يجزىء الحج عن المضروب بغير إذنه ، بخلاف قضاء الدين عن غيره ، لأن الحج يفترق إلى النية ، وهو أهل للأذن . وفيه وجه : أنه يجوز بغير إذنه ، وهو شاذ ضعيف . ويجوز الحج عن الميت ، ويجب عند استقراره عليه ، سواء أوصى به ، أم لا . ويستوي فيه الوارث والأجنبي^(١) كالدين . وسيأتي تفصيله في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى .

وأما المضروب ، فتلزمه الاستنابة في الجملة ، سواء طرأ المضرب بعد الوجوب ، أو بلغ مضروباً واجداً للمال . ثم لوجوب الاستنابة عليه طريقان . أحدهما : أن يجد مالاً يستأجر به من يحج عنه . وشرطه : أن يكون فاضلاً عن الحاجات

(١) في الأصل : الاجير ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية .

المذكورة فيمن يحج بنفسه ، إلا أننا اعتبرنا هناك ، أن يكون المصروف إلى الزاد والراحلة فاضلاً عن نفقة عياله إلى الرجوع . وهنا يعتبر كونه فاضلاً عن نفقتهم وكسوتهم يوم الاستئجار ، ولا يعتبر بمد فراغ الأجير من الحج . وهل تعتبر مدة الذهاب ؟ وجهان . أصحابها : لا ، كما في الفطرة والكفارة ، بخلاف ما لو حج بنفسه ، فإنه إذا لم يفارق أهله ، أمكنه تحصيل نفقتهم . ثم إن وفي ما يجده بأجرة راكب ، فذاك . وإن لم يف إلا بأجرة مائٍ ، ففي وجوب الاستئجار وجهان . أصحابها : يجب ، إذ لا مشقة عليه في مشي الأجير ، بخلاف ما إذا حج بنفسه . ولو طلب الأجير أكثر من أجرة المثل ، لم يجب الاستئجار ، ولو رضي بأقل منها ، وجب . ولو امتنع من الاستئجار ، فهل يستأجر عنه الحاكم ؟ وجهان . أصحابها : لا .

الطويق الثاني : أن لا يجد المال ، لكن يجد من يحصل له الحج ، وفيه صور .

إحداها : أن يبذل له أجني مالاً ليستأجر له ، ففي لزوم قبوله وجهان . الصحيح : لا يلزم .

الثانية : أن يبذل واحد من بنيه أو بناته أو أولادهم الطاعة في الحج ، فيلزمه القبول والحج قطعاً ، بشرط أن يكون الطيع قد حج عن نفسه ، وموثوقاً به ، وأن لا يكون معزوباً .

قلت : وحكى الرخسي في « الأمالي » وجهاً واحياً : أنه لا يلزمه . والله أعلم

ولو توسم أثر الطاعة [فيه]^(١) ، فهل يلزمه الأمر ؟ وجهان . الأصح المنصوص : يلزمه ، لحصول الاستطاعة . ولو بذل الطيع الطاعة ، فلم يأذن الطاع ، فهل ينوب الحاكم عنه ؟ وجهان . أصحابها : لا ، لأن مبنى الحج على التراخي ،

(١) زيادة من مخطوطة الظاهرية .

وإذا اجتمعت الشرائط ، فبات الطيع قبل أن يأذن له ، فإن مضى وقت إمكان الحج ، استقر الوجوب في ذمته ، وإلا ، فلا . ولو كان له من يطيع ولم يعلم بطاعته ، فهو كما لو كان له مال موروث ولم يعلم به . وشبهه صاحب « الشامل » بمن نسي الماء في رحله وتيمم ، لا يسقط الفرض على المذهب . وشبهه صاحب « المعتمد » بالمال الضال في الزكاة . والمذهب : وجوبها فيه . ولك أن تقول : لا يجب الحج بحال ، فإنه متعلق بالاستطاعة ، ولا استطاعة مع عدم العلم بالمال والطاعة . ولو بذل الولد الطاعة ، ثم أراد الرجوع ، فإن كان بعد إحرامه ، لم يحجز ، وإلا جاز على الأصح . قلت : وإذا كان رجوعه الجائز قيل أن يحج أهل بلده ، تبيننا أنه لم يجب على الأب ، وقد ذكر الامام الرافعي في كتاب « الرهن » هذه المسألة في مسائل بيع المدل الرهن . والله أعلم

الثالثة : أن يبذل الأجنبي الطاعة ، فيلزم قبولها على الأصح . والأخ كالأجنبي قطعاً ، لأن استخدامه يثقل . وكذا الأب على المذهب الذي قطع به الجمهور . وحكي في بعض التعاليق وجه : أنه كالابن ، لاستوائهما في النفقة .
الرابعة : أن يبذل الولد المال ، فلا يلزم قبوله على الأصح لعظم المنفعة فيه . وبذل الأب المال ، كبذل الابن ، أو كبذل الأجنبي ، فيه احتمالان ذكرهما الامام ، أصحابها : الأول .

فرع

جميع المذكور في بذل الطاعة ، هو فيما إذا كان الباذل راكباً . فلو بذل الابن الطاعة ليحج ماشياً ، ففي لزوم القبول وجهان . قال الشيخ أبو محمد : هما مرتبان على الوجهين في لزوم استئجار الماشي ، وهنا أولى بالنفع ، لأنه يشق عليه

مشي ولده . وفي معناه ، الوالد إذا أطاع وأوجبنا قبوله . ولا يحجب الترتيب إذا كان المطيع الاجني .

قلت : الأصح : أنه لا يجب القبول ، إذا كان الولد ، أو الوالد ماشياً .
والله أعلم

وإذا أوجبنا القبول والمطيع ماشٍ ، فهو فيما إذا ملك الزاد . فإن عول على الكسب في الطريق ، ففي وجوب القبول وجهان . لأن الكسب قد ينقطع . فإن لم يكن مكتسباً ، وعول على السؤال ، فأولى بالمنع . فإن كان يركب مفارقة ليس بها كسب ولا سؤال ، لم يجب القبول بلا خلاف ، لأنه يحرم التفرير بالنفس .

قلت : إذا أفسد البازل حجه ، انقلب اليه كما سيأتي في الأجبر إن شاء الله تعالى . قال الدرامي : ولو بذل لأبويه فقلاً ، لزمه ، ويبدأ بأبيهما شاء ، قال : وإذا قبل الأب البذل ، لم يحز له الرجوع . وإذا كان على المضروب حجة نذر ، فهي كحجة الاسلام . والله أعلم

فصل

[في العمرة]

في العمرة قولان . الأظهر الجديد : أنها فرض كالحج . والقديم : سنة . وإذا أوجبناها ، فهي في شرط مطلق الصحة . وصحة البائنة والوجوب والاجزاء عن عمرة الاسلام ، على ما ذكرنا في الحج ، والاستطاعة الواحدة كافية لهما جميعاً .

فصل في الاستئجار للمعج

يجوز الاستئجار عليه ، لدخول النيابة فيه كالزكاة . ويجوز بالرزق ، كما
يجوز بالإجارة . وذلك بأن يقول : حج عني وأعطيك نفقتك . ولو استأجر
بالنفقة ، لم تصح ، لجهالتها .

فرع

الاستئجار في جميع الأعمال ضربان . استئجار عين الشخص ، وإلزام ذمته العمل .
مثال الأول من الحج ، أن يقول المعضوب : استأجرتك لتج عني ، أو
يقول الوارث : لتج عني ميتي . ولو قال : لتج بنفسك ، كان تأكيداً .
ومثال الثاني : ألزمت ذمتك تحصيل الحج . ويفترق الضربان ، في أمور سترها
إن شاء الله تعالى .

ثم لصحة الاستئجار شروط . وله آثار وأحكام ، موضعها كتاب
الإجارة . والذي نذكر هنا ، ما يتعلق بخصوص الحج . فكل واحد من
ضربي الإجارة ، قد يعين فيه زمن العمل ، وقد لا يعين . وإذا عين ، فقد يعين
السنة الأولى . وقد يعين غيرها . فأما في إجارة العين ، فإن عيناً السنة الأولى ،
جاز بشرط أن يكون الخروج والحج فيما بقي منها مقدوراً للأجير . فلو كان
مريضاً لا يمكنه الخروج ، أو كان الطريق مخوفاً ، أو كانت المسافة بحيث لا تنقطع
في بقية السنة ، لم يصح العقد ، للمعجز عن المنفعة . وإن عيناً غير السنة الأولى ،

لم يصح المقد - كاستئجار الدار للشهر المستقبل - لكن لو كانت المسافة بعيدة لا يمكن قطعها في سنة ، لم يضر التأخير . والمعتبر السنة الأولى من سني الامكان من ذلك البلد . وإن أطلقا ولم يعينا زمناً ، حمل على السنة الأولى . فيعتبر فيها ماسبق . وأما الاجارة الواردة على الذمة ، فيجوز فيها تعيين السنة الأولى وغيرها . فان أطلق ، حمل على الأولى ، ولا يقدح فيها مرض الأجير ، لإمكان الاستنابة ، ولا خوف الطريق ، ولا ضيق الوقت ، إن عين غير السنة الأولى . وليس للأجير أن يستنيب في إجارة العين بحال . وأما إجارة الذمة ، ففي « التهذيب » وغيره : أنه إن قال : ألزمت ذمتك تحصيل حجة لي ، جاز أن يستنيب ، وإن قال : لتجج بنفسك ، لم يجز ، لأن الغرض يختلف باختلاف أعيان الأجراء . وهذا قد حكاه الامام عن الصيدلاني وخطأه فيه ، وقال بطلان الإجارة في الصورة الثانية ، لأن الدينية مع الربط بمعين تتناقضان . كمن أسلم في ثمرة بستان معين [بعينه]^(١) . وهذا إشكال قوي .

فرع

أعمال الحج معروفة ، فان علمها المتماقدان عند المقد ، فذاك . وإن جهلها أحدهما ، لم يصح المقد . وهل يشترط تعيين الميقات الذي يحرم منه الأجير ؟ فيه طرق . أحصا : على قولين . أظهرهما : لا يشترط ، ويحمل على ميقات تلك البلدة في العادة الغالبة . والثاني : يشترط . الطريق الثاني : إن كان للبلد طريقان مختلفا الميقات ، أو طريق يفضي إلى ميقتين كالعقيق ، وذات عرق ، اشترط . وإن لم يكن [له]^(١) إلا ميقات واحد ، لم يشترط . والطريق الثالث : إن كان الاستئجار

(١) زيادة من مخطوطة الظاهرية .

غن خي ، اشترط ، وإلا ، فلا . فان شرطنا التمين ، فسدت الاجارة باهماله .
لكن يقع الحج عن المستأجر ، لوجود الإذن ، وبإزمه أجرة المثل . وإن كانت
الاجارة للحج والممرة ، فلا بد من بيان أنه يفرد ، أو يقرن ، أو يتمتع ،
لاختلاف النرض بها .

فرع

نقل المزني [عن] نصه في « المنشور » : أنه لو قال المضروب : من حج عني ،
فله مائة درهم ، فحج عنه إنسان ، استحق المائة . وللأصحاب فيه وجهان . أحدهما
وإليه ميل الأكثرين : أن هذا النص على ظاهره . وتنصح الجمالة على كل عمل
يصح الاستئجار عليه ، لأن الجمالة تجوز على العمل المجهول ، فملى المعلوم أولى .
والثاني : أن النص مخالف أو مؤول ، ولا تجوز الجمالة على ما تجوز الاجارة عليه ،
إذ لا ضرورة إليها لامكان الاجارة . فملى هذا لو حج عنه إنسان ، وقع الحج عن
المضروب للإذن ، وللمعامل أجرة المثل لفساد المقد . وفيه وجه : أنه يفسد
الإذن ، لانه غير متوجه إلى إنسان بعينه . فهو كما لو قال : وكنت من أراد
بيع داري ، فلا يصح التوكيل ، وهذا شاذ ضعيف .

قلت : لو قال : من حج عني ، أو أول من يحج عني ، فله ألف درهم ،
فسمعه رجلان فأحرما عنه أحدهما بعد الآخر ، وقع الأول عن القائل ، وله الألف ،
ووقع حج الثاني عن نفسه ، ولا شيء له . وإن وقعا معاً وشك في وقوعهما معاً ،
وقع حجها عنها ولا شيء لهما على القائل ، لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر ،
صرح به القاضي حسين والأصحاب . والله أعلم .

فرع

مقتضى كلام إمام الحرمين والنزالي ، تجوز تقديم الإجارة على خروج الناس للصبح ، وأن للأجير انتظار خروجهم ، ويخرج مع أول رفقة . والذي ذكره جمهور الأصحاب على اختلاف طبقاتهم ، ينازع فيه . وبقتضي اشتراط وقوع العقد في زمن خروج الناس من ذلك البلد . حتى قال صاحب « التهذيب » : لا تصح إجارة العين ، إلا في وقت خروج القافلة من ذلك البلد ، بحيث يشتغل عقيب العقد بالخروج أو بأسبابه من شراء الزاد ونحوه . فإن كان قبله ، لم يصح . وبنوا على ذلك ، أنه لو كان الاستئجار بمكة ، لم يجز إلا في أشهر الحج ، يمكنه الاشتغال بالعمل عقيب العقد . وعلى ما قاله الامام والنزالي : لو جرى العقد في وقت تراكم الأنداء والثلوج ، فوجهان . أحدهما : يجوز ، وبه قطع النزالي في « الوجيز » ، وصححه في « الوسيط » لأن توقع زوالها مضبوط . والثاني : لا ، لتعذر الاشتغال بالعمل في الحال ، بخلاف انتظار خروج الرفقة ، فإن خروجها في الحال غير متعذر ، وهذا كله في إجارة العين . أما إجارة الذمة ، فيجوز تقديمها على الخروج بلاشك . قلت : أنكر الشيخ أبو عمرو بن الصلاح على الامام الرافعي هذا النقل عن جمهور الأصحاب قال : وما ذكره عن صاحب « التهذيب » يمكن التوفيق بينه وبين كلام الامام ، أو هو شذوذ من صاحب « التهذيب » لا ينبغي أن يضاف إلى جمهور الأصحاب ، فإن الذي رأيناه في « التتمة » و « الشامل » و « البحر » وغيرها ، مقتضاه : أنه يصح العقد في وقت يمكن فيه الخروج والسير على العادة ، أو الاشتغال بأسباب الخروج . قال صاحب « البحر » : أما عقدها في أشهر الحج ، فيجوز في كل موضع ، لإمكان الإحرام في الحال ، هذا كلام الشيخ أبي عمرو . والله أعلم

فرع

إذا لم يشرع الأجير في الحج في السنة الأولى لعذر أو لغيره ، فإن كانت الاجارة على المين ، انفسخت . وإن كانت على الذمة ، نظر ، إن لم يمينا سنة ، فقد سبق أنه كتمين السنة الأولى . وذكر في « التهذيب » : أنه يجوز التأخير عن السنة الأولى والحالة هذه ، لكن يثبت للمستأجر الخيار . وإن عينا الأولى أو غيرها ، فأخر عنها ، فطريقان . أصحها : على قولين ، كما لو انقطع المسلم فيه في عمله . أظهرها : لا تنفسخ . والثاني : تنفسخ . والطريق الثاني : القطع بأنه لا تنفسخ . فإذا قلنا : لا تنفسخ ، فإن كان المستأجر هو المعضوب ، فله الخيار ، إن شاء فسخ ، وإن شاء آخر ليصح في السنة الأخرى . وإن كان الاستئجار عن ميت من ماله ، قال أصحابنا المراقبون : لا خيار للمستأجر^(١) . وتوقف الامام في هذا . وذكر صاحب « التهذيب » وغيره : أن على الولي أن يراعي النظر للميت ، فإن كانت المصلحة في فسخ العقد لخوف إفلاس الأجير أو هربه فلم يفعل ، ضمن ، وهذا هو الأصح . ويجوز أن يحمل المنسوب إلى المراقبين على أحد أمرين رأيتها للأئمة .

أحدهما : صور بعضهم المنع ، فيما إذا كان الميت أوصى بأن يحج عنه إنسان بمائة مثلاً ، ووجهه : بأن الوصية مستحقة الصرف إليه .

الثاني : قال أبو إسحاق في الشرح : للمستأجر ميت ، أن يرفع الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد إن كانت المصلحة تقتضيه ، وإن كان لا يستقل به ، فإذا نُزِّل ما ذكرناه على المعنى الأول ، ارتفع الخلاف . وإن نُزِّل على الثاني ، هان أمره . ولو استأجر المعضوب لنفسه ، فمات وأخر الأجير الحج عن السنة ، فلم تر هذه المسألة

(١) في الأصل : للمتأخر ، وما أبتناه من مخطوطة الظاهرية .

مستورة . وظاهر كلام الفزالي : أنه ليس للوارث فسخ الاجارة . والقياس :
ثبوت الخيار للوارث ، كالرد باليب ونحوه .
قلت : الظاهر المختار : أنه ليس له الفسخ ، إذ لا ميراث في هذه الأجرة ،
بخلاف الرد باليب . والله أعلم

فرع

لو استأجر إنسان عن البيت من مال نفسه تبرعاً ، فهو كاستئجار المصنوب
لنفسه ، فله الخيار .

فرع

لو قدم الأجير الحج على السنة المينة ، جاز ، وقد زاد خيراً .

فرع

إذا انتهى الأجير إلى الميقات التمين ، إما بشرطها إن اعتبرناه ، وإما بتمين
الحج^(١) ، فلم يُحرم عن الاستأجر ، بل أحرم عن نفسه بعمرة ، فلما فرغ منها ،
أحرم عن المستأجر بالحج ، فله حالان .
أحدهما : أن لا يعود إلى الميقات ، فيصح الحج عن المستأجر للأذن ، ويحط
شيء من الأجرة المساة لإخلاله بالاحرام من الميقات الملتزم . وفي قدر المخطوط ،
خلاف يتعلق بأصل ، وهو أنه إذا سار الأجير من بلد الاجارة وحج ، فالأجرة
تقع في مقابلة أعمال الحج وحدها ، أم توزع^(٢) على اليسير والأعمال ، وسيأتي بيانه

(١) في نسخة الظاهرية و « شرح الوجيز » : الشرع ، بدل : الحج .

(٢) في « شرح الوجيز » : أو توزع .

إن شاء الله تعالى . فإن خصصناها بالأعمال ، وزعت الأجرة السبابة على حجة من الميقات ، وحجة من مكة ، لأن المقابل بالأجرة على هذا ، هو الحج من الميقات ، فإذا كانت أجرة الحجة المنشأة من مكة دينارين ، والنشأة من الميقات خمسة ، فالتفاوت ثلاثة أخماس ، فتحط ثلاثة أخماس المسمى . فإن وزعنا الأجرة على السير والأعمال وهو المذهب ، فقولان . أحدهما : لا تحسب له المسافة هنا ، لأنه صرفها إلى غرض نفسه لأحرامه بالعمرة من الميقات . فعلى هذا ، يوزع المسمى على حجة تنشأ من بلد الاجارة ويقع الاحرام بها من الميقات ، وعلى حجة تنشأ من مكة ، فيحط من المسمى بنسبته . فإذا كانت أجرة المنشأة من البلد مائة ، والنشأة من مكة عشرة ، حط تسعة أعشار المسمى . وأظهرهما : يحتسب قطع المسافة إلى الميقات ، لجواز أن يكون قصد الحج منه ، إلا أنه عرض له العمرة . فعلى هذا يوزع المسمى على منشأة من بلد الاجارة لإحرامها من الميقات ، وعلى منشأة من البلد إحرامها من مكة ، فإذا كانت أجرة الأولى : مائة ، والثانية : تسعين ، حط عشر المسمى ، فحصل في الجملة ثلاثة أقوال . المذهب منها : هذا الأخير . ثم الأجير في مسألتنا : يئزمه دم لأحرامه بالحج بعد تجاوزه الميقات ، ومسندكر إن شاء الله تعالى خلافاً في غير صورة الاعتماد أن إساءة المجاوزة ، هل تنجبر باخراج الدم حتى لا يحط شيء من الأجرة ، أم لا ؟ وذلك الخلاف يجيء هنا ، صرح به ابن عبدان وغيره ، فاداً الخلاف في قدر المخطوط .

فرع

للقول بآبائنا أصل الموط

ويجوز أن يفرق بين الصورتين ، ويقطع بدم الانحيار هنا ، لأنه ارتفق بالمجاوزة حيث أحرم بالعمرة لنفسه .

الحال الثاني : أن يعود إلى الميقات بمسد الفراغ من العمرة ، فيحرم بالحج منه ، فهل يحط شيء من الأجرة ؟ يبنى على الخلاف المتقدم . إن قلنا : الأجرة موزعة على العمل والسير ، ولم يحسب السير لانصرافه إلى عمرته ، وزعت الأجرة المسماة على حجة منشأة من بلد الاجارة إحرامها من الميقات ، وعلى منشأة من الميقات بنير قطع مسافة ، ويحط بالنسبة من المسمى . وإن قلنا : الأجرة في مقابلة العمل فقط ، أو وزعناها عليه وعلى السير ، واحتسبنا المسافة ، فلا حط ، فتجب الأجرة كلها ، وهذا هو المذهب ، ولم يذكر كثيرون غيره .

فرع

إذا جاوز الميقات التمتع بالشرط ، أو الشرع ، غير محرم ، ثم أحرم بالحج عن المستأجر ، نظر ، إن عاد إليه وأحرم منه ، فلا دم عليه ، ولا يحط من الأجرة شيء ، وإن أحرم من جوف مكة ، أو بين الميقات ومكة ولم يمد ، لزم دم الاساءة بالمجاوزه ، وهل ينجر به الخلل حتى لا يحط شيء من الأجرة ؟ فيه طريقان . أصحها : على قولين . أحدهما : ينجر ، ويصير كأن لا مخالفة ، فتجب جميع الأجرة . وأظهرهما وهو نصه في « المختصر » : يحط . والطريق الثاني : القطع بالخط . فإن قلنا بالانجبار [فهل] نعتبر قيمة الدم ، ونقابلها بالتفاوت ؟ وجهاً . أحدهما : نعم ، فلا ينجر مازاد على قيمة الدم . وأصحها : لا ، لأن المول في هذا القول على جبر الخلل ، والشرع قد حكم به من غير نظر إلى القيمة . وإذا قلنا بالمذهب وهو الخط ، ففي قدره الوجهاً بناءً على الأصل السابق ، وهو أن الأجرة في مقابلة ماذا ؟ فإن قلنا : في مقابلة العمل فقط ، وزعنا المسمى على حجة من الميقات ، وحجة من حيث أحرم . وإن وزعنا على العمل

والسير وهو المذهب ، وزعنا السمي على حجة من بلدة إحرامها من الميقات ، وعلى حجة من بلدة إحرامها من حيث أحرم . وعلى هذا ، يقل المخطوط . ثم حكى الشيخ أبو محمد وجهين ، في أن النظر إلى الفراسخ وحدها ، أم يعتبر مع ذلك السهولة والخشونة ؟ والأصح : الثاني . ولو عدل الأجير عن طريق الميقات المعتبر إلى طريق آخر ميقاته مثل المعتبر ، فالذهب : أنه لا شيء عليه ، هذا كله في الميقات الشرعي . أما إذا عينا موضعاً آخر ، فإن كان أقرب إلى مكة من الشرعي ، فالشرط فاسد مفسد الاجارة ، إذ لا يجوز لمريد النسك مجاوزة الميقات غير محرم . وإن كان أبعد ، بأن عينا الكوفة ، فهل يلزم الأجير الدم لمجاورتها غير محرم ؟ وجهان . الأصح المنصوص : نعم . فإن قلنا : لا يلزم الدم ، حط قسط الأجرة قطعاً ، وإلا ، في حصول الانحياز به الطريقان . وكذلك لو لزمه الدم لترك مأمور ، كالرمي والمبيت . فإن لزمه بفعل مخطور كاللبس والقلم ، لم يحط شيء من الأجرة ، لأنه لم ينقص العمل . ولو شرط الاحرام في أول شوال ، فأخره ، لزمه الدم ، وفي الانحياز الخلاف . وكذا لو شرط أن يحج ماشياً فحج راكباً ، لأنه ترك مقصوداً . هكذا نقلت المسألتان عن القاضي حسين ، وبشبه أن تكونا مفرعتين على أن الميقات الشروط ، كالشرعي ، وإلا ، [فلا] يلزم الدم ، كما في مسألة تعيين الكوفة .

فرع

إذا استأجره للقران ، فتارة يمثل ، وتارة يعدل إلى جهة أخرى ، فإن امثل ققرن ، وجب دم القران . وعلى من يجب ؟ وجهان . وقيل : قولان . أصحها : على المستأجر . والثاني : على الأجير . فعلى الأول : لو شرط أن يكون

على الأجير ، فسدت الاجارة ، لأنه جمع بين إجارة وبيع مجهول ، فان الدم مجهول الصفة . فلو كانت المستأجر ممسراً ، فالصوم على الأجير ، لأن بمض الصوم ، ينبغي أن يكون في الحج . والذي منها في الحج ، هو الأجير . كذا ذكره في « التهذيب » . وقال في « التتمة » : هو كالمأجر عن الهدي والصوم جميعاً . وعلى الوجهين : يستحق الأجرة بكاملها . فأما إذا عدل ، فينظر ، إن عدل إلى الافراد فحج ثم اعتمر ، فان كانت الاجارة على العين ، لزمه أن يرد من الأجرة حصة العمرة ، نص عليه في « المناسك الكبير » ، لأنه لا يجوز تأخير العمل في هذه الاجارة عن الوقت المعين . وإن كانت في الذمة ، نظر ، إن عاد إلى الميقات للعمرة ، فلا شيء عليه ، لأنه زاد خيراً ، ولا شيء [عليه] ولا على المستأجر أيضاً ، لأنه لم يقرن . وإن لم يعد ، فعلى الأجير دم ، لمجاوزته الميقات للعمرة . وهل يحط شيء من الاجرة ، أم تنجبر الإساءة بالدم ؟ فيه الخلاف السابق . وإن عدل إلى التمتع ، فقد أشار صاحب « التتمة » إلى أنه إن كانت إجارة عين ، لم يقع الحج عن المستأجر ، لوقوعه في غير الوقت المعين ، وهذا هو قياس ما تقدم . وإن كانت على الذمة ، نظر ، إن عاد إلى الميقات للحج ، فلا دم عليه ولا على المستأجر ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : لا يجمل مخالفاً لتقارب الجهتين ، فيكون حكمه كما لو امتثل . وفي كون الدم على الأجير أو المستأجر ، الوجهان . وأصحهما : يجمل مخالفاً ، فيجب الدم على الأجير ، لإساءته . وفي حط شيء من الأجرة ، الخلاف . وذكر أصحاب الشيخ أبي حامد : أنه يجب على الأجير دم لتركه الاحرام من الميقات ، وعلى المستأجر دم آخر ، لأن القران الذي أمر به ، يتضمنه . واستنبه ابن الصباغ وغيره .

فرع

إذا استأجره للتمتع فامثل ، فهو كما لو أمره بالقران فامثل . وإن أفرد ، نظر ، إن قدم العمرة وعاد للحج إلى الميقات ، فقد زاد خيراً . وإن أخر العمرة ، فإن كانت إجارة عين ، انفسخت في العمرة ، لفوات وقتها المعين ، فيرد حصتها من المسمى . وإن كانت على الذمة وعاد إلى الميقات للعمرة ، لم يلزمه شيء ، وإلا فعليه دم ، لتركه الإحرام بالعمرة من الميقات ، وفي حط شيء من الأجرة الخلاف ، وإن قرن ، فقد زاد خيراً ، نص عليه ، لأنه قد أحرم بالنسكين من الميقات ، وكان مأموراً بأن يحرم بالحج من مكة . ثم إن عدّد الأفعال للنسكين ، فلا شيء عليه ، وإلا ، فهل يحط شيء من الأجرة لاختصاره في الأفعال ؟ وجهان . وكذا الوجهان في أن الدم على المستأجر ، أم الأجير ؟

فرع

لو استأجره للأفراد فامثل ، فذاك . فلو قرن ، نظر ، إن كانت الاجارة على العين ، فالعمرة واقعة في غير وقتها ، فهو كما لو استأجره للحج وحده فقرن ، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى في الفصل الثاني من الفصلين الآتين ، وإن كانت في الذمة ، وقما عن المستأجر ، وعلى الأجير الدم ، وهل يحط شيء من الأجرة للخلل ، أم يتخير بالدم ؟ فيه الخلاف . وإن تمتع ، فإن كانت الاجارة على العين وقد أمره بتأخير العمرة ، فقد وقعت في غير وقتها ، فيرد ما يخصها من الأجرة . وإن أمره بتقديمها ، أو كانت على الذمة ، وقما عن المستأجر ، ولزم الأجير دم إن لم يعد الحج إلى الميقات ، وفي حط شيء من الأجرة الخلاف .

فرع

إذا جامع الأجير ، فسد حجه وانقلب له ، فيلزمه الكفارة ، والضحي في فاسده ، والقضاء . هذا هو المشهور ، والذي قطع به الأصحاب . وحكي قول : أنه لا ينقلب ، ولا قضاء ، لأن العبادة للمستأجر ، فلا يفسد بفعل غيره . وحكي هذا عن الزني أيضاً . فعلى المشهور ، إن كان إجارة عين ، انفسخت والقضاء الذي يأتي به الأجير يقع عنه . وإن كانت على الذمة ، لم تنفسخ . وعمن يقع القضاء؟ وجهان . وقيل : قولان . أحدهما : عن المستأجر ، لأنه قضاء الأول . وأصحابها : عن الأجير ، لأن الأداء وقع عنه ، فعلى هذا يلزمه سوى القضاء حجة أخرى للمستأجر ، فيقضي عن نفسه ، ثم يحج عن المستأجر في سنة أخرى ، أو يستنيب من يحج عنه في تلك السنة . وإذا لم تنفسخ الإجارة ، فللمستأجر خيار الفسخ ، لتأخير المقصود . وفرق أصحابنا المراقبون بين أن يستأجر المعضوب ، أو تكون الإجارة ليت في ثبوت الخيار . وقد سبق نظيره .

فرع

إذا أحرم الأجير عن المستأجر ، ثم صرف الاحرام إلى نفسه ظنا منه أنه ينصرف ، وأتم الحج على هذا الظن ، فالحج للمستأجر . وفي استحقاق الأجير الأجرة قولان . أحدهما : لا ، لاعراضه عنها . وأظهرهما : يستحق ، لحصول الغرض ، فيستحق المسمى على الأصح . وقيل : أجرة المثل .

فرع

إذا مات الحاج عن نفسه في أثناءه ، فهل يجوز البناء على حجه ؟ قولان .
الأظهر الجديد : لا يجوز ، كالصوم والصلاة . والقديم : يجوز . فعلى الجديد :
يطل المأثي به إلا في الثواب ، ويجب الاحتجاج عنه من تركته إن كان استقر في
نمته . وعلى القديم : تارة يموت وقد بقي وقت الاحرام ، وتارة لا يبقى ، فان
بقي ، أحرم النائب بالحج ، ويقف بعرفة إن لم يقف الميت ، ولا يقف إن كان
وقف ويأتي بباقي الاعمال ، ولا بأس بوقوع إحرام النائب داخل الميقات ، فانه
يبنى على إحرام أشياء (١) منه . وإن لم يبق وقت الاحرام ، ففيما يحرم به
النائب ؟ وجهان . أحدهما : بعمره ، ثم يطوف ويسعى ، فيجزئانه عن طواف الحج
وسميه . ولا بيت ، ولا يرمي ، فانها ليسا من أعمال العمرة ، ولكن يجبران
بالدم . وأصحهما : يحرم بالحج ، ويأتي ببقية الاعمال ، وإنما يمتنع إنشاء الاحرام
بعد أشهر الحج إذا ابتدأه ، وهذا يبنى على ماسبق . وعلى هذا ، لو مات بين التحالين ،
أحرم النائب إحراماً لا يحرم اللبس والقلم ، وإنما يحرم النساء كما لو بقي (٢)
الميت . هذا كله ، إذا مات قبل التحالين ، فان مات بعدهما ، فلا خلاف أنه لا يجوز
البناء ، لأنه يمكن جبر ما بقي بالدم . وأوهم بعضهم إجراء الخلاف [فيه] .

(١) في الأصل : الشيء ، والتصويب من مخطوطة الظاهرية .

(٢) » » : نفي ، وهو تصحيف .

فرع

إذا مات الأجير في أثناء الحج ، فله أحوال .

أحدها : أن يكون بعد الشروع في الأركان ، وقبل الفراغ منها ، فهل يستحق شيئاً من الاجرة ؟ قولان . أظهرهما : يستحق ، وسواء مات بعد الوقوف بمرفة ، أو قبله . هذا هو المذهب . وقيل : يستحق بعده قطعاً ، وهو شاذ . فإذا قلنا : يستحق ، فهل يقسط الاجرة على الأعمال فقط ، أم عليها مع السير ؟ قولان . أظهرهما : الثاني . وقال ابن سريج رحمه الله : إن قال : استأجرتك لتحج عني ، قسط على العمل فقط . وإن قال : لتحج من بلد كذا ، قسط عليها ، وحمل القولين على الحالين . ثم هل يبنى على ما فعله الأجير ؟ ينظر ، إن كانت الاجارة على العين ، انفسخت ولا بناء لورثة الأجير ، كما لم يكن له أن ينتسب . وهل للمستأجر أن يستأجر من يبنى ؟ فيه القولان في جواز البناء . وإن كانت على الذمة ، فإن قلنا : لا يجوز البناء ، فلورثة الاجير ان يستأجروا من يستأنف الحج عن المستأجر له . فإن أمكنهم في تلك السنة إبقاء الوقت ، فذاك ، وإن تأخر إلى السنة الثانية ، ثبت الخيار كما سبق . وإن جوزنا البناء ، فلورثة الاجير أن يبنوا . ثم القول فيما يحرم به النائب ، وفي حكم إحرامه بين التحالين ، على ما سبق .

الحال الثاني : أن يموت بعد الأخذ في السير ، وقبل الاحرام ، فالصحيح المنصوص في كتب الشافعي رضي الله عنه ، والذي قطع به الجماهير : لا يستحق شيئاً من الأجرة . وقال الاصطخري ، والصيرفي : يستحق بقسطه . وقال ابن عبدان : [إن] قال : استأجرتك لتحج عني ، لم يستحق . وإن قال : لتحج من بلد كذا ، استحق بقسطه .

الحال الثالث : أن يموت بعد فراغ الأركان ، وقبل فراغ باقي الأعمال ،
فينظر ، إن فات وقتها ، أو لم يفت ، ولكن لم نجوز البناء ، جبر بالدم من مال
الأجير ، وهل يرد شيئاً من الأجرة ؟ فيه الخلاف السابق . وإن جوزنا البناء ،
فإن كانت الإجارة على العين ، انفسخت في الأعمال الباقية ، ووجب رد قسطها من
الأجرة ، ويستأجر المستأجر من يرمي ويبيت ، ولا دم على الأجير . وإن كانت
على الذمة ، استأجر وارث الأجير من يرمي ويبيت ، ولا حاجة إلى الاحرام ،
لأنها عملان يؤتى بهما بعد التحللين ، ولا يلزم الدم ، ولا رد (١) شيء من الأجرة ،
ذكره في « التمهة » .

فرع

إذا أحصر الأجير ، فله التحلل . فإن تحلل ، فممن يقع ما أتى به ؟
وجهان . أصحهما : عن المستأجر ، كما لو مات ، إذ لا تقصير . والثاني : عن الأجير
كما لو أفسده . فعلى هذا ، دم الاحصار على الأجير ، وعلى الأول : هو على
المستأجر . وفي استحقاقه شيئاً من الأجرة ، الخلاف المذكور في الموت . وإن لم
يتحلل وأقام على الاحرام حتى فاته الحج ، انقلب إليه ، كما في الافساد ، ثم يتحلل
بمعل عمرة ، وعليه دم الفوات . ولو حصل الفوات بنوم ، أو تأخر عن القافلة ،
أو غيرها من غير إحصار ، انقلب المأني به إلى الأجير أيضاً ، كما في الافساد ،
ولا شيء للأجير على المذهب . وقيل : فيه الخلاف المذكور في الموت .

(١) في الأصل : ولا يلزم الدم ، ولا رد بعض شيء من الأجرة .

فصل

إذا اجتمعت شرائط وجوب الحج ، وجب على التراخي . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، وأحمد ، والمزني : على الفور . ثم عندنا يجوز لمن وجب عليه الحج بنفسه أو بغيره ، أن يؤخره بعد سنة الإمكان . فلو خشي المضب (١) ، وقد وجب عليه الحج بنفسه ، لم يجز التأخير على الأصح . وإذا تأخر بعد الوجوب فمات قبل حج الناس ، تبين عدم الوجوب لتبين عدم الإمكان ، وإن مات بعد حج الناس ، استقر الوجوب ولزم الاحتجاج من تركته . قال في « التهذيب » ورجوع القافلة ليس بشرط ، حتى لو مات بعد انتصاف ليلة النحر ، ومضي إمكان السير إلى منى والرمي بها ، وإلى مكة والطواف بها ، استقر الفرض عليه ، وإن مات ، أو جن قبل ذلك ، لم يستقر عليه . وإن هلك ماله بعد رجوع الناس ، أو مضي إمكان الرجوع ، استقر الحج ، وإن هلك بعد حجهم ، وقبل الرجوع وإمكانه ، فوجهان . أصحها : لا يستقر . هذا حيث نشط أن يملك نفقة الرجوع . فإن لم نشطها ، استقر قطعاً . ولو أحصر الذين أمكنه الخروج معهم ، فتحللوا ، لم يستقر الحج عليه . فلو سلكوا طريقاً آخر فحجوا ، استقر ، وكذا لو حجوا في السنة التي بعدها إذا عاش وبقي ماله . وإذا دامت الاستطاعة وتحقق الإمكان فلم يحج حتى مات ، فهل يموت عاصياً ؟ فيه أوجه . أصحها : نعم . والثاني : لا ، والثالث : يمضي الشيخ دون الشاب ، والخلاف جار فيما لو كان صحيح البدن فلم يحج حتى صار زماً . والأصح : العصيان أيضاً . فإذا زمن وقلنا بالعصيان ، فهل تجب عليه الاستنابة على الفور لخروجه بالتقصير عن استحقاق البر فيه ، أم له تأخير الاستنابة كما لو بلغ معضوباً ؟ فإن استنابته على التراخي ، فيه وجهان . أصحها : الأول . وعلى هذا لو امتنع وأخر ، فهل يجبره القاضي على الاستنابة ، أو يستأجر

(١) وفي بعض النسخ : الفت .

عليه ؟ وجهان . أحدهما : نعم كزكاة المتع . وأصحها : لا . وإذا قلنا : يموت عاصياً ، فمن أي وقت يمضي ؟ فيه أوجه . أصحها : من السنة الآخرة من سني الامكان لجواز التأخير إليها . والثاني : من السنة الأولى ، لاستقرار الفرض فيها . والثالث : يموت عاصياً ، ولا يسند المصيان إلى سنة بيمينها . ومن فوائد موته عاصياً ، أنه لو شهد شهادة ولم يحكم بها حتى مات ، لم يحكم ، لبيان فسقه . ولو قضى بشهادته بين السنة الأولى والأخيرة من سني الامكان ، فإن عصيانه من الأخيرة ، لم ينقض ذلك الحكم بحال . وإن عصيانه من الأول ، ففي نقضه القولان ، فيما إذا بان فسق الشهود .

فصل

حجة الاسلام في حق من يتأهل لها ، تقدم على حجة القضاء . وصورة اجتماعهما ، أن يفسد المبد حجه ، ثم يعتق ، فعليه القضاء ، ولا تجزئه عن حجة الاسلام . وتقدم أيضاً حجة الاسلام على النذر . فلو اجتمعت حجة الاسلام ، والقضاء ، والنذر ، قدمت حجة الاسلام ، ثم القضاء ، ثم النذر . وأشار الامام إلى تردد في تقديم القضاء على النذر . والمذهب : ما قدمناه . ومن عليه حجة الاسلام ، أو قضاء ، أو نذر ، لا يجوز أن يحج عن غيره . فلو قدم ما يجب تأخيره ، لغت نيته ، ووقع على الترتيب المذكور .

والعمرة ، إذا أوجبتها ، كالحج في جميع ذلك . ولو استأجر المعضوب من يحج عن نذره ، وعليه حجة الاسلام ، فنوى الأجير النذر ، وقع عن حجة الاسلام . ولو استأجر أجيراً لم يحج عن نفسه ، فنوى الحج عن المستأجر ، لغت نيته ، ووقع الحج عن الأجير . ولو نذر من لم يحج أن يحج في هذه السنة ، ففعل ، وقع عن حجة الاسلام ، وخرج عن نذره ، وليس في نذره إلا تعجيل ما كان له

تأخير . ولو استؤجر من لم يحج للحج في الزمة ، جاز ، وطريقه : أن يحج
عن نفسه ، ثم عن المستأجر . وإجارة العين باطلة ، لأنها تتمين للسنة الأولى .
فاذا بطلت ، نظر ، إن ظنه حج فإن أنه لم يحج ، لم يستحق أجره ، لتغيره ، وإن
علم أنه لم يحج وقال : يجوز في اعتقادي أن يحج عن غيره من لم يحج ، فحج
الأجير ، وقع عن نفسه . وفي استحقاقه أجره المثل قولان ، أو وجهان
تقدمت نظارتهما . أما إذا استأجر للحج من حج ولم يعتمر ، أو للعمرة من اعتمر
ولم يحج ، فقرن الأجير وأحرم بالنسكين عن المستأجر ، أو أحرم بما استؤجر
له عن المستأجر ، وبالأخر عن نفسه ، فقولان . الجديد : أنها يقمان عن الأجير ،
لأن نسكي القران لا يفترقان ، لاتحاد الاحرام ، ولا يمكن صرف مالم يأمر به
المستأجر إليه . والثاني : أن ما استؤجر له يقع عن المستأجر ، والآخر^(١) عن الأجير .
ولو استأجر رجلان شخصا ، أحدهما : ليحج عنه ، والآخر ليعتمر عنه ،
فقرن عنها ، فعلى الجديد : يقمان عن الأجير . وعلى الثاني : يقع عن كل واحد
ما استأجر له . ولو استأجر المضروب رجلين ليحجبا عنه في سنة واحدة ، أحدهما :
حجة الاسلام ، والآخر : حجة قضاء أو نذر ، فوجهان . أصحها : يجوز ، وهو
النصوص في « الام » ، لأن غير حجة الاسلام لم تقدم عليها . والثاني : لايجوز .
فعلى الثاني : إن أحرم الأجيران معا ، انصرف إحرامها إلى أنفسهما . وإن
سبق إحرام أحدهما ، وقع ذلك عن حجة الاسلام عن المستأجر ، وانصرف
إحرام الآخر إلى نفسه .

(١) في الاصل : وللأجر ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية .

فرع

لو أحرم الأجير عن المستأجر ، ثم نذر حجاً ، فظفر ، إن نذره بعد الوقوف ، لم ينصرف حجه إليه ، بل يقع عن المستأجر . وإن نذر قبله فوجهان . أصحابها : انصرافه إلى الأجير . ولو أحرم الرجل بحج تطوع ، ثم نذر حجاً بعد الوقوف ، لم ينصرف إليه . وقبل الوقوف ، على الوجهين .

فرع

لو استأجر المعضوب من يحج عنه تلك السنة ، فأحرم الأجير عن نفسه تطوعاً ، فوجهان . قال الشيخ أبو محمد : ينصرف إلى المستأجر . وقال سائر الأصحاب : يقع تطوعاً للأجير .

قلت : لو حج بمال منصوب أو نحوه ، أجزاء الحج وإن كان عاصياً بالنصب . ولو كان يحج ويفيق ، فإن كانت مدة إفاقته يتمكن فيها من الحج ، ووجدت الشرائط الباقية ، وجب عليه الحج ، وإلا ، فلا . وإذا كان عليه دين حال لا يفضل عنه ما يحج به ، فقال صاحب الدين : أمهلتك به إلى ما بعد الحج ، لم يلزمه الحج . والله أعلم

باب

مواقف الحج

مِيقَاتُ الْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ ، زَمَانِيٌّ وَمَكَائِيٌّ . أَمَّا الزَّمَانِيُّ ، فَوْقَ الْأَحْرَامِ بِالْحَجِّ : شَوَّالٌ ، وَذُو الْقَعْدَةِ ، وَعَشْرَ لَيَالٍ مِنْ ذِي الْحِجَّةِ ، آخِرُهَا آخِرُ لَيْلَةِ النَّحْرِ ، وَفِي وَجْهِهِ : لَا يَجُوزُ الْأَحْرَامُ فِي لَيْلَةِ النَّحْرِ ، وَهُوَ شَاذٌ مُرَدُّودٌ . وَحَكَى الْحَامِلِيُّ (١) قَوْلًا عَنْ « الْأَمْلَاءِ » أَنَّهُ يَصِحُّ الْأَحْرَامُ [بِهِ] فِي جَمِيعِ ذِي الْحِجَّةِ ، وَهَذَا أَشَدُّ وَأَبْعَدُ . وَأَمَّا الْعُمْرَةُ ، فَجَمِيعُ السَّنَةِ وَقْتُ لِلْأَحْرَامِ بِهَا ، وَلَا تَكْرَهُ فِي وَقْتِ مِنْهَا ، وَيَسْتَحَبُّ الْإِكْتِثَارُ مِنْهَا فِي الْعَمْرِ ، وَفِي السَّنَةِ الْوَاحِدَةِ . وَقَدْ يَمْتَنَعُ الْأَحْرَامُ بِالْعُمْرَةِ لَا بِسَبَبِ الْوَقْتِ ، بَلْ لِمَارَضٍ ، كَالْحَرَمِ بِالْحَجِّ ، لَا يَصِحُّ إِحْرَامُهُ بِالْعُمْرَةِ عَلَى الْأَظْهَرِ كَمَا سَيَأْتِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى بَيَانُهُ . وَإِذَا تَحَلَّلَ عَنِ الْحَجِّ التَّحَلُّلِينَ ، وَعَكُفَ بِنِيَّ الْمَبِيتِ وَالرَّمِيِّ ، لَمْ يَنْعَقِدْ إِحْرَامُهُ بِالْعُمْرَةِ ، لِمَجْزَاهُ عَنِ التَّشَاغُلِ بِعَمَلِهَا (٢) ، نَصٌّ عَلَيْهِ . فَإِنْ نَفَرَ النَّفَرِ الْأَوَّلُ ، فَلَهُ الْأَحْرَامُ بِهَا ، لِسُقُوطِ بَقِيَّةِ الرَّمِيِّ ، وَالْمَبِيتِ عَنْهُ .

فرع

لَوْ أَحْرَمَ بِالْحَجِّ فِي غَيْرِ أَشْهُرِهِ ، لَمْ يَنْعَقِدْ حُجًّا . وَهَلْ يَنْعَقِدُ عُمْرَةٌ ؟ فِيهِ طَرَقَ الْمَذْهَبُ : أَنَّهُ يَنْعَقِدُ وَيَجْزِيهِ عَنْ عُمْرَةِ الْإِسْلَامِ . وَعَلَى قَوْلٍ : يَتَحَلَّلُ بِعَمَلِ عُمْرَةٍ ، وَلَا تَحْسِبُ عُمْرَةٌ . وَمِنْهُمْ مَنْ قَطَعَ بِهَذَا الْقَوْلِ . وَقِيلَ : يَنْعَقِدُ إِحْرَامُهُ مَبْهُمًا ، فَإِنْ صَرَفَهُ إِلَى عُمْرَةٍ ، كَانَ عُمْرَةً صَحِيحَةً ، وَإِلَّا تَحَلَّلَ بِعَمَلِ عُمْرَةٍ . وَلَوْ أَحْرَمَ قَبْلَ أَشْهُرِ

(١) فِي هَامِشِ الْأَصْلِ : الْخَنَاطِيُّ « نَسَخَهُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : بِعَمَلِهَا ، وَهُوَ خَطَأٌ .

الحج إحراماً مطلقاً ، فالذهب ، والذي قطع به الجمهور : أنه [لا] ينعقد إحرامه بمرة . وقيل : فيه وجهان . أحدهما : هذا . والثاني : وهو محكي عن الحضري : ينعقد مبهماً . فإذا دخلت أشهر الحج ، صرفه إلى ماشاء ، من حج ، أو عمرة ، أو قرآن .

فصل

في الميقات المطاني

أما المقيم بمكة مكياً كان أو غيره ، ففي ميقاته للحج وجهان . وقيل : قولان . أحدهما : نفس مكة . والثاني : مكة وسائر الحرم . فعلى الأول : لو فارق بنيان مكة وأحرم في الحرم ، فهو سيء ، يلزمه الدم وإن لم يمد كجائزة سائر المواقيت . وعلى الثاني : حيث أحرم في الحرم ، فلا إساءة . أما إذا أحرم خارج الحرم ، فسيء قطعاً ، فيلزمه الدم ، إلا أن يعود قبل الوقوف بعرفة إلى مكة على الأصح ، أو الحرم على الثاني . ثم من أي موضع أحرم من مكة ، جاز . وفي الأفضل : قولان . أحدهما : أن يتهاً للأحرام ، ويحرم من المسجد قريباً من البيت . وأظهرهما : الأفضل أن يحرم من باب داره ، ويأتي المسجد محرماً . وأما غير المقيم بمكة ، فتارة يكون مسكنه فوق الميقات الشرعي ، ويسمى هذا الأُفُقِي^(١) ، وتارة يكون بينه وبين مكة .

والمواقيت الشرعية خمسة .

أحدها : ذو الحُلَيْفَةِ ، وهو ميقات من توجه من المدينة ، وهو على نحو عشر مراحل من مكة .

الثاني : الجُحُفَةُ ، ميقات التوجهين من الشام ومصر والمغرب .

الثالث : بَلَمَلَمْتُمْ ، وقيل : أَلَمَمْتُمْ ، ميقات التوجهين من اليمن .

الرابع : قَرْنُ ، وهو ميقات التوجهين من نجد اليمن ، ونجد الحجاز

(١) في الأصل : الآفاق ، وما أبتناه من مخطوطة الظاهرية ومن « المصباح » .

والخامس : ذات عِرْق ، مِيقَاتِ التَّوَجُّهِينِ مِنَ الْعِرَاقِ وَخِرَاسَانَ .
والمراد بقولنا : يَلْمِزُ مِيقَاتِ الْيَمَنِ ، أَي : مِيقَاتِ تَهَامَتِهِ (١) ، فَإِنَّ الْيَمَنَ يُشْمَلُ نَجْدًا
وَتَهَامَةً . وَالْأَرْبَعَةُ الْأُولَى ، نَصُّ عَلَيْهَا النَّبِيُّ ﷺ بِإِخْلَافٍ . وَفِي ذَاتِ عِرْقٍ وَجْهَانِ .
أَحَدُهُمَا وَإِلَيْهِ مَالُ الْأَكْثَرُونَ : أَنَّهُ مَنْصُوصٌ كَالْأَرْبَعَةِ . وَالثَّانِي : أَنَّهُ بِاجْتِهَادِ عَمْرِو
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَالْأَفْضَلُ فِي حَقِّ أَهْلِ الْعِرَاقِ : أَنْ يُحْرَمُوا مِنَ الْعَقِيقِ ، وَهُوَ
وَادٍ وَرَاءَ ذَاتِ عِرْقٍ مِمَّا يَلِي الْمَشْرِقَ .

فِرْعَ

إِذَا انْتَهَى الْأَفْقُ (٢) إِلَى الْمِيقَاتِ وَهُوَ يَرِيدُ الْحَجَّ ، أَوْ الْعُمْرَةَ ، أَوْ الْفِرَانَ ،
حَرَّمَ عَلَيْهِ مَجَاوِزَتَهُ غَيْرَ مُحَرَّمٍ . فَإِنْ جَاوَزَهُ ، فَهُوَ مُسِيءٌ ، وَيَأْتِي حُكْمُهُ إِنْ شَاءَ
اللَّهُ تَعَالَى وَسِوَاهُ كَانَ مِنْ أَهْلِ تِلْكَ النَّاحِيَةِ ، أَمْ مِنْ غَيْرِهَا ، كَالشَّامِيِّ ، يَمُرُّ بِمِيقَاتِ
أَهْلِ الْمَدِينَةِ .

فِرْعَ

إِذَا مَرَّ الْأَفْقُ بِالْمِيقَاتِ غَيْرَ مُرِيدٍ نِسْكَاً ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَى قَصْدِ التَّوَجُّهِ إِلَى
مَكَّةَ ، ثُمَّ عَنْ لَهُ قَصْدُ النِّسْكِ بَعْدَ مَجَاوِزَةِ الْمِيقَاتِ ، فَمِيقَاتُهُ حَيْثُ عَنْ لَهُ . وَإِنْ كَانَ
عَلَى قَصْدِ التَّوَجُّهِ إِلَى مَكَّةَ لِحَاجَةٍ ، فَعَنْ لَهُ النِّسْكَ بَعْدَ الْمَجَاوِزَةِ ، فَإِنْ قَلْنَا : مَنْ
أَرَادَ دُخُولَ الْحَرَمِ لِحَاجَةٍ يَلْزِمُهُ الْإِحْرَامُ ، فَهَذَا بِأَثْمٍ بِمَجَاوِزَتِهِ غَيْرَ مُحَرَّمٍ ، وَهُوَ
كَمَنْ جَاوَزَهُ غَيْرَ مُحَرَّمٍ عَلَى قَصْدِ النِّسْكِ . وَإِنْ قَلْنَا : لَا يَلْزِمُهُ ، فَهَذَا كَمَنْ جَاوَزَ
غَيْرَ قَاصِدٍ دُخُولَ مَكَّةَ .

(١) فِي الْأَصْلِ : تَهَامِيَّةٌ .

(٢) فِي الْأَصْلِ : الْآفَاقُ .

فرع

من مسكنه بين الميقات ومكة ، فمبقاته القرية التي يسكنها ، أو الحلة التي ينزلها البدوي .

فرع

يستحب لمن يحرم من ميقات شرعي ، أو من قريته ، أو حلته ، أن يحرم من طرفه الأبعد من مكة . فلو أحرم من الطرف الآخر ، جاز لوقوع الاسم عليه . والاعتبار بالمواقيت الشرعية ، بتلك المواضع ، لا بالقرى والأبنية ، فلا يتغير الحكم لو خرب بعضها ، ونقلت العمارة إلى موضع قريب منه وسمي بذلك الاسم .

فرع

لو سلك البحر أو طريقاً في البر لا ينتهي إلى شيء من المواقيت المعينة ، فمبقاته محاذاة المين . فإن اشتبه ، تحرى . وطريق الاحتياط لا يخفى . ولو حاذى ميقتين طريقه بينهما ، فإن تساوى في المسافة إلى مكة ، فمبقاته ما يحاذيهما . وإن تفاوتتا فيها ، وتساوى في المسافة إلى طريقه ، فوجهان . أحدهما : يتخير ، إن شاء أحرم من المحاذي لأبعد الميقتين ، وإن شاء لأقربهما . وأصحها : يتعين محاذاة أبعدهما . وقد يتصور في هذا القسم محاذاة ميقتين دفعة واحدة ، وذلك بانحراف أحد الطريقين والتوائه ، أو لوعورة وغيرها ، فيحرم من المحاذاة . وهل هو منسوب

إلى أبعد الميقاتين ، أم إلى أقربهما ؟ وجهان حكاهما الامام ، قال : وفائدتهما ، أنه لو جاوز موضع المحاذاة بغير إحرام ، وانتهى إلى موضع يفضي إليه طريقا الميقاتين ، وأراد العود لرفع الاساءة ، ولم يعرف موضع المحاذاة ، هل يرجع إلى هذا الميقات ، أم إلى ذاك ؟ ولو تفاوتت الميقاتان في المسافة إلى مكة ، وإلى طريقه ، فالاعتبار بالقرب إليه ، أم إلى مكة ؟ وجهان . أصحهما : الأول .

فرع

لو جاء من ناحية لا يحاذي في طريقها ميقاتاً ، لزمه أن يحرم إذا لم يبق بينه وبين مكة إلا مرحلتان .

فصل

إذا جاوز موضعاً - وجب الاحرام منه - غير محرم ، أتم ، وعليه العود إليه ، والاحرام منه إن لم يكن له عذر . فان كان له عذر ، كخوف الطريق ، أو الانقطاع عن الرفقة ، أو ضيق الوقت ، أحرم ومضى ، وعليه دم إذا لم يمد . فان عاد ، فله حالان .

أحدهما : يعود قبل الاحرام فيحرم منه . فالذهب والذي قطع به الجمهور : أنه لا دم عليه ، سواء كان دخل مكة ، أم لا . وقال إمام الحرمين والغزالي : إن عاد قبل أن يبعد عن الميقات بمسافة القصر ، سقط الدم . وإن عاد بعد دخول مكة ، وجب الدم . وإن عاد بعد مسافة القصر ، فوجهان . أصحهما : يسقط ، وهذا التفصيل شاذ .

الحال الثاني : أن يحرم ، ثم يعود إلى الميقات محرماً . فمنهم من أطلق في

سقوط الدم وجهين . وقيل : قولان . والمذهب والذي قاله الجمهور : أنه يفصل .
فإن عاد قبل التلبس بنسك ، سقط الدم ، وإلا فلا ، سواء كان النسك
ركناً ، كالوقوف ، أو سنة ، كطواف القدوم . وقيل : لا أثر للتلبس بالسنة .
ولا فرق في لزوم الدم في كل هذا بين المجاوز عامداً علماً ، والجاهل والناسي .
لكن يفترون في الاثم ، فلا إثم على الناسي والجاهل .

فصل

هل الاحرام من الميقات أفضل ، أم من فوقه ؟ نص في « البويطي » و
« الجامع الكبير » للزني ، أنه من الميقات أفضل ، وقال في « الاملاء » : الأفضل
من ديرة أهله . وللأصحاب طرق . أصحابها : على قولين . أظهرهما : الأفضل من
ديرة أهله . والثاني : من الميقات . بل أطلق جماعة الكراهة على تقديم
الاحرام على الميقات . والطريق الثاني : القطع بديرة أهله . والثالث : إن أمن
على نفسه من ارتكاب محظورات الاحرام ، فديرة أهله ، وإلا ، فالميقات .

قلت : الأظهر عند أكثر أصحابنا ، وبه قطع كثيرون من محققيهم : أنه من
الميقات أفضل ، وهو المختار أو الصواب ، للأحاديث الصحيحة فيه^(١) ، ولم يثبت لها معارض .
والله أعلم .

(١) عن ابن عباس رضي الله عنهما ، أن النبي صلى الله عليه وسلم « وقت لأهل المدينة ذا الحليفة ،
ولأهل الشام الجحفة ، ولأهل نجد قرن المنازل ، ولأهل اليمن يلم ، من هن ، ولمن أتى عليهن من
غيرهن ممن أراد الحج والعمرة ، ومن كان دون ذلك ، فمن حيث أنشأ ، حتى أهل مكة من مكة »
متفق عليه .

فصل

في صفات العمرة

إن كان المتمر خارج الحرم ، فبيقات عمرته ميقات حجه بلا فرق . وإن كان في الحرم ، مكياً كان أو مقيماً بمكة ، فله ميقات واجب ، وأفضل . أما الواجب ، فإن يخرج إلى أدنى الحل ولو خطوة من أي جانب شاء ، فيحرم بها . فإن خالف وأحرم بها في الحرم ، انقصد إحرامه . ثم له حالان .

أحدهما : أن لا يخرج إلى الحل ، بل يطوف ويسمى ويحلق بها ، فهل يجزئه ذلك عن عمرته ؟ قولان نص عليها في « الام » ، أظهرهما : يجزئه ، ويلزمه دم ، لتركه الاحرام من الميقات . والثاني : لا يجزئه ما أتى به ، بل يشترط أن يجمع في عمرته بين الحل والحرم ، كما في الحج . فعلى الأول : لو وطئ بعد الحلق ، فلا شيء عليه ، لوقوعه بعد التحلل . وعلى الثاني : الوطء واقع قبل التحلل ، لكنه يعتقد أنه تحلل ، فهو كوطء الناسي . وفي كونه مفسداً ، قولان . فإن جملناه مفسداً ، فعليه المضي في فاسده بأن يخرج إلى الحل ويمود ، فيطوف ويسمى ، ويحلق ، ويلزمه القضاء وكفارة الافساد ودم الحلق لوقوعه قبل التحلل .

الحال الثاني : أن يخرج إلى الحل ثم يمود ، فيطوف ويسمى ويحلق ، فيستد بما أتى به قطعاً . وهل يسقط عنه دم الاساءة ؟ فيه طريقان . المذهب وبه قطع الجماهير : سقوطه . والثاني : على طريقين . أصحها : القطع بسقوطه ، والثاني : تخريجه على الخلاف في عود من جاوز الميقات غير محرم . فإذا قلنا بالمذهب ، فالواجب خروجه إلى الحل قبل الأعمال ، إما في ابتداء الاحرام ، وإما بعده . وإن قلنا : لا يسقط الدم ، فالواجب هو الخروج في ابتداء الاحرام .

فرع

أفضل البقاع من أطراف الحل لإحرام العمرة : الجِعْرَانَةُ ، ثم التنعيم ، ثم الحديبية .

قلت : هذا هو الصواب . وأما قول صاحب « التنبيه » : والأفضل أن يحرم بها من التنعيم ، فقلط . والله أعلم

باب

بيان وجوه الإصرام وما يتعلق بها

اتفقوا على جواز إفراد الحج عن العمرة ، والتمتع ، والقران . وأفضلها : الأفراد ، ثم التمتع ، ثم القران ، هذا هو المذهب ، والمنصوص في عامة كتبه . وفي قول : التمتع أفضل ، ثم الأفراد . وحكي قول : أن الأفضل : الأفراد ، ثم القران ، ثم التمتع . وقال المزني ، وابن المنذر ، وأبو إسحاق المروزي : أفضلها : القران . فأما الأفراد ، فمن صورته أن يحرم بالحج وحده ويفرغ منه ، ثم يحرم بالعمرة . وسيأتي باقي صورته إن شاء الله تعالى في شروط التمتع . ثم تفضيل الأفراد على التمتع والقران ، شرطه أن يعتمر تلك السنة . فلو أخر العمرة عن سنته ، فكل [واحد] من التمتع والقران أفضل منه ، لأن تأخير العمرة عن سنة الحج مكروه .

وأما القران ، فصورته الأصلية ، أن يحرم بالحج والعمرة معاً . فتندرج أفعال العمرة في أعمال الحج ، ويتحد الميقات والفعل . ولو أحرم بالعمرة ، ثم أدخل

عليها الحج ، نظر ، إن أدخله في غير أشهر الحج ، لنا إدخاله ولم يتغير إحرامه بالعمرة . وإن أدخله في أشهره ، نظر ، إن كان أحرم بالعمرة قبل أشهر الحج ، ففي صحة إدخاله وجهان . أحدهما ، وهو اختيار الشيخ أبي علي ، وحكاه عن عامة الأصحاب : لا يصح الإدخال ، لأنه يؤدي إلى صحة الإحرام بالحج قبل أشهره . والثاني : يصح ، وهو اختيار القفال ، وبه قطع صاحب « الشامل » وغيره ، لأنه إنما يصير محرماً بالحج وقت إدخاله ، وهو وقت صالح للحج .

قلت : هذا الثاني أصح . والله أعلم

وإن أحرم بالعمرة في أشهر الحج ، ثم أدخله عليها في أشهره ، فإن لم يكن شرع في طوافها ، صح وصار قارناً ، وإلا لم يصح إدخاله . وفي علة عدم الصحة ، أربعة معان .

أحدها : لأنه اشتغل بعمل من أعمال العمرة . والثاني : لأنه أتى بفرض من فروضها . والثالث : لأنه أتى بمعظم أفعالها . والرابع : لأنه أخذ في التحلل ، وهذا هو الذي ذكره أبو بكر الفارسي في « عيون المسائل » . وحيث جوّزنا الإدخال عليها ، فذاك إذا كانت عمرة صحيحة . فإن أفسدها ، ثم أدخل عليها الحج ، ففيه خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى . أما لو أحرم بالحج في وقته ، ثم أدخل عليه العمرة ، فقولان . القديم : أنه يصح ، ويصير قارناً . والجديد : لا يصح . فاذا قلنا بالقديم ، فإلى متى يجوز الإدخال ؟ فيه أربعة أوجه مفرّعة على المعاني السابقة . أحدها : يجوز ما لم يشرع في طواف القدوم . وقال في « التهذيب » : هذا أصحها . والثاني : يجوز بعد طواف القدوم ما لم يشرع في السعي أو غيره من فروض الحج ، قاله الخضرى . والثالث : يجوز وإن اشتغل بفرض ما لم يقف بمرفة . فعلى هذا ، لو كان سعى ، فعليه إعادة السعي ليقع عن النسكين جميعاً ، كذا قاله الشيخ أبو علي . والرابع : يجوز ، وإن وقف ما لم يشتغل

شيء من أسباب التحلل من الرمي وغيره . وعلى هذا لو كان سعى ، فعلى قياس ما ذكره الشيخ أبو علي : وجوب إعادته . وحكى الامام فيه وجهين ، وقال : المذهب أنه لا يجب .

فرع

يجب على القارن دم كدم التمتع ، وحكى الحناطي قولاً قديماً : أنه يجب بدنة .

فصل

أما التمتع ، فهو الذي يحرم بالعمرة من ميقات بلده ، ويدخل مكة ويفرغ من أفعال العمرة ، ثم ينشئ الحج من مكة ، سمي متمتعاً لاستمتاعه بمحظورات الإحرام بينها ، فإنه يحل له جميع المحظورات ، إذا تحلل من العمرة ، سواء ساق هدياً ، أم لا ، ويجب عليه دم . ولوجوب الدم شروط .

أحدها : أن لا يكون من حاضري المسجد الحرام ، وهم من مسكنه دون مسافة القصر من الحرم . وقيل : من نفس مكة . فإن كان مسافة القصر ، فليس بحاضره . فإن كان له مسكنان ، أحدهما في حدّ القرب ، والآخر بعيد ، فإن كان مقامه بأحدهما أكثر ، فالحكم له . فإن استوى مقامه بهما وكان أهله وماله في أحدهما دائماً أو أكثر ، فالحكم له . فإن استويا في ذلك ، وكان عزمه الرجوع إلى أحدهما ، فالحكم له . فإن لم يكن له عزم ، فالحكم للذي خرج منه . ولو استوطن غريب مكة ، فهو حاضر . وإن استوطن مكي العراق ، فغير حاضر . ولو قصد الغريب مكة فدخلها متمتعاً نأوياً الإقامة بها بعد الفراغ من النسك ، أو من العمرة ، أو نوى الإقامة بها بعد ما اعتمر ، فليس بحاضر ، فلا يسقط عنه الدم .

فرع

ذكر الغزالي رحمه الله مسألة ، وهي من مواضع التوقف ، ولم أجدها لغيره بعد البحث . قال : والأفقي إذا جاوز الميقات غير مريد النسك ، فاعتمر عقب دخوله مكة ، ثم حج ، لم يكن متممًا ، إذ صار من الحاضرين ، إذ ليس يشترط فيه قصد الإقامة ، وهذه المسألة تتعلق بالخلاف في أن من قصد مكة هل يلزمه الاحرام بحج أو عمرة أم لا ؟^(١) ثم ما ذكره من اعتبار^(٢) اشتراط الإقامة ، ينازعه فيه [كلام] الأصحاب ونقلهم عن نصه في « الاملاء » والقديم ، فانه ظاهر في اعتبار الإقامة ، بل في اعتبار الاستيطان . وفي « النهاية » و « الوسيط » حكاية وجهين في صورة تداني هذه ، وهي أنه لو جاوز الغريب الميقات ، وهو لا يريد نسكا ، ولا دخول الحرم ، ثم بداله بقرب مكة أن يعتمر ، فاعتمر منه وحج بعدها على صورة التمتع ، هل يلزمه الدم ؟ أحد الوجهين : لا يلزمه ، لأنه حين بداله ، كان على مسافة الحاضر . وأصحها : يلزمه ، لأنه وجدت صورة التمتع ، وهو غير معدود من الحاضرين . قلت : المختار في الصورة التي ذكرها الغزالي أولاً : أنه متمتع ليس بحاضر ، بل يلزمه الدم . والله أعلم .

فرع

لا يجب على حاضر المسجد الحرام دم القران ، كما لا يجب عليه دم التمتع . هذا هو المذهب . وحكى الحناطي وجهاً : أنه يلزمه . ويشبه أن يكون هذا الخلاف مبنياً^(٣) على وجهين نقلها صاحب « العدة » في أن دم القران ، دم جبر ، أم دم نسك ؟ المذهب المعروف : أنه دم جبر .

(١) في الاصل . إن قصد مكة هل يوجب الاحرام بحج أو عمرة أم لا ؟ .

(٢) في هامش نسخة الظاهرية : لعله : « من عدم اشتراط » ، وهي عبارة الرافعي . اهـ .

(٣) في الاصل : مبني ، والتصويب من « شرح الوجيز » .

فرع

هل يجب على المكي إذا قرن ، إنشاء الاحرام من أدنى الحل كما لو أفرد العمرة ، أم يجوز أن يحرم من جوف مكة ، إدراجاً للعمرة تحت الحج ؟ وجهان . أصحها : الثاني . ويجريان في الأفقي إذا كان بمكة وأراد القران .

الشرط الثاني : أن يحرم بالعمرة في أشهر الحج . فلو أحرم وفرغ منها قبل أشهره ، ثم حج ، لم يلزمه الدم . فلو أحرم بها قبل أشهره ، وأتى بجميع أفعالها في أشهره ، ثم حج ، فقولان . أظهرهما : نصح في « الأم » : لا دم . والثاني : نصح في القديم « والاملاء » : يجب الدم . وقال ابن سريج : ليست على قولين ، بل على حالين . إن أقام باليقات محرماً بالعمرة حتى دخلت أشهر [الحج] ، أو عاد إليه في الأشهر محرماً بها ، وجب الدم . وإن جاوزه قبل الأشهر ولم يعد إليه ، فلا دم . ولو سبق الاحرامُ بها وبعض أعمالها في أشهره ، فالخلاف مرتب إن لم نوجب إذا لم يتقدم إلا الاحرام ، فبنا أولى ، وإلا فوجهان . الأصح : لا يجب . وإذا لم نوجب دم التمتع (١) في هذه الصورة ، ففي وجوب دم الاساءة وجهان . أحدهما : يجب ، لأنه أحرم بالحج من مكة . وأصحها : لا ، لأن المنيء من ينتهي إلى اليقات على قصد النسك ويجاوزه غير محرم ، وهذا جاوز محرماً .

الشرط الثالث : أن تقع العمرة والحج في سنة واحدة . فلو اعتمر ثم حج في السنة القابلة ، فلا دم ، سواء أقام بمكة إلى أن حج ، أو رجع وعاد .

الشرط الرابع : أن لا يعود إلى اليقات ، بأن أحرم بالحج من نفس مكة واستمر . فلو عاد إلى اليقات الذي أحرم بالعمرة منه ، أو إلى مسافة مثله

(١) في مخطوطة الظاهرية : التمتع .

]] وأحرم بالحج ، فلا دم . ولو أحرم به من مكة ، ثم ذهب إلى الميقات محرماً ، ففي سقوطه الخلاف السابق فيمن جاوز الميقات غير محرم ثم عاد إليه محرماً . ولو عاد إلى ميقات أقرب منه إلى مكة من ميقات عمرته وأحرم منه ، بأن كان ميقات عمرته الجحفة فعاد إلى ذات عرق ، فهل هو كالعود إلى ميقات عمرته ؟ وجهان . أحدهما : لا ، وعليه دم . وأصحهما : نعم ، لأنه أحزم من موضع ليس ساكنوه من حاضري المسجد الحرام ، وهذا اختيار الفقهاء والمعتبرين .

فرع

لو دخل القارن مكة قبل يوم عرفة ، ثم عاد إلى الميقات ، فللذهب ، أنه لادم ، نص عليه في « الأمل » ، وصححه الحناطي . وقال الإمام : إن قلنا : المتمتع إذا أحرم بالحج ثم عاد إليه ، لا يسقط عنه الدم ، فهذا أولى ، وإلا ، فوجهان . والفرق ، أن اسم القران لا يزول بالعود ، بخلاف المتمتع .

الشرط الخامس : يختلف فيه ، وهو أنه ، هل يشترط وقوع النعمكين عن شخص واحد ؟ وجهان . قال الخضري : يشترط . وقال الجمهور : لا يشترط . ويتصور فوات هذا الشرط في صور .

إحداها : أن يستأجره شخص لحج ، وآخر لعمرة .

الثانية : أن يكون أجيراً لعمرة ، فيفرغ ثم يحج لنفسه .

الثالثة : أن يكون أجيراً لحج ، فيعتمر عن نفسه ، ثم يحج للمستأجر . فان قلنا بقول الجمهور ، فقد ذكروا أن نصف دم المتمتع على من يقع له الحج ، ونصفه على من تقع له العمرة . وليس هذا الاطلاق على ظاهره ، بل هو محمول على تفصيل ذكره صاحب « التهذيب » .

أما في الصورة الأولى! فقال: إن أذنًا في التمتع ، فالدم عليها نصفان ، وإلا فعلى الأجير . وعلى قياسه : إن أذن أحدهما فقط ، فالنصف على الأذن ، والنصف على الأجير . وأما في الصورتين الآخريتين ، فقال: إن أذن له المستأجر في التمتع ، فالدم عليها نصفان ، وإلا ، فالجميع على الأجير .
واعلم بعد هذا أموراً .

أحدهما : أن إيجاب (١) الدم على المستأجرين ، أو أحدهما ، مفرّع على الأصح ، وهو أن دم التمتع والقران على المستأجر ، وإلا فهو على الأجير بكل حال .
الثاني : إذا لم بأذن المستأجران أو أحدهما في الصورة الأولى ، أو المستأجر في الثالثة ، وكان ميقات البلد مميّناً في الاجارة ، أو نزّلنا المطلق عليه ، لزمه مع دم التمتع دم الاساءة لمجاوزة ميقات نسكه .

الثالث : إذا أوجبنا الدم على المستأجرين فساكنًا معمرين ، لزم كل واحد منها خمسة أيام ، لكن صوم التمتع ، بعمه في الحج ، وبعمه في الرجوع ، وهما لم يباثرا حجباً . وقد قدمنا - في فروع الاجارة ، فيمن استأجره ليقرن بقرن (٢) أو ليتمتع فتمتع ، وكان المستأجر معسراً ، وقلنا : الدم عليه - خلافاً بين صاحبي « التهذيب » و « التتمة » . فعلى قياس قول صاحب « التهذيب » : الصوم على الأجير . وعلى قياس صاحب « التتمة » : هو كما لو عجز التمتع عن الهدي والصوم جميعاً . ويجوز أن يكون الحكم كما سيأتي في التمتع إذا لم يصم في الحج ، كيف يقضي ؟ فإذا أوجبنا التفريق ، فتفريق الخمسة بنسبة الثلاثة والسبعة ، يمتنع (٣) القسمين فيكتلان ، ويصوم كل واحد منها ستة أيام ، وقس على هذا . أما إذا أوجبنا الدم في الصورتين الآخريتين على الأجير والمستأجر ، وإذا فرعنا على قول

(١) في الأصل : إيجاب ، والتصويب من مخطوطة الظاهرية .

(٢) » » : يقرن .

(٣) » » : يمتنع .

الحِضْرِي ، فاذا اعتمر عن المستأجر ، ثم حج عن نفسه ، ففي كونه مسيئاً ، الخلاف السابق فيمن اعتمر^(١) قبل أشهر الحج ثم حج من مكة ، لكن الأصح هنا : أنه مسيء ، لإمكان الاحرام بالحج حين حضر الميقات . قال الامام : فان لم يلزمه الدم ، ففوات هذا الشرط لا يؤثر إلا في فوات فضيلة التمتع على قولنا : إنه أفضل من الافراد . وإن ألزمناه الدم ، فله أثران . أحدهما : هذا . والثاني : أن التمتع لا يلزمه العود إلى الميقات . وإن عاد وأحرم منه ، سقط عنه الدم بلا خلاف . والسيء ، يلزمه العود . وإذا عاد ، ففي سقوط الدم عنه ، خلاف . وأيضاً ، فالدمان يختلف بدلهما .

الشرط السادس : يختلف فيه ، وهو نية التمتع . والأصح : أنها لا تشترط ، كما لا تشترط نية القران . فان شرطناها ، ففي وقتها أوجه . أحدها : حالة الاحرام بالعمرة . والثاني : ما لم يفرغ من العمرة . والثالث : ما لم يشرع في الحج .

الشرط السابع : أن يحرم بالعمرة من الميقات . فلو جاوزه مريداً للنسك ، ثم أحرم بها ، فالنصوص : أنه ليس عليه دم التمتع ، لكن يلزمه دم الاساءة ، فأخذ باطلاق هذا النص آخرون . وقال الأكثرون : هذا إذا كان الباقي بينه وبين مكة دون مسافة القصر . فان بقيت مسافة القصر ، فعليه الدمان جميعاً .

الشرط الثامن : يختلف فيه . حكى عن ابن خيران : اشتراط وقوع النسكين في شهر واحد ، وخالفه عامة الأصحاب .

(١) في الاصل : وفيمن اعتمر ، وما أثبتناه من غطوطة الظاهرية .

فرع

الشروط المذكورة معتبرة لوجوب الدم وفقاً وخلافاً . وهل يعتبر في نفس التمتع ؛ فيها وجهان . أحدهما : نعم . فلو فات شرط ، كان مفرداً . وأشهرهما : لا يعتبر . ولهذا قال الأصحاب : يصح التمتع والقران من المكي ، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله .

فرع

إذا اعتمر ولم يُرد المود إلى الميقات ، لزمه أن يحرم بالحج من مكة ، وهي في حقه كهي في حق المكي . والكلام في الموضع الذي هو أفضل لإحرامه ، وفيما لو خالف فأحرم خارج مكة في الحرم أو خارجه ، ولم يعد إلى الميقات ، ولا إلى مسافته على ما ذكرنا في المكي . وإذا اقتضى الحال وجوب دم الاساءة ، وجب أيضاً مع دم التمتع .

فصل

التمتع ، يلزمه دم شاة بصفة الأضحية . ويقوم مقامها سبع بدنة ، أو سبع بقرة . ووقت وجوبه ، الاحرام بالحج . وإذا وجب ، جاز إراقته ، ولم يتوقت بوقت كسائر دماء الجبرانات ، لكن الأفضل إراقته يوم النحر . وهل يجوز إراقته بعد التحلل من الممرة . وقبل الاحرام بالحج ؟ قولان . وقيل : وجهان . أظهرهما :

المجواز . فعلى هذا ، هل يجوز قبل التحلل من العمرة ؟ ^(١) وجهان . أصحها : لا .
وقيل : لا يجوز قطعاً ، ولا يجوز قبل الشروع في العمرة بخلاف .

فرع

إذا عدم التمتع بالدم في موضعه ، لزمه صوم عشرة أيام ، سواء كان له مال غائب في بلده ، أو غيره ، أم لم يكن ، بخلاف الكفارة ، فإنه يعتبر في الانتقال إلى الصوم فيها عدم مطلقاً . والفرق أن بدل الدم موقت بكونه في الحج ، ولا توقيت في الكفارة . ثم إن الصوم يقسم ، ثلاثة أيام ، وسبعة . فالثلاثة بصومها في الحج ، ولا يجوز تقديمها على الإحرام بالحج ، ولا يجوز صوم شيء منها في يوم النحر . وفي أيام التشريق قولان تقدم في كتاب « الصيام » . ويستحب أن يصوم جميع الثلاثة قبل يوم عرفة ، لأنه يستحب للحاج فطر يوم عرفة ، وإنما يمكنه هذا إذا تقدم إحرامه بالحج على اليوم السادس من ذي الحجة . قال الأصحاب : المستحب للمتمتع الذي هو من أهل الصوم ، أن يحرم بالحج قبل السادس . وحكى الحناطي وجهاً : أنه إذا لم يتوقع هدياً ، وجب تقديم الإحرام بالحج على السابع ، يمكنه صوم الثلاثة قبل يوم النحر . وأما واحد الهدي ، فيستحب أن يحرم بالحج يوم التروية ، وهو الثامن من ذي الحجة ، ويتوجه بعد الزوال إلى منى . وإذا فات صوم الثلاثة في الحج ، لزمه قضاؤها ، ولادم عليه . وعن ابن سريج ، وأبي إسحاق تجريع قول : أنه بسقط الصوم ويستقر الهدي في ذمته .

واعلم أن فواتها يحصل بفوات يوم عرفة إن قلنا : إن أيام التشريق لا يجوز صومها ، وإلا حصل الفوات بخروج أيام التشريق . ولا خلاف أنها تقوت بفوات أيام التشريق . حتى لو تأخر طواف الزيارة عن أيام التشريق ، كان بعداً في

(١) في الأصل : قبل التحلل والعمرة ، وما أبتناه من مخطوطة الظاهرية .

الحج ، وكان صوم الثلاثة بعد التشريق قضاءً وإن بقي الطواف ، لأن تأخره بعيد في العادة ، فلا يقع مراداً من قول الله تعالى : (ثلاثة أيام في الحج) [البقرة : ١٩٦] هكذا حكاه الامام وغيره . وفي « التهذيب » حكاية وجه ضعيف ينازع فيه .

فرع

وأما السبعة ، فوقتها إذا رجع . وفي المراد بالرجوع ، قولان . أظهرهما : الرجوع إلى الأهل والوطن ، نص عليه في « المختصر » وحرمة . والثاني : أنه الفراغ من الحج . فإن قلنا بالأول ، فإن توطن مكة بعد فراغه من الحج ، صام بها . وإن لم يتوطنها ، لم يجز صومه بها . وهل يجوز في الطريق إذا توجه إلى وطنه؟ فيه طريقان . المذهب : لا يجوز ، وبه قطع المراقبون . والثاني : وجهان . أحدهما : لا يجوز . وإذا قلنا : إنه الفراغ ، فلو أخره حتى يرجع إلى وطنه ، جاز . وهل هو أفضل ، أم التقديم ؟ قولان . أظهرهما : التأخير أفضل ، للخروج من الخلاف . والثاني : التقديم مبادرة إلى الواجب . ولا يصح صوم شيء من السبعة في أيام التشريق بلا خلاف وإن قلنا : إنها قابلة للصوم ، سواء قلنا : المراد بالرجوع الفراغ ، أو الوطن ، لأنه بمقد في الحج وإن حصل التحلل . وحكي قول : إن المراد بالرجوع ، الرجوع إلى مكة من منى . وجعل إمام الحرمين والنزالي هذا قولاً سوى قول الفراغ من الحج ، ومقتضى كلام كثير من الأئمة : أنها شيء واحد ، وهو الأشبه . وعلى تقدير كونه قولاً آخر ، يتفرع عليه ، أنه لو رجع من منى إلى مكة ، صح صومه وإن تأخر طواف الوداع .

فرع

إذا لم يصم الثلاثة في الحج ، ورجع ، لزمه صوم المشرة . وفي الثلاثة ، القول المخرج الذي سبق . فعلى المذهب : هل يجب التفريق في القضاء بين الثلاثة والسبعة ؟ قولان . وقيل : وجهان . أصحها عند الجمهور : يجب . والأصح عند الامام : لا يجب . فعلى الأول ، هل يجب التفريق بقدر ما يقع تفريق الأداء ؟ قولان . أحدهما : لا ، بل يكفي التفريق يوم ، نص عليه في « الاملاء » . وأظهرها : يجب . وفي قدره أربعة أقوال تتولد من أصلين سبقا ، وهما صوم المتمتع أيام التشريق ، وأن الرجوع ماذا ؟ فإن قلنا : ليس للمتمتع صوم التشريق ، وأن الرجوع إلى الوطن ، فالتفريق بأربعة أيام . ومدة إمكان السير إلى أهله ، على المادة الغالبة . وإن قلنا : ليس له صومها ، وأن الرجوع ، الفراغ ، فالتفريق بأربعة فقط . وإن قلنا : له صومها ، وأن الرجوع إلى الوطن ، فالتفريق بمدة إمكان السير . وإن قلنا : له صومها ، والرجوع ، الفراغ ، فوجهان . أصحها : يجب التفريق . والثاني : لا بد من التفريق يوم . فإن أردت حصر الأقوال التي تحجب فيمن لم يصم الثلاثة في الحج مختصراً ، حصلت ستة . أحدها : لا صوم ، بل ينتقل إلى الهدي . والثاني : عليه صوم عشرة ، متفرقة أو متتابعة . والثالث : عشرة ، ويفرق يوم فصاعداً . والرابع : يفرق بأربعة . ومدة إمكان السير إلى الوطن . والخامس : يفرق بأربعة فقط . والسادس : بمدة إمكان السير فقط .

قلت : المذهب منها : هو الرابع . والله أعلم

ولو صام عشرة متوالية ، وقلنا بالمذهب ، وهو وجوب قضاء الثلاثة ، أجزاء إن لم نشترط التفريق . فإن شرطناه واكتفينا بيوم ، لم يعتد باليوم الرابع ، ويحسب

ما بعده ، فيصوم يوماً آخر . هذا هو الصحيح المعروف . وفي وجه : لا يمتد شيء سوى الثلاثة . وفي وجه للاصطخري : لا يمتد بالثلاثة أيضاً إذا فوى التتابع ، وهما شاذان . وإن شرطنا التفريق بأكثر من يوم ، لم يمتد بذلك القدر .

فرع

كل واحد من صوم الثلاثة ، والسبعة ، لا يجب فيه التتابع ، لكن يستحب . وحكي في وجوب التتابع قول مخرّج من كفارة اليمين ، وهو شاذ ضعيف .

فرع

إذا شرع في صوم الثلاثة أو السبعة ، ثم وجد الهدي ، لم يلزمه الهدي ، لكن يستحب . وقال المزني : يلزمه . ولو أحرم بالحج ولا هدي ، ثم وجده قبل الشروع في الصوم ، بني على أن المعتبر في الكفارة حال الوجوب ، أم الأداء ، أم أغلظها ؟ إن اعتبرنا حال الوجوب ، أجزاء الصوم ، وإلا لزم الهدي ، وهو نصه في هذه المسألة .

فرع

التمتع الواجد للهدي ، إذا مات قبل فراغ الحج ، هل يسقط عنه الدم ؟ قولان . أظهرهما : لا يسقط ، بل يخرج من تركته ، لوجود سبب الوجوب . ولو مات بعد فراغ الحج ، أخرج من تركته بلا خلاف . فأما الصوم ، فإن مات قبل التمكن منه ، فقولان . أظهرهما : يسقط ، لعدم التمكن ، كصوم رمضان . والثاني :

يهدي عنه ، وهذا القول يتصور فيما إذا لم يجد الهدي في موضعه ، وله بيلده مال ، أو وجده بثمان غال . وإن تمكن من الصوم ، فلم يصم حتى مات ، فهل هو كصوم رمضان ؟ فيه طريقان . أصحها : نعم ، فيصوم عنه وليه على القديم . وفي الجديد : يطعم عنه من تركته لكل يوم مد . فإن كان تمكن من الايام العشرة ، فعشرة أمداد ، وإلا فبالقسط . وهل يتعين صرفه إلى فقراء الحرم ، أم يجوز إلى غيرهم أيضاً ؟ قولان . أظهرهما : الثاني . والطريق الثاني : لا يكون كصوم رمضان . فعلى هذا قولان . أظهرهما : الرجوع على الدم ، لأنه أقرب إلى هذا الصوم من الأمداد ، فيجب في ثلاثة أيام إلى العشرة شاة ، وفي يوم ثلث شاة ، وفي يومين ثلثاها . وعن أبي إسحاق إشارة إلى أن اليوم واليومين ، كاتلاف الشعرة والشعرتين من الحرم . وفي الشعرة ، ثلاثة أقوال . أحدها : مد . والثاني : درم . والثالث : ثلث شاة . والقول الثاني : لا يجب شيء أصلاً . وأما التمكن المذكور ، فصوم الثلاثة ، يتمكن منه بأن يحرم بالحج لزم من يسع صومها قبل الفراغ ، ولا يكون عارض من مرض وغيره . وذكر الامام : أنه لا يجب شيء في تركته ما لم ينته إلى الوطن ، لأن دوام السفر كدوام المرض ، فلا يزيد تأكيد الثلاثة على صوم رمضان . وهذا الذي قاله ، غير واضح ، لأن صوم الثلاثة ، يتعين إيقاعه في الحج بالنص . وإن كان مسافراً ، فلا يكون السفر عذراً فيه ، بخلاف رمضان . وأما السبعة ، فإن قلنا : الرجوع إلى الوطن ، فلا تمكن قبله . وإن قلنا : الفراغ من الحج ، فلا تمكن قبله . ثم دوام السفر عذر على ما قاله الامام . وقال القاضي حسين : إذا استحبنا التأخير إلى أن يصل الوطن تفرماً على قول الفراغ ، فهل يفدى عنه إذا مات ؟ وجهان .

باب الاحرام

ينبغي لمريد الاحرام ، أن ينوي ويلبي . فان لبى ولم ينو ، فنص في رواية الربيع : أنه يلزمه ما لبى به . وقال في « المختصر » : وإن لم يرد حجاً ولا عمرة ، فليس بشيء . واختلف الأصحاب على طريقين . المذهب : القطع بأنه لا ينمقد إحرامه . وتأويل قتل الربيع ، على ما إذا أحرم مطلقاً ، ثم تلفظ بنسك معين ولم ينو ، فيجعل لفظه تعييناً للاحرام المطلق . والطريق الثاني : على قولين . أظهرهما : لا ينمقد إحرامه ، لأن الاعمال بالنيات . والثاني : يلزمه ما سمي ، لأنه التزمه بقوله . وعلى هذا ، لو أطلق التلبية ، انمقد الاحرام مطلقاً ، يصرفه إلى ما شاء من كلا النسكين ، أو أحدهما .

قلت : هذا القول ، ضعيف جداً ، والتأويل المذكور ، أضعف منه ، لأننا منذكر قريباً - إن شاء الله تعالى - أن الاحرام المطلق ، لا يصح صرفه إلا بنية القلب . والله أعلم

واعلم أن نصه في « المختصر » ، يحتاج إلى قيد آخر ، يعني : لم يرد حجاً ولا عمرة ، ولا أصل الإحرام (١) ، هذا كله إذا لبى ولم ينو . فلو نوى ولم يلب ، انمقد إحرامه على الصحيح الذي قاله الجمهور . وقال أبو علي بن خيران وابن أبي هريرة ، وأبو عبد الله الزيري : لا ينمقد إلا بالتلبية . وحكى الشيخ

(١) في الاصل : - للاحرام ، وما أبتناه من غلظة الظاهرية .

أبو محمد وغيره قولاً للشافعي رحمة الله عليه : أنه لا ينمقد إلا بالتلبية ، لكن يقوم مقامها سوق الهدي ، وتقليده ، والتوجه معه . وحكى الحناطي هذا القول في الوجوب دون الاشتراط ، وذكر تقريباً عليه : أنه لو ترك التلبية ، لزمه دم . قلت : صفة النية : أن ينوي الدخول في الحج أو العمرة أو فيهما والتلبس به . والواجب : أن ينوي هذا بقلبه . فان ضم إلى نية القلب التلفظ ، كان أفضل .
والله أعلم

فرع

إذا قلنا بالذهب : إن التعبير هو النية ، فلو لبى بالعمرة ونوى الحج ، فهو حاج ، وبالعكس معتمر . ولو تلفظ بأحدهما ، ونوى القران ، فقارن . ولو تلفظ بالقران ، ونوى أحدهما ، فهو لما نوى .

فرع

الاحرام حالان . أحدهما : ينمقد مميئاً ، بأن ينوي أحد النسكين بعينه ، أو كليهما . فلو أحرم بحجتين ، أو عمرتين ، انمقدة واحدة فقط ، ولم يلزمه الأخرى . الثاني : ينمقد مطلقاً ، بأن ينوي نفس الاحرام ، ولا يقصد القران ، ولا أحد النسكين ، وهذا جائز بلا خلاف . ثم ينظر ، إن أحرم في أشهر الحج ، فله صرفه إلى ماشاء ، من حج ، أو عمرة ، أو قران ، ويكون التميين بالنية ، لا باللفظ ، ولا يجزئه العمل قبل النية . وإن أحرم قبل الأشهر ، فان صرفه إلى العمرة ، صح ، وإن صرفه إلى الحج بعد دخول الأشهر ، فوجهان . الصحيح : لا يجوز ، بل انمقد لإحرامه . والثاني : ينمقد مبهماً ، وله صرفه بعد دخول الأشهر ، إلى

حج ، أو قران . فان صرفه إلى الحج قبل الأشهر ، كان كمن أحرم بالحج قبل الأشهر ، وقد سبق بيانه .

فرع

هل الأفضل إطلاق الاحرام ، أم تسمينه ؟ قولان : قال في « الاملاء » : الاطلاق أفضل . وفي « الام » : التمين أفضل ، وهو الأظهر . فعلى هذا ، هل يستحب التلفظ في تليته بما عينه ؟ وجهان : الصحيح المنصوص : لا ، بل يقتصر على النية . والثاني : يستحب ، لأنه أبعد عن النسيان .

فصل

إذا أحرم عمرو بما أحرم به زيد ، جاز . ثم لزيد أحوال .
أحدها : أن يكون محرماً ، ويمكن مرفة ما أحرم به ، فينمقد لعمرو مثل إحرامه ، إن كان حجاً ، فحج . وإن كان عمرة ، فعمرة . وإن كان قرانا ، فقران .
قلت : وإن كان زيد أحرم بممرة بنية التمتع ، كان عمرو محرماً بممرة ، ولا يلزمه التمتع . والله أعلم .

وإن كان مطلقاً ، انمقد إحرام عمرو مطلقاً أيضاً ، ويتخير كما يتخير زيد ، ولا يلزمه الصرف إلى ما يصرف إليه زيد . وحكي وجه : أنه يلزمه ، وهو شاذ ضيف . قال في « التهذيب » : إلا إذا أراد إحراماً كإحرام زيد بعد تسمينه . وإن كان إحرام زيد فاسداً ، فهل ينمقد إحرام عمرو مطلقاً ، أم لا ينمقد أصلاً ؟ وجهان .

قلت : الأصح : انمقاده . قال القاضي أبو الطيب : وهذان الوجهان كالوجهين
فيمن نذر صلاة فاسدة ، هل ينمقد نذره بصلاة صحيحة ، أم لا ينمقد ؟ والأصح :
لا ينمقد . والله أعلم

وإن كان زيد أحرم مطلقاً ، ثم عينه قبل إحرام عمرو ، فوجهان . أحدهما :
ينمقد إحرام عمرو مطلقاً . والثاني : معيناً ، ويجري الوجهان فيما لو أحرم زيد
بعمرة ، ثم أدخل عليها الحج ، فعلى الأول : يكون عمرو معتمراً ، وعلى الثاني :
قارناً ، والوجهان فيما إذا لم يخطر له التشبيه بإحرام زيد في الحال ، ولا في أوله ،
فإن خطر التشبيه بأوله ، أو بالحال ، فلا اعتبار بما خطر بلا خلاف . ولو أخبره
زيد بما أحرم به ، ووقع في نفسه خلافة ، فهل يعمل بخبره ، أو بما وقع
في نفسه ؟ وجهان .

قلت : أحدهما : بخبره . والله أعلم

ولو قال له : أحرمت بالعمرة ، فعمل بقوله ، فإن أنه كان محرماً بالحج ، فقد
بان أن إحرام عمرو كان منمقداً بحج . فإن فات الوقت ، تحلل وأراق دمأ . وهل
الدم في ماله ، أو مال زيد ، للتغير ؟ وجهان .

قلت : أحدهما : في ماله . والله أعلم

الحال الثاني : أن لا يكون زيد محرماً أصلاً ، فينظر إن كان عمرو جاهلاً
به ، انمقد إحرامه مطلقاً ، لأنه جزم بالإحرام . وإن كان عالماً بأنه غير محرم ،
بأن علم موته ، فطريقان . المذهب الذي قطع به الجمهور : أنه ينمقد إحرام عمرو
مطلقاً . والثاني : على الوجهين . أحدهما : هذا . والثاني : لا ينمقد أصلاً ، كما
كما لو قال : إن كان زيد محرماً ، فقد أحرمت ، فلم يكن محرماً . والصواب :
الأول . ويخالف قوله : إن كان زيد محرماً ، فإنه تعليق لأصل الإحرام . فلهذا
يقول : إن كان زيد محرماً ، فهذا المطلق محرم ، وإلا ، فلا .

وأما هنا ، فأصل الاحرام مجزوم به . واحتجوا للمذهب بصورتين نص عليها في « الأم » .

أحدهما : لو استأجره رجلان ليحج عنها ، فأحرم عنها ، لم ينقصد عن واحد منها ، وانقصد عن الأجير ، لأن الجمع بينها متعذر ، فلفت الاضافة ، وسواء كانت الاجارة في الزمة ، أم على العين ، لأنه وإن كانت إحدى إجارتى العين فاسدة ، إلا أن الاحرام عن غيره لا يتوقف على صحة الاجارة .

الصورة الثانية : لو استأجره رجل ليحج عنه ، فأحرم عن نفسه وعن المستأجر ، لفت الاضافتان ، وبقي الاحرام للأجير . فلما لفت الاضافة في الصورتين ، وبقي أصل الاحرام ، جاز أن يلفو هنا التشبيه ، ويبقى أصل الاحرام .

الحال الثالث : أن يكون زيد محرماً ، وتتمذر مراجعته ، لجنون ، أو غيبة ، أو موت . ولهذه المسألة مقدمة ، وهي لو أحرم بأحد النسكين ، ثم نسيه ، قال في القديم : أحب أن يقرن . وإن تحرى ، رجوت أن يجزئه . وقال في الجديد : هو قارن . وللاصحاب فيه طريقان . أحدهما : القطع بجواز التحري . وتأويل الجديد على ما إذا شك ، هل أحرم بأحد النسكين ، أم قرن ؟ وأصحها وبه قطع الجمهور : أن المسألة على قولين . القديم : جواز التحري ، ويعمل بظنه . والجديد : لا يتحرى . فإن قلنا بالقديم ، فتحرئ ، مضى فيما ظنه من النسكين ، وأجزأه على الصحيح . وقيل : لا يجزئه الشك . وفائدة التحري : الخلاص من الاحرام ، وهذا شاذ ضعيف . وإن قلنا بالجديد ، فالشك صورتان .

إحدهما : أن يعرض قبل الاتيان بشيء من الأعمال ، فلفظ النص : أنه قارن . وقال الأصحاب : معناه : أن ينوي القران ، ويجعل نفسه قارناً . وحكي قول أنه (١) يصير قارناً بلانية ، وهو شاذ ضعيف . ثم إذا نوى القران وأتى بالأعمال ،

(١) في الاصل : أن .

تحلل وبرئت ذمته عن الحج ييقين ، وأجزأه عن حجة الاسلام ، لأنه إن كان محرماً بالحج ، لم يضر تجديد العمرة بعده ، سواء قلنا : يصح إدخالها عليه ، أم لا . وإن كان محرماً بالعمرة ، فادخل الحج عليها قبل الشروع في أعمالها ، جائز . وأما العمرة ، فإن جوازنا إدخالها على الحج ، أجزأته عن عمرة الاسلام ، وإلا فوجهان . أصحابها : لا تجزئه ، لاحتمال تأخر العمرة . والثاني : تجزئه ، قاله أبو إسحاق .

ويكون الاشتباه عذراً في جواز تأخيرها . فإن قلنا : تجزئ ، لزمه دم القران ، فإن لم يجد ، صام عشرة أيام ، ثلاثة في الحج ، وسبعة إذا رجع . وإن قلنا : لا تجزئه العمرة ، لم يجب الدم على الأصح . وقولنا : يجعل نفسه قارناً ، ليس على سبيل الالتزام . قال الامام : لم يذكر الشافعي رحمة الله عليه القران على معنى أنه لا بد منه ، بل ذكره على أنه ليستفيد منه الشاك التحلل مع براءة الذمة من النسكين . فلو اقتصر بعد النسيان على الاحرام بالحج ، وأتى بأعماله ، حصل التحلل قطعاً ، وتبرأ ذمته عن الحج ، ولا تبرأ عن العمرة ، لاحتمال أنه أحرم ابتداءً بالحج . وعلى هذا القياس : لو اقتصر على الاحرام بالعمرة ، وأتى بأعمال القران ، حصل التحلل ، وبرئت ذمته من العمرة إن جوازنا إدخالها على الحج ، ولا تبرأ عن الحج ، لاحتمال أنه أحرم ابتداءً بعمرة ولم يغيرها . ولو لم يجد إحراماً بعد النسيان ، واقتصر على الاتيان بعمل الحج ، حصل التحلل ، ولا تبرأ ذمته عن واحد من النسكين ، لشكه فيما أتى به . ولو اقتصر على عمل العمرة ، لم يحصل التحلل ، لاحتمال أنه أحرم بالحج ولم يتم أعماله .

الصورة الثانية : [أن] يمرض الشك بعد الاتيان بشيء من الأعمال ، وله أحوال . أحدها : أن يمرض بعد الوقوف برفة ، وقبل الطواف ، فإذا نوى القران ، فيجزئه الحج ، لأنه إن كان محرماً به ، فذاك . وإن كان بالعمرة ، فقد أدخله عليها^(١) قبل الطواف ،

(١) في الاصل : عليه .

وذلك جائز . ولا تجزئه العمرة إذا قلنا بالمذهب : إنه لا يجوز إدخالها على الحج بعد الوقوف وقبل الشروع في التحلل . وهذا الحال مفروض فيما إذا كان وقت الوقوف باقياً عند مصيره قارناً ثم وقف ثانياً ، وإلا ، فيحتمل أنه كان محرماً بالعمرة ، فلا يجزئه ذلك الوقوف عن الحج .

الحال الثاني : أن يمرض بعد الطواف وقبل الوقوف ، فإذا نوى القران ، وأتى بأفعال القران ، لم يجزئه الحج ، لاحتمال أنه كان محرماً بالعمرة ، فيمتنع إدخال الحج عليها بعد الطواف . وأما العمرة ، فإن قلنا بجواز إدخالها على الحج بعد الطواف ، أجزأته ، وإلا ، فلا ، وهو المذهب . وذكر ابن الحداد في هذه الحال ، أنه يتم أعمال العمرة ، بأن يصلي ركعتي الطواف ، ويسعى ، ويحلق أو يقصر ، ثم يحرم بالحج ، ويأتي بأعماله . فإذا فعل هذا ، صح حجه ، لأنه إن كان محرماً بالحج ، لم يضر تجديد إحرامه . وإن كان بالعمرة ، فقد^(١) تمتع ، ولا تصح عمرته ، لاحتمال أنه كان محرماً بالحج ، ولا تدخل العمرة عليه إذا لم ينو القران . قال الشيخ أبو زيد ، وصاحب « التقريب » والأكثر : إن فعل هذا ، فالجواب ما ذكره . لكن لو استفتانا ، لم نفتحه به ، لاحتمال أنه كان محرماً بالحج وإن كان هذا الحلق يقع في غير أوانه . وهذا ، كما لو ابتلعت دجاجة لإنسان جوهرة لغيره ، لا يفتى صاحب الجوهرة بذبحها وأخذ الجوهرة . فلو ذبح ، لم يلزمه إلا قدر التفاوت بين قيمتها حية ومذبوحة ، وكذا لو تقابلت دابتان لشخصين^(٢) على شاطئ ، وتمذر مرورها ، لا يفتى أحدهما باهلاك دابة الآخر ، لكن لو فعل ، خلص دابته ، ولزمه قيمة دابة صاحبه ، واختار النزالي قول ابن الحداد . ووجه الشيخ أبو علي : بأن الحلق في غير وقته ، يباح بالمعذر ، كمن به أذى من رأسه ، فضرر الاشتباه لو لم يحلق أكثر ، فإنه يفوت الحج ، وسواء أفتيناه بما قاله

(١) في الاصل : قد .

(٢) في الاصل : لشخص .

ابن الحداد ، أم لم نفته ، ففعل ، لزمه دم ، لأنه إن كان محرماً بحج ، فقد حلق في غير وقته ، وإن كان بعمره ، فقد تمتع ، فيريق دماً عن الواجب عليه ، ولا يعين الجهة كما في الكفارة . فإن كان معسراً لا يجبد دماً ولا طعاماً ، صام عشرة أيام كصوم المتمتع . فإن كان الواجب دم المتمتع ، فذاك ، وإن كان دم الحلق ، أجزأه ثلاثة أيام ، والباقي تطوع . ولا يعين الجهة في صوم الثلاثة ، ويجوز تعيين المتمتع في صوم السبعة . ولو اقتصر على صوم ثلاثة ، هل تبرأ ذمته ؟ مقتضى كلام الشيخ أبي علي : أنه لا تبرأ . قال الامام : ويحتمل أن تبرأ ، وعبر الغزالي في « الوسيط » عن هذين وجهين . ويجزئه الصوم مع وجود الطعام ، لأنه لا مدخل للطعام في المتمتع . وفدية الحلق على التخير . ولو أطعم ، هل تبرأ ذمته ؟ فيه كلاما الشيخ والامام . هذا كله إذا استجمع الرجل شروط وجوب دم المتمتع ، فإن لم يستجمعها ، كالكي ، لم يجب الدم ، لأن دم المتمتع مفقود ، والأصل ، عدم الحلق . وإذا جوز أن يكون إحرامه أولاً بالقران ، فهل يلزمه دم آخر مع الدم الذي وصفناه ؟ فيه الوجهان السابقان .

الحال الثالث : أن يمرض الشك بعد الطواف والوقوف . فإن أتى بيقية أعمال الحج ، لم يحصل له حج ولا عمرة . أما الحج ، فلجواز أنه كان محرماً بعمره ، فلا ينفعه الوقوف . وأما العمرة ، فلجواز أنه كان محرماً بحج ، ولم يدخل عليه العمرة . فإن نوى القران ، ولبي ، وأتى بأعمال القران ، فاجزاء العمرة يبنى على أنها ، هل تدخل على الحج بعد الوقوف ؟ ثم قياس المذكور في الحال السابق . ثم لو أتم أعمال العمرة ، وأحرم بالحج ، وأتى بأعماله مع الوقوف ، أجزأه الحج ، وعليه دم كما سبق . ولو أتم أعمال الحج ، ثم أحرم بعمره ، وأتى بأعمالها ، أجزأته العمرة .

فرع

لو تمتع بالعمرة إلى الحج ، فطاف للحج طواف الافاضة ، ثم بان له أنه كان محدثاً في طواف العمرة ، لم يصح طوافه ذلك ، ولا سمي به ، وبأن أن حلقه وقع في غير وقته ، ويصير باحرامه بالحج مدخلاً الحج على العمرة قبل الطواف ، فيصير قارناً ، ويجزئه طوافه وسعيه في الحج عن الحج ، وعليه دمان ، دم القران ، ودم الحلق . وإن بان أنه كان محدثاً في طواف الحج ، توشاً وأعاد الطواف والسمي ، وليس عليه إلا دم التمتع إذا استجمعت شروطه . فلو شك في أي الطوافين كان حدثه ، فعليه إعادة الطواف والسمي . فاذا أعادها ، صح حجه وعمرته ، وعليه دم ، لأنه قارن أو متمتع ، وينوي بإراقته الواجب عليه ، ولا تعين الجهة . وكذا لو لم يجد الدم فصام . والاحتياط : أن يريق دماً آخر ، لاحتمال أنه حلق قبل الوقت . فلو لم يحلق في العمرة ، وقلنا : الحلق استباحة محظور ، فلا حاجة إليه . وكذا لا يلزمه عند تبين الحدث في طواف العمرة ، إلا دم واحد . ولو كانت المسألة بحالها ، لكن جامع بعد العمرة ، ثم أحرم بالحج ، فهذه المسألة تفرع على أصلين .

أحدهما : جماع الناسي ، هل يفسد النسك ويوجب الفدية كالمسد ؟ فيه قولان .

الثاني : إذا أفسد العمرة بجماع ، ثم أدخل الحج عليها ، هل يدخل ويصير محرماً بالحج ؟ وجهان . أصحهما عند الأكثرين : يصير محرماً بالحج ، وبه قال ابن سريج ، والشيخ أبو زيد . فعلى هذا ، هل يكون الحج صحيحاً مجزئاً ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، لأن الفساد متقدم . وأصحهما : لا . فعلى هذا ، هل ينعقد فاسداً ، أو صحيحاً ثم يفسد ؟ وجهان . أحدهما : ينعقد صحيحاً ثم يفسد ،

كما لو أحرم مجامعاً . وأصحها : ينقذ فاسداً . ولو انقذ صحيحاً ، لم يفسد ،
 إذ لم يوجد بعد انعقاده مفسد . فإن قلنا : ينقذ فاسداً ، أو صحيحاً ثم يفسد ،
 مضى في النسكين وقضاهما . وإن قلنا : ينقذ صحيحاً ولا يفسد ، قضى العمرة
 دون الحج . وعلى الأوجه الثلاثة : يلزمه دم القران ، ولا يجب للافساد إلا بدنة
 واحدة ، كذا قاله الشيخ أبو علي . وحكى الإمام : وجهين آخرين ، إذا حكمنا
 بانقذ حجه فاسداً . أحدهما : يلزمه بدنة أخرى ، لفساد الحج . والثاني : يلزمه
 البدنة للعمرة ، وشاة للحج ، كما لو جامع ، ثم جامع . إذا عرفت هذين الأصلين ،
 فانظر ، إن كان الحدث في طواف العمرة ، فالطواف والسعي فاسدان ، والجماع واقع
 قبل التحلل ، لكن لا يُعلم كونه قبل التحلل ، فهل يكون كالتاسي ؟ فيه طريقتان .
 أحدهما : نعم ، وبه قطع الشيخ أبو علي . والثاني : لا . فإن لم تفسد العمرة به ،
 صار قارناً وعليه دم للقران ، ودم للحلق قبل وقته إن كان حلق كما سبق .
 وإن أفسدنا العمرة ، فمليه للافساد بدنة ، وللحلق شاة . وإذا أحرم بالحج ، فقد
 أدخله على عمرة [فاسدة] ^(١) ، فإن لم يدخل ، فهو في عمرته كما كان ، فيتحلل
 منها ويقضيها . وإن دخل وقلنا بفساد الحج ، فمليه بدنة للافساد ، ودم للحلق قبل
 وقته ، ودم للقران ، ويعضي في فاسدهما ثم يقضيها . وإن قال : كان الحدث قبل
 طواف الحج ^(٢) ، فمليه إعادة الطواف والسعي ، وقد صح نسكاه ، وليس عليه إلا دم
 التمتع . وإن قال ^(٣) : لا أدري في أي الطوافين كان ، أخذ في كل حكم باليقين ،
 فلا يتحلل ما لم يمد الطواف والسعي ، لاحتمال أن حدثه كان في طواف الحج ،
 ولا يخرج عن عهدة الحج والعمرة ، إن كانا واجبين عليه ، لاحتمال كونه محدثاً

(١) زيادة من مخطوطة الظاهرية .

(٢) في نسخة الظاهرية : وإن قال : كان الحدث في طواف الحج .

(٣) في الاصل : وإن قاله .

في طواف العمرة ، وتأثير الجماع في إفساد النسكين على المذهب ، فلا تبرأ ذمته بالشك . وإن كان متطوعاً ، فلا قضاء ، لاحتمال أن لا فساد ، وعليه دم إما للتمتع إن كان الحدث في [طواف] (١) الحج . وإما للحلق (٢) إن كان في طواف العمرة . ولا تلزمه البدنة لاحتمال أنه لم يفسد العمرة ، لكن الاحتياط ذبح بدنة وشاة إذا جاوزنا إدخال الحج على العمرة الفاسدة ، لاحتمال أنه صار قارناً بذلك . هذا آخر المقدمة .

فاذا تمذّرت معرفة إحرام زيد ، فطريقان . أحدهما : يكون عمرو كمن نسي ما أحرم به . وفيه القولان : القديم والجديد . والطريق الثاني وهو المذهب ، وبه قال الأكثرون : لا يتحرى بحال ، بل ينو القران . وحكوه عن نسه في القديم . والفرق ، أن الشك في مسألة النسيان وقع في فعله ، فله سبيل إلى التحري ، بخلاف إحرام زيد .

فرع

هذا الذي ذكرناه من الأحوال الثلاثة لزيد ، هو فيما إذا أحرم عمرو في الحال بأحرام كل إحرام زيد . أما لو علّق إحرامه فقال : إذا أحرم زيد ، فأنا محرم ، فلا يصح إحرامه ، كما لو قال : إذا جاء رأس الشهر ، فأنا محرم . هكذا نقله صاحب « التهذيب » وغيره . ونقل في « المتعمد » في صحة الاحرام المعلق بطولوع الشمس ونحوه وجهين . وقياس تجويز تعليق أصل الاحرام بأحرام الغير ، تجويز هذا ، لأن التعليق موجود في الحالين ، إلا أن هذا تعليق بمستقبل ، وذلك تعليق بحاضر ، وما يقبل التعليق من المقود ، يقبلها جميعاً .

(١) زيادة من مخطوطة الظاهرية .

(٢) في الاصل : الحلق .

قلت : قال الروياني : لو قال أحرمت كاحرام زيد وعمرو ، فإن كانا محرمين بنسك متفق ، كان كأحدهما . وإن كان أحدهما بمرة ، والآخر بحج ، كان هذا المعلق قارنا ، وكذا إن كان أحدهما قارنا . قال : ولو قال : كاحرام زيد الكافر ، وكان الكافر قد أتى بصورة إحرام ، فهل ينقذ له ما أحرم به الكافر ، أم ينقذ مطلقاً ؟ وجهان ، وهذا ضعيف أو غلط ، بل الصواب انقاده مطلقاً . قال الروياني : قال أصحابنا : لو قال : أحرمت يوماً أو يومين ، انقذ مطلقاً كالطلاق . ولو قال : أحرمت بنصف نسك ، انقذ بنسك كالطلاق . وفيما نقله ، نظر . والله أعلم

فصل

في سنن الإهرام

من سننه : الغسل إذا أراه . يستوي في استحبابه ، الرجل ، والصبي ، والحائض ، والنفساء . ولو أمكن الحائض المقام بالميقات حتى تطهر ، فالأفضل أن تؤخر الإحرام حتى تطهر ، فتغتسل ليقع إحرامها في أكمل أحوالها . وحكي قول : أن الحائض والنفساء ، لا يسن لهما الغسل ، وهو شاذ ضعيف . وإذا اغتسلنا ، فوتا . ولإمام الحرمين في نيتها احتمال . فإن عجز المحرم عن الماء ، تيمم ، نص عليه في « الأم » . وذكرنا في غسل الجمعة احتمالاً للإمام ، أنه لا تيمم ، وذلك عائد هنا . وإذا وجد ماءً لا يكفي للغسل ، توضأ ، قاله في « التهذيب » . قلت : هذا الذي قاله في « التهذيب » ، قاله أيضاً المحامي . فإن أراد أنه يتوضأ ، ثم يتيمم ، فحسن . وإن أراد الاقتصاد على الوضوء ، فليس بجيد^(١) لأن المطلوب هو الغسل ، فالتيمم يقوم مقامه دون الوضوء . والله أعلم

(١) في هامش الاصل : بحسن « نسخة » .

ويسن الفسل للحاج في موطن . أحدها : عند الاحرام . والثاني : لدخول مكة . والثالث : للوقوف برفة . والرابع : للوقوف بمزدلفة بعد الصبح يوم النحر . والخامس ، والسادس ، والسابع : ثلاثة أغسال لرمي جمار أيام التشريق . وهذه الأغسال ، نص عليها الشافعي ، رحمة الله عليه ، قديماً وجديداً . ويستوي في استجابها ، الرجل والمرأة . وحكم الحائض ومن لم يجد ماءً ، كما سبق في غسل الاحرام . وزاد في القديم ثلاثة أغسال : لطواف الافاضة ، والوداع ، وللحلق . ولم يستجبه لرمي جرة العقبة ، اكتفاءً بغسل الميـد ، ولأن وقته متسع ، بخلاف رمي أيام التشريق .

قلت : قال الشافعي رحمه الله في « الأم » : أكره ترك الفسل للاحرام . وهذا الذي ذكره في الفسل الرابع : أنه للوقوف بمزدلفة ، هو الذي ذكره الجمهور ، وكذا نص عليه في « الأم » . وجعل المحامي في كتبه ، وسليم الرازي ، والشيخ نصر المقدسي ، الفسل الرابع للمبيت بالمزدلفة ، ولم يذكروا غسل الوقوف بها . والله أعلم

فرع

يستحب أن يتأهب للاحرام بحلق العانة ، وتنف الابط ، وقص الشارب ، وقلم الأظفار ، وغسل الرأس بسدر أو خطمي ونحوه .

فرع

يستحب أن يتطيب للاحرام . وسواء الطيب الذي يبقى له أثر وجرم بعد الاحرام ، والذي لا يبقى ، وسواء الرجل^(١) والمرأة ، هذا هو المذهب . وحكي

(١) في الاصل : للرجل .

وجه : أن التطيب مباح ، ليس بمستحب . وقول : أنه لا يستحب للنساء بحال .
 ووجه : أنه يحرم عليهن التطيب بما تبقي عينه . ثم إذا تطيب ، فله استدামته بعد
 الاحرام ، بخلاف المرأة إذا تطيبت ثم لزمها عدة ، تلزمها إزالة الطيب في وجه ،
 لأن العدة حق آدمي ، فالضايقة فيه أكثر . ولو أخذ الطيب من موضعه بعد
 الاحرام وردة إليه ، أو إلى موضع آخر ، لزمه الفدية على المذهب . وقيل : قولان .
 ولو انتقل من موضع إلى موضع آخر بالمرق ، فالأصح : أنه لا شيء عليه . والثاني : عليه
 الفدية إن تركه . هذا كله في تطيب البدن . وفي تطيب إزار الاحرام وردائه وجهان .
 وقيل : قولان . أصحها : الجواز كالبدن . والثاني : التحريم ، لأنه يلبس مرة
 بعد أخرى . ووجه ثالث : إن بقي عينه بعد الاحرام ، لم يجز ، وإلا ، جاز . وهذا
 الخلاف ، فيمن قصد تطيب^(١) الثوب . أما من طيب بدنه فمطر ثوبه تبعاً ، فلا بأس
 بلا خلاف . فان جاوزنا تطيب^(١) الثوب الاحرام ، فلا بأس باستدامة ما عليه بعد
 الاحرام ، كالبدن . فلو نزع ثم لبسه ، لزمه الفدية على الأصح كما لو أخذ الطيب
 من بدنه ، ثم رده إليه ، أو ابتداء لبس ثوب مطيب .

فرع

يستحب المرأة أن تخضب يديها إلى الكوعين بالحناء قبل الاحرام ، وتمسح
 وجهها أيضاً بشيء من الحناء لتستر البشرة ، فانها تؤمر بكشفهما ، ولا فرق في
 في استحباب الخضاب للحرمة بين المزوجة وغيرها . وأما في غير الاحرام ، فيستحب
 للمزوجة الخضاب ، ويكره لغيرها . وحيث استحبابه ، فانما يستحب تعميم اليد
 بون النقش ، والتسويد ، والتطريف ، وهو خضب أطراف الأصابع . ويكره لها
 الخضاب بعد الاحرام .

(١) في الاصل : تطيب .

قلت : سواء في استجاب الخضاب ، المجوز والشابة . ولا تختضب الخنثى ،
كما لا يختضب الرجل . والله أعلم

فرع

فاذا أراد الاحرام ، نزع الخيط ، ولبس إزاراً ورداءً ونملين . ويستحب أن
يكون الإزار والرداء أبيضين جديدين ، وإلا ففسولين ، وبكره المصبوغ .

فرع

يستحب أن يصليَ قبل الاحرام ركعتين . فإن أحرم في وقت فريضة فصلاها،
أغنته عن ركعتي الاحرام . وإن كان في وقت الكراهة ، لم يصلها على الأصح .
قلت : والمستحب ، أن يقرأ فيها : (قل يا أيها الكافرون) و (قل هو
الله أحد) .

قال أصحابنا : فإن كان في الميقات مسجد ، استحب أن يصلّيها فيه .
والله أعلم

فرع

فاذا صلّى ، نوى ولبّى . وفي الأفضل قولان . أظهرهما : أن ينوي ويلبي
حين تنبث به دابته إلى صوب مكة ، إن كان راكباً ، أو حين يتوجه إلى
الطريق ، إن كان ماشياً . والثاني : أن ينوي ويلبي عقب الصلاة وهو قاعد ،
ثم يسير .

قلت : وعلى القولين : يستحب أن يستقبل القبلة عند الإحرام . والله أعلم

فرع

السنة ، أن يكثر من التلبية في دوام الإحرام . وتستحب قائماً ، وقاعداً ، وراكباً ، ومشياً ، وجنباً ، وحائضاً . ويتأكد استحبابها ، في كل صعود ، وهبوط ، وحدوث أمر ، من ركوب أو نزول ، أو اجتماع رفاق ، أو فراغ من صلاة ، وعند إقبال الليل والنهار ، ووقت السحر . وتستحب التلبية في المسجد الحرام ، ومسجد الخيف بنى ، ومسجد إبراهيم عليه السلام بعرفة ، فإنها مواضع نسك . وفي سائر المساجد قولان . الجديد : يلبي . والقديم : لا يلبي ، لئلا يشوش على المصلين والمتعبدين . ثم قال الجمهور : القولان في أصل التلبية ، فإن استحبابهما ، استحباباً رفع الصوت بها ، وإلا ، فلا . وجعلها إمام الحرمين في استحباب رفع الصوت ، ثم قال : إن لم تستحب رفعه في سائر المساجد ، ففي الرفع في المساجد الثلاثة ، وجهان . وهل تستحب التلبية في طواف القدوم والسمي بعده ؟ قولان . الجديد : لا ، لأن لها أذكراً . والقديم : يستحب . ولا يجهر بها ، ولا يلبي في طوافي الإفاضة والوداع بلا خلاف ، لخروج وقت التلبية . ويستحب للرجل رفع صوته بالتلبية ، بحيث لا يضر بنفسه ، ولا يتجهر بها المرأة ، بل تقتصر على إسماع نفسها . قال الروياني : فإن رفعت صوتها ، لم يحرم ، لأنه ليس بمورة على الصحيح . قلت : لكن يكره ، نص عليه الدارمي . ويستحب أن يكون صوت الرجل في صلاته على النبي صلى الله عليه وسلم عقب التلبية دون صوته بها . والله أعلم

ويستحب للملي ، أن لا يزيد على تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم ، بل يكرزها ،

وهي : « لبيك اللهم لبيك ، لبيك لا شريك لك لبيك ، إن الحمد والنعمة لك والملك لك ، لا شريك لك » (١) . ويجوز كسر همزة - إن - وفتحها .

قلت : الكسر أصح وأشهر . والله أعلم

فإن زاد على هذه التلبية ، لم يكره . ويستحب إذا رأى شيئاً يمجبه ، أن يقول : « لبيك إن العيش عيش الآخرة » . ويستحب إذا فرغ من التلبية ، أن يصلي على رسول الله ﷺ ، وأن يسأل الله تعالى رضوانه والجنة ، ويستميد به من النار ، ثم يدعو بما أحب ، ولا يتكلم في أثناء تليته بأمر ، أو نهي ، أو غيرها ، لكن لو سلم عليه ، رد ، نص عليه .

قلت : ويكره التسليم عليه في حال التلبية . والله أعلم

ومن لا يحسن التلبية بالعربية ، يلي بلسانه .

باب

دخول مكة زادها الله شرفاً وما يتعلق به

السنة أن يدخل الحرم بالحج مكة قبل الوقوف بعرفة . ولدخوله سنن . منها : الغسل بذئ طوى ، وأن يدخل من ثنية كداء - بفتح الكاف - والد - وهي بأعلى مكة . وإذا خرج ، خرج من ثنية كدوى - بضم الكاف - بأسفل

(١) متفق عليه من حديث ابن عمر رضي الله عنه بلفظ : « لبيك اللهم لبيك ، لبيك لا شريك لك لبيك ، إن الحمد والنعمة لك والملك ، لا شريك لك » .

مكة . والذي يشعر به كلام الأكثرين : أنها بلد أيضاً . ويدل عليه أنهم كتبوها بالآلف ، ومنهم من قالها بالياء .

قلت : الصواب الذي أطبق عليه المحققون من أهل الضبط : أن الثنية السفلى ، - بالقصر وتنوين الدال - ولا اعتداد بشباع خلافه عند غيرهم . وأما كتابته بالآلف ، فليست ملازمة لآمد . والثنية : الطريق الضيق بين جبلين ، وهذه الثنية عند جبل قُتيَعمان . والله أعلم

قال الأصحاب : وهذه السنة في حق من جاء من طريق المدينة والشام . فأما الآتي من غيرها ، فلا يؤمر أن يدور حول مكة ليدخل من ثنية كداء ، وكذا الفسل بذي طوى . قالوا : وإنما دخل النبي ﷺ من تلك الثنية ، اتفاقاً ، لا قصداً . ومقتضى هذا : أن لا يتعلق نسك بالدخول منها للآتي من جهة المدينة . وكذا قاله الصيدلاني ، وقال الشيخ أبو محمد : ليست الثنية على طريق المدينة ، بل عدل إليها النبي ﷺ . قال : فيستحب الدخول منها لكل آتٍ . ووافق إمام الحرمين الجمهور ، وسلم للشيخ بأن موضع الثنية على ما ذكره .

قلت : الصحيح : أن يستحب الدخول من الثنية لكل آتٍ من أي جهة . والله أعلم

فرع

هل الأفضل دخول مكة ماشياً ، أم راكباً ؟ وجهان . فإن دخل ماشياً ، ففيل : الأولى أن يكون حافياً .

قلت : الأصح : ماشياً أفضل ، وله دخول مكة ليلاً ونهاراً بلا كراهة ، فقد ثبتت السنة فيها . والأصح : أن النهار أفضل ، وبه قال أبو إسحاق ، واختاره

صاحب « التهذيب » وغيره . وقال القاضي أبو الطيب وغيره : هما سواء في الفضيلة .
والله اعلم .

فرع

يستحب إذا وقع بصره على البيت ، أن يرفع يديه ويقول : اللهم زد هذا البيت تشريفاً وتعظيماً وتكريماً ومهابة ، وزد من شرفه وعظمه بمن حجه ، أو اعتمره ، تشريفاً وتكريماً وتعظيماً وبراً . ويضيف إليه : اللهم أنت السلام ومنك السلام ، فحسبنا ربنا بالسلام . ويدعو بما أحب من مهابات الآخرة والدنيا ، وأهمها سؤال المغفرة . واعلم أن بناء البيت رفيع يرى قبل دخول المسجد ، في موضع يقال له : رأس الردم ، إذا دخل من أعلى مكة . وحينئذ يقف ويدعو بما ذكرنا . فإذا فرغ من الدعاء ، قصد المسجد ودخله من باب بني شبة ، وهذا مستحب لكل قادم بلا خلاف . ويتندى عند دخوله بطواف القدوم ، ويؤخر اكتراء منزله ، وتغيير ثيابه ، إلى أن يفرغ طوافه . فلو دخل والناس في مكتوبة ، صلاها معهم أولاً . وكذا لو أقيمت الجماعة وهو في أثناء الطواف ، قدم الصلاة ، وكذا لو خاف فوت فريضة أو سنة مؤكدة . ولو قدمت المرأة نهراً وهي جميلة ، أو شريفة لا تبرز الرجال ، أخرت الطواف إلى الليل . وليس في حق من دخل مكة بعد الوقوف ، طواف قدوم ، إنما هو لمن دخلها أولاً . ويسمى طواف القدوم أيضاً ، طواف الورد ، وطواف التحية ، لأنه تحية البقعة . ويأتي به كل من دخلها ، سواء كان تاجراً ، أو حاجاً ، أو غيرهما . ولو كان معتمراً فطاف للعمرة ، أجزأه عن طواف القدوم ، كما تجزئ الفريضة عن تحية المسجد .

فصل

من قصد مكة لا لنسك ، له حالان .

أحدهما : أن لا يكون ممن يتكرر دخوله ، بأن دخلها لزيارة ، أو تجارة ، أو رسالة ، وكالمكي إذا دخلها عائداً من سفره ، هل يلزمه أن يحرم بالحج ، أو العمرة ؟ فيه طريقان . أصحها : على قولين . أحدهما : يلزمه ، وهو الأظهر عند المسمودي ، وصاحب « التهذيب » وغيرها في آخرين ، واختاره صاحب « التلخيص » . والثاني : يستحب ، وهو الأظهر عند الشيخ أبي حامد ومتابعيه ، والشيخ أبي محمد والنزالي . والطريق الثاني : القطع بالاستحباب .

قلت : الأصح في الجملة : استحبابه ، وقد صححه الرافعي في « المحرر » .
والله أعلم

الحال الثاني : أن يكون ممن يتكرر دخوله ، كالخطابين والصيادين ونحوهم ، فإن قلنا في الحال الأول : لا يلزمه ، فهذا أولى ، وإلا ، فالذهب : أنه لا يلزمه أيضاً . وقيل : قولان . وفي وجه ضعيف : يلزمهم الاحرام كل سنة مرة . وحيث قلنا بالوجوب ، فله شروط .

أحدهما : أن يجيء الداخل من خارج الحرم ، فأما أهل الحرم ، فلا إحرام عليهم بلا خلاف .

الثاني : أن لا يدخلها لقتال ، ولا خائفاً . فإن دخلها لقتال باغٍ ، أو قاطع طريق ، أو غيرها ، أو خائفاً من ظالم أو غريم يحبسه وهو معسر لا يمكنه الظهور لأداء النسك ، لم يلزمه الاحرام بلا خلاف .

الثالث : أن يكون حراً . فالعبد لا إحرام عليه . وقيل : إن أذن سيده

في الدخول محرماً ، فهو كحجر ، والمذهب : الأول . وإذا اجتمعت شرائط الوجوب ، فدخل غير محرم ، فطريقان . أصحابها وبه قطع الأكثرون : لا قضاء عليه . والثاني : على وجهين . وقيل : قولين . أحدهما : هذا . والثاني : يلزمه القضاء تداركاً للواجب . وسبيله على هذا ، أن يخرج ثم يعود محرماً . وعللوا عدم القضاء بملتين . إحداهما : أنه لا يمكن القضاء ، لأن الدخول الثاني يقتضي إحراماً آخر ، فصار كمن نذر صوم الدهر فأفطر يوماً . وفرع صاحب « التلخيص » على هذه العلة ، أنه لو لم يكن ممن يتكرر دخوله كالخطابين ، ثم صار منهم ، قضى ، لتمكنه . وربما نقل عنه : أنه يوجب عليه أن يجعل نفسه منهم . والعلة الثانية وهي الصحيحة ، وبها قال العراقيون والفقهاء : أنه تحية للبقعة ، فلا تقضى ، كتحية المسجد . وأبطلوا العلة الأولى . قال ابن كعب تقريباً على قول الوجوب : إنه إذا انتهى إلى الميقات على قصد دخول مكة ، لزمه أن يحرم من الميقات . فلو أحرم بعد مجاوزته ، فطليه دم ، بخلاف ما لو ترك الاحرام من أصله . وهل ينزل دخول الحرم منزلة دخول مكة فيما ذكرناه ؟ قال بعض الشارحين : نعم ، والمراد بمكة في هذا ، الحرم . ولا يبعد تخريجه على خلاف سبق في نظائره .

قلت : الصواب : القطع بأن الحرم كمكة في هذا . وقد اتفق الأصحاب عليه ، وصرح به خلائق ، منهم ، صاحب « الحاوي » والمحاملي في « المقنع » وغيره ، والجرجاني في « التحرير » والشاشي في « المستظهر » والروائي في « الحلية » وغيرهم . وعجب قول الرافعي : قال بعض الشارحين ، مع شهرة هذه الكتب .

والله اعلم

فصل في أمطام الطواف

للطواف بأنواعه وظائف واجبة ، وأخرى مسنونة . فالواجب : ثمانية ،
مختلف في بعضها .

الأول : الطهارة عن الحدث ، والنجس ، وستر العورة ، كما في الصلاة .
فلو طاف محدثاً ، أو عارياً ، أو على بدنه ، أو ثوبه ، نجاسة غير مفعولٍ عنها ، لم
يصح طوافه ، وكذا لو كان يطأ في مطافه النجاسة . ولم أر الأئمة تشبيه مكان
الطواف بالطريق في حق المتنقل ماشياً ، أو راكباً ، وهو تشبيه لا بأس به .
ولو أحدث في [أثناء] (١) طوافه عمداً ، لزمه الوضوء . وهل يبني على ماضى
من طوافه ، أم يستأنف ؟ قولان . وقيل : وجهان . أظهرهما : له البناء . والثاني :
يجب الاستئناف . فلو سبقه الحدث ، فإن قلنا : يبني العامد ، فهذا أولى ، وإلا
فقولان ، أو وجهان . الأصح : البناء . هذا كله إذا لم يطل الفصل . فإن طال ،
فسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى . وحيث لا نوجب الاستئناف ، نستجبه .

الواجب الثاني : الترتيب ، وهو أن يتدبىء من الحجر الأسود ، فيحاذيه
بجميع بدنه ، ويمر تلقاء وجهه والبيت على يساره . فلو جمل البيت على يمينه ، ومرّ
من الحجر الأسود إلى الركن اليماني ، لم يصح طوافه . فلو لم يحمله على يمينه ولا
على يساره ، بل استقبله بوجهه معترضاً ، أو جمل البيت على يمينه ، ومثنى قهقري
نحو الباب ، فوجهان . أصحهما : لا يصح ، وهو الموافق لعبارة الأكثرين . والقياس
جريان هذا الخلاف فيما لو مرّ معترضاً مستدبراً .

(١) زيادة من مخطوطة الظاهرية .

قلت : الصواب : القطع بأنه لا يصح الطواف في هذه الصورة ، فانه منابذ لما ورد الشرع به . والله أعلم

ولو ابتداء من غير الحجر الأسود ، لم يعتد بما فعله حتى ينتهي إلى الحجر الأسود ، فيكون منه ابتداء الطواف . وينبغي أن يمر في الابتداء بجميع بدنه على جميع الحجر الأسود ، فلا يقدم جزءاً من بدنه على جزء من الحجر الأسود . فلو حاذاه ببعض بدنه ، وكان بعضه مجاوزاً إلى جانب الباب ، فقولان . الجديد : أنه لا يُعتد بتلك الطوفة . والقديم : يُمتد بها . وجعل إمام الحرمين والغزالي هذا الخلاف وجهين ، وليس كما قالوا ، بل هما قولان منصوصان ، حكاهما الأصحاب . ولو حاذى بجميع البدن بعض الحجر دون بعضه ، أجزأه ، ذكره أصحابنا المراقبون . كما يجزئه أن يستقبل في الصلاة بجميع بدنه بعض الكعبة .

الواجب الثالث : أن يكون خارجاً بجميع بدنه عن جميع البيت . فلو مشى على الشاذروان ، لم يصح طوافه ، فانه جزء من البيت . وينبغي أن يدور في طوافه حول الحجر ، وهو المحوط بين الركنين الشاميين بجدار قصير ، بينه وبين كل واحد من الركنين فتحة . وكلام كثير من الأصحاب يقتضي كون جميعه من البيت ، وهو ظاهر نصه في « المختصر » . لكن الصحيح : أنه ليس كذلك ، بل الذي هو من البيت ، قدر ست أذرع تتصل بالبيت . وقيل : ست أذرع ، أو سبع . ولفظ « المختصر » محمول على هذا . فلو دخل إحدى الفتحتين ، وخرج من الأخرى ، لم يحسب له ذلك ، ولا ما بعده حتى ينتهي إلى الفتحة التي دخل منها بلا خلاف . ولو لم يدخل الفتحة ، وخلف القدر الذي من البيت ، ثم اقتحم الجدار ، وقطع الحجر على سمت ، صح طوافه .

قلت : الأصح : أنه لا يصح الطواف في شيء من الحجر ، وهو ظاهر النصوص ،

وبه قطع معظم الأصحاب تصريحاً وتلويحاً . ودليله : أن النبي ﷺ طاف خارج الحجر :
وانتأعلم

ولو كان يطوف ويمس الجدار بيده في موازاة الشاذروان أو غيره من أجزاء البيت ، ففي صحة طوافه وجهان . الصحيح باتفاق فرق الأصحاب : أنه لا يصح ، لأن بعض بدنه في البيت ، فهو كما لو كان يضع إحدى رجله أحياناً على الشاذروان ، ويقفز بالأخرى .

الواجب الرابع : أن يقع الطواف في المسجد الحرام ، ولا بأس بالخائل فيه بين الطائف والبيت ، كالسقاية والسواري . ويجوز في أخريات المسجد ، وأروقته ، وعند باب المسجد من داخله ، ويجوز على سطوحه إذا كان البيت أرفع بناءً كما هو اليوم . فإن جمل سقف المسجد أعلى ، فقد ذكر في « العدة » : أنه لا يجوز الطواف على سطحه . ولو صح قوله ، لزم أن يقال : لو انهدمت الكعبة - والعماد بالله - لم يصح الطواف حول عرصتها ، وهو بعيد .

فرع

لو وسّع المسجد ، اتسع المطاف ، وقد جعلته العباسية أوسع مما كان في عصر رسول الله ﷺ .

قلت : أول من وسّع المسجد الحرام بعد رسول الله ﷺ ، عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، اشترى دوراً وزادها فيه ، واتخذ للمسجد جداراً قصيراً دون القامة . وكان عمر أول من اتخذ الجدار للمسجد الحرام ، ثم وسّعه عثمان بن عفان رضي الله عنه كذلك ، واتخذ له الأروقة ، وكان أول من اتخذها ، ثم وسّعه

عبد الله بن الزبير في خلافته ، ثم وسمه الوليد بن عبد الملك ، ثم المنصور ، ثم المهدي . وعليه استقر بناؤه إلى وقتنا هذا . والله أعلم

الواجب الخامس : العدد . وهو أن يطوف سبعا .

الواجب السادس : مختلف فيه . وهو ، أنه إذا فرغ من الطواف ، صلى ركعتين . وهل هما واجبتان ، أم سنة ؟ قولان . أظهرهما : سنة ، هذا إذا كان الطواف فرضاً . فإن كان سنة ، فطريقان . أحدهما : طرد القولين . والثاني : القطع بأن الصلاة سنة ، . وقيل : تجب الصلاة في الطواف المفروض قطعاً . ويستحب أن يقرأ في الأولى بعد الفاتحة : (قل يا أيها الكافرون) وفي الثانية : (قل هو الله أحد) : وأن يصلّيها خلف المقام . فإن لم يفعل ، ففي الحجر ، وإلا ففي المسجد ، وإلا ففي أي موضع شاء من الحرم وغيره . ويجهر فيها بالقراءة ليلاً ، ويسر نهاراً . وإذا قلنا : هما سنة ، فصلّى فريضة بعد الطواف ، أجزأه عنها ، كتحية المسجد ، نص عليه في القديم ، وحكاها الامام عن الصيدلاني ، لكنه استبعده . وتمتاز هذه الصلاة عن غيرها ، بحريان النيابة فيها إذ الأجير يؤديها عن المستأجر .

قلت : اختلف أصحابنا في صلاة الأجير هذه ، ف قيل : تقع عنه . وقيل : تقع عن المستأجر ، وهو الأشهر . والله أعلم

فرع

ركعتا الطواف وإن أوجبناهما ، فليستنا بشرط في صحته ، ولا ركنا منه ، بل يصح بدونها . وفي تعليل جماعة من الأصحاب ، ما يقتضي اشتراطها .

قلت : الصواب : أنها ليست شرطاً ولا ركناً . والله أعلم

ولا تفوت هذه الصلاة مادام حياً ، ولا يحير تأخيرها ولا تركها بدم ، لكن حكى صاحب « التتمة » عن نص الشافعي رضي الله عنه : أنه إذا أخر ، تستحب له إراقة دم . وقال الامام : لو مات قبل الصلاة ، لم يمتنع جبرها بالدم .

قلت : وإذا أراد أن يطوف طوافين أو أكثر ، استحب أن يصلي عقيب كل طواف ركعتيه . فلو طاف طوافين أو أكثر بلا صلاة ، ثم صلى لكل طواف ركعتيه ، جاز . والله أعلم

الواجب السابع : مختلف فيه ، وهو النية . وفي وجوبها في الطواف ، وجهان . أصحها : لا تجب ، لأن نية الحج تشمله . وهل يشترط أن لا يصرفه إلى غرض آخر من طلب غزيم ونحوه ؟ وجهان . أصحها : نعم . ولو نام في الطواف أو بعثه على هيئة لا ينتقض الوضوء . قال الامام : هذا يقرب من صرف الطواف إلى طلب الغريم . ثم قال : ويجوز أن يقطع بوقوعه موقعه .

قلت : الأصح : صحة طوافه . والله أعلم

فرع

لو حمل رجل 'محرمًا' من صبي ، أو مريض ، أو غيرها ، وطاف به ، فإن كان الحامل حلالاً ، أو قد طاف عن نفسه ، حسب الطواف للمحمول بشرطه ، وإلا ، فإن قصد الطواف عن المحمول ، فثلاثة أوجه . أصحها : يقع للمحمول فقط ، تخريباً على قولنا : يشترط أن لا يصرفه إلى غرض آخر . والثاني : يقع

عن الحامل فقط ، تخريباً على قولنا : لا يشترط ذلك ، فإن الطواف حينئذ يكون محسوباً له ، فلا ينصرف عنه ، بخلاف ما إذا حمل محرمين وطاف بها وهو خلال أو محرم قد طاف ، فإنه يجرئها جميعاً ، لأن الطواف غير محسوب للحامل ، فيكون المحمولان كراكبي دابة . والثالث : يقع عنها جميعاً . ولو قصد الطواف عن نفسه ، وقع عنه ، ولا يحسب عن المحمول ، قاله الامام ، وحكى اتفاق الأصحاب عليه . قال : وكذا لو قصد الطواف لنفسه ، وللمحمول . وحكى صاحب « التهذيب » وجبين في حصوله للمحمول ، مع الحامل . ولو لم يقصد شيئاً من الأقسام الثلاثة ، فهو كما لو قصد نفسه أو كليهما . وسواء في الصبي المحمول ، حمله وليه الذي أحرم عنه أو غيره .

قلت : لو طاف المحرم بالحج معتقداً أنه محرم بعمرة ، أجزاءً عن الحج ، كما لو طاف عن غيره ، وعليه طواف ، ذكره الروياني . والله أعلم

الواجب الثامن : يختلف فيه ، وهو الموالاة بين الطوافات السبع ، وفيها قولان . أظهرهما : أنها سنة ، فلا تبطل بالتفريق الكثير . والثاني : واجبة ، فتبطل بالتفريق الكثير بلا عذر . فإن فرق يسيراً أو كثيراً بعذر ، فهو كما قلنا في الوضوء . قال الامام : والكثير ما يطلّب على الظن تركه الطواف . ولو أقيمت المكتوبة وهو في أثناء الطواف ، فالتفريق بها ، تفريق بعذر . وقطع الطواف المفروض لصلاة الجنازة أو الرواتب ، مكروه ، إذ لا يحسن ترك فرض العين لفرض الكفاية .

أما سنن الطواف ، فخمس .

الأولى : أن يطوف ماشياً ، ولا يركب إلا لمذر مرض أو نحوه ، أو كان ممن يحتاج إلى ظهوره ليستفتى . ولو طاف راكباً بلا عذر ، جاز بلا كراهة ، كذا قاله الأصحاب . قال الامام : وفي القلب من إدخال البهيمة التي لا يؤمن تلويشها المسجد شيء . فإن أمكن الاستيثاق ، فذاك ، وإلا ، فادخلها مكروه .

الثانية : أن يستلم الحجر الأسود بيده في ابتداء الطواف ، ويقبله ، ويضع جبهته عليه . فإن منته الزحمة من التقبيل ، اقتصر على الاستلام . فإن لم يمكن ، اقتصر على الإشارة باليد ، ولا يشترط بالفم إلا التقبيل^(١) . ولا يقبل الركنين الشاميين ، ولا يستلمهما . ويستلم الركن اليماني ، ولا يقبله . ويستحب ، أن يقبل اليد بعد استلام اليماني ، وبعد استلام الحجر الأسود إذا اقتصر على استلامه للزحمة . وذكر إمام الحرمين : أنه مخير بين أن يستلم ثم يقبل اليد ، وبين أن يقبل اليد ، ثم يستلم . والمذهب : القطع بتقديم الاستلام ، ثم تقبيلها ، وبهذا قطع الجمهور . ولو لم يستلم بيده ، فوضع عليه خشبة ، ثم قبل طرفها ، جاز .

قلت : الاستلام بالخشبة ونحوها ، مستحب إذا لم يتمكن من الاستلام باليد .
والله أعلم

ويستحب تقبيل الحجر ، واستلامه ، واستلام اليماني عند محاذاتها في كل طوفة ، وهو في الأوتار أكد ، لأنها أفضل .

قلت : ولا يستحب للنساء استلام ، ولا تقبيل ، إلا عند خلوف المطاف في الليل أو غيره .
والله أعلم

الثالثة : الدعاء ، فيستحب أن يقول في ابتداء الطواف : « بسم الله ، والله أكبر ، اللهم إيماناً بك ، وتصديقاً بكتابك ، ووفاءً بمعهدك ، واتباعاً لسنة نبيك محمد ﷺ . ويقول بين الركنين اليمانيين : « اللهم آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار » . ويدعو في جميع طوافه بما شاء . وقراءة القرآن في الطواف أفضل من الدعاء غير المأثور . وأما المأثور ، فهو أفضل^(٢) منها على الصحيح . وعلى الثاني : أنها أفضل منه .

(١) في « شرح الوجيز » : ولا يشير بالفم إلى التقبيل .

(٢) في الاصل : فهو أفضل منها ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية .

الرابعة : الرمل - بفتح الميم والراء - وهو الاسراع في الشيء مع تقارب الخطى دون الوثوب والمدّو. ويقال له : الحَبَب . وغلَط الأئمة من ظن أنه دون الحَب .

ويسن الرمل في الطوافات الثلاث الأوّل . ويسن الشيء على الهيئة في الأربعة الأخيرة . ثم هل يستوعب البيت بالرمل ؟ قولان . الشهور : يستوعب . والثاني : لا يرمل بين الركنين اليمينين . ولا خلاف أن الرمل لا يسن في كل طواف ، بل فيما يسن فيه قولان . أظهرهما عند الأكثرين : إنما يسن في طواف يستعقب السمي . والثاني : يسن في طواف القدوم . فعلى القولين : لا يرمل في طواف الوداع . ويرمل من قدم مكة متمراً ، لوقوع طوافه مجزئاً عن القدوم واستعقابه السمي . ويرمل أيضاً الحاج الأنقيء إن لم يدخل مكة إلا بعد الوقوف ، وإن دخلها قبل الوقوف ، فهل يرمل في طواف القدوم ؟ ينظر ، إن كان لا يسمى عقبه ، فعلى القول الثاني : يرمل . وعلى الأول : لا يرمل ، وإنما يرمل في طواف الافاضة . وإن كان يسمى عقبه ، يرمل فيه على القولين . وإذا رمل فيه ، وسعى بدمه ، فلا يرمل في طواف الافاضة إن لم يرد السمي عقبه ، وكذا إن أراد على الأظهر . وإذا طاف للقدوم ، وسعى بدمه ولم يرمل ، فهل يقضيه في طواف الافاضة ؟ وجهان . ويقال : قولان . أصحها : لا . ولو طاف ورمل ولم يسع ، قال الأكثرون : يرمل في طواف الافاضة هنا ، لبقاء السمي ، والظاهر أنهم فرّغوا على القول الأول ، وإلا ، فالقول الثاني لا يعتبر السمي . وهل يرمل السكي المنشيء حجه من مكة ؟ إن قلنا بالقول الثاني ، فلا ، إذ لا قدوم في حقه ، وإلا ، فنعم ، لاستعقابه السمي .

فرع

لو ترك الرمل في الطوفات الثلاث ، لم يقضه في الأربع الأخيرة ، لأن هياتها السكينة^(١) فلا يغيّر .

فرع

القرب من البيت مستحب للطائف ، ولا ينظر إلى كثرة الخطى لو تباعد . فلو تعذر الرمل مع القرب للزحمة ، فإن كان يرجو فرجة ، وقف ليرمل فيها ، وإلا ، فالمحافظة على الرمل مع البعد عن البيت أفضل ، لأن القرب فضيلة تتعلق بموضع العبادة ، والرمل فضيلة تتعلق بنفس العبادة ، والمتعلق بنفس العبادة أولى بالمحافظة . ألا ترى أن الصلاة بالجماعة في البيت ، أفضل من الانفراد في المسجد . ولو كان في حاشية المطاف نساء ، ولم يأمن ملاستهن لو تباعد ، فالقرب بلا رمل أولى من البعد مع الرمل ، حذراً من انتقاض الطهارة . وكذا لو كان بالقرب أيضاً نساء ، وتعذر الرمل في جميع المطاف ، لخوف الملامسة ، فترك الرمل في هذه الحالة أولى . ومتى تعذر الرمل ، امتحج أن يتحرك في مشيه ، ويرى من نفسه أنه لو أمكنه الرمل ، لرمل . وإن طاف راكباً أو محمولاً ، فقولان . أظهرهما : يرمل به الحامل ويحرك الدابة . وقيل : القولان في المحمول البالغ . ويرمل حامل الصبي قطعاً .

فرع

ليكن من دعائه في الرمل « اللهم اجعله حجاً مبروراً ، وذنباً مغفوراً ، وسعيّاً مشكوراً » .

(١) في هامش الأصل : نسخة : لأن هاهنا السكينة مسنونة .

الخامسة : الاضطباع . وهو أن يجمل وسط رداءه تحت منكبه الأيمن ،
وطرفيه على عاتقه الأيسر ، ويبقي منكبه الأيمن مكشوفاً . وكل طواف سن
فيه الرمل ، سن فيه الاضطباع ، ومالا ، فلا . لكن الرمل مخصوص بالطوافات
الثلاث الأوّل ، والاضطباع يعم جميعها . ويسن أيضاً في السعي بين الصفا والمروة
على المذهب الذي قطع به الجمهور . وحكي وجه : أنه لا يسن فيه . ولا يسن
في ركعتي الطواف على الأصح ، لكرهية الاضطباع في الصلاة . فعلى هذا ، إذا فرغ
[من] الطواف ، أزال الاضطباع ثم صلى الركعتين ، ثم أعاد الاضطباع وخرج للسعي .

فرع

لا ترمل المرأة ، ، ولا تضطبع . وأما الصبي ، فيضطبع على الصحيح .
قلت : ومتى كان عليه طواف الافاضة ، فنوى غيره عن غيره ، أو عن نفسه ،
تطوعاً ، أو قدوماً ، أو وداعاً ، وقع عن طواف الافاضة ، كما في واجب الحج
والممرة . ولو نذر أن يطوف ، فطاف عن غيره ، قال الروياني : إن كان زمن
النذر معيناً ، لم يجوز أن يطوف فيه عن غيره . وإن طاف في غيره ، أو كان زمانه
غير معين ، فهل يصح أن يطوف عن غيره والنذر في ذمته ؟ وجهان . أصحها :
لا يجوز كالافاضة . والله أعلم

فصل

في السعي

إذا فرغ من ركعتي الطواف ، استحب أن يعود إلى الحجر الأسود ويستلمه ،

ثم يخرج من باب الصفا ، يسمى بين الصفا والمروة ، فيبدأ بالصفا ، ويرقى على الصفا بقدر قامة رجل ، حتى يترأى البيت ، ويقع بصره عليه ، فاذا رقى عليه ، استقبل البيت ، وهلل وكبر ، وقال : « الله أكبر ، الله أكبر ، الله أكبر ، والله الحمد ، الله أكبر على ما هدانا ، والحمد لله على ما أولانا ، لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، له الملك ، وله الحمد ، يحيي ويميت ، بيده الخير ، وهو على كل شيء قدير ، لا إله إلا الله ، وحده لا شريك له ، صدق وعده ، ونصر عبده ، وهزم الأحزاب وحده ، لا إله إلا الله ، ولا نعبد إلا إياه ، مخلصين له الدين ولو كره الكافرون . ثم يدعو بما أحب من أمر الدين والدنيا ، ثم يعيد هذا الذكر والدعاء ثانياً ، ثم يعيد الذكر ثالثاً ، ولا يدعو .

قلت : ولنا وجه : أنه يدعو بعد الثالثة ، وبه قطع الروائي ، وصاحب « التنبيه »^(١) ، والملاوردي وغيرهم ، وهو الصحيح . وقد صح ذلك في « صحيح مسلم » عن رسول الله ﷺ .^(٢) والله أعلم

ثم ينزل من الصفا ، ويمشي إلى المروة ، ويرقى عليها بقدر قامة رجل ، ويأتي بالذكر والدعاء كما فعل على الصفا . ثم المستحب في قطع هذه المسافة ، أن يمضي من الصفا على عادته حتى يبقى بينه وبين الميل الأخضر المعلق بركن المسجد على يساره قدره ست أذرع ، ثم يسعى سعياً شديداً حتى يتوسط بين الميئين الأخضرين . أحدهما : في ركن المسجد . والآخر : متصل بدار العباس رضي الله عنه . ثم يمضي على عادته حتى يصعد المروة . وإذا عاد من المروة إلى الصفا ، مشى في موضع مشيه ، وسمى في موضع سعيه أولاً . ويستحب أن يقول في سعيه : « رب اغفر ، وارحم ، وتجاوز عما تعلم ، إنك أنت الأعز الأكرم » .

(١) في هامش الاصل : نسخة : « التتمة » بدل « التنبيه » .

(٢) انظر « صحيح مسلم » رقم (١٢١٨) في حديث جابر الطويل الذي وصف فيه حجة النبي صلى الله عليه وسلم .

فرع

الرفقي على الصفا والمروة سنة ، والواجب هو السعي بينها ، ويحصل ذلك بغير رقي ، بأن يلصق العقب بأصل ما يذهب منه ، ويلصق رؤوس أصابع رجليه بما يذهب إليه من الصفا والمروة . وفيه وجه ضعيف : أنه يجب الرقي عليها بقدر قائمة رجل . وأما الذكر ، والدعاء ، والاسراع في السعي ، وعدم الاسراع ، فسنة . والمواولة في مرات السعي ، سنة ، وكذا المواولة بين الطواف والسعي ، سنة ، فلو تخلل بينها فصل طويل ، لم يضر ، بشرط أن لا يتخلل ركن . فلو طاف للقدوم ، ثم وقف بعرفة ، لم يصح سعيه بعد الوقوف ، بل عليه أن يسمى بعد طواف الافاضة . وذكر في التمتع : أنه إذا طال الفصل بين مرات السعي ، أو بين الطواف والسعي ، ففي صحة السعي قولان وإن لم يتخلل ركن ، والمذهب ما سبق .

فرع

في واجبات السعي وشروطه

فيشترط وقوعه بعد طواف صحيح ، سواء طواف القدوم والافاضة . ولا يتصور وقوعه بعد طواف الوداع ، لأن طواف الوداع هو المأثي به بعد الفراغ ، وإذا بقي السعي ، لم يكن المأثي به طواف وداع . ولو سعى عقب طواف القدوم ، لم تستحب إعادته بعد طواف الافاضة ، بل قال الشيخ أبو محمد : تكره إعادته . ويشترط الترتيب : وهو أن يبدأ بالصفا . فإن بدأ بالمروة ، لم يحسب مروره منها إلى الصفا .

قلت : ويشترط في المرة الثانية : أن يبدأ بالروة . فلو أنه لما وصل الروة ترك العود في طريقه ، وعدل إلى المسجد ، وابتدأ المرة الثانية من الصفا أيضاً ، لم يصح أيضاً على الصحيح . وفيه وجه شاذ في « البحر » وغيره . والله أعلم

ويجب أن يسمى بينها سبعاً ، ويحسب الذهاب بكرة ، والعود بأخرى . فيبدأ بالصفا ، ويختم بالروة . وقال أبو عبد الرحمن ابن بنت الشافعي ، وابن الوكيل ، وأبو بكر الصيرفي : يحسب الذهاب والعود مرة واحدة ، والصحيح ما قدمناه ، وعليه العمل ، ولا يشترط فيه الطهارة ، ولا ستر المورة ، ولا سائر شروط الصلاة . ويجوز السعي راكباً ، والأفضل ماشياً .

فرع

لو طاف أو سعى ، وشك في العدد ، أخذ بالأقل . ولو كان عنده أنه أتمها ، فأخبره ثقة عن بقاء شيء ، لم يلزمه الاتيان به ، لكن يستحب . والسعي ركن ، لا يجير بدم ، ولا يتحلل بدونه .

قلت : الأفضل : أن يتحرى لسميه زمن خلو السعي . وإذا عجز عن السعي الشديد للزحمة ، فليتشبه بالساعي كما قلنا في الرمل . والله أعلم

والمرأة تمشي ، ولا تسمى .

قلت : وقيل : إن سعت في الخلوة بالليل ، سعت كالرجل . والله أعلم

فصل

في الوقوف وما يتعلق به

له مقدمة .

فيستحب للامام إذا لم يحضر بنفسه الحج ، أن ينصب أميراً على الحجيج ، فيطيعونه فيما ينوبهم . ويستحب للحجيج أن يدخلوا مكة قبل الوقوف . فمن كان منهم مفرداً أو قارناً ، أقام بعد طواف القدوم على إحرامه إلى أن يخرج إلى عرفة . ومن كان متمتعاً ، طاف وسمى وحلق ، فيحلّ من عمرته ، ثم يهل بالحج من مكة على ما سبق في صورة التمتع ، وكذا يفعل المقيم بمكة . ويستحب للامام أو منصوبه أن يخطب بمكة في اليوم السابع من ذي الحجة بعد صلاة الظهر خطبة واحدة ، يأمر الناس بالقدو فيها إلى منى ، ويحذرهم بما بين أيديهم من الناسك ، ويأمر المتمتعين أن يطوفوا للوداع قبل الخروج . ولو كان السابع يوم جمعة ، خطب لها وصلاتها ، ثم خطب هذه الخطبة ، لأن السنة فيها التأخير عن الصلاة . ثم يخرج بهم في اليوم الثامن ، وهو يوم التروية إلى منى ، ويكون خروجهم بعد صلاة الصبح ، بحيث يصلون الظهر بمنى ، هذا هو المشهور . وفي قول : يصلون الظهر بمكة ، ثم يخرجون ، فإن كان يوم التروية يوم جمعة ، استحب أن يخرجوا قبل طلوع الفجر ، لأن السفر يوم الجمعة إلى حيث لا تصلى الجمعة ، حرام أو مكروه كما سبق ، وهم لا يصلون الجمعة بمنى . وكذا لو كان يوم عرفة يوم جمعة ، لا يصلونها ، لأن الجمعة شرطها دار الإقامة . قال الشافعي رضي الله عنه : فإن بني بها قرية ، واستوطنها أربعون من أهل الكمال ، أقاموا الجمعة والناس معهم . فإذا خرجوا إلى منى ، صلوا بها الصلوات مع الامام ، وباتوا بها . وهذا البيت ، سنة ، وليس بنسك مجبور باللم . فإذا طلعت الشمس يوم عرفة على ثبير^(١) ، ساروا إلى

(١) ثبير : جبل بين مكة ومنى ، ويرى من منى ، وهو على بين الداخل منها إلى مكة .

عرفات . فاذا وصلوا غَمْرَةَ ، ضربت بها قبة الامام ، فاذا زالت الشمس ، ذهب الامام والناس [إلى] مسجد إبراهيم عليه السلام ، فيخطب فيه الامام خطبتين ، يبين لهم في الأولى ما بين أيديهم من المناسك ، ويحرضهم على إكثار الدعاء والتهليل بالموقف ، ويخفف هذه الخطبة ، لكن لا يبلغ تخفيفها تخفيف الثانية . وإذا فرغ منها ، جلس بقدر سورة (الاحلاص) ثم يقوم إلى الخطبة الثانية ، ويأخذ المؤذن في الأذان ، ويخفف الخطبة بحيث يفرغ منها مع فراغ المؤذن من الإقامة . وقيل : مع فراغه من الأذان .

قلت : الأصح : مع فراغه من الأذان ، وبه قطع الجمهور . واستأعلم
ثم ينزل فيصلي بالناس الظهر ، ثم يقيم المؤذن فيصلي بهم العصر جمعا . فان كان الامام مسافرا ، فالسنة له القصر ، ولا يقصر المكيون والمقيمون حولها . فاذا سلم الامام قال : أتموا يا أهل مكة . فانا قوم سفر . وهل يختص الجمع بالمسافرين من الحجيج ، أم يجوز لتبرم ؟ فيه كلام تقدم في صلاة المسافر . وأشار جماعة : إلى أنه يخطب ويصلي بنمرة . وصرح الجمهور : بأنه يخطب ويصلي بمسجد إبراهيم عليه السلام كما سبق .

فرع

في الحج أربع خطب مسنونة

إحداها : بمكة في اليوم السابع . والثانية : يوم عرفة ، وقد ذكرناها . والثالثة : يوم النحر بمنى . والرابعة : يوم النفر الأول بمنى . ويجزى في كل خطبة بما (١) بين أيديهم من المناسك وأحكامها إلى الخطبة الأخرى ، وكلهن أفراد ، [و] بعد صلاة الظهر ، إلا يوم عرفة ، فانها خطبتان ، وقبل الصلاة .

(١) في الاصل : ما .

فرع

ثم بعد الصلاتين ، يذهبون إلى الموقف . والسنة ، أن يقفوا عند الصخرات ، ويستقبلوا الكعبة - والوقوف ركباً أفضل على الأظهر . والثاني : هو والمائتي سواء - ويذكروا الله تعالى ويدعوه حتى تغرب الشمس ، ويكثرُوا التهليل - فإذا غربت الشمس ، دفعوا من عرفات منصرفين إلى مزدلفة - ويؤخروا المغرب ليصلوها مع المشاء بمزدلفة ، ويذهبوا بسكينة ووقار . فمن وجد فرجة ، أسرع . فإذا وصلوا المزدلفة ، جمع بهم الامام المغرب والمشاء . وحكم الأذان والاقامة ، سبق في باب الأذان . ولو انفرد بعضهم بالجمع بمرفة ، أو بمزدلفة ، أو صلى إحدى الصلاتين مع الامام ، والأخرى وحده ، جاز . ويجوز أن يصلي المغرب بمرفة ، وفي الطريق . قال الشافعي رضي الله عنه : ولا ينتقلون بين الصلاتين إذا جمعوا ، ولا على إثرهما . فأما بينهما ، فلهراعاة الموالاة . وأما على إثرهما ، فقال ابن كعب : لا ينتقل الامام ، لأنه متبوع . فلو اشتغل بالنفل ، لاقتدى به الناس ، وانقطعوا عن المناسك . وأما المأموم ، ففيه وجهان . أحدهما : لا ينتقل كالامام . والثاني : الأمر واسع له ، لأنه غير متبوع . هذا في النافلة المطلقة دون الرواتب . ثم أكثر الأصحاب ، أطلقوا القول بتأخير الصلاتين إلى المزدلفة . وقيل : يؤخرهما ما لم يخش فوت وقت الاختيار للمشاء . فإن خافه ، لم يؤخر ، بل يجمع بالناس في الطريق . والسنة : أن ينصرفوا من عرفة إلى المزدلفة عن طريق المازيين ، وهو الطريق بين الجبلين .

فرع

من مكة إلى منى ، فرسخان . ومزدلفة متوسطة بين منى وعرفات ، منها إلى كل واحدة منها فرسخ .

قلت : المختار : أن المسافة بين مكة ومنى ، فرسخ فقط . كذا قاله جمهور العلماء المحققين ، منهم الأزرقى ، وغيره ممن لا يحصى . والله أعلم

فرع

في بيان الوقوف بعرفة

المعتبر فيه ، الحضور بعرفة لحظة ، بشرط كونه أهلاً للعبادة ، سواء حضرها ووقف ، أو مر بها . وفي وجه : لا يكفي المرور المجرد ، وهو شاذ . ولو حضر بها ، ولم يعلم أنها عرفة ، أو حضر منمى عليه ، أو نائماً ، أو دخلها قبل وقت الوقوف ، ونام حتى خرج الوقت ، أجزاء على الصحيح . وفي الجميع وجه : [أنه لا يجزئه] قال في « التتمة » : هو مبني على أن كل ركن من أركان الحج يجب إفراده بالنية .

قلت : الأصح عند الجمهور : لا يصح وقوف^(١) منمى عليه . والله أعلم

ولو حضر في طلب غريم ، أو دابة شاردة ، أجزاء قطعاً ، قال الامام : ولم يذكروا فيه الخلاف السابق في صرف الطواف إلى جهة أخرى . ولعل الفرق ، أن الطواف قرينة مستقلة ، قال : ولا يمتنع طرد الخلاف . ولو حضر مجنون ، لم يجزئه ، قال في « التتمة » : لكن يقع نفلاً ، كحج الصبي الذي لا يميز^(٢) . ومنهم من طرد في الجنون الوجه المنقول في الاغماء .

(١) في الاصل : وقف .

(٢) في الاصل : يميز ، وما أثبتناه ، من نسخة الظاهرية ونسخة في هامش الاصل ، و « شرح الوجيز » .

فرع

في أي موضع وقف من عرفة ، أجزاء . وأما حدّ عرفة ، فقال الشافعي رحمه الله عليه : هي ما جاوز حدّ عرفة (١) - بضم العين وفتح الراء وبمدها نون - إلى الجبال المقابلة مما يلي بساتين ابن عامر ، وليس وادي عرفة ، من عرفات ، وهو على منقطع عرفات مما يلي منى ومسجد إبراهيم عليه السلام ، صدره (٢) من عرفة ، وآخره من عرفات . ويميز بينها صخرات كبار فرشت هناك ، فمن وقف في صدره ، فليس بواقف في عرفات . قال في « التهذيب » : وهناك يقف الامام للخطبة والصلاة . وأما نمرة ، فقال صاحب « الشامل » وطائفة : هي من عرفات . وقال الأكثرون : ليست من عرفات ، بل بقربها ، وجبل الرحمة في وسط عرصة عرفات ، وموقف رسول الله صلى الله عليه وسلم عنده معروف .

قلت : الصواب : أن نمرة ، ليست من عرفات . وأما مسجد إبراهيم عليه السلام ، فقد قال الشافعي رحمه الله : إنه ليس من عرفة ، فلعله زيد بمده في آخره . وبين هذا المسجد وموقف النبي صلى الله عليه وسلم بالصخرات نحو ميل . قال إمام الحرمين : وبطيف بمنرجات عرفات جبال ، وجوها المقلبة من عرفة . والله اعلم

(١) في مخطوطة الظاهرية : وادي عرفة .

(٢) أي : وادي عرفة .

فرع

وقت الوقوف من زوال الشمس يوم عرفة إلى طلوع الفجر يوم النحر ، ولنا وجه : أنه يشترط كون الوقوف بعد الزوال ، وبعد مضي زمان إمكان صلاة الظهر ، وهذا شاذ ضئيف جداً . فلو اقتصر على الوقوف ليلاً ، صح حجه على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وقيل : في صحته قولان . ولو اقتصر على الوقوف نهائياً ، وأفاض قبل الغروب ، صح وقوفه بلا خلاف . ثم إن عاد إلى عرفة وبقي بها حتى غربت الشمس ، فلا دم . وإن لم يعد حتى طلع الفجر ، أراق دمًا . وهل هو واجب أو مستحب ؟ فيه ثلاثة طرق . أصحابنا : على قولين . أظهرهما : مستحب . والثاني : واجب . والطريق الثاني : مستحب قطعاً . والثالث : إن أفاض مع الامام ، فمذخور ، وإلا ، فعلى القولين . وإذا قلنا بالوجوب ، فعاد ليلاً ، فلا دم على الأصح .

فرع

إذا غلط الحجاج ، فوقفوا في غير يوم عرفة ، فلما أن ينلوا بالتأخير ، وإما بالتقديم .

الحال الأول : [إن غلطوا] بالتأخير ، فوقفوا في اليوم العاشر من ذي الحجة ، أجزأهم ، وتم حجهم ، ولا قضاء . هذا إذا كان الحجاج على العادة . فان قلّوا ، أو جاءت شردة يوم النحر فظنت أنه يوم عرفة ، وأن الناس قد أفاضوا ، فوجهان . أحدهما : يدركون ، ولا قضاء . وأصحابنا : لا يدركون ، فيجب القضاء . وإذا لم يجب القضاء ، فلا فرق بين أن تبين الحال بعد يوم الوقوف ، أو في حال الوقوف .

فلو بان قبل الزوال، فوقفوا بعده، قال في «التهذيب»: [المذهب]: أنه لا يجزئهم، لأنهم وقفوا على يقين الفوات، وهذا غير مسلم، لأن عامة الأصحاب قالوا: لو قامت بينة برؤية الهلال ليلة المأثر وهم بمكة لا يتمكنون من الوقوف بالليل، وقفوا من الغد، وحسب لهم، كما لو قامت البينة بعد الغروب اليوم الثلاثين من رمضان على رؤية الهلال ليلة الثلاثين، نص على أنهم يصلون من الغد الميّد. فإذا لم يحكم بالفوات لقيام البينة ليلة المأثر، لزم مثله في اليوم المأثر. هذا (١) إذا شهد واحد أو عدد برؤية هلال ذي الحجة فردت شهادتهم، فيلزم الشهود الوقوف في التاسع عندهم وإن كان الناس يقفون بعدهم. أما إذا غلطوا فوقفوا في الحادي عشر، فلا يجزئهم بحال.

الحال الثاني: أن يغلطوا بالتقديم، فيقفوا في الثامن. فإن بان الحال قبل فوات وقت الوقوف، لزمهم الوقوف في وقته. وإن بان بعده، فوجهان. أحدهما: لا قضاء. وأصحها عند الأكثرين: وجوب القضاء. ولو غلطوا في المكان، فوقفوا في غير عرفة، لم يصح حجهم بحال.

قلت: وما يتعلق بالوقوف: أنه يستحب أن يرفع يديه في الدعاء، بحيث لا يتجاوزان رأسه، ولا يفرط في الجهر في الدعاء، فإنه مكروه، وأن يقف متطهراً. والله أعلم

فصل

في المبيت بالمزدلفة وما يتعلق به

المزدلفة، ما بين مأزمي عرفة، ووادي محشر. وقد سبق، أنهم يفيضون

(١) في مخطوطة الظاهرية: أما.

من عرفة بعد الغروب ، فيأتون مزدلفة ، فيجمعون الصلوتين . وينبغي أن يبيتوا بها ، وهذا البيت ليس بركن . قال أبو عبد الرحمن ابن بنت الشافعي ، وأبو بكر بن خزيمة من أصحابنا : هو ركن . والصحيح : الأول . ثم المبيت نسك . فإن دفع بعد منتصف الليل لمذر ، أو لغيره ، أو دفع قبل نصف الليل ، وعاد قبل طلوع الفجر ، فلا شيء عليه . وإن ترك البيت من أصله ، أو دفع قبل نصف الليل ، ولم يمد ، أراق دماً . وهل هو واجب ، أم مستحب ؟ فيه طرق . أصحها : على قولين كالإفاضة من عرفة قبل الغروب . والثاني : القطع بالإيجاب . والثالث : بالاستحباب .

قلت : لو لم يحضر مزدلفة في النصف الأول ، وحضرها ساعة في النصف الثاني ، حصل البيت ، نص عليه في « الأم » ، وفي قول ضعيف نص عليه في « الإملاء » ، والقديم : يحصل بساعة بين نصف الليل وطلوع الشمس . وفي قول : يشترط معظم الليل . والأظهر : وجوب الدم بترك المبيت ، والله أعلم .
والأولى ، تقديم النساء والضعفة بعد نصف الليل إلى منى . وأما غيرهم ، فيمكنون حتى يصلوا الصبح بها ، وينتسئون بالصبح . والتغليس هنا ، أشد استحباباً من باقي الأيام .

فرع

يستحب أن يأخذوا حصي الجمار من الزدلفة . ولو أخذوا من موضع آخر ، جاز ، لكن يكره من المسجد والحش والمرمى . وفي قدر المأخوذ وجهان . أحدهما : سبعمون حصاة لرمي يوم النحر والتشريق ، قاله في « المفتاح » وهو ، ظاهر نصه

في « المختصر » . والثاني : سبع حصيات لرمي يوم النحر فقط ، وبهذا قال الجمهور ، ونقلوه عن نفسه ، وجملوه بيانا لما أطلقه في « المختصر » . وجمع بعضهم بينها فقال : يستحب الأخذ للجميع ، لكن ليوم النحر أشد . ثم قال الجمهور : يتزودوا الحصى بالليل . وفي « التهذيب » : يتزودوها بعد صلاة الصبح .

فصل

في الرفع الى منى وما يتعلق به

ثم بعد صلاة الصبح ، يدفعون إلى منى . فاذا انتهوا إلى قرح ، وهو جبل مزدلفة ، وقفوا (١) فذكروا الله تعالى ودَعَوْا إلى الإِسْفار مستقبلين الكعبة . ولو وقفوا في موضع آخر من المزدلفة ، حصل أصل هذه السنة ، لكن أفضله ، ما ذكرناه . ولو فاتت هذه السنّة ، لم تحير بدم كسائر الهيئات : فاذا أسفروا ، ساروا إلى منى وعليهم السكينة ، ومن وجد فرجة ، أسرع . فاذا بلغوا وادي مُحَسَّر ، استحب للراكب تحريك دابته ، وللماشي الإسراع قدر رمية حجر . وفي وجهه : لا يسرع الماشي ، وهو ضعيف شاذ . ثم يسرون وعليهم السكينة ، ويصلون منى بعد طلوع الشمس ، فيرمون سبع حصيات إلى جرة العقبة ، وهي أسفل الجبل مرتفعة عن الجادة ، على يمين السائر إلى مكة ، ولا ينزل الراكبون حتى يرموا . والسنّة ، أن يكبّر مع كل حصاة ، ويقطع التلبية إذا بدأ بالرمي . وقال القفال : إذا رحلوا من مزدلفة ، خلطوا التلبية بالتكبير في مسيرهم . فاذا افتتحوا الرمي محضوا التكبير . قال الامام : ولم أر هذا لفيره . فاذا رمى ، نحر إن كان معه هدي ، ثم حلق أو قصر . فاذا فرغ منه ، دخل مكة وطاف طواف

(١) في الاصل : دفوا ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

الافاضة ، وهو الركن . وسمى بعه إن لم يكن سعى بمد طواف القدوم ، ثم يمود إلى متى لاميت بها والرمي أيام التشريق . ويستحب أن يمود إليها قبل أن يصلي الظهر .

فرع

الحلق في وقته في الحج والعمرة ، فيه قولان . أحدهما : أنه استباحة محظور ، وليس بنسك . وأظهرها : أنه نسك ، وهو ركن لا يجبر بالدم . حتى لو كانت برأسه علة لا يمكنه بسببها التعرض للشعر ، صبر إلى الامكان ، ولا يفدي^(١) بخلاف من لا شعر على رأسه ، فانه لا يؤمر بالحلق بمد نباته ، لأن النسك حلق شعر يشتمل الإحرام عليه . ويقوم التقصير مقام الحلق ، لكن الحلق أفضل . والمرأة لا تؤمر بالحلق ، بل تقصر . ويستحب أن يكون تقصيرها بقدر أئمة من جميع جوانب رأسها . ويختص الحلق والتقصير بشعر الرأس . ويستحب أن يبدأ بحلق الشق الأيمن ، ثم الأيسر ، وأن يستقبل القبلة ، وأن يدفن شعره . والأفضل ، أن يحلق أو يقصر جميع الرأس . وأقل ما يجزىء حلق ثلاث شعرات أو تقصيرها . ولنا وجه بعيد : أن الفدية تكمل في الشعرة الواحدة في الحلق المحظور ، وذلك الوجه عائد في حصول النسك بحلق الشعرة الواحدة . ولو حلق ثلاث شعرات في دفعات ، أو أخذ من شعرة واحدة شيئاً ، ثم عاد ثانياً فأخذ منها ، ثم عاد ثالثاً وأخذ منها ، فإن كملنا الفدية بها ، لو كان محظوراً ، حصل [به] النسك ، وإلا ، فلا . وإذا قصر ، فسواء أخذ مما يحاذي الرأس أو مما استرسل عنه ، وفي وجه شاذ : لا يجزىء المسترسل . ولا يتعين للحلق والتقصير آلة ، بل حكم

(١) في غطولة الظاهرية : ولا يفدي .

التنف ، والإحراق ، والأخذ بالموسى أو الثورة أو المقصين واحد . ومن لا شعر على رأسه ، لا شيء عليه . ويستحب له إمرار الموى على رأسه . قال الشافعي رحمه الله : ولو أخذ من شاربه أو شعر لحيته شيئاً ، كان أحب إلي . وجميع ما ذكرناه ، فممن لم يلتزم الحلق . أما من نذر الحلق في وقته ، فيلزمه ، ولا يجوزته التقصير ، ولا التنف والإحراق . وفي استئصال الشعر بالمقصين وإمرار الموى من غير استئصال ، تردد للامام . والظاهر : المنع ، لعدم اسم الحلق . ولو لبّد رأسه في الإحرام ، فهل هو كالنذر ؟ قولان . الجديد : لا . وفي وجه غريب : لا يلزم الحلق بالنذر إذا لم نجعله نسكاً .

فرع

وقت حلق المستمر ، إذا فرغ من السعي . فلو جامع بعد السعي وقبل الحلق ، فسدت عمرته إذا قلنا : الحلق نسك ، لوقوع جماعه قبل التحلل .

فصل

أعمال الحج يوم النحر أربعة كما سبق ، وهي : رمي جرة العقبة ، والذبح ، والحلق ، والطواف ، وهذا يسمى : طواف الافاضة ، والزيارة ، والركن ، وقد يسمى أيضاً : طواف الصدر ، والأشهر : أن طواف الصدر طواف الوداع . وترتيب الأربعة على ما ذكرناه ، ليس بواجب ، بل مسنون . فلو طاف قبل أن يرمي ، أو ذبح في وقته قبل أن يرمي ، فلا بأس ، ولا فدية . ولو حلق قبل الرمي والطواف . فإن قلنا : الحلق استباحة محظور ، لزمه الفدية ، وإلا ، فلا ، على الصحيح . وإذا أتى بالطواف قبل الرمي ، أو بالحلق ، وقلنا : نسك ، قطع التلبية

بشروعه فيه ، لأنه أخذ في أسباب التحلل . وكذا المستمر ، يقطع التلبية بأخذه في الطواف . ويستحب في هذه الأعمال : أن يرمي بعد طلوع الشمس ، ثم يأتي بياقها ، فيقطع الطواف في ضحوة ، ويدخل وقت جميعها بانتصاف ليلة النحر . ومتى يخرج ؟ أما الرمي : فيمتد إلى غروب الشمس يوم النحر . وهل يمتد تلك الليلة ؟ فيه وجهان . أصحابها : لا . وأما الذبح ، فالهدي لا يختص بزمن ، لكن يختص بالحرم . بخلاف الضحايا ، فانها تختص بالعيد وأيام التشريق ، ولا تختص بالحرم . قلت : كذا جزم الامام الرافعي هنا : بأن الهدايا لا تختص بزمن . والصحيح : أنها كالأضحية ، تختص بالعيد والتشريق . وقد ذكره هو على الصواب في باب الهدي ، وسيأتي بيانه فيه إن شاء الله تعالى قريباً . والله أعلم

وأما الحلق والطواف ، فلا يتوقت أحدهما ^(١) ، لكن ينبغي أن يطوف قبل خروجه من مكة . فإن طاف للوداع وخرج [وقع] عن طواف الأفاضة ، وإن خرج ولم يطف أصلاً ، لم تحمل له النساء وإن طال الزمان . ثم مقتضى كلام الأصحاب : لا يتوقت آخر الطواف ، وأنه لا يصير قضاءً . وفي « التتمة » : أنه إذا تأخر عن أيام التشريق ، صار قضاءً .

فرع

الحج تحللان ، وللعمره تحلل واحد . قال الأصحاب : لأن الحج يطول زمنه ، وتكثر أعماله . بخلاف العمرة ، فأبيح بمض عمراته في وقت ، وبمضها في وقت . ثم أسباب تحلل الحج : الرمي ، والطواف ، والحلق إن قلنا : هو نسك ، وإلا ، فالرمي والطواف . إن قلنا : ليس بنسك ، حصل التحلل الأول بأحدهما ، والتحلل الثاني بالآخر ، وإلا حصل التحلل الأول باثنين من الثلاثة ، إما الرمي

(١) في نسخة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » : آخرهما .

والخلق ، وإما الخلق والطواف ، وإما الرمي والطواف ، وحصل التحلل الثاني بالثالث . ولا بد من السعي مع الطواف وإن لم يكن سعى . هذا الذي ذكرنا ، هو المذهب المعروف الذي قطع به معظم الأصحاب . وفي وجه للاصطخري: دخول وقت الرمي ، كالرمي في حصول التحلل . ووجه للداركي : أنا إن جملنا الخلق نسكاً ، حصل التحللان جميعاً بالخلق مع الطواف ، أو بالطواف والرمي ، ولا يحصل بالرمي والخلق إلا أحدهما . ووجه : أنه يحصل التحلل الأول بالرمي فقط ، أو الطواف فقط ، وإن قلنا : الخلق نسك . ولو فات الرمي ، فهل يتوقف تحلله على الاتيان ببدله ؟ فيه ثلاثة أوجه . أصحها : نعم . والثالث : إن اقتدى بالدم ، توقف . وإن اقتدى بالصوم ، فلا ، لطول زمنه .

وأما العمرة : فتحللها بالطواف والسعي ، ويضم إليها الخلق إن قلنا : نسك . ويحل بالتحلل الأول في الحج : اللبس ، والقلم ، وستر الرأس ، والخلق إن لم نجعله نسكاً . ولا يحل الجماع إلا بالتحللين بلا خلاف . والمستحب : أن لا يطأ حتى يرمي في أيام التشريق . وفي عقد النكاح ، والباشرة فيما سوى الفرج ، كالقبلة ، واللامسة ، قولان . أظهرهما عند الأكثرين : لا يحل إلا بالتحللين . وأظهرهما عند صاحب « المذهب » وطائفة : يحل بالأول ، ويحل الصيد بالأول على الأظهر باتفاقهم . والمذهب : حل الطيب بالأول ، بل هو مستحب بين التحللين .

فصل

مبيت أربع ليال ، نسك في الحج : ليلة النحر بمزدلفة ، وليالي التشريق بمي . لكن الليلة الثالثة ، إنما تكون نسكاً لمن لم ينفر النفر الأول . وفي قدر الواجب من المبيت ، قولان حكاهما الامام عن نقل شيخه ، وصاحب « التقريب » . أظهرهما : معظم الليل . والثاني : المعتبر كونه حاضراً حال طلوع الفجر .

قلت : المذهب : مانص عليه الشافعي رحمه الله في « الأم » وغيره : أن الواجب في ميت المزدلفة ، ساعة في النصف الثاني من الليل ، وقد سبق بيانه قريباً .
والله أعلم

ثم هذا المبيت ، مجبور بالدم . وهل هو واجب ، أم مستحب ؟ أما ليلة المزدلفة ، فسبق حكمه . وأما الباقي ، فقولان . أظهرهما : الاستحباب . والثاني : الإيجاب . وقيل : مستحب قطعاً .

قلت : الأظهر : الإيجاب . والله أعلم

ثم إن ترك ليلة مزدلفة وحدها ، أراق دمًا . وإن ترك الليالي الثلاث ، فكذلك على المذهب . وحكى صاحب « التقريب » قولاً : أن في كل ليلة دمًا ، وهو شاذ . وإن ترك ليلة ، فأقوال : أظهرها : تحجير بدم . والثاني : بدرهم . والثالث : بثلاث دم . وإن ترك ليلتين ، فعلى هذا القياس . وإن ترك الليالي الأربع ، فقولان . أظهرهما : دمان ، دم للمزدلفة ، ودم للباقي . والثاني : دم للجميع . هذا في حق من كان بمنى وقت الغروب . فإن لم يكن حينئذ ، ولم يبت ، وأفردنا المزدلفة بدم ، فوجهان ، لأنه لم يترك إلا ليلتين . أحدهما : مدائن ، أو درهمان ، أو ثلثا دم . والثاني : دم كامل ، لتركه جنس المبيت بمنى ، وهذا أصح ، وهو جارٍ فيما لو ترك ليلتين من الثلاث دون المزدلفة . هذا كله في غير المذود . أما من ترك مبيت مزدلفة أو منى لعذر ، فلا دم عليه . وهم أصناف ، منهم ، رعاء الابل ، وأهل سقاية الباس ، فلم إذا رموا جرة العقبة يوم النحر أن ينفروا ويدعوا المبيت بمنى ليالي التشريق ، وللصنفين جميعاً أن يدعوا رمي يوم ، ويقضوه في اليوم الذي يليه قبل رمي ذلك اليوم ، وليس لهم أن يدعوا رمي يومين متواليين . فإن تركوا رمي اليوم الثاني ، بأن نفروا اليوم الأول بعد الرمي ، عادوا في اليوم الثالث . وإن تركوا رمي اليوم الأول ، بأن نفروا يوم النحر بعد الرمي ، عادوا في الثاني . ثم

لهم أن ينفروا مع الناس ، هذا هو الصحيح . وفي وجه : ليس لهم ذلك . وإذا غربت الشمس والرعاء بنى ، لزمهم المبيت تلك الليلة ، والرمي من الفد ، ولأهل السقاية أن ينفروا بعد الغروب على الصحيح ، لأن عملهم بالليل ، بخلاف الرعي . ورخصة أهل السقاية ، لا تختص بالعباسية على الصحيح . وفي وجه : تختص بهم ، وفي وجه : تختص ببني هاشم . ولو أحدثت سقاية الحاج ، فالعقيم بسببها ترك المبيت ، قاله في « التهذيب » . وقال ابن كعب وغيره : ليس له .

قلت : الأصح : قوله في « التهذيب » . والله أعلم

ومن المعذرين ، من انتهى إلى عرفة ليلة النحر ، واشتغل بالوقوف عن مبيت المزدلفة ، فلا شيء عليه ، وإنما يؤمر بالمبيت المتفرغون . ولو أفاض من عرفة إلى مكة ، وطاف للأفاضة بعد نصف الليل ، فقافته المبيت ، قال القفال : لا شيء عليه لاشتغاله بالطواف . وقال الامام : وفيه احتمال . ومن المعذرين ، من له مال يخاف ضياعه . ولو اشتغل بالمبيت ، أو له مريض يحتاج إلى تعده ، أو يطلب آبقاً ، أو يشتغل بأمر آخر يخاف فوته^(١) ففي هؤلاء وجهان . الصحيح النصوص : أنه لا شيء عليهم بترك المبيت ، ولهم أن ينفروا بعد الغروب .

فصل

فيما يتعلق بالرمي

إذا فرغ الحجاج من طواف الافاضة ، عادوا إلى منى وصلوا بها الظهر ، ويخطب الامام بها بعد الظهر خطبة ، ويعلمهم فيها سنة الرمي والافاضة ، ليتدارك من أخل بشيء منها ، ويعلمهم رمي أيام التشريق ، وحكم المبيت ، والرخصة

(١) في الاصل : بفوته ، وما أفتناه من مخطوطة الظاهرية .

للمذورين . وفي وجهه : تكون هذه الخطبة بمكة . والصحيح : أنها بمنى .
ويخطب بهم في الثاني^(١) من أيام التشريق ، ويعلم جواز النفر [فيه] . ويودعهم ،
وبأمرهم يختم الحج بطاعة الله تعالى . واعلم أن مجموع الرمي سبعون حصاة . لجمرة
العقبة يوم النحر سبعة . ولكل يوم من أيام التشريق إحدى وعشرين إلى
الجمرات الثلاث ، لكل جمرة سبع . ومن أراد النفر في اليوم الثاني قبل غروب
الشمس ، فله ذلك ، ويسقط عنه مبيت الليلة الثالثة ، ورمي الفد ، ولا دم عليه .
ومن لم ينفر حتى غربت الشمس ، لزمه مبيت الليلة الثالثة ، ورمي يومها . ولو
ارتحل فغربت الشمس قبل انفصاله من منى ، فله النفر . ولو غربت وهو في
شغل الارتحال ، أو نفر قبل الغروب فماد لشغل قبل الغروب أو بعده ، جاز
النفر على الأصح .

قلت : فلو تبرع في هذه الحالة بالمبيت ، لم يلزمه الرمي في الفد ، نص عليه الشافعي
رحمه الله . والله أعلم

ومن نفر وقد بقي معه شيء من الحصى التي تزودها ، طرحها أو دفعها إلى
غيره . قال الأئمة : ولم يؤثر شيء فيها يصتاده الناس من دفعها . أما وقت رمي
يوم النحر ، فسبق ، وأما أيام التشريق ، فيدخل بزاول الشمس ، ويبقى إلى
غروبها . وهل يمتد إلى الفجر ؟ أما في اليوم الثالث ، فلا ، لخروج وقت المناسك ،
وأما اليومان ، فوجهان . أصحها : لا يمتد .

(١) في الأصل : الناس ، وما ألبناه من غلظة الظاهرية ، و« شرح الوجيز » .

فرع

اليوم الأول من أيام التشريق ، يسمى : يوم القرّ - بفتح القاف وتشديد
الراء - لأنهم قارّون بمنى . واليوم الثاني : النفر الأول . والثالث : النفر الثاني .
فإذا ترك رمي يوم القرّ عمداً أو سهواً ، هل يتداركه في اليوم الثاني أو
الثالث ؟ أو ترك رمي الثاني ، أو رمي اليومين الأولين ، هل يتدارك في الثالث ؟
قولان . أظهرهما : نعم . فإن قلنا : لا يتدارك في بقية الأيام ، فهل يتدارك في
الليلة الواقعة بعده من ليالي التشريق ؟ وجهان تفريفاً على الأصح : أن وقته لا يمتد
تلك الليلة . وإن قلنا بالتدارك ، فتدارك ، فهل هو أداء ، أم قضاء ؟ قولان .
أظهرهما : أداء ، كأهل السقاية والرعاء . فإن قلنا : أداء ، فجملة أيام منى في حكم
الوقت الواحد ، فكل يوم للقدر المأمور به وقت اختيار ، كأوقات الاختيار
للصلوات . ويجوز تقديم رمي يوم التدارك على الزوال . ونقل الامام ، أن على
هذا القول ، لا يمتنع تقديم رمي يوم إلى يوم ، لكن يجوز أن يقال : إن وقته
يتسع من جهة الآخر دون الأول ، فلا يجوز التقديم .

قلت : الصواب : الجزم بمنع التقديم ، وبه قطع الجمهور تصريحاً ومفهوماً .
وانتداعلم

وإذا قلنا : إنه قضاء ، فتوزيع الأقدار المينة على الأيام (١) مستحق ،
ولا سبيل إلى تقديم رمي يوم إلى يوم ، ولا إلى تقديمه على الزوال . وهل يجوز
بالليل ؟ وجهان . أصحهما : نعم ، لأن القضاء لا يتوقت . والثاني : لا ، لأن
الرمي عبادة النهار كالصوم . وهل يجب الترتيب بين الرمي المتروك ورمي يوم

(١) في الأصل : الامام ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية .

التدارك ؟ قولان ، ويقال : وجهان . أظهرهما : نعم كالترتيب في المكان ، وهما مبنيان على أن المتدارك قضاء ، أم أداء ؟ إن قلنا : أداء ، وجب الترتيب ، وإلا ، فلا . فإن لم نوجب الترتيب ، فهل يجب على أهل العذر كالرعاء ؟ وجهان . قال المتولي : نظيره أن من فاتته الظهر ، لا يلزمه ترتيب بينها وبين العصر . ولو آخرها للجمع ، فوجهان . ولو رمى إلى الجمرات كلها عن اليوم قبل أن يرمي إليها عن أمسه ، أجزاء إن لم نوجب الترتيب ، وإلا ، فوجهان . أصحها : يجزئه ويقع عن القضاء . والثاني : لا يجزئه أصلاً . قال الامام : ولو صرف الرمي إلى غير النسك ، بأن رمى إلى شخص أو دابة في الجمرة ، ففي انصرافه عن النسك الخلاف المذكور في صرف الطواف . فإن لم ينصرف ، وقع عن أمسه ، ولما قصده . وإن انصرف ، فإن شرطنا الترتيب ، لم يجزئه أصلاً ، وإلا أجزاء عن يومه . ولو رمى إلى كل جمرة أربع عشرة حصاة ، سبباً عن أمسه ، وسبباً عن يومه ، جاز ، إن لم نعتبر الترتيب ، وإلا ، فلا . وهو نصه في « المختصر » . هذا كله في رمي اليوم الأول أو الثاني من أيام التشريق . أما إذا ترك رمي يوم النحر ، ففي تداركه في أيام التشريق طريقان . أصحها : أنه على القولين . والثاني : القطع بعدم التدارك ، للمفارقة بين الرميين قدراً ووقتاً وحكماً ، فإن رمي النحر يؤثر في التحلل .

فرع

يشترط في رمي التشريق ، الترتيب في المكان ، بأن يرمي الجمرة التي تلي مسجد الحيف ، ثم الوسطى ، ثم جمرة العقبة . ولا يستد برمي الثانية ، قبل تمام الأولى ، ولا بالثالثة ، قبل تمام الأولين . ولو ترك حصاة ولم يدر من أين تركها ، جعلها من الأولى ، فرمى إليها حصاة وأعاد الآخرين . وفي اشتراط الموالاة بين رمي الجمرات ، ورميات الجمرة الواحدة ، الخلاف السابق في الطواف .

فرع

السنة أن يرفع يده عند الرمي ، وأن يرمي أيام التشريق مستقبل القبلة ، ويوم النحر مستدبرها ، وأن يكون نازلاً في رمي اليومين الأولين ، وراكباً في اليوم الأخير ، فيرمي ، وينفر عقيه . كما أنه يوم النحر ، يرمي ، ثم ينزل ، هكذا قاله الجمهور . ونص عليه في « الاملاء » . وفي « التتمة » : أن الصحيح ترك الركوب في الأيام الثلاثة .

قلت : هذا الذي في « التتمة » ليس بشيء ، والصواب : ما تقدم . وأما جزم الرافعي ، بأنه يستدبر القبلة يوم النحر ، فهو وجه ، قاله الشيخ أبو حامد وغيره . ولنا وجه : أنه يستقبلها . والصحيح : أنه يحمل القبلة على يساره ، وعرفات على يمينه ، ويستقبل الجمرة ، فقد ثبت فيه السنة الصحيحة . والله أعلم .
والسنة ، إذا رمى الأولى ، أن يتقدم قليلاً بحيث لا يبلنه حصى الرامين ، فيقف مستقبلاً القبلة ، ويدعو ، ويذكر الله تعالى طويلاً قدر سورة (البقرة) وإذا رمى الجمرة الثانية ، فعل مثل ذلك ، ولا يقف إذا رمى الثالثة .

فرع

لو ترك رمي بعض الأيام وقلنا : يتدارك ، فتدارك ، فلا دم عليه على المشهور . وفي قول : يجب دم مع التدارك^(١) ، كمن أخر قضاء رمضان حتى دخل رمضان آخر ، يقضي ويفدي . ولو نفر يوم النحر ، أو يوم القر قبل أن يرمي ، ثم عاد

(١) في الامل : التدارك .

ورمي قبل الغروب ، أجزاءه ولا دم . ولو فرض ذلك يوم النفر الأول ، فكذا على الأصح . والثاني : يلزمه الدم ، لأن النفر في هذا اليوم جائز في الجملة ، فإذا نفر فيه ، خرج عن الحج ، فلا يسقط الدم بعوده . وحيث قلنا : لا يتدارك ، أو قلنا به ، فلم يتدارك ، وجب الدم ، وكم قدره ؟ فيه صور . فإن ترك رمي يوم النحر وأيام التشريق ، والصورة فيمن توجه عليه رمي اليوم الثالث ، فثلاثة أقوال . أحدها : دم . والثاني : دمان . والثالث : أربعة دماء ، وهذا الأخير^(١) أظهرها عند صاحب « التهذيب » . لكن مقتضى كلام الجمهور : ترجيح الأول . ولو ترك رمي يوم النحر أو يوماً من التشريق ، وجب دم . وإن ترك رمي بعض يوم من التشريق ، ففيه طريقان . أحدهما : الجمرات الثلاث كالشعرات الثلاث ، فلا يكمل الدم في بعضها . بل إن ترك جمرة ، ففيها الأقوال الثلاثة ، فيمن حلق شعرة . أظهرها : مد . والثاني : درهم . والثالث : ثلث دم . وإن ترك جمرتين ، فعلى هذا القياس . وعلى هذا لو ترك حصاة من جمرة ، قال صاحب « التقريب » : إن قلنا : في الجمرة ثلث دم ، ففي الحصاة جزء من أحد وعشرين جزءاً من دم ، وإن قلنا : في الجمرة مد أو درهم ، فيحتمل أن نوجب سبعة مد ، أو سبع درم ، ويحتمل أن لا نبضها^(٢) .

والطريق الثاني : يكمل الدم في وظيفة الجمرة الواحدة ، كما يكمل في جمرة النحر . وفي الحصاة والحصاتين الأقوال الثلاثة ، وهذا الخلاف في الحصاة ، أو الحصاتين ، من آخر أيام التشريق .

فأما لو تركها من الجمرة الأخيرة يوم النفر ، أو النفر الأول ، ولم ينفر ، فإن قلنا : لا يجب الترتيب بين التدارك ورمي الوقت ، صح رميه ، لكنه ترك حصاة ، ففيه الخلاف ، وإلا ، ففيه الخلاف السابق في أن الرمي بنية اليوم ، هل يقع عن الماضي ؟ إن قلنا : نعم ، تم المتروك بما أتى به في اليوم الذي بعده ، لكنه يكون

(١) في الاصل : الآخر .

(٢) في الاصل : أن لا نبضها .

تاركاً للجمرة الأولى والثانية في ذلك اليوم ، فعليه دم . وإن قلنا : لا ، كان تاركاً رمي حصاة ووظيفة يوم ، فعليه دم إن لم نفرد كل يوم بدم ، وإلا فعليه لوظيفة اليوم دم . وفي ما يجب لترك الحصاة ، الخلاف . وإن تركها من إحدى الجمرتين الأوليين من أول يوم كان ، فعليه دم ، لأن ما بعدها غير صحيح ، لوجوب الترتيب في المكان . هذا كله إذا ترك بعض يوم من التشريق ، فإن ترك بعض رمي النحر ، فقد ألحقه في « التهذيب » بما إذا ترك من الجمرة الأخيرة من اليوم الأخير . وقال في « التتمة » : يلزمه دم ، ولو ترك حصاة ، لأنها من أسباب التحلل ، فإذا ترك شيئاً منها ، لم يتحلل إلا ببدل كامل . وحكى في « النهاية » وجهاً غربياً ضعيفاً : أن الدم يكفل في حصاة واحدة مطلقاً .

فرع

قال في « التتمة » : لو ترك ثلاث حصيات من جملة الأيام لم يعلم موضعها ، أخذ بالأسول ، وهو أنه ترك حصاة من يوم النحر ، وحصاة من الجمرة الأولى يوم القر ، وحصاة من الجمرة الثانية يوم النفر الأول . فإن لم نحسب ما يرميه بنية وظيفة اليوم عن الفائت ، فالحاصل ست حصيات من رمي يوم النحر ، سواء شرطنا الترتيب بين التدارك ورمي الوقت ، أم لا . وإن حسبناه ، فالحاصل رمي يوم النحر وأحد أيام التشريق لا غير ، سواء شرطنا الترتيب ، أم لا ، ودليله يعرف مما سبق من الأصول .

فرع

في بيان ما يرمى

شرطه كونه حجراً، فيجزيء الرمر، واليرام، والكذبان، وسائر أنواع الحجر . ويجزيء حجر الثورة قبل أن يطبخ ويصير نورة . وأما حجر الحديد، فتردد فيه الشيخ أبو محمد . والمذهب : جوازه ، لأنه حجر في الحال ، إلا أن فيه حديداً كامناً يستخرج بالعلاج . وفي ما تتخذ منه الفصوص ، كالفيروزج ، والياقوت ، والعقيق ، والزمرد ، والبلور ، والزبرجد ، وجهان . أصحها : الإجزاء ، لأنها أحجار . ولا يجزيء اللؤلؤ ، وما ليس بحجر من طبقات الأرض ، كالنورة ، والزرنيخ ، والإثمند ، والمدر ، والجص ، والجواهر المنطبعة ، كالنبرين وغيرها . والسنة أن يرمي بمثل حصي الخذف ، وهو دون الأغلة طولاً وعرضاً في قدر الباقلاء ، يضعه على بطن الابهام ، ويرميه برأس السبابة . ولو رمى بأصغر من ذلك ، أو أكبر ، كره وأجزأه . ويستحب أن يكون الحجر طاهراً .

قلت : جزم الامام الرفاعي [رحمه الله] ، بأن يرميه على هيئة الخذف ، فيضمه على بطن الابهام ، وهذا وجه ضعيف . والصحيح المختار : أن يرميه على [غير] هيئة الخذف . والله أعلم

فرع

في حقيقة الرمي

الواجب ، ما يقع عليه اسم الرمي . فلو وضع الحجر في الرمي ، لم يفتد

به على الصحيح . وبشترط قصد الرمي . فلو رمى في الهواء فوق في الرمي ، لم يمتد به . ولا يشترط بقاء الحجر في الرمي ، فلا يضر تدرجه وخروجه بعد الوقوع ، لكن ينبغي أن يقع فيه . فان شك في وقوعه فيه ، فقولان . الجديد : لا يجزئه . ولا يشترط كون الرامي خارج الجمة . فلو وقف في الطرف ، ورمى إلى الطرف الآخر ، جاز . ولو انصدمت الحصاة المرمية بالأرض خارج الجمة ، أو بحمل في الطريق ، أو عنق بعير ، أو ثوب إنسان ، ثم ارتدت فوقت في الرمي ، اعتد بها ، لحصولها في الرمي بفعله من غير معاونة . ولو حرك صاحب الحمل الحمل فنفضها ، أو صاحب الثوب ، أو تحرك البعير فدفعها فوقت في الرمي ، لم يمتد بها . ولو وقعت على الحمل أو عنق البعير ، ثم تدرجت إلى الرمي ، ففي الاعتداد بها وجهان . امل أشبهها النع ، لاحتمال تأثرها به . ولو وقعت في غير الرمي ، ثم تدرجت إلى الرمي ، أو ردتها الريح إليه ، فوجهان . قال في « التهذيب » : أصحها : الإجزاء ، لحصولها فيه لا بفعل غيره . ولا يجزئ الرمي عن القوس ، ولا الدفع بالرجل . ويستحب ^(١) أن يرمي الحصيات في سبع دفعات . فلو رمى حصاتين أو سبعاً دفعة ، فان وقعن في الرمي معاً ، حسبت واحدة فقط ، وإن ترتبت في الوقوع ، حسبت واحدة على الصحيح . ولو أتبع حجراً حجراً ، ووقعت الأولى قبل الثانية ، فرميتان . وإن ^(٢) تساوتا ، أو وقعت الثانية قبل الأولى ، فرميتان على الأصح . ولو رمى بحجر قد رمى به غيره ، أو رمى هو به إلى جمة أخرى ، أو إلى هذه الجمة في يوم آخر ، جاز . وإن رمى به هو تلك الجمة في ذلك اليوم ، فوجهان . أصحها : الجواز ، كما لو دفع إلى فقير مدأ في كفارة ، ثم اشتراه ودفعه إلى آخر ، وعلى هذا تنأدى جميع الرميات بحصاة واحدة .

(١) في مخطوطة الظاهرية ، و« شرح الوجيز » : ويشترط .

(٢) في الاصل : أو .

فرع

الماجز عن الرمي بنفسه لمرض أو حبس ، يستنيب من يرمي عنه . ويستحب أن يناول النائب الحصى إن قدر ، ويكبر هو . وإنما تجوز النيابة لماجز بة لا يرجى زوالها قبل خروج وقت الرمي ، ولا يمنع الزوال بعده . ولا يصح رمي النائب عن المستنيب إلا بعد رميه عن نفسه ، فلو خالف ، وقع عن نفسه كأصل الحج . ولو أغمى عليه ولم يأذن لغيره في الرمي عنه ، لم يجوز الرمي عنه . وإن أذن ، جاز الرمي عنه على الصحيح .

قلت : شرطه أن يكون أذن قبل الإغماء ، في حال تصح الاستنابة فيه ، صرح به الماوردي وآخرون ، ونقله الروياني عن الأصحاب . والله أعلم

وإذا رمى النائب ، ثم زال عذر المستنيب والوقت باقٍ ، فالذهب : أنه ليس عليه إعادة الرمي ، وبهذا قطع الأكثرون . وفي التهذيب : أنه على القولين فيما إذا حج العضوب عن نفسه ثم برىء .

فصل

ثم إذا فرغ الحاج من رمي اليوم الثالث من [أيام] التشريق، استحب أن يأتي المحصب، فينزل به ويصلي فيه الظهر والعصر والمغرب والعشاء ، ويبيت به ليلة الرابع عشر . ولو ترك النزول به ، فلا شيء عليه . وحد المحصب : ما بين الجبلين إلى المقبرة .

فصل

في طواف الوداع قولان . أظهرهما : يجب . والثاني : يستحب . وقيل يستحب قطعاً . فإن تركه ، جبره بدم . فإن قلنا : إنه واجب ، كان جبره واجباً ، وإلا ، مستحباً . والمذهب : أن طواف القدوم ، لا يجبر . وعن صاحب « التقريب » : أنه كالوداع في وجوب الجبر ، وهو شاذ . وإذا خرج بلا وداع ، وقلنا : يجب الدم ، فعاد قبل بلوغه مسافة القصر ، سقط عنه الدم . وإن عاد بعد بلوغها ، فوجهان . أصحها : لا يسقط ، ولا يجب العود في الحالة الثانية . وأما الأولى ، فستأتي إن شاء الله تعالى . وليس على الحائض طواف وداع . فلو طهرت قبل مفارقة خطة مكة ، لزمها العود والطواف . وإن طهرت بعد بلوغها مسافة القصر ، فلا . وإن لم تبلغ مسافة القصر ، فنص أنه لا يلزمها العود ، ونص أن الم قصر بالترك يلزمه العود . فالمذهب : الفرق ، كما نص عليه . وقيل : فيها قولان . فإن قلنا : لا يلزم العود ، فالنظر إلى نفس مكة أو الحرم ؟ وجهان . أصحها : مكة . ثم إن أوجبنا العود ، فعاد وطاف ، سقط الدم ، وإن لم يعد ، لم يسقط . وإن لم نوجبه ، فلم يعد ، فلا دم على الحائض ، ويجب على الم قصر .

فرع

ينبغي أن يقع طواف الوداع بعد جميع الأشغال ، ويعقبه الخروج بلا مكث . فإن مكث ، نظر ، إن كان لغير عذر أو لشغل غير أسباب الخروج ، كسراء متاع ،

أو قضاء دين ، أو زيارة صديق ، أو عيادة مريض ، فعليه إعادة الطواف . وإن
اشتغل بأسباب الخروج ، كسراء الزاد ، وشد الرحل ونحوها ، فهل يحتاج إلى
إعادته ؟ [فيه] طريقان . قطع الجمهور بأنه لا يحتاج . وفي « النهاية » : وجهان .
قلت : لو أقيمت الصلاة فصلائها ، لم يعد . والله أعلم

فرع

حكم طواف الوداع ، حكم سائر أنواع الطواف في الأركان والشرائط . وفيه
وجه لأبي يعقوب الأبيوردي : أنه يصح بلا طهارة ، وتجبر الطهارة بالدم .

فرع

هل طواف الوداع من جملة المناسك ؟ فيه خلاف ، قال الامام ، والغزالي :
هو من المناسك ، وليس على الخارج من مكة وداع ، لخروجه منها . وقال صاحب
« التتمة » و « التهذيب » وغيرهما : ليس طواف الوداع من المناسك ، بل يؤمر
به من أراد مفارقة مكة إلى مسافة القصر ، سواء كان مكياً أو أقيماً ، وهذا
أصح ، تعظيماً للحرم ، وتشبيهاً لاقتضاء خروجه الوداع باقتضاء دخوله الاحرام ،
ولأنهم اتفقوا على أن المكّي إذا حج وهو على أنه يقيم بوطنه ، لا يؤمر بطواف
الوداع ، وكذا الأقيمي إذا حج وأراد الإقامة بمكة ، لا وداع عليه ، ولو كان
من جملة المناسك ، لعمّ الحجيج (١) .

قلت : وما يستدل به من السنّة لكونه ليس من المناسك ، ما ثبت في
« صحيح مسلم » وغيره ، أن النبي ﷺ قال : « يقيم المهاجر بمكة بعد قضاء

(١) في نسخة : لا شبهة أن يعم الحجيج .

نسكه ثلاثاً^(١)، ووجه الدلالة : أن طواف الوداع يكون عند الرجوع ، فسماء قبله :
قاضياً لمناسك ، وحقيقته : أن يكون قضاها كلها . والله أعلم

فرع

استحب الشافعي رحمه الله للحاج إذا طاف للوداع ، أن يقف بهذا الملتزم بين الركن والباب ويقول : « اللهم البيت بيتك ، والعبد عبدك ، وابن أمتك ، حملتي على ما سخرت لي من خلقك ، حتى سيرتني في بلادك ، وبلغتني بنعمتك ، حتى أعنتني على قضاء مناسكك ، فإن كنت رضى عني ، فازدد عني رضى ، وإلا فالآن قبل أن تنأى عن بيتك داري ، هذا أوان انصرافي إن أذنت [لي] غير مستبدل بك ولا ببيتك ، ولا راغب عنك ولا عن بيتك ، اللهم اصحبي العافية في بدني ، والمصمة في ديني ، وأحسن منقلي ، وارزقي طاعتك ما أبقيتني » ، قال : وما زاد فحسن ، وقد زيد فيه « واجمع لي خير الدنيا والآخرة » ، انك قادر على ذلك » ، ثم يصلي على النبي ﷺ وينصرف . وينبغي أن يتبع نظره البيت ما أمكنه ، ويستحب أن يشرب من زمزم ، وأن يزور بعد الفراغ قبر رسول الله ﷺ .

قلت : يستحب للحاج دخول البيت حافياً ما لم يؤذ أو يتأذ بزحام أو غيره . ويستحب أن يصلي فيه ، ويدعو في جوانبه ، وأن يكثر الاعتار والطواف تطوعاً . قال صاحب « الحاوي » : الطواف أفضل من الصلاة . وظاهر عبارة صاحب « المذهب » وآخرين في قولهم : أفضل عبادات البدن الصلاة ، أنها أفضل

(١) في « صحيح مسلم » ٩٨٥/٢ باب جواز الإقامة بمكة للمهاجر منها بعد فراغ الحج والعمرة ثلاثة أيام بلا زيادة .

منه ، ولا يشكر هذا . ويقال : الطواف صلاة ، لأن الصلاة عند الإطلاق لا تنصرف إليه ، لاسيما في كتب المصنفين الموضوعة للايضاح ، وهذا أقوى في الدليل . والله أعلم

فصل

أعمال الحج ثلاثة أقسام : أركان ، وأباض ، وهيات . فالأركان خمسة : الاحرام ، والوقوف ، والطواف ، والسعي ، والحلق إن قلنا : هو نسك . وهذه هي أركان العمرة سوى الوقوف ، ولا مدخل للجبران في الأركان . والترتيب يستبر في معظمها ، فلا بد من تقديم الاحرام والوقوف على الطواف والحلق . ولا بد من تأخير السعي عن طواف . وينبغي أن يبدئ الترتيب من الأركان ، كما عدّوه من أركان الصلاة والوضوء . ولا يقدح في ذلك عدم الترتيب بين الطواف والحلق ، كما لا يقدح عدم الترتيب بين القيام والقراءة في الصلاة . وأما الأباض ، فمجاوزه الميقات قبل الاحرام والرمي ، مجبوران بالدم قطعاً . وفي الجمع بين الليل والنهار برفة والمبيت بمزدلفة ومنى وطواف الوداع ، قولان . أحدهما : الإيجاب ، فيكون من الأباض المجبورة بالدم وجوباً . والثاني : الاستحباب ، فيكون من الهيات . وما سواها هيات . وتقدم وجه ضئيف : وجوب جبر طواف القدوم .

باب

مَجْع الصبي ومعه في معناه

حج الصبي صحيح ، فإن كان مميزاً ، أحرم بأذن وليه . فإن استقل ، فوجهان . أحدهما : لا يصح . والثاني : يصح ، ولولاه تحليله . ولو أحرم عنه وليه ، فإن قلنا :

يصح استقلاله ، لم يصح ، وإلا ، فوجهان . أصحها : يصح . وإن لم يكن مميزاً ،
أحرم عنه وليه ، سواء كان حلالاً أو محرماً ، حج عن نفسه أم لا . ولا يشترط
حضور الصبي ومواجهته على الأصح . والمجنون ، كصبي لا يميز ، يُحرم عنه وليه .
وفيه وجه غريب ضئيف : أنه لا يجوز الاحرام عنه ، إذ ليس له أهلية العبادات .
والمفمى عليه ، لا يحرم عنه غيره . وأما الولي الذي يحرم عن الصبي ، أو يأذن
له ، فالأب يتولى ذلك ، وكذا الجدّ وإن علا عند عدم الأب ، ولا يتولاه
عند وجود الأب على الصحيح . وفي الوصي والقيّم ، طريقان . قطع المراقبون
بالجواز ، وقال آخرون : وجهان . أرجحهما عند الامام : المنع . وفي الأخ والمم ،
وجهان . أصحها : المنع . وفي الأم ، طريقان . أحدهما : القطع بالجواز . وأصحها ،
وبه قال الأكثرون : أنه مبني على ولايتها التصرف في ماله . فعلى قول الاصطخري :
تليه . وعلى قول الجمهور : لا تلي .

قلت : ولو أذن الأب لمن يحرم عن الصبي ، ففي صحته وجهان حكاهما الروياني .
الصحيح : صحته ، وبه قطع الدارمي . والله أعلم

فصل

متى صار الصبي محرماً باحرامه ، أو بإحرام وليه ، فعل ما قدر عليه
بنفسه ، وفعل به الولي ما عجز عنه . فإن قدر على الطواف ، علّمه فطاف ، وإلا
طيف به على ما سبق . والسمي كالطواف . ويصلي عنه وليه ركعتي الطواف
إن لم يكن مميزاً ، وإلا صلاهما بنفسه على الصحيح . وفي الوجه الضئيف :
لا بد أن يصلّيها الولي بكل حال . ويشترط إحضاره عرفة ، ولا يكفي حضور
غيره عنه . وكذا يحضر الزدلفة والمواقف . ويتناول الأحجار فيرميها إن قدر ،

والأرمي عنه من لأرمي عليه . ويستحب أن يضمها في يده أولاً ، ثم يأخذها فيبرمي .

قلت : لو أركبه الولي دابة وهو غير ممیز ، فطافت به ، قال الروياني : لم يصح إلا أن يكون الولي سائقاً أو قائداً . والله أعلم

فصل

التقدر الزائد من النفقة بسبب السفر ، هل في مال الصبي أو الولي ؟ وجهان . ويقال : قولان . أصحها : في مال الولي . فملى هذا ، لو أحرم بغير إذنه ، وصححناه ، حلله . فإن لم يفعل ، أنفق عليه .

فصل

يمنع الصبي المحرم من محظورات الاحرام . فلو تطيب ، أو لبس ناسياً ، فلا فدية عليه . وإن كان عامداً ، فقد بنّوه على أصل مذكور في الجنایات ، وهو أن عمده عمد ، أو خطأ ؟ إن قلنا : خطأ ، فلا . وإن قلنا : عمد ، وهو الأظهر ، وجبت . قال الامام : وبهذا قطع المحققون ، لأن عمده في العبادات كعمد البالغ ، ألا ترى أنه إذا تعمد الكلام ، بطلت صلاته ، أو الأكل ، بطل صومه ؟ ونقل الداركي قولاً فارقاً ، بين أن يكون الصبي ممن يلتذ بالطيب واللباس ، أم لا ؟ ولو حلق ، أو قلم ، أو قتل صيداً ، وقلنا : عمد هذه الافعال وسهوها سواء ، وجبت الفدية ، وإلا ، فهي كالطيب واللباس . ومتى وجبت الفدية ، فهي على الولي ، أم في مال الصبي ؟ قولان . أظهرهما : في مال الولي ، هذا إذا أحرم بأذنه . فإن أحرم بغير إذنه وجوزناه ، فالفدية في مال الصبي بلا خلاف ، قاله في « التتمة » . وفي وجهه :

إن أحرم به الأب أو الجد ، ففي مال الصبي . وإن أحرم به غيرها ، فمليه . ومتى وجبت في مال الصبي ؟ إن كانت مرتبة ، فحكمها حكم كفارة القتل ، وإلا ، فهل يجزىء أن يفدي بالصوم في حال الصبي ؟ وجهان مبنيان على صحة قضائه الحج الفاسد في الصبي ، وليس للولي والحالة هذه أن يفدي عنه بالمال ، لأنه غير متمين^(١) .

فرع

لو جامع الصبي ناسياً ، أو عامداً ، وقتلنا : عمده خطأ ، ففي فساد حجه قولان ، كالبالغ إذا جامع ناسياً ، أظهرهما : لا يفسد . وإن قلنا : عمده عمد ، فسد حجه . وإذا فسد ، هل عليه القضاء ؟ قولان . أظهرهما : نعم ، لأنه لإحرام صحيح ، فوجب بإفساده القضاء كحج التطوع . فعلى هذا ، هل يجزئه القضاء في حال الصبي ؟ قولان . ويقال : وجهان . أظهرهما : نعم ، اعتباراً بالأداء . والثاني : لا ، لأنه ليس أهلاً لأداء فرض الحج . فعلى هذا ، إذا بلغ ، نظر في الحجة التي أفسدها ، فإن كانت بحيث لو سلمت من الفساد أجزأته عن حجة الاسلام بأن بلغ قبل فوات الوقوف ، تأدت حجة الاسلام بالقضاء ، وإلا ، فلا ، وعليه أن يبدأ بحجة الاسلام ، ثم يقضي . فإن نوى القضاء أولاً ، انصرف إلى حجة الاسلام . وإذا جوزنا القضاء في حال الصبي ، فشرع فيه ، وبلغ قبل الوقوف ، انصرف إلى حجة الاسلام ، وعليه القضاء . ومهما فسد حجه وأوجبنا القضاء ، وجبت الكفارة أيضاً ، وإلا ، ففي الكفارة وجهان . أصحها : الوجوب . وإذا وجبت ، ففي مال الصبي أو الولي ؟ فيه الخلاف السابق .

(١) في الاصل : غير متمين ، وما أثبتناه من غطوطة الظاهرية .

فرع

حكم المجنون، حكم الصبي الذي لا يميز في جميع المذكور . ولو خرج الولي بالمجنون بعد استقرار فرض الحج عليه ، وأنفق من ماله ، نظر ، إن لم ينفق حتى فات الوقوف ، غرم له الولي زيادة نفقة السفر . وإن أفاق ، وأحرم ، وحج ، فلا غرم ، لأنه قضى ما عليه . وتشترط إفاقته عند الاحرام ، والوقوف ، والطواف ، والسعي . ولم يمرضوا لحالة الخلق . وقياس كونه نسكاً ، اشتراط الافاقة فيه ، كسائر الأركان .

فصل

لو بلغ الصبي في أثناء الحج ، نظر ، إن بلغ بعد خروج وقت الوقوف بمعرفة ، لم يجزئه عن حجة الاسلام . ولو بلغ بعد الوقوف وقبل خروج وقته ، ولم يمد إلى الموقف ، لم يجزئه عن حجة الاسلام على الصحيح . ولو عاد فوقف في الوقت ، أو بلغ قبل وقت الوقوف ، أو في حال الوقوف ، أجزأه عن حجة الاسلام ، لكن يجب إعادة السعي إن كان سعى عقيب طواف القدوم قبل البلوغ على الأصح ، ويخالف الاحرام ، فإنه مستدام في حال البلوغ . وإذا وقع حجه عن الاسلام ، فهل يلزمه الدم ؟ فيه طريقان . أصحهما : على قولين . أظهرهما : لا ، إذ لا إساءة . والثاني : نعم ، لفوات الاحرام الكامل من الميقات . والطريق الثاني : القطع بأن لادم . والخلاف فيمن لم يمد بعد البلوغ إلى الميقات ، فإن عاد ، فلا دم على الصحيح . والطواف في العمرة ، كالوقوف في الحج . فإذا بلغ قبله ، أجزأته عمرته عن عمرة الاسلام . وعنى العبد في أثناء الحج والعمرة ، كبلوغ الصبي في أثناءها .

فرع

ذمي أنى الميقات يريد النسك ، فأحرم منه ، لم ينقصد إحرامه ، فان أسلم قبل فوات الوقوف ، ولزمه الحج ، فله أن يحج من سنته ، وله التأخير ، لأن الحج على التراخي . فان حج من سنته ، وعاد إلى الميقات فأحرم منه ، أو عاد محرماً ، فلا دم عليه . وإن لم يعد ، لزمه دم كالمسلم إذا جاوزه بقصد النسك . وقال المزني : لا دم .

فصل

إذا طيب الولي الصبي ، أو ألبسه ، أو حلق رأسه ، نظر ، إن فعله لحاجة الصبي ، فطريقان . أصحابها : أنه كمباشرة الصبي ذلك ، فيكون فيمن تجب عليه الفدية القولان المتقدمان . والثاني : القطع بأنها على الولي . ولو طيبه لا حاجة ، فالفدية عليه ، وكذا لو طيبه أجنبي . وهل يكون الصبي ^(١) طريقاً ؟ فيه وجهان . قلت : أصحابها : لا يكون . والله أعلم

(١) في الأصل : للصبي .

باب

محرمات الاصرام

وهي سبعة أنواع .

الأول : الابس . أما رأس الرجل ، فلا يجوز ستره لا بمخيط كالقلنسوة ، ولا بغيره كالعمامة ، والإزار ، والخرقه ، وكل ما يبعد ساتراً . فإن ستر ، لزمه الفدية . ولو توسد وسادة ، أو وضع يده على رأسه ، أو انغمس في ماء ، أو استظل بمحمل أو هودج ، فلا بأس ، سواء مس الحمل رأسه ، أم لا . وقال في « التتمة » : إذا مس الحمل رأسه ، وجبت الفدية . ولم أر هذا لغيره ، وهو ضعيف . ولو وضع على رأسه زنبيلًا أو حملاً ، فلا فدية على المذهب . وقيل : قولان . ولو طلى رأسه بطين ، أو حناء ، أو مرهم ، أو نحوها ، فإن كان رقيقاً لا يستر ، فلا فدية . وإن كان ثخيناً ساتراً ، وجبت على الأصح . ولا يشترط لوجوب الفدية ستر جميع الرأس ، كما لا يشترط في فدية الحلق الاستيعاب ، بل تجب بستر قدر يقصد ستره افرض ، كشد عصاية ، أو إلصاق لصوق لشجة ونحوها ، كذا ضبطه الامام والغزالي . واتفق الأصحاب على أنه لو شد خيطاً على رأسه ، لم يضر ، ولا فدية . وهذا ينقض ما ضبطاه ، فإن ستر المقدار الذي يحويه [شد] الخيط ، قد يقصد لمنع الشعر من الانتشار وغيره . فالوجه : الضبط بتسميته ساتراً كل الرأس أو بعضه .

قلت : تجب الفدية بتغطية البياض الذي وراء الأذن ، قاله الروياني وغيره ، وهو ظاهر . ولو غطى رأسه بكف غيره ، فالمذهب : أنه لا فدية ، ككف نفسه . وفي « الحاوي » و « البحر » وجهان لجواز السجود على كف غيره . والله أعلم

أما غير الرأس ، فيجوز ستره . لكن لا يجوز لبس القميص ، ولا السراويل ، والثَّيْبَان ، والخف ، ونحوها . فإن لبس شيئاً من هذا مختاراً ، لزمه الفدية ، قصر الزمان ، أم طال . ولو لبس القباء ، لزمه الفدية ، سواء أخرج يده من الكمين ، أم لا . وفيه وجه قاله في « الحاوي » : أنه إن كان من أقبية خراسان ضيق الأكم قصير الذيل ، لزمته الفدية وإن لم يدخل يده في الكم . وإن كان من أقبية العراق واسع الكم طويل الذيل ، لم يجب حتى يدخل يده في كمينه . والصحيح المعروف : ماسبق . ولو ألقى على نفسه قباءً ، أو فرجيه ، وهو مضطجع . قال الإمام : إن أخذ من بدنه ما إذا قام عدلاً لابساً ، لزمه الفدية . وإن كان بحيث لو قام أو قعد لم يستمسك عليه إلا بمزيد أمر ، فلا . واللبس مرعي في وجوب الفدية على ما يعتاد في كل ملبوس . فلو ارتدى بقميص ، أو قباء ، أو التحف بها ، أو اتزر بسراويل ، فلا فدية . كما لو اتزر بإزار لفقه من رقاع . ولا يتوقف التحريم والفدية في الملبوس على الخيط ، بل لا فرق بين الخيط والمنسوج ، كالزرد ، والمعقود ، كجبة اللبد ، والملفق بعمقه ببعض ، سواء اتخذ من القطن والجلد وغيرهما . ويجوز أن يعقد الإزار ويشد عليه خيطاً ، وأن يجعل له مثل الحجة ، ويدخل فيها التكة ، وأن يشد طرف إزاره في طرف ردائه ، ولا يعقد ردائه ، وله أن يفرزه في طرف إزاره . ولو اتخذ لردائه شراً وعرى ، وربط الشرج بالمرى ، وجبت الفدية على الأصح .

قلت : المذهب والمنصوص : أنه لا يجوز عقد الرداء ، وكذا لا يجوز خله بخلال أو مسلة ، ولا ربط طرفه إلى طرفه بخيط ونحوه . والله أعلم

ولو شق الإزار نصفين ، ولف على كل ساق نصفاً^(١) وعقده ، فالذي نقله الأصحاب : وجوب الفدية ، لأنه كالسراويل . وقال إمام الحرمين : لا فدية لجرد

(١) في الأصل : نصف .

اللف والعقد، وإنما تجب إن كانت خياطة أو شرجاً وعرى . وله أن يشتمل بالازار والرداء طاقين ، وثلاثة ، وأكثر ، بلا خلاف . وله أن يتقلد المصحف والسيف ، ويشد الحميان والمنطقة على وسطه .

أما المرأة ، فالوجه في حقها ، كرأس الرجل . وتستتر جميع رأسها وسائر بدنها بالمخيط ، كالقميص والسراويل والخف ، وتستتر من الوجه القدر اليسير الذي يلي الرأس ، إذ لا يمكن استيعاب ستر الرأس إلا به . والمحافظة على ستر الرأس بكامله لكونه عورة ، أولى من المحافظة على كشف ذلك الجزء من الوجه . ولها أن تسدل على وجهها ثوباً متجافياً عنه بخشبة ونحوها ، سواء فملتة لحاجة من حرٍّ أو بردٍ ، أو فتنة ونحوها ، أم لغير حاجة . فإن وقعت الخشبة ، فأصاب الثوب وجهها بغير اختيارها ، ورفقته في الحال ، فلا فدية . وإن كان عمداً ، أو استدأته ، لزمها الفدية . وإذا ستر الخنثى المشكل رأسه فقط ، أو وجهه فقط ، فلا فدية ، وإن سترهما ، وجبت .

فرع

يحرم على الرجل لبس القفازين . وفي تحريمه على المرأة ، قولان . أظهرهما عند الأكثرين : يحرم ، نص عليه في « الام » و « الاملاء » ، وتجب به الفدية . والثاني : لا يحرم ، فلا فدية . ولو اختضبت واغتسلت على يديها خرقة فوق الخضاب ، أو لغتها بلا خضاب ، فالذهب : أنه لا فدية . وقيل : قولان كالقفازين . وقال الشيخ أبو حامد : إن لم تشد الخرقة ، فلا فدية ، وإلا ، فالقولان . فإن أوجبنا الفدية ، فهل تجب بمجرد الحناء ؟ فيه ما سبق في الرجل إذا خضب رأسه بالحناء . ولو اتخذ الرجل لساعده ، أو لمضو آخر شيئاً مخيطاً ، أو للحيته خريطة ينلفها بها إذا خضبها ، فهل يلحق بالقفازين ؟ فيه تردد عن الشيخ أبي محمد . والأصح :

اللاحق ، وبه قطع كثيرون . ووجه المنع : أن المقصود اجتناب الملابس المتادة ، وهذا ليس بمعتاد .

فرع

أما المذخور ، ففيه صور .

إحداها : لو احتاج الرجل إلى ستر الرأس ، أو لبس الخيط لمذر ، كحجر ، أو برد ، أو مداواة ، أو احتاجت المرأة إلى ستر الوجه ، جاز ، ووجبت الفدية .
الثانية : لو لم يجد الرجل الرداء ، لم يحز لبس القميص ، بل يرتدي به . ولو لم يجد الإزار ووجد السراويل ، نظر ، إن لم يتأت منه إزار لصفه ، أو لفقد آلة الحياطة ، أو لخوف التخلف عن القافلة ، فله لبسه ، ولا فدية . وإن تأتى ، فلبسه على حاله ، فلا فدية أيضاً على الأصح . وإذا لبسه في الحالتين ، ثم وجد الإزار ، وجب نزع . فان آخر ، وجبت الفدية .

الثالثة : لو لم يجد نملين ، لبس المكعب ، أو قطع الخلف أسفل من المكعب ولبسه . ولا يجوز لبس المكعب والخلف المقطوع مع وجود النملين ، على الأصح . فعلى هذا ، لو لبس المقطوع لفقد النملين ، ثم وجدهما ، وجب نزع . فان آخر ، وجبت الفدية . وإذا جاز لبس الخلف المقطوع ، لم يضر استتار ظهر القدم بما بقي منه . والمراد بفقد الإزار والنمل : أن لا يقدر على تحصيله ، إما لفقده ، وإما لعدم بذل مالكة ، وإما لعجزه عن ثمنه أو أجرته . ولو بيع بنين ، أو نسيئة ، أو وهب له ، لم يلزمه قبوله . وإن أعير ، وجب قبوله .

النوع الثاني : التطيب ، فتجب الفدية باستعمال الطيب قصداً . فأما الطيب ، فالمعتبر فيه أن يكون معظم الغرض منه التطيب ، واتخاذ الطيب منه ، أو يظهر

فيه هذا الغرض . فالسك ، والكافور ، والعود ، والعنبر ، والصندل ، طيب ،
وأما ماله رائحة طيبة من نبات الأرض ، فأشكال .

منها : ما يطلب للتطيب واتخاذ الطيب منه ، كالورد ، والياسمين ، والزعفران ،
والخيري ، والورس ، فكله طيب . وحكي وجه شاذ في الورد والياسمين والخيري .
ومنهم : ما يطلب للأكل ، أو للتداوي غالباً ، كالقرنفل ، والدارصيني ،
والسندل ، وسائر الأبازير الطيبة ، والتفاح ، والسفرجل ، والبطيخ ، والأترج ،
والنارج ، ولا فدية في شيء منها .

ومنهم : ما ينطيب به ولا يؤخذ منه الطيب ، كالزجس ، والريحان الفارسي ،
وهو الضيمران ، والمرزنجوش ، ونحوها ، ففيها قولان . القديم : لا فدية . والجديد :
وجوبها . وأما البنفسج ، فالذهب : أنه طيب . وقيل : لا . وقيل : قولان .
والنيلوفر ، كالزجس . وقيل : طيب قطعاً .

ومنهم : ما ينبت بنفسه ، كالشيع ، والقيصوم ، والشقائق ، وفي معناها نؤر
الأشجار ، كالتفاح والكمثرى وغيرها ، وكذا العصفور ، والحناء ، ولا فدية في شيء
من هذا . وحكي بمض الأصحاب وجهاً : أنه تعتبر عادة كل ناحية فيما يتخذ طيباً ،
وهذا غلط نبهنا عليه .

فرع

الأدهان ضربان . دهن ليس بطيب ، كالزيت ، والشيرج ، وسيأتي في النوع
الثالث إن شاء الله تعالى . ودهن هو طيب ، فمنه دهن الورد ، والذهب : وجوب
الفدية فيه ، وبه قطع الجمهور . وقيل : وجهان . ومنه دهن البنفسج ، فإن لم نوجب
الفدية في نفس البنفسج ، فدهنه أولى ، وإلا ، فكدهن الورد . ثم اتفقوا على

أن ما طرح فيه الورد والبنفسج ، فهو دهنها . ولو طرحا على السمسم فأخذ رائحة ، ثم استخرج منه الدهن ، قال الجمهور : لا يتعلق به فدية ، وخالفهم الشيخ أبو محمد . ومنه البان ودهنه ، أطلق الجمهور : أن كل واحد منها طيب . ونقل الامام عن نص الشافعي رحمه الله : أنها ليس بطيب ، وتابيه الفزالي ، ويشبه أن لا يكون خلافاً محققاً ، بل هما محمولان على توسط حكاها صاحب « المذهب » و « التهذيب » ، وهو أن دهن البان المنشوش ، وهو المغلي في الطيب ، طيب ، وغير المنشوش ، ليس بطيب .

قلت : وفي كون دهن الأترج طيباً ، وجهان حكاهما الماوردي ، والرويانى . وقطع الدارمي : بأنه طيب . والله أعلم

فرع

ولو أكل طعاماً فيه زعفران ، أو طيب آخر ، أو استعمل مخلوطاً بالطيب لا بجهة الأكل ، نظر ، إن استهلك الطيب فلم يبق له ريح ولا طعم ولا لون ، فلا فدية . وإن ظهرت هذه الصفات ، أو بقيت الرائحة فقط ، وجبت الفدية . وإن بقي اللون وحده ، فقولان . أظهرهما : لا فدية . وقيل : لا فدية قطعاً . وإن بقي الطعم فقط ، فكالرائحة على الأصح . وقيل : كاللون . ولو أكل الخُلُنْجَيْن (١) المربى بالورد ، نظر في استهلاك الورد فيه وعدمه ، وخرج على هذا التفصيل .

قلت : قال صاحب « الحاوي » والرويانى : لو أكل العود ، فلا فدية عليه ، لأنه لا يكون متطيباً به ، إلا بأن يتبخر به ، بخلاف المسك . والله أعلم

(١) في مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » : الخُلُنْجِيَيْن .

فرع

لو خفيت رائحة الطيب ، أو الثوب الطيب ، لمرور الزمان ، أو لنبار وغيره ، فإن كان بحيث لو أصابه الماء فاحت رائحته ، حرم استعماله . وإن بقي اللون ، لم يحرم على الأصح . ولو انغمر شيء من الطيب في غيره ، كماء ورد انمحق في ماء كثير ، لم تجب المدية باستعماله على الأصح . فلو انغمرت الرائحة وبقي اللون أو الطعم ، ففيه الخلاف السابق .

فرع

في بيان الاستعمال

هو أن يلمس الطيب يده ، أو ملبوسه ، على الوجه المتبادر في ذلك الطيب . فلو طيَّب جزءاً من بدنه بغالية^(١) ، أو مسك مسحوق ، أو ماء ورد ، لزمه الفدية ، سواء اللصاق بظاهر البدن ، أو باطنه ، بأن أكله ، أو احتقن به ، أو استمط . وقيل : لا فدية في الحقنة والسموط . ولو عبق به الريح دون العين ، بأن جلس في دكان عطار ، أو عند الكعبة وهي تبخر ، أو في بيت تبخر ساكنوه ، فلا فدية . ثم إن لم يقصد الموضع لاستئام الرائحة ، لم يكره ، وإلا ، كره على الأظهر . وقال القاضي حسين : يكره قطعاً . والقولان في وجوب الفدية^(٢) ، والمذهب : الأول . ولو احتوى على بحرة فتبخّر بالعود بدنه ، أو ثيابه ، لزمه الفدية . فلو مس طيباً فلم يعلق به شيء من عينه ، لكن عبق به الرائحة ،

(١) الغالية : أخلاط من الطيب . (٢) في « شرح الوجيز » : والخلاف في وجوب الفدية .

فلا فدية على الأظهر . ولو شد المسك ، أو العنبر ، أو الكافور في طرف ثوبه ، أو وضعته المرأة في جيها ، أو لبست الحلي المحشو بشيء منها ، وجبت الفدية ، لأنه استعماله^(١) .

قلت : ولو شد العود ، فلا فدية ، لأنه لا يعد تطيباً ، بخلاف شد المسك .
والله أعلم

ولو شم الورد ، فقد تطيب . ولو شم ماء الورد ، فلا ، بل استعماله أن يصبه على بدنه أو ثوبه . ولو حمل مسكاً أو طيباً غيره ، في كيس ، أو خرقة مشدودة ، أو قارورة مصممة الرأس ، أو حمل الورد في ظرف ، فلا فدية ، نص عليه في « الأم » . وفي وجه شاذ : أنه إن كان يشم قصداً ، لزمه الفدية . ولو حمل مسكاً في فأره^(٢) غير مشقوقة ، فلا فدية على الأصح . ولو كانت الفأرة مشقوقة ، أو القارورة مفتوحة الرأس ، قال الأصحاب : وجبت الفدية ، وفيه نظر ، لأنه لا يعد تطيباً . ولو جلس على فراش مطيب ، أو أرض مطيبة ، أو نام عليها مفضياً يبدنه أو ملبوسه إليها ، لزمه الفدية . فلو فرش فوقه ثوباً ، ثم جلس عليه ، أو نام ، لم تجب الفدية . لكن إن كان الثوب رقيقاً ، كره . ولو داس بمنعله طيباً ، لزمه الفدية .

فرع

في بيان الفصد

فلو تطيب ناسياً لاحرامه ، أو جاهلاً بتحريم الطيب ، فلا فدية . وقال المزني : تجب ولو علم تحريم الاستعمال ، وجهل وجوب الفدية . ولو علم تحريم الطيب ، وجهل كون المسوس طيباً ، فلا فدية على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وقيل : وجهان . ولو مس طيباً رطباً وهو يظنه يابساً لا يعلق به شيء منه ، ففي وجوب الفدية (١) في « شرح الوجيز » : فان ذلك طريق استعمالها . (٢) فأرة المسك : نافجته ، وهي وعاءه .

قولان . رجح الامام وغيره : الوجوب . ورجحت طائفة : عدم الوجوب ، وذكر صاحب التقريب : « أنه القول الجديد . ومتى لصق الطيب ببدنه أو ثوبه على وجه لا يوجب الفدية ، بأن كان ناسياً ، أو ألقته الريح عليه ، لزمه أن يادر إلى غسله ، أو ينحيه ، أو يعالجه بما يقطع ريحه . والأولى أن يأمر غيره بإزالته ، فإن باشره بنفسه ، لم يضر ، فإن أخر إزالته مع الامكان ، فمليه الفدية ، فإن كان زَمَناً لا يقدر على الإزالة ، فلا فدية ، كمن أكره على التطيب ، قاله في التهذيب . »

قلت : ولو لصق به طيب يوجب الفدية ، لزمه أيضاً المبادرة إلى إزالته .
والله اعلم

النوع الثالث : دهن شعر الرأس واللاحية ، قد سبق ، أن الدهن مطيب وغيره . فالطيب : سبق . وأما غيره : كالزيت ، والشيرج ، والسمن ، والزبد ، ودهن الجوز ، واللوز ، فيحرم استعماله في الرأس واللاحية . فلو كان أقرع ، أو أصلع ، فدهن رأسه . أو أمرد ، فدهن ذقنه ، فلا فدية . وإن كان مخلوق الرأس ، وجبت الفدية على الأصح . ويجوز استعمال هذا الدهن في سائر البدن ، شعره وبشره ، ويجوز أكله . ولو كان على رأسه شجة ، فجعل هذا الدهن في داخلها ، فلا فدية .

فرع

المحرم أن يغتسل ، ويدخل الحمام ، ويزيل الوسخ عن نفسه ، ولا كراهة في ذلك على المشهور ، وبه قطع الجمهور . وقيل : يكره على القديم . وله غسل رأسه بالسدر والحطمي ، لكن المستحب أن لا يفعله . ولم يذكر الجمهور كراهته ، وحكى الحناطي كراهته على القديم . وإذا غسله ، فينبغي أن يرفق ، لئلا ينتف شعره .

فرع

يحرم الاحتفال بما فيه طيب ، ويجوز بما لا طيب فيه . ثم نقل المزني : أنه لا بأس به . وفي « الاملاء » : أنه يكره . وتوسط قوم فقالوا : إن لم يكن فيه زينة ، كالتوتياء الأبيض ، لم يكره . وإن كان فيه [زينة] كالإئبد ، كره ، إلا لحاجة الرمد ونحوه .

فرع

نقل الامام عن الشافعي رحمه الله : اختلاف قول ، في وجوب الفدية إذا خضب الرجل لحيته ، وعن الأصحاب طرقات في مأخذه .

أحدها : التردد في أن الخنء طيب ، أم لا ؟ وهذا غريب ضعيف . والأصحاب قاطمون : بأنه ليس بطيب كما سبق .

الثاني : أن من يخضب ، قد يتخذ لموضع الخضاب غلافاً يحيط به ، فهل يلحق باللبوس المعتاد ؟ وقد سبق الخلاف فيه .

الثالث وهو الصحيح : أن الخضاب تزيين للشعر ، فتردد القول في إلحاقه بالدهن . والمذهب : أنه لا يلتحق ، ولا تجب الفدية في خضاب اللحية . قال الامام : فلي المأخذ الأول : لاني على المرأة إذا خضبت يدها بمد الاحرام . وعلى الثاني والثالث : يجري التردد . وقد سبق بيان خضاب يدها وشعر الرجل .

فرع

للمحرم أن يفتصد ويحتجم ما لم يقطع شعراً . ولا بأس بنظره في المرأة .
ونقل أن الشافعي رحمه الله ، كرهه في بعض كتبه .

قلت : المشهور من القولين : أنه لا يكره . ويجوز للمحرم إنشاء الشعر الذي
يجوز للحلال إنشاده . والسنة : أن يلبّد رأسه عند إرادة الاحرام ، وهو أن
يمقص شعره ويضرب عليه الخطمي ، أو الصمغ ، أو غيرها ، لدفع القمل وغيره .
وقد صحت في استحبابه الأحاديث (١) واتفق أصحابنا عليه وصرحوا باستحبابه ، ونقله
صاحب البحر ، أيضاً عن الأصحاب . والله أعلم

النوع الرابع : الخلق والقلم ، فتحرم إزالة الشعر قبل وقت التحلل ، وتجب
فيه الفدية ، سواء فيه شعر الرأس والبدن ، وسواء الإزالة بالخلق ، أو التقصير ،
أو النتف ، أو الاحراق ، أو غيرها . وإزالة الظفر ، كإزالة الشعر ، سواء قلّته
أو كسره ، أو قطعه . ولو قطع يده أو بعض أصابعه وعليها شعر أو ظفر ، فلا
فدية ، لأنها تابان غير مقصودين . ولو كشط جلدة الرأس ، فلا فدية ، والشعر
تابع . وشبهوه بما إذا أرضعت امرأته الكبيرة الصغيرة ، بطل النكاح ولزمها مهر
الصغيرة . ولو قتلها ، فلا مهر عليها ، لاندراج البضع في القتل . ولو مشط لحيته ،
فتنف شعراً ، فعليه الفدية . فإن شك هل كان منسلأ ، أو انتنف بالمشط ؟ فلا
فدية على الصحيح (٢) . وقيل : الأظهر .

(١) ففي « صحيح البخاري » ٣/٣١٧ و « مسلم » ٨٤٢/٢ عن ابن عمر رضي الله عنهما قال :
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يبل ملبداً .
(٢) في غلطوة الظاهرية : على الأصح .

فرع

سيأتي إن شاء الله تعالى في باب الدماء ، أن فدية الحلق والقلم ، لها خصال .
إحداها : إراقة دم ، فلا يتوقف وجوب كمال الدم على حلق جميع الرأس ،
ولا على قلم جميع الأظفار بالاجماع ، بل يكفل [الدم] في ثلاث شعرات ، أو ثلاثة أظفار ،
سواء كانت من أظفار اليد أو الرجل ، أو منها . هذا إذا أزالها دفعةً في مكان .
فإن فرق زماناً أو مكاناً ، فسيأتي بعد النوع السابع (١) إن شاء الله تعالى . فإن
حلق شعرة أو شعرتين ، فأقوال . أظهرها وهو نصه في أكثر كتبه : أن في
الشعرة ، مدّاً من طعام ، وفي شعرتين ، مدين . والثاني : في شعرة ، درهم ،
وفي شعرتين ، درهمان . والثالث : في شعرة ، ثلث دم ، وفي شعرتين ،
ثلثاه . والرابع : في الشعرة الواحدة ، دم كامل . والظفر ، كالشعرة ، والظفران ،
كالشعرتين . ولو قلم دون المعتاد ، فكتقصير الشعر . ولو أخذ من بعض جوانبه ،
ولم يستوعب رأس الظفر ، فإن قلنا : في الظفر الواحد دم أو درهم ، وجب
بقسطه . وإن قلنا : مد ، لم يعمّض .

فرع

هذا الذي سبق في الحلق لغير عذر . فأما الحلق لعذر ، فلا إثم فيه . وأما
الفدية ، ففيها صور .

إحداها : لو كثر القمل في رأسه ، أو كان به جراحة أحوجه أذاها إلى
الحلق ، أو تأذى بالحر لكثرة شعره ، فله الحلق ، وعليه الفدية .

(١) في هامش نسخة الظاهرية : في آخر الباب .

الثانية : لو نبتت شعرة أو شعرات داخل جفنه ، وتأذى بها ، قلمها ، ولا فدية على المذهب . وقيل : وجهان . ولو طال شعر حاجبه أو رأسه وغطى عينه ، قطع قدر المغطى ، ولا فدية . وكذا لو انكسر بعض ظفره ، وتأذى به ، قطع المنكسر ، ولا يقطع معه من الصحيح شيئاً .

الثالثة : ذكرنا أن النسيان يسقط الفدية في الطيب واللباس ، وكذا حكم ما عدا الوطء من الاستمتاع ، كالقبلة ، والممس بشهوة . وفي وطء الناسي ، خلاف يأتي إن شاء الله تعالى . وهل تجب الفدية بالخلق والقلم ناسياً ؟ وجهان . أصحها : تجب ، وهو المنصوص . والثاني : مخرج في أحد قولين له (١) في المغمى عليه إذا حلق ، والمجنون . والصبي الذي لا يميز ، كغمى عليه . ولو قتل الصيد ناسياً ، قال الأكثرون : فيه القولان كالخلق . وقيل : تجب قطعاً .

فرع

المحرم حلق شعر الحلال . ولو حلق المحرم أو الحلال شعر المحرم ، أثم . فإن حلق بأذنه ، فالفدية على المخلوق ، وإلا ، فإن كان نائماً ، أو مكرهاً ، أو مغمى عليه ، فقولان . أظهرهما : الفدية على الخالق ، والثاني : على المخلوق . فعلى الأول : لو امتنع الخالق من الفدية مع قدرته ، فهل للمخلوق مطالبته بإخراجها ؟ وجهان . أصحها ، وبه قال الأكثرون : نعم . ولو أخرج المخلوق الفدية بأذن الخالق ، جاز ، وبغير إذنه ، لا يجوز على الأصح ، كما لو أخرجها أجني بغير إذنه . وإن قلنا : الفدية على المخلوق ، نظر ، إن فدى بالهدي أو الاطعام ، رجع بأقل الأمرين من الاطعام وقيمة الشاة على الخالق . وإن فدى بالصوم ، فأوجه . أصحها : لا يرجع . والثاني : يرجع بثلاثة أمداد من طعام ، لأنها بدل صومه . والثالث : يرجع بما يرجع به لو فدى بالهدي ، أو الاطعام . وإذا قلنا : يرجع ،

(١) في الاصل : مخرج في واحد قولين له .

فإنما يرجع بعد الإخراج على الأصح . وعلى الثاني : له أن يأخذ منه ثم يخرج . وهل للحالق أن يفدي على هذا القول ؟ أما بالصوم ، فلا ، وأما بغيره ، فنع ، لكن باذن المخلوق^(١) . وإن لم يكن نائماً ، ولا مكرهاً ، ولا مغمى عليه ، لكنه مسكت فلم يمنعه من الخلق ، فوجهان . وقيل : قولان . أصحها : هو كما لو حلق بأذنه ، والثاني : كما لو حلقه نائماً . ولو أمر حلال حلالاً بخلق شعر محرم نائم ، فالفدية على الأمر إن لم يعرف الحالق الحال ، وإلا ، فعليه على الأصح . قلت : ولو طارت نار إلى شعره فأحرقتة ، قال الروياني : إن لم يمكنه إطفائها ، فلا شيء عليه ، وإلا ، فهو كمن حلق رأسه وهو ساكت . والله أعلم

النوع الخامس : الجماع . وهو مفسد للحج إن وقع قبل التحللين ، سواء قبل الوقوف وبمده . وإن وقع بينها ، لم يفسد على المذهب : وحكي وجه : أنه يفسد . وقول قديم : أنه يخرج إلى أدنى الحل ، ويجدد منه إحراماً ، ويأتي بعمل عمرة . وتفسد العمرة أيضاً بالجماع قبل التحلل . فان قلنا : الحلق نسك ، فهو مما يقف التحلل عليه ، وإلا فلا . والواط ، كالجماع . وكذا إتيان البهيمة على الصحيح .

فرع

ماسوى الحج والعمرة من العبادات ، لا حرمة لها ، بعد الفساد . ويخرج منها بالفساد . وأما الحج والعمرة ، فيجب المضي في فاسدهما ، وهو إتمام ما كان يعمل له لولا الفساد .

(١) في الاصل : باذن للمخلوق .

فرع

يجب على مفسد الحج [بالجماع] بدنة . وعلى مفسد العمرة أيضاً بدنة على الصحيح ،
و[على] الثاني : شاة . ولو جامع بين التحليلين ، وقلنا : لا يفسد ، لزمه شاة على الأظهر ،
وبدنة على الثاني . وفيه وجه : أنه لا شيء عليه ، وهو شاذ منكر . ولو
أفسد حجه بالجماع ، ثم جامع ثانياً ، ففيه خلاف تجمعه أقوال . أظهرها : يجب
بالجماع الثاني شاة . والثاني : بدنة . والثالث : لا شيء فيه . والرابع : إن كان
كفر عن الأول ، فدى الثاني ، وإلا ، فلا . والخامس : إن طال الزمان بين
الجامعين ، أو اختلف المجلس ، فدى [عن] الثاني ، وإلا فلا .

فرع

يجب على مفسد الحج ، القضاء بالاتفاق ، سواء كان الحج فرضاً أو تطوعاً ،
ويقع القضاء عن المفسد . فإن كان فرضاً ، وقع عنه ، وإن كان تطوعاً ، فمسه .
ولو أفسد القضاء بالجماع ، لزمه الكفارة ، ولزمه قضاء واحد . ويتصور القضاء
في عام الافساد ، بأن يحصر بعد الافساد ، ويتعذر عليه الضي في الفساد ،
فيتحطل ثم يزول الحصر والوقت باقٍ ، فيشتغل بالقضاء . وفي وقت القضاء ،
وجهان . أصحابها : على الفور . والثاني : على التراخي . فإن كان أحرم في الأداء
قبل الميقات من ديرة أهله أو غيرها ، لزمه أن يحرم في القضاء من ذلك الموضع .
فإن جاوزه غير محرم ، لزمه دم . كالميقات الشرعي . وإن كان أحرم من الميقات ،
أحرم منه في القضاء . وإن كان أحرم بعد مجاوزة الميقات ، نظر ، إن جاوزه مسيئاً ،
لزمه في القضاء الاحرام من الميقات الشرعي ، وليس له أن يسيء ثانياً . وهذا

معنى قول الأصحاب: يحرم في القضاء من أغلظ الموضعين ، من الميقات ، أو من حيث أحرم في الأداء . وإن جاوزه غير مسيء ، بأن لم يرد النسك ، ثم بدا له ، فأحرم ، ثم أفسد ، فوجهان . أصحابها ، وبه قطع صاحب « التهذيب » وغيره : أن عليه أن يحرم في القضاء من الميقات الشرعي . والثاني: له أن يحرم من ذلك الموضع ليسلك بالقضاء مسلك الأداء . ولهذا لو اعتمر من الميقات ، ثم أحرم بالحج من مكة ، وأفسده ، كفاه في القضاء أن يحرم من نفس مكة . ولو أفرد الحج ، ثم أحرم بالعمرة من أدنى الحل ، ثم أفسدها ، كفاه أن يحرم في قضائها من أدنى الحل . والوجهان فيمن لم يرجع إلى الميقات . أما لو رجع ثم عاد ، فلا بد من الاحرام من الميقات . ولا يجب أن يحرم بالقضاء في الزمن الذي أحرم منه بالأداء ، بل له التأخير عنه ، بخلاف المكان .

والفرق أن اعتناء الشرع بالميقات المكافي أكمل ، فإن مكان الاحرام يتعين بالنذر ، وزمانه لا يتعين . حتى لو نذر الاحرام في شوال ، له تأخيره . وأظن أن هذا الاستشهاد لا يخلو من نزاع .

قلت : ولا يلزمه في القضاء ، أن يسلك الطريق الذي سلكه في الأداء ، بخلاف ، لكن بشرط إذا سلك غيره أن يحرم من قدر مسافة الاحرام في الأداء . والله أعلم

فرع

لو كانت المرأة محرمة أيضاً ، نظر ، إن جامها مكرهة أو نائمة ، لم يفسد حجبها . وإن كانت طائفة عالة ، فسد . وحينئذ ، هل يجب على كل واحد منها بدنة؟ أم يجب على الزوج فقط بدنة عن نفسه ؟ أم عليه بدنة عنه وعنهما ؟ فيه ثلاثة أقوال ، كالصوم . وقطع قاطعون بإلزامها البدنة . وإذا خرجت الزوجة للقضاء ،

فهل يلزم الزوج ما زاد من النفقة بسبب السفر ؟ وجهان . أحدها : يلزمه . وإذا خرجا للقضاء مما ، استحب أن يفترقا من حين الاحرام . فاذا وصلا إلى الموضع الذي أصابها فيه ، فقولان . قال في الجديد : لا يجب المغارقة . وقال في القديم : تجب .

فرع

ذكرنا في كون القضاء على الفور وجهين . قال القفال : هما جريان في كل كفارة وجبت بعدوان ، لأن الكفارة في وضع الشرع ، على التراخي كاللحج . والكفارة بلا عدوان ، على التراخي قطعاً . وأجرى الامام الخلاف في التمدي بترك الصوم : وقد سبق في كتاب الصوم انقسام قضاء الصوم إلى الفور والتراخي . قال الامام : والتمدي بترك الصلاة ، يلزمه قضاؤها على الفور بلا خلاف . وذكر غيره وجهين . أحدهما : هذا . والثاني : أنها على التراخي . وربما رجحه العراقيون . وأما غير التمدي ، فالذهب : أنه لا يلزمه القضاء على الفور ، وبهذا قطع الأصحاب . وفي « التهذيب » وجه : أنه يلزمه على الفور ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « فليصلها إذا ذكرها » (١) .

فرع

يجوز للفرد بأحد النسكين إذا أفسده ، أن يقضيه مع الآخر قارناً ، وأن يتمتع . ويجوز للمتعم والقارن القضاء على سبيل الافراد . ولا يسقط دم القران بالقضاء على سبيل الأفراد . وإذا جامع القارن قبل التحلل الأول ، فسد نسكاه ، وعليه بدنة واحدة ، لاتحاد الاحرام ، ويلزمه دم القران مع البدنة على المذهب ،

(١) في « الصحيحين » من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من نسي صلاة فليصلها إذا ذكرها ، لا كفارة لها إلا ذلك » .

وبه قطع الجمهور . وقيل : وجهان . ثم إذا اشتغل بقضائها (١) ، فإن قرن أو تمتع ، ف عليه دم آخر ، وإلا ، فقد أشار الشيخ أبو علي إلى خلاف فيه ، ومال إلى أنه لا يجب شيء آخر .

قلت : المذهب : وجوب دم آخر إذا أفرد في القضاء ، وبه قطع الجمهور . ومن قطع به ، الشيخ أبو حامد ، والماوردي ، والحاملي ، والقاضي أبو الطيب في كتابيه ، والتولي ، وخلاتن آخرون ، وهو مراد الامام الرافعي بقوله في أوائل هذا الفرع : لا يسقط دم القران ، لكنه ناقضه بهذه الحكاية عن أبي علي .
والله أعلم

وإن جامع بعد التحلل الأول ، لم يسقط واحد من نسكيه ، سواء كان أتى بأعمال العمرة ، أم لا . وفيه وجه قاله الأودني : أنه إذا لم يأت بشيء من أعمال العمرة ، فسدت عمرته . وهذا شاذ ضعيف ، لأن العمرة في القران تتبع الحج . ولهذا يحل للقران معظم مخطورات الاحرام بعد التحلل الأول وإن لم يأت بأعمال العمرة . ولو قدم القران مكة ، وطاف ، وسمى ، ثم جامع ، بطل نسكاه وإن كان بعد أعمال العمرة .

فرع

إذا فات القران الحج ، لفوات الوقوف ، فهل يحكم بفوات عمرته ؟ قولان . أظهرهما : نعم ، تبعاً للحج ، كما تفسد بفساده . والثاني : لا ، لأنه يتحلل بعملها . فإن قلنا بفواتها ، ف عليه دم واحد للفوات ، ولا يسقط دم القران . وإذا قضاهما ، فالحكم على ما ذكرناه في قضائها عند الافساد . إن قرن ، أو تمتع ، ف عليه الدم ، وإلا ، فعلى الخلاف .

(١) في الاصل : بهضائها .

فرع

جميع ما ذكرناه ، هو في جماع العامد العالم بالتحريم . فأما إذا جامع ناسياً ، أو جاهلاً بالتحريم ، فقولان . الأظهر : الجديد : لا يفسد ، والقديم : يفسد . ولو أكره على الوطء ، ففيل : وجهان ، بناءً على النامي ، وقيل : يفسد قطعاً ، بناءً على أن إكراه الرجل على الوطء ممتنع . ولو أحرم عاقلاً ، ثم جن ، فجامع ، فيه القولان في الناسي .

فرع

لو أحرم مجامعاً ، فأوجه . أحدها : ينعقد صحيحاً . فإن نزع في الحال ، فذاك ، وإلا ، فسد نسكاً ، وعليه البدنة ، والمضي في فاسده ، والقضاء . والثاني : ينعقد فاسداً ، وعليه القضاء ، والمضي في فاسده ، سواء مكث ، أو نزع . ولا تجب البدنة إن نزع في الحال ، وإن مكث ، وجبت شاة في قول ، وبدنة في قول كما سبق في نظائره .
والثالث : لا ينعقد أصلاً ، كما لا ينعقد الصلاة مع الحدث .

قلت : هذا الثالث : أحسها . والله أعلم

فصل

إذا ارتد في أثناء حجه أو عمرته ، فوجهان . أحسها : يفسد ، كالصوم والصلاة . والثاني : لا يفسد ، لكن لا يمتد بالفعل في الردة . ولا فرق على

الوجهين بين طول زمنها وقصره . فاذا قلنا بالفساد ، فوجهان . أحدهما : يطل
النسك من أصله ، ولا يمضي فيه ، لافي الردة ، ولا بعد الاسلام . والثاني : أنه كالأفساد
بجماع ، فيمضي في فاسده إن أسلم ، لكن لا كفارة .

النوع السادس : مقدمات الجماع . فيحرم على المحرم المباشرة بشهوة ،
كاللحاق ، والقبلة ، واللمس باليد بشهوة قبل التحلل الأول . وفي حكمها بين
التحللين ، ما سبق من الخلاف . ومتى ثبت التحريم ، فبأنش عمداً ، لزمه الفدية .
وإن كان ناسياً ، فلا شيء عليه بلا خلاف ، لأنه استمتاع محض . ولا يفسد شيء
منها نسكه ، ولا يوجب الفدية (١) بحال وإن كان عمداً ، سواء أنزل ، أم لا .
والاستمناء باليد ، يوجب الفدية على الأصح . ولو بآثر دون الفرج ، ثم جامع ،
هل تدخل الشاة في البدنة ، أم تحيان مما ؟ وجهان .

قلت : الأصح : تدخل . ولا يحرم اللبس بغير شهوة . وأما قوله في « الوسيط »
و « الوجيز » : تحرم كل مباشرة تنقض الوضوء ، فشاذ ، بل غلط . والله أعلم

فرع

لا ينقذ نكاح المحرم ، ولا إنكاحه ، ولا نكاح المحرمة . والمستحب ترك
الخطبة للمحرم والمحرمة . وتقام هذه المسألة في كتاب النكاح .

النوع السابع : الاصطياد . فيحرم عليه كل صيد مأكول ، أو في أصله
مأكول ليس مائياً ، وحشياً كان ، أو في أصله وحشياً . ولا فرق بين المستأنس وغيره ،
ولا بين الملوك وغيره . ويجب في الملوك مع الجزاء ما بين قيمته حياً ومذبوحاً
لملكه ، إذا رده إليه مذبوحاً .

(١) في مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » : البدنة .

قلت : قال أصحابنا : [هذا إذا قلنا] : ذبيحة المحرم حلال ، فإن قلنا : ميتة ،
لزمه له كل القيمة . وقد ذكره الرافعي بمد هذا بقليل . وقال الماوردي وغيره :
وإذا قلنا : ميتة ، فالجلد المالك . والله أعلم

وقال المزني : لا جزاء في المملوك . ولو توحش حيوان إنسي ، لم يحرم ، لأنه
ليس بصيد . ويحرم التعرض لأجزاء الصيد ، بالجرح والقطع . ولو جرحه فنقصت
قيمته ، فسيأتي بيان ما يجب بنقصه إن شاء الله تعالى . وإن برأ ولم يبق نقص
ولا أثر ، فهل يلزمه شيء ؟ وجهان ، كالوجهين في جراحة الآدمي إذا اندملت
ولم يبق نقص ولا شئين ، ويجريان فيما لو تنف ريشه فعاد كما كان . وبيض
الطائر المأكول ، مضمون بقيمته ، فإن كانت مَذْرَعة ، فلا شيء عليه بكسرها ،
إلا بيضة النعامة ، ففيها قيمتها ، لأن قشرها قد ينتفع به . ولو نفر صيداً عن
بيضته التي حضنها ، ففسدت ، لزمه قيمتها . ولو أخذ بيض دجاجة ، فأحضنه صيداً ،
فسد بيض الصيد ، أو لم يحضنه ، ضمنه ، لأن الظاهر أن فساد بيضه بسبب ضم
بيض الدجاجة إليه . ولو أخذ بيض صيد وأحضنه دجاجة ، فهو في ضمانه حتى
يخرج الفرخ ويسعى . فلو خرج ومات قبل الامتناع ، لزمه مثله من النعم . ولو
كسر بيضة فيها فرخ له روح ، فطار وسلم ، فلا شيء عليه . وإن مات ، فعليه مثله
من النعم . ولو حلب لبن صيد ، ضمنه ، قاله كثيرون من أصحابنا العراقيين وغيرهم .
وقال الروائي : لا يضمن .

فصل

ما ليس بمأكول من الدواب والطيور ، ضربان . ما ليس له أصل مأكول ،
وما أحد أصله مأكول .

فالأول : لا يحرم التمرض له بالأحرام ، ولا جزاء على المحرم بقتله . ثم من هذا الضرب : ما يستحب قتله للمحرم وغيره ، وهي المؤذيات ، كالحيّة ، والعقرب ، والفأرة ، والكلب العقور ، والغراب ، والحدأة ، والذئب ، والأسد ، والنمر ، والذئب ، والنسر ، والعقاب ، والبرغوث ، والبق ، والزنبور . ولو ظهر القمل على بدن المحرم أو ثيابه ، لم يكره تنجيثه . ولو قتله ، لم يلزمه شيء . ويكره له أن يفلتي رأسه ولحيته . فإن فعل فأخرج منها قملة وقتلها ، تصدق ولو بقلعة ، نص عليه الشافعي رحمه الله . قال الأثرون : هذا التصديق مستحب . وقيل : واجب ، لما فيه من إزالة الأذى عن الرأس .

قلت : قال الشافعي رحمه الله تعالى : وللصبيان حكم القمل ، وهو يبيض القمل . والله أعلم

ومنه : ما فيه منفعة ومضرة ، كالفهد ، والصقر ، والبازي ، فلا يستحب قتلها ، لنفعها ، ولا يكره ، لضررها .

ومنه : ما لا يظهر فيه منفعة ولا ضرر ، كالخنفس ، والجملان ، والسرطان ، والرخم ، والكلب الذي ليس بعقور ، فيكره قتلها . ولا يجوز قتل النمل ، والنحل ، والخطاف ، والضفدع . وفي وجوب الجزاء بقتل الهدهد والصرر ، خلاف مبني على الخلاف في جواز أكلها .

قلت : قوله : إن الكلب الذي ليس بعقور يكره قتله ، مراده كراهة تنزيه . وفي كلام غيره ، ما يقتضي التحريم . والمراد : الكلب الذي لا منفعة فيه مباحة . فأما ما فيه منفعة مباحة ، فلا يجوز قتله بلا شك ، سواء في هذا ، الكلب الأسود ، وغيره . والأمر بقتل الكلاب منسوخ . والله أعلم

الضرب الثاني : ما أحد أصله مأكول ، كالتولد بين الذئب والضبع ، وبين حماري الوحش والانس ، فيحرم التمرض له ، ويجب الجزاء فيه .

قلت : قال الشافعي رحمه الله : فإن شك في شيء من هذا ، فلم يدرك أخالطه
وحشي مأكول ، أم لا ، استحب فداؤه . والله أعلم

فرع

الحيوان الإنسي : كالنعم ، والخيل ، والدجاج ، يجوز للمحرم ذبحها ، ولا جزاء .
والتولد بين الإنسي والوحشي ، كالتولد بين الطي والشاة ، أو بين اليمقوب والدجاجة ،
يجب فيه الجزاء كالتولد بين المأكول وغيره .

فرع

صيد البحر حلال للمحرم ، وهو ما لا يمشي إلا في البحر . أما ما يمشي في
البر والبحر ، غرام كالبري . وأما الطيور المائية التي تنفوس في الماء وتخرج ،
فبرية . والجراد بري على المشهور .

فصل

جهات ضمان الصيد ثلاث . المباشرة ، والتسبب ، واليد . فالمباشرة ، معروفة .
وأما التسبب ، فموضع ضبطه كتاب الجنایات . ويذكر هنا صور .
إحداها : لو نصب الحلال شبكة في الحرم ، أو نصبها المحرم حيث كان ،
فتمقتل بها صيد وهلك ، فمليه الضمان ، سواء نصبها في ملكه أو غيره .

قلت : ولو نصب الشبكة ، أو الأجبولة وهو حلال ، ثم أحرم فوق بها صيد ، لم يلزمه شيء ، ذكره القفال ، وصاحب « البحر » وغيرهما . وهو معنى نص الشافعي رحمه الله تعالى . والله أعلم

الـثانية : لو أرسل كلباً ، أو حل رباطه ولم يرسله ، فأتلف صيداً ، لزمه ضمانه . ولو انحل الرباط لتقصيره فيه ، ضمن على المذهب ، هذا إذا كان هناك صيد . فإن لم يكن ، فأرسل الكلب أو حل رباطه ، فظهر صيد ، ضمنه أيضاً على الأصح .

قلت : قال القاضي أبو حامد وغيره : يكره للمحرم حمل البازي وكل صائد . فإن حمله فأرسله على صيد فلم يقتله ، فلا جزاء ، لكن يأثم . ولو انفلت بنفسه فقتله ، فلا ضمان . والله أعلم

الثالثة : لو نقر المحرم صيداً فغثر وهلك به ، أو أخذه سبع ، أو انصدم بشجرة ، أو جبل ، لزمه الضمان ، سواء قصد تنفيره ، أم لا ، ويكون في عهدة التنفير حتى يعود الصيد إلى عادته في السكون . فإن هلك بعد ذلك ، فلا ضمان . ولو هلك قبل سكون النفار بآفة سماوية ، فلا ضمان على الأصح ، إذ لم يتلف بسببه ولا في يده . ووجه الثاني : استدامة أثر النفار .

الرابعة : لو حفر المحرم بئراً حيث كان ، أو حفرها حلال في الحرم في محل عدوان ، فهلك فيها صيد ، لزمه الضمان . ولو حفرها في ملكه أو في موات ، فثلاثة أوجه . أحدها : يضمن في الحرم دون الاحرام .

قلت : وقيل : إن حفرها للصيد ، ضمن ، وإلا فلا ، واختاره صاحب « الحاوي » . والله أعلم

فرع

لو دل الحلال محرمًا على صيد فقتله ، وجب الجزاء على المحرم ، ولا ضمان على الحلال ، سواء كان في يده ، أم لا ، لكنه يأثم . ولو دل المحرم حلالًا على صيد فقتله ، فإن كان في يد المحرم ، لزمه الجزاء ، لأنه ترك حفظه وهو واجب ، فصار كاللودع إذا دل السارق ، وإلا ، فلا جزاء على واحد منها . ولو أمسك محرم صيدًا حتى قتله غيره ، فإن كان القاتل حلالًا ، وجب الجزاء على المحرم . وهل يرجع به على الحلال ؟ وجهان . قال الشيخ أبو حامد : لا ، لأنه غير حرام عليه . وقال القاضي أبو الطيب : نعم ، وبه قطع في « التهذيب » كما لو غصب شيئًا فأتلفه إنسان في يده .

قلت : الأصح : الأول ، لأنه غير مضمون في حقه ، بخلاف المصوب . والله أعلم

وإن كان محرمًا أيضًا ، فوجهان . أصحها : الجزاء كله على القاتل . والثاني : عليها نصفين . وقال صاحب « المدة » : الأصح : أن المسك يضمه باليد ، والقاتل بالإتلاف . فإن أخرج المسك الضمان ، رجع به على المتلف ، وإن أخرج المتلف ، لم يرجع على المسك .

قلت : قال صاحب « البحر » : لو رمى حلال صيدًا ، ثم أحرم ، ثم أصابه ، ضمنه على الأصح . ولو رمى محرم ثم تحلل ، بأن قصر شعره ، ثم أصابه ، فوجهان . ولو رمى صيدًا ، فنفذ منه إلى صيد آخر ، فقتلها ، ضمنها . والله أعلم

الجهة الثالثة : اليد . فيحرم على المحرم إثبات اليد على الصيد ابتداءً ، ولا يحصل به الملك ، وإذا أخذه ، ضمنه كالفاسب . بل لو حصل التلف بسبب في يده ، بأن كان راكب دابة ، قتل صيد بعضها ، أو رفسها ، أو بالت في الطريق ، فزلق به صيد فهلك ، لزمه الضمان . ولو انفلت بغيره فأتلف صيداً ، فلا شيء عليه . نص على هذا كله . ولو تقدم ابتداء اليد على الاحرام ، بأن كان في يده صيد مملوك له ، لزمه إرساله على الأظهر . والثاني : لا يلزمه . وقيل : لا يلزمه قطعاً ، بل يستحب . فان لم نوجب الارسال ، فهو على ملكه ، له بيعه وهبته ، لكن لا يجوز له قتله . فان قتله ، لزمه الجزاء . كما لو قتل عبده ، تازمه الكفارة . ولو أرسله غيره ، أو قتله ، لزمه قيمته للمالك ، ولا شيء على المالك . وإن أوجبت الارسال ، فهل يزول ملكه عنه ؟ قولان . أظهرهما : يزول . فعلى هذا ، لو أرسله غيره ، أو قتله ، فلا شيء عليه . ولو أرسله المحرم ، فأخذه غيره ، ملكه . ولو لم يرسله حتى تحلل ، لزمه إرساله على الأصح المنصوص . وحكى الامام على هذا القول وجهين : في أنه يزول ملكه بنفس الاحرام ، أم الاحرام يوجب عليه الارسال ، فاذا أرسل ، زال حينئذ ؟ وأولهما : أشبه بكلام الجمهور . وإن قلنا : لا يزول ملكه ، فليس لغيره أخذه ، فلو أخذه ، لم يملكه . ولو قتله ، ضمنه . وعلى القولين : لو مات في يده بعد إمكان الارسال ، لزمه الجزاء ، لأنها مفرغان على وجوب الارسال ، وهو مقصّر بالإمساك . ولو مات الصيد قبل إمكان الارسال ، وجب الجزاء على الأصح . ولا يجب تقديم الارسال على الاحرام بلا خلاف .

فرع

لو اشترى المحرم صيداً ، أو اتهمه ، أو أوصي له به ، فقبل ، فهو مبني على ما سبق .
فإن قلنا : يزول ملكه عن الصيد بالاحرام ، لم يملكه بهذه الأسباب ، وإلا ، ففي صحة
الشراء والهبة قولان ، كثراء الكافر عبداً مسلماً . فإن لم نصحح هذه العقود ،
فليس له القبض . فإن قبض فهلك في يده ، لزمه الجزاء ، ولزمه القيمة للبائع .
فإن رده عليه ، سقطت القيمة ، ولم يسقط ضمان الجزاء إلا بالارسال . وإذا
أرسل ، كان كمن اشترى عبداً مرتداً فقتل في يده . وفيمن يتلف من ضمانه ، خلاف
موضعه كتاب البيع .

قلت : كذا ذكر الامام الرافعي هنا ، أنه إذا هلك في يده ، ضمنه بالقيمة
للأدي مع الجزاء ، وهذا في الشراء صحيح ، أما في الهبة ، فلا يضمن القيمة على
الأصح ، لأن المقد الفاسد كالصحيح في الضمان ، والهبة غير مضمونة ، وقد ذكر
الرافعي هذا الخلاف في كتاب « الهبة » : وسيأتي إن شاء الله تعالى .
وانته أعلم

فرع

لو مات للمحرم قريب يملك صيداً ، ورثه على المذهب . وقيل : هو كالشراء .
فإن قلنا : يرث ، قال الامام ، والفزالي : يزول ملكه عقب ثبوته ، بناء على أن
الملك يزول عن الصيد بالاحرام . وفي « التهذيب » وغيره ، خلافه . لأنهم قالوا :
إذا ورثه ، لزمه إرساله . فإن باعه ، صح بيعه ولا يسقط عنه ضمان الجزاء .
حتى لو مات في يد المشتري ، وجب الجزاء على البائع . وإنما يسقط عنه ، إذا

أرسله المشتري . وإن قلنا : لا يرث ، فالملك في الصيد لباقي الورثة . وإحرامه بالنسبة إلى الصيد ، مانع من موانع الارث ، كذا قاله في « التتمة » . وقال الشيخ أبو القاسم الكرخي على هذا الوجه : إنه أحق به ، فيوقف حتى يتحلل فيتملكه . قلت : هذا المنقول عن أبي القاسم الكرخي ، هو الصحيح ، بل الصواب المعروف على المذهب ، وبه قطع الأصحاب في الطريقين . فمن صرح به الشيخ أبو حامد ، والدارمي ، وأبو علي البنديجي ، والحاملي في كتابيه ، والقاضي أبو الطيب في « المجرّد » ، وصاحب « الحاوي » ، والقاضي حسين ، وصاحب « العدة » و « البيان » . قال الدارمي . فإن مات الوارث قبل تحلله ، قام وارثه مقامه .
وانتدأعلم

فرع

لو اشترى صيداً ، فوجده معيباً وقد أحرم البائع ، فإن قلنا : يملك الصيد بالارث ، رده عليه ، وإلا ، فوجهان ، لأن منع الرد لإضرار بالمشتري . ولو باع صيداً وهو حلال ، فأحرم ثم أفلس المشتري بالثمن ، لم يكن له الرجوع على الأصح كالبراء ، بخلاف الارث ، فإنه قهري .

فرع

لو استعار المحرم صيداً ، أو «أودع»^(١) عنده ، كان مضموناً عليه بالجزاء ، وليس له التعرض له . فإن أرسله ، سقط عنه الجزاء وضمن القيمة المالك . فإن رد إلى المالك ، لم يسقط عنه الجزاء ما لم يرسله المالك .

(١) في الاصل : أو أودعه .

قلت : نقل صاحب « البيان » في باب العارية ، عن الشيخ أبي حامد : أن
المحرم إذا استودع صيداً لحلال ، فقتل في يده ، لم يلزمه الجزاء ، لأنه لم يمسه لنفسه .
والله أعلم

فرع

حيث صار الصيد مضموناً^(١) على المحرم بالجزاء ، فإن قتله حلال في يده ،
فالجزاء على المحرم . وإن قتله محرم آخر ، فهل الجزاء عليها ، أم على القاتل ومن
في يده طريق ؟ فيه وجهان .

قلت : أصحها : الثاني . والله أعلم

فرع

لو خلص المحرم صيداً من فم سبع ، أو هرة ، أو نحوهما ، وأخذه ليدأويه
ويتممه ، فمات في يده ، لم يضمن على الأظهر .

فرع

الناسي ، كالعائد في وجوب الجزاء ، ولا يأثم . وقيل : في وجوب الجزاء عليه قولان .
والمذهب : الوجوب . ولو أحرم ثم جُنَّ ، فقتل صيداً ، ففي وجوب الجزاء قولان نص عليها .

(١) في الاصل : مضموناً .

قلت : أظهرهما : لا تجب . والله أعلم

فرع

لو صال صيد على محرم ، أو في الحرم ، فقتله دفماً ، فلا ضمان . ولو ركب إنسان صيداً ، وصال على محرم ، ولا يمكنه دفعه إلا بقتل الصيد ، فقتله ، فاللهب : وجوب الجزاء على المحرم ، وبه قطع الأكثرون ، لأن الأذى ليس من الصيد . وحكى الامام أن الففال ذكر فيه وجهين . أحدهما : الضمان على الراكب ، ولا يطالب به المحرم . والثاني : يطالب المحرم ، ويرجع بما غرم على الراكب .

فرع

لو ذبح صيداً في نخصة وأكله ، ضمن ، لأنه أهلكه لمنفعته من غير إبداء من الصيد . ولو أكره محرم على قتل صيد ، فقتله ، فوجهان . أحدهما : الجزاء على الأمر . والثاني : على المحرم ويرجع به على الأمر ، سواء صيد الحرم أو الإحرام .

قلت : الثاني : أصح . والله أعلم

فرع

ذكرنا أن الجراد ويبيضه مضمونان بالقيمة . فلو وطئه عامداً أو جاهلاً ، ضمن . ولو عم المسالك ولم يجد بداً من وطئه ، فوطئه ، فالأظهر : أنه لا ضمان . وقيل :

لا ضمان قطعاً ، ولو باض صيداً في [فراشه] ولم يمكنه رفعه إلا بالتعرض للبيض ، ففسد بذلك ، ففيه هذا الخلاف .

فرع

إذا ذبح المحرم صيداً ، لم يحل له الأكل منه . وهل يحل لغيره ، أم يكون ميتة ؟ فيه قولان . الجديد : أنه ميتة . فعلى هذا ، إن كان مملوكاً ، وجب مع الجزاء ، قيمته المالك . والقديم : لا يكون ميتة ، فيحل لغيره . فان كان مملوكاً ، أزمه مع الجزاء ما بين قيمته مذبوحاً وحيّاً . وهل يحل له بعد زوال الاحرام ؟ وجهان . أصحهما : لا . وفي صيد المحرم إذا ذبح : طريقان . أصحهما : طرد القولين . والثاني : القطع بالمنع ، لأنه محرم على جميع الناس ، وفي جميع الأحوال . قلت : قال صاحب « البحر » : قال أصحابنا : إذا كسر بيض صيد ، فحكم البيض حكم الصيد إذا ذبحه ، فيحرم عليه قطعاً . وفي غيره ، القولان . وكذا إذا كسره في الحرم . قال أصحابنا : وكذا لو قتل المحرم الجراد ، قال : وقيل : يحلّ البيض لغيره قطعاً ، بخلاف الصيد المذبح على أحد القولين ، لأن إباحته تقف على الزكاة ، بخلاف البيض . وعلى هذا ، لو بلعه إنسان قبل كسره ، لم يحرم . وهذا اختيار الشيخ أبي حامد ، والقاضي الطبري . قال الروياني : وهو الصحيح .

والله أعلم

فصل

في بيان الجزاء

الصيد ضربان ، مثليّ ، وهو ماله مثل من النعم ، وغير مثليّ . فالثليّ : جزاؤه على التخيير والتعديل ، فيتخير بين أن يذبح مثله فيتصدق به على مساكين الحرم ، إما بأن يفرّق اللحم عليهم ، وإما بأن يملكهم جملته مذبوحاً . ولا يجوز أن يدفعه حياً ، وبين أن يقوّم المثل دراهم . ثم لا يجوز أن يتصدق بالدرهم ، لكن إن شاء اشترى بها طعاماً وتصدق به على مساكين الحرم ، وإن شاء صام عن كل مدّ من الطعام يوماً حيث كان . وأما غير المثليّ ، ففيه قيمته ، ولا يتصدق بها دراهم ، بل يجعلها طعاماً ، ثم إن شاء تصدق به ، وإن شاء صام عن كل مدّ يوماً . فإن انكسر مدّ في الضريين ، صام يوماً . فحصل من هذا أنه في المثليّ نخير بين الحيوان ، والطعام ، والصيام . وفي غيره نخير بين الطعام ، والصوم ، هذا هو المذهب ، والمقطوع به في كتب الشافعي والأصحاب . وروى أبو ثور قولاً : أنها على الترتيب . وإذا لم يكن الصيد مثلياً ، فالمعتبر قيمته بمحل الاتلاف ، وإلا ، فقيمته بمكة يومئذ ، لأن محل ذبحه مكة . فاذا عدل عن ذبحه ، وجبت قيمته بمحل الذبح . هذا نصه في المسألتين ، وهو المذهب . وقيل : فيها قولان . وحيث اعتبرنا محل الاتلاف ، فللامام احتمالان ، في أنه يعتبر في المدول إلى الطعام سعر الطعام في ذلك المكان ، أم سعره بمكة ؟ والظاهر منهما : الثاني .

فرع

في بيان المثل

اعلم أن المثل ليس معتبراً على التحقيق ، بل يعتبر على التقريب . وليس معتبراً في القيمة ، بل في الصورة والخلقة . والكلام في الدواب ثم الطيور .

أما الدواب : فما ورد فيه نص - أو حكم فيه صحابيان ، أو عدلان من التابعين ، أو من بعدهم - من النعم أنه مثل الصيد المقتول ، أتبع ، ولا حاجة إلى تحكيم غيرهم . وقد حكم النبي ﷺ في الضبع بكبش^(١) وحكت الصحابة رضي الله عنهم في النعامة بيدنة . وفي حمار الوحش وبقرته ، بقرة ، وفي النزال ، بمنز ، وفي الأرنب ، بمنّاق ، وفي اليربوع بجفّرة . وعن عثمان رضي الله عنه : أنه حكم في أم حُبَيْنَ بِحُلَّانٍ . وعن عطاء ، ومجاهد : أنهما حكما في الوَبْرُ بشاة . قال الشافعي رحمه الله تعالى : إن كانت العرب تأكله ، ففيه جفرة ، لأنه ليس أكبر بدناً منها . وعن عطاء : في الثعلب شاة . وعن عمر رضي الله عنه : في الضبّ جدي . وعن بعضهم : في الابل ، بقرة .

أما الصناق : فالأنثى من المزم من حين تولد ، إلى حين ترعى . والجفرة : الأنثى من ولد المزم تقطم وتفصل عن أمها ، فتأخذ في الرعي ، وذلك بعد أربعة أشهر . والذكر جفر ، هذا معناها في اللغة . لكن يجب ، أن يكون المراد بالجفر هنا ، مادون الصناق ، فإن الأرنب ، خير من اليربوع .

أما أم حُبَيْنَ ، فذابة على خلقة الحرباء عظيمة البطن . وفي حِلٍّ أكلها ، خلاف مذكور في الأطعمة . ووجوب الجزاء ، يخرج على الخلاف .

وأما الحُلَّانُ ، ويقال الحُلَّامُ . فقيل : هو الجدي . وقيل : الخروف .

(١) الحديث أخرجه أحمد ، وأصحاب « السنن » وابن حبان ، والحاكم في « المستدرک » عن جابر رضي الله عنه . وقد ورد مرفوعاً وموقوفاً .

ووقع في بعض كتب الأصحاب : في الظبي كبش . وفي النزال عتز . وكذا قاله أبو القاسم الكرخي ، وزعم أن الظبي : ذكر النزال ، وأن الأتبي غزال . قال الامام : وهذا وهم ، بل الصحيح : أن في الظبي عتراً ، وهو شديد الشبه بها ، فانه أجرد الشعر ، متقلص الذنب .

وأما النزال ، فولد الظبي ، فيجب فيه ما يجب في الصغار .

قلت : قول الامام ، هو الصواب . قال أهل اللغة : الغزال : ولد الظبية إلى حين يقوى ويطلع قرناه ، ثم هي ظبية ، والذكر : ظبي . والله أعلم

هذا بيان ما فيه حكم . أما ما لا نقل فيه عن السلف ، فيرجع فيه إلى قول عدلين فقيهين فطنين . وهل يجوز أن يكون قاتل الصيد أحد الحكّمين ، أو يكون قاتله الحكّمين ؟ نظر ، إن كان القتل عدواناً ، فلا ، لأنه يفسق . وإن كان خطأً ، أو مضطراً إليه ، جاز على الأصح ، ولو حكم عدلان أن له مثلاً ، وعدلان أن لا مثل له ، فهو مثليّ .

قلت : ولو حكم عدلان بمثل ، وعدلان بمثل آخر ، فوجهان في « الحاوي » و « البحر » . أصحها : يتخير . والثاني : يلزمه الأخذ بأعظمهما ، وهما مبنيان على اختلاف المفتين . والله أعلم

وأما الطيور لحام وغيره . فالحماسة ، فيها شاة وغيرها إن كان أصغر منها جثة ، كالزرزور ، والصعّوة ، والبلبل ، والقُبيرة ، والوطواط ، ففيه القيمة . وإن كان أكبر من الحمام ، أو مثله ، فقولان . الجديد ، وأحد قولي القديم : الواجب القيمة . والثاني : شاة ، والمراد بالحمام : كل ماعب في الماء ، وهو أن يشربه جرعاً ، وغير الحمام يشرب قطرة قطرة . وكذا نص الشافعي رضي الله عنه في عيون المسائل ، ولا حاجة في وصف الحمام ، إلى ذكر الهدير مع العب ، فانها متلازمان . ولهذا اقتصر الشافعي رضي الله عنه على الصّب ، ويدخل في اسم الحمام ، اليم التي تألف البيوت ، والقمرى ، والفاخته ، والدّيبى ، والقطاة .

فرع

يفدى الكبير من الصيد الكبير من مثله من النعم ، والصغير
بالصغير ، والمريض بالمريض ، والمعيب بالمعيب ، إذا اتحد جنس العيب ،
كالعمور والعور . وإن اختلف ، كالعمور والجرب ، فلا . وإن كان عور أحدهما
في اليمين ، والآخر في اليسار ، ففي إجزائه ، وجهان . الصحيح : الإجزاء ،
وبه قطع المراقبون ، لتقاربها . ولو قابل المريض بالصحيح ، أو المعيب بالسليم ،
فهو أفضل . وإن فدى الذكر بالأنثى ، فطرق . أصحها : على قولين . أظهرهما :
الإجزاء . والطريق الثاني : القطع بالجواز . والثالث : إن أراد الذبح ، لم يجز . وإن
أراد التقويم ، جاز ، لأن قيمة الأنثى أكثر ، ولحم الذكر أطيب . والرابع : إن
لم تلد الأنثى ، جاز ، وإلا ، فلا . فإن جوزنا الأنثى ، فهل هي أفضل ؟
فيه وجهان .

قلت : أصحها : تفضيل الذكر ، للخروج من الخلاف . والله أعلم

وإن فدى الأنثى بالذكر ، فوجهان . وقيل : قولان .

قلت : لمصحها : الإجزاء ، وصححه البندنجي . والله أعلم

فاذا تأملت ما ذكرنا من كلام الأصحاب ، وجدتهم طاردين الخلاف مع نقص
اللحم . وقال الامام : الخلاف فيها إذا لم ينقص اللحم في القيمة ولا في الطيب ،
فإن كان واحد من هذين النقصين ، لم يجز بلا خلاف .

فرع

لو قتل صيداً حاملاً ، قابلناه بمثله حاملاً . ولا يذبح الحامل ، بل يقوم المثل حاملاً ويتصدق بقيمته طعاماً . وفيه وجه : أنه يجوز ذبح حائل نفيسة بقيمة حامل وسط ، ويجعل التفاوت بينها ، كالتفاوت بين الذكر والأنثى . ولو ضرب بطن صيد حامل ، فالقى جنيناً ميتاً ، نظر ، إن ماتت الأم أيضاً ، فهو كقتل الحامل ، وإلا ، ضمن ما نقصت الأم ، ولا يضمن الجنين ، بخلاف جنين الأمة ، يضمن بشر قيمة الأم ، لأن الحمل يزيد في قيمة البهائم ، وينقص الآدميات ، فلا يمكن اعتبار التفاوت في الآدميات ، وإن ألفت جنيناً حياً ، ثم ماتا ، ضمن كل واحد منها بانفراده . وإن مات الولد وعاشت الأم ، ضمن الولد بانفراده ، وضمن نقص الام .

فرع

قال الشافعي رحمه الله في « المختصر » : إن جرح ظبياً نقص عشر قيمته ، فعليه عشر قيمة شاة . وقال المزني تخريجاً عليه : عشر شاة . قال جمهور الأصحاب : الحكم ما قاله المزني ، وإنما ذكر الشافعي القيمة ، لأنه قد لا يجد شريكاً في ذبح شاة ، فأرشدته إلى ما هو أسهل ، فإن جزاء الصيد على التخيير . فعلى هذا ، هو بخير ، إن شاء أخرج العشر ، وإن شاء صرف قيمته في طعام وتصدق به ، وإن شاء صام عن كل مدٍّ يوماً . ومنهم من جرى على ظاهر النص وقال : الواجب عشر القيمة . وجعل في المسألة قولين : المنصوص ، وتخريج المزني . فعلى هذا إذا قلنا بالنصوص ، فأوجه ، أحسبها : تمين الصدقة بالدرهم . والثاني ، لا تجزئه الدرهم ، بل يتصدق بالطعام ، أو يصوم .

والثالث : يتخير بين عشر المثل ، وبين إخراج الدرام . والرابع : إن وجد شريكاً في الدم ، أخرجه ولم تجزئه الدرام ، وإلا ، أجزأته . هذا في الصيد المثل . وأما غير المثل ، فالواجب ما نقص من قيمته قطعاً .

قلت : لو قتل نعامة فأراد أن يعدل عن البدنة إلى بقرة ، أو سبع شياه ، لم يجز على الأصح ، ذكره في « البحر » . والله أعلم

فرع

لو جرح صيداً ، فاندمل جرحه وصار زمناً ، فوجهان . أصحها : يلزمه جزاء كامل ، كما لو أزمّن عبداً ، لزمه كل قيمته . والثاني : أرش النقص . وعلى هذا ، يجب قسط من المثل ، أو من قيمة المثل ؟ فيه الخلاف السابق في الفرع قبله . ولو جاء محرم آخر ، فقتله بعد الاندمال ، أو قبله ، فعليه جزاؤه زمناً ، وبقي الجزاء على الأول بحاله . وقيل : إن أوجبنا جزاءً كاملاً ، عاد هنا إلى قدر النقص ، لأنه يبعد إيجاب جزائين لمتلف واحد . ولو عاد المزمّن فقتله ، نظر ، إن قتله قبل الاندمال ، لزمه جزاء واحد . كما لو قطع يدي رجل ثم قتله ، فعليه دية . وفي وجه : أن أرش الطرف ينفرد عن دية النفس ، فيجزي مثله هنا . وإن قتله بعد الاندمال ، أفرد كل واحد بحكمه . ففي القتل جزاؤه زمناً ، وفيما يجب بالإزمان ، الخلاف السابق . وإذا أوجبنا بالإزمان جزاءً كاملاً ، وكان للصيد امتناعان ، كالنعامة ، تتمتع بالعدو والجناح ، فأبطل أحد امتناعيه ، فوجهان . أحدهما : يتعدد الجزاء ، لتعدد الامتناع . وأصحها : لا ، لاتحاد الممتنع . وعلى هذا ، فما الواجب ؟ قال الامام : الغالب على الظن ، أنه يعتبر ما نقص ، لأن امتناع النعامة في الحقيقة واحد ، إلا أنه يتعلق بالرجل والجناح ، فالزائل ، بمض الامتناع .

فرع

جرح صيداً فغاب ، ثم وجده ميتاً ، ولم يدرك ، أمانت بجراحته ، أم بمحادث ،
فهل يلزمه جزاء كامل ، أم أرش الجرح فقط ؟ قولان .
قلت : أظهرهما : الثاني . والله أعلم

فرع

إذا اشترك محرمون في قتل صيد ، حَرَمَيَّ أو غيره ، لزمهم جزاء واحد .
ولو قتل القارن صيداً ، لزمه جزاء واحد . وكذا لو ارتكب محظوراً آخر ،
فعلية فدية واحدة . ولو اشترك محرم وحلال في قتل صيد ، لزم المحرم نصف
الجزاء ، ولا شيء على الحلال .

فرع

قد سبق ، أنه يحرم على المحرم أكل الصيد الذي ذبحه ، وكذا يحرم عليه
أكل ما اصطاده له حلال ، أو باعائه ، أو بدلالته بلا خلاف . فإن أكل منه ،
فقولان . الجديد : لا جزاء عليه . والقديم : يلزمه القيمة بقدر ما أكل . ولو
أكل المحرم ما ذبحه بنفسه ، لم يلزمه لأكله بعد الذبح شيء آخر بلا خلاف ، كما
لا يلزمه في أكل صيد المحرم بعد الذبح شيء آخر .

فرع

يجوز المحرم أكل صيدٍ ذبحه الحلال إذا لم يصدّه له ، ولا [كان] بدلالته أو إغاثته ، ولا جزاء عليه قطعاً .

فصل

صيد حرم مكة ، حرام على المحرم والحلال . وبين المحرم منه وما يجب به الجزاء وقدر الجزاء ، يقاس بما سبق في صيد الاحرام . ولو أدخل حلال الحرم صيداً مملوكاً ، كان له إمساكه وذبحه والتصرف فيه كيف شاء كالنعم ، لأنه صيد حل . ولو رمى من الحل صيداً في الحرم ، أو من الحرم صيداً في الحل ، أو أرسل كلباً في الصورتين ، أو رمى صيداً بعضه في الحل وبعضه في الحرم - والاعتبار بقوائمه لا بالرأس - أو رمى حلال إلى صيد فأحرم قبل أن يصيبه ، أو رمى محرم إليه ، فتحلل قبل أن يصيبه ، لزمه الضمان في كل ذلك .

قلت : هذا الذي ذكره ، فيما إذا كان بعضه في الحرم ، هو الأصح . وذكر الجرجاني في المعاينة فيه ثلاثة أوجه . أحدها : لا يضمّنه ، لأنه لم يكمل حرمياً . والثاني : إن كان أكثره في الحرم ، ضمّنه ، وإن كان أكثره في الحل ، فلا . والثالث : إن كان خارجاً من الحرم إلى الحل ، ضمّنه ، وإن كان عكسه ، فلا . والله أعلم .

ولو رمى من الحل صيداً في الحل ، فقطع السهم في مروره هواء الحرم ، فوجهان . أحدهما : لا يضمن ، كما لو أرسل كلباً في الحل على صيد في الحل ، فتخطى طرف الحرم ، فانه لا يضمن . وأصحها : يضمن ، بخلاف الكلب ، لأن للكلب اختياراً ، بخلاف السهم . ولهذا قال الأصحاب : لو رمى صيداً في الحل فمدا الصيد ، فدخل الحرم ، فأصابه السهم ، وجب الضمان . وبمثله ، لو أرسل كلباً ، لا يجب . ولو رمى صيداً في الحل فلم يصبه ، وأصاب صيداً في الحرم ، وجب الضمان . وبمثله لو أرسل كلباً ، لا يجب . ثم في مسألة إرسال الكلب وتخطيه طرف الحرم ، إنما لا يجب الضمان إذا كان للصيد مفرّ آخر . فأما إذا تعين دخوله الحرم عند الهرب ، فيجب الضمان قطعاً ، سواء كان المرسل عالماً بالحال ، أو جاهلاً ، غير أنه لا يأثم الجاهل .

فرع

لو أخذ حمامة في الحل ، أو ألتفها ، فهلك فرخها في الحرم ، ضمنه ، ولا يضمنها . ولو أخذ الحمامة من الحرم ، أو قتلها ، فهلك فرخها في الحل ، ضمن الحمامة والفرخ جميعاً ، كما لو رمى من الحرم إلى الحل . ولو نفر صيداً حرمياً ، عامداً ، أو غير عامد ، تعرض للضمان . حتى لو مات بسبب التنفير بصدمة ، أو أخذ سبّع ، لزمه الضمان . وكذا لو دخل الحل فقتله حلال ، فعلى المنقّر الضمان . بخلاف ما لو قتله محرم ، فإن الجزاء عليه ، تقدماً للبشارة .

فرع

لو دخل الكافر الحرم ، وقتل صيداً ، لزمه الضمان . وقال صاحب « المذهب » :
يَحْتَمَلُ أَنْ لَا يَلْزَمُهُ .

فصل

قطع نبات الحرم حرام ، كاصطياد صيده . وهل يتعلق به الضمان ؟ قولان .
أظهرهما : نعم . والقديم : لا . ثم النبات : شجر وغيره . أما الشجر ، فيحرم
التمرض بالقلع والقطع لكل شجر رطب غير مؤذٍ حرمي . فيخرج بقيد الرطب
اليابس ، فلا شيء في قطعه ، كما لو قُتِلَ صيداً ميتاً نصفين ، وبقيد غير مؤذٍ :
الموسج^(١) ، وكل شجرة ذات شوك ، فإنها كالحيوان المؤذي ، فلا يتعلق بقطعها
ضمان على الصحيح الذي قطع به الجمهور . وفي وجه اختاره صاحب « التتمة » :
أنها مضمونة ، لإطلاق الخبر ، وبخالف الحيوان ، فإنه يقصد بالأذية . ويخرج بقيد
الحرمي أشجار الحل ، فلا يجوز أن يقلع شجرة من أشجار الحرم ، وينقلها
إلى الحل ، محافظة على حرمتها . ولو نقل ، فعليه ردها ، بخلاف ما لو نقل من
بقعة من الحرم إلى أخرى ، لا يؤمر بالرد . وسواء نقل أشجار الحرم ،
أو أغصانها ، إلى الحل ، أو إلى الحرم ، ينظر ، إن يبست ، لزمه الجزاء . وإن
نبتت في الموضع المنقول إليه ، فلا جزاء عليه . فلو قلعها قالع ، لزمه الجزاء إبقاءً
لحرمة الحرم . ولو قلع شجرة من الحل وغرسها في الحرم فنبتت ، لم يثبت لها
حكم الحرم ، بخلاف الصيد يدخل الحرم ، فيجب الجزاء بالتعرض له ، لأن
الصيد ليس بأصل ثابت ، فاعتبر مكانه . والشجر أصل ثابت ، فله حكم منبته .

(١) الموسج : من شجر الشوك ، له ثمر مدور ، فإذا عظم فهو الفرقد ، الواحدة : عوسجة .

حتى لو كان أصل الشجرة في الحرم ، وأغصانها في الحل ، فقطع من أغصانها شيئاً ، وجب الضمان للعصن . ولو كان عليه صيد فأخذه ، فلا ضمان . وعكسه : لو كان أصلها في الحل ، وأغصانها في الحرم ، فقطع غصناً منها ، فلا شيء عليه . ولو كان عليه صيد فأخذه ، لزمه ضمانه .

قلت : قال صاحب « البحر » : لو كان بعض أصل الشجرة في الحل ، وبعضه في الحرم ، فلجميعها حكم الحرم . قال بعض أصحابنا : لو انتشرت أغصان الشجرة الحرمية ، ومنعت الناس الطريق ، أو آذنتهم ، جاز قطع المؤذي منها . والله أعلم

فرع

إذا أخذ غصناً من شجرة حرمية ، ولم يخلف ، فعليه ضمان النقصان ، ومسبيله سبيل جرح الصيد . وإن أخلف في تلك السنة لكون العصن لطيفاً ، كالسواك ، وغيره ، فلا ضمان . وإذا أوجبنا الضمان ، فنبت وكان المقطوع مثلاً ، ففي سقوط الضمان قولان ، كالقولين في السن إذا نبت بعد القلع .

فرع

يجوز أخذ أوراق الأشجار ، لكن لا يخطبها ، مخافة من أن يصيب قشورها^(١) .

فرع

يضمن الشجرة الكبيرة بقرة ، وإن شاء يبدن ، وما دونها بشاة ، والمضمونة

(١) في « شرح الوجيز » : حذراً من أن يصيب لحامها . واللحاء - ككساء - قشر الشجر .

بشاة ما كانت قرية من سُبُع الكبيرة ، فإن صُفرت جداً ، فالواجب القيمة . ثم ذلك كله على التعديل والتخير كالصيد .

فرع

هل يعم التحريم والضمان من الأشجار ، ما ينبت بنفسه ، وما يستنبت ، أم يختص بالضرب الأول ؟ فيه طريقتان . أصحابها : على قولين . أظهرهما عند المراقبين والأكثرين من غيرهم : التعميم . والثاني : التخصيص ، وبه قطع الامام ، والفزالي . والطريق الثاني : القطع بالتعميم . فاذا قلنا : بالتخصيص زاد قيد (١) آخر ، وهو كون الشجر مما ينبت بنفسه . وعلى هذا ، يحرم الأراك والطرفاء وغيرها من أشجار البوادي . وأدرج الامام فيه العوسج ، لكنه ذو شوك ، وقد سبق بيانه . ولا تحرم المستنبتات ، مثمرة كانت ، كالنخل والعنب ، أو غير مثمرة ، كالخلاف . وعلى هذا القول ، لو نبت ما يستنبت أو عكسه ، فالصحيح الذي قاله الجمهور : أن الاعتبار بالجنس ، فيجب الضمان في الثاني دون الأول . وقيل : الاعتبار بالقصد ، فينعكس . أما غير الاشجار ، فكلاً الحرم يحرم قطعه . فإن قلعه ، لزمه القيمة ، إن لم يخلف . فإن أخلف ، فلا قيمة قطعاً ، لأن الغالب هنا الإخلاف كسن الصبي . فلو كان يابساً ، فلا شيء في قطعه كما سبق في الشجر . فلو قلعه ، لزمه الضمان ، لأنه لو لم يقطع ، لنبت ثانياً ، ذكره في «التهذيب» . ويجوز تسريح البهائم في حشيشه لترعى . ولو أخذ الحشيش لعلف البهائم ، جاز على الأصح . ويسائى من المنع ، الإذخر ، فانه يجوز لحاجة السقوف وغيرها ، للحديث الصحيح (٢) . ولو احتيج إلى شيء من نبات الحرم للدواء ، جاز قطعه على الأصح .

(١) في الاصل : قيداً .

(٢) في «الصححين» عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة : « إن هذا البلد حرام ، لا يصد شوكه ، ولا يتلى خلاله ، ولا ينفر صيده ، ولا تلتقط لقضته إلا لعرف » فقال العباس : إلا الإذخر ، فانه لا بد لهم منه ، فانه للقبور والبيوت ، فقال : « إلا الإذخر » .

فرع

يكره نقل تراب الحرم وأحجاره إلى سائر البقاع ، ولا يكره نقل ماء زمزم .
قال الشيخ أبو الفضل بن عبدان : ولا يجوز قطع شيء من ستر الكعبة ، ونقله ،
وبيعه ، وشراؤه ، خلاف ما تفعله العامة ، يشترونه من بني شيبّة ، وربما وضعوه في
أوراق المصاحف . ومن حمل منه شيئاً ، لزمه رده .

قلت : الأصح : أنه لا يجوز إخراج تراب الحرم ، ولا أحجاره إلى الحل .
ويكره إدخال تراب الحل وأحجاره الحرم . وبهذا قطع صاحب « المذهب » والمحققون
من أصحابنا .

وأما ستر الكعبة ، فقد قال الحلبي ، رحمه الله ، أيضاً : لا ينبغي أن يؤخذ
منها شيء . وقال صاحب « التلخيص » : لا يجوز بيع أستار الكعبة . وقال الشيخ
أبو عمرو بن الصلاح [رحمه الله] بعد أن ذكر قول ابن عبدان والحلي : الأمر
فيها إلى الامام ، يصرفها في بعض مصارف بيت المال بيعاً وعطاءً ، واحتج بما رواه
الأزرقي صاحب كتاب « مكة » : أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، كان ينزع
كسوة البيت كل سنة ، فيقسمها على الحاج . وهذا الذي اختاره الشيخ ، حسن
متعين ، لثلاث يتلف بالبلى ، وبه قال ابن عباس ، وعائشة ، وأم سلمة [رضي الله عنهم]
قالوا : ويلبسها من صارت إليه من جنب وحائض وغيرها . ولا يجوز أخذ طيب
الكعبة ، فإن أراد التبرك ، أتى بطيب من عنده فمسحها به ، ثم أخذه . والله أعلم

فصل

لا يتعرض لصيد حرم المدينة وشجره ، وهو حرام على المذهب . وحكي قول

ووجه : أنه مكروه . فاذا حرمناه ، ففي الضمان قولان . الجديد : لا يضمن .
والقديم : يضمن . وفي ضمانه وجهان . أحدهما : كحرم مكة . وأصحها : أخذ
سلب الصائد وقاطع الشجر . وفي المراد بالسلب : وجهان . الصحيح وبه قطع
الأكثرون : كسلب القتل من الكفار . والثاني : ثيابه فقط . وفي مصرفه : أوجه .
الصحيح : أنه للسلب كالقتل . والثاني : لفقراء المدينة . والثالث : لبيت المال .
واعلم أن ظاهر الحديث^(١) ، وكلام الأئمة : أنه يسلب إذا اصطاد ، ولا يشترط
الاتلاف . وقال إمام الحرمين : لا أدري أيسلب إذا أرسل الصيد ، أم لا يسلب حتى يتلفه ؟
قلت : ذكر صاحب « البحر » وجهين : في أنه هل يترك للمسلوب من ثيابه
ما يستر عورته ؟ واختار : أنه يترك ، وهو قول صاحب « الحاوي » ، وهو الأصوب .
والدرا علم

فصل

وج : وادٍ بصحراء الطائف ، وصيده حرام على المذهب . وقيل : في تحريمه
وكرهه خلاف . فعلى التحريم ، قيل : حكمه في الضمان كحرم المدينة . والصحيح
الذي قطع به صاحب « التلخيص » والأكثرون : أنه لا ضمان فيه قطعاً .

فصل

النقيع - بالنون وقيل : بالباء - ليس بمحرم ، ولكن حماء رسول الله ﷺ ،
لإبل الصدقة ، ونعم الجزية ، فلا يحرم صيده ، لكن لا تملك أشجاره ولا حشيشه .

(١) روى أحمد ، ومسلم : أن سعد بن أبي وقاص ركب إلى قصره بالمعيق ، فوجد عبداً يقطع شجراً
أو يخطه - يعني من شجر المدينة - فسلبه . ولأحمد ، وأبي داود ، من حديث سعد بن رافع : « من رأيتوه
يصيد فيه شيئاً - أي في حرم المدينة - فلكم سلبه » .

وفي وجوب ضمانها على متلفها، وجهان . أحدهما : لا ، كصيده . وأصحها : يجب ، لأنه ممنوع ، بخلاف الصيد . فعلى هذا ، ضمانها بالقيمة ، ومصرفها مصرف نَعَم الجزية والصدقة .

قلت : ينبغي أن يكون مصرفه بيت المال . والله أعلم

فصل

المحظورات ، تنقسم إلى استهلاك ، كالخلق ، وإلى استمتاع ، كالطيب . وإذا باشر محظورين ، فله أحوال .

أحدها : أن يكون أحدهما استهلاكاً ، والآخر استمتاعاً ، فينظر ، إن لم يستند إلى سبب واحد ، كحلق الرأس ، ولبس القميص ، تمددت الفدية كالحدود المختلفة . وإن استند إلى سبب ، كمن أصابت رأسه شجرة واحتاج إلى حلق جوانبها وسترها بضمار فيه طيب ، تمددت أيضاً على الأصح . والثاني : تتداخل .
الحال الثاني : أن يكونا استهلاكاً ، وهذا ثلاثة أضرب .

أحدها : أن يكون مما يقابل بمثله ، وهو الصيود . فتمدد الفدية ، سواء فدى عن الأول ، أم لا ، اتحد المكان ، أو اختلف ، وإلى بينهما ، أو فرق ، كضمان التلفات .

الضرب الثاني : أن يكون أحدهما مما يقابل بمثله ، والآخر ليس بمقابل ، كالصيد والخلق ، فحكمه حكم الضرب الأول بلا خلاف .

الضرب الثالث : أن لا يقابل واحد منها ، فينظر ، إن اختلف نوعها ، كالخلق والقلم ، تمددت ، سواء فرق أو وإلى في مكان أو مكانين ، بفعلين أم بفعل ، كمن لبس ثوباً مطياً ، فإنه يلزمه فديتان . وفي هذه الصورة وجه ضعيف : أنه فدية واحدة .

قلت : الصحيح المنصوص الذي قطع به الجمهور : أن من لبس ثوباً مطيباً ،
وطلى رأسه بطيب ستره بكفيه ، [فمليه] فدية واحدة ، لاتحاد الفعل وتبعية الطيب .
واتم العلم

وإن اتحد النوع ، بأن حلق فقط ، فقد سبق ، أن حلق ثلاث شمرات ،
فيه فدية كاملة . ولو حلق جميع الرأس دفعة في مكان واحد ، ففدية فقط . ولو
حلق شعر رأسه وبدنه متواصلاً ، ففدية على الصحيح . وقال الأماطي : فديتان .
ولو حلق رأسه في مكانين أو مكان ، في زمانين متفرقين ، فالذهب : التعدد . وقيل :
هو كما لو اتحد نوع الاستمتاع ، واختلف المكان أو الزمان ، وسيأتي بيانه
إن شاء الله تعالى . ولو حلق ثلاث شمرات في ثلاثة أمكنة ، أو ثلاثة أزمنة
متفرقة ، فإن قلنا : كل شعرة تقابل بثلاث دم ، فلا فرق بين حلقها دفعة أو
دفعات . وإن قلنا : الشعرة بمُدٍّ أو درهم ، والشمرتان بمدين أو درهين ، بني على
الخلافا الذي ذكرناه الآن . فإن لم نعد الفدية فيما إذا حلق الرأس في دفعات ،
ولم نجعل لتفرق الزمان أثراً ، فالواجب دم . وإن عددنا وجعلنا التفرق مؤثراً ،
قطعنا حكم كل شعرة عن الآخرين ، وأوجبنا ثلاثة أمداد في قول ، وثلاثة دراهم
في قول .

الحال الثالث : أن يكونا استمتعاً . فإن اتحد النوع ، بأن تطيب بأنواع
من الطيب ، أو لبس أنواعاً ، كالعمامة ، والقميص ، والسراويل ، والخف ، أو
نوعاً واحداً مرة بعد أخرى ، نظر ، إن فعل ذلك في مكان على التوالي ، لم
تعدد الفدية ، ولا يقدر في التوالي طول الزمان في مضاعفة القمص وتكوير العمامة .
وإن فعل ذلك في مكانين ، أو مكان ، وتخلل زمان ، نظر ، إن لم يتخلل التكفير ،
فقولان . الجديد : يجب للثاني فدية أخرى . والقديم : يتداخل . فإن قلنا
بالجديد ، فجمعهما سبب واحد ، بأن تطيب ، أو لبس مراراً لمرض واحد ، فوجهان .

أصحهما : التعمد . وإن تحلل ، وجبت فدية أخرى بلا خلاف . فإن [كان] نوى بما أخرجه الماضي والمستقبل جميعاً ، بني على جواز تقديم الكفارة على الحنث المحذور . إن قلنا : لا يجوز ، فلا أثر لهذه النية . وإن جوّزناه ، فوجهان . أحدهما : أن الفدية كالكفارة في جواز التقديم ، فلا يلزمه للثاني شيء . والثاني : المنع . أما إذا اختلف النوع ، بأن لبس وتطيّب ، فالأصح : التعمد ، وإن اتحد الزمان ، والسكان ، والسبب . والثاني : التداخل . والثالث : إن اتحد السبب ، تداخل ، وإلا ، فلا . هذا كله في غير الجماع ، فإن تكرر الجماع ، فقد سبق حكمه .

قلت : لا يتعمد الجزاء ، بتعمد جهة التحريم إذا اتحد الفعل كما سبق في محرم قتل صيداً حرمياً وأكله ، لزمه جزاء واحد . ولو باشر امرأته مباشرة توجب شاة لو انفردت ، ثم جامعها ، ففي وجه : يكفيه البدنة عنهما . ووجه : تجب شاة وبدنة . ووجه : إن قصد بالمباشرة الشروع في الجماع ، فبدنة ، وإلا فشاة وبدنة . ووجه : إن طال الفصل ، فشاة وبدنة ، وإلا فبدنة . والأول : أصح . والله أعلم

باب

موانع انتمام الحج بمر السروع فيه

هي ستة أنواع .

الأول : الإحصار ، فإذا أحصر المدو المحرمين عن المضي في الحج من جميع الطرق ، وكان لهم أن يتحللوا . فإن كان الوقت واسماً ، فالأفضل أن لا يجعل التحلل ، فربما زال المنع فأنتم الحج . وإن كان الوقت ضيقاً ، فالأفضل تمجيل التحلل ، لثلا يفوت الحج . ويجوز للحرم بالعمرة ، التحلل عند الإحصار . ولو

منعوا ولم يتمكنوا من المضي إلا ببذل مال ، فلمهم التحلل ، ولا يذلون المال وإن قل ، بل يكره البذل إن كان الطالبون كفاراً ، لما فيه من الصغار . وإن احتاجوا إلى قتال ليسيروا ، نظر ، إن كان الممانعون مسلمين ، فلمهم التحلل ، ولا يلزمهم القتال وإن قدروا عليه . وإن كانوا كفاراً ، فقليل : يلزمهم قتالهم إن لم يزد عدد الكفار على الضعف . وقال إمام الحرمين : هذا الاطلاق ليس بمبرضي ، بل شرطه وجدانهم السلاح ، وأهبة القتال . فإن وجدوا ، فلا سبيل إلى التحلل . والصحيح الذي قاله الأكثرون : أنه لا يجب القتال ، وإن كان في مقابلة كل مسلم أكثر من كافرين ، لكن إن كان بالمسلمين قوة ، فالأولى أن يقاتلهم ، نصرة للاسلام ، وإتماماً للحج . وإن كان بالمسلمين ضعف ، فالأولى أن يتحللوا ، وعلى كل حال لو قاتلوا ، فلمهم لبس الدروع والمغافر ، وعليهم الفدية كمن لبس الحرّ أو برد .

فرع

ما ذكرناه من جواز التحلل بلا خلاف ، هو فيما إذا منعوا المضي ، دون الرجوع . فأما لو أحاط بهم العدو من الجوانب كلها ، فوجهان . وقيل : قولان . أحدهما : جواز التحلل أيضاً . والثاني : لا ، إذ لا يحصل به أمن .

فصل

ليس للمحرم التحلل بعذر المرض ، بل يصبر حتى يبرأ . فإن كان محرماً بعمرة ، أتمها . وإن كان بحج وفاته ، تحلل بعمل عمرة ، لأنه لا يستفيد بالتحلل زوال المرض ، بخلاف المحصر . هذا إذا لم يشترط التحلل بالمرض . فإن شرط أنه إذا مرض تحلل ، فطريقان . قال الجمهور : يصح الشرط

في القديم . وفي الجديد : قولان . أظهرها : الصحة . والثاني : المنع . والطريق الثاني قاله الشيخ أبو حامد وغيره : القطع بالصحة ، لصحة الحديث فيه (١) . ولو شرط التحلل لغرض آخر ، كضلال الطريق ، وفراغ النفقة ، والخطأ في المدد ، فهو كالمرض على المذهب . وقيل : لا يصح قطعاً . وحيث صححنا الشرط ، فتحلل ، فإن كان اشتراط التحلل بالهدي ، لزمه الهدي . وإن كان شرط التحلل بلا هدي ، لم يلزمه الهدي . وإن أطلق ، لم يلزمه على الأصح . ولو شرط أن يقلب حجه عمرة عند المرض ، فهو أولى بالصحة من شرط التحلل ، ونص عليه . ولو قال : إذا مرضت ، فأنا حلال ، فيصير حلالاً بنفس المرض ، أم لا بد من التحلل ؟ فيه وجهان . المنصوص : الأول .

فصل

يلزم من تحلل بالإحصار ، دم شاة إن لم يكن سبق منه شرط . فإن كان شرط عند إحرامه ، أنه يتحلل إذا أحصر ، ففي تأثير هذا الشرط في إسقاط الدم طريقان . أحدهما : على وجهين كما سبق فيمن تحلل بشرط المرض . وأصحهما : القطع بأنه لا يؤثر ، لأن التحلل بالإحصار جائز بلا شرط ، فشرطه لاغٍ .

فرع

اختلف القول في أن دم الإحصار ، هل له بدل ؟ وما بدله ؟ وهو على

(١) في « الصحيحين » عن عائشة رضي الله عنها قالت : دخل النبي صلى الله عليه وسلم على ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب ، فقالت : يا رسول الله ، إني أريد الحج ، وأنا شاكية ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « حجّي واشترطي أن علي حيث حبستني » .

الترتيب ، أم التخيير؟ وسيأتي إيضاح هذا كله في الباب الآتي إن شاء الله تعالى. فإن قلنا : لا بدل ، وكان واجداً لدم ، ذبحه ، ونوى التحلل عنده . وإنما اشترطت النية ، لأن الذبيح قد يكون للتحلل ولغيره ، فيشترط قصد صارف . وإن لم يجد الهدي لإعساره أو غير ذلك ، فهل يتحلل في الحال ، أم يتوقف التحلل على وجوده ؟ قولان . أظهرهما : التحلل في الحال ، ولا بد من نية التحلل . وهل يجب الحلق ؟ إن قلنا : هو نسك ، فنعلم ، وإلا ، فلا . والحاصل : أننا إن اعتبرنا الذبيح والحلق مع النية ، فالتحلل بالثلاثة . وإن لم نعتبر الذبيح ، حصل بالنية مع الحلق على الأظهر ، وبالنية وحدها على الآخر ، وهو قولنا : الحلق ليس بنسك . وإن قلنا : لدم الاحصار بدل ، فإن كان يُطعم ، توقف التحلل عليه ، كتوقفه على الذبيح . وإن كان يصوم ، فكذلك مع ترتب الخلاف . ومنع التوقف هنا أولى منسقة في الصبر على الاحرام ، أطول مدة الصوم .

فرع

لا يشترط بعث دم الاحصار إلى الحرم ، بل يذبحه حيث أحصر ويتحلل ، وكذا ما لزمه من دماء المحظورات قبل الاحصار ، ومأمومه من هدي ، ويفرق لحومها على مساكين ذلك الموضع . هذا إن صدَّ عن الحرم . فإن صد عن البيت دون أطراف الحرم ، فهل له الذبيح في الحل ؟ وجهان . أصحهما : الجواز .

المانع الثاني : الحصر الخاص الذي يتفق لواحد ، أو شذمة من الرقعة . فينظر ، إن لم يكن المحرم معذوراً فيه ، كمن حبس في دين يتمكن من أدائه ، فليس له التحلل ، بل عليه أن يؤدي ويمضي في حجه . فإن فاتته الحج في الحبس ، لزمه أن يسير إلى مكة ويتحلل بعمل عمرة . وإن كان معذوراً ، كمن حبسه السلطان ظلماً ، أو بدين لا يتمكن من أدائه ، جاز له التحلل على المذهب ، وبه قطع المراقبون ، وقال المراوزة : في جواز التحلل قولان . أظهرهما : الجواز .

المانع الثالث : الرق . فإحرام العبد ينمقد بأذن سيده وبغير إذنه . فإن أحرم بأذنه ، لم يكن له تحليله ، سواء بقي نسكه صحيحاً أو أفسده . ولو باعه والحالة هذه ، لم يكن للمشتري تحليله ، وله الخيار إن جهل لإحرامه ، فإن أحرم بغير إذنه ، فالأولى أن يأذن له في إتمام نسكه . فإن حاله ، جاز على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وحكى ابن كج وجهاً : أنه ليس له تحليله ، لأنه يلزمه بالشروع ، تخريجاً من أحد القولين في الزوجة إذا أحرمت بحج التطوع ، وهذا شاذ منكر .

قلت : قال الجرجاني في المعايه : ولو باعه والحالة هذه ، فاللمشتري تحليله كالبايع ، ولا خيار له . والله أعلم

ولو أذن له في الإحرام ، فله الرجوع قبل الإحرام . فإن رجع ولم يعلم العبد ، فأحرم ، فله تحليله على الأصح . ولو أذن له في العمرة ، فأحرم بالحج ، فله تحليله . ولو كان بالعكس ، لم يكن له تحليله . قاله في « التهذيب » . وظني أنه لا يسلم عن الخلاف .

قلت : ذكر الدرامي في الصورتين وجهين ، لكن الأصح قول صاحب « التهذيب » . والله أعلم

ولو أذن له في التمتع ، فله منعه من الحج بعد تحليله من العمرة ، وليس له تحليله عن العمرة ، ولا عن الحج ، بعد الشروع . ولو أذن في الحج أو التمتع ، فقرن ، لم يجز تحليله . ولو أذن أن يحرم في ذي القعدة ، فأحرم في شوال ، فله تحليله قبل دخول ذي القعدة ، وبعد دخوله ، فلا . وإذا أفسد العبد حجه بالجماع ، لزمه القضاء . وهل يجزئه القضاء في الرق ؟ فيه قولان كما سبق في الصبي . فإن قلنا : يجزىء ، لم يلزم السيد أن يأذن له فيه إن كان لإحرامه الأول من غير إذنه ، وكذا إن كان بأذنه على الأصح . وكل دم لزمه بفعل محظور ، كاللباس ، والعصيد ، أو بالفوات ، لم يلزم السيد بحال ، سواء أحرم بأذنه أم بغير إذنه

ثم العبد ، لا ملك له حتى يتحلل بذبح . فان ملكه السيد ، فبلى القديم : يملك ، فيلزم إخراجه . وعلى الجديد ، لا يملك ، ففرضه الصوم ، وللسيد منعه منه في حال الرق إن كان أحرم بغير إذنه ، وكذا باذنه على الأصح ، لأنه لم يأذن في موجه . ولو قرن ، أو تمتع بغير إذن سيده ، فحكم دم القران والتمتع حكم دماء المخطورات . وإن قرن أو تمتع باذنه ، فهل يجب الدم على السيد ؟ الجديد : أنه لا يجب . وفي القديم قولان ، بخلاف مالو أذن له في النكاح ، فان السيد يكون ضامناً للمهر على القديم قولاً واحداً ، لأنه لا بدل للمهر ، والدم بدل ، وهو الصوم ، والعبد من أهله . وعلى هذا ، لو أحرم باذن السيد ، فأحصر وتحلل ، فان قلنا : لا بدل لدم الاحصار ، صار السيد ضامناً على القديم قولاً واحداً . وإن قلنا : له بدل ، ففي صيرورته ضامناً له في القديم ، قولان . وإذا لم نوجب الدم على السيد ، فالواجب على العبد الصوم ، وليس لسيد منعه منه على الأصح ، لإذنه في سببه . ولو ملك السيد هدياً ، وقلنا : يملكه ، أراقه ، وإلا ، لم تجز إراقته . ولو أراقه السيد عنه ، فهو على هذين القولين . ولو أراق عنه بعد موته ، جاز قولاً واحداً ، لأنه حصل اليأس من تكفيره . واتمليك بعد الموت ، ليس بشرط . ولهذا ، لو تصدق عن ميت جاز . ولو عتق العبد قبل صومه^(١) ووجد هدياً ، فعليه الهدي إن اعتبرنا في الكفارة حال الاداء أو الأغلظ . وإن اعتبرنا حال الوجوب ، فله الصوم . وهل له الهدي ؟ قولان .

فرع

حيث جوزنا للسيد تحليله ، أردنا أنه يأمره بالتحلل ، لأنه يستقل بما يحصل

(١) في الاصل : قبل موته ، وما أثبتناه ، من مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

به التحلل ، إذ غايته أن يستخدمه وينعمه المضي ، ويأمره بفعل المحظورات ، أو يفعلها به ، ولا يرتفع الاحرام بشيء من هذا . وإذا جاز للعبد تحليله ، جاز للعبد التحلل . ثم إن ملكه السيد هدياً ، وقلنا : يملك ، ذبح ونوى التحلل ، أو حلق ونوى التحلل ، وإلا فطريقان . أحدهما : أنه كالحر ، فيتوقف تحلله على وجود الهدي ، إن قلنا : لا بدل للم احصار ، أو على الصوم ، إن قلنا : له بدل . كل هذا على أحد القولين . وعلى أظهرهما : لا يتوقف ، بل يكفيه نية التحلل والحلق إن قلنا : نك . والطريق الثاني : القطع بهذا القول الثاني . وهذا الطريق ، هو الأصح عند الأصحاب ، اعظم المشقة في انتظار العتق ، ولأن منافعه لسيده ، وقد يستعمله في محظورات الاحرام .

فرع

أم الولد ، والمدبر ، والمملوك عتقه بصفة ، ومن بعضه حر ، كالفقير . ولو أحرم المكاتب بغير إذن المولى ، فقليل : في جواز تحليله . قولان ، كمنعه من سفر التجارة . وقيل : له تحليله قطعاً ، لأن للسيد منفعة في سفر التجارة .

فرع

ينعقد نذر الحج من العبد وإن لم يأذن له السيد على الأصح ، فيكون في ذمته . فلو أتى به في حال الرق ، هل يجزئه ؟ وجهان .

[قلت : الأصح : يجزئه . والله أعلم]

المانع الرابع : الزوجية . يستحب المرأة أن لا تحرم بغير إذن زوجها ،

ويستحب له الحج بها . فلو أرادت أداء فرض حجها ، فللزواج منها على الأظهر .
والثاني : ليس له ، بل لها أن تحرم بغير إذنه . ومنهم من قطع بهذا ،
والمذهب : الأول . ولو أحرمت بغير إذنه ، إن قلنا : ليس له منعها ، لم يملك
تحليلها ، وإلا ، فيما عكسه على الأظهر . وأما حج التطوع ، فله منعها منه . فإن
أحرمت به ، فله تحليلها على المذهب ، وقيل : قولان . وحيث قلنا : يحللها ،
فمعناه : يأمرها به كما سبق في العبد . وتحللها كتحلل الحر المحصر سواء . ولو لم
تتحلل ، فللزواج أن يستمتع بها ، والإثم عليها ، كذا حكاه الامام عن الصيدلاني ،
ثم توقف فيه الامام .

فرع

لو كانت مطلقة ، فمليه حبسها للعدة ، وليس لها التحلل ، إلا أن تكون
رجمية ، فيراجعها ويحللها .

فرع

الأمة المزووجة ، ليس لها الاحرام إلا باذن الزوج والسيد جميعاً .
المانع الخامس : منع الأبوين ، فمن له أبوان ، أو أحدهما ، يستحب أن
لا يمج إلا باذنهما ، أو باذنه . ولكل منها منعه من الاحرام بالتطوع على المذهب .
وحكي فيه وجه شاذ . وهل لها تحليله ؟ قولان سبق نظيرهما . وأما حج الفرض ،
فليس لها منعه من الاحرام به على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وقيل : قولان
كالزوجة ، فإن أحرم به ، فلا منع بحال ، وحكي فيه وجه شاذ منكر .

المانع السادس : الدين . فمن عليه دين حال وهو موسر ، يجوز لمستحق الدين منه من الخروج وحسبه . فان أحرم ، فليس له التحلل كما سبق ، بل عليه قضاء الدين والمضي فيه . وإن كان معسراً ، فلا مطالبة ولا منع ، وكذا لا منع لو كان الدين مؤجلاً ، لكن يستحب أن لا يخرج حتى يوكل من يقضي الدين عند حلوله .

فصل

إذا تحلل المحصر ، فان كان نسكه تطوعاً ، فلا قضاء ، وإلا ، فان لم يكن مستقراً كحججة الاسلام في السنة الأولى من سني الإمكان ، فلا حج عليه ، إلا أن تجتمع شروط الاستطاعة بعد ذلك . وإن كان مستقراً كحججة الاسلام فيما بعد السنة الأولى من سني الإمكان ، وكالقضاء والذبح ، فهو باقٍ في ذمته . ثم ما ذكرناه من نفي القضاء ، هو في الحصر العام . فأما الخاص ، فالأصح : أنه كالعام . وقيل : يجب فيه القضاء .

فرع

لو صُدَّ عن طريق ، وهناك طريق آخر ، نظر ، إن تمكن من سلوكه ، بأن وجد شرائط الاستطاعة فيه ، لزمه سلوكه ، سواء طال هذا الطريق ، أم قصر ، سواء رجا الإدراك ، أم خاف الفوات ، أم تيقنه ، بأن أحصر في ذي الحجة وهو بالعراق مثلاً ، فيجب المضي والتحلل بعمل عمرة ، ولا يجوز التحلل بحال ، وإذا سلكه كما أمرناه ، فقائه الحج لطول الطريق الثاني ، أو خشوته ، أو غيرهما مما يحصل الفوات بسببه ، لم يلزمه القضاء على الأظهر ، لأنه

محصر، ولمدم تقصيره . والثاني : يلزمه كما لو سلكه ابتداءً ففاته بضلال الطريق ونحوه . ولو استوى الطريقان من كل وجه ، وجب القضاء قطعاً ، لأنه فوات محض . وإن لم يتمكن من سلوك الطريق الآخر ، فهو كالصدء المطلق . ولو أحصر ، فصابر الاحرام متوقفاً زواله ، ففاته الحج ، والاحصار دائم ، تحلل بمعل عمرة ، وفي القضاء ، طريقان . أصحها : طرد القولين فيمن فاته لطول الطريق الثاني . والطريق الثاني : القطع بوجوب القضاء ، فانه تسبب بالمصابرة في الفوات .

فرع

لا فرق في جواز التحلل بالاحصار بين أن يتفق قبل الوقوف أو بعده ، ولا بين الاحصار عن البيت فقط ، أو عن الموقف فقط ، أو عنها . ثم إن كان قبل الوقوف ، وأقام على إحرامه إلى أن فاته الحج ، فإن أمكنه التحلل بالطواف والسمي ، لزمه وعليه القضاء والهدي ، للفوات . وإن لم يزل المحصر ، تحلل بالهدي ، وعليه مع القضاء هديان . أحدهما : للفوات ، والآخر : للتحلل . وإن كان الاحصار بعد الوقوف ، فإن تحلل ، فذاك . وهل يجوز البناء لو انكشف الاحصار ؟ فيه الخلاف السابق . الجديد : لا يجوز . والفديم : يجوز . ويحرم إحراماً ناقصاً ، ويأتي بقية الأعمال . وعلى هذا ، لو لم يبين مع الامكان وجوب القضاء . وقيل : فيه وجهان . وإن لم يتحلل حتى فاته الرمي والمبيت ، فهو فيها يرجع إلى وجوب الدم لفواتها ، كغير المحصر . وبماذا يتحلل ؟ بني على أن الحلق نسك ، أم لا ؟ وأن فوات زمن الرمي كالرمي ، أم لا ؟ وقد سبق بيانها . فإن قلنا : فوات وقت الرمي كالرمي ، وقلنا : الحلق نسك ، حلق وتحلل التحلل الأول . وإن قلنا : ليس بنسك ، حصل التحلل الأول بمضي زمن الرمي ، وعلى التقديرين ، فالطواف باقي عليه ، فتي أمكنه طواف ، فبتم حجه . ثم إذا تحلل بالاحصار الواقع بعد

الوقوف ، فالذهب : أنه لا قضاء عليه ، وبه قطع المراقبون . وحكى صاحب « التقریب » في وجوب القضاء قولين ، وطردهما في كل صورة أتى فيها بعد الاحرام بنسك لتأكيد الاحرام بذلك النسك . ولو صدّ عن عرفات ولم يُصدّ عن مكة ، فيدخل مكة ويتحلل بمعل عمرة . وفي وجوب القضاء قولان سبقا .

فصل في حكم فوات الحج

فواته بفوات الوقوف ، وإذا فات تحلل بالطواف والسعي والخطى ، والطواف لا بد منه قطعاً . وكذا السعي على المذهب إن لم يكن سعى عقيب طواف القدوم . وفي قول : لا حاجة إلى السعي . ومنهم من أنكر هذا القول . وأما الخطى ، فيجب إن قلنا : هو نسك ، وإلا ، فلا . ولا يجب الرمي والمبيت بمنى وإن بقي وقتها . وقال المزني والاصطخري : يجب . ثم إذا تحلل بأعمال العمرة ، لا ينقلب حجه عمرة ، ولا يجزئه عن عمرة الاسلام . وفي وجه : ينقلب عمرة ، وهو شاذ . ثم من فاته الحج ، إن كان حجه فرضاً ، فهو باقٍ في ذمته كما كان . وإن كان تطوعاً ، لزمه قضاؤه كما لو أفسده . وفي وجوب الفور في القضاء ، الخلاف السابق في الإفساد . ولا يلزمه قضاء عمرة مع الحج عندنا ، ويلزم مع القضاء للفوات دم واحد ، وفيه قول مخرج : أنه يلزمه دمان . أحدهما : للفوات . والآخر : لأنه في معنى التمتع من حيث أنه تحلل بين النسكين . ولا فرق بين أن يكون سبب الفوات مما يعذر فيه كالنوم ، أم فيه تقصير .

باب

الدماء

الدماء الواجبة في الناسك ، سواء تعلقت بترك واجب ، أو ارتكاب منهي ، إذا أطلقناها ، أردنا شاة . فإن [كان] الواجب غيرها ، كالبدنة في الجماع ، نصصنا عليها . ولا يجوز فيها جميعها إلا ما يجزىء في الأضحية ، إلا في جزاء الصيد ، فيجب المثل ، في الصغير صغير ، وفي الكبير كبير . وكل من لزمه شاة ، جاز له ذبح بقرة أو بدنة مكانها ، إلا في جزاء الصيد . وإذا ذبح بدنة أو بقرة مكان الشاة ، فهل الجميع فرض حتى لا يجوز أكل شيء منها ، أم الفرض سبعا حتى يجوز له أكل الباقي ؟ فيه وجهان .

قلت : الأصح : أنه سبعا ، صححه صاحب د البحر ، وغيره . والله أعلم
ولو ذبح بدنة ونوى التصديق بسبعا عن الشاة الواجبة عليه ، وأكل الباقي ، جاز . وله أن ينحر البدنة عن سبع شيء لزمته . ولو اشترك جماعة في ذبح بدنة أو بقرة ، وأراد بعضهم الهدي ، وبعضهم الأضحية ، وبعضهم اللحم ، جاز ، ولا يجوز أن يشترك اثنان في شاتين ، لإمكان الانفراد .

فصل

في كيفية وجوب الدماء وما يقوم مقامها

وفيه نظران .

أحدهما : النظر في أي دم يجب على الترتيب ، وأي دم يجب على التخير ؟

وهاتان الصفتان متقابلتان ، فعنى الترتيب : أن يتمين عليه الذبح ، ولا يجوز المدول إلى غيره ، إلا إذا عجز عنه . ومعنى التخيير : أنه يجوز المدول إلى غيره مع القدرة .

والنظر الثاني : في أنه ، أي دم يجب على سبيل التقدير ، وأي دم يجب على سبيل التعميد ؟ وهاتان الصفتان متقابلتان . فعنى التقدير : أن الشرع قدّر البدل المدول إليه ترتيباً أو تخييراً بقدر لا يزيد ولا ينقص . ومعنى التعميد : أنه أمر فيه بالتقويم والمدول إلى غيره بحسب القيمة . فكل دم بحسب الصفات المذكورة ، لا يخلو من أحد أربعة أوجه . أحدها : الترتيب والتقدير . والثاني : الترتيب والتعميد . والثالث : التخيير والتقدير . والرابع : التخيير والتعميد . وتفصيلها بثمانية أنواع .

أحدها : دم التمتع ، وهو دم ترتيب وتقدير ، كما ورد به نص القرآن العزيز . وقد سبق شرحه ، وذكرنا أن دم القران في معناه . وفي دم الفوات ، طريقان . أحدهما وبه قطع الجمهور : أنه كدم التمتع في الترتيب والتقدير وسائر الأحكام . والثاني : على قولين . أحدهما : هذا . والثاني : أنه كدم الجماع في الأحكام ، إلا أن هذا شاة ، والجماع بدنة ، لاشتراك الصورتين في وجوب القضاء .

الثاني : جزاء الصيد ، وهو دم تخيير وتعميد ، ويختلف بكون الصيد مثلياً أو غيره ، وسبق إيضاحه . وجزاء شجر الحرم ، كجزاء الصيد . وسبق حكاية قول عن رواية أبي ثور ، أن دم الصيد على الترتيب ، وهو شاذ .

الثالث : دم الحلق والقلم ، وهو دم تخيير وتقدير . فإذا حلق جميع شعره ، أو ثلاث شعرات ، يخير بين أن يذبح شاة ، وبين أن يتصدق بثلاثة آصع من طعام على ستة مساكين ، وبين أن يصوم ثلاثة أيام . وإذا تصدق بالآصع ، وجب أن يمطي كل مسكين نصف صاع . هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور . وحكى في « المدة » وجهاً : أنه لا يتقدر ما يمطي كل مسكين .

الرابع : الدم المنوط بترك المأمورات ، كالإحرام من الميقات ، والرعي والمبيت بمزدلفة ليلة النحر ، وبغنى ليالي التشريق ، والدفع من عرفة قبل الغروب ، وطواف الوداع . وفي هذا الدم أربعة أوجه . أحها وبه قطع العراقيون وكثيرون من غيرهم : أنه كدم التمتع في الترتيب والتقدير . فإن عجز عن الدم ، صام ثلاثة أيام في الحج ، وسبعة إذا رجع إلى أهله . والثاني : أنه ترتيب وتعديل ، لأن التعديل هو القياس ، وإنما يصار إلى التقدير بتوقيف . فعلى هذا ، يلزمه ذبح شاة . فإن عجز ، قوّمها دراهم واشترى بها طعاماً وتصدق به . فإن عجز ، صام عن كل مدّة يوماً . وإذا ترك حصة ، فقد ذكرنا أقوالاً في أن الواجب مدّة ، أو درهم ، أو ثلث شاة ؟ فإن عجز ، فالطعام ، ثم الصوم على ما يقتضيه التعديل بالقيمة . والثالث : أنه دم ترتيب . فإن عجز ، لزمه صوم الحلق . والرابع : دم تخيير وتعديل ، كجزاء الصيد ، وهذان الوجهان شاذان ضعيفان .

الخامس : دم الاستمتاع ، كالطيب والاذّهان والابس ومقدمات الجماع ، فيه أربعة أوجه . الأصح : أنه دم تخيير وتقدير ، كالحلق ، لاشتراكها في الترفّة . والثاني : تخيير وتعديل ، كالصيد . والثالث : ترتيب وتعديل . والرابع : ترتيب وتقدير ، كالتمتع .

السادس : دم الجماع ، [و] فيه طرق للأصحاب ، واختلاف منتشر ، المذهب منه : أنه دم ترتيب وتعديل ، فيجب بدنة . فإن عجز عنها ، بفقرة . فإن عجز ، فسبعة من النعم . فإن عجز ، قوّم البدنة بدراهم ، والدراهم بطعام ، ثم يتصدق به . فإن عجز ، صام عن كل مدّة يوماً . وقيل : إذا عجز عن النعم ، قوّم البدنة وصام . فإن عجز ، أطعم ، فيقدم الصيام على الإطعام ، ككفارة القتل ونحوها ، وقيل : لا مدخل للإطعام والصيام هنا ، بل إذا عجز عن النعم ، ثبت الهدي في ذمته إلى أن يجد تخريجاً من أحد القولين في دم الإحصار . ولنا قول : وقيل وجه : أنه يتخير بين البدنة ، والبقرة ، والنعم . فإن عجز عنها ، فالإطعام

ثم الصوم . وقيل : يتخير بين البدنة ، والبقرة ، والسبع من النعم ، والاطعام ، والصيام .

السابع : دم الجماع الثاني ، أو الجماع بين التحللين . وقد سبق الخلاف ، أن واجبها بدنة ، أم شاة ؟ إن قلنا : بدنة ، فهي في الكيفية كالجماع الأول قبل التحللين ، وإلا ، فكقدمات الجماع .

الثامن : دم الإحصار ، فمن تحلل بالإحصار ، فمليه شاة ، ولا عدول عنها إذا وجدها . وإن لم يجدها ، فهل له بدل ؟ قولان . أظهرهما : نعم ، كسائر الدماء . والثاني : لا ، إذ لم يذكر في القرآن بدله ، بخلاف غيره . فإن قلنا بالبدل ، ففيه أقوال . أحدها : بدله الاطعام بالتعديل . فإن عجز ، صام عن كل مدٍّ يوماً . وقيل : يتخير على هذا ، بين صوم الحلق وإطعامه . والقول الثاني : بدله الاطعام فقط ، وفيه وجهان . أحدهما : ثلاثة أصع ، كالحلق . والثاني : يطعم ما يقتضيه التعديل . والقول الثالث : بدله الصوم فقط ، وفيه ثلاثة أقوال . أحدها : عشرة أيام . والثاني : ثلاثة . والثالث : بالتعديل عن كل مدٍّ يوماً . ولا مدخل للاطعام على هذا القول ، غير أنه يعتبر به قدر الصيام . والمذهب على الجملة : الترتيب والتعديل .

فصل

في بيان زمان إراقة الدماء ومظاهرها

أما الزمان : فالدماء الواجبة في الاحرام لا ترتكاب محظور أو ترك مأمور ، لا تختص بزمان ، بل تجوز في يوم النحر وغيره . وإنما تختص بيوم النحر والتشريق الضحايا ، ثم ما سوى دم الفوات يراق في النسك الذي هو فيه . وأما دم الفوات ، فيجوز تأخيرها إلى سنة القضاء . وهل تجوز إراقتها في سنة الفوات ؟ قولان .

أظهرها : لا ، بل يجب تأخيره إلى سنة القضاء . والثاني : نعم ، كدماء الافساد . فعلى هذا ، وقت الوجوب سنة الفوات . وإن قلنا بالأظهر ، ففي وقت الوجوب وجهان . أصحهما : وقته إذا أحرم بالقضاء ، كما يجب دم التمتع بالاحرام بالحج . ولهذا نقول : لو ذبح قبل تحلله من الفات ، لم يجزه على الصحيح^(١) كما لو ذبح التمتع قبل الفراغ من العمرة ، هذا إذا كفر بالدم . أما إذا كفر بالصوم ، فإن قلنا : وقت الوجوب أن يحرم بالقضاء ، لم يقدم صوم الثلاثة على القضاء ، ويصوم السبعة إذا رجع ، وإن قلنا : تجب بالفوات ، ففي جواز صوم الثلاثة في حجة الفوات وجهان . ووجه المنع : أنه إحرام ناقص .

وأما المكان ، فالدماء الواجبة على المحرم ضربان . واجب على المحصر بالإحصار ، أو بفعل محذور . وقد سبق بيانه في الإحصار . وواجب على غيره ، فيختص بالحرم ، ويجب تفريق لحمه على مساكين الحرم ، سواء الغبراء الطارئون والمستوطنون ، لكن الصرف إلى المستوطنين أفضل . وهل يختص ذبحه بالحرم ؟ قولان . أظهرهما : نعم . فلو ذبح في طرف الحل ، لم يجزه . والثاني : يجوز ذبحه خارج الحرم ، بشرط أن ينقل ويفرق في الحرم قبل تغير اللحم ، وسواء في هذا كله دم التمتع والقران ، وسائر ما يجب بسبب في الحل أو الحرم ، أو بسبب مباح ، كالخلق للأدنى ، أو بسبب محرم . وفي القديم قولان . ما أنشئ بسببه في الحل ، يجوز ذبحه وتفرقه في الحل ، كدم الإحصار . وفي وجه : ماوجب بسبب مباح ، لا يختص ذبحه وتفرقه بالحرم . ووجه : أنه لو حلق قبل وصوله الحرم وذبح وفرق حيث حلق ، جاز . وكل هذا شاذ ضعيف . وأفضل الحرم للذبح في حق الحاج ، منى . وفي حق المتمر ، الروة ، لأنها محل تحللها . وكذا حكم مايسوقانه من الهدى .

(١) في هامش الأصل : نسخة : على الأصح .

قلت : قال القاضي حسين في « الفتاوى » : ولو لم يجد في الحرم مسكيناً ، لم يجوز نقل الدم إلى موضع آخر ، سواء جاوزنا نقل الزكاة ، أم لا ، لأنه وجب لمساكين الحرم ، كمن نذر الصدقة على مساكين بلد فلم يجدهم ، يصبر إلى أن يجدهم ، ولا يجوز نقلها ، وبخالف الزكاة على قول ، لأنه ليس فيها نص صريح بتخصيص البلد بها ، بخلاف هذا . والله أعلم .

فرع

لو كان يتصدق بالإطعام بدلاً عن الذبح ، وجب تخصيصه بمساكين الحرم ، بخلاف الصوم ، يأتي به حيث شاء ، إذ لا غرض للمساكين فيه .

قلت : قال صاحب « البحر » : أقل ما يجزىء أن يدفع الواجب إلى ثلاثة من مساكين الحرم إن قدر . فإن دفع إلى اثنين مع قدرته على ثالث ، ضمن . وفي قدر الضمان ، وجهان . أحدهما : الثلث . والثاني : أقل ما يقع عليه الاسم ، وتلزمه النية عند التفرقة ، قال : فإن فرق الطعام ، فهل يتمين لكل مسكين مدٌّ كال كفارة ، أم لا ؟ وجهان . الأصح : لا يتقيد ، بل تجوز الزيادة على مدٍّ ، والنقص منه . والثاني : لا يجوز أقل منه ولا أكثر . والله أعلم

فرع

لو ذبح الهدي في الحرم ، فُرق منه ، لم يجزئه عما في ذمته ، وعليه إعادة الذبح ، وله شراء اللحم والتصدق به بدل الذبح . وفي وجه ضيف : يكفيه التصدق بالقيمة .

فصل

الأيام المعلومات : هن العشر الأول من ذي الحجة ، آخرها يوم النحر .
والأيام المدودات : أيام التشريق .

باب

الهدى

يستحب لمن قصد مكة بحج أو عمرة ، أن يهدي إليها شيئاً من النعم ^(١) ، ولا يجب ذلك إلا بالنذر . وإذا ساق هدياً تطوعاً أو مندوراً ، فإن كان بدنة أو بقرة ، استحب أن يقلدها نعلين ، وإيكن لها قيمة ليتصدق بها ، وأن يشعرها أيضاً ، والإشمار الاعلام . والمراد هنا : أن يضرب صفحة سنامها الأيمن بمحديدة وهي مستقبله القبلة فيدميها ويلطخها بالدم ، ليعلم من رآها أنها هدي ، فلا يتعرض لها . وإن ساق غنماً ، استحب تقايدها بحُرَبِ القُرَب ، وهي عراها وآذانها ، لا بالنمل ، ولا يشعرها .

(١) قال ناصر الدين الألباني : استشكل بعض الأفاضل قول النووي رحمه الله تعالى : يستحب أن قصد مكة بحج أو عمرة أن يهدي إليها شيئاً من النعم . ولا إشكال فيه البتة ، لأن إهداء النعم إلى الكعبة سنة قديمة معروفة ، والتعبير بـ « أن يهدي إلى مكة » تعبیر سلفي غير بدعي ، اقتبسه النووي رحمه الله تعالى من قول عائشة رضي الله تعالى عنها : « أهدى رسول الله صلى الله عليه وسلم مرة إلى البيت غنماً ، فقلدها » رواه البخاري ومسلم واللفظ له وأحد (١١٠/٦) وله عنده (٣٦١/٣) شاهد من حديث جابر رضي الله عنه . وقد ورد ذكر « الهدى » في كثير من الآيات القرآنية ، على سبيل الإيجاب والاستحباب ، وهي وإن لم يذكر فيها « الهدى إلى البيت » صراحة ، فانه المراد من حيث =

قلت : وفي الأفضل مما يقدم من الإشعار والتقليد ، وجهان . أحدهما : يقدم الإشعار ، وقد صح فيه حديث في « صحيح مسلم »^(١) . والثاني : يقدم التقليد ، وهو المنصوص . وصح ذلك من فعل ابن عمر رضي الله عنها^(٢) . قال صاحب « البحر » : وإن قرن هديين في جبل ، أشعر أحدهما في سنامه الأيمن ، والآخر في الأيسر ، ليشاهدا ، وفيما قاله احتمال . والله أعلم

وإذا قلّد النعم وأشعرها ، لم تصر هدياً واجباً على المشهور ، كما لو كتب الوقف على باب داره . وإذا عطب الهدي في الطريق ، فإن كان تطوعاً ، فدل به ما شاء من بيع أو أكل وغيرها . وإن كان واجباً ، لزمه ذبحه . فلو تركه حتى هلك ضمنه . وإذا ذبحه ، غمس النعل التي قلّده في دمه ، وضرب بها سنامه ، وتركه ليعلم من مرّ به أنه هدي ، فيأكل منه . وهل تتوقف الإباحة على قوله :

== المعنى ، وأقربها إلى ذلك قوله تعالى : (هدياً بالغ الكعبة) المائدة : ٩٥ . وفي « النهاية » و « مفردات الأصباهاني » : « الهدي » - بالتشديد - ك « الهدي » - بالتخفيف . ما يهدي إلى البيت الحرام من النعم لتنحر .

أقول : والذي ينبغي أن يستشكل بحق هنا ، إنا هو قطع النووي بعد سطور أنه لا يجوز للمهدي أن يأكل من هديه الواجب عليه ، فإن هذا خلاف عموم قوله تعالى : (والبدن جعلناها لكم من شعائر الله ، لكم فيها خير ، فاذكروا اسم الله عليها صواف ، فإذا وجبت جنوبها ، فكلوا منها ، وأطعموا القانع والمعتز) الحج : ٣٦ . وهذا العموم قد بينه رسول الله صلى الله عليه وسلم بتطبيقه إياه عملاً ، فإن من الثابت عنه صلى الله عليه وسلم ، أنه أكل هو وعلي رضي الله عنه من هديه صلى الله عليه وسلم ، وكان أشركاً عليه فيه ، وكانا فارسين (*) وهدي القرآن واجب بنص القرآن (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي) البقرة : ١٩٦ . وكذلك ثبت في « الصحيحين » وغيرها : أن النبي صلى الله عليه وسلم نحر عن نسائه بقرة ، وكن فارقات أيضاً ، وفي « صحيح البخاري » ما يؤخذ منه أنهن أكلن منها ، واستدل به الحافظ في « الفتح » (٤٠٣ / ٤) على جواز الأكل من الهدي مطلقاً ، وهو الحق الذي لا ريب فيه . (*) انظر رسالتنا « حجة النبي صلى الله عليه وسلم » كما رواها عنه جابر رضي الله عنه : الفقرة (٩٠) مع التعليق عليها ، وقد تم طبعها الطبعة الثانية في المكتب الإسلامي ببيروت .

(١) في « صحيح مسلم » عن ابن عباس رضي الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى الظهر بذي الحليفة ، ثم دعا ببدنة فأشعرها في صفحة سنامها الأيمن ، ثم سلت الدم عنها ، ثم قلدها نعلين » .
(٢) رواه مالك في « الموطأ » والبيهقي .

أبحثه لمن يأكل منه ؟ قولان . أظهرهما : لا تتوقف ، لأنه بالنذر زال ملكه وصار للمساكين . ولا يجوز للمهدي ، ولا لأغنياء الرفقة ، الأكل منه قطعاً ، ولا لفقراء الرفقة على الصحيح .

قلت : الأصح الذي يقتضيه ظاهر الحديث وقول الأصحاب : أن المراد بالرفقة : جميع القافلة . وحكى الروياني في « البحر » وجهاً استحسنته : أنهم الذين يخالطونه في الأكل وغيره ، دون باقي القافلة . والله أعلم

وفي وقت ذبح الهدي ، وجهان . الصحيح : أنه يختص بيوم النحر وأيام التشريق ، وكالأضحية . وبهذا قطع المراقبون وغيرهم . والثاني : لا يختص بزمن ، كدماء الجبران . فعلى الأول ، لو أخر الذبح حتى مضت مدة هذه الأيام ، فإن كان الهدي واجباً ، ذبحه قضاءً ، وإن كان تطوعاً ، فقد فات . فإن ذبحه ، قال الشافعي رحمه الله : كان شاة لحم .

قلت : وإذا عطب هدي التطوع ، فذبحه ، قال صاحب « الشامل » وغيره : لا يصير مباحاً للفقراء إلا بلفظه ، وهو أن يقول : أبحثه للفقراء أو المساكين . قال : ويجوز لمن سمعه الأكل . وفي غيره ، قولان . قال في « الاملاء » : لا يحل حتى يعلم الإذن . وقال في القديم و « الأم » : يحل ، وهو الأظهر . والله أعلم



كتاب الضحايا

اعلم أن الامام الرافعي رحمه الله ، ذكر كتاب الضحايا ، والصيد ،
والذبايح ، والمقيقة ، والأطعمة ، والنذور ، في أواخر الكتاب بعد المسابقة .
وهناك ذكرها الزني ، وأكثر الأصحاب . وذكرها طائفة منهم هنا ، وهذا
أنسب ، فاخترته . والله أعلم

التضحية ، سنة مؤكدة ، وشعار ظاهر ، ينبغي لمن قدر أن يحافظ عليها . وإذا
التزمها بالنذر ، لزمته . ولو اشترى بدنة أو شاة تصلح للتضحية بنية التضحية ،
أو الهدي ، لم تصر بمجرد الشراء ضحية ولا هدياً . وفي «تممة التتمة» وجه :
أنها تصير ، وهو غلط حصل عن غفلة . وموضع الوجه ، النية في دوام الملك ،
كما سيأتي إن شاء الله تعالى . قال صاحب « البحر » : لو قال : إن اشتريت
شاة ، فله علي أن أجعلها نذراً ، فهو نذر مضمون في الذمة . فإذا اشترى شاة ،
فعليه أن يجعلها ضحية ، ولا تصير بالشراء ضحية . فلو عيّن فقال : إن اشتريت هذه
الشاة ، فعلي أن أجعلها ضحية ، فوجهان . أحدهما : لا يلزمه جعلها ضحية ، تغلياً
لحكم التمين ، وقد أوجبها قبل الملك . والثاني : يلزم ، تغلياً للنذر .

فصل

للتوضيحية شروط وأحكام . أما الشروط ، فأربعة .
أحدها : أن يكون المذبوح من النعم ، وهي الابل ، والبقر ، والغنم ، سواء
الذكر والأنثى ، وكل هذا يجمع عليه . ولا يجزىء من الضأن إلا الجذع أو الجذعة ،
ولا من الابل والبقر والعز إلا الثني أو الثنية . وفي وجهه : يجزىء الجذع من
العز ، وهو شاذ . ثم الجذع : ما استكمل سنة على الأصح . وقيل : ما استكملت
سنة أشهر . وقيل : ثمانية . فعلى الأول ، قال أبو الحسن العبادي : لو أجدع
قبل تمام السنة ، كان مجزئاً ، كما لو تمت السنة قبل أن يجذع . ويكون ذلك ،
كالبلوغ بالسن ، أو الاحتلام ، فانه يكفي فيه أحدهما ، وبهذا صرح صاحب
« التهذيب » فقال : الجذعة : ما استكملت سنة ، أو أجدعت قبلها ، أي : أسقطت
سنها . وأما الثني من الابل ، فهو ما استكمل خمس سنين ، وطعن في السادسة .
وروى حرملة عن الشافعي رحمه الله : أنه الذي استكمل ستاً ودخل في السابعة .
قال الروياني : وليس ذلك قولاً آخر ، وإن توهمه بعض أصحابنا ، ولكنه إخبار
عن نهاية سن الثني . وما ذكره الجمهور ، ببيان ابتداء سنه . وأما الثني من البقر ،
فما استكمل سنتين ودخل في الثالثة . وروى حرملة : أنه ما استكمل ثلاث سنين
ودخل في الرابعة . والمشهور المعروف ، هو الأول . وأما الثني من المعز ، فالأصح :
أنه الذي استكمل سنتين ودخل في الثالثة . وقيل : ما استكمل سنة .

فصل

في صفاتها

وفيه مسائل .

أحداها : الریضة ، إن كان مرضها يسيراً ، لم يمنع الإجزاء . وإن كان بَيناً يظهر بسببه الهزال وفساد اللحم ، منع الإجزاء ، وهذا هو المذهب . وحكى ابن كج قولاً : أن المرض لا يمنع بحال ، وأن المرض المذكور في الحديث (١) المراد به الجرب . وحكى وجه : أن المرض يمنع الإجزاء وإن كان يسيراً ، وحكا في « الحاوي » قولاً قديماً . وحكى وجه في الهيام خاصة ، أنه يمنع الإجزاء ، وهو من أمراض الماشية ، وهو أن يشتد عطشها ، فلا تروى من الماء .

قلت : هو - بضم الهاء - قال أهل اللغة : هو داء يأخذها ، فتهم في الأرض لا ترعى . وناق هيماء - بفتح الهاء والمد - . والله أعلم

الثانية : الجرب ، يمنع الإجزاء ، كثيره وقليله ، كذا قاله الجمهور ، ونص عليه في الجديد ، لأنه يفسد اللحم والودك . وفي وجه : لا يمنع إلا كثيره ، كالمريض ، واختاره الامام ، والنزالي . والصحيح : الأول ، وسواء في المرض والجرب ، ما يرجى زواله ، وما لا يرجى .

الثالثة : المرجاء ، إن اشتد عرجها ، بحيث تسبقها الماشية إلى الكلاً الطيب

(١) وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « أربع لا تجوز في الضحايا : الموراء البين عورها ، والمريضة البين مرضها ، والمرجاء البين ظلمها ، والكسيرة التي لا تنقي » ، أي : لا نهي لها ، وهو المنع . رواه أحمد ، أصحاح « السنن » ، عن البراء بن عازب رضي الله عنه ، وصححه الترمذي .

وتتخلف عن القطيع ، لم تجزىء . وإن كان يسيراً لا يخلفها عن الماشية ، لم يضر . فلو انكسر بعض قوائمها فكانت ترحف بثلاث ، لم تجزىء . ولو أضجها ليضحى بها وهي سليمة ، فاضطربت وانكسرت رجلها ، أو عرجت تحت السكين ، لم تجزئه على الأصح ، لأنها عرجاء عند الذبح ، فأشبه ما لو انكسرت رجل شاة فبادر إلى التضحية بها ، فانها لا تجزىء .

الرابعة : لا تجزىء الممياء ، ولا الموراء التي ذهبت حدقتها ، [وكذا إن بقيت حدقتها] على الأصح . وتجزىء المشواء على الأصح ، وهي التي تبصر بالنهار دون الليل ، لأنها تبصر وقت الرعي . وأما العمش وضعف بصر العينين جميعاً ، فقطع الجمهور بأنه لا يمنع . وقال الروياني : إن غطى الناظر بياضاً أذهب أكثره ، منع ، وإن أذهب أقله ، لم يمنع على الصحيح .

الخامسة : المعجفاء التي ذهب مخها من شدة هزالها ، لا تجزىء ، وإن كان بها بعض الهزال ولم يذهب مخها ، [أجزاء] ، كذا أطلقه كثيرون . وقال في « الحاوي » : إن كان خليفياً ، فالحكم كذلك ، وإن كان لمرض ، منع ، لأنه داء . وقال إمام الحرمين : كما لا يعتبر السمن البالغ للإجزاء ، لا يعتبر المتجف البالغ للمنع . وأقرب معتبر أن يقال : إن كان لا يرغب في لحمها الطبقة العالية من طلبة اللحم في سني الرخاء ، منعت .

السادسة : ورد النهي عن الثولاء ، وهي المجنونة التي تستدير في الرعي ولا ترعى إلا قليلاً فتُهزَل .

السابعة : يجزىء الفحل وإن كثر زوانه ، والأشئ وإن كثرت ولادتها ، وإن لم يطلب لحمها (١) ، إلا إذا انتهيا إلى المعجف البين .

الثامنة : لا تجزىء مقطوعة الأذن ، فإن قطع بعضها ، نظر ، فإن لم يكن منها شيء ،

(١) في « شرح المذهب » : وإن كثرت ولادتها ولم يطلب لحمها .

بل شق طرفها وبقي متدياً ، لم يمنع على الأصح ، وقال القفال : يمنع . وإن أئين ، فإن كان كثيراً بالإضافة إلى الأذن ، منع قطعاً ، وإن كان كان يسيراً ، منع أيضاً على الأصح ، لفوات جزء مأكول . وقال الإمام : وأقرب ضبط بين الكثير واليسير : أنه إن لاح النقص من البعد ، فكثير ، وإلا فقليل .

التاسعة : لا يمنع الكي في الأذن وغيرها على المذهب ، وقيل : وجهان ، لتصلب الموضع ، وتجزئ صغيرة الأذن ، ولا تجزئ التي لم يخلق لها أذن .

العاثرة : لا تجزئ التي أخذ الذئب مقداراً يبتأ من فخذها بالإضافة إليه ، ولا يمنع قطع الفلقة اليسيرة من عضو كبير . ولو قطع الذئب أو غيره أليتها أو ضرعها ، لم تجزئ على المذهب ، وتجزئ التي خلقت بلا ضرع أو بلا آلية على الأصح ، كما يجزئ الذكر من العز ، بخلاف التي لم يخلق لها أذن ، لأن الأذن عضو لازم غالباً . والذئب كالآلية ، وقطع بعض الآلية أو الضرع كقطع كله ، ولا تجوز مقطوعة بعض اللسان .

الحادية عشرة : يجزئ الموجود والخصي ، كذا قطع به الأصحاب ، وهو الصواب . وشذ ابن كج ، حكى في الخصي قولين ، وجعل المنع : الجديد .

الثانية عشرة : تجزئ التي لا قرن لها والتي انكسر قرنها ، سواء دمي قرنها بالانكسار ، أم لا . قال القفال : إلا أن يؤثر ألم الانكسار في اللحم ، فيكون كالجرب وغيره ، وذات القرن أفضل .

الثالثة عشرة : تجزئ التي ذهب بعض أسنانها ، فإن انكسر أو تناثر جميع أسنانها ، فقد أطلق صاحب « التهذيب » وجماعة : أنها لا تجزئ ، وقال الإمام : قال المحققون : تجزئ . وقيل : لا تجزئ . وقال بعضهم : إن كان ذلك لمرض أو [كان] يؤثر في الاعتلاف وينقص اللحم ، منع ، وإلا ، فلا ، وهذا حسن ، ولكنه يؤثر بلا شك ، فيرجع الكلام إلى المنع المطلق .

قلت : الأصح : المنع . وفي الحديث نهى عن المشيمة^(١) . قال في « البيان » :
هي المتأخرة عن النعم ، فإن كان ذلك لهزال أو علّة ، منع ، لأنها عجفاء ، وإن
كان عادة وكسلاً ، لم يمنع . والله أعلم .

فرع

في صفة الكمال

فيه مسائل .

إحداها : يستحب للتضحية الأسمن الأكل ، حتى أن التضحية بشاة سمينة ،
أفضل من شاتين دونها . قال الشافعي رحمه الله تعالى : استكثر القيمة في الأضحية
أحب من استكثر العدد ، وفي العتق عكسه ، لأن المقصود هنا اللحم ، والسمين
أكثر ، وأطيب ، والمقصود في العتق التخليص من الرق ، وتخليص عدد ، أولى
من واحد ، وكثرة اللحم أفضل من كثرة الشحم ، إلا أن يكون لحمارديثاً .

الثانية : أفضلها البدنة ، ثم البقرة ، ثم الضأن ، ثم المزم . وسبع من النعم ،
أفضل من بدنة أو بقرة على الأصح . وقيل : البدنة أو البقرة أفضل ، لكثرة
اللحم . والتضحية بشاة ، أفضل من المشاركة في بدنة .

الثالثة : أفضلها البيضاء ، ثم المفراء ، وهي التي لا يصفو بياضها ، ثم السوداء .
الرابعة : التضحية بالذكر أفضل من الأثني على المذهب ، وهو نصه في
البويطي . وحكي [عن] نص الشافعي رحمه الله ، أن الأثني أفضل ، فقيـل :
ليس مراده تفضيل الأثني في الأضحية ، وإنما أراد تفضيلها في جزاء الصيد ، إذا قوّمت
لإخراج الطعام ، فالأثني أكثر قيمة . وقيل : المراد أن أثني لم تلد أفضل من الذكر
إذا كثر زوائنه ، فإن فرضنا ذكراً لم ينز ، وأثني لم تلد ، فهو أفضل منها .

(١) وهو جزء من حديث طويل رواه أحمد ، وأبو داود ، والبخاري في « تاريخه » ، والحاكم ،
من حديث عتبة بن عبد السلمي .

فصل

الشاة الواحدة لا يضحى بها إلا عن واحد ، لكن إذا ضحى بها واحد من أهل بيت ، تأدى الشعار والسنة لجميعهم ، وعلى هذا حمل ما روي عن النبي ﷺ أنه ضحى بكبش وقال : « اللهم تقبل من محمد وآل محمد ، (١) » .

وكما أن الفرض ينقسم إلى فرض عين ، وفرض كفاية ، فقد ذكروا أن التضحية كذلك ، وأن التضحية مسنونة لكل أهل بيت .

قلت : وقد حمل جماعة الحديث على الاثر المذكور في الثواب ، وسيأتي [بيانه] إن شاء الله تعالى . والله أعلم

فرع

البدنة تجزى عن سبعة ، وكذا البقرة ، سواء كانوا أهل بيت ، أو يوت ، سواء كانوا متقربين بقربة متفقة أو مختلفة ، واجبة أم مستحبة ، أم كان بعضهم يريد اللحم . وإذا اشتركوا ، فالذهب أن قسمة لحما تبني على أن القسمة يبيع ، أم إفراز ؟ إن قلنا : إفراز ، جازت . وإن قلنا : يبيع ، فبيع اللحم الرطب بمثله ، لا يجوز ، فالطريق أن يدفع المتقربون نصيبهم إلى الفقراء مشاعا ، ثم يشتريها منهم من يريد اللحم بدراهم ، أو يبيع مريد اللحم نصيبه للمتقربين بدراهم . وإن شاءوا جعلوا اللحم لأجزاء باسم كل واحد جزء ، ثم يبيع صاحب الجزء نصيبه من باقي الأجزاء بدراهم ، ويشتري من أصحابه نصيبهم في ذلك الجزء بالدراهم ، ثم يتقاصون . وقال صاحب « التلخيص » : تصح القسمة ، قطعاً للحاجة . وكما يجوز تضحية سبعة بدنة

(١) رواه مسلم من حديث عائشة رضي الله عنها .

أو بقرة، يجوز أن يقصد بعضهم التضحية، وبعضهم الهدي، ويجوز أن ينحر الواحد البدنة أو البقرة عن سبع شياه لزمته بأسباب مختلفة، كالتمتع، والقران، والفوات، ومباشرة محظورات الاحرام، ونذر التصديق بشاة، والتضحية بشاة، لكن في جزاء الصيد، تراعى المائلة ومشابهة الصورة، فلا تجزئ البدنة عن سبعة من الطباء. ولو وجب شاتان على رجلين في قتل صيدين، لم يجز أن يذبحا عنها بدنة، ويجوز أن يذبح الواحد بدنة أو بقرة، سبعها عن شاة لزمته، وبأكل الباقي كمشاركة من يريد اللحم. ولو جعل جميع البدنة أو البقرة مكان الشاة، فهل يكون [الجميع] واجباً حتى لايجوز أكل شيء منه، أم الواجب السبع فقط حتى يجوز الأكل من الباقي؟ فيه وجهان، كالوجهين في مسح جميع رأسه في الوضوء، هل يقع جميعه فرضاً، أم الفرض مايقع عليه الاسم؟

قلت: قيل: الوجهان في المسح فيما إذا مسح دفعة واحدة، فإن مسح شيئاً فشيئاً، فالثاني سنة قطعاً، وقيل: الوجهان في الحالين، ومثلها إذا طوّل الركوع والسجود والقيام زيادة على الواجب، وفائدته في زيادة الثواب في الواجب، والأرجح في الجميع أن الزيادة تقع تطوعاً. والله أعلم

ولو اشترك رجلان في شاتين، لم تجزئها على الأصح، ولا يجزئ بعض شاة بلا خلاف بكل حال.

الشرط الثاني: الوقت.

فيدخل وقت التضحية إذا طلعت الشمس يوم النحر، ومضى قدر ركعتين وخطبتين خفيفات على المذهب. وفي وجه: تعتبر صلاة رسول الله ﷺ وخطبته. وقرأ رسول الله ﷺ بـ «ق» و«اقتربت الساعة» وخطب خطبة متوسطة. وقالت الراوية: الخلاف في طول الصلاة فقط، والخطبة مخففة قطعاً، فانه السنة. قال الامام: وما أرى من يعتبر ركعتين خفيفتين، يكتفي بأقل مايجزئ، وظاهر

كلام صاحب « الشامل » خلافه . وفي وجهه : يكفي مضي مايسع ركعتين بمد خروج وقت الكراهة ، ولا تعتبر الخطبتان . ويخرج وقت التضحية بغروب الشمس في اليوم الثالث من أيام التشريق . ويجوز ليلاً ونهاراً ، لكن تكره التضحية والذبح مطلقاً في الليل ، فان ذبح قبل الوقت ، لم تكن أضحية ، فان لم يضح حتى خرج الوقت ، فانت ، فان ضحى في السنة الثانية في الوقت ، وقع عن الوقت ، لا عن الماضي ، وهذا كله في أضحية التطوع ، فأما المنذورة ، ففي توقيتها خلاف يأتي إن شاء الله تعالى .

الشرط الثالث : أهلية الذابح .

وفيه مسائل :

إحداها : يستحب أن يذبح ضحيته وهديه بنفسه . وله أن يوكل في ذبحها من تحمل ذبيحته ، والأولى أن يوكل مسلماً فقيهاً ، لعلمه بشروطها . ولا يجوز توكيل المجوسي والوثني ، بخلاف الكتابي . وإذا وكل فيستحب أن يحضر الذبح . ويكره توكيل الصبي في ذبحها . وفي كراهة توكيل الحائض ، وجهان .

قلت : الأصح : لا يكره ، لأنه لم يصح فيه نهى . والله اعلم

والحائض أولى من الصبي ، والصبي المسلم أولى من الكتابي .

الثانية : النية شرط في التضحية . وهل يجوز تقديمها على الذبح ، أم يجب أن تكون مقرونة به ؟ وجهان . أصحابها : الجواز . ولو قال : جملة هذه الشاة ضحية ، فهل يكفيها التعيين والقصد عن نية الذبح ؟ وجهان . أصحابها عند الأكثرين : لا يكفيها ، لأن التضحية قرينة في نفسها ، فوجب النية فيها ، واختار الامام ، والنزالي : الاكتفاء . ولو التزم ضحية في ذمته ، ثم عين شاة عما في ذمته ، بني [على] الخلاف في أن المعينة ، هل تتمين عن المطلقة في الذمة ؟ إن قلنا [لا] فلا بد من النية عند الذبح ، وإلا ، فعلى الوجهين ، ولو وكل ونوى عند

ذبح الوكيل ، كفى ولا حاجة إلى نية الوكيل ، بل لو لم يعلم أنه مضح ، لم يضر . وإن نوى عند الدفع إلى الوكيل فقط ، فعلى الوجهين في تقديم النية . ويجوز أن يفوض النية إلى الوكيل إن كان مسلماً ، وإن كان كثنائياً ، فلا .

الثالثة : العبد القن ، والمدير ، والمستولدة ، لا يجوز لهم التضحية إن قانا بالمشهور : إنهم لا يملكون بالتمليك ، فإن أذن السيد ، وقعت التضحية عن السيد . فإن قلنا : يملكون ، لم يحجز تضحيتهم بغير إذنه ، لأن له حق الانتزاع . فإن أذن ، وقعت عنهم ، كما لو أذن لهم في التصديق ، وليس له الرجوع بعد الذبح ولا بعد جعلها ضحية . والمكاتب لا تجوز تضحيته بغير إذن السيد ، فإن أذن ، فعلى القولين في تبرعه بآذنه . ومن بعضه رقيق ، له أن يضحي بمملكته بحريته ، ولا يحتاج إلى إذن .

الرابعة : لو ضحى عن الغير بغير إذنه ، لم يقع عنه . وفي التضحية عن الميت ، كلام يأتي في الوصية إن شاء الله تعالى .

قلت : إذا ضحى عن غيره بلا إذن ، فإن كانت الشاة معينة بالذبح ، وقعت عن المضحي ، وإلا ، فلا ، كذا قاله صاحب « المدة » وغيره . وأطلق الشيخ إبراهيم المرووزي : أنها تقع عن المضحي ، قال هو وصاحب « المدة » : لو أشرك غيره في ثواب أضحيته وذبح عن نفسه ، جاز ، قالوا : وعليه يحمل الحديث المتقدم : **« اللهم تقبل من محمد وآل محمد . والله أعلم »**

الشروط الرابع : الذبح .

فالذبح الذي يباح به الحيوان المقدور عليه ، إنسياً كان أو وحشياً ، ضحية كان أو غيرها ، هو التذفيف بقطع جميع الحلقوم والمريء من حيوان فيه حياة مستقرة بآلة ليست عظماً ولا ظفراً ، فهذه قيود . أما القطع ، فاحتراز نما لو اختطف رأس عصفور أو غيره ، بيده ، أو ببندقية ، فانه ميتة . وأما الحلقوم ،

فهو مجرى النفس خروجاً ودخولاً ، والمريء مجرى الطعام والشراب ، وهو تحت الحلقوم ، وراءهما عرقان في صفحتي العنق يحيطان بالحلقوم ، وقيل : بالمريء ، ويقال لهما : الودجان ، ويقال للحلقوم والمريء : المريء : الأوداج . ولا بد من قطع الحلقوم والمريء ، على الصحيح المنصوص . وقال الاصطخري : يكفي أحدهما ، لأن الحياة لاتبقى بعده . قال الأصحاب : هذا خلاف نص الشافعي رحمه الله ، وخلاف مقصود الذكاة ، وهو الازهاق بما يوحى ولا يـمـنـذب . ويستحب معها قطع الودجين ، لأنه أوحى ، والغالب أنها يقطعان بقطع الحلقوم والمريء ، فإن تركها ، جاز . ولو ترك من الحلقوم أو المريء شيئاً يسيراً ، أو مات الحيوان ، فهو ميتة . وكذا لو انتهى إلى حركة المذبوح ، فقطع المتروك ، فميتة . وفي « الحاوي » وجه : إن بقي اليسير ، فلا يضر ، واختاره الروياني في « الحلية » ، والصحيح : الأول . ولو قطع من القفا حتى وصل الحلقوم والمريء ، عصى ، لزيادة الإيلام . ثم ينظر ، إن وصل إلى الحلقوم والمريء وقد انتهى إلى حركة المذبوح ، لم يحل بقطع الحلقوم والمريء بعد ذلك ، وإن وصلها وفيه حياة مستقرة ، فقطعها ، حل ، كما لو قطع يده ثم ذكّاه . قال الامام : ولو كان فيه حياة مستقرة عند ابتداء قطع المريء ، ولكن لما قطعه مع بعض الحلقوم انتهى إلى حركة المذبوح لما ناله بسبب قطع القفا ، فهو حلال ، لأن أقصى ما وقع التعبد به أن يكون فيه حياة مستقرة عند ابتداء قطع المذبوح . والقطع من صفحة العنق ، كالقطع من القفا . ولو أدخل السكين في أذن الثملب ليقطع المريء والحلقوم من داخل الجلد ، ففيه هذا التفصيل . ولو أمر السكين ملصقاً بالحيين فوق الحلقوم والمريء ، وأبان الرأس ، فليس هو بذبح ، لأنه لم يقطع الحلقوم والمريء . وأما كون التذيف حاصلًا بقطع الحلقوم والمريء ، ففيه مسألتان .

إحدهما : لو أخذ الذابح في قطع الحلقوم [والمريء] ، وأخذ آخر في زرع حشوته ، أو نخس خاصرته ، لم يحل ، لأن التذيف لم يتمحض بالحلقوم والمريء . وسواء كان ما يجري به قطع الحلقوم مما يذف لو انفرد ، أو كان يعين على

التذيف . ولو اقترن قطع الحلقوم بقطع رقبة الشاة من قماها ، بأن كان يجري مسكيناً من القفا ، وسكيناً من الحلقوم حتى النقتا ، فهي ميتة ، بخلاف ما إذا تقدم قطع القفا وبقيت الحياة مستقرة إلى وصول السكين المذبح .

المسألة الثانية : يجب أن يسرع الذابح في القطع ، ولا يتأنى بحيث يظهر انتهاء الشاة قبل استتمام قطع المذبح إلى حركة المذبوح ، وهذا قد يخالف ما سبق : أن المتعبد به ، كون الحياة مستقرة عند الابتداء ، فيشبه أن المقصود هنا ، إذا تبين مصيره إلى حركة المذبوح ، وهناك ، إذا لم يتحقق الحال .

قلت : هذا الذي قاله الامام الرافي ، خلاف ما سبق تصريح الامام به ، بل الجواب : أن هذا مقصّر في الثاني ، فلم تحل ذبيحته ، بخلاف الأول ، فإنه لا تقصير ، ولو لم يحاله ، أدى إلى حرج . والله أعلم .

وأما كون الحيوان عند القطع فيه حياة مستقرة ، ففيه مسائل .

إحداها : لو جرح السبع صيداً ، أو شاة ، أو انهدم سقف على بهيمة ، أو جرحت هرة حمامة ، ثم أدركت حية فذبحت ، فإن كان فيها حياة مستقرة ، حلت وإن تيقن هلاكها بعد يوم ويومين ، وإن لم يكن فيها حياة مستقرة ، لم تحل ، هذا هو المذهب والمنصوص ، وبه قطع الجمهور . وحكي قول : أنها تحل في الحالين ، وقول : أنها لا تحل فيها ، وهذا بخلاف الشاة إذا مرضت ، فصارت إلى أدنى الرمق فذبحت ، فإنها تحل قطعاً ، لأنه لم يوجد سبب يحال الهلاك عليه . ولو أكلت الشاة نباتاً مضرراً ، فصارت إلى أدنى الرمق فذبحت ، قال القاضي حسين مرة : فيها وجهان ، وجزم مرة بالتحريم ، لأنه 'وجد سبب يحال الهلاك عليه ، فصار كجرح السبع . ثم كون الحيوان منتهياً إلى حركة المذبوح ، أو فيه حياة مستقرة ، تارة يستيقن ، وتارة يظن بعلامات وقرائن لا تضبطها العبارة ، وشبهوه بعلامات الحجل والغضب ونحوها . ومن أمارات بقاء الحياة المستقرة : الحركة الشديدة بعد قطع الحلقوم والمريء ، وانفجار الدم

وتدققه . قال الامام : ومنهم من قال : كل واحد منها يكفي دليلاً على بقاء الحياة المستقرة . قال : والأصح : أن كلاً منها لا يكفي ، لأنها قد يحصلان بعد الانتهاء إلى حركة المذبح ، لكن قد ينضم إلى أحدهما أو كليهما قرائن أو أمارات أخرى تفيد الظن أو اليقين ، فيجب النظر والاجتهاد .

قلت : اختار المزي وطوائف من الأصحاب : الاكتفاء بالحركة الشديدة ، وهو الأصح .
والله أعلم

وإذا شككنا في الحياة المستقرة ، ولم يترجح في ظننا شيء ، فوجهان . أحدهما : التحريم ، للشك في المبيع . وأما كون الآلة ليست عظماً ، فمعناه : أنه يجوز بكل قاطع إلا الظفر والعظم ، سواء من الآدمي وغيره ، المتصل والنفصل . وحكي وجه في عظم الحيوان المأكول ، وهو شاذ ، وستأتي هذه المسألة مستوفاة في الصيد والذبايح إن شاء الله تعالى .

فصل

في سنن الذبح وآدابه

سواء ذبح الأضحية وغيرها .

إحداها : تحديد الشفرة .

الثانية : إمرار السكين بقوة وتحامل ذهاباً وعوداً ، ليكون أوحى وأسهل .

الثالثة : استقبال الذابح القبلة ، وتوجيه الذبيحة إليها ، وذلك في الهدي والأضحية أشد استجباً ، لأن الاستقبال مستحب في القربات . وفي كيفية توجيهها ثلاثة أوجه . أحدها : يوجه مذبجها إلى القبلة ، ولا يوجه وجهها ، ليمكنه هو أيضاً الاستقبال . والثاني : يوجهها بجميع بدنها . والثالث : يوجه قوائمها .

الرابعة : التسمية مستحبة عند الذبح ، والرعي إلى الصيد ، وإرسال الكلب . فلو تركها عمداً أو سهواً ، حطت الذبيحة ، لكن تركها عمداً ، مكروه على الصحيح . وفي تعليق الشيخ أبي حامد : أنه يأثم به . وهل يتأدى الاستحباب بالتسمية عند عض الكلب وإصابة السهم ؟ وجهان . أحدهما : نعم . وهذا الخلاف في كمال الاستحباب . فأما إذا ترك التسمية [عند الإرسال فيستحب أن يتداركها عند الإصابة قطعاً ، كمن ترك التسمية] في أول الوضوء والأكل ، يستحب أن يسمي في أثنائها . ولا يجوز أن يقول الذابح والصائد : باسم محمد ، ولا باسم الله واسم محمد ، بل من حق الله تعالى أن يجعل الذبح باسمه ، واليمين باسمه ، والسجود له ، ولا يشاركه في ذلك مخلوق . وذكر في « الوسيط » : أنه لا يجوز أن يقول : باسم الله ومحمد رسول الله ، لأنه تشريك . قال : ولو قال : بسم الله ومحمد رسول الله ، بالرفع ، فلا بأس . ويناسب هذه المسائل ما حكاها في « الشامل » وغيره عن نص الشافعي رحمه الله : أنه لو كان لأهل الكتاب ذبيحة يذبحونها باسم غير الله تعالى ، كاليسوع ، لم تحل . وفي كتاب القاضي ابن كج : أن اليهودي لو ذبح لموسى ، والنصراني لعيسى صلى الله عليه وسلم ، أو للصليب ، حرمت ذبيحته ، وأن المسلم لو ذبح للكعبة أو الرسول ﷺ ، فيقوى أن يقال : يحرم ، لأنه ذبح لغير الله تعالى . قال : وخرج أبو الحسين وجهاً آخر : أنها تحل ، لأن المسلم يذبح لله تعالى ، ولا يمتد في رسول الله ﷺ ما يمتد النصراني في عيسى . قال : وإذا ذبح للصم ، لم تؤكل ذبيحته ، سواء كان الذابح مسلماً أو نصرانياً . وفي تعليقه للشيخ إبراهيم المزورثي رحمه الله : أن ما يذبح عند استقبال السلطان تقريباً إليه ، أفى أهل بخارى بتحريمه ، لأنه مما أهل به لغير الله تعالى .

واعلم أن الذبح للمعبود وباسمه ، نازل منزلة السجود له ، وكل واحد منها نوع من أنواع التعظيم والعبادة المخصوصة بالله تعالى الذي هو المستحق للعبادة ، فمن ذبح لغيره من حيوان أو جماد كالصنم على وجه التعظيم والعبادة ، لم تحل ذبيحته ، وكان فعله كفرأ ،

كمن سجد لغيره سجدة عبادة ، وكذا لو ذبح له ولغيره على هذا الوجه ، فأما إذا ذبح لغيره لا على هذا الوجه ، بأن ضحى أو ذبح للكعبة تعظيماً لها لأنها بيت الله تعالى ، أو الرسول لأنه رسول الله ﷺ ، فهذا لا يجوز أن يمنع حل الذبيحة ، وإلى هذا المعنى ، يرجع قول القائل : أهديت للحرم ، أو للكعبة ، ومن هذا القبيل ، الذبح عند استقبال الساطن ، فانه استبشار بقدومه ، نازل منزلة ذبح العقيدة لولادة المولود ، ومثل هذا لا يوجب الكفر ، وكذا السجود للغير تذلاً وخضوعاً . وعلى هذا ، إذا قال الذابح : بسم الله وبسم محمد ، وأراد : أذبح باسم الله ، وأتبرك باسم محمد ، فينبغي أن لا يحرم . وقول من قال : لا يجوز ذلك ، يمكن أن يحمل على أن اللفظة مكروهة ، لأن المكروه ، يصح نفي الجواز والاباحة المطلقة عنه .

ووقعت منازعة بين جماعة ممن لقيناهم من فقهاء قزوين [في] أن من ذبح باسم الله واسم رسول الله ﷺ ، هل تحمل ذبيحته ؟ وهل يكفر بذلك ؟ وأفضت تلك المنازعة إلى فتنة ، والصواب ما بينناه . وتستحب الصلاة على النبي ﷺ عند الذبح ، نص عليه في « الأم » ، قال ابن أبي هريرة : لا تستحب ولا تكره (١) .

قلت : أتقن الإمام الرافعي رحمه الله هذا الفصل ، وما يؤيد مقاله ، ما ذكره الشيخ إبراهيم المروذي في تباينه ، قال : وحكى صاحب « التقريب » عن الشافعي رحمه الله : أن النصراني إذا سمى غير الله تعالى ، كالسيح ، لم تحمل ذبيحته ، قال صاحب « التقريب » : معناه أنه يذبحها له ، فأما إن ذكر المسيح على معنى الصلاة على رسول الله ﷺ ، فجائز . قال : وقال الحلبي : تحمل مطلقاً ، وإن سمى المسيح .

والله أعلم

الخامسة : المستحب في الإبل النحر ، وهو قطع اللبنة أسفل العنق ، وفي البقر والغنم

(١) وفي نسخة : تستحب ولا تكره .

الذبح ، وهو قطع الحلق أعلى العنق . والمعتبر في الموضعين ، قطع الحلقوم والمريء .
فلو ذبح الإبل ونحر البقر والغنم ، حل ، ولكن ترك المستحب ، وفي كراهته قولان ،
المشهور : لا يكره .

السادسة : يستحب أن ينحر البعير قائماً على ثلاث قوائم معقول الركبة ،
وإلا فباركاً ، وأن تضجع البقرة والشاة على جنبها الأيسر ، وتترك رجلها اليمنى
وتشد قوائمها الثلاث .

السابعة : إذا قطع الحلقوم والمريء ، فاستحب أن يمسك ولا يُبين رأسه في
الحال ، ولا يزيد في القطع ، ولا يبادر إلى سلخ الجلد ، ولا يكره الفقار ،
ولا يقطع عضواً ، ولا يحرك الذبيحة ، ولا ينقلها إلى مكان ، بل يترك جميع ذلك
حتى تفارق الروح ، ولا يمسكها بعد الذبح مانعاً لها من الاضطراب . والأولى
أن تساق إلى المذبح برفق ، وتضجع برفق ، ويعرض عليها الماء قبل الذبح ،
ولا يحد الشفرة قبالتها ، ولا يذبح بعضها قبالة بعض .

الثامنة : يستحب عند التضحية أن يقول : اللهم منك وإليك ، تقبل مني .
وفي « الحاوي » ، وجه ضئيف : أنه لا يستحب . ولو قال : تقبل مني كما تقبلت
من إبراهيم خليلك ومحمد عبدك ورسولك صلى الله عليها ، لم يكره ولم يستحب ،
كذا نقله في « البحر » عن الأصحاب . قال في « الحاوي » : يختار في الأضحية
أن يكبر الله تعالى قبل التسمية وبمدها [ثلاثاً] فيقول : الله أكبر ، الله أكبر ،
الله أكبر ، والله الحمد .

فصل

قدمنا أن النية شرط في التضحية ، وأن الشاة إذا جعلها أضحية ، هل
يكفيه ذلك عن تجديد النية عند الذبح ؟ وجهان . الأصح : لا يكفيه . فإن

قلنا : يكفيه ، استحب التجديد . ومها كان في ملكه ، بدنة أو شاة ، فقال : جعلت هذا ضحية ، أو هذه ضحية ، أو عليّ أن أضحي بها ، صارت ضحية معينة . وكذا لو قال : جعلت هذه هدياً ، أو هذا هدي ، أو عليّ أن أهدي [هذه] ، صار هدياً . وشرط بعضهم أن يقول مع ذلك : لله تعالى ، والمذهب : أنه ليس بشرط . وقد صرح الأصحاب بزوال الملك عن الهدي والأضحية المعينين ، كما سيأتي تفريعه إن شاء الله تعالى . وكذا لو نذر أن يتصدق بمال معين زال ملكه عنه ، بخلاف ما لو نذر إعتاق عبد بعينه ، لا يزول ملكه [عنه] ما لم يعتقه ، لأن الملك في الهدي ، والأضحية ، والمال المعين ، ينتقل إلى المساكين ، وفي العبد لا ينتقل الملك إليه ، بل ينفك الملك بالكلية . أما إذا نوى جعل هذه الشاة هدياً ، أو أضحية ، ولم يتلفظ بشيء ، فالشهور الجديد : أنها لا تصير . وقال في القديم : تصير ، واختاره ابن سريج والاصطخري وعلى هذا ، فيما يصير به هدياً ، أو أضحية ، أوجه . أحدها : بمجرد النية ، كما يدخل في الصوم بالنية ، وبهذا قال ابن سريج . والثاني : بالنية والتقليد أو الإشعار ، لتنضم الدلالة الظاهرة إلى النية ، قاله الاصطخري . والثالث : بالنية والذبح ، لأن القصد به كالتقصير في الهبة . والرابع : بالنية والسوق إلى الذبح . ولو لزمه هدي أو أضحية بالنذر ، فقال : عينت هذه الشاة لنذري ، أو جعلتها عن نذري ، أو قال : لله عليّ أن أضحي بها عما في ذمتي ، ففي تعيينها وجهان : الصحيح ، التمين وبه قطع الأكثرون . وحكى الإمام هذا الخلاف في صور رتب بعضها على بعض ، فلنوردنا بزوائد . فلو قال ابتداءً : عليّ التضحية بهذه البدنة أو الشاة ، لزمه التضحية قطعاً ، وتعين تلك الشاة على الصحيح . ولو قال : عليّ أن أعتق هذا العبد ، لزمه العتق ، وفي تعيين هذا العبد ، وجهان مرتبان على الخلاف في مثل هذه الصورة من الأضحية ، والعبد أولى بالتعيين ، لأنه ذو حق في العتق ، بخلاف الأضحية . فلو نذر إعتاق عبد ، ثم عين عبداً عما التزم ، فالخلاف مرتب على الخلاف في مثله في الأضحية . ولو قال : جعلت هذا

العبد عتيقاً ، لم يخف حكه ، ولو قال : جمعت هذا المال ، أو هذه الدراهم صدقة ، تمينت على الأصح كشاة الأضحية ، وعلى الثاني ، لا ، إذ لفائدة في تعيين الدراهم لتساويها ، بخلاف الشاة . ولو قال : عينت هذه الدراهم عما في ذمتي من زكاة أو نذر ، لنا التعيين باتفاق أصحاب ، كذا نقله الإمام ، لأن التعيين في الدراهم ضعيف ، وتعيين مافي الذمة ضعيف ، فيجتمع سببا ضعف . قال : و [قد] يقاس بتعيين الدراهم ، كديون الآدميين ، وقال : لا تخلو الصورة عن احتمال .

فرع

سبق بيان وقت ضحية التطوع ، فلو أراد التطوع بالذبح وتفريق اللحم بعد أيام التشريق ، لم يحصل له أضحية ولا ثوابها ، لكن يحصل ثواب صدقة . ولو قال : جمعت هذه الشاة ضحية ، فوقتها وقت التطوع بها . ولو قال : لله علي أن أضحي بشاة ، فهل تتوقت بذلك الوقت ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأنها في الذمة كدماء الجبران . وأصحها : نعم ، لأنه التزم ضحية في الذمة ، والضحية مؤقتة ، وهذا موافق ، نقل الروياني عن الأصحاب : أنه لا تجوز التضحية بعد أيام التشريق ، إلا واحدة ، وهي التي أوجبها في أيام التشريق أو قبلها ، ولم يذبحها حتى فات الوقت ، فإنه يذبحها قضاء . فإن قلنا : لا تتوقت ، فالتزم بالنذر ضحية ، ثم عتق واحدة عن نذره ، وقلنا : إنها تعين ، فهل تتوقت التضحية بها ؟ وجهان . أحدهما : لا .

فصل

من أراد التضحية فدخل عليه عشر ذي الحجة ، كره أن يحلق شعره أو يقلم ظفره حتى يضحى . وفيه وجه : أنه يحرم ، حكاه صاحب « الرقم » ، وهو شاذ . والحكمة فيه أن يبقى كامل الاجزاء لتتقن من النار ، وقيل : للتشبيه بالحرم ، وهو ضعيف ، فانه لا يترك الطيب ولبس الخيط وغيرها . وحكي وجه : أن الحلق والقلم ، لا يكرهان إلا إذا دخل العشر واشترى ضحية ، أو عين شاة من مواشيه للتضحية . وحكي قول : أنه لا يكره القلم .

قلت : قال الشيخ إبراهيم الروروذي في تعليقه : حكم سائر أجزاء البدن كالشعر . والله أعلم

فصل

وأما أحكام الأضحية ، فثلاثة أنواع .

الأول : فيما يتعلق بتلفها وإتلافها ، وفيه مسائل .

إحداها : الأضحية الميئة ، والهدي الميئن ، يزول ملك التقرب عنها بالنذر ،

فلا ينفذ تصرفه فيها ببيع ولا هبة ، ولا إبدال بمثلها ، ولا بخير منها . وحكي وجه : أنه لا يزول ملكه حتى يذبح ويتصدق باللحم ، كما [لو] قال : لله عليّ أن أعتق هذا العبد ، لا يزول ملكه عنه إلا باعناق . والصحيح : الأول . والفرق : ما سبق . ولو نذر إعناق عبد بعينه ، لم يجوز بيعه وإبداله وإن لم يزل الملك عنه . ولو خالف فباع الأضحية أو الهدى الميئن ، استرد إن كانت العين باقية ، ويرد

التمن . فان أتلّفها المشتري ، أو تلفت عنده ، لزمه قيمتها أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف ، ويشترى النادر بتلك القيمة مثل التسالفة ، جنساً ونوعاً وسناً . فان لم يجد بالقيمة المثل لفلانٍ حدث ، ضم إليها من ماله تمام التمن . وهذا معنى قول الأصحاب : يضمن ما باع بأكثر الأمرين من قيمته ومثله ، وإن كانت القيمة أكثر من ثمن المثل ، لرخص حدث ، فعلى ما سنذكره إن شاء الله تعالى في نظيره . ثم إن اشترى المثل بعين القيمة ، صار المشتري ضحية بنفس الشراء . وإن اشتراه في الزمة ، ونوى عند الشراء أنها أضحية ، فكذلك ، وإلا فليجمله بمدا الشراء ضحية .

المسألة الثانية : كما لا يصح بيع الأضحية المعينة ، لا يصح إجارتها ، ويجوز إعارتها ، لأنها إرفاق ، فلو أجرها فركبها المستأجر قتلت ، لزم^(١) المؤجر قيمتها ، والمستأجر الأجرة . وفي الأجرة ، وجهان . أحدهما : أجرة المثل . والثاني : الأكثر من أجرة المثل والسمي . ثم هل يكون مصرفها مصرف الضحايا ، أم الفقراء فقط ؟ وجهان .

قلت : أحدهما : الأول . والله أعلم

الثالثة : إذا قال : جعلت هذه البدنة ، أو [هذه] الشاة ، ضحية ، أو نذر أن يصحى بدنة أو شاة عيئها ، فمات قبل يوم النحر ، أو سرق قبل تمكّنه من ذبحها يوم النحر ، فلا شيء عليه . وكذا الهدي المعين ، إذا تلف قبل بلوغ المنسك أو بعده قبل التمكّن من ذبحه .

الرابعة : إذا كان في ذمته دم عن تمتع ، أو قران . أو أضحية ، أو هدي عن نذر مطلق ، ثم عين بدنة أو شاة عما في ذمته ، فقد سبق خلاف في تعيينه ، والأصح ، التعيين . وحينئذ المذهب : زوال الملك عنها كاللعينة ابتداءً ،

(١) في نسخة الظاهرية ، ونسخة على هامش الأصل : ضمن .

لكن لو تلفت ، ففي وجوب الإبدال طريقان . قطع الجمهور بالوجوب ، لأن ما ألزمه ثبت في ذمته ، والمعين وإن زال الملك عنه ، فهو مضمون عليه ، كما لو كان له دين على رجل ، فاشتري منه سلعة بذلك الدين ، فتلفت السلعة قبل القبض في يد بائعها ، فانه يفسخ البيع ، ويعود الدين كما كان ، فكذا هنا يبطل التمين ، ويعود ما في ذمته كما كان . والطريق الثاني : فيه وجهان نقلها الإمام . أحدهما : لا يجب الإبدال ، لأنها متعينة ، فهي كما لو قال : جعلت هذه أضحية .

الخامسة : إذا أتلفها أجني ، لزمه القيمة ، يأخذها المضحي ، ويشتري بها مثل الأولى ، فإن لم يجد بها مثلاً ، اشترى دونها ، بخلاف ما لو نذر إعطاء عبد بعينه فقتل ، فانه يأخذ القيمة لنفسه ، ولا يلزمه أن يشتري بها عبداً يعتقه ، لأن ملكه هنا لم يزل عنه ، ومستحق العتق هو العبد ، وقد هلك ، ومستحق الأضحية باقون . فإن لم يجد بالقيمة ما يصلح للهدى والأضحية ، ففي « الحاوي » : أنه يلزم المضحي أن يضم من عنده إلى القيمة ما يحصل به أضحية ، لأنه ألزمها . ومن قال بهذا ، يمكن أن يطرده في التلف . وهذا الذي في « الحاوي » شاذ . والصحيح الذي عليه الجمهور : أنه لا شيء عليه ، لعدم تقصيره . فعلى هذا إن أمكن أن يشتري بها شقص هدي ، أو أضحية ، ففيه ثلاثة أوجه . الأصح : أنه يلزمه شراؤه والذبح مع الشريك ، ولا يجوز إخراج القيمة ، كأصل الأضحية ، والثاني : يجوز إخراج القيمة دراهم . فعلى هذا أطلق مطلقون : أنه يتصدق بها . وقال الإمام : بصرفها مصرف الضحايا ، حتى لو أراد أن يتخذ منه خاتماً يقتنيه ولا يبيعه ، فله ذلك ، وهذا أوجه . ويشبه أن لا يكون فيه خلاف محقق ، بل المراد : أن لا يجب شقص . ويجوز إخراج الدرهم ، وقد يتساهل في ذكر المصرف في مثل هذا .

قلت : هذا الذي حكاه عن الإمام ، من جواز اتخاذ الحاتم ، تفريع على جواز الأكل من الأضحية الواجبة . والله اعلم

والوجه الثالث : يشتري بها لحماً ، ويتصدق به . وأما إذا لم يمكن [أن يشتري] بها شقص ، لقلتها ، ففيه الوجه الثاني والثالث . ورتب صاحب « الحاوي » هذه الصور ترتيباً حسناً ، فقال : إن كان التلّف ثنية ضأن مثلاً ، ولم يمكن أن يشتري بالقيمة مثلها ، وأمكن شراء جذعة ضأن وثنية ممز ، تعين الأول رعاية للنوع ، وإن أمكن ثنية ممز ودون جذعة ضأن ، تعين الأول ، لأن الثاني لا يصلح للضحية ، وإن أمكن دون الجذعة ، وشراء سهم في ضحية ، تعين الأول ، لأن التضحية لا تحصل بواحد منها ، وفي الأول إراقة دم كامل . وإن أمكن شراء لحم ، وشراء سهم ، تعين الأول ، لأن فيه شركة في إراقة دم . وإن لم يمكن إلا شراء اللحم وتفرقة الدرام ، تعين الأول ، لأنه مقصود الأضحية .

السادسة : إذا أتلّفها المضحي ، فوجهان . أحدهما : يلزمه قيمتها يوم الإتلاف كالأجنبي . وأصحها : يلزمه أكثر الأمرين من قيمتها وتحصيل مثلها ، كما لو باع الأضحية المبيّنة وتلفت عند المشتري . فعلى هذا ، لو كانت قيمتها يوم الإتلاف أكثر ، وأمكن شراء مثل الأولى ببعضها ، اشتري بها كريمة أو شاتين فصاعداً . فإن لم توجد كريمة ، وفضل مالابني بأخرى ، فعلى ما ذكرنا فيما إذا أتلّفها أجنبي ولم تف القيمة بشاة . وهنا وجه آخر : أن له صرف ما فضل عن شاة إلى غير المثل ، لأن الزيادة بعد حصول المثل كابتداء تضحية . ووجه : أنه يملك ما فضل .

السابعة : إذا تمكّن من ذبح الهدي بعد بلوغه المنسك ، أو من ذبح الأضحية يوم النحر ، فلم يذبح حتى هلك ، فهو كالاتلاف ، لتقصيره بتأخيره .

الثامنة : استحب الشافعي رحمه الله ، أن يتصدق بالفاضل الذي لا يبلغ شاة

أخرى ، ولا يأكل منه شيئاً . وفي معناه : البذل الذي يذبحه . وفي وجهه لأبي علي الطبري : لا يجوز أكله منه ، لتعديده بالاتلاف .

التاسعة : إذا جعل شاته أضحية ، أو نذر أن يضحي بمعيّنة ، ثم ذبحها قبل يوم النحر ، لزمه التصدق بلحمها ، ولا يجوز له أكل شيء منه ، ويلزمه ذبح مثلها يوم النحر بدلاً عنها . وكذا لو ذبح الهدي المين قبل بلوغ المنسك ، تصدق بلحمه ، وعليه البذل . ولو باع الهدي أو الأضحية الميعنين ، فذبحها المشتري ، واللحم باقٍ ، أخذه البائع وتصدق به ، وعلى المشتري أرش ما نقص بالذبح ، ويضم البائع إليه ما يشتري به البذل . وفي وجه : لا يفرم المشتري شيئاً ، لأن البائع سلطه . والصحيح : الأول . ولو ذبح أجنبي الأضحية الميعنة قبل يوم النحر ، لزمه ما نقص من القيمة بسبب الذبح . ويشبه أن يجيء خلاف في أن اللحم يصرف إلى مصارف الضحايا ، أم ينفك عن حكم الأضحية ويعود ملكه ، كما سندر مثله إن شاء الله تعالى ، فيما لو ذبح الأجنبي يوم النحر ، وقلنا : لا يقع ضحية ؟ ثم ما حصل من الأرض من اللحم ، إن عاد ملكاً له ، اشترى به أضحية يذبحها يوم النحر . ولو نذر أضحية ، ثم عين شاة عما في ذمته ، فذبحها أجنبي قبل يوم النحر ، أخذ اللحم ونقصان الذبح ، وملك الجميع ، وبقي الأصل في ذمته .

العاشرة : لو ذبح أجنبي أضحية معينة ابتداءً في وقت التضحية ، أو هدياً معينا بمد بلوغه المنسك ، فالشهور : أنه يقع الموقع ، فيأخذ صاحب الأضحية لحماً ويفرقه ، لأنه مستحق الصرف إلى هذه الجهة ، فلا يشترط فعله كرد الوديمة ، ولأن ذبحها لا يفتقر إلى النية . فاذا فعله غيره ، أجزأ كإزالة النجاسة . وحكي قول عن القديم : أن لصاحب الأضحية أن يجعلها عن الذابح ، ويفرمه القيمة بكاملها بناءً على وقف العقود . فاذا قلنا بالشهور ، فهل على الذابح أرش ما نقص بالذبح ؟ فيه طريقان . أحدهما : على قولين . وقيل : وجهين . أحدهما : لا ، لأنه لم يفوت مقصوداً ، بل خفف مؤنة الذبح . وأصحها ، وهو النصوص ، وهو

الطريق الثاني ، وبه قطع الجمهور : نعم ، لأن إراقة الدم مقصودة وقد فوّتها ، فصار كما لو شد قوائمه شاته ليدبحها ، فجاء آخر فذببحها بغير إذنه ، فانه يلزمه أرش النقص . وقال الماوردي : عندي أنه إذا ذبحها وفي الوقت سعة ، لزمه الأرش ، وإن لم يبق إلا ما يسع ذبحها فذببحها ، فلا أرش ، لتعين الوقت . وإذا أوجبنا الأرش ، فهل هو للمضحي لأنه ليس من عين الأضحية ولا حق للمساكين في غيرها ؟ أم للمساكين لأنه بدل نقصها وليس للمضحي إلا الأكل ؟ أم يسلك به مسلك الضحايا ؟ فيه أوجه . أحدها : الثالث . فعلى هذا ، يشتري به شاة . فإن لم تتيسر ، عاد الخلاف السابق أنه يشتري به جزء ضحية أو لحم ، أو يفرق نفسه ، هذا كله إذا ذبح الأجنبي واللحم باق ، فإن أكله أو فرقه [في] مصارف الضحية ، وتمذر استرداده ، فهو كالأتلاف بغير ذبح ، لأن تعيين المصروف إليه ، إلى المضحي ، فمليه الضمان ، والمالك يشتري بما يأخذه أضحية . وفي وجه : تقع التفرقة عن المالك ، كالذبح . والصحيح : الأول . وفي الضمان الواجب ، قولان . المشهور ، واختيار الجمهور : أنه يضمن قيمتها عند الذبح ، كما لو أتلّفها بلا ذبح . والثاني : يضمن الأكثر من قيمتها وقيمة اللحم [لأنه فرق اللحم متمدياً . وقيل : يفرم أرش الذبح وقيمة اللحم] وقد يزيد الارش مع قيمة اللحم على قيمة الشاة ، وقد ينقص ، وقد يتساويان . ولا اختصاص لهذا الخلاف بصورة الضحية ، بل يطرد في كل من ذبح شاة لإنسان ثم أتلّف لحمها . هذا كله تفريع على أن الشاة التي ذبحها الأجنبي تقع ضحية . فإن قلنا : لا تقع ، فليس على الذابح إلا أرش النقص . وفي حكم اللحم ، وجهان . أحدهما : أنه مستحق لجهة الأضحية . والثاني : يكون ملكاً له . ولو التزم ضحية أو هدياً بالنذر ، ثم عين شاة عما في ذمته ، فذببحها أجنبي يوم النحر ، أو في الحرم ، فالقول في وقوعها عن صاحبها وفي أخذه اللحم وتصدقه به ، وفي غرامة الذابح أرش ما نقص بالذبح ، على ما ذكرنا إذا كانت معينة في الابتداء . فإن كان اللحم تالفاً ، قال صاحب « التهذيب » وغيره : يأخذ القيمة

وعلكها ، ويبقى الأصل في ذمته . وفي هذا اللفظ ما يبين أن قولنا في صورة الاتلاف : يأخذ القيمة ويشتري بها مثل الأول ، يريد به : أن يشتري بقدرها ، فإن نفس المأخوذ ملكه ، فله إمساكه .

النوع الثاني من أحكام الأضحية : في عيبها . وفيه مسائل .

إحداها : لو قال : جملت هذه الشاة ضحية ، أو نذر التضحية بشاة معينة ، فحدث بها قبل وقت التضحية عيب يمنع ابتداء التضحية ، لم يلزمه شيء بسببه ، كتلفها . ولا تنفك هي عن حكم الأضحية ، بل تجزئه عن التضحية ، ويدبحها في وقتها . وفي وجه : لا تجزئه ، بل عليه التضحية بسليمة ، وهو شاذ ضعيف . فعلى الصحيح : لو خالف فذبحها قبل يوم النحر ، تصدق بالبحم ، ويلزمه أيضاً التصدق بقيمتها ، ولا يلزمه أن يشتري بها ضحية أخرى ، لأنها بدل حيوان لا يجوز التضحية به ابتداءً . ولو تميت يوم النحر قبل التمكّن من الذبح ، ذبحها وتصدق بلحمها ، وإن تميت بعد التمكّن ، ذبحها وتصدق بلحمها ، وعليه ذبح بدلها ، وتقصيره بالتأخير كالنسيب .

الثانية : لو لزم ذمته ضحية بنذر ، أو هدي عن قران ، أو تمتع ، أو نذر ، فميت شاة عما في ذمته ، فحدث بها عيب قبل وقت التضحية ، أو قبل بلوغ التملك ، جرى الخلاف السابق ، في أنها هل تمنع ؟ إن قلنا : لا ، فلا أثر لتميئتها . وإن قلنا : تمنع ، وهو الأصح ، فهل عليه ذبح سليمة ؟ فيه طريقان . وقيل : وجهان . وقطع الجمهور بالوجوب ، لأن الواجب في ذمته سليم ، فلا يتأدى بميب . وهل تنفك تلك الميئة عن الاستحقاق ؟ وجهان . أحدهما : يلزمه ذبحها والتصدق بلحمها ، لأنه التزمها بالتمين . وأصحها وهو المنصوص : لا تلزمه ، بل له تملكها وبيعها ، لأنه لم يلتزم التصديق بها ابتداءً ، إنما عينها لأداء ما عليه ، وإنما يتأدى بها بشرط السلامة . ويقرب الوجهان من وجهين فيمن عين أفضل مما عليه ثم تعيب ، هل يلزمه رعاية تلك الزيادة في البدل ؟ ففي وجه : يلزم ، لالتزامه تلك الزيادة بالتمين . والأصح : لا يلزم ، كما لو التزم ميئة ابتداءً ، فهلكت بغير تعدٍ منه .

الثالثة : إذا تعيب الهدي بعد بلوغ النسك ، فوجهان . أحدهما : يجرى ذبحه ، لأنه لما وصل موضع الذبح ، صار كالحاصل في يد الساكنين ، ويكون كمن دفع الزكاة إلى الامام ، فتلقت في يده ، فانه يقع زكاة . وأصحها : لا يجرى ، لأنه في ضمانه ما لم يذبح . وقال في « التهذيب » : إن تعيب بعد بلوغ النسك والتمكن من الذبح ، فالاصل في ذمته . وهل يتملك الممين ، أم يلزمه ذبحه ؟ فيه الخلاف . وإن تعيب قبل التمكن ، فوجهان . أصحها : أنه كذلك . والثاني : يكفيه ذبح الميب والتصدق به . ويقرب من الوجهين الأولين الوجهان السابقان فيمن شد قوائم الشاة للتضحية ، فاضطربت وانكسرت رجلها . ورأى الامام تخصيصها بمن عين عن نذر في الذمة ، والقطع بعدم الإجزاء إن كانت تطوعاً . قلت : قال صاحب « البحر » : لو مات ، أو سرق بعد وصوله الحرم ، أجزأه على الوجه الأول . والله أعلم

الرابعة : لو قال لمعية بعور ونحوه : جمعت هذه ضحية ، أو نذر أن يضحي بها ابتداءً ، وجب ذبحها ، للالتزامه ، كمن أعتق عن كفارته مبيعاً ، يعتق ، ويثاب عليه وإن كان لا يجرى عن الكفارة ، ويكون ذبحها قربة ، وتفرقة لهما صدقة ، ولا تجزى عن الهدايا والضحايا المشروعة ، لأن السلامة معتبرة فيها . وهل يختص ذبحها بيوم النحر ، وتجري مجرى الضحايا في المصرف ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأنها ليست أضحية ، بل شاة لحم . وأصحها : نعم ، لأنه أوجبها باسم الأضحية ، ولا يحمل لكلامه إلا هذا . فعلى هذا ، لو ذبحها قبل يوم النحر ، تصدق بلحمها ، ولا يأكل منه شيئاً ، وعليه قيمتها يتصدق بها ، ولا يشتري أخرى ، لأن الميب لا يثبت في الذمة ، قاله في « التهذيب » . ولو أشار إلى ظبية وقال : جمعت هذه ضحية ، فهو لاغٍ . ولو أشار إلى فصيل أو سخلة وقال : هذه أضحية ، فهل هو كالظبية ، أم كالميب ؟ وجهان : أصحها : الثاني . وإذا أوجبه مبيعاً ثم زال الميب ،

فهل يجزىء ذبحه عن الأضحية ؟ وجهان . أحدها : لا ، لأنه زال ملكه عنه وهو ناقص ، فلا يؤثر الكمال بدمه ، كمن أعتق أعمى عن كفارته ، ثم عاد بصره . والثاني : يجوز ، لكمال وقت الذبح ، وحكى هذا قولاً قديماً .

الخامسة : لو كان في ذمته أضحية ، أو هدي ، بنذر أو غيره ، فعين معينة عما عليه ، لم تمنع ، ولا تبرأ ذمته بذبحها . وهل يلزمه بالتصين ذبح المينة ؟ نظر ، إن قال : عينت هذه عما في ذمتي ، لم يلزمه ، وإن قال : لله علي أن أضحي بهذه عما في ذمتي ، أو أهدي هذه ، أو قال : لله علي ذبحها عن الواجب في ذمتي ، لزمه على الأصح كالتزامه ابتداءً ذبح معينة ، ويكون كاعتاقه الأعمى عن الكفارة ، ينفذ ولا يجزىء . فعلى هذا ، هل يختص ذبحها بوقت التضحية إن كانت ضحية ؟ فيه الوجهان السابقان . ولو زال عيب المينة المينة قبل ذبحها ، فهل تحصل البراءة ؟ فيه الوجهان السابقان .

السادسة : هذا الذي سبق ، كله فيما إذا تميت لا بفعله . فلو تميت المينة ابتداءً ، أو عما في الذمة بفعله ، لزمه ذبح صحيحة . وفي انفكاك المينة عن حكم الالتزام ، الخلاف السابق .

السابعة : لو ذبح الأضحية المنذورة يوم النحر ، أو الهدي المنذور بعد بلوغ النفسك ، ولم يفرق لحمه حتى فسد ، لزمه قيمة اللحم ، ويتصدق بها ، ولا يلزمه شراء أخرى ، لأنه حصلت إراقة الدم . وكذا لو غصب اللحم غاصب وتلف عنده ، أو أتلفه متلف ، يأخذ القيمة ويتصدق بها .

الثامنة : لو نذر التضحية بجميعية غير معينة ، كقوله : لله علي أن أضحي بشاة عرجاء ، فثلاثة أوجه : أحدها فيما يقتضيه كلام الفزالي : يلزمه ما التزم . والثاني : يلزمه صحيحة . والثالث : لا يلزمه شيء . ويشبه أن يكون الحكم في لزوم ذبحها ، والتصدق بلحمها ، وفي أنها ليست من الضحايا ، وفي أب

مصرفها ، هل هو مصرف الضحايا ، على ما سبق فيمن قال : جملة هذه المصيبة ضحية . ولو التزم التضحية بظبية ، أو فصيل ، ففيه الترتيب الذي تقدم في المصيبة . ويشبه أن يجيء الخلاف في قوله : لله علي أن أضحي بظبية ، وإن لم يذكر خلاف في قوله : جملة هذه الظبية ضحية .

النوع الثالث : في ضلالها ، وفيه مسائل .

إحداها : إذا ضل هديه ، أو نخيته المتطوع بها ، لم يلزمه شيء .

قلت : لكن يستحب ذبحها إذا وجدها ، والتصدق بها . ممن نص عليه القاضي أبو حامد . فإن ذبحها بعد أيام التشريق ، كانت شاة لحم يتصدق بها . والله أعلم .
الثانية : الهدي الملتزم معينا ، يتعين ابتداء ، إذا ضل بغير تقصيره ، لم يلزمه ضمانه ، فإن وجدته ، ذبحه . والأضحية ، إن وجدها في وقت التضحية ، ذبحها ، وإن وجدها بعد الوقت ، فله ذبحها قضاء ، ولا يلزمه الصبر إلى قابل . وإذا ذبحها ، صرف لحمها مصارف الضحايا . وفي وجه لابن أبي هريرة : يصرفه إلى المساكين فقط ، ولا يأكل ، ولا يدخر ، وهو شاذ ضعيف .

الثالثة : مها كان الضلال بغير تقصيره ، لم يلزمه الطلب إن كان فيه مؤنة ، فإن لم تكن ، لزمه . وإن كان بتقصيره ، لزمه الطلب . فإن لم يجد ، لزمه الضمان . فإن علم أنه لا يجدها في أيام التشريق ، لزمه ذبح بدلها في أيام التشريق . وتأخير الذبح إلى مضي أيام التشريق بلا عذر ، تقصير يوجب الضمان . وإن مضى بعض أيام التشريق ، ثم ضلّت ، فهل هو تقصير ؟ وجهان .

قلت : الأرجح : أنه ليس بتقصير ، كمن مات في أثناء وقت الصلاة الموسّع ، لا يأثم على الأصح . والله أعلم .

الرابعة : إذا عيّن هدياً أو أضحية عما في ذمته ، فضلت المصيبة ، قال الامام :

هو كما لو تلفت هذه المينة . وفي وجوب البذل ، وجهان . وذكرنا هناك حال هذا الخلاف ، وما في إطلاق لفظ البذل من التوسع . وقال الجمهور : يلزم إخراج البذل الملتزم . فان ذبح واحدة عما عليه ، ثم وجد الضالة ، فهل يلزم ذبحها؟ وجهان . وقيل : قولان . أحدهما في « التهذيب » : لا يلزمه ، بل يتملكها كما سبق فيما لو تعبت . والثاني : يلزمه ، وقطع به في « الشامل » ، لإزالة ملكه بالتميين ، ولم يخرج عن صفة الإجزاء ، بخلاف المية . فلو عيّن عن الضالة واحدة ، ثم وجدها قبل ذبح البذل ، فأربعة أوجه . أحدها : يلزمه ذبحها معاً . والثاني : يلزمه ذبح البذل فقط . والثالث : ذبح الأول فقط . والرابع : يتخير فيها .

قلت : الأصح : الثالث . والله أعلم

فصل

لو عيّن شاة عن أضحية في ذمته ، وقلنا : تمين ، فضحى بأخرى عما في ذمته ، قال الامام : يخرج على أن المينة لو تلفت ، هل تبرأ ذمته ؟ إن قلنا : نعم ، لم تقع الثانية عما عليه ، كما لو قال : جعلت هذه أضحية ، ثم ذبح بدلها . وإن قلنا : لا ، وهو الأصح ، ففي وقوع الثانية عما عليه تردد . فان قلنا : تقع عنه ، فهل تنفك الأولى عن الاستحقاق ؟ فيه الخلاف السابق .

فرع

لو عيّن من عليه كفارة عبداً عنها ، ففي تمينه خلاف ، وقطع الشيخ أبو حامد بالتمين .

قلت : الأصح : التمين . والله اعلم

فإن تعيَّب المَتمين ، لزمه إعتاق سليم . ولو مات المَتمين ، بقيت ذمته مشغولة بالكفارة . وإن أعتق عبداً أجزأ عن كفارته مع التمكُّن من إعتاق المَتمين ، فالظاهر : براءة ذمته . قوله : « الظاهر » ، أي : من الوجوبين .

النوع الرابع : في الأكل من الأضحية والهدي ، وفيه فصلان .

الأول : في الأكل من الواجب ، فكل هدي وجب ابتداءً من غير التزام ، كسدم التمتع والقران وجبرانات الحج ، لا يجوز الأكل منه . فلو أكل منه ، غرم ، ولا تجب إراقة الدم ثانياً . وفيما يفرمه ، أوجه . أحها وهو نصه في القديم : يفرم قيمة اللحم كما لو أتلفه غيره . والثاني : يلزمه مثل ذلك اللحم . والثالث : يلزمه شراء شقص من حيوان مثله ، ويشارك في ذبحه ، لأن ما أكله بطل حكم إراقة الدم فيه ، فصار كما لو ذبحه وأكل الجميع ، فانه يلزمه دم آخر .

وأما الملتزم بالنذر من الضحايا والهدايا ، فإن عيَّن بالنذر عما في ذمته من دم حلق وتطيب أو غيرها شاة ، لم يجز له الأكل منها ، كما لو ذبح شاة بهذه النية بغير نذر ، وكالزكاة . وإن نذر نذر مجازاة ، كتعليقه التزام الهدي ، أو الأضحية بشفاء المريض ونحوه ، لم يجز الأكل أيضاً ، كجزاء الصيد . ومقتضى كلامهم : أنه لا فرق بين كون الملتزم معيناً ، أو مرسلأ في الذمة ، ثم يذبح عنه . فإن أطلق الالتزام ، فلم يملقه بشيء ، وقلنا بالذهب : إنه يلزمه الوفاء ، فإن كان الملتزم معيناً ، بأن قال : لله عليّ أن أضحي بهذه ، أو أهدي هذه ، ففي جواز الأكل منها قولان ، ووجه ، أو ثلاثة أوجه . الثالث : يجوز الأكل من الأضحية دون الهدي ، حملاً لكل واحد على المعبود الشرعي . ومن هذا القبيل ، ما إذا قال : جعلت هذه الشاة ضحية من غير تقدم التزام . أما إذا التزم في الذمة ، ثم عيَّن شاة عما عليه ، فإن لم نجوز الأكل في المعينة ابتداءً ، فهنا أولى ، وإلا ، فقولان ، أو وجهان .

هكذا فصل حكم الأكل في الملتزم كثيرون من المعتبرين ، وهو المذهب . وأطلق جماعة وجهين ، ولم يفرقوا بين نذر المجازاة وغيره ، ولا بين الملتزم الميّن والمرسل ، وبلنع قال أبو إسحاق . قال الحاملي : وهو المذهب ، والجواز اختيار القفال ، والامام . قال في « المدة » : وهو المذهب . وبشبه أن يتوسط فيرجع في الميّن : الجواز ، وفي المرسل : النع ، سواء عيّن عنه ثم ذبح ، أو ذبح بلا تعيين ، لأنه عن دين في الذمة ، فأشبه الخبرات . وإلى هذا ذهب صاحب « الحاوي » ، وهو مقتضى سياق الشيخ أبي علي . وحيث منعنا الأكل في المنذور فأكل ، ففيما يفرمه ، الأوجه الثلاثة السابقة في الخبرات . وحيث جوّزنا ، ففي قدر ما يأكله ، القولان في أضحية التطوع . هكذا قاله في « التهذيب » . ولك أن تقول ذاك الخلاف في قدر المستحب أكله ، ولا يبعد أن يقال : لا يستحب الأكل ، وأقل ما في تركه : الخروج من الخلاف .

الفصل الثاني : في الأكل من الأضحية والهدي التطوع بها . وليس له أن يتلف منها شيئاً ، بل يأكل ويطعم ، ولا يجوز بيع شيء منها ، ولا أن يعطي الجزار شيئاً منها أجرة له ، بل مؤنة الذبح على المضحي والهدي كمؤنة الحصاد . ويجوز أن يعطيه منها شيئاً لفقره ، أو يطعمه إن كان غنياً . ولا يجوز تمليك الأغنياء منها ، وإن جاز إطعامهم . ويجوز تمليك الفقراء منها ، ليتصرفوا فيه بالبيع وغيره . بل لو أصلح الطعام ودعا إليه الفقراء ، قال الإمام : الذي ينقدح عندي - إذا أوجبتا التصدق بشيء - : أنه لا بد من التمليك كما في الكفارات ، وكذا صرح به الروياني فقال : لا يجوز أن يدعو الفقراء ليأكلوه مطبوخاً ، لأنّ حقهم في تملكه فإن دفع مطبوخاً ، لم يجز ، بل يفرقه شيئاً ، فإن المطبوخ ، كالخبز في الفطرة . وهل يشترط التصدق بشيء منها ، أم يجوز أكل الجميع ؟ وجهان . أحدهما : يجوز أكل الجميع ، قاله ابن سريج ، وابن القاص ، والاصطخري ، وابن الوكيل ، وحكاه ابن القاص عن نسه . قالوا : ويحصل

الثواب باراقة الدم بنية القرية ، وأصحها : يجب التصدق بقدر ينطلق عليه الاسم ، لأن القصد إرفاق المساكين . فعلى هذا ، إن أكل الجميع ، لزمه ضمان ما ينطلق عليه الاسم ، وفي قول ، أو وجه : يضمن القدر الذي يستحب أن لا ينقص في التصدق عنه ، وسيأتي فيه قولان ، هل هو النصف ، أم الثلث ؟ وحكى ابن كج والماوردي وجهاً : أنه يضمن الجميع بأكثر الأمرين من قيمتها أو مثلها ، لأنه بأكله الكل ، عدل عن حكم الضحية ، فكأنه ألتفها . وينسب هذا إلى أبي إسحاق ، وابن أبي هريرة . وعلى هذا ، يذبح البدل في وقت التضحية . فإن أخره عن أيام التشريق ، ففي إجزائه وجهان . وفي جواز الأكل من البدل وجهان . وههنا الوجه المذكور عن ابن كج ، وما تفرع عليه ، شاذ ضعيف . والمروى ، ما سبق من الخلاف . ثم ما يضمنه على الخلاف السابق ، لا يتصدق به ورقاً . وهل يلزمه صرفه إلى شقص أضحية ، أم يكفي صرفه إلى اللحم وتفرقة ؟ وجهان . وعلى الوجهين : يجوز تأخير الذبح والتفريق عن أيام التشريق ، لأن الشقص ليس بأضحية ، فلا يعتبر فيه وقتها ، ولا يجوز أن يأكل منه .

فرع

الأفضل والأحسن في هدي التطوع وأضحيتة ، التصدق بالجميع إلا لقمة ، أو لقماً يتبرك بأكلها ، فانها مسنونة . وحكى في « الحاوي » عن أبي الطيب بن سدة : أنه لا يجوز التصدق بالجميع ، بل يجب أكل شيء . وفي القدر الذي يستحب أن لا ينقص التصدق عنه ، قولان . القديم : يأكل النصف ، ويتصدق بالنصف ، واختلفوا في التمين عن الجديد . فنقل جماعة عنه : أنه يأكل الثلث ، ويتصدق بالثلثين ، ونقل آخرون عنه : أنه يأكل الثلث ، ويهدي إلى الأغنياء الثلث ، ويتصدق بالثلث . وكذا حكاه الشيخ أبو حامد ، ثم قال : ولو تصدق بالثلثين كان أحب . ويشبه أن

لا يكون اختلاف في الحقيقة ، لكن من اقتصر على التصدق بالثلثين ، ذكر الأفضل ، أو توسع فعدّ الهدية صدقة . والمفهوم من كلام الأصحاب : أن الهدية لا تنفي عن التصدق بشيء إذا أوجبناه ، وأنها لا تحسب من القدر الذي يستحب التصدق به ، ويجوز صرف القدر الذي لا بدّ منه إلى مسكين واحد ، بخلاف الزكاة .

فرع

يجوز أن يدخر من لحم الأضحية ، وكان ادخارها فوق ثلاثة أيام قد نهي عنه رسول الله ﷺ ، ثم أذن فيه (١) . قال الجمهور : كان نهي تحريم . وقال أبو علي الطبري : يحتمل التنزيه . وذكروا على الأول وجهين ، في أن النهي كان عاماً ، ثم نسخ ، أم كان مخصوصاً بحالة الضيق الواقع في تلك السنة ، فلما زالت ، انتهى التحريم ؛ وجهين على الثاني : في أنه لو حدث مثل ذلك في زماننا وبلادنا ، هل يحكم به ؟ والصواب المعروف : أنه لا يحرم اليوم بحال . وإذا أراد الادخار ، فالستحب أن يكون من نصيب الأكل ، لا من نصيب الصدقة والهدية . وأما قول النزالي في « الوجيز » : يتصدق بالثلث ، ويأكل الثلث ، ويدخر الثلث ، فبيد منكر نقلاً ومعنى ، فإنه لا يكاد يوجد في كتاب متقدم ولا متأخر ، والمرفوع الصواب : ما قدمناه . قلت : قال الشافعي رحمه الله في « المبسوط » : أحب أن لا يتجاوز بالأكل والادخار الثلث ، وأن يهدي الثلث ، ويتصدق بالثلث ، هذا نصه بحروفه ، وقد نقله أيضاً القاضي أبو حامد في « جامعه » ، ولم يذكر غيره . وهذا تصريح بالصواب ، وردّ لما قاله النزالي . والله أعلم

النوع الخامس : الانتفاع بها ، وما في معناه أو يخالفه ، وفيه مسائل .

(١) روى مسلم في « صحيحه » عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أنه نهي عن أكل لحوم

الضحايا بعد ثلاث ، ثم قال بعد : « كلوا وتزودوا وادخروا » .

إحداها : لا يجوز بيع جلد الأنحية ، ولا جملة أجرة للجزار وإن كانت تطوعاً ، بل يتصدق به المضحي ، أو يتخذ منه ما ينتفع به من خفٍّ [أو نمل] أو دلوٍ ، أو فرو ، أو يبيعه لغيره ، ولا يؤجره . وحكى صاحب « التقريب » قولاً غريباً : أنه يجوز بيع الجلد ، ويصرف ثمنه مصرف الأنحية . وحكى وجه : أنه لا يجوز أن ينفرد بالانتفاع بالجلد ، لأنه نوع يخالف الانتفاع باللحم ، فيجب التشريك فيه ، كالانتفاع باللحم . والشهور : الأول . ولا فرق في تحريم البيع ، بين بيعه بشيء ينتفع به في البيت وغيره .

الثانية : التصدق بالجلد لا يكفي إذا أوجبنا التصديق بشيء من الأنحية ، والقرن بالجلد .

الثالثة : لا يُجزئ صوفها إن كان في بقائه مصلحة ، لدفع حرٍّ ، أو بردٍ ، أو كان وقت الذبح قريباً ولم يضر بقاؤه ، وإلا ، فيجزئه ، وله الانتفاع به . والأفضل : التصديق . وفي « التتمة » : أن صوف الهدي ، يستصحبه ويتصدق به على مساكين الحرم ، كالولد .

الرابعة : إذا ولدت الأنحية أو الهدي المتطوع بهما ، فهو ملكه كالأم . ولو ولدت الميئنة بالنذر ابتداءً ، تبعها الولد ، سواء كانت حاملاً عند التعمين ، أم حملت بعده . فإن ماتت الأم ، بقي الولد أنحية ، كولد المدبرة لا يرتفع تدبيره بموتها . ولو عيَّنها بالنذر على ما في ذمته ، فالصحيح : أن حكم ولدها كولد الميئنة بالنذر ابتداءً . وفي وجه : لا يتبعها ، بل هو ملك المضحي أو الهدي ، لأن ملك الفقراء غير مستقر في هذه ، فانها لو عابت عادت إلى ملكه . وفي وجه : يتبعها مادامت حية . فإن ماتت ، لم يبق حكم الأنحية في الولد . والصحيح : بقاؤه ، والخلاف جارٍ في ولد الأمة الميئنة إذا ماتت في يد البائع . وإذا لم يُطَّق ولد الهدي المشي ، يحمل على أمه أو غيرها ليلبغ الحرم . ثم إذا ذبح الأم والولد ، ففي تفرقة لحمها أوجه . أحدها : لكل واحد منها حكم أنحية ، فيتصدق من كل

واحد شيء ، لأنها ضحيتان . والثاني : يكفي التصديق من أحدهما ، لأنه بمضها .
والثالث : لا بد من التصديق من لحم الأم ، لأنها الأصل ، وهذا هو الأصح
عند الفزالي . وقال الروياني : الأول : أصح . ويشترك الوجهان الأخيران في جواز
أكل جميع الولد . ولو ذبحها ، فوجد في بطنها جنيناً ، فيحتمل أن يطرد فيه هذا
الخلاف ، ويحتمل القطع بأنه بمضها .

قلت : ينبغي أن يبنى على الخلاف المعروف ، في أن الحمل له حكم ، وقسط
من الثمن ، أم لا ؟ إن قلنا : لا ، فهو بعض ، كبدنها ، وإلا ، فالظاهر : طرد
الخلاف ، ويحتمل القطع بأنه بعض . والأصح على الجملة : أنه يجوز أكل جميعه .
واسأعلم

الخامسة : لبن الأنحية والهدي ، لا يحلب إن كان قدر كفاية ولدها . فان
حلبه فنقص الولد ، ضمن النقص . وإن فصل عن ريّ الولد ، حلب . ثم قال
الجمهور : له شربه ، لأنه يشق نقله ، ولأنه يستخلف ، بخلاف الولد . وفي وجهه :
لا يجوز شربه . وقال صاحب « التتمة » : إن لم نجوز أكل لحمها ، لم يشربه .
وينقل لبن الهدي إلى مكة إن تيسر أو أمكن تخفيفه ، وإلا ، فيتصدق به على
الفقراء هناك . وإن جوزنا اللحم ، شربه .

السادسة : يجوز ركوبها وإركابها بالعارية ، والحمل عليها من غير إحفاف .
فان نقصا بذلك ، ضمن . ولا تجوز إجارتهما .

السابعة : لو اشترى شاة فجعلها ضحية ، ثم وجد بها عيباً قديماً ، لم يجوز
ردها (١) لزوال الملك عنها ، كمن اشترى عبداً فأعتقه ثم علم به عيباً ، لكن
يرجع على البائع بالأرش . وفيما يفعل به ، وجهان . أحدهما : يصرف مصرف
الضحية ، فينظر ، أيمكنه أن يشتري به ضحية ، أو جزءاً ، أم لا ؟
ويمود فيه ما سبق في نظائره ، وفرقوا بينه وبين أرش العيب بعد إعتاق

(١) في هامش الاصل : نسخة : لم يكن له ردها .

العبد ، فانه للذي أعتقه ، بأن المقصود من العتق تكميل الأحكام ، والميب لا يؤثر فيه . والمقصود من الأضحية اللحم ، ولحم الميب ناقص . والوجه الثاني : أنه للمضحى ، لا يلزمه صرفه للأضحية ، لأن الأرض بسبب سابق للتميين . وبالوجه الأول قال الأكثرون ، لكن الثاني أقوى ، ونسبه الإمام إلى الراوذة وقال : لا يصح غيره ، وإليه ذهب ابن الصباغ ، والغزالي ، والرويانى .

قلت : قد نقل في «الشامل» هذا الثاني عن أصحابنا مطلقاً ، ولم يحك فيه خلافاً ، فهو الصحيح . والله أعلم

فصل

في مسائل مشهورة

إحداها : قال ابن الرزبان : من أكل بعض لحم الأضحية ، وتصدق ببعضها ، هل يثاب على الكل ، أو على ماتصدق به ؟ وجهان كالوجهين فيمن نوى صوم التطوع ضحوة ، هل يثاب من أول النهار ، أم من وقته ؟ وينبغي أن يقال : له ثواب التضحية بالكل ، والتصدق بالمعض .

قلت : هذا الذي قاله الرافعي ، هو الصواب الذي تشهد به الأحاديث والقواعد . ومن جزم به تصريحاً ، الشيخ الصالح إبراهيم المروروذي . والله أعلم

الثانية : في جواز الصرف من الأضحية إلى المكاتب وجهان ، في وجه : يجوز كالزكاة .

قلت : الأصح : الجواز . والله أعلم

الثالثة : قال ابن كج : من ذبح شاة ، وقال : أذبح لرضى فلان ، حلت الذبيحة ، لأنه لا يتقرب إليه ، بخلاف من تقرب بالذبح إلى الصم . وذكر

الروايي : أن من ذبح للجن وقصد به التقرب إلى الله تعالى ليصرف شره عنه ، فهو حلال ، وإن قصد الذبح لهم ، فحرام .

الرابعة : قال في « البحر » : قال : أبو إسحاق : من نذر الأضحية في عام ، فأخر ، عصي ، ويقضي كمن أخر الصلاة .

الخامسة : قال الروايي : من ضحى بعمد ، فرقه على أيام الذبح ، فإن كان شاتين ، ذبح شاة في اليوم الأول ، والأخرى في آخر الأيام .

قلت : هذا الذي قاله ، وإن كان أرفق بالمساكين ، إلا أنه خلاف السنة ، فقد نحر النبي ﷺ في يوم واحد مائة بدنة أهداها (١) ، فالسنة : التمجيل والمسارة إلى الخيرات ، والمبادرة بالصالحات ، إلا ما ثبت خلافه . والله أعلم .

السادسة : محل التضحية ، بلد المضحي ، بخلاف الهدي . وفي نقل الأضحية ، وجهان ، تحريماً من نقل الزكاة .

السابعة : الأفضل أن يضحي في بيته بمشهد أهله . وفي « الحاوي » : أنه يختار الإمام أن يضحي للمسلمين كافة من بيت المال بدنة ، ينحرها في الصلوة . فإن لم يتيسر ، فشاة ، وأنه يتولى النحر بنفسه ، وإن ضحى من ماله ، ضحى حيث شاء . قلت : قال الشافعي رحمه الله في « البويطي » : الأضحية سنة على كل من وجد السبيل من المسلمين من أهل المدائن والقرى ، والحاضر والمسافر ، والحاج من أهل منى وغيرهم ، من كان معه هدي ، ومن لم يكن . هذا نصه بحروفه . وفيه رد على ما حكاه المبدي في كتابه « الكفاية » : أن الأضحية سنة ، إلا في حق الحاج بمنى ، فإنه لا أضحية عليهم ، لأن ما ينحر بمنى هدي ، وكما لا يخاطب الحاج في منى بصلاة العيد ، فكذا الأضحية . وهذا الذي قاله ، فاسد مخالف للنص الذي ذكرته .

(١) روى أحمد ، ومسلم ، في حديث جابر الطويل في صفة حج النبي صلى الله عليه وسلم ، قال « ثم انصرف إلى المنحر ، فنحر ثلاثاً وستين بدنة بيده ، ثم أعطى علياً فنحر ما غبر - أي : ما بقي - وأشركه في هديه ، ثم أمر من كل بدنة ببضعة فجعلت في قدر فطبخت ، فأكلا من لحمها ، وشربا من مرقها » .

وقد صرح القاضي أبو حامد في «جامعه» وغيره من أصحابنا : بأن أهل منى كفروا في الأضحية ، وثبت في صحيح «البخاري» و«مسلم» : أن النبي ﷺ ضحى في منى عن نسائه بالقرء . والله أعلم

باب

العقيقة

هي سنة ، والسنة ذبحها يوم السابع من يوم الولادة ، ويحسب من السبعة يوم الولادة على الأصح .

قلت : وإن ولد ليلاً ، حسب اليوم الذي يلي تلك الليلة قطعاً ، نص عليه في «البويطي» ، ونص أنه لا يحسب اليوم الذي ولد في أثنائه . والله أعلم

ويجزى ذبحها قبل فراغ السبعة ، ولا يحسب قبل الولادة ، بل تكون شاة لحم . ولا تقوت بتأخيرها عن السبعة ، لكن الاختيار أن لا تؤخر إلى البلوغ . قال أبو عبد الله البوشنجي من أصحابنا : إن لم تذبح في السابع ، ذبحت في الرابع عشر ، وإلا ففي الحادي والعشرين . وقيل : إذا تكررت السبعة ثلاث مرات ، فات وقت الاختيار . فإن أخرت حتى بلغ ، سقط حكمها في حق غير المولود ، وهو مخير في العقيقة عن نفسه . واستحسن القفال والشافعي : أن يفعلها . وروى عن النبي ﷺ : أنه عتق عن نفسه بعد النبوة . ونقلوا عن نصه في «البويطي» : أنه لا يفعل ذلك ، واستغروه .

قلت : قد رأيت نصه في نفس كتاب «البويطي» ، قال : ولا يعق عن كبير . هذا لفظه ، وليس مخالفاً لما سبق ، لأن معناه : لا يعق عن غيره ، وليس فيه نفي عقه عن نفسه . والله أعلم

فصل

إِنَّمَا يَعْنَى عَنْ الْمَوْلُودِ مَنْ تَلَزَمَهُ نَفَقَتُهُ . وَأَمَّا عَنْ النَّبِيِّ ﷺ عَنْ الْحَسَنِ وَالْحُسَيْنِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، فَمُتَوَوِّلٌ .

قلت : تأويله : أنه ﷺ أمر أباهما بذلك ، أو أعطى أبويهما ماعق به : أن أبويهما كانا عند ذلك معسرين ، فيكونان في نفقة جدتهما رسول الله ﷺ . والله أعلم ولا يعنى عن المولود من ماله ، فلو كان المنفق عاجزاً عن المقيمة ، فأيسر في السبعة ، استحب له العن . وإن أيسر بعدها ، أو بعد مدة النفاس ، فهي ساقطة عنه . وإن أيسر في مدة النفاس ، ففيه احتمالان للأصحاب ، لبقاء أثر الولادة .

فصل

المقيمة جذعة ضأن ، أو ثنية معز ، كالأضحية . وفي « الحاوي » : أنه يجزىء مادونها ، ويشترط سلامتها من العيب المانع في الأضحية . وفي « المدة » : إشارة إلى وجه مسامح ، قال بعض الأصحاب : الغنم أفضل من الإبل والبقر ، والصحيح خلافه ، كالأضحية . وينبغي أن تتأدى السنة بسبع بدنة أو بقرة .

فصل

حكم المقيمة في التصديق منها ، والأكل ، والهدية ، والادخار ، وقدر المأكول ، وامتناع البيع ، وتعيين الشاة إذا عيئت للمقيمة ، كما ذكرنا في الأضحية .

وقيل : إن جَوَزنا دونَ الجذعة ، لم يجب التصدق منها ، وجاز تخصيص الأغنياء بها .

فصل

ينوي عند ذبحها ، أنها عقيقة . لكن إن جعلها عقيقة من قبل ، ففي الحاجة إلى النية عند الذبح ، ما ذكرنا في الأضحية .

فصل

يستحب أن لا يتصدق بلحمها نيئاً ، بل يطبخه . وفي « الحاوي » : أنا إذا لم نجوز ما دون الجذعة والثنية ، وجب التصدق بلحمها نيئاً . وكذا قال الامام : إن أوجبنا التصدق بمقدار ، وجب تمليكه وهو نيءٌ . والمصحح : الأول . وفيما يطبخه به ، وجهان . أحدهما : بمحوضة ، ونقله في « التهذيب » عن النص . وأصحها : بجلوٍ تفاؤلاً بجلالة أخلاق المولود . وعلى هذا ، لو طبخ بحامض ، ففي كراهته وجهان . أصحها : لا يكره . ويستحب أن لا يكره عظام المقيقة ما أمكن ، فإن كسر ، لم يكره على الأصح . والتصدق بلحمها ومرقها على المساكين ، بالبعث إليهم ، أفضل من الدعوة إليها . ولو دعا إليها قوماً ، فلا بأس .

فصل

يعق عن الجارية شاة ، وعن الغلام شاتان ، ويحصل أصل السنة بواحدة .

ويستحب أن تكون الشاتان متساويتين ، وأن يكون ذبح المقيقة في صدر النهار ، وأن يعق عنن مات بعد الأيام السبعة والتمكن من الذبح . وقيل : يسقط بالموت . وأن يقول الذابح بعد التسمية : اللهم لك وإليك عقيقة فلان . وبكره لطنخ رأس الصبي بدم المقيقة ، ولا بأس بلطخه بالزعفران والخلوق . وقيل باستجابته .

فصل

يستحب أن يسمى المولود في اليوم السابع ، ولا بأس بأن يسمى قبله . واستحب بعضهم أن لا يفعله ، ولا يترك تسمية السقط ، ولا من مات قبل تمام السبعة ، ولتكن التسمية باسم حسن ، وتكره الأسماء القبيحة وما يتطير بنفيه ، كنافع ، ويسار ، وأفلح ، ونجيح ، وبركة .

فصل

يستحب أن يحلق رأس المولود [يوم السابع] ، ويتصدق بوزن شعره ذهباً . فإن [لم] يتيسر ، ففضة ، سواء فيه الذكر والأنثى . قال في « التهذيب » : يحلق بعد الذبح . والذي رجحه الروياني ، ونقله عن النص : أنه يكون قبل الذبح . قلت : وهذا قطع الهاملي في « المقنع » ، وبالأول قطع صاحب « المذهب » والجرجاني في « التحرير » ، وفي الحديث إشارة إليه ^(١) ، فهو أرجح . والله أعلم

(١) وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « كل غلام رهينة بعقيقته ، تذبح عنه يوم سابعه ، ويسمى فيه ، ويحلق رأسه » رواه أحمد ، وأصحاب « السنن » وصححه الترمذي .

فصل

يستحب أن يؤذن من ولد له ولد في أذنه . وكان عمر بن عبد العزيز رحمه الله ، إذا ولد له ولد ، أذن في أذنه اليمنى ، وأقام في اليسرى ، واستحبه بعض أصحابنا . ويستحب أن يقول في أذنه : « إني أعيذها بك وذريتها من الشيطان الرجيم » ، وأن يحنكه بتمر ، بأن يمضغه ويدلك به حنكه ، فإن لم يكن تمر ، حنكه بشيء آخر حلواً ، وأن يهنأ الوالد بالمولود ، ويستحب أن يعطي القابلة رجل العقبة .

فصل

في الحديث عن النبي ﷺ قال : « لا فرع ولا عتيرة » . فالفرع - بفتح الفاء والراء وبالعين المهملة - أول نتاج البهمة كانوا يذبحونه ولا يملكونه رجاء البركة في الأم وكثرة نسلها . والعتيرة - بفتح العين المهملة - ذبيحة كانوا يذبحونها في العشر الأول من رجب ، ويسمونها : الرجبية أيضاً . وذكر ابن كج وغيره فيها وجهين . أحدهما : تكرهان ، للخبر . والثاني : لا كراهة فيها ، والمنع راجع إلى ما كانوا يفعلونه ، وهو الذبح لأهلهم ، أو أن المقصود نفي الوجوب ، أو أنها ليستا كالأضحية في الاستحباب ، أو في ثواب إراقته الدم . فأما تفرقة اللحم على المساكين ، فبرء وصدقة . وحكي أن الشافعي رحمه الله قال : إن تيسر ذلك كل شهر ، كان حسناً .

قلت : هذا النص للشافعي رحمه الله في سنن حرملة ، والحديث المذكور في أول الفصل في « صحيح البخاري » وغيره ، وفي « سنن أبي داود » وغيره حديث آخر

يقتضي الترخيص فيها ، بل ظاهره النذب^(١) ، فالوجه الثاني يوافقه ، وهو الراجع .
واعلم أن الامام الرافعي رحمه الله ، ترك مسائل مهمة تتعلق بالباب .

إحداها : يكره القَزَع ، وهو حلق بمض الرأس ، سواء كان متفرقا أو من موضع واحد ، لحديث «الصحيحين» بالنهي عنه . وقد اختلف في حقيقة القزع ، الصحيح : ما ذكرته . وأما حلق جميع الرأس ، فلا بأس به لمن لا يخف عليه تماهده ، ولا بأس بتركه لمن خف عليه .

الثانية : يستحب فرق شعر الرأس .

الثالثة : يستحب الادهان غبّا ، أي : وقتاً بعد وقت ، بحيث يحفّ الأول .

الرابعة : يستحب الاكتحال وترّاً . والصحيح في معناه : ثلاثاً في كل عين .

والخامسة : تقليم الأظفار ، وإزالة شعر العانة ، بحلق ، أو تنف ، أو قص ، أو نورة ، أو غيرها ، والحلق أفضل . ويستحب إزالة شعر الإبط بأحد هذه الأمور ، والتنف أفضل لمن قوي عليه . ويستحب قص الشارب ، بحيث يبين طرف الشفة بياناً ظاهراً . ويبدأ في هذه كلها ، باليمين ، ولا يؤخرها عن وقت الحاجة ، ويكره كراهة شديدة ، تأخيرها عن أربعين يوماً ، للحديث في «صحيح مسلم» بالنهي عن ذلك .

السادسة : من السنة غسل البراجم ، وهي عقد الأصابع ومفاصلها ، ويلتحق بها إزالة ما يجتمع من الوسخ في معاطف الأذن وصاخها ، وفي الأنف وسائر البدن .

السابعة : خضاب الشعر الشائب بحمرة أو صفرة ، سنّة ، وبالسواد حرام . وقيل : مكروه . وأما خضاب اليدين والرجلين ، فمستحب في حق النساء ، كما سبق في باب الاحرام ، وحرام في حق الرجال إلا لعذر .

الثامنة : يستحب ترجيل الشعر ، وتسريح اللحية ، ويكره تنف الشيب .

التاسعة : ذكر الغزالي وغيره ، في اللحية عشر خصال مكروهة : خضابها

(١) انظر «سنن أبي داود» الحديث رقم (٢٨٣٠)

بالسواد إلا للجهاد، وتبييضها بالكبريت أو غيره استعمالاً للشيخوخة ، ومنتفها أول طلوعها إشاراً للمرودة وحسن الصورة ، وتنف الشيب ، وتصفيها طاقة فوق طاقة تحسناً، والزيادة فيها، والنقص منها بالزيادة في شعر العذارين من الصديين، أو أخذ بعض العذار في حلق الرأس، وتنف جانبي المنفقة، وغير ذلك ، وتركها شعثة إظهاراً لقلة المبالة بنفسه ، والنظر في بياضها وسوادها إعجاباً وافتخاراً ، ولا بأس بترك سباليه ، وهما طرفا الشارب .

المأثرة : في « صحيح مسلم » عن النبي ﷺ : « إن أحب أسمائكم إلى الله عز وجل ، عبد الله ، وعبد الرحمن ، ، وإذا سمي إنسان باسم قبيح ، فالسنة تغييره . وينبغي للولد والتليذ والعلام ، أن لا يسمي أباه ومعلمه وسيداه باسمه . ويستحب تكنية أهل الفضل من الرجال والنساء ، سواء كان له ولد ، أم لا ، وسواء كني بولده ، أم بغيره . ولا بأس بكنية الصغير، وإذا كني من له أولاد ، فالسنة أن يكنى بأكبرهم ، ونص الشافعي رحمه الله ، أنه لا يجوز التكني بأبي القاسم ، سواء كان اسمه محمداً ، أم غيره ، للحديث الصحيح في ذلك ، وسنوضحه في أول النكاح إن شاء الله تعالى . ولا بأس بمخاطبة الكافر والمبتدع والفاسق بكنيته إذا لم يُعرف بغيرها ، أو خيف من ذكره باسمه فنته ، وإلا فينبغي أن لا يزيد على الاسم . والأدب ، أن لا يذكر الإنسان كنيته في كتابه ولا غيره ، إلا أن لا يعرف بغيرها ، أو كانت أشهر من اسمه . ولا بأس بترخيم الاسم إذا لم يتأذ صاحبه ، ولا بتلقب الإنسان بلقب لا يكره . واتفقوا على تحريم تلقيبه بما يكرهه ، سواء كان صفة له ، كالأعمش والأعرج ، أو لأبيه ، أو لأمه ، أو غير ذلك . ويجوز ذكره بذلك للتعريف ، لمن لا يعرفه بغيره ، ناوياً التعريف فقط . وثبت في « صحيح مسلم » وغيره : أن رسول الله ﷺ قال : « إذا كان جنح الليل أو أُمِيتُمْ ، فكفوا صيائكم ، فإن الشيطان ينتشر حينئذ ، فاذا ذهب ساعة من الليل ، فخلُّوهم ، وأغلقوا الباب ، واذكروا اسم الله ، فإن الشيطان لا يفتح باباً مغلقاً ، وأكثروا قِرْبَكُمْ واذكروا

اسم الله ، وخمروا آئيتكم واذكروا اسم الله، ولو أن تَعْرِضُوا عليها شيئاً ، وأطفئوا مصابيحكم ، وفي رواية : « لا ترسلوا فواشيتكم وصبيانكم إذا غابت الشمس ، حتى تذهب فجمة العشاء » وفي رواية : « لا تتركوا النار في بيوتكم حين تنامون » .
فهذه سنن ينبغي المحافظة عليها ، و « جنح الليل » بضم الجيم وكسرهما : ظلامه .
وقوله ﷺ : « تعرضوا عليها شيئاً » - بضم الراء - على المشهور . وقيل : بكسرهما ، أي : تجعلوه عرضاً . وقوله ﷺ : « لا ترسلوا فواشيتكم » هي - بالفاء جمع فاشية - وهو كل ما ينثر من المال كالبهاثم وغيرها ، وفجمة العشاء : ظلمتها .
وانتأعلم



كتاب الصيد والذباح

الحيوان المأكول ، إنما يصير مذكّيّاً بأحد طريقين . أحدهما : الذبح في الحلق واللثة ، وذلك في الحيوان المقدور عليه . والثاني : المقر الزهق في أي موضع كان ، وذلك في غير المقدور عليه . ثم الذبح والمقر أربعة أركان .

الأول : الذابح ، والعافر يشترط كونه مسلماً أو كتائياً . وتحل ذبيحة الكتابي ، سواء فيه ما يستحلّه الكتابي ، وما لا . وحقيقة الكتابي تأتي في كتاب النكاح إن شاء الله تعالى . وفي ذبيحة التولد بين الكتابي والمجوسية ، قولان ، كمنكحته ، والمنكحة والذبيحة ، لايفترقان ، إلا أن الأمة الكتابية ، تحل ذبيحتها دون منكحتها . ولو صاد مجوسي سمكة ، حلت ، لأن ميتتها حلال . وكما تحرم ذبيحة المجوسي ، والوثني ، والمرتد ، وغيرهم ممن لا كتاب له ، يحرم صيده بسهم ، أو كلب . ويحرم ما يشارك فيه مسلماً . فلو أمرتاً سكيناً على حلق شاة ، أو قطع هذا بمض الخلقوم ، وهذا بمضنه ، أو قتلاً صيداً بسهم أو كلب ، فهو حرام . ولو رميا سهمين ، أو أرسلا كلبين ، فإن سبق سهم المسلم أو كلبه ، فقتل الصيد ، أو أنهاه إلى حركة المذبوح ، حل ، كما لو ذبح مسلم شاة ، ثم قدّها المجوسي . وإن سبق ما أرسله المجوسي ، أو جرحه ممّا ، أو مرتباً ، ولم يذقف واحد منها ، فهلك بهما ، أو لم يعلم أيها قتله ، غرام . وقال صاحب البحر : متى اشتركا في إمساكه وعقره ، أو في أحدهما ، وانفرد واحد بالآخر ، أو انفرد كل واحد بأحدهما ، غرام . ولو كان لمسلم كلبان معلّم وغيره ،

أو معلّمان ، ذهب أحدهما بلا إرسال ، فقتلا صيداً ، فكاشتركا كلبَي المسلم والمجوسي .
ولو هرب الصيد من كلب المسلم ، فعارضه كلب مجوسي ، فردّه عليه ، فقتله كلب
المسلم ، حلّ ، كما لو ذبح المسلم شاة أمسكها مجوسي . ولو جرحه مسلم أولاً ، ثم
قتله مجوسي ، أو جرحه جرحاً غير مذقّف ، ومات بالجرحين ، غرام . فلو كان
المسلم أنخنه بجراحته ، فقد ملكه . ويلزم المجوسي قيمته له ، لأنه أفسده بجعله
ميتة . ويحل ما اصطاده المسلم بكلب المجوسي ، كالذبح بسكّينه .

قلت : لو أكره مجوسي مسلماً على ذبح شاة ، أو محرم حلالاً على ذبح صيد ،
فذبح ، حلّ ، ذكره الشيخ إبراهيم الرهّوذي في مسألة الاكراه على القتل .
وانتاعلم

فرع

تحل ذبيحة الصبي المميز على الصحيح ، وفي غير المميز والمجنون والسكران ،
قولان . أحدهما : الحِلّ ، كمن قطع حلق شاة يظنه خشبة . والثاني : النع ، كنسائم
بيده سكين وقمت على حلقوم شاة . وصحح الامام ، والفرالي ، وجماعة ، الثاني .
وقطع الشيخ أبو حامد وصاحب « المذهب » بالحِلّ .

قلت : الأظهر : الحِلّ . وانتاعلم

قال صاحب « التهذيب » : فان كان المجنون أدنى تمييز ، وللسكران قصد ،
حل قطعاً . وتحل ذبيحة الأعمى قطعاً ، لكن تكره . وفي صيده بالكلب والرمي ،
وجهان . أحبها : لا يحل . ومنهم من قطع به . وقيل : عكسه . والأشبه : أن
الخلاف مخصوص بما إذا أخبره بصير بالصيد ، فأرسل السهم أو الكلب . وكذا

صورها في « التهذيب » ، وأطلق الوجهين جماعة ، ويمجريان في اصطياد الصبي والمجنون بالكلب والسهم . وقيل : يختصان بالكلب ، ويقطع بالحل في السهم كالذبيح .

فرع

الأخرس ، إن كان له إشارة مفهومة ، حلت ذبيحته ، وإلا ، فكالمجنون ، قاله في « التهذيب » : ولتكن سائر تصرفاته على هذا القياس .
قلت : الأصح : الجزم بحل ذبيحة الأخرس الذي لا يفهم ، وبه قطع الأكثرون .
والله أعلم

الركن الثاني : الذبيح .

الحيوان ثلاثة أقسام . الأول : ما لا يؤكل . والثاني : ما كوله يحل ميتة . والثالث : ما كوله لا يحل ميتة . فالأول : ذبحه كوته . والثاني : كالسمك والجراد ، ولا حاجة إلى ذبحه . وهل يحل أكل السمك الصفار إذا شويت ولم يُشَقَّ جوفها ويُخَرَّجَ ما فيه ؟ فيه وجهان . وجه الجواز : عسر تنبّعها ، وعلى المساحة بها جرى الأولون . قال الروياني : بهذا أفقي ، ورجيمها طاهر عندي ، وهو اختيار القفال . ولو وجدت سمكة في جوف سمكة ، فهي حلال ، كما لو ماتت حنف أنفها ، بخلاف ما لو ابتلعت طائراً فوجد ميتاً في جوفها ، لا يحل . ولو تقطعت السمكة في جوف سمكة ، وتغير لونها ، لم تحل على الأصح ، لأنها كالروث والقيء . ويكره ذبح السمك ، إلا أن يكون كبيراً بطول بقاؤه ، فيستحب ذبحه على الأصح ، إراحة له . وقيل : يستحب تركه ليموت بنفسه . ولو ابتلع سمكة حية ، أو قطع فلقه منها ، لم يحرم على الأصح ، لكن يكره .

قلت : وطردوا الوجهين في الجراد . ولو ذبح مجوسي سمكة ، حلت . ولو

قلى السمك قبل موته ، فطرحة في الزيت المغلي وهو يضطرب ، قال الشيخ أبو حامد :
لا يحل فعله ، لأنه تعذيب . وهذا تفريع على اختياره في ابتلاع السمكة حية :
أنه حرام . وعلى إباحة ذلك ، يباح هذا . والله أعلم

أما القسم الثالث : فضربان ، مقدور على ذبحه ، ومتوحش . فالقدور عليه :
لا يحل إلا بالذبح في الحلق واللبة ، كما سبق في كتاب الأضحية ، وسواء الإنسي
والوحشي إذا ظفر به . وأما المتوحش ، كالصيد ، فجميع أجزائه مذبوح ما دام
متوحشاً . فلورماه بهم ، أو أرسل عليه جارحة ، فأصاب شيئاً من بدنه ومات ،
حل بالاجماع . ولو توحش لإنسي ، بأن ندّ بعير ، أو شردت شاة ، فهو كالصيد ،
يحل بالرمي إلى غير مذبحه ، وبإرسال الكلب عليه . ولو تردى بعير في بئر ، ولم
يمكن قطع حلقومه ، فهو كالبعير النّادى في حله بالرمي . وهل يحل بإرسال الكلب ؟
وجهان . أصحها عند صاحب « البحر » : التحريم ، واختار البصريون الحل .

قلت : الأصح : تحريمه . وصححه أيضاً الشافعي . والله أعلم

وليس المراد بالتوحش مجرد الإفلات ، بل متى تيسّر الحقوق بعدو ، أو
استماعة بمن مسك الدابة ، فليس ذلك توحشاً ، ولا يحل إلا بالذبح في المذبوح .
ولو تحقق الشرود ، وحصل العجز في الحال ، فقد أطلق الأصحاب : أن البعير كالصيد ،
لأنه قد يريد الذبح في الحال ، فتكليفه الصبر إلى القدرة ، يشق عليه . قال
الامام : والظاهر عندي : أنه لا يلحق بالصيد بذلك ، لأنها حالة عارضة قريبة
الزوال ، لكن لو كان الصبر والطلب يؤدي إلى مهلكة أو مسببة ، فهو حينئذ كالصيد .
وإن كان يؤدي إلى موضع لصوص وغصّاب مترصدين ، فوجهان . والفرق أن
تصرفهم وإتلافهم متدارك بالضمان . والمذهب : ما قدمناه عن الأصحاب : ثم في
كيفية الجرح المفيد للحل في النّادى والمتردي ، وجهان . أصحها وبه أجاب الأكثرون :

يكفي جرح يفضي إلى الزهوق كيف كان . والثاني : لا بد من جرح مذئف ، واختاره القفال ، والامام .

فصل

إذا أرسل سلاحاً ، كسهم ، وسيف ، وغيرهما ، أو كلباً معلماً على صيد ، فأصابه ، ثم أدرك الصيد حياً ، نظر ، إن لم يبق فيه حياة مستقرة ، بأن كان قطع حلقومه ومرئيه ، أو أجافه ، أو خرق أمعاءه ، فيستحب أن يمر السكين على حلقه ايريجه . فإن لم يفعل ، وتركه حتى مات ، فهو حلال ، كما لو ذبح شاة فاضطربت أو عدت . وإن بقيت فيه حياة مستقرة ، فله حالان . أحدهما : أن يتعذر ذبحه بغير تقصير من صائده حتى يموت ، فهو حلال أيضاً ، للعذر . والثاني : أن لا يتعذر ذبحه ، فتركه حتى مات ، أو تعذر بتقصيره ، فمات ، فهو حرام ، كما لو ردى بعير فلم يذبحه حتى مات .

فمن صور الحال الأول ، أن يُشغل بأخذ الآلة وسل السكين ، فيموت قبل إمكان ذبحه .

ومنها : أن يمتنع بما فيه من بقية قوة ، ويموت قبل قدرته عليه .

ومنها : أن لا يجد من الزمان ما يمكن الذبح فيه .

ومن صور الثاني : أن لا يكون معه آلة ذبح ، أو تضعيع آله منه ، فلو نشبت في النمد ، فلم يتمكن من إخراجها حتى مات ، فهو حرام على الصحيح ، لأن حقه أن يستصحب غمداً يواتيه . وقال أبو علي ابن أبي هريرة ، والطبري : يحل . ولو غصبت الآلة ، فالصيد حرام على الأصح . والثاني : تحل كما لو لم يصل إلى الصيد لسبُع حائل حتى مات ، قال الروياني : ولو اشتغل بطلب المذبح فلم يجده حتى مات ، فهو حلال ، لأنه لا بد منه ، بخلاف ما لو اشتغل بتحديد السكين ،

لأنه يمكن تقديمه . ولو كان يمر ظهر السكين على حلقه غلطاً ، فمات ، فحرام ، لأنه تقصير . ولو وقع الصيد منكساً ، واحتاج إلى قلبه ليقدر على الذبح ، فمات ، أو اشتغل بتوجيهه إلى القبلة ، فمات ، فحلال . ولو شك بعد موت الصيد ، هل تمكن من ذكاته فيحرم ، أم لم يتمكن فيحل ؟ فقولان . أظهرها : يحل . وهل يشترط العدو إلى الصيد إذا أصابه السهم أو الكلب ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، لأنه المتبادر في هذه الحالة ، لكن لا يكلف المبالغة بحيث يفضي إلى ضرر ظاهر . وأصحها : لا ، بل يكفي الشيء . وعلى هذا ، فالصحيح الذي قطع به الصيدلاني ، وصاحب « التهذيب » ، وغيرها : أنه لو كان يمشي على هيئته ، فأدركه ميتاً ، حل وإن كان لو أسرع لأدركه حياً . وقال الامام : عندي أنه لا بد من الإسراع قليلاً ، لأن الماشي على هيئته ، خارج عن عادة الطلب . فان شرطنا العدو ، فتركه ، فصادف الصيد ميتاً ولم يدر أ مات في الزمن الذي يسع العدو ، أم بعده ، فينبغي أن يكون على القولين ، فيما إذا شك في التمكن من الذكاة .

فرع

لو رمي صيداً فقتله قطمتين متساويتين أو متفاوتتين ، فهذا حلال . ولو أبان منه - بسيف أو غيره - عضواً ، كيد ورجل ، نظر ، إن أبانته بجراحه مذقتة ومات في الحال ، حل العضو وباقي البدن . وإن لم يذقتفه فأدركه وذبحه ، أو جرحه جرحاً آخر مذقفاً ، فالعضو حرام ، لأنه أئين من حيٍّ ، وباقي البدن حلال . وإن أثبتته بالجراحة الاولى ، فقد صار مقدوراً عليه ، فتمين ذبحه ، ولا تجزئ سائر الجراحات . ولو مات من تلك الجراحة بعد مضي زمن ، ولم يتمكن من ذبحه ، حل باقي البدن ، ولم يحل العضو على الأصح ، لأنه أئين من حيٍّ ، فهو كمن قطع ألية شاة ثم ذبحها ، لا تحل الألية قطعاً . والثاني : تحل ، لأن الجرح كالذبح

للجملة ، فنبهها المصنوع . وإن جرحه جراحة أخرى والحالة هذه ، فإن كانت مذفوفة ، فالصيد حلال ، والمصنوع حرام ، وإلا ، فالصيد حلال أيضاً ، والمصنوع حرام على الصحيح ، لأن الابانة لم تتجرد ذكاة للصيد .

الركن الثالث : آلة الذبح والاصطياد، هي ثلاثة أقسام .

الأول : المحدثات الجارحة بمحدثها من الحديد ، كالسيف ، والسكين ، والسهم ، والرمح ، أو من الرصاص أو النحاس أو الذهب أو الخشب المحدث ، أو القصب أو الزجاج أو الحجر ، فيحصل الذبح بجميعها ، ويحل الصيد المقتول بها ، إلا الظفر والسن وسائر المظالم ، فإنه لا يحل بها ، سواء عظم الآدمي وغيره ، المتصل [والمنفصل] . وفي وجهه : أن عظم المأكول تحصل الذكاة به ، وهو شاذ ضئيف . ولو ركّب عظماً على سهم ، وجعله نصلاً له ، فقتل به صيداً ، لم يحل على المشهور .

القسم الثاني : الآلات الثقّلات ، إذا أثّرت بثقلها دفقاً أو خنقاً ، لم يحل الحيوان ، وكذا المحدث إذا قتل بثقله ، بل لا بد من الجرح . فيحرم الطير إذا مات ببندقية رمي بها ، خدشته ، أم لا ، قطعت رأسه ، أم لا . ولو وقع صيد في بئر محفورة له ، فمات بالانصدام ، أو الخنق بأحبولة منصوبة له ، أو كان رأس الحبل بيده ، فجره ومات الصيد ، أو مات بسهم لا يصل فيه ولا حد له ، أو بثقل السيف ، أو مات الطير الضئيف بأصابة عرض السهم ، أو قتل بسوط ، أو عصاً ، فكله حرام . ولو ذبح بحديدة لا تقطع ، لم يحل ، لأن القطع هنا بقوة الذابح وشدة الاعتماد ، لا بالآلة . ولو خسق^(١) فيه العصا ونحوه ، حكى الروايي : أنه إن كان محدداً يمور مَوْر السلاح ، فهو حلال . وإن كان لا يمور إلا مستكرهاً ، نظر ، إن كان العود خفيفاً قريباً من السهم ، حل . وإن كان ثقيلاً ، لم يحل .

(١) يقال : خسق السهم الهدف خسقاً ، من باب ضرب : إذا لم ينفذ نفاذاً شديداً ، وهو لغة في الخرق .

فرع

إذا لم يجرح الكلب الصيد ، لكن تحامل عليه ، فقتله بضبطته ، حل على الأظهر .

فرع

إذا مات الصيد بشيئين: محرّم، ومبيح، بأن مات بسهم وبندقة أصابه من رامٍ أو راميين ، أو يصيب الصيد طرف من النصل ، فيجرحه ويؤثر فيه عرض السهم في مروره فيموت منها ، أو يرمي إلى صيد سهماً فيقع على طرف سطح ، ثم يسقط منه ، أو على جبل فيتدهور منه ، أو يقع في ماء ، أو على شجر فينصدم بأغصانه ، أو يقع على محدد من مسكين وغيره ، فكل هذا حرام . ولو تدحرج الجروح من الجبل من جنب إلى جنب ، حل ، ولا يضر ذلك ، لأنه لا يؤثر في التلف . وإن أصاب السهم الطائر في الهواء فوقه على الأرض ومات ، حل ، سواء مات قبل وصوله الأرض أو بعده ، لأنه لا بد من الوقوع ، فمفي عنه ، كما لو كان [الصيد] قائماً فأصابه السهم ووقع على جنبه وانصدم بالأرض ومات ، فانه يحل . ولو زحف قليلاً بعد إصابة السهم ، فهو كالوقوع على الأرض ، فيحل . ولو لم يجرحه السهم في الهواء ، لكن كسر جناحه فوقه ومات ، فحرام ، لأنه لم يصبه جرح يُحال الموت عليه . ولو كان الجرح خفيفاً لا يؤثر مثله ، لكن عطّل جناحه فسقط ومات ، فحرام . ولو جرحه السهم في الهواء فوقه في بئر ، إن كان فيها ماء ، فقد سبق بيانه ، وإلا ، فهو حلال ، وقمر البئر كالأرض . والمراد : إذا لم تصادمه جدران البئر . ولو كان الطائر على شجرة فأصابه السهم فوقه على الأرض ومات ،

حل . وإن وقع على غصن ثم على الأرض ، لم يحل . وليس الانصدام بالأغصان ، أو بأحرف الجبل عند التدهور من أعلاه ، كالانصدام بالأرض ، فإن ذلك الانصدام ليس بلازم ولا غالب ، والانصدام بالأرض ، لازم . وللامام احتمال في الصورتين ، لكثرة وقوع الطير على الشجر ، والانصدام بطرف الجبل إذا كان الصيد فيه .

فرع

إذا رمي طير الماء ، إن كان على وجه الماء فأصابه ومات ، حل ، والماء له كالأرض . وإن كان خارج الماء ، ووقع فيه بعد إصابة السهم ، ففي حله وجهان ذكرهما في « الحاوي » . وقطع في « التهذيب » : بالتحريم . وفي شرح « مختصر الجويني » : بالحل . فلو كان الطائر في هواء البحر ، قال في « التهذيب » : إن كان الرامي في البر ، لم يحل . وإن كان في السفينة في البحر ، حل .

فرع

جميع ما ذكرنا فيما إذا لم ينته الصيد بتلك الجراحة إلى حركة المذبوح . فإن انتهى إليها بقطع الحلقوم والمريء ، أو غيره ، فقد تمت ذكاته ، ولا أثر لما يمرض بعده .

فرع

لو أرسل كلب في عنقه قلادة محددة ، فبحرجه الصيد بها ، حل كما لو أرسل سهماً ، قاله في « التهذيب » . وقد يفرق بأنه قصد بالسهم الصيد ، ولم يقصده بالقلادة .

القسم الثالث : الجوارح ، فيجوز الاصطياد بجوارح السباع ، كالكلب ، والفهد ، والنمر ، وغيرها . وبجوارح الطير ، كالبازي ، والشاهين ، والصقر . وفي وجه يحكى عن أبي بكر الفارسي : لا يجوز الاصطياد بالكلب الأسود ، وهو شاذ ضعيف . والمراد بجواز الاصطياد بها : أن ما أخذته وجرحته وأدركه صاحبها ميتاً ، أو في حركة المذبوح ، حل أكله . ويقوم إرسال الصائد وجرح الجارح في أي موضع كان ، مقام الذبوع في المقدور عليه . وأما الاصطياد بمعنى إثبات الملك ، فلا يختص ، بل يحصل بأي طريق تيسر . ثم يشترط لحل ما قتله الجوارح ، كون الجارح معلماً . فإن لم يكن معلماً ، لم يحل ما قتله . فإن أدرك وفيه حياة مستقرة ، ذكاه كغيره . ويشترط في كون الكلب معلماً ، أربعة أمور .

أحدها : أن ينزجر بزجر صاحبه ، كذا أطلقه الجمهور ، وهو المذهب . وقال الامام : يعتبر ذلك في ابتداء الأمر . فأما إذا انطلق واشتد عدوّه ، ففي اشتراطه وجهان . أصحهما : يشترط .

الثاني : أن يسترسل بارساله . ومعناه : أنه إذا أغري بالصيد هاج .

الثالث : أن يمسك الصيد فيحبسه على صاحبه ، ولا يخلّيه .

الرابع : أن لا يأكل منه على المشهور . وفي قول شاذ : لا يضر الأكل . هذا حكم الكلب ، وما في معناه من جوارح السباع . وذكر الامام : أن ظاهر المذهب : أنه يشترط أيضاً أن ينطلق باطلاق صاحبه ، وأنه لو انطلق بنفسه ، لم يكن معائناً . ورآه الامام مشكلاً ، من حيث أن الكلب على أي صفة كان ، إذا رأى صيداً بالقرب منه وهو على كُنْب الجوع ، يبعد انكفافه .

وأما جوارح الطير ، فيشترط فيها أن تهيج عند الاغراء أيضاً . ويشترط ترك أكلها من الصيد أيضاً على الأظهر . قال الامام : ولا يطعم في تزجارها بعد الطيران ، ويبعد أيضاً اشتراط انكفافها في أول الأمر .

ثم في الفصل مسائل .

إحداها : الأمور المشترطة في التعليم ، يشترط تكررها لينقلب على الظن تأدب الجارحة . والرجوع في عدد ذلك إلى أهل الخبرة بالجوارح ، على الصحيح الذي اقتضاه كلام الجمهور . وقيل : يشترط تكرره ثلاث مرات . وقيل : مرتين .

الثانية : إذا ظهر أنه معلّم ، ثم أكل من صيد قبل قتله أو بعده ، ففي حل ذلك الصيد قولان . أظهرهما : لا يحل . قال الامام : وددت لو فصل فاصل بين أن ينكف زماناً ثم يأكل ، وبين أن يأكل بنفس الأخذ ، لكن لم يتعرضوا له . قلت : فصل الجرجاني وغيره فقالوا : إن أكل عقيب القتل ، ففيه القولان ، وإلا ، فيحل قطعاً . والله أعلم

فاذا قلنا بالتحريم ، فلا بد من استئناف التعليم ، ولا ينعطف التحريم على ما اصطاده من قبل . فاذا قلنا بالحل ، فتكرر أكله وصار عادة له ، حرم الصيد الذي أكل منه بلا خلاف . وفي تحريم الصيد التي أكل منها من قبل ، وجهان ، وقد ترجّح منها التحريم . قال في « التهذيب » : إذا أكل من الصيد الثاني ، حرم ، وفي الأول ، الوجهان . وإذا أكل من الثالث ، حرم ، وفيما قبله ، الوجهان . وهذا ذهاب إلى أن الأكل مرتين ، يخرج عن كونه معلّمًا . وقد ذكرنا خلافاً في تكرر الصفات التي يصير بها معلّمًا ، ويجوز أن يفرّق بينها بأن أثر التعليم في الحل ، وأثر الأكل في التحريم ، فعملنا بالاحتياط فيها . وعلى هذا ، لو عرفنا كونه معلّمًا ، لم ينعطف الحل على ماسبق بلا خلاف . وفي انعطاف التحريم ، الخلاف المذكور . ولو لاق الكلب الدم ، لم يضر على المذهب . وأشار الامام إلى وجه ضعيف . ولو أكل حشوة الصيد ، فطريقان . أحدهما : على قولي اللحم . والثاني : القطع بالحل ، لأنها غير مقصودة كالدم . ولو لم يسترسل عند الارسال ، أو لم ينزجر عند الزجر ، فينبغي أن يكون في تحريم الصيد وخروجه عن كونه معلّمًا ،

الخلاف في الأكل . قال القفال : لو أراد الصائد أخذ الصيد منه فامتنع ، وصار يقاتل دونه ، فهو كالأكل . وجوارح الطير إذا أكلت منه ، وقلنا : يشترط في التعليم تركها الأكل ، فطريقان . أحدهما : طرد القولين كالكلب . والثاني : القطع بالحل .

الثالثة : مَعَضُّ الكلب من الصيد نجس ، يجب غسله مبعاً مع التغير كغيره . فإذا غسل ، حل أكله ، هذا هو المذهب . وقيل : إنه طاهر . وقيل : نجس يعني عنه ويحل أكله بلا غسل . وقيل : نجس لا يطهر بالغسل ، بل يجب تقوير ذلك الموضع وطرحه ، لأنه يتشرب لعابه ، فلا يتخلله الماء . قال الامام : وهذا القائل ، يطرّد ما ذكره في كل لحم ، وما في معناه بِمَعَضَّة الكلب ، بخلاف موضع يناله لعابه بغير عض . وقيل : إن أصاب ناب الكلب عِرْقاً نضّاحاً بالدم ، سرى حكم النجاسة إلى جميع الصيد ، ولم يحل أكله . قال الامام : هذا غلط ، لأن النجاسة وإن اتصلت بالدم ، فالعرق وعاء حاجز بينه وبين اللحم ، ثم الدم إذا كان يفور ، امتنع غوص النجاسة فيه ، كماء التصدّد من فوّارة ، إذا وقعت نجاسة على أعلاه ، لم ينجس ما تحته .

فرع

ذكرنا أن النمر والفهد ، كالكلب في حلّ ما قتلاه . وهكذا نص عليه الشافعي والأصحاب . وذكر الامام : أن الفهد يبعد فيه التعليم ، لأنفته وعدم انقياده . فإن تصور تعامه على ندور ، فهو كالكلب . وهذا الذي قاله ، لا يخالف ما قاله الشافعي والأصحاب . وفي كلام الغزالي ما يوم خلاف هذا ، وهو محمول على ما ذكره الامام ، فلا خلاف فيه .

الركن الرابع : نفس الذبح ، وعقر الصيد .

أما نفس الذبح ، فسبق في باب الأضحية . وأما العقر الذي يبيح الصيد بلا ذكاة ، فهو الجرح المقصود المزهق الوارد على حيوان وحشي . أما الجرح ، فيخرج عنه الخنق والوقذ ونحوهما . وأما القصد ، فله ثلاث مراتب .

الأولى : قصد أصل الفعل الجرح . فلو كان في يده مسكين ، فسقط فأنجرح به صيد ، ومات ، أو نصب مسكيناً أو منجلاً أو حديدة فأنقر به صيد ومات ، أو كان في يده مسكين فاحتكت بها شاة ، فأنقطع حاتمومها ، أو وقعت على حلقها فقطعته ، فهي حرام . وحكي وجهه عن أبي إسحاق : أنه تحل الشاة في صورة وقوع المسكين من يده ، ولا شك أن الصيد في معناها ، وهذا الوجه شاذ ضعيف . ولو كان في يده حديدة فحركها ، وحكّت الشاة أيضاً حلقها بالحديدة فحصل انقطاع حلقها بالحركتين ، فهي حرام .

فرع

إذا استرسل الكلب المعلم بنفسه ، فقتل صيداً ، فهو حرام . فلو أكل منه ، لم يقدح ذلك في كونه معلماً ، بلا خلاف ، وإنما يعتبر الامساك إذا أرسله صاحبه . ولو زجره صاحبه لما استرسل ، فأنزجر ووقف ، ثم أغراه فاسترسل وقتل الصيد ، حل بلا خلاف . وإن لم ينزجر ومضى على وجهه ، لم يحل ، سواء زاد عدوه وحدته ، أم لا . فلو لم يزجره ، بل أغراه ، فإن لم يزد عدوه ، فحرام . وكذا إن زاد على الأصح . فإن كان الاغراء وزيادة العدو بعد ما زجره ، فلم ينزجر ، فعلى الوجهين ، وأولى بالتحريم ، وبه قطع العراقيون . ولو أرسل مسلم كلباً ، فأغراه مجوسي فازداد عدوه ، فإن قلنا في الصورة السابقة : لا ينقطع حكم

الاسترسال ، ولا يؤثر الاغراء ، حل هنا . ولا يؤثر إغراء المجوسي . وإن قطعناه ، وأحلنا على الاغراء ، لم يحل هنا ، كذا ذكر الجمهور هذا البناء . وقطع في « التهذيب » : بالتحريم . واختاره القاضي أبو الطيب ، لأنه قطع للأول أو مشاركة ، وكلاهما يحرمه . ولو أرسل مجوسي كلباً فأغراه مسلم ، فازداد عدوه ، فوجهان بناءً على عكس ما تقدم ، ومنهم من قطع بالتحريم . ولو أرسل مسلم كلبه ، فزجره فضولي فأنزجر ، ثم أغراه فاسترسل ، فأخذ صيداً ، فلن يكون الصيد ؟ وجهان . أحسبها : للناسب . ولو زجره فلم ينزجر ، فأغراه ، أو لم يزجره ، بل أغراه وزاد عدوه ، وقلنا : الصيد للناسب ، خرج على الخلاف في أن الاغراء يقطع حكم الابتداء ، أم لا ؟ إن قلنا : لا ، وهو الأصح ، فالصيد لصاحب الكلب ، وإلا ، فللناسب الفضولي . قال الامام : ولا يتمتع بخروج وجه باشتراكهما .

فرع

لو أصاب السهم الصيد باعانة الريح ، وكان يقصر عنه لولا الريح ، حل قطعاً ، لأنه لا يمكن الاحتراز عن هبوبها ، هكذا صرح به الأصحاب كلهم ، وأبدى الامام فيه تردداً . ولو أصاب الأرض أو انصدم بجائط ثم ازدلف^(١) وأصاب الصيد ، أو أصاب حجراً فبنا عنه وأصاب الصيد ، أو نفذ فيه إلى الصيد ، أو كان الرامي في زرع القوس فانقطع الوتر وصدم الفوق^(٢) فأرغمى السهم وأصاب الصيد ، حل على الأصح .

المرتبة الثانية : قصد جنس الحيوان ، فلو أرسل سهماً في الهواء ، أو فضاء من الأرض ، لاختبار قوته ، أو رمى إلى هدف ، فاعترض صيد فأصابه وقتله ، وكان لا يخطر له الصيد ، أو كان يراه ، ولكن رمى إلى الهدف . أو ذئب ،

(١) يقال : ازدلف السهم إلى كذا : إذا اقترب . (٢) فوق السهم : موضع الوتر .

ولا يقصد الصيد فأصابه ، لم يحل على الأصح المنصوص ، لعدم قصده . ولو كان يحل سيفه فأصاب عنق شاة وقطع الحلقوم والمريء من غير علم بالحال ، ففقطع الامام وغيره : بأنها ميتة قد يجيء في هذا الخلاف وأيضاً الوجه المنقول فيما لو وقع السكين من يده . ولو أرسل كلباً حيث لا صيد ، فاعترض صيد فقتله ، لم يحل على المذهب . وفي « الكافي » للروايي وغيره : فيه وجهان ، ولو رمى ما ظنّه حجراً ، أو جرثومة ، أو آدمياً معصوماً ، أو غير معصوم ، أو خنزيراً ، أو حيواناً آخر محرماً ، فكان صيداً فقتله ، أو ظنه صيداً غير مأكول فكان مأكولاً ، أو قطع في ظلمة ما ظنه ثوباً ، فكان حلق شاة ، فانقطع الحلقوم والمريء ، أو أرسل كلباً إلى شاخص يظنه حجراً ، فكان صيداً ، أو لم يغلب على ظنه شيء من ذلك ، أو ذبح في ظلمة حيواناً يظنه محرماً ، فبان أنه ذبح شاة ، حل جميع ذلك على الصحيح . ولو رمى إلى شاته الريطة سهماً جارحاً ، فأصاب الحلقوم والمريء وفاقاً ، وقطمها ، ففي حل الشاة مع القدرة على ذبحها احتمال للامام ، وقال : ويجوز أن يفرق بين أن يقصد المذبح بسهمه ، وبين أن يقصد الشاة فيصيب المذبح .

قلت : الأرجح : الحل . والله اعلم .

الموتبة الثالثة : قصد عين الحيوان ، فإذا رمى صيداً يراه ، أو لا يراه ، لكن يحس به في ظلمة ، أو من وراء حجاب ، بأن كان بين أشجار ملتفة وقصده ، حل ، فإن لم يعلم به ، بأن رمى وهو لا يرجو صيداً فأصاب صيداً ، ففيه الخلاف السابق في المرتبة الثانية . وإن كان يتوقع صيداً ، فبني الرمي عليه ، بأن رمى في ظلمة وقال : ربما أصبت صيداً فأصابه ، فأوجه . أصحها : التحريم . والثاني : يحل . والثالث : إن توقعه بظن غالب ، حل ، وإن كان مجرد تجويز ، حرم . ولو رمى إلى سرب من الطباء ، أو أرسل كلباً فأصاب واحدة منها ، فهي حلال

قطعاً . ولو قصد منها ظبية بالرمي ، فأصاب غيرها ، فأوجه . أصحها : الحل مطلقاً .
والثاني : التحريم . والثالث : إن كان حالة الرمي يرى المصاب حل ، وإلا ، فلا .
والرابع : إن كان المصاب من السرب الذي رآه ورماه ، حل ، وإلا ، فلا . ومنهم
من قطع بالحل ، وسواء عدل السهم عن الجهة التي قصدتها إلى غيرها ، أم لا .
ولو رمى شاخصاً يعتقد حجراً ، وكان حجراً ، فأصاب ظبية ، لم يحل على الأصح ،
وبه قطع الصيدلاني وغيره . وإن كان الشاخص صيداً ، ومال السهم عنه وأصاب صيداً
آخر ، ففيه الوجهان ، وأولى بالحل . ولو رمى شاخصاً ظنه خنزيراً ، وكان خنزيراً ،
أو صيداً فلم يصبه ، وأصاب ظبية ، لم يحل على الأصح فيها ، لأنه قصد محرماً .
والخلاف فيما إذا كان خنزيراً أضعف . ولو رمى شاخصاً ظنه صيداً ، فبان حجراً
أو خنزيراً ، أو أصاب السهم صيداً ، قال في « التهذيب » : إن اعتبرنا ظنه فيما إذا
رمى ما ظنه حجراً ، فكان صيداً ، وأصاب السهم صيداً آخر ، وقلنا بالتحريم ،
فهنا يحل الصيد الذي أصابه . وإن اعتبرنا الحقيقة ، وقلنا بالحل هناك ، حرم هنا .
وأما إذا أرسل كلباً على صيد ، فقتل صيداً آخر ، فينظر ، إن لم يعدل عن
جهة الارسل ، بل كان فيها صيود ، فأخذ غير ما أغراه عليه ، حل على الصحيح
كما في السهم ، وإن عدل إلى جهة أخرى ، فأوجه . أصحها : الحل ، لأنه تسر
تكليفه ترك المدول ، ولأن الصيد لو عدل فتبعه ، حل قطعاً . والثاني : يحرم .
والثالث وهو اختيار « صاحب الحاوي » : إن خرج عادلاً عن الجهة ، حرم ،
وإن خرج إليها فقاته الصيد ، فعدل إلى غيرها وصاد ، حل ، لأنه يدل على حذقه
حيث لم يرجع خائباً . وقطع الامام بالتحريم إذا عدل وظهر من عدوله واختياره
بأن امتد في جهة الارسل زماناً ثم ثار صيد آخر فاستدبر المرسل إليه وقصد الآخر .
وأما كون الجرح مزهقاً ، فيخرج منه ما لو مات بصدمة أو اقتراس سبع ،
أو أتان ذلك الجرح غيره على ما يبيِّن في نظائره ، فلا يحل . ولو غاب عنه الكلب
والصيد ، ثم وجده ميتاً ، لم يحل على الصحيح ، لاحتمال موته بسبب آخر ،
ولا أثر لتضمخه بدمه ، فربما جرحه الكلب وأصابته جراحة أخرى . وإن جرحه

فغاب ، ثم أدركه ميتاً ، فان انتهى إلى حركة المذبوح بالجرح ، حل ، ولا أثر
لنبيته . وإن لم ينته ، فان وجد في ماء ، أو وجد عليه أثر صدمة أو جراحة أخرى ،
لم يحل . وإن لم يكن عليه أثر آخر ، فنلاث طرق . أحدها : يحل قطعاً .
والثاني : يحرم قطعاً . وأصحها على قولين . أظهرها عند الجمهور من العراقيين
وغيرهم : التحريم . وأظهرها عند صاحب « التهذيب » : التحليل ، وتسمى هذه :
مسألة الإغماء .

قلت : الحل أصح دليلاً . وصححه أيضاً الفزالي في « الاحياء » : وثبتت
فيه الأحاديث الصحيحة (١) ، ولم يثبت في التحريم شيء ، وعلق الشافعي الحل على
صحة الحديث . والله أعلم

فصل

تستحب التسمية عند الذبح ، و [عند] إرسال الكب والشهم . وقد سبق
بيان ذلك ، وما يتفرع عليه ، في باب الأضحية .

فصل

في بيان ما يملك به الصير

يملك بطرق .

منها : أن يضبطه بيده ، ولا يعتبر قصد التملك في أخذه بيده ، حتى لو أخذ
صيداً لينظر إليه ، ملكه . ولو سمي خلف صيد فوقف الصيد للإعياء ، لم يملكه
حتى يأخذه بيده .

(١) منها حديث عدي بن حاتم عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا رميت الصيد فوجدته بعد يوم
أو يومين ليس به إلا أثر سهك ، فكل ، وإن وقع في الماء ، فلا تأكل » رواه أحمد والبخاري .

ومنها : أن يجرحه جراحة مذبذبة ، أو يرميه فيخذه ويضمنه ، فيملكه ، وكذا إن كان طائراً فكسر جناحه ، فمجز عن الطيران والعدو جميعاً . ويكفي للتملك إبطال شدة العدو وصيرورته بحيث يسهل لحاقه . ولو جرحه فعطش فبقت ، لم يملكه إن كان العطش لعدم الماء . وإن كان لمجزه عن الوصول إلى الماء ، ملكه ، لأن عجزه بالجراحة .

ومنها : وقوعه في شبكة منصوبة له . فلو طرده طارد فوقع في الشبكة ، فهو اصحاب الشبكة ، لا للطارد . وفي « الحاوي » : أنه لو وقع في شبكة ثم تقطعت فأفلت الصيد ، فإن كان ذلك بقطع الصيد الواقع ، عاد مباحاً ، فيملكه من صاده ، وإلا ، فهو باقٍ على ملك صاحب الشبكة ، فلا يملكه غيره . وقال الغزالي في « الوسيط » في باب النثر : لو وقع في شبكته فأفلت ، لم يزل ملكه على الصحيح . ومنها : إذا أرسل كلباً فأثبت صيداً ، ملكه ، فلو أرسل سباعاً آخر فمقره وأثبتته ، قال في « الحاوي » : إن كان له يد على السبع ، ملكه كارسال الكلب ، وإلا ، فلا . وإن أفلت الصيد بعد ما أخذه الكلب ، ففي « البحر » : أن بعض الأصحاب قال : إن كان ذلك قبل أن يدركه صاحبه ، لم يملكه ، وإلا ، فوجهان ، لأنه لم يقبضه ، ولا زال امتناعه .

قلت : أصحابها : لا يملكه . والله أعلم

ومنها : إذا أُلجأ إلى مضيق لا يقدر على الإفلات منه ، ملكه . وذلك بأن يدخله بيتاً ونحوه . وقد يرجع جميع هذا إلى شيء واحد ، فيقال : سبب ملك الصيد إبطال امتناعه ، وحصول الاستيلاء عليه ، وذلك يحصل بالطرق المذكورة .

فرع

لو توحل صيد بمزرعته وصار مقدوراً عليه ، فوجهان . أحدهما : يملكه كما لو وقع في شبكته . وأصحها : لا ، لأنه لا يقصد بسقي الأرض الاصطياد . قال الامام : الخلاف فيما إذا لم يكن سقى الأرض بما يقصد به توحل الصيد ، فإن كان يقصد ، فهو كنصب الشبكة . ولم يتعرض الروائي لزراعة الشخص ، بل قال : لو توحل وهو في طلبه ، لم يملكه ، لأن الطين ليس من فعله . فلو كان هو أرسل الماء في الأرض ، ملكه ، لأن الوحل حصل بفعله ، فهو كالشبكة . ويشبه أن يرجع [هذا] إلى ما ذكره الامام من قصد الاصطياد بالسقي . ولو وقع صيد في أرضه وصار مقدوراً عليه ، أو عشن طائر فيها وباض وفرخ ، وحصلت القدرة على البيض والفرخ ، لم يملكه على الأصح ، وبه قطع في « التهذيب » وقال : لو حفر حفرة لا للصيد ، فوقع فيها صيد ، لم يملكه . وإن حفر للصيد ، ملك ما وقع فيه . ولو أغلق باب الدار لئلا يخرج ، ملكه ، قال الامام : قال الأصحاب : إذا قلنا : لا يملكه صاحب الدار ، فهو أولى بتملكه ، وليس لغيره أن يدخل ملكه ويأخذه . فإن فعل ، فهل يملكه ؟ وجهان كمن تحجر مواتاً وأحياء غيره ، هل يملكه ؟ وهذه الصورة أولى بثبوت الملك ، لأن التحجر ، للأحياء ، ولا يقصد ببناء الدار تملك الصيد الواقع فيها . ولو قصد ببناء الدار ، تعشيش الطائر ، فعشن فيها طير ، أو وقمت الشبكة من يده بغير قصد ، فتعقل بها صيد ، فوجهان ، لأنه وجد في الأولى قصد ، لكنه ضعيف . وفي الثانية : حصل استيلاء بملكه ، لكن بلا قصد . والأصح : أنه يملك في الأولى ، دون الثانية .

فرع

لو اضطر سمكة إلى بركة صغيرة ، أو حوض صغير على شط نهر ، ملكها كما سبق فيمن ألجأ صيداً إلى مضيق . والصغير ما يسهل أخذها منه . فلو دخلت بنفسها ، عاد الخلاف فيما إذا دخل الصيد ملكه . فان قلنا بالأصح : إنه لا يملك بالدخول ، فسد منافذ البركة ، ملكها ، لأنه تسبب إلى ضبطها . ولو اضطرها إلى بركة واسعة يسهل أخذ السمكة منها ، أو دخلتها السمكة فسد منافذها ، لم يملكها ، لكن يثبت له اختصاص كالتحجّر .

فرع

لو دخل بستان غيره وصاد فيه طائراً ، ملكه الصائد بلا خلاف .

فصل

من ملك صيداً ، ثم أفلت منه ، لم يزل ملكه عنه . ومن أخذه ، لزمه رده إليه ، وسواء كان يدور في البلد وحوله ، أو التحق بالوحوش . ولو أرسله مالكة ، لم يزل عنه ملكه على الأصح النصوص كما لو سيّب دابته ، ولا يجوز ذلك ، لأنه يشبه سوائب الجاهلية ، ولأنه قد يختلط بالباح فيصاد . وقيل : يزول . وقيل : إن قصد بإرساله التقرب إلى الله تعالى ، زال ، وإلا ، فلا . فان قلنا : يزول ، عاد مباحاً ، فمن صاده ملكه ، وإن قلنا : لا يزول ، لم يجوز لغيره أن يصيده إذا عرفه . فان قال عند الإرسال : أبجته لمن أخذه ، حصلت الإباحة ،

ولا ضمان على من أكله ، لكن لا ينفذ تصرفه فيه . وإذا قلنا بالوجه الثالث ، فأرسله تقرباً إلى الله تعالى ، فهل يحل اصطياؤه لرجوعه إلى الإباحة ، أم لا ، كالعبد المعتق ؟ وجهان .

قلت : الأصح : الحل ، لئلا يصير في معنى سوائب الجاهلية . والله أعلم .

ولو ألقى كسرة خبز مضرراً ، فهل يملكها من أخذها ؟ فيه وجهان مرتبان على إرسال الصيد . وأولى بأن لا يملك ، بل تبقى على ملك الملقى ، لأن سبب الملك في الصيد ، اليد ، وقد أزالها . قال الامام : هذا الخلاف في زوال الملك ، وما فعله إباحة للطاعم في ظاهر المذهب ، لأن القرائن الظاهرة ، تكفي للإباحة . هذا لفظ الامام ، ويوضحه ما نقل عن الصالحين من التقاط السنابل .

قلت : الأصح (١) : أنه يملك الكسرة والسنابل ونحوها ، ويصح تصرفه فيها بالبيع وغيره ، وهذا ظاهر أحوال السلف ، ولم يحك أنهم منعوا من أخذ شيئاً من ذلك ، من التصرف فيه . والله أعلم .

فرع

لو أعرض عن جلد ميتة ، فأخذه غيره ودبغه ، ملكه على المذهب ، لأنه لم يكن مملوكاً للأول ، وإنما كان له اختصاص ضعيف زال بالإعراض .

فرع

من صاد صيداً عليه أثر ملك ، بأن كان موسوماً ، أو مقرطاً ، أو مخضوباً ،

(١) في غلطوة الظاهرية : الأرجح .

أو مقصوص الجناح ، لم يملكه ، لأنه يدل على أنه كان مملوكاً فأقلت ، ولا ينظر إلى احتمال أنه صاده محرم ، ففعل به ذلك ثم أرسله ، فانه تقدير بعيد .

فرع

لو صاد سمكة في جوفها درة مثقوبة ، لم يملك الدرة ، بل تكون لقطة . وإن كانت غير مثقوبة ، فهي له مع السمكة . ولو اشترى سمكة فوجد في جوفها درة غير مثقوبة ، فهي للمشتري . وإن كانت مثقوبة ، فهي للبائع إن ادعاها ، كذا قال في « التهذيب » . ويشبه أن يقال : الدرة لصائد السمكة ، كالكنز الموجود في الأرض يكون لمحييها .

فصل

إذا تحوّل بعض حمام برجه إلى برج غيره . فإن كان المتحوّل ملكاً للأول ، لم يزل ملكه عنه ، ويلزم الثاني رده . فإن حصل بينها بيع أو فرخ ، فهو تبع للأثني دون الذكر . ولو ادّعى تحوّل حمامه إلى برج غيره ، لم يصدق إلا بينة ، والورع أن يصدّقه ، إلا أن يعلم كذبه . وإن كان المتحوّل مباحاً دخل برج الأول ، فعلى الخلاف السابق في دخول الصيد ملكه . فإن قلنا بالأصح : إنه لا يملكه ، فللثاني أن يملكه . ومن دخل برجه حمام وشك هل هو مباح ، أم مملوك ؟ فهو أولى به ، وله التصرف فيه ، لأن الظاهر أنه مباح . ولو تحقق أنه اختلط بملكه ملك غيره ، وعسر التمييز ، ففي « التهذيب » : أنه لو اختلط حمامة واحدة بمحاماته ، فله أن يأكل بالاجتهاد واحدة واحدة ، حتى تبقى واحدة . كما لو اختلطت ثمرة النير بشمره . والذي حكاه الروياني : أنه ليس له أن يأكل واحدة منها حتى يصالح

ذلك الغير أو يقاسمه . ولهذا قال بمض مشايخنا : ينبغي للمتي أن يجتنب طسير
البروج ، وأن يجتنب بناءها . ونقل الامام وغيره : أنه ليس لواحد منها التصرف
في شيء منها يبيع أو هبة لثالث ، لأنه لا يتحقق الملك . ولو باع أحدهما أو وهب
للآخر ، صح على الأصح ، وتحتل الجهالة للضرورة . ولو باعا الحمام المختلط كله
أو بعضه لثالث ، ولا يعلم كل واحد منهما عين ماله ، فإن كانت الأعداد معلومة
كاثنتين ومائة ، والقيمة متساوية ، ووزعا الثمن على أعددتهما ، صح البيع باتفاق
الأصحاب ، وإن جهلا المدد ، لم يصح ، لأنه لا يعلم كل واحد حصته من الثمن .
فالطريق أن يقول كل واحد : بعتك الحمام الذي لي في هذا البرج بكذا ،
فيكون الثمن معلوماً . ويحتمل الجهل في البيع للضرورة . قال في « الوسيط » :
لو تصالحا على شيء ، صح البيع واحتمل الجهل بقدر البيع ، ويقرب من هذا ،
ما أطلق في مقاسمتها .

واعلم أن الضرورة قد تجوز المسامحة ببعض الشروط المتبعة في العقود ،
كالكافر إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة ومات قبل الاختيار ، يصح اصطلاحهن
على القسمة بالتساوي أو بالتفاوت مع الجهل بالاستحقاق ، فيجوز أن تصح القسمة
هنا أيضاً بحسب تراضيهما ، ويجوز أن يقال : إذا قال كل منهما : بعت مالي من حمام
هذا البرج بكذا ، والأعداد مجهولة ، يصح أيضاً مع الجهل بما يستحق كل واحد
منها ، والمقصود أن ينفصل الأمر بحسب ما يتراضيان عليه . ولو باع أحدهما جميع
حمام البرج باذن الآخر ، فيكون أصيلاً في البعض ووكيلاً في البعض ، جاز ، ثم
يقتسمان الثمن .

فرع

لو اختلطت حمامة مملوكة ، أو حمامات بجمادات مباحة محصورة ، لم يجوز الاصطياد منها . ولو اختلطت بجماد ناحية ، جاز الاصطياد في الناحية . ولا يتغير حكم ما لا يحصر في العادة باختلاط ما يحصر به . وإن اختلط حمام أبراج مملوكة لا يكاد يحصر بجماد بلدة أخرى مباحة ، ففي جواز الاصطياد منها وجهان . أصحهما : يجوز ، وإليه ميل معظم الأصحاب .

قلت : من أم ما يجب معرفته ، ضبط المدد المحصور ، فإنه يتكرر في أبواب الفقه وقل من يثنيه ، قال الفزالي في « الإحياء » في كتاب الحلال والحرام : تحديد هذا غير ممكن ، وإنما يضبط بالتقريب . قال : فكل عدد لو اجتمع في صيد واحد ، يسر على الناظر عددهم بمجرد النظر ، كالآلاف ونحوه ، فهو غير محصور . وما سهل كالأمثلة والمشرين ، فهو محصور ، وبين الطرفين أوساط متشابهة تلحق بأحد الطرفين بالظن . وما وقع فيه الشك ، استفتي فيه القلب . والله أعلم

فرع

إذا انشالت حنطته على حنطة غيره ، أو انصب مائه في مائه ، وجهلا قدرهما ، فليكن الحكم فيها على ما ذكرنا في الحمام المختلط .

فرع

لو ملك الماء بالاستقاء ، ثم انصب في نهر ، لم يزل ملكه منه ، ولا يمنع الناس من الاستقاء ، وهو في حكم اختلاط المحصور بغير محصور .

قلت : ولو اختلط درم حرام ، أو دراهم بدراهمه ولم تتميز ، أو دهن بدهن ، أو نحو ذلك ، قال الغزالي في « الاحياء » وغيره من أصحابنا : طريقه : أن يفصل قدر الحرام ، فيصرفه إلى الجهة التي يجب صرفه إليها ، ويبقى الباقي له يتصرف فيه بما أراد . والله أعلم

فصل

في الاشتراك والازدحام على الصيد

وله أربعة أحوال .

الأول : أن يتعاقب جرحان من اثنين . فالأول منها إن لم يكن مذنباً ولا مزمناً ، بل بقي على امتناعه ، وكان الثاني مذنباً أو مزمناً ، فالصيد للثاني ، ولا شيء على الأول بجراحته . وإن كان جرح الأول مذنباً ، فالصيد للأول ، وعلى الثاني أرش ناقص من لحمه وجلده . وإن كان جرح الأول مزمناً ، فله الصيد به ، وينظر في الثاني ، فإن ذفّف بقطع الحلقوم والمريء ، فهو حلال للأول ، وعلى الثاني ما بين قيمته مذبحاً ومزمناً . قال الامام : وإنما يظهر التفاوت إذا كان فيه حياة مستقرة ، فإن كان متألماً ، بحيث لو لم يذبح لهلك ، فما عندي أنه ينقص منه بالذبح شيء . وإن ذفّف الثاني لا بقطع الحلقوم والمريء ، أو لم يذفّف ومات بالجرحين ،

فهو ميتة . وكذا الحكم لو رمى إلى صيد فأزمنه ، ثم رمى إليه ثانياً وذئف
لا بقطع المذبح ، ويجب على الثاني كمال قيمة الصيد مجروحاً إن ذئف . فإن جرح
بلا تذييف ، ومات بالجرحين ، ففيما يجب عليه كلام له مقدمة نذكرها أولاً ،
وهي : إذا جنى رجل على عبد أو بهيمة ، أو صيد مملوك قيمته عشرة دنانير ،
جراحة أرشها دينار ، ثم جرحه آخر جراحة أرشها دينار أيضاً ، ومات بالجرحين ، ففيما
يلزم الجارحين ، أوجه . أحدها : يجب على الأول خمسة دنانير ، وعلى الثاني
أربعة ونصف ، لأن الجرحين سرياً وصاروا قتلاً ، فلزم كل واحد نصف قيمته
يوم جنايته ، قاله ابن سريج ، وضعفه الأئمة ، لأن فيه ضياع نصف دينار على
المالك . والثاني ، قاله المزني ، وأبو إسحاق ، والقفال : يلزم كل واحد خمسة .
وعلى هذا لو نقصت جناية الأول ديناراً ، والثاني دينارين ، لزم الأول أربعة
ونصف ، والثاني خمسة ونصف ، ولو نقصت جناية الأول دينارين ، والثاني ديناراً ،
انعكس ، فيلزم الأول خمسة ونصف ، والثاني أربعة ونصف . وضعفوا هذا
الوجه ، لأنه سوى بينها مع اختلاف قيمته حال جنايتها . والوجه الثالث ، حكاه
الامام عن القفال أيضاً : يلزم الأول خمسة ونصف ، والثاني خمسة ، لأن جناية
كل واحد نقصت ديناراً ، ثم سرتا ، والأرض يسقط إذا صارت الجناية نفساً ، فيسقط
عن كل واحد نصف الأرض ، لأن الوجود منه نصف القتل . واعترض عليه ،
بأن فيه زيادة الواجب على التلف . وأجاب القفال ، بأن الجناية قد تنجر إلى
إيجاب زيادة ، كمن قطع يدي عبد فقتله آخر ، وأجيب عنه ، بأن قاطع اليدين
لا شركة له في القتل ، والقتل يقطع أثر القتل ، ويقع موقع الاندمال ، وهنا
بمخلافه . والوجه الرابع ، قاله أبو الطيب بن سلمة : يلزم كل واحد نصف قيمته
يوم جنايته ، ونصف الأرض ، لكن لا يزيد الواجب على القيمة ، فيجمع ما لزمها
تقديراً ، وهو عشرة ونصف ، ويقسم القيمة وهي عشرة على العشرة والنصف ،
ليراعي التفاوت بينها ، فيبسط أنصافاً ، فتكون أحداً وعشرين ، فيلزم الأول

أحد عشر جزءاً من أحد وعشرين جزءاً من عشرة ، ويلزم الثاني عشرة من أحد وعشرين من عشرة ، وفيه ضعف ، لإفراد أرش الجناية عن بدل النفس . والوجه الخامس ، عن صاحب « التقريب » وغيره ، واختاره الامام ، والفزالي : يلزم الأول خمسة ونصف ، والثاني أربعة ونصف ، لأن الأول لو انفرد بالجرح والسراية ، لزمه العشرة ، فلا يسقط عنه إلا ما يلزم الثاني ، والثاني إنما جنى على نصف ما يساوي تسعة ، وفيه ضعف أيضاً . والوجه السادس ، قاله ابن خيران ، واختاره صاحب « الإفصاح » ، وأطبق العراقيون على ترجيحه : أنه يجمع بين القيمتين ، فيكون تسعة عشر ، فيقسم عليه ما فوقاً وهو عشرة ، فيكون على الأول عشرة أجزاء من تسعة عشر جزءاً من عشرة ، وعلى الثاني تسعة أجزاء من تسعة عشر جزءاً من عشرة . أما إذا كان الجناة ثلاثة ، وأرش كل جنابة دينار ، والقيمة عشرة ، فعلى طريقة المزني : يلزم كل واحد منهم ثلاثة وثلث . وعلى الوجه الثالث : يلزم الأول أربعة ، منها ثلاثة وثلث هي ثلث القيمة ، وثلثان هما ثلثا الأرش . ويلزم الثاني ثلاثة وثلثان ، ثلاثة منها ثلث القيمة يوم جنابته ، وثلثان هما ثلثا الأرش ، ويلزم الثالث ، ثلاثة ، منها ديناران وثلث هي ثلث القيمة يوم جنابته ، وثلثان هما ثلثا الأرش ، فالجملة عشرة وثلثان . وعلى الوجه الرابع ^(١) : توزع العشرة على عشرة وثلثين . وعلى الخامس : يلزم الأول أربعة وثلث ، والثاني ثلاثة ، والثالث ديناران وثلثان . وعلى السادس : تجمع القيم ، فتكون سبعة وعشرين ، فتقسم العشرة عليها . أما إذا جرح مالك العبد أو الصيد جراحة ، وأجنبي أخرى ، فينظر في جنابة المالك ، أي الأولى ، أم الثانية ؟ وتخرج على الأوجه ، فتسقط حصته وتجب حصّة الأجنبي . وعن القاضي أبي حامد : أن المذكور في الجنائتين على العبد ، هو فيما إذا لم يكن للجنابة أرش مقدّر ، فإن كان ، فليس العبد فيها كالبيمة والصيد المملوك ، حتى لو جنى على عبد غيره جنابة ليس لها أرش مقدّر ، وقيمتها مائة ، فنقصته الجنابة عشرة ، ثم جنى آخر جنابة لا أرش لها ، فنقصت عشرة أيضاً ، ومات العبد

(١) في الاصل : وعلى الوجه الأول ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية .

منها ، فعلى الأول خمسة وخمسون ، وعلى الثاني خمسون يدفع منها خمسة إلى الأول . قال : فلو قطع رجل يد عبد قيمته مائة ، ثم قطع آخر يده الأخرى ، لزم الأول نصف أرش اليد وهو خمسة وعشرون ، ونصف قيمته يوم جنايته وهو خمسون ، ولزم الثاني نصف أرش اليد ، وهو خمسة وعشرون ، ونصف القيمة يوم جنايته وهو أربعون ، فالجملة مائة وأربعون جميعها للسيد ، لأن الجناية التي لها أرش مقدّر ، يجوز أن يزيد واجبها على قيمة العبد ، كما لو قطع يديه فقتله آخر .

هذا بيان المقدمة ، ونعود إلى مسألة الصيد فنقول : إذا جرح الثاني جراحة غير مذقّفة ، ومات الصيد بالجرحين ، نظر ، إن مات قبل أن يتمكن الأول من ذبحه ، لزم الثاني تمام قيمته مزمناً ، لأنه صار ميتة بفعله ، بخلاف ما لو جرح شاة نفسه ، وجرحها آخر وماتت ، فانه لا يجب على الثاني إلا نصف القيمة ، لأن كل واحد من الجرحين هناك حرام ، والهلاك حصل بهما ، وهنا فصل الأول اكتساب وذكاة . ثم مقتضى كلامهم أن يقال : إذا كان الصيد يساوي عشرة غير مزمّن ، وتسعة مزمناً ، لزم الثاني تسعة . واستدرك صاحب « التقريب » فقال : فعل الأول وإن لم يكن إفساداً ، فيؤثر في الذبح وحصول الزهوق قطعاً ، فينبغي أن يعتبر فيقال : إذا كان غير مزمّن يساوي عشرة ، ومزمناً تسعة ، ومذبوحاً ثمانية ، لزمه ثمانية ونصف ، فإن الدرهم أثّر في فواته الفعلان ، فيوزّع عليهما . قال الامام : وللنظر في هذا مجال ، ويجوز أن يقال : المفسد يقطع أثر فعلي الأول من كل وجه . والأصح : ما ذكره صاحب « التقريب » . وإن تمكّن من ذبحه فذبحه ، لزم الثاني أرش جراحته إن نقص بها ، وإن لم يذبحه وتركه حتى مات ، فوجهان . أحدهما : لا شيء على الثاني سوى أرش النقص ، لأن الأول مقصّر بترك الذبح . وأصحها : يضمن زيادة على الأرش ، ولا يكون تركه الذبح مسقطاً للضمان ، كما لو جرح رجل شاته فلم يذبحها مع التمكّن ، لا يسقط الضمان . فعلى هذا فيما يضمن وجهان ، قال الاصطخري : كمال قيمته مزمناً ، كما لو ذقّف ، بخلاف ما إذا جرح

عبده أو شاته ، وجرحه غيره أيضاً ، لأن كل واحد من الفعل هناك إفساد ،
والتحريم حصل بهما ، وهنا الأول إصلاح . والأصح وقول جمهور الأصحاب :
لا يضمن جميع القيمة ، بل هو كمن جرح عبده وجرحه غيره ، لأن الموت
حصل بهما ، وكلاهما إفساد . أما الثاني ، فظاهر . وأما الأول ، فلأن ترك الذبح
مع التمكن ، يجعل الجرح وسرايته إفساداً . ولهذا لو لم يوجد الجرح الثاني فترك
الذبح ، كان الصيد ميتة . فعلى هذا تجيء الأوجه في كيفية التوزيع على
الجرحين ، فحصة الأول تسقط ، وحصة الثاني تجب .

الحال الثاني : إذا وقع الجرحان معاً ، نظر ، إن تساويا في سبب الملك ،
فالصيد بينهما ، وذلك بأن يكون كل واحد مذقتاً ، أو مزمناً لو انفرد ، أو
أحدهما مزمناً ، والآخر مذقتاً ، وسواء تفاوتت الجرحان صغيراً وكبيراً ، أو تساويا ،
أو كانا في المذبح ، أو غيره ، أو أحدهما فيه ، والآخر في غيره . وإن كان أحدهما
مذقتاً ، أو مزمناً لو انفرد ، والآخر غير مؤثر ، فالصيد لن ذقت أو أزمّن ،
ولا ضمان على الثاني ، لأنه لم يجرح ملك الغير . ولو احتمل أن يكون الإزمان
بهما أو بأحدهما ، فالصيد بينهما في ظاهر الحكم ، ويستحب أن يستحل كل واحد
الآخر تورعاً . ولو علمنا أن أحدهما مذقت ، وشككنا هل للآخر أثر في الإزمان
والتذيف ، أم لا ؟ قال القفال : هو بينهما . فقليل له : لو جرح رجل جراحة
مذقتة ، وجرحه آخر جراحة لا ندري أي مذقتة ، أم لا ؟ فمات ، فقال :
يجب القصاص عليها . قال الامام : هذا بعيد ، والوجه تخصيص القصاص بصاحب
المذقتة . وفي الصيد ، يسلم نصفه لمن جرحه مذقتاً ، ويوقف نصفه بينهما إلى
التصالح أو تبين الحال . فإن لم يتوقع بيان ، جعل النصف الآخر بينهما نصفين .

الحال الثالث : إذا ترتب الجرحان ، وأحدهما مزمن لو انفرد ، والآخر مذقت
وارد على المذبح ، ولم يعرف السابق ، فالصيد حلال . فإن اختلفا وادعى كل واحد
أنه جرحه أولاً وأزمّنه ، وأنه له ، فلكل واحد تحليف الآخر . فإن حلفا ،

فالصيد بينها ، ولا شيء لأحدهما على الآخر . فان حلف أحدهما فقط ، فالصيد له ، وله على الناكل أرش ما نقص بالذبيح . ولو ترتبا ، وأحدهما مزمن ، والآخر مذقت في غير الذبيح ، ولم يعرف السابق ، فالذهب : أن الصيد حرام ، لاحتمال تقدم الإزمان ، فلا يحل بعده إلا بقطع الحلقوم والمريء . وقيل : فيه قولان ، كمسألة الإغناء السابقة . ووجه الشبه : اجتماع المبيع والحرم . والفرق على المذهب : أنه يقدم هناك جرح يحال عليه . فان ادعى كل واحد أنه أزمته أولاً ، وأن الآخر أفسده ، فلكل واحد تحليف الآخر . فان حلفا ، فذاك . وإن حلف أحدهما ، لزم الناكل قيمته مزمناً . ولو قال الجارح أولاً : أزمته أنا ، ثم أفسدته بقتلك ، فمليك القيمة . وقال الثاني : لم تزمه ، بل كان على امتناعه إلى أن رميته فأزمته أو ذفقت . فان اتفقا على عين جراحة الأول ، وعلما أنه لا يبقى امتناع معها ، ككسر جناحه ، وكسر رجل الممتنع بعدوه ، فالقول قول الأول بلايين ، وإلا ، فقول الثاني ، لأن الأصل بقاء الامتناع . فان حلف ، فالصيد له ، ولا شيء عليه للأول ، وإن نكل ، حلف الأول ، واستحق قيمته مجروحاً بالجراحة الأولى ، ولا يحل الصيد ، لأنه ميتة بزعمه . وهل للثاني أكله ؟ وجهان . قال القاضي الطبري : لا ، لأن إزامه القيمة حكم بأنه ميتة . وقيل : نعم ، لأن النكول في خصومة الآدمي لا تغير الحكم فيما بينه وبين الله تعالى .

ولو علما أن الجراحة المذقتة سابقة على التي لو انفردت لكانت مزمنة ، فالصيد حلال . فان قال كل واحد : أنا ذفقت ، فلكل تحليف الآخر . فان حلفا ، كان بينها . وإن حلف أحدهما ، فالصيد له ، وعلى الآخر ضمان ما نقص .

فرع

قال الشافعي رضي الله عنه في « المختصر » : لو رماه الأول والثاني ، ولم

يدر أجمله الأول ممتعاً ، أم لا ، جملناه بينهما نصفين . واعترض عليه فقيل : ينبغي أن يحرم هذا الصيد ، لاجتماع ما يقتضي الإباحة والتحريم . وبتقدير الحل ، ينبغي أن لا يكون بينها ، بل لمن أثبتته . واختلف في الجواب ، فقيل : النص محمول على ما إذا أصاب المذبح ، فيحل ، سواء أصابه الأول أو الثاني ، أو على ما إذا رمياه ولم يميت ، ثم أدركه أحدهما ، فذكّاه ، ثم اختلفا فيه . وانما كان بينهما ، لأنه في أيديهما . وقد يجعل الشيء لاثنين ، وإن كنا نعلمه في الباطن لأحدهما ، كمن مات عن ابنين ، مسلم ونصراني ، وادعى كل واحد أنه مات على دينه . وحمل أبو إسحاق النص على ظاهره فقال : إذا رمياه ومات ، ولم يدر أثبتته الأول ، أم الثاني ، كان الأصل بقاؤه على امتناعه إلى أن عقره الثاني ، فيكون عقره ذكاة ، ويكون بينهما لاحتمال الإثبات من كليهما ولا مزية . وقيل : في حله قولان ، كمسألة الإنماء .

الحال الرابع : إذا ترتب الجرحان وحصل الإزمان بمجموعهما ، وكل واحد لو انفرد لم يضمن ، فالأصح عند الجمهور : أن الصيد للثاني . وقيل : بينهما ، ورجحه الامام ، والغزالي . فان قلنا : إنه للثاني ، أو كان الجرح الثاني مزمناً لو انفرد ، فلا شيء على الأول بسبب جرحه . فلو عاد بعد إزمان الثاني ، وجرحه جراحة أخرى ، نظر ، إن أصاب المذبح ، فهو حلال ، وعليه للثاني ما نقص من قيمته بالذبح ، وإلا حرم ، وعليه إن ذفّف ، قيمته مجروحاً بجراحته الأولى ، وجراحة الثاني ، وكذا إن لم يذفّف ولم يتمكن الثاني من ذبحه ، فان تمكن وترك الذبح ، عاد الخلاف السابق . فعلى أحد الوجهين ليس على الأول إلا أرض الجراحة الثانية ، لتقصير المالك ، وعلى أصحهما : لا يقصر الضمان عليه . وعلى هذا ، ففي وجه : عليه نصف القيمة . وخرّجه جماعة على الخلاف فيمن جرح عبداً مرتداً فأسلم فجرحه سيده ، ثم عاد الأول وجرحه ثانية ومات منها ، وفيما يلزمه وجهان . أحدهما : ثلث القيمة . والثاني : ربعها ، قاله القفال . فعلى هذا ، يجب هنا ربع القيمة . وعن

صاحب « التقریب » : أنه تعود في التوزيع الأوجه السابقة . واختار الغزالي وجوب تمام القيمة . والمذهب : التوزيع ، كما سبق .

فرع

الاعتبار في الترتيب والمية بالإصابة ، لا بابتداء الرمي .

فصل

في مسائل متتورة

إحداها : وقع بعيران في بئر ، أحدهما فوق الآخر ، فطمن الأعلى ، فمات الأسفل بثقله ، حرم الأسفل . فان نفذت الطئنة فأصابته أيضاً ، حلاًّ جميعاً . فان شك ، هل مات بالثقل ، أو الطئنة النافذة ، وقد علم أنها أصابته قبل مفارقة الروح ؟ حل . وإن شك ، هل أصابته قبل مفارقة الروح ، أم بمدهبها ؟ قال صاحب « التهذيب » في « الفتاوى » : يحتمل وجهين بناءً على البعد الغائب المنقطع خبره ، هل يجزىء إعتاقه عن الكفارة .

الثانية : رمى غير مقدور عليه فصار مقدوراً عليه ، ثم أصاب غير المذبح ، لم يحل . ولو رمى مقدوراً عليه فصار غير مقدور عليه فأصاب مذبحه ، حل .

الثالثة : أرسل سهمين فأصابا ممأ ، حل . وإن أصاب أحدهما بمد الآخر . فان أزمته الأول ولم يصب الثاني المذبح ، لم يحل . وإن أصابه ، حل . وإن لم يزمه الأول ، وقتله الثاني ، حل . وكذا لو أرسل كليين ، فأزمته الأول ، وقتله الثاني ، لم يحل ، قطع المذبح ، أم لا ؟ وكذا لو أرسل سهماً وكلباً ، إن أزمته السهم

ثم أصابه الكلب ، لم يحل . وإن أزمته الكلب ، ثم أصاب السهم الذبيح ، حل .
الرابعة : صيد دخل دار إنسان وقلنا بالصحيح : إنه لا يملكه ، فأغلق
أجنبي الباب ، لا يملكه صاحب الدار ، ولا الأجنبي ، لأنه متعدّد لم يحصل الصيد
في يده ، بخلاف ما لو غصب شبكة واصطاد بها .

الخامسة : لو أخذ الكلب المعلم صيداً بغير إرسال ، ثم أخذه أجنبي من
فيه ، ملكه الآخذ على الصحيح ، كما لو أخذ فرخ طائر من شجرته . وغير
المعلم إذا أرسله صاحبه فأخذ صيداً ، فأخذه غيره من فيه وهو حي ، وجب أن
يكون للمرسل ، ويكون إرساله كنصب شبكة تمقل بها الصيد . ويحتمل خلافه ،
لأن للكلب اختياراً .

السادسة : تمقل الصيد بالشبكة ، ثم قلعها وذهب بها ، فأخذه إنسان ،
نظر ، إن كان يعدو ويمتنع مع الشبكة ، ملكه الآخذ ، وإن كان ثقل الشبكة يطل
امتناعه ، بحيث يتيسر أخذه ، فهو لصاحب الشبكة لا يملكه غيره .

السابعة : إذا أرسل كلبه فحبس صيداً ، فلما انتهى إليه ، أفلت ، فهل يملكه
من أخذه ، أم هو ملك الأول بالحبس ؟ وجهان .

قلت : أصحها : يملكه الآخذ . والله أعلم

الثامنة : رجلان أقام كل واحد منهما يئنة أنه اصطاد هذا الصيد ، ففيه
القولان في تعارض اليئتين .

التاسعة : رجل في يده صيد ، فقال آخر : أنا اصطدته ، فقال صاحب اليد :
لا علم لي بذلك . قال ابن كج : لا يقنع منه بهذا الجواب ، بل يدّعيه لنفسه أو
يسلمه إلى مدّعيه .

قلت : لو أخبر فاسق أو كتابي أنه ذكّى هذه الشاة ، قبلناه ، لأنه من أهله ، ذكره في « التتمة » . ولو وجد شاة مذبوحة ، ولم يدر أذبحها مسلم ، أو كتابي ، أم مجوسي ؟ فإن كان في البلد مجوس ومسلمون ، لم يحل ، للشك في الذكاة المبيحة . والله أعلم



كتاب الأُطعمة

فيه بابان .

[الباب الأول]

في حال الاختيار

قال الأصحاب : ما يتأتى أكله من الجماد والحيوان ، لا يمكن حصر أنواعه ، لكن الأصل في الجميع الحل ، إلا ما يستثنيه أحد أصول .
الأول : نص الكتاب أو السنة على تحريمه ، كالخنزير ، والخمر ، والنبيد ، والميتة ، والدم ، والمنخقة ، والموقوذة ، والنطيحة ، والخمر الأهلية . ويحل الحمار الوحشي ، والخيول ، والمتولد بينهما . وتحرم البغال وسائر ما يتولد من مأكول وغيره^(١) ، سواء كان الحرام من أصله ، الذكر أو الأنثى . ويحرم أكل كل ذي ناب من السباع ، وذي مخالب من الطائر . والمراد : ما يعضد على الحيوان ويتقوى بنابه ، فيحرم الكلب ، والأسد ، والذئب ، والنمر ، والدب ، والفهد ، والفرد ، والفيل ، والببر .

قلت : هو البر - بآءين موحدتين - الأولى مفتوحة ، والثانية ساكنة ، وهو حيوان معروف يعادي الأسد ، ويقال له : الفرائق - بضم الفاء وكسر النون - .
والله أعلم

واختار أبو عبد الله البوشنجي من أصحابنا مذهب مالك ، فقال : يحل الفيل ،

(١) أي : ما تولد من مأكول وغير مأكول ، كالغزال ، فانها متولدة من الحمار والخيول .

وقال : لا يمدو من الفيلة إلا الفحل المغتم ، كالإبل . والصحيح : تحريمه .
ويحرم من الطير : البازي ، والشاهين ، والنسر ، والصقر ، والعقاب ، وجميع
جوارح الطير .

فرع

يحل الضب ، والضبع ، والثعلب ، والأرنب ، واليربوع . ويحرم ابن آوى ،
وابن مَقْرَضَ على الأصح عند الأكثرين ، وبه قطع المراوذة . ويحل الور ،
والدلدل على الأصح المنصوص . والهريرة الأهلية حرام على الصحيح ، وقال البوشنجي :
حلال . والوحشية حرام على الأصح ، وقال الخضري : حلال . ويحل السمور ،
والسنجاب ، والفتنك ، والقاقم ، والحواصيل ، على الأصح المنصوص .
الثاني : الأمر بقتله . قال أصحابنا : ما أمر بقتله من الحيوان ، فهو حرام ، كالحية ،
والمقرب ، والفأرة ، والغراب ، والحيدأة ، وكل مبيع ضار ، ويدخل في
هذا ، الأسد والذئب وغيرها مما سبق . وقد يكون لشيء سببان ، أو أسباب
تقتضي تحريمه .

فرع

تحرم البغائة ، والرخمة . وأما الغراب ، فأنواع .
منها : الأبقع وهو فاسق محرم بلا خلاف .
ومنها : الأسود الكبير ، ويقال له : الغداف الكبير ، ويقال : الغراب الجبلي ،
لأنه يسكن الجبال ، وهو حرام على الأصح ، وبه قطع جماعة .
ومنها : غراب الزرع ، وهو أسود صغير يقال له : الزاغ ، وقد يكون
محرماً المنقار والرجلين ، وهو حلال على الأصح .

ومنها : غراب آخر صنير أسود ، أو رمادي اللون . وقد يقال له :
الغذاف الصنير ، وهو حرام على الأصح ، وكذا المَقْمَق .
الثالث : ما نهى عن قتله ، فهو حرام ، فيحرم النمل ، والنحل ، والخُطَّاب ،
والصُرَد ، والهُدُود على الصحيح في الجميع . ويحرم الحفاش قطعاً ، وقد يجري
فيه الخلاف . ويحرم القلق على الأصح .

فرع

كل ذات طوق من الطير ، حلال ، واسم الحمام يقع على جميعها ، فيدخل
فيه القُمْرِي ، والدُّبِّي ، واليَّام ، والقَوَاحِث . وأُدرج في هذا القسم ،
الوَرَشَان ، والقَطَا ، والحِجَل ، وكلها من الطيِّات ، وما على شكل المصفور في
حدِّه ، فهو حلال ، ويدخل في ذلك الصَّعْوَة ، والزُرْزُور ، والنُّعْر ، والبلبل ،
وتحل الحُمْرَة ، والعنديات على الصحيح فيها . وتحل النعامة ، والدجاج ، والكركي ،
والحُبَّارِي . وفي البُنبَاء والطاووس ، وجهان . قال في « التهذيب » : أصحها :
التحريم . والشُّقْرَاق (١) . قال في « التهذيب » : حلال . وقال الصيمري : حرام .
قال أبو عاصم : يحرم مُلَاعِب ظِلِّه ، وهو طائر يسبح في الجو مراراً ، كأنه
ينصب على طائر . قال : والبوم حرام كالرَّخَم . والضُّوْع حرام . وفي قول :
حلال . وهذا يقتضي أن الضُّوْع غير البوم ، لكن في « الصحاح » : أن الضُّوْع
طائر من طير الليل من جنس الهام . وقال المفضل : هو ذكر البوم . فعلى هذا
إن كان في الضُّوْع قول ، لزم إجراؤه في البوم ، لأن الذكر والأنثى من الجنس
الواحد لا يفترقان .

(١) في هامش الاحل مانعه : الشقراق - بكسر القاف وتشديد الراء وبفتح الشين وكسرهما -
كذا بخط المؤلف .

قلت : الضوع - بضاد معجمة مضمومة وواو مفتوحة وعين مهملة - والأشهر :
أنه من جنس الهام . والله أعلم

قال أبو عاصم : النهاس حرام كالسباع التي تنهس . واللقاط ، حلال ، إلا
ما استثناء النص ، وأحل البوشنجي اللقاط بلا استثناء . قال : وما تقوّت بالطاهرات ،
غلال ، إلا ما استثناء النص ، وما تقوّت بالنجس ، غرام .

فرع

أطلق مطلقون القول بحل طير الماء ، فكلها حلال ، إلا اللقلق ، ففيه
خلاف سبق . وحكي عن الصيمري : أنه لا يؤكل لحم طير الماء الأبيض ،
لخبط لحمها .

فصل

الحيوان الذي لا يهلكه الماء ، ضربان .

أحدهما : ما يمشي فيه ، وإذا أخرج منه كان عيشه عيش المذبوح ، كالسمك
بأنواعه ، فهو حلال . ولا حاجة إلى ذبحه كما سبق ، وسواء مات بسبب ظاهر ،
كضفلة ، أو صدمة ، أو انخسار ماء ، أو ضرب من الصياد ، أو مات حتف
أنفه .

وأما ما ليس على صورة السمك المشهورة ، ففيه ثلاثة أوجه . ويقال :
ثلاثة أقوال . أحها : يحل مطلقاً ، وهو المنصوص في « الأم » ، وفي رواية المزني
واختلاف المراقين ، لأن الأصح أن اسم السمك يقع على جميعها . والثاني :

ينحرم . والثالث : ما يؤكل نظيره في البر ، كالبرق والشاء ، فحلال ، ومالا ، كغنزير الماء في كلبه ، فحرام . فعلى هذا ، مالا نظيره له ، حلال .

قلت : وعلى هذا لا يحل ما أشبه الحمار ، وإن كان في البر حمار الوحش المأكول ، صرح به صاحبنا « الشامل » و « التهذيب » وغيرهما . والله أعلم

وإذا أنجنا الجنيح ، فهل تشترط الذكاة ، أم تحل ميتته ؟ وجهان . ويقال : قولان . أحدهما : تحل ميتته .

الضرب الثاني : ما يعيش في الماء وفي البر أيضاً ، فمنه طير الماء ، كالبط ، والأوز ونحوهما ، وهي حلال كما سبق ، ولا تحل ميتتها قطعاً . وعدّ الشيخ أبو حامد ، والامام ، وصاحب « التهذيب » من هذا الضرب ، الضفدع ، والسرطان ، وهما محرمان على المشهور . ودوات السموم حرام قطعاً . ويحرم التمساح على الصحيح ، والسلحفاة على الأصح .

واعلم أن جماعة استثنوا الضفدع من الحيوانات التي لا تعيش إلا في الماء ، تفريراً على الأصح ، وهو حل الجميع . وكذا استثنوا الحيات ، والعقارب . ومقتضى هذا الاستثناء أنها لا تعيش إلا في الماء . ويمكن أن يكون منها نوع كذا ، ونوع كذا . واستثنى القاضي الطبري ، النسناس على ذلك الوجه أيضاً . وامتنع الروياني وغيره من مساعدته .

قلت : ساعده الشيخ أبو حامد . والله أعلم

الأصل الرابع : المستخبات من الأصول المعتبرة في الباب ، في التحليل والتحريم ، للاستطابة والاستخبات . ورآه الشافعي رحمه الله تعالى الأصل الأعظم الأعم ، ولذلك افتتح به الباب والمعتمد فيه ، قوله تعالى : (يسألونك ماذا أحل لهم ، قل أحل لكم الطيبات) [المائدة : ٤] .

وليس المراد بالطيب هنا ، الحلال . ثم قال الأئمة : وبعد الرجوع في ذلك إلى طبقات الناس ، وتنزيل كل قوم على ما يستطيعونه أو يستخبثونه ، لأنه يوجب اختلاف الأحكام في الحلال والحرام ، وذلك يخالف موضوع الشرع ، فأوا العرب أولى الأمم بأن يؤخذ باستطابتهم واستخبائهم ، لأنهم المخاطبون أولاً ، وهم جيل لا تغلب عليهم العيافة الناشئة من التمتع ، فيضيّقوا المطاعم على الناس . وإنما يرجع من العرب ، إلى سكان البلاد والقرى ، دون أجلاف البوادي الذين يتناولون مادبً ودرج من غير تمييز . وتعتبر عادة أهل اليسار والثروة ، دون المحتاجين ، وتعتبر حالة الخصب والرفاهية ، دون الجذب والشدة . وذكر جماعة : أن الاعتبار بعادة العرب الذين كانوا في عهد رسول الله ﷺ ، لأن الخطاب لهم . وبشبه أن يقال : يرجع في كل زمان إلى العرب الموجودين فيه ، فإن استطابته العرب ، أو سمته باسم حيوان حلال ، فهو حلال . وإن استخبثته ، أو سمته باسم محرم ، فحرام . فإن استطابته طائفة ، واستخبثته أخرى ، اتبعنا الأكثرين . فإن استويا ، قال صاحب « الحاوي » ، وأبو الحسن المبادي : تتبع قريش ، لأنهم قطب العرب . فإن اختلفت قريش ولا ترجيح ، أو شكوا فلم يحكموا بشيء ، أو لم نجد ولا غيرهم من العرب ، اعتبرناه بأقرب الحيوان شبهاً به . والشبه تارة يكون في الصورة ، وتارة في طبع الحيوان من الصيانة والمدوان ، وتارة في طعم اللحم . فإن استوى الشبهان ، أو لم نجد ما يشبهه ، فوجهان . أحدهما : الحل . قال الامام : وإليه ميل الشافعي رحمه الله تعالى .

واعلم أنه إنما يراجع العرب في حيوان لم يرد فيه نص بتحليل ولا تحريم ، ولا أمر بقتله ، ولا نهي عنه . فإن وجد شيء من هذه الأصول ، اعتمدناه ولم نراجعهم قطعاً . فمن ذلك أن الحشرات كلها مستخبثة ، ما يدرج منها وما يطير .

فمنها : ذوات السموم والإبر .

ومنها : الوزغ وأنواعها ، كحرباء الظهيرة والمضاء ، وهي ملساء تشبه سام

أبرص ، وهي أحسن منه ، الواحدة عظمة ، وعظاية ، فكل هذا حرام . ونجس
الذرة ، والفأر ، والذئب ، والخنفساء ، والقراد ، والجملان ، وبنات وردان ،
وحمار قبان ، والديدان . وفي دود الخل والفاكهة وجه . وتحرم اللحساء ،
وهي دويبة تفوس في الرمل إذا رأت إنساناً . ويستثنى من الحشرات ، اليربوع ،
والضب ، وكذا أم حبين ، فإنها حلال على الأصح . ويستثنى من ذوات الإبر ،
الجراد ، فإنه حلال قطعاً ، وكذا القنفذ على الأصح . والصرارة حرام على الأصح
كالخنفساء .

فصل

إذا وجدنا حيواناً لا يمكن معرفة حكمه من كتاب ولا سنة ، ولا استطابة ،
ولا استنباط ، ولا غير ذلك مما تقدم من الأصول ، وثبت تحريمه في شرع من
قبلنا ، فهل يستصحب تحريمه ؟ قولان . الأظهر : لا يستصحب ، وهو مقتضى
كلام عامة الأصحاب ، فإن استصحبناه ، فشرطه أن يثبت تحريمه في شرعهم بالكتاب
أو السنة ، أو يشهد به عدلان أسلموا منهم يعرفان البدل من غيره . قال في
« الحاوي » : فعلى هذا لو اختلفوا ، اعتبر حكمه في أقرب الشرائع إلى الإسلام ،
وهي النصرانية . فإن اختلفوا ، عاد الوجهان عند تعارض الأشباه .

فصل

يحرم أكل نجس المين ، والمتنجس ، كاللبس ، والخل ، واللبن ، والدهن .
وسبق في كتاب الطهارة وجه : أن الدهن يطهر بالنسل ، فعلى هذا إذا غسل ،
حل .

فرع

يكره أكل لحم الجلالة كراهة تنزيه على الأصح الذي ذكره أكثرهم ، منهم المراقبون ، والروائي وغيرهم . وقال أبو إسحاق والقفال : كراهة تحريم . ورجحه الامام ، والغزالي ، والبغوي . والجلالة : هي التي تأكل العذرة والنجاسات ، وسواء كانت من الابل ، أو البقر ، أو النعم ، أو الدجاج . ثم قيل : إن كان أكثر علفها النجاسة ، فهي جلالة . وإن كان الطاهر أكثر ، فلا . والصحيح : أنه لا اعتبار بالكثرة ، بل بالرائحة والتن . فإن وجد في عرقها وغيره ريح النجاسة ، فجلالة ، وإلا ، فلا . وقيل : الخلاف فيما إذا وجدت رائحة النجاسة بتمامها ، أو قربت الرائحة من الرائحة . فإن قلّت الرائحة الموجودة ، لم تضر . ولو حبست بعد ظهور التن ، وعلفت طاهراً فزالت الرائحة ، ثم ذبحت ، فلا كراهة فيها . ولو لم تelf ، لم يزل المنع بفعل اللحم بعد الذبح ، ولا بالطبخ وإن زالت الرائحة به ، وكذا لو زالت بمرور الزمان عند صاحب « التهذيب » . وقيل خلافه . وكما يمنع لحمها ، يمنع لبنها ويضها ، ويكره الركوب عليها إذا لم يكن بينها وبين الراكب حائل . ثم قال الصيدلاني وغيره : إذا حرمت لحمها فهو نجس ، ويطهر جلدها بالدباغ ، وهذا يقتضي نجاسة الجلد أيضاً . وهو نجس إن ظهرت الرائحة فيه ، وكذا إن لم تظهر على الأصح ، كاللحم . ثم ظهور التن وإن حرمت به اللحم ونجسناه ، فلا نجاسة موجبة لنجاسة الحيوان في حياته ، بل إذا حكنا بالتحريم ، كان كما لا يؤكل لحمه ، لا يطهر جلده بالذكاة ، ويطهر بالدباغ .

فرع

السُّخْلَةُ المُرْبَاةُ بلبن الكلبة ، لها حكم الجلالة . ولا يحرم الزرع وإن كثر الزبل وسائر النجاسات في أصله ، لأنه لا يظهر فيه أثر النجاسة وريحها .

قلت : وإذا عجن دقيقاً بماء نجس وخبزه ، فهو نجس يحرم أكله . ويجوز أن يطعمه لشاة وبمير ونحوهما ، نص عليه الشافعي رحمه الله تعالى ، ونقله البيهقي في « السنن » الكبير في باب نجاسة الماء الدائم عن نصه ، واستدل له بمحدث صحيح^(١) . وفي فتاوى صاحب « الشامل » : أنه يكره إطعام الحيوان الماء كونه نجاسة . وهذا لا يخالف ما نص عليه الشافعي في الطعام ، لأنه ليس بنجس السمين . قال ابن الصباغ : ولا يكره أكل البيض المسلوق بماء نجس ، كما لا يكره الوضوء بماء سخن بالنجاسة . والله أعلم

فصل

الحيوان المأكول ، إنما يحل إذا ذبح الذبح المعتبر . ويستثنى السمك ، والجراد ، والجنين الذي يوجد ميتاً في بطن المذكاة ، فإنه حلال ، سواء أشتمر ، أم لا . قال الشيخ أبو محمد في كتاب « الفرق » : إنما يحل إذا سكن في البطن عقيب ذبح الأم ، فأما لو بقي زمناً طويلاً يضطرب ويتحرك ، ثم سكن ، فالصحيح : أنه حرام . ولو خرج الجنين في الحال وبه حركة المذبح ، حل . وإن خرج رأسه وفيه حياة مستقرة ، قال القاضي حسين وصاحب « التهذيب » : لا يحل إلا بذبحه ، لأنه مقدور عليه . وقال القفال : يحل ، لأن خروج بعض الولد كعدم خروجه في العدة وغيرها .

(١) انظر « سنن » البيهقي (١/١٣٥) .

قلت : قول القفال أصح . والله أعلم

قال صاحب « التهذيب » : لو أخرج رجله ، فقياس ما قاله القاضي : أن يخرج ليجل ، كما لو ردئ بغير في بئر . ولو وجدت مضنة لم تبين فيها الصورة ، ولا تشكل الأعضاء ، ففي حلقها وجهان ، بناءً على وجوب الفرء فيها ، وثبوت الاستيلاد .

قلت : إذا ذكى الحيوان وله يد شلاء ، هل تحل بالذكاة ، أم هي ميتة ؟ وجهان . الصحيح : الحِل . وقد ذكرهما الرافعي في باب القصاص في الأطراف .
والله أعلم

فصل

كسب الحجام حلال ، هذا هو المذهب المعروف . وقال ابن خزيمة : حرام على الأحرار ، ويجوز أن يطعمه العبيد والدواب ، وهذا شاذ . ولا يكره أكل كسب الحجام للعبيد ، سواء كسبه حر أم عبد . ويكره للحجر ، سواء كسبه حر أم عبد . وللكراهة معنيان . أحدهما : مخالطة النجاسة . والثاني : دناءته . فعلى الثاني : يكره كسب الحلاق ونحوه . وعلى الأول : يكره كسب الكناس ، والزبائل ، والدبائغ ، والقصائب ، والخائن . وهذا الذي أطلقه جمهور الأصحاب . ولا يكره كسب الفاسد على الأصح . وفي الحماي ، والحائك ، وجهان .

قلت : الأصح : لا يكره كسب الحائك . والله أعلم

وكره جماعة كسب الصواغ .

فرع

قال الماوردي : أصول المكاسب : الزراعة ، والتجارة ، والصناعة . وأنها أطيب ؟ فيه ثلاثة مذاهب للناس^(١) . أشبهها مذهب الشافعي : أن التجارة أطيب . قال : والأشبه عندي : أن الزراعة أطيب ، لأنها أقرب إلى التوكل . قلت : في « صحيح البخاري » عن النبي ﷺ قال : « ما أكل أحد طعاماً قط ، خيراً من أن يأكل من عمل يده ، وإن نبي الله داود ﷺ ، كان يأكل من عمل يده »^(٢) . فهذا صريح في ترجيح الزراعة ، والصناعة ، لكونها من عمل يده ، لكن الزراعة أفضلها ، لعموم النفع بها للأدعي وغيره ، وعموم الحاجة إليها . والله أعلم

فصل

كل ما ضر ، كالزجاج ، والحجر ، والسم ، يحرم . وكل طاهر لا ضرر فيه ، يحل أكله ، إلا المستفذرات الطاهرة كاللبن والمخاط ونحوها ، فإنها محرمة على الصحيح ، وإلا الحيوان الذي تبتلعه حياً ، سوى السمك والجراد ، فإنه يحرم قطعاً ، وكذا ابتلاع السمك والجراد على وجه كما سبق . وفي جلد الميتة المدبوغ خلاف سبق في الطهارة . ويجوز شرب دواء فيه قليل سم ، إذا كان الغالب منه السلامة ، واحتيج إليه . قال الامام : ولو تصور شخص لا يضره أكل السموم

(١) في هامش مخطوطة الظاهرية ما يلي : على هامش الاصل ما نصه : قيل : الصناعة أطيب ، لأن الكسب فيها يحصل بكسب اليمين .

(٢) البخاري في « صحيحه » (٢٥٩/٤) .

الظاهرة ، لم تحرم عليه . وقال الروياني : النبات الذي يسكر وليس فيه شدة مطربة ، يحرم أكله ، ولا حدّ على آكله ، ويجوز استعماله في الدواء وإن أفضى إلى السكر إذا لم يكن منه بدّ . وما يسكر مع غيره ولا يسكره بنفسه ، إن لم ينتفع به في دواء وغيره ، حرم أكله . وإن كان ينتفع به في الدواء ، حلّ التداوي به .

الباب الثاني

في حال الاضطرار

فيه مسائل .

إحداها : المضطر إذا لم يجد حلالاً ، أكل المحرمات ، كاللينة ، والدم ، ولحم الخنزير ، وما في معناها . والأصح : وجوب أكلها عليه ، كما يجب دفع الهلاك بأكل الحلال . والثاني : يباح فقط .

الثانية : في حد الضرورة ، لا خلاف أن الجوع القوي لا يكفي لتناول الحرام ، ولا خلاف أنه لا يجب الامتناع إلى أن يشرف على الموت ، فإن الأكل حينئذ لا ينفع . ولو انتهى إلى تلك الحالة ، لم يحل له الأكل ، فانه غير مفيد . ولا خلاف في الحِلِّ إذا كان يخاف على نفسه لو لم يأكل من جوع أو ضعف عن الشيء أو الركوب ، وينقطع عن رفقته ويضيع ، ونحو ذلك . فلو خاف حدوث مرض يخيف جنسه ، فهو كخوف الموت . وإن خاف طول المرض ، فكذلك على الأصح أو الأظهر . ولو عيل صبره وجهده الجوع ، فهل يحل له المحرّم ، أم لا يحل حتى يصل إلى أدنى الرمي ؟ قولان .

قلت : أظهرهما : الحِلُّ . والله أعلم

ولا يشترط فيما يخاف منه تيقن وقوعه لو لم يأكل ، بل يكفي غلبة الظن .

الثالثة : يباح للمضطر أن يأكل من المحرم ما يسد الرمق قطعاً ، ولا تحل الزيادة على الشبع قطعاً . وفي حل الشبع ، ثلاثة أقوال . ثالثها : إن كان قريباً من العمران ، لم يحل ، وإلا ، فيحل . ورجح القفال وكثير من الأصحاب المنع . ورجح صاحب « الإفصاح » والرويانى وغيره ، الحل . هكذا أطلق الخلاف أكثرهم . وفصل الامام ، والغزالي ، تفصيلاً حاصله : إن كان في بادية وخاف إن ترك الشبع لا يقطعها ويهلك ، وجب القطع بأنه يشبع . وإن كان في بلد وتوقع الطعام الحلال قبل عود الضرورة ، وجب القطع بالاعتصار على سد الرمق . وإن كان لا يظهر حصول طعام حلال ، وأمكنه الرجوع إلى الحرام مرة بعد أخرى ، إن لم يجد الحلال ، فهو موضع الخلاف .

قلت : هذا التفصيل ، هو الراجح . والأصح من الخلاف : الاعتصار على سد الرمق . والله أعلم

الرابعة : يجوز له التزود من الميتة إن لم يرج الوصول إلى الحلال . وإن رجا ، قال في « التهذيب » وغيره : يحرم . وعن القفال : أن من حمل الميتة من غير ضرورة ، لم يمنع ما لم يتلوث بالنجاسة . وهذا يقتضي جواز التزود عند الضرورة وأولى .

قلت : الأصح : جواز التزود إذا رجا . والله أعلم

الخامسة : إذا جاوزنا الشبع ، فأكل ما سد رمقه ، ثم وجد لقمة حلالاً ، لم يجوز أن يأكل من المحرم حتى يأكلها ، فإذا أكلها ، هل له الاتمام إلى الشبع ؟ وجهان . وجه المنع : أنه باللقمة عاد إلى المنع ، فيحتاج إلى عود الضرورة .

قلت : الأصح : الجواز . والله أعلم

السادسة : لو لم يجد المضطر إلا طعام غيره وهو غائب أو ممتنع من البذل ،

فهل يقتصر على سد الرسق ، أم له الشبع ؟ فيه طرق . أحبها : طرد الخلاف كالهيئة . والثاني : له الشبع قطعاً . والثالث : ليس له قطعاً .

السابعة : المحرم الذي يضطر إلى تناوله قهراً ، مسكر ، وغيره ، فيباح جميعه ما لم يكن فيه إلتلاف معصوم ، فيجوز للمضطر قتل الحربي والمرتد وأكله قطعاً . وكذا الزاني المحصن ، والمحارب ، وتارك الصلاة على الأصح فيهم . ولو كان له قصاص على غيره ، ووجده في حالة اضطرار ، فله قتله قصاصاً ، وأكله ، وإن لم يحضره السلطان . وأما المرأة الحرة وصبيان أهل الحرب ، ففي « التهذيب » : أنه لا يجوز قتلهم للأكل ، وجوؤه الامام ، والغزالي ، لأنهم ليسوا بمعصومين . والمنع من قتلهم ، ليس لحمة أرواحهم ، ولهذا لا كفارة فيهم .

قلت : الأصح : قول الامام . والله أعلم

والذي ، والماهد ، والمستأمن ، معصومون ، فيحرم أكلهم . ولا يجوز للوالد قتل ولده للأكل ، ولا للسيد قتل عبده . ولو لم يجد إلا آدمياً معصوماً ميتاً ، فالصحيح حل أكله . قال الشيخ إبراهيم الروذي : إلا إذا كان الميت نيتاً ، فلا يجوز قطعاً . قال في « الحاوي » : فإذا جوؤنا ، لا يأكل منه إلا ما يسد الرمق ، حفظاً للحرمتين . قال : وليس له طبخه وشيته ، بل يأكله نيتاً ، لأن الضرورة تندفع بذلك ، وطبخه هتك لحرمته ، فلا يجوز الإقدام عليه ، بخلاف سائر الميتات ، فإن للمضطر أكلها نيئة ومطبوخة . ولو كان المضطر ذمياً ، والميت مسلماً ، فهل له أكله ؟ حكى فيه صاحب « التهذيب » وجهين .

قلت : القياس : تحريمه . والله أعلم

ولو وجد ميتة ولحم آدمي ، أكل الميتة وإن كانت لحم خنزير . وإن وجد المحرم صيداً ولحم آدمي ، أكل الصيد . ولو أراد المضطر أن يقطع قطعة

من فضذه أو غيرها ليأكلها ، فإن كان الخوف منه كالخوف في ترك الأكل أو أشد ، حرم ، وإلا ، جاز على الأصح ، بشرط أن لا يجد غيره . فإن وجد ، حرم قطعاً . ولا يجوز أن يقطع لنفسه من معصوم غيره قطعاً ، ولا للغير أن يقطع من نفسه المضطر .

الفصل الثاني : السكر ، والمذهب عند جمهور الأصحاب : أنه لا يحل شرب الخمر ، لا للتداوي ، ولا للمطش . وقيل : يجوز لها . وقيل : لهذا دون ذاك . وقيل : بالعكس . فإذا جوّزنا للمطش ، فوجد خمرأ وبولأ ، شرب البول ، لأن تحريمه أخف . كما لو وجد بولأ وماء نجساً ، شرب الماء ، لأن نجاسته طارئة . وما سوى السكر من النجاسات ، يجوز التداوي به كله على الصحيح المعروف . وقيل : لا يجوز . وقيل : لا يجوز إلا بأبوال الإبل . وفي جواز التبخر بالندّ الذي فيه خمر ، وجهان بسبب دخانه .

قلت : الأصح : الجواز ، لأنه ليس دخان نفس النجاسة . والله أعلم

الثامنة : إذا وجد المضطر طعاماً حلالاً لغيره ، فله حالان .

أحدهما : أن يكون مالكة حاضراً . فإن كان مضطراً إليه ، فهو أولى به ، وليس للأول أخذه منه إذا لم يفضل عن حاجته ، إلا أن يكون نبياً ، فإنه يجب على المالك بذله [له] ، فإن آثر المالك غيره على نفسه ، فقد أحسن . قال الله تعالى : (ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة) [الحشر : ٩] وإنما يؤثر على نفسه مسلماً . فأما الكافر ، فلا يؤثره حريباً كان ذمياً ، وكذا لا يؤثر بهيمة على نفسه . وإن لم يكن المالك مضطراً ، لزمه إطعام المضطر مسلماً كان أو ذمياً أو مستأئناً ، وكذا لو كان يحتاج إليه في ثاني الحال على الأصح . والمضطر أن يأخذه قهراً أو يقاتله عليه . وإن أتى القتال على نفس المالك ، فلا ضمان فيه . وإن قتل المالك المضطر في الدفع عن طعامه ، لزمه القصاص . وإن منعه الطعام فمات جوعاً ، فلا ضمان . قال في « الحاوي » : ولو قيل : يضمن ، كان مذهباً . وهل القدر الذي يجب على

المالك بذله ، ويجوز المضطر أخذه قهراً والقتال [عليه] ما يسد الرمي ، أم قدر الشبع ؟ فيه قولان ، بناءً على القولين في الحلال من الميتة . وهل يجب على المضطر الأخذ قهراً والقتال ؟ فيه خلاف مرتب على الخلاف في وجوب الأكل من الميتة ، وأولى بأن لا يجب .

قلت : المذهب : لا يجب القتال ، كما لا يجب دفع الصائل وأولى . والله أعلم وخصص صاحب التهذيب ، الخلاف بما إذا لم يكن عليه خوف في الأخذ قهراً . قال : فإن كان ، لم يجب قطعاً .

فرع

حيث أوجبنا على المالك بذله للمضطر ، ففي «الحاوي» وجه : أنه يلزمه بذله مجاناً ، ولا يلزم المضطر شيء ، كما يأكل الميتة بلا شيء . والمذهب : أنه لا يلزمه البذل إلا بموضع ، وبهذا قطع الجمهور . وفرقوا بينه وبين ما إذا خلص مشرفاً على الهلاك بالوقوع في ماء أو نار ، فإنه لا تثبت أجره المثل ، لأن هناك يلزمه التخليص ، ولا يجوز التأخير إلى تقرير الأجرة ، وهنا بخلافه ، وسوى القاضي أبو الطيب وغيره بينها ، فقالوا : إن احتمل الحال هناك موافقته على أجره يبذلها أو يلتزمها ، لم يلزم تخليصه حتى يلتزمها كما في المضطر . وإن لم يحتمل حال التأخير^(١) في صورة المضطر ، فأطعمه ، لم يلزمه العوض ، فلا فرق بينها . ثم إن بذل المالك طعامه مجاناً ، لزمه قبوله ، ويأكله إلى أن يشبع ، فإن بذله بالعوض ، نظر ، إن لم يقدر العوض ، لزم المضطر قيمة ما أكل في ذلك المكان والزمان ، وله أن يشبع ، وإن قدره ، فإن لم يفرد ما يأكله ، فالحكم كذلك . وإن أفرد ، فإن كان المقدّر ثمن المثل ، فالبيع صحيح ، وللمضطر ما فضل عن الأكل . وإن كان

(١) في نسخة الظاهرية ، ونسخة على هامش الأصل : وإن لم يحتمل الحال التأخير .

أكثر والتزمه ، ففيما يلزمه أوجه . أقيسها وهو الأصح عند القاضي أبي الطيب :
يلزمه المسمى ، لأنه التزمه بعقد لازم . وأصحها عند الروياني : لا يلزمه إلا ثمن
المثل في ذلك الزمان والمكان ، لأنه كالمكره . والثالث ، وهو اختيار صاحب
« الحاوي » : إن كانت الزيادة لا تشق على المضطر ليساره ، لزمته ، وإلا ، فلا .
قال أصحابنا : وينبغي للمضطر أن يحتمل في أخذه منه بيع فاسد ، ليكون الواجب
القيمة قطعاً ، وقد يفهم من كلامهم ، القطع بصحة البيع ، وأن الخلاف فيما يلزم
ثمناً . لكن الوجه : جعل الخلاف في صحة العقد لمعنى الإكراه ، وأن المضطر
هل هو مكروه ، أم لا ؟ وفي تعليق الشيخ أبي حامد ما يبين ذلك . وقد صرح
الامام ، فقال : الشراء بالثمن العالي للضرورة ، هل يجعله مكروهاً حتى لا يصح
الشراء ؟ ونجهاً . أقيسها : صحة البيع . قال : وكذا المصادَر من جهة السلطان
الظالم ، إذا باع ماله للضرورة ، ولدفع الأذى الذي يناله . والأصح : صحة
البيع ، لأنه لا إكراه على البيع ، ومقصود الظالم تحصيل المال من أي جهة كان ،
وبهذا قطع الشيخ إبراهيم الروذي ، واحتج به لوجه لزوم المسمى في مسألة المضطر .

فرع

متى باع المالك بضمن المثل ومع المضطر مالاً ، لزمه شراؤه ، وصرف مامعه
إلى الثمن ، حتى لو كان معه إزار فقط ، لزمه صرفه إليه إن لم يخف الهلاك بالبرد ،
ويصلي عارياً ، لأن كشف العورة أخف من أكل الميتة . ولهذا يجوز أخذ
الطعام قهراً ، ولا يجوز أخذ سائر العورة قهراً . وإن لم يكن معه مال ، لزمه
التزامه في ذمته ، سواء كان له مال في موضع آخر ، أم لا . ويلزم المالك في هذا
الحال ، البيع نسيتة .

فرع

ليس المضطر الأخذ قهراً إذا بذل المالك بشمن المثل . فإن طلب أكثر ، فله أن لا يقبل ويأخذه قهراً ويقاقله عليه . فإن اشتراه بالزيادة مع إمكان أخذه قهراً ، فهو مختار في الالتزام ، فيلزمه المسمى بلا خلاف . والخلاف السابق إنما هو فيمن عجز عن الأخذ قهراً .

فرع

لو أطمعه المالك ولم يصرح بالاباحة ، فالأصح : أنه لا عوض عليه ، ويحمل على المسامحة المتأداة في الطعام . ولو اختلفا فقال : أطمعتك بعوض ، فقال : بل بجانا ، فهل يصدق المالك لأنه أعرف بدفعه ، أم المضطر لبراءة ذمته ؟ وجهان . الأول : لا . ولو أوجر المالك المضطر قهراً ، أو أوجره^(١) وهو منفي عليه ، فهل يستحق القيمة ؟ وجهان . أحسنها : يستحق ، لأنه خلصه من الهلاك ، كمن عفا عن القصاص ، ولما فيه من التحريض^٢ على مثل ذلك .

فرع

كما يجب بذل المال لإبقاء الآدمي المصوم ، يجب بذله لإبقاء البهيمة المحترمة ، وإن كانت ملكاً للغير . ولا يجب البذل للحربي ، والمرتد ، والكلب المقور . ولو كان لرجل كلب غير عقور جائع ، وشاة ، لزمه ذبح الشاة لإطعام الكلب . قال في « التهذيب » : وله أن يأكل من لحمها ، لأنها ذبحت للأكل .

(١) الوجور على وزن رسول : الدواء يصب في الحلق ، وأوجرت المريض إيجاراً : فلت به ذلك . ووجرته أجره : من باب وعد ، لغة .

الحال الثاني : أن يكون المالك غائباً ، فيجوز المضطر أكل طعامه ، ويفرم له القيمة . وفي وجوب الأكل وقدر المأكول ، ماسبق من الخلاف . وإن كان الطعام لصبي أو مجنون ، والولي غائب ، فكذلك . وإن كان حاضراً ، فهو في مالها ككمال الحال في ماله ، وهذه إحدى الصور التي يجوز فيها بيع مال الصبي نسيئة .

المسألة التاسعة : إذا وجد المضطر ميتة ، وطعام الغير وهو غائب ، فثلاثة أوجه . ويقال : أقوال . أصحابها : يجب أكل الميتة . والثاني : الطعام . والثالث : يتخير بينهما ، وأشار الامام ، إلى أن هذا الخلاف مأخوذ من الخلاف في اجتماع حق الله تعالى وحق الآدمي . وإن كان صاحب الطعام حاضراً ، فإن بذله بلا عوض ، أو بضمن مثله ، أو بزيادة يتغابن الناس بمثلها ومعه ثمنه ، أو رضي بذمته ، لزمه القبول . وإن لم يعبه إلا بزيادة كبيرة ، فالذهب الذي قطع به العراقيون والطبريون وغيرهم : أنه لا يلزمه شراؤه ، لكن يستحب ، وإذا لم يلزمه الشراء ، فهو كما لو لم يبذله أصلاً . وإذا لم يبذله ، لا يقاتله عليه المضطر إن خاف من المقاتلة على نفسه ، أو خاف إهلاك المالك في المقاتلة ، بل يعدل إلى الميتة . وإن كان لا يخاف لضمف المالك وسهولة دفعه ، فهو على الخلاف المذكور فيما إذا كان غائباً . وقال في « التهذيب » : يشترى بالثمن الغالي ، ولا يأكل الميتة . ثم يجيء الخلاف ، في أنه يلزمه المسمى ، أو ثمن المثل ؟ قال : وإذا لم يبذل أصلاً ، وقلنا : طعام الغير أولى من الميتة ، يجوز أن يقال : يقاتله ويأخذه قهراً .

المباشرة : لو اضطر محرم ولم يجد إلا صيداً ، فله ذبحه وأكله ، ويلزمه الفدية . وإن وجد صيداً وميتة ، فالذهب : أنه يلزمه أكل الميتة . وفي قول : الصيد . وفي قول أو وجه : يتخير . وقيل : يأكل الميتة قطعاً . ولو وجد المحرم لحم صيد ذبح ، وميتة ، فإن ذبحه حلال لنفسه ، فهذا مضطر وجد ميتة ، وطعام الغير ، وإن ذبحه هذا المحرم قبل إحرامه ، فهو واجد طعاماً حلالاً لنفسه ،

فليس مضطراً . وإن ذبحه في الاحرام ، أو ذبحه محرم آخر ، فأوجه . أصحها :
يتخير بينها . والثاني : تمعين الميتة . والثالث : الصيد . ولو وجد المحرم صيداً ،
وطعام الغير ، فهل يتمين الصيد ، أم الطعام ، أم يتخير ؟ فيه ثلاثة أوجه ،
أو أقوال ، سواء جعلنا الصيد الذي يذبحه المحرم ميتة ، أم لا . وإن وجد صيداً ،
وميتة ، وطعام الغير ، فسبعة أوجه . أصحها : تمعين الميتة : والثاني : الطعام .
والثالث : الصيد . والرابع : يتخير بينها : والخامس : يتخير بين الطعام والميتة .
والسادس : يتخير بين الصيد والميتة . والسابع : يتخير بين الصيد والطعام .

فرع

إذا لم نجعل ما يذبحه المحرم من الصيد ميتة ، فهل على المضطر قيمة ما يأكل
منه ؟ وجهان ، بناءً على القولين في أن المحرم ، هل يستقر ملكه على الصيد .

الحادية عشرة : لو وجد ميتتين ، إحداها من جنس المأكول ، دون
الأخرى ، أو إحداها طاهرة في الحياة دون الأخرى ، كشاة ، وحمار أو كلب ، فهل
يتخير بينهما ، أم تمعين الشاة ؟ وجهان .

قلت : ينبغي أن يكون الراجع ترك الكلب ، والتخير بين الباقي . والله أعلم
الثانية عشرة : ليس للمصابي بسفرة أكل الميتة حتى يتوب على الصحيح .
وسبق بيانه في صلاة المسافر .

الثالثة عشرة : نص إشافمي رضي الله عنه : أن المريض إذا وجد مع غيره
طعاماً يضره ويزيد في مرضه ، جاز له تركه وأكل الميتة ، ويأنم مثله لو كان
الطعام له . وعدّه هذا من أنواع الضرورة ، وكذا التداوي كما سبق .
وسبق أيضاً في أول الكتاب ، بيان الانتفاع بالنجاسات . ولو تنجس الحف

بخمره بشعر الخنزير ، ففسل سبعا لإحداهن بتراب ، طهر ظاهره دون باطنه ، وهو موضع الخرز . وقيل : كان الشيخ أبو زيد يصلي في الخف النوافل دون الفرائض ، فراجعه القفال فيه فقال : الأمر إذا ضايق اتسع ، أشار إلى كثرة النوافل .

قلت : بل الظاهر أنه أراد أن هذا القدر مما تم به البلوى ، ويتمذر أو يشق الاحتراز منه ، فمفي عنه مطلقاً . وإنما كان لا يصلي فيه الفريضة احتياطاً لها ، وإلا ، فمقتضى قوله المفو فيها . ولا فرق بين الفريضة والنفل في اجتناب النجاسة . ومما يدل على صحة ما تأولته ، أن القفال قال في شرحه « التلخيص » : سألت أبا زيد عن الخلف يخرز بشعر الخنزير ، هل تجوز الصلاة فيه ؟ فقال : الأمر إذا ضاق اتسع ، قال القفال : مراده أن بالناس حاجة إلى الخرز به ، فلضرورة جوازنا ذلك . والله أعلم

فصل

في مسائل تتعلق بأول طهارة

إحداها : قال الشيخ إبراهيم المرؤذي في تعليقه : وردت أخبار في النهي عن أكل الطين ، ولا يثبت شيء منها ، وينبغي أن نحكم بالتحريم إن ظهرت المضرة فيه .

قلت : قطع صاحب « المذهب » وغيره بتحريم أكل التراب . والله أعلم

الثانية : يكره أن يأكل من الطعام الحلال فوق شبعه ، ويكره أن ييبس

الطعام . ويستحب أن يأكل من أسفل الصفحة ، وأن يقول بعد الفراغ :
« الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه » .

الثالثة : إذا استضاف مسلم لا اضطرار به مسلماً ، استحب له ضيافته ،
ولا تجب . والأحاديث الواردة في الباب ، محمولة على الاستحباب .

الرابعة : من مرّ بثمر غيره أو زرعه ، لم يجز له أن يأخذ منه ، ولا يأكل
بغير إذن صاحبه ، إلا أن يكون مضطراً ، فيأكل ويضمن . وحكم الثمار الساقطة
من الأشجار ، حكم سائر الثمار إن كانت داخل الجدار . فإن كانت خارجه ،
فكذلك إن لم تجر عادتهم بإباحتها ، فإن جرت بذلك ، فهل تجري المادة المطردة
بجري الإباحة ؟ وجهان .

قلت : الأصح : تجري . والمختار : أنه يجوز أكل الانسان من طعام قريبه
وصديقه بغير إذنه إذا غلب على ظنه أنه لا يكره ذلك ، فإن تشكك ، فحرام
بلا خلاف . ويستحب ترك التبسط في الأطعمة البساحة ، فانه ليس من أخلاق
السلف ، هذا إذا لم تدع إليه حاجة ، كقرى الضيف ، والتوسعة على العيال في الأوقات
المروفة . والسنة : اختيار الحلو من الأطعمة ، وتكثير الأيدي على الطعام ،
والتسمية في أوله . فإن نسي وتركها في أوله ، أتى بها في أثناء الأكل . ويستحب الجهر
بها ليذكر غيره ، ويستحب الحديث الحسن على الأكل . وقد بقيت آداب تتعلق
بالأكل ، أخرتها إلى باب الوليمة لكونه أليق بها . والله أعلم



كتاب النذر

هو التزام شيء ، وفيه فصلان .

أحدهما : في أركانه ، وهي ثلاثة : الناذر ، والمنذور ، والصينة .

الأول : الناذر . وهو كل مكلف مسلم ، فلا يصح نذر الصبي والمجنون . وفي نذر السكران ، الخلاف في تصرفاته . ولا يصح نذر الكافر على الصحيح . ويصح من السفیه المحجور عليه بفلس نذر القرب البدنية ، ولا تصح المالية من السفیه . وأما المفلس ، فإن التزم في ذمته ولم يمين مالا ، صح نذره ، ويؤديه بعد قضاء حقوق الغرماء . فإن عيّن مالا ، بني على ما لو أعتق أو وهب ، هل يوقف صحة تصرفه ، أم يكون باطلاً ؟ فإن أبطلناه ، فكذا النذر . وإن توقفنا ، توقف النذر ، قاله في « التتمة » . قال : ولو نذر عتق الرهون ، انمقد نذره . فإن نفذنا ، عتقه في الحال ، أو عند أداء المال ، وإلا ، فهو كمن نذر إعطاء من لا يملكه .

الركن الثاني : الصينة . فلا يصح النذر إلا باللفظ . وفي قول قديم : تصير الشاة ونحوها هدياً وأضحية بالنية وحدها ، أو بها مع التقليد كما سبق في بابه . ثم النذر قيمان .

أحدهما : نذر التبرؤ ، وهو نوعان .

أحدهما : نذر المجازاة ، وهو أن يلتزم قربة في مقابلة حدوث نعمة ، أو اندفاع

بليّة ، كقوله : إن شئى الله مريضى ، أو رزقى ولدأ ، فلهه علىّ إعناق ، أو صوم ، أو صلاة . فاذا حصل الملق عليه ، لزمه الوفاء بما التزم . ولو قال : فعلىّ ، ولم يقل : فلهه علىّ ، فالصحيح : أنه كذلك . وقيل : لا بدّ من التصريح بذكر الله تعالى ، وهو قريب من الخلاف في وجوب الإضافة إلى الله تعالى في نية الوضوء والصلاة .

النوع الثانى : أن يلتزم ابتداءً من غير تعليق على شيء ، فيقول : لله علىّ أن أصلي أو أصوم أو أعتق ، فقولان . وقيل : وجهان . أظهرهما : يصح ، ويلزم الوفاء به . والثانى : لا يصح ، ولا يلزمه شيء .

فرع

لو عقب النذر بالشيئة فقال : لله علىّ كذا إن شاء تعالى ، لم يلزمه شيء ، كما هو في تعقيب الأيمان ، والطلاق ، والمقود . ولو قال : لله علىّ كذا إن شاء زيد ، لم يلزمه شيء وإن شاء زيد .

القسم الثانى : نذر اللّجاج والغضب ، وهو أن يمنع نفسه من فعل ، أو يحثها عليه بتعليق التزام قرينة بالفعل ، أو بالترك . ويقال فيه : يمين اللّجاج والغضب . ويقال له أيضاً : يمين القلق . ويقال : نذر القلق - بفتح القين - المعجمة واللام - فاذا قال : إن كنت فلاناً ، أو دخلت الدار ، أو إن لم أخرج من البلد ، فلهه علىّ صوم شهر ، أو صلاة ، أو حج ، أو إعناق رقبة ، ثم كالمه ، أو دخل ، أو لم يخرج ، ففيها يلزمه طرق . أشهرها : على ثلاثة أقوال . أحدها : يلزمه الوفاء بما التزم . والثانى : يلزمه كفارة يمين . والثالث : بتخير بينها ، وهذا الثالث هو الأظهر عند المراقين ، لكن الأظهر على ما ذكره صاحب التهذيب ، والرويانى ، وإبراهيم المروذى ، والموفق بن طاهر ، وغيرهم ، وجوب

الكفارة . والطريق الثاني : القطع بالتخيير . والثالث : نفي التخيير ، والاقتصار على القولين الأولين . والرابع : الاقتصار على التخيير وقول وجوب الكفارة ، ونفي القول الأول . والخامس : الاقتصار على التخيير ، ولزوم الوفاء ، ونفي وجوب الكفارة .

قلت : الأظهر : التخيير بين الجميع . والله أعلم

فإن قلنا بوجوب الكفارة ، فوفى بما التزم ، لم تسقط الكفارة على الأصح ، فإن كان الملتزم من جنس ما تتأذى به الكفارة ، فالزيادة على قدر الكفارة تقع تطوعاً . وإن قلنا بالتخيير ، فلا فرق بين الحج والعمرة ، وسائر العبادات . وخرج قول : أنه يلزم الوفاء بها خاصة ، لعظم أمرها ، كما يلزمان بالشروع .

فرع

إذا التزم على وجه اللجاج إعتاق عبد بيمينه ، فإن قلنا : واجبه الوفاء بما التزم ، أعتقه كيف كان . وإن قلنا : عليه كفارة يمين ، فإن كان بحيث يجزىء [في الكفارة] ، فله أن يمتقه أو يمتق غيره ، أو يطعم ، أو يكسو . وإن كان بحيث لا يجزىء ، واختار الاعتاق ، أعتق غيره . وإن قلنا : يتخير ، فإن اختار الوفاء ، أعتقه كيف كان ، وإن اختار التكفير ، اعتبر في إعتاقه صفات الأجزاء . وإن التزم إعتاق عبده ، فإن أوجبنا الوفاء ، أعتقهم . وإن أوجبنا الكفارة ، أعتق واحداً ، أو أطعم ، أو كسا . وإن قال : إن فلت كذا ، فمبدي حر ، وقع العتق إذا فعله بلا خلاف .

فرع

لو قال : إن فعلت كذا ، فعليّ نذر ، أو فله عليّ نذر ، نص الشافعي رحمه الله : أنه يلزمه كفارة يمين ، وبهذا قطع صاحب « التهذيب » وإبراهيم المرؤذي . وقال القاضي حسين وغيره : هذا تفريع على قولنا : تجب الكفارة . فأما إن أوجبنا الوفاء ، فيلزمه قرابة من القرب ، والتمين إليه ، وليكن ما يمينه مما يلتزم بالنذر . وعلى قول التخيير : يتخير بين ما ذكرنا وبين الكفارة . ولو قال : إن فعلت كذا فعليّ كفارة يمين ، فالواجب كفارة على الأقوال كلها . ولو قال : فعليّ يمين ، أو فله عليّ يمين ، فالصحيح : أنه لغو ، لأنه لم يأت بنذر ولا صيغة يمين ، وليست اليمين بما يثبت في الذمة . وقيل : يلزمه كفارة يمين إذا فعله . قال الامام : وعلى هذا ، فالوجه : أن يحمل كناية ويرجع إلى نيّته . ولو قال : نذرت لله لأفعلن كذا ، فإن نوى اليمين ، فهو يمين . وإن أطلق ، فوجهان . ولو عدّد أجناس قرب فقال : إن دخلت فعليّ حج ، وعتق ، وصدقة ، فإن أوجبنا الوفاء ، لزمه ما التزمه ، وإن أوجبنا الكفارة ، لزمه كفارة واحدة على المذهب . وعن الشيخ أبي محمد ، احتمال في تعددها . ولو قال ابتداءً : لله عليّ أن أدخل الدار اليوم ، قال في « التهذيب » : المذهب : أنه يمين ، وعليه كفارة يمين إن لم يدخل . وكذا لو قال لامرأته : إن دخلت الدار ، فله عليّ أن أطلقك ، فهو كقوله : إن دخلت الدار فوالله لأطلقنك ، حتى إذا مات أحدهما قبل التطليق ، لزمه كفارة يمين . ولو قال : إن دخلت الدار فله عليّ أن آكل الخبز ، فدخلها ، لزمه كفارة يمين على الصحيح . وقيل : هو لغو .

فرع

لو قال ابتداءً : بمالي صدقة ، أو في سبيل الله ، ففيه أوجه . أحدها وهو الأصح عند الغزالي ، وقطع به القاضي حسين : أنه لفو ، لأنه لم يأت بصيغة التزام . والثاني : أنه كما لو قال : لله عليّ أن أتصدق بمالي ، فيلزمه التصديق . والثالث : يصير ماله بهذا اللفظ صدقة ، كما لو قال : جعلت هذه الشاة أضحية . وقال في التهمة : إن كان المفهوم من اللفظ في عرفهم معنى النذر ، أو نواه ، فهو كما لو قال : لله عليّ أن أتصدق بمالي أو أنفقّه في سبيل الله ، وإلا ، فلمو . وأما إذا قال : إن كلمت فلانا ، أو فعلت كذا ، فمالي صدقة ، فالذهب الذي قطع به الجمهور ونص عليه الشافعي رحمه الله : أنه بمنزلة قوله : فعليّ أن أتصدق بمالي ، أو بجميع مالي . وطريق الوفاء : أن يتصدق بجميع أمواله . وإذا قال : في سبيل الله ، يتصدق بجميع أمواله على الغزاة . وقال إمام الحرمين ، والغزالي : يخرج هذا على الأوجه الثلاثة في الصورة الأولى . والمعتمد ، مانص عليه وقاله الجمهور .

فرع

الصيغة قد تتردد ، فتحتمل نذر التبرُّر ، وتحتمل نذر اللُّجاج ، فيرجع فيها إلى قصد الشخص وإرادته ، وفرّقوا بينها ، بأنه في نذر التبرُّر يرغب في السبب ، وهو شفاء المريض مثلاً بالتزام السبب ، وهو القربة المسماة . وفي اللُّجاج ، يرغب عن السبب لكراهته للترّم . وذكر الأصحاب في ضبطه ، أن الفعل ، إما طاعة ،

وإما ممصية ، وإما مباح . والالتزام في كل واحد منها ، تارة يملق بالاثبات ، وتارة بالنفي .

أما الطاعة ، ففي طرف الاثبات يتصور نذر التبرُّر ، بأن يقول : إن صليت ، فله عليّ صوم يوم ، منناه : إن وفقني الله للصلاة ، صحت . فإذا وفق لها ، لزمه الصوم . ويتصور اللجاج ، بأن يقال له : صل ، فيقول : لا أصلي ، وإن صليت ، فعليّ صوم أو عتق ، فإذا صلى ، ففيما يلزمه ، الأقوال والطرق السابقة . وأما في طرف النفي ، فلا يتصور نذر التبرُّر ، لأنه لا برّ في ترك الطاعة ، ويدخله اللجاج ، بأن يمنع من الصلاة ، فيقول : إن لم أصل ، فله عليّ كذا ، فإذا لم يصل ، ففيما يلزمه الأقوال .

وأما المعصية ، ففي طرف النفي ، يتصور نذر التبرُّر ، بأن يقول : إن لم أشرب الخمر ، فله عليّ كذا ، ويقصد : إن عصمني الله من الشرب . ويتصور نذر اللجاج ، بأن يمنع من شربها ، ويقول : إن لم أشربها ، فله عليّ صوم أو صلاة . وفي طرف الاثبات لا يتصور إلا اللجاج ، بأن يؤمر بالشرب ، فيقول : إن شربت ، فله عليّ كذا .

وأما المباح ، فيتصور في طرفي النفي والاثبات فيه النوعان معاً . فالتبرُّر في الاثبات : إن أكلت كذا ، فله عليّ صوم ، يريد : إن يسره الله تعالى لي . واللجاج ، أن يؤمر بأكله فيقول : إن أكلت ، فله عليّ كذا . والتبرُّر في النفي : إن لم آكل كذا ، فله عليّ صوم ، يريد : إن أعاني الله تعالى على كسر شهوتي فتركته . واللجاج ، أن يمنع من أكله فيقول : إن لم آكله ، فله عليّ كذا . وإن قال : إن رأيت فلاناً ، فعليّ صوم . فإن أراد : إن رزقني الله رؤيته ، فهو نذر تبرُّر . وإن ذكره لكرهته رؤيته ، فهو لجاج . وفي الوسيط ، وجه في منع التبرُّر في المباح .

فرع

لا فرق في جميع ما ذكرناه ، بين قوله : فعليّ كذا ، وبين قوله : فله عليّ كذا ، هذا هو الصحيح . وفي وجه : لا يلزمه شيء إذا لم يذكر الله تعالى .

فرع

لو قال : أيمان البيعة لازمة لي - قال أصحابنا : كانت البيعة في زمن رسول الله ﷺ بالمصافحة ، فلما ولي الحجاج ، رتبها أيماناً تشتمل على ذكر اسم الله تعالى ، وعلى الطلاق ، والاعتاق ، والحج ، وصدقة المال - فإن يرد القائل الأيمان التي رتبها الحجاج ، لم يلزمه شيء . وإن أرادها ، نظر ، إن قال : فطلاقها وعتاقها لازم لي وانمقدت يمينه بها ولا حاجة إلى النية . وإن لم يصرح بذكرها ، لكن نواها ، فكذلك ، لأنها ينمقدان بالكناية مع النية . وإن نوى اليمين بالله تعالى ، أو لم ينو شيئاً ، لم تنمقد يمينه ، ولا شيء عليه .

فرع

نص الشافعي رضي الله عنه في نذر الحجاج ، أنه لو قال : إن فعلت كذا ، فله عليّ نذر حج إن شاء فلان ، فشاء ، لم يكن عليه شيء . قال في « التتمة » : هذا إذا غلبنا في الحجاج معنى في النذر . فإن قلنا : هو يمين ، فهو كمن قال : والله لا أفعل كذا إن شاء زيد ، وسيأتي في الأيمان إن شاء الله تعالى أن من قال : والله لا أدخلها إن شاء فلان أن لا أدخلها . فإن شاء فلان ، انمقدت يمينه عند المشيئة ، وإلا ، فلا .

الركن الثالث : المنذور .

الملتزم بالنذر : معصية ، أو طاعة ، أو مباح . فالمعصية ، كنذر شرب الخمر ، أو الزنا ، أو القتل ، أو الصلاة في حال الحدث ، أو الصوم في حال الحيض ، أو القراءة حال الجنابة ، أو نذر ذبح نفسه أو ولده ، فلا ينمقد نذره . فإن لم يفعل المعصية المنذورة ، فقد أحسن ، ولا كفارة عليه على المذهب ، وبه قطع جمهور الأصحاب . وحكى الربيع قولاً في وجوبها . واختاره الحافظ أبو بكر البيهقي ، للحديث « لا نذر في معصية ، وكفارته كفارة يمين »^(١) . قال الجمهور : المراد بالحديث ، نذر اللجاج . قالوا : ورواية الربيع من كيسه . وحكى بعضهم الخلاف وجهين .

قلت : هذا الحديث بهذا اللفظ ، ضعيف باتفاق الحديثين ، وإنما صح حديث عمران بن الحصين عن النبي ﷺ : « لا نذر في معصية [الله] » ، رواه مسلم ، وحديث عقة بن عامر عن النبي ﷺ : « كفارة النذر كفارة اليمين » ، رواه مسلم . والله أعلم

وأما الطاعة فأنواع :

أحدها : الواجبات ، فلا يصح نذرها ، لأنها واجبة بإيجاب الشرع ، فلا معنى لالتزامها ، وذلك كنذر الصلوات الخمس ، وصوم رمضان ، وكذا لو نذر أن لا يشرب الخمر ، ولا يزني . ومثله علّق ذلك بحصول نعمة ، أو التزمه ابتداءً .

(١) رواه أحمد ، وأصحاب « السنن » عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها ، وهو حديث ضعيف ، لكن له شاهد عند النسائي وابن ماجه من حديث عمران بن حصين رضي الله عنه . قال الترمذي : وفي الباب عن ابن عمر وجابر وعمران بن حصين ، وقال : وقال قوم من أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم : « لا نذر في معصية الله ، وكفارته كفارة يمين » وهو قول أحمد ، وإسحاق ، وقال بعض أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم : لا نذر في معصية ولا كفارة في ذلك ، وهو قول مالك والشافعي . اهـ كلام الترمذي .

وإذا خالف ما ذكره ، ففي لزوم الكفارة ما سبق في قسم المعصية . وادّعى صاحب « التهذيب » ، أن الظاهر هنا ، وجوبها .

النوع الثاني : العبادات المقصودة ، وهي التي شرعت للتقرب بها . وعلم من الشارع الاهتمام بتكليف الخلق بإيقاعها عبادة ، كالصوم والصلاة والصدقة والحج والاعتكاف والعتق ، فهذه تلزم بالنذر بلا خلاف . قال الامام : وفروض الكفاية التي يحتاج في أدائها إلى بذل مال أو مقاساة مشقة ، تلزم بالنذر أيضاً ، كالجهاد وتجهيز الموتى . ويجيء مما سنذكره إن شاء الله تعالى في نذر السنن الراتبة وجه : أنها لا تلزم . وعن القفال : أن من نذر الجهاد ، لا يلزمه شيء . وفي صلاة الجنائز ، والأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، وما ليس فيه بذل مال ، ولا كبير مشقة ، وجهان . أصحابنا : لزومها بالنذر أيضاً .

فرع

كما يلزم أصل العبادة بالنذر ، يلزم الوفاء بالصفة المستحبة فيها إذا شرطت في النذر ، كمن شرط في الصلاة المنذورة إطالة القيام ، أو الركوع ، أو السجود . أو شرط الشيء في الحجة الملتزمة إذا قلنا : الشيء في الحج أفضل من الركوب ، فلو أفردت الصفة بالنذر ، والأصل واجب شرعاً ، كتطويل القراءة والركوع والسجود في الفرائض ، أو أن يقرأ في الصبح مثلاً سورة كذا ، أو أن يصلي الفرض في جماعة ، فالأصح : لزومها ، لأنها طاعة . والثاني : لا ، لثلاث تفيّر عما وضعها الشرع عليه . ولو نذر فعل السنن الراتبة ، كالوتر ، وسنة الفجر ، والظهر ، فعلى الوجهين . ولو نذر صوم رمضان في السفر ، فوجهان . أحدهما وبه قطع في « الوجيز » ، ونقله إبراهيم المرهوثي عن عامة الأصحاب : لا ينمقد نذره ، وله الفطر ، لأنه التزام يبطل رخصة الشرع . والثاني ، وهو اختيار القاضي حسين وصاحب « التهذيب » : انعقاده ولزوم الوفاء كسائر المستحبات . ويجري الوجهان ، فيمن نذر إتمام الصلاة

في السفر ، إذا قلنا : الاتمام أفضل . ويجريان فيمن نذر القيام في النوافل ، أو استيعاب الرأس بالمسح ، أو التثليث في الوضوء أو الغسل ، أو أن يسجد للتلاوة والشكر عند مقتضيها . قال الامام : وعلى مساق الوجه ، لو نذر المريض القيام في الصلاة وتكلف المشقة ، أو نذر صوماً ، وشرط أن لا يفطر بالمرض ، لم يلزم الوفاء ، لأن الواجب بالنذر لا يزيد على الواجب شرعاً ، والمرض مرخص .

النوع الثالث : القربات التي لم تشرع لكونها عبادة ، وإغنا هي أعمال وأخلاق مستحسنة رغب الشرع فيها لعظم فائدتها . وقد يتنفي بها وجه الله تعالى ، فينال الثواب فيها ، كعبادة المرضى ، وزيارة القادمين ، وإفشاء السلام بين المسلمين ، وتشميت العاطس . وفي لزومها بالنذر ، وجهان . الصحيح : اللزوم . ويلزم تجديد الوضوء بالنذر على الأصح . قال في « التتمة » : لو نذر الاغتسال لكل صلاة ، لزمه الوفاء ، ولين هذا على أن تجديد الغسل ، هل يستحب ؟ قال : ولو نذر الوضوء ، انعقد نذره ولا يخرج عنه بالوضوء عن حدث ، بل بالتجديد . قلت : جزم أيضاً بانعقاد نذر الوضوء ، القاضي حسين . وفي « التهذيب » ، وجه ضعيف : أنه لا يلزم . وقولهم : لا يخرج عن النذر إلا بالتجديد ، معناه : بالتجديد حيث يشرع ، وهو أن يكون قد صلي بالاول صلاة ما ، على الأصح .
واسداعلم

قال : ولو نذر أن يتوضأ لكل صلاة ، لزم الوضوء لكل صلاة . وإذا توضأ لها عن حدث ، لا يلزمه الوضوء لها ثانياً ، بل يكفي الوضوء الواحد عن واجبي الشرع والنذر . قال : ولو نذر التيمم ، لم ينعقد على المذهب . قال : ولو نذر أن لا يهرب من ثلاثة فصاعداً من الكفار ، فإن علم من نفسه القدرة على مقاومتهم ، انعقد نذره ، وإلا ، فلا . وفي كلام الامام : أنه لا يلزم بالنذر انكفاف قط ، حتى لو نذر أن لا يفعل مكروهاً ، لا ينعقد نذره . ولو نذر أن يحرم بالحج في شوال ، أو من بلد كذا ، لزمه على الأصح .

وأما المباح فالذي لم يرد فيه ترغيب ، كالأكل ، والنوم ، والقيام ، والقعود ، فلو نذر فعلها أو تركها ، لم ينعقد نذره . قال الأئمة : وقد يقصد بالأكل التقوي على العبادة ، وبالنوم النشاط عند التهجد ، فبنال الثواب ، لكن الفعل غير مقصود ، والثواب يحصل بالقصد الجميل . وهل يكون نذر المباح يميناً توجب الكفارة عند المخالفة ؟ فيه ما سبق في نذر المعاصي والفرض . وقطع القاضي بوجوب الكفارة في المباح ، وذكر في المعصية وجهين ، وعلق الكفارة باللفظ من غير حنث ، وهذا لا يتحقق ثبوته . والصواب في كيفية الخلاف ما قدمناه (١) .

فرع

لو نذر الجهاد في جهة بعينها ، ففي تعيينها أوجه . قال صاحب « التلخيص » : يتعين ، لا اختلاف الجهات . وقال أبو زيد : لا يتعين ، بل يجوز أن يجاهد في جهة أسهل وأقرب منها . وقال الشيخ أبو علي : وهو الأصح الأعدل ، لا يتعين ، لكن يجب أن تكون التي يجاهد فيها كالمينة في المسافة والمؤنة ، وتجعل مسافات الجهات كمسافات مواقيت الحج .

فرع

يشترط في القرية المالية ، كالصدقة ، والتضحية ، والإعتاق ، أن يلتزمها في الذمة ، أو يضيف إلى معين يملكه . فإن كان لغيره ، لم ينعقد نذره قطعاً ، ولا كفارة عليه على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وذكر في « التتمة » في لزومها وجهين ، وهو شاذ . قال في « التتمة » : لو قال : إن ملكت عبداً ، فله عليّ أن أعتقه ، انعقد نذره . قال : ولو قال : إن شفى الله مريضاً ،

(١) وعلى هامش الاصل : وهو أنه لا كفارة عليه .

فكل عبد أملاكه حر ، أو فعبد فلان حر إن ملكته ، لم ينمقد نذره قطعاً ، لأنه لم يلتزم التقرب بقربة ، لكن علق الحرية بعد حصول النعمة بشرط ، وليس هو مالكاً في حال التعليق ، فلنا ، كما لو قال : إن ملكت عبداً أو عبد فلان ، فهو حر ، فانه لا يصح قطعاً . قال : ولو قال : إن شفى الله مريضى ، فعبدى حر إن دخل الدار ، انمقد ، لأنه مالكة ، وقد علّقه بصفتين ، الشفاء ، والدخول . قال : ولو قال : إن شفى الله مريضى ، فله عليّ أن أشتري عبداً وأعتقه ، انمقد .

فرع

قال : في « التهذيب » في باب الاستسقاء : لو نذر الإمام أن يستسقى ، لزمه أن يخرج في الناس ويصلي بهم . ولو نذره واحد من الناس ، لزمه أن يصلي منفرداً . وإن نذر أن يستسقى بالناس ، لم ينمقد ، لأنهم لا يطيعونه . ولو نذر أن يخطب وهو من أهله ، لزمه . وهل له أن يخطب قاعداً مع استعاضته القيام ؟ فيه خلاف كما سنذكره إن شاء الله تعالى في الصلاة المنذورة .

فرع

سئل الغزالي رحمه الله في فتاويه عما لو قال البائع للمشتري : إن خرج البيع مستحقاً ، فله عليّ أن أهيك ألف دينار ، فهل يصح هذا النذر ، أم لا ؟ وإن حكم حاكم بصحته ، هل يلزمه ؟ فأجاب بأن المباحات لا تلزم بالنذر ، وهذا مباح ، ولا يؤثر فيه قضاء القاضي ، إلا إذا نقل مذهب معتبر في لزوم ذلك النذر .

فرع

قال بعضهم : لو نذر أن يكسوَ يتيماً لم يخرج عن نذره باليتيم الذي ، لأن مطلقه في الشرع للمسلم .

قلت : ينبغي أن يكون فيه خلاف مبني على أنه يسلك بالنذر مسلك واجب الشرع ، أو جائزه ، كما لو نذر إعتاق رقبة . والله أعلم

الفصل الثاني

في أحكام النذر

إذا صح النذر ، لزم الوفاء به . والمعتبر فيه : مقتضى ألفاظ الالتزام . والمتلزمات أنواع .

الأول : الصوم ، فإن أطلق التزامه فقال : لله عليّ صوم ، أو أن أصوم ، لزمه صوم يوم . ويجيء فيه وجه ضعيف : أنه يكفيه إمساك بعض يوم ، بناءً على أن النذر يُنزل على أقل ما يصح من جنسه ، وأن إمساك بعض اليوم صوم ، وسنذكرها إن شاء الله تعالى . ولو نذر صوم أيام وقدرها ، فذاك . وإن أطلق ذكر الأيام ، لزمه ثلاثة . ولو قال : أصوم دهرأ أو حينأ ، كفاه صوم يوم .

فرع

هل يجب تبين النية في الصوم المنذور ، أم تكفي نيته قبل الزوال ؟ يبنى ذلك على أنه إذا التزم عبادة بالنذر وأطلقها ، فعلى أي شيء يُنزّل نذره ؟ فيه قولان مأخوذان من معاني كلام الشافعي رحمه الله . أحدهما : يُنزّل على أقل واجب من جنسه يجب بأصل الشرع ، لأن المنذور واجب ، فجعل كواجب بالشرع ابتداءً . والثاني : يُنزّل على أقل ما يصح من جنسه . وقد يقال : على أقل جائز الشرع ، لأن لفظ الناذر لا يقتضي التزام زيادة عليه . وهذا الثاني ، أصح عند الامام ، والنزالي ، ولكن الأول أصح ، فقد صححه المراقبون ، والروائي ، وغيرهم . فأن قلنا بالقول الأول ، أوجبنا التبيين ، وإلا ، جوزهناه بنية من النهار ، هذا إذا أطلق نذر الصوم . فأما إذا نذر صوم يوم أو أيام ، فصحته بنية النهار مع التنزيل على أقل ما يصح ، تنبي على أصل آخر ، وهو أن صوم التطوع إذا فواه نهاراً ، هل يكون صائماً من وقت النية ، أم من أول النهار ؟ وفيه خلاف سبق في بابه . والأصح : الثاني . فإن قلنا به ، صح صوم الناذر بنية النهار ، وإلا ، وجب التبيين . وينبغي على القولين في تنزيل النذر ، مسائل :

منها : لو نذر أن يصلي وأطلق ، إن قلنا بالقول الثاني ، فركعة ، وإلا ، فركعتان ، وهو النصوص .

ومنها : جواز الصلاة قاعداً مع القدرة على القيام ، فيه وجهان بناءً عليها . فلو نذر أن يصلي قاعداً ، جاز القعود قطعاً ، كما لو صرح بنذر ركعة ، أجزأه قطعاً . فإن صلّى قائماً ، فهو أفضل . ولو نذر أن يصلي قائماً ، أزمه القيام قطعاً . ولو نذر أن يصلي ركعتين ، فصلّى أربعاً بتسليمة واحدة بتشهد أو بتشهدين ، قطع صاحب التهذيب ، بجوازه . وفي « التتمة » : فيه وجهان . ويمكن بناؤه على

الأصل السابق : إن نزلنا على واجب الشرع ، لم يجزئه كما لو صلى الصبح أربعاً ، وإلا ، أجزاء . وإن نذر أربع ركعات ، فإن نزلنا على واجب الشرع ، أمرناه بتشهدين . فإن ترك الأول ، سجد للسهو ، ولا يجوز أدائها بتسليمتين . وإن نزلنا على الجائز ، تخيير ، إن شاء أدائها يتشهد ، وإن شاء بتشهدين . ويجوز بتسليمتين ، بل هو أفضل . قلت : الأصح : أنه يجوز بتسليمتين . والفرق بين هذه المسألة وباقي المسائل المخرجة على هذا الأصل عليه ، وقوع الصلاة مثنى ، وزيادة فضلها . والله أعلم

ولو نذر أن يصلي ركعتين على الأرض مستقبلاً القبلة ، لم يجز فعلها على الراحلة . ولو نذر فعلها على الراحلة ، فله فعلها على الأرض مستقبلاً . وإن أطلق ، فعلى أيهما يحمل ؟ فيه خلاف مبني على هذا الأصل . وأما لو نذر أن يتصدق ، فانه لا يحمل على خمسة دراهم ، أو نصف دينار ، بل يجزئه أن يتصدق بدانق ودونه مما يتمول ، لأن الصدقة الواجبة في الزكاة غير منحصرة في نصاب الذهب والفضة ، بل تكون في صدقة الفطر وفي الخلطة .

ومنها : إذا نذر إعتاق رقبة ، فإن نزلنا على واجب الشرع ، لزمه رقبة مؤمنة سليمة ، وإلا ، أجزاء كافرة معية . قال الداركي : الأول أصح .

قلت : الأصح عند الأكثرين : الثاني . منهم المحامي ، وصاحب « التنبيه » ود المستظري ، وهو الراجح في الدليل . والله أعلم

فلو قيد فقال : لله عليّ إعتاق رقبة مؤمنة سليمة ، لم تجزئه الكافرة ولا الميبة قطعاً . ولو قال : كافرة ، أو ميبة ، أجزاء قطعاً . ولو أعتق مسلمة ، أو سليمة ، فقبل : لا تجزئه ، والصحيح : أنها تجزئه ، لأنها أكل ، وذكر الكفر والميب ، ليس للتعزيب ، بل لجواز الاقتصار على الناقص ، فصار كمن نذر التصدق بحنطة رديئة ، يجوز له التصدق بالجيّدة . ولو قال : عليّ أن أعتق هذا الكافر ، أو الميب ، لم يجزئه غيره ،

لتعلق النذر بعينه . أما لو نذر أن يمتكف ، فليس جنس الاعتكاف واجباً بالشرع ، وقد سبق في بابيه وجهان في أنه هل يشترط اللبث ، أم يكفي المرور في المسجد مع النية ؟ والأول أصح . فعلى هذا لا بد من لبث ، ويخرج عن النذر بلبث ساعة ، ويستحب أن يمكث يوماً . وإن اكتفينا بالمرور ، فلامام فيه احتمالان . أحدهما : يشترط لبث ، لأن لفظ الاعتكاف يشعر به . والثاني : لا ، حملاً له على حقيقته شرعاً .

فصل

إذا لزمه صوم يوم بالنذر ، استحب المبادرة به ، ولا تجب المبادرة ، بل يخرج عن نذره بأي يوم كان مما يقبل الصوم ، غير رمضان . ولو نذر صوم خميس ولم يعين ، صام أي خميس شاء . فإذا مضى خميس ولم يصمه ، استقر في ذمته ، حتى لو مات قبل الصوم ، فدي عنه . ولو عين في نذره يوماً كأول خميس من الشهر ، أو خميس هذا الأسبوع ، تعين على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، فلا يجوز الصوم قبله ، وإذا تأخر عنه ، صار قضاءً ، فإن أخر بلا عذر ، أثم ، وإن أخر بعذر سفر أو مرض ، لم يَأْثَم . وقال الصيدلاني وغيره : فيه وجهان . الثاني منها : لا يتعين ، كما لو عين مكاناً ، فعلى هذا يجوز الصوم قبله وبعده . ولو عين يوماً من أسبوع ، والتبس عليه ، فينبغي أن يكون يوم الجمعة ، لأنه آخر الأسبوع ، فإن لم يكن هو المعين ، أجزأه وكان قضاءً . ولو نذر صوم يوم مطلق من الأسبوع المعين ، صام منه أي يوم كان .

فرع

اليوم المعين بالنذر وإن عيّنْناه ، لا يثبت له خواص رمضان من الكفارة بالفطر بالجماع فيه ، ووجوب الإمساك لو أفطر فيه ، وعدم قبول صوم آخر من

قضاء أو كفارة ، بل لو صامه عن قضاء أو كفارة ، صح بلا خلاف ، كذا قاله الامام . وفي « التهذيب » وجه [آخر] : أنه لا ينمقد كأيام رمضان .

فرع

الخلاف السابق في [أن] اليوم المعين بالنذر ، هل يتعين ؟ يجري مثله في الصلاة إذا عين لها في نذرها وقتاً ، وفي الحج إذا عين له سنة . وجزم صاحب « التهذيب » بالتعيين ، قال : لو نذر صلاة في وقت معين غير أوقات النهي ، تعين ، فلا يجوز قبله ، ولا يجوز التأخير عنه ، وإذا لم يصل فيه ، وجب القضاء . ولو نذر أن يصلي ضحوة ، صلى في ضحوة أي يوم شاء ، فلو صلى في غير الضحوة ، لم يحزه . ولو عين ضحوة ، فلم يصل فيها ، قضى أي وقت كان من ضحوة وغيرها . ولو عين للصدقة وقتاً ، قال الصيدلاني : يجوز تقديمها على وقتها بلا خلاف .

فرع

لو نذر صوم أيام ، مثل أن قال : لله [تعالى عليّ] صوم عشرة أيام ، فالقول في أن المبادرة تستحب ولا تجب ، وفي أنه إذا عينها هل تتعين ؟ على ما ذكرناه في اليوم الواحد . ويجري الخلاف في تعين الشهر والسنة المعينين . وحيث لا نذكره نحن ولا الأصحاب ، تقتصر على الصحيح . ويجوز صومها متتابعة ومتفرقة ، لحصول الوفاء بالمسمى . وإن قيد النذر بالتابع ، لزمه . فلو أخل به ، فحكمه حكم صوم الشهرين المتتابعين . ولو قيد بالتفريق ، فوجهان . أحدهما : لا يجب التفريق ، وأقربها : أنه يجب ، وبه قطع ابن كج ، وصاحب « التهذيب » ، وغيرها ، لأن التفريق معتبر في صوم التمتع . فعلى هذا ، قالوا : لو صام عشرة متتابعة ، حسبت له خمسة ، ويلقى بعد كل يوم يوم .

فرع

لو نذر صوم شهر ، نظر ، إن عين كرجب أو شعبان ، أو قال : أصوم شهراً من الآن ، فالصوم يقع متتابعاً لتعين أيام الشهر . وليس التابع مستحقاً في نفسه ، حتى لو أفطر يوماً ، لا يلزمه الاستئناف . ولو فاته الجميع ، لا يلزمه التابع في قضائه كرمضان . فلو شرط التابع ، فوجهان . أحدهما : لا يلزمه ، لأن شرط التابع مع تعيين الشهر لغو . وأصحها وبه قطع العراقيون : يجب ، حتى لو أفسد يوماً ، لزمه الاستئناف . وإذا فات ، قضاه متتابعاً . وإن أطلق وقال : أصوم شهراً ، فله التفريق والتتابع . فان فرق ، صام ثلاثين يوماً . وإن تابع وابتدأ بمد مضي بعض الشهر الهلالي ، فكذلك ، وإن ابتدأ في أول الشهر وخرج ناقصاً ، كفاه .

فرع

إذا نذر صوم سنة ، فله حالان .

أحدهما : أن يمين سنة متوالية ، كقوله : أصوم سنة كذا ، أو أصوم سنة من أول شهر كذا ، أو من الغد ، فصيامها يقع متتابعاً بحق الوقت ، ويصوم رمضان عن فرضه ، ويفطر العيدين ، وكذا أيام التشريق ، بناءً على المذهب : أنه يحرم صومها ، ولا يجب قضاؤها ، لأنها غير داخلة في النذر . وإذا أفطرت بحيض أو نفاس ، ففي وجوب القضاء قولان ، ويقال : وجهان . أظهرهما : لا يجب كالعيد ، وبه قال الجمهور ، وصححه أبو علي الطبري ، وابن القطان ، والرويان . ولو أفطر بالمرض ، ففيه هذا الخلاف . ورجح ابن كج وجوب القضاء ، لأنه لا يصح أن تنذر صوم أيام

الحيض ، ويصح أن تنذر صوم أيام المرض . ولو أفطر بالسفر ، وجب القضاء على المذهب ، وقيل : على الخلاف ، وبه قال ابن كيج . وإذا أفطر بعض الأيام بغير عذر ، أثم ولزمه القضاء بلا خلاف . وسواء أفطر بمذر ، أم بغيره ، لا يلزمه الاستئفاف . وإذا فات صوم السنة ، لم يجب التتابع في قضائه كرمضان .

هذا كله إذا لم يتعرض للتتابع . فإن شرط التتابع مع التمين للسنة ، فعلى الوجهين السابقين في الشهر . فإن قلنا : تجب رعايته فأفطر بغير عذر ، وجب الاستئفاف . وإن أفطرت بالحيض ، لم يجب . والافطار بالسفر والمرض ، له حكم الشهرين المتتابعين . فإن قلنا : لا يبطل التتابع ، ففي القضاء خلاف السابق . ولو قال : لله عليّ صوم هذه السنة ، تناول السنة الشرعية ، وهي من المحرم إلى المحرم . فإن كان مضى بعضها ، لم يلزمه إلا صوم الباقي . فإن كان رمضان باقياً ، لم يلزمه قضاؤه عن النذر ، ولا قضاء العيدين . وفي التشريق والحيض والمرض ، ما ذكرنا في جميع السنة .

الحال الثاني : نذر صوم سنة وأطلق ، نظر ، إن لم يشترط التتابع ، صام ثلاثمائة وستين يوماً ، أو اثني عشر شهراً بالهلال ، وكل شهر استوعبه بالصوم فنقصه كالكمال . وإن انكسر شهر ، أتمه ثلاثين . وشوال وذو الحجة منكسران بسبب العيد والتشريق ، ولا يلزم التتابع . فإن صام سنة متوالية ، قضى رمضان والعيدين والتشريق . ولا بأس بصوم يوم الشك عن النذر ، وتقضي أيام الحيض ، هذا الذي ذكرناه هو المذهب . وحكي وجه : أنه لا يخرج عن نذره إلا بثلاثمائة وستين يوماً . ووجه : أنه إذا صام من المحرم إلى المحرم ، أو من شهر آخر إلى مثله ، أجزاء ، لأنه يقال : صام سنة ، ولا يلزمه قضاء رمضان والعيدين والتشريق . أما إذا شرط التتابع فقال : لله عليّ أن أصوم سنة متتابعاً ، فيلزمه التتابع ، ويصوم رمضان عن فرضه ، ويفطر العيدين والتشريق . وهل يلزمه قضاؤه للنذر ؟ فيه طريقان . المذهب وهو المنصوص ، وبه قطع الجمهور : أنه يلزمه القضاء

على الاتصال بآخر المحسوب من السنة . والثاني : في وجوبه وجهان . أحدهما : لا يلزمه كالسنة المعينة ، ثم يحسب بالشهر الهلالي وإن كان ناقصاً . وإذا أفطر بلا عذر ، وجب الاستئناف . وإن أفطرت بالحیض ، لم يجب الاستئناف . وفي السفر والمرض ، ما ذكرنا في الشهرين المتتابعين . ثم في قضاء أيام الحيض والمرض ، الخلاف المذكور في الحال الأول . وإذا نذر صوم شهر بعينه ، فقضاء ما يفطره لمرض أو حیض ، على ما سبق في السنة . وكذا لو نذرت صوم يوم معين ، فحاضت ، ففي وجوب القضاء القولان . ولو نذرت صوم يوم غير معين ، فشرعت في صوم ، فحاضت ، لزمها القضاء .

فرع

لو نذر صوم ثلاثمائة وستين يوماً ، لزمه صوم هذا العدد ، ولا يجب التتابع . ولو قال : متتابعة ، وجب التتابع ، ويقضي لرمضان والعیدین والتشريق على الاتصال . وحكي وجه : أن التتابع يلغو هنا ، وهو شاذ .

فصل

من شرع في صوم تطوع فنذر إقامه ، لزمه إقامه على الصحيح ، ويجري الخلاف فيمن نذر أن يتم صوم كل يوم نوى فيه صوم النفل . وإذا أصبح ممسكاً ولم ينو ، فهو متمكن من صوم التطوع . فلو نذر أن يصوم ، فقد أطلقوا في لزوم الوفاء قولين [بناءً على] أن النذر ينزل على واجب الشرع ، أم على ما يصح ؟ قال الامام : والذي أراه ، اللزوم ، قال : وقال الاصحاب : لو قال : علي أن أصلي ركعة واحدة ، لم يلزمه إلا ركعة . ولو قال : علي أن

أصلي كذا قاعداً ، لزمه القيام عند القدرة إذا حملنا النذور على واجب الشرع ،
وإنهم تكلفوا فرقا بينها ، قال : ولا فرق ، فيجب تنزيلها على الخلاف .

فرع

لو نذر صوم بعض يوم ، لم ينمقد نذره على الأصح . وعلى الثاني ، ينمقد
وعليه صوم يوم كامل . وذكر في « التتمة » تفريعا على الانمقاد : أنه لو أمسك
بقية نهاره عن النذر ، أجزأه إن لم يكن أكل شيئا في أوله . فإن أكل ، لا يجزئه
على الصحيح . وقد سبق في كتاب الصوم وجه : أنه إذا نوى التطوع بعد
الأكل ، أجزأه . فعلى ذلك الوجه : يجزئه هذا عن نذره . ولو نذر أن يصلي
بعض ركعة ، ففي انمقاده وجهان كالصوم . ووجه الانمقاد : أنه قد يؤمر بفعل
مادون ركعة ، ويثاب عليه ، وهو ما إذا أدرك الإمام بعد الركوع ، حتى يدرك به
فضيلة الجماعة في الركعة الأخيرة . قال في « التتمة » : فعلى هذا ، يلزمه ركعة
كاملة إن أراد أن يأتي بالنذور منفردا . وإن اقتدى بإمام بعد الركوع في الركعة
الأخيرة ، خرج عن نذره ، لأنه أتى بما التزمه وهو قرينة في نفسه . وقطع غيره ،
بأنه يلزمه ركعة مطلقا . ولو نذر ركوعا ، لزمه ركعة باتفاق المفسرين . ولو نذر
تشهدا ، ففي « التتمة » : أنه يأتي بركعة يتشهد في آخرها ، أو يقتدي بمن قعد
للتشهد في آخر صلاته ، أو يكبر ويسجد سجدة ، ويتشهد على طريقة من يقول :
سجود التلاوة يقتضي التشهد ، فيخرج به عن نذره . ولو نذر سجدة فردة ،
فطريقان . في « التتمة » : أن السجدة قرينة ، بدليل سجدة التلاوة والشكر .
فيكون في انمقاد نذره ، الوجهان في نذر عيادة المريض ، وتشميت العاطس .
فإن قلنا : لا ينمقد ، فالحكم كما في الركوع . والطريق الثاني : لا ينمقد نذر

السجدة قطعاً ، وهو الأصح ، وبه قطع الشيخ أبو محمد بناءً على الأصح ،
أنها ليست قرينة بلا سبب .

فرع

لو نذر أن يحج هذه السنة ، وهو على مائة فرسخ ، ولم يبق إلا يوم واحد ،
فألذهب : أنه لا يتم نذره ، ولا شيء عليه . وقيل : في لزوم كفارة بذلك
خلاف سبق نظائره . وقيل : يتم نذره ، ويقضي في سنة أخرى .

فرع

لو نذر أن يصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان ، ففي انقضاء نذره قولان .
أظهرهما عند الأكثرين : انقضائه . فعلى هذا ، إن قدم ليلاً ، فلا صوم على الناذر ،
إذ لم يوجد يوم قدومه . ولو غنى باليوم الوقت ، فالليل غير قابل للصوم ، ويستحب
أن يصوم النقد ، أو يوماً آخر . وإن قدم نهراً ، فللناذر أحوال .

أحدهما : أن يكون مفطراً ، فيلزمه أن يصوم عن نذره يوماً . وهل نقول :
لزمه بالنذر الصوم من أول اليوم ، أم من وقت القدوم ؟ وجهان . ويقال : قولان .
أصحها : الأول ، وبه قال ابن الحداد . وتظهر فائدة الخلاف في صور .

منها : لو نذر اعتكاف اليوم الذي يقدم فيه فلان ، فقدم نصف النهار .
إن قلنا بالأول ، اعتكف باقي اليوم وقضى ماضى . قال الصيدلاني : وله أن
يمتلك يوماً مكانه . والظاهر : أنه يتعين . وإن قلنا بالثاني ، اعتكف باقي اليوم ،
وليس عليه شيء آخر .

ومنها : إذا قال لبعده : أنت حر اليوم الذي يقدم فيه فلان ، فباعه ضحوة ، ثم قدم فلان في بقية يومه ، فإن قلنا بالأول ، بأن بطلان البيع وحرية البعد ، وبه قال ابن الحداد ، وإن قلنا بالثاني ، فالبيع صحيح ، ولا حرية . هذا إذا كان قدوم فلان بعد تفرقها عن المجلس ولزوم العقد . أما لو قدم قبل انقضاء الخيار ، فيحصل العتق على الوجهين ، لأنه إذا وجدت الصفة الملتق عليها ، والخيار ثابت ، حصل العتق . ولو مات السيد ضحوة ، ثم قدم فلان ، لم يورث عنه على الوجه الأول ، ويورث على الثاني . ولو أعتقه عن كفارته ، ثم قدم ، لم يجزه على الأول ، ويجزئه على الثاني . ومنها : لو قال لزوجته : أنت طالق يوم يقدم فلان ، فماتت ، أو مات الزوج في بعض الأيام ، ثم قدم فلان في بقية ذلك اليوم ، فإن قلنا بالأول ، بأن أن الموت بعد الطلاق ، فلا توارث بينها إن كان الطلاق بائناً ، وإن قلنا بالثاني ، لم يقع الطلاق . ولو خالها في صدر النهار ، ثم قدم فلان في آخره ، فعلى الأول يتبين بطلان الخلع إن كان الطلاق بائناً ، وعلى الثاني ، يصح الخلع ، ولا يقع الطلاق الملتق .

الحال الثاني : أن يقدم فلان والناذر صائم عن واجب من قضاء أو نذر ، فيتم ما هو فيه ، ويصوم لهذا النذر يوماً آخر . واستحب الشافعي رحمه الله ، أن يعيد الصوم الواجب الذي هو فيه ، لأنه إن أنه صام يوماً مستحق الصوم ، لكونه يوم قدوم فلان . قال في « التهذيب » : في هذا دليل على أنه إذا نذر صوم يوم بعينه ، ثم صامه عن نذر آخر أو قضاء ، ينمقد ، ويقضي نذر هذا اليوم .

الحال الثالث : أنه يقدم وهو صائم تطوعاً ، أو غير صائم ، لكنه ممسك ، قال في « التهذيب » : ويكون ذلك قبل الزوال ، فيبني على أنه يلزمه الصوم من أول النهار ، أم من وقت القدوم ؟ إن قلنا بالأول ، لزمه صوم يوم آخر ، ويستحب أن يمسك بقية النهار ، وإن قلنا بالثاني ، ففي « التتمة » : أنه يبني على

جواز نذر صوم بعض يوم . إن جوزه ، نوى إذا قدم ، وكفاه ذلك ، ويستحب أن يعيد يوماً كاملاً للخروج من الخلاف . وإن لم نجوزه ، فلا شيء عليه ، ويستحب أن يقضي . وقال في « التهذيب » : إن قلنا : يلزم الصوم من وقت القدوم ، فهنا وجهان . أحدهما : يلزمه صوم يوم آخر . والثاني : يلزمه إتمام ما هو فيه ، ويكون أوله تطوعاً ، وآخره فرضاً . كمن دخل في صوم تطوع ، ثم نذر إتمامه ، يلزمه الإتمام . هذا إذا كان صائماً عن تطوع ، وإن لم يكن صائماً ، نوى ، ويصوم بقية النهار إن كان قبل الزوال . أما إذا تبين للناذر أن فلاناً يقدم غداً ، فنوى الصوم من الليل ، ففي إجزائه عن نذره وجهان . أحدهما : يجزئه ، وبه قطع الأكثرون ، لأنه بنى النية على أصل مظنون . وخص صاحب « التتمة » الوجين بما إذا قلنا : يلزم الصوم من أول اليوم ، قال : فإن قلنا باللزوم من وقت القدوم ، لم يجزه .

الحال الرابع : أن يقدم فلان يوم العيد ، أو في رمضان ، فهو كما لو قدم ليلة .

فصل

إذا نذر صوم [يوم] الاثنين أبداً ، لزمه الوفاء ، تقريباً على الصحيح : أن الوقت المعين للصوم يتعين . ولو نذر صوم اليوم الذي يقدم فيه فلان أبداً ، فقدم يوم الاثنين ، ففي انعقاد [نذر] ذلك اليوم الخلاف السابق ، وسائر الاثنين تازمه كما لو نذر صوم الاثنين . ولا يجب قضاء الاثنين الواقعة في رمضان ، لكن لو وقع فيه خمسة أثنين ، ففي قضاء الخامس قولان . وكذا لو وقع يوم عيد في يوم الاثنين - أظهرها : لا قضاء كالأثنين في رمضان ، وأيام التشريق كالعيد ، بناءً على المذهب : أنها لا تقبل الصوم . ولو صدر هذا النذر من امرأة ،

وأفطرت في بعض الأثنين بحيض أو نفاس، فالذهب : أن القضاء على القولين كالعيد، وبه قطع الأكثرون . وقيل : يجب قطعاً ، لأن واجبه شرعاً يُقضى ، فكذا بالنذر . ثم الطريقتان فيما إذا لم يكن لها عادة غالبية ، فإن كانت ، فعدم القضاء فيما يقع في عاداتها أظهر ، وقطع به بعضهم . وقيل : خلافه ، لأن المادة قد تختلف . ولو أفطر الناذر بعض الأثنين بالمرض ، فالذهب : وجوب القضاء ، وبه قطع قاطعون ، وقيل : هو على الخلاف فيمن نذر سنة بعينها . ولو لزمه صوم شهرين متتابعين عن كفارة ، قدّم صوم الكفارة على الأثنين ، سواء تقدم وجوب الكفارة ، أو تأخر ، لأنه يمكن قضاء الأثنين . ولو عكس ، لم يتمكن من الكفارة لفوات التتابع . ثم إن لزم الكفارة بعد نذر الأثنين ، قضى الأثنين الواقعة في الشهرين ، لأنه أدخل على نفسه صوم الشهرين بعد النذر . وإن لزم الكفارة قبله ، فوجهان . وقيل : قولان . أصحابها عند صاحب « التهذيب » وطائفة من المراقبين : يجب القضاء ، ويحكي عن رواية الربيع . والثاني : لا ، وهو الأصح عند القاضيين أبي الطيّب ، وابن كج ، وإمام الحرمين ، والغزالي .

قلت : الثاني : أصح . والله أعلم

ولو نذر أن يصوم شهراً متتابعاً ، أو شهرين ، أو أسبوعاً ، ثم نذر الأثنين ، فإن لم يعين الشهر ، أو الشهرين ، فهو كما لو لزمته الكفارة ، ثم نذر الأثنين . وإن عيّن ، ففي « التتمة » : أنه يبنى على أنه إذا عيّن وقتاً للصوم ، هل يجوز أن يصوم فيه عن قضاء ، أو نذر آخر ؟ وقد سبق فيه الخلاف . فإن جوّزناه ، فهو كما لو لم يعيّن . وإن لم نجوّزه ، فحكم ذلك الشهر حكم رمضان ، وبهذا قطع صاحب « التهذيب » . وقال أيضاً : إذا صادف نذران زماناً معيناً ، فيحتمل أن يقال : لا ينعقد النذر الثاني ، وطردها الاحتمال فيما إذا قال : إن قدم زيد ، فله عليّ أن أصوم اليوم التالي لقدمه ، وإن قدم عمرو ، فله عليّ أن أصوم

أول خميس بعد قدومه ، فقدم ما يوم الأربعاء . ونقل أنه يصوم عن أول نذر نذره ، ويقضي يوماً للنذر الثاني . وفي تعليق الشيخ أبي حامد وغيره : أنه لو نذر أن يصوم أول خميس بعد شفاء مريضه ، ونذر أن يصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان ، فشفي المريض ، وأصبح الناذر في أول الخميس صائماً ، فقدم فيه فلان ، يقع صوماً عما نواه ، والنذر الآخر . فإن قلنا : لا يتعد ، فلا شيء عليه . وإن قلنا : يتعد ، قضى عنه يوماً آخر .

فصل

إذا نذر صوم الدهر ، انعقد نذره ، ويستثنى عنه أيام العيد ، وأيام التشريق ، وقضاء رمضان . وكذا لو كان عليه كفارة حال النذر . فلو لزمه كفارة بعد النذر ، فالذهب : أنه يصوم عنها ويفدي عن النذر . وقال في « التتمة » : ينسب على أنه يسلك بالنذر مسلك واجب الكسر ، أم جائزة ؟ إن قلنا بالأول ، لم يصح عن الكفارة ، وبصير كالعاجز عن جميع الخصال ، وإن قلنا بالثاني ، صام عن الكفارة . ثم إن لزم بسبب هو فيه مختار ، لزمه الفدية ، وإلا ، فلا . ولو أفطر في رمضان بعذر أو غيره ، لزمه القضاء ، ويقدمه على النذر ، كما يقدم الأداء . ثم إن أفطر بعذر ، فلا فدية . وإن تعدى ، لزمته . ولو أفطر يوماً ، فلا سبيل إلى قضائه ، لاستغراق العمر . ثم إن كان بعذر مرض ، أو سفر ، فلا فدية . وإن تعدى ، لزمته . قال الامام : ولو نوى في بعض الأيام قضاء يوم أفطره متعمداً ، فالوجه : أنه يصح وإن كان الواجب غير ما فعل ، ثم يلزمه المد لما ترك من الأداء في ذلك اليوم . وينبغي أن يكون في صحته الخلاف السابق في أن الزمن المعين لصوم النذر ، هل يصح فيه غيره لأن أيام عمره متعينة للنذر ؟ قال الامام : وهل يجوز أن يصوم عن المفطر المتعدي وليه في حياته

تقريباً على أنه بصوم عن الميت وليه؟ الظاهر : جوازه ، لتعذر القضاء منه . وفيه احتمال من جهة أنه قد يطرأ عذر يجوز ترك الصوم له ، ويتصور تكلف القضاء منه ، وقد يستفاد مما ذكره الامام : أنه إذا سافر ، قضى ما أفطر فيه متعدياً ، وينساق النظر إلى أنه هل يلزمه أن يسافر ليقضي ؟

فصل

لو نذر صوم يوم العيد ، لم ينقصد ، كما لو نذرت صوم يوم الحيض . ولو نذر صوم أيام التشريق ، لم ينقصد على المذهب . وإذا جوّزنا على وجه صومها لغير التمتع ، ففي انمقادها وجهان ، كنذر الصلاة في وقت الكراهة . والأصح : أنه لا ينقصد نذر صوم يوم الشك ، ولا الصلاة في الأوقات المكروهة .

النوع الثاني من الملزمات : الحج ، والعمرة .

الحج والعمرة ، يلزمان بالنذر ، فإذا نذرهما ماشياً ، فهل يلزمه المشي ، أم له الركوب ؟ فيه قولان . أظهرهما : الأول ، وهما مبنيان على أن الحج ماشياً أفضل ، أم راكباً ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها : المشي أفضل . والثاني : الركوب أفضل . والثالث : هما سواء . وقال ابن سريج : هما سواء ما لم يحرم . فإذا أحرم ، فالشي أفضل . قال الغزالي في « الإحياء » : من سهل عليه المشي ، فهو أفضل في حقه ، ومن ضمف وساء خلقه لو مشى ، فالركوب أفضل .

قلت : الصواب : أن الركوب أفضل وإن كان الأظهر لزوم المشي بالنذر ، لأنه مقصود . والله اعلم

فإن قلنا : المشي أفضل ، لزمه بالنذر ، وإن قلنا : الركوب ، أو سويتا ، لم يلزمه المشي بالنذر .

ويتفرع على لزوم المشي مسائل .

إحداها : لو صرح بابتداء المشي من دويرة أهله إلى الفراغ ، هل يلزمه المشي قبل الاحرام ؟ وجهان . أصحهما : نعم ، فلو أطلق الحج ماشياً ، فإن قلنا : لا يلزمه المشي من دويرة أهله مع التصريح به ، فهنا أولى ، وإلا ، فوجهان . أصحهما : يلزمه من وقت الاحرام ، سواء أحرم من الميقات أو قبله ، وبهذا قطع جماعة .
وبنى صاحب « التتمة » الوجهين على أنه من أين يلزمه الاحرام ؟ فمن أبي إسحاق : من دويرة أهله . وعن غيره : من الميقات . فعلى الأول : يمشي من دويرة أهله . وعلى الثاني : من الميقات . ولو قال : أمشي حاجاً ، فالصحيح أنه كقوله : أحج ماشياً . ومقتضى كل واحد منها ، اقتران الحج والمشي . وفيه [وجه] أن قوله : أمشي حاجاً ، يقتضي أن يمشي من مخرجه إلى الحج .

الثانية : في نهاية المشي طريقان . المذهب : أنه يلزمه المشي حتى يتحلل التحللين ، وبهذا قطع الجمهور ، وهو النصوص ، وله الركوب بعد التحللين وإن بقي عليه الرمي أيام منى . والطريق الثاني : فيه وجهان حكاهما الامام . أحدهما : هذا . والثاني : له الركوب بعد التحلل الأول . وأما العمرة ، فليس لها إلا تحلل واحد ، فيمشي حتى يفرغ منها . والقياس : أنه إذا كان يتردد في خلال أعمال النسك لغرض تجارة وغيرها ، فله أن يركب ، ولم يذكره .

الثالثة : لو فاتته الحج ، لزمه القضاء ماشياً . وإذا تحلل في سنة الفوات بأعمال عمرة ، هل يلزمه المشي في تلك الأعمال ؟ قولان : أظهرهما عند الأكثرين : لا يلزمه ، لأنه خرج بالفوات عن أن يجزئه عن نذره . ولو فسد الحج بعد الشروع فيه ، فهل يجب المشي في المضي في فاسده ؟ فيه القولان .

الرابعة : لو ترك المشي بعذر ، بأن عجز ، فحج راكباً ، وقع حجه عن النذر . وهل عليه جبر المشي الفائت بإراقة الدم ؟ قولان . أسدّها : لا ،

كما لو نذر الصلاة قائماً ، فمجز ، صلى قاعداً ولا شيء عليه . وأظهرها : نعم .
فعلى هذا ، يلزمه شاة على المشهور . وفي قول : بدنة ، وإن ترك الشيء مع
القدرة ، فحج ركباً ، فقد أساء . وفيه قولان . القديم : لا تبرأ ذمته من حجه ،
بل عليه القضاء ، لأنه لم يأت به على صفته الملتزمة . والأظهر : أنه تبرأ ذمته .
فعلى هذا ، هل يلزمه الدم ؟ قولان ، أو وجهان . أظهرها : نعم . وهل هو
شاة ، أم بدنة ؟ فيه الخلاف السابق .

فرع

من نذر حجاً ، استحب أن يبادر إليه في أول سني الإمكان . فان مات
قبل الإمكان ، فلا شيء عليه كحجة الاسلام . وإن مات بعده ، أحج عنه من
ماله ؟ وإن عيّن في نذره سنة ، تعينت على الصحيح كالصوم ، فلو حج قبلها ،
لم يجزئه . ولو قال : أحج في عامي هذا ، وهو على مسافة يمكن الحج منها في
ذلك العام ، لزمه الوفاء تقريباً على الصحيح . فان لم يفعل مع الإمكان ، صار
دينياً في ذمته يقضيه بنفسه . فان مات ولم يقض ، أحج عنه من ماله . وإن لم
يمكنه ، قال في « التتمة » : إن كان مريضاً وقت خروج الناس ، ولم يتمكن من
الخروج معهم ، أو لم يجد رفقة ، وكان الطريق مخوفاً لا يتأتى للآحاد سلوكه ،
فلا قضاء عليه ، لأن المذنور حج في تلك السنة ، ولم يقدر عليه ، وكما لا تستقر
حجة الاسلام والحالة هذه . ولو صدّه عدو أو سلطان بعدما أحرم حتى مضى
العام ، قال الامام : إذا امتنع عليه الاحرام للعدو ، فالنصوص : أنه لا قضاء .
وخرج ابن سريج قولاً : أنه يجب ، وبه قال المزني . كما لو قال : أصوم غداً ،
فأغمي عليه حتى مضى الغد ، يجب القضاء . والمذهب : الأول . ولو منعه عدو
أو سلطان وحده ، أو منعه رب الدين وهو لا يقدر على وفائه ، لم يلزمه القضاء .

على الأظهر . ولو منعه المرض بعد الاحرام ، فالذهب وجوب القضاء ، وبه قطع الجمهور ، ولا ينزل منزلة الصد ، لأنه يتحلل بالصد ولا يتحلل بالمرض . وحكى الامام عن الأصحاب ، تخريجه على الخلاف في الصد ، وكذلك حكى الخلاف فيما إذا امتنع الحج في ذلك العام بعد الاستطاعة . وإذا رأيت كتب الأصحاب ، وجدت متفقة على أن الحجة المنذورة في ذلك ، كحجة الاسلام ، إن اجتمعت في العام الذي عينه شرائط فرض الحج ، وجب الوفاء واستقر في الذمة ، وإلا ، فلا . والنسيان وخطأ الطريق والضلال فيه ، كالمرض . ولو كان النذر معضوباً (١) وقت النذر ، أو طرأ المضب ولم يجد المال حتى مضت السنة الميئة ، فلا قضاء عليه . ولو نذر صلاة ، أو صوماً أو اعتكافاً في وقت معين ، فمنعه عما نذر عدو أو سلطان ، لزمه القضاء ، بخلاف الحج ، لأن الواجب بالنذر ، كالواجب بالشرع ، وقد يجب الصوم والصلاة مع العجز ، فلزما بالنذر . والحج لا يجب إلا بالاستطاعة .

فرع

إذا نذر حجات كثيرة ، انقضى نذره ، ويأتي بهن على قوالي السنين بشرط الامكان . فان آخر ، استقر في ذمته ما أخره . فاذا نذر عشر حجات ، ومات بعد خمس سنين أمكنه الحج فيهن ، قضى من ماله خمس حجات . ولو نذرهما المعضوب ، ومات بعد سنة وكان يمكنه أن يحج عب نفسه الحجج الشر في تلك السنة ، قضيت من ماله . وإن لم يف ماله إلا بحجتين أو ثلاث ، لم يستقر إلا المقدور عليه .

(١) على هامش الاصل : والأعضب من الرجال : الذي لا تأمر له ، والمعضوب : الضعيف . «صحيح» .

فرع

من نذر الحج ، لزمه أن يحج بنفسه ، إلا أن يكون ممضوياً فيُحجَّ
عن نفسه .

فرع

لو نذر الحج راكباً ، فإن قلنا : المشي أفضل ، أو سوينا بينها ، فإن شاء
مشى ، وإن شاء ركب . وإن قلنا : الركوب أفضل ، لزمه الوفاء . فإن مشى ،
فعلیه دم . وقال صاحب « التهذيب » : عندي أنه لا دم ، لأنه عدل إلى أشق الأمرين .
ولو نذر أن يحج حافياً ، فله لبس النملين ، ولا شيء عليه .

فرع

يخرج الناذر عن حج النذر بالافراد ، وبالتمتع ، وبالقران . وإذا نذر
القران ، فقد التزم التمسكين . فإن أتى بها مفردين ، فقد أتى بالأفضل ، وخرج
عن نذره . وإن تمتع ، فكذلك . وإن نذر الحج والعمرة مفردين ، فقرن ، أو
تمتع وقلنا بالذهب : إن الافراد أفضل ، فهو كما لو نذر الحج ماشياً وقلنا : المشي
أفضل ، فحج راكباً .

فرع

من نذر أن يحج ، وعليه حجة الاسلام ، لزمه للنذر حجة أخرى ، كما لو نذر أن يصلي ، وعليه صلاة الظهر ، يلزمه صلاة أخرى .

النوع الثالث : إتيان المساجد . فإذا قال : لله عليّ أن أمشي إلى بيت الله الحرام ، أو آتيه ، أو أمشي إلى البيت الحرام ، لزمه إتيانه على المذهب . وقيل : في لزومه قولان . ولو قال : أمشي إلى بيت الله ، أو آتيه ، ولم يقل : الحرام ، فوجهان ، أو قولان . أحدهما : يحمل على البيت الحرام . وأصحها : لا ينمقد نذره ، إلا أن ينسوي البيت الحرام . ولو قال : أمشي إلى الحرام ، أو المسجد الحرام ، أو إلى مكة ، أو ذكر بقعة أخرى من بقاع الحرم ، كالصفا ، والمروة ، ومسجد الخيف ، ومنى ، ومزدلفة ، ومقام إبراهيم ، وقبة زمزم ، وغيرها ، فهو كما لو قال : إلى بيت الله الحرام . حتى لو قال : آتي دار أبي جهل ، أو دار الخيزران ، كان الحكم كذلك ، لشمول حرمة الحرم في تنفير الصيد وغيره . ولو نذر أن يأتي عرفات ، فإن أراد التزام الحج وعبر عنه بشهود عرفة ، أو نوى أن يأتيها محرماً ، انمقد نذره بالحج . فإن لم ينو ذلك ، لم ينمقد نذره ، لأن عرفات من الحِلِّ ، فهو كبذل آخر . وعن ابن أبي هريرة : أنه إن نذر إتيان عرفات يوم عرفات ، لزمه أن يأتيها حاجاً . وقيد في « التتمة » هذا الوجه بما إذا قال ذلك يوم عرفة بعد الزوال . وعن القاضي حسين : الاكتفاء بأن يحصل له شهودها يوم عرفة ، وربما قال بهذا الجواب على الإطلاق . والصحيح ، ما قدمناه . ولو قال : آتي مرة الظهران ، أو بقعة أخرى قريباً من الحرم ، لم يلزمه شيء قطعاً ، وسواء في لزوم الإتيان ، لفظ المشي ، والإتيان ، والانتقال ، والذهاب ، والمضي ، والمسير ، والمسير ، ونحوها . ولو نذر أن يسّ بثوبه حطيم الكعبة ، فهو كما لو نوى إتيانها .

ولو نذر أن يأتي مسجد المدينة ، أو المسجد الأقصى ، ففي لزوم إتيانها قولان . قال في « البويطي » : يلزم ، وقال في « الأم » : لا يلزم ، ويلغو النذر . وهذا هو الأظهر عند العراقيين والروائي وغيرهم .

التفريع : إن قلنا بالمذهب : إنه يلزم إتيان المسجد الحرام بالتزامه ، قال الصيدلاني وغيره : إن حملنا النذر على الواجب شرعاً ، لزمه حج أو عمرة ، وهذا نص الشافعي رحمه الله في المسألة ، وهو المذهب . وإن قلنا : لا يحمل على الواجب ، بني على أصل آخر ، وهو أن دخول مكة هل يقتضي الاحرام بحج أو عمرة ، أم لا ؟ إن قلنا : نعم ، فإذا أتاه ، لزمه حج أو عمرة . وإن قلنا : لا ، فهو كمسجد المدينة والأقصى ، ففيه القولان في أنه هل يلزم إتيانه ؟ وإذا لزم ، فتفريجه كتفريع المسجدين . أما إذا أوجبنا إتيان مسجد المدينة والأقصى ، فهل يلزمه مع الإتيان شيء آخر ؟ وجهان . أحدهما : لا ، إذ لم يلتزمه . وأصحها : نعم ، إذ الإتيان المجرد ليس بقربة . فعلى هذا فيما يلزمه أوجه . أحدها : يتعيّن أن يصلي في المسجد الذي أتاه . قال الامام : الذي أراه أنه لا يلزمه ركعتان ، بل يكفيه ركعة قولاً واحداً . وذكر ابن الصباغ والأكثر : أنه يصلي ركعتين . قال ابن القطان : وهل يكفي أن يصلي فريضة ، أم لا بدّ من صلاة زائدة ؟ وجهان بناءً على وجهين فيمن نذر أن يعتكف شهراً بصوم ، فهل يكفيه أن يعتكف في رمضان ؟ والوجه الثاني : يتعيّن أنه يعتكف فيه ولو ساعة ، لأن الاعتكاف أخص القربات بالمسجد . والثالث وهو الأصح : يتخيّر بينها ، وبه قطع في « التهذيب » . وقال الشيخ أبو علي : يكفي في مسجد المدينة أن يزور قبر النبي ﷺ . وتوقف فيه الامام من جهة أن الزيارة لا تتعلق بالمسجد وتعتيمه . قال : وقياسه أنه لو تصدق في المسجد ، أو صام يوماً ، كفاه . والظاهر : الاكتفاء بالزيارة . وإذا زلنا المسجد الحرام منزلة المسجدين ، وأوجبنا ضم قربة إلى الإتيان ، ففي تلك القربة أوجه . أحدها : الصلاة . والثاني : الحج أو العمرة . والثالث :

يشخير . قال الامام : ولو قيل : يكفي الطواف ، لم يعد . ثم مها قال : أمشي إلى بيت الله الحرام ، لم يكن له الركوب على الأصح ، بل يلزمه المشي كما سبق فيها إذا قال : أحج ماشياً . والوجه الآخر : يمشي من الميقات . وذكر القاضي أبو الطيب وكثير من العراقيين : أنه لا خلاف بين الأصحاب أنه يمشي من ديرة أهله . لكن يحرم من ديرة أهله ، أم من الميقات ؟ وجهان . قال أبو إسحاق : من ديرة أهله . وقال صاحب « الإفصاح » : من الميقات ، وهو الأصح . ولو قال : أمشي إلى مسجد المدينة ، أو الأقصى ، وأوجنا الإتيان ، ففي وجوب المشي وجهان . أصحابها : الوجوب . ولو كان لفظ النذر الإتيان ، أو الذهاب ، أو غيرهما مما سوى المشي ، فله الركوب بلا خلاف . وأما إذا نذر إتيان مسجد آخر سوى الثلاثة ، فلا ينعقد نذره ، إذ ليس في قصدها قرينة ، وقد قال ﷺ : « لا تُشَدُّ الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد ... » (١) الحديث . قال الامام : كان شيخي يفتي بالنع من من شد الرحال إلى غير هذه المساجد الثلاثة ، وربما كان يقول : يحرم . قال : والظاهر أنه ليس فيه تحريم ولا كراهة ، وبه قال الشيخ أبو علي .

ومقصود الحديث ، تخصيص القرينة بقصد المساجد الثلاثة .

واعلم أنه سبق في الاعتكاف ، أن من عيَّن بنذره مسجد المدينة ، أو الأقصى للاعتكاف ، تميّن على الأظهر . والفرق : أن الاعتكاف عبادة في نفسه ، وهو مخصوص بالمسجد ، فإذا كان للمسجد فضل ، فكأنه التزم فضيلة في العبادة الملتزمة ، والإتيان بخلافه ، ويوضحه : أنه لا خلاف في أنه لو نذر إتيان سائر المساجد ، لم يلزمه ، وفي مثله في الاعتكاف خلاف .

(١) والحديث بتمامه : « لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، ومسجدي هذا ، والمسجد الأقصى » ، رواه أحمد في « المسند » ، البخاري ، ومسلم ، من حديث أبي هريرة وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهما .

فرع

إذا نذر الصلاة في موضع معين ، لزمه الصلاة لا محالة ، ثم إن عيّن المسجد الحرام ، تعين للصلاة الملتزمة . وإن عيّن مسجد المدينة أو الأقصى ، فطريقان . قال الأكثرون : في تعيينه القولان في لزوم الاتيان . وقطع المرازعة بالتعين ، والتعين هنا أرجح كالاغتساف ، وإن عيّن سائر المساجد والمواضع ، لم يتعين . وإذا عيّن مسجد المدينة أو الأقصى للصلاة ، وقلنا بالتعين ، فصلى في المسجد الحرام ، خرج عن نذره على الأصح ، بخلاف المكس . وهل تقوم الصلاة في أحدهما مقام الصلاة في الآخر ؟ وجهان .

قلت : فيه وجه ثالث : أنه يقوم مسجد المدينة مقام الأقصى ، دون عكسه . وهذا هو الأصح ، ونص عليه في « البويطي » . والله أعلم

وذكر الامام ، أنه لو قال : أصلي في مسجد المدينة ، فصلى في غيره ألف صلاة ، لم يخرج عن نذره ، كما لو نذر ألف صلاة ، لا يخرج عن نذره بصلاة واحدة في مسجد المدينة ، وإن شيخه كان يقول : لو نذر صلاة في الكعبة ، فصلى في أطراف المسجد ، خرج عن نذره .

فرع

قد سبق أن المذهب في نذر الشيء إلى بيت الله الحرام ، أنه يجب قصده بالحج أو العمرة . فلو قال في نذره : أمشي إلى بيت الله الحرام بلا حج ولا عمرة ، فوجهان . أحدهما : ينقذ نذره ويلغو قوله : بلا حج ولا عمرة . والثاني : لا ينقذ ،

ثم إذا أتاه ، فإن أوجبنا إحراماً لدخول مكة ، لزمه حج أو عمرة . وإن قلنا : لا ، فعلى ما ذكرنا في مسجد المدينة والأقصى .
قلت : أحسبها : ينعقد . والله اعلم

فرع

لو قال : أصلي الفرائض في المسجد . قال في « الوسيط » : يلزمه إذا قلنا : صفات الفرائض تفرد بالالتزام .

فرع

قال القاضي ابن كيج : إذا نذر أن يزور قبر النبي ﷺ ، فمندي أنه يلزمه الوفاء وجهاً [واحداً] . ولو نذر أن يزور قبر غيره ، فوجهان .

فرع

قال في « التتمة » : لو قال : أمشي ، ونوى بقلبه حاجاً أو معتمراً ، انعقد النذر على مانوى ، وإن نوى إلى بيت الله الحرام ، جعل مانواه كأنه تلفظ به .
النوع الرابع : الهدايا والضحايا . إذا نذر ذبح حيوان ، ولم يتعزّض لهدي ولا أضحية ، بأن قال : لله عليّ أن أذبح هذه البقرة ، أو أنحر هذه البدنة ، فإن قال مع ذلك : وأتصدق بلحمها ، أو نواه ، لزمه الذبح والتصدق . وإن لم يقله ولا نواه ، فوجهان . أحدهما : ينعقد نذره ، ويلزمه الذبح والتصدق . وأصحها : لا ينعقد . ولو نذر أن يهدي بدنة أو شاة إلى مكة ، أو أن يتقرب بسوقها إليها

ويذبحها ويفرق لحما على فقرائها ، لزمه الوفاء ، ولو لم يتعرض للذبح وتفرقة اللحم ، لزمه الذبح بها أيضاً . وفي تفرقة اللحم بها وجهان . أحدهما : لا تجب تفرقة بها إلا أن ينوي ، بل له أن يفرق في موضع آخر . وأصحها : الوجوب . ولو نذر أن يذبح خارج الحرم ويفرق اللحم في الحرم على أهله . قال في « التمهة » : الذبح خارج الحرم لا قربة فيه ، فيذبح حيث شاء ، ويلزمه تفرقة اللحم ، وكأنه نذر أن يهدي إلى مكة لحماً . ولو نذر أن يذبح بمسكة ويفرق اللحم على فقراء بلد آخر ، وفي بما ألزم . ولو قال : لله علي أن أنحر أو أذبح بمسكة ، ولم يتعرض للفظ القربة والتضحية ، ولا التصدق باللحم ، ففي انمقاد نذره وجهان . أصحها : الانمقاد ، وبه قطع الجمهور . وعلى هذا في وجوب التصدق باللحم على فقرائها الوجهان السابقان . ولو نذر الذبح بأفضل بلد ، كان كنذر الذبح بمسكة ، فإنها أفضل البلاد . ولو نذر الذبح أو النحر ببلدة أخرى ولم يقل مع ذلك : وأتصدق على فقرائها ، ولا نواه ، فوجهان ، أو قولان . أصحها وهو نصه « الأم » : لا ينمقد . والثاني : ينمقد . فإن قلنا : ينمقد لو تلفظ مع ذلك بالتصدق أو فواه ، فهل يتعين التصدق باللحم على فقرائها ، أم يجوز نقله إلى غيرم ؟ فيه طريقتان . المذهب : أنهم يتعينون . وقيل : فيه خلاف مأخوذ من نقل الصدقة . فإن قلنا : لا يتعينون ، لم يجب الذبح بتلك البلدة ، بخلاف مكة ، فإنها محل ذبح الهدايا . وإن قلنا : يتعينون ، فوجهان . أحدهما : لا يجب الذبح بها ، بل لو ذبح خارجها ونقل اللحم إليها طرياً ، جاز ، وبهذا قطع صاحب « التهذيب » وجماعة . والثاني : تتعين إراقة الدم بها كمسكة ، وبهذا قطع المراقبون وحكوه عن نصه في « الأم » . ولو قال : أضحي ببلد كذا ، وأفرق اللحم على أهلها ، انمقد نذره ، ويفني ذكر التصديق ، ونيته . وجعل الامام وجوب التفرقة على أهلها ووجوب الذبح بها على الخلاف السابق . قال : ولو اقتصر على قوله : أضحي بها ، فهل يتضمن ذلك تخصيص التفرقة بهم ؟ وجهان . الصحيح الذي جرى عليه الأئمة : أنه تجب

الفرقة والذبح بها . وفي فتاوى القفال : أنه لو قال : إن شفى الله مريضى ، فله عليّ أن أتصدق بمشرة على فلان ، فشفاه الله تعالى ، لزمه التصديق عليه . فإن لم يقبل ، لم يلزمه شيء . وهل لفلان مطالبته بالتصدق بعمد الشفاء ؟ يحتمل أن يقال : نعم ، كما لو نذر إعطاء عبد معين إن شفى ، فشفى ، له المطالبة بالإعتاق ، وكما لو وجبت الزكاة والمستحقون في البلد محصورون ، لهم المطالبة .

فصل

إذا قال : لله عليّ أن أضحي ببدنة أو أهدي بدنة . قال الامام : البدنة في اللغة : الإبل ، ثم الشرع قد يقيم مقامها بقرة ، أو سبعاً من الغنم . وقال الشيخ أبو حامد وجماعة : اسم البدنة يقع على الإبل والبقرة والغنم جميعاً . ثم له حالان . أحدهما : أن يطلق التزام البدنة ، فله إخراجها من الإبل . وهذا له العدول إلى بقرة أو سبع من الغنم ؟ فيه ثلاثة أوجه . أحدها : لا . والثاني : نعم . والصحيح المنصوص : أنه إن وجدت الإبل ، لم يجز العدول ، وإلا ، جاز .

الحال الثاني : أن يقيد فيقول : عليّ أن أضحي ببدنة من الإبل أو بنويها ، فلا يجزئها غير الإبل إذا وجدت بلا خلاف ، فإن عذمت ، فوجهان . أحدهما : يصبر إلى أن يجدها ولا يجزئها غيرها . والصحيح المنصوص : أن البقرة تجزئها بالقيمة . فإن كانت قيمة البقرة دون قيمة البدنة من الإبل ، فعليه إخراج الفاضل . وفي وجه : لا تعتبر القيمة كما في حالة الإطلاق . والصحيح : الأول .

واختلفوا في كيفية إخراج الفاضل ، ففي « الكافي » للقاضي الرويانى : أنه يشتري به بقرة أخرى إن أمكن ، وإلا ، فهل يشتري به شقصاً ، أو يتصدق به على المساكين ؟ وجهان . وفي تعليق الشيخ أبي حامد : أنه يتصدق [به] . وقال

المتولي : يشارك إنساناً في بدنة أو بقرة ، أو يشتري به شاة . وإذا عدل إلى الغنم في هذه الحالة ، اعتبرت القيمة أيضاً . ثم نقل الروائي في « جمع الجوامع » : أنه إذا لم يجد الابل في حالة التقييد ، يتخير بين البقرة والغنم ، لأن الاعتبار بالقيمة . والذي ذكره ابن كج والمتولي : أنه لا يحدل إلى الغنم مع القدرة على البقرة ، لأنها أقرب . ولو وجد ثلاث شياه بقيمة البدنة ، فوجهان . أحدهما : لا تجزئه ، بل عليه أن يتم السبع من عنده . والثاني : تجزئه لوفائهن بالقيمة ، قاله أبو الحسين النسوي من أصحابنا شيخ كان في زمن أبي إسحاق وابن خيران . ولو نذر شاة ، فجعل بدلها بدنة ، جاز . وهل يكون الكل فرضاً ؟ وجهان .

فرع

في الصفات المعتبرة في الحيوان المنذور مطلقاً

فاذا قال : لله عليّ أن أهدي بغيراً ، أو بقرة ، أو شاة ، فهل يشترط فيه السن المجزئ في الأضحية والسلامة من العيوب ؟ قولان بناءً على أن مطلق النذر يحمل على أقل ماوجب من ذلك الجنس ، أو على [أقل] مايتقرب به . والأول : أظهر . ولو قال : أضحي بغير ، أو بقرة ، ففيه مثل هذا الخلاف . قال الامام : وبالاتفاق لا يجزئ الفصيل ، لأنه لا يسمّى بغيراً ، ولا العجل إذا ذكر البقرة ، ولا السخلة إذا ذكر الشاة . ولو قال : أضحي ببدنة أو أهدي بدنة ، جرى الخلاف . ورأى الامام هذه الصورة أولى باشتراط السن والسلامة . ولو قال : لله عليّ هدي ، أو أن أهدي ولم يسم شيئاً ، ففيه القولان . إن حملنا على أقل مايتقرب به من جنسه ، خرج عن نذره بكل منحة حتى الدجاجة والبيضة وكل ما يتمول ، لوقوع الاسم عليه . وعلى هذا ، فالصحيح : أنه لا يجب إيصاله مكة ، وصرفه إلى قرائها ، بل يجوز التصديق [به] على غيرهم . وينسب هذا القول إلى

« الاملاء » ، والقديم . وإن حملنا على أقل ما يجب من جنسه ، حمل على ما يجزىء في الأضحية ، وينسب هذا إلى الجديد . وعلى هذا يجب إيصاله مكة ، فإن محل الهدى الحرم . وفيه وجه ضعيف : أنه لا يجب إلا أن يصرح به . ولو قال : عليّ أن أهدي الهدى ، حمل على المهود الشرعي بلا خلاف .

فرع

ولو نذر أن يهدي مالاً معيناً ، وجب صرفه إلى مساكين الحرم . وفيه وجه ضعيف : أنهم لا يتعبدون . ثم ينظر ، إن كان المعين من النعم ، بأن قال : أهدي هذه البدنة أو الشاة ، وجب التصديق بها بعد الذبح ، ولا يجوز التصديق بها حيّة ، لأن في ذبحها قربة ، ويجب الذبح في الحرم على الأصح . وعلى الثاني : يجوز أن يذبح خارج الحرم ، بشرط أن ينقل اللحم إليه قبل أن يتغير . وإن كان من غير النعم وتيسر نقله إلى الحرم ، بأن قال : أهدي هذه الظبية ، أو الطائر ، أو الحمار ، أو الثوب ، وجب حمله إلى الحرم . وأطلق مطلقون : أن مؤنة النقل على الناذر ، فإن لم يكن له مال ، يبيع بعضه لنقل الباقي . وأستحسن ما حكى عن القفال : أنه إن قال : أهدي هذا ، فالمؤنة عليه ، وإن قال : جعلته هدياً ، فالمؤنة فيه ، يباع بعضه . لكن مقتضى جملة هدياً ، أن يوصل كله الحرم ، فيلتزم مؤنته ، كما لو قال : أهدي . ثم إذا بلغ الحرم ، فالصحيح : أنه يجب صرفه إلى مساكين الحرم . لكن لو نوى صرفه إلى تطيب الكعبة ، أو جمل الثوب ستراً لها ، أو قربة أخرى هناك ، صرفه إلى مانوى . وفيه وجه : أنه وإن أطلق ، فله صرفه إلى ما يرى . ووجه أضعف منه : أن الثوب الصالح للستر ، يحمل عليه عند الإطلاق . قال الامام : قياس المذهب والذي صرح به الأئمة : أن ذلك المال المعين ، يمتنع بيعه وتفرقة ثمنه ، بل يتصدق بمنه ، وينزل تعيينه منزلة تعيين الأضحية والشاة

في الزكاة ، فيتصدق بالظبية والطائر وما في معناها حياً ، ولا يذبحه ، إذ لا قربة في ذبحه . ولو ذبحه فنقصت القيمة ، تصدق باللحم وغرم ما نقص . وفي « التتمة » وجه آخر ضعيف : أنه يذبح . وطردها فيما إذا أطلق ذكر الحيوان وقتلنا : لا يشترط أن يهدي ما يجزىء في الأضحية . أما إذا نذر إهداء بعيرٍ معيب ، فهل يذبحه ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، نظراً إلى جنسه . وأصحها : لا ، لأنه لا يصلح للتضحية كالظبية . أما إذا كان المال المعين مما لا يتيسر نقله ، كالدار ، والأرض ، والشجر ، وحجر الرحى ، فبياع وينقل ثمنه فيتصدق به على مساكين الحرم . قال في « التهذيب » : ويتولّى الناذر البيع والنقل بنفسه .

فرع

في مسائل منه « الأُمر »

لو قال : أنا أهدي هذه الشاة نذراً ، لزمه أن يهديها ، إلا أن تكون نيته : إني سأحدث نذراً ، أو سأهديها . ولو نذر أن يهدي هدياً ، ونوى بهيمة ، أو جدياً ، أو رضيعاً ، أجزأه . والقولان السابقان فيما إذا أطلق نذر الهدي ، ولم ينو شيئاً . ولو نذر أن يهدي شاة عوراء ، أو عمياء ، أو ما لا يجوز التضحية به ، أهداه ، ولو أهدى تاماً ، كان أفضل .

فصل

في مسائل مشورة

إحداها : إذا نذر الصوم في بلد ، لم يتعين ، بل له أن يصوم حيث شاء ، سواء عيّن مكة أو غيرها . وفي وجه شاذ : إذا عين الحرم ، اختص به .
الثانية : ستر الكعبة وتطيبها من القربات ، سواء سترها بالحرير وغيره . ولو نذر سترها وتطيبها ، صح نذره . وإذا نذر أن يجعل ما يهديه في رتاج الكعبة وطيبها ، قال إبراهيم الروروذي : ينقله إليها . ويسلّمه إلى القيم ليصرفه في الجهة المذكورة ، إلا أن يكون قد نصّ في نذره أنه يتولّى ذلك بنفسه . ولو نذر تطيب مسجد المدينة ، أو الأقصى ، أو غيرها من المساجد ، ففيه تردد للامام . ومال الامام إلى تخصيصه بالكعبة ، والمسجد الحرام .

الثالثة : نقل القاضي ابن كج وجهين فيمن قال : إن شفى الله مريضاً ، فله عليّ أن أعجل زكاة مالي ، هل يصح نذره ؟ وجهين فيمن قال : إن شفى الله مريضاً ، فله عليّ أن أذبح عن ولدي ، هل يلزمه الذبح عن ولده ، لأن الذبح عن الأولاد مما يتقرّب به ؟ وجهين فيما إذا قال : إن شفى الله مريضاً ، فله عليّ أن أذبح ابني ، فإن لم يجز فشاء مكانه ، هل يلزمه ذبح شاة ؟ وجهين فيما إذا نذر النصراني أن يصلي أو يصوم ، ثم أسلم ، هل يلزمه أن يصلي صلاة شرعنا وصومه ؟

قلت : الأصح في الصورة الثانية : الصحة . وفي الباقي : البطلان . والله أعلم

الرابعة : في فتاوى القفال : أنه لو نذر أن يضحي بشاة ، ثم عيّن شاة

لنذره ، فلما قدمها للذبح صارت معيبة ، لا تجزى . ولو نذر أن يهدي شاة ، ثم عيّن شاة ، وذهب بها إلى مكة ، فلما قدمها للذبح تعيبت ، أجزأته ، لأن الهدى مأهّد إلى الحرم ، وبالوصول إليه حصل الإهداء ، والتضحية لا تحصل إلا بالذبح .
الخامسة : قال صاحب « التقريب » : لو قال : إن شفى الله مريضى ، فله عليّ أن أشتري بدرهم خبزاً وأنصدق به ، لا يلزمه الشراء ، بل يلزمه أن يتصدق بخبز قيمته درهم .

السادسة : لو قال : إن شفى الله مريضى ، فله على رجلى حجّ ماشياً ، صح نذره ، إلا أن يريد إلزام الرجل حاجة^(١) . ولو قال : على نفسي أو رقبتى ، صح .

السابعة : إذا نذر إعتاق رقبة وكان عليه رقبة عن كفارة ، فأعتق رقبتين ، ونواهما عن الواجب ، أجزأه وإن لم يمين ، كما لو كان عليه كفارتان مختلفتان .
الثامنة : لو نذر صلاتين ، لم يخرج عن نذره بأربع ركعات بتسليمه واحدة .

التاسعة : لو قال : إن شفى الله مريضى ، فله عليّ أن أتصدق بشيء ، صح نذره ، ويتصدق بما شاء [من] قليل وكثير . ولو قال : فعليّ ألف ، ولم يمين شيئاً باللفظ ولا بالنية ، لم يلزمه شيء .

العاشرة : لو نذر صوم شهر ، ومات قبل إمكان الصوم ، يُطعم عنه عن كل يوم مدّ ، بخلاف ما لو لزمه قضاء رمضان لمرض ، أو سفر ، ومات قبل إمكان القضاء ، لا يُطعم عنه ، لأن المنذور مستقرّ بنفس النذر ، قاله الفقهاء ، وبني على هذا : أنه لو حلف وحنث في يمينه وهو معسر فرضه الصيام ، فمات قبل الإمكان ، يُطعم عنه . وأنه لو نذر حجة ، ومات قبل الإمكان ، يُحجّ عنه ، وهذا بخلاف ما قدمناه في الحج .

(١) في مخطوطة الظاهرية : « خاصة » بدل « حاجة » .

الحادية عشرة : قال القفال : من التزم بالنذر أن لا يكلم الآدميين ، يحتمل أن يقال : يلزمه ، لأنه مما يتقرب به ، ويحتمل أن يقال : لا ، لما فيه من التصديق والتشديد ، وليس ذلك من شرعنا ، كما لو نذر الوقوف في الشمس . قلت : الاحتمال الثاني أصح .

واعلم أنه ثبت في « صحيحي » البخاري و مسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما ، أن رسول الله ﷺ نهى عن النذر (١) . وفي فتاوى القاضي حسين : أنها لو كانت تلد أولاداً ويموتون ، فقالت : إن عاش لي ولد ، فله عليّ عتق رقبة ، قال : يشترط لازوم العتق أن يعيش لها ولد أكثر مما عاش أكبر أولادها الموتي ، وإن قلت تلك الزيادة . وقال المبّادي : متى ولدت حياً ، لزمها العتق وإن لم يعيش أكثر من ساعة ، لأنه عاش . والأول : أصح . وأنه لو نذر التضحية بهذه الشاة على أن لا يتصدق بلحمها ، لا ينعقد . وأنه لو قال : إن شفى الله مريض ، فله عليّ أن أتصدق بدينار ، فشفي ، فأراد التصديق به على ذلك المريض وهو فقير ، فإن كان لا يلزمه نفقته ، جاز ، وإلا ، فلا . وأنه لو قال : إن شفى الله مريض ، فله عليّ أن أتصدق على ولدي أو على زيد ، وزيد موسر ، يلزمه الوفاء ، لأن الصدقة على الغني جائزة وقربة . وأنه لو نذر صوم سنة معينة ، ثم قال : إن شفى الله مريض ، فله عليّ أن أصوم الأثنين من هذه السنة . قال : لا ينعقد نذر الثاني ، لأن الزمان مستحق لغيره . وقال المبّادي : ينعقد ، ويلزمه القضاء . قيل له : لو كان له عبد فقال : إن شفى الله مريض ، فله عليّ عتقه ، ثم قال : إن قدم زيد ، فعليّ عتقه ، قال : ينعقدان ، فإن وقعا معاً ، أقرع بينهما ، هذا آخر المنقول من فتاوى القاضي .

(١) والحديث بتمامه : نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن النذر ، وقال : « إنه لا يرد شيئاً ، وإنما يستخرج به من البخل » .

ونما يحتاج إليه : إذا نذر زيتاً ، أو شمعاً ، أو نحوه ليسرج به في مسجد أو غيره ، إن كان بحيث ينتفع به - ولو على النذور - مصلٍ هناك أو نائم أو غيرها ، صح ولزم . وإن كان يفلق ولا يتمكن أحد من الدخول والانتفاع [به] ، لم يصح . ولو وقف شيئاً ليشتري من غلته زيت أو غيره ليسرج به في مسجد أو غيره ، فحكمه في الصحة ما ذكرناه في النذور . والله أعلم ^(١)



كتاب البيع

باب

ما يصح به البيع

البيع : مقابلة مال بمال أو نحوه . وبعتبر في صحته ثلاثة أمور .
الأول : الصيغة ، وهي الإيجاب من جهة البائع ، كقوله : « بعتك » أو « ملكتك »
ونحوهما . وفي « ملكتك » وجه ضعيف . والقبول من المشتري ، كقوله : « بعت »
أو « ابتعت » ، أو « اشتريت » ، أو « تملكك » . ويجيء في « تملكك » ذلك الوجه ، وسواء
تقدم قول البائع : « بعت » ، أو قول المشتري : « اشتريت » ، فيصح البيع في الحالين ،
ولا يشترط اتفاق اللفظين ، بل لو قال البائع : « بعتك » ، أو « اشتريت » ، فقال المشتري :
« تملكك » ، أو قال البائع : « ملكتك » . فقال : « اشتريت » ، صح ، لأن المعنى واحد .

فرع

المعاطاة ، ليست بيعاً على المذهب . وخرج ابن سريج قولاً من الخلاف
في مصير الهدي مندوراً بالتقليد : أنه يكتفى بها في المحقرات ، وبه أفق الروايات
وغيره . والمحقّر ، كرطل خبز وغيره ، مما يعتاد فيه المعاطاة . وقيل : هو مادون
نصاب السرقة . فعلى المذهب في حكم المأخوذ بالمعاطاة ، وجهان . أحدهما : أنه

إباحة لا يجوز الرجوع فيها ، قاله القاضي أبو الطيب . وأصحها : له حكم القبوض
بمقد فاسد ، فيطالب كل واحد صاحبه بما دفعه إن كان باقياً ، أو بضمانه إن تلف .
فلو كان الثمن الذي قبضه البائع مثل القيمة ، قال الغزالي في « الإحياء » : هذا
مستحق ظفر بمنل حقه ، والمالك راضٍ ، فله تملكه لا محالة . وقال الشيخ أبو حامد :
لا مطالبة لواحدٍ منها ، وتبرأ ذمتها بالتراضي ، وهذا يُشكِّل بسائر العقود
الفاصلة ، فانه لا براءة وإن وجد التراضي . وقال مالك رضي الله عنه : ينمقد
بكل ما يمدّه الناس ييماً ، واستحسنه ابن الصباغ .

قلت : هذا الذي استحسنه ابن الصباغ ، هو الراجح دليلاً ، وهو المختار ،
لأنه لم يصح في الشرع اشتراط لفظ ، فوجب الرجوع إلى العرف كغيره من
الألفاظ . ومن اختاره : التولي والبغوي وغيرهما . والله أعلم

فرع

لو قال : بعني ، فقال : بمتك . إن قال بعده : اشتريت ، أو قلت ، انمقد
قطماً ، وإلا ، انمقد على الأصح . وقيل : على الأظهر . وقيل : ينمقد قطعاً .
ولو قال : اشتري مني ، فقال : اشتريت ، قال في « التهذيب » : هو كالصورة
السابقة . وقال بعضهم : لا ينمقد قطعاً . ولو قال : أتبيعني عبدك بكذا ، أو قال :
بمتي بكذا ، فقال : بت ، لم ينمقد ، حتى يقول بعده : اشتريت . وكذا لو قال
البائع : أتشتري داري ؟ أو اشتريت مني ؟ فقال : اشتريت ، لا ينمقد حتى
يقول بعده : بت .

فرع

كل تصرف يستقل به الشخص ، كالطلاق والبراء ، ينمقد بالكناية مع النية كانمقاده بالصريح . ومالا يستقل به ، بل يفتقر إلى إيجاب وقبول ، ضربان . أحدهما : ما يشترط فيه الشهادة كالنكاح وبيع الوكيل إذا شرط الموكل الإشهاد ، فهذا لا ينمقد بالكناية ، لأن الشاهد لا يعلم النية . والثاني : مالا يشترط فيه ، وهو نوعان . أحدهما : ما يقبل مقصوده التعليق بالغرر ، كالكتابة ، والخلع ، فينمقد بالكناية مع النية . والثاني : مالا يقبل ، كالبيع والاجارة وغيرهما . وفي انمقاد هذه التصرفات بالكناية مع النية ، وجهان . أحدهما : الانمقاد كالخلع . ومثال الكناية في البيع ، أن يقول : خذه مني ، أو تسلمه بألف ، أو أدخلته في ملكك ، أو جملمته لك بكذا وما أشبهها . ولو قال : سلطتك عليه بألف ، ففي كونه كناية وجهان . أحدهما : لا ، كقوله : أبحثكه بألف .

قلت : الأصح : أنه كناية . والله اعلم

فرع

لو كتب إلى غائب بالبيع ونحوه ، ترتب ذلك على أن الطلاق ، هل يقع بالكتيب مع النية ؟ إن قلنا : لا ، فهذه العقود أولى أن لا تنمقد ، وإلا ، ففيها الوجهان في انمقادها بالكنايات . فان قلنا : تنمقد ، فشرطه أن يقبل المكتوب إليه بمجرد اطلاعه على الكتاب على الأصح .

قلت : المذهب : أنه ينمقد البيع بالمكتابة لحصول التراضي ، لاسيما وقد قدمنا أن الراجح انمقاده بالمعاطاة . وقد صرح الرافعي بترجيح صحته بالمكتابة في كتاب

الطلاق ، وستأتي هذه المسائل كلها مبسطة فيه إن شاء الله تعالى . واختار
الغزالي في الفتاوى : أنه ينعقد ، قال : وإذا قبل المكتوب إليه ، ثبت له خيار
المجلس مادام في مجلس القبول ، ويتأدى خيار الكاتب أيضاً إلى أن ينقطع خيار
المكتوب إليه ، حتى لو علم أنه رجع عن الإيجاب قبل مفارقة المكتوب إليه مجلسه ،
صح رجوعه ، ولم ينعقد البيع . والله أعلم

ولو تباع حاضران بالمكاتبة ، فإن منعه في الغيبة ، فهذا أولى ، وإلا ، فوجهان .
وحكم الكتبة على القرطاس ، والرق ، واللوح ، والأرض ، والنقش على الحجر
والخشب ، واحد ، ولا أثر لرسم الأحرف على الماء والهواء . قال بعض أصحابنا
تقريباً على صحة البيع بالمكاتبة : لو قال : بعت داري لفلان وهو غائب ، فلما بلغه
الخبر قال : قبلت ، انعقد البيع ، لأن النطق أقوى من الكتبة . قال إمام الحرمين :
والخلاف المذكور ، في أن البيع ونحوه ، هل ينعقد بالكنية مع النية ، هو فيما إذا
عدمت قرائن الأحوال ، فإن توفرت وأفادت التفاهم ، وجب القطع بالصحة ، لكن
النكاح لا يصح بالكنية وإن توفرت القرائن . وأما البيع المقيّد بالإشهاد ، فقال
في « الوسيط » : الظاهر انعقاده عند توفّر القرائن .

قلت : قال الغزالي في الفتاوى : لو قال أحد المتبايعين : بعني ، فقال : قد
باعك الله ، أو بارك الله لك فيه ، أو قال في النكاح : زوجك الله بنتي ، أو قال
في الإقالة : قد أقالك الله ، أو قد رده الله عليك ، فهذا كناية ، فلا يصح
النكاح بكل حال . وأما البيع والإقالة ، فإن نواهما ، صحا ، وإلا ، فلا . وإذا
نواهما ، كان التقدير : قد أقالك الله لأنني قد أقلتك . والله أعلم

فرع

لو باع مال ولده لنفسه ، أو مال نفسه لولده ، فهل يفتقر إلى صيغتي الإيجاب والقبول ، أم تكفي إحداهما ؟ وجهان سيأتيان إن شاء الله تعالى بفروعهما في باب الخيار .

فرع

يشترط أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول ، وأن لا يتخللها كلام أجنبي عن العقد ، فإن طال ، أو تخلل ، لم ينعقد ، سواء تفرقا عن المجلس ، أم لا . ولو مات المشتري بين الإيجاب والقبول ، ووارثه حاضر ، فقبل ، فالأصح : النع . وقال الداركي : يصح .

فرع

يشترط موافقة القبول الإيجاب . فلو قال : بعت بألف صحيحة ، فقال : قبلت بألف قراضة ، أو بالعكس . أو قال : بعت جميع الثوب بألف ، فقال : قبلت نصفه بخمسائة ، لم يصح . ولو قال : بعتك هذا بألف ، فقال : قبلت نصفه بخمسائة ، ونصفه بخمسائة ، قال في التتمة : يصح العقد ، لأنه تصريح بمقتضى الإطلاق ، وفي فتاوى القفال : أنه لو قال : بعتك بألف درهم ، فقال : اشتريت بألف وخمسمائة ، صح البيع ، وهو غريب .

فرع

لو قال المتوسط للبائع : بعت كذا ؟ فقال : نعم ، أو بعت . وقال للمشتري : اشتريتَ بكذا ؟ فقال : نعم ، أو اشتريت ، انعقد على الأصح ، لوجود الصيغة والتراضي . والثاني : لا ، لعدم مخاطبتها .

فرع

لو قال : بعتك بألف ، فقال : قبلت ، صح قطعاً ، بخلاف النكاح ، يشترط فيه على رأي أن يقول : قبلت نكاحها ، احتياطاً للأبضاع . ولو قال : بعتك بألف إن شئت ، فقال : اشتريت ، انعقد على الأصح ، لأنه مقتضى الإطلاق .

فرع

يصح بيع الأخرس وشراؤه بالإشارة والكتابة .

فرع

جميع ما سبق ، هو فيما ليس بضمي من البيوع . فأما البيع الضمني فيما إذا قال : أعتق عبدك عني ألف ، فلا تعتبر فيه الصيغة التي قدمناها ، بل يكفي فيه الالتباس والجواب قطعاً .

الأمر الثاني : أهلية البائع والمشتري ، وبشروط فيها لصحة البيع : التكليف ،

فلا ينمقد بعبارة الصبي والمجنون ، لا لأنفسهما ، ولا لغيرهما ، سواء كان الصبي مميزاً أو غير مميز ، بائناً بأذن الولي أو بغير إذنه ، وسواء بيع الاختبار وغيره . وبيع الاختبار : هو الذي يمتحنه الولي به ليستبين رشده عند مناهزة الاحتلام ، ولكن يفوض إليه الامتياز وتدبير العقل ، فإذا انتهى الأمر إلى اللفظ ، أتى به الولي . وفي وجه ضئيف : يصح منه بيع الاختبار .

قلت : ويشترط في المتعاقدين ، الاختيار . فإن أكرها على البيع ، لم يصح ، إلا إذا أكره بحق ، بأن يتوجه عليه بيع ماله لوفاء دين عليه ، أو شراء مال أسلم إليه فيه ، فأكرهه الحاكم عليه ، صح بيعه وشراؤه ، لأنه إكراه بحق . فأما بيع المصادر ، فالأصح : صحته . وقد سبق بيانه في نصف الباب الثاني من الأطعمة . ويصح بيع السكران وشراؤه على المذهب ، وإن كان غير مكلف كما تقرر في كتب الأصول ، وسنوضحه في كتاب الطلاق إن شاء الله تعالى . والله أعلم

فرع

لو اشترى الصبي شيئاً ففلف في يده ، أو ألقفه ، فلا ضمان عليه في الحال ، ولا بعد البلوغ . وكذا لو اقترض مالاً ، لأن المالك هو المضيّع بالتسليم إليه . وماداماً باقين ، فللمالك الاسترداد . ولو سلم ثمن ما اشتراه ، لزم الولي استرداده ، ولزم البائع رده إلى الولي . فإن رده إلى الصبي ، لم يبرأ من الضمان . وهذا كما لو سلم الصبي درهماً إلى صراف لينقده ، أو سلم متاعاً إلى مقوم ليقومه ، فإذا أخذه ، لم يجوز رده إلى الصبي ، بل يردّه إلى وليه إن كان المال للصبي . وإن كان لكامل ، فإلى المالك . فلو أمره [الولي] بدفعه إلى الصبي ، فدفعه إليه ، سقط عنه الضمان إن كان المال للولي . وإن كان للصبي ، فلا ، كما لو أمره بالقاء مال الصبي

في البحر ففعل ، فانه يلزمه الضمان . ولو تباع صيئان وتقابضا ، وأتلف كل واحد ما قبضه ، نظر ، إن جرى ذلك باذن الوليين ، فالضمان عليها ، وإلا ، فلا ضمان عليها ، وعلى الصبيتين الضمان ، لأن تسليمها لا يعد تسليمها وتضييعاً .

فرع

لا ينمقد نكاح الصبي وسائر تصرفاته ، لكن في تدبير المميز ووصيته خلاف المذكور في موضعه . ولو فتح باباً وأخبر باذن أهل الدار في الدخول ، أو أوصل هدية وأخبر عن إهداء مهديها ، فهل يجوز الاعتماد عليه ؟ نظر ، إن انضمت قرائن تحصل العلم بذلك ، جاز الدخول والقبول ، وهو في الحقيقة عمل بالعلم ، لا بقوله . وإن لم ينضم ، نظر ، إن كان غير مأمون القول ، لم يعتمد ، وإلا ، فطريقان . أصحهما : القطع بالاعتماد . والثاني : على الوجهين في قبول روايته .

فرع

كما لا تصح تصرفاته اللفظية ، لا يصح قبضه في تلك التصرفات ، فلا يفيد قبضه الملك في الموهوب له وإن اتهمه الولي ، ولا لغيره إذا أمره الموهوب له بالقبض له . ولو قال مستحق الدين لمن عليه : سلمّ حتى إلى هذا الصبي ، فسلم إليه قدر حقه ، لم يبرأ من الدين ، وكان ما سلمه باقياً في ملكه ، حتى لو ضاع ، لضاع عليه ، ولا ضمان على الصبي ، لأن الدافع ضيعة بتسليمه ، ويبقى الدين بحاله ، لأن ما في الذمة لا يمتين إلا بقبض صحيح ، فلا يزول عن الذمة ، كما لو قال : ألق حتى في البحر ، فألقى قدر حقه ، لا يبرأ ، بخلاف ما لو قال مالك الوديعة للمودع : سلمّ مالي إلى هذا الصبي ، فسلم ، خرج من الهبة ، لأنه امتثل أمره في حقه المتعين

كما لو قال : ألقها في البحر ، فامثل . ولو كانت الوديعة للصبي ، فسلمها إليه ، ضمن ، سواء كان بإذن الولي أو بغير إذنه ، إذ ليس له تضييعها وإن أمره الولي به .

فصل

إسلام المتعاقدين ليس بشرط في مطلق التبائع ، لكن لو اشترى كافر عبداً مسلماً ، أو اتبه ، أو أوصي له به ، فقبل ، لم يملكه على الأظهر . قال في « التتمة » : القولان في الوصية ، إذا قلنا : يملكها بالقبول . وإن قلنا بالموت ، ثبت بلا خلاف كالإرث . ولو اشترى مصحفاً ، أو شيئاً من حديث رسول الله ﷺ ، فالذهب : القطع بأنه لا يملك . وقيل : على القولين . قال المراقبون : وكتب الفقه التي فيها آثار السلف ، لها حكم المصحف في هذا . وقال صاحب « الحاوي » : كتب الفقه والحديث يصح بيعها للكافر . وفي أمره بإزالة الملك عنها ، وجهان .

قلت : الخلاف في بيع العبد ، والمصحف ، والحديث ، والفقه ، إنما هو في صحة المقد ، مع أنه حرام بلا خلاف . والله أعلم

وإذا قلنا : لا يصح شراء الكافر عبداً مسلماً ، فاشترى من يمتق عليه كآبيه وابنه ، صح على الأصح . ويجري الوجهان في كل شراء يستعقب عتقاً ، كقول الكافر لمسلم : أعتق عبدك المسلم عني بموضٍ أو بغير عوض ، وإجابته^(١) ، وكما إذا أقر بحرية عبد مسلم في يد غيره ثم اشتراه . ورتب الامام الخلاف في هاتين الصورتين على شراء القريب . وقال : الأولى أولى بالصحة ، لأن الملك فيها ضمني ، والثانية أولى بالمنع ، لأن العتق فيها وإن حكم به ، فهو ظاهر غير محقق ، بخلاف القريب . ولو اشترى الكافر عبداً مسلماً بشرط الاعتناق ، وصححنا الشراء بهذا

(١) في هامش الاصل وإحدى نسخ الظاهرية : فأجابه .

الشرط ، فهو كما لو اشتراه مطلقاً ، لأن العتق لا يحصل بنفس الشراء . وقيل :
هو كشرائه القريب .

فرع

يجوز أن يستأجر الكافر مسلماً على عمل في الذمة ، كدين في ذمته . ويجوز
أن يستأجره بعينه على الأصح ، حرّاً كان أو عبداً . فعلى هذا ، هل يؤمر بإزالة
ملكه عن المنافع ، بأن يؤجره مسلماً ؟ وجهان . قطع الشيخ أبو حامد : بأنه يؤمر .
قلت : وإذا صححنا إجارة عينه ، فهي مكروهة ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه .
والله أعلم

وفي ارتهانه العبد المسلم ، وجهان . ويجوز إجارة العبد المسلم لكافر قطعاً .
وكذا إيداعه عنده .

قلت : الأصح : صحة ارتهانه العبد المسلم والمصحف ، ويسلم إلى عدل . وفي
« الإعارة » وجه : أنها لا تجوز ، وبه جزم صاحب « المذهب » و « والتنبيه »
والجرجاني : وهو ضيف . والله أعلم

فرع

لو باع الكافر عبداً مسلماً - ورثه ، أو أسلم عنده - بثوب ، ثم وجد بالثوب
عيّاً ، فللذهب : أنه له رد الثوب باليب . وهل له استرداد العبد ؟ وجهان .
أصحها : له ذلك . والثاني : لا ، بل يسترد قيمته ، لأنه كالملاك . وطرده الامام
والنزالي ، الوجين في جواز رد الثوب . والصواب : الأول ، وبه قطع في

« التهذيب » وغيره . ولو وجد مشتري العبد به عيباً ، ففي رده واسترداده الثوب طريقان . أحدهما : القطع بالجواز . والثاني : على الوجهين . ولو باع الكافر العبد المسلم ، ثم تقايلا ، فإن قلنا : الإقالة بيع ، لم ينفذ ، وإن قلنا : فسخ ، فعلى الوجهين في الرد بالعيب .

فرع

لو وكّل كافر مسلماً ليشتري عبداً مسلماً ، لم يصح ، لأن العقد يقع للموكل أولاً ، وينتقل إليه آخرأ . ولو وكل مسلم كافراً ليشتري له عبداً مسلماً ، فإن سمى الموكل في الشراء ، صح ، وإلا ، فإن قلنا : يقع الملك للوكيل أولاً ، لم يصح : وإن قلنا : يقع للموكل ، صح .

فرع

لو اشترى كافر مرتدأ ، فوجهان ، لبقاء علقه الاسلام كالوجهين في قتل المرتد بنمي .

فرع

لو اشترى كافر كافراً ، فأسلم قبل قبضه ، فهل يبطل البيع كمن اشترى عصيراً فتخمر قبل قبضه ، أم لا كمن اشترى عبداً فأبق قبل قبضه ؟ وجهان . فإن قلنا : لا يبطل ، فهل يقبضه المشتري ، أم ينصب الحاكم من يقبض عنه ثم يأمره بإزالة الملك ؟ وجهان . وقطع القفال في فتاويه : بأنه لا يبطل ، ويقبضه الحاكم ، وهذا أصح .

فرع

جميع ما سبق ، تفريع على قول المنع . أما إذا صححنا شراءه ، فإن علم الحاكم به قبل القبض ، فيمكنه من القبض ، أم ينصب من يقبضه ؟ فيه الوجهان . وإذا حصل القبض ، أو علم به بعد قبضه ، أمر بإزالة الملك فيه ، كما ذكره في الفرع بعده إن شاء الله تعالى .

فرع

إذا كان في يد الكافر عبد ، فأسلم ، لم يزل ملكه عنه ، ولكن لا يُقَرُّ في يده ، بل يؤمر بإزالة ملكه عنه ، يبيع ، أو هبة ، أو عتق ، أو غيرها . ولا يكفي الرهن والتزويج ، والاجارة ، والحيلولة ، وتكفي الكتابة على الأصح ، وتكون كتابة صحيحة . وإن قلنا : لا تكفي ، فوجهان . أحدهما : أنها كتابة فاسدة ، فيباع العبد . والثاني : صحيحة . ثم إن جوّزنا بيع المكاتب ، يبيع مكاتباً ، وإلا ، فسخت الكتابة وبيع . ولو امتنع من إزالة ملكه ، باعه الحاكم عليه بضمن المثل ، كما يبيع مال من امتنع من أداء الحق . فإن لم يجد مشترى بضمن المثل ، صبر وحال بينه وبينه ، ويستكسب له ، وتؤخذ نفقته منه . ولو أسلمت مُستولدة كافر ، فلا سبيل إلى نقلها إلى غيره بالبيع والهبة ونحوها على المذهب . وهل يحجر على إعتاقها ؟ وجهان . الصحيح : لا يحجر ، بل يحال بينها وينفّق عليها وتستكسب له في يد مسلم . ولو مات كافر أسلم عبد في يده ، صار لوارثه ، وأمر بما كان يؤمر به مورثه ، فإن امتثل ، وإلا ، يبيع عليه .

قلت : قال المحاملي في كتابه « الباب » : لا يدخل عبد مسلم في ملك كافر ابتداءً ، إلا في [مست] مسائل .

إحداها : بالإرث .

الثانية : يسترجعه بأفلاس المشتري .

الثالثة : يرجع في هبته لولده .

الرابعة : إذا رُدَّ عليه بعب .

الخامسة : إذا قال لمسلم : أعتق عبدك عني ، فأعتقه وصححناه .

السادسة : إذا كاتب عبده الكافر ، فأسلم العبد ، ثم عجز عن النجوم ، فله تمجيذه ، وهذه السادسة فيها تساهل ، فإن المكاتب لا يزول الملك فيه ليتجدد بالتمجيز . وترك سابعة ، وهي : إذا اشترى من يمتق عليه . والله أعلم

الأمر الثالث : صلاحية المفقود عليه ، فيعتبر في البيع لصحة بيعه ، خمسة شروط .

أحدها : الطهارة ، فالنجس ضربان ، نجس العين ، ونجس بعارض .

فالأول : لا يصح بيعه ، فنه الكلب ، والخنزير ، وما تولد من أحدهما ، وسواء الكلب المعلم وغيره ، ومنه الميتة ، وسرجين جميع البهائم ، والبول ، ويجوز بيع الفيلنج وفي باطنه الدود الميت ، لأن بقاءه من مصالحه ، كالنجاسة في جوف الحيوان .

قلت : الفيلنج - بالفاء - هو القز . ويجوز بيعه وفيه الدود ، سواء كان ميتاً أو حياً ، وسواء باعه وزناً ، أو جزافاً ، صرح به القاضي حسين في فتاويه . والله أعلم

وفي بيع بزر القز وفارة المسك ، وجهان بناءً على طهارتهما .

الضرب الثاني : قهان . أحدهما : منتجس يمكن تطهيره ، كالثوب ،

والخشبة ، والآجر ، فيجوز بيعهما ، لأن جوهرها طاهر . فإن استتر شيء من ذلك بالنجاسة الواردة ، خرج على بيع النائب . والثاني : ما لا يمكن تطهيره ، كالخل ، واللبن ، والدبس ، إذا تنجست ، فلا يجوز بيعها . وأما الدهن ، فإن كان نجس العين ، كودك الميتة ، لم يصح بيعه بحال . وإن نجس بعارض ، فهل يمكن تطهيره ؟ وجهان . أصحها : لا . فعلى هذا ، لا يصح بيعه كالبول . والثاني : يمكن . فعلى هذا ، في صحة بيعه وجهان . أصحها : لا يصح ، هذا ترتيب الأصحاب . وقيل : إن قلنا : يمكن تطهيره ، جاز بيعه ، وإلا ، فوجهان .

قلت : هذا الترتيب غلط ظاهر ، وإن كان قد جزم به في « الوسيط » . وكيف يصح بيع ما لا يمكن تطهيره ؟ قال المتولي : في بيع الصبغ النجس طريقان . أحدهما : كالزيت . والثاني : لا يصح قطعاً ، لأنه لا يمكن تطهيره ، وإنما يصبغ به الثوب ثم يفصل . والله أعلم .

وفي بيع الماء النجس ، وجهان ، كالدهن إذا قلنا : يمكن طهارته ، لأن تطهير الماء ممكن بالكثرة . وأشار بعضهم إلى الجزم بالنجس ، وقال : إنه ليس بتطهير ، بل يستحيل بلوغه قلّتين من صفة النجاسة إلى الطهارة ، كالخمر تتخلل . ويجوز نقل الدهن النجس إلى الغير بالوصية ، كالكلب . وأما هبته والصدقة به ، فمن القاضي أبي الطيب : منعها . ويشبه أن يكون فيها ما في هبة الكلب من الخلاف . قلت : ينبغي أن يقطع بصحة الصدقة به للاستصباح ونحوه . وقد جزم المتولي ، بأنه يجوز نقل اليد فيه بالوصية وغيرها . قال الشافعي رضي الله عنه في « المختصر » : لا يجوز اقتناء الكلب إلا لصيد ، أو ماشية ، أو زرع ، وما في معناها ، هذا نصه . واتفق الأصحاب على جواز اقتنائه لهذه الثلاثة ، وعلى اقتنائه لتعليم الصيد ونحوه ،

والأصح : جواز اقتنائه لحفظ الدور والدروب وتربية الجرو لذلك^(١) ، وتحريم اقتنائه قبل شراء الماشية والزرع . وكذا كلب الصيد لمن لا يصيد . ويجوز اقتناء السرجين ، وتربية الزرع به ، لكن بكره . واقتناء الجرر المذكور في كتاب « الرهن » . والله أعلم

الشروط الثاني : أن يكون متقماً به . فما لا نفع فيه ، ليس بمال ، فأخذ المال في مقابلته باطل . ولادم المنفعة سببان .

أحدهما : القلّة ، كالجبة والحبتين من الخنطة والزيب ونحوهما ، فإن ذلك القندر لا يمدّ مالاً ، ولا ينظر إلى ظهور النفع إذا ضم إليه غيره ، ولا إلى ما يفرض من وضع الجبة في فخ . ولا فرق في ذلك بين زمان الرخص والغلاء . ومع هذا ، فلا يجوز أخذ الجبة من صبرة الغير . فإن أخذ ، لزمه ردها . فإن تلفت ، فلا ضمان ، إذ لا مالة لها . وقال القفال : يضمن مثلها . وحكي صاحب « التتمة » وجهاً : أنه يصح بيع مالا منقمة فيه لقلّته ، وهو شاذ ضعيف .

السبب الثاني : الخسّة ، كالخسرات . والحيوان الطاهر ، ضربان ، ضرب ينتفع به ، فيجوز بيعه ، كالنعم ، والخليل ، والبغال ، والحمر ، والظباء ، والغزلان . ومن الجوارح ، كالصقور ، والبزاة ، والفهد . ومن الطير ، كالحمام ، والمصفور ، والمقاب . وما ينتفع بلونه كالطاووس ، أو صوته كالأرزور . وما ينتفع به ، القرد ، والفيل ، والهرة ، ودود القز . وبيع النحل في الكوارة ، صحيح إن شاهد جميعه ، وإلا ، فهو من بيع الغائب . وإن باعه وهو طائر ، فوجهان . قطع في « التتمة » : بالصحة ، وفي « التهذيب » : بالطلان .

(١) وعلى هامش الأصل ما نصه : ليس على إطلاقه ، بل يشترط أن يكون من نسل كلب معلّم ، كذا في « التهذيب » ولم يحك فيه خلافاً ، فقال : فإن جوزنا ، فإنما نجوز إذا كان من نسل الملم ، وذكر في « النهاية » ما يقتضيه ، فإنه ترجم المسألة بقوله : ومن اقتنى جرو كلب صيد ، ونقله في « شرح البهجة » عن البغوي واقتصر عليه . « مهات » .

قلت : الأصح : الصحة . والله أعلم

الضروب الثاني : ما لا ينتفع به ، فلا يصح بيعه ، كالخنافس ، والمقارب ، والحيات ، والفأر ، والنمل ، ونحوها ، ولا نظر إلى منافعها المعدودة من خواصها ، وفي منها السباع التي لا تصلح للصيد والقتال عليها ، كالأسد والذئب والنمر ، ولا ينظر إلى اقتناء الملوك لها للهيبة والسياسة . ونقل القاضي حسين وجهاً في جواز بيعها ، لأنها طاهرة . والانتفاع بمجودها متوقع بالدباع . ونقل أبو الحسن العبادي وجهاً آخر : أنه يجوز بيع النمل في « عسكر مكرم » وهي المدينة المشهورة بخراسان ، لأنه يعالج به السكر ، و« نصيين » ، لأنه تعالج به المقارب الطيارة . والوجهان شاذان ضعيفان . ولا يجوز بيع الحداة ، والرخصة ، والغراب . فان كان في أجنحة بعضها فائدة ، جاء فيها الوجه الذي حكاه القاضي ، كذا قاله الامام ، ولكن بينها فرق ، فان الجلود تدبغ ، ولا سبيل إلى تطهير الأجنحة .

قلت : وجه الجواز ، الانتفاع بريشها في النبل ، فانه وإن قلنا بنجاسته ، يجوز الانتفاع به في النبل وغيره من اليابسات . والله أعلم

ويصح بيع الملق على الأصح لمنفعة امتصاص الدم ، ولا يصح بيع الحمار الزمّن الذي لا نفع فيه على الأصح ، بخلاف العبد الزمن ، فانه يقترب باعتاقه . والثاني : يجوز لغرض جلده إذا مات .

فرع

الم* إن كان يقتل كثيره وينفع قليله ، كالمسقمونيا ، والأفيون ، جاز بيعه . وإن قتل كثيره وقليله ، فقطع بالمنع . ومال الامام وشيخه إلى الجواز ليدس في طعام الكافر .

فرع

آلات الملاهي : كالزمار والطنبور وغيرهما ، إن كانت بحيث لا تمدد بعد الرض
والحل مالا ، لم يصح بيعها ، لأن منفعتها معدومة شرعاً . وإن كان رضاضها يمدد مالا ،
ففي صحة بيعها وبيع الأصنام والصور المتخذة من الذهب والخشب وغيرهما ، وجهان .
الصحيح : المنع . وتوسط الامام ، فذكر الامام وجهاً ثالثاً اختاره هو والقزالي : أنه
إن اتخذت من جوهر نفيس ، صح بيعها . وإن اتخذت من خشب ونحوه ، فلا ،
والذهب : المنع المطلق ، وبه أجاب عامة الأصحاب .

فرع

الجارية المغنية التي تساوي ألفاً بلا غناء ، إذا اشتراها بألفين ، فيه أوجه .
قال المحمودي : بالطلاق ، والأودني : بالصحة ، وأبو زيد : إن قصد النماء ، بطل ،
وإلا ، فلا .

قلت : الأصح : قول الأودني . قال إمام الحرمين : هو القياس السديد .
ولو بيعت بألف ، صح قطعاً . ويجري الخلاف في كبش النطاح والديك المهرأش .
ولو باع إناءً من ذهب أو فضة ، صح قطعاً ، لأن المقصود الذهب فقط ، ذكره
القاضي أبو الطيب : قال المتولي : يكره بيع الشطرنج . قال : والنرد ، إن صلح
ليأذق الشطرنج ، فكالشطرنج ، وإلا ، فكالزمار . والله أعلم

فرع

بيع المراء المملوك صحيح على الصحيح ، وستأتي تفاريمه في إحياء الموات
إن شاء الله تعالى . فاذا صححناه ، ففي يمينه على شط النهر ، وبيع التراب في
الصحراء ، وبيع الحجارة بين الشباب الكثيرة ، والأحجار ، وجهان . أصحها :
الجواز .

فرع

بيع لبن الآدميات صحيح .

قلت : ولنا وجه : أنه نجس ، فلا يصح بيعه ، حكاه في « الحاوي » عن
الأنماطي ، وهو شاذ مردود ، وسبق ذكره في كتاب « الطهارة » . والله أعلم

الشرط الثالث : أن يكون المبيع مملوكا لمن يقع العقد له . فإن باشر العقد
لنفسه ، فليكن له ، وإن باشره لغيره بولاية أو وكالة ، فليكن لذلك الغير .
فلو باع مال غيره بلا إذن ولا ولاية ، فقولان . الجديد : بطلانه . والقديم :
أنه يتمم موقوفاً على إجازة المالك ، فإن أجاز ، نفذ ، وإلا ، فلفظ . ويجري القولان فيما
لو زوج أمة غيره أو ابنته ، أو طلق منكوحته ، أو أعتق عبده ، أو أجر داره ،
أو وهبها بغير إذن . ولو اشترى الفضولي لغيره ، نظر ، إن اشترى بعين مال
الغير ، ففيه القولان . وإن اشترى في الذمة ، نظر ، إن أطلق أو نوى كونه
للغير ، فعلى الجديد : يقع للبائس ، وعلى القديم : يقف على الإجازة ، فإن رد ،

نفذ في حق الفضولي . ولو قال : اشتريت لفلان بألف في ذمته ، فهو كاشترائه بين مال الغير . ولو اقتصر على [قوله] : اشتريت لفلان بألف ، ولم يضيف الثمن إلى ذمته ، فعلى الجديد : وجهان . أحدهما : يلغو العقد ، والثاني : يقع عن المباشر . وعلى القديم : يقف على إجازة فلان ، فإن رد ، ففيه الوجهان . ولو اشترى شيئاً لغيره بمال نفسه ، نظر ، إن لم يسمه ، وقع العقد عن المباشر ، سواء أذن ذلك الغير ، أم لا . وإن سماه ، نظر ، إن لم يأذن له ، لغت التسمية . وهل يقع عنه ، أم يبطل ؟ وجهان . وإن أذن له ، فهل تلغو التسمية ؟ وجهان . فإن قلنا : نعم ، فهل يبطل من أصله ، أم يقع عن المباشر ؟ فيه الوجهان . وإن قلنا : لا ، وقع عن الآذن . وهل يكون الثمن المدفوع قرضاً ، أم هبة ؟ وجهان . قال الشيخ أبو محمد : وحيث قلنا بالقديم ، فصرطه أن يكون للعقد مجيز في الحال ، مالمالكاً كان أو غيره . حتى لو أعتق عبد الطفل ، أو طلق امرأته ، لا يتوقف على إجازته بعد البلوغ ، والمعتبر إجازة من يملك التصرف عند العقد . حتى لو باع مال الطفل ، فبلغ وأجاز ، لم ينفذ ، وكذا لو باع مال الغير ، ثم ملكه وأجاز ، قال إمام الحرمين : لم يعرف المراقبون هذا القول القديم ، وقطعوا بالبطلان .

قلت : قد ذكر هذا القديم من المراقبين ، المحاملي في « الباب » ، والشاشي ، وصاحب « البيان » ، ونص عليه في « البويطي » ، وهو قوي ، وإن كان الأظهر عند الأصحاب هو الجديد . والله أعلم

فرع

لو غصب أموالاً وباعها وتصرف في أثمانها مرة بعد أخرى ، فقولان . أظهرهما : بطلان الجميع . والثاني : للمالك أن يميزها ويأخذ الحاصل منها ، لصر تبهما بالإبطال .

فرع

لو باع مال أبيه على ظن أنه حي وهو فضولي ، فبان ميتاً حينئذ ، وأنه ملك الماقد ، فقولان . أظهرهما : أن البيع صحيح ، لصدوره من مالك . والثاني : البطلان ، لأنه في معنى المملوق بموته ، ولأنه كالثائب . ولا يبعد تشبيه هذا الخلاف ببيع الهازل - هل ينمق ؟ [فيه] وجهان - وبالحلاف في بيع التلجئة (١) . وصورته : أن يخاف غضب ماله ، أو الاكرام على يبعه ، فيبيعه لإنسان يبعاً مطلقاً . وقد توافقا قبله على أنه لدفع الشر ، لا على حقيقة البيع . والصحيح : صحته . ويجري الخلاف فيما لو باع العبد على ظن أنه آبق أو مكاتب ، فبان [أنه] قد رجع ، وفسخ الكتابة . ويجري فيمن زوج أمة أبيه على ظن أنه حي ، فبان ميتاً ، هل يصح النكاح ؟ فإن صححنا ، فقد تقلوا وجهين فيمن قال : إن مات أبي فقد زوجتك هذه الجارية .

فرع

القولان في أصل بيع الفضولي ، وفي الفرعين بعده يعبر عنها بقولي وقف المقود . وحيث قالوا : فيه قولاً وقف المقود ، أرادوا هذين [القولين] . وسماً بذلك ، لأن الخلاف آبق إلى أن العقد ، هل ينمق على التوقف ، أم لا بل يكون باطلاً ؟ ثم ذكر الامام : أن الصحة على قول الوقف ناجزة ، لكن الملك لا يحصل إلا عند الاجازة . قال : ويطرد الوقف في كل عقد يقبل الاستئابة ، كالبيع ، والإجازات ، والهبات ، والعق ، والطلاق ، والنكاح ، وغيرها .

الشرط الرابع : القدرة على تسليم المبيع ، ولا بد منها . وفواتها قد يكون حساً ، وقد يكون شرعاً . وفيه مسائل .

(١) عبارة « شرح الوجيز » : ولا يبعد تشبيه هذا الخلاف بالحلاف في أن بيع الهازل ، هل ينمق ؟ وفيه وجهان ، وبالحلاف في بيع التلجئة .

إحداها : بيع الآبق والضال باطل ، عرف موضعه ، أم لا ، لأنه غير مقدور على تسليمه في الحال . هذا هو المذهب المعروف . قال الأصحاب : لا يشترط في الحكم بالبطلان ، اليأس من التسليم ، بل يكفي ظهور التعذر . وأحسن بعض الأصحاب فقال : إذا عرف موضعه وعلم أنه يصله إذا رآه وصوله ، فليس له حكم الآبق .

الثانية : إذا باع المالك ماله المنصوب ، نظر ، إن قدر البائع على استرداده وتسليمه ، صح البيع ، كما يصح بيع الوديعة . وإن عجز ، نظر ، إن باعه لمن لا يقدر على انتزاعه من الغاصب ، لم يصح . وإن باعه من قادر على انتزاعه ، صح على الأصح . ثم إن علم المشتري بالحال ، فلا خيار له . لكن لو عجز عن انتزاعه لضعف عرض [له] أو قوة عرضت للغاصب ، فله الخيار على الصحيح . وإن كان جاهلاً حال العقد ، فله الخيار . ولو باع الآبق ممن يسهل عليه رده ، ففيه الوجهان في المنصوب . ويجوز تزويج الآبقة والمنصوبة ، وإعتاقها . قال في « البيان » : لا يجوز كتابة المنصوب ، لأنها تقتضي التمكين من التصرف .

الثالثة : لا يجوز بيع السمك في الماء ، والطير في الهواء ، وإن كان مملوكاً له ، لما فيه من الضرر . ولو باع السمك في بركة لا يمكنه الخروج منها ، فإن كانت صغيرة يمكن أخذه بغير تعب ومشقة ، صح . وإن كانت كبيرة لا يمكن أخذه إلا بتعب شديد ، لم يصح على الأصح . وحيث صححنا ، فهو إذا لم يمنع الماء رؤيته ، فإن منها ، فعلى قولي بيع الغائب إن عرف قدره وصفته ، وإلا ، فلا يصح قطعاً . وبيع الحمام في البرج على تفصيل بيع السمك في البركة . ولو باعها وهي طائفة اعتياداً على عادة عودها ليلاً ، فوجهان كما سبق في النحل . أصحابها عند الامام : الصحة ، كالمبد البعوث في شغل . وأصحابها عند الجمهور : المنع ، إذ لا وثوق بمودها ، لعدم عقلها .

قلت : ولو باع ثلجاً أو جمداً وزناً ، وكان يناع إلى أن يوزن ، لم يصح على

الأصح ، وسيأتي هذا إن شاء تعالى في المسائل المنشورة في آخر كتاب الإجارة .
وانتداعلم

الرابعة : لو باع جزءاً شائعاً من سيف أو إناء ونحوهما ، صح وصار مشتركاً .
ولو عيّن بعضه وباعه ، لم يصح ، لأن تسليمه لا يحصل إلا بقطعه ، وفيه نقص
وتضييع للمال . ولو باع ذراعاً فصاعداً من ثوب ، فإن لم يعين الذراع ، فسنذكره
إن شاء الله تعالى . وإن عيّنه ، فإن كان الثوب نفيساً تنقص قيمته بالقطع ، لم يصح
البيع على الأصح النصوص . والثاني : يصح كذراع من الأرض ، وكما يصح
بيع أحد زوجي الخلف وإن نقصت قيمتها بتفريقهما . والقياس : طرد الزوجين في
مسألة السيف والإناء . وإن لم تنقص قيمته بالقطع كغليظ الكرّاس ، صح على
المذهب ، وبه قطع الجمهور . وحكى الامام وشيخه فيه وجهين . ولو باع جزءاً
معيناً من جدار أو اسطوانة ، فإن كان فوقه شيء ، لم يصح ، لأنه لا يمكن تسليمه
إلا بهدم ما فوقه ، وإلا ، فإن كان قطعة واحدة من طين أو خشب أو غيرها ، لم
يجز . وإن كان من لبن أو آجر ، جاز ، هكذا أطلقه في « التلخيص » ، وهو
محمول عند الأئمة على ما لو جمعت النهاية صفّاً من الآجر أو اللّبن ، دون أن
يحمل المقطع نصف سمكها . وفي تجويز البيع إذا كان من لبن أو آجر إشكال
وإن جعل النهاية ما ذكره ، لأن موضع الشق قطعة واحدة ، ولأن رفع بعض
الجدار ينقص قيمة الباقي ، فيفسد البيع . ولهذا قالوا : لو باع جذعاً في بناء ،
لم يصح ، لأن الهدم يوجب النقص . ولا فرق بين الجذع والآجر ، وكذا لو باع
قصّاً في خاتم . ثم ذكر بعض الشارحين « المفتاح » : أنه لو باع داراً ، إلا بيتاً في
صدرها لا يلي شارعاً ولا ملكاً له على أنه لا يمر له في البيع ، لا يصح [البيع] .
الخامسة : لا يصح بيع المرهون بعد الإقباض قبل الفكاك .

السادسة : جنابة العبد ، إن أوجبت مالاً متملقاً بذمته ، لم يمنع بيعه بحال .
وإن أوجبته متملقاً برقبته ، فإن باعه بعد اختيار الفداء ، صح ، كذا أطلقه في

« التهذيب » . وإن باعه قبله وهو مصر ، فلا ، ومنهم من طرد الخلاف الآتي في الموصر ، وحكم بالخيار للمجني عليه إن صححنا . وإن كان موصراً ، فالأظهر : أنه لا يصح . وقيل : لا يصح قطعاً . وقيل : موقوف . فإن فدام ، نفذ ، وإلا ، فلا . فإن لم نصحح البيع ، فالسيد على خيرته ، إن [شاء] فدام ، وإلا ، فيسلمه لبيع في الجنابة . وإن صححناه ، فالسيد ملتزم للفداء ببيعه مع العلم بجنابته ، فيجبر على تسليم الفداء ، كما لو أعتقه أو قتله . وقيل : هو على خيرته ، إن فدى ، أمضى البيع ، وإلا ، ففسخ والصحيح : أنه ملتزم للفداء . فإن تمذر تحصيل الفداء أو تأخر لإفلاسه أو غيبته أو صبره على الحبس ، ففسخ البيع ، ويع في الجنابة ، لأن حق المجني عليه سبق حق المشتري . هذا كله إذا أوجبت الجنابة المال ، لكونها خطأً ، أو شبه عمد ، أو عفا مستحق القصاص على مال ، أو أتلف العبد ماله . أما إذا أوجبت قصاصاً ولا عفو ، فالذهب صحة البيع كبيع المريض المشرف على الموت . وقيل : فيه القولان . وإذا اختصرت ، قلت : المذهب : أنه لا يصح بيمه إن تعلّق برقبته مال ، ويصح إن تعلّق به قصاص . ولو أعتق الجاني ، فإن كان السيد مصرراً ، لم ينفذ على الأظهر . وقيل : لا ينفذ قطعاً . وإن كان موصراً ، نفذ على أظهر الأقوال . والثالث : موقوف . إن فدام ، نفذ ، وإلا ، فلا . واستيلاد الجنابة ، كإعتاقها . ومتى فدى السيد الجاني ، فالأظهر : أنه يفديه بأقل الأمرين من الأرض بقيمة العبد . والثاني : يتمين الأرض وإن كثر .

قلت : ولو ولدت الجارية ، لم يتعلق الأرض بالولد قطعاً ، ذكره القاضي أبو الطيب في « غناء الرهن » . والله أعلم

الشرط الخامس : كون المبيع معلوماً . ولا يشترط العلم به من كل وجه ، بل يشترط العلم بعين المبيع وقدره وصفته . أما العين ، فممنه : أنه لو قال : بعتك عبداً من العبيد ، أو أحد عبدي أو عبيدي هؤلاء ، أو شاة من هذا القطيع ،

فهو باطل . وكذا لو قال : بعتهم ، إلا واحداً ، منهن . وسواء تساوت قيمة العبيد والشيء ، أم لا ، وسواء قال : ولك الخيار في التمين ، أم لا . وحكى في « التتمة » قولاً قديماً : أنه لو قال : بعتك أحد عبيدي ، أو عبيدي الثلاثة ، على أن تختار من شئت في ثلاثة أيام أو أقل ، صح العقد ، وهذا شاذ ضعيف . ولو كان له عبد فاختلط بمبيدٍ لغيره ، فقال : بعتك عبيدي من هؤلاء ، والمشتري يرام ولا يعرف عينه . قال في « التتمة » : له حكم بيع الغائب . وقال صاحب « التهذيب » : عندي أنه باطل .

فرع

يبع الجزء الشائع من كل جملة معلومة ، من دار ، وأرض ، وعبد ، وصبرة ، وثمر ، وغيرها ، صحيح . لكن لو باع جزءاً شائعاً من شيء بمثله من ذلك الشيء ، كالدار والفرس ، [كما إذا كان] بينهما نصفين ، باع نصفه بنصف صاحبه ، فوجهان . أحدهما : لا يصح البيع ، لادم الحاجة إليه . وأصحها : يصح ، لوجود شرائطه ، وله فوائد . منها : لو كانا جميعاً أو أحدهما ملك نصيبه بالهبة من أبيه ، انقطعت ولاية الرجوع . ومنها : لو ملكه بالثراء ، ثم اطلع بعد هذا التصرف على عيب ، لم يملك الرد على بائعه .

ومنها : لو ملكتَه بالصدق ، فطلقها قبل الدخول ، لم يكن له الرجوع فيه . قلت : ولو باع نصفه بالثالث من نصف صاحبه ، ففي صحته الوجهان . أصحهما : الصحة ، ويصير بينهما أثلاثاً ، وبهذا قطع صاحب « التقريب » ، واستبعده الامام . وقد ذكر الامام الرافعي هذه المسألة في كتاب « الصلح » . والله أعلم

ولو باع الجملة ، واستثنى منها جزءاً شائعاً ، جاز . مثاله : بعتك ثمرة هذا البستان ، إلا ربها وقدر الزكاة منها . ولو قال : بعتك ثمرة هذا البستان بثلاثة

آلاف درهم ، إلا ما يخص ألفاً ، فإن أراد ما يخصه إذا وزعت الثمرة على المبلغ المذكور ، صح ، وكان استثناءً لثالث . وإن أراد ما يساوي ألفاً عند التقويم ، فلا ، لأنه مجهول .

فرع

إذا باع أذرعاً من أرض أو دار أو ثوب ، فإن كانا يعلمان جملة ذُرْعَانِهَا ، بأن باع ذراعاً من عشرة ، ويعلمان أن الجملة عشرة ، صح على الصحيح ، وكأنه باعه العشر . قال الامام : إلا أن يعني معيناً فيطُل ، كشاة من القطيع . ولو اختلفا ، فقال المشتري : أردت الاشاعة ، فالعقد صحيح . وقال البائع : بل أردت معيناً ، ففيمن يصدق ؟ احتمالان .

قلت : أرجحها : البائع . والله أعلم

وإن كان أحدهما لا يعلم جملة الذُرْعَانِ ، لم يصح البيع . ولو وقف على طرف الأرض وقال : بمتك كذا ذراعاً من موقعي هذا في جميع المرض إلى حيث ينتهي في الطول ، صح على الأصح .

فرع

إذا قال : بمتك صاعاً من هذه الصبرة ، فله حالان .

أحدهما : أن يعلم مبلغ صيغاتها ، فالعقد صحيح قطعاً ، وينزل على الاشاعة . ولو كانت الصبرة مائة صاع ، فالبيع عشر العشر ، فلو تلف بعضها ، تلف بقدره من البيع . وهذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور . وحكى الامام في تنزيله وجهين . أحدهما : هذا . والثاني : المبيع صاع من الجملة غير مشاع ، أي صاع كان . فعلى هذا ، يبقى البيع ما بقي صاع .

الحال الثاني : أن لا يعلم أو أحدها مبلغ صيعانها ، فوجهان . أحدها ، وهو اختيار القفال : لا يصح ، كما لو فرق صيعان الصبرة ، وقال : بمتك صاعاً منها ، فإنه لا يصح . وأصحها : يصح وهو المنصوص . وفي فتاوى القفال : أنه كان إذا مثل عن هذه المسألة ، يفتي بهذا الثاني مع ذهابه إلى الأول ، ويقول : المستفتي يستفتيني عن مذهب الشافعي رضي الله عنه ، لا عما عندي . وعلى هذا ، المبيع صاع منها ، أي صاع كان . فلو تلف جميعها إلا صاعاً ، تعين المقد فيه ، والبائع بالخيار بين أن يسلم صاعاً من أعلى الصبرة أو أسفلها وإن لم يكن الأسفل مرثياً ، لأن رؤية ظاهر الصبرة كروية كلها .

قلت : وأما استدلال الأول بأنه لو فرق صيعانها ثباع صاعاً لم يصح ، فهكذا قطع به الجمهور . وحكى صاحب « المذهب » في تعليقه في الخلاف عن شيخه القاضي أبي الطيب صحة بيعه ، لعدم الضرر . والصحيح : المنع . والله أعلم

قرع

لإيهام ممر الأرض البيعة ، كإيهام نفس المبيع . وصورته : أن يبيع أرضاً مخفوفة بملكه من جميع الجوانب ، ويشترط للمشتري حق الممر من جانب ، ولم يمينه ، فالبيع باطل ، لاختلاف النرض بالممر . فإن عين الممر من جانب ، صح البيع . ولو قال : بمتكها بحقوقها ، صح ، وثبت للمشتري حق الممر من كل جانب كما كان ثابتاً للبائع قبل البيع . وإن أطلق البيع ولم يتعرض للممر ، فوجهان . أصحها : يصح ، ويكون كما لو قال : بمتكها بحقوقها . والثاني : أنه لا يقتضي الممر ، فعلى هذا هو كما لو صرح بنفي الممر ، وفيه وجهان . أصحها : بطلان البيع ، لعدم الانتفاع في الحال ، والثاني : الصحة ، لإمكان تحصيل الممر ، وقال في « التهذيب » : إن أمكن تحصيل ممر ، صح البيع ، وإلا ، فلا . ولو

كانت الأرض المبيعة ملاصقة للشارع ، فليس للمشتري سلوك ملك البائع ، فإن المادة في مثلها الدخول من الشارع ، فيزول الأمر عليه . ولو كانت ملاصقة ملك المشتري ، لم يتمكن من المرور فيما بقي للبائع ، بل يدخل من ملكه القديم . وأبدى الامام فيه احتمالاً ، قال : وهذا إذا أطلق البيع ، أما إذا قال : بحقوقها ، فله المر في ملك البائع . ولو باع داراً واستثنى لنفسه بيتاً ، فله الأمر ، فإن نفي المر ، نظر ، إن أمكن اتخاذ حجر ، صح البيع ، وإلا ، فوجهان .

قلت : أصحابها : البطلان كمن باع ذراعاً من ثوب ينقص بالقطع . والله أعلم

فصل

وأما القدر ، فالبيع قد يكون في الذمة ، وقد يكون معيناً ، والأول هو السلم ، والثاني هو المشهور باسم البيع ، والثمن فيها جميعاً قد يكون في الذمة وإن كان يشترط في السلم تسليم رأس المال في مجلس العقد ، وقد يكون معيناً ، فما كان في الذمة من الموضين ، اشترط كونه معلوم القدر ، حتى لو قال : بعتك ملء هذا البيت حنطة ، أو بزنة هذه الصنجة ذهباً ، لم يصح البيع . ولو قال : بعت بما باع به فلان فرسه أو ثوبه ، وأحدهما لا يعلم ، لم يصح على الصحيح ، للغرر . وقيل : يصح ، للتمكن من العلم ، كما لو قال : بعتك هذه الصبرة ، كل صاع بدرهم ، يصح البيع وإن كانت الجملة مجهولة في الحال . وقيل : إن حصل العلم قبل التفرق ، صح . ولو قال : بعتك بمائة دينار إلا عشرة دراهم ، لم يصح إلا أن يملأ قيمة الدينار بالدرهم .

قلت : ينبغي ألا يكفي علمها بالقيمة ، بل يشترط معه قصد ما استثناء القيمة . وذكر صاحب « المستظهر » ، فيما إذا لم يملأ حال العقد قيمة الدينار بالدرهم ،

ثم علما في الحال طريقتين . أصحها : لا يصح كما ذكرنا . والثاني : على وجهين .
وانتاعلم

ولو قال : بعتك بألف من الدراهم والدنانير ، لم يصح .

فرع

إذا باع بدرام أو دنانير ، اشترط العلم بنوعها ، فإن كان في البلد نقد واحد ، أو نقود يغلب التعامل بواحد منها ، انصرف العقد إلى المهود وإن كان فلوساً ، إلا أن يعين غيره . فإن كان نقد البلد مغشوشاً ، ففي صحة المعاملة به وجهان ذكرناهما في كتاب « الزكاة » ، إلا أنا خصصناهما بما إذا كان قدر النقرة مجزئاً ، وربما نقل المراقبون الوجهين مطلقاً ، ووجهوا المنع بأن المقصود غير متميز عما ليس بمقصود ، فصار كما لو شيب اللبن بالماء ويبيع ، فإنه لا يصح . وحكي وجه ثالث : أنه إذا كان الغش غالباً ، لم يحجز التعامل بها . وإن كان مغلوباً ، جاز . وعلى الجملة ، الأصح الصحة مطلقاً ، وعلى هذا ، ينصرف إليه العقد عند الإطلاق . ولو باع بمغشوشة ، ثم بان أن فضتها قليلة جداً ، فله الرد على المذهب . وقيل : وجهان . أما إذا كان في البلد نقدان أو نقود لا غلبة لبعضها ، فلا يصح البيع حتى يعين . وتقويم التلغف يكون بنائب نقد البلد . فإن كان فيه نقدان فصاعداً ، ولا غالب ، عيّن القاضي واحداً للتقويم . ولو غلب من جنس المروض نوع ، فهل ينصرف الذكر إليه عند الإطلاق ؟ وجهان . أصحها : ينصرف كالنقد . ومن صوره : أن يبيع صاعاً من الحنطة بصاع منها أو بشعير في الذمة ، ثم يحضره قبل التفرق . وكما ينصرف العقد إلى النقد الغالب ، ينصرف في الصفات إليه أيضاً . حتى لو باع بدينار أو بشرة دنانير ، والمهود في البلد الصالح ، انصرف إليه ، وإن [كان] المهود المكسر ، انصرف إليه . قال في « البيان » : إلا أن تفاوتت قيمة

المكسر ، فلا يصح . وعلى هذا القياس ، لو كان المهود ، أن يؤخذ نصف الثمن من هذا ، ونصفه من ذاك ، أو أن يؤخذ على نسبة أخرى ، فالبيع صحيح محمول عليه . وإن كان يُعْهَدُ التعامل بهذا مرة ، وبهذا مرة ، ولم يكن بينها تفاوت ، صح البيع ، وسلم ما شاء منها . وإن كان بينها [تفاوت] بطل البيع كما لو كان في البلد نقدان غالبان وأطلق . ولو قال : بعت بألف صحاح ومكسرة ، فوجهان . أصحها : البيع باطل . والثاني : أنه صحيح ويحمل على التنصيف . ويشبه أن يجري هذا الوجه فيما إذا قال : بعت بألف ذهباً وفضة .

قلت : لا جريان له هناك ، والفرق كثرة التفاوت بين الذهب والفضة ، فيمظم الضرر . والله أعلم

فرع

لو قال : بعتك بدینار صحيح ، فجاء بصحيحين وزنها مثقال ، لزمه القبول ، لأن الفرض لا يختلف بذلك . وإن جاء بصحيح وزنه مثقال ونصف ، قال في « التتمة » : لزمه قبوله ، والزيادة أمانة في يده . والصواب : أنه لا يلزمه القبول ، لما في الشركة من الضرر ، وقد ذكر في « البيان » نحو هذا فلو تراضيا به ، جاز . وحينئذ لو أراد أحدهما كسره ، وامتنع الآخر ، لم يجبر عليه ، لما في هذه القسمة من الضرر . ولو باع بنصف دينار صحيح بشرط كونه مسدوراً ، جاز إن كان بعم وجوده . وإن لم يشترط ، فعليه شق وزنه نصف مثقال . فإن سلم إليه صحيحاً أكثر من نصف مثقال وتراضيا بالشركة فيه ، جاز . ولو باعه شيئاً بنصف دينار صحيح ، ثم باعه شيئاً آخر بنصف دينار صحيح ، فإن سلم صحيحاً عنها ، فقد زاد خيراً ، وإن سلم قطعتين وزن كل واحدة نصف دينار ، جاز . فلو شرط في العقد الثاني تسليم صحيح عنها ، فالعقد الثاني فاسد ، والأول ماضٍ .

على الصحة إن جرى الثاني بعد لزومه ، وإلا ، فهو إلحاق شرط فاسد بالعقد في زمن الخيار ، وسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى .

فرع

لو باع بنقد قد انقطع عن أيدي الناس ، فالعقد باطل لعدم القدرة على التسليم . وإن كان لا يوجد في تلك البلدة ، ويوجد في غيرها ، فإن كان الثمن حالاً ، أو مؤجلاً إلى مدة لا يمكن نقله فيها ، فهو باطل أيضاً . وإن كان مؤجلاً إلى مدة يمكن نقله فيها ، صح . ثم إن حلّ الأجل وقد أحضره ، فذاك ، وإلا ، فينبى على أن الاستبدال عن الثمن ، هل يجوز ؟ إن قلنا : لا ، فهو كانهقطاع المسلم فيه . وإن قلنا : نعم ، استبدل ، ولا يفسخ العقد على الصحيح . وفي وجه : يفسخ . فإن كان يوجد في البلد ، إلا أنه عزيز ، فإن جوّزنا الاستبدال ، صح العقد . فإن وجد ، فذاك ، وإلا فيستبدل . وإن لم نجوّزه ، لم يصح . فلو كان النقد الذي جرى به التعامل موجوداً ، ثم انقطع . فإن جوّزنا الاستبدال ، استبدل ، وإلا ، فهو كانهقطاع المسلم فيه .

فرع

لو باع بنقد مميّن أو مطلق وحملناه على نقد البلد ، فأبطل السلطان ذلك النقد ، لم يكن للبائع إلا ذاك النقد ، كما لو أسلم في حنطة فرخصت ، فليس له غيرها . وفيه وجه شاذ ضئيف : أنه خيّر ، إن شاء أجاز العقد بذلك النقد ، وإن شاء فسخه ، كما لو تسبب قبل القبض .

فرع

لو قال : بمتك هذه الصبرة ، كل صاع بدرم ، أو هذه الأرض ، أو الثوب ، كل ذراع بدرم ، أو هذه الأغنام ، كل شاة بدرم ، صح العقد في الجميع على الصحيح ، ولا تضر جهالة جملة الثمن ، لأنه معلوم التفصيل . وقال ابن القطان : لا يصح . ولو قال : بمتك عشرة من هذه الأغنام بكذا ، لم يصح وإن علم عدد الجملة ، بخلاف مثله في الثوب والصبرة والأرض ، لأن قيمة الأشياء تختلف . ولو قال : بمتك من هذه الصبرة ، كل صاع بدرم ، لم يصح . وقال ابن سريج : يصح في صاع فقط .

قلت : وسيأتي إن شاء الله تعالى في كتاب الإجارة ، أنه لو قال : بمتك كل صاع من هذه الصبرة بدرم ، لم يصح على الصحيح الذي قطع به الجمهور ، واختار الامام وشيخه الصحة . والله أعلم

ولو قال : بمتك هذه الصبرة بعشرة دراهم ، كل صاع بدرم ، أو قال مثله في الأرض والثوب ، نظر ، إن خرج كما ذكر ، صح البيع . وإن خرج زائداً أو ناقصاً ، ففيه قولان . أظهرهما : لا يصح ، لتعذر الجمع بين الأمرين . والثاني : يصح ، لإشارته إلى الصبرة وبلغ الوصف . فعلى هذا ، إن خرج ناقصاً ، فالمشتري بالخيار . فإن أجاز ، فهل يحيز بجميع الثمن لمقابلة الصبرة [به] ، أم بالقسط لمقابلة كل صاع بدرم ؟ وجهان . وإن خرج زائداً ، فلن تكون الزيادة ؟ وجهان . أصحهما : للمشتري ، فلا خيار له قطعاً ، ولا للبائع على الأصح . والثاني : يكون للبائع ، فلا خيار له ، والمشتري الخيار على الأصح .

فرع

هذا الذي سبق ، هو فيما إذا كان الموض في الذمة ، فأما إذا كان مميّناً ، فلا تشترط معرفة قدره بالكيل والوزن . فلو قال : بعثك هذه الصبرة ، أو بعثك بهذه الدراهم ، صح وتكفي المشاهدة ، لكن هل يكره بيع الصبرة جزافاً ؟ قولان . قلت : أظهرهما : يكره ، وقطع به جماعة ، وكذا البيع بصبرة الدراهم مكروه والله أعلم

ولو كانت الصبرة على موضع من الأرض فيه ارتفاع وانخفاض ، أو باع السمن أو نحوه في ظرف مختلف الأجزاء رِقَّةً وَغِلَظًا ، فثلاث طرق . أحها : أن في صحة البيع قولي بيع الغائب ، والثاني : القطع بالصحة ، والثالث : القطع بالبطلان ، وهو ضعيف وإن كان منسوباً إلى المحققين . فإن قلنا : بالصحة ، فوقت الخيار هنا معرفة مقدار الصبرة ، أو التمكن من تخمينه برؤية ماتحتها ، وإن قلنا : بالبطلان ، فلو باع الصبرة والمشتري يظنها على استواء الأرض ، ثم بان تحتها دكة ، فهل تبين بطلان المقد ؟ وجهان : أحها : لا ، ولكن للمشتري الخيار ، كالميب والتدليس ، وبه قطع صاحب « الشامل » وغيره . والله أعلم

فرع

لو قال : بعثك هذه الصبرة إلا صاعاً ، فإن كانت معلومة الصيعان ، صح ، وإلا ، فلا .

فصل

وأما الصفة : ففيها مسائل .

إحداها : في بيع الاعيان الغائبة والحاضرة التي لم تر ، قولان . قال في القديم و د الاملاء ، : والصرف من الجديد يصح ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد رضي الله عنهم ، وقال بتصحيحه طائفة من أئمتنا ، وأفتوا به ، منهم ، البغوي ، والرويانى . وقال في د الأم ، و د البويطي ، : لا يصح ، وهو اختيار المزني . وفي محل القولين ، ثلاث طرق . أصحابها : أنها^(١) فيما لم يره المتعاقدان أو أحدهما بلا فرق . والثاني : أنها فيما شاهده البائع دون المشتري . فان لم يشاهده البائع ، فباطل قطعاً . والثالث : إن رآه المشتري ، صح قطعاً ، وإلا ، فالقولان .

الثانية : القولان في شراء الفائب وبيعه يجريان في إجارتها ، وفيها إذا أجز بعين غائبة ، أو صالح عليها ، أو جعلها رأس مال السلتم وسلمها في المجلس . أما إذا أصدقها عيناً غائبة ، أو خالها عليها ، أو غفا عن القصاص على عين غائبة ، فيصح النكاح وتقع البيئونة ، ويسقط القصاص قطعاً . وفي صحة المسمى ، القولان . فان لم يصح ، وجب مهر المثل على الرجل في النكاح ، وعلى المرأة في الخلع ، ووجبت الدية على المفقو عنه . ويجريان في رهن الغائب وهبته ، وهما أولى بالصحة ، لعدم الفرر . ولهذا ، إذا صححتاهما ، فلا خيار عند الرؤية .

الثالثة : إن لم يجوز بيع الغائب وشراؤه ، لم يجوز بيع الأعمى وشراؤه ، وإلا ، فوجهان . أصحابها : لا يجوز أيضاً ، إذ لا سبيل إلى رؤيته ، فيكون كبيع الغائب على أن لا خيار . والثاني : يجوز ، ويقام وصف غيره له مقام رؤيته ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد رضي الله عنهم . فاذا قلنا : لا يصح بيعه وشراؤه ، لم يصح

(١) أي : القولان .

منه الاجارة والرهن والهبة أيضاً . وهل له أن يكاتب عبده ؟ قال في « التهذيب » : لا . وقال في « التتمة » : المذهب جوازه ، تعليلاً للفق .

قلت : الأصح : الجواز . والله أعلم

ويجوز أن يؤجر نفسه ، وللعبد الأعمى أن يشتري نفسه ، وأن يقبل الكتابة على نفسه لعله بنفسه ، ويجوز أن يتزوج . وإذا زوج موليته تفريراً على أن العمى غير قادح في الولاية ، والصدّاق عين مال ، لم يثبت المسمى ، وكذا لو خالغ الأعمى على مال . أما إذا أسلم في شيء ، أو أسلم إليه ، فينظر ، إن عمي بعد بلوغه سن التمييز ، صح ، لأنه يعرف الأوصاف ، ثم يوكل من يقبض عنه على الوصف الشروط ، ولا يصح قبضه بنفسه على الأصح ، لأنه لا يميز بين المستحق وغيره . وإن خلق أعمى ، أو عمي قبل التمييز ، فوجهان . أحدهما عند العراقيين والأكثرين من غيرهم : الصحة ، لأنه يعرف بالسماح . فعلى هذا ، إنما يصح إذا كان رأس المال موصوفاً معيناً في المجلس^(١) ، فإن كان معيناً ، فهو كبيع العين . ثم كل ما لا يصح من الأعمى من التصرفات ، فطريقه أن يوكل ، ويحتمل ذلك للضرورة . قلت : لو كان الأعمى رأى شيئاً مما لا يتغير ، صح بيعه وشراؤه إياه إذا صححنا ذلك من البصير ، وهو المذهب . والله أعلم

الرابعة : إذا لم نجوز بيع الغائب وشراءه ، فعليه فروع .

أحدها : لو اشترى غائباً رآه قبل العقد ، نظر ، إن كان مما لا يتغير غالباً ، كالأرض ، والأواني ، والحديد ، والنحاس ، ونحوها ، أو كان لا يتغير في المدة المتخلّلة بين الرؤية والشراء ، صح العقد ، لحصول العلم المقصود . وقال الانطاقي : لا يصح ، وهو شاذ مردود . فإذا صححناه ، فوجده كما رآه أولاً ، فلا خيار . وإن وجده متغيراً ، فالمذهب : أن العقد صحيح ، وله الخيار ، وبهذا قطع الجمهور .

(١) كذا الأصل ، وفي نسخة الظاهرية ونسخة في الأصل : فبين في المجلس ، والذي في « شرح الوجيز » . غير معين في المجلس .

وذكر في « الوسيط » وجهاً : أنه يتبين بطلان البيع لتبين انتفاء المعرفة . قال الامام : وليس المراد بتغييره حدوث عيب ، فان خيار الميب لا يختص بهذه الصورة ، بل الرؤية بمنزلة الشرط في الصفات الكائنة عند الرؤية . فكل ما فات منها ، فهو كتبين الخلف في الشرط . وأما إذا كان المبيع مما يتغير في مثل تلك المدة غالباً ، بأن رأى ما يسرع فساده من الأطعمة ، ثم اشتراه بعد مدة صالحة ، فالبيع باطل . وإن مضت مدة يحتمل أن يتغير فيها ، ويحتمل أن لا يتغير ، أو كان حيواناً ، فالأصح الصحة . فان وجدته متغيراً ، فله الخيار . وإذا اختلفا ، فقال المشتري : تنير . وقال البائع : هو بحاله ، فالأصح المنصوص ، أن القول قول المشتري مع يمينه ، لأن البائع يدعي عليه علمه بهذه الصفة ، فلم يقبل كادعائه اطلاعه على الميب . والثاني : القول قول البائع .

الثاني : استقصاء الأوصاف على الحدّ المتبر في السلم ، هل يقوم مقام الرؤية - وكذا سماع وصفه - بطريق التواتر ؟ وجهان : أصحها : لا ، وبه قطع المراقبون . الثالث : لو رأى بعض الشيء دون بعض ، فان كان مما يستدل برؤية بعضه على الباقي ، صح البيع قطعاً ، وذلك مثل رؤية ظاهر صبرة الحنطة ونحوها . ثم لا خيار إذا رأى باطنها ، إلا إذا خالف ظاهرها . وحكي قول شاذ ضعيف : أنه لا يكفي رؤية ظاهر الصبرة ، بل لا بد من أن يقبلها ليعرف باطنها ، والمشهور ، هو الأول . وفي معنى الحنطة والشمير ، صبرة الجوز واللوز والدقيق . فلو كان شيء منها في وعاء ، فرأى أعلاه ، أو رأى أعلى السمن والحل وسائر السائعات في ظروفها ، كفى . ولو كانت الحنطة في بيت مملوء منها ، فرأى بعضها من الكوة أو الباب ، كنى إن عرف سعة البيت وعقمه ، وإلا ، فلا . وكذا حكم الجمد في الجمدة . ولا تكفي رؤية صبرة البطيخ ، والسفرجل ، والرمان ، بل لا بد من رؤية كل واحدة منها . ولا يكفي في سلّة العنب والخوخ ونحوها ، رؤية أعلاها ، لكثرة الاختلاف فيها ، بخلاف الجيوب . وأما التمر ، فان لم تلتزق جباته ، فصبرته

كسبرة الجوز ، واللوز . وإن التزقت كالقنوصرة^(١) ، كفى رؤية أعلاها على الصحيح . وأما القطن في العِذْل ، فهل تكفى رؤية أعلاه ، أم لا بد من رؤية جميعه ؟ فيه خلاف حكاه الصيمري وقال : الأشبه عندي ، أنه كقنوصرة التمر .

الرابع : لو أراه أغودجاً وبني أمر البيع عليه ، نظر ، إن قال : بمتك من هذا النوع كذا ، فهو باطل ، لأنه لم يعين مالاً ولم يراع شروط السلم ، ولا يقوم ذلك مقام الوصف في السلم على الصحيح ، لأن الوصف باللفظ يرجع إليه عند النزاع . وإن قال : بمتك الحنطة التي في هذا البيت ، وهذا الأغودج منها ، فإن لم يدخل الأغودج في البيع ، لم يصح على الأصح ، لأن المبيع غير مرئي . وإن أدخله ، صح على الأصح . ولا يخفى أن مسألة الأغودج ، مفروضة في التماثلات .

الخامس : إذا كان الشيء مما [لا] يستدل برؤية بعضه على الباقي . فإن كان المرئي صواناً له ، كقشر الرمان والبيض ، كفى رؤيته ، وكذا شراء الجوز واللوز في القشر الأسفل . ولا يصح بيع اللب وحده على القولين جميعاً ، لأن تسليمه لا يمكن إلا بكسر القشر فينقص عين البيع . ولورأى المبيع من وراء قارورة هو فيها ، لم يكف ، لأن المعرفة التامة لا تحصل به ، وليس فيه صلاح له بخلاف السمك يراه في الماء الصافي ، يجوز بيعه . وكذا الأرض يملوها ماء صافٍ ، لأن الماء من صلاحها . وإن لم يكن كذلك ، لم تكف رؤية البعض على هذا القول الذي تفرّع عليه . وأما على القول الآخر ، فيأتي ذكره إن شاء الله تعالى في المسألة الخامسة^(٢) .

السادس : الرؤية في كل شيء على حسب ما يليق به . ففي شراء الدار ، لا بد من رؤية البيوت ، [والسقوف] والسطوح ، والجدران ، داخلاً وخارجاً ، والمستحم والبالوعة . وفي البستان ، يشترط رؤية الأشجار ، والجدران ، ومسابل الماء ، ولا حاجة إلى رؤية أساس البنيان وعروق الأشجار ونحوهما . وقيل : في

(١) قال في « المصباح » : القنوصرة بالتثنية والتخفيف : وعاء التمر يتخذ من قصب .

(٢) وذلك في أول الصفحة (٣٧٣) .

اشتراط رؤية طريق الدار ، ومجرى الماء الذي تدور به الرحي ، وجهان ، ويشترط في شراء العبد رؤية الوجه ، والأطراف ، ولا يجوز رؤية العورة . وفي باقي البدن ، وجهان . أصحها : الاشتراط ، وبه قطع صاحب « التهذيب » و « الرقم » . وفي الجارية أوجه . أحدها : كالعبد . والثاني : يشترط رؤية ما يظهر عند الخدمة . والثالث : تكفي رؤية الوجه والكفين . وفي الأسنان واللسان ، وجهان . ويشترط رؤية الشعر على الأصح .

قلت : الأصح : أنها كالعبد . والله أعلم

ويشترط في الدواب رؤية مقدمها ومؤخرها وقوائمها ، ويشترط رفع السرج والإكاف ، والمجل . وفي وجهه : يشترط أن يجري الفرس بين يديه ليعرف سيره . ويشترط في الثوب المطوي نشره . قال الامام : ويحتمل عندي أن يصح بيع الثياب التي لا تنشر أصلاً إلا عند القطع ، لما في نشرها من النقص .

قلت : قال القفال في « شرح التلخيص » ، لو اشترى الثوب المطوي وصححناه ، فنشره ، واختار الفسخ ، وكان لطيه مؤنة ، ولم يحسن طيه ، لزم المشتري مؤنة الطي ، كما لو اشترى شيئاً ونقله إلى بيته فوجد به عيباً ، فإن مؤنة الرد على المشتري . والله أعلم

ثم إذا نشرت ، فما كان صفيقاً كالديباج المنقش ، فلا بد من رؤية وجهيه ، وكذا البسط والزلالي^(١) . وما كان رقيقاً ، لا يختلف وجهه ، كالكرباس ، كفي رؤية أحد وجهيه على الأصح . ولا يصح بيع الثياب التوزية^(٢) في المسوح على هذا القول ، ولا بد في شراء المصحف والكتب من تقليب الأوراق ورؤية جميعها . وفي الورق البياض ، لا بد من رؤية جميع الطاقات . قال أبو الحسن العبادي : العتقاع يفتح رأسه فينظر فيه بقدر الامكان ، ليصح بيعه . وأطلق النزالي فيه الإحياء : المساحة به .

(١) الزلالي : نوع من البسط ، واحده : زلية - بكسر الزاي وتشديد اللام - .

(٢) الثياب التوزية ، تنسب إلى « توز » وزان « قفل » وهي مدينة من بلاد فارس .

قلت : الأصح : قول الغزالي . والله أعلم

السألة الخامسة : إذا جوّزنا بيع الغائب ، فعليه فروع .

أحدها : بيع اللبّن في الضرع باطل . فلو قال : بعتك من اللبن الذي في ضرع هذه البقرة كذا ، لم يجوز على المذهب ، لعدم تيقن وجود ذلك القدر . وقيل : فيه قولاً ببيع الغائب . ولو حلب شيئاً من اللبن فأراه ، ثم باعه رطلاً مما في الضرع ، فوجهان كالأنغوج . وذكر الغزالي الوجهين ، فيما لو قبض قدراً من الضرع وأحكم شدّه وباع مافيه .

قلت : الأصح في الصورتين ، البطلان ، لأنه يختلط بغيره مما ينصب في الضرع . والله أعلم

الثاني : لا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم . وفي وجه : يجوز بشرط الجز ، وهو شاذ ضعيف . ويجوز بيع الصوف على ظهر الحيوان بعد الذكاة ، وتجاوز الوصية باللبن في الضرع ، والصوف على الظهر .

الثالث : بيع الشاة المذبوحة قبل السلخ ، باطل ، سواء بيع الجلد واللحم معاً ، أو أحدهما . ولا يجوز بيع الأكارع والرؤوس قبل الإبانة . وفي الأكارع وجه شاذ . ويجوز بيعها بعد الإبانة نيئة ومشوية . وكذا المسموط نيئاً ومشوياً . وفي النّيء احتمال للامام .

الرابع : بيع المسك في الفأرة ، باطل ، سواء بيع معها أو دونها ، كاللحم في الجلد ، سواء فتح رأس الفأرة ، أم لا . وقال في « التتمة » : إذا كانت مفتوحة ، نظر ، إن لم يتفاوت ثمنها ، وشاهد المسك فيها ، صح البيع ، وإلا ، فلا . وقال ابن سريج : يجوز بيعه مع الفأرة مطلقاً ، كالجوز . ولو رأى المسك خارج الفأرة ، ثم اشتراه بعد الرد إليها ، فإن كان رأسها مفتوحاً فرآه ، جاز ، وإلا ، فعلى قولي ببيع الغائب .

قلت : قال أصحابنا : لو باع المسك المختلط بغيره ، لم يصح ، لأن المقصود مجهول . كما لا يصح بيع اللبن المخلوط بماء . ولو باع سمناً في ظرف ، ورأى أعلاه مع ظرفه أو دونه ، صح . فإن قال : بمتكه بظرفه ، كل رطل بدرم ، فإن لم يكن للظرف قيمة ، بطل . وإن كان ، فقد قيل : يصح وإن اختلفت قيمتها ، كما لو باع فواكه مختلطة ، أو حنطة مختلطة بشعير وزناً أو كيلاً . وقيل : باطل ، لأن المقصود السمن ، وهو مجهول ، بخلاف الفواكه ، فكلها مقصودة . وقيل : إن علما وزن الظرف والسمن ، جاز ، وإلا ، فلا ، وهذا هو الأصح ، صححه الجمهور ، وقطع به معظم العراقيين . وإن باع المسك بفأرة ، كل مثقال بدينار ، فكالسمن بظرفه ، ذكره البغوي وغيره . والله أعلم

الخامس : لو رأى بعض الثوب ، وبمضه الآخر في صندوق ، فالذهب : أنه على القولين في النائب ، وبه قال الجمهور . وقيل : باطل قطعاً . ولو كان المبيع شينين ، رأى أحدهما فقط ، فإن أبطلنا بيع النائب ، بطل فيما لم يره ، وفي المرتبة قولاً تفريق الصفقة ، وإلا ، ففي صحة العقد فيها ، القولان فيمن جمع في صفقة بين مختلفي الحكم ، لأن ما رآه لا خيار فيه ، وما لم يره فيه الخيار . فإن صححنا ، فله رد ما لم يره وإمساك ما رآه .

السادس : إذا لم يشرط الرؤية ، فلا بد من ذكر جنس المبيع ونوعه ، بأن يقول : بمتك عبيدي التركي ، أو فرسي العربي . ولا يكفي : بمتك مافي كمي أو كفي أو خزاتي ، أو ميراثي من فلان ، إذا لم يعرفه المشتري . وفي وجه : يكفي . وفي وجه آخر : يكفي ذكر الجنس ، ولا حاجة إلى النوع ، فيقول : عبيدي ، وهما شاذان ضميغان . وإذا ذكر الجنس والنوع ، لم يفتقر إلى ذكر الصفات على الأصح المنصوص في « الاملاء » والقديم . وفي وجه : يفتقر إلى ذكر معظم الصفات ، وضبط ذلك بما يصف به المدعى عند القاضي ، قاله القاضي أبو حامد . وفي وجه أضعف

منه : يفتقر إلى صفات السلم ، قاله أبو علي الطبري . فعلى الأصح : لو كان له عبدان من أنواع ، فلا بد من زيادة يقع بها التمييز كالتعرض للسنة أو غيره . السابع : إذا قلنا : يشترط الوصف فوصف ، فإن وجده كما وصف ، فله الخيار على الأصح . وقيل : له الخيار قطعاً . وإن وجده دون وصفه ، فله الخيار قطعاً . وإن قلنا : لا حاجة إلى الوصف ، فالمشتري الخيار عند الرؤية ، سواء شرط الخيار ، أم لا . وقيل : لا يثبت الخيار إلا أن يشترطه . والصحيح : الأول . وهل له الخيار قبل الرؤية ؟ فيه أوجه . الصحيح : أنه ينفذ فسخه قبل الرؤية ، ولا تنفذ إجازته . والثاني : ينفذان . والثالث : لا ينفذان . وأما البائع ، فالأصح : أنه لا خيار له ، سواء كان رأى المبيع ، أم لا . [وقيل] : له الخيار في الحالين . وقيل : له الخيار إن لم يكن رآه ، وبه قطع الشيخ ومتابعوه كالمشتري . ثم خيار الرؤية حيث ثبت ، هل هو على الفور ، أم يمتد امتداد مجلس الرؤية ؟ وجهان . أصحها : يمتد . قال الشيخ أبو محمد : الوجهان بناءً على وجهين في أنه هل يثبت خيار المجلس مع خيار الرؤية كسراء العين الحاضرة ، أم لا يثبت للاستغناء بخيار الرؤية ؟ فعلى الأول : خيار الرؤية على الفور ، لثلاث يثبت خيار مجلسين . وعلى الثاني : يمتد . الثامن : لو تلف المبيع في يد المشتري قبل الرؤية ، ففي انفساخ البيع وجهان ، كمنظيره في خيار الشرط . ولو باعه قبل الرؤية ، لم يصح ، بخلاف ما لو باعه في زمن خيار الشرط ، فإنه يصح على الأصح ، لأنه يصير مجزئاً للعقد ، وهنا لا إجازة قبل الرؤية .

التاسع : هل يجوز أن يوكل في الرؤية من يفسخ أو يحجز ما يستصوبه ؟ وجهان . أصحها : يجوز كالتوكيل في خيار العيب والخلف . والثاني : لا ، لأنه خيار شهوة لا يتوقف على نقص ولا غرض ، فأشبه ما لو أسلم على أكثر من أربع نسوة ، يوكل في الاختيار (١) .

العاشر : نقل صاحب « التتمة » والروائي وجهاً : أنه يعتبر على قول اشتراط

(١) في نسخة الظاهرية : لا يوكل في الاختيار .

الرؤية ، الذوق في الحُل ونحوه ، والشم في المسك ونحوه ، واللس في الثياب ونحوها ، والصحيح المعروف : أنها لا تعتبر .

الحادي عشر : ذكر بعضهم : أنه لا بد من ذكر موضع المبيع الغائب . فلو كان في غير بلد التبايع ، وجب تسليمه في ذلك البلد ، ولا يجوز شرط تسليمه في بلد التبايع . بخلاف السلم ، فانه مضمون في الزمة . والعين الغائبة غير مضمونة في الزمة ، فاشترط نقلها ، يكون بيعاً وشرطاً .

الثاني عشر : لو رأى ثوبين فسرق أحدهما ، فاشترى الباقي ولا يعلم أيها المسروق ، قال النزالي في « الوسيط » : إن تساوت صفتها وقدرها وقيمتها ، كنصفى كرباس واحد ، صح قطعاً ، وإن اختلفا في شيء من ذلك ، خرج على بيع الغائب .

الثالث عشر : إذا لم نشط الرؤية ، فاختلفا ، فقال البائع للمشتري : رأيت المبيع فلا خيار لك ، فأنكر المشتري ، فالقول قول البائع على الأصح . وإن شرطنا الرؤية فاختلفا ، قال النزالي في فتاويه : القول قول البائع ، لأن إقدام المشتري على العقد ، اعتراف بصحته ، ولا ينفك هذا عن خلاف .

قلت : هذه مسألة اختلافها في مفسد للعقد ، وفيها الخلاف المعروف . والأصح : أن القول قول من يدعى الصحة ، وعليه فرعها النزالي .

وبقيت مسائل تعلق بالباب . منها بيع أستر الكعبة ، فيه خلاف قدمته في لواخر الحج . وبيع أشجار الحرم وصيده ، حرام باطل . قال القفال : إلا أن يقطع شيئاً يسيراً لدواء ، فيجوز بيعه حينئذ . وفيما قاله نظر ، وينبغي أن لا يجوز كالطعام الذي أبيع له أكله ، لا يجوز بيعه . قال صاحب « التلخيص » : حكم شجر النقيع - بالنون - الذي هو الحمى ، حكم أشجار الحرم ، فلا يجوز بيعه . وما تم به البلوى ما اعتاده الناس من بيع نصيبه من الماء الجاري من النهر . قال الحاملي في « الباب » : هذا باطل لوجهين . أحدهما : أن البيع غير معلوم القدر . والثاني : أن الماء الجاري

غير مملوك، وسيأتي هذا مع غيره مبسوطاً في آخر كتاب إحياء الموات إن شاء الله تعالى.
والله أعلم

باب

الربا

إنما يحرم الربا في الطعام ، والذهب ، والفضة . فأما الطعام ، فسواء كان مما يُسْكَال أو يوزن ، أم لا ، هذا هو الجديد ، وهو الأظهر . والقديم : أنه يشترط مع الطعام الكيل أو الوزن . فعلى هذا ، لا ربا في السفرجل ، والرمثان ، والبيض ، والجوز ، وغيره ، مما لا يسْكَال ولا يوزن . وقال الأوديني من أصحابنا : لا يجوز بيع مالٍ بجنسه متفاضلاً ، ولا يشترط الطعام ، وهذا شاذ مردود . والمراد بالطعام : ما يعد للطعم غالباً تقوئاً ، أو تأدماً ، أو تفكهاً ، أو غيرها ، فيدخل فيه الفواكه ، والحبوب ، والبقول ، والتوابل ، وغيرها . وسواء ما أكل نادراً كالبنطوط ، والطُثْثُوث ، وما أكل غالباً ، وما أكل وحده أو مع غيره . ويجري الربا في الزعفران على الأصح ، وسواء ما أكل للتداوي كالإهليلج ، والبليج ، والسقمونيا وغيرها ، وما أكل لغرض آخر . وفي « انتمة » وجه : أنه ما يقتل كثيره ويستعمل قليله في الأدوية كالسقمونيا ، لا ربا فيها ، وهو ضئيف . والطين الحراساني ، ليس ربوياً على المذهب . والأرمني ، ربوي على الصحيح ، لأنه دواء . ودهن البنفسج ، والورد ، والبان ، ربوي على الأصح . ودهن الكتان ، والسّمك ، وحب الكتان ، وماء الورد ، والمُود ، ليس ربوياً على الأصح . والزنجبيل ، والتصطككى ، ربوي على الأصح . والماء إذا صححنا بيمه ، ربوي على الأصح . ولا ربا في الحيوان ، ولكن ما يباح أكله على هيئته كالسمك الصغير ، على وجهه يجري فيه الربا على الأصح (١) . وأما الذهب والفضة ، فقيـل : ثبت الربا فيها

(١) في مخطوطة الظاهرية : على وجه : لا يجري فيه الربا .

لعينها ، لا لعلّة . وقال الجمهور : العلة فيها صلاحية الثمنية الغالبة . وإن شئت قلت : جوهرية الأثمان غالباً . والعبارتان تشملان النّهر ، والمضروب ، والحلي ، والأواني منها . وفي تمدّي الحكم إلى الفلوس إذا راجت وجهه ، والصحيح : أنه لا ربا فيها لانتفاء الثمنية الغالبة . ولا يتمدى إلى غير الفلوس من الحديد والنحاس والرصاص وغيرها قطعاً .

فصل

إذا باع مالاً بآل ، فله حالان . أحدهما : أن لا يكونا ربويين . والثاني : أن يكونا . فالحال الأول يشمل ما إذا لم يكن فيها ربوي ، وما إذا كان أحدهما ربوياً . وعلى التقديرين في هذا الحال ، لا تجب رعاية التماثل ، ولا الحلول ، ولا التقابض في المجلس ، سواء اتفق الجنس ، أو اختلف . حتى لو باع حيواناً بحيوانين من جنسه ، أو أسلم ثوباً في ثوبين من جنسه ، جاز . وأما الحال الثاني : فتارة يكونان ربويين بملّتين ، وتارة بملّة . فإن كانا بملّتين ، لم تجب رعاية التماثل ولا التقابض ولا الحلول .

ومن صوره : أن يسلم أحد النّقدين في الحنطة ، أو يبيع الحنطة بالذهب أو بالفضة ، نقداً ، أو نسيئة وإن كانا بملّة . فإن اتحد الجنس ، بأن باع الذهب بالذهب ، والحنطة بالحنطة ، ثبتت أحكام الربا الثلاثة ، فتجب رعاية التماثل والحلول والتقابض في المجلس . وإن اختلف الجنس ، كالحنطة بالشعير ، والذهب بالفضة ، لم تعتبر المائلة ، ويمتد الحل والحلول والتقابض في المجلس .

فرع

حيث اعتبرنا التقابض ، فتفرقا قبله ، بطل العقد . ولو تقابضا بعض كل واحد من العوضين ، ثم تفرقا ، بطل فيما لم يقبض . وفي المقبوض قولاً تفريق الصفقة . والتخاير في المجلس قبل التقابض ، كالتفرق ، فيبطل العقد . وقال ابن سريج : لا يبطل . والصحيح : الأول . ولو وكّل أحدهما وكيلاً بالقبض ، فقبض قبل مفارقة الموكل المجلس ، جاز ، وبعده لا يجوز .

فرع

قد سبق بيع مال الربا بجنسه مع زيادة ، لا يجوز . فلو أراد بيع صحاح مكسرة ، أو غير ذلك مع الزيادة ، فله طرق .

منها : أن يبيع الدرام بالدنانير ، أو بعرض^(١) . فإذا تقابضا وتخيّرا ، أو تفرقا ، اشترى منه الدرام المكسرة بالدنير أو العرض ، فيصح ذلك ، سواء اتخذه عادة ، أم لا . ولو اشترى المكسرة بالدنانير ، أو العرض الذي اشتراه منه قبل قبضه ، لم يجز . وإن كان بعد قبضه وقبل التفرق والتخاير ، جاز على المذهب ، بخلاف ما لو باعه لغير بائعه قبل التفرق والتخاير ، فإنه لا يجوز ، لما فيه من إسقاط خيار العاقد الآخر ، وهنا يحصل بتبايعها الثاني إجازة الأول .
ومنها : أن يقرض صاحبه الصحاح ، ويستقرض منه المكسرة ، ثم يبرئ كل واحد منها صاحبه .

(١) العرض ، وزان فلس : المتاع .

ومنها : أن يهب كل واحد ماله للآخر .
ومنها : أن يبيع الصحاح بوزنها مكسورة ، ويهبه صاحب المكسورة الزيادة ،
فجميع هذه الطرق جائزة ، إذا لم يشترط في إقراضه وهبته ويهبه ما يفعله الآخر .
قلت : هذه الطرق وإن كانت جائزة عندنا ، فهي مكروهة إذا فويا ذلك .
ودلائل الكراهة أكثر من أن تحصى . والله أعلم

فرع

لو باع نصفاً شائعاً من دينار قيمته عشرة دراهم بخمسة ، جاز ، ويسلم إليه
الدينار ليحصل تسليم النصف ، ويكون النصف الآخر أمانة في يد القابض ،
بخلاف ما لو كان له عشرة عليه ، فأعطاه عشرة عدداً فوزنت ، فكانت أحد عشر ،
كان الدينار الفاضل للدافع على الاشاعة ، ويكون مضموناً على القابض ، لأنه
قبضه لنفسه . ثم إذا سلم الدراهم الخمسة ، فله أن يستقرضها ويشتري بها النصف
الآخر . ولو باعه كل الدينار بمشرة ، وليس معه إلا خمسة ، فدفعها إليه ، واستقرض
منه خمسة أخرى ، فقبضها وردّها إليه عن الثمن ، جاز ، ولو استقرض الخمسة
المدفوعة ، لم يكف على الأصح .

فصل

معيار الشرع الذي ترعى المائلة به ، هو الكيل والوزن . فالكيل ، لا يجوز
بيع بعضه ببعض وزناً ، ولا يضر مع الاستواء في الكيل التفاوت وزناً . والوزن
لا يجوز بيع بعضه ببعض كيلاً ، ولا يضر [مع] الاستواء في الوزن التفاوت كيلاً .

والذهب والفضة ، موزونان . والخنطة ، والشعير ، والتمر ، والزبيب ، والملح ، ونحوها ، مكيّلة ، وكل ما كان مكيّلاً بالحجاز على عهد رسول الله ﷺ ، فهو مكيّل ، وما كان موزوناً ، فموزون . فلو أحدث الناس خلاف ذلك ، فلا اعتبار بأحداً منهم . فلو كان الملح قطعاً كبيراً ، فوجهان . أحدهما : يسحق ويباع كيلاً ، فانه الأصل . وأصحها : يباع وزناً اعتباراً بهيئته في الحال . وكذا كل شيء يتجافى في الكيل ، يباع بمضنه بعض وزناً ، وما لم يكن على عهد رسول الله ﷺ ، أو كان ولم يُعلم هل كان يكال ، أم يوزن ؟ أو علم أنه كان يوزن مرة ويكال أخرى ، ولم يكن أحدهما أغلب ، قال المتولي : إن كان أكبر جرماً من التمر ، اعتبر فيه الوزن ، وإن كان مثله أو أصغر ، ففيه أوجه . أصحها : تعتبر عادة الوقت في بلد البيع . والثاني : عادة الوقت في أكثر البلاد . فان اختلفت ولا غالب ، اعتبرنا شبه الأشياء به . والثالث : يعتبر الوزن . والرابع : الكيل . والخامس : يعتبر بأشبه الأشياء به . والسادس : يتخير بين الكيل والوزن ، وهو ضعيف . ثم منهم من خص هذا الخلاف بما إذا لم يكن للشيء أصل معلوم العيار . أما إذا استخرج ما هذا حاله من أصل ، فهو معتبر بأصله . ومنهم من أطلق ، قال الامام : وسواء المكيال المعتاد في عصر رسول الله ﷺ ، وسائر المكيال المحدثه بعده ، كما أننا إذا عرفنا التساوي بالتعديل في كفتي الميزان ، تكفي به وإن لم نعرف قدر ما في كل كفة . وفي الكيل بالقصة ونحوها مما لا يمتد الكيل به ، تردّد للقفال . والأصح ، الجواز . والوزن بالطيار والقرسطن ، وزن . وأما الماء ، فقد يتأتى به الوزن ، بأن يوضع الشيء في ظرف ويلقى في الماء ، وينظر قدر غوصه ، لكنه ليس وزناً شرعياً ولا عرفياً ، فالظاهر : أنه لا يجوز التمويل عليه في الرويات . **قلت** : قد عوّل أصحابنا عليه في أداء المسلم فيه ، وفي الزكاة ، في مسألة الاناء بمضنه ذهب وبمضنه فضة ، وقد ذكرناه في بابه ، ولكن الفرق ظاهر . والله أعلم

فرع

هذا الذي ذكرناه، كله في مقدّر بيعه . أما ما لا يقدر بكيل ولا وزن، كالبطيخ ، والقثاء ، والرمان ، والسفرجل ، فان قلنا بالقديم : إنه لا ربا فيها ، جاز بيع بعضها ببعض كيف شاء ، حتى قال القفال : لو جُفِف شيء منها ، وكان يوزن في جفافه ، فلا ربا فيه أيضاً ، لأنه لا ربا فيه في أكمل أحواله وهو حال الرطوبة . قال الامام : والظاهر جريان الربا فيه ، فانه في حال الجفاف مطعوم مقدّر . وإن قلنا بالجديد : إن فيه الربا ، جاز بيعه بغير جنسه كيف شاء . وأما بجنسه ، فينظر ، إن كان مما يجفّف ، كالبطيخ الذي يفلق ، وحبّ الرمان الحامض ، وكل ما يجفّف من الثمار ، وإن مقدّراً كالشمش ، والخوخ ، والكثير الذي يفلق ، لم يجوز بيع بعضه ببعض في حال الرطوبة ، ويجوز حال الجفاف على الصحيح . وعلى الشاذ : لا يجوز ، إذ ليس له حال كمال . وإن كان مما لا يجفّف ، كالقثاء ونحوه ، فهل يجوز بيع بعضه ببعض في رطوبته حال ؟ فيه وفي المقدّرات التي لا تجفّف ، كالرطب الذي لا يتمرّ ، والعنب الذي لا يتزبّب ، قولان . أظهرهما : لا يجوز ، كالرطب بالرطب . والثاني : يجوز ، كاللبن باللبن . فعلى هذا ، إن لم يمكن كيّله ، كالبطيخ والقثاء ، بيع وزناً . وإن أمكن ، كالتفاح والتين ، فيباع كيلاً أو وزناً ؟ وجهان . أصحها : وزناً ، ولا بأس على الوجهين بتفاوت العدد .

فرع

لو أراد شريكان قسمة ربوي ، فان قلنا بالأظهر : إن القسمة بيع ، لم يجوز

قسمة الكيل وزناً ، ولا الموزون كيلاً . وما لا يباع بعضه ببعض ، كالرطب والعنب ، لا يقسم أصلاً . وإن قلنا : القسمة إفراز ، جاز قسمة الكيل وزناً وعكسه ، وجاز قسمة الرطب ونحوه وزناً . ولا يجوز قسمة غير الرطب والعنب خرساً . ويجوز قسمتها خرساً إذا قلنا : إفراز . وقيل : لا يجوز . والأول هو الأصح المنصوص .

فرع

لا يجوز بيع الربوي بجنسه جزافاً ، ولا بالتخمين والتحري . فلو باع صبرة حنطة بصبرة ، أو دراهم بدراهم جزافاً ، وخرجتا متماثلتين ، لم يصح العقد ، لأن التساوي شرط . ونشرط العقد يعتبر العلم به عند العقد . ولهذا ، لو نكح امرأة لا يعلم أمي أخته ، أم معتدة ، أم لا ؟ لم يصح النكاح ، وسواء جهلا الصبرتين أو إحداها . ولو قال : بعثك هذه الصبرة بهذه مكابلة ، أو كيلاً بكيل ، أو هذه الدراهم بتلك موازنة ، أو وزناً بوزن ، فإن كالا ، أو وزناً ، وخرجتا سواء ، صح العقد ، وإلا ، لم يصح على الأظهر . وعلى الثاني : يصح في الكبيرة بقدر ما يقابل الصغيرة ، ولشترى الكبيرة الخيار . وحيث صححنا ، فتفرقا بعد تقابض الجملتين ، وقبل الكيل والوزن ، لم يبطل العقد على الأصح . ولو قال : بعثك هذه الصبرة بكيلها من صبرتك ، وصبرة المخاطب أكبر ، صح . ثم إن كالا في المجلس وتقابضا ، تم العقد . وإن تقابضا الجملتين وتفرقا قبل الكيل ، فعلى الوجهين . ولو باع صبرة حنطة بصبرة شعير جزافاً ، جاز ، ولو باعها بها صاعاً بصاع ، أو بصاعين ، فهو كما لو كانتا من جنس واحد .

قلت : قال أكثر أصحابنا : إذا باع صبرة حنطة بصبرة شعير ، صاعاً بصاع ، وخرجتا متساويتين ، صح . وإن تفاضلتا ، فرضي صاحب الزائدة بتسليم الزيادة ، ثم

البيع ، ولزم الآخر قبولها . وإن رضي صاحب الناقصة بقدرها من الزائدة ، أقر المقدر .
وإن تشاحا ، فسخ البيع . والله أعلم

فصل

في بيان القاعدة المعروفة بمدة عجوة

ومقصوده : أن يشتمل المقدر على ربوي من الجانبين ، ويختلف الموضان أو أحدهما ، جنساً ، أو نوعاً ، أو صفة ، وهو ضربان .
أحدهما : يكون الربوي من الجانبين جنساً ، والثاني : يكون جنسين .
فالأول : فيه تقع القاعدة المقصودة .

فمن صورته : أن يختلف الجنس من الطرفين أو أحدهما ، كما إذا باع مدّ عجوة ، ودرهماً بمدّ عجوة ودرهم ، أو بمدّ عجوة ، أو بدرهمين ، أو باع صاع حنطة وصاع شمير بصاع حنطة وصاع شمير ، أو بصاعي حنطة ، أو بصاعي شمير .
ومن صورته : أن يختلف النوع أو الصفة من الطرفين أو أحدهما ، كما إذا باع مدّ عجوة ومدّ صيحاني ، بمدّ عجوة ، ومدّ صيحاني ، أو بمدّ عجوة ، أو بمدّ صيحاني أو باع مائة دينار جيدة . ومائة دينار رديئة بمائتي [دينار] جيد ، أو رديء ، أو وسط ، أو بمائة جيد ، ومائة رديء ، فلا يصح البيع في شيء من هذه الصور ونظائرها . هذا هو الصحيح المعروف الذي قطع به الجمهور ، ولنا وجه : أنه إذا باع مدّ عجوة ودرهماً بمدّ ودرهم ، والدرهمان من ضرب واحد ، والمدان من شجرة واحدة ، أو باع صاع حنطة وصاع شمير بثمنها ، وصاعا الحنطة من صبرة ، وكذا الشمير ، صح . ويحكى هذا عن القاضيين أبي الطيب وحسين ، واختاره الروياني . وحكى صاحب البيان ، وجهاً : أنه لا يضر اختلاف النوع والصفة ، إذا اتحد الجنس . والمعروف ما سبق .

ومن صور هذا الأصل : أن يبيع ديناراً صحيحاً وديناراً مكسراً بدينار صحيح وآخر مكسراً ، أو بصحيحين ، أو بمكسرين إذا كانت قيمة المكسر دون الصحيح ، ولنا وجه ضعيف : أن صفة الصحة في محل المسألة . ثم إن الأصحاب ، أطلقوا القول بالطلان في حكايهم المذهب . وحكى صاحب « التتمة » : أنه إذا باع مدّاً ودرهماً بدينين ، بطل العقد في المدّ المضموم إلى الدرهم وفيما يقابله من الدين . وهل يبطل في الدرهم وما يقابله من الدين ؟ فيه قولان تفريق الصفقة . وعلى هذا قياس ما لو باعها بدرهمين ، أو باع صاع حنطة وصاع شعير ، بصاعي حنطة ، أو بصاعي شعير . ويمكن أن يكون كلام من أطلق محمولاً على ما فصله . ولو كان الجيد مخلوطاً بالردى ، فباع صاعاً منه بمثله ، أو بجيد ، أو برديء ، جاز ، لأن التوزيع إنما يكون عند تميز أحد النوعين عن الآخر . أما إذا لم يميز ، فهو كما لو باع صاعاً وسطاً بجيد ، أو رديء ، فيجوز . ثم صور البطالان مفروضة فيما إذا قابل الجملة بالجملة . فلو فصل ، فتبايعا مدّ عجوة ودرهماً بدينين ودرهم ، وجملا المدّ في مقابلة للدّ ، والدرهم في مقابلة الدرهم ، أو جملا المدّ في مقابلة الدرهم ، والدرهم في مقابلة المدّ ، جاز ، وكان كصفتين متباينتين (١) .

الضرب الثاني : أن يكون الربوي من الطرفين جنسين ، وفي الطرفين أو أحدهما شيء آخر ، فإن اختلفت علة الربا ، بأن باع درهماً وديناراً بصاع حنطة وصاع شعير ، جاز . وإن اتفقت ، فإن كان التقابض شرطاً في جميع الموضين ، بأن باع صاع حنطة أو صاع شعير ، بصاعي تمر ، أو بصاع تمر وصاع ملح ، جاز أيضاً . وإن كان التقابض شرطاً في البعض فقط ، بأن باع صاع حنطة ودرهماً ، بصاعي شعير ، ففيه قولان الجمع بين مختلفي الحكم ، لأن ما يقابل الدرهم من الشعير ، لا يشترط فيه التقابض . وما يقابل الحنطة يشترط فيه .

(١) في « شرح الوجيز » : بمثابة صنفين متباينين .

فرع

لو باع صاع حنطة بصاع حنطة ، وفيها أو في أحدهما زوان ، أو عقد التبن ، أو مدر ، أو حبات شمير ، لم يحز . وضبط الامام النع ، بأن يكون الخليط قدراً لو مُبْتَزَ ظهر على المكيال ، فإن كان لا يظهر ، لم يضر ، ولو كان فيها أو في أحدهما دقاق تبن ، أو قليل تراب ، لم يضر ، لأن ذلك يدخل في تضاعيف الحنطة ، ولا يظهر في المكيال ، بخلاف ما لو باع موزوناً بجنسه وفيها أو في أحدهما قليل تراب ، لا يجوز ، لأنه يؤثر في الوزن . ولو باع حنطة بشمير وفيها أو في أحدهما حبات من الآخر يسيرة ، صح ، وإن كثر ، لم يصح ، قال الامام : ولا يضبط ذلك بالتأثير في الكيل ، ولا بالتمول ، بل ضبط الكثير أن يكون الشمير المخالط للحنطة قدراً يقصد تمييزه ليستعمل شميراً ، وكذا بالعكس .

فرع

لو باع داراً بذهب ، فظهر فيها معدن ذهب ، أو باع داراً فيها بئر ماء بدار فيها بئر ماء ، وقلنا : الماء ربوي ، صح البيع في المسألتين على الأصح ، لأنه تابع ، والثاني : لا يصح ، كبيع دار مؤهت بذهب تمويهاً يحصل منه شيء بذهب .

فصل

في الحال الذي تعتبر فيه المائلة ، الربوي ضربان . ما يتغير من حال إلى حال ، وما لا يتغير .

فالتفجير ، تعتبر المائلة في بيع الجنس منه بالجنس في أكمل أحواله . فنه : الفواكه ،
فتمتبر المائلة حال الجفاف خاصة ، فلا يجوز بيع الرطب بتمر ولا رطب ، ولا بيع العنب
بعنب ولا زبيب ، وكذا كل ثمرة لها حال جفاف ، كالتين ، والشمش ، والخواخ ،
والبطيخ والكمثرى اللذين يفلقان ، والإجاص ، والمان الحامض ، لا يباع
رطبها برطبها ولا يابسها . وحكي وجه في الشمش والخواخ ، وما لا يعم تجفيفه
عموم تجفيف الرطب : أنه يجوز بيع بعضها ببعض في حال الرطوبة ، لأنها أكمل
أحوالها . وهذا الوجه شاذ . ويجوز بيع الجديد بالعتيق ، إلا أن تبقى في الجديد
نداوة بحيث يظهر أثر زوالها في الكيال . وأما ما ليس له حال جفاف ، كالعنب الذي
لا يتزبب ، والرطب الذي لا يتتمر ، والبطيخ والكمثرى اللذين لا يفلقان ، والمان
الحلو ، والباذنجان ، والقرع ، والبقول ، فقد سبق أنه لا يجوز بيع بعضها ببعض
على الأظهر . وجوز المزني بيع الرطب بالرطب ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد ،
رضي الله عنهم . ويستثنى من بيع الرطب بالتمر ، صورة العرايا ، وستأتي إن شاء الله تعالى .

فرع

يجوز بيع الحنطة بالحنطة بعد التنقية من القشر والتبن ، مادامت على هيأتها
بعد تنافي جفافها . فإذا بطلت تلك الهيئة خرجت عن الكمال . فلا يجوز بيع
الحنطة بشيء مما يتخذ منها من الطعومات ، كاللديق ، والسويق ، والخبز ، والنشا ،
ولا بما فيه شيء مما يتخذ من الحنطة ، كالصل فيه اللديق ، والفالودج فيه
النشا . وكذا لا يجوز بيع الأشياء بعضها ببعض ، لخروجها عن حال الكمال .
هذا هو المذهب والمشهور . وحكي قول : أنه يجوز بيع الحنطة باللديق كيلاً ،
وجعل إمام الحرمين هذا القول ، في أن الحنطة واللديق جنسان يجوز التفاضل فيما .
ويشبه أن يكون منفرداً بهذه الرواية . وحكى البويطي والمزني قولاً : أنه يجوز

بيع الدقيق بالدقيق ، كالدهن بالدهن . وحكي قول في جواز بيع الخبز الجاف المدقوق بمثله كَيْلاً . وقول : أن الحنطة مع السوق جنسان . وكل هذه الأقوال شاذة . ولا يجوز بيع الحنطة المقلية ولا البلولة بمثلها ولا بغيرها . وإن جففت البلولة ، لم يجوز أيضاً ، لتفاوت جفافها ، والحنطة التي فركت وأخرجت من السنابل ولم يتم جفافها ، كالبلولة . والنخالة ليست ربوية ، وكذا الحنطة السوسة التي لم يبق فيها شيء من اللب ، فيجوز بيعها بالحنطة وبعضها ببعض متفاضلاً .

فرع

السمسم وغيره من الحبوب التي تتخذ منها الأدهان حال كمالها ما دامت على هيأتها كالأقوات ، فلا يجوز بيع طحينها بطحينها ، كالدقيق بالدقيق . وأما دهنها المستخرج ، فكامل ، فيجوز بيع بعضه ببعض متائلاً على الصحيح . وقيل : لا يجوز لما يطرح فيه من ملح ونحوه .

فرع

قد يكون للشيء حالتا كمال ، كالزبيب والخل كاملاً ، وأصلها العنب . وكذا العصير ، كامل على الأصح ، فيجوز بيع عصير العنب بعصير العنب ، وعصير الرطب بعصير الرطب . والميار فيه وفي الدهن ، الكيل . ويجوز بيع الكسب بالكسب وزناً إن لم يكن فيه خلط . فإن كان ، لم يجوز .

فرع

الأدهان المطيبة ، كدهن الورد ، والبنفسج ، والنيلوفر ، كلها مستخرجة من السمسم . فإذا قلنا : يجري فيها الربا ، جاز بيع بعضها ببعض وإن ربّي (١) السمسم فيها ثم استخرج دهنه . وإن استخرج الدهن ثم طرحت أوراقها فيه ، لم يجز .

فرع

عصير الرمان والتفاح وسائر الثمار ، كمصير العنب والرطب ، وكذا عصير قصب السكر . ويجوز بيع خلّ الرطب ، بخلّ الرطب ، وخلّ العنب ، بخلّ العنب كيلاً . ولا يجوز بيع خلّ الزبيب بمثله ، ولا خلّ التمر بمثله ، لأنّ فيها ماءً ، فيمتنع العلم بالمائلة . ولا يجوز بيع خلّ العنب بخلّ الزبيب ، ولا خلّ الرطب بخلّ التمر ، لأنّ في أحدهما ماءً . ولا يجوز بيع خلّ الزبيب بخلّ التمر إذا قلنا : الماء ربوي . قلت : فإن قلنا : الماء غير ربوي ، فمقتضى كلام الرافعي جوازه ، وبه صرح الجمهور . وقيل : فيه القولان ، فيمن جمع بين عقدین مختلفي الحكم ، لأنّ الخللين يشترط فيها القبض في المجلس ، بخلاف الماءين . وعن ذكر هذا الطريق ، البغوي في كتابه « التعلیق في شرح مختصر المزني » . وهذا الطريق هو الصواب ، ولعلّ الأصحاب اقتصروا على أصح القولين ، وهو أنه يجوز جمع مختلفي الحكم . والله اعلم

ويجوز بيع خلّ الزبيب بخلّ الرطب ، وخلّ التمر بخلّ العنب ، لأنّ الماء في أحد الطرفين ، والمائلة بين الخللين غير معتبرة ، تقريباً على الصحيح أنها جنسان .

(١) في « شرح الوجيز » : إن رمى .

فرع

اللبن كامل ، فيباع بعضه ببعض ، سواء فيه الحليب ، والحامض ، والرائب الخائر ، ما لم يكن مغلي بالنار^(١) ، فيباع بعضها ببعض كيلاً . ولا مبالاة بكون ما يحويه المكيال من الخائر أكثر وزناً ، لأن الاعتبار بالكيل ، كالخطة الصلبة بالرخوة . وفي كلام الامام ما يقتضي جواز الكيل والوزن جميعاً . ويجوز بيع السمن بالسمن كيلاً إن كان ذائباً ، ووزناً إن كان جامداً ، قاله في « التهذيب » ، وهو توسط بين وجهين أطلقها المراقبون . المنصوص : أنه يوزن . وقال أبو إسحاق : يُكّال . ويجوز بيع الخيض بالخيض ، إذا لم يكن فيهما ماء . ومال التوالي إلى المنع . والمذهب : الجواز . ولا يجوز بيع الأقط بالأقط ، ولا المصل بالمصل ، ولا اللبن باللبن ، ولا يجوز بيع الزبد بالزبد ، ولا بالسمن على الأصح . ولا يجوز بيع اللبن بما اتخذ منه ، كالسمن والخيض وغيرها .

فرع

الربوي المروض على النار ، ضربان .

أحدهما : المروض للمقد والطبخ ، كالديس ، واللحم المشوي ، فلا يجوز بيع الديس بالديس ، والسكر بالسكر ، والفانيد بالفانيد ، واللبأ باللبأ ، على الأصح في الجميع . ولا يجوز بيع قصب السكر بقصب السكر ، ولا بالسكر ، كالرطب بالرطب ، وبالتمر . أما اللحم ، إذا بيع بجنسه ، فإن كانا طريين ، أو أحدهما ، لم يجز على الصحيح . وإن كانا مقدّين ، جاز ، إلا أن يكون فيهما ، أو في أحدهما من الملح ما يظهر في الوزن . ويشترط أن يتناهى جفافه ، بخلاف (١) عبارة « شرح الوجيز » : ما لم يكن مغلي حكم الحليب في الحال ، حتى يباع البعض منها بالبعض وبالحليب .

التمر ، فانه يباع الجديد منه بالعتيق وبالجديد ، لأنه مكيل ، وأثر الرطوبة الباقية ، لا تظهر في الكيال ، واللحم موزون ، فيظهر أثر الرطوبة في الوزن . هذا إذا لم يكن اللحم مطبوخاً ولا مشوياً . فأما المطبوخ ، فلا يجوز بيعها بمثلها ولا بالتّي .

الضرب الثاني : المروض للتمييز والتصفية ، فهو كامل ، فيجوز بيع بمضه يبيض ، كالسمن . وفي العسل المصفى بالنار ، وجهان . أحدهما : أنه كامل كالمصفى بالشمس ، ومعياره معيار السمن . ولا يجوز بيع الشهد بالشهد ، ولا بالعسل . ويجوز بيع الشمع بالعسل وبالشهد ، لأن الشمع ليس ربوياً .

فرع

التمر إذا نزع نواه ، بطل كاله ، لأنه يسرع إليه الفساد . فلا يجوز بيع منزوع النوى بمثله ، ولا بغير منزوعه على الصحيح . وقيل : يجوز فيها . وقيل : يجوز بمثله فقط . ومفلق الشمس ، والخواخ ، ونحوهما ، لا يبطل كاله بنزع النوى على الأصح . ولا يبطل كاله اللحم بنزع عظمه ، لأنه لا يتعلق صلاحه ببقائه . وهل يشترط نزع العظم في جواز بيع بمضه يبيض ؟ وجهان . أحدهما عند الأكثرين : الاشتراط . والثاني : يسامح به . فعلى هذا يجوز بيع لحم الفخذ بالجنب ، ولا يضر تفاوت المظالم ، كما لا يضر تفاوت النوى .

فصل

في معرفة الجنسية

قد سبق في أول الباب ، أن بيع الربوي بجنسه ، يشترط فيه المماثلة .
وبغير جنسه ، يجوز فيه التفاضل . والتجانس وعدمه ، قد يظهران ، وقد يشتهان ،
فما ظهر ، فلا حاجة إلى تنصيص عليه ، وما اشبهه ، يحتاج . فمن ذلك ، لحوم
الحيوانات ، هل هي جنس ، أم أجناس ؟ قولان . أظهرهما : أنها أجناس . فإن قلنا :
جنس ، فالحيوانات البرية وحشيها وأهلها كلها جنس ، وكذا البحرية كلها جنس . وفي
البحرية مع البرية ، وجهان . أحدهما : جنس . والثاني : جنسان . وإن قلنا : أجناس ،
فحيوان البر مع البحر جنسان ، والأهلي مع الوحشي جنسان . ثم لكل واحد منهما
أجناس ، فلحوم الابل على اختلاف أنواعها جنس واحد ، ولحوم البقر جواميسها
وغيرها جنس ، والغنم ضأنها ومعرها جنس ، والبقر الوحشي [جنس] ، والظباء
جنس . وفي الظبي مع الابل تردد للشيخ أبي محمد ، واستقر جوابه أنها كالضأن
والمعر . وأما الطيور ، فالعصافير على اختلاف أنواعها جنس ، والبطوط جنس .
وعن الريمع : أن الحمام بالمعنى المتقدم في الحج ، وهو كل ماعب وهدر ، جنس .
فيدخل فيه القمري ، والدبسي ، والفواخت . واختار هذا جماعة ، منهم الامام ،
وصاحب « التهذيب » ، واستبمده - العراقيون ، وجعلوا كل واحد منها جنساً .
وسمّوك البحر جنس . وأما غنم الماء وبقرة و غيرها ، ففيها - مع السمك - أو مع
مثلا ، قولان . أظهرهما : أنها أجناس . وفي الجراد أوجه . أحدها : أنه ليس
من جنس اللحوم . والثاني : أنه من لحوم البريات . والثالث : أنه من لحوم
البحريات .

قلت : أصحها : الأول . والله أعلم

وأما أعضاء الحيوان الواحد ، كالكرش ، والكبد ، والطحال ، والقلب ،
والرئة ، فالذهب : أنها أجناس . والمنخ ، جنس آخر ، وكذا الجلد .

قلت : المعروف ، أن الجلد ليس ربوياً ، فيجوز بيع جلد بجلود وبغيرها ،
فلا حاجة إلى قوله : إنه جنس آخر . والله أعلم

وشحم الظهر مع شحم البطن ، جنسان . وسنام البعير معها ، جنس آخر .
والرأس ، والأكارع ، من جنس اللحوم . وفي الأكارع احتمال للامام . وأما
الأدقة والخلول والأدهان ، فهي أجناس على المذهب . وكذا عصير العنب مع عصير
الرطب . وحكي في الأدقة قول [أنها جنس] ، ووجه أبعد منه في الخلول والأدهان ،
و [يجري مثله في] عصير العنب مع عصير الرطب . والألبان ، أجناس على المذهب ، فيجوز
بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلاً ، وبيع أحدهما بما يتخذ من الآخر . ولبن الضأن
والعز ، جنس ، ولبن الوعل مع العز الأهلي ، جنسان . ويوض الطير ، أجناس على
المذهب . وقيل : وجهان . أصحها : أنها أجناس . وزيت الزيتون مع زيت
الفجل ، والتمر المعروف مع التمر الهندي ، أجناس على المذهب . وفي البطيخ
المروف مع الهندي ، والقثاء مع الخيار ، وجهان .

قلت : الأصح : أنها جنسان . والله أعلم

والبقول ، كالهندباء والنفع وغيرها ، أجناس إن قلنا : إنها ربوية . ودهن
السمسم وكسبه ، جنسان ، كالخبيض مع السمن . وفي عصير العنب مع خله ،
والسكر مع الفانيذ ، وجهان . أصحها : جنسان . والسكر الطبرزد والنبات ،
جنس واحد . والسكر الأحمر مع الأبيض ، جنس على الأصح ، لأنه عكس
الأبيض ، إلا أن صفتها مختلفة .

فرع

يبيع اللحم بالحيوان المأكول من جنسه ، باطل ، خلافاً للزني . وإن باعه
بحيوان مأكول من غير جنسه كلحم غنم ببقرة ، فإن قلنا : اللحوم جنس ،
باطل . وإن قلنا : أجناس ، بطل أيضاً على الأظهر . وإن باعه بحيوان غير
مأكول ، بطل على الأظهر . وفي بيع الشحم والألية والطحال والقلب والكلية
والرئة بالحيوان ، والسنام بالبعير ، ولحم السمك بالشاة ، وجهان . أصحها :
البطلان . ويجري الوجهان في بيع الجلد بالحيوان إن لم يكن مذبوحاً . فإن دبح ،
فلا منع .

فرع

لا يجوز بيع دهن السمسم ولا كسبه بالسمسم ، ولا دهن الجوز بلبه ، ولا بيع
السمن باللبن . ويجوز بيع الجوز بالجوز وزناً ، واللوز باللوز كيلاً مع قشرهما على
المذهب . وحكي قول : أنه لا يجوز ، ويجوز بيع لب الجوز بلبه ، ولب اللوز بلبه
على الصحيح . ويجوز بيع البيض بالبيض في قشره وزناً ، على المذهب . ويجوز
بيع لبن الشاة بشاة ليس في ضرعها لبن ، بأن جرى البيع عقيب الحلب ، فإن كان
في ضرعها لبن ، لم يجز . ولو باع شاة في ضرعها لبن بشاة في ضرعها لبن ، لم
يصح على الصحيح . ويبيع بيض بدجاجة كبيع ابن بشاة . ولو باع لبن شاة
ببقرة في ضرعها لبن ، فإن قلنا : الألبان جنس ، لم يجز ، وإلا ، فقولان ، للجمع
بين مختلني الحكم ، فإن ما يقابل اللبن من اللبن ، يشترط فيه التقابض ، وما يقابل
الحيوان ، لا يشترط .

فرع

يجري الربا في دار الحرب جريانه في دار الاسلام ، سواء فيه المسلم ، والكافر .

باب

البيع المنهى عنها

ماورد فيه النهي من البيوع ، قد يحكم بفساده وهو الأغلب ، لأنه مقتضى النهي . وقد لا يحكم بفساده ، لكون النهي ليس لخصوصية البيع ، بل لأمر آخر . فالقسم الأول ، أنواع .

منها : بيع اللحم بالحيوان ، وقد سبق .

ومنها : بيع مالم يقبض ، وبيع الطعام حتى يجري فيه الممانع ، وبيع الكالئ بالكالئ . وستشرحها بعد ، إن شاء الله تعالى .

ومنها : بيع الفرر .

ومنها : بيع مالم يقدر على تسليمه ، وقد سبق .

ومنها : بيع مال الغير .

ومنها : بيع ما ليس عنده ، وفيه تفسيران . أحدهما : أن يبيع غائباً .

والثاني : ما لا يملكه ليشتريه فيسلّمه .

ومنها : بيع الكلب والخنزير ، وقد سبق ذكرهما في شرائط المبيع .

ومنها : بيع عَسَب الفحل - بفتح العين وإسكان السين المهملتين - ، والمشهور

في كتب الفقه : أنه ضِرابه ، وقيل : أجرة ضِرابه ، وقيل : هو ماؤه . فعلى الأول والثالث ، تقديره : بدل عَسَب الفحل . وفي رواية الشافعي رضي الله عنه

نهي عن ثمن عَسَب الفحل . والحاصل : إن بذل عِوَضاً عن الفَرَاب ، إن كان ييماً ، فباطل قطعاً ، وكذا إن كان إجارة على الأصح . ويجوز أن يعطي صاحب الأتي صاحب الفحل شيئاً على سبيل الهدية .

ومنها : بيع حبل الحبل ، وهو نتاج التاج . ومعناه : أن يبيع ثمن إلى أن يلد ولد هذه الدابة . كذا فسرہ ابن عمر والشافعي وغيرهما رضي الله عنهم . وقيل : هو يبيع ولد نتاج [هذه] الدابة ، قاله أبو عبيد وأهل اللغة . ومنها : بيع الملائح ، وهي مافي بطون الأمهات من الأجنّة ، الواحدة : ملقوحة . وبيع المضامين ، وهي مافي أصلاب الفحول .

ومنها : [بيع] اللامسة . وفيه تأويلات . أحدها : تأويل الشافعي رضي الله عنه ، وهو أن يأتي بثوب مطويّ ، أو في ظلمة ، فيلمسه المستام فيقول صاحبه : بعتك بكذا ، بشرط أن يقوم لمسك مقام نظرك ، ولا خيار لك إذا رأيته . والثاني : أن يجعل نفس اللس ييماً ، فيقول : إذا لمسته فهو مبيع لك . والثالث : أن يبيعه شيئاً على أنه متى لمسه انقطع خيار المجلس وغيره ، ولزم البيع . وهذا البيع باطل على التأويلات كلها . وفي الأول ، احتمال للإمام ، وقاله صاحب « التتمة » تقييداً على صحة نفي خيار الرؤية . قال في « التتمة » : وعلى التأويل الثاني ، له حكم الماطاة . والمذهب : الجزم بالبطان على التأويلات .

ومنها : بيع المنابذة ، وفيه تأويلات . أحدها : أن يجعل نفس النبد ييماً ، قاله الشافعي رضي الله عنه ، وهو بيع باطل . قال الأصحاب : ويحيى فيه الخلاف في الماطاة ، فإن المنابذة مع قرينة البيع ، هي نفس الماطاة . والثاني : أن يقول : بعتك على أني إذا نبذته إليك ، لزم البيع ، وهو باطل . والثالث : أن المراد نبذ الحصاة ، وسيأتي إن شاء الله تعالى .

ومنها : بيع الحصاة ، وفيه تأويلات . أحدها : أن يقول : بعتك من

هذه الأثواب ما وقعت عليه الحصاة التي أرميها ، أو بعتك من هذه الأرض من هنا إلى ما انتهت إليه هذه الحصاة . والثاني : أن يقول : بعتك على أنك بالخيار إلى أن أرمي الحصاة . والثالث : أن يجعل نفس الرمي بيعاً ، فيقول : إذا رميت الحصاة ، فهذا الثوب مبيع لك بكذا ، والبيع باطل في جميعها . ومنها : بيعتان فيبيعة ، وفيه تأويلان نص عليها في المختصر ، أحدهما : أن يقول : بعتك هذا بألف ، على أن تبيعني دارك بكذا ، أو تشتري مني داري بكذا ، وهو باطل . والثاني : أن يقول : بعتك بألف نقداً ، أو بألفين نسيئة ، فحذره بأيهما شئت أو شئت أنا ، وهو باطل . أما لو قال : بعتك بألف نقداً ، وبألفين نسيئة ، أو قال : بعتك نصفه بألف ، ونصفه بألفين ، فيصح العقد . ولو قال : بعتك هذا العبد بألف ، نصفه بستائة ، لم يصح ، لأن ابتداء كلامه يقتضي توزيع الثمن على الثمن بالسوية ، وآخره يناقضه .

ومنها : بيع الحاقلة والزابنة ، وسيأتي بيانها إن شاء الله تعالى .
ومنها : بيع الحجر - يفتح الميم وإسكان الجيم والراء - وهو ما في الرحم ، وقيل : هو الربا . وقيل : هو الحاقلة والزابنة .

ومنها : بيع السنين ، وله تفسيران . أحدهما : بيع ثمرة النخلة سنين . والثاني : أن يقول : بعتك هذا سنة ، على أنه إذا انقضت السنة فلا بيع بيننا ، فتردّ إليّ المبيع وأردّ إليك الثمن .

ومنها : بيع المرّبان . ويقال : المرّبون ، وهو أن يشتري سلعة من غيره ويدفع إليه دراهم ، على أنه إن أخذ السلعة ، فهي من الثمن ، وإلا ، فهي للمدفع إليه مجاناً . ويفسر أيضاً بأن يدفع دراهم إلى صانع ليعمل له خفاً أو خاتماً أو ينسج له ثوباً ، على أنه إن رضيه ، فالمدفع من الثمن ، وإلا ، فهو للمدفع إليه .

ومنها : بيع الغنبل قبل أن يسود ، والحبل قبل أن يشتد ، وبيع الثمار قبل أن تنجو من العاهة ، وسيأتي تفصيلها إن شاء الله تعالى .

ومنها : بيع السلاح لأهل الحرب ، لا يصح ، ويجوز بيعهم الحديد ، لأنه لا يتعين للسلاح .

قلت : بيع السلاح لأهل الذمة في دار الاسلام ، صحيح . وقيل : وجهان ، حكاهما المتولي والبنوي والرويان وغيرهم . والله أعلم

ومنها : أن النبي ﷺ ، نهى عن ثمن الهرة . قال القفال : المراد : الهرة الوحشية ، إذ ليس فيها منفعة استثناس ولا غيره .

قلت : مذهبنا : أنه يصح بيع الهرة الأهلية ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه وغيره . والجواب عن الحديث من أوجه ، ذكرها الخطابي . أحدها : أنه تكلّم في صحته . والثاني : جواب القفال . والثالث : أنه نهى تنزيه . والمقصود : أن الناس يتسامحون به ويتعاضدون . هذه أجوبة الخطابي ، لكن الأول باطل ، فإن الحديث في « صحيح مسلم » من رواية جابر رضي الله عنه (١) . والله أعلم

ومنها : النهي عن بيع ومسلم ، وهو البيع بشرط القرض .

ومنها : النهي عن بيع وشرط . والشرط ينقسم إلى فاسد ، وصحيح . فالفاسد : يفسد المقعد على المذهب ، وفيه كلام سيأتي قريباً إن شاء الله تعالى . فمن الفاسد ، إذا باع عبده بألف ، بشرط أن يبيعه داره ، أو يشتري منه داره ، وبشرط أن يقرضه عشرة ، فالمقعد الأول باطل . فإذا أتيا بالبيع الثاني ، نظر ، إن كانا يملكان بطلان الأول ، صح ، وإلا ، فلا ، لأنها يأتیان به على حكم الشرط الفاسد ، كذا قطع به صاحب « التهذيب » وغيره . والقياس : صحته ، وبه قطع الامام ، وحكاه عن شيخه في كتاب « الرهن » . ولو اشترى زرعاً ، وشرط على بائنه أن يحصده ، بطل البيع على المذهب . وقيل : فيه قولان ، لأنه جمع بين بيع وإجارة . وقيل : شرط الحصاد باطل . وفي البيع قولاً تفريق الصفقة . وكذا الحكم لو أفرد الشراء

(١) الذي في « صحيح مسلم » عن أبي الزبير قال : سألت جابراً عن ثمن الكلب والنور ، قال : زجر النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك .

بموض والاستئجار بموض ، فقال : اشتريته بمشرة ، على أن تحصده بدرهم ، لأنه جمل الإجارة شرطاً في البيع ، فهو في معنى بيعتين في بيعة . ولو قال : اشتريت هذا الزرع ، واستأجرتك على حصاده بمشرة ، فقال : بمت وأجّرت ، فطريقان . أحدهما : على القولين في الجمع بين مختلفي الحكم . والثاني : تبطل الإجارة . وفي البيع قولاً تفريق الصفقة . ولو قال : اشتريت هذا الزرع بمشرة ، واستأجرتك لحصده بدرهم ، صح الشراء ، ولم تصح الاجارة ، لأنه استأجره للعمل فيما لم يملكه . ونظائر مسألة الزرع تقاس بها ، كما إذا اشترى ثوباً وشرط عليه صبغه ، وخطاطته ، أو لبناً وشرط عليه طبخه ، أو نملاً وشرط عليه أن يعمل به دابته ، أو عبداً رضيعاً على أنه يتم إرضاعه ، أو متاعاً على أن يحمله إلى بيته ، والبائع يعرف بيته ، فإن لم يعرفه ، بطل قطعاً . ولو اشترى حطباً على ظهر بهيمة مطلقاً ، فهل يصح المقد ويسلمه إليه [في] موضعه ، أم لا يصح حتى يشترط تسليمه في موضعه ، لأن العادة قد تقتضي حمله إلى داره ؟ فيه وجهان .

قلت : أصحها : الصحة . واستأعلم

وأما الشرط الصحيح في البيع ، فمن أنواعه شرط الأجل المعلوم في الثمن . فإن كان الثمن مجهولاً ، بطل . قال الروياني : ولو أجّل الثمن ألف سنة ، بطل المقد ، للعلم بأنه لا يعيش هذه المدة . فعلى هذا ، يشترط في صحة الأجل ، احتمال بقائه إليه .

قلت : لا يشترط احتمال بقائه إليه ، بل ينتقل إلى وارثه ، لكن التأجيل بألف سنة وغيرها مما يبعد بقاء الدنيا إليه ، فاسد . واستأعلم

ثم موضع الأجل ، إذا كان الموض في الذمة . فأما ذكره في المبيع أو في الثمن الميسن ، مثل أن يقول : اشتريت بهذه الدراهم على أن أسلمها في وقت كذا ، فباطل ، يبطل البيع . ولو حلّ الأجل ، فأجّل البائع المشتري مدة ، أو زاد في الأجل قبل حلول الأجل المضروب ، فهو وعدّ لا يلزم . كما أن بدل الاتلاف لا يتأجل وإن

أجله . ولو أوصى من له دين حالاً على إنسان بإمهاله مدة ، لزم ورثته إمهاله تلك المدة ، لأن التبرعات بعد الموت تلزم ، قاله في «م التمه» . ولو أسقط من عليه الدين المؤجل الأجل ، فهل يسقط حتى يتمكن المستحق من مطالبته في الحال ؟ وجهان . أصحها : لا يسقط ، لأن الأجل صفة تابعة ، والصفة لا تفرد بالإسقاط ، ألا ترى أن مستحق الحنطة الجيدة ، أو الدنانير الصالح ، لو أسقط صفة الجودة والصحة ، لم تسقط . ومن أنواعه ، شرط الخيار ثلاثة أيام ، وسيأتي بيانها إن شاء الله تعالى .

ومنها : شرط الرهن ، والكفيل ، والشهادة ، فيصح البيع بشرط أن يرهن المشتري بالثمن ، أو يتكفل به كفيل ، أو يشهد عليه ، سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً . ويجوز [أيضاً] أن يشترط المشتري على البائع كفيلاً بالمدة ، ولا بد من تعيين الرهن والكفيل . والمعتبر في الرهن المشاهدة أو الوصف بصفة المسلم فيه . وفي الكفيل المشاهدة ، أو المعرفة بالاسم والنسب ، ولا يكفي الوصف ، كقوله : رجل موسر ثقة . هذا هو المنقول للأصحاب . ولو قال قائل : الاكتفاء بالوصف أولى من الاكتفاء بمشاهدة من لا يعرف حاله ، لم يكن مبعداً . وقال القاضي ابن كعب : لا يشترط تعيين الكفيل . فإذا أطلق ، أقام من شاء كفيلاً ، وهذا شاذ مردود . ولا يشترط تعيين الشهود على الأصح . وادعى الإمام ، أنه لا يشترط قطعاً ، ورد الخلاف إلى أنه لو عين الشهود ، هل يتعينون ؟ ولا يشترط التعرض لكون المرهون عند المرتهن أو عند عدل على الأصح ، بل إن اتفقا على يد المرتهن ، أو عدل ، وإلا جملة الحاكم في يد عدل . وينبغي أن يكون الشروط رهنه ، غير البيع . فلو شرط كون المبيع نفسه رهناً بالثمن ، بطل البيع على المذهب ، وبه قطع الأصحاب ، إلا الإمام ، فإنه قال : هو مبني على أن البداءة بالتسليم بمن ؟ فإن قلنا : بالبائع أو يبحران ، أو لا يبحران ، بطل البيع ، لأنه شرط ينافي مقتضاه . وإن قلنا : بالمشتري ، فوجهان . أحدهما : هذا .

والثاني ، يصح البيع والشرط ، سواء كان الثمن حالاً ، أو مؤجلاً . ولو شرط أن يرهنه بالثمن بعد القبض ويردّه إليه ، بطل البيع أيضاً . ولو رهنه بالثمن من غير شرط ، صح إن كان بعد القبض . فإن كان قبله ، فلا إن كان الثمن حالاً ، لأن الحبس ثابت له . وإن كان مؤجلاً ، فهو كرهن المبيع بدين آخر قبل القبض . ثم إذا لم يرهن المشتري ما شرطه ، أو لم يشهد ، أو لم يتكفل الذي عينه ، فلا إيجاب ، لكن للبائع الخيار . ولا يقوم رهن وكفيل آخر مقام المعين . فإن فسخ ، فذاك . وإن أجاز ، فلا خيار للمشتري . ولو عين شاهدين ، فامتصا من التحمل ، فإن قلنا : لا بد من تعيين الشاهدين ، فللبائع الخيار ، وإلا ، فلا . ولو باع بشرط الرهن ، فهلك الموهون قبل القبض ، أو تعيب ، أو وجد به عيباً قديماً ، فله الخيار في فسخ البيع ، وإن تعيب بعد القبض ، فلا خيار . ولو ادعى الراهن أنه حدث بعد القبض ، وقال المرتها : قبله ، فالقول قول الراهن . ولو هلك الرهن بعد القبض ، أو تعيب ثم اطلع على عيب قديم ، فلا أرش له ، وليس له فسخ البيع على الأصح .

فرع

في بيع الرقيق بشرط العتق ، ثلاثة أقوال . المشهور : أنه يصح العقد والشرط . والثاني : يبطلان . والثالث : يصح البيع ويبطل الشرط . فإذا صححنا الشرط ، فذاك إذا أطلق ، أو قال : بشرط أن تمتقه عن نفسك . أما إذا قال : بشرط أن تمتقه عني ، فهو لاغٍ . ثم في العتق المشروط ، وجهان . أصحهما : أنه حق لله تعالى ،

كالملتزم بالنذر . والثاني : أنه حق للبائع ، فعلى هذا للبائع المطالبة به قطعاً . وإن قلنا : إنه لله تعالى ، فللبائع المطالبة به أيضاً على الأصح . وإذا أعتقه المشتري ، فالولاء له بلا خلاف ، سواء قلنا : الحق لله تعالى ، أم للبائع ، لأنه أعتق ملكه . فإن امتنع من المتق ، فإن قلنا : الحق لله تعالى ، أجبر عليه . وإن قلنا : للبائع ، لم يجبر ، بل يجزى البائع في فسخ البيع . وإذا قلنا بالاجبار ، قال في « التتمة » : يخرج على الخلاف في المولي إذا امتنع من الطلاق ، فيعتقه القاضي على قول ، ويجبسه حتى يعتق على قول . وذكر الامام احتمالين . أحدهما : هذا . والثاني ، يتعين الحبس . فإذا قلنا : المتق حق للبائع ، فأسقطه ، سقط ، كما لو شترط رهناً أو كفيلًا ثم عفا عنه . وعن الشيخ أبي محمد : أن شرط الرهن والكفيل لا يفرد بالإسقاط ، كالأجل ، فلو أعتق المشتري هذا العبد عن الكفارة ، فإن قلنا : الحق لله تعالى ، أو للبائع ، ولم يأذن ، لم يجز . وإن أذن ، أجزأ عنها على الأصح . ويجوز استخدامه ، والوطء والاكساب للمشتري . ولو قتل ، كانت القيمة له ، ولا يكلفه صرفها إلى عبد آخر ليعتقه . ولو باعه لغيره وشرط عليه عتقه ، لم يصح على الصحيح . ولو أولد الجارية ، لم يجزئه عن الاعتاق على الصحيح . ولو مات العبد قبل عتقه ، فأوجه . أصحها : ليس عليه إلا الثمن المسمى ، لأنه لم يلتزم غيره . والثاني : عليه مع ذلك قدر التفاوت بمثل نسبته من الثمن . والثالث : للبائع الخيار ، إن شاء أجاز العقد ولا شيء له ، وإن شاء فسخ ورد ما أخذ من الثمن ورجع بقيمة العبد . والرابع : يفسخ . ثم إن هذه الأوجه ، مفرقة على أن المتق للبائع ، أم مطردة سواء قلنا : له ، أو لله تعالى ؟ فيه رأيان للامام . أظهرهما : الثاني .

قلت : وهذا الثاني ، مقتضى كلام الأصحاب وإطلاقيهم . والله أعلم

ولو اشترى عبداً بشرط أن يدبره ، أو يكاتبه ، أو يعتقه بعد شهر

أو سنة ، أو داراً بشرط أن يجعلها وقفاً ، فالأصح : أن البيع باطل في جميع ذلك .
وقيل : إنه كشرط الاعتاق . وجميع ما سبق في شرط الاعتاق مفروض فيها إذا لم
يتعرض للولاء . فأما إذا شرط مع العتق كون الولاء للبائع ، فالذهب : أن البيع
باطل ، وبهذا قطع الجمهور . وحكي قول : أنه يصح البيع ، ويبطل الشرط . وحكى
الامام وجهاً : أنه يصح الشرط أيضاً ، ولا يعرف هذا الوجه عن غير الامام .
ولو اشترى بشرط الولاء دون شرط الاعتاق ، بأن قال : بمثكه بشرط أن يكون
لي الولاء إن أعتقته ، فالبيع باطل قطعاً ، ذكره في « التمه » . ولو اشترى
أباه أو ابنه بشرط أن يعتقه ، فالبيع باطل قطعاً ، لتعذر الوفاء بالشرط ، فإنه
يعتق عليه قبل إعتاقه ، قاله القاضي حسين .

قلت : قد حكي الرافعي في كتاب « كفارة الظهار » عن ابن كج : أنه لو اشترى
عبداً بشرط أن يملق عتقه بصفة ، لم يصح البيع على الأصح . وحكى وجهين فيما
لو اشترى جارية حاملاً بشرط العتق ، فولدت ثم أعتقها ، هل يتبعها الولد؟ وأنه
لو باع عبداً بشرط أن يبيعه المشتري بشرط العتق ، فالذهب : بطلان البيع .
وعن ابن القطان : أنه على وجهين . والله أعلم

فصل

في ضبط صحيح الشروط في البيع وفاسدها

قال الأصحاب : الشرط ضربان . ما يقتضيه مطلق المقد ، وما لا يقتضيه .
فالأول : كالإقباض والانتفاع ، والرد بالعيب ونحوها ، فلا يضر التعرض لها
ولا ينفع . والثاني : قهراً . ما يتعلق بمصلحة المقد ، وما لا يتعلق . فالأول :
قد يتعلق بالثمن ، كشرط الرهن والكفيل ، وقد يتعلق بالثمن ، كشرط أن يكون

البد خياطاً ، أو كاتباً ، وقد يتعلق بها ، كشرط الخيار . فهذه الشروط ، لا تفسد المقد ، وتصح في أنفسها . والقسم الثاني : فوطان . ما لا يتعلق به غرض يورث تنازعا ، وما يتعلق .

فالأول : كشرط أن لا يأكل إلا الهريسة ، ولا يلبس إلا الخنز ، ونحو ذلك ، فهذا لا يفسد المقد ، بل يلغو ، هكذا قطع به الامام ، والنزالي . وقال صاحب « التتمة » : لو شرط التزام ما ليس بلازم ، بأن باع بشرط أن يصلي النوافل ، أو يصوم شهراً غير رمضان ، أو يصلي الفرائض في أول أوقاتها ، فالبيع باطل ، لأنه أزم ما ليس بلازم . ومقتضى هذا فساد المقد في مسألة الهريسة . والثاني : كشرطه أن لا يقبض ما اشتراه ، أو لا يتصرف فيه بالبيع والوطء ونحوهما ، وكشرط بيع آخر ، أو قرض ، وكشرط أن لا خسارة عليه في ثمنه إن باعه ففقد ، فهذه الشروط وأشباهاها فاسدة تفسد البيع ، إلا الاعتاق على ما سبق .

فرع

لا يجوز بيع الحمل ، لا من مالك الأم ، ولا من غيره . ولو باع حاملاً يبيعاً مطلقاً ، دخل الحمل في البيع . ولو باعها واستبقى حملها ، لم يصح البيع على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وحكى الامام فيه وجهين . ولو كانت الأم لإنسان ، والحمل لآخر ، فباع الأم لمالك الحمل أو لغيره ، أو باع جارية حاملاً بجزء ، فالذهب : أن البيع باطل ، وبه قطع الأكثرون . وقيل : يصح ، واختاره الامام ، والنزالي . ولو باع جارية ، أو دابة بشرط أنها حامل ، فقولان . وقيل : وجهان . أظهرهما : يصح البيع . والثاني : لا يصح . وقيل : يصح في الجارية قطعاً ، وهما مبنيان على أن الحمل يعلم ، أم لا . إن قلنا : لا ، لم يصح ، وإلا ،

صح . ولو قال : بتك هذه الدابة وحملها ، أو هذه الشاة وما في ضرعها من اللبن . ، لم يصح على الأصح ، وبه قال ابن الحداد ، والشيخ أبو علي ، لأنه جعل المجهول مبيعاً . مع المعلوم ، بخلاف البيع بشرط أنها حامل ، فإنه وصف تابع . وقال أبو زيد : يصح ، لأنه يدخل عند الإطلاق ، فلا يضر ذكره كأساس الدار . ولو قال : بتك الجبة بمحشوها ، ف قيل : هو على الخلاف . وقيل : يصح قطعاً ، لأن الحشو داخل في مسمى الجبة ، فذكره تأكيد للفظ الجبة ، بخلاف الحمل ، فإذا قلنا بالبطلان في هذه الصور ، قال الشيخ أبو علي : في صورة الجبة في صحة البيع في الظهارة والبطنة قولاً تفريق الصفقة ، وفي صورة الدابة ، يبطل البيع في الجميع ، لأن الحشو يمكن معرفة قيمته . قال الامام : هذا حسن . ولو باع حاملاً وشرط وضما لرأس الشهر ونحوه ، لم يصح البيع قطعاً ، ويض الطير ، كحمل الدابة والجارية في جميع ذلك . ولو باع شاة بشرط أنها لبون ، فطريقان . أصحها : أنه على الخلاف في البيع بشرط الحمل ، لكن الصحة هنا أقوى . والطريق الثاني : يصح قطعاً ، لأن هذا شرط صفة فيها لا يقتضي وجود اللبن فيها حالة العقد ، فهو كشرط الكتابة في العبد . فلو شرط كون اللبن في الضرع ، كان كشرط الحمل قطعاً . ولو شرط كونها تدرث كل يوم كذا رطلاً من اللبن ، بطل البيع قطعاً ، لأن ذلك لا ينضبط ، فصار كما لو شرط في العبد أن يكتب كل يوم عشر ورقات . ولو باع لبونا ، واستثنى لبنها ، لم يصح العقد على الصحيح ، كاستثناء حمل الجارية ، والكسب في بيع السمسم ، والحب في بيع القطن .

فرع

ومن الشروط الصحيحة باتفاق ، أو على خلاف ، مسائل نشير إلى بعضها مختصرة .

منها : البيع بشرط البراءة من العيوب .

ومنها : بيع الثمار بشرط القطع وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

ومنها : لو باع مكيلاً أو موزوناً أو منروعاً ، بشرط أن يكال بمكيال معين ، أو بوزن [معين] ، أو بذرع معين ، أو شرط ذلك في الثمن ، ففيه خلاف تشرحه في باب السلم إن شاء الله تعالى . وفي معناه ، تعيين رجل يتولّى الكيل أو الوزن .

ومنها : لو باع داراً واستثنى لنفسه مكانها ، أو دابة استثنى ظهرها ، إن لم يبين المدة ، لم يصح البيع قطعاً ، وإن بينها ، لم يصح أيضاً على الأصح .
ومنها : لو باع بشرط أن لا يسلم البيع حتى يستوفي الثمن ، فإن كان مؤجلاً ، بطل العقد . وإن كان حالاً ، بني على أن البداية بالتسليم بمن ؟ فان جعلنا ذلك [من] مقتضى العقد ، لم يضر ذكره ، وإلا ، فيفسد العقد .

ومنها : لو قال : بعتك [هذه] الصبرة كل صاع بدرهم على أن أزيدك صاعاً ، فإن أراد هبة صاع أو بيعة من موضع آخر ، فالعقد باطل ، لأنه شرط عقد في عقد . وإن أراد أنها إن خرجت عشرة [آصع] أخذت تسعة دراهم ، فإن كانت الصيعة مجهولة ، لم يصح ، لأنه لا يعلم حصة كل صاع . وإن كانت معلومة ، صح . فإن كانت عشرة ، فقد باع كل صاع وتُسماً بدرهم ، ولو قال : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم ، على أن أنقصك صاعاً ، فإن أراد رد صاع إليه ، فهو فاسد . وإن أراد أنها إن خرجت تسعة آصع ، أخذت عشرة دراهم ، فإن كانت الصيعة مجهولة ، لم يصح ، وإن كانت معلومة ، صح . فإن كانت تسعة آصع ، فقد باع كل صاع بدرهم وتُسع . وفيه وجه : أنه لا يصح مع العلم أيضاً ، لقصور العبارة عن التحميل المذكور . ولو قال : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم ، على أن أزيدك صاعاً ، أو أنقصك ، ولم يبين إحدى الجهتين ، فهو فاسد .

ومنها : لو باع أرضاً على أنها مائة ذراع ، فخرجت دون المائة ، فقولان .
أظهرها : صحة البيع . وقيل : يصح قطعاً للإشارة ، وصار كالتلف في الصفة .
فعلى هذا ، للمشتري الخيار في الفسخ ، ولا يسقط بحطّ البائع من الثمن قدر
النقص . وإذا أجاز ، يميز بجميع الثمن على الأظهر ، وبقسطه على القول
الآخر . ولو خرجت أكثر من مائة ، ففي صحة البيع القولان . فإن صححناه ،
فالصحيح : أن للبائع الخيار . فإن أجاز ، كانت كلها للمشتري ،
ولا يطالبه للزيادة بشيء . والوجه الآخر ، اختاره صاحب « التهذيب » : أنه
لا خيار للبائع ، ويصح البيع في الجميع ، بجميع الثمن المسمى ، وينزل شرطه
منزلة من شرط كون البيع مبيعاً فخرج سليماً ، لا خيار له . فإذا قلنا
بالصحيح ، فقال المشتري : لا تفسخ ، فأنا أقنع بالقدر المشروط شائعاً ولك الزيادة ،
لم يسقط خيار البائع على الأظهر . ولو قال : لا تفسخ لأزيدك في الثمن لما زاد ،
لم يكن له ذلك ، ولم يسقط به خيار البائع بلا خلاف . ويقاس بهذه المسألة ما إذا
باع الثوب على أنه عشرة أذرع ، أو القطيع على أنه عشرون شاة ، أو الصبرة
على أنها ثلاثون صاعاً ، وحصل نقص أو زيادة . وفرق صاحب « الشامل » بين
الصبرة وغيرها ، فقال : إن زادت الصبرة ، رد الزيادة . وإن نقصت وأجاز
المشتري ، أجاز بالحصّة ، وفيما سواها يميز بجميع الثمن .

ومنها : لو قال : بع عبدك من زيد بألف على أن عليّ خمسمائة ، فباعه على
هذا الشرط ، لم يصح البيع على الأصح . والثاني : يصح ويجب على زيد ألف ،
وعلى الأمر خمسمائة ، كما لو قال : ألق متاعك في البحر على أن عليّ كذا .

فصل

البيع الصحيح إذا ضم إليه شرط ، فذلك الشرط ضربان ، صحيح ، وفاسد . فإن كان صحيحاً ، فالمقد صحيح . وإن كان فاسداً ، فإن كان مما لا يفرد بالمقد ، نظر ، إن لم يتعلق به غرض يورث تنازعا ، لم يؤثر ذلك في المقد كما سبق . قال الامام : ومن هذا القيل ، ما إذا عين الشهود لتوثيق الثمن ، وقلنا : لا يمتنعون ، فلا يفسد [به] المقد ، وإن تعلق به غرض ، فسد البيع بفساده ، للنهي عن بيع وشرط . هذا هو المشهور . ولنا قول رواه أبو ثور : أن البيع لا يفسد بفساد الشرط بحال ، لقصة برة رضي الله عنها (١) . وإن كان مما يفرد بالمقد ، كالرهن والكفيل ، فهل يفسد البيع لفسادهما ؟ قولان . أظهرهما : يفسد ، كسائر الشروط الفاسدة . والثاني : لا ، كالصداق الفاسد لا يفسد [النكاح] . ولو باع بشرط نفي خيار المجلس ، أو خيار الرؤية ، ففيه خلاف نذكره في باب الخيار إن شاء الله تعالى .

فصل

إذا اشترى شيئاً شراءً فاسداً ، إما لشرط فاسد ، وإما لسبب آخر ، ثم قبضه ، لم يملكه بالقبض ، ولا ينفذ تصرفه فيه ، ويلزمه رده ، وعليه مؤنة رده كالمنصوب . ولا يجوز حبسه ، لاسترداد الثمن . ولا يقدم به على الغرماء على المذهب . وحكي قول ووجه للاصطخري : أن له حبسه ويقدم به ، وهو شاذ ضعيف . وتلزمه أجرة المثل للمدة التي كان في يده ، سواء استوفى المنفعة ، أم

(١) رواها البخاري (١٣٧/٥) ومسلم (١١٤١/٢) وفيها يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ما بال أناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ؟ ! من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله ، فليس له ، وإن شرطه مائة مرة ، شرط الله أحق وأوثق » .

تلفت تحت يده . وإن تيبب في يده ، فعليه أرش النقص ، وإن تلف ، فعليه قيمته أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف ، كالمفصوب ، لأنه مخاطب كل لحظة من جهة الشرع برده . وفي وجهه : تعتبر قيمته يوم التلف . وفي وجهه : يوم القبض . وقد يمتد عن هذا الخلاف بالأقوال . وكيف كان ، فالذهب : اعتبار الأكثر . وما حدث من الزوائد المنفصلة ، كالولد ، والثمرة ، والمتصلة ، كالسمن ، وتعلم صنعة ، مضمون عليه كزوائد المفصوب . وفي وجهه شاذ : لا يضمن الزيادة عند التلف . ولو أنفق على البعد مدة ، لم يرجع بها على البائع إن كان المشتري عالماً بفساد البيع ، وإلا ، فوجهان .

قلت : أحكما : لا يرجع . والله أعلم

وإن كانت جارية ، فوطئها المشتري ، فإن كان الواطئ والموطوء جاهلين ، فلا حد ، ويجب المهر . وإن كانا عالين ، وجب الحد إن اشتراها بميتة ، أو دم . وإن اشتراها بخمر ، أو بشرط فاسد ، فلا حد ، لاختلاف العلماء في حصول الملك ، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه ، يملكه في هذه الحالة ، فصار كالوطئ في النكاح بلا ولي ونحوه . قال الامام : ويجوز أن يقال : يجب الحد ، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه ، لا يبيع الوطئ ، وإن كان يثبت الملك ، بخلاف الوطئ في النكاح بلا ولي . وإذا لم يجب الحد ، وجب المهر . فإن كانت بكر ، وجب مع مهر البكر أرش البكارة . أما مهر البكر ، فلا يستمتع ببكر . وأما الأرش ، فلا تلانف البكارة . وإن استولدها ، فالولد حرٌ للشبهة . فإن خرج حياً ، فعليه قيمته يوم الولادة ، وتستقر عليه قيمته . بخلاف ما لو اشترى جارية واستولدها فخرجت مستحقة ، فإنه يفرم قيمة الولد ، ويرجع بها على البائع ، لأنه غرّه ، ولا تصير الجارية في الحال أم ولد . فإن كان ملكها في وقت ، فقولان . وإن نقصت بالحمل أو الوضع ، لزمه الأرش . وإن خرج الولد ميتاً ، فلا قيمة . لكن إن سقط بجناية ، وجبت الفدية على عاقلة الجاني ، وعلى المشتري أقل الأمرين من قيمة الولد يوم الولادة والغرة ، ويطالب

به المالك من شاء من الجاني والمشتري . ولو مات في الطلق ، لزمه قيمتها ، وكذا لو وطئ أمة الغير بشبهة فأحبها فمات في الطلق . وهذه الصورة وأخواتها ، مذكورة في كتاب « الرهن » واضحة .

فرع

لو اشترى شيئاً شراءً فاسداً ، فباعه لآخر ، فهو كالفاسد يبيع المصوب . فإن حصل في يد الثاني ، لزمه رده إلى المالك . فإن تلف في يده ، نظر ، إن كانت قيمته في يدهما سواء ، أو كانت في يد الثاني أكثر ، رجع المالك بالجميع على من شاء منها ، والقرار على الثاني ، لحصول التلف في يده . وإن كانت القيمة في يد الأول أكثر ، فضمن النقص على الأول ، والباقي يرجع به على من شاء منها ، والقرار على الثاني . وكل نقص حدث في يد الثاني ، يطالب به الأول ، ويرجع به على الثاني . وكذا حكم أجرة المثل .

فصل

إذا فسد العقد بشرط فاسد ، ثم حذف الشرط ، لم ينقلب العقد صحيحاً ، سواء كان الحذف في المجلس أو بعده . وفي وجهه : ينقلب صحيحاً إن حذف في المجلس ، وهو شاذ ضعيف . ولو زاد في الثمن أو المثل ، أو زاد إثبات الخيار ، أو الأجل ، أو قدرهما ، نظر ، إن كان ذلك بمسد لزوم العقد ، لم يلحق بالعقد . وكذا الحكم في رأس مال السلم والسلم فيه والصدّاق وغيرها ، وكذا الخط ، لا يلحق شيء من ذلك بالعقد ، حتى أن الشفيع يأخذ بما سمي في العقد ، لا بما بقي بعد الخط . وإن كانت هذه الإلحاقات قبل لزوم العقد ، بأن كانت في مجلس العقد ، أو في زمن خيار الشرط ، فأوجه . أحدها : لا يلحق ،

وصححه في « التثمة » . والثاني : يلحق في خيار المجلس ، دون خيار الشرط ،
 قاله أبو زيد ، والقفال . والثالث ، وهو الأصح عند الأكثرين : يلحق في مدة
 الخيارين جميعاً ، وهو ظاهر النص . فعلى هذا في محل الجواز ، وجهان . أحدهما
 قاله أبو علي الطبري ، واختاره الشيخ أبو علي ، وصاحب « التهذيب » ، وغيرهما :
 أنه مفرّع على قولنا : الملك في زمن الخيار للبائع ، أو قلنا : موقوف وفسخ العقد ،
 فأما إن قلنا : للمشتري ، أو [قلنا إنه] موقوف وأمضي العقد ، فلا يلحق كما بعد
 اللزوم . والوجه الثاني : أن الجواز مطرد على الأقوال كلها ، وهو الصحيح عند
 العراقيين . فإذا قلنا : يلحق ، فالزيادة تنظم الشفيع كما تنظم المشتري . وفي الخطأ
 قبل اللزوم ، مثل هذا الخلاف . فإن الحقناه بالعقد ، انحط عن الشفيع . وعلى
 هذا الوجه : ما يلحق بالعقد من الشروط الفاسدة قبل انقضاء الخيار ، له حكم
 المقرن بالعقد في إفساده ، وينحط جميع الثمن ، فهو كما لو باع بلا ثمن .
 القسم الثاني من المناهي : ما لا يقتضي الفساد .

فمنه الاحتكار ، وهو حرام على الصحيح ، وقيل : مكروه ، وهو أن يشتري
 الطعام في وقت الفلاء ، ولا يدّعه للضعفاء ، ويحبسه لبيعه بأكثر عند اشتداد الحاجة .
 ولا بأس بالشراء في وقت الرخص لبيع في وقت الفلاء . ولا بأس بامساك غلة
 ضيمته لبيع في وقت الفلاء ، ولكن الأولى أن يبيع ما فضل عن كفايته .
 وفي كراهة إمساكه ، وجهان . ثم تحريم الاحتكار يختص بالأقوات .
 ومنها : التمر ، والزبيب ، ولا يعم جميع الأطعمة .

ومنها : التسمير ، وهو حرام في كل وقت على الصحيح . والثاني :
 يجوز في وقت الفلاء دون الرخص . وقيل : إن كان الطعام مجلوباً ، حرم التسمير .
 وإن كان يزرع في البلد ويكون عند القناة ^(١) ، جاز . وحيث جوزنا التسمير ،
 فذلك في الأطعمة ، ويلحق بها علف الدواب على الأصح . وإذا سمر الإمام
 عليه ، بخالف ، استحق التعزير . وفي صحة البيع ، وجهان مذكوران في « التثمة » .

(١) في نسخة الظاهرية : التناء (و عم القيمون) .

قلت : الأصح : صحة البيع . والله أعلم

فصل

يحرم أن يبيع حاضر لبادٍ ، وهو أن يقدم إلى البلد بدوي أو قروي بسلمة يريد بيعها بسعر الوقت ، ليرجع إلى وطنه ، فيأتيه بلدي فيقول : ضع متاعك عندي لأبيعه لك على التدرّج بأعلى من هذا السعر . ولتحرّيه ، شروط . أحدها : أن يكون عالماً بالنهي فيه . وهذا شرط يعم جميع الناهي . والثاني : أن يكون المتاع المطلوب مما تم الحاجة إليه ، كالأطعمة ونحوها . فأما ما لا يحتاج إليه إلا نادراً ، فلا يدخل في النهي . والثالث : أن يظهر يبيع ذلك المتاع سعة في البلد ، فإن لم يظهر لكبر البلد ، أو قلّة ماله ، أو لمعوم وجوده ورخص السعر ، فوجّهان أوقفهما للحديث (١) التحريم . والرابع : أن يعرض الحضري ، ذلك على البدوي ويدعوه إليه . أما إذا التمس البدوي منه يبيعه تدريجاً ، أو قصد الإقامة في البلد ليبينه كذلك ، فسأل البلدي تفويضه إليه ، فلا بأس ، لأنه لم يضر بالناس ، ولا سبيل إلى منع المالك منه ، ولو أن البلدي استشار البلدي فيما فيه حظه ، فهل يرشده إلى الادخار والبيع على التدرّج ؟ وجهان . حكى القاضي ابن كج عن أبي الطيب بن سلمة ، وأبي إسحاق المروزي : أنه يجب عليه إرشاده إليه ، أداءً للنصيحة . وعن أبي حفص بن الوكيل : أنه لا يرشده إليه توسيماً على الناس . ثم لو باع البلدي للبدوي عند اجتماع شروط التحريم ، أثم وصح البيع .

قلت : قال القفال : الاثم على البلدي دون البدوي ، ولا خيار للمشتري .

والله أعلم

(١) وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يبيع حاضر لباد » متفق عليه . أي : لا يكن له سماراً .

فصل

يحرم تلقي الركبان ، وهو أن يتلقى طائفة يحملون طعاماً إلى البلد ، فيشتريه منهم قبل قدومهم البلد ومعرفة سعره . وشرط تحريره ، أن يعلم النبي ويقصد التلقي . فلو خالف فتلقى واشترى ، أثم ، وصح البيع ، ولا خيار لهم قبل أن يقدموا ويملأوا السمر ، وبعده يثبت لهم الخيار إن كان الشراء بأرخص من سعر البلد ، سواء أخبر كاذباً أو لم يخبر . وإن كان الشراء بسعر البلد أو أكثر ، فوجهان . الأصح : لا خيار لهم . ولو ابتدأ القادمون فالتمسوا منه الشراء وهم عالمون بسعر البلد أو غير عالين ، فعلى الوجهين . ولو لم يقصد التلقي ، بل خرج لشغل من اصطلياد وغيره ، فرآهم فاشترى منهم ، فوجهان . أحدهما : لا يمضي ، لعدم التلقي . وأصحها عند الأكثرين : يمضي ، لشمول المعنى . فعلى الأول : لا خيار لهم ، وإن كانوا مضبوطين . وقيل : إن أخبر بالسمر كاذباً ، فلهم الخيار . وحيث أثبتنا الخيار في هذه الصور ، فهو على الفور على الأصح . والثاني : يمتد ثلاثة أيام . ولو تلقى الركبان وباعهم ما يقصدون شراءه من البلد ، فهل هو كالتلقي للشراء ؟ وجهان .

فصل

يحرم السوم على سوم أخيه . وهو أن يأخذ شيئاً ليشتريه ، فيجي إليه غيره ويقول : ردّه حتى أبيعك خيراً منه بهذا الثمن ، أو يقول لمالكه : استردّه لأشتريه منك بأكثر . وإنما يحرم بعد استقرار الثمن . فأما ما يطاف به فيمن يزيد وطلبه طالب ، فلغيره الدخول عليه والزيادة فيه . وإنما يحرم ، إذا حصل

التراضي صريحاً . فإن لم يصرح ، ولكن جرى ما يدل على الرضى ، ففي التحريم وجهان . أحدهما : لا يحرم . فإن لم يجر شيء ، بل سكت ، فالذهب : أنه لا يحرم ، كما لو صرح بالرد . وقيل : هو على الوجهين . ويحرم أن يبيع على بيع أخيه ، وأن يشتري على شراء أخيه . فالبيع على بيع أخيه ، أن يقول لمن اشترى سلعة في زمن خيار المجلس أو الشرط : افسخ لأبيك خيراً منه ، أو أرخص . والشراء على شرائه أن يقول للبائع : افسخ لاشترية منك بأكثر . وشرط القاضي ابن كعب في البيع على البيع ، أن لا يكون المشتري مغبوناً [غبناً] مفرطاً . فإن كان ، فله أن يعرفه ويبيع على بيعه ، لأنه ضرب من النصيحة . قلت : هذا الشرط انفرد به ابن كعب ، وهو خلاف ظاهر إطلاق الحديث (١) ، والمختار : أنه ليس بشرط . والله أعلم

ولو أذن البائع في بيعه على بيعه ، ارتفع التحريم على الصحيح .

فصل

يحرم النجش ، وهو أن يزيد في ثمن السلعة المعروضة للبيع وهو غير راغب فيها ليفرغ غيره . فإن اغتر به إنسان فاشتراها ، صح البيع ، ثم لا خيار له إن لم يكن الذي فعله الناجش بمواطأة من البائع ، وإن كان ، فلا خيار أيضاً على الأصح . ولو قال البائع : أعطيت بهذه السلعة كذا ، فصدقه واشتراه ، فإن خلافه ، قال ابن الصباغ : في ثبوت الخيار ، الوجهان . واعلم أن الشافعي رضي الله عنه ، أطلق القول بتعصية الناجش ، وشرط في تعصية البائع على بيع أخيه أن يكون علاناً بالنهي . قال الأصحاب : السبب فيه أن النجش خديعة ، وتحريم الخديعة واضح لكل أحد ، معلوم من الألفاظ العامة وإن لم يعلم هذا

(١) وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يبيع بعضكم على بيع بعض » متفق عليه .

الحديث ، والبيع على بيع أخيه ، إنما عرف تحريمه من الخبر الوارد فيه (١) فلا يعرفه من لا يعرف هذا الخبر ، قال الرافعي : ولك أن تقول : البيع على بيع أخيه ، إضرار أيضاً ، وتحريم الإضرار معلوم من الألفاظ العامة ، والوجه تخصيص التعمية بمن عرف التحريم بعموم أو خصوص .

فصل

يحرم التفريق بين الجارية وولدها الصغير بالبيع والقسمة والهبة ونحوها ، ولا يحرم التفريق في المقت ، ولا في الوصية . وفي الرد باليب ، وجهان . وقال الشيخ أبو إسحاق الشيرازي رحمه الله : لو اشترى جارية وولدها الصغير ، ثم تفاسخا البيع في أحدهما ، جاز ، وحكم التفريق في الرهن مذكور في بابه . وإذا فرق بينهما في البيع والهبة ، ففي صحة العقد قولان . أظهرهما : لا يصح ، لأنه منهي عن تسليمه . قال أبو الفرج البزاز : القولان في التفريق بعد أن تسقيه اللبن ، أما قبله ، فلا يصح قطعاً . وإلى متى يمتد [تحريم] التفريق ؟ قولان . أحدهما : إلى البلوغ . وأظهرهما : إلى بلوغه سن التمييز سبع سنين ، أو ثمان سنين تقريباً . ويكره التفريق بعد البلوغ . فلو فرق بعده ببيع أو هبة ، يصح قطعاً . ولو كانت الأم رقيقة والولد حراً ، أو بالعكس ، فلا منع من بيع الرقيق منها . وهل الجدة والأب وسائر المحارم كالأم ؟ فيه كلام يأتي في كتاب « السَّير » ، إن شاء الله تعالى . والتفريق بين الهيمة وولدها بعد استغنائه عن اللبن ، جائز على الصحيح ، وبه قطع الجمهور .

قلت : هذا الوجه الشاذ في منع التفريق بين الهيمة وولدها ، هو في التفريق بغير الذبح . وأما ذبح أحدهما ، فجائز بلا خلاف . والله أعلم

(١) وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يبيع الرجل على بيع أخيه » متفق عليه ، واللفظ لمسلم .

فصل

بيع الرطب والمنب ممن يتوهم اتخاذه إياه نبيذاً ، أو خمرأ ، مكروه .
وإن تحققت اتخاذه ذلك ، فهل يحرم ، أو يكره ؟ وجهان . فلو باع ، صح على
التقديرين .

قلت : الأصح : التحريم . ثم قال الغزالي في « الاحياء » : يبيع الغلمان
المرد ، إن عرف بالفجور بالغلمان ، له حكم يبيع المنب من الخمار . وكذا كل
تصرف يفضي إلى معصية . والله أعلم

وبيع السلاح لبغاة وقطاع الطريق ، مكروه ، ولكنه يصح . ونكره
مبايعة من اشتملت يده على حلال وحرام ، وسواء كان الحلال أكثر ، أو بالمكس .
فلو باعه ، صح .

قلت : قال أصحابنا : لو دخل قرية يسكنها مجوس ، لم يصح شراء اللحم منها
حتى يعلم أهلية الذابح ، لأن الأصل التحريم ، فلا يزال إلا يقين أو ظاهر .
والله أعلم

فصل

ليس من المناهي بيع العينة (١) - بكسر العين المهملة وبعد الياء نون - وهو أن

(١) فوق هذه العبارة في الأصل بخط دقيق : الأول حذف « ليس » وفي هامش الأصل : في
قوله : ليس من المناهي بيع العينة ، نظر عظيم ، فقد روى ابن عمر رضي الله عنهما ، قال : سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « إذا ضن الناس بالدينار والدرهم ، وتبايعوا بالعينة ،
واتبعوا أذناب البقر ، وتركوا الجهاد في سبيل الله ، أنزل الله بهم بلاء ، فلا يرفعهم حتى =

يبيع غيره شيئاً بثمان مؤجل ، ويسلمه إليه ، ثم يشتريه قبل قبض الثمن بأقل من ذلك الثمن نقداً . وكذا يجوز أن يبيع بثمان نقداً ويشتري بأكثر منه إلى أجل ، سواء قبض الثمن الأول ، أم لا ، وسواء صارت المينة عادةً له غالباً في البلد ، أم لا . هذا هو الصحيح المروى في كتب الأصحاب ، وأفتى الاستاذ أبو إسحاق الاسفراييني ، والشيخ أبو محمد : بأنه إذا صار عادة له ، صار البيع الثاني كالشروط في الأول ، فيطلان جميعاً .

== يراجعوا دينهم «رواه الامام أحمد في « المسند » ، ورواه أبو داود في « سننه » باسناد صحيح إلى حيوة بن شريح المصري ، عن إسحاق أبي عبد الرحمن الخراساني ، أن عطاء الخراساني حدثه ، أن ناقماً حدثه عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « إذا تباعتم بالمينة ، وأخذتم أذناب البقر ، ورضيتم بالزرع ، وتركتم الجهاد ، سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم » . وإسنادا هذين الحديثين حسنان ، والحديث يدل على أن المينة محرمة ، وإلا لما أدخلها في جملة ما استحقوا به العقوبة . وقد جاء عن الأوزاعي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ليأتين على الناس زمان يستحلون الربا بالبيع » وبينها حرية - يعني المينة - . وجاء عن أنس وابن عباس رضي الله عنهم : هذا مما حرمه الله ورسوله صلى الله عليه وسلم - يعني المينة - . وفي رواية : أنه مثل أنس ابن مالك رضي الله عنه عن المينة ، فقال : إن الله لا يخدع ، هذا مما حرمه الله ورسوله صلى الله عليه وسلم ، رواه محمد بن عبد الله الكوفي الحافظ ، المروى بطين ، في كتاب البيوع ، والصحاحي إذا قال : حرم الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم ، أو أمر الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم ، أو أوجب الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم ، أو قضى الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم ، ونحو هذا ، فإن حكمه حكم ما لو روى لفظ رسول الله صلى الله عليه وسلم الدال على التحريم والأمر والإيجاب والقضاء ، ليس في ذلك إلا خلاف شاذ ، لأن رواية الحديث بالمعنى جائزة ، وهو أعلم بمن ساسم ، فلا يقدم على أن يقول : أمر ، أو نهى ، أو حرم ، إلا بعد أن يثبت بذلك ، واحتمال الوم مرجوح ، كاحتمال غلط السمع ، ونسيان القلب . وعن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته ، أنها دخلت على عائشة - رضي الله عنها - هي وأم ولد زيد بن أرقم وامرأة أخرى ، فقالت لها أم ولد زيد : إنني بعت من زيد غلاماً ببائنة نسيئة ، واشتريته ببائنة نقداً ، فقالت : أبلغني زيداً أن قد أبطلت جهادك مع =

فصل

يجوز بيع دور مكة ، وبيع المصحف ، وكتب الحديث . وقال الصيمري :
يكره بيع المصحف .

قلت : ونص الشافعي رضي الله ، على كراهة بيع المصحف . وقال الروياني وغيره : لا يكره ، وسائر الكتب المشتعلة على ما يباح الانتفاع به ، يجوز بيعها بلا كراهة .

ومن المناهي : البيع في وقت النداء يوم الجمعة ، وسبق بيانه في بابها .
ومنها في الحديث : نهى عن بيع المضطر . قال الخطابي : فيه تأويلان .
أحدهما : المراد به : المكره ، فلا يصح بيعه إن أكره بغير حق ، وإن كان بحق ،
صح . والثاني : أن يكون عليه ديون مستغرقة ، فتحتاج إلى بيع مامعه بالوكس ،
فيستحب أن لا يُبتاع منه ، بل يمان ، إما بهية ، وإما بقرض ، وإما باستمهال
صاحب الدين . فإن اشترى منه ، صح .

= رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن تتوب، بئس ما اشتريت، وبئس ما شريت . رواه الامام أحمد .
وروى حرب الكرماني عن جدة إسرائيل قالت : دخلت على عائشة في نسوة ، فقالت : ما حاجتكن؟
فكان أول من سألها أم حجة ، فقالت : يا أم المؤمنين ، هل تعرفين زيد بن أرقم ؟ قالت : نعم ، قالت :
فاني بعته جارية بثأنته درهم إلى العطاء ، وإنه أراد بيعها فابتعتها بستائة درهم نقداً ، فأقبلت عليها وهي
غضبي فقالت : بئس ما شريت، وبئس ما اشتريت ، أبلغني زيدا أنه قد أبطل جهاده ، إلا أن يتوب ،
وأفحمت صاحبتنا فلم تتكلم طويلاً ، ثم إنه سهل عنها فقالت : يا أم المؤمنين ، أرايت إن لم آخذ إلا
رأس مالي، فتلقت عليها (فن جاءه وعظته من ربه فانتهى فله ماسلف وأمره إلى الله) «البقرة: ٢٧٥» .
فهذه أحاديث تبين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم هذا ، «هذا» حديث ابن عمر الذي فيه تغليظ
العينة ، وفي حديث عائشة قطع بالتحريم وتغليظ له ، ولولا أن عند أم المؤمنين علماً من رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا تستريب فيه أن هذا محرم ، لم تستجن أن تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد ، =

ومنها : النهي عن بيع المصراة ، والنهي عن بيع ما فيه عيب ، إلا أن يبيته ، وكلاهما حرام ، إلا أنه ينعقد .

ومنها : النهي عن البيع في المسجد ، وسبق تفصيله في الاعتكاف .

ومنها : يكره غبن المسترسل ، ويكره بيع العينة ، وسبق بيانه .

ومنها : ما قاله صاحب « التلخيص » . قال : نهى عن بيع الماء ، وهو محمول

= لاسيا إن كانت قصدت أن العمل يبطل بالردة ، واستحلال مثل هذا كفر ، لأنه من الربا ، واستحلال الربا كفر ، ولكن عذر زيد عليه الرحمة والرضوان ، أنه لم يعلم أن هذا محرم ، ولهذا أمرت بإبلاغه ، فن بلغه التحريم ، وتيقن ذلك لقيام الحجة عنده ، ثم أصر عليه ، لزمه هذا ، وإن لم تكن قصدت هذا ، بل قصدت أن هذا من الكبائر التي يقاوم إثمها ثواب الجهاد ، فيصير بمنزلة من يعمل حسنة وسيئة بقدرها ، فكأنه ما عمل شيئا .

ومعلوم أن هذا لو كان مما يسوغ فيه الاجتهاد ، لم يكن مأثما ، فضلا عن أن يكون من الكبائر ، فلما قطعت بأنه من الكبائر ، وأمرت بإبلاغه ذلك ، علم أنها علمت أن هذا لا يسوغ فيه الاجتهاد ، وما ذلك إلا عن علم ، وإلا فالاجتهاد لا يحرم الاجتهاد ، وأيضاً فكون العمل يبطل بالجهاد ، لا يعلم بالاجتهاد ، فهؤلاء الصحابة ، مثل عائشة ، وابن عباس ، وأنس بن مالك ، أفتوا بتحريم ذلك ، وغلطوا فيه في أوقات مختلفة ، ولم يلبثوا أن أحداً من الصحابة ، بل ولا من التابعين رخص في ذلك ، بل عامة التابعين من أهل المدينة والكوفة وغيرهم على تحريم ذلك ، ولا يجوز أن يقال : فزيد بن أرقم عليه الرحمة والرضوان قد فعل هذا ، لأنه لم يقل : إن هذا حلال ، بل يجوز أن يكون فعله جرياً على المادة ، من غير تأمل فيه ولا اعتقاد ، ولهذا قال بعض السلف : أضف العلم الرؤية ، يعني أن يقول : رأيت فلاناً يفعل كذا ، ولعله قد فعله ساهياً . وقال إياس بن معاوية : لا تنظر إلى عمل الفقيه ، ولكن سله يصدقك ، ولهذا لم يذكر عنه أنه أصر على ذلك بعد قول عائشة رضي الله عنها ، وكثيراً ما قد يفعل الرجل التبيل الشيء مع ذهوله عما في ضمنه من مفسدة ، فإذا نهى عنه ، وإذا كان الفعل محتملاً لهذا ولما هو أكثر منه ، لم يجوز أن ينسب لأجله اعتقاد حل هذا إلى زيد رضي الله عنه ، لاسيا وأم ولده إنما دخلت على عائشة رضي الله عنها مستفتية ، وقد رجعت عن هذا العقد إلى رأس مالها ، فلم أنها لم يكونا على بصيرة منه ، وأنه لم يتم العقد بينهما ، وقول السائلة لعائشة رضي الله عنها : رأييت إن لم آخذ إلا رأس مالي ، ثم تلاوة عائشة عليها : (فن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف) دليل بين : أن التغليب إنما كان لأجل أنه ربا ، لا لأجل جهالة الأجل ، فان هذه الآية إنما هي في حق الثابت من الربا . اهـ .

على ما إذا أفرد ماء عيْن أو بثر أو نهر بالبيع ، فإن باعه مع الأرض ، بأن
باع أرضاً مع شربها من الماء في نهر أو وادٍ ، صح ، ودخل الماء في البيع تبعاً .
وكذا إذا كان الماء في إناءٍ أو حوض أو غيرها مجتمعاً ، فبيعه صحيح مفرداً وتابلاً .
والله أعلم

باب

تفريق الصفقة

إذا جمع شيئين في صفقة ، فهو ضربان . أحدهما : أن يجمع بينهما في عقد
واحد . والثاني : في عقدين مختلفي الحكم . أما الأول : فله حالان . أحدهما :
أن يقع التفريق في الابتداء . والثاني : أن يقع في الانتهاء .

فالحال الأول : ينظر ، إن جمع بين شيئين يمتنع الجمع بينهما من حيث هو
جمع ، بطل العقد في الجميع ، كمن جمع بين أختين ، أو خمس نسوة في عقد
نكاح . وإن لم يكن كذلك ، فلما أن يجمع بين شيئين كل واحد منها
قابل لما أوردته عليه من العقد ، وإما أن لا يكون كذلك . فإن كان الأول ، بأن
جمع بين عيْنين في البيع ، صح العقد فيها . ثم إن كانا من جنسين كمبد وثوب ،
أو من جنس ، لكنها مختلفا القيمة كمبدين ، وزع الثمن عليهما باعتبار القيمة .
وإن كانا من جنس ومتفقي القيمة كقفيزي حنطة واحدة ، وزع عليهما باعتبار
الأجزاء . وإن كان الثاني ، فلما أن لا يكون واحد منهما قابلاً لذلك العقد ،
كمن باع خمرًا وميتة ، فالعقد باطل ، وإما أن يكون أحدهما قابلاً ، فالذي هو غير
قابل ، قهراً .

أحدهما : أن يكون متقومًا ، كمن باع عبده وعبد غيره صفقة واحدة ، ففي

صحة البيع في عبده ، قولان . أظهرهما : يصح ، واختاره الزني . والثاني : لا يصح . وفي علته ، وجهان . وقيل : قولان . أحدهما : الجمع بين حلال وحرام . والثاني : جهالة المَوْض الذي يقابل الحلال .
والقسم الثاني : أن لا يكون متقومًا ، وهو نوعان .

أحدهما : يتأتى تقدير التقويم فيه من غير تقدير تفيّر الخلقة ، كمن باع حراً وعبداً ، فالحرُّ غير متقوم ، لكن يمكن تقديره رقيقاً . وفي المسألة ، طريقان . أصحهما : طرد القولين . والثاني : القطع بالفساد . قال الشيخ أبو محمد : القولان على الطريق الأول فيما إذا كان المشتري جاهلاً بالحال . فإن كان عالماً ، فالوجه : القطع بالبطلان . ولو باع عبده ومكاتبه ، أو أم ولده ، فهو كما لو باع عبده وعبد غيره ، لأنهما متقومان بدليل الإلتلاف .

النوع الثاني : أن لا يتأتى تقدير تقويمه من غير فرض تفيّر الخلقة ، كمن باع خلاً وخمراً ، أو مذكاة وميتة ، أو شاة وخنزيراً ، ففي صحة البيع في الخلّ والمذكاة والشاة ، خلاف مرتّب على البعد مع الحرّ ، وأولى بالفساد ، لأنه لا بد في التقويم من التقدير بغيره ، ولا يكون المقوم هو المذكور في العقد . ولورهن عبده وعبد غيره ، أو حراً وعبداً ، أو وهبهما ، فإن صححنا البيع ، فهنا أولى ، وإلا ، فقولان بناءً على الملتئين . ولو زوّج أخته وأجنبية ، أو مسلمة ومجوسية ، فكالرهن والهبة .

الحال الثاني : أن يقع التفريق في الانتهاء ، وهو قيمان .

أحدهما : أن لا يكون اختيارياً ، كمن اشترى عبيدين ، ف تلف أحدهما قبل قبضها ، انفسخ البيع في التالف ، وفي الباقي ، طريقان . أحدهما : على القولين في جمع عبده وعبد غيره . وأصحهما : القطع بأنه لا ينفسخ ، أ لدم الملتئين . ولو تفرّقا في السّلم وبعض رأس المال غير مقبوض ، أو في

الصرف وبمض الميوض غير مقبوض ، انفسخ العقد في غير المقبوض . وفي الباقي ، الطريقان . فلو قبض أحد العبدین وتلف الآخر في يد البائع ، ترتب الانفساخ في المقبوض على الصورة السابقة ، وهذه أولى بعدم الانفساخ ، لتأكد العقد فيه بانتقال الضمان إلى المشتري . هذا إن كان المقبوض باقياً في يد المشتري . فان تلف في يده ، ثم تلف الآخر في يد البائع ، فالقول بالانفساخ أضعف ، لتلفه على ضمانه . وإذا قلنا بعدم الانفساخ ، فهل له الفسخ ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، ويرد قيمته . والثاني : لا ، وعليه حصته من الثمن . ولو اكترى داراً وسكنها بعض المدة ، ثم انهدمت ، انفسخ العقد في المستقبل ، ويخرج في الماضي على الخلاف في المقبوض التالف . فان قلنا : لا يفسخ ، فهل له الفسخ ؟ فيه الوجهان . فان قلنا : لا يفسخ ، فعليه من المسمى ما يقابل الماضي . وإن قلنا بالفسخ ، وفسخ ، فعليه أجرة المثل للماضي . ولو انقطع بمض المسلم فيه عند الحل والباقي مقبوض ، أو غير مقبوض ، وقلنا : لو انقطع الكل ، يفسخ العقد ، انفسخ في المنقطع . وفي الباقي ، الخلاف فيما إذا تلف أحد الشئین قبل قبضها . فاذا قلنا : لا يفسخ ، فله الفسخ . فان أجاز ، فعليه حصته من رأس المال فقط . وإن قلنا : إنه لو انقطع الكل ، لم يفسخ العقد ، فالمسلم بالخيار ، إن شاء فسخ العقد في الكل ، وإن شاء أجازة في الكل . وهل له الفسخ في القدر المنقطع والإجازة في الباقي ؟ قولان ، بناءً على ما سنذكره في القسم الذي يليه .

القسم الثاني : أن يكون اختيارياً ، كمن اشترى عبدین صفقة واحدة ، فوجد بأحدهما عيباً ، فهل له إفراده بالرد ؟ قولان . أظهرهما : ليس له ، وبه قطع الشيخ أبو حامد . والقولان ، في العبدین وكل شئین لا تتصل منفعة أحدهما بالآخر . فأما في زوجتي خف ومصراعي باب ونحوهما ، فلا يجوز الافراد قطعاً . وشذ بعضهم ، فطرد القولين ، ولا فرق على القولين بين أن يتفق ذلك بعد القبض

أو قبله . فإن لم نجوز الافراد ، فقال : رددت الميب ، فهل يكون ذلك رداً لها ؟
أصحها : لا ، بل هو لغو . ولو رضي البائع بإفراده ، جاز على الأصح . وإذا
جوزنا الافراد ، فرد ، استرد قسطه من الثمن . وعلى هذا القول ، لو أراد رد
السليم والميب جميعاً ، فله ذلك على الصحيح . ولو وجد الميب بالمدين معاً ،
وأراد إفراد أحدهما بالرد ، جرى القولان . ولو تلف أحد المدين أو باعه ،
ووجد بالباقي عيباً ، ففي إفراده بالرد قولان مرتبان ، وأولى بالجواز ، لتعذر
ردهما . فإن جوزنا الافراد ، رد الباقي واسترد من الثمن حصته . وطريق
التوزيع : تقدير المدين سليمين ، وتقويمها ، وتقسيط المسمى على القيمتين . فلو
اختلفا في قيمة التالف ، فادعى المشتري ما يقتضي زيادة الرجوع به على ما اعترف
به البائع ، فالأظهر : أن القول قول البائع مع يمينه ، لأن الثمن ملكه ،
فلا يسترد منه إلا ما اعترف به . وإن لم نجوز الافراد ، فوجهان . وقيل : قولان.
أصحها : لا فسخ له ، ولكن يرجع بأرش الميب ، لأن الهلاك أعظم من الميب .
ولو حدث عنده عيب لم يتمكن من الرد . فعلى هذا ، إن اختلفا في قيمة التالف ،
عاد القولان . وهل النظر في قيمة التالف إلى يوم العقد ، أو يوم القبض ؟ فيه
الخلاف الذي سيأتي في معرفة أرش الميب القديم . والوجه الثاني : أنه يضم قيمة
التالف إلى الباقي ، ويردهما ويفسخ العقد . فإن اختلفا في قيمة التالف ، فالقول قول
المشتري مع يمينه ، لأنه غارم . وفيه وجه شاذ : أن القول قول البائع ، لثلا
زال يده عما لم يعترف به .

فرع

لو باع شيئاً يتوزع الثمن على أجزائه ، بمضه له ، كعبد ، أو صاع حنطة له
نصفها ، أو صاعين حنطة له أحدهما ، صفقة واحدة ، ترتب على ما إذا باع عبدين

أحدهما له . فان قلنا : يصح هناك في ملكه ، فهنا أولى ، وإلا ، فقولان . إن عللنا بالجمع بين حلال وحرام ، لم يصح ، وإن عللنا بالجهالة ، صح ، لأن حصة المملوك معلومة . ولو باع جميع الثمار وفيها الزكاة ، فهل يصح البيع في قدر الزكاة ؟ سبق بيانه في كتاب « الزكاة » . فان قلنا : لا يصح ، فالترتيب في الباقي كما ذكرنا فيمن باع عبداً له نصفه . ولو باع أربعين شاة فيها واجب الزكاة ، وقلنا : لا يصح بيع قدر الزكاة ، فالترتيب في الباقي كما سبق فيمن باع عبده وعبد غيره .

فرع

ومما يتفرع على الملتين ، لو ملك زيد عبداً ، وعمره آخر ، فباعهما صفقة واحدة بثمان واحد ، ففي صحة العقد قولان . وكذا لو باع عبيد له لرجلين ، لكل واحد واحداً بعينه بثمان واحد ، إن عللنا بالجمع بين حلال وحرام ، صح ، وإن عللنا بالجهالة ، فلا ، لأن حصة كل واحد مجبولة . ولو باع عبده وعبد غيره ، وسمى لكل واحد ثمناً ، فقال : بتمك هذا بمائة ، وهذا بخمسين ، فان عللنا بالجمع ، فسد ، وإن عللنا بالجهالة ، صح في عبده ، كذا قاله في « التتمة » . ولك أن تقول : سنذكر أن تفصيل الثمن من أسباب تعدد العقد ، وإن تعدد ، وجب القضاء بالصحة على الملتين .

فرع

اعلم أن طائفة من الأصحاب ، توسطوا بين قولي تفريق الصفقة ، فقالوا : الأصح : الصحة في المملوك إذا كان المبيع مما يتوزع الثمن على أجزائه . والأصح : الفساد إن كان مما يتوزع على قيمته . وقال الأكثرون : الأصح : الصحة في القسمين .

فصل

إذا باع ماله ومال غيره ، وصححناه في ماله ، نظر ، إن كان المشتري جاهلاً بالحال ، فله الخيار . فإن ، أجاز ، فكم يلزمه من الثمن ؟ قولان . أظهرهما : حصة المملوك فقط إذا وزّع على القيمتين . والثاني : يلزمه جميع الثمن ، ثم قيل : القولان فيما إذا كان المبيع مما يتقسط الثمن عليه بالقيمة . فإن كان مما يتقسط على أجزائه ، فالواجب القسط قطعاً . والأصح : طرد القولين في الحالين . فإن قلنا : الواجب جميع الثمن ، فلا خيار للبائع . وإن قلنا : القسط ، فلا خيار له أيضاً على الأصح . وإن كان المشتري عالماً بالحال ، فلا خيار له كما لو اشترى معيماً يعلم عيه . وكما يلزمه من الثمن ؟ فيه طريقتان . المذهب : أنه على القولين . وقيل : يجب الجميع قطعاً ، لأنه التزمه عالماً . ولو اشترى عبداً وحرراً ، أو خلاً وخنزيراً ، أو مذكاة وميتة ، أو شاة وخنزيراً ، وصححنا العقد فيما يقبله ، وكان المشتري جاهلاً بالحال ، فأجاز ، أو كان عالماً ، ففيما يلزمه ؟ الطريقتان . فإن أوجبنا القسط ، ففي كيفية توزيع الثمن على هذه الأشياء ، وجهان . أصحها عند النزالي : ينظر إلى قيمتها عند من يرى لها قيمة . والثاني : يقدر الخمر خلاً ، ويوزع عليها باعتبار الأجزاء ، وتقدر الميتة مذكاة ، والخنزير شاة ، ويوزع عليها باعتبار القيمة . وقيل : يقدر الخمر عصيراً ، والخنزير بقرة .

قلت : هذا الذي صححه النزالي ، احتمال للامام . والصحيح : هو الثاني ، وبه قطع الدارمي والبغوي وآخرون ، وحكاها الامام عن طوائف من أصحاب القفال .
وانسأعلم

ولو نكح مسلمة ومجوسية في عقد ، وصححنا نكاح المسلمة ، فالذي قطع

به الجماهير : أنه لا يلزمه جميع المسمى قطعاً ، لأنه لا خيار له ، بخلاف البيع على قول . وقيل : في قول : يلزمه جميع المسمى ، وله الخيار في رد المسمى والرجوع إلى مهر المثل . فإذا قلنا بقول الجمهور ، ففيما يلزمه قولان . أظهرهما : مهر المثل . والثاني : قسطها من المسمى إذا وزّع على مهر مثليها ومهر مثل المجوسية . ولو اشترى عبدان ، فتلّف أحدهما قبل القبض ، فانفسح العقد فيه ، وقلنا : لا يفسخ في الباقي ، فله الخيار فيه . فإن أجاز ، فالواجب قسطه من الثمن قطعاً . كذا قال الجمهور ، لأن الثمن يوزّع عليهما في الابتداء . وطرد أبو إسحاق المروزي فيه القولين .

فرع

لو باع ربوياً بجنسه ، فخرج بعض أحد العوضين مستحقاً ، وصححنا العقد في الباقي ، فأجاز ، فالواجب القسط بلا خلاف ، لأن الفصل بينها حرام .

فرع

لو باع معلوماً ومجهولاً ، لم يصح في المجهول ، وينبني في المعلوم على ما لو كانا معلومين وأحدهما لغيره . فإن قلنا : لا يصح فيما له ، لم يصح هنا في المعلوم ، وإلا ، فقولان ، بناءً على أنه كم يلزمه من الثمن ؟ فإن قلنا : الجميع ، صح ، ولزمه هنا أيضاً جميع الثمن . وإن قلنا : القسط ، لم يصح ، لتعذر التقسيط . وحكي قول شاذ : أنه يصح ، وله الخيار . فإن أجاز ، لزمه جميع الثمن .

فرع

في الإشارة الى طرف منه مسائل الدور بتفريق الصفقة

واعلم أن محاباة المريض مرض الموت في البيع والشراء ، حكمها حكم هبته وسائر تبرعاته ، تعتبر من الثلث . فإذا باع المريض عبداً يساوي ثلاثين بعشرة ، ولا مال له غيره ، بطل البيع في بعض البيع ، وفي الباقي ، طريقان . أحدها عند الجمهور : أنه على قولي تفريق الصفقة . والثاني : القطع بالصحة ، وهو الأصح عند صاحب « التهذيب » ، لأن المحاباة هنا وصية ، وهي تقبل من الفرر ما لا يقبل غيرها . فإن صححنا بيع الباقي ، ففي كفيته قولان . ويقال : وجهان . أحدهما : يصح البيع في القدر الذي يحتمله الثلث ، والقدر الذي يوازي الثمن بجميع الثمن ، وبطل في الباقي ، فيصح في ثلثي العبد بالعشرة ، ويبقى مع الورثة ثلث العبد وقيمته عشرة ، والثمن وهو عشرة ، وذلك مثل المحاباة وهي عشرة^(١) . ولا تدور المسألة على هذا القول . والثاني : أنه إذا ارتد البيع في بعض البيع ، وجب أن يرتد [إلى] المشتري ما يقابله من الثمن ، فتدور المسألة ، لأن ما ينفذ فيه البيع ، يخرج من التركة ، وما يقابله من الثمن ، يدخل فيها . ومعلوم أن ما ينفذ فيه البيع ، يزيد بزيادة التركة ، وينقص بنقصها . ويتوصل إلى معرفة المقصود بطرق . منها ، أن ينسب ثلث المال إلى قدر المحاباة . ويصحح البيع في المبيع بمثل نسبة الثلث من المحاباة . فنقول في هذه الصورة : ثلث المال عشرة ، والمحاباة عشرون ، والعشرة نصف العشرين ، فيصح البيع في نصف العبد ، وقيمته خمسة عشر ، بنصف الثمن وهو خمسة ، كأنه اشترى مدسه بخمسة ، ووصى له بثلثه ، ويبقى مع الورثة

(١) عبارة « شرح الوجيز » : ويبقى مع الورثة ثلث العبد وقيمته والثمن وهو عشرة ، وذلك مثلا

المحاباة وهي عشرة .

نصف البعد ، وهو خمسة عشر ، والثلثون وهو خمسة ، فالبلغ عشرون . وذلك مثل المحاباة^(١) . واختلف الأصحاب في الأصح في هذين القولين ، أو الوجهين ، في الكيفية ، فذهب الأكثرون إلى ترجيح الأول ، وبه قال ابن الحداد . قال القفال والاستاذ أبو منصور البغدادي وغيرهما : هو المنصوص للشافعي رضي الله عنه . قالوا : والثاني : خرجه ابن سريج . وذهب آخرون إلى ترجيح الثاني ، وهو اختيار أكثر الحُساب ، وبه قال ابن القاص ، وابن الأبان ، وتابعهما إمام الحرمين ، وهذا أقوى في المعنى . ولو باع مريض صاع حنطة يساوي عشرين ، بصاع لصحيح يساوي عشرة ، ومات ولا مال له غيره ، فإن قلنا بالقول الأول ، فالبيع باطل فيها بلا خلاف ، لأن مقتضاه صحة البيع في قدر الثلث وهو ستة وثلثان . وفيما يقابله من صاع الصحيح المشتري ، وهو نصفه ، فيكون خمسة أسداس صاع في مقابلة صاع ، وذلك ربا . وإن قلنا بالثاني ، صح البيع في ثلثي صاع المريض بثلثي صاع الصحيح ، وبطل في الباقي . وقطع قاطعون بهذا الثاني هنا ، لثلا يبطل غرض الميت في الوصية . قال في « التهذيب » : وهو الأصح . وطريقه : أن ثلث مال المريض ستة وثلثان ، والمحاباة عشرة ، والسته والثلاثان ثلثا العشرة ، فنفذ البيع في ثلثي صاع ، ويثبت الخيار للصحيح ، لتبعض صفته ، ولا خيار لورثة الميت ، لثلا يبطلوا المحاباة التي هي وصية ، وهذا متفق عليه . وغلطوا صاحب « التلخيص » في إطلاقه قولين في ثبوت الخيار . ولو كانت المسألة بحالها ، وصاع المريض يساوي ثلاثين ، وقلنا : ينقسم الثمن ، صح البيع في نصف صاع بنصف صاع . ولو كانت بحالها وصاع المريض يساوي أربعين ، صح البيع في أربعة أضعاف الصاع بأربعة أضعاف الصاع . ولو أئلف المريض الصاع الذي أخذه ثم مات ، وفرعنا على القول الذي يحمي عليه الدور ، صح البيع في ثلثه بثلث صاع صاحبه ، سواء كانت قيمة صاع المريض عشرين أو ثلاثين ، أو أكثر ، لأن ما أئلفه قد نقص من ماله . أما ما صح البيع فيه ،

(١) في « شرح الوجيز » : مثلا المحاباة .

فهو ملكه ، وقد أتلفه . وأما ما بطل فيه البيع ، فعليه ضمانه ، فينقص قدر الغرم من ماله . ومتى كثرت القيمة ، كان المصروف إلى الغرم أقل ، والمحابة أكثر . ومتى قلت ، كان المصروف إلى الغرم أكثر ، والمحابة أقل .

مثاله : كانت قيمة صاع المريض عشرين ، وصاع الصحيح عشرة ، فقال المريض عشرون ، وقد أتلف عشرة نخطها من ماله ، يبقى عشرة كأنها كل ماله ، والمحابة عشرة ، فثلث ماله هو ثلث المحاسبة ، فصح البيع في ثلث الصاع ، لأن ثلث صاع المريض ستة وثلثان وثلث صاع ، الصحيح : ثلاثة وثلث ، والمحابة بثلاثة وثلث ، وقد بقي في يد الورثة ثلثا صاع ، وهو ثلاثة عشر وثلث ، يؤدّون منه قيمة ثلثي صاع الصحيح ، وهو ستة وثلثان ، تبقى في أيديهم ستة وثلثان ، وهي مثلاً المحابة . فلو كانت بحالها وصاع المريض يساوي ثلاثين ، فقال المريض ثلاثون ، وقد أتلف عشرة نخطها من ماله ، يبقى عشرون كأنها كل ماله ، والمحابة عشرون مثل ماله ، فثلث ماله هو ثلث المحابة ، فصح البيع في ثلث صاع ، لأن ثلث صاع المريض عشرة ، وثلث صاع الصحيح ثلاثة وثلث ، والمحابة بستة وثلثين ، وقد بقي في يد الورثة ثلثا صاع ، وهو عشرون ، يؤدّون منه قيمة ثلثي صاع الصحيح ، وهو ستة وثلثان ، يبقى في أيديهم ثلاثة عشر وثلث ، وهي مثلاً المحابة .

الضرب الثاني من جمع الصفقة : أن يجمع عقدين مختلفي الحكم . فإذا جمع في صفقة بين إجارة وسلم ، أو إجارة وبيع ، أو سلم وبيع عين ، أو صرف وغيره ، فقولان . أظهرهما : يصح العقد فيهما . والثاني : لا يصح في واحد منها . وصورة الإجارة والسلم : أجرتك داري سنة ، وبمك كذا مسلماً بكذا . وصورة الإجارة والبيع : بمك عبدي وأجرتك داري سنة بكذا . ولو جمع بيعاً ونكاحاً فقال : زوجتك جاريتي هذه ، وبمك عبدي هذا بكذا ، والمحاطب بمن يحل له نكاح الأئمة ، أو قال : زوجتك بنتي ، وبمك عبدها ، وهي في حجره ، أو رشيدة وكتله في يمه ، صح النكاح بلا خلاف . وفي البيع والسمي في

النكاح ، القولان . فان صححنا ، وزّع المسمى على قيمة البيع ومهر المثل ، وإلا ، وجب في النكاح مهر المثل . ولو جمع بيعاً وكتابة ، فقال لمبده : كاتبك على نجمين ، وبعتك [ثوبي] هذا جميعاً بألف ، فان حكمتنا بالطلان في الصور السابقة ، فهنا أولى ، وإلا ، فالبيع باطل ، وفي الكتابة القولان .

فصل

محل القولين في مسائل الباب ، إذا اتحدت الصفقة دون ما إذا تمددت ، حتى لو باع ماله في صفقة ، ومال غيره في صفقة أخرى ، صح في ماله بلا خلاف . وأما بيان تمددها واتحادها ، فطريقه أن يقول : إذا سمى لكل واحدٍ من الشيئين ثمناً مفصلاً فقال : بعتك هذا بكذا ، وهذا بكذا ، فقبل المشتري كذلك على التفصيل ، فهنا عقدان متعددان . ولو جمع المشتري في القبول فقال : قبلت فيها ، فكذلك على المذهب ، لأن القبول يترتب على الإيجاب . فاذا وقع مفسراً ، فكذلك القبول . وقيل : إن الصفقة متحدة ، وهو شاذ . وتعدد الصفقة أيضاً بتعدد البائع وإن اتحد المشتري والمعقود عليه ، كما إذا باع رجلان عبداً لرجل صفقة واحدة . وهل تعدد بتعدد المشتري ، مثل أن يشتري رجلان من رجل عبداً ؟ فقولان . أظهرهما : تعدد كالبايع . والثاني : لا ، لأن المشتري بان على الإيجاب السابق ، فالنظر إلى من أوجب العقد . وللتعدد والاتحاد فوائد غير ما ذكرنا .

منها : إذا حكمتنا بالتعدد ، فوزن أحد المشتريين نصيبه من الثمن ، لزمت البائع تسليم قسطه من البيع بتسليم المشاع . وإن قلنا بالاتحاد ، لم يجب تسليم شيء إلى أحدهما وإن وزن جميع ما عليه ، حتى يزن الآخر ، لثبوت حق الحبس ، كما لو اتحد المشتري وسلم بعض الثمن ، لا يسلم إليه قسطه من البيع . وفيه وجه : أنه يسلم إليه القسط إذا كان مما يقبل القسمة ، وهو شاذ .

ومنها : إذا قلنا بالتعدد ، فخطب رجل رجلين ، فقال : بعتكما هذا العبد بألف ، فقبل أحدهما نصفه بخمسةائة ، أو قال مالكا عبد لرجل : بعتك هذا العبد بألف ، فقبل نصيب أحدهما بمينه بخمسةائة ، لم يصح على الأصح .

فرع

إذا وكَّل رجلان رجلاً في البيع ، أو الشراء ، وقلنا : الصفقة تعدد بتعدد المشتري ، أو وكل رجلين في البيع أو الشراء ، فهل الاعتبار في تعدد العقد واتحاده بالعقد ، أو العقود له ؟ فيه أوجه . أصحها عند الأكثرين : أن الاعتبار بالعقد ، وبه قال ابن الحداد ، لأن أحكام العقد تتعلق به . ألا ترى أن المعتبر رؤيته دون رؤية الموكل ، وخيار المجلس يتعلق به دون الموكل . والثاني : الاعتبار بالعقد له ، قاله أبو زيد ، والخضري ، وصححه الغزالي في « الوجيز » ، لأن الملك له . والثالث : الاعتبار في طرف البيع بالمعقود له ، وفي الشراء بالعقد ، قاله أبو إسحاق المروزي . والفرق ، أن العقد يتم في الشراء بالباثِر دون المعقود له . ولهذا ، لو أنكر المعقود له الاذن في المباثرة ، وقع العقد للمباثِر ، بخلاف طرف البيع . قال الامام : وهذا الفرق فيما إذا كان التوكيل بالشراء في الذمة . فان وكله بشراء عبد بثوب معين ، فهو كالتوكيل بالبيع . والرابع : الاعتبار في جانب الشراء بالموكل وفي البيع بها جميعاً ، فأبها تعدد ، تعدد العقد اعتباراً بالشقص المشفوع ، فان العقد يتعدد بتعدد الموكل في حق الشفيع ، ولا يتمدد بتعدد الوكيل .

ويتفرع على هذه الأوجه ، مسائل .

منها : لو اشترى شيئاً بوكالة رجلين ، فخرج معياً ، فان اعتبرنا العاقد ، فليس لأحد الموكلين أفراد نصيبه بالرد ، كما لو اشترى ومات عن ابنين وخرج معياً ، لم يكن لأحدهما أفراد نصيبه [بالرد] . وهل لأحد الموكلين والابنين أخذ

الأرض ؛ إن وقع اليأس من رد الآخر ، بأن رضي به ، فتم ، وإن لم يقع ،
فكذلك على الأصح .

ومنها : لو وكل رجلان رجلاً يبيع عبده لهما ، أو وكل أحد الشريكين
صاحبه ، فباع الكل ، ثم خرج مبيعاً ، فعلى الوجه الأول : لا يجوز للمشتري
رد نصيب أحدهما . وعلى الأوجه الآخر : يجوز . ولو وكل رجل رجلين في بيع
عبده ، فباعه لرجل ، فعلى الوجه الأول : يجوز للمشتري رد نصيب أحدهما .
وعلى الأوجه الآخر : لا يجوز . ولو وكل رجلان رجلاً في شراء عبد ، أو وكل
رجل رجلاً في شراء عبد له ولنفسه ، ففعل ، وخرج العبد مبيعاً ،
فعلى الوجه الأول والثالث : ليس لأحد الموكلين إفراد نصيبه بالرد . وعلى الثاني
والرابع : يجوز . وقال القفال : إن علم البائع أنه يشتري لهما ، فلا أحدهما
رد نصيبه لرضى البائع بالتشقيص . وإن جهله ، فلا .

ومنها : لو وكل رجلان رجلاً في بيع عبد ، ورجلان رجلاً في شرائه ، فتبايع
الوكيلان ، فخرج مبيعاً ، فعلى الوجه الأول : لا يجوز التفريق . وعلى الوجوه الآخر :
يجوز . ولو وكل رجل رجلين في بيع عبد ، ووكل رجل آخرين في شراء ،
فتبايع الوكلاء ، فعلى الوجه الأول : يجوز التفريق . وعلى الأوجه الآخر : لا يجوز .

باب

فبار المجلس والسرط

الخيار ضربان . خيار نقص ، وهو ما يتعلق بفوات شيء مطلقون الحصول . وخيار
شهوة ، وهو ما لا يتعلق بفوات شيء . فالأول ، له باب نذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى .

وأما الثاني ، فله سببان : المجلس ، والشرط . وإذا صححنا بيع الغائب ، أثبتنا خيار الرؤية ، فتصير الأسباب ثلاثة .

السبب الأول : كونها مجتمعين في مجلس العقد ، فكل واحد من التبايعين الخيار في فسخ البيع مالم يتفرقا أو يتخيرا .

فصل

في بيان العقود التي يثبت فيها خيار المجلس والتي لا تثبت فيها العقود ، ضربان .

أحدهما : العقود الجائزة ، إما من الجانبين ، كالشركة ، والوكالة ، والقراض ، والوديعة ، والعارية ، وإما من أحدهما ، كالضمان ، والكتابة ، فلا خيار فيها ، وكذا الرهن ، لكن لو كان الرهن مشروطاً في بيع وأقبضه قبل التفرق ، أمكن فسخ الرهن ، بأن يفسخ البيع ، فينفسخ الرهن تبعاً . وحكي وجه : أنه يثبت الخيار في الكتابة والضمان ، وهو شاذ ضعيف .

الضرب الثاني : العقود اللازمة ، وهي نوعان . واردة على العين ، وواردة على المنفعة .

فالأول : كالصرف ، وبيع الطعام بالطعام ، والسلم ، والتولية ، والتشريك ، وصلاح المعاوضة ، فيثبت فيها جميعاً خيار المجلس ، وتستثنى صور .

إحداها : إذا باع ماله لولده أو بالعكس ، ففي ثبوت خيار المجلس ، وجهان . أصحهما : يثبت . فعلى هذا ، يثبت خيار الأب ، وخيار للولد ، والأب نائبه . فان ألزم البيع لنفسه وللولد ، ألزم . وإن ألزم لنفسه ، بقي الخيار للولد . وإذا

فارق المجلس ، لزم العقد على الأصح . والثاني : لا يلزم إلا بالإلزام ، لأنه لا يمكن أن يفارق نفسه وإن فارق المجلس .

الثانية : لو اشترى من يعتق عليه ، كأيّيه وابنه ، قال جمهور الأصحاب : يبنى ثبوت خيار المجلس على أقوال الملك في زمن الخيار . فإن قلنا : إنه للبائع ، فلها الخيار ، ولا نحكم بالعتق حتى يمضي زمن الخيار . وإن قلنا : موقوف ، فلها الخيار . وإذا أمضينا العقد ، تبينّا أنه عتق بالشراء . وإن قلنا : الملك للمشتري ، فلا خيار له ، ويثبت للبائع . ومتى يعتق ؟ وجهان . أصحابها : لا يحكم بعتقه حتى يمضي زمن الخيار ، ثم نحكم يومئذ بعتقه من يوم الشراء . والثاني : نحكم بعتقه حين الشراء . وعلى هذا ، هل ينقطع خيار البائع ؟ وجهان كالوجهين فيما إذا أعتق المشتري العبد الأجنبي في زمن الخيار ، وقلنا : الملك له . قال في « التهذيب » : ويحتمل أن نحكم بثبوت الخيار للمشتري أيضاً ، تفريفاً على أن الملك له ، وأن لا يعتق العبد في الحال ، لأنه لم يوجد منه الرضى إلا بأصل العقد . هذه طريقة الجمهور . وقال إمام الحرمين : المذهب ، أنه لا خيار . وقال الأودني : ثبت ، وتابع الغزالي إمامه على ما اختاره ، وهو شاذ ، والصحيح ماسبق عن الأصحاب .

الثالثة : الصحيح : أن شراء العبد نفسه من سيده ، جائز^(١) . وفي ثبوت خيار المجلس ، وجهان حكاهما أبو حسن العبادي ، ومال إلى ترجيح ثبوته ، وقطع الغزالي وصاحب « التتمة » بعدم ثبوته .

الرابعة : في ثبوت الخيار في شراء الجمد في شدة الحر ، وجهان ، لأنه يتلف بمضي الزمان .

الخامسة : إن صححنا بيع الغائب ، ولم تثبت خيار المجلس مع خيار الرؤية ، فهذا البيع من صور الاستثناء .

(١) عبارة « شرح الوجيز » : الصحيح أن يبيع العبد من نفسه جائز .

السادسة : إن باع بشرط نفي خيار المجلس ، فثلاثة أوجه سنذكرها قريباً إن شاء الله تعالى . أحدها : يصح البيع والشرط . فعلى هذا ، تكون هذه الصورة مستثناة ، هذا حكم المبيع بأنواعه . ولا يثبت خيار المجلس في صلح الخطيئة ، ولا في الإبراء ، ولا في الاقالة إن قلنا : إنها فسخ ، وإن قلنا : إنها بيع ، ففيها الخيار . ولا يثبت في الحوالة إن قلنا : إنها ليست معاوضة ، وإن قلنا : معاوضة ، فكذا أيضاً على الأصح ، لأنها ليست على قواعد المعاوضات . ولا يثبت في الشفعة للمشتري ، وفي ثبوته للشفيع ، وجهان . فإن أثبتناه ، ففيل : معناه : أنه بالخيار بين الأخذ والترك مادام في المجلس مع تفرعنا على قول الفور . قال إمام الحرمين : هذا غلط ، بل الصحيح : أنه على الفور . ثم له الخيار في نقض الملك ورده . ومن اختار عين ماله لافلاس المشتري ، فلا خيار له ، وفي وجه ضعيف : له الخيار ، مادام في المجلس . ولا خيار في الوقف كالعتق ، ولا في الهبة إن لم يكن ثواب . فإن كان ثواب مشروط ، أو قلنا : يقتضيه الإطلاق ، فلا خيار أيضاً على الأصح ، لأنه لا يسمى بيعاً ، والحديث ورد في المتبايعين^(١) . ويثبت الخيار في القسمة ، إن كان فيها رد ، وإلا ، فن جرت بالإجبار ، فلا خيار ، وإن جرت بالتراضي ، فإن قلنا : إنها لإقرار ، فلا خيار ، وإن قلنا : بيع ، فكذا على الأصح .

النوع الثاني : العقد الوارد على المنفعة .

فمنه : النكاح ، ولا خيار فيه ، ولا خيار في الصداق على الأصح . فإن أثبتناه ، ففسخت ، وجب مهر المثل . وعلى هذين الوجهين ، ثبوت خيار المجلس في عوض الخلع ، ولا تندفع الفرقة بحال .

ومنه : الاجارة ، وفي ثبوت خيار المجلس فيها ، وجهان . أصحها عند صاحب « المهذب » وشيخه الكرخي : يثبت ، وبه قال الاصطخري وصاحب « التلخيص » ، وأصحها عند الامام وصاحب « التهذيب » والأكثرين : لا يثبت ،

(١) وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » متفق عليه .

وبه قال أبو إسحاق وابن خيران . قال الففال في طائفة : الخلاف في إجارة العين . أما الاجارة على الذمة ، فيثبت فيها قطعاً كالسلم . فإن أثبتنا الخيار في إجارة العين ، ففي ابتداء مدتها ، وجهان . أحدهما : من وقت انقضاء الخيار بالترفرق . فعلى هذا ، لو أراد المؤجر أن يؤجره لغيره في مدة الخيار ، قال الامام : لم يجزه أحد فيما أظن ، وإن كان محتملاً في القياس . وأصحها : أنها تحسب من وقت المقد . فعلى هذا ، على من تحسب مدة الخيار ؟ إن كان قبل تسليم العين إلى المستأجر ، فهي محسوبة على المؤجر . وإن كانت بعده ، فوجهان ، بناءً على أن البيع إذا هلك في يد المشتري في زمن الخيار ، من ضمان من يكون ؟ الأصح : أنه من ضمان المشتري . فعلى هذا ، يحسب على المستأجر ، وعليه تمام الأجرة . والثاني : من ضمان البائع . فعلى هذا ، يحسب على المؤجر ، ويحط من الأجرة قدر ما يقابل تلك المدة . وأما المساقاة ، ففي ثبوت خيار المجلس فيها ، طريقتان . أصحها : على الخلاف في الاجارة . والثاني : القطع بالنوع ، لمظم الفرر فيها ، فلا يضم إليه غرر الخيار . والسابقة ، كالاجارة ، إن قلنا : إنها لازمة ، وكالمقود الجائزة ، إن قلنا : جائزة .

فرع

لو تباعا بشرط نفي خيار المجلس ، فتلاثة أوجه : أصحها : البيع باطل ، والثاني : أنه صحيح ، ولا خيار . والثالث : صحيح ، والخيار ثابت . ولو شرط نفي خيار الرؤية على قول صحة بيع الغائب ، فالذهب : أن البيع باطل ، وبه قطع الأكثرون . وطرده الامام ، والغزالي فيه الخلاف . وهذا الخلاف ، يشبه الخلاف في شرط البراءة من الميوب . ويتفرع على نفي خيار المجلس ما إذا قال لبيد : إن بعتك ، فأنت حر ، ثم باعه بشرط نفي الخيار ، فإن قلنا : البيع

باطل ، أو صحيح ، ولا خيار ، لم يعتق . وإن قلنا : صحيح ، والخيار ثابت ،
عتق ، لأن عتق البائع في مدة الخيار نافذ .

فصل

فبما ينقطع به خيار المجلس

وجملته : أن كل عقد ثبت فيه هذا الخيار ، فإنه ينقطع بالتخاير ، وينقطع
أيضاً بأن يتفرقاً بأبدانها عن مجلس العقد . أما التخاير ، فهو أن يقولوا : تخايرنا ،
أو اخترنا إمضاء العقد ، أو أمضيناه ، أو أجزناه ، أو الزمناء ، وما أشبهها .
فلو قال أحدهما : اخترت إمضاءه ، انقطع خياره ، وبقي خيار الآخر ، كما إذا
أسقط أحدهما خيار الشرط . وفي وجه ضعيف : لا يبقى خيار الآخر ، لأن
هذا الخيار لا يتبعض ثبوته ، فلا يتبعض سقوطه . ولو قال أحدهما لصاحبه :
اختر أو خيرتك ، فقال الآخر : اخترت ، انقطع خيارهما . وإن سكت ، لم
ينقطع خياره ، وينقطع خيار الفائت على الأصح ، لأنه دليل الرضى . ولو أجاز
واحد ، وفسخ الآخر ، قديم الفسخ . ولو تقابضا في المجلس ، وتبايعا الموضين يوماً
ثانياً ، صح البيع الثاني أيضاً على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، لأنه رضى بلزوم
الأول . وقيل : إنه يبنى على أن الخيار ، هل يمنع انتقال الملك ؟ إن قلنا : يمنع ،
لم يصح . ولو تقابضا في الصرف ، ثم أجازا في المجلس ، لزم العقد . فان أجازاه
قبل التقابض ، فوجهان . أحدهما : تلفوا الإجازة ، فيبقى الخيار . والثاني :
يلزم العقد ، وعليهما التقابض . فان تفرقاً قبل التقابض ، انفسخ العقد ، ولا يأتمنان
إن تفرقاً عن تراضٍ . وإن انفرد أحدهما بالفارقة ، أتم . وأما التفرق ، فإن
يتفرقاً بأبدانها ، فلو أقاما في ذلك المجلس مدة متطاولة ، أو قاما ونماشيا مراحل ،

فهما على خيارهما . هذا هو الصحيح ، وبه قطع الجمهور . وحكي وجه : أنه لا يزيد على ثلاثة أيام . ووجه : أنها لو شرعا في أمر آخر ، وأعرضا عما يتعلق بالعقد ، وطال الفصل ، انقطع الخيار . ثم الرجوع في التفرق إلى المادة . فما عدّه الناس تفرّقا ، لزم به العقد . فلو كانا في دار صغيرة ، فالتفرّق أن يخرج أحدهما منها ، أو يصعد السطح . وكذا لو كانا في مسجد صغير ، أو سفينة صغيرة . فإن كانت الدار كبيرة ، حصل التفرّق بأن يخرج أحدهما من البيت إلى الصحن ، أو من الصحن إلى بيت . أو صفّة . وإن كانا في صحراء أو في سوق ، فاذا ولّى أحدهما ظهره ومضى قليلاً ، حصل التفرّق على الصحيح . وقال الاصطخري : يشترط أن يمد عن صاحبه بحيث لو كلمه على العادة من غير رفع الصوت ، لم يسمع كلامه . ولا يحصل التفرّق ، بأن يرخى ستر بينهما ، أو يشق نهر . ولا يحصل بناء جدار بينهما من طين أو جصّ على الأصح . وصحن الدار والبيت [الواحد] إذا تفاحش اتساعها ، كالصحراء .

فرع

لو تناديا متباعدين ، وتبايعا ، صح البيع . قال الامام : يحتمل أن يقال : لا خيار لهما ، لأن التفرق الطارئ يقطع الخيار ، فالتقارن يمنع ثبوته . ويحتمل أن يقال : يثبت ماداما في موضعها ، وبهذا قطع صاحب التتمة . ثم إذا فارق أحدهما موضعه ، بطل خياره . وهل يبطل خيار الآخر ، أم يدوم إلى أن يفارق مكانه ؟ فيه احتمالان للامام .

قلت : الأصح : ثبوت الخيار ، وأنه متى فارق أحدهما موضعه ، بطل خيار الآخر . ولو تبايعا وهما في بيتين من دار أو صحن وصفّة ، ينبغي أن يكونا كالتباعدين فيما ذكرنا ، وأن يثبت الخيار حتى يفارق أحدهما . والله أعلم

فرع

لو مات أحدهما في المجلس ، نص أن الخيار لوارثه ، وقال في المكاتب : إذا باع ومات في المجلس ، وجب البيع . والأصحاب ثلاث طرق . أصحها : في المسألتين قولان . أظهرهما : يثبت الخيار للوارث والسيد ، كخيار الشرط والميب . والثاني : يلزم ، لأنه أبلغ من المفارقة بالبدن . والطريق الثاني : يثبت لها قطعاً . وقوله في المكاتب : وجب البيع ، معناه لا يطل ، بخلاف الكتابة . والثالث : تقرير النصين . والفرق ، بأن الوارث خليفة الميت ، بخلاف السيد . وحكي قول مخرج من خيار المجلس في خيار الشرط : أنه لا يورث ، وهو شاذ . ولو باع العبد المأذون ، أو اشترى ، ومات في المجلس ، فكالمكاتب . وكذا الوكيل بالشراء إذا مات في المجلس ، هل للموكل الخيار ؟ فيه الخلاف كالمكاتب . هذا إذا فرغنا على الصحيح أن الاعتبار بمجلس التوكيل . وفي وجه : يعتبر مجلس الموكل ، وهو شاذ . ثم إن لم يثبت الخيار للوارث ، فقد انقطع خيار الميت . وأما الحي ، ففي « التهذيب » : أن خياره لا ينقطع حتى يفارق ذلك المجلس . وقال الامام : يلزم العقد من الجانبين ، ويجوز تقدير خلاف فيه ، لما سبق أن هذا الخيار لا يتبعض سقوطه كقبوته .

قلت : قول صاحب « التهذيب » ، أصح ، وفيه وجه ثالث حكاه القاضي حسين : يمتد حتى يجتمع هو والوارث . ورابع حكاه الروياني : أنه ينقطع خياره بموت صاحبه . فاذا بلغ الخبر الوارث ، حدث لهذا الخيار معه . والله أعلم

وإن قلنا : يثبت الخيار للوارث ، فإن كان حاضراً في المجلس ، امتد الخيار بينه وبين العاقد الآخر حتى يتفرقا أو يتخيرا . وإن كان غائباً ، فله الخيار إذا وصل الخبر إليه . وهل هو على الفور ، أم يمتد امتداد مجلس بلوغ الخبر

إليه ؟ وجهان كالوجهين في خيار الشرط إذا ورثه الوارث وبلغه الخبر بمد مضي مدة الخيار ، ففي وجه : يمتد كما كان يمتد للميت لو بقي . ومنهم من بناها على وجين في كيفية ثبوته للعاقد الباقي . أحدهما : له الخيار ما دام في مجلس العقد . فعلى هذا ، يكون خيار الوارث في المجلس الذي يشاهد فيه البيع . والثاني : يتأخر خياره إلى أن يجتمع هو والوارث في مجلس ، فحينئذ يثبت الخيار للوارث .

قلت : حاصل الخلاف في خيار المجلس للوارث النائب ، أربعة أوجه . منها ثلاثة جمعها القاضي حسين . أصحها : يمتد الخيار حتى يفارق مجلس الخبر . والثاني : حتى يجتمعا . والثالث : على الفور . والرابع : يثبت له الخيار إذا أبصر البيع ، ولا يتأخر . والله أعلم

فرع

إذا ورثه اثنان فصاعداً ، وكانوا حضوراً في مجلس العقد ، فلهم الخيار إلى أن يفارقوا العاقد الآخر ، ولا ينقطع بمفارقة بعضهم على الأصح . وإن كانوا غائبين عن المجلس ، قال في « التتمة » : إن قلنا في الوارث الواحد : يثبت الخيار في مجلس مشاهدة البيع ، فلهم الخيار إذا اجتمعوا في مجلس واحد . وإن قلنا : له الخيار إذا اجتمع هو والعاقد ، فكذا لهم الخيار إذا اجتمعوا به . ومتى فسخ بعضهم ، وأجاز بعضهم ، ففي وجه : لا يفسخ في شيء والأصح : أنه يفسخ في الجميع ، كالورث إذا فسخ في حياته في البعض وأجاز في البعض . قلت : وسواء فسخ بعضهم في نصيبه فقط ، أو في الجميع . والله أعلم

فرع

إذا حمّل أحد المتعاقدين ، فأخرج من المجلس مكرهاً ، فإن منع الفسخ بأن
سُدَّ فيه ، لم ينقطع خياره على المذهب . وقيل : وجهان كالقولين في الموت ،
وهنا أولى ببقائه ، لأن إبطال حقه قهراً ، بعيد . وإن لم يمنع الفسخ ، فطريقان .
أحدهما : ينقطع . وأصحها : على وجهين . أصحها : لا ينقطع . فإن قلنا : ينقطع
خياره ، انقطع أيضاً خيار المالك ، وإلا ، فله التصرف بالفسخ والاجارة إذا
تمكن . وهل هو على الفور ؟ فيه الخلاف السابق . فإن قلنا : لا يتقيد بالفور ،
وكان مستقراً حين زايله الاكراه في مجلس ، امتد الخيار امتداد ذلك المجلس .
وإن كان ماراً ، فاذا فارق في مروره مكان التمكن ، انقطع خياره ، وليس عليه
الانقلاب إلى مجلس العقد ليجتمع بالماقد الآخر إن طال الزمان . وإن قصر ، ففيه
احتمال للامام . وإذا لم يبطل خيار المُخْرَج ، لم يبطل خيار المالك أيضاً إن منع
الخروج معه ، وإلا ، بطل على الأصح . ولو ضربا حتى تفرقا بأنفسهما ، ففي انقطاع
الخيار قولان ، كحنت المكره . ولو هرب أحدهما ولم يتبعه الآخر مع التمكن ، بطل
خيارهما ، وإن لم يتمكن ، بطل خيار الهارب وحده ، قاله في التهذيب .

قلت : أطلق الفوراني ، والتولي ، وصاحباً المدة ، و « البيان » وغيرهم : أنه
يبطل خيارهما بلا تفصيل ، وهو الأصح ، لأنه تمكن من الفسخ بالقول ، ولأن
الهارب فارق مختاراً ، بخلاف المكره ، فإنه لا فعل له . والله أعلم

فرع

لو جُنَّ أحدهما ، أو أغمي عليه ، لم ينقطع الخيار ، بل يقوم وليه أو الحاكم مقامه ، فيفعل ما فيه الحظ من الفسخ والاجازة . وفي وجه مخرج من الموت : أنه ينقطع . ولو خرس أحدهما في المجلس ، فإن كانت له إشارة مفهومة ، أو كتابة ، فهو على خياره ، وإلا ، نصب الحاكم نائباً عنه .

فرع

لو جاء المتعاقدان ممّا ، فقال أحدهما : تفرقا بعد البيع ، فأنزم ، وأنكر الثاني التفرق ، وأراد الفسخ ، فالقول قول الثاني مع يمينه ، للأصل . ولو اتفقا على التفرق ، وقال أحدهما : فسخت قبله ، وأنكر الآخر ، فالقول قول المنكر مع يمينه على الصحيح ، وعلى الثاني : قول مدعي الفسخ ، لأنه أعلم بتصرفه . ولو اتفقا على عدم التفرق ، وادعى أحدهما الفسخ ، وأنكر الآخر ، فدعواه الفسخ ، فسخ .

السبب الثاني للخيار : الشرط . يصح خيار الشرط بالاجماع ، ولا يجوز أكثر من ثلاثة أيام ، فإن زاد ، بطل البيع ، ويجوز دون الثلاثة . فلو كان البيع مما يتسارع إليه الفساد ، فهل يبطل البيع ، أو يصح وبيع عند الاشراف على الفساد ، ويقام ثمنه مقامه ؟ وجهان حكاهما صاحب « البيان » .

قلت : أصحها : الأول . والله أعلم

ويشترط أن تكون المدة متصلة بالمقد . فلو شرطاً خيار ثلاثة فما دونها من آخر الشهر ، أو متى شاء ، أو شرطاً خيار الفد دون اليوم ، بطل البيع .

ولا يجوز شرط الخيار مطلقاً ، ولا تقديره بمدة مجهولة . فإن فعل ، بطل العقد ، ولو شرطاً الخيار إلى وقت طلوع الشمس من الغد ، جاز . ولو قال : إلى طلوعها ، قال الزيري : لا يجوز ، لأن السماء قد تغيم فلا تطلع ، وهذا بعيد ، فإن التغيم إنما يمنع من الاشرار واتصال الشعاع ، لا من الطلوع . واتفقوا على أنه يجوز أن يقول : إلى الغروب ، وإلى وقت الغروب .

قلت : الأصح : خلاف قول الزيري . والله أعلم

ولو تباعاً نهائياً بشرط الخيار إلى الليل ، أو عكسه ، لم يدخل فيه الليل والنهار ، كما لو باع بألف إلى رمضان ، لا يدخل رمضان في الأجل .

فرع

لو باع عيدين بشرط الخيار في أحدهما لا بعينه ، بطل البيع ، كما لو باع أحدهما لا بعينه . ولو شرط الخيار في أحدهما بعينه ، ففيه قولان : الجمع بين مختلفي الحكم ، وكذا لو شرط في أحدهما خيار يوم ، وفي الآخر ، يومين . فإن صححنا البيع ، ثبت الخيار فيما شرط كما شرط . ولو شرط الخيار فيها ، ثم أراد الفسخ في أحدهما ، فعلى قولي تفريق الصفقة في الرد بالعيب . ولو اشترى اثنين شيئاً من واحد صفقة واحدة بشرط الخيار ، فلا أحدهما الفسخ في نصيبه ، كما في الرد بالعيب . ولو شرط لأحدهما الخيار ، دون الآخر ، صح البيع على الأظهر .

فرع

لو اشترى بشرط أنه [إن] لم ينقده الثمن في ثلاثة أيام ، فلا بيع بينها ،

أو باع بشرط أنه إن رد الثمن في ثلاثة أيام ، فلا يبيع بينها ، بطل البيع ، كما لو تباعا بشرط أنه إن قدم زيد اليوم ، فلا يبيع بينها ، هذا هو الصحيح . وعن أبي إسحاق : أنه يصح العقد ، والمذكور في الصورة الأولى : شرط الخيار للمشتري . وفي الثانية : شرطه للبائع .

فرع

قد اشتهر في الشرع ، أن قوله : لا خِلافة ، عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثة أيام . فإذا أطلقها عالين بمناها ، كان كالتصريح بالاشتراط . وإن كانا جاهلين ، لم يثبت الخيار . فإن علم البائع دون المشتري ، فوجهان . قلت : الصحيح : أنه لا يثبت . والله أعلم

فرع

إذا شرط الخيار ثلاثة أيام ، ثم أسقطا اليوم الأول ، سقط الكل .

فرع

إذا تباعا بشرط الخيار ثلاثة فما دونها ، فابتداء المدة من وقت العقد ، أم من وقت التفرق ، أو التأخير ؟ فيه وجهان . أصحها : الأول . وأما ابتداء مدة الأجل ، فإن جعلنا الخيار من العقد ، فالأجل أولى ، وإلا ، فوجهان . فإذا قلنا : ابتداء الخيار من العقد ، فانقضت المدة وهما مصطحبان بعد ، انقطع خيار الشرط ، وبقي خيار المجلس . وإن تفرقا والمدة باقية ، فالحكم بالعكس . ولو أسقطا

أحد الخيارين ، لم يسقط الآخر . ولو قالا : ألزمتنا العقد ، أو أسقطنا الخيار مطلقاً ، سقطا . ولو شرطاً ابتداء من وقت التفرق ، بطل العقد على الصحيح . وفي وجه : يصح البيع والشرط . وأما إذا قلنا : ابتداء الخيار من التفرق ، فاذا تفرقاً ، انقطع خيار المجلس ، واستؤنف خيار الشرط . ولو أسقطا الخيار قبل التفرق ، بطل خيار المجلس ، ويبطل الآخر على الأصح ، لأنه غير ثابت . ولو شرطاً ابتداءه من حين العقد ، فوجهان . أحدهما : يصح العقد والشرط . ولو شرطاً الخيار بعد العقد وقبل التفرق ، وقلنا بثبوته ، فالحكم على الوجه الثاني لا يختلف ، وعلى الأول : يحسب من وقت الشرط ، لامن وقت العقد ، ولا من التفرق .

فرع

من له خيار الشرط ، له فسخ العقد حَضَرَ صاحبه أو غاب ، ولا يفترق نفوذ هذا الفسخ إلى الحاكم .

فصل

فبما يثبت فيه خيار الشرط من العقود وما لا يثبت

والقول الجلي فيه : أنه مع خيار المجلس يتلزمان في الأغلب ، لكن خيار المجلس أسرع وأولى ثبوتاً من خيار الشرط ، وربما انفكا لذلك ، فاذا أردت التفصيل فراجع ماسبق في خيار المجلس .

واعلم بأنهما متفقان في صور الخلاف والوفاق ، إلا أن البيوع التي يشترط

فيها التقابض في المجلس، كالصرف ، وبيع الطعام بالطعام ، أو القبض في أحد
الموضين ، كالسلم ، لا يجوز شرط الخيار فيها وإن ثبت خيار المجلس ، وإلا أن
خيار الشرط لا يثبت في الشفعة بلا خلاف . وكذا في الحوالة على ما حكاه المراقبون،
وإلا أن الوجه القريب المذكور في خيار المجلس للبائع لفلس ، لم يطردوه هنا ،
وإلا أن في الهبة بشرط الثواب طريقة قاطعة تنفي خيار الشرط ، وإلا أن في
الاجارة أيضاً طريقة مثل ذلك . وحكم شرط الخيار في الصداق ، مذكور في
كتاب « الصداق » .

فصل

يجوز شرط الخيار للعاقدين ولأحدهما بالاجماع . ويجوز أن يشترط
لأحدهما يوم ، وللآخر يومان أو ثلاثة . فإن شرطه لغيرهما ، فإن كان الغير
أجنبياً ، فقولان . أحدهما : يفسد البيع . وأظهرهما : يصح البيع والشرط ،
ويجري القولان في بيع العبد بشرط الخيار للعبد . ولا فرق على القولين بين أن
يشترطاً جميعاً أو أحدهما الخيار لشخص واحد ، وبين أن يشترط هذا الخيار
لواحد ، وهذا لآخر . فإذا قلنا بالأظهر ، ففي ثبوت الخيار للشارط أيضاً قولان ،
أو وجهان . أظهرهما ، وهو ظاهر نصه في الصرف : أنه لا يثبت ، اقتصاراً على
الشرط . فإذا لم تثبت الخيار للعاقدين مع الأجنبي ، فمات الأجنبي في زمن الخيار ،
ثبت له الآن على الأصح . وإن أثبتنا الخيار للعاقدين مع الأجنبي ، فلكل واحد
منهما الاستقلال بالفسخ . ولو فسخ أحدهما ، وأجاز الآخر ، فالفسخ أولى .
ولو اشترى شيئاً على أن يؤامر فلاناً ، فيأتي بما يأمره به من الفسخ والاجازة ،
فالنصوص : أنه يجوز ، وليس له الرد حتى يقول : استأمرته ، فأمرني بالفسخ .

وتكلموا فيه من وجهين ، أحدهما : أنه لماذا شرط أن يقول : استأمرته ؟ قال الذين خصّوا الخيار المشروط للأجنبي به : هذا جواب على المذهب الذي قلناه ومؤيد له . وقال الآخرون : إنه مذكور احتياطاً . والوجه الثاني : أنه أطلق في التصوير شرط المؤامرة ، فهل يحتمل ذلك ؟ الصحيح : أنه لا يحتمل ، واللفظ محمول على ما إذا قيد المؤامرة بالثلاث فما دونها . وقيل : يحتمل الاطلاق والزيادة على الثلاث ، كخيار الرؤية . أما إذا كان ذلك الغير هو الموكل ، فيثبت الخيار للموكل فقط ، وللوكيل بالبيع والشراء شرط الخيار للموكل على الأصح ، لأن ذلك لا يضره . وطرده الشيخ أبو علي الوجهين في شرط الخيار لنفسه أيضاً . وليس للوكيل في البيع شرط الخيار للمشتري ، ولا للوكيل في الشراء شرطه للبائع ، فإن خالف ، بطل العقد . وإذا شرط الخيار لنفسه ، وجوزناه ، أو أذن فيه صريحاً ، ثبت له الخيار ، ولا يفعل إلا ما فيه الحظ للموكل ، لأنه مؤتمن ، بخلاف الأجنبي المشروط له الخيار ، لا يلزمه رعاية الحظ ، هكذا ذكروه . ولقائل أن يجعل شرط الخيار له اثباتاً ، وهذا أظهر إذا جعلناه نائباً عن المعاهد . ثم هل يثبت للموكل الخيار معه في هذه الصورة ؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا شرط للأجنبي ، هل يثبت للمعاهد ؟ وحكي الامام فيما إذا أطلق الوكيل شرط الخيار بالاذن المطلق من الموكل ، ثلاثة أوجه ، أن الخيار يثبت للوكيل ، أو للموكل ، أم لهما ؟

قلت : أصحابها : للوكيل . ولو حضر الموكل مجلس العقد ، فحجر على الوكيل في خيار المجلس ، فمنه الفسخ والاجازة ، فقد ذكر الفزالي كلاماً منه : أن فيه احتمالين . أحدهما : يجب الامتنال ، وينقطع خيار الوكيل ، قال : وهو مشكل ، لأنه يلزم منه رجوع الخيار إلى الموكل ، وهو مشكل . والثاني : لا يمتثل ، لأنه من لوازم السبب السابق ، وهو البيع ، ولكنه مشكل ، لأنه يخالف شأن الوكالة التي مقتضاها امتثال قول الموكل ، وهذا الثاني أرجح ، وهذا معنى كلام الفزالي

في « البسيط » و « الوسيط » . وليس في المسألة خلاف وإن كانت عبارته
موهمة إثبات خلاف . والله أعلم

فصل

ملك المبيع في زمن الخيار لمن ؟ فيه ثلاثة أقوال : أحدها ، للمشتري ،
والملك في الثمن للبائع . والثاني : للبائع ، والملك في الثمن للمشتري . والثالث :
موقوف . فإن تم البيع ، بأن حصول الملك للمشتري بنفس البيع ، وإلا ، بأن
أن ملك البائع لم يزل . وكذا يتوقف في الثمن . وفي موضع الأقوال ، طرق .
أحدها : أنها إذا كان الخيار لها ، إما بالشرط ، وإما بالمجلس . أما إذا كان
لأحدهما ، فهو مالك المبيع ، لنفوذ تصرفه . والثاني : أنه لا خلاف في المسألة ،
ولكن إن كان الخيار للبائع ، فالملك له . وإن كان للمشتري ، فله . وإن كان
لها ، فموقوف . وتترد الأقوال على هذه الأحوال . والثالث : طرد الأقوال
في جميع الأحوال ، وهو الأصح عند عامة الأصحاب ، منهم المراقبون ، والحلي .
وأما الأظهر من الأقوال ، فقال الشيخ أبو حامد ومن نحا نحوه : الأظهر : أن
الملك للمشتري ، وبه قال الامام . وقال آخرون ، الأظهر : الوقف ، وبه قال
صاحب « التهذيب » ، والأشبه : توسط ذكره جماعة ، وهو أنه إن كان الخيار
للبائع ، فالأظهر : بقاء الملك له . وإن كان للمشتري ، فالأظهر : انتقاله إليه .
وإن كان لها ، فالأظهر : الوقف .

التفريع . لهذه الأقوال ، فروع كثيرة .

منها : ما يذكر في أبوابه .

ومنها : ما يذكر هنا . فمن ذلك ، كسب العبد والأمة المبيعين في زمن الخيار ، فإن تم البيع ، فهو للمشتري إن قلنا : الملك له ، أو موقوف . وإن قلنا : للبائع ، فوجهان . قال الجمهور : الكسب للبائع ، لأن الملك له عند حصوله . وقال أبو علي الطبري : للمشتري . وإن فسح البيع ، فهو للبائع إن قلنا : الملك له ، أو موقوف . وإن قلنا : للمشتري ، فوجهان . أصحها : للمشتري . وقال أبو إسحاق : للبائع . وفي معنى الكسب : اللبئ ، والتمرة ، والبيض ، ومهر الجارية إذا وطئت بشبهة .

ومنه النتائج ، فإن فرض حدوث الولد وانفصاله في مدة الخيار لامتداد المجلس ، فهو كالكسب . وإن كانت الجارية أو البهيمة حاملاً عند البيع ، وولدت في زمن الخيار ، بني على أن الحمل هل يأخذ قسطاً من الثمن ؟ وفيه قولان . أحدهما : لا ، كأعضائها . فعلى هذا ، هو كالكسب بلا فرق . وأظهرهما : نعم ، كما لو بيع بعد الانفصال مع الأم . فعلى هذا ، الحمل مع الأم كمينين بيعتا معاً . فإن فسح البيع ، فهي للبائع ، وإلا ، فالمشتري .

ومنه العتق ، فإذا أعتق البائع في زمن الخيار الشروط لهما ، أو للبائع ، نفذ إعتاقه على كل قول . وإن أعتقه المشتري ، فإن قلنا : الملك للبائع ، لم ينفذ إن فسح البيع ، وكذا إن تم على الأصح . وإن قلنا : موقوف ، فالعتق أيضاً موقوف ، فإن تم العقد ، بان نفوذه ، وإلا ، فلا . وإن قلنا : الملك للمشتري ، ففي العتق وجهان . أصحها وهو ظاهر النص : لا ينفذ ، صيانة لحق البائع عن الإبطال . وعن ابن سريج : أنه ينفذ ، لمصادفته الملك . ثم قيل بالنفوذ عنه مطلقاً . وقيل : إنه يفرق بين أن يكون موسراً ، فينفذ ، أو معسراً ، فلا ينفذ ، كالرهون . فإن قلنا : لا ينفذ ، فاختار البائع الاجازة ، ففي الحكم بنفذه الآن ، وجهان . وإن قلنا : ينفذ ، فمن

وقت الاجازة ، أم الاعتاق ؟ وجهان . أصحها : الأول . وإن قلنا بوجه ابن سريج ، ففي بطلان خيار البائع ، وجهان . أحدهما : يبطل ، وليس له إلا الثمن . وأصحهما : لا يبطل ، لكن لا يرد العتق ، بل إذا فسخ ، أخذ منه قيمة العبد ، كتنظيره في الرد بالعيب . هذا كله إذا كان الخيار لهما ، أو للبائع . أما إذا كان للمشتري ، فينفذ إعاقته على جميع الأقوال ، لأنه إما مصادف ملكه ، وإما إجازة ، وليس فيه إبطال حق الغير . وإن أعتقه البائع ، فإن قلنا : الملك للمشتري ، لم ينفذ ، تم البيع أم فسخ . ويحيى فيما لو فسخ الوجه الناظر إلى المال . وإن قلنا بالوقف ، لم ينفذ إن تم البيع ، وإلا ، نفذ . وإن قلنا : إنه للبائع ، فإن اتفق الفسخ ، فهو نافذ ، وإلا ، فقد أعتق ملكه الذي تعلق به حق لازم ، فهو كإعتاق الراهن .

ومنه : الوطاء ، فإن كان الخيار لهما ، أو للبائع ، ففي حكمه للبائع ، طرق . أحدهما : أننا إن جعلنا الملك له ، فهو حلال ، وإلا ، فوجهان . وجه الحل : أنه يتضمن الفسخ ، وفي ذلك عود الملك إليه معه ، أو قبيله . والطريق الثاني : إن لم نجعل الملك له ، فحرام ، وإلا ، فوجهان . وجه التحريم : ضعف الملك . و[الطريق] الثالث : القطع بالحل مطلقاً . والمذهب من هذا كله : الحل ، إن جعلنا الملك له ، والتحريم ، إن لم نجعله له ، ولا مهر عليه بحال . وأما وطاء المشتري ، فحرام قطعاً ، لأنه وإن ملك على قول ، فملك ضعيف ، ولكن لاحدٍ عليه على الأقوال ، لوجود الملك أو شبهته . وهل يلزمه المهر ؟ إن تم البيع ، فلا ، إن قلنا : الملك للمشتري أو موقوف . وإن قلنا : للبائع ، وجب المهر له على الصحيح . وقال أبو إسحاق : لا يجب ، نظراً إلى المال . وإن فسخ البيع ، وجب المهر للبائع إن قلنا : الملك له أو موقوف . وإن قلنا : للمشتري ، فلا مهر على الأصح . ولو أولدها ، فالولد حر نسيب على الأقوال . وهل يثبت الاستيلاد ؟ إن قلنا : الملك للبائع ، فلا . ثم إن تم البيع ، أو ملكها بعد ذلك ، ففي ثبوته حينئذ قولان ، كمن وطئ جارية

غيره بشبهة ثم ملكها . وعلى وجه الناظر إلى المال ، إذا تم البيع ، نفذ الاستيلاد بلا خلاف . وعلى قول الوقف ، إن تم البيع ، بان ثبوت الاستيلاد ، وإلا ، فلا . فلو ملكها يوماً ، عاد القولان . وعلى قولنا : الملك للمشتري في ثبوت الاستيلاد ، الخلاف المذكور في العتق . فإن لم يثبت في الحال ، وتم البيع ، بان ثبوته .

ورثب الأئمة الخلاف في الاستيلاد على الخلاف في العتق ، فقيل : الاستيلاد أولى بالثبوت . وقيل : عكسه . وقال الامام : ولا يبعد القول بالتسوية . والقول في وجوب قيمة الولد على المشتري ، كالقول في المهر . أما إذا كان الخيار للمشتري وحده ، فحكم حل الوطاء كما سبق في حل الوطاء في طرف البائع ، إذا كان الخيار لهما ، أو له . وأما البائع ، فيحرم عليه الوطاء هنا . فلو وطئ ، فالقول في وجوب المهر وثبوت الاستيلاد ووجوب القيمة كما ذكرناه في طرف المشتري ، إذا كان الخيار لهما ، أو للبائع .

فرع

إذا تلف المبيع بأفة سماوية في زمن الخيار ، نظر ، إن كان قبل القبض ، انفسخ المقد . وإن كان بعده وقلنا : الملك للبائع ، انفسخ أيضاً ، فيسترد الثمن ، وينرم للبائع القيمة . وفي القيمة ، الخلاف المذكور في كيفية غرامة المستعير والمستام . وإن قلنا : الملك للمشتري أو موقوف ، فوجهان أو قولان . أحدهما : ينفسخ أيضاً ، لحصول الهلاك قبل استقرار المقد . وأصحهما : لا ينفسخ ، لدخوله في ضمان المشتري بالقبض ، ولا أثر لولاية الفسخ كما في خيار الميب . فإن قلنا بالانفساخ ، فعلى المشتري القيمة . قال الامام : وهنا يقطع باعتبار قيمة يوم التلف ، لأن الملك قبل ذلك للمشتري . وإن قلنا بعدم الانفساخ ، فهل ينقطع الخيار ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، كما ينقطع خيار الرد بالميب بتلف المبيع . وأصحهما :

لا ، كما لا يتمتع التحالف بتلف البيع ، ويخالف الرد بالميب ، لأن الضرر ستم يندفع بالأرض ، فإن قلنا بالأول ، استقر المقد ، ولزم الثمن . وإن قلنا بالثاني ، فإن تم المقد ، لزم الثمن ، وإلا ، وجبت القيمة على المشتري ، واسترد الثمن . فإن تنازعا في تعيين القيمة ، فالقول قول المشتري . ومن الأصحاب من قطع بعدم الانفساخ وإن قلنا : الملك للبائع . وذكروا تقريباً : أنه لو لم ينفسخ حتى انقضى زمن الخيار ، فملى البائع رد الثمن ، وعلى المشتري القيمة . قال الامام : هذا تخليط ظاهر .

فرع

لو قبض المشتري المبيع في زمن الخيار ، وأتلفه متلف قبل انقضائه ، إن قلنا : الملك للبائع ، انفسخ البيع كالتلف . وإن قلنا : للمشتري أو موقوف ، نظر ، إن أتلفه أجنبي ، بني على ما لو تلف . إن قلنا : ينفسخ المقد هناك ، فهو كاتلاف الأجنبي المبيع قبل القبض ، وسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى . وإن قلنا : لا ينفسخ ، وهو الأصح ، فكذا هنا ، وعلى الأجنبي القيمة ، والخيار بحاله . فإن تم البيع ، فهي للمشتري ، وإلا ، للبائع . وإن أتلفه المشتري ، استقر الثمن عليه . فإن أتلفه في يد البائع ، وجعلنا إتلافه قبضاً ، فهو كما لو تلف في يده . وإن أتلفه البائع في يد المشتري ، ففي التهمة : أنه يبنى على أن إتلافه كاتلاف الأجنبي ، أم كالتلف بأفة سهاوية ؟ وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

فرع

لو تلف بمض المبيع في زمن الخيار بعد القبض ، بأن اشترى عيدين ، فمات أحدهما ، ففي الانفساخ في التألف ، الخيار السابق . فان انفسخ ، جاء في الانفساخ في الباقي قولاً تفريق الصفة . وإن لم ينفسخ ، ففي خياره في الباقي ، إن قلنا : يجوز رد أحد العيدين إذا اشتراها بشرط الخيار ، وإلا ، ففي بقاء الخيار في الباقي ، الوجهان . وإذا بقي الخيار فيه ، ففسخ ، رده مع قيمة المالك .

فرع

إذا قبض المبيع في زمن الخيار ، ثم أودعه عند البائع ، فتلف في يده ، فهو كما لو تلف في يد المشتري . حتى إذا فرعنا على أن الملك للبائع ، ينفسخ البيع ، ويسترد الثمن ، ويغرم القيمة ، حكاه الامام عن الصيدلاني . ثم أبدى احتمالاً في وجوب القيمة لحصول التلف بعد المود إلى يد المالك .

فرع

لا يجب على البائع تسليم المبيع ، ولا على المشتري تسليم الثمن في زمن الخيار . فلو تبرع أحدهما بالتسليم ، لم يطل خياره ، ولا يحير الآخر على تسليم ما عنده ، وله استرداد المدفوع . وقيل : ليس له استرداده ، وله أخذ ما عند صاحبه دون رضاه . والأول : أصح .

فرع

لو اشترى زوجته بشرط الخيار ، ثم خاطبها بالطلاق في زمن الخيار ، فإن تم العقد وقلنا : الملك للمشتري أو موقوف ، لم يقع الطلاق . وإن قلنا : للبائع ، وقع . وإن فسخ وقلنا : للبائع أو موقوف ، وقع . وإن قلنا : للمشتري ، فوجهان . وليس له الوطاء في زمن الخيار ، لأنه لا يدري أبطأ بالملك ، أم بالزوجة ؟ هذا هو الصحيح المنصوص . وفي وجه : له الوطاء .

فصل

فيما يحصل به الفسخ والإجازة

لا يخفى ما يحصل به من الألفاظ ، كقول البائع : فسخت البيع ، أو استرجعت المبيع ، أو رددت الثمن . وقال الصيمري : قول البائع في زمن الخيار : لا أبيع حتى يزيد في الثمن ، وقول المشتري : لا أفعل ، فسخ ، وكذا قول المشتري : لا أشتري حتى تنقص لي من الثمن ، وقول البائع : لا أفعل ، وكذا طلب البائع حلول الثمن المؤجل ، وطلب المشتري تأجيل الثمن الحال* .

فرع

إذا كان للبائع خيار ، فوطؤه المبيعة في زمن الخيار ، فسخ على الصحيح ، لإشعاره باختيار الإمساك . وفي وجه : لا يكون فسخاً . وفي وجه : إنما يكون

فسخاً إذا نوى به الفسخ . فعلى الصحيح ، لو قُبل أو باشر فيما دون الفرج ، أو لمس بشهوة ، لا يكون فسخاً على الأصح ، وكذا الركوب والاستخدام . وقطع في « التهذيب » بأن الجميع فسخ .

فرع

إعتاق البائع إن كان له الخيار ، فسخ بلا خلاف . وفي بيعه ، وجهان . أصحهما : أنه فسخ . فعلى هذا ، في صحة البيع المأتي به ، وجهان . أصحهما : الصحة ، كالمتق . ويجري هذا الخلاف في الاجارة والتزويج ، وكذا في الرهن والهبة إن اتصل بهما القبض ، وسواء وهب لمن لا يتمكن من الرجوع في هبته ، أو يتمكن ، كولد . فان تجرد الرهن والهبة عن القبض ، فهو كالعرض على البيع ، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

فرع

إذا علم البائع أن المشتري بطأ الجارية ، وسكت عليه ، هل يكون مجيزاً ؟ وجهان . أصحهما : لا ، كما لو سكت على بيعه وإجارته ، وكما لو سكت على وطء أمته ، لا يسقط به المهر . ولو وطئ بالإذن ، حصلت الإجازة ، ولم يجب على المشتري مهر ولا قيمة ولد ، وثبت الاستيلاد قطعاً . وما سبق في الفصل الماضي ، مفروض فيما إذا لم يأذن له البائع في الوطء ولا عليم به .

فرع

وطء المشتري ، هل هو إجازة منه ؟ وجهان . أصحها : نعم ، وإعتاقه إن كان باذن البائع ، نفذ ، وحصلت الإجازة من الطرفين ، وإلا ، ففي نفوذه ماسبق . فان نفذ ، حصلت الإجازة ، وإلا ، فوجهان . أصحها : الحصول ، لدلالته على اختيار التملك . قال الامام : ويتجه أن يقال : إن أعتق وهو يعلم عدم نفوذه ، لم يكن إجازة قطعاً . وإن باع ، أو وقف ، أو وهب وأقبض بغير إذن البائع ، لم ينفذ قطعاً ، ولكن يكون إجازة على الأصح . ولو باشر هذه التصرفات باذن البائع ، أو باع للبائع نفسه ، صح على الأصح . قال ابن الصباغ : وعلى الوجهين جميعاً ، يلزم البيع ، ويسقط الخيار . وقياس ماسبق : أننا إذا لم ننفذها ، كان سقوط الخيار على وجهين . ولو أذن له البائع في طحن الحنطة المبيعة ، فطحنها ، كان مجيزاً . ومجرد الإذن في هذه التصرفات ، لا يكون إجازة من البائع ، حتى لو رجع قبل التصرف ، كان على خياره ، ذكره الصيدلاني وغيره .

فرع

في العرض على البيع والإذن والتوكيل^(١)

فيه وجهان . وكذا في الرهن والهبة ، دون القبض . أحدهما : أنها كلها فسخ من جهة البائع ، وإجازة من جهة المشتري . وأصحها : أنها ليست فسخاً ، ولا إجازة . ولو باع المبيع في زمن الخيار بشرط الخيار ، قال الامام : إن قلنا : لا يزول ملك البائع ، فهو قريب من الهبة الحالية من القبض ، وإن قلنا : يزول ، ففيه احتمال ، لأنه أبقى لنفسه مستدركاً .

(١) في « شرح الوجيز » : في العرض على البيع والإذن في التوكيل .

فرع

اشترى عبداً بجارية ، ثم أعتقها مماً ، نظر ، إن كان الخيار لها ، عتقت الجارية ، بناءً على ما سبق أن إعتاق البائع نافذ متضمن للفسخ ، ولا يمتق العبد المشتري وإن جعلنا الملك فيه لمشتريه ، لما فيه من إبطال حق صاحبه على الأصح . وعلى الوجه القائل بنفاذ إعتاق المشتري ، تقريباً على أن الملك للمشتري ، يمتق العبد ، ولا تمتق الجارية . وإن كان الخيار لمشتري العبد ، فثلاثة أوجه . أحها : يمتق العبد ، لأنه إجازة . والأصل : استمرار العقد . والثاني : تمتق الجارية ، لأن عتقها فسخ ، فقدّم على الإجازة . ولهذا لو فسخ أحد المتبايعين ، وأجاز الآخر ، قدّم الفسخ . والثالث : لا يمتق واحد منها . وإن كان الخيار لبائع العبد وحده ، فالمتق بالإضافة إلى العبد مشتريه ، والخيار لصاحبه ، وبالإضافة إلى الجارية بائع . وقد سبق الخلاف في إعتاقها . والذي يُفتى به : أنه لا ينفذ العتق في واحد منها في الحال . فإن فسخ صاحبه ، نفذ في الجارية ، وإلا ، ففي العبد . ولو كانت المسألة بحالها وأعتقها مشتري الجارية ، ففس الحكم بما ذكرناه ، وقل : إن كان الخيار لهما ، عتق العبد دون الجارية على الأصح . وإن كان للممتق وحده ، فعلى الأوجه الثلاثة . في الأول : يمتق العبد ، وفي الثاني : الجارية ، ولا يمتق الثالث .

باب

خيار النقيصة

هو منوط بفوات شيء من العقود عليه كان يُظن حصوله ، وذلك الظن من أحد ثلاثة أمور . أولها : شرط كونه بتلك الصفة . وثانيها : اطراد العرف بحصولها فيه . وثالثها : أن يفعل العاقد ما يورث ظن حصولها .
فالأول [من أسباب الظن] : كقوله : بع هذا العبد بشرط كونه كاتباً .
والصفات الملزمة بالشرط ، قسمان .

أحدهما : يتعلق به غرض مقصود ، فالخلف فيها يثبت الخيار وفقاً ، أو على خلاف فيه ، وذلك بحسب قوة الغرض وضعفه .

والثاني : لا يتعلق به غرض مقصود ، فاشتراطه لنفو ، ولا خيار بفقده . فإذا شرط كون العبد كاتباً أو خبازاً أو صائغاً ، فهو من القسم الأول . ويكفي أن يوجد من الصفة المشروطة ما ينطلق عليه الاسم ، ولا تشترط النهاية فيها . ولو شرط إسلام العبد ، فإن كافرأ ، أو شرط كون الجارية يهودية أو نصرانية ، فبانت مجوسية ، ثبت الخيار . ولو شرط كفره ، فإن مسلماً ، ثبت الخيار على الصحيح . وقيل : إن كان قريباً من بلاد الكفر ، أو في ناحية أغلب أهلها الذمميون ، ثبت الخيار ، وإلا ، فلا . وقال المزني : لا خيار أصلاً . ولو شرط بكاراة الجارية ، فبانت ثيباً ، فله الرد ، سواء كانت مزوجة ، أم لا . وقال أبو إسحاق : لا خيار إن كانت مزوجة ، لأن الاقتضاض حق للزوج . والصحيح : الأول ، لأنه قد يطلقها . ولو شرط ثيابتها ، فبانت بكرأ ، أو شرط سبوبة شعرها ، فإن جمدا ، فلا خيار على الأصح ، لأنها أفضل ، كما لو شرط كون العبد أمياً ، فإن كاتباً ، أو كونه فاسقاً ، فإن عفيفاً . ولو شرط الجمودة ، فإن سبطاً ، ثبت الخيار . ولو شرط كون العبد خصياً ، فإن

فحلاً او عكسه ، فله الرد ، لشدة اختلاف الأغراض . وقيل : لارد في الصورة الأولى . ولو شرط كونه مختوناً ، فبان أُلُف ، فله الرد ، وبالعكس لارد . وقال في « التتمة » : إلا أن يكون العبد مجوسياً . وهناك مجوس يشترط الأُلُف بزيادة ، فله الرد . ولو شرط كونه أحمق أو ناقص الحلقة ، فهو لغو .

وخيار الخلف على الفور ، فيطل بالتأخير كما سنذكر في العيب إن شاء الله تعالى . ولو تعذر الرد بهلاك وغيره ، فله الأرش كما في العيب .

ومسائل الفصل كلها مبنية على أن الخلاف في الشرط لا يفسد البيع . وحكي قول ضعيف : أنه يفسده .

الثاني من أسباب الظن : اطراد العرف . فمن اشترى شيئاً ، فوجده معيباً ، فله الرد . ومن باع شيئاً يعلم به عيباً ، وجب عليه بيانه للمشتري .

قلت : ويجب أيضاً على غير البائع ممن علمه إعلام المشتري . والله أعلم
فمن العيوب : الخصاص ، والجَبْ ، والزنا ، والسرقة في العبيد والإماء ، والإباق ، والبحر والصُّنَّان فيها . والبحر الذي هو عيب ، هو الناشئ من تغيير المعدة ، دون ما يكون لقلح الأسنان ، فإن ذلك يزول بتنظيف الفم . والصُّنَّان الذي هو عيب ، هو المستحکم الذي يخالف العادة ، دون ما يكون لمراض عرق ، أو حركة عنيفة ، أو اجتماع وسخ . ونص الأصحاب على أنه لو زنا مرة واحدة في يد البائع ، فلمشتري الرد وإن تاب وحسنت حاله ، لأن تهمة الزنا لا تزول ، ولهذا لا يعود إحسان الحر الزاني بالتوبة ، وكذلك الإباق والسرقة ، يكفي في كونها عيباً مرة واحدة .

ومن العيوب : كون الدار أو الضيعة منزل الجند . قال القاضي حسين في فتاويه : هذا إذا اختصت من بين ماحوالها بذلك ، فإن كان ماحوالها من الدور بمثابة ، فلا رد ، وكونها ثقيلة الخراج ، عيب ، وإن كنا لا نرى أصل الخراج في تلك البلاد ، لتفاوت القيمة

والرغبة . ونعني بشقل الخراج ، كونه فوق المتاد في أمثالها . وفي وجه : لاردة
بشقل الخراج ، ولا بكونها منزل الجند . وألحق في « التتمة » بهاتين الصورتين ،
ما إذا اشترى داراً ، فوجد بقرها قصارين يؤذون بصوت اللدق ، ويزعزعون
الأبنية ، أو أرضاً فوجد بقرها خنازير تقصد الزرع . ولو اشترى أرضاً
يتوهم أن لا خراج عليها ، فإن خلافه ، فإن لم يكن على مثلها خراج ، فله
الرد . وإن كان على مثلها ذلك القدر ، فلا رد . وبول الرقيق في الفرائس ،
عيب في العبد والأمة ، إذا كان في غير أوانه . أما في الصغر ، فلا . وقدره في
« التهذيب » بما دون سبع سنين . والأصح : اعتبار مصيره عادة .

ومن العيوب : مرض الرقيق وسائر الحيوانات ، سوى المرض المخوف وغيره .
ومنها : كون الرقيق مجنوناً ، أو مخبلاً ، أو أبله ، أو أبرص ، أو مجذوماً ،
أو أشل ، أو أقرع ، أو أصم ، أو أعمى ، أو أعور ، أو أخفش ، أو أجهر ،
أو أعشى ، أو أخشم ، أو أبكم ، أو أرت لا يفهم ، أو فاقد الذوق أو أغلة
أو الشعر أو الظفر ، أو له أصبع زائدة ، أو سن شاذة ، أو مقلوع بعض
الأسنان ، وكون الهيمة درداء ، إلا في السن المتداد ، وكونه ذا قروح ، أو ثآليل
كثيرة ، أو بهق ، أو أبيض الشعر في غير أوانه ، ولا بأس بحمرته .

قلت : البهق - بفتح الباء الموحدة والهاء - وهو بياض يمتري الجلد يخالف لونه ،
ليس بيرص . وأما السن الشاذة ، فهي الزائدة المخالفة لنبات الأسنان . والأخفش ،
نوعان . أحدهما : ضعيف البصر خلقة . والثاني : يكون بعلّة حدثت ، وهو الذي
يبصر بالليل دون النهار ، وفي يوم النيم دون الصحو ، وكلاهما عيب . وأما
الأجهر - بالجيم - فهو الذي لا يبصر في الشمس . والأعشى : هو الذي يبصر
بالنهار ، ولا يبصر بالليل . والمرأة عشواء . والأخشم : الذي في أنفه داء لا يثم
شيئاً . وتقدم بيان الأرت في صفة الاثمة . والله اعلم

ومنها : كونه غاماً ، أو ساحراً ، أو قاذفاً للحضات ، أو مقامراً ، أو تاركاً

للصلوات ، أو شارباً للخمر . وفي وجه ضئيف : لارد بالشرب وترك الصلاة ،
ومنها : كونه خشي مشكلاً ، أو غير مشكل . وفي وجه ضئيف : إن كان
رجلاً ويبول من فرج الرجال ، فلا رد .

ومنها : كون العبد مخنثاً ، أو ممكناً من نفسه ، وكون الجارية رتقاء ، أو قرناء ،
أو مستحاضة ، أو معتدة ، أو محرمة ، أو مزوجة ، وكون العبد مزوجاً . وفي
التزويج ، وجه ضئيف .

قلت : إذا أحرم باذن السيد ، فلامشترى الخيار ، وإلا ، فلا ، لأن له تحليه ،
كالبايع ، وقد قدمنا هذا في آخر كتاب « الحج » . والله أعلم
ومنها : تعلق الدين بربقتها ، ولا رد بما يتعلق بالذمة .

ومنها : كونها مرتدتين ، فلو بانا كافرين أصليين ، فقليل : لارد ، لا في العبد ،
ولا في الإمام ، سواء كان ذلك الكفر مانعاً من الاستمتاع ، كالتمجس والتوثن ،
أو لم يكن ، كالتهود ، وبهذا قطع صاحب « التتمة » . والأصح ما في « التهذيب » :
أنه إن وجد الجارية مجوسية ، أو وثنية ، فله الرد ، وإن وجدها كناية ، أو وجد
العبد كافراً أي كافر كان ، فلا رد إن كان قريباً من بلاد الكفر ، بحيث
لا تقل الرغبة فيه . وإن كان في بلاد الاسلام ، حيث تقل الرغبة في الكافر
وتنقص قيمته ، فله الرد . ولو وجد الجارية لا تحيض وهي صغيرة ، أو آيسة ،
فلا رد . وإن كانت في سن تحيض النساء في مثلها غالباً ، فله الرد . ولو تطاول
طهرها ، وجاوز العادات الغالبة ، فله الرد . والحمل في الجارية عيب ، وفي سائر
الحيوان ، ليس بعيب على الصحيح . وقال في « التهذيب » : عيب .

ومن الميوب : كون الدابة جموحاً ، أو عضوضاً ، أو رموحاً ، وكون
الماء مشمساً ، والرمل تحت الأرض إن كانت مما تطلب للبناء ، والأحجار إن
كانت مما تطلب للزرع والغرس . وليست حموضة الرمان بعيب ، بخلاف البطيخ .

فرع

لا رد بكون الرقيق رطب الكلام ، أو غليظ الصوت ، أو سيئ الأدب ،
أو ولد زنا ، أو مفتياً ، أو حجاً ، أو أكلوا ، أو قليل الأكل . وترد الدابة
بقلة الأكل . ولا بكون الأمة ثيباً ، إلا إذا كانت صغيرة والمعهود في مثلها
البكارة ، وإلا بكونها عقيماً ، وكون العبد عتيماً . وعن الصيمري ، إثبات الرد
بالتمنين ، وهو الأصح عند الامام . ولا بكون الأمة مختونة ، أو غير مختونة ،
ولا بكون العبد مختوناً ، أو غير مختون ، إلا إذا كان كبيراً يخاف عليه من
الختان . وفي وجه : لا تستثنى هذه الحالة أيضاً . ولا بكون الرقيق ممن يعتق
على المشتري ، ولا بكون الأمة أخته من الرضاع ، أو النسب ، أو موطوءة أبيه ،
أو ابنه ، بخلاف المحرمة والمعتدة ، لأن التحريم هناك عام ، فقلّ الرغبة ،
وهنا خاص به . وفي وجه : يلحق مانحن فيه بالمحرمة والمعتدة . ولا أثر لكونها
صائمة على الصحيح . وفي وجه : باطل . ولو اشترى شيئاً ، فبان أن بائه باعه
بوكالة ، أو وصاية ، أو ولاية ، أو أمانة ، فهل له الرد لخطر فساد النيابة ؟ وجهان .

قلت : الأصح : [أنه] لا رد . والله أعلم

ولو بان كون العبد مبيعاً في جنابة عمد ، وقد تاب عنها ، فوجهان . فإن لم
يتب ، فميب . وجنابة الخطأ ، ليست بعيب ، إلا أن يكثر .

فرع

من العيوب : نجاسة البيع إذا كان ينقص بالفسل .
ومنها : خشونة مثني الدابة ، بحيث يخاف منها السقوط ، وشرب البهيمة
لبن نفسها .

فرع

ذكر القاضي أبو سعد بن أحمد في « شرح أدب القاضي » لأبي عاصم العبادي ،
فصلاً في عيوب العبيد والجواري . منها : اصطكاك الكمين ، وانقلاب القدمين إلى
الوحشي ، والخيلا ن الكثيرة^(١) ، وآثار الشجاج والقروح والكي ، وسواد الأسنان ،
والكلف المغير للبشرة ، وذهاب الأشفار ، وكون أحد ثديي الجارية أكبر
من الآخر ، والحفر في الأسنان ، وهو تراكم الوسخ الفاحش في أصولها .
قلت : في فتاوى النزالي : إذا اشترى أرضاً ، فبان أنها تنثر إذا زادت دجلة ،
وتضر بالزرع ، فله الرد إن قللت الرغبة بسببه . والله أعلم .

هذا ما حضر ذكره من العيوب ، ولا مطمع في استيعابها . فإن أردت ضبطاً ،
فأشد المبررات ما أشار إليه الامام رحمه الله ، وهو أن يقال : يثبت الرد بكل
ما في العقود عليه من منقص العين ، أو القيمة تنقيصاً يفوت به غرض صحيح ،
بشرط أن يكون الغالب في أمثاله عدمه ، وإنما اعتبرنا نقص العين لمسألة الخصاء .
وإنما لم نكتف بنقص العين ، بل شرطنا فوات غرض صحيح ، لأنه لو قطع من غذه
أو ساقه قطعة بسيرة لا تورث شيئاً ولا تفوت غرضاً ، لا يثبت الرد . ولهذا قال

(١) الخيلان - بكسر الخاء - جمع خال ، وهي الشامة ، وكثرتها عيب .

صاحب « التقريب » : إن قطع من أذن الشاة ما يمنع التضحية ، ثبت الرد ، وإلا ، فلا . وإنما اعتبرنا الشرط المذكور ، لأن الثيابة مثلاً في الإماء ، معنى ينقص القيمة ، لكن لا ردَّ بها ، لأنه ليس الغالب فيهن عدم الثيابة .

فصل

العيب ينقسم إلى ما كان موجوداً قبل البيع ، فيثبت به الرد ، وإلى ما حدث بعده ، فينظر ، إن حدث قبل القبض ، فكمثل . وإن حدث بعده ، فله حلال . أحدهما : أن لا يستند إلى سبب سابق على القبض ، فلا رد به . والثاني : أن يستند ، وفيه صور .

إحداها : بيع المرتد صحيح على الصحيح ، كالمرضى المشرف على الهلاك . وفي وجه : لا يصح كالجاني . وأما القاتل في المحاربة ، فإن تاب قبل الظفر به ، فبيعه كبيع الجاني ، لسقوط العقوبة المتحتمة . وكذا إن تاب بعد الظفر وقلنا بسقوط العقوبة ، وإلا ، فثلاث طرق . أصحها : أنه كالمرتد . والثاني : القطع بأنه لا يصح بيعه ، إذ لا منفعة فيه لاستحقاق قتله ، بخلاف المرتد ، فإنه قد يسلم . والثالث : أنه كبيع الجاني . فإن صححنا البيع في هذه الصور ، فقتل المرتد ، أو المحارب ، أو الجاني جناية توجب القصاص ، يُنظر ، إن كان ذلك قبل القبض ، انفسخ البيع ، وإن كان بعده ، وكان المشتري جاهلاً بحاله ، فوجهان . أحدهما : أنه من ضمان المشتري . وتعلق القتل به ، كالعيب . فإذا هلك ، رجع على البائع بالأرش ، وهو ما بين قيمته مستحق القتل ، وغير مستحقه من الثمن . وأصحها : أنه من ضمان البائع ، فيرجع المشتري عليه بجميع الثمن ، ويخرج على الوجهين مؤنة تجهيزه من الكفن والدفن وغيرها . ففي الأول : هي على المشتري . وفي الثاني : على البائع . وإن كان المشتري عالماً بالحال عند الشراء ،

أو تبين له بعد الشراء ، ولم يرد ، فعلى الوجه الأول : لا يرجع شيء كسائر الميوب ، وعلى الثاني : وجهان . أحدهما : يرجع بجميع الثمن . وأصحها : لا يرجع شيء ، لدخوله في المقد على بصيرة ، وإمساكه مع العلم بحاله .

قلت : قال صاحب « التلخيص » : كل ما جاز بيعه ، فعلى مثله القيمة ، إلا في مسألة ، وهو العبد المرتد يجوز بيعه ، ولا قيمة على مثله . قال القفال : هذا صحيح ، لا قيمة على مثله ، لأنه مستحق الإتلاف . قال : وكذا العبد إذا قتل في قطع الطريق ، فقتله رجل ، فلا قيمة عليه ، لأنه مستحق القتل . قال : فهذا يجوز بيعه ، ولا قيمة على مثله ، فهذه صورة ثانية . والله أعلم

الصورة الثانية : بيع من وجب قطعه بقصاص أو سرقة ، صحيح بلا خلاف . فلو قطع في يد المشتري ، عاد التفصيل المذكور في الصورة السابقة . فإن كان جاهلاً بحاله حتى قطع ، فعلى الوجه الأول : ليس له الرد ، لكون القطع من ضمانه ، لكن يرجع على البائع بالأرض ، وهو ما بين قيمته مستحق القطع وغير مستحقه من الثمن . وعلى الأصح : له الرد واسترجاع جميع الثمن ، كما لو قطع في يد البائع . فلو تمذّر الرد بسبب ، فالنظر في الأرض على هذا الوجه إلى التفاوت بين العبد سليماً وأقطع . وإن كان المشتري عالماً ، فليس له الرد ولا الأرض .

الثالثة : إذا اشترى مزوّجة لم يعلم حالها حتى وطئها الزوج بعد القبض ، فإن كانت ثيباً ، فله الرد . وإن كانت بكرّاً ، فنقص الافتضاظ من ضمان البائع أو المشتري ؟ فيه الوجهان . إن جعلناه من ضمان البائع ، فالمشتري الرد بكونها مزوّجة . فإن تمذّر الرد بسبب ، رجع بالأرض ، وهو ما بين قيمتها بكرّاً غير مزوّجة ومزوّجة مفتضة من الثمن . وإن جعلناه من ضمان المشتري ، فلا رده ، وله الأرض ، وهو ما بين قيمتها بكرّاً غير مزوّجة وبكرّاً مزوّجة من الثمن .

وإن كان علماً بزواجها ، أو علم ورضي ، فلا رد له . فإن وجد بها عيباً قديماً بعد ما اقتضت في يده ، فله الرد إن جملناه من ضمان البائع ، وإلا ، رجع بالأرض ، وهو ما بين قيمتها مزوجة ثيباً سليمة ومثلها ممية .

الرابعة : لو اشترى عبداً مريضاً ، واستمر مرضه إلى أن مات في يد المشتري ، فطريقان . أحدهما : أنه على الخلاف في الصورة السابقة ، وبه قال الحلبي . وأصحها وأشهرها : القطع بأنه من ضمان المشتري ، لأن المرض يتزايد والردة خصلة واحدة وجدت في يد البائع . فعلى هذا ، إن كان جاهلاً ، رجع بالأرض ، وهو ما بين قيمته صحيحاً ومريضاً . وتوسط صاحب « التهذيب » بين الطريقين ، فقطع فيما إذا لم يكن المرض مخوفاً ، بأنه من ضمان المشتري ، وجعل المرض المخوف والجرح الساري ، على الوجهين .

الثالث من أسباب الظن : الفعل الغرر . والأصل فيه : التصرية ، وهي أن يربط أخلاف الناقه ، أو غيرها ، ويترك حلها يوماً فأكثر حتى يجتمع اللبث في ضرعها ، فيظن المشتري غزارة لبنها ، فيزيد [في] ثمنها . وهذا الفعل حرام ، لما فيه من التدليس ، ويثبت به الخيار للمشتري . وفي خياره ، وجهان . أحدهما : أنه على الفور . والثاني : يمتد إلى ثلاثة أيام . ولو عرف التصرية قبل ثلاثة أيام باقار البائع أو يبيئته ، فخيراه على الفور على الوجه الأول . وعلى الثاني : يمتد إلى آخر الثلاثة . وهل ابتداءها من العقد أو من التفرق ؟ فيه الوجهان في خيار الشرط . ولو عرف التصرية في آخر الثلاثة أو بعدها ، فعلى الوجه الثاني : لا خيار ، لامتناع مجاوزة الثلاثة . وعلى الأول : يثبت على الفور قطعاً . ولو اشترى علماً بالتصرية ، فله الخيار على الثاني ، للحديث (١) ، ولا خيار على الأول كسائر العيوب .

(١) وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « لا تصروا الإبل والغنم ، فمن ابتاعها بعد ، فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ، إن شاء أمسكها ، وإن شاء ردها وصاعاً تمر » متفق عليه . وللمسلم : « فهو بالخيار ثلاثة أيام » .

فرع

إن علم التصرية قبل الحلب ، ردها ولا شيء عليه . وإن كان بدمه ، فإن كان اللبن باقياً ، لم يكلف المشتري رده مع المصرة ، لأن ما حدث بعد البيع ، ملكه ، وقد اختلط بالمبيع ، وتعذر التمييز . وإذا أمسكه ، كان كما لو تلف . فإن أراد رده ، فهل يجبر عليه البائع ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، لأنه أقرب من بدله . وأصحهما : لا ، لذهاب طراوته . ولا خلاف ، أنه لو حمض ، لم يكلف أخذه . وإن كان تالفاً ، فيرد مع المصرة صاعاً من تمر . وهل يتيقن جنس التمر وقدر الصاع ؟ أما الجنس ، فالأصح : أنه يتيقن التمر . فإن أعوز ، قال الماوردي : ردّ قيمته بالدينة . والثاني : لا يتيقن . فعلى هذا ، وجهان . أحدهما : القائم مقامه الأقوات ، كصدة الفطر . قال الامام : ولا يمتدى هنا إلى الأقط . وعلى هذا ، وجهان . أحدهما : يتخير بين الأقوات . وأصحهما : الاعتبار بغالب قوت البلد . والوجه الثاني : يقوم مقامه أيضاً غير الأقوات . حتى لو عدل إلى مثل اللبن ، أو قيمته عند إعواز المثل ، أجبر البائع على القبول كسائر المتلفات . وهذا كله إذا لم يرض البائع ، فأما لو تراضيا بغير التمر من قوت أو غيره ، أو على رد اللبن المحلوب عند بقائه ، فيجوز بلا خلاف ، كذا قاله في « التهذيب » وغيره . وذكر ابن كج وجهين في جواز إبدال التمر بالبُرّ إذا تراضيا . وأما القدر ، فوجهان . أحدهما : الواجب صاع ، قلّ اللبن أو كثر ، للحديث . والثاني : يتقدر الواجب بقدر اللبن . وعلى هذا ، فقد يزيد الواجب على الصاع ، وقد ينقص . ثم منهم من خصّ هذا الوجه بما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة ، وقطع بوجوب الصاع إذا نقصت عن النصف ، ومنهم من أطلقه . ومتى قلنا بالثاني ، قال الامام : تعتبر القيمة الوسط للتمر بالحجاز ، وقيمة مثل ذلك الحيوان بالحجاز . فإذا كان اللبن عشر الشاة مثلاً ، أوجبنا من الصاع عشر قيمة الشاة .

فرع

لو اشترى شاة بصاع تمر ، فوجدها مصرّاة ، فعلى الأصح : ردها وصاعاً ، ويسترد الصاع الذي هو ثمن . وعلى الثاني : تقوّم مصرّاةً وغير مصرّاة ، ويجب بقدر التفاوت من الصاع .

فرع

غير المصرّاة إذا حلب لبنها ، ثم ردها بعيب ، قال في « التهذيب » : ردّه بدل اللبن كالمصرّاة . وفي تعليق أبي حامد حكاية عن نصه : أنه لا يردّه ، لأنه قليل غير معتنى بجمعه ، بخلاف المصرّاة . ورأى الامام تخريج ذلك على أن اللبن ، هل يأخذ قسطاً من الثمن ، أم لا ؟ والصحيح : الأخذ .

فرع

لو لم يقصد البائع التصرية ، لكن ركّ الحلب ناسياً ، أو لشغل عرض ، أو تصرّت بنفسها ، ففي ثبوت الخيار وجهان . أحدهما : لا ، وبه قطع النزالي ، لعدم التدليس . وأصحهما عند صاحب « التهذيب » : نعم ، لحصول الضرر .

فرع

خيار التصرية ، يعم الحيوانات المأكولة . وفي وجه شاذ : يختص بالنعم .

ولو اشترى أناً فوجدها مصرّاة ، فأوجه . الصحيح : أنه يردها ، ولا يرد اللبن شيئاً ،
لأنه نجس . والثاني : يردها ويرد بدله ، قاله الاصطخري ، لذهابه إلى أنه طاهر
مشروب . والثالث : لا يردها لحقارة لبنها . ولو اشترى جارية ، فوجدها مصرّاة ،
فأوجه . أصحها : يرد ، ولا يرد بدل اللبن ، لأنه لا يقتاض عنه غالباً . والثاني :
يُرد ، ويرد بدله . والثالث : لا يرد ، بل يأخذ الأرض .

فرع

هذا الخيار ، غير منوط بالتضرية لذاتها ، بل لما فيها من التلبّيس ، فيلتحق بها
ما يشاركها فيه . حتى لو حبس ماء القنّاة ، أو الرحي ، ثم أرسله عند البيع أو
الاجارة ، فظن المشتري كثرته ، ثم تبين له الحال ، فله الخيار . وكذا لو حمّر
وجه الجارية ، أو سوّد شعرها ، أو جمده ، أو أرسل الزنبور على وجهها ،
فظنها المشتري سمينة ، ثم بان خلافه ، فله الخيار . ولو لطح ثوب العبد بالمداد ،
أو ألبسه ثوب الكتاب ، أو الخبازين ، وخيّل كونه كاتباً ، أو خبازاً ، فإن خلافه ،
أو أكثر علف البهيمة حتى انتفخ بطنها ، فظنها المشتري حاملاً ، أو أرسل الزنبور
في ضرعها فانتفخ وظنها لبوناً ، فلا خيار على الأصح ، لتقصير المشتري .

فرع

لو بانّت التصرية ، لكن درّ اللبن على الحد الذي أشمرت به التصرية ،
واستمر كذلك ، ففي ثبوت الخيار ، وجهان كالوجهين فيما إذا لم يعرف الميب
القديم ، إلا بعد زواله ، وكالقولين فيما لو عتقت الأمة تحت عبد ولم يعلم عتقها
حتى عتق الزوج .

فرع

رضي بإمساك المصراة ، ثم وجد بها عيياً قديماً ، نص أنه يردها ويرد بدل الابن ، وهو المذهب . وقيل : هو كمن اشترى عبيد قتل أحدهما ، وأراد رد الآخر ، فيخرج على تفريق الصفقة .

فرع

الخيار في تلقي الركبان مستنده التفرير ، كالتصرية . وكذا خيار النجش إن أثبتناه . وقد سبق بيانها في باب المناهي .

فرع

مجرّد الفبن ، لا يثبت الخيار وإن تفاخس . ولو اشترى زجاجة بثمان كثير يتوهمها جوهرة ، فلا خيار له ، ولا نظر إلى ما يلحقه من الفبن ، لأن التقصير منه حيث لم يراجع أهل الخبرة ، ونقل المتولي وجهاً شاذاً : أنه كسراء الغائب ، وتجمل الرؤية التي لا تفيد المعرفة ولا تنفي الغرر ، كالمدومة .

فصل

إذا باع بشرط أنه بريء من كل عيب بالبيع ، فهل يصح هذا الشرط ؟ فيه أربع طرق . أصحابها : أن المسألة على ثلاثة أقوال . أظهرها : يبرأ في الحيوان عما لا يعلمه البائع دون ما يعلمه ، ولا يبرأ في غير الحيوان بحال . والثاني : يبرأ

من كل عيب ، ولا ردّ بحال . والثالث : لا يبرأ من عيب ما . والطريق الثاني :
القطع بالقول الأول . والطريق الثالث : يبرأ في الحيوان من غير المعلوم ، دون
المعلوم ، ولا يبرأ في غير الحيوان من المعلوم ، وفي غير المعلوم قولان . والطريق
الرابع : فيه ثلاثة أقوال في الحيوان وغيره . ثالثها : الفرق بين المعلوم وغيره .
ولو قال : بعتك بشرط أن لا ترد باليب ، جرى فيه هذا الخلاف . وزعم صاحب
« التتمة » : أنه فاسد قطعاً ، مفسد للمقد . ولو عيّن عيباً وشرط البراءة منه ،
نظر ، إن كان مما لا يعاين ، كقوله : بشرط براءتي من الزنا ، أو السرقة ،
أو الإباق ، برىء منه بلا خلاف ، لأن ذكرها إعلام بها . وإن كان مما يعاين ،
كالبرص ، فإن أراه قدره وموضعه ، برىء قطعاً ، وإلا ، فهو كشرط البراءة
مطلقاً ، لتفاوت الأغراض باختلاف قدره وموضعه . هكذا فصلوا ، وكأنهم تكلموا
فيما يعرفه في المبيع من العيوب . فأما ما لا يعرفه ويريد البراءة منه لو كان ، فقد
حكى الامام تقريباً على فساد الشرط فيه خلافاً .

التفريع : إن بطل هذا الشرط ، لم يبطل به البيع على الأصح . وإن
صح ، فذلك في العيوب الموجودة حال العقد . فأما الحادث بعده ، وقبل
القبض ، فيجوز الرد به . ولو شرط البراءة من العيوب الكائنة والتي ستحدث ،
فوجهان . أحدهما وبه قطع الأكثرون : أنه فاسد . فإن أفرد ما سيحدث بالشرط ،
فأولى بالفساد . وأما إذا فرعنا على أظهر الأقوال ، فكما لا يبرأ عما علمه وكنمه ،
فكذا لا يبرأ عن العيوب الظاهرة من الحيوان ، لسهولة معرفتها ، وإنما يبرأ عن
عيوب باطن الحيوان التي لا يعلمها . ومنهم من اعتبر نفس العلم ، ولم يفرق بين
الظاهر والباطن . وهل يلحق ما مأكوله في جوفه بالحيوان ؟ قيل : نعم ، لسر
معرفة . وقال الأكثرون : لا ، لتبدل أحوال الحيوان .

فصل

من موانع الرد ، أن لا يتمكن المشتري من رد البيع ، وذلك ، قد يكون لهلاكه ، وقد يكون مع بقاءه . وعلى التقدير الثاني ، قد يكون لخروجه عن قبول النقل من شخص إلى شخص ، وربما كان مع قبوله للنقل . وعلى التقدير الثاني ، وربما كان لزوال ملكه ، وربما كان مع بقاءه لتعلق حق مانع .

الحال الأول والثاني : إذا هلك المبيع في يد المشتري ، بأن مات العبد ، أو قتل ، أو تلف الثوب ، أو أكل الطعام ، أو خرج عن أن يقبل النقل ، بأن أعتق العبد ، أو استولد الجارية ، أو وقف الضيعة ، ثم علم كونه مميباً ، فقد تعذر الرد ، لفوات الردود ، لكن يرجع على البائع بالأرض ، والأرض جزء من الثمن ، نسبته إليه نسبة ما ينقص العيب من قيمة المبيع لو كان سليماً إلى تمام القيمة . وإنما كان الرجوع بجزء من الثمن ، لأنه لو بقي كل المبيع عند البائع ، كان مضموناً عليه بالثمن . فإذا احتبس جزء منه ، كان مضموناً بجزء من الثمن . مثاله : كانت القيمة مائة دون العيب ، وتسمين مع العيب ، فالتفاوت بالعر ، فيكون للرجوع بمشر الثمن . فإن كان مائتين ، فبمشرين . وإن كان خمسين ، فبخمسة . وأما القيمة المتبرة ، فالذهب : أنه تعتبر أقل القيمتين من يوم البيع ويوم القبض ، وبهذا قطع الأكثرون . وقيل : فيها أقوال . أظهرها : هذا . والثاني : يوم القبض . والثالث : يوم البيع . وإذا ثبت الأرض ، فلو كان الأرض بعد في ذمة المشتري ، برى من قدر الأرض .. وهل يبرأ بمجرد الاطلاع على العيب ، أم يتوقف على الطلب ؟ وجهان . أحسبها : الثاني ، وإن كان قد وفاء وهو باقٍ في يد البائع ، فهل يتعين لحق المشتري ، أم يجوز للبائع إبداله ؟ وجهان . أحسبها : الأول ،

ولو كان البيع باقياً، والتمن تالفاً، جاز الرد، ويأخذ مثله إن كان مثلياً، وقيمته إن كان متقوِّماً أقل ما كانت من يوم البيع إلى يوم القبض، ويجوز الاستبدال عنه كالقرض، وخروجه عن ملكه بالبيع ونحوه، كالتلف. ولو خرج وعاد، فهل يتعين لأخذ المشتري، أم للبائع إبداله؟ وجهان. أصحهما: أولهما. وإن كان الثمن باقياً في يده بحاله، فإن كان معيناً في العقد، أخذه. وإن كان في الذمة ونقده، ففي تعيينه لأخذ المشتري، وجهان. وإن كان ناقصاً، نظر، إن تلف بعضه، أخذ الباقي وبذل التالف. وإن كان نقص صفة، كالشلل ونحوه، لم يغرم الأرض على الأصح. كما لو زاد زيادة متصلة، يأخذها مجاناً. ولو لم تنقص القيمة بالعيب، كخروج العبد خصياً، فلا أرض. ولو اشترى عبداً بشرط العتق، ثم وجد به عيباً بعدما أعتقه، نقل ابن كعب، عن ابن القطان: أنه لا أرض له هنا. ونقل عنه وجهين فيمن اشترى من يمتق عليه ثم وجد به عيباً، قال: وعندي له الأرض في الصورتين.

الحال الثالث: لو زال ملكه عن البيع، ثم علم به عيباً، فلا رد في الحال. وأما الرجوع بالأرض، فإن زال بعوض كالهبة بشرط الثواب والبيع، فقولان. أحدهما: يرجع كما لو مات، وهذا تخريب ابن سريج. فعلى تخريبه لو أخذ الأرض ثم رد عليه مشترىه بالعيب، فهل له رده مع الأرض، واسترداد الثمن؟ وجهان. والقول الثاني، وهو المشهور: لا يرجع. ولم لا يرجع؟ قال أبو إسحاق وابن الحداد: لأنه استدرك الظلامة. وقال ابن أبي هريرة: لأنه ما أيس من الرد، فربما عاد إليه فرده. وهذا المعنى، هو الأصح، وهو منصوب عليه في اختلاف المراقبين. وإن زال بلا عوض، فعلى تخريب ابن سريج: يرجع بالأرض. وعلى المشهور، وجهان، بناءً على المنين. إن قلنا بالأول: رجع، لأنه لم يستدرك الظلامة. وإن قلنا بالثاني، فلا، لأنه ربما

عاد إليه . ومنهم من قطع بعدم الرجوع هنا . وإن عاد الملك إليه بعد زواله ،
نظر ، هل زال بموض ، أم بغيره ؟ فيها ضربان .

[الضرب الأول : أن يزول بموض ، بأن باعه ، فينظر ، أعاد بطريق الرد
بالعيب ، أم بغيره ؟ فيها قيمان .

[القسم الأول : أن يعود بطريق الرد بالعيب ، فله رده على بائعه ، لأنه زال
التعذر ، وبأن أنه لم يستدرك الظلامة ، وليس للمشتري الثاني رده على البائع
الأول ، لأنه لم يملك منه . ولو حدث به عيب في يد المشتري الثاني ، ثم ظهر
عيب قديم ، فعلى تخريج ابن سريج : للمشتري الأول أخذ الأرض . من بائعه ،
كما لو لم يحدث عيب ، ولا يخفى الحكم بينه وبين المشتري الثاني . وعلى المشهور :
ينظر ، إن قبله المشتري الأول مع عيبه الحادث ، خيرٌ بائعه ، إن قبله ، فذاك ،
وإلا ، أخذ الأرض منه . وعن ابن القطان : لا يأخذه ، واسترداده رضىً بالعيب .
وإن لم يقبله ، وغرم الأرض للثاني ، ففي رجوعه بالأرض على بائعه وجهان . أحدهما :
لا يرجع ، وبه قال ابن الحداد ، لأنه لو قبله ، ربما قبله منه بائعه ، فكان متبرعاً بفراة
الأرض . وأصحها : يرجع ، لأنه ربما لا يقبله بائعه ، فيتضرر . وعلى الوجهين : لا يرجع مالم
يغرم للثاني ، لأنه ربما لا يطالبه فيبقى مستدركاً للظلامة . ولو كانت المسألة بحالها ،
وتلف المبيع في يد المشتري الثاني ، أو كان عبداً فأعتقه ، ثم ظهر [العيب] القديم ،
رجع المشتري الثاني بالأرض على المشتري الأول ، والأول بالأرض على بائعه بلا
خلاف ، لحصول اليأس من الرد ، لكن هل يرجع على بائعه قبل أن يغرم لمشتريه ؟
وجهان بناءً على المنيين . إن عللنا باستدراك الظلامة ، لم يرجع مالم يغرم ، وإن
عللنا بالثاني ، رجع . ويجري الوجهان ، فيما لو أبرأه الثاني ، هل يرجع هو
على بائعه ؟

القسم الثاني : أن يعود لا بطريق الرد ، بأن عاد بارث ، أو هبة ، أو قبول
وصية ، أو إقالة ، فهل له رده على بائعه ؟ وجهان لها مأخذان . أحدهما : البناء

على المعنيين السابقين . إن عللنا بالأول ، لم يرد ، لأنه استدرك الظلامة ، ولم يطل ذلك الاستدراك ، بخلاف ما لو رد عليه بالميب . وإن عللنا بالثاني ، رد ، لزوال التعذر ، كما لو رد عليه بعب . والمأخذ الثاني : أن الملك المائد ، هل ينزّل منزلة غير الزائل ؟ وإن عاد بطريق الشراء ، ثم ظهر عيب قديم كان في يد البائع الأول ، فإن عللنا بالمعنى الأول ، لم يرد على البائع الأول ، لحصول الاستدراك ، ويرد على الثاني . وإن عللنا بالثاني ، فإن شاء ، رد على الأول ، وإن شاء على الثاني . وإذا رد على الثاني ، فله أن يرد عليه ، وحينئذ يرد هو على الأول . ويجيء وجه : أنه لا يرد على الأول ، بناءً على أن الزائل المائد ، كالذي لم يعد . ووجه : أنه لا يرد على الثاني ، لأنه لو رد عليه ، لرد هو أيضاً عليه .

الضرب الثاني : أن يزول لا بموض ، فينظر ، إن عاد أيضاً لا بموض ، فجواز الرد مبنيٌّ على أنه هل يأخذ الأرض لو لم يعد ؟ إن قلنا : لا ، فله الرد . وإن قلنا : يأخذ ، فهل ينحصر الحق فيه ، أم يعود إلى الرد عند القدرة ؟ وجهان . وإن عاد بموض ، بأن اشتراه ، فإن قلنا : لا يرد في الحالة الأولى ، فكذا هنا ، ويرده على البائع الأخير . وإن قلنا : يرد ، فهنا هل يرد على الأول ، أو على الثاني ، أم يتخير ؟ فيه ثلاثة أوجه .

فرع

باع زيد عمراً شيئاً ، ثم اشتراه منه ، فظهر عيب كان في يد زيد ، فإن كانا عالين بالحال ، فلا رد . وإن كان زيد عالماً ، فلا رد له ولا لعمرو أيضاً ، لزوال ملكه ، ولا أرض له على الصحيح ، لاستدراك الظلامة ، أو لتوقع العود . فإن تلف في يد زيد ، أخذ الأرض على التعليل الثاني . وهكذا الحكم لو باعه لغيره . وإن كان عمرو عالماً ، فلا رد له ، ولزيد الرد . وإن كانا جاهلين ، فلزيد

الرد إن اشتراه بغير جنس ما باعه ، أو بأكثر منه ، ثم لعمرو أن يرد عليه . وإن اشتراه بمثله ، فلا رد لزيد في أحد الوجهين ، لأن عمراً يرد عليه ، فلا فائدة ، وله الرد في أصحهما ، لأنه ربما رضي به ، فلم يرد . ولو تلف في يد زيد ، ثم علم به عيياً قديماً ، فحيث يرد لو بقي ، يرجع بالأرض ، وحيث لا يرد ، لا يرجع .

الحال الرابع : إذا تعلق به حق ، بأن رهنه ، ثم علم العيب ، فلا رد في الحال . وهل له الأرض ؟ إن علمنا باستدراك الظلامة ، فنعم . وإن علمنا بتوقع العود ، فلا . فعلى هذا ، لو تمكن من الرد ، رده . وإن حصل اليأس ، أخذ الأرض . وإن أجّره ولم نجوِّز بيع المستأجر ، فهو كالرهن . وإن جوّزناه ، فإن رضي البائع به مسلوب المنفعة مدة الاجارة ، رد عليه ، وإلا ، تعذر الرد ، وفي الأرض وجهان . ويجريان فيما لو تعذر الرد بإباق أو غضب . ولو عرف العيب بعد تزويج الجارية أو العبد ، ولم يرض البائع بالأخذ ، قطع بعضهم بأن المشتري يأخذ الأرض هنا ، لأنه لم يستدرك الظلامة ، والنكاح يراد للدوام ، فاليأس حاصل . واختاره الروياني ، والمتولي . ولو عرفه بعد الكتابة ، ففي « التتمة » : أنه كالتزويج . وذكر الماوردي : أنه لا يأخذ الأرض على المعنيين ، بل يصبر ، لأنه قد يستدرك الظلامة بالنجوم ، وقد يعود إليه بالعجز ، فيرده . والأصح : أنه كالرهن ، وأنه لا يحصل الاستدراك بالنجوم .

فصل

الرد بالعيب على الفور ، فيبطل بالتأخير بلا عذر . ولا يتوقف على حضور الخصم وقضاء القاضي . والمبادرة إلى الرد ، معتبرة بالمادة ، فلا يؤمر بالعدو والركض ليرد . ولو كان مشغولاً بصلاة أو أكل أو قضاء حاجة ، فله التأخير إلى فراغه .

وكذا لو اطلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها ، فلا بأس . وكذا لو لبس ثوباً أو أغلق باباً . ولو اطلع ليلاً ، فله التأخير إلى الصباح . وإن لم يكن عذر ، فقد ذكر الغزالي فيه ترتيباً مشكلاً خلاف المذهب .

واعلم أن كيفية المبادرة ، وما يكون تقصيراً ، وما لا يكون ، إنما تبسطه في كتاب الشفقة ، ونذكر هنا ما لا بد منه ، فالذي فهمته من كلام الأصحاب : أن البائع إن كان في البلد ، رد عليه بنفسه أو بوكيله ، وكذا إن كان وكيله حاضراً ، ولا حاجة إلى المرافعة إلى القاضي . ولو تركه ، ورفخ الأمر إلى القاضي ، فهو زيادة توكيد . وحاصل هذا ، تخييره بين الأمرين . وإن كان غائباً عن البلد ، رفع إلى القاضي .. قال القاضي حسين في فتاويه : يدعي شراء ذلك الشيء من فلان النائب بثمان معلوم ، وأنه أقبضه الثمن وظهر السبب ، وأنه فسخ ، ويقم البيعة على ذلك في وجه مسخر ينصبه القاضي ، ويحلفه القاضي مع البيعة ، لأنه قضاء على غائب ، ثم يأخذ المبيع منه ويضعه على يد عدل ، ويبقى الثمن ديناً على النائب ، فيقضيه القاضي من ماله . فإن لم يجد له سوى المبيع ، باعه فيه . وإلى أن ينتهي إلى الخصم أو القاضي في الحالين ، لو تمكن من الأشهاد على الفسخ ، هل يلزمه ؟ وجهان . قطع صاحب « التتمة » وغيره ، باللزوم . ويجري الخلاف فيما لو أخر بعذر مرض ، أو غيره . ولو عجز في الحال عن الأشهاد ، فهل عليه التلطف بالفسخ ؟ وجهان . أصحابها عند الامام ، وصاحب « التهذيب » : لا حاجة إليه . وإذا لقي البائع فسلم عليه ، لم يضر . فلو اشتغل بمحادثته ، بطل حقه .

فرع

لو أخر الرد مع العلم باليب ، ثم قال : أخرت لأنني لم أعلم أن لي الرد ،
فإن كان قريب عهد بالاسلام ، أو نشأ في برية لا يعرفون الأحكام ، قبل قوله ،
وله الرد ، وإلا ، فلا . ولو قال : لم أعلم أنه يطل بالتأخير ، قبل قوله ،
لأنه يخفى على الموام .

قلت : إنما يقبل قوله : لم أعلم أن الرد على الفور ، وقول الشفيع : لم
أعلم أن الشفعة على الفور ، إذا كان ممن يخفى عليه مثله ، وقد صرح الفزالي
وغيره بهذا في كتاب « الشفعة » . والله أعلم

فرع

حيث بطل الرد بالتقصير ، بطل الأرض .

فرع

ليس لمن له الرد ، أن يمسك المبيع ويطالب بالأرض ، وليس للبائع أن يمنعه
من الرد ، ويدفع الأرض . فلو رضا بترك الرد على جزء من الثمن ، أو مال
آخر ، ففي صحة هذه المصالحة وجهان ؟ أصحها : المنع ، فيجب على المشتري رد
مأخذه . وهل يطل حقه من الرد ؟ وجهان . أصحها : لا ، والوجهان إذا ظن
صحة المصالحة . فإن علم بطلانها ، بطل حقه قطعاً .

فرع

كما أن تأخير الرد مع الإمكان تقصير ، فكذا الاستعمال والانتفاع والتصرف ،
لأشعارها بالرضى . فلو كان المبيع رقيقاً ، فاستخدمه في مدة طلب الخصم
أو القاضي ، بطل حقه . وإن كان بشيء خفيف ، كقوله : اسقني أو ناولني الثوب
أو أغلق الباب ، ففيه وجه : أنه لا يضر ، لأنه قد يؤمر به غير المملوك ، وبه
قطع الماوردي وغيره . والأصح الأشهر : أنه لا فرق .

قلت : قال الففال في شرح التلخيص : لو جاء العبد بكوز ماء ، فأخذ
الكوز ، لم يضر ، لأن وضع الكوز في يده ، كوضعه على الأرض . فان شرب ،
ورد الكوز إليه ، فهو استعمال . والله أعلم

ولو ركب الدابة لا للرد ، بطل حقه ، وإن ركبها للرد أو السقي ، فوجهان .
أصحهما : البطلان أيضاً ، كما لو لبس الثوب للرد ، فان كانت جوحاً يعسر موقها
وقودها ، فهو معذور في الركوب . ولو ركبها للانتفاع ، فاطلع على العيب ، لم تجز
استدامة الركوب وإن توجه للرد . وإن كان لابساً ، فاطلع على عيب الثوب في
الطريق ، فتوجه للرد ولم ينزع ، فهو معذور ، لأن نزع الثوب في الطريق لا يعتاد ،
قاله الماوردي . ولو علف الدابة أو سقاها أو حلبها في الطريق ، لم يضر . ولو كان
عليها سرج أو إكاف ، فتركه عليها ، بطل حقه ، لأنه انتفاع ، ولولا ذلك لاحتاج
إلى حمل ، أو تحميل . وبعذر بترك العذار والحجام ، لأنها خفيفان لا يعدن تعليقاتهما
على الدابة انتفاعاً ، ولأن القود يعسر دونها . ولو أنفلها في الطريق ، قال الشيخ
أبو حامد : إن كانت تمشي بلا نعل ، بطل حقه ، وإلا ، فلا . ونقل الرويانى
وجهاً في جواز الانتفاع في الطريق مطلقاً ، حتى روى عن أبيه جواز وطء
الجارية الثيب .

قلت : لو اشترى عبداً فأبى قبل القبض ، فأجاز المشتري البيع ، ثم أراد الفسخ ، فله ذلك ما لم يعد العبد إليه . وذكره الامام الرافعي في آخر المسائل المنشورة في آخر كتاب الاجارة ، وسأذكره إن شاء الله تعالى هناك . والله اعلم

فصل

إذا حدث بالبيع عيب في يد المشتري بجناية أو آفة ، ثم اطلع على عيب قديم ، لم يملك الرد قهراً ، لمافيه من الإضرار بالبائع ، ولا يكلف المشتري الرضى به [بل يعلم البائع به] فإن رضي به معيماً ، قيل للمشتري : إما أن ترده ، وإما أن تقنع به ولا شيء لك . وإن لم يرض [به] ، فلا بد [من] أن يضم المشتري أرش العيب الحادث إلى المبيع ليرده ، أو يغرم البائع للمشتري أرش العيب القديم ليمسكه . فإن اتفقا على أحد هذين المسلكين ، فذاك . وإن اختلفا ، فدعا أحدهما إلى الرد مع أرش العيب الحادث ، ودعا الآخر إلى الامساك وغرامة أرش العيب القديم ، ففيه أوجه . أحدهما : المتبع قول المشتري . والثاني : رأي البائع . والثالث وهو أصحها : المتبع رأي من يدعو إلى الامساك والرجوع بأرش القديم ، سواء كان البائع أو المشتري . وما ذكرناه من إعلام المشتري بالبائع ، يكون على الفور . فإن أخره بلا عذر ، بطل حقه من الرد والأرش ، إلا أن يكون العيب الحادث قريب الزوال غالباً ، كالرمد والحمى ، فلا يعتبر الفور على أحد القولين ، بل له انتظار زواله ليرده سليماً عن العيب الحادث . ومهما زال العيب الحادث بعدما أخذ المشتري أرش العيب القديم ، أو قضى به القاضي ، ولم يأخذه ، فهل له الفسخ ورد الأرش ؟ وجهان . أصحهما : لا . ولو تراضيا ، ولا قضاء ، فالأصح : أن له الفسخ .

فرع

لو علم الميب القديم بعد زوال الحادث ، رد على الصحيح ، وفيه وجه
ضعيف جداً . ولو زال القديم قبل أخذ أرشه ، لم يأخذه . وإن زال بعد أخذه ،
رده على المذهب . وقيل : وجهان ، كما لو نبت من المجني عليه بعد أخذ الدية ،
هل يردّها ؟

فرع

كل ما يثبت الرد على البائع لو كان عنده ، يمنع الرد إذا حدث عند المشتري .
وما لا رد [به] على البائع ، لا يمنع الرد إذا حدث في يد المشتري ، إلا في الأقل .
فلو خشي العبد ، ثم علم به عيباً قديماً ، فلا رد ، وإن زادت قيمته . ولو نسي
القرآن ، أو صنعة ، ثم علم به عيباً قديماً ، فلا رد ، لنقصان القيمة . ولو زوّجها ،
ثم علم بها عيباً ، فكذلك . قال الروياني : إلا أن يقول الزوج : إن ردك
المشتري بعيب ، فأنت طالق ، وكان ذلك قبل الدخول ، فله الرد ، لزوال المانع .
ولو علم عيب جارية اشتراها من أبيه أو ابنه بعد أن وطئها وهي ثيب ، فله الرد
وإن حرمت على البائع ، لأن القيمة لم تنقص بذلك . وكذا لو كانت الجارية
رضيعة ، فأرضعتها أم البائع أو ابنته في يد المشتري ، ثم علم بها عيباً . وإقرار
الرقيق على نفسه في يد المشتري بدين المعاملة ، أو بدين الإتلاف ، مع تكذيب
المولى ، لا يمنع الرد بالميب القديم . وإن صدقه المولى على دين الإتلاف ، منع منه .
فإن عفا المقر له بعد ما أخذ المشتري الأرش ، فهل له الفسخ ورد الأرش ؟

وجهان جاريان فيما إذا أخذ المشتري الأرض لرهنه المبد ، أو كتابته ، أو إباطه ، أو غصبه ونحوها . إن مكناه من ذلك ، ثم زال المانع من الرد ، قال في « التهذيب » : أصحابها : لا فسخ .

فرع

حدث في يد المشتري نكتة يياض في عين المبد ، ووجد نكتة قديمة ، فزال أحداهما ، فقال البائع : الزائلة القديمة ، فلا رد ولا أرش . وقال المشتري : بل الحادثة ، ولي الرد ، حلفا على ما قالا . فان حلف أحدهما دون الآخر ، قضى له . وإن حلفا ، استفاد البائع دفع الرد ، والمشتري أخذ الأرض . فان اختلفا في الأرض ، فليس له إلا الأقل ، لأنه المستيقن .

فرع

إذا اشترى حلياً من ذهب أو فضة وزنه مائة مثلاً ، بمائة من جنسه ، ثم اطلع على عيب قديم ، وقد حدث عنده عيب ، فأوجه . أصحابها عند الأكثرين : يفسخ البيع ، ويرد الحلي مع أرش النقص الحادث ، ولا يلزم الربا ، لأن المقابلة ، بين الحلي والتمن ، وهما متماثلان . والميب الحادث ، مضمون عليه ، كميب المأخوذ على جهة السوم ، فعليه غرامته . والثاني ، وهو قول ابن سريج : أنه يفسخ العقد ، لتمذّر إمضائه ، ولا يرد الحلي على البائع ، لتعذر رده مع الأرض ودونه ، فيجعل كالتلف ، فيغرم المشتري قيمته من غير جنسه معيماً بالميب القديم ، سليماً عن الحادث . واختار الفزالي هذا الوجه ، وضمّفه الامام وغيره . والثالث ، وهو قول صاحب « التقریب » ، والداركي ، واختاره الامام وغيره : أنه يرجع بأرش الميب القديم ، كسائر الصور .

والمائلة في الربوي، إنما تشترط في ابتداء العقد، والأرض حق وجب بعد ذلك لا يقدر في العقد السابق . وقياس هذا الوجه : تجوز الرد مع الأرض عن الحادث كسائر الأموال . وإذا أخذ الأرض ، فقيس : يشترط كونه من غير جنس الموضين ، حذراً من الربا . والأصح : جوازه منها ، لأنه لو امتنع الجنس ، لامتنع غيره ، لأنه يبيع ربوي بجنسه مع شيء آخر . ولو عرف العيب القديم بعد تلف الحلي عنده ، فالذي ذكره صاحباً « الشامل » و « التتمة » : أنه يفسخ العقد ، ويسترد الثمن ، وبغرم قيمة التالف ، ولا يمكن أخذ الأرض للربا . وفي وجه : يجوز أخذ الأرض ، وصححه في « التهذيب » . وعلى هذا ، ففي اشتراط كونه من غير الجنس ، ما سبق . ولا يخفى أن المسألة لا تختص بالحلي والنقد ، بل تجري في كل ربوي يبيع بجنسه .

فرع

لو أنعل الدابة ، ثم علم بها عيباً قديماً ، نظر ، إن لم يعها نزع النعل ، فله نزع والرد . فإن لم ينزع والحالة هذه ، لم يجب على البائع قبول النعل . وإن كان النزع يخرم ثقب المسامير ، وبعب الحافر ، فنزع ، بطل حقه من الرد والأرض ، وفيه احتمال للامام . ولو ردها مع النعل ، أجبر البائع على القبول ، وليس للمشتري طلب قيمة النعل . ثم ترك النعل ، هل هو تخليك من المشتري ، فيكون للبائع لو سقط ، أم لإعراض فيكون للمشتري ؟ وجهان . أشبهها : الثاني .

فرع

لو صبغ الثوب بما زاد في قيمته ، ثم علم عيبه ، فإن رضي بالرد من غير

أن يطالب بشيء ، فعلى البائع القبول ، ويصير الصبغ ملكاً للبائع ، لأنه صفة للثوب لا تزايله ، وليس كالعمل . هذا لفظ الامام ، قال : ولا صائر إلى أنه يرد ، ويبقى شريكاً في الثوب كما في المنصوب ، والاحتمال يتطرق إليه . وإن أراد الرد وأخذ قيمة الصبغ ، ففي وجوب الاجابة على البائع ، وجهان . أحدهما : لا تجب ، لكن يأخذ المشتري الأرض . ولو طلب المشتري أرض العيب ، وقال البائع : رد الثوب لأغرم لك قيمة الصبغ ، ففيه من يجاب ؟ وجهان . وقطع ابن الصباغ والمتولي ، بأن المجاب البائع ، ولا أرض للمشتري .

فرع

لو قصر الثوب ، ثم علم العيب ، بني على أن القسارة عين أو أثر ؟ إن قلنا : عين ، فكالصبغ . وإن قلنا : أثر ، رد الثوب بلا شيء ، كالزيادات المتصلة ، وعلى هذا فقس نظائره .

فصل

إذا اشترى مائماً كوله في جوفه ، كالرابع^(١) ، والبطيخ ، والرمان ، والجوز ، واللوز ، والفندق^(٢) ، والبيض ، فكسره فوجده فاسداً ، نظر ، إن لم يكن لفساده قيمة كالبيضة المذرة التي لاتصلح لشيء ، والبطيخة الشديدة التغير ، رجع بجميع الثمن ، نص عليه . وكيف طريقه ؟ قال معظم الأصحاب : يتبيّن فساد البيع لوروده على غير متقوم . وقال القفال وطائفة : لا يتبيّن فساد البيع ، بل طريقه

(١) الرابع : الجوز الهندي . « صحاح » .

(٢) الفندق : حل شجرة ، مدرج ، كالفندق ، يكسر عن لب كالفستق . وفي مخطوطة الظاهرية : البندق .

استدراك الظلامة . وكما يرجع بجزء من الثمن لنقص جزء من البيع ، يرجع بأكمله لفوات كل البيع . وتظهر فائدة الخلاف في أن القشور الباقية بمن تختص حتى يكون عليه تنظيف الموضع منها ؟ أما إذا كان لفساده قيمة ، كالرمانج ، ويبض النعام ، والبطيخ إذا وجدته حامضاً ، أو مدود بمض الأطراف ، فللكسر حالان .

أحدهما : أن لا يوقف على ذلك الفساد إلا بتثله ، ققولان . أظهرهما عند الأكثرين : له رده قهراً كالصراة . والثاني ، لا ، كما لو قطع الثوب . فبلى هذا هو كسائر الميوب الحادثة ، فيرجع المشتري بأرش العيب القديم ، أو يضم أرش النقصان إليه ، ويرده كما سبق . وعلى الأول ، هل يفرم أرش الكسر ؟ قولان . أظهرهما : لا ، لأنه ممذور . والثاني : يفرم ما بين قيمته صحيحاً فاسد الأب ومكسوراً فاسد الأب ، ولا ينظر إلى الثمن .

الحال الثاني : أن يمكن الوقوف على ذلك الفساد بأقل من ذلك الكسر ، فلا رد على المذهب كسائر الميوب . وقيل بطرد القولين . إذا عرفت هذا ، فكسر الجوز ونحوه ، وثقب الرمانج ، من صور الحال الأول . وكسر الرمانج وترضيب البيض النعام ، من صور الحال الثاني . وكذا تقوير البطيخ الحامض إذا أمكن معرفة حموضته بفرز شيء فيه ، وكذا التقوير الكبير إذا أمكن معرفته بالتقوير الصغير . والتدويد لا يعرف إلا بالتقوير ، وقد يحتاج إلى الشق ليعرف ، وقد يستغنى في معرفة حال البيض بالقلقلة عن الكسر . ولو شرط في الرمان الحلاوة ، فإن حامضاً بالفرز ، رده . وإن بان بالشق ، فلا .

فرع

اشتري ثوباً مطويّاً وهو مما ينقص بالنشر ، فشتره ووقف على عيب

به لا يوقف عليه إلا بالنشر ، ففيه القولان . كذا أطلقه الأصحاب على طبقاتهم مع جعلهم يبيع الثوب المطوي من صور يبيع الغائب ، ولم يتعرض الأئمة لهذا الاشكال إلا من وجهين . أحدهما : ذكر إمام الحرمين أن هذا الفرع مبني على تصحيح بيع الغائب . والثاني : قال صاحب الحاوي ، وغيره : إن كان مطوياً على أكثر من طاقين ، لم يصح البيع إن لم نجوز بيع الغائب . وإن كان مطوياً على طاقين ، صح ، لأنه يرى جميع الثوب من جانبيه ، وهذا حسن ، لكن الطوي على طاقين ، لا يرى من جانبيه إلا أحد وجهي الثوب ، وفي الاكتفاء به تفصيل وخلاف سبق . ووراء هذا تصويران . أحدهما : أن تفرض رؤية الثوب قبل الطي ، والطي قبل البيع . والثاني : أن ما نقص بالنشر مرة ، ينقص به مرتين أكثر . فلو نشر مرة ، وبيع وأعيد طيّه ، ثم نشره المشتري فزاد النقص به ، انتظم التصوير .

فصل

المبيع في الصفقة الواحدة ، إن كان شئين ، بأن اشترى عبيدين فخرجا معيين ، فله ردهما ، وكذا لو خرج أحدهما مميّاً . وليس له رد بمضه إن كان الباقي باقياً في ملكه ، لما فيه من التشقيص على البائع ، فإن رضي به البائع ، جاز على الأصح . وإن كان الباقي زائلاً عن ملكه ، بأن عرف العيب بعد بيع بعض المبيع ، ففي رد الباقي طريقتان . أحدهما : على قولي تفريق الصفقة . وأصحابها : القطع بالنسج ، كما لو كان باقياً في ملكه . فعلى هذا ، هل يرجع بالأرش ؟ أما للقدر المبيع ، فعلى ما ذكرنا فيها إذا باع الكل . وأما للقدر الباقي ، فوجهان . أصحابها : يرجع ، لتعذر الرد ، ولا ينتظر عود الزائل ليرد الجميع ، كما لا ينتظر زوال العيب الحادث . ويجري الوجهان فيها لو اشترى عبيدين وباع أحدهما ثم علم العيب ولم

نحوز رد الباقي ، هل يرجع بالأرض ؟ ولو اشترى عبداً ، ومات وخلف ابنين ، فوجدا به عيباً ، فالأصح ، وهو قول ابن الحداد : لا ينفرد أحدهما بالرد ، لأن الصفقة وقعت متحدة . ولهذا لو سلم أحد الابنين نصف الثمن ، لم يلزم البائع تسليم النصف إليه . والثاني : ينفرد ، لأنه رد جميع ممالك . هذا كله إذا اتحد الماقدان ، أما إذا اشترى رجل من رجلين عبداً وخرج معيباً ، فله أن يفرد نصيب أحدهما بالرد ، لأن تعدد البائع يوجب تعدد العقد . ولو اشترى رجلان عبداً من رجل ، فقولان . أظهرهما : أن لأحدهما أن ينفرد بالرد ، لأنه رد جميع ممالك ، فإن جوزنا الانفراد ، فانفرد أحدهما ، فهل تبطل الشركة بينها ويخلص للمسك ما أمسك ، وللاخر ما استرد ، أم تبقى الشركة بينهما فيما أمسك واسترد ؟ وجهان . أصحها : الأول . وإن منعنا الانفراد ، فذاك فيما ينقص بالتبويض . أما ما لا ينقص ، كالحبوب ، فوجهان بناءً على أن المانع ضرر التبويض ، أو اتحاد الصفقة ؟ ولو أراد الممنوع من الرد الأرض ، قال الامام : إن حصل اليأس من إمكان رد نصيب الآخر ، بأن أعتقه وهو معسر ، فله أخذ الأرض ، وإلا ، نظر ، فإن رضي صاحبه بالعيب ، بني على أنه لو اشترى نصيب صاحبه وضمه إلى نصيبه ، وأراد الكل والرجوع بنصف الثمن ، هل يجبر على قبوله كما في مسألة النمل ؟ وفيه وجهان . إن قلنا : لا ، أخذ الأرض . وإن قلنا : نعم ، فكذلك على الأصح ، لأنه توقع بعيد . وإن كان صاحبه غائباً لا يعرف الحال ، ففي الأرض وجهان بسبب الحيلولة الناجزة . ولو اشترى رجلان عبداً من رجلين ، كان كل واحد منها مشترياً ربع العبد من كل واحد من البائعين ، فلكل واحد رد الربع إلى أحدهما . ولو اشترى ثلاثة من ثلاثة ، كان كل واحد مشترياً تسع العبد من كل واحد من البائعين . ولو اشترى رجلان ، عبيد من رجلين ، فقد اشترى كل واحد من كل واحد ربع كل عبد ، فلكل واحد رد جميع ما اشترى من كل واحد عليه . ولو رد ربع أحد العبيد وحده ، ففيه قولان التفريق .

ولو اشترى بعض عبد في صفقة ، وباقيه في صفقة من البائع الأول أو غيره ، فله ردُّ أحد البعْضين وحده ، لتمدد الصفقة . ولو علم العيب بعد العقد الأول ، ولم يمكنه الرد ، فاشترى الباقي ، فليس له رد الباقي ، وله رد الأول عند الامكان .

فصل

إذا وجد بالمبيع عيب ، فقال البائع : حدث عند المشتري ، وقال المشتري : بل كان عندك ، نظر ، إن كان العيب مما لا يمكن حدوثه بعد البيع كالأصبع الزائدة ، وشين الشجرة المندملة ، وقد جرى البيع أمس ، فالقول قول المشتري . وإن لم يتحمل تقديمه ، كجراحة طريئة ، وقد جرى البيع والقبض من سنة ، فالقول قول البائع من غير يمين . وإن احتمل قدمه وحدثه كالمرض ، فالقول قول البائع ، لأن الأصل لزوم العقد واستمراره . وكيف يحلف ؟ ينظر في جوابه للمشتري . فإن ادعى المشتري أن بالمبيع عيباً كان قبل القبض ، فأراد الرد ، فقال في جوابه : ليس له الرد عليّ بالعيب الذي يذكره ، أو لا يلزمي قبوله ، حلف على ذلك ، ولا يكلف التمرض لعدم العيب يوم البيع ، ولا يوم القبض ، لجواز أنه أقبضه معيماً وهو عالم به ، أو أنه رضي به بعد البيع ، ولو نطق به لصار متدعياً مطالباً بالينة . وإن قال في الجواب : ما بعته إلا سليماً ، أو ما أقبضته إلا سليماً ، فهل يلزمه أن يحلف كذلك ، أم يكفيه الاقتصار على أنه لا يستحق الرد ، أو لا يلزمي قبوله ؟ فيه وجهان . أصحهما : يلزمه التمرض لما تعرض له في الجواب ، لتطابق اليمين الجواب ، وبهذا قطع صاحب « التهذيب » وغيره . وهذا التفصيل والخلاف ، جاريان في جميع الدعاوى والأجوبة . ثم يمينه تكون على البت ، فيحلف : لقد بعته وما به هذا العيب . ولا يكفيه أن يقول : بعته ولا أعلم به هذا العيب . وتجاوز اليمين على البت إذا اختبر حال العبد ، وعلم خفايا أمره ،

كما يجوز بثله الشهادة على الاعسار وعدالة الشهود ، وغيرهما . وعند عدم الاختبار ، يجوز أيضاً الاعتماد على ظاهر السلامة إذا لم يعلم ، ولا ظن خلافه .

فرع

لو زعم المشتري أن بالمبيع عيباً ، فأنكره البائع ، فالقول قوله . ولو اختلفا في بعض الصفات ، هل هو عيب ؟ فالقول قول البائع مع يمينه ، وهذا إذا لم يعرف الحال من غيرهما . قال في « التهذيب » : إن قال واحد من أهل المعرفة به : إنه عيب ، ثبت الرد . واعتبر في « التتمة » شهادة اثنين . ولو ادعى البائع علم المشتري بالعيب ، أو تقصيره في الرد ، فالقول قول المشتري .

فرع

مدار الرد على التعيب عند القبض ، حتى لو كان معيباً عند البيع ، فقبضه وقد زال العيب ، فلا رد بما كان ، بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده وقبل الرد ، سقط حقه من الرد .

فصل

الفسخ يرفع المقد من حيثه ، لا من أصله على الصحيح . وفي وجه : يرفعه من أصله . وفي وجه : يرفعه من أصله إن كان قبل القبض .

فرع

الاستخدام لا يمنع الرد بلا خلاف . ولو وطئ المشتري الثيب ، فله الرد ، ولا مهر عليه . ووطئ الأجنبي والبائع بشبهة كوطئ المشتري ، لا يمنع الرد . و[أما] ووطئها مختارة زنى ، فهو عيب حادث .

هذا في الوطئ بعد القبض ، فإن وطئها المشتري قبل القبض ، فله الرد ، ولا يصير قابضاً لها ولا مهر عليه إن سلمت وقبضها . فان تلفت قبل القبض ، فهل عليه المهر للبائع ؟ وجهان ، بناءً على أن الفسخ قبل القبض ، رفع للقصد من أصله ، أو حينه ؟ الصحيح : لا مهر . وإن وطئها أجنبي وهي زانية ، فهو عيب حدث قبل القبض . وإن كانت مكرهة ، فله المشتري المهر ، ولا خيار له بهذا الوطئ . ووطئ البائع كوطئ الأجنبي ، لكن لا مهر عليه إن قلنا : إن جنابة البائع قبل القبض كالآفة الساوية . أما البكر ، فافتضاها بعد القبض عيب حادث ، وقبله جنابة على المبيع قبل القبض . وإن افتضاها الأجنبي بغير آلة الافتضا ، فعليه ما نقص من قيمتها . وإن افتض بآلته ، فعليه المهر . وهل يدخل فيه أرش البكارة ، أم يفرد ؟ وجهان . أحسبها : يدخل ، فعليه مهر مثلها بكراً . والثاني : يفرد ، فعليه أرش البكارة ، ومهر مثلها ثيباً . ثم المشتري إن أجاز المقد ، فالجميع له ، وإلا ، فقد أرش البكارة للبائع ، لعودها إليه ناقصة ، والباقي للمشتري . وإن افتضاها البائع ، فإن أجاز المشتري ، فلا شيء على البائع إن قلنا : جنابته كالآفة الساوية . وإن قلنا : إنها كجنابة الأجنبي ، فحكمه حكمه . وإن فسخ المشتري ، فليس على البائع أرش البكارة . وهل عليه مهرها ثيباً ؟ إن افتض بآلته ، بني على أن جنابته كالآفة الساوية ، أم لا ؟ وإن افتضاها المشتري ، استقر عليه من الثمن بقدر ما نقص من قيمتها . فإن سلمت حتى قبضها ، فعليه

الثلث بكماله . وإن تلفت قبل القبض ، فعليه بقدر نقص الافتضاء من الثلث . وهل عليه مهر مثل ثيب ؟ إن افتضاها بآلة الافتضاء ، يبنى على أن المقد يفسخ من أصله ، أو من حينه ؟ هذا هو الصحيح . وفي وجه : افتضاء المشتري قبل القبض ، كافتضاء الأجنبي .

فرع

زيادة البيع ضربان ، متصلة ، ومنفصلة .

أما المتصلة : كالسمن ، والتمايم ، وكبر الشجرة ، فهي تابعة للأصل في الرد ، ولا شيء على البائع بسببها .

وأما المنفصلة : كالأجرة ، والولد ، والثمرة ، وكسب الرقيق ، ومهر الجارية الموطوءة بشبهة ، فلا تمنع الرد بالعيب ، وتسلم للمشتري ، سواء الزوائد الحادثة قبل القبض وبمده . وفيما إذا كان الرد قبل القبض ، وجه ضعيف : أنها للبائع ، تفريماً على أن الفسخ دفع للمقد من أصله . فلو نقصت الجارية أو البهيمة بالولادة ، امتنع الرد لنقص الحادث وإن لم يكن الولد مانماً . وتكلموا في أفراد الجارية بالرد وإن لم تنقص بالولادة بسبب التفريق بينها وبين الولد ، ف قيل : لا يجوز الرد ، ويتعين الأرض ، إلا أن يكون العلم بالعيب بمد بلوغ الولد حداً يجوز فيه التفريق . وقيل : لا يحرم التفريق هنا للحاجة ، وستأتي المسألة مع نظيرها في الرهن إن شاء الله تعالى .

فرع

اشترى جارية أو بهيمة حاملاً ، فوجد بها عيباً ، فإن كانت بعدد حاملاً ، ردها كذلك . وإن وضعت الحمل ونقصت بالولادة ، فلا رد . وإن لم تنقص ، ففي رد الولد معها قولان ، بناءً على أن الحمل هل يعرف ويأخذ قسطاً من الثمن ، أم لا ؟ والأظهر : نعم . ويخرج على هذا الخلاف : أنه هل للبائع حبس الولد إلى استيفاء الثمن؟ وأنه لو هلك قبل القبض ، هل يسقط من الثمن بحصته ؟ وأنه هل للمشتري بيع الولد قبل القبض ؟ فإن قلنا : له قسط من الثمن ، جاز الحبس ، وسقط الثمن ، ولم يحز البيع ، وإلا ، انعكس الحكم . ولو اشترى نخلة وعليها طلع مؤبر ، ووجد بها عيباً بعد التأبير ، ففي الثمرة طريقان . أصحها : على قوانين كالحمل . والثاني : القطع بأخذها قسطاً ، لأنها مشاهدة مستيقنة . ولو اشترى جارية أو بهيمة حائلاً ، فجلبت ، ثم اطلع على عيب ، فإن نقصت بالحمل ، فلا رد إن كان الحمل حصل في يد المشتري . وإن لم ينقص الحمل ، أو كان الحمل في يد البائع ، فله الرد . وحكم الولد مبني على الخلاف . إن قلنا : يأخذ قسطاً ، بقي للمشتري فيأخذه إذا انفصل على الصحيح . وفي وجه : أنه للبائع ، لاتصاله بالأم عند الرد . وإن قلنا : لا يأخذ ، فهي للبائع . وأطلق بعضهم : أن الحمل الحادث نقص ، لأنه في الجارية يؤثر في النشاط والجمال ، وفي البهيمة ينقص اللحم ويخلد بالحمل عليها والركوب . ولو اشترى نخلة وأطلعت في يده ، ثم علم عيباً ، فلمن الطلع ؟ فيه وجهان . ولو كان على ظهر الحيوان صوف عند البيع ، فجزّاه ، ثم علم به عيباً ، رد الصوف معه . فإن استجز ثانياً وجزّاه ، ثم علم العيب ، لم يرد الثاني ، لحدوثه في ملكه . وإن لم يجزّاه ، رده تبعاً . ولو اشترى أرضاً فيها أصول الكراث ونحوه ، وأدخلناها

في البيع، فثبت في يد المشتري، ثم علم بالأرض عيماً، ردها وبقي الثابت للمشتري، فإنها ليست تبعاً للأرض .

فصل

الإقالة بعد البيع جائزة ، بل إذا ندم أحدهما ، يستحب للآخر إقالته ، وهي أن يقول المتبايعان : تقايلا ، أو تفاسخنا . أو يقول أحدهما : أفلتك ، فيقول الآخر : قبلت وما أشبهه . وفي كونها فسخاً أو بيعاً ، قولان . أظهرها : فسخ . وقيل : القولان في لفظ الإقالة . فأما إن قالوا : تفاسخنا ، ففسخ قطعاً . فإن قلنا : بيع ، تجددت بها الشفعة ، وإلا ، فلا . ولو تقايلا في الصرف ، وجب التقابض في المجلس إن قلنا : بيع ، وإلا ، فلا . وتجوز الإقالة قبل قبض المبيع ، إن قلنا : فسخ ، وإلا ، فهي كبيع المبيع من البائع قبل القبض . وتجوز في السلم قبل القبض إن قلنا : فسخ ، وإلا ، فلا . ولا تجوز الإقالة بعد تلف المبيع إن قلنا : بيع ، وإلا ، فالأصح : الجواز ، كالفسخ بالتحالف ، وعلى هذا ، يرد المشتري على البائع مثل المبيع إن كان مثلياً ، أو قيمته إن كان متقوماً . ولو اشترى عبدان ، فتلف أحدهما ، ففي الإقالة في الباقي خلاف مرتب ، لأن الإقالة تصادف القائم ، فيستتبع التالف . وإن تقايلا والمبيع في يد المشتري ، لم ينفذ تصرف البائع فيه إن قلنا : بيع ، ونفذ إن قلنا : فسخ . فإن تلف في يده ، انفسخت الإقالة إن قلنا : بيع ، وبقي البيع الأول بحاله ، وإلا ، فعلى المشتري ضمانه ، لأنه مقبوض على حكم العوض ، كالأخذ قرضاً أو سوماً ، والواجب فيه ، إن كان متقوماً ، أقل القيمتين من يوم العقد والقبض . وإن تعيب في يده ، فإن قلنا : بيع ، يخيّر البائع بين أن يميز الإقالة ولا شيء له ، وبين أن يفسخ ويأخذ الثمن . وإن قلنا : فسخ ، غرم أرش العيب . ولو استعمله بعد الإقالة . فإن قلنا : بيع ، فهو

كالبيع يستعمله البائع ، وإلا ، فمليه الأجرة . ولو علم البائع بالبيع عيياً كان حدث في يد المشتري قبل الإقالة ، فلا رد له إن قلنا : فسخ ، وإلا ، فله رده . ويجوز للمشتري حبس المبيع ، لاسترداده الثمن على القولين ، ولا يشترط في الإقالة ذكر الثمن ، ولا يصح إلا بذلك الثمن . فلو زاد أو نقص ، بطلت ، وبقي البيع بحاله ، حتى لو أقاله على أن ينظره بالثمن ، أو على أن يأخذ الصحاح عن المكسر ، لم يصح . ويجوز للورثة الإقالة بعد موت المتبايعين ، وتجوز في بعض المبيع . قال الامام : هذا إذا لم تازم جهالة . أما إذا اشترى عبيد ، فتقايلاً [في] أحدهما مع بقاء الثاني ، فلا يجوز على قولنا : بيع ، للجهل بحصة كل واحد . وتجوز الإقالة في بعض المسلم فيه ، لكن لو أقاله في البعض ليعجل الباقي ، أو عجل المسلم إليه البعض ليقيله في الباقي ، فهي فاسدة .

قلت : قال القفال في شرحه « التلخيص » : لو تقايلاً ، ثم اختلفا في الثمن ، ففيه ثلاثة أوجه ، سواء قلنا : الإقالة بيع ، أو فسخ ، أصحها ، وهو قول ابن المزبان : أن القول قول البائع . والثاني : قول المشتري . والثالث : يتحالفان وتبطل الإقالة ، قال الدارمي : وإذا تقايلاً وقد زاد المبيع ، فالزيادة التميزة للمشتري ، وغيرها للبائع . قال : ولو اختلفا في وجود الإقالة ، صدق منكرها . قال : ولو باعه ، ثم تقايلاً بعد حلول الأجل ودفع المال ، استرجعه المشتري في الحال ، ولا يلزمه أن يصبر قدر الأجل . وإن لم يكن دفعه ، سقط وبرئاً جميعاً . والله اعلم .

فصل

في مسائل تنقل بالباب

إحداها : الثمن المعين إذا خرج معيياً ، يرد بالعيب كالبيع . وإن لم يكن معيياً ، استبدل ، ولا يفسخ العقد ، سواء خرج معيياً بخشونة ، أو سواد ، أو وجدت [سكتته مخالفة] سكة النقد الذي تناوله العقد ، أو خرج نحاساً ، أو رصاصاً .

الثانية : تصارفاً وتقابضاً ، ثم وجد أحدهما بما قبض خلافاً ، فله حالان . أحدهما : أن يرد العقد على معيئين ، فإن خرج أحدهما نحاساً ، بطل العقد ، لأنه بان أنه غير ماعقد عليه . وقيل : إنه صحيح ، تغلياً للاشارة . هذا إن كان له قيمة ، فإن لم يكن ، لم يحىء هذا الوجه الضعيف . وإن خرج بعضه بهذه الصفة ، لم يصح العقد فيه ، وفي الباقي قولاً تفريق الصفة . فإن لم يبطل ، فله الخيار . فإن أجاز والجنس مختلف ، بأن تبايعا ذهباً بفضة ، جاء القولان في أن الاجازة بجميع الثمن ، أم بالقسط ؟ وإن كان الجنس متفقاً ، فالاجازة بالحصّة قطعاً ، لامتناع التفاضل . وإن خرج أحدهما خشناً ، أو أسود ، فلمن أخذه الخيار ، ولا يجوز الاستبدال . وإن خرج بعضه كذلك ، فله الخيار أيضاً . وهل له الفسخ في الميب ، والاجازة في الباقي ؟ فيه قولاً التفريق . فإن جوزنا ، فالاجازة بالحصّة .

الحال الثاني : أن يرد على ما في الذمة ، ثم يحضراه ويتقابضان ، فإن خرج أحدهما نحاساً وهما في المجلس ، استبدل . وإن تفرقا ، فالعقد باطل ، لأن المقبوض غير ماعقد عليه . وإن خرج خشناً ، أو أسود ، فإن لم يتفرقا ، فله الخيار بين الرضى به والاستبدال . وإن تفرقا ، فهل له الاستبدال ؟ قولان .

أظهرها : نعم . كالمسلم فيه إذا خرج معيًا ، لأن القبض الأول صحيح ، إذ لورضي به ، لجاز . والبذل قائم مقامه ، ويجب أخذ البذل قبل التفرق عن مجلس الرد . وإن خرج البعض كذلك ، وقد تفرقا ، فإن جاوزنا الاستبدال ، استبدل ، وإلا ، فله الخيار بين فسخ العقد في الكل والاجازة . وهل له الفسخ في ذلك القدر والاجازة في الباقي ؟ فيه قولان التفرق . ورأس مال السلم ، حكمه حكم عوض الصرف . ولو وجد أحد المتصارفين بما أخذه عيباً بعد تلفه ، أو تباعاً طاماً بطعام ، ثم وجد أحدهما بالمأخوذ عيباً بعد تلفه ، نظر ، إن ورد العقد في معينين ، واختلف الجنسان ، فهو كبيع العرض بالنقد . وإن كان متفقاً ، ففيه الخلاف السابق في مسألة الحلي . وإن ورد على ما في الذمة ولم يتفرقا بعد ، غرم ما تلف عنده ، ويستبدل . وكذا إن تفرقا ، وجوزنا الاستبدال . ولو وجد المسلم إليه رأس مال السلم عيباً بعد تلفه عنده ، فإن كان معيناً أو في الذمة ، وعين وتفرقا ، ولم نجوز الاستبدال ، سقط من السلم فيه بقدر نقصان العيب من قيمة رأس المال . وإن كان في الذمة وهما في المجلس ، غرم التالف واستبدل . وكذا إن كان بعد التفرق وجوزنا الاستبدال .

المسألة الثالثة : باع عبداً بألف ، وأخذ بالألف ثوباً ، ثم وجد المشتري بالعبد عيباً ، وردّه ، قال القاضي أبو الطيب : يرجع بالثوب ، لأنه إنما تملكه بالثمن . وإذا فسخ البيع ، سقط الثمن فانفسخ بيع الثوب . وقال الجمهور : يرجع بالألف ، لأن الثوب مملوك بمقد آخر . ولو مات العبد قبل القبض ، وانفسخ البيع ، قال ابن سريج : يرجع بالألف دون الثوب ، لأن الانفساخ بالتلف يقطع العقد ، ولا يرفعه من أصله ، وهو الأصح ، وفيه وجه آخر .

الرابعة : باع عصيراً ، فوجد المشتري به عيباً بعدما صار خراً ، فلا سبيل إلى رد الحجر ، فيأخذ الأرض . فإن تخلل ، فللبائع أن يسترده ، ولا يدفع الأرض . ولو اشترى ذمي من ذمي خراً ، ثم أسلمه ، وعلم المشتري بالحجر عيباً ، استرد جزءاً

من الثمن على سبيل الأرش ، ولا رد . ولو أسلم البائع وحده ، فلا رد أيضاً .
ولو أسلم المشتري وحده ، فله الرد ، قاله ابن سريج ، وعلم بأن المسلم لا يتملك
الحجر ، بل نزيل يده عنها .

الخامسة : مؤنة رد المبيع بعد الفسخ بالعيب ، على المشتري ، ولو هلك في
يده ، ضمنه .

السادسة : اختلفا في الثمن بمد رد المبيع ، فالصحيح : أن القول قول
البائع ، لأنه غارم ، كما لو اختلفا في الثمن بعد الإقالة . وقيل : يتحالفان ،
وتبقى السلمة في يد المشتري ، وله الأرش على البائع ، قاله ابن أبي هريرة . فقيل
له : إذا لم يعرف الثمن ، كيف يعرف الأرش ؟ فقال : أحكم بالأرش من القدر
المتفق عليه .

السابعة : لو احتيج إلى الرجوع بالأرش ، فاختلفا في الثمن ، فالقول قول
البائع على الأظهر . وعلى الثاني : قول المشتري .

الثامنة : أوصى إلى رجل يبيع عبده أو ثوبه وشراء جارية بضمنه وإعتاقها ،
ففعل الوصي ذلك ، ثم وجد المشتري بالمبيع عيباً ، فله رده على الوصي ومطالبة
بالثمن ، كما يرد على الوكيل ، ثم الوصي يبيع العبد المردود ، ويدفع الثمن إلى المشتري .
ولو فرض الرد بالميب على الوكيل ، فهل للوكيل بيعه ثانياً ؟ وجهان . أحدهما : نعم ،
كالوصي . وأصحها : لا ، لأن هذا ملك جديد فاحتاج إلى إذن جديد ، بخلاف
الإيصاء ، فانه تولية وتفويض كلي . ولو وكله في البيع بشرط الخيار للمشتري ،
فامتثل ورد المشتري ، فإن قلنا : ملك البائع لم يزل ، فله بيعه ثانياً . وإن قلنا : زال
وعاد ، فهو كالرد بالميب : ثم إذا باعه الوصي ثانياً ، نظر ، إن باعه بمثل الثمن الأول ،
فذاك . وإن باعه بأقل ، فهل النقص على الوصي ، أو في ذمة الوصي ؟ وجهان .
أصحها : الأول ، وبه قال ابن الحداد ، لأنه إنما أمره بشراء الجارية بضمن العبد ،

لا بالزيادة. وعلى هذا، لو مات العبد في يده بنفس الرد، غرم جميع الثمن. ولو باعه بأكثر من الثمن الأول، فإن كان ذلك لزيادة قيمة أو رغبة راغب، دفع قدر الثمن إلى المشتري، والباقي للوارث. وإن لم يكن كذلك، فقد بان أن البيع الأول باطل، للفن. ويقع عتق الجارية عن الوصي إن اشتراها في الذمة، وإن اشتراها بعين ثمن العبد، لم ينفذ الشراء ولا الإعتاق، وعليه شراء جارية أخرى بهذا الثمن وإعتاقها عن الوصي، هكذا أطلقه الأصحاب، ولا بد فيه من تقييد وتأويل، لأن بيعه بالعين وتسليمه عن علم بالحال، خيانة. والأمين ينزل بالخيانة، فلا يتمكن من شراء جارية أخرى.

قلت: ليس في كلام الأصحاب، أنه باع بالعين علماً، فالصورة مفروضة فيمن لم يعلم الثمن، ولا يحتاج إلى تكلف تصويرها في العالم وأن القاضي جدد له ولاية. وهذه مسائل ألحقها. لو اشترى سلعة بألف في الذمة، فقصاه عنه أجنبي متبرعاً، فردت السلعة بعيب، لزم البائع رد الألف. وعلى من يرد؟ وجهان. أحدهما: على الأجنبي، لأنه الدافع. والثاني: على المشتري، لأنه يقدر دخوله في ملكه. فإذا رد البيع، رد إليه ما قبله، وبهذا الوجه قطع صاحب «المعاية»^(١) ذكره في باب الرهن. قال: ولو خرجت السلعة مستحقة، رد الألف على الأجنبي قطعاً، لأننا تبيننا أن لاثمن ولا بيع. قال أصحابنا: إذا انعقد البيع، لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد سبعة أسباب، خيار المجلس، والشرط، والعيب، وخلف الشروط المقصود، والإقالة، والتحالف، وهلاك المبيع قبل القبض. قال القفال، والصيدلاني، وآخرون: لو اشترى ثوباً وقبضه وسلم ثمنه، ثم وجد بالثوب عيباً قديماً، فردّه، فوجد الثمن ممياً ناقص الصفة بأمر حدث عند البائع، يأخذ ناقصاً، ولا شيء له بسبب النقص. وفيه احتمال لامام الحرمين، ذكره في باب تعجيل الزكاة. والله اعلم.

(١) هو كتاب «المعاية» في العقل؛ للشيخ أبي العباس أحمد بن محمد الجرجاني الشافعي التوفى

باب

حكم البيع قبل القبض وبعده وصفة القبض

للقبض حكمان .

أحدهما : انتقال الضمان إلى المشتري . فالبيع قبل القبض ، من ضمان البائع ، وممناه ، أنه لو تلف ، انفسخ العقد وسقط الثمن . فلو أبرأ المشتري البائع من ضمان المبيع قبل القبض ، فهل يبرأ ، حتى لو تلف لا ينفسخ العقد ولا يسقط الثمن ؟ قولان . أظهرهما : لا يبرأ ، ولا يتغير حكم العقد . ثم إذا انفسخ البيع ، كان المبيع هالكاً على ملك البائع . حتى لو كان عبداً ، كانت مؤنة تجهيزه على البائع . وهل نقول بانتقال الملك إليه قبيل الهلاك ، أم يرتفع العقد من أصله ؟ وجهان خرّجهما ابن سريج . أصحهما وهو اختياره واختيار ابن الحداد : لا يرتفع من أصله كالرد بالعيب ، وفي الزوائد الحادثة بيد البائع ، من الولد والعمرة والابن والبيض والكسب وغيرها هذان الوجهان ، وذكرنا نظيرهما في الرد بالعيب قبل القبض ، وطردهما جماعة في الاقالة إذا جعلناها فسخاً ، وخرجوا عليها الزوائد . والأصح في الجميع : أنها للمشتري ، وتكون أمانة في يد البائع . ولو هلك ، والأصل باق بحاله ، فلا خيار للمشتري . وفي معنى الزوائد ، الركاز الذي يجده العبد وما وهب له ، فقبضه وقبيله ، وما أوصي له [به] قبله ، هذا حكم التلف بآفة سماوية . أما إذا أتلف المبيع قبل القبض ، فله ثلاثة أقسام .

الأول : أن يتلفه المشتري ، فهو قبض منه على الصحيح ، لأنه أتلف ملكه ، فصار كما لو أتلف المالك المنصوب في يد الناصب ، يبرأ الناصب ، ويصير المالك مسترداً بالاتلاف . وفي وجه : إلتافه ليس بقبض ، لكن عليه القيمة

للبائع ، ويسترد الثمن ، ويكون التلف من ضمان البائع . هذا عند العلم . أما إذا كان جاهلاً ، بأن قدّم البائع الطعام المبيع إلى المشتري فأكله ، فهل يحمل قبضاً ؟ وجهان بناءً على القولين ، فيما إذا قدّم الناصب الطعام المنصوب إلى المالك فأكله جاهلاً ، هل يبرأ الناصب ؟ فإن لم نجمله قابضاً ، فهو كاتلاف البائع .

القسم الثاني : أن يتلفه أجنبي ، فطريقان . أصحها : على قولين . أحدهما : أنه كالتلف بآفة سماوية ، لتمذر التسليم . وأظهرهما : أنه لا يفسخ ، بل للمشتري الخيار ، إن شاء فسخ واسترد الثمن ، وبغرم الأجنبي للبائع ، وإن شاء أجاز وغرم الأجنبي . والطريق الثاني : القطع بالقول الثاني ، قاله ابن سريج . وإذا قلنا به ، فهل للبائع حبس القيمة لأخذ الثمن ؟ وجهان . أحدهما : نعم . كما يحبس المرتهن قيمة المرهون . وأصحها : لا ، كالمشتري إذا أتلّف المبيع ، لا يغرم القيمة ليحبسها البائع . وعلى الأول ، لو تلفت القيمة في يده بآفة سماوية ، هل يفسخ البيع لأنها بدل المبيع ؟ وجهان . أصحها : لا .

القسم الثالث : أن يتلفه البائع ، فطريقان . أصحها : على قولين . أظهرهما : يفسخ البيع كآلآفة . والثاني : لا ، بل إن شاء فسخ وسقط الثمن ، وإن شاء أجاز وغرم البائع القيمة وأدى له الثمن . وقد يقع ذلك في أقوال التقاص . والطريق الثاني : القطع بالقول الأول . فإن لم نقل بالانقضاء ، عاد الخلاف في حبس القيمة . وقيل : لا حبس هنا قطعاً ، لتمدّيه باتلاف العين .

فرع

باع شقصاً من عبد ، وأعتق باقيه قبل القبض وهو موسر ، عتق كله ، وانفسخ البيع ، وسقط الثمن إن جعلنا إتلاف البائع كآلآفة الهاوية ، وإلا ، فلمشتري الخيار :

فرع

لو استعمل البائع المبيع قبل القبض ، فلا أجرة عليه إن جعلنا إتلافه كالآفة ، وإلا ، فعليه الأجرة .

فرع

إتلاف الأعجمي ، والصبي الذي لا يميز ، بأمر البائع أو المشتري ، كإتلافها . وإتلاف المميز بأمرها ، كإتلاف الأجنبي . وذكر القاضي حسين ، أن إذن المشتري للأجنبي في الإتلاف يلغو ، وإذا أتلّف ، فله الخيار . وأنه لو أذن البائع في الأكل والاحراق ، ففعل ، كان التلف من ضمان البائع ، بخلاف ما لو أذن للغاصب ففعل ، فانه يبرأ ، لأن الملك هناك مستقر . وفي فتاوى القفال : أن إتلاف عبد البائع ، كإتلاف الأجنبي . وكذا ، إتلاف عبد المشتري بنير إذنه . فان أجاز ، جعل قابضاً ، كما لو أتلّفه بنفسه . وإن فسخ ، اتبع البائع الجاني . وأنه لو كان المبيع علفاً ، فاعتلفه حمار المشتري بالنهار ، يفسخ البيع . وإن اعتلفه بالليل ، لم يفسخ ، وللمشتري الخيار ، فان أجاز ، فهو قابض ، وإلا ، طالبه البائع بقيمة ما أتلّف حماره . وأطلق القول ، بأن إتلاف بهيمة البائع ، كالآفة السماوية . فقليل له : فهلا فرقت فيها أيضاً بين الليل والنهار ؟ فقال : هذا موضع فكر .

فرع

لو صال العبد المبيع على المشتري في يد البائع ، فقتله دفماً ، قال القاضي : يستقر عليه الثمن ، لأنه أتلّفه لغرضه . وقال الشيخ أبو علي : لا يستقر .

قلت : قول أبي علي أصح . ولهذا ، لا يضمنه الأجنبي ، ولا المحرم لو كان صيداً . وكذا لو صال المغصوب على مالكه فقتله دفناً ، لم يبرأ الفاسب ، سواء علم أنه ملكه ، أم لا . وفي العالم ، وجه شاذ ، وسيأتي إيضاحه في أول كتاب الغصب إن شاء الله تعالى . والله أعلم

فرع

لو أخذ المشتري المبيع بغير إذن البائع ، فالبايع الاسترداد إذا ثبت له حق الحبس ، فإن أتلّفه في يد المشتري ، فقولان . أحدهما : عليه القيمة ، ولا خيار للمشتري ، لاستقرار العقد بالقبض وإن كان ظالماً فيه . والثاني : يجعل مسترداً بالاتلاف ، كما أن المشتري قابض بالاتلاف . وعلى هذا ، فيفسخ البيع ، أو يثبت الخيار للمشتري . قال الامام : الظاهر : الثاني .

فرع

وقوع الدرّة في البحر قبل القبض ، كالتلف ، فيفسخ به البيع . وكذا انفلات الصيد المتوحش والطير ، قاله في « التتمة » : ولو غرق الماء الأرض المشتراة ، أو وقع عليها صخور عظيمة من جبل ، أو ركبها رمل ، فهل هو كالتلف أو يثبت الخيار ؟ وجهان . أحدهما : الثاني .

فرع

لو أبق العبد قبل القبض ، أو ضاع في اتهاب المسكر ، لم يفسخ البيع ، لبقاء المايّة ورجاء العود . وفي وجه ضعيف : يفسخ كالتلف . ولو غصبه غاصب ، فليس له إلا الخيار . فإن أجاز ، لم يلزمه تسليم الثمن ، وإن سلّمه ، قال القفال : ليس له الاسترداد ، لتمكنه من الفسخ . وإن أجاز ، ثم أراد الفسخ ، فله ذلك ، كما لو انقطع المسلم فيه فأجاز ثم أراد الفسخ ، لأنه يتضرر كل ساعة . وحكي عن القفال مثله فيما إذا أتلّف الأجنبي المبيع قبل القبض ، وأجاز المشتري لاتباع الأجنبي ، ثم أراد الفسخ ، قال القاضي : في هذه الصورة ، ينبغي أن لا يمكن من الرجوع ، لأنه رضي بما في ذمة الأجنبي ، فأشبهه الحوالة .

فرع

لو جحد البائع العين قبل القبض ، فللمشتري الفسخ ، للتعذر .

فرع

منقول من فتاوى القاضي

باع عبده رجلاً ، ثم باعه لآخر وسلّمه إليه ، وعجز عن انتزاعه منه وتسليمه إلى الأول ، فهذا جنابة منه على البيع ، فهو كالجنابة الحسية ، فيفسخ البيع على الأظهر ، ويثبت للمشتري الخيار في القول الثاني ، بين أن يفسخ وبين أن يميز ويأخذ القيمة من البائع . ولو طالب البائع بالتسليم ، وزعم قدرته عليه ، وقال البائع : أنا عاجز عنه ، حلف . فإن نكل ،

حلف المشتري أنه قادر ، وحبس إلى أن يسلمه أو يقيم البيّنة بمجزءه ، فإن ادعى المشتري الأول على الثاني العلم بالحال ، فأنكر : حلفه ، فإن نكل ، حلف هو وأخذ منه .

فصل

إذا طرأ على البيع قبل القبض ، عيب أو نقص ، نظر ، إن كان بأفة سماوية ، بأن عمي البعد ، أو شلت يده ، أو سقطت ، فللمشتري الخيار ، إن شاء فسخ ، وإلا ، أجاز بجميع الثمن ، ولا أرش له مع القدرة على الفسخ . وإن كان بجناية ، عادت الأقسام الثلاثة .

أولها : أن يكون الجاني هو المشتري . فإذا قطع يد البعد مثلاً قبل القبض ، فلا خيار له ، لأن النقص بفعله ، بل يمتنع بسببه الرد بجميع الميوب القديمة ، ويجعل قابضاً لبعض البيع ، حتى يستقر عليه ضمانه . فإن مات البعد في يد البائع بعد الاندمال ، لم يضمن المشتري اليد بأرشها المقدّر ، ولا بما نقص من القيمة ، وإنما يضمنها بمجزء من الثمن ، كما يضمن الجميع بكل الثمن . وفي مياره ، وجهان . أصحابها وبه قال ابن سريج وابن الحداد : يقوم البعد صحيحاً ثم مقطوعاً ، ويمرّف التفاوت ، فيستقر عليه من الثمن بمثل تلك النسبة .

بيانه : قوّم صحيحاً بثلاثين ، ومقطوعاً بخمسة عشر ، فعليه نصف الثمن . ولو قوّم مقطوعاً بشرين ، كان عليه ثلث الثمن . والوجه الثاني ، قاله القاضي أبو الطيب : يستقر من الثمن بنسبة أرش اليد من القيمة ، وهو النصف . وعلى هذا ، لو قطع يديه واندملتا ، ثم مات البعد في يد البائع ، لزم المشتري تمام الثمن .

هذا كله تفريع على الصحيح أن إنلاف المشتري قبض . فأما على الوجه

الضئيف : أنه ليس بقبض ، فلا يحمل قابضاً لشيء من العبد ، وعليه ضمان اليد بأرشها المقدر ، وهو نصف القيمة كالأجنبي . وقياسه : أن يكون له الخيار .

القسم الثاني : أن يكون الجاني أجنبياً ، فيقطع يده قبل القبض ، فلمشتري الخيار ، إن شاء فسخ ، وتبع البائع الجاني ، وإن شاء أجاز البيع بجميع الثمن وغرم الجاني . قال الماوردي : وإنما يفرمه إذا قبض العبد . أما قبله ، فلا ، لجواز موت العبد في يد البائع وانفساخ البيع . ثم الفرامة الواجبة على الأجنبي ، هل هي نصف القيمة ، أو ما نقص من القيمة بالقطع ؟ قولان جاريان في جراح العبد مطلقاً . والمشهور : الأول .

القسم الثالث : أن يجني البائع ، فيقطع يد العبد قبل تسليمه ، فإن قلنا بالأظهر : إن جنائته كالآفة المساوية ، فلمشتري الخيار ، إن شاء فسخ واسترد الثمن ، وإن شاء أجاز بجميع الثمن . وإن قلنا : كجنابة الأجنبي ، فله الخيار أيضاً ، إن فسخ ، فذاك ، وإن أجاز ، رجع بالأرش على البائع . وفي قدره القولان المذكوران في الأجنبي .

فصل

إذا اشترى عبيد ، ف تلف أحدهما قبل القبض ، انفسخ البيع فيه ، وفي الباقي قولان التفريق . فإن قلنا : لا يفسخ ، وأجاز ، فبكم يحيز ؟ فيه خلاف قدّمناه في باب تفريق الصفقة . ولو احترق سقف الدار البيعة قبل القبض ، أو تلف بعض أبنيتها ، فوجهان . أحدهما : أنه كالتعيب ، كسقوط يد البيع ونحوه^(١) . وأصحها : أنه كتلف أحد العبيد ، فينفسخ البيع فيه . وفي الباقي ، القولان ، لأن السقف يمكن بيعه منفصلاً ، بخلاف يد العبد . وذكر بعض المتأخرين : أنه إذا احترق

(١) في « شرح الوجيز » : أحدهما : أنه كتعب المبيع ، مثل عى العبد ، وسقوط يده وما أشبهها .

من الدار ما يفوت الغرض المطلوب منها ، ولم يبق إلا طرف ، انفسخ البيع في الكل ، وجعل فوات البعض في ذلك ، كفوات الكل .

الحكم الثاني للقبض : التسلط على التصرف ، فلا يجوز بيع المبيع قبل القبض ، عقاراً كان أو منقولاً ، لا باذن البائع ، ولا دون إذنه ، لا قبل أداء الثمن ، ولا بعده . وفي الإعتاق قبل القبض ، أوجه . أصحابها : يصح ، وبصير قبضاً ، سواء كان للبائع حق الحبس ، أم لا . والثاني : لا يصح . والثالث : إن لم يكن للبائع حق الحبس ، بأن كان الثمن مؤجلاً أو حالاً [وقد] أداه المشتري ، صح ، وإلا ، فلا . وإن وقف المبيع قبل القبض . قال في « التتمة » : إن قلنا : الوقف يفتقر إلى القبول ، فهو كالبيع ، وإلا ، فهو كالإعتاق ، وبه قطع في « الحاوي » ، وقال : يصير قابضاً ، حتى لو لم يرفع البائع يده عنه ، صار مضموناً عليه بالقيمة . وكذا قال في إباحة الطعام للمساكين إذا كان قد اشتراه جزأفاً . والكتابة كالبيع على الأصح ، إذ ليس لها قوة العتق وغلبته ، والاستيلاء كالعتق . وفي الرهن والهبة ، وجهان . وقيل : قولان . أصحابها عند جمهور الأصحاب : لا يصحان . وإذا صححناها ، فنفس العقد ليس بقبض ، بل يقبضه المشتري من البائع ، ثم يسلمه للمتهب والمرتهن . فلو أذن للمتهب والمرتهن في قبضه ، قال في « التهذيب » : يكفي ، ويتم به البيع والرهن والهبة بعده . وقال الماوردي : لا يكفي ذلك للبيع وما بعده ، ولكن ينظر ، إن قصد قبضه للمشتري ، صح قبض البيع ، ولا بد من استئناف قبض للهبة ، ولا يجوز أن يأذن له في قبضه من نفسه لنفسه . وإن قصد قبضه لنفسه ، لم يحصل القبض للبيع ، ولا للهبة ، لأن قبضها ، يجب أن يتأخر عن تمام البيع . والإقراض والتصدق كالهبة والرهن ، ففيها الخلاف . ولا تصح إجارته على الأصح عند الجمهور . ويصح التزويج على أصح الأوجه ، ولا يصح في الثاني . وفي الثالث : إن كان للبائع حق الحبس ،

لم يصح ، وإلا ، صح . وطرد هذا الوجه في الاجارة . وإذا صححنا التزويج ، فوطئ الزوج ، لم يكن قبضاً .

فرع

كما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض ، لا يجوز جملة أجره ولا عوضاً في صلح . ولا يجوز السلم ولا التولية والإشراك . وفي التولية والإشراك ، وجه ضعيف .

فرع

جميع ما ذكرنا ، في تصرفه مع غير البائع . أما إذا باعه للبائع ، فوجهان . أصحهما : أنه كغيره . والثاني : يصح ، وهما فيما إذا باعه بغير جنس الثمن ، أو زيادة ، أو نقص ، أو تفاوت صفة ، وإلا ، فهو إقالة بصيغة البيع ، قاله في « التتمة » . ولو رهنه أو وهبه له ، فطريقان . أحدهما : القطع بالبطلان . وأصحها : أنه على الخلاف كثيره . فان جاوزنا ، فأذن له في القبض ، فقبض ، ملك في صورة الهبة ، وثبت الرهن . ولا يزول ضمان البيع في صورة الرهن ، بل إن تلف ، انفسخ البيع . ولو رهنه عند البائع بالثمن ، فقد سبق حكمه .

فرع

باب سرّيج

باع عبداً بثوب ، وقبض الثوب ، ولم يسلم العبد ، فله بيع الثوب ، وليس للآخر بيع العبد . فلو باع الثوب وهلك العبد ، بطل المقد فيه ، ولا يبطل في الثوب ، ويغرم قيمته لبائعه . ولا فرق بين أن يكون هلاك العبد

بعد تسليم الثوب أو قبله ، لخروجه عن ملكه بالبيع ، ولو تلف الثوب والعبد في يده ، غرم لبائع الثوب القيمة ، ولشتره الثمن .

فصل

المال المستحق للإنسان عند غيره ، عين ، ودين . أما الثاني ، فسيأتي في الفصل الذي بعد هذا إن شاء الله تعالى .

وأما الأول : فضربان ، أمانة ، ومضمون .

[الضرب الأول : الأمانات ، فيجوز للمالك بيعها ، لتام الملك ، وهي كالوديعة في يد المودع ، ومال الشركة والقراض في يد الشريك والعامل ، والمال في يد الوكيل في البيع ونحوه ، وفي يد المرتهن بعد فكك الرهن ، وفي يد المستأجر بعد فراغ المدة ، والمال في يد القيم بعد بلوغ الصبي رشيداً ، وما كسبه العبد باحتطاب وغيره ، أو قبله بالوصية قبل أن يأخذه السيد . ولو ورث مالاً ، فله بيعه قبل أخذه ، إلا إذا كان المورث لا يملك بيعه أيضاً مثل ما اشتراه ولم يقبضه . ولو اشترى من مورثه شيئاً ، ومات المورث قبل التسليم ، فله بيعه ، سواء كان على المورث دين ، أم لا . وحق الغريم يتعلق بالثمن ، فإن كان له وارث آخر ، لم ينفذ بيعه في قدر نصيب الآخر حتى يقبضه . ولو أوصى له بمال ، قبل الوصية بعد موت الموصي ، فله بيعه قبل قبضه . وإن باعه بعد الموت وقبل القبول ، جاز إن قلنا : تملك الوصية بالموت . وإن قلنا : بالقبول ، أو [هو] موقوف ، فلا .

الضرب الثاني : المضمونات ، وهي نوعان .

الأول : المضمون بالقيمة ، ويسمى : ضمان اليد ، فيصح بيعه قبل القبض ، لتام الملك فيه . ويدخل فيه ما صار مضموناً بالقيمة بمقد مفسوخ وغيره . حتى لو باع

عبدًا ، فوجد المشتري به عيباً ، وفسخ البيع ، كان للبائع بيع العبد وإن لم يسترده ، قال في « التتمة » : إلا إذا لم يؤد الثمن ، فإن للمشتري حبسه إلى استرجاع الثمن . ولو فسخ السلم لانقطاع السلم فيه ، فلمسلم بيع رأس المال قبل استرداده . وكذا للبائع بيع المبيع إذا فسخ بإفلاس المشتري ، ولم يسترده بعد . ويجوز بيع المال في يد المستعير والمستام ، وفي يد المشتري والمتب [في] الثراء والهبة الفاسدين . ويجوز بيع المنصوب للغائب .

النوع الثاني : المضمون بموض في عقد معاوضة ، لا يصح بيعه قبل القبض ، لتوهم الانفساخ بتلفه ، وذلك كالبيع والأجرة والموض المصالح عليه عن المال . وفي بيع الصداق قبل القبض ، قولان ، بناءً على أنه مضمون على الزوج ضمان العقد ، أو ضمان اليد ؟ والأظهر : ضمان العقد . ويجري القولان في بيع الزوج بدل الخلع قبل القبض ، وبيع العافي عن القود المال المفقود عليه قبل القبض لمثل هذا المأخذ .

فرع

وراء ما ذكرنا صور ، إذا تأملت لها عرفت من أي ضرب هي .
فمنها : حكى صاحب « التلخيص » ، عن نص الشافعي رضي الله عنه : أن الأرزاق التي يخرجها السلطان للناس ، يجوز بيعها قبل القبض . فمن الأصحاب من قال : هذا إذا أفرزه السلطان ، فتكون يد السلطان في الحفظ يد المبرز له ، ويكتفي بذلك لصحة البيع . ومنهم من لم يكتف بذلك ، وحمل النص على ما إذا وكل وكيلًا في قبضه ، فقبضه الوكيل ، ثم باعه الموكل ، وإلا ، فهو بيع شيء غير مملوك ، وبهذا قطع القفال في « الترح » .

قلت : الأول : أصح وأقرب إلى النص . وقوله : وبه قطع القفال ، يعني بعدم الاكتفاء ، لا بالتأويل المذكور ، فإني رأيت في شرح « التخليص » للقفال ، المنع المذكور . قال : ومراد الشافعي رضي الله عنه بالرزق ، الغنيمة ، ولم يذكر غيره . ودليل ما قاله الأول ، أن هذا القدر من المخالفة للقاعدة ، احتمال للمصلحة والرفق بالجند ، لمسيس^(١) الحاجة . والله أعلم

ومنها : يبيع أحد الفانين نصيبه على الاشاعة قبل القبض ، صحيح إذا كان معلوماً وحكماً بثبوت الملك في الغنيمة . وفيما يملكها به خلاف مذكور في بابه .

ومنها : لو رجع فيما وهب لولده ، فله ييمه قبل قبضه على الصحيح . ومنها : الشفع إذا تملك الشقص ، قال في « التهذيب » : له ييمه قبل القبض . وقال في « التمه » : ليس له ذلك ، لأن الأخذ بها معاوضة .

قلت : الثاني : أقوى . والله أعلم

ومنها : للموقوف عليه يبيع الثمرة الخارجة من الشجرة الموقوفة ، قبل أن يأخذها .

ومنها : إذا استأجر صباغاً لصبغ ثوب وسلّمه إليه ، فليس للمالك ييمه قبل صبغه ، لأن له حبسه لعمل ما يستحق به الاجرة . وإذا صبغه ، فله ييمه قبل استرداده إن دفع الاجرة ، وإلا ، فلا ، لأنه يستحق حبسه إلى استيفاء الاجرة . ولو استأجر قصاراً لقصر ثوب وسلّمه إليه ، لم يميز ييمه قبل قصره ، فإذا قصره ، بقي على أن القاصرة عين فيكون كمسألة الصبغ ، أو أثر ، فله البيع ،

(١) وفي هامش نسخة الظاهرية ما يلي : وحاجة مامة : أي : مهمة ، وقد مست إليه الحاجة .

والمسيس : المس : وكذلك المسيس . « صحاح »

إذ ليس للقصار الحبس على هذا ، وعلى هذا قياس صبغ الذهب ، ورياضة الدابة ، ونسج الغزل .

ومنها: إذا قاسم شريكه ، فبيع ما صار له قبل قبضه ، يبنى على أن القسمة بيع ، أو إفراز ؟

ومنها : إذا أثبت صيداً بالرمي ، أو وقع في شبكه ، فله بيعه وإن لم يأخذه ، ذكره صاحب « التلخيص » هنا ، قال القفال : ليس هو مما نحن فيه ، لأنه بآبائه قبضه حكماً .

فرع

تصرف المشتري في زوائد المبيع قبل القبض ، كالولد ، والثمرة ، يبنى على أنها تعود إلى البائع لو عرض انفساخ ، أو لا تعود ، فإن أعدناها ، لم يتصرف فيها كالأصل ، وإلا ، تصرف . ولو كانت الجارية حاملاً عند البيع ، وولدت قبل القبض ، إن قلنا : الحمل يقابله قسط من الثمن ، لم يتصرف فيه ، وإلا ، فهو كالولد الحادث بعد البيع .

فرع

إذا باع متاعاً بديار ، أو بدنانير معينة ، فلها حكم المبيع ، فلا يجوز تصرف البائع فيها قبل قبضها ، لأنها تعين بالتعيين ، فلا يجوز للمشتري إبدالها بمثلها ، ولو تلفت قبل القبض ، انفسخ البيع ، ولو وجد البائع بها عيباً ، لم يستبدل بها ، بل إن رضى بها ، وإلا ، ففسخ العقد^(١) ، فلو أبدلها بمثلها ، أو بغير جنسها برضى البائع ، فهو كبيع المبيع للبائع .

(١) في « شرح الوجيز » : بل يرضى بها ، أو ينفسخ العقد .

فصل

الدين في الذمة ثلاثة أضرب . مثنى ، وثمن ، وغيرها . وفي حقيقة الثمن أوجه . أحدها : ما ألصق به الباء ، قاله القفال . والثاني : النقد ، والثمن ما يقابله على الوجهين . وأصحها : أن الثمن : النقد ، والثمن : ما يقابله . فإن لم يكن في المقد نقد ، أو كان الموضان نقدين ، فالثمن ما ألصق به الباء ، والثمن ما يقابله . فلو باع أحد النقيدين بالآخر ، فعلى الوجه الثاني : لا مثنى فيه . ولو باع عرضاً بعرض ، فعلى الوجه الثاني : لا ثمن فيه ، وإنما هو مبادلة . ولو قال : بمتك هذه الدراهم بهذا العبد ، فعلى الوجه الأول : العبد ثمن ، والدراهم مثنى . وعلى الوجه الثاني والثالث : في صحة المقد ، وجهان ، كالسلم في الدراهم والدنانير . فإن صححنا ، فالعبد مثنى . ولو قال : بمتك هذا الثوب بعبد ، ووصفه ، صح المقد ، فإن قلنا : الثمن ما ألصق به الباء ، فالعبد ثمن . ولا يجب تسليم الثوب في المجلس ، وإلا ، ففي وجوب تسليم الثوب وجهان ، لأنه ليس فيه لفظ السلم ، لكن فيه معناه ، فإذا عرفت هذا ، حدنا إلى بيان الأضرب .

الضرب الأول : الثمن ، وهو المسلّم فيه ، فلا يجوز الاستبدال عنه ، ولا يمه . وهل تجوز الحوالة به ، بأن يحيل المسلّم إليه المسلم بحقه على من له عليه دين قرض أو إتلاف ، أو الحوالة عليه ، بأن يحيل المسلم من له دين قرض أو إتلاف على المسلّم إليه ؟ فيه ثلاثة أوجه . أحدها : لا . والثاني : نعم . والثالث : لا تجوز عليه ، وتجوز به . هكذا حكوا الثالث ، وعكسه في « الوسيط » فقال : تجوز عليه لا به ، ولا أظن نقله ثابتاً .

الضرب الثاني : الثمن ، فإذا باع بدراهم أو دنانير في الذمة ، ففي

الاستبدال عنها ، طريقان . أحدهما : القاطع بالجواز ، قاله القاضي أبو حامد ، وابن القطان . وأشهرهما : على قولين . أظهرهما ، وهو الجديد : جوازه . والقديم : منعه . ولو باع في الذمة بغير الدرام والدنانير ، فإن قلنا : الثمن ما ألصق به الباء ، جاز الاستبدال عنه كالقدين ، وادعى في « التهذيب » : أنه المذهب ، وإلا ، فلا ، لأن ما ثبت في الذمة مضمناً ، لم يجوز الاستبدال عنه . والأجرة كالثمن ، والصداق وبدل الخلع ، كذلك إن قلنا : إنها مضمونان ضمان العقد ، وإلا ، فما كبذل الإلتاف .

التفويج : إن منعنا الاستبدال عن الدرام ، فذاك إذا استبدل عنها عرضاً . فلو استبدل نوعاً منها بنوع ، أو استبدل الدرام عن الدنانير ، فوجهان . لاستوائهما في الرواج ، وإن جوزناه ، فلا فرق بين بدل وبدل . ثم ينظر ، إن استبدل ما يوافقها في علة الربا كدنانير عن دراهم ، اشترط قبض البدل في المجلس ، وكذا إن استبدل عن الحنطة المبيع بها شعيراً إن جوزنا ذلك . وفي اشتراط تعيين البدل عند العقد ، وجهان . أحدهما : يشترط ، وإلا ، فهو بيع دين بدين . وأصحهما : لا ، كما لو تصارفا في الذمة ، ثم عيّنا وتقابضا في المجلس . وإن استبدل ما لا يوافقها في علة الربا ، كالطعام والثياب عن الدرام ، نظر ، إن عين البدل ، جاز . وفي اشتراط قبضه في المجلس ، وجهان . صحح الغزالي وجماعة الاشتراط ، وهو ظاهر نصه في « المختصر » ، وصحح الامام والبنو عده .

قلت : الثاني : أصح ، وصححه في « المحرر » . والله أعلم

وإن لم يعين ، بل وصف في الذمة ، فعلى الوجهين السابقين . إن جوزناه ، اشترط التمين في المجلس . وفي اشتراط القبض ، الوجهان .

الضرب الثالث : ما ليس بثمن ولا مضمن ، كدين القرض والائتلاف ،

فيجوز الاستبدال عنه بلا خلاف، كما [لو] كان [له] في يد غيره مال بنصب أو عارية ،
يجوز بيعه له ، ثم الكلام في اعتبار التمين والقبض ، على ما سبق . وفي
« الشامل » أن القرض إنما يستبدل عنه إذا تلف . فإن بقي في يده ، فلا ، ولم
يفرق الجمهور . ولا يجوز استبدال المؤجل عن الحال ، ويجوز عكسه .

فرع

اعلم أن الاستبدال ، بيع لمن عليه دين . فاما بيعه لغيره ، كمن له على
إنسان مائة ، فاشترى من آخر عبداً بتلك المائة ، فلا يصح على الأظهر ، لعدم القدرة
على التسليم . وعلى الثاني : يصح ، بشرط أن يقبض مشتري الدين [الدَّين] ممن عليه ،
وأن يقبض بائع الدين الموص في المجلس . فإن تفرقا قبل قبض أحدهما ، بطل العقد .
قلت في الأظهر : الصحة . والله أعلم

ولو كان له دين على إنسان ، والآخر مثله على ذلك الإنسان ، فباع
أحدهما ما له عليه بما لصاحبه ، لم يصح ، اتفق الجنس أو اختلف ، لنيه وَالْبَيْعُ
عن بيع الكالي بالكالي^(١) .

فصل

في حقيقة القبض

والقول الجلي فيه ، أن الرجوع فيما يكون قبضاً إلى المادة . ويختلف
بحسب اختلاف المال . وتفصيله أن المبيع نوعان .

(١) رواه الحاكم والدارقطني من حديث ابن عمر ، قال الشافعي : أهل الحديث يوهنون هذا الحديث .
وقال أحمد : ليس في هذا حديث يصح ، لكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين .

[النوع] الأول : ما لا يعتبر فيه تقدير ، إما لعدم إمكانه ، وإما مع إمكانه ، فينظر ، إن كان مما لا ينقل كالأرض والدور ، فقبضه بالتخلية بينه وبين المشتري ، وتمكينه من اليد والتصرف بتسليم المفتاح إليه . ولا يعتبر دخوله وتصرفه فيه ، ويشترط كونه فارغاً من أمتعة البائع ، فلو باع داراً فيها أمتعة للبائع ، توقف التسليم على تفريغها ، وكذا لو باع سفينة مشحونة بالقماش .

قلت : وقد حكى الرافعي بعد هذا وجهاً عند بيع الأرض الزروعة في باب الألفاظ المطابقة في البيع ، أنه لا يصح بيع الدار المشحونة ، وأن إمام الحرمين ادعى أنه ظاهر المذهب . والله أعلم

ولو جمع البائع متاعه في بيت من الدار ، وخلى بين المشتري وبين الدار ، حصل القبض فيما عدا ذلك البيت . وفي اشتراط حضور التبايعين عند المبيع ، ثلاثة أوجه . أحدها : يشترط ، فإن حضرا عنده ، فقال البائع للمشتري : دونك هذا ولا مانع ، حصل القبض ، وإلا ، فلا . والثاني : يشترط حضور المشتري دون البائع . وأصحها : لا يشترط حضور واحد منها ، لأن ذلك يشق . فعلى هذا ، هل يشترط زمان إمكان المضي ؟ وجهان . أصحها : نعم . وفي معنى الأرض الشجر الثابت ، والثمرة المبيعة على الشجر قبل أوان الجداد . وإن كان المبيع من النقولات ، فالذهب والمشهور : أنه لا يكفي فيه التخلية ، بل يشترط النقل والتحرير . وفي قول رواه حرمله : يكفي . وفي وجه : يكفي لنقل الضمان إلى المشتري ، ولا يكفي لجواز تصرفه . فعلى المذهب : يأمر المبد بالانتقال من موضعه ، ويسوق الدابة أو يقودها .

قلت : ولا يكفي استعماله [الدابة] وركوبها بلا نقل ، وكذا وطء الجارية على الصحيح . ذكره في « البيان » . والله أعلم

وإذا كان المبيع في موضع لا يختص بالبائع ، كدورات ، ومسجد ، وشارع ، أو في موضع يختص بالمشتري ، فالتحويل إلى مكان منه ، كافٍ . وإن كان في بقعة مخصوصة بالبائع ، فالتقل من زاوية منه إلى زاوية ، أو من بيت من داره إلى بيت بغير إذن البائع لا يكفي لجواز التصرف ، ويكفي لدخوله في ضمانه . وإن نقل بآذنه ، حصل القبض ، وكأنه استعار ما نقل إليه . ولو اشترى الدار مع أمتعة فيها صفقة واحدة ، فخلّى البائع بينها وبينه ، حصل القبض في الدار . وفي الأمتعة ، وجهان . أصحابها : يشترط نقلها كما لو أفردت . والثاني : يحصل فيها القبض تباعاً ، وبه قطع الماوردي ، وزاد فقال : لو اشترى صبرة ولم ينقلها حتى اشترى الأرض التي عليها الصبرة ، وخلّى البائع بينها وبينه ، حصل القبض في الصبرة .

قلت : قال : ولو استأجرها ، فوجهان . الصحيح : أنه ليس قبضاً . والله اعلم

فرع

لو لم يتفقا على القبض ، فجاء البائع بالمبيع ، فامتنع المشتري من قبضه ، أجبره الحاكم عليه . فإن أصر ، أمر الحاكم من يقبضه عنه ، كما لو كان غائباً .

فرع

لو جاء البائع بالمبيع ، فقال المشتري : ضعه ، فوضعه بين يديه ، حصل القبض ، وإن وضعه بين يديه ولم يقل المشتري شيئاً ، أو قال : لا أريده ،

فوجهان . أحدهما : لا يحصل القبض ، كما لا يحصل الايداع . وأصحها : يحصل ،
لوجوب التسليم ، كما لو وضع [الناصب] المصوب بين يدي المالك ، يبرأ من الضمان .
فملى هذا ، للمشتري التصرف فيه ، ولو تلف ، فمن ضمانه . لكن لو خرج مستحقاً
ولم تنجز إلا وضعه^(١) ، فليس للمستحق مطالبة المشتري بالضمان ، لأن هذا القدر
لا يكفي لضمان الغصب . ولو وضع المديون الدين بين يدي مستحقه ، ففي حصول
التسليم خلاف مرئب على المبيع ، وأولى بعدم الحصول ، لعدم تعين الدين فيه .

فرع

للمشتري الاستقلال بنقل المبيع ، إن كان دفع الثمن ، أو كان مؤجلاً ، كما
للرأة قبض الصداق بغير إذن الزوج إذا سلّمت نفسها ، وإلا ، فلا ، وعليه
الرد ، لأن البائع يستحق الحبس لاستيفاء الثمن ، ولا ينفذ تصرفه فيه ، لكن
يدخل في ضمانه .

فرع

دفع ظرفاً إلى البائع وقال : اجعل المبيع فيه ، ففعل ، لا يحصل التسليم ، إذ لم
يوجد من المشتري قبض ، والظرف غير مضمون على البائع ، لأنه استعمله في ملك
المشتري بأذنه . وفي مثله في السلم ، يكون الظرف مضموناً على المسلم إليه ، لأنه
استعمله في ملك نفسه . ولو قال للبائع : أعطني ظرفك ، واجعل المبيع فيه ،
ففعل ، لا يصير المشتري قابضاً .

النوع الثاني : ما يعتبر فيه تقدير ، بأن اشترى ثوباً أو أرضاً مذارعة ،
أو متاعاً موازنة ، أو صبرة مكيلة ، أو معدوداً بالعدد ، فلا يكفي للقبض ما سبق في

(١) في « شرح الوجيز » : ولم يجر الا وضعه .

النوع الأول ، بل لا بدّ مع ذلك من الذرع ، أو الوزن ، أو الكيل ، أو المد .
وكذا لو أسلم في آصع طعام ، أو أرطال منه ، يشترط في قبضه الكيل
والوزن . فلو قبض جزافا ما اشتراه مكايلة ، دخل المقبوض في ضمانه . وأما تصرفه
فيه بالبيع ونحوه ، فإن باع الجميع ، لم يصح ، لأنه قد يزيد على المستحق . فإن
باع ما يتيقن أنه له ، لم يصح أيضاً على الصحيح الذي قاله الجمهور . وقبض
ما اشتراه كيلاً بالوزن ، أو وزناً بالكيل ، كقبضه جزافا . ولو قال البائع :
خذه ، فإنه كذا ، فأخذه مصداقاً له ، فالقبض فاسد أيضاً حتى يقع اكتيال صحيح .
فإن زاد ، رد الزيادة . وإن نقص ، أخذ التمام . فلو تلف المقبوض ، فزعم الدافع
أنه [كان] قدر حقه أو أكثر ، وزعم القابض أنه كان دون حقه أو قدره ،
فالقول قول القابض . فلو أقر بجريان الكيل ، لم يسمع منه خلافه .
وللمبيع مكايلة صور .

منها : قوله : بعثك هذه الصبرة كل صاع بدرهم .
ومنها : بعثتها على أنها عشرة آصع .
ومنها : بعثك عشرة آصع منها ، وهما يعلمان صيغتهما ، أو لا يعلمان إذا
جوزنا ذلك .

فرع

ليس على البائع الرضى بكيل المشتري ، ولا على المشتري الرضى بكيل البائع ،
بل يتفقان على كَيْتال ، وإن لم يتراضيا ، نصب الحاكم أميناً يتولاه ، قاله في
« الحاوي » .

فرع

مؤنة الكيل الذي يفتقر إليه القبض على البائع، كمؤنة إحضار البائع الغائب، ومؤنة وزن الثمن على المشتري، لتوقف التسليم عليه . ومؤنة نقد الثمن، هل هي على البائع، أو المشتري ؟ وجهان .

قلت : ينبغي أن يكون الأصح ، أنها على البائع . والله أعلم

فرع

لو كان لزيد على عمرو طعام سلفاً، ولآخر مثله على زيد، فأراد زيد أداء ما عليه مما له على عمرو، فقال لغيره : اذهب إلى عمرو واقبض لنفسك ما لي عليه ، فقبضه ، فهو فاسد ، وكذا لو قال : احضر معي لأكتاله منه لك ، ففعل . وإذا فسد القبض ، فالمقبوض مضمون على القابض . وهل تبرأ ذمة عمرو من حق زيد ؟ وجهان . أصحها : نعم . فإن قلنا : لا تبرأ ، فعلى القابض رد المقبوض إلى عمرو . ولو قال زيد : اذهب فاقبضه لي ، ثم اقبضه مني لنفسك بذلك الكيل، أو قال : احضر معي لأقبضه لنفسي، ثم تأخذه بذلك الكيل، ففعل ، فقبضه لزيد في الصورة الأولى، وقبض زيد لنفسه في الثانية، صحيحان، وتبرأ ذمة عمرو من حق زيد ، والقبض الآخر فاسد، والمقبوض مضمون عليه . وفي وجه : يصح قبضه لنفسه في الصورة الأولى . ولو اكتال زيد وقبضه لنفسه ، ثم كاله على مشتريه وأقبضه ، فقد جرى الصاعان ، وصح القبضان . فلو زاد حين كاله ثانياً، أو نقص ، فالزيادة لزيد ، والنقص عليه إن كان قدرأ يقع بين الكيلين . فإن كان أكثر ، علمنا أن الكيل الأول غلط ، فيرد زيد الزيادة ، ويرجع بالنقصان .

ولو أن زيداً لما اكتاله لنفسه لم يخرجه من الكيال ، وسلّحه كذلك إلى مشتريه ، فوجهان . أحدهما : لا يصح القبض الثاني حتى يخرج به ويتبدى كيلاً . وأصحها عند الأكثرين : أن استدامته في الكيال ، كابتداء الكيل .

وهذه الصورة ، كما تجري في ديني السلم ، تجري فيما لو كان أحدهما مستحقاً بالسلم ، والآخر بقرض أو إتلاف .

فرع

للمشتري أن يوكل في القبض ، وللبائع أن يوكل في الإقباض ، ويشترط فيه أمران .

أحدهما : أن لا يوكل المشتري من يده يد البائع ، كعبده ، ومستولده ، ولا بأس بتوكيل أبيه وابنه ومكاتبه . وفي توكيله عبده المأذون له ، وجهان . أصحها : لا يجوز . ولو قال للبائع : وكّل من يقبض لي منك ، ففعل ، جاز ، ويكون وكيلاً للمشتري . وكذا لو وکل البائع بأن يأمر من يشتري منه للموكل .

الأمر الثاني : أن لا يكون القابض والمقبض واحداً ، فلا يجوز أن يوكل البائع رجلاً بالإقباض ، ويوكله المشتري بالقبض . كما لا يجوز أن يوكله هذا بالبيع ، وذلك بالشراء . ولو كان عليه طعام أو غيره من سلم أو غيره ، فدفق إلى المستحق دراهم ، وقال : اشتر بها مثل ما تستحقه لي ، وأقبضه لي ، ثم أقبضه لنفسك ، ففعل ، صح الشراء والقبض للموكل ، ولا يصح قبضه لنفسه ، لانحداد القابض والمقبض ، ولا متناع كونه وكيلاً لغيره في حق نفسه . وفي وجه ضعيف : يصح قبضه لنفسه ، وإنما يتمتع قبضه من نفسه لغيره . ولو قال : اشتر بهذه الدراهم لي ، وأقبضه لنفسك ، ففعل ، صح الشراء ، ولم يصح قبضه لنفسه ، ويكون

المقبوض مضموناً عليه . وهل تبرأ ذمة الدافع من حق الموكل ؟ فيه الوجهان السابقان . ولو قال : اشتر لنفسك ، فالتوكيل فاسد ، وتكون الدراهم أمانة في يده ، لأنه لم يقبضها لملكها . فإن اشترى في الذمة ، وقع عنه وأدى الثمن من ماله . وإن اشترى بعينها ، فهو باطل على الصحيح . ولو قال لمستحق الحنطة : اكمل حقك من الصبرة ، لم يصح على الأصح^(١) ، لأن الكيل أحد ركبي القبض ، وقد صار نائباً فيه من جهة البائع ، متأسلاً لنفسه .

فرع

يستثنى عن الشرط الثاني ، ما إذا اشترى الأب لابنه الصغير من مال نفسه ، أو لنفسه من مال الصغير ، فإنه يتولى طرفي القبض ، كما يتولى طرفي البيع . وفي احتياجه إلى النقل في المنقول ، وجهان . أصحها : يحتاج ، كما يحتاج إلى الكيل إذا باع كيلاً .

فرع

يستثنى عن صورة القبض المذكور ، إتلاف المشتري المبيع ، فإنه قبض كما سبق .

قلت : وما يستثنى أيضاً ، إذا كان المبيع خفيفاً يُتناول باليد ، فقبضه بالتناول واحتواء اليد عليه ، كذا قاله المحامي وصاحب « التنبيه » وغيرهم ، لأنه يمد قبضاً . والله أعلم

(١) قال في « شرح الوجيز » : أصحها : لا يجوز . . . والثاني : يجوز ، لأن المقصود منه معرفة المقدار ، والمقبض هو البائع .

فرع

قبض الجزء الشائع ، إنما يحصل بتسليم الجميع ، ويكون ماعدا المبيع أمانة في يده ، ولو طلب القسمة قبل القبض ، قال في « التمه » : يجب إبائها ، لأننا إن قلنا : القسمة إفراز ، فظاهر . وإن قلنا : بيع ، فالرضى غير معتبر فيه ، فإن الشريك يجبر عليه . وإذا لم يعتبر الرضى ، جاز أن لا يعتبر القبض كالشفعة .

فصل

يلزم كل واحد من المتبايعين تسليم العوض الذي يستحقه الآخر . فإن قال كل : لا أسلم حتى أقبض ما أستحقه ، فأربعة أقوال . أحدها : يلزم الحاكم كل واحد باحضاز ما عليه ، فإذا أحضر ، سلم الثمن إلى البائع ، والمبيع إلى المشتري . يبدأ بأيهما شاء ، أو يأمرها بالوضع عند عدل ليفعل العدل ذلك . والثاني : لا يجبر واحداً منها ، بل يمنعهما من التخاصم . فإذا سلم أحدهما ، أجبر الآخر . والثالث : يجبر المشتري . وأظهرهما : يجبر البائع . وقيل : يجبر البائع قطعاً ، واختاره الشيخ أبو حامد . هذا إذا كان الثمن في الذمة ، فإن كان مبيعاً ، سقط القول الثالث . قلت : الذي قطع به الجمهور وهو المذهب : أنه يسقط الرابع أيضاً ، كما إذا باعه عرضاً بمرض ، لأن الثمن يتمين بالتعيين عندنا . والله أعلم .

وإن تابعا عرضاً بمرض ، سقط القول الرابع أيضاً ، وبقي الأولان . أظهرهما : يجبران ، وبه قطع في « الشامل » . فإذا قلنا : يجبر البائع أولاً ، أو قلنا : لا يجبر ، فقبض وسلم أولاً ، أجبر المشتري على تسليم الثمن في الحال إن كان حاضراً في المجلس ، وإلا ، فللمشتري حالان .

أحدهما : أن يكون موسراً ، فإن كان ماله في البلد ، حجر عليه أن يسلم الثمن ، لئلا يتصرف في أمواله بما يبطل حق البائع . وحكى الفزالي وجهاً : أنه لا يحجر عليه ، ويمهل إلى أن يأتي بالثمن . ولم أرَ هذا الوجه على هذا الإطلاق لغيره . فاذا قلنا بالذهب المعروف ، قال جماهير الأصحاب : يحجر عليه في المبيع وسائر أمواله . وقيل : لا يحجر في سائر أمواله إن كان ماله وافياً بديونه . وعلى هذا ، هل يدخل المبيع في الاحتساب ؟ وجهان . أشبهها : يدخل . قلت : هذا الحجر ، يخالف الحجر على المفلس من وجهين ، أحدهما : أنه لا يسقط على الرجوع إلى عين المال . والثاني : أنه لا يتوقف على ضيق المال عن الوفاء . واتفقوا ، على أنه إذا كان محجوراً عليه بالمفلس ، لم يحجر أيضاً هذا الحجر ، لعدم الحاجة إليه . والله أعلم

وإن كان ماله غائباً عن البلد ، نظر ، إن كان على مسافة القصر ، لم يكلف البائع الصبر إلى إحضاره . وفيما يفعل ؟ وجهان . أحدهما : يباع في حقه ويؤدى من ثمنه . وأصحها عند الأكثرين : أن له فسخ البيع ، لتعذر تحصيل الثمن ، كما لو أفلس المشتري بالثمن . فإن فسخ ، فذاك ، وإن صبر إلى الاحضار ، فالحجر على ماسبق . وقال ابن سريج : لا فسخ ، بل يرد المبيع إلى البائع ، ويمحجر على المشتري ، ويمهل إلى الاحضار ، وزعم في « الوسيط » ، أنه الأصح ، وليس كذلك . وإن كان دون مسافة القصر ، فهل هو كالذي في البلد ، أو كالذي على مسافة القصر ؟ وجهان .

قلت : أصحها : الأول ، وبه قطع في « المحرر » . والله أعلم

الحال الثاني : أن يكون مصرراً ، فهو مفلس ، والبائع أحق بمتاعه ، هذا هو الصحيح النصوص . وفيه وجه ضعيف : أنه لا فسخ ، بل تباع السلعة ، ويوفى من ثمنها حق البائع ، فإن فضل شيء ، فللمشتري .

فرع

جميع ما ذكرناه من الأقوال والتفريع ، جارٍ فيما إذا اختلف المكري والمستأجر في الابتداء بالتسليم بلا فرق .

فرع

هنا أمر مهم ، وهو أن طائفة توهّمَت أن الخلاف في الابتداء بالتسليم ، خلاف في أن البائع ، هل له حق الحبس ، أم لا ؟ إن قلنا : الابتداء بالبائع ، فليس له حبس المبيع لاستيفاء الثمن ، وإلا ، فله . ونازع الأكثرون فيه ، وقالوا : هذا الخلاف مفروض فيما إذا كان نزاعها في مجرد الابتداء ، وكان كل واحد يبذل ما عليه ، ولا يخاف فوت ما عند صاحبه . فأما إذا لم يبذل البائع المبيع وأراد حبسه خوفاً من تعذر الثمن ، فله ذلك بلا خلاف ، وكذلك للمشتري حبس الثمن خوفاً من تعذر المبيع . وبهذا صرح الشيخ أبو حامد ، والماوردي . والمثبتون من المتأخرين قالوا : وإنما يحبس البائع المبيع إذا كان الثمن حالاً . أما المؤجل ، فليس له الحبس به ، لرضاه بتأخيره . ولو لم يتفق التسليم حتى حلّ الأجل ، فلا حبس أيضاً . ولو تبرّع بالتسليم ، لم يكن له رده إلى حبسه ، وكذا لو أعاره للمشتري على الأصح . ولو أودعه إياه ، فله ذلك . ولو صالح من الثمن على مال ، فله إدامة حبسه لاستيفاء العوض . ولو اشترى بوكالة اثنين شيئاً ، ووفى نصف الثمن عن أحدهما ، لم يلزم البائع تسليم النصف ، بناءً على أن الاعتبار بالماقد . ولو باع بوكالة اثنين ، فاذا قبض نصيب أحدهما من الثمن ، لزم تسليم النصف ، كذا قاله في « التهذيب » . وينبغي أن يجيء وجه في لزوم تسليم النصف من الوجهين السابقين

في باب [تفريق] الصفقة ، أن البائع إذا قبض بمض الثمن ، هل يلزمه تسليم قسطه من البيع ؟ ووجه في جواز أخذ الوكيل لأحدهما وحده من الوجهين في المبد المشترك إذا باعاه ، هل لأحدهما أن يتفرّد بأخذ نصيبه ؟

باب

بيانه اولىفاظ انبي تطلق في البيع وتؤثر باقراءه المنصنة اليها

هي ثلاثة أقسام ، راجعة إلى مطلق العقد ، وإلى الثمن ، وإلى البيع .
القسم الأول : لفظان .

أحدهما : التولية ، وهي أن يشتري شيئاً ، ثم يقول لغيره : ولئيتك هذا العقد ، فيجوز . ويشترط قبوله في المجلس على عادة التخاطب ، بأن يقول : قبلت ، أو توليت ، ويلزمه مثل الثمن الأول قدرأ وصفة ، ولا يشترط ذكره إذا علماه ، فإن لم يعلمه المشتري ، أعلمه به ثم ولاه . وهي نوع بيع ، فيشترط فيه القدرة على التسليم والتقبض إذا كان صرفاً ، وسائر الشروط ، ولا يجوز قبل القبض على الصحيح .

والزوائد المنفصلة قبل التولية ، تبقى للموالي ، ولو كان البيع شقصاً مشفوعاً ، وعفا الشفع ، تجددت الشفعة بالتولية . ولو حط البائع بعد التولية بمض الثمن ، انحط على الموالي أيضاً . ولو حط الكل ، فكذلك ، لأنه وإن كان يماً جديداً ، فخاصيته وفائدته التنزيل على الثمن الأول . وعن القاضي حسين : أنه ينبغي جريان خلاف في جميع هذه الأحكام . وفي وجه : يحمل الموالي نائباً عن الموالي ، فتكون الزوائد للنائب ، ولا تجدد الشفعة ، ويلحقه الخط . وفي وجه : تمكس هذه الأحكام ، وتقول : هي بيع جديد . والمذهب : مامسوق . وعلى هذا ، لو حط البعض قبل التولية ، لم تصح التولية إلا بالباقي . ولو حط الكل ، لم تصح التولية .

فرع

من شرط التولية ، كون الثمن مثلياً . فلو اشتراه بمرض ، لم يصح ، إلا إذا انتقل ذلك العرض من البائع إلى إنسان فولاه العقد . ولو اشتراه بمرض وقال : قام علي بكذا ، وقد وليتاك العقد بما قام علي ، أو أرادت عقد التولية على صداقها بلفظ القيام ، أو أرادها الرجل في عوض الخلع ، فوجهان . ولو أخبر المولي عما اشترى وكذب ، ف قيل : هو كالكذب في المراجعة ، وبآتي بيانه إن شاء الله تعالى . وقيل : يُحطُّ [قدر الحيانة] قولاً واحداً .

اللفظ الثاني : الإشراك ، وهو أن يشتري شيئاً ، ثم يشرك غيره فيه ليصير بعضه له بقسطه من الثمن . ثم إن صرح بالمناصفة وغيرها ، فذاك . وإن أطلق الإشراك ، فوجهان . أحدهما وبه قطع صاحب « التهذيب » : يفسد العقد ، وأصحها عند الغزالي وقطع به في « التتمة » : أنه يصح ويحمل على المناصفة .

قلت : قطع القفال في شرح « التلخيص » بالوجه الثاني ، وصححه في « المحرر » وهو الأصح . قال القفال ، وصورة التصريح بالإشراك في النصف ، أن يقول : أشركتك بالنصف . فإن قال : أشركتك في النصف ، كان له الربع . والله أعلم

والإشراك في البعض ، كالتولية في الكل في الأحكام السابقة .

القسم الثاني : المراجعة : يبيع المراجعة جائزاً من غير كراهة ، وهو عقد يبنى الثمن فيه على ثمن المبيع الأول مع زيادة ، بأن يشتري شيئاً بمائة ، ثم يقول لغيره : بعتك هذا بما اشتريته وربح ده يازده ، أو بربح درهم لكل عشرة ، أو في كل عشرة ، ويجوز أن يضم إلى رأس المال شيئاً ثم يبيعه بمراجعة ، مثل أن

يقول : اشترته بمائة ، وقد بمتك بمائتين وربح ده يازده ، وكأنه قال : بت بمائتين وعشرين . وكما يجوز البيع مراوحة ، يجوز 'محاطة' مثل أن يقول : بت بما اشتريت به وحطّ ده يازده . وفي القدر المخطوط ، وجهان . أحدهما : من كل عشرة واحد ، كما زيد في المراجعة على كل عشرة واحد . وأصحها : يحط من كل أحد عشر واحد ، لأن الربح في المراجعة جزء من أحد عشر ، فكذا الحط ، وليس في حط واحد من عشرة رعاية للنسبة . فإذا كان قد اشترى بمائة ، فالثمن على الوجه الأول : تسعون . وعلى الثاني : تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم . ولو اشترى بمائة وعشرة ، فالثمن على الوجه الأول ، تسعة وتسعون . وعلى الثاني ، مائة . وطرد كثير من المراقبين وغيرهم الوجهين . فمن قال : بت بما اشتريت ، يحط درهم من كل عشرة ، قال إمام الحرمين : هذا غلط ، فإن في هذه الصيغة تصريحاً بحط واحد من كل عشرة ، فلا وجه للخلاف فيه . وهذا الذي قاله الإمام يبيّن . وذكر الماوردي وغيره : أنه إذا قال : يحط درهم من كل عشرة ، فالمخطوط درهم من كل عشرة . وإن قال : يحط درهم لكل عشرة ، فالمخطوط واحد من أحد عشر .

فصل

بيع المراجعة عبارات . أكثرها دَوْرانا على الألسنة ثلاث .
إحداهن : بت بما اشتريت ، أو بما بذلت من الثمن وربح كذا .
الثانية : بت بما قام عليّ وربح كذا . ويختلف حكم البارتين فيما يدخل تحتها ، وفيما يجب الاخبار عنه ، كما سنفصله إن شاء الله تعالى . فإذا قال : بت بما اشتريت ، لم يدخل فيه سوى الثمن . فإذا قال : بما قام عليّ ، دخل فيه مع الثمن أجرة الكيئال والدلال والحمال والحارس والقصار والرؤساء والصباغ ، وقيمة الصبغ ،

وأجرة الختان ، وتطين الدار ، وسائر المؤن التي تُلْتَزَم للاسترباح ، وألحق بها كراء البيت الذي فيه المتاع . وأما المؤن التي يقصد بها استبقاء الملك ، دون الاسترباح ، كنفقة العبد وكسوته ، وعلف الدابة ، فلا تدخل على الصحيح . ويقع ذلك في مقابلة الفوائد المستوفاة من البيع ، لكن الملف الزائد على المتاد للتسمين ، يدخل . وأجرة الطيب إن اشتراه مريضاً ، كأجرة القصار . فإن حدث المرض عنده ، فكالنفقة . وفي مؤنة السائس ، تردد عند الامام . والأصح : أنها كالملف . ولو قصر الثوب بنفسه ، أو كال ، أو حمل ، أو طين الدار بنفسه ، لم تدخل الأجرة فيه ، لأن السلمة إنما تمتد قائمة عليه بما بذل ، وكذا لو كان البيت ملكه ، أو تبرع أجنبي بالعمل ، أو باعارة البيت ، فإن أراد استدراك ذلك ، فطريقه أن يقول : اشتريت ، أو قام عليّ بكذا ، وعملت فيه ما أجرته كذا ، وقد بتمكه بها وربح كذا .

المباراة الثالثة : بتمك برأس المال وربح كذا ، فالصحيح : أنه كقوله : بما اشتريت ، وقال القاضي أبو الطيب : هو كقوله : بما قام عليّ ، واختاره ابن الصباغ .

فرع

قال في « التتمة » : الكس الذي يأخذه السلطان ، يدخل في لفظ القيام . قال : وفي دخول فداء العبد إذا جنى فقده ، وجهان . وقطع الجمهور بأن الفداء لا يدخل ، ولا ما أعطاه لمن رد المنصوب في شيء من الألفاظ .

فرع

المبارات الثلاث ، تجري في المحاطة جريانها في المراجعة .

فصل

ينبغي أن يكون رأس المال ، أو ما قامت به السلعة ، معلوماً عند المتبايعين
مراجعة . فان جهله أحدهما ، لم يصح المقد على الأصح كغير المراجعة . فعلى هذا ،
لو زالت الجهالة في المجلس ، لم ينقلب صحيحاً على الصحيح . والثاني من
الوجهين الأولين : يصح ، لأن الثمن الثاني مبني على الأول ، ومعرفة سهلة ،
فصار كالشفيع يطلب الشفعة قبل معرفة الثمن لسهولة . فعلى هذا ، في اشتراط
زوال الجهالة في المجلس ، وجهان . ومهما كان الثمن دراهم معينة غير معلومة
الوزن ، ففي جواز بيعه مراجعة ، الخلاف المذكور ، الأصح : البطلان .

فصل

بيع المراجعة مبني على الأمانة ، فعلى البائع الصدق في الإخبار عما
اشترى به ، وعما قام به عليه إن باع بلفظ القيام . ولو اشترى بمائة ، وخرج
عن ملكه ، ثم اشتراه بخمسين ، فرأس ماله خمسون ، ولا يجوز ضم الثمن الأول
إليه . ولو اشتراه بمائة ، وباعه بخمسين ، ثم اشترى ثانياً بمائة ، فرأس ماله مائة ،
ولا يجوز أن يضم إليه خسرانه أولاً ، فيخبر بمائة وخمسين . ولو اشترى بمائة ،

وباعه بمائة وخسين ، ثم اشتراه بمائة ، فإن باعه مرابحة بلفظ رأس المال ، أو بلفظ « ما اشتريت » ، أخبر بمائة . وإن باعه بلفظ « قام علي » ، فوجهان . أحدهما : يخبر بمائة . والثاني : بخمسين .

فرع

يكره أن يواطىء صاحبه فيبيعه بما اشتراه ، ثم يشتريه منه بأكثر ، ليخبر به في المراجعة . فإن فعل ذلك ، قال ابن الصباغ : ثبت للمشتري الخيار ، وخالفه غيره .

قلت : ممن خالفه صاحب « المذهب » وغيره . وقول ابن الصباغ أقوى . والله أعلم

فرع

لو اشترى سلعة ، ثم قبل لزوم العقد ، ألحقا بالثمن زيادة أو نقصاً ، وصححناه ، فالثمن ما استقر عليه العقد . وإن حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد ، وباع بلفظ « ما اشتريت » ، لم يلزمه حط المخطوط عنه ، وإن باع بلفظ « قام علي » ، لم يخبر إلا بالباقي . فإن حط الكل ، لم يحز بيعه مرابحة بهذا اللفظ ، ولو حط عنه بعض الثمن بعد جريان المراجعة ، لم يلحق الحط المشتري منه على الصحيح . وفي وجه : يلحق كما في التولية والاشراك .

فرع

لو اشترى شيئاً بعرض ، وباعه مرابحة بلفظ الثراء ، أو بلفظ القيام ،

ذكر أنه اشتراه بمرض قيمته كذا ، ولا يقتصر على ذكر القيمة . وإن اشتراه بدين على البائع ، فإن كان مليئاً غير مماتل ، لم يجب الاخبار به . وإن كان مماتلاً ، وجب .

فرع

يجوز أن يبيع مرابحة بعض ما اشتراه ، ويذكر قسطه من الثمن . وكذا لو اشترى قفيزي حنطة ونحوها ، وباع أحدها مرابحة . ولو اشترى عبدين أو ثوبين ، وأراد بيع أحدهما مرابحة ، فطريقه أن يعرف قيمة كل واحد منها يوم الشراء ، ويوزع الثمن على القيمتين ، ثم يبيعه بحصته من الثمن .

فرع

يجب الاخبار بالميوب الحادثة في يده ، سواء حدث العيب بآفة سماوية ، أو بجنايته ، أو بجناية غيره ، سواء نقص المين ، أو القيمة . ولو اطلع على عيب قديم ، فرضي به ، ذكره في المrabحة . ولو تعذر رده بعيب حادث وأخذ الأرض ، فإن باعه بلفظ « قام علي » ، حط الأرض ، وإن باع بلفظ « ما اشترت » ، ذكر ما جرى به المقد والعيب ، وأخذ الأرض . ولو أخذ أرض جنايته ، ثم باعه ، فإن باع بلفظ « ما اشترت » ، ذكر الثمن والجناية . وإن باع بلفظ « قام علي » ، فوجهان . أحدهما : أنه كالكسب والزيادات ، والمبيع قائم عليه بتمام الثمن . [وأصحها : يحط الأرض من الثمن ، كأرض العيب . والمراد من الأرض هنا : قدر النقص ، لا المأخوذ بتمامه] . فإذا قطعت يد العبد ، وقيمه مائة فنقص ثلاثين ، أخذ خمسين من الجاني ، وحط من الثمن ثلاثين ، لا خمسين ، هذا هو

الصحيح . وفي وجه : يحط جميع الأخوذ من الثمن ، وهو شاذ . ولو نقص من القيمة أكثر من الأرض المقدس ، حط ما أخذ من الثمن ، وأخبر عن قيامه عليه بالباقي ، وأنه نقص من قيمته كذا .

فرع

لو اشتراه بغيره ، لزم الاخبار به على الأصح عند الأكثرين . واختار الامام والقرائي : أنه لا يلزم . ولو اشترى من ابنه الطفل ، وجب الاخبار به ، لأن الغالب في مثله الزيادة ، نظراً للطفل ، ودفعاً للثمة . ولو اشترى من أبيه أو ابنه الرشيد ، لم يجب الاخبار به على الأصح باتفاقهم ، كالشراء من زوجته ومكاتبه . وفي « الشامل » ما يقتضي تردداً في المكاتب .

فرع

لو اشتراه بغيره مؤجل ، وجب الاخبار به على الصحيح .

فرع

لا يجب الاخبار بوطء الثيب ، ولا مهرها الذي أخذه ، ولا الزيادات المنفصلة ، كالولد ، واللبن ، والصوف ، والثمرة . ولو كانت حاملاً يوم الشراء ، أو كان في ضرعها لبن ، أو على ظهرها صوف ، أو على النخلة طلع ، فاستوفاهما ، حط بقسطها من الثمن . وهذا في الحمل بناءً على أنه يأخذ قسطاً من الثمن .

فصل

لو قال : اشترت بمائة ، وباعه مائة ، ثم بان أنه اشتراه بتسعين باقراره أو بيئته ، فالبيع صحيح على الصحيح . فعلى هذا ، كذبه ضربان ، خيانة ، وغلط . وفي الضريين ، قولان . أظهرهما : يحكم بسقوط الزيادة وحصلتها من الربح . والثاني : لا تسقط . فإن قلنا بالسقوط ، ففي ثبوت الخيار للمشتري طريقان . أحدهما : على قولين . أظهرهما : لا خيار . والثاني : يثبت . والطريق الثاني : إن بان كذبه بالبيئة ، فله الخيار . وإن بان بالاقرار ، فلا ، لأنه إذا ظهر بالبيئة ، لا يؤمن خيانة أخرى ، والاقرار يشعر بالأمانة . فإن قلنا : لا خيار ، أو قلنا به ، فأمسك بما بقي بعد الخط ، فهل للبائع خيار ؟ وجهان . وقيل : قولان . أحدهما : لا . وقيل الوجهان في صورة الخيانة .

وأما في صورة الغلط ، فله الخيار قطعاً . وإن قلنا بعدم السقوط ، فللمشتري الخيار ، إلا أن يكون عالماً بكذب البائع ، فيكون كمن اشترى ممياً وهو يعلمه . وإذا ثبت الخيار ، فقال البائع : لا تنسخ ، فإني أحط عنك الزيادة ، ففي سقوط خياره ، وجهان . وجميع ما ذكرناه ، إذا كان المبيع باقياً . فأما إذا ظهر الحال بعد هلاك المبيع ، فقطع الماوردي بسقوط الزيادة وربحها . والأصح : طرد القولين .

قلت : هذا الذي قطع به الماوردي ، نقله صاحب « المذهب » والشانيني عن أصحابنا مطلقاً .
وانتداعلم

فإن قلنا بالسقوط ، فلا خيار للمشتري . وأما البائع . فإن لم يثبت له الخيار عند بقاء السلعة ، فكذا هنا ، وإلا ، فيثبت هنا ، وإن قلنا بعدم السقوط ، فهل للمشتري الفسخ ؟ وجهان . أحدهما : لا ، كما لو علم العيب بعد

تلف المبيع ، لكن يرجع بقدر التفاوت وحصته من الربح ، كما يرجع بأرش الميب . ولو اشتراه بمؤجل فلم يبين الأجل ، لم يثبت في حق المشتري الثاني ، ولكن له الخيار ، وكذا إذا ترك شيئاً آخر مما يجب ذكره . قال الغزالي : إذا لم يخبر عن الميب ، ففي استحقاق حط قدر التفاوت القولان في الكذب - ولم أر لغيره ترضاً لذلك - فإن ثبت الخلاف ، فالطريق على قول الحط النظر إلى القيمة وتقسيط الثمن عليها .

قلت : المروف في المذهب : أنه لا حط بذلك ، ويندفع الضرر عن المشتري بثبوت الخيار . والله أعلم

فرع

إذا كذب بالنقصان فقال : كان اثنان ، أو رأس المال ، أو ما قامت به السلعة مائة ، وباع مائة ، ثم قال : غلطت ، إنما هو مائة وعشرة ، فينظر ، إن صدقه المشتري ، فوجهان . أحدهما : يصح البيع ، كما لو غلط بالزيادة ، وبه قطع الماوردي ، والغزالي في « الوجيز » ، وأصحها عند الامام والنفوي : لا يصح ، لتعذر إمضائه .

قلت : الأول : أصح ، وبه قطع المحاملي ، والجرجاني ، وصاحب « المذهب » ، والثاني ، وخلائق . والله أعلم

فإن قلنا بالأول ، فالأصح : أن الزيادة لا تثبت ، لكن للبائع الخيار . والثاني : أنها تثبت مع ربحها ، وللمشتري الخيار . وإن كذبه المشتري ، فله حالان . أحدهما : أن لا يبين للغلط وجهاً محتملاً ، فلا يقبل [قوله] ، ولو أقام بينة ، لم تسمع . فلو زعم أن المشتري عالم بصدقه ، وطلب تحليفه أنه لا يعلم ، فهل له ذلك ؟ وجهان .

قلت : أصحهما : له تحليفه ، وبه قطع الحاملي في « المقنع » وغيره .
والله أعلم

فإن قلنا : يحلفه ، فنكل ، ففي رد اليمين على المدعي ، وجهان .

قلت : أصحها : ردُّه . والله أعلم

وإذا قلنا : يحلف المشتري ، حلف على نفي العلم ، فإن حلف ، أمضي
المقد على ما حلف عليه . وإن نكل ، ورددنا اليمين ، فالبائع يحلف على القطع .
وإذا حلف ، فالمشتري الخيار بين إمضاء المقد بما حلف عليه ، وبين الفسخ ،
كذا أطلقوه . ومقتضى قولنا : إن اليمين الردودة مع نكول المدعي عليه كالأقرار ،
أن يمود فيه ما ذكرنا في حالة التصديق .

الحال الثاني : أن يبين للغلط وجهاً محتملاً ، بأن يقول : إننا اشتراء وكيلي
وأخبرت أن الثمن مائة فإن خلافه ، أو ورد عليّ منه كتاب فإن مزوراً ،
أو كنت راجت جريدتي ، فغلطت من ثمن متاع إلى غيره ، فتسمع دعواه للتحليف .
وقيل بطرد الخلاف في التحليف . فإن قلنا : لا يحلف ، لم تسمع بينته ، وإلا ،
سمعت على الأصح .

فصل

قوله في الرابحة : ببتك بكذا ، يقتضي أن يكون الربح من جنس الثمن
الأول ، ولكن يجوز جعل الربح من غير جنس الأصل . ولو قال : اشتريت
بكذا ، وبتك به وربح درهم على كل عشرة ، فالربح يكون من نقد البلد ،
لإطلاقه الدرهم ، ويكون الأصل مثل الثمن ، سواء كان من نقد البلد أو غيره .

فصل

لو اتهم بغير عوض ، لم يحز بيعه مرابحة إلا أن يبين القيمة ، ويبيع بها مرابحة . ولو اتهم بشرط الثواب ، ذكره وباع به مرابحة ، وإذا أجر داراً بعبد ، أو نكحت على عبد ، أو خالها على عبد ، أو صالح من دم عايه ، لم يحز بيع العبد مرابحة بلفظ الشراء ، ويجوز بلفظ « قام علي » . ويذكر في الاجارة ، أجرة مثل الدار . وفي النكاح والخلع ، مهر المثل . وفي الصلح ، الدية .

فصل

أطبقوا على تصوير المراجعة ، فيما إذا قال : بعتك بما اشتريت وربح كذا ، وبما قام علي ، ولم يذكروا فيه خلافاً . وذكروا فيما إذا قال : أوصيت له بنصيب ابني ، وجهاً أنه لا يصح ، وإنما يصح ، إذا قال : بمثل نصيب ابني ، فكأنهم اقتصروا هنا على الأصح ، وإلا ، فلا فرق بين البايين .

قلت : هذا التأويل ، خلاف مقتضى كلامهم ، والفرق ظاهر ، فإن السابق إلى الفهم من قوله : بما اشتريت ، أن معناه : بمثل ما اشتريت ، وحذفه اختصار ، ولا يظهر هذا التقدير في الوصية . والله أعلم

القسم الثالث : فيما يطلق من الالفاظ في البيع ، وهي ستة .

الأول : لفظ الأرض ، وفي معناها ، البقعة ، والساحة ، والمرصة . فإذا قال : بعتك هذه الأرض ، وكان فيها أبنية وأشجار ، نظر ، إن قال : دون ما فيها من الشجر والبناء ، لم تدخل الأشجار والأبنية في البيع . وإن قال : بما فيها ، دخلت .

وكذا إن قال : بمتكها بمقوقها على الصحيح . فإن أطلق ، فنص هنا أنها تدخل . ونص فيما لو رهن الأرض ، وأطلق : أنها لا تدخل . ولأصحاب طرق . أصحها عند الجمهور : تقرير النصين . والثاني : فيها قولان . والثالث : القطع بعدم الدخول فيها ، قاله ابن سريج ، واختاره الامام ، والغزالي .

فصل

الزرع ، ضربان .

الأول : ما يؤخذ دفعة واحدة، كالخطة والشمير ، فلا يدخل في مطلق بيع الأرض . ويصح بيع الأرض المزروعة على المذهب ، كما لو باع داراً مشحونة بأمتعه . وقيل : يخرج على القولين في بيع المستأجرة . فإذا قلنا بالمذهب ، فلمشتري الخيار إن جهل الحال ، بأن كانت رؤية الأرض سابقة [على] البيع ، وإلا ، فلا . وهل يحكم بمصير الأرض في يد المشتري ودخولها في ضمانه إذا خلى البائع بينه وبينها؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأنها مشغولة فأشبهت المشحونة بأمتعه . وأصحابها : نعم ، لحصول تسليم الرقبة البيعة . ويخالف الدار ، فإن تفرينها ممكن في الحال ، وقد سبق فيها خلاف .

فرع

إذا كان في الأرض جزر أو فجل أو سلق أو ثوم ، لم يدخل في بيع الأرض كالخطة . واعلم أن كل زرع لا يدخل عند الإطلاق ، لا يدخل وإن قال : بمقوقها .

فرع

لا يؤمر البائع بقطع زرعه في الحال ، بل له تركه إلى أوان الحصاد ،
فمعد وقت الحصاد ، يؤمر بالقطع والتفريغ . وعليه تسوية الأرض، وقلع المروق
التي يضر بقاؤها الأرض، كمروق الذرة، تشبيهاً بما إذا كان في الدار أمتعة لا يتسع
لها باب الدار ، فإنه ينقض ، وعلى البائع ضمانه .

الضرب الثاني : ما تؤخذ ثمرته مرة بعد أخرى في سنتين أو أكثر ،
كالقطن الحجازي ، والرجس ، والبنفسج ، فالظاهر من ثمارها عند بيع الأرض يبق
للبيع . وفي دخول الأصول، الخلاف السابق في الأشجار . وحكي وجه في الرجس
والبنفسج : أنهما من الضرب الأول . وأما ما يجره مراراً، كالقطن ، والقصب ،
والهندباء ، والننع ، والكرفس ، والطرخون ، فبقى جزؤها الظاهرة عند البيع
للبيع . وفي دخول الأصول، الخلاف . وعن الشيخ أبي محمد ، القطن بدخولها في
بيع الأرض . وإذا قلنا : بدخولها ، فليشترط على البائع قطع الجزء الظاهرة ،
لأنها تزيد، ويشته المبيع بغيره . وسواء كان مظهر بالاً أو أوان الجزء ، أم لا .
قال في « التتمة » : إلا القصب ، فلا يكلف قطعه ، إلا أن يكون مظهر قدرأ
ينتفع به . ولو كان في الأرض أشجار خلاف تقطع من وجه الأرض ،
فهي كالقصب .

فرع

لو كانت الأرض المبيعة مبذورة ، ففي البذر الكامن مثل التفصيل المذكور في الزرع . فالبذر الذي لا ثبات لنباته ، ويؤخذ دفعة واحدة ، لا يدخل في بيع الأرض ، ويبقى إلى أوان الحصاد ، وللمشتري الخيار إن كان جاهلاً به ، فإن تركه البائع له ، سقط خياره ، وعليه القبول ، ولو قال : آخذه وأفرغ الأرض ، سقط الخيار أيضاً إن أمكن ذلك في زمن يسير . والبذر الذي يدوم ، كنوى النخيل ، والجوز ، واللوز ، وبذر الكراث ونحوه من البقول ، حكاه في الدخول تحت بيع الأرض ، حكم الأشجار . وجميع ما ذكرنا في المسألتين ، هو فيمن أطلق بيع الأرض . فأما إن باعها مع الزرع أو البذر ، فسنذكره في اللفظ السادس إن شاء الله تعالى .

فصل

الحجارة إن كانت مخلوقة في الأرض ، أو مثبتة ، دخلت في بيع الأرض . فإن كانت تضر بالزرع والغرس ، فهو عيب إن كانت الأرض تقصد لذلك . وفي وجه ضعيف : أنه ليس بعيب ، وإنما هو فوات فضيلة . وإن كانت مدفونة فيها ، لم تدخل في البيع ، كالكنوز والأقمشة في الدار . ثم إن كان المشتري عالماً به ، فلا خيار [له] في فسخ العقد ، وله إجبار البائع على القاع والنقل ، تفريفاً للملكه ، بخلاف الزرع ، فإن له أمداً ينتظر ، ولا أجرة للمشتري في مدة القلع والنقل وإن طالت ، كما لو اشترى داراً فيها أقمشة يعلها ، فلا أجرة له في مدة نقلها ،

ويجب على البائع إذا نقل تسوية الأرض . وإن كان جاهلاً ، فالاحجارة مع الأرض ، أربعة أحوال .

أحدها : أن لا يكون في قلمها ولا في تركها ضرر ، بأن لا يحوج النقل وتسوية الأرض إلى مدة مثلها أجرة ، ولا تنقص الأرض بها ، فالبائع النقل ، وعليه تسوية الأرض ، ولا خيار للمشتري ، وله إجبار البائع على النقل على الصحيح . وفي وجه : لا يجبره ، والخيار للبائع .

الحال الثاني : أن لا يكون في قلمها ضرر ، ويكون في تركها ضرر ، فيؤمر البائع بالنقل . ولا خيار للمشتري ، كما لو اشترى داراً ، فله حق سقفها خَلَد يسير يمكن تداركه في الحال ، أو كانت منسدة بالوعة ، فقال البائع : أنا أصلحه وأتقيا ، لا خيار للمشتري .

الحال الثالث : أن يكون القلع والترك مضرين ، فله للمشتري الخيار ، سواء جهل أصل الأحجار ، أو كون قلمها مضرأ ، ولا يسقط خياره بترك البائع الأحجار لأن لقاءها مضر . وهل يسقط بقول البائع : لا تفسخ لأغرم لك أجرة المثل مدة النقل ؟ وجهان . أحدهما : لا ، كما لو قال البائع : لا تفسخ بالعب لأغرم لك الأرض . ثم إن اختار المشتري إمضاء البيع ، لزم البائع النقل ، وتسوية الأرض ، سواء كان النقل قبل القبض ، أو بعده . وهل تجب أجرة المثل لمدة النقل ؟ نظر ، إن كان النقل قبل القبض ، بني على أن جنابة البائع قبل القبض كآفة سماوية ، أم كجنابة الأجنبي ؟ إن قلنا بالأول ، لم تجب ، وإلا ، فهو كما لو نقل بعد القبض . وإن كان النقل بعد القبض ، ففي وجوبها وجهان . أحدهما عند الأكثرين : تجب ، كما لو جنى على المبيع بعد القبض ، عليه ضمانه . وإن اختصرت قلت : في الأجرة أوجه . أحدها ثالثها : إن كان النقل قبل القبض ، لم

يجب ، وبمده ، يجب . ويجري هذا الخلاف في وجوب الأرض لو بقي في الأرض بعد التسوية عيب .

الحال الرابع : أن يكون في قلعها ضرر ، وليس في تركها ضرر ، فللمشتري الخيار ، فإن أجاز ، ففي وجوب الأجرة والأرض ما سبق ، ولا يسقط خياره بقول البائع : اقلع وأغرم الأجرة أو أرش النقص ، قاله في « التهذيب » . ويجيء فيه الخلاف المذكور في الحالة الثالثة . ولو رضي بترك الأحجار في الأرض ، سقط خيار المشتري . ثم ينظر ، إن قال : تركتها للمشتري ، فهل هو تملك للمشتري ، أم مجرد إعراض لقطع الخصومة ؟ وجهان . كالوجهين في ترك نمل الدابة الردودة بالميب . أصحابهما : الثاني . فإن قلنا بالأول ، فلو قلعها المشتري يوماً ، فهي له . ولو أراد البائع الرجوع فيها ، لم يكن له . وإن قلنا بالثاني ، فهي للبائع . فلو أراد الرجوع ، قال الأكثرون : له ذلك ، ويمود خيار المشتري . وقال الامام : لا رجوع له ، ويلزمه الوفاء بالترك . وإن قل : وهبتها لك ، واجتمعت شرائط الهبة ، حصل الملك ، وقيل بطرد الخلاف . فإن لم تجتمع ، ففي صحتها للضرورة ، وجهان . فإن صححنا ، ففي حصول الملك ما ذكرنا في لفظ الترك . وجميع ما ذكرنا ، إذا كانت الأرض بيضاء . أما إذا كان فيها غراس ، فينظر ، إن كان حاصلًا يوم البيع واشتراه مع الأرض ، فنقصان الغراس وتعيبه بالأحجار ، كتميب الأرض في إثبات الخيار وسائر الأحكام . وإن أحدثه المشتري علماً بالأحجار ، فللبائع قلعها ، وليس عليه ضمان نقص الغراس . وإن أحدثه جاهلاً ، لم يثبت الخيار على الأصح ، لأن الضرر راجع إلى غير المبيع . فإن كانت الأرض تنقص أيضاً بالأحجار ، نظر ، إن لم يحصل بالغرس وقلع الغرس نقص في الأرض ، فله القلع والفسخ . وإن حصل ، فلا خيار في الفسخ ، إذ لا يجوز رد المبيع ناقصاً ، لكن يأخذ الأرض . وإذا قلع البائع ، فنقص الغراس ، لزمه أرش النقص بلا خلاف ، أما إذا كان فوق الأحجار زرع للبائع أو للمشتري ،

ففي « التهذيب » : أنه يترك إلى أوان الحصاد ، لأن له غاية منتظرة ، بخلاف الفراس . ومنهم من سوّى بينه وبين الفراس .

قلت : الأصح : قول صاحب « التهذيب » ، وقد وافقه جماعة . قال صاحب « الإبانة » : إذا قلع البائع الأحجار بعد الحصاد ، فمليئة تسوية الأرض .
والله أعلم

فرع

هل له الاجرة في مدة بقاء الزرع ؟ قطع الجمهور ، بأن لا أجره . وقيل : وجهان . الأصح : لا أجره ، وتقع تلك المدة مستثناة ، كمن باع داراً مشحونة بأمتعة ، لا يستحق المشتري أجره لمدة التفريغ .

فرع

تكلّم إمام الحرمين ، في أن الأصحاب رحمهم الله ، لم يوجبوا على هادم الجدار إعادته ، بل أوجبوا أرشه ، وأوجبوا تسوية الحفر على البائع والناصب ، وأجاب عنه ، بأن طمّ الحفر لا يكاد يتفاوت ، وهيأت الأبنية تتفاوت ، فشبه الطم بذوات الأمثال ، والجدار بذوات القيم . حتى لو رفع لبنة أو لبنتين من رأس جدار ، وأمكن الرد من غير خلل في الهيئة ، فهو كطم الحفر . وفي وجوب إعادة الجدار ، خلاف نذكره في الصلح إن شاء الله تعالى .

واللفظ الثاني : البستان ، والباغ - بالنين المعجمة - ، وهو بمعنى البستان .
فاذا قال : بمتك هذا الباغ أو البستان ، دخل في البيع الأرض والاشجار

والحائط . وفي دخول البناء الذي فيه ، ما سبق في دخوله في لفظ الأرض ، وفي العريش الذي توضع عليه القضبان تردد للشيخ أبي محمد . والظاهر عند الامام : دخوله . وذكروا أن لفظ الكرم ، كلفظ البستان . لكن العادة في نواحينا ، إخراج الحائط عن مسمى الكرم ، وإدخاله في مسمى البستان . ولكن لا يبعد أن يكون الحكم على ما استمر الاصطلاح عليه . ولو قال : هذه الدار ، البستان ، دخل الأبنية والأشجار جميعاً . ولو قال : هذا الحائط ، البستان ، أو هذه المحوطة ، دخل الحائط المحوط وما فيه من الأشجار ، وفي البناء ، الخلاف السابق ، كذا ذكره في « التهذيب » ، ولا يظهر في لفظ المحوطة فرق بين الأبنية والأشجار ، فليدخلا ، أو ليكونا على الخلاف .

فرع

لو قال : بعتك هذه القرية ، دخلت الأبنية والساحات التي يحيط بها السور . وفي الأشجار وسطها ، الخلاف . الصحيح : دخولها . وفي المزارع ، ثلاثة أوجه . الصحيح الذي عليه الجمهور : لا تدخل ، سواء قال : بحقوقها ، أم لا ، بل لا تدخل إلا بالنص على المزارع . والثاني قاله إمام الحرمين : تدخل . والثالث قاله ابن كيج : إن قال : بحقوقها ، دخلت ، وإلا ، فلا .

قلت : قد قال الغزالي وغيره : قوله : بعتك الدسكرة كبعتك القرية . والله أعلم

اللفظ الثالث : الدار ، فإذا قال : بعتك هذه الدار ، دخلت الأرض والأبنية جميعها ، حتى يدخل الحمام المدود من مراققها . وحكي عن نسه : أن الحمام لا يدخل ، [و] حملوه على حمامات الحجاز ، وهي بيوت من خشب تنقل . ولو كان في وسطها شجر ، ففي دخوله الخلاف السابق في لفظ الأرض . ونقل الامام

في دخولها ، ثلاثة أوجه . ثالثها : إن كثرت بحيث يجوز تسمية الدار بستاناً ، لم تدخل ، وإلا ، دخلت . وأما الآلات في الدار ، فثلاثة أضرب .

أحدها : المنقولات ، كاللوا ، والبكرة ، والرساء ، والمجارف ، والسرر ، والرفوف الموضوعة على الأوتاد ، والسلام التي لم تسمّر ولم تطين ، والأقفال ، والكنوز ، والدفاتن ، فلا يدخل شيء منها . وفي مفتاح المغلاق المثبت ، وجهان . أحدهما : يدخل . ويجري الوجهان في ألواح الدكاكين ، وفي الأعلى من حجري الرحي .

الضرب الثاني : ما أثبتت تمةً للدار ليقى فيها ، كالسقف والأبواب المنصوبة وما عليها من الأغلاق والحلق والسلاسل والضبات ، فتدخل قطعاً .

[الضرب الثالث : ما أثبت على غير هذا الوجه ، كالرفوف والدنان والأجانات المثبتة والسلام المسمرة ، والأوتاد المثبتة في الأرض ، أو في الجدار ، والأسفل من حجري الرحي ، وخشب القصار ، ومعجن الجباز ، فيدخل كل ذلك على الأصح ، لثباتها . وأشار إمام الحرمين إلى القطع بدخول الحجرين في البيع باسم الطاحونة ، وتدخل الأجانات المثبتة إذا باع باسم المدبنة والمصبغة ، وإن الخلاف إنما هو في البيع باسم الدار . وفي « التمة » ما يقتضي التسوية بين اسم الدار والمدبنة . قلت : ويجري الوجهان في قدر الحتام ، قاله في « التمة » . والله أعلم

فرع

لا تدخل مسايل الماء في بيع الأرض ، ولا يدخل فيه شربها من انقضاء والنهر المملوكين ، إلا أن يشترطه ، أو يقول : بحقوقها . وفي وجه : لا يكفي ذكر الحقوق .

فرع

لو كان في الدار البيعة بئر ماء ، دخلت في البيع ، والماء الحاصل في البئر حال البيع ، لا يدخل على الصحيح . وفي وجه : يدخل ، كالثمرة التي لم تؤبّر ، للعرف . وإن شرط دخوله في البيع ، صح على قولنا : الماء مملوك ، بل لا يصح البيع دون هذا الشرط ، وإلا ، اختلط الماء الموجود للبائع بماء المشتري ، وانفسخ البيع .

قلت : هذا الشرط على قولنا : الماء مملوك . فإن قلنا : لا يملك ، صح البيع مطلقاً ، بل لا يجوز شرطه ، لأنه لا يملكه ، ويكون المشتري أحق به ، لأنه في يده ، كما لو توحّل صيد في أرضه . والله أعلم .

وذكر الخلاف في الماء وفروعه ، يأتي في إحياء الموات إن شاء الله تعالى .

فرع

لو كان في الأرض أو الدار معدن ظاهر ، كالنفط ، والملح ، والقار ، والكبريت ، فهو كالماء . وإن كان باطناً ، كالذهب ، والفضة ، دخل في البيع ، إلا أنه لا يجوز بيع ما فيه معدن ذهب بالذهب ، بسبب الربا . وفي بيعه بالفضة قولان ، للجمع بين الصرف والبيع في صفقة .

فرع

باع داراً في طريق غير نافذ ، دخل حريمها في البيع . وفي دخول الأشجار ، الخلاف السابق . وإن كان في طريق نافذ ، لم يدخل الحريم والأشجار في البيع ، بل لا حريم لمثل هذه الدار ، كما سنذكره في إحياء الموات إن شاء الله تعالى .

اللفظ الرابع : العبد ، إذا ملك السيد عبده مالاً ، لم يملكه على الأظهر . فلو ملكه ، ثم باعه ، لم يدخل المال في البيع . فإن باعه مع المال ، فإن قلنا : لا يملك ، اعتبر في المال شروط البيع . حتى لو كان مجهولاً أو غائباً ، أو ديناً والتمن دين ، أو ذهباً والتمن ذهب ، لم يصح . فلو كان ذهباً ، والتمن فضة ، أو عكسه ، ففيه قولان الجمع بين بيع وصرف . وإن قلنا : يملك ، فقد نص أن المال ينتقل إلى المشتري مع العبد ، وأنه لا بأس بجهالته وغيبته .

واختلفوا في سبب احتمال ذلك ، فقال الاصطخري : لأن المال تابع ، ويحتمل في التابع ما لا يحتمل في الأصل ، كما يحتمل الجهل بحقوق الدار . والأصح عند الأصحاب ، ما قاله ابن سريج وأبو إسحاق : أن المال ليس مبيعاً أصلاً ولا تبعاً ، ويكون شرطه ببقية له على العبد كما كان ، فالمشتري انتزاعه كما كان للبائع [الانتزاع] . فملى هذا ، لو كان الثمن ربوياً ، والمال من جنسه ، فلا بأس . وعلى الأول : لا يجوز . ولا يحتمل الربا في التابع ، كما لا يحتمل في الأصل .

فرع

الثياب التي على العبد في دخولها في بيعه ، أوجه . أصحابها : لا يدخل شيء

منها . والثاني : تدخل . والثالث : يدخل سائر العورة فقط . ولا يدخل عذار الدابة في ييمها على الأصح كالسرج ، ويدخل النعل ، وَبُرّة الناقة ، إلا أن يكون من ذهب .
اللفظ الخامس : الشجر ، فاذا باع الشجرة مطلقاً ، دخلت الأغصان ، لكن لا يدخل الغصن اليابس في بيع الشجرة الرطبة ، لأن العادة قطعه كالثمار ، وقال في « التهذيب » : ويحتمل أن يدخل كالصوف على الغنم ، وتدخل العروق والأوراق ، إلا أن شجرة الفرصاد^(١) إذا بيعت في الربيع وقد خرجت أوراقها ، ففي دخولها وجهان . أصحها : الدخول كغير وقت الربيع ، وتدخل أوراق شجر النبق على المذهب ، وقيل : كالفرصاد .

قلت : وتدخل السكام تحت اسم الشجرة ، لأنها تبقى بقاء الأغصان ، قاله في « الوسيط »^(٢) . والله أعلم

ولو باع شجرة يابسة نابتة ، نزم المشتري تفريغ الأرض منها ، للعادة . وقال في « التتمة » : لو شرط إبقائها ، بطل البيع ، كما لو اشترى ثمرة مؤبّرة وشرط عدم القطع عند الجداد ، وإن باعها بشرط القطع ، جاز . وتدخل العروق في البيع عند شرط القلع ، ولا تدخل عند شرط القطع ، بل تقطع عن وجه الأرض . وإن كانت الشجرة رطبة ، فباعها بشرط الإبقاء أو بشرط القلع ، اتبع الشرط ، وإن أطلق ، جاز الإبقاء للعادة . وهل يدخل المغرس في البيع ؟ وجهان . أصحها : لا ، لأن الاسم لا يتناولها ، فإن أدخلناه فاقلمت الشجرة ، أو قلمها المالك ، كان له عرس بدلها ، وله بيع المغرس ، وإلا ، فلا . ويجري الوجهان ، فيما لو اشترى أرضاً وشرط البائع لنفسه شجرة ، هل يبقى له المغرس ، أم لا ؟ قلت : وإذا لم يدخل المغرس في الصورة الأولى ، فليس للبائع قلع الشجرة

(١) قال في « المصباح » : والمراد بالفرصاد في كلام الفقهاء : الشجر الذي يحمل الثوت .

(٢) في مخطوطة الظاهرية : قاله في « البسيط » .

مجاناً . وهل يجب عليه إبقاؤها ما أراد المشتري ، أم له قلمها بغير رضا ويغرم ما نقص بالقلع كالمارية ؟ وجهان محكيان في « النهاية » و « البسيط » في كتاب « الرهن » . أصحابها : الأول . والله أعلم

فصل

في بيان الحال الذي تدرج فيه الثمرة في بيع الشجرة .

النخل ، ذكور وإناث . ومعظم المقصود من الذكور ، استصلاح الإناث بها . والذي يبدو فيها أولاً أكمة صفار ، ثم تكبر وتطول حتى تصبح كأذان الحمر . فإذا كبرت ، شقت فظهرت المناقيد في أوساطها ، فيذر فيها طلع الذكور ليكون رطبها أجود . والتشقيق وذر الطلع فيها ، يسمى : التأبير ، ويسمى : التلقيح . ثم الأكثرون يسمون الكمام الخارج كله : طلعاً . والامام خص اسم الطلع بما يظهر من الثور على المنقود عند تشقق الكمام . ثم المتعهدون للنخل ، لا يؤثرون جميع الكمام ، بل يكتفون بتأبير البض ، ويتشقق الباقي بنفسه ، وتنبث ربح الذكور إليه . وقد لا يؤثر في الحائط شيء ، وتشقق الأكمة بنفسها ، إلا أن رطبها لا يجيء جيداً . وكذا الخارج من الذكور ، يتشقق بنفسه ، ولا يشقق غالباً . فإذا باع نخلة عليها ثمرة ، فإن شرطت لأحدهما ، اتبع الشرط . وإن أطلقا ، فإن كانت شقت أو تشقت بنفسها ، فهي للبائع ، وإلا ، فالمشتري . وإن باع الذكور من النخل بعد تشقق طلعها ، فالطلع للبائع ، وإلا ، فوجهان . أصحابها : للمشتري . والثاني : للبائع .

فرع

ما عدا النخل من الشجر ، أقسام .

أحدها : ما يقصد منه الورق ، كشجر الفرساد ، وقد ذكرناه . قال في
« البيان » : وشجر الحناء ونحوه ، يجوز أن يكون فيه خلاف كالفرصاد ، ويجوز
أن يقطع بأنه إذا ظهر ورقه ، كان للبائع ، لأنه لا ثمر لها سوى الورق ، بخلاف
الفرصاد ، فإن له ثمرة مأكولة .

القسم الثاني : ما يقصد منه الورد ، وهو ضربان .

أحدهما : يخرج في كمام ، ثم يفتح كالورد الأحمر . فإذا بيع أصله بعد
خروجه وتفتحه ، فهو للبائع كطالع النخل المتشقق . وإن بيع قبل تفتحه ،
فالمشتري على الأصح .

والضرب الثاني : يخرج ورده ظاهراً كالياسمين . فإن خرج ورده ، فللبائع ،
وإلا ، فالمشتري .

القسم الثالث : ما يقصد منه الثمرة ، وهو نوعان . ما تخرج ثمرته بارزة
بلا قشر ولا كمام ، كالتين ، والعنب ، فهو كالياسمين . والثاني : ما تخرج بهما ، وهو
ضربان .

أحدهما : ما تخرج ثمرته في نور ، ثم يتناثر نوره فتبرز الثمرة بلا حائل ،
كالشمس ، والتفاح ، والكثري وشبهها . فإن باع الأصل قبل انعقاد الثمرة ، انعقدت
للمشتري وإن كان الثور قد خرج . وإن باعه بعد الانعقاد [وتناثر النور ، فللبائع . وإن
باعه بعد الانعقاد] وقبل تناثر النور ، فوجهان . أحدهما وهو نصه : أنها للمشتري .
والثاني : للبائع .

[الضرب الثاني : ما يبقى له حائل على الثمرة المقصودة ، وهو صنفان .

أحدهما : له قشر واحد كالرمان . فإذا بيع أصله وقد ظهر الرمان ، فهو للبائع ، وإلا ، فهو للمشتري .

والثاني : ماله قشران ، كالجوز واللوز والفسق والرمانج . فإن باعها قبل خروجها ، فالذي يخرج للمشتري ، وإلا ، فللبائع . ولا يعتبر مع ذلك تشقق القشر الأعلى على الأصح .

ثم من هذين الصنفين ، ما يخرج ثمرته في قشر بغير نور ، كالجوز والفسق . ومنها : ما يخرج في نور ، ثم يتناثر نوره ، كالرمان ، واللوز . وما ذكرناه من حكمهما ، هو فيما إذا بيع الأصل بعد تناثر النور . فإن بيع قبله ، عاد فيه الكلام السابق .

فرع

القطن نوعان . أحدهما : له ساق يبقى سنين يشمر كل سنة ، وهو قطن الحجاز والشام والبصرة ، فهو كالنخل ، إن بيع أصله قبل تشقق الجوزق ، فالثمر للمشتري ، وإلا ، فللبائع . والثاني : مالا يبقى أكثر من سنة ، فهو كالزعر ، إن باعه قبل خروج الجوزق ، أو بعده وقبل تكامل القطن ، وجب شرط القطع . ثم إن لم يقطع حتى خرج الجوزق ، فهو للمشتري ، لحدوثه في ملكه . قال في « التهذيب » : وإن باعه بعد تكامل القطن ، فإن تشقق الجوزق ، صح البيع مطلقاً ، ودخل القطن في البيع ، بخلاف الثمرة المؤبرة ، لا تدخل ، لأن الشجرة مقصودة لثمار جميع الأعوام ، ولا مقصود هنا سوى الثمرة الموجودة . وإن لم يتشقق ، لم يصح البيع على الأصح ، لأن المقصود مستور بما ليس من صلاحه ، بخلاف الجوز واللوز في القشر الأسفل .

فرع

لا يشترط لبقاء الثمرة على ملك البائع التأخير في كل كلام وعنقود ، بل إذا باع نخلة أبر بعضها ، فالكل للبائع ، وإن باع نخلات أبر بعضها فقط ، فله حالان .

أحدهما : أن يكون في بستان واحد ، فينظر ، إن اتحد النوع والصفقة ، فجميع الثمار للبائع . وإن أفرد بالبيع غير المؤبر ، فالأصح أن الثمرة للمشتري ، والثاني : للبائع اكتفاءً بوقت التأخير عنه . وإن اختلف النوع ، فالأصح أن الجميع للبائع . وقال ابن خيران : غير المؤبر للمشتري ، والمؤبر للبائع .

الحال الثاني : أن يكون في بستانين ، فالذهب : أنه يفرد كل بستان بحكمه . وقيل : هما كالبستان الواحد ، سواء تباعد البستانان أو تلاصقا .

فرع

باع نخلة وبقيت الثمرة له ، ثم خرج طلع آخر من تلك النخلة ، أو من أخرى حيث يقضي الحال اشتراكهما ، فوجهان . أصحها : الطلع الجديد للبائع أيضاً ، لأنه من ثمرة العام . وقال ابن أبي هريرة . للمشتري ، لحدوثه في ملكه .

فرع

جمع في صفقة ذكور النخل وإناثها ، له حكم الجمع بين نوعين من الإناث .

فرع

قال في « التهذيب » : تشقق بعض جوز القطن ، كتشقق كلته . وما تشقق من الورد ، للبائع ، وما لم يتشقق ، للمشتري وإن كانا على شجرة واحدة ، ولا يتبع بعضه بعضا ، بخلاف النخل ، لأن الورد يجنى في الحال ، فلا يخاف اختلاطه . قال : ولو ظهر بعض التين والعنب ، فالظاهر للبائع ، وغيره للمشتري ، وفي هذه الصورة نظر .

فصل

إذا باع الشجرة ، وبقيت الثمرة للبائع ، فإن شرط القطع في الحال ، لزمه . وإن أطلق ، فليس للمشتري تكليفه القطع في الحال ، بل له الإبقاء إلى أوان الجداد وقطاف العنب . فإذا جاء وقت الجداد ، لم يمكن من أخذها على التدرج ، ولا أن يؤخرها إلى نهاية النضج . ولو كانت الثمرة من نوع يعتاد قطعه قبل النضج ، كلف القطع على المدة . ولو تعذر السقي لا نقطاع الماء وعظم ضرر النخل ببقاء الثمرة ، فالأظهر أنه ليس له الإبقاء . ولو أصاب الثمار آفة ، ولم يكن في تركها فائدة ، فهل له الإبقاء ؟ قولان . وسقي الثمار عند الحاجة على البائع ، وعلى المشتري تمكينه من دخول البستان للسقي . فإن لم يأمنه ، نصب الحاكم أمينا للسقي ، ومؤنته على البائع . وإذا كان السقي ينفع الثمار والأشجار ، فلكل واحد السقي ، وليس للآخر منعه . وإن كان يضر بهما ، فليس لأحدهما السقي إلا برضى الآخر ، وإن أضر بالثمار ونفع الأشجار ، فأراد المشتري السقي ، فمنعه البائع ، فوجهان . أحدهما : له السقي . وأصحهما : أنه إن سامح أحدهما بحقه [أقر] ،

وإلا ، فسخ البيع ، وإن أضر بالشجر ونفع الثمار ، فتنازعا ، فعلى الوحيين ، الأصح :
يفسخ إن لم يسامح . والثاني : للبائع السقي . هذا نقل الجمهور . وقال الامام :
في صورتين ثلاثة أوجه : أحدها : بحباب المشتري . والثاني : البائع .
والثالث : يتساويان . ولو كان السقي يضر بواحد ، وتركه بمنع حصول زيادة للآخر ،
ففي إلحاقه بتقابل الضرر ، احتمالان عند الامام . ولو لم يسق البائع ، وتضرر
المشتري ببقاء الثمار لامتناعها رطوبة الشجر ، أجبر على السقي أو القطع . فان
تضرر السقي لانتقطاع الماء ، ففيه القولان السابقان .

قلت : هذان القولان ، فيما إذا كان للبائع نفع في ترك الثمرة . فان لم يكن ،
وجب القطع بلا خلاف ، كذا قاله الامام ، وصاحب « التهذيب » . والله اعلم

اللفظ السادس : الثمار ، وهي تباع بعد بدو الصلاح وقبله .

الحالة الأولى : إذا بيعت بعد بدو الصلاح ، جاز مطلقاً ، وبشرط إبقائها
إلى وقت الجداد ، وبشرط القطع ، سواء كانت الاصول للبائع ، أم للمشتري ،
أم لغيرهما . فان أطلق ، فله الإبقاء إلى وقت الجداد ، ولا يجوز بيع الثمار بعد
الصلاح مع ما يحدث بعدها .

الثانية : إذا بيعت قبل بدو الصلاح ، فإما أن تباع مفردة عن الشجر ،
وإما معه .

الضرب الأول : المفردة . وللأشجار صورتان .

إحدهما : أن تكون للبائع . [الثلة أو للمشتري] أو لغيرهما . فلا يجوز بيع الثمار
مطلقاً ، ولا بشرط الإبقاء ، ويجوز بشرط القطع بالاجماع . ولو كانت الكروم في
بلاد شديدة البرد بحيث لا تنتهي ثمارها إلى الخلاوة ، واعتاد أهلها قطع الحصرم ،
فوجهان . قال القفال : يجوز بيعها بغير شرط القطع ، ويكون المعتاد كالشروط .
ومنع الأكثرون ذلك . ويجري الخلاف فيما لو جرت عادة قوم بإتضاع الرتمن

بالرهون ، حتى تنزل عادتهم على رأي منزله شرط الانتفاع ، ويحكم بفساد الرهن .
ولو باع بشرط القطع ، وجب الوفاء به . فلو تراضيا على تركه ، فلا بأس ،
ويكون بدوئ الصلاح ، ككبر العبد الصغير . وإنما يجوز البيع بشرط القطع ، إذا
كان المقطوع منتفعاً به ، كالخصرم واللوز ونحوهما . فأما مالا منفعة فيه ، كالجوز
والكثري ، فلا يصح بيعه بشرط القطع أيضاً .

● الصورة الثانية : أن تكون الأشجار للمشتري ، بأن يبيع إنساناً شجرة ، وتبقى الثمرة
له ، ثم يبيعه الثمرة ، أو يوصي لانسان بالثمرة فيبيعه لصاحب الشجرة ، ففي اشتراط
القطع ، وجهان . أحدهما عند الجمهور : يشترط ، ولكن لا يلزمه الوفاء بالشرط هنا ، بل له
الابقاء ، إذ لا معنى لتكليفه قطع ثماره عن أشجاره . ولو باع شجرة عليها ثمرة مؤبّرة ،
فبقيت للبائع ، فلا حاجة إلى شرط القطع ، لأن المبيع هو الشجرة ، وهي غير
متعرضة للماهات ، والثمرة مملوكة له بحكم الدوام . ولو كانت الثمرة غير مؤبّرة ،
فاستثنائها لنفسه ، ففي وجوب شرط القطع وجهان . أحدهما : لا يجب ، لأنه في
الحقيقة استدامة للملكها . فعلى هذا ، له الابقاء إلى وقت الجداد . ولو صرح
بشرط الابقاء ، جاز . والثاني : يجب ، ولا يصح التصريح بالابقاء .

قلت : قال الامام : إذا قلنا : يجب شرط القطع ، فأطلق ، فظاهر كلام
الأصحاب أن الاستثناء باطل ، والثمرة للمشتري . قال : وهذا مشكل ، فإن
صرف الثمرة إليه مع التصريح باستثنائها محال . قال : فالوجه عدُّ الاستثناء
المطلق شرطاً فاسداً مفسداً للعقد في الأشجار ، كاستثناء الحمل . والله اعلم

الضرب الثاني : أن تباع الثمرة مع الشجر ، فيجوز من غير شرط القطع ،
بل لا يجوز شرط القطع .

قلت : لو قطع شجرة عليها ثمرة ، ثم باع الثمرة وهي عليها ، جاز من غير
شرط القطع ، لأن الثمرة لا تبقى عليها ، فيصير كشرط القطع . والله اعلم

فرع

لا يشترط الاستغناء عن شرط القطع بدو الصلاح في كل عنقود ، بل إذا باع ثمرة شجرة واحدة بدا الصلاح في بعضها ، صح من غير شرط القطع . ولو باع ثمار أشجار بدا الصلاح في بعضها ، نظر ، إن اختلف الجنس ، لم يفتّر بدو الصلاح في جنس حكم جنس آخر . فلو باع رطباً وعنباً بدا الصلاح في أحدهما فقط ، وجب شرط القطع في الآخر . وإن اتحد الجنس ، فالكلام في اتحاد البستان وتعدد . وإذا اتحد ، ففي بيعها صفقة واحدة وإفراد مالم يَبْدُ فيه الصلاح بالبيع . وحكم الأقسام كلها على ما سبق في التأخير بلافق ، حتى أن الأصح : أنه لا تبعية^(١) عند الأفراد ، وأنه لا أثر لاختلاف النوع ، وأنه لا يتبع بستان بستاناً . ولو بدا الصلاح في ملك غير البائع ، ولم يبدُ في ملكه ، فإن كانا في بستانين ، فلا عبرة به قطعاً ، وكذا إن كانا في بستان واحد على الأصح . ويجري الوجهان ، فيما لو أثر ملك غير البائع في بستان واحد . والأصح : أنه لا يكون للمبيع حكم المؤثر .

فرع

يحصل بدو الصلاح بظهور النضج ، ومبادئ الحلاوة ، وزوال المفوضة أو الحموضة المفرطتين ، وذلك فيما لا يتلون ، بأن يتموه ويلين ، وفيما يتلون ، بأن يحمر

(١) في الأصل : لا يبيعه ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية .

أو يصفر أو يسود ، وهذه الأوصاف وإن عرف بها بدوّ الصلاح ، فليس واحد منها شرطاً فيه ، لأن القِثاء لا يتصور فيه شيء منها ، بل يستطاب أكله صغيراً وكبيراً . وإنما بدوّ صلاحه ، أن يكبر بحيث يجنى في الغالب ويؤكل ، وإنما يؤكل في الصغر على الدور . وكذا الزرع ، لا يتصور فيه شيء منها ، وبدوّ صلاحه باشتداد الحب . قال صاحب « التهذيب » : يبيع أوراق الفرساد قبل تناضحها ، لا يجوز إلا بشرط القطع ، وبعده يجوز مطلقاً وبشرط القطع .
والمسألة الشاملة ، أن يقال : بدوّ الصلاح في هذه الأشياء ، صيرورتها إلى الصفة التي تطلب غالباً لكونها على تلك الصفة .

فرع

يبيع البطيخ قبل بدوّ صلاحه ، لا يصح [من غير شرط القطع] ، فإن بدا الصلاح في كله أو بعضه ، نظر ، إن كان يخاف خروج غيره ، فلا بد من شرط القطع ، فإن شرط فلم يقطع حتى اختلط ، ففي انقضاء البيع قولان يأتي نظيرهما إن شاء الله تعالى . وإن كان لا يخاف خروج غيره ، جاز بيعه من غير شرط القطع . هذا إذا أفرد البطيخ بالبيع ، ووراءه حالتان .

إحداها : لو أفرد أصوله بالبيع ، قال العراقيون وغيرهم : يجوز ، ولا حاجة إلى شرط القطع إذا لم يخف الاختلاط . ثم الحل الموجود ، يبقى للبائع ، وما يحدث ، يكون للمشتري . وإن خيف اختلاط الحلين ، فلا بد من شرط القطع . فإن شرط ، فلم يتفق حتى وقع الاختلاط ، فطريقان سنذكرهما في نظيره إن شاء الله تعالى . ولو باع الأصول قبل خروج الحمل ، فلا بد من شرط القطع والقلع ، كالزراع الأخضر . وإذا شرط ، ثم اتفق بقاءه حتى خرج الحمل ، فهو للمشتري .

الحالة الثانية : باع البطيخ مع أصوله ، قال الامام والنزالي : لا بد من

شرط القطع ، لأن البطيخ مع أصوله متمرّض للعاهة ، بخلاف الشجرة مع الثمرة .
فلو باع البطيخ مع الأرض ، استغني عن شرط القطع ، والأرض كالشجر .
ومقتضى ما ذكرناه في بيع الأصول وحدها إذا لم يخف الاختلاط ، أنه لا حاجة إلى
شرط القطع . والبالذبحان ونحوه ، كالبطيخ في الأحوال الثلاث .

فرع

باب الحداد

لو باع نصف الثمار على رؤوس الشجر مشاعاً قبل بدوّ الصلاح ، لم يصح .
وعلاؤه بأن هذا البيع يفترق إلى شرط القطع ، ولا يمكن قطع النصف إلا بقطع
الكل ، فيتضرر البائع بقطع غير المبيع ، فأشبه ما إذا باع نصفاً معيناً من سيف .
وما ذكره من أن قطع النصف لا يمكن إلا بقطع الجميع ، إنما يستمر بتقدير دوام
الإشاعة وامتناع القسمة . أما إذا جوّزنا قسمة الثمار الرطبة بناءً على أنها إفراز ،
فيمكن قطع النصف من غير قطع الجميع ، بأن يقسم أولاً ، فليكن منع البيع
مبنياً على القول بامتناع القسمة ، لا مطلقاً ، وعلى هذا يدل كلام ابن الحداد . قال
القاضي أبو الطيب : وهو الصحيح . ولو باع نصفها مع نصف النخل ، صح
وكانت الثمار تابعة . ولو كانت الثمرة لواحد ، والشجرة لآخر ، فباع صاحب الثمرة
صاحب الشجرة نصفها ، فوجهان بناءً على اشتراط القطع هنا . ولو كانت
الأشجار والثمار مشتركة بين رجلين ، فاشتري أحدهما نصيب شريكه من الثمرة ،
لم يصح . ولو اشترى نصيب شريكه من الثمرة بنصيبه من الشجر ، لم يجز مطلقاً ،
ويجوز بشرط القطع ، لأن جملة الثمار تصير لمشتري الثمرة ، وجملة الشجر الآخر ،
ويلازم مشتري الثمرة قطع الجميع ، لأنه بهذه المعاملة التزم قطع النصف المشتري ،
وتفريغ الأشجار لصاحبه ، وبيع الشجرة على أن يفرغها البائع ، جائز . وكذا

لو كانت الأشجار لأحدهما ، والثمرة بينها ، فاشترى صاحب الشجر نصيب صاحبه من الثمر بنصف الشجر على شرط القطع ، جاز .

فرع

لا يصح بيع الزرع الأخضر إلا بشرط القطع . فإن باعه مع الأرض ، جاز تباً . وكذا لا يجوز بيع البقول في الأرض دون الأرض إلا بشرط [القطع أو القلع] ، سواء كان مما يجزئ مراراً ، أو لا يجزئ إلا مرة ، هكذا نقله صاحب التهذيب ، وغيره في البقول . وقال الغزالي : بيع أصول البقول لا يتقيد بشرط القطع ، إذ لا تتعرض للآفة . وبيع الزرع بعد اشتداد حبه ، كبيع الثمر بعد صلاحه ، فلا يحتاج إلى شرط القطع .

فرع

يشترط ظهور المقصود . فإذا باع ثمرة لا يكام لها ، كالتين والعنب والكمثرى ، جاز ، سواء باعها على الشجرة ، أو على الأرض . ولو باع الشعير أو السلْتُ مع سنبله ، جاز بعد الحصاد وقبله ، لأن حباته ظاهرة . ولو كانت للثمر أو الحب ككام لا يزال إلا عند الأكل ، كالرمان والعُلس ، فكمثل . وأما ماله كإمان يزال أحدهما ، ويبقى الآخر إلى وقت الأكل ، كالجوز واللوز والرائج ، فيجوز بيعه في القشر الأسفل ، ولا يجوز في الأعلى ، لا على الشجر ، ولا على الأرض . وفي قول : يجوز في القشر الأعلى مادام رطباً . وبيع الباقلاء في القشر الأعلى ، فيه هذا الخلاف . وادعى إمام الحرمين ، أن الظاهر فيه الصحة ، لأن الشافعي رضي الله عنه ، أمر أن يشتري له الباقلاء الرطب .

قلت : المنصوص في « الأم » : أنه لا يصح بيعه . قال صاحب « التهذيب » وغيره : هو الأصح ، وبه قطع صاحب « التنبيه » . هذا إذا كان الجوز واللوز والبالقاء رطباً . فإن بقي في قشره الأعلى ، فيس ، لم يجز بيعه وجهاً واحداً إذا لم يجوز بيع الغائب ، كذا قاله الامام وصاحب « التهذيب » وغيرهما . وحكى فيه صاحب « التتمة » وجهاً : أنه يصح وإن أبطلنا [بيع] الغائب . ويصح بيع طلع النخل مع قشره في الأصح . والله أعلم

وأما ما لا يرى حبه في سنبله ، كالحنطة ، والعدس ، والسهم ، فما دام في سنبله ، لا يجوز بيعه مفرداً عن سنبله قطعاً ، ولا معه على الجديد الأظهر ، كبيع تراب الصاغة ، وكبيع الحنطة في تنبها ، فإنه لا يصح [قطعاً] . وفي الأرز ، طريقان . المذهب : أنه كالشمير ، فيصح بيعه في سنبله . وقيل : كالحنطة . ولا يصح بيع الجزر ، والثوم ، والبصل ، والفجل ، والسلق في الأرض ، لتستر مقصودها . ويجوز بيع أوراقها الظاهرة بشرط القطع . ويجوز بيع القنبيط في الأرض ، لظهوره ، وكذا نوع من السلجم^(١) يكون ظاهراً . ويجوز بيع اللوز في القشر الأعلى قبل انمقاد الأسفل ، لأنه مأكول كله كالتفاح . وهل النع في صور الفرع مقطوع به ، أم مفرّع على منع بيع الغائب ؟ قال الامام : هو مفرّع عليه . فإن جوّزنا بيع الغائب صح البيع في جميعها . وفي « التهذيب » : أن المنع في بيع الجزر ونحوه في الأرض ، ليس مفرّعاً عليه ، لأن في بيع الغائب يمكن رد البيع بعد الرؤية بصفته ، وهنا لا يمكن .

قلت : هذا أصح ، ونقله الماوردي عن جمهور الأصحاب . ونقل عن بعضهم كقول إمام الحرمين في الجزر ونحوه . والله أعلم

وإذا قلنا بال منع ، فباع الجوز مثلاً في القشر الأعلى مع الشجرة ، أو باع

(١) قال في « المصباح » : السلجم ، وزان جعفر ، معروف ، وهو الذي يسميه الناس : اللفت .

الحنطة في سنبها مع الأرض ، فطريقان . أحدهما : يبطل في الجوز والحنطة ، وفي الشجرة والأرض قولاً تفریق الصفقة . وأصحها : القطع بالبطان في الجميع ، للجهل بأحد المقصودين ، وتعدّر التوزيع . ولو باع أرضاً مبدورة مع البذر ، فقل : يصح في البذر أيضاً تبعاً للأرض . والمذهب : بطلان البيع فيه . ثم في الأرض الطريقان . ومن قال بالصحة في الأرض ، لا يذهب إلى التوزيع ، بل يوجب جميع الثمن بناءً على قولنا في تفریق الصفقة ، بأخذ جميع الثمن .

فصل

لا يصح بيع المحاكلة ، وهو أن يبيع الحنطة في سنبها بكيل معلوم من الحنطة . ولبطلانه علّتان . إحداهما : أنه يبيع حنطة وتبنٍ بحنطة ، وذلك رباً . والثانية : أنه يبيع حنطة في سنبها . فلو باع شميراً في سنبه بحنطة خالصة ، وتقابضا في المجلس ، أو باع زرعاً قبل ظهور الحب بحبٍّ ، جاز ، لأن الحشيش غير ربوي .

فصل

قد سبق أنه لا يجوز بيع الرطب بالتمر ، ويستثنى منه بيع المرأيا ، فانه جائز ، وهو أن يبيع رطب نخلة أو نخلات باعتبار الخرص بقدر كيلها من التمر ، ولا يصح إلا بالخرص . ويشترط التقابض في المجلس بتسليم التمر إلى البائع بالكيل ، وتخلية البائع بينه وبين النخلة . فإن كان التمر غائباً عنها ، أو كانا غائبين عن النخل ، فأحضراه ، أو حضرا عند النخل ، جاز . ثم إن لم يظهر تفاوت بين التمر المجمول عوضاً ، وبين ما في الرطب من التمر ، بأن أكيل الرطب في الحال ، فذاك . وإن ظهر ، نظر ، فإن كان قدر ما يقع بين الكيلين ، لم يضر . وإن

كان أكثر ، فالمقد باطل . وفي وجه ضعيف : يصح في قدر القليل من الكثير ، ولشترى الكثير الخيار . ويجوز بيع المرايا في العنب كالرطب ، ولا يجوز في سائر الثمار على الأظهر . ويجوز فيما دون خمسة أوسق من التمر ، لا فيما زاد على الخمسة قطعاً ، ولا في خمسة على الأظهر . هذا إذا باع في صفقة . فلو باع قدراً كثيراً في صفقات لا تزيد كل واحدة على ما ذكرنا ، جاز . وكذا لو باع في صفقة لرجلين بحيث يخص كل واحد القدر الجائز . فلو باع رجلان لرجل ، فوجهان . أصحها : أنه كبيع رجل لرجلين . والثاني : كيومه لرجل صفقة . ولو باع رجلان لرجلين صفقة ، لم يجز فيما زاد على عشرة أوسق ، ويجوز فيما دون العشرة . وفي العشرة القولان .

قلت : وسواء في هذه الصور كانت العقود في مجلس أو مجالس . حتى لو باع رجل لرجل ألف وسق في مجلس واحد بصفقات كل [واحدة] دون خمسة أوسق ، جاز . والله اعلم

وجميع ما ذكرنا في بيع الرطب بالتمر ، فلو باع رطباً على النخل ، برطب على النخل خرساً فيها ، أو برطب على الأرض كيلاً فيه ، فأوجه . أصحها : لا يجوز ، قاله الاصطخري . والثاني : يجوز ، قاله ابن خيران . والثالث : إن اختلف نوعهما ، جاز ، وإلا ، فلا ، قاله أبو إسحاق . والرابع : جريان هذا التفصيل إن كانا على النخل ، فإن كان أحدهما على الأرض ، لم يجز ، حكى أيضاً عن أبي إسحاق . ولو باع الرطب بالرطب على الأرض ، لم يصح على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وقال القفال : فيه هذا الخلاف ، لأنه إذا جاز البيع وهما على النخل ، واحتملت جهالة الخرص ، فالجواز مع تحقق المساواة بالكيل أولى .

فرع

يجوز بيع المرايا للمحتاجين ، وفي الأغنياء قولان . أظهرهما : الجواز .

فصل

إذا باع الثمرة بعد [بدو] الصلاح ، لزمه سقيها قبل التخلية وبمدها بقدر ما تنمي به الثمار وتسلم من التلف والفساد . فلو شرط كون السقي على المشتري ، بطل البيع ، ثم المشتري يتسلط ^(١) على التصرف في الثمرة بعد تخلية البائع بينه وبينها من كل وجه . فإن عرضت جائحة من حر ، أو برد ، أو جراد ، أو حريق ، أو نحوها قبل التخلية ، فهي من ضمان البائع . فإن تلف جميع الثمار ، انفسخ البيع . وإن تلف بعضها ، انفسخ فيه . وفي الباقي قولان التفرق . وإن عرضت بمدها ، فإن كان باعها بعد بدو الصلاح ، فقولان . الجديد الأظهر : أن الجوائح من ضمان المشتري . والقديم : أنها من ضمان البائع . ولا فرق على القولين ، بين أن يشترط القطع ، أم لا . وقيل : إن شرطه ، كانت من ضمان المشتري قطعاً ، لتفريطه ، ولأنه لا علاقة بينهما ، إذ لا يجب السقي على البائع هنا ، وحكي هذا عن القفال . وقيل : إن شرطه ، كانت من ضمان البائع قطعاً ، لأن ما شرط قطعه ، قبضه بالقطع والنقل ، فقد تلفت قبل القبض .

ويتفرع على كونها من ضمان البائع ، فروع .

أحدها : أن المحكوم بكونه من ضمان البائع ، ماتلف قبل وقت الجداد . أما ما تلف بعد وقت الجداد وإمكان النقل ، فمن ضمان المشتري على الأظهر . وقيل : على الأصح لتقصيره . وعلى الثاني : من ضمان البائع ، لعدم التسليم التام . قال

(١) في الأصل : يتسلطه .

الامام : وهذا الخلاف إذا لم يمدّ مقصراً مضيقاً بتأخيره ، كالיום واليومين . فإن عُدّ ، فلا مساع للخلاف .

الثاني : لو تلف بعض الثمر ، فالحكم على هذا القول كما لو تلف قبل التخلية . ولو عابت الثمرة بالجائحة ، ثبت الخيار على هذا القول ، كما [لو] عابت قبل التخلية . وعلى الجديد : لا يثبت .

الثالث : لو ضاعت الثمرة بنصب أو سرقة ، فالذهب : أنها من ضمان المشتري ، وبه قطع الأكثر . وقيل : على القولين في الجائحة ، وبه قطع العراقيون .

قلت : إذا قلنا بالقديم ، فاختلفا في الفائت بالجائحة ، فقال البائع : ربع الثمرة . وقال المشتري : نصفها ، فالقول قول البائع ، لأن الأصل براءة ذمته وعدم الهلاك . قال في « التتمة » : لو اختلفا في وقوع الجائحة ، فالغالب أنها لا تخفى ، فإن لم تُعرف أصلاً ، فالقول قول البائع بلا يمين . وإن عرف وقوعها عاماً ، فالقول قول المشتري بلا يمين . وإن أصابت قوماً دون قوم ، فالقول قول البائع بيمينه ، لأن الأصل عدم الهلاك ولزوم الثمن . والله أعلم

فرع

هذا الذي ذكرناه من القولين ، هو في الجوائح السماوية التي لا تنسب إلى البائع بحال . فأما إن ترك السقي وعرضت في الثمار [آفة] بسبب العطش . فإن تلفت ، فالذهب : القطع بانفساخ العقد . وقيل : فيه القولان كالسماوية . فإن قلنا : لا انفساخ ، لزم البائع الضمان بالقيمة ، أو المثل . وإنما يضمن ما تلف ، ولا ينظر إلى ما كان ينتهي إليه لولا العارض . وإن تميّنت ، فللمشتري الخيار . وإن قلنا : الجائحة من ضمانه ، لأن الشرع ألزم البائع تنمية الثمار بالسقي ، فالتعيب الحادث بترك

السقي ، كالسبب المتقدم على القبض . وإن أفضى التمييب إلى تلف ، نظر ، إن لم يشمر به المشتري حتى تلف ، عاد الخلاف في الانفساخ ، ولزم البائع الضمان إن قلنا : لا انفساخ ولا خيار بعد التلف ، كذا قاله الامام . وإن شمر به ولم يفسخ حتى تلف ، فوجهان . أحدهما : يفرم البائع ، لدوانه . والثاني : لا ، لتقصير المشتري بترك الفسخ .

فرع

باع الثمر مع الشجر ، فتلّف الثمر بجائحة قبل التخلية ، بطل العقد فيه . وفي الشجر القولان . وإن تلف بعد التخلية ، فمن ضمان المشتري بلا خلاف . قلت : ولو كانت الثمرة لرجل ، والشجر لآخر ، فباعها لصاحب الشجرة ، وخلّى بينها ، ثم تلفت ، فمن ضمان المشتري بلا خلاف ، لانقطاع الملائق . والله أعلم

فرع

اشترى طعاماً مكائلة ، وقبضه جزافاً ، فهلك في يده ، ففي انفساخ البيع وجهان ، لبقاء الكيل بينها .

فرع

من العوارض ، اختلاط الثمار المبيعة بغيرها لتلاحقها . فأما الاختلاط الذي يبق معه التمييز ، فلا اعتبار به . وأما غيره ، فإذا باع الثمرة بعد بدوّ الصلاح والشجرة تثمر في السنة مرتين ، نظر ، إن كان ذلك مما ينلب التلاحق فيه ، وعلم أن الحمل الثاني يختلط بالأول ، كالتين ، والبطيخ ، والقثاء ، والبادنجان ، لم يصح البيع ،

إلا أن بشرط أن المشتري يقطع ثمرته عند خوف الاختلاط . وفي قول أو وجه : أنه موقوف . فإن سمح البائع بما حدث ، تبين انقضاء البيع ، وإلا ، فلا . ثم إذا شرط القطع فلم يتفق حتى اختلط ، فهو كالتلاحق فيما يندر . وإن كان مما يندر فيه التلاحق ، وعلم عدم الاختلاط ، أو لم يعلم كيف يكون الحال ، فيصح البيع مطلقاً ، وبشرط القطع والتبعية . ثم إن حصل الاختلاط ، فله حالان .

أحدهما : أن يحصل قبل التخلية ، فقولان . أحدهما : ينفسخ البيع ، لتعذر التسليم قبل القبض . وأظهرهما : لا ، لبقاء عين البيع ، فعلى هذا ، يثبت للمشتري الخيار . وفي قول ضعيف : لا خيار . والاختلاط قبل القبض ، كهو بعده . ثم إن سمح البائع بترك الثمرة الجديدة للمشتري ، سقط خياره على الأصح كما سبق في نمل الدابة . وإن باع الثمرة قبل بدو الصلاح بشرط القطع ، فلم يتفق القطع حتى اختلطت ، جرى القولان في الانفساخ ، ويمجران فيما إذا باع حنطة فانصب عليها مثلها قبل القبض ، وكذا في المائعات . وإن اختلط الثوب بأمثاله ، أو الشاة المبينة بأمثالها ، فالصحيح الانفساخ . وفي وجه : لا ، لإمكان تسليمه بتسليم الجميع . ولو باع جزءاً من القوت بشرط القطع ، فلم يقطعها حتى طالت ، وتعذر التمييز ، جرى القولان . وقيل : لا ينفسخ هنا قطعاً ، تشبيهاً لطولها بكبر الثمرة والشجرة ، وبناء الحيوان ، وهو ضعيف ، لأن البائع يحجر على تسليم الأشياء المذكورة بزيادتها ، وهنا لا يحجر على تسليم مازاد .

الحال الثاني : أن يحصل الاختلاط بعد التخلية ، فطريقان . أحدهما : القطع بعدم الانفساخ . وأصحها عند الجمهور : أنه على القولين . فإن قلنا : لا انفساخ ، فإن تصالحا وتوافقا على شيء ، فذاك ، وإلا ، فالقول قول صاحب اليد في قدر حق الآخر . ولئن اليد في صورة الثمار ؟ فيه أوجه . أحدهما : للبائع . والثاني : للمشتري . والثالث : لهما . وفي صورة الحنطة للمشتري ، فإن كان المشتري أودعه الحنطة بعد القبض ثم اختلطت ، فالقول قول البائع .

فرع

باع شجرة عليها ثمرة للبائع ، وهي مما تنمر في السنة مرتين ، وينلب تلاحقها ، لا يصح البيع إلا بشرط قطع البائع ثمرته عند خوف الاختلاط ، ويجيء فيه الخلاف المذكور فيها إذا كان البيع هو الثمرة . ثم إذا تباعا بهذا الشرط ، فلم يتفق القطع حتى اختلطا ، أو كانت الشجرة مما ينذر فيها التلاحق والاختلاط ، فاتفق وقوعه ، فطريقان . قال الأكثرون : في الانفساخ القولان . وقيل : لا انفساخ قطعاً . فإن قلنا : لا انفساخ ، فسمح البائع بترك الثمرة القديمة ، أجبر المشتري على القبول . وإن رضي المشتري بترك الثمرة الحادثة ، أجبر البائع على القبول وأقر العقد . ويحتمل خلاف في الإيجاب ، فإن استمرا على النزاع ، فالمثبتون للقولين قالوا : يفسخ العقد . والقاطعون قالوا : لا فسخ ، بل أيهما كانت الثمرة والشجرة في يده ، فالقول قوله في قدر ما يستحقه الآخر . قال في « التهذيب » : هذا هو القياس ، لأن الفسخ لا يرفع النزاع ، لبقاء الثمرة الحادثة للمشتري . وإن قلنا بالانفساخ ، استرد المشتري الثمن ورد الشجرة مع جميع الثمار ، قاله في « التمهة » .

باب

معاملات العبير

العبد مأذون له في التجارة ، وغيره . الأول : المأذون له ، فيجوز للسيد أن يأذن لعبده في التجارة وسائر التصرفات ، كالبيع والشراء بالاجماع . ويستفيد بالإذن في التجارة كل ما يندرج تحت اسمها ، وما كان من لوازمها وتوابعها ، كالنشر ، والطهي ،

وحمل التناع إلى الحافوت ، والرد باليب ، والمخاصمة في المهدة ، ونحوها . ولا يستفيد غير ذلك ، هذا جملة القول فيه .

وتفصيله بصور .

إحداها : ليس للمأذون في التجارة أن ينكح ، كما ليس للمأذون في النكاح أن يتاجر .

الثانية : لا يجوز أن يؤجر نفسه على الصحيح ، وله أن يؤجر مال التجارة كعبيدها وثيابها ودوابها على الأصح .

الثالثة : إذا أذن له في التجارة في نوع ، أو شهر ، أو سنة ، لم يتجاوز المأذون .

الرابعة : لو دفع إليه ألفاً وقال : اتجر فيه ، فله أن يشتري بعين الألف ، وبقدره في الذمة ، ولا يزيد . ولو قال : اجعله رأس مالك ، وتصرف أو اتجر ، فله أن يشتري بأكثر من الألف .

الخامسة : ليس للمأذون أن يأذن لعبده في التجارة . فإن أذن له فيه السيد ، جاز ، ثم ينزل المأذون الثاني بزل السيد ، سواء انتزعه من يد المأذون الأول ، أم لا . وهل له أن يوكل عبده في آحاد التصرفات ؟ وجهان . أصحابها عند الامام والغزالي : نعم . والثاني : لا ، وهو مقتضى كلام صاحب « التهذيب » .

قلت : وليس له أن يوكل أجنبياً ، كالوكيل لا يوكل ، بخلاف المكاتب ، لأنه يتصرف لنفسه . والله أعلم

السادسة : لا يتخذ دعوة للمجهزين ، ولا يتصدق ، ولا ينفق على نفسه من مال التجارة ، لأنه ملك السيد ، ولا يعامل سيده بيعاً وشراءً .

السابعة : ما كسبه المأذون بالاحتطاب ، والاصطياد ، والانتهاب ، وقبول الوصية ، والأخذ من المدن ، هل يضم إلى مال التجارة حتى يتصرف فيه ؟

فيه وجهان . أصحابها في « التهذيب » : نعم ، لأنها من الأكساب . والثاني : لا ، وبه قطع الفوراني ، والامام ، والغزالي .

الثامنة : لا ينزل المأذون بالإباق ، بل له التصرف في البلد الذي صار إليه ، إلا إذا خص السيد الاذن بهذا البلد .

قلت : وفي « الثمة » وجه ضعيف : أنه لا يصح تصرفه في الشبهة . والله أعلم
التاسعة : له أن يأذن في التجارة لمستولده قطعاً . ولو أذن لأخته ، لم استولدها ، لم تنزل على الصحيح .

العاشرة : لو رأى عبده يبيع ويشترى ، فسكت عنه ، لم يصر مأذوناً ، الحادية عشرة : لو ركبته الديون ، لم يزل ملك سيده عما في يده . فلو تصرف فيه يبيع ، أو هبة ، أو إعتاق بأذن المأذون والفرماء ، جاز ، ويبقى الدين في ذمة المبد . وإن أذن المبد دون الفرماء ، لم يجوز . وإن أذنوا دونه ، فوجهان .

قلت : أصحابها : لا يجوز . وصححه البهوي ، لأن الدين يتعلق بذمة المبد ولم يرض . والله أعلم

الثانية عشرة : إقرار المأذون بدين المعاملة مقبول ، سواء أقر لأبيه أو ابنه ، أو لأختي .

الثالثة عشرة : لا يجوز أن يبيع بنسيئة ، ولا بدون ثمن المثل ، ولا يسافر بمال التجارة إلا بأذن السيد ، ولا يتمكن من عزل نفسه ، بخلاف الوكيل .

قلت : ولو كان لرجلين عهد ، فأذن له أحدهما في التجارة ، لم يصح حتى يأذن الآخر ، كما لو أذن له في التصكاح ، لا يصح حتى يأذن الآخر .

والله أعلم

فرع

قال صاحب « التتمة » : في جواز معاملة من لا يعرف رقبته وحرّيته ، قولان . أظهرهما : الجواز ، لأن الأصل والغالب الحرية . والثاني : المنع ، لأن الأصل بقاء الحجر . وقطع إمام الحرمين بالجواز . ومن عرف رقبته ، لم يجوز له أن يعامله حتى يعرف إذن السيد . ولا يكفي قول العبد : أنا مأذون ، كما لو زعم الراهن إذن المرتهن في بيع الرهون ، وإنما يعرف كونه مأذوناً بسماع الإذن من السيد ، أو بيئته . فإن شاع في الناس كونه مأذوناً ، كفى على الأصح . وإذا علم كونه مأذوناً ، فقال : حجر عليّ السيد ، لم تجز معاملته . فإن قال السيد : لم أحجر عليه ، فوجهان . أصحها : لا يعامل أيضاً ، لأنه العاقد ، وهو يقول : المقد باطل . ولو عامل المأذون من يعلم رقبته ، ولم يعلم الإذن ، فإن مأذوناً ، قال الأئمة : هو كمن باع مال أبيه على أنه حي فإن ميتاً ، ومثله قولان حكاهما الحليني فيما إذا ادعى الوكالة فكذب ، فعامله ، ثم بان أنه وكيل . قلت : ولو باع مالاً يظنه لنفسه ، فإن مال أبيه وكان ميتاً حال المقد ، صح بلا خلاف ، كذا نقله الامام عن شيخه . والله أعلم

فرع

لو علم كونه مأذوناً فعامله ، ثم امتنع من التسليم إليه حتى يشهد على الإذن ، فله ذلك خوفاً من إنكار السيد ، كما لو صدق مدعي الوكالة بقبض الحق ، ثم امتنع من التسليم حتى يشهد الموكل على الوكالة .

فصل

إذا باع المأذون سلعة ، وقبض الثمن ، فاستُحقت وقد تلف الثمن في يد العبد ، فلمشتري الرجوع ببدله على العبد على الصحيح ، لأنه مبائر العقد . وفي وجه : لا يرجع عليه ، لأن يده يد السيد . وفي مطالبته السيد أوجه . أصحها : يطالب أيضاً ، لأن العقد له . والثاني : لا . والثالث : إن كان في يد العبد وفاء ، لم يطالب ، وإلا ، فيطالب . وقال ابن سريج : إن كان السيد دفع إليه عين مال وقال : بها وخذ ثمنها واتجر فيه ، أو قال : اشتر هذه السلعة وبها واتجر في ثمنها ، ففعل ، ثم ظهر الاستحقاق ، فطالبه المشتري بالثمن ، فله أن يطالب السيد بقضاء الدين عنه ، لأنه أوقعه فيه . وإن اشترى باختياره سلعة وباعها ، ثم ظهر الاستحقاق ، فلا . ولو اشترى المأذون شيئاً للتجارة ، ففي مطالبة السيد بالثمن هذه الأوجه . والوجه الأول والثاني جريان في رب المال مع عامل القراض . ولو سلم الرجل إلى وكيله ألفاً ، وقال : اشتر لي عبداً وأد هذا الألف في ثمنه ، فاشترى الوكيل ، ففي مطالبة الموكل طريقان . أقسها : طرد الوجهين . والثاني : القطع بالمطالبة ، ولا حكم لهذا التمين . وإذا توجهت المطالبة على العبد ، لم تندفع ببقته . وفي رجوعه بالمفروم بعد العتق على سيده ، وجهان . أصحها : لا يرجع .

فصل

لو سلم إلى عبده ألفاً ليتجر فيه ، فاشترى بعبئه شيئاً ، ثم تلف الألف في يده ، انفسخ البيع . وإن اشترى في الذمة على عزم صرف الألف في الثمن ، فأربعة أوجه . أصحها : لا ينفسخ العقد ، بل إن أخرج السيد ألفاً آخر ،

امضي العقد ، وإلا ، فللبائع فسخه . والثاني : يجب على السيد ألف آخر .
والثالث : يجب الثمن في كسب العبد . والرابع : يفسخ العقد . فاذا قلنا : على
السيد ألف آخر ، فهل يتصرف العبد فيه بالإذن السابق ، أم يشترط إذن جديد ؟
وجهان . قال الامام : وإنما يطالب بالألف الجديد البائع دون العبد . ولا شك
أن العبد لا يمد يده إلى ألف من مال السيد ، وأنه لا يتصرف فيما يسلمه البائع .
وإنما تظهر فائدة الوجهين ، فيما لو ارتفع العقد بسبب ورجع الألف .
قلت : قال صاحب « التهذيب » : لو اشترى المأذون شيئاً بمرض ، ف تلف الشيء
ثم خرج المرض مستحقاً ، فالقيمة في كسبه ، أم على السيد ؟ وجهان .
والله اعلم

فصل

ديون معاملات المأذون ، تؤدي مما في يده من مال التجارة ، سواء الأرباح
الحاصلة بتجارته ورأس المال . وهل تؤدي من أكسابه بغير التجارة كالاختطاب
والاصطياد ؟ وجهان . أحدهما : لا ، كسائر أموال السيد . وأصحها : نعم . كما
يتعلق به المهر ومؤون النكاح ، ثم ما فضل ، يكون في ذمته إلى أن يمتق ،
ولا يتعلق برقبته ، ولا بذمة السيد قطعاً ، ولا بما يكسبه المأذون بعد الحجر على
الأصح . وإذا باعه السيد ، أو أعتقه ، صار محجوراً عليه على الأصح . وفي
قضاء ديونه مما يكسبه في يد المشتري ، الخلاف المذكور فيما كسبه بعد الحجر عليه .
ولو كان للمأذون [لها] أولاد ، لم يتعلق الدين بهم . ولو أئلف السيد ما في يد
المأذون من مال التجارة ، لزمه ما أئلف بقدر الدين . ولو قتله السيد وليس في
يده مال ، لم يلزمه قضاء الديون .

فرع

لو تصرف السيد فيما في يد المأذون ببيع أو هبة أو إعتاق ، ولا دين على المأذون ، جاز . وفي وجه ضيف : يشترط أن يقدم عليه حجراً . وإن كان عليه دين ، فقد سبق حكم تصرفه .

فرع

لو أذن لعبده في التجارة مطلقاً ، ولم يعين مالاً ، فمن أبي طاهر الريادي ، أنه لا يصح هذا الإذن . وعن غيره : أنه يصح ، وله التصرف في أنواع أمواله . وقد بقيت من أحكام المأذون مسائل مذكورة في موضعها .

قلت : قال في « التهذيب » : لو جني على المأذون ، أو كانت أمة فوطئت بشبهة ، لا تقضى ديون التجارة من الأرض والمهر . ولو اشترى المأذون من يعتق على سيده [بغير إذنه] ، لم يصح على الأظهر . فإن قلنا : يصح ، ولم يكن على المأذون دين ، عتق على المولى . وإن كان دين ، ففي عتقه قولان ، كما لو اشترى بأذن المولى . وإن اشترى بأذنه ، صح . فإن لم يكن على المأذون دين ، عتق . وإن كان ، فقولان . أحدهما : لا يعتق . والثاني : يعتق ويبرم قيمته للفرماء . ولو مات المأذون وعليه ديون مؤجلة ، وفي يده أموال ، حلت المؤجلة ، كما تحل بموت الحر ، ذكره القاضي حسين في الفتاوى . والله أعلم

فصل

وأما غير المأذون ، فقد يكون مأذوناً في غير التجارة ، وقد لا يكون مأذوناً أصلاً . وأحكامه مفرقة في أبوابها ، لكن نذكر منها طرفاً ، فليس للعبد أن يتزوج بغير إذن السيد ، وهكذا حكم كل تصرف يتعلق برقبته . فإن وصي له ، أو موهب له ، كان وصية وهبة لسيد . وفي صحة قبوله فيها بغير إذن سيده ، وجهان . والأصح : الصحة ، كما لو خالع ، صح ، ودخل الموض في ملك سيده قهراً . وفي صحة ضمانه وجهان المذكوران بفروعهما في بابه . وفي صحة شرائه بغير إذن سيده ، طريقان . أحدهما : القطع بطلانه . وأصحها : على وجهين . أحدهما : البطلان ، فإن صحته ، فالثمن في ذمته . وذكروا وجهين . أحدهما : أن الملك للسيد . ثم إن علم البائع رقبته ، لم يطالبه بشيء حتى يمتق ، وإلا ، فله الخيار ، إن شاء صبر إلى التيق ، وإن شاء فسخ ورجع إلى عين ماله . والثاني : أن الملك للعبد ، ثم السيد بالخيار بين أن يقره عليه ، وبين أن ينزعه منه . وللبائع الرجوع إلى عين المبيع مادام في يد العبد ، لتمذر الثمن ، كالإفلاس . وإن تلف في يده ، فليس له إلا الصبر ، إلى أن يمتق . وإن انتزعه السيد ، فليس للبائع الرجوع فيه على الصحيح الذي قاله الأكثرون ، كما لو زالت يد المفلس عما اشتراه . وفي وجه : يرجع فيأخذه من السيد . وأما إذا أبطنا شراءه ، فللمالك استرداد العين مادامت باقية ، سواء كانت في يد السيد ، أو العبد . فإن تلفت في يد العبد ، تعلّق الضمان بذمته . وإن تلفت في يد السيد ، فللبائع مطالبته ، وله مطالبة العبد بعد التيق . وإن أدّى الثمن من مال السيد ، فله استرداده ، ولا يجب على السيد الضمان إذا رآه فلم يأخذه من يد العبد . والاستقراض كالشراء في جميع ما ذكرناه .

فرع

للعبد إجارة نفسه باذن سيده ، وله بيعها ورهنها على الأصح . ولو اشترى
أو باع لغيره بالوكالة بغير إذن السيد ، لم يصح على الأصح ، لتعلق الهبة بالوكيل .

فصل

لا يملك العبد بتملك غير سيده . وفي ملكه بتملك سيده ، قولان . الأظهر
الجديد : لا يملك . فعلى القديم : للسيد الرجوع فيه متى شاء ، وليس للعبد
التصرف فيه إلا باذن سيده . فلو كان له عبدان ، فملك كل واحدٍ منها صاحبه ،
فالحكم للتملك الثاني ، وهو رجوع عن الأول . فان وقعا معاً من وكيلين ،
تدافعا . فان ملكه جارية ، وقتلنا بالقديم ، فهل للعبد وطؤها ؟ فيه أوجه .
الصحيح : يجوز باذن السيد ، ولا يجوز بغيره^(١) . والثاني : يجوز مطلقاً . والثالث :
يحرم مطلقاً ، لضعف ملكه .

قلت : قال في « التهذيب » : لو أولدها ، فالولد مملوك للعبد ، ولا يعتق عليه ،
لنقصان ملكه . فاذا عتق ، عتق الولد . قال : والمدير ، والمعلق عتقه على صفة ،
كالقن ، فلا يحل لهم الوطء على الجديد وإن أذن السيد فيه . وفي حله على القديم
ما ذكرنا . ومن بعضه حر ، إذا ملك بحريته مالاً ، فاشترى جارية ، ملكها ، ولا يحلُّ
له وطؤها على الجديد ، ويحلُّ في القديم باذن السيد ، ولا يحلُّ بغير إذنه ، لأن
بعضه مملوك ، فلم يصح التسري . ولا يحلُّ للمكاتب التسري بغير إذن سيده ، وبإذنه
قولان ، كتبرهه . وقيل : إن حرمت التسري على العبد ، فالمكاتب أولى ، وإلا ، فقولان .

والله اعلم

باب

افتحرف المتبايعين [ومما انفهما]

إذا اختلفا في قدر الثمن ، أو جنسه ، أو صفته ، أو شرط الخيار أو الأجل ، أو قدرهما ، أو في شرط الرهن أو الكفيل مع الاتفاق على عقد صحيح ، فإن كان لأحدهما يئنة ، قضي بها . فإن أقاما يئنتين وقلنا بالتساقط ، فكأنه لا يئنة ، وإلا ، توقفنا إلى ظهور الحال . وإن لم تكن يئنة ، تحالفا ، سواء كانت السلمة باقية أو تالفة ، وسواء اختلف المتبايعان أو ورثتها ، وكذا لو اختلفا في قدر المبيع ، فقال البائع : بمتك العبد بألف ، فقال : بعثنيه مع الجارية بألفين ، تحالفا . فلو قال البائع : بمتك العبد ، فقال : بل الجارية ، واتفقا على الثمن ، فإن كان الثمن مميئناً ، تحالفا . وإن كان في الذمة ، فوجهان . أحدهما : يتحالفا ، قاله ابن الحداد ، واختاره القاضي أبو الطيب ، وابن الصباغ . والثاني : لا ، قاله الشيخ أبو حامد ، واختاره الامام ، وصاحب « التهذيب » . فإن قلنا : لا تحالفا ، حلف كل واحد على نفي ما ادّعى عليه فقط ، ولا يتعلق بيمينها فسخ ولا انفساخ . ولو كانت بحالها وأقام كل واحد يئنةً توافقه ، سلمت الجارية للمشتري . وأما العبد ، فقد أقرّ البائع ببيعه ، وقامت اليئنة عايه . فإن كان في يد المشتري ، أقرّ عنده . وإن كان في يد البائع ، فوجهان . أحدهما : يسلم إلى المشتري ويحجر على قبوله . والثاني : لا يحجر ، بل يقبضه الحاكم وينفق عليه من كسبه . فإن لم يكن له كسب ، ورأى الحظ في بيعه وحفظ ثمنه ، فعل .

فرع

يجري التحالف في جميع عقود المعاوضات ، كالسكّم ، والاجارة ، والقراض ،
والمساقاة ، والجمالة ، والصلح عن الدم ، والكتابة . ثم في البيع ونحوه ، يُفسخ
المقد ببد التحالف ، أو يفسخ ويتراذآن ، كما سيأتي إن شاء الله تعالى . وفي
الصلح عن الدم ، لا يعود استحقاقه ، بل أثر التحالف الرجوع إلى الدّية ،
وكذا لا يرجع البُضع ، بل في النكاح ترجع المرأة إلى مهر الثل . وفي الخلع
يرجع إليه الزوج .

قال الامام : إن قيل : أي معنى للتحالف في القراض ، مع أن لكل واحد
فسخه بكل حال ، وقد منع القاضي حسين التحالف في البيع في زمن الخيار ،
لامكان الفسخ بالخيار ؟

فالجواب : أن التحالف ما وُضع للفسخ ، بل عُرِضت الأيمان رجاء أن ينكح
الكاذب ، فيقرر المقد يمين الصادق . فإن لم يتفق ذلك ، وأصر ، فُسِخ المقد
للضرورة ، ونازع القاضي فيما ذكره ، ثم مال إلى موافقته ، ورأى في القراض أن
يفصل فيقال : التحالف قبل الثروع في الممل لا معنى له ، وبمده يؤول النزاع
إلى مقصود من ربح أو أجرة مثل ، فيتحالفان ، والجمالة كالقراض .

فرع

لو قال : ببتك هذا بألف ، فقال : بل وهبتيه ، فلا تحالف إذا لم يتفقا على
عقد ، بل يحلف كل واحد على نفي ما يدّعى عليه . فإذا حلفا ، لزم مُدّعي
الهبة ردّه بزوائده على المشهور . وفي قول : القول قول مُدّعي الهبة . وشذ صاحب

و التهمة ، فحكى وجهاً : أنها يتحالفان ، وزعم أنه الصحيح . ولو قال : بمتكه بألف ، فقال : وهبتيه ، حلف كل واحد على نفي ما ادّعى عليه ، وردّ الألف ، واستردّ المين . ولو قال : وهبتكه بألف استقرضته ، فقال : بل بمتنيه ، فالقول قول المالك مع يمينه ، ويردّ الألف ، ولا يمين على الآخر ، ولا يكون رهناً ، لأنه لا بدّعيه .

فصل

وإن اختلفا من غير اتفاق على عقد صحيح ، بأن يدّعي أحدهما صحة العقد ، والآخر فساد . مثل أن يقول : بمتك بألف ، فقال : بل بألف وزقّ خمر ، أو قال : شرطنا شرطاً مفسداً ، فأنكر ، فلا تخاف . والأصح عند الأكثرين : أن القول قول من يدّعي الصحة ، وهو ظاهر نصه . كما لو قال : هذا الذي بمتنيه حرّ الأصل ، فقال : بل هو مملوك ، فإن القول قول البائع . والثاني : القول قول الآخر . ولو قال : بمتك بألف ، فقال : بل بخمر ، فملى الوجهين . وقيل : يُقطع بالفساد . فإذا قلنا : القول قول من يدّعي الصحة ، فقال : بمتك بألف ، فقال : بل بخمسائة وزقّ خمر ، وحلف البائع على نفي سبب الفساد ، صدّق ، وبقي النزاع في قدر الثمن ، فيتحالفان .

فصل

لو اشترى شيئاً ، فقبضه ، ثم جاء بمصيب ليرده بالمعيب ، فقال البائع : ليس هذا هو الذي سلمته إليك ، فالقول قول البائع ، لأن الأصل السلامة . فلو كان

ذلك في السلم ، فقال : ليس هذا على الوصف الذي سلتُ إليك ، فوجهان . أحدهما : القول قول المسلم إليه ، كما أن القول قول البائع . وأصحهما : القول قول المسلم ، لأن اشتغال الذمة بمال السلم معلوم ، والبراءة غير معلومة ، ويخالف البيع ، لأنها اتفقا على قبض ماورد عليه الشراء ، وتنازعا في سبب الفسخ ، والأصل بقاء العقد . ويجري الوجهان في الثمن في الذمة ، أن القول قول الدافع ، أم القابض ؟ وعن ابن سريج وجه ثالث ، يفرق بين ما يمنع صحة القبض ، وما لا يمنع . فإن كان الثمن دراهم في الذمة ، وكان ما أراد البائع رده زيوفاً ، فالقول قول البائع ، لانكاره أصل القبض الصحيح . وإن كانت ورقاً رديئة النوع ، لخشونة ، أو اضطراب مسكة ، فالقول قول المشتري . ولا يخفى مثل هذا التفصيل في السلم فيه . ولو كان الثمن مميئناً ، فهو كالبيع ، فإذا وقع فيه هذا الخلاف ، فالقول قول المشتري مع يمينه . قال في « التهذيب » : لكن لو كان المميئن نحاساً لا قيمة له ، فالقول قول الراد . ويذهبني أن يكون هذا على الخلاف فيما إذا ادعى أحدهما صحة العقد ، والآخر فساده .

فرع

اشترى طعاماً كيلاً ، وقبضه بالكيل ، أو وزناً ، وقبضه بالوزن ، أو أسلم فيه وقبضه ، ثم جاء وادعى نقصاً ، فإن كان قدراً ينفع مثله في الكيل والوزن ، قبيل ، وإلا ، فلا على الأظهر .

فرع

اختلفا في القبض ، فالقول قول المشتري .

فرع

باع عصيراً وأقبضه ، ووجد خيراً ، فقال البائع : تخمّر في يدك ، فقال : بل سلّمته خيراً فيكون القبض فاسداً ، وأمكن صدقهما ، فأيهما يصدّق ؟ قولان . قلت : أظهرهما : تصديق البائع . والله أعلم

ولو قال أحدهما : كان خيراً عند البيع ، فهذا يدّعي فساد العقد ، والآخر يدّعي صحته ، وقد سبق حكمه . وعلى هذا يقاس ما لو اشترى لبناً ، فأخذه المشتري في ظرف ، ثم وجدت فيه فأرة ميتة . وتنازعا في نجاسته عند البيع ، أو عند القبض .

فرع

قال : بستنيه بشرط أنه كاتب ، وأنكر البائع الشرط ، فوجهان . أحدهما : يتعالفان ، كاختلافهما في الأجل . والثاني : القول قول البائع ، كاختلافهما في الميب . ولو كان الثمن مؤجلاً ، فاختلفا في انقضاء الأجل ، فالأصل بقاؤه .

فصل

في كيفية التوافق

قاعده : أن يحلف كل واحد على إثبات قوله ، ونفي قول صاحبه . وفيمن يبدأ يمينه ؟ طريقتان . أحدهما : البائع . وأحدهما : أنه على ثلاثة أقوال . أظهرها : البائع . والثاني : المشتري . والثالث : يتساويان . وعلى هذا ، وجهان . أحدهما :

يشخير الحاكم فيبدأ بمن اتفق . والثاني : يقرع بينهما . ولو تحالف الزوجان في الصداق ، فعلى الطريق الأول ، يبدأ بالزوج . وعلى الثاني : إن قدمنا البائع ، فوجهان . أصحابها وأقربها إلى النص : يبدأ بالزوج . والثاني : بالمرأة . وإن قدمنا المشتري ، فالقياس انعكاس الوجهين . ولا يخفى من يزل منزلة البائع في سائر العقود . ثم جميع ما ذكرناه في الاستحباب دون الاشتراط ، نص عليه الشيخ أبو حامد ، وصاحباً « التمهيد » ، و « التهذيب » . وتقديم أحد الجانبين ، مخصوص بما إذا باع عرضاً بثمن في النعمة . فأما إذا تبادلا عرضاً بمرض ، فلا يتجه إلا التسوية ، قاله الامام . وينبغي أن يخرج على أن الثمن ماذا ؟

فرع

المذهب ، وظاهر النص : الاكتفاء بيمين واحدة - من كل واحد - تجمع النفي والاثبات ، فيقول البائع : ما بعت بخمسمائة . وإنما بعت بألف . ويقول المشتري : ما اشتريت بألف ، وإنما اشتريت بخمسمائة ، وفيه قول ضعيف مخرج : أنه يحلف أولاً على مجرد النفي . فإن اكتفينا بيمين تجمع النفي والاثبات ، فحلف أحدهما ، ونكل الآخر ، قضى للحالف ، سواء نكل عن النفي والاثبات معاً ، أو عن أحدهما . وينبغي أن يقدم النفي على الاثبات ، لأن النفي هو الأصل . وقال الاصطخري : يقدم الاثبات ، لأنه المقصود . والصحيح : الأول . وهذا الخلاف في الاستحباب على الأصح . وقيل : في الاستحقاق . فإذا قلنا بالخروج : إنه يحلف أولاً على مجرد النفي ، فأضاف إليه الاثبات ، كان لغواً . فإذا حلف من ابتدء به ، عرضنا اليمين على الآخر . فإن نكل ، حلف الأول ميمناً ثانية على الاثبات ، وقضى له ، وإن نكل عن الاثبات ، لم يقض له . قال الشيخ أبو محمد : ويكون كما لو تحالفا ، لأن نكل الردود عليه عن يمين الرد ، نازل في الدعاوى

منزلة حلف التاكل أولاً. ولو نكل الأول عن يمين النفي أولاً، حلف الآخر على النفي والاثبات، وقضي له. ولو حلفا على النفي، فوجهان. أصحهما وبه قال الشيخ أبو محمد: يكفي ذلك، ولا حاجة بعه إلى يمين الاثبات، لأن المحوج إلى الفسخ جهالة الثمن وقد حصلت. والثاني: تُعرض يمين الاثبات عليهما. فإن حلفا، تم التحالف. وإن نكل أحدهما، قضي للحالف. والكلام على هذا القول المخرج في تقديم النفي أو الاثبات كما ذكرنا، على المذهب. فلو نكلا جميعاً، فوجهان. أحدهما: أنه كتخالفهما. والثاني: يوقف الأمر وكأنهما تركا الخصومة. قلت: هذان الوجهان، ذكرهما إمام الحرمين احتمالين لنفسه، وذكر أن أئمة المذهب لم يترعوا لهذه المسألة، ثم ذكر في آخر كلامه أنه رأى التوقف لبعض المتقدمين. وقال الغزالي في «السيط»: له حكم التحالف على الظاهر. والأصح: اختيار التوقف. والله أعلم.

فصل

إذا تحالفا، فالصحيح المنصوص: أنه لا يفسخ العقد بمجرد التحالف. وفي وجه: يفسخ، حكى ذلك عن أبي بكر الفارسي، فإن قلنا: يفسخ، فتصادقا بعده، لم يعد البيع، بل لا بد من تجديد عقد. وهل يفسخ في الحال، أم قتين ارتفاعه من أصله؟ وجهان: الأول، لنفوذ تصرفات المشتري قبل الاختلاف. وإن قلنا: لا يفسخ، دعاها الحاكم بعد التحالف إلى الموافقة، فإن دفع المشتري ماطلبه البائع، أُجبر عليه البائع، وإلا، فإن قنع بما قاله المشتري، فذاك، وإلا، فيفسخ العقد. وفي مَنْ يفسخ وجهان. أحدهما: الحاكم. وأصحهما: للماقدين أيضاً أن يفسخا، ولأحدهما أن ينفرد به كالفسخ بالميب. قال الامام: وإذا قلنا: الحاكم هو الذي يفسخ، فذاك إذا استمر على النزاع ولم يفسخا،

أو التمس الفسخ . أما إذا أعرضنا عن الخصومة ، ولم يتفقا على شيء ، ولا فسخا ، ففيه تردد . ثم إذا فسخ العقد ، ارتفع في الظاهر . وفي ارتفاعه في الباطن ، ثلاثة أوجه . ثالثها : إن كان البائع صادقا ، ارتفع ، لتعذر وصوله إلى حقه ، كما لو فسخ بافلاسه . وإن كان كاذبا ، فلا ، لتمكنه بالصدق من حقه . وهل يجري مثل هذا الخلاف إذا قلنا : يفسخ بمجرد التحالف ، أم يقطع بالارتفاع باطنا ؟ وجهان . فإذا قلنا : يرتفع باطنا ، ترادى ، وتصرف كل واحد فيما عاد إليه . وإن منعناه ، لم يجوز لها التصرف ، لكن إن كان البائع صادقا ، فقد ظفر بمال من ظلمه ، وهو المبيع الذي استرده ، فله يعمه بالحاكم على وجهه ، وبنفسه على الأصح ، ويستوفي حقه من ثمنه . وقال الامام : إن صدر الفسخ من الحق ، فالوجه تنفيذه باطنا . وإن صدر من البطل ، فالوجه منعه . وإن صدر منها ، فلا شك في الانفساخ باطنا ، وليس ذلك موضع الخلاف ، ويكون كما لو تقايلا . وإذا صدر من البطل ، ولم ينفذه باطنا ، فطريق الصادق إنشاء الفسخ إن أراد الملك فيما عاد إليه . وإن صدر من القاضي ، فالظاهر : الانفساخ باطنا ليتفجع به الحق .

فرع

إذا انفسخ البيع بالتحالف ، أو فسخ ، لزم المشتري رد المبيع إن كان باقيا بحاله ، ويبقى له الولد والثمرة والكسب والمهر . وإن كان تالفا ، لزمه قيمته ، سواء كانت أكثر من الثمن الذي يدعيه البائع ، أم لا . قلت : وفي وجه ضيف لابن خيران : لا يستحق البائع زيادة على ما ادّعاء . والله أعلم

وفي القيمة المتبيرة ، أوجه . وقال الامام : أقوال . أصحابها : قيمة يوم التلف . والثاني : يوم القبض . والثالث : أقلها . والرابع : أكثر القيم من القبض إلى

التلف . ولو اشترى عBDين ، فتلف أحدهما ، ثم اختلفا وتحالفا ، فهل يرد العبد الباقي ؟ فيه الخلاف المذكور في مثله إذا وجد الباقي معيباً . إن قلنا : يرد ، فيضم قيمة التلف إليه ، وفي القيمة المعتبرة هذه الأوجه . ولو كان المبيع باقياً ، لكن حدث به عيب ، رده مع الأرض ، وهو قدر ما تنقص من القيمة ، لأن السكل مضمون عليه بجميع القيمة ، فبعضه يعضها ، بخلاف ما لو تعيب المبيع في يد البائع ، واقتضى الحال الأرض ، يجب جزء من الثمن ، لأن السكل مضمون على البائع بجميع الثمن ، فبعضه يعضه . قال الشيخ أبو علي : هذا أصل مطرد في المسائل : أن ما ضمن كله بالقيمة ، فبعضه يعضها كالمغصوب وغيره ، إلا في صورة ، وهي لو عجل زكاة ماله ، فتلف قبل الحول ، وكان ما عجله تالفاً ، يفرم القابض القيمة . ولو كان معيباً ، ففي الأرض وجهان . وقد ذكرنا هذه المسألة في الزكاة ، وميل الشيخ إلى طرد الأصل فيها .

ثم التلف قد يكون حكماً ، بأن وقف المبيع ، أو أعنتقه ، أو باعه ، أو وهبه وأقبضه ، فتجب القيمة ، وهذه التصرفات ماضية على الصحة . وقال أبو بكر الفارسي : تتبين بالتحالف فسادها ، وترد العين ، والصحيح ، الأول . والتعيب أيضاً ، قد يكون حقيقياً ، وقد يكون حكماً ، بأن زوج الأمة ، فعليه ما بين قيمتها مزوجة وخلية ، وتمود إلى البائع ، والنكاح صحيح . وعن الفارسي : أنه يبطل النكاح . ومهما اختلفا في القيمة أو الأرض ، فالقول قول المشتري . ولو كان العبد المبيع قد أبق من يد المشتري حين تحالفا ، لم يمتنع الفسخ ، فإن الإباق لا يزيد على التلف ، ويغرم المشتري قيمته ، لتمنر حصوله . وكذا لو كاتبه كتابة صحيحة . وإن رهنه ، فالبائع بالخيار ، إن شاء صبر إلى فكاكه ، وإن شاء أخذ القيمة . وإن آجره ، بني على جواز بيع المستأجر . إن منعه ، فهو كالمورهنه ، وإن جاوزناه ، فالبائع أخذه ، لكنه يترك عند المستأجر إلى انقضاء المدة ، والأجرة المسماة للمشتري ، وعليه للبائع أجرة

المثل للمدة الباقية . وإن كان آجره للبائع ، فله أخذه قطعاً وفي انفساخ الاجارة ، وجهان ، كما لو باع الدار لمستأجرها . إن قلنا : لا تنفسخ ، فعلى البائع الأجرة المسماة للمشتري ، وعلى المشتري أجرة مثل المدة الباقية للبائع . وإذا غرم القيمة في هذه الصور ، ثم ارتفع السبب الحائل ، وأمكن الرد ، فهل يرد العين ويسترد القيمة ؟ يبنى ذلك على أنه قبل ارتفاع الحائل ملك لمن ؟ أما الآبق ، ففيه وجهان . أحدهما : أنه ملك للمشتري ، ولا يرد عليه الفسخ ، كما لا يباع ، وإنما هو وارد على القيمة ، وأصحها : أنه في إباقه ملك البائع ، والفسخ وارد عليه . وإنما وجبت القيمة للحيلولة . وأما المرهون والمكاتب ، ففيهما طريقتان . أحدهما : طرد الوجهين . وأصحها : القطع ببقاء الملك للمشتري ، وبه قال الشيخ أبو محمد ، كما إذا أفلس والبيع آبق ، يجوز للبائع الفسخ والرجوع إليه . ولو كان مكاتباً أو مرهوناً ، لم يكن له ذلك . وأما المستأجر ، فإن منعنا بيعه ، فهل هو كالمرهون ، أم كالآبق ؟ فيه احتمالان للامام . فإن قلنا ببقاء الملك للمشتري ، فالفسخ وارد على القيمة كما لو تلف ، فلا رد ولا استرداد . وإن قلنا بانقلابه إلى البائع ، ثبت الرد والاسترداد عند زوال الحيلولة .

فصل

لو اختلفا ، ثم حلف كل واحد منها بعد التحالف أو قبله بجرية العبد ، إن لم يكن الأمر كما قال ، لم يعتق في الحال ، لأنه ملك المشتري وهو صادق بزعمه ، فإن عاد العبد إلى البائع بالفسخ أو بغيره ، عتق عليه ، لأن المشتري كاذب بزعمه ، فهو كمن أقر بجريته ثم اشتراه . ولا يعتق في الباطن إن كان البائع كاذباً ، ويعتق على المشتري إن كان صادقاً . وولاء هذا العبد موقوف لا يدعيه البائع ولا المشتري . ولو صدق المشتري البائع ، حكم بعتقه عليه ، ويُرد الفسخ إن تفاسخا .

كما لو رد العبد بعبث ثم قال : كنت أعتقته ، يُرَدُّ الفسخ ، وبمحكم بمتقه . فلو صدق البائع المشتري ، نظر ، إن حلف البائع بالحرية أولاً ، ثم المشتري ، فإذا صدقه البائع بعد عيئنه ، ثم عاد إليه ، لم يعتق ، لأنه لم يكذب المشتري بعدما حلف بالحرية حتى يحصل مقرأ بمتقه . وإن حلف المشتري بحريته أولاً ، ثم حلف البائع ، وصدقه ، عتق إذا عاد إليه ، لأن حلفه بعد حلف المشتري ، تكذيب له ، واعتراف بالحرية عليه . ولو كانت المسألة بمجالها ، لكن المبيع بمض العبد ، فإذا عاد إلى ملك البائع ، عتق ذلك القدر عليه ، ولم يقوم عليه الباقي ، لأنه لم يقع العتق بمباشرة .

فصل

لو جرى المقد بين وكيلين ، ففي تحالفهما وجهان ، لأن فائدة اليمين الاقرار ، وإقرار الوكيل لا يقبل .

قلت : ينبغي أن يكون الأصح : التحالف . وفائدته الفسخ ، أو أن ينسكل أحدهما ، فيحلف الآخر ، ويقضى له إذا قلنا : حلفه مع النكول كالينة . والله أعلم

فصل

لو كان المبيع جارية ، فوطئها المشتري ، ثم اختلفا وتحالفا ، فإن كانت ثيباً ، فلا شيء عليه مع ردها . وإن كانت بكرأ ، ردها مع أرش البكارة ، لأنه نقصان جزء . ولورافع التنازعان إلى مجلس الحكم ، ولم يتحالفا بعد ، فهل للمشتري وطء البيعة ؟ وجهان . أصحها : نعم ، لبقاء ملكه . وفي جوازه بعد التحالف وقبل الفسخ ، وجهان مرتبان ، وأولى بالتحريم .

فصل

لو تقايلا ، أورد المشتري البيع بعد قبض البائع الثمن ، واختلفا في قدر الثمن ، فالقول قول البائع مع يمينه ، لأنه غارم .

قلت : ولو قال البائع : بعثك الشجرة بعد التأخير ، فالثمرة لي ، فقال المشتري : بل قبله ، فلي ، فالقول قول البائع ، لأن الأصل بقاء ملكه . ولو اشترى عيدين ، فتلّف أحدهما ، ووجد بالآخر عيباً فردّه ، وقلنا : يجوز رد أحدهما ، فاختلفا في قيمة التالف ، فالقول قول البائع على الأظهر ، لأنه ملك الثمن ، فلا يزال ملكه إلا عما يقرُّ به ، والثاني : قول المشتري ، كالغارم . وذكر في « التتمة » ، وجهاً : أنها إذا اختلفا في صفة البيع ، لا يتحالفان ، بل القول قول البائع ، لأن الصفة المشروطة تلحقه بالعيب ، فصار كدعواه عيباً . ولو اختلفا في وقت وجود العيب ، كان القول قول البائع . والصحيح : أنها يتحالفان كما سبق ، وبه قطع الأصحاب . قال في « التتمة » : ولو اختلفا في انقضاء الأجل ، حكى عن نصه : أن القول قول البائع . قال أصحابنا : صورة المسألة في السلم ، لأن الأجل في السلم حق البائع ، فإذا ادعى [المسلم] انقضائه ، فقد ادعى استحقاق مطالبة ، والبائع المسلم إليه ينكرها ، فالقول قوله ، ولأن اختلافهما في انقضاء الأجل مع اتفاقهما على قدره ، اختلاف في تاريخ المقد ، فكان المسلم يدّعي وقوعه في شهر ، والمسلم إليه ينكره . فلو اختلفا في أصل المقد ، كان القول قول منكره ، فكذا هنا . وأما في باب الشراء ، فالأجل حق المشتري ، فالقول قوله ، لما ذكرنا من العلتين . فلو باع شيئاً ومات ، فظهر أن البيع كان لابن الميت ، فقال المشتري : باعه عليك أبوك

في صفرك لحاجة ، وصدقته الابن أن الأب باعه في صفره ، لكن قال : لم يبعه عليّ ، بل باعه لنفسه متعدياً ، قال الغزالي في الفتاوى : القول قول المشتري ، لأن الأب نائب الشرع ، فلا يُستهم إلا بحجة ، كما لو قال : اشتريت من وكيلك ، فقال : هو وكيلي ، ولكن باع لنفسه ، فالقول قول المشتري . والله أعلم



تم — بعون الله تعالى وتوفيقه — الجزء الثالث من كتاب
« روضة الطالبين وعمدة المفتين » للإمام النووي
وبليه الجزء الرابع
وأورده : كتاب السلم

كتاب السلم

يقال : السلم والسلف ، ولفظة السلف ، تطلق أيضاً على القرض ، ويشترك السلم والقرض في أن كلاهما منها إثبات مال في الذمة بمذول في الحال ، وذكروا في تفسير السلم عبارات متقاربة . منها : أنه عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلاً . وقيل : إسلام عوض حاضر في موصوف في الذمة . وقيل : إسلام عاجل في عوض لا يجب تمجيله . ثم السلم : بيع ، كما سبق ، ويختص بشروط .

الشرط الاول: تسليم رأس المال في مجلس العقد . فلو تفرقا قبل قبضه ، بطل العقد . ولو تفرقا قبل قبض بعضه ، بطل فيما لم يقبض ، وسقط بقسطه من السلم فيه . والحكم في المقبوض ، كن اشتري شيتين قلف أحدهما قبل القبض . ولا يشترط تعيين رأس المال عند العقد ، بل لو قال : أسلمت إليك ديناراً في ذمتي في كذا ، ثم عين وسلم في المجلس ، جاز ، وكذلك في الصرف لو باع ديناراً بدينار ، أو بدرام في الذمة ، عين وسلم في المجلس . ولو باع طعاماً بطعام في الذمة ، ثم عين وسلم في المجلس ، فوجهاً ، أصحابها عند الأصحاب : الجواز . والثاني : المنع ، لأن الوصف فيه يطول بخلاف الصرف . فلو قبض رأس المال ثم أودعه عند المسلم قبل التفرق ، جاز . ولو رده إليه عن دين ، قال أبو العباس الروياني : لا يصح ، لأنه تصرف قبل انبرام ملكه . فإذا تفرقا ، فمن بعض الأصحاب أنه يصح السلم لحصول القبض وانبرام الملك ، ويستأنف إقباضه للدين . ولو كان له في ذمة رجل دراهم ، فقال : أسلمت إليك الدراهم التي لي في ذمتك في كذا ، فإن أسلم مؤجلاً أو حالاً ولم يقبض المسلم فيه قبل التفرق ، فهو

باطل ، وكذا إن أحضره وسلمه في المجلس على الأصح . وأطلق صاحب « التتمة » الوجهين في أن تسليم المسلم فيه في المجلس وهو حاله ، هل يغني عن تسليم رأس المال ؟ والأصح : النع .

فرع

لا يجوز أن يحيل المسلم برأس المال على رجل ، وإن قبضه المسلم إليه من الرجل في المجلس . فلو قال المحتال عليه : سلمه إليه ، ففعل ، لم يكف لصحة السلم ، لأن الإنسان في إزالة ملكه لا يصير وكيلاً لغيره ، لكن يصير المسلم إليه وكيلاً عن المسلم في قبض ذلك . ثم السلم يقتضي قبضاً آخر ، ولا يصح قبضه من نفسه . ولو أحال المسلم إليه برأس المال على السلم ، فتفرقا قبل التسليم ، بطل العقد وإن جعلنا الحوالة قبضاً ، لأن المتبر في السلم القبض الحقيقي . ولو أحضر رأس المال ، فقال المسلم إليه : سلمه إليه ، ففعل ، صح ، ويكون المحتال وكيلاً عن المسلم إليه في القبض .

فرع

لو كان رأس المال دراهم في الذمة ، فصالح عنها على مال ، لم يصح وإن قبض ما صالح عليه . ولو كان عبداً فأعتقه المسلم إليه قبل القبض ، لم يصح إن لم يصح إعناق المشتري قبل القبض ، وإلا فوجهان . والفرق أنه لو نفذ ، لكان قبضاً حكماً ، ولا يكفي ذلك في السلم ، فإن صححنا متفرقاً قبل قبضه ، بطل العقد . وإلا فيصح . وفي نفوذ العتق وجهان .

فرع

متى فسخ السلم بسبب يقتضيه ، وكان رأس المال معيناً في ابتداء العقد وهو باقٍ ، رجع المشتري بعينه . وإن كان تالفاً ، رجع إلى بدله ، وهو المثل في المثلي ، والقيمة في غيره . وإن كان موصوفاً في الذمة ، وعين في المجلس وهو باقٍ ، فهل له المطالبة بعينه ، أم للمسلم إليه الإبدال ؟ وجهان ، أصحها : الأول .

فرع

لو وجدنا رأس المال في يد المسلم إليه ، فقال المسلم : أقبضتكم بعد التفرق ، وقال : بل قبله ، وأقام كل واحد بينة على قوله ، فبينة المسلم إليه أولى . حكى ذلك عن ابن سريج .

فرع

إذا كان رأس المال في الذمة ، اشترط معرفة قدره ، وذكر صفته أيضاً إن كان عوضاً . فإن كان معيناً وهو مثلي ، فهل تكفي معاينته ، أم لا بد من ذكر صفته وقدره ، كيلاً في المكيل ، ووزناً في الموزون ، وذرعاً في المذروع ؟ قولان . أظهرهما : الأول . وقيل : إن كانت حالاً ، كفت قطعاً . والمذهب : طرد القولين فيهما . وإن كان متقوماً وضبطت صفاته بالمعاينة ، ففي اشتراط معرفة قيمته طريقان . قطع الأكثرين بعدم الاشتراط ، وهو المذهب . وقيل بطرد القولين ، ولا فرق على القولين بين السلم الحال والمؤجل على المذهب . وقيل : القولان في المؤجل ، فأما الحال ، فتكفي فيه المعاينة قطعاً ، كما في البيع . ثم موضع القولين ، إذا تفرقا

قبل العلم بالقدر ، والقيمة . فلو علما ، ثم تفرقا ، صح بلا خلاف . وبني كثير من الأصحاب على هذين القولين ، أنه هل يجوز أن يحمل رأس المال مالا يجوز السلم فيه ، كالجوهرة ؟ إن قلنا بالأظهر ، جاز ، وإلا فلا . قال الامام : وليس هو على هذا الاطلاق ، بل الجوهرة الثمينة إذا عرفنا قيمتها وبالغا في وصفها ، وجب أن يجوز جعلها رأس مال ، لأن منع السلم فيه سببه عزّة الموجود ، ولا معنى لاشتراط عموم الوجود في رأس المال . وإذا جوزنا السلم ، ورأس المال جزاف ، وانفق فسخ ، وتنازعا في قدره ، فالقول قول السلم إليه ، لأنه غارم .

قلت : إذا كان رأس المال دراهم أو دنانير ، حمل على غالب نقد البلد . فلو استوت ، لم يصح حتى يبين كالثمن في البيع . والله أعلم

الشرط الثاني : كون المسلم فيه ديناً ، فلو استعمل لفظ السلم في العين فقال : أسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد ، فليس هذا سلماً . وفي انعقاده بيعاً ، قولان . أظهرهما : لا ^(١) لاختلال لفظه . ولو قال : بعتك بلا ثمن ، أو لا ثمن لي عليك ، فقال : اشتريت ، وقبضه ، فهل يكون هبة ؟ فيه مثل هذين القولين ، وهل يكون المقبول مضموناً ؟ وجهان . ولو قال : بعتك هذا ولم يتعرض للثمن أصلاً ، لم يكن تعليقاً على المذهب ، والمقبوض مضمون . وقيل : فيه الوجهان . ولو أسلم بلفظ الشراء ، فقال : اشتريت طعاماً أو ثوباً صفته كذا بهذه الدراهم ، فقال : بعتك ، انعقد . وهل هو سلم اعتباراً بالمعنى ، أم بيع اعتباراً بلفظه ؟ وجهان . أصحهما : الثاني . فعلى هذا ، لا يجب تسليم الدراهم في المجلس ، ويثبت فيه خيار الشرط . وفي جواز الاعتياض عن الثوب قولان ، كما في الثمن . ومنهم ، من قطع بالنع . وإن قلنا : الاعتبار بالمعنى ، وجب تسليم الدراهم في المجلس ، ولم يثبت فيه خيار الشرط ، ولم يحز الاعتياض عن الثوب . ولو قال : اشتريت

(١) أي : لا انعقد ، بل يبطل .

ثوباً صفته كذا في ذمتك بمشرة دراهم في ذمتي ، فإن جعلناه سلماً ، وجب تعيين الدراهم وتسليمها في المجلس . وإن قلنا : بيع ، لم يجب .

فصل

يصح السلم الحال* ، كاللؤلؤ . فإن صرح بحلول أو تأجيل ، فذاك ، وإن أطلق ، فوجهان . وقيل : قولان ، أصحها عند الجمهور : يصح ويكون حالاً* . والثاني ، لا ينعقد . ولو أطلق العقد ثم ألحقاً به أجلاً في المجلس ، فالنص لحوقه ، وهو المذهب ، ويحيى فيه الخلاف السابق في سائر الحالات . ولو صرحاً بالأجل في نفس العقد ، ثم أسقطاه في المجلس ، سقط وصار العقد حالاً* .

فرع

الشرط المفسد للعقد ، إذا حذفه في المجلس ، هل ينحذف وينقلب العقد صحيحاً؟ وجهان . الصحيح الذي عليه الجمهور : لا . وفي وجه : لو حذف الأجل المجهول في المجلس ، انقلب العقد صحيحاً . واختلفوا في جريان هذا الوجه في سائر المفسدات ، كالخيار والرهن الفاسدين وغيرها . قال الامام : الأصح تخصيصه بالأجل . واختلفوا في أن زمن الخيار المشروط ، هل يلحق بالمجلس في حذف الأجل المجهول تقريباً على هذا الوجه الضعيف ؟ والأصح : أنه لا يلحق به .

فصل

إذا أسلم مؤجلاً ، اشترط كونه معلوماً ، فلا يجوز توقيته بما يختلف ، كالخصاد ، وقدم الحاج . ولو قال : إلى العطاء ، لم يصح ، إن أراد وصوله ، فإن أراد وقت

خروجه وقد عين السلطان له وقتاً ، جاز ، بخلاف ما إذا قال : إلى وقت الحصاد
إذ ليس له وقت معين . ولو قال : إلى الشتاء ، أو الصيف ، لم يجوز إلا أن يريد
الوقت . ولنا وجه شاذ قاله ابن خزيمة من أصحابنا : أنه يجوز التوقيت باليسار .

فرع

التوقيت بشهور الفرس والروم جائز كشهور العرب ، لأنها معلومة ، وكذا
التوقيت بالنيروز ، والمهرجان جائز على الصحيح . وفي وجه : لا يصح . قال
الامام : لأنهما يطلقان على الوقتين اللذين تنتهي الشمس فيها إلى أوائل برج الحمل
والميزان ، وقد يتفق ذلك ليلاً ، ثم ينحسب مسير الشمس كل سنة قدر ربع يوم
وليلة . ولو وقت بفصح النصاري ، نص الشافعي رضي الله عنه : أنه لا يصح ،
فقال بعض الأصحاب بظاهره اجتناباً لمواقيت الكفار . وقال جمهور الأصحاب : إن
اختص بمعرفة الكفار ، لم يصح ، لأنه لا اعتماد على قولهم ، وإن عرفه المسلمون ،
جاز كالنيروز . ثم اعتبر جماعة فيها معرفة التماقدين . وقال أكثر الأصحاب : يكفي
معرفة الناس . وسواء اعتبرنا معرفتها ، أم لا . فلو عرفا ، كفى على الصحيح . وفي
وجه : يشترط معرفة عدلين من المسلمين سواهما ، لأنهما قد يختلفان ، فلا بد من
مرجع . وفي معنى الفصح سائر أعياد أهل الملل ، كفطير اليهود ونحوه .

قلت : الفصح ، بكسر الفاء وإسكان الصاد والحاء المهملتين ، وهو عيد لهم معروف ،
وهو لفظ عربي . والفطير ، عيد اليهود ، ليس عربياً ، وقد طرد صاحب الحاوي ،

لوجه في الفصح في شهور الفرس وشهور الروم . والله أعلم

فرع

لو وقتا بنفر الحجيج وقيدا بالأول أو الثاني ، جاز . وإن أطلقا ، فوجهان . أحدهما :
لا يصح . والأصح المنصوص : صحته ، ويحمل على النفر الأول لتحقيق الاسم به ،

ويجري الخلاف في التوقيت بشهور ربيع ، أو جمادى ، أو العيد ، ولا يحتاج إلى تعيين السنة إذا حملنا المذكور على الأول . وفي د الحاوي ، وجه : أن التوقيت بالنفر الأول ، أو الثاني ، لا يجوز لنفر أهل مكة ، لأن أهل مكة يعرفونه دون غيرهم . وذكر وجهين في التوقيت بيوم القر لأهل مكة ، لأنه لا يعرفه إلا خواصهم . وهذا الذي قاله ضيف ، لأننا إن اعتبرنا علم الماقدين ، فلا فرق ، وإلا فهي مشهورة في كل ناحية عند الفقهاء وغيرهم .

قلت : يوم القر ، بفتح القاف وتشديد الراء ، وهو الحادي عشر من ذي الحجة ، سمي به لأنهم يقرّون فيه بئى ، وينفرون بعده النفيرين ، في الثاني عشر ، والثالث عشر . وهذا الوجه الذي ذكره في د الحاوي ، قوي . ودعوى الامام الرافعي رحمه الله شهرته عند غير الفقهاء ومن في معنهم لا تقبل ، بل ربما لا يعرف القر كثير من المتفقيين . والله أعلم

فرع

لو أجلاً إلى سنة أو سنين مطلقة ، حمل على الهلالية . فان قيد بالرومية ، أو الفارسية ، أو الشمسية ، أو المددية . وهي ثلاثمائة وستون يوماً ، تقيد . وكذا مطلق الأشهر محمول على الأشهر الهلالية . ثم إن جرى المقد في أول الشهر ، اعتبر الجميع بالأهلة ، تامة كانت أو ناقصة . وإن جرى بعد مضي بعض الشهر ، عدّ باقيه بالأيام ، واعتبرت الشهور بعده بالأهلة ، ثم يتم المنكسر بثلاثين . وفيه وجه : أنه إذا انكسر شهراً ، اعتبر جميع الشهور بالمدد . وضرب الامام مثلاً للتأجيل بثلاثة أشهر مع الانكسار فقال : عقداً وقد بقي من صفر لحظة ، ونقص الريعان وجمادى ، فيحسب الريعان بالأهلة ، ويضم جمادى إلى اللحظة من صفر ، ويكمل جمادى

الآخرة بيوم إلا لحظة . ثم قال الامام : كنت أودّ أن يكتفى في هذه الصورة بالآشهر الثلاثة ، فانها جرت عريية كوامل . وما تنناه الامام ، هو الذي نقله صاحب « التتمة » وغيره ، وقطعوا بحلول الأجل بانسلاخ جمادى الأولى . قالوا : وإنما يراعى المدد ، إذا عقد في غير اليوم الأخير ، وهذا هو الصواب .

فرع

لو قال : إلى يوم الجمعة ، أو إلى رمضان ، حل بأول جزء منه ، لتحقيق الاسم . وربما يقال : بابتداء ليلة الجمعة ، وابتداء شعبان ، وهما بمعنى ، ولو قال محله : في الجمعة ، أو في رمضان ، فوجهان . أصحها : لا يصح المقد ، لأنه جعل اليوم ظرفاً ، فكأنه قال : في وقت من أوقاته . والثاني : يصح ، ويحمل على الأول . قلت : كذا قاله جمهور الأصحاب . إذا قال في يوم كذا ، أو شهر كذا ، أو سنة كذا ، لا يصح على الأصح ، وسووا بينها ، وحكى الطبري في المدّ وجهاً : أنه يصح في يوم كذا دون الشهر ، وجعل صاحب « الحاوي » هذه الصور على مراتب ، فقال : من الأصحاب من قال : يبطل في السنة دون الشهر ، قال : فأما اليوم ، فالصحيح فيه الجواز لقرب ما بين طرفيه . والأصح المتمد ما قدمناه .

والله أعلم

ولو قال : إلى أول رمضان أو آخره ، بطل ، كذا قاله الأصحاب ، لانه يقع على جميع النصف الاول أو الاخير . قال الامام والبنفوي : ينبغي أن يصح ، ويحمل على الجزء الاول من كل نصف ، كمسألة النفر ، وكاليوم والشهر ، يحمل على أولهما ، وكنتمليق الطلاق .

فرع

لو أسلم في جنس إلى أجلين ، أو جنسين إلى أجل ، صح على الاظهر .

الشرط الثالث : القدرة على التسليم ، وهذا الشرط ليس من خواص السلم ، بل يعم كل بيع كما سبق ، وإنما تعتبر القدرة على التسليم عند وجوبه . وذلك في البيع والسلم الحال في الحال ، وفي السلم المؤجل عند المحل . فلو أسلم في منقطع لدى المحل ، كالرطب في الشتاء ، أو فيما يميز وجوده كالصيد حيث يميز ، لم يصح . فلو غلب على الظن وجوده ، لكن لا يحصّله إلا بمشقة عظيمة ، كالتقدر الكثير في الباكورة ، فوجهان . أقربها إلى كلام الأكثرين : البطلان . ولو أسلم في شيء لا يوجد ببلده ويوجد في غيره ، قال الامام : إن كان قريباً منه ، صح ، وإلا فلا ، قال : ولا تعتبر فيه مسافة القصر ، وإنما التقريب فيه أن يقال : إن كان يمتاد ثقله إليه في غرض المعاملة ، لا للتحف والمصادرات ، صح السلم ، وإلا فلا . ولو كان السلم فيه عام الوجود عند المحل ، فلا بأس بانقطاعه قبله وبمده . وإن أسلم فيما يعم ، ثم انقطع عند المحل للجائحة ، فقولان . أحدهما : يفسخ العقد . وأظهرهما : لا ، بل يتخير المسلم ، فإن شاء فسخ ، وإن شاء صبر إلى وجوده . ولا فرق في جريان القولين بين أن لا يوجد عند المحل أصلاً ، أو وجد فسوف المسلم إليه حتى انقطع . وقيل : القولان في الحالة الأولى . أما الثانية ، فلا يفسخ فيها قطعاً بحال ، فإن أجاز ثم بدا له ، مُكِّن من الفسخ كزوجة المولى إذا رضيت ثم أرادت المطالبة ، كان لها ذلك .

قلت : هذا هو الصحيح ، وذكر صاحب « التمهيد » في باب التفليس وجهين في أن هذا الخيار على الفور ، أم لا ؟ كالوجهين في خيار من ثبت له الرجوع في المبيع

بالافلاس . والله أعلم

ولو صرح بإسقاط حق الفسخ ، لم يسقط على الأصح . ولو قال المسلم إليه : لا تصبر وخذ رأس مالك ، لم يلزمه على الصحيح . ولو حل الأجل بموت المسلم إليه في أثناء المدة ، والمسلم فيه معدوم ، جرى القولان . وكذا لو كان موجوداً عند الحل وتأخر التسليم لفنية أحد المتعاقدين ، ثم حضر وقد انقطع . ولو انقطع بمض المسلم فيه ، فقد ذكرنا حكمه في باب تفريق الصفقة . ولو أسلم فيما يعم عند الحل ، فمرضت آفة علم بها انقطاع الجنس عن الحل ، فهل ينتجز حكم الانقطاع في الحال ، أم يتأخر إلى الحل ؟ وجهان . أصحابها : الثاني .

فرع

فيما يحصل به الانقطاع

فاذا لم يوجد المسلم فيه أصلاً ، بأن كان ذلك الشيء ينشأ بتلك البلدة ، فأصابه جائحة مستأصلة ، فهذا انقطاع حقيقي . ولو وجد في غير ذلك البلد ، لكن يفسد بنقله ، أو لم يوجد إلا عند قوم امتنعوا من بيعه ، فهو انقطاع . ولو كانوا يبيعونه بضمن غال ، فليس بانقطاع ، بل يجب تحصيله . ولو أمكن نقله ، وجب إن كان قريباً . وفيما يضبط به القرب خلاف ، نقل فيه صاحب التهذيب ، في آخرين وجهين . أصحابها : يجب نقله مما دون مسافة القصر . والثاني : من مسافة لو خرج إليها بكرة أمكنه الرجوع إلى أهله ليلاً . وقال الإمام : لا اعتبار لمسافة القصر . فإن أمكن النقل على عسر ، فالأصح أنه لا يفسخ قطعاً . وقيل : على القولين .

الشرط الرابع : بيان محل التسليم . في اشتراط بيان مكان تسليم المسلم فيه المؤجل اختلاف نص وطرق للأصحاب . أحدها : فيه قولان مطلقاً . والثاني : إن عقدا في موضع يصلح للتسليم ، لم يشترط التعيين ، وإلا ، اشترط . والثالث :

إن كان لجله مؤنة ، اشترط ، وإلا ، فلا . والرابع : إن لم يصلح الموضع ، اشترط ، وإلا ، فقولان . والخامس : إن لم يكن لجله مؤنة ، لم يشترط ، وإلا ، فقولان . والسادس : إن كان له مؤنة ، اشترط ، وإلا ، فقولان . قال الامام : هذا أصح الطرق ، وهو اختيار القفال . والمذهب الذي يفتى به من هذا كله : وجوب التعيين ، إن لم يكن الموضع صالحاً ، أو كان لجله مؤنة ، وإلا ، فلا ، ومتى شرطنا التعيين ، فتركاه ، بطل العقد . وإن لم نشترطه فعين ، تعين . وعند الإطلاق يحمل على مكان العقد على الصحيح . وفي « التتمة » : إذا لم يكن لجله مؤنة ، سلمه في أي موضع صالح شاء . وحكى وجهها : أنه إذا لم يكن الموضع صالحاً للتسليم ، حمل على أقرب موضع صالح . ولو عين موضعاً فخرّب ، وخرج عن صلاحية التسليم ، فأوجه . أحدها : يتعين ذلك الموضع . والثاني : لا ، والمسلم الخيار . والثالث : يتعين أقرب موضع صالح .

قلت : الثالث ، أقبسها . والله أعلم

وأما السلم الحال ، فلا يشترط فيه التمين ، كالبيع . ويتعين موضع العقد للتسليم ، لكن لو عيناً غيره ، جاز ، بخلاف البيع ، لأن السلم يقبل التأجيل ، فقبل شرطاً يتضمن تأخير التسليم ، والأعيان لا تحتل التأجيل ، فلا تحتل ما يتضمن تأخير التسليم . قال في « التهذيب » : ولا نمي بمكان العقد ذلك الموضع بعينه ، بل تلك الناحية . وحكم الثمن في الذمة ، حكم المسلم فيه . وإن كان معيناً ، فهو كالبيع . قلت : قال في « التتمة » : الثمن في الذمة والأجرة إذا كانت ديناً ، وكذا الصداق ، وعوض الخلع ، والكتابة ، ومال الصلح عن دم العمد ، وكل عوض ملتزم في الذمة ، له حكم السلم الحال ، إن عين للتسليم مكان ، جاز ، وإلا تعين موضع العقد ، لأن كل الأعواض الملتزمة في الذمة تقبل التأجيل كالمسلم فيه . والله أعلم

الشروط الخماس : العلم بالمقدار ، والعلم يكون بالكيل ، أو الوزن ، أو الذرع ، أو المد . ويجوز السلم في المكيل وزناً ، وفي الموزون كيلاً إذا تأتى كيلاً . وفي وجه ضيف : لا يجوز في الموزون كيلاً ، وحمل إمام الحرمين إطلاق الاصحاب جواز كيل الموزون على ما يعد الكيل في مثله ضابطاً ، حتى لو أسلم في قنات المسك والعنبر ونحوهما كيلاً ، لم يصح . وأما البطيخ ، والقثاء ، والبقول ، والسفرجل ، والرمان ، والباذنجان ، والرمانج (١) ، والبيض ، فالمعتبر فيها الوزن . ويجوز السلم في الجوز واللوز وزناً إذا لم تختلف قشوره غالباً ، ويجوز كيلاً على الأصح ، وكذا الفستق والبندق .

فصل

لا يجوز السلم في البطيخة ، والسفرجلة ، ولا في عدد منها ، لأنه يحتاج إلى ذكر حجمها ووزنها ، وذلك يورث عزة الوجود . وكذا لو أسلم في ثوب وصفه ، وقال : وزنه كذا ، أو في مائة صاع حنطة على أن وزنها كذا ، لا يصح لما ذكرنا . ولو ذكر وزن الخشب مع صفاته المشروطة ، جاز ، لأنه إن زاد ، أمكن نحته . وأما اللبّن ، فيجمع فيه بين العدد والوزن . فيقول : كذا لبنه ، وزن كل واحدة كذا ، لأنه باختياره ، فلا يمز ، ثم الأمر فيها على التقريب .

قلت : هكذا قال أصحابنا الخراسانيون : يشترط في اللبّن الجمع بين العدد والوزن . ولم يعتبر العراقيون أو معظمهم الوزن . ونص الشافعي رضي الله عنه في آخر كتاب السلم من « الأم » ، على أن الوزن فيه مستحب ، لو تركه فلا بأس ، لكن يشترط أن يذكر طوله وعرضه وثخافته ، وأنه من طين معروف . والله أعلم

(١) في « العرب » الجواليقي : الرانج : الجوز الهندي ، كأنه أعجمي .

فرع

لو عين للكيل مالا يعتاد الكيل به ، كالكوز ، بطل السِّلَم . ولو قال في البيع:
بعتك ملء هذا الكوز من هذه الصبرة ، جاز على الأصح ، لعدم الفرر . ولو عين
في البيع أو السلم مكيالاً معتاداً ، لم يفسد العقد على الأصح ، بل يلفو تمينه
كسائر الشروط التي لا غرض فيها . وهل السلم الحال كاللؤلؤ ، أم كالبيع ؟ وجهان .
قطع الشيخ أبو حامد ، بأنه كاللؤلؤ ، لأن الشافعي رضي الله عنه قال : لو أصدقها
ملء هذه الحجرة خلاً ، لم يصح ، لأنها قد تنكسر ، فلا يمكن التسليم ، فكذا هنا .
ولو قال : أسلمت إليك في ثوب كهذا الثوب ، أو مائة صاع حنطة كهذه الحنطة ،
قال المراقبون : لا يصح كمسألة الكوز ، لأن هذه الحنطة والثوب قد يتلفان . وقال
في « التهذيب » : يصح ويقوم مقام الوصف . ولو أسلم في ثوب وصفه ، ثم أسلم في
ثوب آخر بتلك الصيغة ، جاز إن كانا ذاكرين لتلك الأوصاف .

فرع

لو أسلم في حنطة قرية صغيرة بعينها ، أو ثمرة بستان بعينه ، لم يصح . وإن أسلم
في ثمرة ناحية ، أو قرية كبيرة ، نظر ، إن أفاد تنويماً كمعقلي البصرة ، جاز ،
لأنه مع معقلي بغداد صنف [واحد] ، لكن يختلفان في الأوصاف ، فله غرض في ذلك .
وإن لم يفد تنويماً ، فوجهان . أحدهما : أنه كتعين المكيال لعدم الفائدة ، وأصحها :
الصحة ، لأنه لا ينقطع غالباً .

الشروط السادس : معرفة الأوصاف . فذكر أوصاف المسلم فيه في العقد ،
شرط ، فلا يصح السلم فيما لا تنضبط أوصافه ، أو كانت تنضبط ، فتركا بعض ما يجب

نكره . ثم من الاصحاب من يشترط التعرض للأوصاف التي يختلف بها الغرض ،
منهم من يعتبر الاوصاف التي تختلف بها القيمة ، ومنهم من يجمع بينها ، وليس
شيء منها على إطلاقه ، فان كون البعد قوياً في العمل ، أو ضعيفاً ، أو كاتباً ،
و أمياً ، وما أشبه ذلك ، أوصاف يختلف بها الغرض والقيمة ، ولا يجب التعرض لها .
لنتعذر الضبط أسباب ، منها : الاختلاط ، والمختلطات أربعة أنواع .

الاول : المختلطات المقصودة الأركان ، ولا ينضبط أقدار أخلاطها ، وأوصافها ، كالهريسة ،
معظم المرق ، والحلوى ، والمجونات ، والغالية المركبة من المسك ، والعود ،
العنبر ، والكافور ، والفسي ، فلا يصح السلم فيها ، ولا يجوز في الخفاف ، والنعال
لى الصحيح . والترياق المخلوط كالفالية . فان كان نباتاً واحداً ، أو حجراً ،
جاز السلم فيه . والنبل بعد الخراط ، والعمل عليه لا يجوز السلم فيه ، وقبلها ،
بوز ، والمغازل كالنبال .

الثاني : المختلطات المقصودة الأركان ، التي تنضبط أقدارها وصفاتها ، كثوب
متابي ، والخز المركب من الابرسم ، والوبر ، ويجوز السلم فيها على الصحيح المنصوص
سهولة ضبطها . ويجري الوجهان في الثوب المعمول عليه بالابرة بعد النسيج من غير
نفس الأصل ، كالابرسم على القطن ، والكتان ، فان كان تركيبها بحيث لا تنضبط
يكنها ، فهي كالمجونات .

الثالث : المختلطات التي لا يقصد منها إلا الخليط الواحد ، كالخبز فيه الملح ، لكنه غير
نصود في نفسه . وفي السلم فيه وجهان ، أصحها عند الجمهور : لا يصح ، وأصحها عند الامام
الغزالي : الصحة . ويجوز السلم في الجبن ، والأقط ، وخل التمر ، والزبيب ،
لسمك الذي عليه شيء من الملح على الأصح في الجميع ، لحقارة أخلاطها . وأما
دهان الطيبة ، كدهن البنفسج ، والبان ، والورد ، فان خالطها شيء من جرم
غليظ ، لم يجز السلم فيها ، وإن تروح السهم بها واعتصر ، جاز . ولا يجوز في
فيض الذي يخالطه الماء ، نص عليه . وفي التهمة : أن المصل كالخبيض ، لأنه يخالطه الدقيق .

الرابع : المختلطات خلقة ، كالشهد ، والاصح : صحة السلم فيه ، والشمع فيه كنوى التمر . ويجوز في العسل والشمع .

فرع

سبق أن ما يندر وجوده لا يجوز السلم فيه ، والشيء قد يندر من حيث جنسه ، كلحم الصيد في غير موضعه ، وقد يندر باستقصاء الأوصاف لندور اجتماعها ، فلا يجوز السلم في اللآلئ الكبار ، واليواقيت ، والزبرجد ، والمرجان ، ويجوز في اللآلئ الصغار إذا عم وجودها كيلاً ووزناً .

قلت : هذا مخالف لما تقدم في الشرط الخامس عن إمام الحرمين : أن ما لا يعد الكيل فيه ضبطاً ، لا يصح السلم فيه كيلاً ، فكأنه اختار هنا ، ما تقدم من إطلاق الاصحاب . والله أعلم

واختلف في ضبط الصغير ، فقيل : ما يطلب للتداوي ، صغير ، وما طلب للزينة ، كبير . وعن الشيخ أبي محمد : أن ما وزنه سدس دينار ، يجوز السلم فيه ، وإن كان يطلب للترزين . والوجه : أن اعتباره السدس للتقريب .

فرع

لو أسلم في جارية وولدها ، أو اختها ، أو عمتها ، أو شاة وسخلتها ، لم يصح لندور اجتماعها بالصفات ، هكذا أطلقه الشافعي رضي الله عنه والاصحاب . وقال الامام : لا يمتنع ذلك في الزنحية التي لا تكثر صفاتها ، وتمتنع فيمن تكثر . ولو أسلم في عبد وجارية ، وشرط كونه كاتباً وهي ماشطة ، جاز . ولو أسلم في جارية ، وشرط

كونها حاملاً ، بطل السلم في المذهب . وقيل : قولان بناءً على أن الحمل ، هل له حكم ، أم لا ؟ إن قلنا : نعم ، جاز ، وإلا ، فلا . ولو أسلم في شاة لبون ، ففي صحته قولان . أظهرهما : المنع ، وبه أجاب البغوي .

مسل

يجوز السلم في الحيوان ، وهو أنواع . منها ، الرقيق ، فإذا أسلم فيه ، وجب التعرض لأمره .

أحدها : النوع ، فيذكر أنه تركي أو رومي ، فإن اختلف صنف النوع ، وجب ذكره على الأظهر .

الثاني : اللون ، فيذكر أنه أبيض أو أسود ، ويصف البياض بالسمرة أو الشقرة ، والسواد بالصفاء أو الكدرة ، هذا إن اختلف لون الصنف ، فإن لم يختلف ، لم يجب ذكر اللون .

الثالث : الذكورة والانوثة .

الرابع : السن ، فيقول : محتلم ، أو ابن ست ، أو سبع ، والأمر في السن على التقريب ، حتى لو شرط كونه ابن سبع سنين مثلاً بلا زيادة ولا نقصان ، لم يجز لندوره . والرجوع في الاحتلام ، إلى قول العبد . وفي السن ، يعتمد قوله إن كان بالغاً ، وقول سيده إن ولد في الاسلام ، وإلا ، فالرجوع إلى النخاسين ، فتعتبر ظنونهم .

الخامس : القد ، فيبين أنه طويل ، أو قصير ، أو ربّع ، ونقل الامام عن المراقين ، أنه لا يجب ذكر القد . والموجود في كتب المراقين ، القلع بوجوبه ، ولا يشترط وصف كل عضو على حياله بأوصافه المقصودة ، وإن تفاوت به الغرض

والقيمة ، لأن ذلك يورث غرّة . وفي ذكر الأوصاف التي يمتبرها أهل الخبرة ويرغب في الأرقاء ، كالكَحَل ، والدَّعَج ، وتكلم الوجه ، ومن الجارية وما أشبهها ، وجهان ، أحدهما : يجب ، قاله الشيخ أبو محمد ، وأصحها : لا . والأصح : أنه لا يشترط ذكر الملاحاة . ويستحب أن يذكر كونه مفلّج الأسنان أو غيره ، وجمد الشعر أو مسطه . ويجب ذكر الثيابة ، والبكارة ، على الأصح .

فرع

لو شرط كون العبد يهودياً أو نصرانياً ، جاز . قال الصيمري (١) : ولو شرط أنه ذو زوجة ، أو أنها ذات زوج ، جاز ، وزعم أنه لا يندر . قال : ولو شرط كونه زانياً ، أو قاذفاً ، أو سارقاً ، جاز ، بخلاف ما لو شرط كون الجارية مفضية ، أو قوادة ، لا يصح .

فرع

لو أسلم جارية صغيرة في كبيرة ، فوجهان . قال أبو إسحاق : لا يجوز ، لأنها قد تكبر وهي بالصفة المشروطة ، فيسلمها بمد أن يطأها ، فيكون في معنى اقتراض الجوارى . والصحيح : الجواز ، كإسلام صغار الإبل في كبارها . وهل يمكن من تسليمها عما عليه ؟ وجهان . فان قلنا : يمكن ، فلا مبالاة بالوطء كوطء

(١) هو أبو القاسم عبد الواحد بن الحسين بن محمد الصيمري الشافعي ، فقيه أصولي ، توفي

سنة (٣٨٦ هـ) .

أثيب ، وردها باليب . ومنها الابل ، ويجب فيها ذكر الانوثة ، والذكورة ،
والسن ، واللون ، والنوع ، فيقول : من نَمَ بني فلان وتناجهم ، هذا إذا كثر عددهم
وعرف لهم التناج ، كبني تميم . فأما النسبة إلى طائفة يسيرة ، فكتعين ثمرة بستان .
ولو اختلف نَمَ بني فلان ، فالأظهر : أنه يشترط التعيين . ومنها الخيل ، فيجب
ذكر ما يجب في الابل . ولو ذكر معها الشيات (١) كالأغر ، والمحجل ، واللطم ، كان
أولى . فإن تركه ، جاز . وهكذا القول في البقر ، والغنم ، والبغال ، والحمر .
وما لا يبين نوعه بالاضافة إلى قوم ، يبين بالاضافة إلى بلد وغيره . ويجوز السلم في
الطيور على الصحيح ، وبه قطع الجماهير . وفي «المهذب» : لا يجوز . فإن جوزناه ،
وصف منها النوع ، والصغر ، والكبر من حيث الجنة ، ولا يكاد يعرف منها .
فإن عرف ، وصف به . ويجوز السلم في السمك والجراد حياً وميتاً عند عموم
الوجود ، ويوصف كل جنس من الحيوان بما يليق به .

فصل

السلم في اللحم جائز ، ويجب فيه بيان أمور .
أحدها : الجنس ، كلحم بقر أو غنم .
الثاني : النوع . فيقول : لحم بقر عراب أو جواميس ، وضأن أو معز .
الثالث : ذكر أو أنثى ، خصي أو فحل .
الرابع : السن ، فيقول : لحم صغير أو كبير ، ومن الصغير ، رضيع أو فطيم .
ومن الكبير ، جذع أو مئي .

(١) الشيات ، جمع : شبة ، وهي كل لون يخالف مظلم لون الفرس وغيره .

الخامس : يبين أنه من راعية أو معلوفة . قال الامام : ولا أكتفي بالملف بالرة والمرات ، حتى ينتهي إلى مبلغ يؤثر في اللحم .
السادس : يبين أنه من الفخذ ، أو الكتف أو الجنب . وفي كتب المراقين ، أمر سابع ، وهو بيان السمن والمزال . ولا يجوز شرط الأعجف ، لأنه عيب ، وشرطه مفسد للعقد . ويجوز في اللحم المملح ، والتقدير إذا لم يكن عليه غير المملح . فإن كان ، فقد سبق الخلاف في جوازه في نظيره . ثم إذا أطلق السلم في اللحم ، وجب قبول ما فيه من العظم على العادة . وإن شرط نزع ، جاز ولم يجب قبوله .

فرع

يجوز السلم في الشحم ، والآلية ، والكبد ، والطحال ، والكلية ، والرئة .

فرع

إذا أسلم في لحم صيد ، ذكر ما يجب في مائر اللحوم . لكن الصيد لا يكون خصياً ، ولا معلوفاً ، فلا يجب ذكر هذين الأمرين . قال الشيخ أبو حامد والمقتدون به : يبين أنه صيد بأجولة ، أو بسهم ، أو بجارحة ، وأنها كلب ، أو فهد ، لأن صيد الكلب أطيّب .

فرع

في لحم الطير والسمك يبين الجنس ، والنوع ، والصنف ، والكبر من حيث الجثة . ولا يشترط ذكر الذكورة والانوثة ، إلا إذا أمكن التمييز ، وتلق

به غرض . وبين موضع اللحم إذا كان الطير والسّمك كبيرين . ولا يلزمه قبول الرأس والرجل من الطير ، والذنب من السّمك .

فصل

لا يجوز السلم في اللحم المطبوخ والشوي ، ولا في الخبز على الأصح كما سبق . وفي الدبس ، والمسل المصفى بالنار ، والسكر ، والفانيد^(١) ، واللبأ ، وجهان ، واستبعد الامام المنع فيها كلها . قلت : ومن اختار الصحة في هذه الأشياء الفزالي وصاحب « التتمة » .

والله أعلم

وتردد صاحب « التقريب » في السلم في الماء ، ورد لاختلاف تأثير النار فيما يتصمّد ويقطر ، ولا عبرة بتأثير الشمس ، فيجوز السلم في المسل المصفى بالشمس .

فرع

لا يجوز السلم في رؤوس الحيوان على الأظهر ، والأكارع كالرؤوس . قلت : فإذا جوّزناه في الأكارع ، فمن شرطه أن يقول : من الأيدي والأرجل .

والله أعلم

فإن جوّزناه ، فله ثلاثة شروط . أن تكون نيئة ، وأن تكون منقّاة من الشعر والصوف ، ويسلم فيها وزناً ، فإن فقد شرط ، لم يجز قطعاً .

(١) الفانيد : نوع من الحلوى ، وهي كلفة أعجوبة ، واللبأ : أول اللبن في التناج .

فصل

يذكر في التمر النوع ، فيقول : معقلي ، أو برني ، والبلد ، فيقول : بغدادي ، واللون ، وصغر الحبات ، وكبرها ، وكونه جديداً ، أو عتيقاً . والحنطة ، وسائر الحبوب ، كالتمر . وفي الرطب ، يذكر جميع ذلك ، إلا الجديد والعتيق . قال في « الوسيط » ، يجب ذكر ذلك في الرطب دون الحنطة والحبوب ، وهو خلاف ما عليه الأصحاب . وفي العسل ، يذكر أنه جبلي ، أو بلدي ، صيفي أو خريفي ، أو أصفر ، أو أبيض ، ولا يشترط ذكر الجديد والعتيق ، ويقبل مارق بسبب الحر ، ولا يقبل مارق زقة عيب .

فصل

يجوز السلم في اللبن ، ويبين فيه ما يبين في اللحم ، سوى الأمر الثالث والسادس ، ويبين نوع العلف ، لاختلاف الغرض به ، ولا حاجة إلى ذكر اللون والحلاوة ، لأن المطلق ينصرف إلى الحلو ، بل لو أسلم في اللبن الحامض ، لم يجز ، لأن الحموضة عيب . وإذا أسلم في لبن يومين أو ثلاثة ، فأنما يجوز إذا بقي حلواً في تلك المدة . وإذا أسلم في السمن ، يبين ما يبين في اللبن ، ويذكر أنه أبيض ، أو أصفر . وهل يحتاج إلى ذكر العتيق والجديد ؟ وجهان . قال الشيخ أبو حامد : لا بل العتيق معيب لا يصح السلم فيه . وقال القاضي أبو الطيب : العتيق المتغير هو المعيب ، لا كل عتيق ، فيجب بيانه . وفي الزبد يذكر ما يذكر في السمن ، وأنه زبد يومه أو أمسه . ويجوز في اللبن كيلاً ووزناً ، لكن لا يكال حتى تسكن رغوته ، ويوزن قبل سكونها . والسمن يكال ويوزن ، إلا إذا كان جامداً يتجافى في المكيال ،

فيتمين الوزن ، وليس في الزبد إلا الوزن ، وكذا اللبأ المجفف ، وقبل الجفاف ، هو كاللبن . وإذا جوزنا السلم في الجبن ، وجب بيان نوعه وبلده ، وأنه رطب أو يابس . وأما الخيض الذي فيه ماء ، فلا يجوز السلم فيه ، نص الشافعي رضي الله عنه . وإن لم يكن فيه ماء ، جاز ، وحينئذ لا يضر وصف الحموضة ، لأنها مقصودة فيه .

فصل

إذا أسلم في الصوف ، قال : صوف بلد كذا ، وذكر لونه وطوله وقصره ، وأنه خريفي أو ربيعي ، من ذكور أو إناث ، لأن صوف الإناث أشد نعومة . واستغنوا بذلك عن ذكر اللون والخشونة ، ولا يقبل إلا خالصاً من الشوك والبحر ، فإن شرط كونه مفسولاً ، جاز ، إلا أن يعيبه النسل . والشعر والوبر ، كالصوف ، ويضبط الجميع وزناً .

فصل

يبين في القطن بلده ، ولونه ، وكثرة لحمه ، وقلته ، والخشونة ، والنعومة ، وكونه عتيقاً أو جديداً إن اختلف الغرض به ، والمطلق يحمل على الجفاف وعلى ما فيه الحب . ويجوز في الخليج ، وفي حب القطن ، ولا يجوز في القطن في الجوزق (١) قبل التشقق . وأما بعده ، ففي « التهذيب » : أنه يجوز . وقال في « التتمة » : ظاهر المذهب : أنه لا يجوز ، لاستتار المقصود بما لا مصلحة فيه ، وهذا هو الذي أطلق المراقبون حكايته عن النص .

(١) الجوزق : استعمله الفقهاء في كام القطن ، وهو مربع .

فصل

يبين في الابرسم لونه ، وبلده ، ودقته ، وغلظه ، ولا يشترط ذكر الخشونة والنمومة ، ولا يجوز السلم في القز وفيه الدود ، لا حياً ولا ميتاً ، لانه يمنع معرفة وزن القز . وبعد خروج الدود ، يجوز .

فصل

وإذا أسلم في النزل ، ذكر ما يذكر في القطن ، ويذكر الدقة والغلظ . ويجوز السلم في غزل الكتان ، ويجوز شرط كونه مصبوغاً ، ويشترط بيان الصبغ .

فصل

إذا أسلم في الثياب ، ذكر جنسها من إبرسم ، أو قطن ، أو كتان ، والنوع ، والبلد الذي ينسج فيه إن اختلف به الغرض ، وقد يعني ذكر النوع عنه ، وعن الجنس أيضاً ، وبين الطول ، والمرض ، والغلظ ، والدقة ، والنمومة ، والخشونة ، ويجوز في المقصود ، والمطلق محمول على الختام . ولا يجوز في الملبوس ، لانه لا ينضبط . ويجوز فيما صبغ غزله قبل النسج ، كالبرود . والعروف في كتب الأصحاب : أنه لا يجوز في المصبوغ بعد النسج . وفيه وجه : أنه يجوز ، قاله طائفة ، منهم الشيخ أبو محمد ، وصاحب الحاوي ، وهو القياس . قال الصيمري : يجوز السلم في القمص ، والراويلات ، إذا ضبطت طولاً وعرضاً ، وسمة وضيقاً .

فصل

الخشب أنواع . منها الحطب ، فيذكر نوعه ، وغلظه ، ودقته ، وأنه من نفس الشجر ، أو من أغصانه ، ووزنه، ولا يجب التعرض للرطوبة ، والجفاف ، والمطلق محمول على الجاف ، ويجب قبول الموج ، والمستقيم . ومنها ما يطلب للبناء ، كالجدوع ، فيذكر النوع ، والطول ، والغلظ ، والدقة ، ولا يشترط الوزن على الصحيح ، وشرطه الشيخ أبو محمد ، ولو ذكر ، جاز ، بخلاف الثياب . ولا يجوز في المخروط ، لاختلاف أعلاه وأسفله . ومنها ما يطلب ليفرس ، فيذكر العدد ، والنوع ، والطول ، والغلظ . ومنها ما يطلب ليتخذ منه القسي والسهام ، فيذكر فيه النوع ، والدقة ، والغلظ ، وزاد بمضهم كونه سهلياً ، أو جليلاً ، لان الجلي أصلح . ومنهم من شرط الوزن فيه ، وفي خشب البناء .

فصل

إذا أسلم في الحديد ، ذكر نوعه ، وأنه ذكر أو أنثى ، ولونه ، وخشوته ، ولينه . وفي الرصاص يذكر نوعه ، من قلع وغيره . وفي الصفر ، من شبه وغيره ، ولونها ، وخشوتها ، ولينها ، ولا بد من الوزن في جميع ذلك .

فرع

كل شيء لا يتأثى وزنه بالقبان لكبره ، يوزن بالعرض على الماء . قلت : قد سبقت كيفية الوزن بالماء في باب الربا . والله أعلم

فصل

في مسائل منشورة تتعلق بما سبق

إحداها : السلم في النافع ، كتعليم القرآن وغيره ، جائز ، ذكره الروياني .
الثانية : السلم في الدرام والدنانير ، جائز على الأصح ، بشرط أن يكون رأس المال غيرهما .

قلت : اتفق أصحابنا على أنه لا يجوز إسلام الدرام في الدنانير ، ولا عكسه سلماً مؤجلاً . وفي الحال وجهان محكيان في «البيان» وغيره . الأصح المنصوص في «الام» في مواضع : أنه لا يصح . والثاني : يصح بشرط قبضها في المجلس ، قاله القاضي أبو الطيب . والله أعلم

الثالثة : يجوز السلم في أنواع المطر المامة الوجود ، كالسك ، والعنبر ، والكافور ، فيذكر وزنها ونوعها فيقول : عنبر أشهب .
الرابعة : يجوز السلم في الزجاج ، والطين ، والجص ، والنورة ، وحجارة الأرحية ، والأبنية ، والأواني ، فيذكر نوعها وطولها وعرضها وغلظها ، ولا يشترط الوزن .

قلت : عدم اشتراط الوزن في الأرحية ، هو الأصح ، وبه قطع الشيخ أبو حامد ، والبنوي ، وآخرون ، وقطع النزالي باشتراطه . وادعى إمام الحرمين الاتفاق عليه ، وليس كما ادعى . والله أعلم

الخامسة : لا يجوز السلم في الحياض ، والكيزان ، والطسوت ، والقفاز ، والطناجير

والتائر ، والبرام المعمولة ، لندور اجتماع الوزن مع الصفات المشروطة . ويجوز السلم فيما يصب منها في القالب ، لعدم اختلافه ، وفي الاسطال المربعة .
السادسة : يجوز السلم في الكاغد عدداً ، وبين نوعه وطوله . ويجوز في الآجر على الأصح . وفي وجه : لا يصح لتأثير النار . ولا يجوز السلم في العقار ، ولا في الارز ، والعلس ، لاستنارها بالكهام ، ويجوز في الدقيق على الصحيح .

فصل

هل يشترط ذكر الجودة والرداءة في السلم فيه ؟ وجهان . قال المراقبون : يشترط ، وهو ظاهر النص ، لاختلاف الغرض به . وقال غيرهم : لا يشترط ، ويجمل المطلق على الجيد ، وهو الأصح .
قلت : قوله : ظاهر النص ، مما ينكر عليه . فقد نص عليه في مواضع من « الأم » ، نصاً صريحاً ، وهو مبين في « شرح المذهب » . والله أعلم

وسواء قلنا بالاشتراط ، أو شرطاً ، ينزل على أقل الدرجات (١) . ولو شرط الأجود ، لم يصح المقد على المذهب . وقيل : فيه قولان كالارداء . ولو شرطاً الرداءة ، فإن كانت رداءة العيب ، لم يصح المقد . وإن كانت رداءة النوع ، فقال كثيرون : يصح . وأطلق النزالي في « الوجيز » ، البطلان .
قلت : وقد قال بالبطلان أيضاً إمام الحرمين . والأصح : الصحة ، وبه قطع المراقبون . ونص عليه الشافعي رضي الله عنه في « الأم » ، نصاً صريحاً في مواضع . والله أعلم

وإن شرط الارداء ، جاز على الاظهر . وقيل : الأصح .

(١) في الشرح الكبير : وسواء قلنا بالاشتراط أو لم نقل ، فإذا شرط الجودة نزل على أقل الدرجات .

فرع

ينزل الوصف في كل شيء على أقل درجاته ، فإذا أتى بما يقع على اسم الوصف الشروط ، كفى ، ووجب قبوله ، لأن الرتب لا نهاية لها ، وهي كمن باع بشرط أنه كاتب أو خباز .

فصل

صفات المسلم فيه مشهورة عند الناس ، وغير مشهورة ، ولا بد من معرفة الماقدنين صفاته . فإن جهلها أحدهما ، لم يصح العقد ، وهل يكفي معرفتها ؟ وجهان . أصحابها : لا ، وهو النصوص ، بل لا بد من معرفة عدلين ليرجع إليهما عند تنازعهما . وقيل : تعتبر فيها الاستفاضة ، ويجري الوجهان فيما إذا لم يعرف المكيل المذكور إلا عدلان . وما ذكرناه الآن ، يخالف ما قدمناه في فصيح النصارى من بعض الوجوه . ولعل الفرق ، أن الجهالة هناك عائدة إلى الأجل ، وهنا إلى المقود عليه ، فجاز أن يحتمل هناك مالا يحتمل هنا .

فصل

في أداء المسلم فيه ، والكلام في صفته وزمانه ومكانه

أما صفته ، فإن أتى بنير جنسه ، لم يميز قبوله ، إذ لا يجوز الاعتياض عنه . وإن أتى بجنسه وعلى صفته الشرطية ، وجب قبوله قطعاً ، وإن كان أجود ، جاز قبوله قطعاً ، ووجب على الأصح . وإن كان أردأ ، جاز قبوله ولم يجب ، وإن أتى بنوع آخر ، بأن أسلم في التمر المقلبي ، فأحضر البرني ، أو في ثوب هروي ، فأنى يروي ، فأوجه .

أصحابها: يحرم قبوله . والثاني : يجب . والثالث : يجوز ، كما لو اختلفت الصفة ، واختلفوا في أن التفاوت بين التركي والهندي ، تفاوت جنس ، أم تفاوت نوع ؟ والصحيح : الثاني . وفي أن التفاوت بين الرطب والتمر ، وبين ما سقي بماء السماء وما سقي بغيره ، تفاوت نوع ، أو صفة ؟ والأصح : الأول .

فرع

ما أسلم فيه كيلاً قبضه كيلاً . وما أسلم فيه وزناً ، قبضه وزناً ، ولا يجوز العكس . وإذا كال لا يززل المكيال ، ولا يضع الكف على جوانبه . ويجب تسليم الحنطة ونحوها نقية من الزوان والمدر والتراب ، فان كان فيها شيء قليل من ذلك ، وقد أسلم كيلاً ، جاز ، وإن أسلم وزناً ، لم يجوز .

قلت : هكذا أطلق جمهور الأصحاب ، وقال صاحب «الحاوي» : فيما إذا أسلم كيلاً ، إلا أن يكون لاخراج التراب مؤنة ، فلا يلزمه قبولها . قال في «البيان» ، دقاق التبن كالتراب . والله أعلم

ويجب تسليم التمر جافاً ، والرطب صحيحاً غير مشدخ . وأما زمانه : فإن كان السلم مؤجلاً ، لم يخف أنه لا مطالبة قبل المحل . فان أتى به المسلم إليه قبله ، فامتنع من قبوله ، قال جمهور الأصحاب : إن كان له غرض في الامتناع ، بأن كان وقت نهب ، أو كان حيواناً يحتاج علفاً ، أو ثمرة ، أو لحماً يريد أكلها عند المحل طرياً ، أو كان يحتاج إلى مكان له مؤنة ، كالحنطة وشبهها ، لم يجبر على القبول . وإن لم يكن له غرض في الامتناع ، فان كان للمؤدي غرض سوى براءة الذمة ، بأن كان به رهن أو كفيل ، أجبر على القبول على المذهب . وقيل : قولان .

وهل يلحق بهذه الأعذار خوفه من انقطاع الجنس قبل الحول ؟ وجهان . الأصح : يلحق . وإن لم يكن للمؤدي غرض سوى براءة الذمة ، ققولان ، أصحها : يحير ، وإن تقابل غرضاهما ، فالرعي جانب المستحق على المذهب . وقيل بطرد القولين ، وعكس الغزالي هذا الترتيب ، وهو شاذ مردود . وحكم سائر الديون المؤجلة فيما ذكرنا حكم المسلم فيه . وأما إذا كان المسلم حائراً ، فله المطالبة به في الحال . فلو أتى به المسلم إليه ، فامتنع من قبضه ، فإن كان للدافع غرض سوى البراءة ، أجبر على القبول ، وإلا ، فالمذهب : أنه يحير على القبول أو الإبراء . وقيل : على القولين ، وحيث ثبت الإجبار ، فلو أصر على الامتناع ، أخذه الحاكم له .

وأما مكانه : فإذا قلنا : يمين مكان المقد للتسليم ، أو قلنا : لا يمين فميناء ، وجب التسليم فيه . فلو وجد المسلم إليه في غير ذلك المكان ، فإن كان لنقله مؤنة ، لم يطالب به . وهل يطالب بالقيمة للحيلولة ؟ وجهان . الصحيح : لا ، لأن أخذ العوض عن المسلم فيه قبل القبض غير جائز ، وبهذا قطع العراقيون وصاحب « التهذيب » ، فعلى هذا ، للمسلم الفسخ واسترداد رأس المال ، كما لو انقطع المسلم فيه . وإن لم يكن لنقله مؤنة ، كالدرهم والدنانير ، فله مطالبته به ، وأشار إمام الحرمين إلى خلاف فيه . ولو ظفر المالك بالناصب في غير مكان النصب أو الاتلاف ، فهل له مطالبته بالمثل ؟ فيه خلاف ، الأصح : ليس له المطالبة إلا بالقيمة . ولو أتى المسلم إليه بالمسلم فيه في غير مكان التسليم ، فامتنع المستحق من أخذه ، فإن كان لنقله مؤنة ، أو كان الموضع مخوفاً ، لم يجز ، وإلا فوجهان بناءً على القولين في التسجيل قبل المهل . فلورضي ، وأخذه ، لم يكن له أن يكافئه مؤنة النقل .

قلت : أصحها : إجباره . ولو اتفق كون رأس المال على صفة المسلم فيه ، فأحضره ، فوجهان مشهوران . أصحها : يجب قبوله . والثاني : لا يجوز . والله أعلم

باب القرض

هو مندوب إليه . وأركانه أربعة . الماقدان ، والصيغة ، والشئ المقرض ، فلا يصح إلا من أهل النبرع . وأما الصيغة ، فالإيجاب لا بد منه ، وهو أن يقول : أقرضتك ، أو أسلفتك ، أو خذ هذا بمثله ، أو خذه واصرفه في حوائجك وردةً بدله ، أو ملكتك على أن ترد بدله ، فلو اقتصر على « ملكتك » فهو هبة ، فإن اختلفا في ذكر البذل ، فالقول قول الآخذ .

قلت : وحكي وجه : أن القول قول الدافع ، وهو متجه . وفي « التتمة » وجه : أن الاختصار على « ملكتك » قرض . والله أعلم

وأما القبول ، فشرط على الأصح ، وبه قطع الجمهور . وادعى إمام الحرمين أن عدم الاشتراط أصح .

قلت : وقطع صاحب « التتمة » بأنه لا يشترط الإيجاب ، ولا القبول ، بل إذا قال لرجل : أقرضني كذا ، أو أرسل إليه رسولاً ، فبث إليه المال ، صح القرض . وكذا لو قال رب المال : أقرضتك هذه الدرام ، وسلمها إليه ، ثبت القرض .

والله أعلم

وأما الشئ المقرض ، فللأل ضربان .

أحدهما : يجوز السلم فيه ، فيجوز إقراضه حيواناً كان ، أو غيره . لكن إن كان جارية ، نظر ، إن كانت محرماً للمستقرض ، بنسب ، أو رضاع ، أو مصاهرة ، جاز إقراضها قطعاً . وإن كانت حلالاً ، لم يجوز على الأظهر المنصوص قديماً وجديداً .

قلت : هذا الذي جزم به من جواز إقراض المحرم ، هو الذي قطع به الجماهير . وقال في « الحاوي » ، إن كانت ممن لا يستيجها المستقرض ، بأن اقترضها محرم ، أو امرأة ، فوجهان . قال البنداديون : يجوز . وقال البصريون : لا يجوز ويعبرون جنساً لا يجوز قرضه . والله أعلم

الضرب الثاني : ما لا يجوز السلم فيه ، فجواز إقراضه يبنى على أن الواجب في المتقومات رد المثل أو القيمة ، إن قلنا بالأول ، لم يجوز . وبالثاني ، جاز . وفي إقراض الخبز ، وجهان ، كالسلم فيه . أصحها في « التهذيب » : لا يجوز . واختار صاحب « الشامل » وغيره : الجواز . وأشار في « البيان » إلى ترتيب الخلاف ، إن جوزنا السلم ، جاز هنا ، وإلا فوجهان . قال : فإن جوزناه ، رد مثله وزناً إن أوجبنا في المتقومات المثل . وإن أوجبنا القيمة ، وجبت هنا . فإن شرط المثل ، فوجهان . قلت : قطع صاحب « التتمة » والمستظهري ، بجواز قرضه وزناً . واحتج صاحب « الشامل » و « التتمة » بأجماع أهل الأمصار على فعله في الأعصار بلا إنكار ، وهو مذهب أحمد رضي الله عنه ، وأبي يوسف ، ومحمد ، وذكر صاحب « التتمة » وجهين في إقراض الخبز الحامض . أحدهما : الجواز ، لا طراد المادة . وفي فتاوى القاضي حسين : لا يجوز إقراض الروبة ، لأنها تختلف بالحموضة . قال : ولا يجوز إقراض المنافع ، لأنه لا يجوز السلم فيها ، ولا إقراض ماء القناة ، لأنه مجهول . والله أعلم

فرع

يشترط أن يكون المقرض معلوم القدر ، ويجوز إقراض المكيل وزناً وعكسه

كالسلم . وقال القفال : لا يجوز إقراض المكيل وزناً ، بخلاف السلم ، فإنه لا يشترط فيه استواء الموضين . وزاد فقال : لو أتلّف مائة رطل حنطة ، ضمنها بالكيل . ولو باع شقصاً بمائة رطل حنطة ، أخذ الشفيع بمثلها كيلاً . والأصح في الجميع : الجواز .

فصل

يحرم كل قرض جر منفعة ، كشرط رد الصحيح عن المكسر أو الجيد عن الرديء ، وكشرط رده ببلد آخر ، فإن شرط زيادة في القدر ، حرم إن كان المال ربوياً ، وكذا إن كان غير ربوي على الصحيح . وحكى الامام أنه يصح الشرط الجارّ للمنفعة في غير الربوي ، وهو شاذ غلط . فإن جرى القرض بشرط من هذه ، فسد القرض على الصحيح ، فلا يجوز التصرف فيه . وقيل : لا يفسد ، لأنه عقد مساعمة . ولو أقرضه بلا شرط ، فردّه أجود أو أكثر أو ببلد آخر ، جاز ، ولا فرق بين الربوي وغيره ، ولا بين الرجل المشهور برد الزيادة أو غيره على الصحيح . قلت : قال في التتمة : لو قصد إقراض المشهور بالزيادة الزيادة ، ففي كراهته

وجاهان . والله أعلم

ولو شرط ردّه الأردى أو المكسر ، لفا الشرط ، ولا يفسد العقد على الأصح ، وأشار بعضهم إلى خلاف في صحة الشرط . ولا يجوز شرط الأجل فيه ، ولا يلزم بحال . فلو شرط أجلاً ، نظر ، إن لم يكن للمقرض غرض فيه ، فهو كشرط رد المكسر عن الصحيح . وإن كان ، بأن كان زمن نهب والمستقرض مليء ، فهو كالتأجيل بلا غرض ، أم كشرط رد الصحيح عن المكسر ؟ وجاهان . أصحها : الثاني ، ويجوز به شرط الرهن والكفيل ، وشرط أن يشهد عليه أو يُقرّ به عند الحاكم . فإن شرط

المراد
بالتأجيل
أن يشهد
عليه أو
يقرّ به
عند الحاكم

رهناً بدين آخر ، فهو كشرط زيادة الصفة . ولو شرط أن يقرضه مالا آخر ، صح على الصحيح ، ولم يلزمه ما شرط ، بل هو وعد ، كما لو وهبه ثوباً بشرط أن يهبه غيره .

فصل

فما يملك به المقرض قولان منتزعان من كلام الشافعي رضي الله عنه . أظهرهما : بالقبض . والثاني : بالتصرف . فإن قلنا : بالقبض ، فهل للمقرض أن يلزمه رده بمينه ما دام باقياً ، أم للمستقرض ردّه بدله مع وجوده ؟ وجهان . أصحها عند الأكثرين : الأول . ولو رده المستقرض بمينه ، لزم المقرض قبوله قطعاً . وإن قلنا : يملك بالتصرف ، فمنه : إذا تصرف ، تبين ثبوت ملكه . ثم في ذلك التصرف ، أوجه . أصحها : أنه كل تصرف يزيل الملك . والثاني : كل تصرف يتعلق بالرقبة . والثالث : كل تصرف يستدعي الملك . فعلى الأوجه : يكفي البيع ، والهبة ، والاعتاق ، والاتلاف . ولا يكفي الرهن ، والتزويج ، والاجارة ، وطحن الحنطة ، وخبز الدقيق ، وذبح الشاة ، على الوجه الأول .

قلت : فتكون هذه العقود باطلة والله أعلم

ويكفي ما سوى الاجارة على الثاني ، وما سوى الرهن ، على الثالث ، لأنه يجوز أن يستعير الرهن ، فيرهنه . وحكي عن الشيخ أبي حامد : أنه كل تصرف يمنع رجوع الواهب والبائع عند إفلاس المشتري . فإن قلنا بالأول ، فهل يكفي البيع بشرط الخيار ؟ إن قلنا : لا يزيل الملك ، فلا ، وإلا ، فوجهان ، لأنه لا يزيله بصفة الزوم .

فرع

اقترض حيواناً ، إن قلنا : يملك بالقبض ، فنفقته على المقرض ، وإلا ، فعلى المقرض إلى أن يتصرف المستقرض . ولو اقترض من يمتق عليه ، عتق إذا قبضه إن قلنا : يملك به ، ولا يمتق إن قلنا : بالتصرف . قال في « التهذيب » ويجوز أن يقال : يمتق ويحكم بالملك قبيله .

قلت : جزم صاحب « التتمة » بهذا الاحتمال ، ولكن المروف : أن لا يمتق .
والله أعلم

فصل

أداء القرض في الصفة والمكان والزمان ، كالسلم فيه . ولو ظفر بالمستقرض في غير مكان الاقراض ، فليس له مطالبته بالمثل ، وله مطالبته بالقيمة . فلو عاد إلى مكان الاقراض ، فهل له رد القيمة والمطالبة بالمثل ؟ وهل للمقرض مطالبته برده القيمة ؟ وجهان .

قلت : أصحابها : لا . والله أعلم

والقيمة التي يطالب بها ، قيمة بلد القرض يوم المطالبة . وكذا في السلم يطالب بقيمة بلد العقد إذا جاوزنا أخذ قيمته .

قلت : المتبر في السلم ، قيمة الموضع الذي يستحق فيه التسليم . والله أعلم

فرع

إذا اقترض مثلياً ، رد مثلياً ، وإن رد متقوماً ، فالأصح عند الأكثرين : أنه يرد مثله من حيث الصورة . والثاني : يرد القيمة يوم القبض إن قلنا : يملك به . وإن قلنا : بالتصرف ، فوجهان . أحدهما : كذلك . والثاني : تجب قيمته أكثر ما كانت من القبض إلى التصرف . وإذا اختلفا في قدر القيمة ، أو صفة المثل ، فالقول قول المستقرض .

قلت : قال في د المذهب ، لو قال : أقرضتك ألفاً وقبيل وتفرقاً ، ثم دفع إليه ألفاً ، فإن لم يطل الفصل ، جاز ، وإلا ، فلا ، لأنه لا يمكن البناء مع طول الفصل . وإذا جوزنا إقراض الخبز ، فهل يرد مثل أو القيمة ؟ فيه الوجهان . فإن قلنا : القيمة ، فشرط الخبز ، فوجهان . أحدهما : يصح الشرط ، لأن مبناه على المساهلة والرفق . قال الشاشي : قال القاضي أبو حامد : إذا أهدى المستقرض للمقرض هدية ، جاز قبولها بلا كراهة ، هذا مذهبنا ومذهب ابن عباس ، وكرها ابن مسعود . قال المحاملي وغيره من أصحابنا : يستحب للمستقرض أن يرد أجود مما أخذ ، للحديث الصحيح في ذلك (١) ولا يكره للمقرض أخذ ذلك . ولو أقرضه تقدماً ، فأبطل السلطان المعاملة به ، فليس له إلا النقد الذي أقرضه ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه ، ونقله عنه أيضاً ابن المنذر ، وقد سبق نظيره في البيع . وفي فتاوى القاضي حسين : أنه لو قال : أقرضني عشرة ، فقال : خذها من فلان ، فأخذها منه ، لا يكون قرضاً ، بل هذا توكيل بقبض الدين ، فبعد القبض لا بد من قرض جديد . ولو كانت العشرة في يد فلان معينة ، ودبعة أو غيرها ، صح . والله أعلم

(١) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : كان لرجل على النبي صلى الله عليه وسلم من من الابل ، فجاء يتقاضاه ، فقال : « أعطوه » فطلبوا سنه ، فلم يجدوا إلا سناً فوقها ، فقال : « أعطوه » فقال : أوفيتني أوفاك الله ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « إن خيركم أحسنكم قضاء » متفق عليه . وقوله : سن ، أي : جل له سن معين .

كتاب الرهن

فيه أربعة أبواب .

الأول : في أركانه ، وهي أربعة . الأول : الرهون ، وله شروط . الأول : كونه عيناً ، فلا يصح رهن النفعة ، بأن يرهنه سكنى الدار مدة ، سواء كان الدين المرهون به حالاً أو مؤجلاً . ولا يصح رهن الدين على الأصح ، ويصح رهن الشاع ، سواء رهنه عند شريكه أو غيره ، قبيل القسمة أم لم يقبلها .

قلت : سواء كان الباقي من الشاع للراهن أم لغيره . والله أعلم

ولو رهن نصيبه من بيت من دار باذن شريكه ، صح ، وبغير إذنه ، وجهان . أصحابها عند الامام : صحته كما يصح بيعه . وأصحابها عند البغوي : فساد ، وادعى طرد الخلاف في البيع .

قلت : وعن وافق الامام في تصحيح صحته الغزالي في « البسيط » ، وصاحب « التتمة » ، وغيرهما . وأما طرد الخلاف في البيع ، فشاذ ، فقد قطع الأصحاب بصحته .

والله أعلم

فان قسمت الدار ، فوقع هذا البيت في نصيب شريكه ، فهل هو كتلف المرهون بآفة سماوية ، أم يفرم الراهن قيمته ويكون رهناً لكونه حصل له بدله ؟ فيه احتمالان للامام . أصحابها : الثاني . وقال الامام محمد بن يحيى : إن كان مختاراً في القسمة ، غرم ، وإن كان مجبراً ، فلا .

قلت : هذا المذكور تقرب على الصحيح الذي قطع به جماهير الأصحاب :
أن هذه الدار تقسم قسمة واحدة . وشذ صاحب « التتمة » فقال : لا تقسم
قسمة واحدة ، بل يقسم البيت وحده ، ويسلّم نصيب الراهن للمرتهن ، ثم يقسم الباقي ،
كما لو باع نصيبه من ذلك البيت . وقد أشار صاحب « المذهب » ومن تابعه ، إلى
أنها إذا اقتسما فخرج البيت في نصيب شريكه ، يبقى مرهوناً ، وهذا ضعيف .
والمتحصّل من هذا الخلاف : أن المختار جواز قسمتها جملة ، وأن لا يبقى
مرهوناً ، بل يغرم . والله أعلم

فرع

إذا رهن المشاع ، فقبضه بتسليم له ، فاذا قبض ، جرت المباشرة بين المرتهن
والشريك جريانها بين الشريكين . ولا بأس بتبعض اليد بحكم الشرع ، كما لا بأس
به لاستيفاء الراهن النافع .

قلت : قال أصحابنا : إن كان المرهون مما لا ينقل ، خلّى الراهن بين المرتهن
وبينه ، سواء حضر الشريك أم لا . وإن كان مما ينقل ، لم يحصل قبضه إلا بالنقل ،
ولا يجوز نقله بغير إذن الشريك . فإن أذن ، قبض ، وإن امتنع ، فإن رضي المرتهن
بكونها في يد الشريك ، جاز ، وناب عنه في القبض ، وإن تنازعا ، نصب الحاكم
عدلاً يكون في يده لهما ، فإن كان له منفعة آجره . والله أعلم

الشرط الثاني : يختلف فيه ، وهو صلاحية المرتهن ، لثبوت اليد عليه . فإن رهن
عبداً مسلماً أو مصحفاً عند كافر ، أو السلاح عند حربي ، أو جارية حسناء عند
أجنبي ، صح على المذهب في جميعها ، فيجعل العبد والمصحف في يد عدل .

قلت : وإذا صححنا رهن العبد والمصحف عند الكافر ، ففي « تهذيب » الشيخ نصر المقدسي الزاهد وغيره : أن المقدس حرام . وفي « التهذيب » للبغوي : أنه مكروه ، ذكره في كتاب الجزية . والله أعلم

ثم إن كانت الجارية صغيرة لا تشتبي ، فهي كالعبد ، وإلا ، فإن رهنه عند محرم أو امرأة ، فذاك . وإن رهنه عند أجنبي ثقة وعنده زوجته ، أو جاريته ، أو نسوة يؤمن معهم الإمام بها ، فلا بأس ، وإلا ، فلتوضع عند محرم لها أو امرأة ثقة ، أو رجل عدل بالصفة المذكورة في المرتن . فإن شرط وضعها عند غير مَنْ ذكرنا ، فهو شرط فاسد . وألحق الإمام بالصغيرة ، الحسيصة مع دمامة الصورة ، لكن الفرق ظاهر . ولو كان الرهون خنثى ، فكالجارية ، إلا أنه لا يوضع عند امرأة.

الشرط الثالث : كون العين قابلة للبيع عند حلول الدين ، فلا يصح رهن أم الولد ، والمكاتب ، والوقف ، وسائر مالا يصح بيعه . وسواد العراق وقف على المسلمين على المذهب ، فلا يجوز رهنه . وأبنته ، وأشجاره ، إن كانت من تربته وغراسه الذي كان قبل الوقف ، فهي كالأرض . وإن أحدث فيها من غيرها ، جاز رهنها . فإن رهنه مع الأرض ، فهي من صور تفريق الصفقة ، وكذا رهن الأرض مطلقاً إن قلنا : إن البناء والفراس يدخلان فيه . وإذا صح الرهن في البناء ، فلا خراج على المرتن ، وإنما هو على الراهن . فإن أدّاه المرتن بغير إذنه ، فهو متبرع ، وإن أدّاه بأذنه بشرط الرجوع ، رجس . وإن لم يشرط الرجوع ، فوجهان يجريان في أدّاء دين النير بأذنه مطلقاً ، وظاهر النص : الرجوع .

فصل

التفريق بين الأم وولدها الصغير ، حرام ، وفي إفساده البيع قولان سابقا .
ويصح رهن أحدهما دون الآخر . وإذا أريد البيع ، ففيه وجهان . أحدهما : يباع
المرهون وحده ، ويحتمل التفريق للضرورة . وأصحها : يباعان جميعاً ، ويوزع الثمن
على قيمتها . وفي كيفيته كلام يحتاج إلى مقدمة ، وهي رجل رهن أرضاً بيضاء ،
فبنت فيها نخل ، فله حالان .

أحدهما : أن يرهن الأرض ثم يدفن النوى فيها ، أو يحمله السيل أو الطير ،
فهي للراهن ، ولا يجبر في الحال على قلعها ، فلمله يؤدّي الدين من موضع آخر .
فإن دعت الحاجة إلى بيع الأرض ، نظر ، إن وقى ثمن الأرض إذا بيعت
وحدها بالدين ، بيعت وحدها ولم يقلع النخل . وكذا لو لم يف به ، إلا أن
قيمة الأرض وفيها الأشجار كقيمتها بيضاء . ولو لم يف به وقيمتها تنقص
بالأشجار ، فلدرتهن قلعها لبيع الأرض بيضاء ، إلا أن يأذن الراهن في بيعها مع
الأرض ، فتباعان ويوزع الثمن عليهما . هذا إذا لم يكن الراهن محجوراً عليه بالأفلاس .
فإن كان ، فلا قلع بحال ، لتعلق حق الغرماء به ، بل يباعان ويوزع الثمن عليهما ،
فما قابل الأرض ، اختص به المرتهن ، وما قابل الأشجار ، قسّم بين الغرماء .
فإن نقصت قيمة الأرض بسبب الأشجار ، حسب النقص على الشجر ، لأن حق
المرتهن في الأرض فارغة .

الحال الثاني : أن يكون النوى مدفوناً في الأرض يوم الرهن ، ثم بنت . فإن
كان المرتهن جاهلاً بالحال ، فله الخيار في فسخ البيع الذي شرط فيه هذا الرهن .
فإن فسخ ، وإلا فهو كما لو كان عالماً . وإن كان عالماً ، فلا خيار . وإذا بيعت
الأرض مع النخل ، وزع الثمن عليهما . والمختار في الحال الأول ، قيمة الأرض

فارغة . وفي الحال الثاني ، قيمة أرض مشغولة ، لأنها كانت مشغولة يوم الرهن .
وفي كيفية اعتبار الشجر وجهان قفلها الامام في الحالين . أصحابها : تقوّم الأرض
وحدها . فاذا قيل : هي مائة ، قوّمت مع الأشجار ، فاذا قيل : هي مائة وعشرون ، فالزيادة
بسبب الأشجار سدس ، فيراعى في الثمن نسبة الأسداس . والثاني : تقوّم الأشجار وحدها .
فاذا قيل : هي خمسون ، كانت النسبة بالثلث ، ثم في المثال المذكور لايضاح الوجهين تكون قيمة
الأرض ناقصة بسبب الاجتماع ، لأننا فرضنا قيمتها وحدها مائة ، وقيمة الأشجار وحدها
ثابتة خمسين ، وقيمة المجموع مائة وعشرين . عدنا إلى مسألة الام والولد ، فاذا يما
مأ ، وأردنا التوزيع ، ففيه طريقان .

أحدهما : أن التوزيع عليها كالتوزيع على الأرض والشجر ، فتعتبر قيمة الأم
وحدها . وفي الولد الوجهان .

والثاني : أن الأم لا تقوّم وحدها ، بل تقوّم مع الولد وبهي خاصّته ، لأنها
رهنت وهي ذات ولد ، والأرض بلا أشجار . وبهذا الوجه قطع الأكثرون .
فلو حدث الولد بعد الرهن والتسليم من نكاح أوزنى ، ويما مأ ، فللمرتهن قيمة
جارية لا ولدها .

قلت : ذكر الامام الرافعي في مسألة الفراس والأرض الفرق بين علم المرتن
وجهه في ثبوت الخيار ، ولم يذكره هنا ، فكأنه أراد أنه مثله . وقد صرح صاحب
«الشامل» بذلك فقال : إن كان عالماً بالولد حال الارتهان ، فلا خيار ، وإلا ، فله
الخيار في فسخ البيع المشروط فيه الرهن . وقال صاحب «الحاوي» : إن علم ،
فلا خيار ، وإلا ، فإن قلنا : تباع الأم دون الولد ، فلا خيار ، وإن قلنا : يباعان ، ففي الخيار
وجهان . وجه النع : أنه لا يتحقق نقصها ، بل قد تزيد . فإن قيل : ما فائدة الخلاف في التوزيع ،
والراهن يجب عليه قضاء الدين بكل حال ؟ قلنا : تظهر فائدته عند ازدحام غرماء الميت والفاس ،

وفي تصرف الراهن في الثمن قبل قضاء الدين، فينفذ في حصة الولد دون الأم، ذكره
الامام، والنزالي في «البسيط». والله أعلم

فصل

إذا رهن ما يتسارع إليه الفساد ، فإن أمكن تخفيفه كالرطب والعنب ، صح
رهنه وجفف . وإن لم يمكن كالثمرة التي لا تجفف ، والريحان ، والجَمَد ، فإن رهنه
بدين حالٍ ، صح ، ثم إن يبيع في الدين ، أو قضي الدين من موضع آخر ، فذاك ،
وإلا يبيع وجعل الثمن رهناً ، فلو تركه المرتهن حتى فسد ، قال في « التهذيب » :
إن كان الراهن أذن له في بيعه ، ضمن ، وإلا ، فلا . ويجوز أن يقال : عليه الرفع
إلى القاضي لبيعه .

قلت : هذا الاحتمال الذي قاله الامام الرافعي رحمه الله ، قوي أو متعين .
وقد قال صاحب « التتمة » ، في هذه الصورة : إن سكتا حتى فسد ، أو طلب
المرتهن بيعه ، فامتنع الراهن ، فهو من ضمان الراهن . وإن طلب الراهن بيعه ، فامتنع
المرتهن ، فمن ضمان المرتهن . والله أعلم

وإن رهنه بدين مؤجل ، فله ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يعلم حلول الأجل قبل فساده ، فهو كرهنه بالحال .

الثاني : أن يعلم عكسه . فإن شرط في الرهن بيعه عند الاشراف على الفساد ،
وجعل ثمنه رهناً ، صح ولزم الوفاء بالشرط . فلو شرط أن لا يباع بحال عند
حلول الأجل ، بطل الرهن لمناقضته مقصود الرهن . وإن لم يشرط ذا ولا ذاك ،
فهل هو كشرط البيع ، أم كشرط عدم البيع ؟ قولان ، أظهرهما عند المراقبين : الثاني ،
وميل غيرهم إلى الأول .

قلت : قال الامام الرافعي في « المحرر » ، أظهرهما : لا يصح الرهن . والله أعلم

الثالث : أن لا يعلم واحد من الأمرين وهما محتملان ، فالمذهب : الصحة . ولو رهن مالا يسرع إليه الفساد ، فحدث ما عرّضه للفساد قبل الأجل ، بأن ابتلّت الحنطة ، وتمذر تجفيفها ، لم يفسخ بحال . ولو طرأ ذلك قبل قبض المرهون ، ففي الانفساخ وجهان ، كما في حدوث الموت والجنون . وإذا لم يفسخ ، يبيع وجعل الثمن رهناً مكانه .

قلت : الأرجح : أنه لا يفسخ ، وهذا الذي قطع به ، من أنه إذا لم يفسخ يباع ، هو المذهب . ونقل الامام : أن الأئمة قطعوا بأنه يستحق ييمه . ونقل صاحب « الحاوي » ، فيه قولين .

أحدهما : يجبر الراهن على ييمه حفظاً للوثيقة ، كما يجبر على نفقته .

والثاني : لا ، لأن حق المرتهن في حبسه فقط ، وهذا ضعيف . والله أعلم

فصل

رهن العبد المحارب ، كبيعه . ورهن المرتد صحيح على المذهب كبيعه . فإن علم المرتن ردّته ، فلا خيار له في فسخ البيع المشروط فيه الرهن . وإن جهل ، يخيّر ، فإن قتل قبل قبضه ، فله فسخ البيع . وإن قتل بعده ، فمن ضمان من ؟ فيه وجهان سبقا في البيع . فإن قلنا : من ضمان البائع ، فللمرتن فسخ البيع ، وإلا فلا فسخ ولا أرش ، كما لو مات في يده .

قلت : ولو رهنه عبداً مريضاً ، لم يعلم بمرضه المرتن حتى مات في يده ، فلا خيار له ، قاله في المعايبة ، قال : لأن الموت بألم حادث ، بخلاف قتل المرتد .

والله أعلم

قرع

الجاني إن لم نصحح بيعه ، فرهنه أولى ، وإلا ، عقولان ، لأن الجناية الطارئة ،
يقدم صاحبها على حق المرتين ، فالتقدمة أولى . فإن لم نصحح رهنه ، ففداء السيد ،
أو أسقط الجني عليه حقه ، فلا بد من استئناف رهن . وإن صححناه ، فقال المسمودي
والامام : يكون مختاراً للفداء كما لو باعه ، وقال ابن الصباغ : لا يلزمه الفداء ،
بخلاف البيع ، لأن عمل الجناية باقٍ هنا ، والجناية لا تنافي الرهن .

قلت : قال البغوي أيضاً : يكون ملتزماً للفداء . ولكن الأكثرون قالوا كقول
ابن الصباغ ، منهم الشيخ أبو حامد ، والماوردي ، وصاحب المدة ، وغيرهم . قالوا :
هو مخير بين فدائه وتسليمه للبيع في الجناية . فإن فداء ، بقي الرهن ، وإلا يبيع
في الجناية ، وبطل الرهن إن استغرقه الأرض ، وإلا يبيع بقدره ، واستقر الرهن في
الباقى . وإذا قلنا : لا يصح رهن الجاني ، فسواء كان الأرض درهماً ، والمبد يساوي
الوفاء ، أم غير ذلك ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه والأصحاب . وأما إثبات الخيار
للمرتن في فسخ البيع المشروط فيه رهنه ، ففيه تفصيل في « الحلوي » وغيره .
إن كان عالماً بالجناية ، فلا خيار في الحال . فإن اقتصر منه في طرفه ، بقي رهناً ،
ولا خيار للمرتن في البيع ، لملته بالميب . وإن قتل قصاصاً ، فإن قلنا : إنه من ضمان
البائع ، فله الخيار كما لو بان مستحقاً . وإن قلنا : من ضمان المشتري ، فلا خيار ،
لأنه معيب علم به ، وإن عفا مستحق القصاص على ماله ، فإن فداء ، بقي رهناً ، ولا
خيار للمرتن ، وإن يبيع للجناية ، بطل الرهن . وفي الخيار الوجهان . وإن
عفا عن القصاص ، سقط أثر الجناية . أما إذا كان جاهلاً بالجناية ، فإن علم قبل
استقرار حكمها ، يخير . فإن فسخ ، وإلا فيصير عالماً ، وحكمه ما سبق . وإن لم
يعلم إلا بعد استقرار حكمها على قصاص طرف ، لم يبطل الرهن بالقصاص ، لكن

للمرتين الخيار . وإن كان قصاص نفس ، بطل الرهن . وفي الخيار الوجهان . .
وإن استقر حكمها على مال ، فإن فداءه ، كان كالمفو على مال . وإن بيع ، بطل
الرهن . وفي الخيار الوجهان . وإن عفا بلا مال ، سقط أثر الجناية ، ثم إن لم
يتب العبد من الجناية وكان مصرراً ، فهذا عيب ، فلمرتين الخيار . وإن تاب ، فهل
ذلك عيب في الحال ؟ وجهان . فإن قلنا : عيب ، فله الخيار ، وإلا ، فوجهان . أحدهما :
يعتبر الابتداء فيثبته . والآخر : ينظر في الحال ، هذا كلام صاحب « الحاوي » وفيه نقاش .

وانتأعلم

وإذا قلنا : يصح رهن الجاني جناية توجب القصاص ، ولا يصح إذا أوجبت
مالاً ، فلهن والواجب القصاص ، فمما على مال ، فهل يطل الرهن من أصله ، أم
يكون كجناية تصدر من الرهون حتى يبقى الرهن لو لم يبع في الجناية ؟ وجهان .
اختر الشيخ أبو محمد أولها . فعلى هذا لو كان العبد حفر بئراً في محل عدوان ،
فمات فيها بعدما رهن إنساناً ، ففي تبين الفساد ، وجهان . والفرق أنه رهن في
الصورة الأولى وهو جانر .

فرع

رهن المدبّر باطل على المذهب ، وهو نصه ، ورجحه الجمهور . فعلى هذا ،
التدبير باقٍ على صحته . وإن صححنا رهنه ، بطل التدبير بناءً على أنه وصية ،
فقد رجع عنها . وقيل : لا يطل فيكون مدبّراً مرهوناً . فعلى هذا ، إن قضى
الدّين من غيره ، فذاك ، وإن رجع في التدبير وباعه في الدّين ، بطل التدبير .
وإن امتنع من الرجوع ومن يمه ، فإن كان له مال آخر ، أجبر على قضائه منه ،
وإلا فوجهان . أحدهما : يباع في الدّين . والثاني : يحكم بفساد الرهن .

قلت : هذا الذي ذكر حكم المذهب ، ولا يمتثل بقوله في « الوسيط » :
ذهب أكثر الأصحاب إلى صحة رهنه ، وإن كان قوياً في الدليل . والله أعلم

قرع

رهن المعلق عتقه بصفة ، له صور .

إحداها : رهنه بدين حال أو مؤجل تيقن حلوله قبل وجود الصفة ، فيصح
وبإيعاد في الدين . فإن لم يتفق بيعه حتى وجدت الصفة ، بني على القولين في أن الاعتبار
بالمعلق المطلق بحالة التعليق ، أم بحال وجود الصفة ؟ إن قلنا بالأول ، عتق ، والمرتهن
فسخ البيع المشروط فيه الرهن إن كان جاهلاً .

قلت : هذا الذي جزم به من ثبوت الفسخ للمرتهن على هذا القول ، هو الذي
جزم به صاحب « التهذيب » وجزم صاحب « التتمة » بأنه لا خيار له ، وقد سقط
حقه ، لأن الرهن سلم له ثم بطل فصار كرهته ، والأول : أصح ، وأقبح .

والله أعلم

وإن قلنا بالثاني ، فهو كاعتاق الرهون ، وسنذكره إن شاء الله تعالى .

الثانية : رهنه بدين مؤجل تيقن وجود الصفة قبل حلوله ، فالمذهب : بطلان
الرهن . وقيل : قولان ، وهو ضيف . فملى الصحة : يباع إذا قرب أو ان الصفة ،
ويجمل ثمنه رهناً .

الثالثة : أن لا يتيقن تقدم الصفة على الحلول وعكسه ، فالأظهر : بطلانه .
وقيل : باطل قطعاً .

فرع

رهن الثمر على الشجر له حالان .

أحدهما : أن يرهنه مع الشجر . فإن كان الثمر مما يمكن تجفيفه ، صح ، سواء بدا فيها الصلاح ، أم لا ، وسواء كان الدين حالا أو مؤجلاً ، وإن لم يمكن ولم نصحح رهن ما يسرع الفساد ، فالذهب : بطلان رهن الثمر . وفي الشجر قولاً تفريق الصفقة . وقيل : يصح فيها قطعاً .

الثاني : رهن الثمر وحده . فإن لم يمكن تجفيفه ، فهو كرهن ما يسرع فساداً ، وإلا ، فهو ضربان . أحدهما : يرهن قبل بدو الصلاح . فإن رهن بدين حالٍ وشرط قطعها وبيعها بشرط القطع ، جاز . وإن أطلق ، جاز أيضاً على الأظهر . وإن رهن بمؤجل ، نظر ، إن كان يحل قبل بلوغ الثمر وقت الادراك أو بعده ، فهو كالحال . وإن كان يحل قبل بلوغه وقت الادراك ، فإن رهنها مطلقاً ، لم يصح على الأظهر . وقيل : لا يصح قطعاً كالبيع . وإن شرط القطع ، فقيل : يصح قطعاً . وقيل : على القولين ، وجه المنع : التشبيه بمن باع بشرط القطع بعد مدة .

قلت : المذهب الصحة فيما إذا شرط القطع ، وبه قطع جماعة . والله أعلم

الضرب الثاني : أن يرهن بعد بدو الصلاح ، فيجوز بشرط القطع ومطلقاً . إن رهن بحالٍ أو مؤجل ، هو في منسأه . وإن رهنه بمؤجل يحل قبل بلوغها وقت الادراك ، فعلى ما سبق في الضرب الأول . ومتى صح رهن اثمار على الأشجار ، فمؤنة السقي والجداد والتجفيف على الراهن . فإن لم يكن له شيء ، باع المالك جزءاً منها وأنفقه عليها . ولو توافق الراهن والمترهن على ترك السقي ، جاز على الصحيح . وقيل : يحبر عليه كما يحبر على علف الحيوان . وادعى الروائي أنه لا يصح . ولو

أراد أحدهما قطع الثمرة قبل وقت الجداد ، فلآخر الامتناع ، وليس له الامتناع بعد وقت الجداد ، بل يباع في الدين إن حل ، وإلا ، أمسكه رهناً .

فرع

الشجرة التي تثمر في السنة مرتين ، يجوز رهن ثمرها الحاصل بدين حال .
ويعوّل محل قبل اختلاط الثمرة الثانية بالأولى ، وإلا ، فإن شرط أن لا يقطع عند خروج الثانية ، لم يصح . وإن شرط قطعه ، صح . وإن أطلق ، فقولان .
فإن صححنا ، أو رهن بشرط القطع ، فلم يقطع حتى اختلط ، ففي بطلان الرهن قولان كالقولين في البيع إذا عرضت هذه الحالة قبل القبض . والرهن بعد القبض ، كالبيع قبله ، فإن قلنا : يبطل الرهن ، فذاك . وإن قلنا : لا يبطل ، فلو اتفقا قبل القبض ، بطل على الصحيح . وإذا لم يبطل ، فإن رضي الراهن ، يكون الجميع رهناً ، أو توافقا على كون النصف - من الجملة مثلاً - رهناً ، فذاك ، وإن اختلفا في قدر الرهون ، هل هو نصف المختلط ، أو ثلثه ، أو نحو ذلك ؟ فالقول قول الراهن مع يمينه . وقال المزني : قول المرتهن .

فرع

رهن زرعاً بعد اشتداد جبه ، فكيفه ، إن كان ثرى جباته في سنبله ، صح ، وإلا فلا ، على الأظهر . وإن رهنه وهو بقل ، فكرهن الثمرة قبل بدو صلاح .
وقال صاحب « التلخيص » : لا يجوز قطعاً إن كان الدين مؤجلاً ، وإن صرح بشرط القطع عند المحل ، لأن الزرع لا يجوز بيعه مسنبلاً . وقد يقع الحلول في تلك الحالة ، ولأن زيادة الزرع يطوله ، فهو كثرة تحدث وتختلط .

فصل

لا يشترط كون المرهون ملك الراهن على المذهب، فلو استعاد عبداً لبرهته بدين ، فرهته، جاز . وهل سبيله سبيل الضمان، أم العارية ؟ قولان. أظهرهما : الأول. وممناه : أنه ضمن الدين في رقة عبده . قال الامام : هذا المقد أخذ شياً من ذاء، وشبهاً من ذاك ، وليس القولان في تحضه عارية أو ضماناً ، وإنما هما في أن المطلب أيها ؟ وقال ابن سريج : إذا جلتناه عارية ، لم يصح هذا التصرف ، لأن الرهن ينبغي أن يلزم بالقبض ، والعارية لا تلزم . فعلى هذا يشترط في المرهون كونه ملك الراهن . والصواب ، ما سبق ، وعليه التفريع . والعارية قد تلزم ، كإعارة للدفن ، ونظائره . ويتفرع على المذهب فروع .

أحدها : لو أذن في رهن عبده ، ثم رجع قبل أن يقبض الرهن ، جاز ، وبعد قبضه : لا رجوع على قول الضمان قطعاً ، ولا على قول العارية على الأصح ، وإلا فلا فائدة في هذا المقد ولا وثوق به . وقال صاحب د التقريب ، إن كان الدين حالاً ، رجع . وإن كان مؤجلاً ، ففي جواز رجوعه قبل الأجل ، وجهان ، كما لو أعار للغراس مدة . ومتى جوزناه فرجع ، وكان الرهن مشروطاً في بيع ، فللمرتهن فسخ البيع إن جهل الحال .

الثاني : لو أراد المالك إجبار الراهن على فكه ، فله ذلك بكل حال ، إلا إذا كان الدين مؤجلاً ، وقلنا : إنه ضمان ، وإذا حل الأجل وأمهل الرهن الراهن ، فللمالك أن يقول للمرتهن : إما أن ترد إليّ ، وإما أن تطالبه بالدين ليؤدي فينفك الرهن ، كما إذا ضمن ديناً مؤجلاً ومات الأصيل ، فالضامن أن يقول : إما أن تطالب بحقك ، وإما أن تبرئني .

الثالث : إذا حل المؤجل ، أو كان حالاً ، قال الامام : إن قلنا : إنه ضمان ،

لم يُبْع في حق المرتن ، إن قدر الراهن على أداء الدين إلا بأذن جديد ، وإن كان معسراً ، بيع وإن سخط المالك . وإن قلنا : عارية ، لم يُبْع إلا بأذن جديد ، سواء كان الراهن موسراً ، أو معسراً . ولك أن تقول : الرهن وإن صدر من المالك ، لا يسلط على البيع إلا بأذن جديد ، فإن لم يأذن ، بيع عليه ، فالراجعة لا بد منها . ثم إذا لم يأذن في البيع ، فقياس المذهب أن يقال : إن قلنا : عارية ، عاد الوجهان في جواز رجوعه ، وإن قلنا : ضمان ، ولم يؤد الراهن الدين ، لم يمكن من الانتفاع ، ويباع عليه معسراً كان الراهن أو موسراً ، كما لو ضمن في ذمته ، يطالب موسراً كان الأصل ، أو معسراً ، ثم إذا بيع في الدين بقيمته ، رجع بها المالك على الراهن . وإن بيع بأقل ، بقدر يتقارب الناس بمثله ، فإن قلنا : ضمان ، رجع بما بيع به . وإن قلنا : عارية ، رجع بقيمته ، وإن بيع بأكثر من قيمته ، رجع بما بيع به إن قلنا : ضمان . وإن قلنا : عارية ، فقال الأكثرون : لا يرجع إلا بالقيمة ، لأن العارية بها بضمن . وقال القاضي أبو الطيب : يرجع بما بيع به كله ، لأنه غن ملكه وقد صرف إلى دين الراهن ، وهذا أحسن ، واختاره الامام ، وابن الصباغ ، والرويانى .

قلت : هذا الذي قاله القاضي ، هو الصواب ، واختاره أيضاً الشافى وغيره .

والله أعلم

الرابع : لو تلف في يد المرتن ، فإن قلنا : عارية ، لزم الراهن الضمان . وإن قلنا : ضمان ، فلا شيء عليه ، ولا شيء على المرتن بحال ، لأنه مرتن لا مستعير .

ولو تلف في يد الراهن ، قال الشيخ أبو حامد : هو على القولين ، كما لو تلف في يد المرتن ، وأطلق النزالي ، أنه يضمن ، لأنه مستعير .

قلت : المذهب : الضمان . والله أعلم

الخامس : لو جنى في يد المرتن ، فبيع في الجناية ، فإن قلنا : عارية ، لزم الراهن القيمة . قال الامام : هذا إذا قلنا : العارية تضمن ضمان الغصوب ، وإلا ، فلا شيء عليه .

السادس : إذا قلنا : ضمان ، وجب بيان جنس الدين وقدره وصفته في الحلول والتأجيل وغيرهما ، وحكي قول قديم غريب ضعيف : ان الحلول والتأجيل لا يشترط ذكرهما ، والأصح : أنه يشترط بيان من يرهن عنده ، ولا خلاف أنه إذا عين شيئاً من ذلك ، لم يجز مخالفته ، لكن لو عين قدراً فرهن بما دونه ، جاز ، ولو زاد عليه ، ففيل : يبطل في الزائد ، وفي التأذون قولاً تفريق الصفة والمذهب : القطع بالبطلان في الجميع المخالفة . وكما لو باع الوكيل بغير فاحش ، لا يصح في شيء . ولو قال : أعزني لأرهته بألف ، أو عند فلان ، كان ذلك كنقييد المير على الأصح .

قلت : وإذا قلنا : عارية ، فله أن يرهن عند الإطلاق بأي جنس شاء ، وبالحال والمؤجل . قال في « التتمة » ، لكن لا يرهنه بأكثر من قيمته ، لأن فيه ضرراً . فانه لا يمكنه فكه إلا بقضاء جميع الدين . ولو أذن في حال فرهنه بمؤجل ، لم يصح كمكسه ، لأنه لا يرضى أن يحال بينه وبين عبده إلى أجل . والله أعلم

السابع : لو أعتقه المالك ، إن قلنا : ضمان ، فقد حكى الامام عن القاضي : أنه ينفذ ويوقف فيه . وفي « التهذيب » ، أنه كاعتاق المرهون ، وإن قلنا : عارية ،

قال القاضي : فكاعتاق المرهون ، وهذا تفريع على لزوم هذا الرهن على قول العارية . وفي « التهذيب » أنه يصح ويكون رجوعاً ، وهو تفريع على عدم اللزوم .
الثامن : لو قال مالك العبد : ضمنت ما لفلات عليك في رقبة عبدي هذا ، قال القاضي : صح ذلك على قول الضمان ، ويكون كالأعارة للرهن . قال الامام : وفيه تردد من جهة أن المضمون له لم يقبل ، ويجوز أن يعتبر القبول في الضمان المطلق بالأعيان ، تقريباً له من المرهون ، وإن لم يعتبر ذلك في الضمان المطلق في الذمة .
التاسع : لو قضى المعير الدين بمال نفسه ، انفك الرهن ، ثم رجوعه على الراهن يتعلق بكون القضاء باذن الراهن أم بغيره ، وستوضحه في باب الضمان إن شاء الله تعالى . فلو اختلفا في الاذن ، فالقول قول الراهن ، ولو شهد المرتين للمعير ، قبلت شهادته لعدم التهمة . ولو رهن عبده بدين غيره دون إذنه ، جاز ، وإذا بيع فيه ، فلا رجوع .

الركن الثاني : المرهون به ، وله ثلاثة شروط .

أحدها : كونه ديناً ، فلا يصح بالأعيان المضمونة بحكم العقد ، كالبيع ، أو بحكم اليد ، كالنصب ، والمستمار ، والمأخوذ على جهة السوم ، وفي وجه ضعيف : يجوز كل ذلك .

الثاني : كونه ثابتاً ، فلا يصح بمالم يثبت ، بأن رهنه بما يستقرضه ، أو بشئ ما سيشتريه . وفي وجه شاذ : يصح إن عين ما يستقرضه . وفي وجه : لو ترأهنا بائنين ، ثم لم يتفرقا حتى تبايعا ، صح الرهن إلحاقاً للحاصل في المجلس بالمقارن ، والصحيح : الأول . فعلى الصحيح : لو ارتهن قبل ثبوت الحق وقبضه ، كان مأخوذاً على جهة سوم الرهن . فإذا استقرض أو اشترى منه ، لم يصر ديناً إلا برهن جديد . وفي وجه ضعيف : يصير . ولو امتزج الرهن وسبب ثبوت الدين ، بأن قال : بعتك هذا بألف ، وارتهنت هذا الثوب به ، فقال : اشتريت ورهنت ، أو قال :

أقرضتك هذه الدرام ، وارتهنت بها عبدك ، فقال : استقرضتها ورهنته ، صح الرهن على الأصح ، وهو ظاهر النص . ولو قال البائع : ارتهنت وبمت ، وقال المشتري : اشتريت ورهنت ، لم يصح لتقدم أحد شقي الرهن على شقي البيع . وكذا لو قال : ارتهنت وبمت ، وقال المشتري : رهنت واشتريت ، لتقدم شقي الرهن على شقي البيع ، فالشرط أن يقع أحد شقي الرهن بين شقي البيع ، والآخر بعد شقي البيع . ولو قال : بني عبدك بكذا ورهنت به هذا الثوب ، فقال : بمت وارتهنت ، بني على الخلاف في مسألة الإيجاب والاستيجاب . ولو قال : بني بكذا على أن ترهنتي دارك ، فقال : اشتريت ورهنت ، فوجهان . أحدهما ، يتم المقدم بما جرى . قال في « النعمة » هو ظاهر النص . والثاني ، قاله القاضي : لا يتم ، بل يشترط أن يقول بعده : ارتهنت أو قبلت ، لأن الذي وجد منه شرط إيجاب الرهن لا استيجابه ، كما لو قال : أفضل كذا لتبيني ، لا يكون مستوجبا للبيع ، وهذا أصح عند صاحب « التهذيب » والأولى أن يفرق ، فإنه لم يصرح في المقيس عليه بالتمسك ، وإنما أخبر عن السبب الداعي له إلى ذلك الفعل ، وهنا باع وشرط الرهن ، وهو يشتمل على التمسك ، أو أبلغ منه .

الشرط الثالث : كونه لازماً . والديون الثابتة ضربان . أحدهما : مالا يصير لازماً بحال ، ككنجوم الكتابة ، فلا يصح الرهن به ، والآخر غيره . وهو نوعان . لازم في حال الرهن ، وغير لازم . فالأول يصح الرهن به ، سواء كان مسبوقاً بحالة الجواز ، أم لا ، وسواء كان مستقراً ، كالقرض وأرض الجناية ، وثن البيع المقترض ، أو غير مستقر ، كالثمن قبل قبض المبيع ، والأجرة قبل استيفاء المنفعة والصادق قبل الدخول . وأما الثاني : فينظر، إن كان الأصل في وضعه اللزوم ، كالثمن في مدة الخيار ، صح الرهن به أيضاً ، لقربه من اللزوم ، قال الامام : وهذا مفرع على أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن إلى البائع ، فأما إذا جملناه مانعاً ، فالظاهر منع الرهن ، لوقوعه قبل ثبوت الدين ، ولا شك أنه لا يباع المرهون في الثمن مالم

يمض مدة الخيار . أما ما كان أصل وضعه على الجواز ، كالجعل في الجمالة بعد الشروع في العمل ، وقبل تمامه ، فلا يصح الرهن به على الأصح . وإن كان بعد الفراغ من العمل ، صح قطعاً ، لازومه . وإن كان قبل الشروع ، لم يصح قطعاً ، لعدم ثبوته ، وعدم تعيين المستحق .

قلت : هذا الذي جزم به الامام الرافعي هو الصواب ، لكن ظاهر كلام كثيرين من الأصحاب ، أو أكثرهم ، إجراء الوجهين قبل الشروع في العمل ، لاسيما عبارة الوسيط ، وتعليقه . والله أعلم

أما المسابقة ، فإن جعلناها كالأجارة ، أو كالجمالة ، فلها حكمها .

فرع

يصح الرهن بالمنافع المستحقة بالأجارة إن وردت على الذمة ، ويساع المرهون عند الحاجة ، وتحصل المنفعة من ثمنه ، وإن كانت إجارة عين ، لم يصح ، لفوات الشرط الأول .

فرع

لا يصح رهن الملاك (١) بالزكاة ، والمأقلة بالدية قبل تمام الحول ، لفوات الشرط الثاني ، ويجوز بعده .

فرع

التوثق بالرهن والضمان شديد التقارب ، فما جاز الرهن به ، جاز ضمانه ،

(١) في شرح الوجيز : رهن الفلأل .

وكذا عكسه إلا أن ضمان المدة جائز . ولا يجوز الرهن به . هذا هو المذهب وحكي وجهه : أنه لا يصح ضمان المدة . ووجهه عن القفال : أنه يصح الرهن بها . قلت : كذا قاله الشيخ أبو حامد في « التعليق » والفزالي في « الوسيط » ، ما صح ضمانه ، صح الرهن به إلا في مسألة المدة ويستثنى أيضاً ، أن ضمان رد الأعيان المضمونة ، صحيح على المذهب بها ، باطل على الصحيح ، وعن استثنائها الفزالي في « البسيط » . والله أعلم

فصل

يجوز أن يرهن بالدين الواحد رهناً بعد رهن ، ثم هو كما لو رهنها معاً . ولو كان الشيء مرهوناً بعشرة ، وأقرضه عشرة أخرى على أن يكون مرهوناً بها أيضاً ، لم يصح على الجديد الأظهر . فإن أراد ذلك ، فطريقه أن يفسخ المرتهن الرهن الأول ، ثم يرهنه بالجميع . ولو جنى المرهون ، ففداه المرتهن باذن الراهن ليكون مرهوناً بالدين ، والفداء ، صح على المذهب وهو نصه ، لأنه من مصالح الرهن ، فانه يتضمن إبقائه . وقيل : فيه القولان . ولو اعترف الراهن أنه مرهون بعشرين ، ثم ادعى أنه رهنه أولاً بعشرة ثم بعشرة ، وقلنا : لا يجوز ، ونازعه المرتهن ، فالقول قول المرتهن مع يمينه ، لأن اعتراف الراهن ، يقوي جانبه . ولو قال المرتهن في جوابه : فسخنا الرهن الأول ، واستأنفنا بالعشرين رهناً ، فهل القول قول المرتهن لاعتضاده بقول الراهن رهن بعشرين ، أم قول الراهن ، لأن الأصل عدم الفسخ ؟ وجهان ، ميل الصيدلاني إلى أولهما ، وصحح صاحب « التهذيب » الثاني ، ورتب عليه فقال : لو شهد شاهدان أنه رهنه بألف ، ثم بألفين ، لم يحكم بأنه رهن بألفين ، ما لم يصرحاً بأن الثاني كان بعد فسخ الأول .

فرع

رهن بعشرة ثم استقرض عشرة ليكون رهناً بها ، وأشهد شاهدين أنه رهن بالمشرين ، فإن لم يعلم الشاهدان الحال وتقلا ما سما ، فهل يحكم بكونه رهناً بالمشرين ، إذا كان الحاكم يعتقد القول الجديد ، وجهان . وإن عرفا الحال ، فإن كانا يعتقدان جواز اللاحق ، فهل لهما أن يشهدا بأنه رهن بالمشرين ، أم عليها بيان الحال ؟ وجهان .

قلت : أصحهما : لا يجوز ، لأن الاجتهاد إلى الحاكم ، لا إليهما . والله أعلم

وإن كانا يعتقدان منع اللاحق ، لم يشهدا إلا بما جرى باطناً على الصحيح . وهذا التفصيل ، فيما إذا شهدا بنفس الرهن ، وفيه صور الجمهور : فإن شهدا على إقرار الراهن ، فالوجه تجويزه مطلقاً .

قلت : كذا أطلق الجمهور هذا التفصيل ، وقال صاحب « الحاوي » : إن كان الشاهدان مجتهدين ، ففيه التفصيل ، وإن كانا غير مجتهدين ، لم يجز مطلقاً ، ولزمها شرح الحال . ولو مات وعليه دين مستغرق ، فرهن الوارث التركة عند صاحب الدين على شيء آخر أيضاً ، ففي صحته الوجهان بناءً على القولين . والله أعلم

الركن الثالث : الصيغة ، فيعتبر الإيجاب والقبول ، اعتبارهما في البيع ، والخلاف في المعاوضة والاستيجاب والإيجاب عائد كله هنا .

فرع

الرهن قسماً . أحدهما : مشروط في عقد ، كمن باع ، أو أجر ، أو أسلم ، أو زوج بشرط الرهن بالثمن ، أو الأجرة ، أو السلم فيه ، أو الصداق . والقسم

الثاني : ما لم بشرط، ويسمى : رهن التبرع ، والرهن المبتدأ . فالأول ، كبيعك داري بكذا على أن ترهني به عبدك ، فقال : اشتريت ورهنت ، وقد ذكرنا خلافاً في أنه يتم الرهن بهذا ، أم لا بد من قوله بعه . ارتهنت ، فعلى الأول يقوم الشرط مقام القبول ، كما يقوم الاستيجاب مقامه ، وحكي وجه : أنها إذا شرطاً الرهن في نفس البيع ، صار مرهوناً من غير استئناف رهن ، ويقام التشارط مقام الإيجاب والقبول .

فرع

الشرط في الرهن ضربان . أحدهما : شرط يقتضيه ، فلا يضر ذكره في رهن التبرع ، ولا في الرهن المشروط في عقد ، كقوله : رعتك على أن تباع في دينك ، أو لا تباع إلا باذنك ، أو يتقدم به على الغرماء . والثاني : ما لا يقتضيه ، وهو إما متعلق بمصلحة العقد ، كالأشهاد ، وإما لا غرض فيه ، كقوله : بشرط أن لا يأكل إلا المهريسة ، وجكها كما سبق في كتاب البيع . وأما غيرها ، وهو نوعان . أحدهما : ينفع المرتن ويضر الراهن ، كشرط النافع أو الزوائد للمرتن ، فالشرط باطل ، فإن كان رهن تبرع ، بطل الرهن أيضاً على الأظهر ، وإن كان مشروطاً في بيع ، نظر ، إن لم يجرّ جهالة الثمن ، بأن شرط في البيع رهناً على أنه يبقى بعد قضاء الدين محبوساً شهراً ، فسد الرهن على الأظهر . وفي فساد البيع القولان . فيما إذا شرط عقداً فاسداً في بيع ، فإن صححنا البيع ، فلبائع الخيار ، صح الرهن أم فسد ، لأنه وإن صح ، لم يسلم له الشرط ، وإن جرّ جهالة ، بأن شرط في البيع رهناً تكون منافاه للمرتن ، فالبيع باطل على المذهب . وقيل : هو كالذي لا يجرّ جهالة ، ثم البطلان فيما إذا أطلق المنفعة . فلو قيدها فقال : ويكون منفعتها لي سنة مثلاً ، فهذا جمع بين بيع وإجارة في صفقة ، وفيه خلاف سبق .

النوع الثاني : ينفع الراهن ويضر المرتهن، كرهنتك بشرط أن لا يباع في الدين، أو لا يباع إلا بعد الحل بشهر أو بأكثر من ثمن المثل ، أو برضاي ، فالرهن باطل، كذا قطع به الأصحاب . وعن ابن خيران: أنه قال : يجيء في فساد القولان، وهو غريب . والنصواب الأول ، فلو كان مشروطاً في بيع ، عاد القولان في فساد بفساد الرهن ، فإن لم يفسد ، فللبائع الخيار .

فرع

زوائد الموهون غير مرهونة ، فلو رهن شجرة أو شاة بشرط أن تحدث الثمرة أو الولد مرهوناً ، لم يصح الشرط على الأظهر . وقيل : قطعاً، لأنه مجهول معدوم، فإن صححنا ، ففي اكساب العبد إذا شرط كونها مرهونة وجب . إن صحها : المنع ، لأنها ليست من أجزاء الأصل . وإن أفسدنا ، ففي صحة الرهن قولان . فإن كان شرطاً في بيع ، وصححنا الشرط ، أو أبطلناه وصححنا الرهن ، صح البيع ، وللبائع الخيار ، وإلا ففي صحة البيع القولان . وإذا اختصرت ، قلت : فيه أربعة أقوال .

أحدها : بطلان الجميع . والثاني : صحة الجميع . والثالث : صحة البيع فقط . والرابع : صحته مع الرهن دون الشرط .

قلت : هذا الرابع ، هو النصوص ، كذا قاله في « الشامل » . والله أعلم

فرع

أقرضه بشرط أن يرهن به شيئاً يكون منافعه للمقرض ، فالقرض باطل . فلو

شرط كون المذافع مرهونة ، فالشرط باطل ، والقرض صحيح ، لأنه لا يجر نفعاً
وفي صحة الرهن القولان .

فرع

لو قال: أقرضتك هذا الألف بشرط أن ترهن به ، وبالألف الذي لي عليك كذا
أو بذلك الألف وحده ، فالقرض فاسد . ولو قال المستقرض : أقرضني ألفاً على
أن أرهن به ، وبالألف القديم ، أو بالقديم فقط كذا ، فالأصح فساد القرض .
ولو باع بشرط أن يرهن بالثمن والدين ، أو بالدين رهناً ، بطل البيع كما سبق . فلو رهن
المستقرض ، أو المشتري كما شرط ، فإن علم فساد الشرط ، نظر ، إن رهن
بالألف القديم ، صح ، وإن رهن بهما ، لم يصح بالألف الذي فسد قرضه ، لأنه
لم يملكه ، وإنما هو مضمون في يده ، والأعيان لا يرهن بها . وفي صحته في الألف
القديم قولاً تفرق الصفقة . فإن صح ، لم يوزع ، بل كله مرهون بالألف القديم ،
لأن وضع الرهن على توثيق كل بعض من [أبعض] الدين بجميع الرهون . فلو تلف
الألف الذي فسد قبضه في يده ، صار ديناً في ذمته ، وصح الرهن بالألفين حينئذ .
وإن ظن صحته ، فإن رهن بالقديم ، فوجهان . قال القاضي : لا يصح ، وقال الشيخ
أبو محمد وغيره : يصح .

قلت : قول الشيخ أبي محمد ، هو الأصح ، واختاره الامام ، والنزالي في « البسيط » ،
وزيف الامام قول القاضي . والله أعلم

ولو رهن بالألفين وقلنا : الصفقة تفرق ، فصحته بالألف القديم على هذا الخلاف .
وكذا لو باع بشرط بيع آخر ، فأنشأ ظاناً صحة العقد ، وقد سبق هذه الصورة
في بابها .

فصل

سبق ذكر الخلاف في دخول الأبنية والأشجار في الرهن تحت اسم الأرض ، وفي دخول المرس تحت رهن الشجرة ، والأس تحت الجدار ، خلاف مرتب على البيع ، و[الرهن] أولى بالنفع لضعفه . ولا تدخل الثمرة المؤبرة تحت رهن الشجرة قطعاً ، ولا غير المؤبرة على الأظهر . وقيل : قطعاً . ولا يدخل البناء بين الأشجار تحت رهن الأشجار ، إن كان بحيث يمكن إفراده بالانتفاع . وإن لم ينتفع به إلا بتبعية الأشجار ، فكذلك على المذهب . وقيل : فيه الوجهان كالمرس . ويدخل في الأشجار ، الأغصان ، والأوراق ، لكن الذي يفصل غالباً ، كأغصان الخلاف ، وورق الآس ، والفرصاد ، فيه القولان في الثمرة غير المؤبرة ، وفي اندراج الجنين تحت رهن الحيوان خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى . والبن في الضرع لا يدخل على المذهب ، ولا يدخل الصوف على الظهر . وقيل : يدخل قطعاً . وقيل : إن كان قد بلغ أوان الجز لم يدخل ، وإلا دخل .

فصل

قال : رهنتك هذه الخريطة بما فيها ، أو هذا الحق بما فيه ، فإن كان ما فيها معلوماً مرئياً ، صح الرهن في الظرف والظروف ، وإلا ، لم يصح في الظروف . وفي الخريطة والحق قولاً الصفقة . وأما نصه في « المختصر » على الصحة في الحق ، وعدمها في الخريطة ، فسيبه أنه فرض السألة في حق له قيمة تقصد بالرهن ، وفي خريطة ليست لها قيمة تقصد بالرهن ، وحيث أن يكون المقصود ما فيها . ولو كان اللفظ مضافاً إلى ما فيها جميعاً ، وكان ما فيها بحيث لا يصح الرهن فيه ،

بطل فيها جميعاً ، وفي وجهه : يصح فيها وإن كانت قليلة القيمة اعتباراً باللفظ .
ولو عكست التصوير في الحق والخريطة ، كان الحكم بعكس ، كما نص عليه بلافق .
ولو قال : رهنتك الظرف دون ما فيه ، صح الرهن فيه مها كان له قيمة . فان
قلت : لأنه إذا أفردته فقد وجه الرهن نحوه ، وجعله المقصود . وإن رهن الظرف
ولم يتعرض لما فيه نفياً ولا إثباتاً . فان كان بحيث يقصد بالرهن وحده ، فهو الرهون
لا غير ، وإن كان لا يقصد منفرداً لكنه متمول ، فهل الرهون الظرف فقط ؟
أو مع الظروف ؟ وجهان . أصحابها : أولهما . ويجيء على قياسه وجهان إذا لم
يكن متمولاً ، لأن الرهن ينزل على المظروف أم يلغى .

قلت : قال إمام الحرمين ، والنزالي في « البسيط » كما ذكرناه في الرهن ،
يجري مثله في البيع حرفاً حرفاً ، فيما إذا قال : بتك الخريطة بما فيها ، أو وحدها ،
أو الخريطة ، لأن مأخذه اللفظ . والله أعلم

الركن الرابع : الماقدان ، فيعتبر فيها التكليف ، لكن الرهن تبرع . فان
صدر من أهل التبرع فيما له ، فذاك ، وإلا فالشرط وقوعه على وفق المصلحة
والاحتياط ، فزهن الولي مال الصبي ، والمجنون ، والمجور عليه لفسه ، وارتدائه
لهم ، مشروطان بالمصلحة والاحتياط ، فمن صور الرهن للمصلحة ، أن يشتري
للطفل ما يساوي مائتين بمائة نسيتة ، ويرهن به ما يساوي مائة من ماله ، فيجوز
لأنه إن لم يعرض تلف ، ففيه غبطة ظاهرة . وإن تلف الرهون ، كان في المشتري
ما يجبره . ولو امتنع البائع إلا برهن ما يزيد على مائة ، ترك هذا الشراء ، لأنه
ربما تلف الرهون . فان كان بما لا يتلف في العادة كالعقار ، فالذهب أنه لا يجوز .
وعن الشيخ أبي محمد ميل إلى جوازه . ومنها إذا وقع نهب أو حريق ، وخاف
الولي على ماله ، فله أن يشتري عقاراً ، ويرهن بالثمن شيئاً من ماله إذا لم يمكن

ادائه في الحال ، ولم يبع صاحب المقار عقاره إلا بشرط الرهن . ولو اقترض له والحالة هذه ، ورهن به ، لم يجوز ، قاله الصيدلاني ، لانه يخاف التلف على ما يقرضه خوفه على ما يرهنه . ولك أن تقول : إن لم يجد من يستودعه ، ووجد من يرتنه ، والمرهون أكثر قيمة من القرض ، وجب أن يجوز رهنه . ومنها أن يقرض له لحاجته إلى النفقة ، أو الكسوة ، أو لتوفية ما لزمه ، أو لاصلاح ضياعه أو مرمتها ارتقاباً لفلتها ، أو لانتظار حلول دين له مؤجل ، أو نفاق متاعه الكاسد فإن لم يرتقب شيئاً من ذلك ، فبيع ما يريد رهنه أولى من الاستقراض . وحكي وجه شاذ : أنه لا يجوز رهن مال الصبي بحال ، وليس بشيء . وأما الارتهان ، فمن صور المصلحة فيه ، أن يتعذر على الولي استيفاء دين الصبي ، فيرتن به إلى تيسيره . ومنها أن يكون دينه مؤجلاً بأن ورثه كذلك . ومنها أن يبيع الولي ماله مؤجلاً بقبضة ، فلا يكفي ييسار المشتري ، بل لا بد من الارتهان بالثمن . وفي النهاية ، إشارة إلى خلاف ذلك ، أخذاً من جواز إبطاع ماله . وإذا ارتهن جاز أن يرتن بجميع الثمن على الصحيح . وفي وجه : يشترط أن يستوفي ما يساوي المبيع نقداً ، وإنما يرتن ويؤجل بالنسيئة للفاضل .

قلت : هذا الوجه حكاه بعض المراقين عن الاصطخري . وقول الغزالي : إنه مذهب المراقين ، ليس بجيد ، ولا ذكر لهذا الوجه في معظم كتب المراقين . وإنما اشتهر الخلاف عندهم ، فيما إذا باع ما يساوي مائة نقداً ، ومائة وعشرين نسيئة بجائة وعشرين نسيئة ، وأخذ بالجميع رهناً ، ففيه عندهم وجهان . الصحيح وظاهر النص ، وقول أكثرهم : انه صحيح . قال صاحب الحاوي ، ، وشيخه الصيمري ، وصاحب البيان ، وآخرون من المراقين : فإذا جوزنا البيع نسيئة ، فشرطه كون المشتري ثقة موسراً ، ويكون الأجل قصيراً . قال : واختلفوا في حد الأجل الذي لا تجوز الزيادة عليه ، فقيل : سنة . وقال الجمهور : لا يتقدر بالسنة ،

بل يعتبر عرف الناس . ويشترط كون الرهن وافياً بالثمن ، فان فقد شرط من هذه ، بطل البيع ، وبإزمه أن يشهد عليه ، فان ترك الاشهاد ، ففي بطلان البيع وجهان .

والله اعلم

ومنها أن يقرض ماله أو يبيعه لضرورة نهب ، ويرتهن به ، قال الصيدلاني :
والأولى أن لا يرتهن إذا خيف تلف المرهون ، لأنه قد يتلف ويرفعه إلى حاكم يرى سقوط الدين بتلف الرهن ، وحيث جاز الرهن ، فشرطه أن يرهن عند أمين يجوز إيداعه . وسواء في ذلك كان الولي أباً ، أو جداً ، أو وصياً ، أو حاكماً ، أو أمينه . لكن حيث جاز الرهن أو الارتهان ، جاز للأب والجد أن يعاملا به أنفسهما ، ويتوليا الطرفين ، وليس لغيرهما ذلك ، وإذا تولى الأب الطرفين ، فقبضه وإقباضه سنذكرهما قريباً في رهن الوديعة عند المودع إن شاء الله تعالى .

فصل

رهن المكاتب وارتثانه ، جائزان بشرط المصلحة والاحتياط ، كما ذكرنا في الصبي . وتفصيل صور الارتهان ، كما سبق في الصبي . وقيل : لا يجوز أن يستقل بالرهن ، وبإذن السيد قولان ، تنزيلاً لرهنه منزلة تبرعه . وقيل : لا يجوز استقلاله بالبيع فسيئة بحال ، وبإذن السيد القولان .

فصل

المأذون

المأذون إذا دفع إليه سيده مالاً ليتجرفه ، فهو كالمكاتب إلا في شيئين . أحدهما : أن رهنه أولى بالثمن ، لكون الرهن ليس من عقد التجارة . والثاني : له البيع

نسيئة باذن سيده بلا خلاف . فان قال له : اتجر بجاهك ، ولم يدفع إليه مالا ، فله البيع والشراء في الذمة حالا ومؤجلا ، وكذا الرهن والارتهان ، إذ لا ضرر على سيده . فان فضل في يده مال ، كان كما لو دفع إليه مالا .

قلت : قوله : إن رهنه أولى بالنع ، يعني ما منعه في المكاتب فها أولى ، ومالا ، فوجهان . وهذا ترتيب الامام ، وقطع الشيخ أبو حامد وصاحبنا « الشامل » ، و« التهذيب » بأنه كالمكاتب . والله أعلم

الباب الثاني

في حكم القبض والطوارئ قبله

القبض ركن في لزوم الرهن . ولو رهن ولم يقبض ، فله ذلك . فان كان شرط في بيع ، فلبائع الخيار . ثم من صح ارتهانه ، صح قبضه . وتجري النيابة في القبض جريانها في العقد ، لكن لا يصح أن يستنيب الراهن ، ولا عبده ومدبره ، وأم ولده قطعاً ، ولا عبده المأذون على أصح الأوجه . وفي الثالث : إن ركبته ديون ، صحت استنابته ، لانقطاع سلطة السيد عما في يده كالمكاتب ، وإلا ، فلا ، وتصح استنابة المكاتب ، لاستقلاله باليد والتصرف .

فصل

صفة القبض هنا في العقار والمنقول ، كما سبق في البيع ، ويترد الخلاف في كون التخليّة في المنقول قبضاً ، وعن القاضي : القطع بأنها لا تكفي هنا ، لأن القبض مستحق هناك .

فرع

أودع عند رجل مالاً ، ثم رهنه عنده ، فظاهر نفيه : أنه لا بد من إذن جديد في القبض ، ولو وهبه له ، فظاهر نفيه : حصول القبض بلا إذن في القبض ، والأصحاب طرق . أصحابها : فيها قولان ، أظهرهما : اشتراط الاذن فيها . والطريق الثاني : تقرير النصين ، لأن الرهن توثيق ، وهو حاصل بنهر القبض ، والمهبة تمليك ، ومقصوده الاستفاد ، ولا يتم ذلك إلا بالقبض ، فكانت المهبة لمن في يده رضاء بالقبض . والثالث : القطع باعتبار الاذن فيها ، قاله ابن خيران . وسواء شرط الاذن الجديد ، أم لا ، فلا يلزم العقد مالم يمض زمان يتأتى فيه صورة القبض . لكن إذا شرط الاذن ، فهذا الزمان يعتبر من وقت الاذن . وإن لم يشترطه ، فمن وقت العقد . وقال حرملة : لا حاجة إلى مضي هذا الزمان ، ويلزم العقد بنفسه ، والصحيح الأول .

قلت : قوله : قال حرملة معناه : قال حرملة مذهباً لنفسه ، لا نقلاً عن الشافعي رضي الله عنه ، كذا صرح به الشيخ أبو حامد وآخرون . وإنما نبهت على هذا ، لئلا يفتقر بعبارة صاحب « المذهب » ، فإنها صريحة ، أو كالصريحة ، في أن حرملة نقله عن الشافعي رضي الله عنه ، فحصل أن المسألة ذات وجهين ، لا قولين . والله أعلم

فعلى الصحيح ، إن كان الرهون منقولاً غائباً ، اعتبر زمان يمكن المصير فيه إليه ونقله . وهل يشترط مع ذلك نفس المصير ومشاهدته ؟ فيه أوجه . أصحابها : لا . والثاني : نعم . والثالث : إن كان مما يشك في بقاءه ، كالحيوان ، فإنه معرض للآفات ، اشترط . وإن تيقن بقاءه ، فلا ، فإن شرطنا الحضور والشاهدة ، فالذهب

أنه لا يشترط مع ذلك نقله ، فإن شرطنا النقل ، أو المساعدة ، فهل يصح التوكيل فيه ؟ فيه وجهان . أصحابها : الصحة ، كابتداء القبض . والثاني : لا ، لأن ابتداء القبض له ، فليمنه .

فرع

لو ذهب ليقبضه ، فوجده قد ذهب من يده ، نظر ، إن أذن له في القبض بعد العقد ، فله أخذه حيث وجده ، وإلا ، لم يأخذه حتى يقبضه الراهن ، سواء شرطنا الاذن الجديد ، أم لا ، كذا قاله ابن عبدان ، وكأنه صورّه فيما إذا علم خروجه من يده قبل العقد . أما إذا خرج بعده ولم يشترط الاذن الجديد ، فقد جملنا الرهن بمن هو في يده إذناً في القبض ، فليكن كما لو استأنف إذناً .

فرع

إذا رهن الأب مال الطفل عند نفسه ، أو ماله عند الطفل ، ففي اشتراط مضي زمان يمكن فيه القبض ، وجهان . فإن شرطناه ، فهو كرهن الوديعة عند المودع ، فيمود الخلاف المذكور . وقصد الأب قبضاً وإقباضاً ، كالاذن الجديد هناك .

فرع

إذا باع المالك الوديعة ، أو العارية بمن في يده ، فهل يعتبر زمان إمكان القبض لجواز التصرف وانتقال الضمان ؟ وجهان . أصحابها : نعم . ثم اشتراط المشاهدة

والنقل ، كما سبق في الرهن والهبة ، فعلى هذا ، هل يحتاج إلى إذن في القبض ؟
نظر ، إن كان الثمن حالاً ولم يوفه ، لم يحصل القبض إلا باذن البائع ، فان وفاه
أو كان مؤجلاً ، فالذهب : أنه لا يحتاج إليه ، وبهذا قطع الجمهور . وقيل : هو
كالرهن ، والفرق على المذهب : أن القبض مستحق في البيع ، فكفى دوامه .

فرع

إذا رهن المالك ماله عند الغاصب ، أو المستعير ، أو المستام ، أو الوكيل ،
صح . والقول في اختصار لزومه إلى مضي زمان يتأثى فيه القبض ، وإلى إذن جديد
في القبض ، على ما ذكرناه في رهن الوديعة عند المودع . وقيل : لا بد في الغصب
من إذن قطعاً ، لعدم الإذن في أول اليد . وإذا رهن عند الغاصب ، لا يبرأ من
الضمان ، فان أراد البراءة ، رده إلى الراهن ، ثم له الاسترداد بحكم الارتهان .
فان امتنع الراهن من قبضه ، فله إجباره . ولو أراد الراهن إجبار المرتهن على رده
إليه ، ثم يرده هو عليه ، لم يكن له ذلك على الأصح ، وبه قال القاضي ، إذ
لا غرض له في براءة ذمة المرتهن . وإن أودعه عند الغاصب ، برئ على الأصح ،
لأن مقصود الإيداع ، الائتمان ، والضمان والأمانة لا يجتمعان ، فانه لو تمدى في
الوديعة ، لم يبق أميناً ، بخلاف الرهن ، فانه يجتمع هو والضمان ، فانه لو تمدى في
الرهن ، صار ضامناً وبقي الرهن . والاجارة ، والتوكيل ، والقراض على المال
المضروب ، وتزويجه للجارية التي غصبها لا يفيد البراءة على المذهب . ولو صرح ببراءة
الغاصب من ضمان الغصب ، والمال باقٍ في يده ، ففي براءته ومصير يده يد أمانة ،
وجهان . أصحابها : لا يبرأ .

قلت : قطع صاحب «الحاوي» بأنه يبرأ ، وصححه البهوي ، قال صاحباه الشامل ،
والمذهب : هو ظاهر النص . والله أعلم

فرع

لو رهن الماريئة عند المستعير ، أو المقبوض بالسوم، أو بشراء فاسد عند قابضه، لم يبرأ على الأصح .

قلت : قال صاحب « الشامل » : إذا رهن الماريئة عند المستعير ، لم يزل ضمانها، وكان له الانتفاع بها . فإن منعه الانتفاع ، ففي زوال الضمان وجهان . وقال في « الحاوي » : في بطلان الماريئة وجهان . أحدهما : لا تبطل ، وله الانتفاع . فعلى هذا ، يبقى الضمان . والثاني : تبطل المارية ، وليس له الانتفاع ، ويسقط الضمان .

والله أعلم

فصل

في الطوارئ المؤثرة في العقد قبل القبض

وهي ثلاثة أنواع .

الأول : ما ينشؤه الراهن من التصرفات، فكل مزيل للملك، كالبيع، والاعتاق، والاصداق ، وجعله أجرة، والرهن، والهبة مع القبض والكتابة ، والوطء مع الاحبال . يكون رجوعاً عن الرهن إذا وُجد قبل القبض . والتزويج، والوطء بلا إحبال، ليس برجوع ، بل رهن المزوجة ابتداءً جائز . وأما الاجارة ، فإن جَوَّزنا رهن المستأجر وبيعه ، فليس^(١) برجوع ، وإلا ، فرجوع على الأصح . والتدبير، رجوع على الصحيح النصوص .

قلت : قال أصحابنا المراقبون وصاحب « التتمة » : إن كانت الاجارة إلى مدة . تنقضي قبل محيل الدين ، لم يكن رجوعاً قطعاً ، وإلا فعلى الخلاف والبناء المذكور .

(١) في نسخ الظاهرية : فليست .

والأصح على الجملة: أنها ليست رجوعاً مطلقاً ، ونص عليه في « الأم » ، وقطع به الشيخ أبو حامد والبنوي . والله أعلم

النوع الثاني : ما يمرض للمتصادقين ، فإن مات أحدهما قبل القبض ، فنص : أنه يبطل بموت الراهن دون المرتهن ، وفيها طرق . أصحها . فيها قولان . أظهرهما : لا يبطل فيها ، لأن مصيره إلى الزوم ، فلا يبطل بموتها كالبيع . والثاني : يبطل ، لأنه جائز ، فبطل كالوكالة . والطريق الثاني : تقرير النصين ، لأن المرهون بعد موت الراهن ، ملك لوارثه . وفي إبقاء الرهن ضرر عليهم ، وفي موت المرتهن يبقى الدين والوارث محتاج إلى الوثيقة حاجة ميتة . والثالث : القطع بعدم البطلان فيها . فإذا قلنا بالقولين ، فقيل : هما مختصان برهن التبرع . فأما المشروط في بيع ، فلا يبطل قطعاً لتأكده . والمذهب : طردهما في النوعين ، وبه قال الجمهور . فإذا أبقينا الرهن ، قام وارث الراهن مقامه في الإقباض ، ووارث المرتهن في القبض ، وسواء أبطلناه أم لا ، ولم يتحقق الوفاء بالرهن المشروط ، ثبت الخيار في فسخ البيع . ولو جن أحدهما ، أو أغمى عليه قبل القبض ، فإن قلنا : لا يبطل بالموت ، فهذا أولى ، وإلا ، فوجهان . فإن لم نبطله ، فجن المرتهن ، قبض من ينظر في ماله . فإن لم يسلمه الراهن وكان مشروطاً في بيع ، فعل ما فيه المصلحة من الفسخ والاجازة . وإن جن الراهن ، فإن كان مشروطاً في بيع ، وخاف الناظر فسخ المرتهن إن لم يسلمه ، والحظ في الامضاء ، سلمه . وإن لم يخف ، أو كان الحظ في الفسخ ، أو كان رهن تبرع ، لم يسلمه ، كذا أطلقوه ، ومرادهم : إذا لم يكن ضرورة ولا غبطة ، لأنها تجوزان رهن مال المجنون ابتداءً ، فلاستدامة أولى . ولو طرأ على أحدهما حجر مسفه ، أو فلس ، لم يبطل على المذهب .

النوع الثالث : ما يمرض في المرهون . فلورهن عصيماً وأقبضه ، فانقلب في

يد المرتهن خمراً ، بطل الرهن على الصحيح ، وبه قطع الجمهور ، لخروجه عن المايئة
وقيل : إن عاد خلاً ، بأن أن الرهن لم يبطل ، وإلا ، بأن بطلانه ، فإن أبطلناه ،
فلا خيار للمرتهن إن كان مشروطاً في بيع ، لأنه حدث في يده ، فإن عاد خلاً ،
عاد الرهن على المشهور ، كما يعود الملك . ومرادهم بطلانه أولاً : ارتفاع حكمه
ما دام خمراً ، ولم يريدوا اضمحلال أثره بالكلية . ولو رهن شاة فماتت في يد المرتهن ،
فدبغ جلدها ، لم يعد رهنأ على الأصح ، واختاره الأكثرون ، لأن ماليتها حدثت
بالمالجة ، بخلاف الثمر ، ولأن المائد غير ذلك الملك . ولو انقلب خمراً قبل القبض ،
فبقي بطلانه البطلان الكلي ، وجهان . أحدهما : نعم ، لاختلاله في حال ضعف الرهن ،
وعدم لزومه . والثاني : لا ، كما بعد القبض . ومقتضى كلامهم ، ترجيح هذا .
قلت : قد قطع صاحبنا « الشامل » و « البيان » بالأول ، ولكن الثاني أصح ،
وصححه في « المحرر » . والله أعلم

قال في « التهذيب » ، وعلى الوجهين لو كان مشروطاً في بيع ، ثبت الخيار
للمرتهن ، لأن الخلء دون المصير . ولا يصح الاقباض في حال الحرية ، فلو فعل وعاد
خلاً ، فبلى الوجه الثاني : لا بد من استئناف قبض ، وعلى الأول : لا بد من استئناف
عقد ، ثم القبض فيه على ما ذكرنا فيما إذا رهنه ما هو في يده .

فرع

لو انقلب المبيع خمراً قبل القبض ، فالكلام في انقطاع البيع وعوده إذا عاد
خلاً على ما ذكرناه في انقلاب المصير المرهون خمراً بعد القبض .
قلت : هذا هو المذهب ، وبه قال الأكثرون ، وقطع جماعة من العراقيين ،

منهم صاحب « الشامل » بأنه يبطل البيع ، وفرّقوا بينه وبين الرهن بصد القبض ، بأن الرهن عاد تبعاً للملك الراهن ، وهنا يعود ملك البائع لعدم البيع ، ولا يصح أن يبيع ملك المشتري . والله أعلم

ولو جنى المرهون قبل القبض ، وتملّق برقبته أرس ، وقلنا : رهن الجاني ابتداءً فاسد ، ففي بطلان الرهن وجهان ، كتخمر العصير ، وهذا أولى بدم البطلان ، لدوام الملك في الجاني . قال الامام : وإياك المرهون قبل القبض يخرج على وجهين ، لأنه انتهى إلى حالة تمنع ابتداء الرهن .

قلت : أصحابها : لا يبطل ، وصححه في « المحرر » . والله أعلم

فصل

في تحلل الخمر وتحليلها

الخمر نوعان .

أحدهما : محترمة ، وهي التي اتخذ عصيرها ليصير خلاً ، وإنما كانت محترمة ، لأن اتخاذ الخل جائز بالاجماع ، ولا ينقلب العصير إلى الخموضة إلا بتوسط الشدة ، فلو لم يحترم وأريق في تلك الحال ، لتمدّر اتخاذ الخل .

النوع الثاني : غير محترمة ، وهي التي اتخذ عصيرها للخمرة . ثم في النوعين مسائل .
إحداها : تحليل الخمر بطرح العصير ، أو الملح ، أو الخل ، أو الخبز المار ، أو غيرها [فيها] (١) حرام . والخل الحاصل منها نجس لعلتين . إحداها : تحريم التحليل . والثانية : نجاسة المطروح بالالاقاة ، فتستمر نجاسته ، إذ لا مزيل لها ، ولا ضرورة إلى الحكم بانقلابه طاهراً ، بخلاف أجزاء الدّن . ثم سواء في هذا الخمر

(١) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

المحترمة وغيرها، والمطروح قصداً ، أو اتفاقاً ، كالقاء الريح . وفي وجه : يجوز تحليل المحترمة . وفي وجه : تطهر إذا طرح بغير قصد . والصحيح : الاول . ولو طرح في العصير بصلاً ، أو ملحاً ، واستعمل به المحوطة بعد الاشتداد ، فوجهان . أحدهما : يطهر ، لانه لاقاه في حال طهارته كأجزاء الدّن . وأصحها : لا ، لان المطروح تنجس بالتخمر ، فيستمر ، بخلاف أجزاء الدّن للضرورة . ولو طرح العصير على الخل ، وكان العصير غالباً بغير الخل عند الاشتداد ، ففي طهارته إذا انقلب خلاً هذان الوجهان . ولو كان الخل غالباً يمنع العصير من الاشتداد ، فلا بأس .

المسألة الثانية : إمساك المحترمة لتصير خلاً ، جائز ، وغير المحترمة يجب إراقتها . فلو لم يرقها فتخللت ، طهرت ، لان النجاسة والتحريم للشدة ، وقد زالت ، وحكي وجه : أنه لو أمسك غير المحترمة فتخللت ، لم تطهر . وحكى الامام عن بعض الخلافين : أنه لا يجوز إمساك المحترمة ، بل طريقه أن يعرض عن العصير إلى أن يصير خلاً ، فان اتفق رؤيته بإياه خمرأ ، أراقه ، وهذان شاذان منكران .

فرع

متى عادت الطهارة بالتخلل ، طهرت أجزاء الظرف للضرورة . وعن الداركي : إن لم يتشرب شيئاً من الخمر كالقوارير ، طهر ، وإلا ، فلا ، والصواب المعروف : الطهارة مطلقاً . وكما بطهر ما يلاقي الخل بعد التخلل ، يطهر ما فوّه مما أصابه الخمر في حال الغليان ، قاله القاضي حسين ، وأبو الريح الايلقي . قلت : هو بكسر الهمزة ، وبالياء المثناة تحت ، وبالقاف منسوب إلى إيلاق ، وهي ناحية من بلاد الشاش ، واسم أبي الريح هذا : طاهر بن عبد الله ^(١) ، إمام جليل ، من أصحاب القفال المروزي ، وأبي إسحاق الاسفرايني . والله أعلم

(١) في الاصل : « ابن إمام جليل » بزيادة لفظه « ابن » والتصويب من مخطوطات الظاهرية ، وانظر ترجمته في الانساب ٤١٢/١ للسعدي و « تهذيب الاسماء واللغات » ٢/٢٣٠ ، ٢٣١ .

الثالثة : لو كان ينقلها من الظل إلى الشمس وعكسه ، أو يفتح رأسها ليصيبها الهواء استعجالاً للحموضة ، طهرت على الأصح ، وقال أبو سهل الصعلوكي : لا تطهر ، والمحترمة أولى بالطهارة .

فرع

عن الشيخ أبي علي ، خلاف في صحة بيع الحجر المحترمة ، بناءً على الخلاف في طهارتها ، وقد سبق في الطهارة . وإذا استحالت أجواف حبات العناقيد خمرًا ، ففي بيعها اعتماداً على طهارة ظاهرها ، وتوقع طهارة باطنها ، وجهان ، وطردوهما في البيضة المستحيل باطنها دماً ، والصحيح : المنع .

الباب الثالث

في حكم المرهون بعد القبض

فيه ثلاثة أطراف .

الأول : في جانب الراهن ، وهو ممنوع من كل تصرف يزيل الملك وينقل العين (١) ، كالبيع والهبة ونحوهما . ومما يزحم المرتهن في مقصود الرهن ، وهو الرهن عند غيره ، ومن كل تصرف ينقص المرهون ، أو يقلل الرغبة فيه ، كالتزويج . قلت : فلو خالف فزوج العبد أو الأمة المرهونين ، فالنكاح باطل ، صرح به القاضي أبو الطيب ، لأنه ممنوع منه ، وقياساً على البيع . والله أعلم

وأما الاجارة ، فإن كان الدين حالاً أو مؤجلاً يحل قبل انقضاء مدتها ، بطلت الاجارة على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وقيل : إن جوزنا بيع المستأجر ، صحت ، وإلا ، فلا ، وقال في « التتمة » : تبطل في قدر الأجل . وفي الزائد قولاً تفريق

(١) في مخطوطات الظاهرية : « وينقل إلى الغير » .

الصفة . ولم يفصل الجمهور ، بل أطلقوا القول بالبطلان . وإن كان الأجل يحل بعد انقضاء مدة الاجارة أو معها ، صحت قطعاً . فان حل قبل انقضائها بموت الراهن ، فوجهان . أحدهما : تنفسخ الاجارة رعاية لحق المرتهن ، لأنه أسبق ، ويضارب المستأجر بالاجرة المدفوعة مع الغرماء . والثاني وهو اختيار ابن القطان : أن المرتهن يصبر إلى انقضاء مدة الاجارة ، كما يصبر الغرماء إلى انقضاء العدة لتستوفي الممتدة حق السكنى جمعاً بين الحقين . وعلى هذا ، يضارب المرتهن بدينه في الحال . فاذا انقضت المدة وبيع المرهون ، قضي باقي دينه . فان فضل شيء ، فلا غرماء . هذا كله إذا أجر لغير المرتهن . فلو أجره ، جاز ولا يبطل الرهن ، وكذا لو كان مستأجره فرهته عنده ، جاز . فلو كانت الاجارة قبل تسليم الرهن ، ثم سلمه عنها جيمعاً ، جاز . ولو سلم عن الرهن ، وقع عنها جيمعاً ، لأن القبض في الاجارة مستحق . ولو سلم عن الاجارة ، لم يحصل قبض الرهن . وما قدمناه من منع الراهن [من] ^(١) البيع وسائر التصرفات . والحكم بإبطالها ، هو الجديد المشهور . وعلى القديم المجوز وقف العقود : تكون هذه التصرفات موقوفة على الفكاك وعدمه ، ومال الامام إلى تخريجها على الخلاف في بيع الفلوس ماله ، وسيأتي إن شاء الله تعالى .

فرع

إذا أعتق الراهن المرهون ، ففي تنفيذه ثلاثة أقوال . أظهرها : الثالث ، وهو إن كان موسراً ، نفذ ، وإلا ، فلا ، فان قلنا : لا ينفذ ، فالرهن بحاله ، فلو انفق براءً أو غيره ، فقولان ، أو وجهان ، أصحهما : لا ينفذ ، لأنه أعتق وهو لا يملك إعتاقه ، فأشبه ما لو أعتق المحجور عليه بسفه ، ثم زال حجره . وقطع جماعة بالفوز . وإن بيع في الدين ثم ملكه ، لم يعتق على المذهب . وقيل : على الخلاف .

(١) الزيادة من مخطوطات الظاهرية .

وإن قلنا : ينفذ مطلقاً ، لزم الرهن قيمته يوم الاعتاق ، فإن كان موسراً ، أخذت في الحال ، وجعلت رهناً مكانه ، وإلا ، أهل إلى اليسار ، فإذا أيسر ، أخذت وجعلت رهناً إن لم يحل الدين ، وإن حل ، طوَّب به ، ولا معنى للرهن ، كذا قاله المراقبون . ولك أن تقول : كما أن ابتداء الرهن قد يكون بالحال ، وقد يكون بالوَجَل ، فكذا قد تقتضي المصلحة أخذ القيمة رهناً وإن حل الحق إلى تيسر الاستيفاء . قال الامام : ومهما بذل القيمة على قصد الغرم ، صارت رهناً ولا حاجة إلى عقد مستأنف ، والاعتبار بقصد المؤدّي . ومتى كان موسراً ، وقلنا : ينفذ مطلقاً ، أو من الموسر ، ففي وقت نفوذه طريقتان . أحدهما : على الأقوال في وقت نفوذ عتق نصيب شريكه . ففي قول : يتمجل . وفي قول : يتأخر إلى دفع القيمة . وفي قول : يتوقف . فإذا غرم ، أسندنا العتق تبييناً . والطريق الثاني ، وهو المذهب : القطع بنفوذه في الحال . والفرق : أن العتق هناك يسري إلى ملك غيره ، فلا يزول إلا بقبضه قيمته ، وهنا يصادف ملكه .

قلت : قوله : إذا كان موسراً ، ففيه طريقتان ، إشارة إلى أن المسر إذا نفذنا عتقه ، يمتق في الحال بلا خلاف ، وبهذا صرح الشيخ أبو حامد ، وصاحب « الشامل » وغيرهما . والله أعلم

فرع

لو علق عتقه بفكك الرهن ، نفذ عند الفكك ، إذ لا ضرر على المرتهن . وإن علق بصفة أخرى ، فإن وجدت قبل فكك الرهن ، ففيه أقوال التنجيز . وإن وجدت بعده ، نفذ على الأصح .

فرع

لو رهن نصف العبد ثم أعتق نصفه ، فإن أضاف العتق إلى النصف الموهون ،

ففيه الأقوال . وإن أضافه إلى النصف الآخر ، أو أطلق، عتق ما ليس برهون ، ويسري إلى الرهون إن نفذنا إعتاقه ، وكذا إن لم ننفذه على الأصح لانه يسري إلى ملك غيره ، فملكه أولى . وعلى هذا ، يفرق بين المور والمصر على الأصح، حكاه الامام عن المحققين ، وجزم في « التتمة » بأن لا فرق لانه ملكه .

قلت : إذا عتق الرهون عن كفارته ، أجزاء إن قلنا : ينفذ إعتاقه . وإن أعتقه عن كفارة غيره ، فلا يعتق، لانه يبيع ، قاله القاضي حسين في « الفتاوى » .

والله أعلم

فرع

وقف الرهون ، باطل على المذهب . وقيل : على الأقوال . وقال في « التتمة » إن قلنا : لا يحتاج الى القبول ، فكالمعتق ، وإلا، فباطل .

فصل

ليس للراهن وطء المرهونة بكرراً كانت أو ثيباً ، عزل ، أم لا . وفي وجه ضيف : يجوز وطء ثيب لا تجبل لصغر ، أو إياس ، ووطء الحامل من الزنا ، ولكن وطء الحامل من الزنا ، مكروه مطلقاً .

قلت : وفي وجه : يحرم . والله أعلم

ولو خالف فوطئ ، فلا حد ولا مهر ، وعليه أرض البكارة إن اقتضاها . فإن شاء جملة رهناً ، وإن شاء قضاء من الدين ، فإن أولدها ، فالولد نسيب حر ، ولا

قيمة عليه ، وفي مصيرها أم ولد أقوال المتق ، وهنا أولى بالنفوذ عند الأكثر ، لقوة الاحبال . وقيل : عكسه ، لان المتق أقوى من جهة ، فانه تنجز به الحرية ، بخلاف الاستيلاء . وقيل : هما سواء . وإن شئت قلت : فيه ثلاثة طرق ، القطع بالرد ، وعدمه ، وأصحها وهو الثالث : طرد الاقوال ، فان نفذ بالاستيلاء ، لزمه القيمة ، والحكم على ما سبق في المتق ، وإلا ، فالرهن بحاله . فلو حل الحق وهي حامل ، لم يجوز بيعها على الأصح ، لانها حامل بحري . وإذا ولدت لا تباع حتى تسقي الولد اللبن ، ونجد مرضاً خوفاً من أن يسافر بها المشتري ، فيهلك الولد ، فاذا وجدت الرضع ، بيعت الأم ، ولا يئلى بالتفريق بينها وبين الولد للضرورة . ثم إن استغرقها الدين ، بيعت كلها ، وإلا فيباع قدر الدين وإن أفضى التشقيص إلى نقصان رعاية الحق الاستيلاء ، فان لم يوجد من يشتري البعض ، بيع الجميع للضرورة ، وإذا بيع بقدر الدين ، انفك الرهن عن الباقي واستقر الاستيلاء فيه ، وتكون النفقة على المشتري والمستولد بحسب النصيين ، ويكون الكسب بينها . ومتى عادت إلى ملكه بعد بيعها في الدين ، نفذ الاستيلاء على الاظهر . وقيل : قطعاً . ولو انفك رهنها من غير بيع ، نفذ الاستيلاء على المذهب . وقيل : هو كما لو بيعت ثم ملكها . وليس للراهن أن يهب هذه الجارية للرتن ، وإنما تباع في الحق للضرورة ، وهذا معنى قول الأئمة : الاستيلاء ثابت في حق الراهن . وإنما الخلاف في ثبوته في حق المرتن .

فرع

لو ماتت هذه الجارية بالولادة . وقلنا : الاستيلاء لا ينفذ ، لزمه قيمتها على الصحيح ، فتكون رهناً مكانها . ولو أولد أمة غيره بشبهة وماتت بالولادة ، وجبت قيمتها على الصحيح . ولو كانت حرة ، لم تجب الدية على الاصح ، لان الوطاء

سبب ضعيف ، وإنما أوجبنا الضمان في الأمة ، لان الوطاء استيلاء عليها ، والمقوق من آثاره ، فأدمننا الاستيلاء كاللحرم إذا نقر صيداً وبقي نفاذه إلى الهلاك بالنعثر وغيره . والحرة لا تدخل تحت الاستيلاء. ولو أولد امرأة بالزنا مكرهة، فماتت بالولادة حرة [كانت] أو أمة ، لم يجب الضمان على الاظهر، لان الولادة غير مضافة إليه، لقطع النسب . ولو ماتت زوجته من الولادة ، لم يجب الضمان بلا خلاف ، لتوابعه من مستحق . وحيث أوجبنا ضمان الحرة ، فهو الدية على عاقبته . وحيث أوجبنا القيمة ، وجب قيمتها يوم الاجبال على الاصح، لانه سبب التلف، كما لو جرح عبداً قيمته مائة ، فبقي زمناً حتى مات وقيمه عشرة ، لزمه مائة . والوجه الثاني : يجب قيمتها يوم الموت ، لانه وقت التلف . والثالث : يجب أكثرهما ، كالغصب . ولو لم تمت ، ونقصت بالولادة ، لزمه الارش . فان شاء جملة رهناً معها ، وإن شاء صرفه في قضاء الدين .

فصل

لراهن استيفاء المنافع التي لا تضر بالمرتهن ، كسكنى الدار ، وركوب الدابة ، واستكباب العبد ، ولبس الثوب ، إلا إذا نقص باللبس، وإزاء الفحل ، إلا إذا نقص قيمته . والائزاء على الأئني ، إن كان الدين يحل قبل ظهور الحمل ، أو ولد قبل حلوله . فان كان يحل بعد ظهوره وقبل الولادة ، فان قلنا : الحمل لا يعرف ، جاز أيضاً ، لانها تباع مع الحمل. وإن قلنا : يعرف وهو الاظهر، لم يجوز ، لانه لا يمكن بيعها دون الحمل ، وهو غير مرهون . وليس له البناء في الارض المرهونة ، ولا الفراس ، وفي وجه : يجوز إن كان الدين مؤجلاً ، والصحيح : المنع . والزرع إن نقص قيمة الارض لاستيفاء قوتها ، ممنوع . وإن لم ينقص وكان بحيث يحصد قبل حلول الاجل ، فلا [منع] . فلو تأخر الادراك لعارض ، ترك إلى الادراك.

وإن كان بحيث يحصد بعد الحول، أو كان الدين حالاً ، منع على المشهور، لانه تقل الرغبة في المزرعة . وفي قول : لا منع، ويجبر على القطع عند الحول إن لم يف قيمتها^(١)، مزرعة دون الزرع بالدين . ولو غرس أو بنى حيث منعه ، لم يقلع قبل حلول الأجل على الصحيح ، فلمله يقضي الدين من غيره . وأما بعد حلول الاجل والحاجة إلى البيع ، فيقلع ان لم تف قيمة الارض بدينه ، وزادت بالقلم . فلو صار الراهن محجوراً عليه بالافلاس ، ففي القلع وجهان، بخلاف ما لو نبت النخل من نوى حمله السيل ، حيث جزمنا بأنه لا يقلع في مثل هذه الحالة ، لأننا منعه هنا .

فصل

اليد على الرهون ، مستحقة للمرتن ، لأنها مقصود التوثق . فما لا منفعة فيه مع بقاء عينه ، كالنقود والحبوب ، لا تُزال يد المرتن عنه . وأما غيره ، فان أمكن تحصيل الغرض مع بقاءه في يد المرتن ، تعيّن فله جمعاً بين الحقين ، وإلّا تُزال يده عند اشتداد الحاجة إليه . فان كان العبد مكتسباً وتيسر استكسابه هناك، لم يخرج من يده إن أراد الراهن الاستكساب . فان أراد الاستخدام أو الركوب أو غيرها من الانتفاع المحوج إلى إخراجها من يده ، ففي قول قديم : لا يخرج، والمشهور : أنه يخرج . ثم إن استوفى تلك المنافع باعارة لعدل ، أو إجارة بشرطها السابق ، فله ذلك . وإن أراد استيفاءها بنفسه ، قال في « الأم » : له ذلك ، ومنه في القديم . فحمل حاملون الأول على الثقة المأمون بحجوده . والثاني : على غيره . وقال آخرون : هما قولان مطلقا ، وهذا أصح .

قلت : المذهب : جوازه مطلقاً . والله أعلم

(١) في مخطوطات الظاهرية : « إن لم يف قيمتها » .

وفرغ الامام والنزالي على الجواز : أنه إن وثق المرتهن بالتسليم ، فذاك ، وإلا أشهد عليه شاهدين أنه يأخذه للانتفاع ، فإن كان موثقاً به عند الناس ، مشهور العدالة ، لم يكلف الاشهاد في كل أخذة على الأصح . فإن كان المرهون جارية ، فأراد أخذها للاستخدام ، لم يمكن منه ، إلا إذا أمن غشيانه ، بأن كان محرماً ، أو ثقة وله أهل . ثم إن كان إخراج المرهون من يد المرتهن لمنفعة يدوم استيفائها ، فذاك . وإن كانت تستوفي [في] بعض الاوقات ، كالركوب ، والاستخدام ، استوفي نهائياً ، ورُدَّ إلى المرتهن ليلاً .

فرع

ليس للراهن المسافرة به بحال وإن قصر سفره ، لما فيه من الخطر . ولهذا منع زوج الأمة من السفر بها . وإنما جاز لسيدها السفر بها لحقه المتعلق بالرقبة ، وإثلاً يمتنع من تزويجها ، ويجوز لاجر السفر بزوجه الحرة .

فرع

كلام النزالي ، يدل على أنه لا ينتزع العبد من يد المرتهن إذا أمكن استكسابه وإن طلب الراهن خدمته ، ولم يتعرض الاكثر لذلك . ومقتضى كلامهم : أنه لا استخدام مع إمكان الاستكساب .

قلت : كلام النزالي ، محمول على موافقة الأصحاب ، وقد ذكرت تأويله في شرح « الوسيط » . والله أعلم

فرع

لا تُزال يد البائع عن العبد المحبوس بالثمن بسبب الانتفاع ، لأن ملك المشتري غير مستقر قبل القبض ، وملك الراهن مستقر . وهل يُستكسب في يده للمشتري ، أم تطلُّ منافسه ؟ فيه خلاف الأصحاب .

قلت : الأرجح : استكسابه . والله أعلم

فرع

التصرفات التي منع بها الراهن لحق المرتهن ، إذا أذن فيها ، نفذت . فان أذن في الوطاء ، حل ، فان لم تُحل ، فالرهون والرهن^(١) بحاله . وإن أجل ، أو أعتق ، أو باع بالأذن ، نفذت وبطل الرهن ، وله الرجوع عن الاذن قبل تصرف الراهن . وإذا رجع ، فالتصرف بعده تصرف بلا إذن . ولو أذن في الهبة والاقباض ، ورجع قبل الاقباض ، صح وامتنع الاقباض . ولو أذن في البيع فباع الراهن بشرط الخيار ، فرجع المرتهن ، لم يصح رجوعه على الأصح ، لأن البيع مبني على الزوم . ولو رجع عن الاذن ولم يعلم الراهن ، فتصرف لم ينفذ على الأصح . ومتى أجل ، أو أعتق ، أو باع وادعى الاذن ، فالقول قول المرتهن مع يمينه . فان حلف ، فتصرفه بغير إذن . وإن نكل ، فحلف الراهن ، فهو كالتصرف بالأذن . فان نكل الراهن ، ففي رد اليمين على الجارية والعبد ، طريقتان . أحدهما : على القولين في الرد على الغرماء إذا نكل الوارث . وأصحها : القطع بالرد ، لأن الغرماء يثبتون الحق ابتداء للميت ، وهذان يثبتان لأنفسهما . ولو اختلف الراهن وورثة المرتهن ، حلفوا على نفي العلم . ولو اختلف المرتهن وورثة الراهن ، حلفوا بيمين الرد على البت . وفي

(١) في مخطوطات الظاهرية : « فالرهن بحاله » .

ثبوت إذن المرتن برجل وامرأتين ، وجهان حكاهما ابن كج ، القياس : المنع ، كالوكالة .

فرع

لو حصل عند المرهونة ولد ، فقال الراهن : وطئتها بأذنك فأنت بهذا الولد مني وهي أم ولد ، فقال المرتن : بل هو من زوج أو زني ، فالقول قول الراهن بلا عين ، لأنه إذا أقر بكون الولد منه ، لم يقبل رجوعه ، فلا يحلف ، وإنما يقبل قوله بشرط أن يسلم له المرتن أربعة أشياء ، وهي : الإذن في الوطء ، وأنه وطئ ، وأنها ولدت ، وأنها مضت مدة إمكان الولد منه . فإن أنكر واحداً من الأربعة ، فالقول قوله ، لأن الأصل عدمه . وفي وجه : القول قول الراهن في الوطء ، ولو لم يتعرض المرتن لهذه الأشياء منعاً وتسليماً ، واقتصر على إنكار الاستيلاء ، فالقول قوله ، وعلى الراهن إثبات هذه الأشياء .

فرع

لو أعتق أو وهب بأذن المرتن ، بطل حقه من الرهن ، سواء كان دينه حالاً أو مؤجلاً ، وليس عليه أن يجعل قيمته رهناً مكانه . ولو باع بأذنه والدين مؤجلاً ، فكذلك . وإن كان حالاً ، قضى حقه من ثمنه ، وحمل إذنه المطلق على البيع لنرضه . ولو أذن بشرط أن يجعل الثمن رهناً مكانه ، فقولان ، سواء كان الدين حالاً ، أو مؤجلاً . أظهرهما : يبطل الإذن والبيع . والثاني : يصحان ، ويلزم الراهن الوفاء بالشرط . ولو أذن في الاعتاق بشرط جعل القيمة رهناً ، أو في الوطء بهذا

الشرط ، إن أجل ، ففيه القولان . ولو أذن في البيع بشرط أن يجعل حقه من ثمنه وهو مؤجل ، فالصحيح المنصوص : فساد البيع والاذن ، لفساد الشرط . وفي قول نخرج : يصحان ، ويجعل الثمن رهناً مكانه . ولو اختلفا فقال المرتن : أذنت بشرط أن ترهن الثمن ، فقال الراهن : بل أذنت مطلقاً ، فالقول قول المرتن . ثم إن كان الاختلاف قبل البيع ، فليس له البيع . وإن كان بعده ، وحلف المرتن ، فإن صححتنا الاذن ، فعلى الراهن رهن الثمن ، وإلا ، فإن صدق المشتري المرتن ، فالبيع باطل ويبقى مرهوناً . وإن كذبه ، فظن ، إن أنكر أصل الرهن ، حلف ، وعلى الراهن أن يرهن قيمته ، وإن أقر بكونه مرهوناً ، وادعى مثل ما ادعاه الراهن ، فعليه رد البيع وبين المرتن حجة عليه . قال الشيخ أبو حامد : ولو أقام المرتن بينة أنه كان مرهوناً ، فهو كإقرار المشتري به .

فرع

منقول عن « الأم »

لو أذن المرتن الراهن في ضرب العبد المرهون ، فهلك في الضرب ، فلا ضمان ، لأنه تولد من مأذون فيه ، كما لو أذن في الوطاء وأجبل . ولو قال : أدبه ، فضربه فهلك ، لزمه الضمان .

فصل

الديون التي على الميت ، تتعلق بتركته قطعاً . وقد سبق في آخر باب زكاة الفطر ، أن هذا التعلق لا يمنع الإرث على الصحيح . فعلى هذا ، في كيفية قولان ، ويقال : وجهان . أحدهما : كتعلق الأرض برقة الجاني . وأظهرها : كتعلق الدين بالمرهون ، لأن الشارع إنما أثبت هذا التعلق نظراً للميت ، لتبرأ ذمته ، فاللائق به ، أن لا يسقط

الوارث عليه . فلو أعتق الوارث أو باع وهو مفسر ، لم يصح قطعاً ، سواء جعلناه كالجاني أو كالمرهون . ويجيء في الاعتاق خلاف ، فإن كان موسراً ، نفذ في وجهه ، بناءً على تعلق الأرض ، ولا ينفذ في وجهه ، بناءً على تعلق المرهون . وفي وجهه : هما موقوفان . فإن قضي الدين ، تبيئاً نفوذها ، وإلا ، فلا . ولا فرق بين كون الدين مستغرقاً للتركة ، أو أقل منها على الأصح على قياس المرهون . والثاني : إن كان الدين أقل ، نفذ تصرف الوارث إلى أن لا يبقى إلا قدر الدين ، لأن الحجر في مال كثير لشيء حقير ، بعيد . وإذا حكمنا بطلان تصرف الوارث ، فلم يكن على التركة دين ظاهر ، فتصرف ، ثم ظهر دين ، بأن كان باع شيئاً وأكل ثمنه ، فرد بالبيع ، ولزم رد الثمن ، أو سقط ساقط في بئر كان احتفرها عدواناً ، فوجهان . أحدهما : تبين فساد التصرف لتقدم سبب الدين ، فألحق بالمقارن . وأصحها : لا يفسد . فعلى هذا ، إن أدى الوارث الدين ، وإلا ، فوجهان . أحصها : يفسخ ذلك التصرف ليصل إلى المستحق حقه . والثاني : لا ، بل بطالب الوارث بالدين ، ويجعل كالضامن ، وللوارث على كل حال أن يمسك عين التركة ويؤدي الدين من خالص ماله . ولو كان الدين أكثر من التركة ، فقال الوارث : آخذها بقيمتها ، وأراد الغرماء بيمها لتوقع زيادة راغب ، أيها يجب ؟ وجهان . أحصها : الوارث . وفي تعلق حق الغرماء بزوائد التركة ، كالكسب والتاج ، خلاف مبني على أن الدين يمنع الارث ، أم لا ؟ إن منع ، تعلق ، وإلا ، فلا .

قلت : سواء تصرف الوارث في جميع التركة أو في بعضها ، ففيه الخلاف السابق ، وسواء علم الوارث بالدين المقارن ، أم لا ، قاله الشيخ نصر المقدسي ، لأن ما يتعلق بحقوق الآدميين ، لا يختلف به . والله أعلم

الطرف الثاني : في جانب الرهن ، وهو مستحق للبدل بعد لزوم الرهن ، ولا تزال

يده إلا للارتفاع كما سبق ، ثم يردّه إليه ليلاً ، وإن كان العبد ممن يعمل ليلاً ، كالحارس ، رد إليه نهائياً . ولو شرطاً في الابتداء وضعه في يد ثالث ، جاز . فإن شرطاً عند اثنين ، ونصاً على أن لكل واحد منها الانفراد بالحفظ ، أو على أن يحفظاه معاً في حرز ، اتبع الشرط . وإن أطلقناه ، فوجهان . أصحها : ليس لأحدهما أن يتفرد بالحفظ . كما لو أوصى إلى رجلين ، أو وكل رجلين في شيء لا يستقل أحدهما ، فعلى هذا يحملانه في حرز لهما . والثاني : يجوز الانفراد لثلاث يشق عليها ، فعلى هذا إن اتفقا على كونه عند أحدهما ، فذاك ، وإن تنازعا والرهن مما ينقسم ، قسم وحفظ كل واحد نصفه ، وإلا حفظ هذا مدة ، وهذا مدة . ولو قسماه بالتراضي والتفريع على الوجه الثاني ، فأراد أحدهما أن يرد ما في يده على صاحبه ، ففي جوازه وجهان .

قلت : قطع صاحب « التهذيب » بأنه لا يجوز . والله أعلم

فرع

إذا أراد الذي وضعه عنده الرد ، رده إليها ، أو إلى وكيلها ، فإن كانا غائبين ولا وكيل ، فهو كردّ الوديعة ، وسيأتي إن شاء الله تعالى . وليس له دفعه إلى أحدهما بغير إذن الآخر ، فإن فعل ضمن واسترد منه إن كان باقياً ، وإن تلف في يد المدفوع إليه ، نظر ، إن دفعه إلى الراهن ، رجع المرتهن بكامل قيمته وإن زادت على حقه ، ليكون رهناً مكانه ، وبغير من شاء من العدل والراهن ، والقرار على الراهن ، وإن دفعه إلى المرتهن ، ضمنا ، والقرار على المرتهن ، فإن كان الدين حالاً وهو من جنس القيمة ، جاء الكلام في التفصيص ، وإن غصب المرتهن الرهن من يد العدل ، ضمن . فلو رده إليه براء . وقيل : لا يبرأ إلا بالرد إلى

المالك ، أو باذن جديد للمدل في أخذه ، والصحيح : الأول . وكذا الحكم لو غصب الوديعة من المودع ، أو العين المستأجرة من المستأجر ، أو الرهونة من المرتهن ، ثم رد اليهم . ولو غصب اللقطة من الملتقط ، ثم رد اليه ، لم يبرأ . ولو غصب من المستعير أو المستام ، ثم رده اليه ، فوجهان ، لأنها مأذونان من جهة المالك ، لكنها ضامنان .

فرع

لو اتفق المتراهنان على نقل الرهن الى يد عدل آخر ، جاز ، وإن طلبه أحدهما ، لا يجاب ، إلا أن يتغير حاله بفسق أو ضعف عن الحفظ ، أو تحدث بينه وبين أحدهما عداوة ، ويطلب نقله ، فينقل الى آخر يتفقان عليه ، فإن تشاحاً ، وضمه الحاكم عند من يراه . ولو كان من وضعا عنده فاسقاً في الابتداء ، فزاد فسقا ، فهو كما لو حدث فسقه . وكذا لو مات وأراد أحدهما إخراجه من يد وارثه . ولو كان في يد المرتهن فتغير حاله ، أو مات ، كان المراهن نقله على الصحيح ، وفي وجهه : لا تزال يد ورثته ، لكن اذا لم يرض بيدهم ، ضم القاضي اليهم مشرفا .

فرع

اذا ادعى المدل هلاك الرهن في يده ، أو رده ، فالقول قوله مع يمينه ، كالمودع . ولو أتلّف الرهن عمداً ، أخذت منه القيمة ووضعت عند آخر . ولو أتلّفه خطأ ، أو أتلّفه غيره ، أخذت القيمة ووضعت عنده ، كذا قاله الأكثرون ، وذهب الامام إلى أنه لا بد من استحفاظ جديد . وقياسه ، أن يقال : لو كان في يد المرتهن ، فأتلّف وأخذ بدله ، كان المراهن أن لا يرضى بيده في البدل .

فصل

المرتحن يستحق بيع المرهون عند الحاجة ، ويتقدم بثمنه على سائر المرماء ، وإنما يبيعه الراهن أو وكيله بأذن المرتحن . فلو لم يأذن المرتحن ، وأراد الراهن بيعه ، قال له القاضي : ائذن في بيعه وخذ حقه من ثمنه ، أو أبرئه . وإن طلب المرتحن بيعه ، وأبى الراهن ، ولم يقض الدين ، أجبره القاضي على قضائه ، أو البيع ، إما بنفسه ، أو وكيله ، فإن أصر ، باعه الحاكم . ولو كان الراهن غائباً ، أثبت الحال عند الحاكم لبيعه . فإن لم يكن له بيعة ، أو لم يكن في البلد حاكم ، فله بيعه بنفسه كمن ظفر بغير جنس حقه من مال المديون وهو جاحد ولا بيعة .

فرع

لو أذن الراهن للمرتحن في بيعه بنفسه ، فباع في غيبة الراهن ، فوجهان . أحدهما : يصح البيع ، كما لو أذن له في بيع غيره . وأصحابها : لا ، لأنه يبيعه لفرض نفسه ، فيتهم في الاستمجال وترك النظر . وإن باعه بحضوره ، صح على الصحيح ، وهو ظاهر النص لعدم التهمة . وقيل : لا يصح ، لأنه توكيل فيما يتعلق بحقه ، فعلى هذا ، لا يصح توكيله ببيعه أصلاً ، ويتفرع عليه ، أنه لو شرط ذلك في ابتداء الرهن ، فإن كان الرهن مشروطاً في بيع ، فالبيع باطل . وإن كان رهن تبرع ، فعلى القولين في الشرط الفاسد النافع للمرتحن أنه هل يبطل الرهن ؟ ولو قال للمرتحن : بع المرهون ، واستوف الثمن لي ، ثم استوفه لنفسك ، صح البيع ، والاستيفاء للراهن ، ولا يحصل الاستيفاء لنفسه بمجرد إدامة اليد والامساك ، فلا بد من وزن جديد ، أو كيل جديد ، كما هو شأن القبض في المقدرات . ثم إذا استوفاه لنفسه بعد ذلك

بكيل أو وزن ، ففي صحته وجهان ذكرناهما في نظائرها في البيع ، لاتحاد القابض والمقبض . فإن صححتنا ، برئت ذمة الراهن من الدين ، والمستوفي من ضمانه . وإن أبطلنا وهو الأصح ، لم يبرأ الراهن ، ويدخل المستوفي في ضمانه ، لأن القبض الفاسد كالصحيح في اقتضاء الضمان .

قلت : دخوله في ضمانه ، يكون بمد قبضه لنفسه ، فأما قبله ، فهو في يده أمانة بلا خلاف . وكذا لو نوى إمساكه لنفسه من غير إحداث فعل ، فالأمانة مستمرة ، صرح به الامام ، والنزالي في « البسيط » وغيرهما . ولو قبضه لنفسه بفعل من غير وكيل ولا وزن ، دخل في ضمانه ، لأنه قبض فاسد ، فله في الضمان حكم الصحيح . والله أعلم

ولو كانت الصيغة : ثم أمسكه لنفسك ، فلا بد من إحداث فعل على الأصح . وعلى الثاني : يكفي مجرد الامساك . ولو قال : به لي واستوف الثمن لنفسك ، صح البيع ، ولم يصح استيفاء الثمن ، لأنه ما لم يصح القبض الراهن ، لا يتصور القبض لنفسه ، وهنا بمجرد قبضه يصير مضموناً عليه . ولو قال : بهم لنفسك ، فقولان . أظهرهما : أن الاذن باطل ، ولا يتمم من البيع ، لأنه لا يتصور أن يبيع الانسان مال غيره لنفسه . والثاني : يصح اكتفاء بقوله : بهم ، وإنشاءً للباقي ، ولأن السابق إلى الفهم منه ، الأمر بالبيع لغرضه بالتوصل إلى دينه . ولو أطلق وقال : بهم ، ولم يقل : لي ، ولا لنفسك ، فوجهان . أصحابهما : صحة البيع ، كما لو قال لأجنبي : بهم . والثاني : المنع ، لملتين . إحداها : أن البيع مستحق للمرتن ، فكأنه قال : بهم لنفسك . والثانية : التهمة كما سبق . وعلى الملتين ، لو كان الثمن مؤجلاً وقال : بهم ، صح ، لاتقائها . وإن قال : بهم واستوف حقه من ثمنه ، جاءت التهمة . وإن قدر له الثمن ، لم يصح البيع على العلة الأولى ، ويصح على الثانية ، وكذا لو كان الراهن حاضراً عند البيع .

فرع

إذن الوارث لفرماء الميت في بيع التركة ، كاذن الراهن للمرتن ، وكذا إذن السيد للمجني عليه في بيع الجاني .

فرع

إذا وضع الراهن عند عدل ، وشرطاً أن يبيعه عند المحل ، جاز ، وهل يشترط تجديد إذن الراهن ؟ وجهان . أصحها : لا ، لأن الأصل بقاؤه . وأما المرتن ، فقال المراقبون : يشترط مراجعته قطعاً ، لأن البيع لا يصلح حقه إذا طالب ، فليستأذن ، وربما أمهل ، وربما أبرأ . وعكسه الامام فقال : لا خلاف أنه لا يراجع ، لأن غرضه توفية الحق ، بخلاف الراهن ، فإنه قد يبقى المين لنفسه .

فرع

لو عزل الراهن المدل قبل البيع ، انزل . ولو عزله المرتن ، فوجهان . أصحها : لا ينزل ، لأنه وكيل الراهن ، فإنه المالك . والثاني : ينزل ، وهو ظاهر النص ، كما لو عزله الراهن ، لأنه يتصرف لهما ، ولا خلاف أنه لو منه من البيع ، لم يبيع ، وكذا لو مات أحدهما . وإذا قلنا : لا ينزل بعزل المرتن ، فجددله إذناً ، جاز البيع ، ولم يشترط تجديد توكيل الراهن . قال في « الوسيط » ، ومساق هذا ، أنه لو عزله الراهن ، ثم عاد فوكله ، اشترط إذن جديد من المرتن ، ويلزم عليه أن يقال : لا يستد بان المرتن قبل توكيل الراهن ، ولا باذن المرأة للوكيل قبل توكيل الولي إياه ، والكل محتمل .

فرع

إذا باع المدل وأخذ الثمن ، فهو أمين ، والثمن من ضمان الراهن إلى أن يتسلمه المرتهن . فلو تلف في يد المدل ، ثم خرج الرهن مستحقاً ، فالشترى بالخيار بين أن يرجع بالثمن على المدل أو الراهن ، والقرار على الراهن . ولو مات الراهن ، فأمر الحاكم المدل أو غيره ببيعه فباعه ، وتلف الثمن ثم خرج مستحقاً ، رجع المشتري في مال الراهن ، ولا يكون المدل طريقاً في الضمان على الأصح ، لأنه نائب الحاكم ، والحاكم لا يضمن . والثاني : يكون كالوكيل والوصي . وإذا ادعى المدل تلف الثمن في يده ، قبل قوله مع يمينه . وإن ادعى تسليمه إلى المرتهن ، فالقول قول المرتهن مع يمينه . فإذا حلف ، أخذ حقه من الراهن ، ورجع الراهن على المدل وإن كان قد أذن له في التسليم . ولو صدّقه الراهن في التسليم ، فإن كان أمره بالأشهاد ، ضمن المدل بلا خلاف ، لتقصيره . وكذا إن لم يأمره به على الأصح ، لتفريطه . فلو قال : أشهدت ومات شهودي ، وصدّقه الراهن ، فلا ضمان . وإن كذبه ، فوجهان سندكهما مع نظائرها في باب الضمان إن شاء الله تعالى .

فرع

لو باع المدل بدون ثمن التل بما لا يتغابن الناس به ، أو بثمن مؤجل ، أو بنير نقد البلد ، لم يصح . وقيل : يصح بالمؤجل ، وهو غلط . ولو سلم المان إلى المشتري ، صار ضامناً . فإن كان المبيع باقياً ، استرد ، وجاز للمدل يبعه بالأذن السابق وإن صار مضموناً عليه . وإذا باعه وأخذ ثمنه ، لم يكن الثمن مضموناً عليه ، لأنه لم يصد فيه . وإن كان تالفاً ، فإن باع بنير نقد البلد ، أو بمؤجل ، فالراهن بالخيار في تفريم

من شاء من المدل والمشتري كمال قيمته . وكذا إن باع بدون ثمن المثل على الأظهر .
وعلى الثاني : إن غرم المدل ، حط النقص الذي كان يحتمل في الابتداء للغبن المعتاد .
مثاله ، ثمن مثله عشرة ، ويتغايين فيه بدرهم ، فباعه بثمانية ، نفرمه تسعة ، وتأخذ
الدرهم الباقي من المشتري ، كذا تقولوه . وغالب الظن طرد هذا الخلاف في البيع
بغير نقد البلد ، وفي المؤجل ، وإنما اتفق النص على القولين في الغبن ، لأنه (١)
يخالف الأمرين الآخرين . وبدل عليه أن صاحب « التهذيب » في آخرين ، جعلوا
كيفية تفريم الوكيل إذا باع على صفة من هذه الصفات ، وسلم المبيع على هذا
الخلاف ، وسوّوا بين الصور الثلاث . ومعلوم أنه لا فرق بين العدل في الرهن
وسائر الوكلاء . وعلى كل حال ، فالقرار على المشتري ، لحصول الهلاك عنده .

فرع

لو قال أحد المتراهنين : بعه بالدرهم ، وقال الآخر : بالدنانير ، لم يبيع بواحد منهما ،
فيرفعان الأمر إلى القاضي ليبيع بنقد البلد ، ثم إن كان الحق من نقد البلد ،
وإلا صرف نقد البلد إليه . فلو رأى الحاكم بيعه بجنس حق المرتهن ، جاز .

فرع

لو باع بثمن المثل ، فزاد راغب قبل التفريق ، فليفسخ البيع ، وليعه له . فإن لم
يفعل ، فوجهان . أحدهما : لا ينفسخ البيع ، لأن الزيادة غير موثوق بها ، وأصحابها :
الافتساح ، لأن المجلس كحال العقد . فملى هذا ، لو بدا للراغب قبل التمكّن من بيعه ،
فالبيع الأول بحاله ، وإن كان بعده ، بطل ، فلا بد من بيع جديد . وفي وجه :
إذا بدا له ، بأن أن البيع بحاله ، وهو ضيف . ولو لم يفسخ العدل ، بل باع الراغب ،

(١) في غلطوات الظاهرية : لا أنه .

خفي كونه فسخاً لذلك البيع ، ثم في صحته في نفسه ، خلاف سبق في البيع ، وأشار الامام إلى أن الوكيل لو باع ثم فسخ البيع ، هل يتمكن من البيع مرة أخرى ، فيه خلاف . والأمر بالبيع من الراغب هنا ، تفريع على أنه يتمكن . أو مفروض فيمن صرح له في الاذن بذلك . وأكثر هذه المسائل ، تطرد في جميع الوكالات . قلت : قوله : فزاد راغب قبل التفرق ، فيه نقص ، وكان ينبغي أن يقول : قبل انقضاء الخيار ، ليعم خياري المجلس والشرط ، فإن حكمهما في هذا سواء . صرح به صاحب « الشامل » وغيره . قال أصحابنا : ولو زاد الراغب بعد انقضاء الخيار ، لزم البيع ، ولا أثر للزيادة ، لكن يستحب للمعدل أن يستقيل المشتري ليبيمه بالزيادة الراغب ، أو لهذا المشتري إن شاء . والله أعلم

فصل

مؤنة الرهن التي يبقى بها ، كنفقة العبد وكسوته ، وعلف الدابة على الراهن . وفي معناها ، سقي الأشجار والكروم ، ومؤنة الجداد ، وتخفيف الثمار ، وأجرة الاصطبل ، والبيت الذي يحفظ فيه المتاع المرهون إذا لم يتبرع به من هو في يده ، وأجرة من يرد الآبق ، وما أشبه ذلك . وحكى الامام والمتولي وجهين ، في أن هذه المؤن ، هل يجبر عليها الراهن حتى يقوم بها من خالص ماله ، أصحابها : الاجبار ، حفظاً الوثيقة . والثاني : عن الشيخ أبي محمد وغيره : لا يجبر ، بل يبيع القاضي جزءاً منه فيها بحسب الحاجة . وفرع الامام على هذا ، أن النفقة لو كانت تأكل الرهن قبل الأجل ، ألحق ذلك بما يفسد قبل الأجل ، فيباع ويحمل ثمنه رهناً ، وهذا ضيف . وكذا أصله المفرع عليه . وإذا قلنا بالأصح فلم يكن للراهن شيء ، أو لم يكن حاضراً ، باع الحاكم جزءاً من المرهون ، واكتفى به بيتاً يحفظ فيه الرهن ، كذا قاله الأصحاب .

وأما المؤنات الدائرة ، فيشبه أن يقال : حكها حكم ما لو هرب الجئال وترك الجمال المستأجرة ، أو عجز عن الاتفاق عليها .

قلت : قال القاضي أبو الطيب : إن قال المرتن : أنا أنفق عليه لأرجع في مال الراهن ، أذن له الحاكم . فإن أنفق وأراد أن يكون رهناً بالنفقة والدين ، فهو كفدائه المرهون الجاني على أن يكون رهناً بالدين والفداء ، وقد نص على جوازه ، وفيه طريقتان تقدما . والمذهب : الصحة . فإن أنفق بغير إذن الحاكم ، فإن أمكنه الحاكم ، أو لم يمكنه ، ولم يشهد ، فلا رجوع ، وإن أشهد ، فوجهان بناءً على هرب الجئال . والله أعلم

فرع

لا يمنع الراهن مصلحة في المرهون ، كقصده وحجامة ، وتوديع الدابة وبزغها^(١) والمعالجة بالأدوية والرام ، لكن لا يجبر عليها ، بخلاف النفقة . وطرد صاحب التهمة . الوجهين في المداواة . ثم إن كانت المداواة مما يرجى نفعه ويؤمن ضرره ، فذاك ، وإن خيف وغلبت السلامة ، فهل للمرتن منه ؟ وجهان .

قلت : أصحابنا لا . والله أعلم

ويجربان في قطع اليد المتأكلة إذا كان في قطعها وتركها خطر . فإن كان الخطر في الترك دون القطع ، فله القطع ، وليس له قطع سلعة^(٢) وأصبح لا خطر في تركها ، إذا خيف ضرر ، فإن كان الغالب السلامة ، فعلى الخلاف . وله ختان العبد والأمة في وقت اعتدال الهواء ، إن كان يندمل قبل حلول الأجل ، لأنه ضروري ، والغالب منه السلامة . وإن لم يندمل ، وكان فيه نقص ، لم يجز . وكذا لو كان به عارض يخاف منه من الختان .

(١) التوديع في الدواب ، كالنقص في الناس . والبزغ : التشريط وإسالة الدم .

(٢) السلعة : خراج كهية الفدة لتحرك بالتحريك .

قلت : كذا أطلق أكثر الأصحاب ، أو كثيرون منهم ، جواز الختان من غير فرق بين الصغير والكبير ، وصرح المتولي والشيخ نصر ، بأنه لا فرق . وقال صاحب « المذهب » ، ومن تابعه : يمنع من ختان الكبير دون الصغير ، لخوف التلف . وهذا ظاهر نصه في « الأم » و « المختصر » ويؤيده ، أنهم عدّوا عدم الختان عيباً في الكبير ، دون الصغير ، كما سبق . والله أعلم

فروع

له تأييد النخل المرهونة . ولو ازدحمت وقال أهل الخبرة : تحويلها أنفع ، جاز تحويلها ، وكذا لو رأوا قطع البعض لصالح الأكثر . ثم ما يقطع منها أو يحجب ، يبقى مرهوناً ، بخلاف ما يحدث من السعف ويحجب ، فإنه غير مرهون ، كالثمرة ، وما كان ظاهراً منها عند الرهن ، قال في « التتمة » : هو مرهون . وقال في « الشامل » : لا فرق .

قلت : قال القاضي أبو الطيب : وما يحصل من الليف ، والعراجين^(١) والكرب ، كالسعف . والكرب بفتح الكاف والراء : أصول السعف . والله أعلم

فروع

لا يمنع من رعي الماشية وقت الأمن ، وتأوي ليلاً إلى يد المرتين أو العدل . ولو أراد الراهن أن يبعد في طلب النجمة ، وبالقرب ما يبلغ منها مبلغاً ، فلم يرتين المنع ، وإلا ، فلا منع ، وتأوي إلى يد عدل يتفقان عليه ، وإلا ، فينصبه الحاكم . وإن أراد المرتين ذلك ، وليس بالقرب ما يكفي ، لم يمنع . وكذا لو أراد نقل التناع

(١) العراجين ، جمع : عرجون ، وهو المذق عامة . وقيل : هو المذق إذا يسى واعوج .

من بيت غير محرز إلى محرز . ولو أراد الانتقال من مكانها ، فإن انتقلا إلى أرض واحدة ، فذاك ، وإلا ، جعلت الماشية مع الراهن ، ويحتاج ليلاً كما سبق .

فصل

الرهن أمانة في يد المرتهن ، لا يسقط بتلفه شيء من الدين ، ولا يلزمه ضمانه . إلا إذا تعدى فيه . وإذا برى الراهن من الدين بأداء أو إبراء أو حوالة ، بقي الرهن أمانة في يد المرتهن ، ولا يصير مضموناً إلا إذا امتنع من الرد بعد المطالبة . وقال ابن الصباغ : ينبغي أن يكون المرتهن بعد الإبراء ، كمن طيرت الريح ثوباً إلى داره ، فيعلم المرتهن به ، أو يرده ، لأنه لم يرض بيده إلا على سبيل الوثيقة .

فرع

كل عقد اقتضى صحيحه الضمان ، فكذلك فاسده . وما لا يقتضي صحيحه الضمان ، فكذا فاسده . أما الأول : فلأن الصحيح إذا أوجب الضمان ، فالفسد أولى . وأما الثاني : فلأن إثبات اليد عليه باذن المالك ، ولم يلتزم بالمقد ضماناً .

فرع

لو أعار الراهن الموهون للمرتهن لينتفع به ، ضمنه المرتهن ، ولو رهنه أرضاً ، وأذن له في غراسها بعد شهر ، فهي بعد الشهر عارية ، غرس ، أم لا ؟ وقبله أمانة ، حتى لو غرس قبله قلع .

فرع

رهنه مالاً على أنه إذا حل الأجل ، فهو مبيع له ، أو على أنه مبيع له بعد شهر ، فالبيع والرهن باطلان ، ويكون المال أمانة في يده قبل دخول وقت البيع ، وبعده مضمون ، لأن البيع عقد ضمان . وفي وجه : إنما يصير مضموناً ، إذا أمسكه على سبيل الشراء . أما إذا أمسكه على موجب الدين ، فلا ، والصحيح : الأول . فلو كان أرضاً ، ففرس فيها المرتن ، أو بئى قبل وقت البيع ، قلع مجاناً ، وكذا لو غرس بعده عالماً بفساد البيع . وإن كان جاهلاً ، لم يقلع مجاناً ، لوقوعه باذن المالك وجهله التحريم ، فيكون حكمه كما لو غرس المستعير ورجع المعير .

فرع

إذا ادعى المرتن تلف الرهون في يده ، قبل قوله مع يمينه . وإن ادعى رده إلى الراهن ، قال المراقبون : القول قول الراهن مع يمينه ، لأنه أخذه لمنفعة نفسه ، فأشبهه المستعير ، بخلاف دعوى التلف ، فإنه لا يتعلق بالاختيار ، فلا تساعد فيه البينة . قالوا : وكذا حكم المستأجر إذا ادعى الرد ، ويقبل قول المودع والوكيل بغير جعل مع يمينها ، لأنها أمانة متمحضان . وفي الوكيل بجعل . والمضارب والأجير المشترك ، إذا لم نضمه ، ذكروا وجهين . أصحها : يقبل قولهم مع اليمين ، لأنهم أخذوا العين لمنفعة المالك ، وانتفعوا بالعمل في العين ، لا بالعين ، بخلاف المرتن والمستأجر . وهذه الطريقة ، هي طريقة أكثر الأصحاب ، لاسيما قدمائهم ، وتابعهم الروياني . وقال بعض الخراسانيين من الراوزة وغيرهم : كل أمين يصدق في دعوى الرد ، كالتلف . فقد اتفقوا في الطرق ، على تصديق جميعهم في دعوى التلف . وفي عبارة الفزالي ما يقتضي خلافاً فيه ، وليس هو كذلك قطعاً .

فرع

لو رهن الفاسب المفصوب عند إنسان ، فلف في يد المرتن ، فللك تضمين الفاسب . وفي تضمينه المرتن ، طريقان . قال المراقبون : فيه وجهان .

أحدهما : لا ، لأن يده يد أمانة . وأصحها : يضم ، لثبوت يده على ما لم يأتمنه مالكه عليه . فعلى هذا ، وجهان . أحدهما : يستقر الضمان عليه ، لحصول التلف عنده ، وزول التلف منزلة الاتلاف في الفصب . وأصحها : يرجع على الفاسب لتفريده . والطريق الثاني : القطع بتضمينه وعدم الاستقرار ، قاله المرازقة ويجري الطريقان في المستأجر من الفاسب ، والمستودع ، والمضارب ، ووكيله في يمه . وكل هذا إذا جهلوا الفصب ، فان علموا ، فهم غاصبون أيضاً ، والمستعير منه ، والمستام ، يطالبان ويستقر عليهما الضمان ، لأنها يد ضمان .

فرع

لو رهن بشرط كونه مضموناً على المرتن ، فسد الشرط والرهن ، ولا يكون مضموناً عليه لما سبق .

فرع

قال : خذ هذا الكيس واستوف حقه منه ، فهو أمانة في يده قبل أن يستوفي منه ، فإذا استوفى ، كان مضموناً عليه . ولو كان فيه دراهم ، فقال : خذ به دراهمك ، وكانت الدراهم التي فيه محاولة القدر ، أو كانت أكثر من دراهمه ، لم يملكه ، ودخل في ضمانه بحكم الشراء الفاسد . وإن كانت معلومة وبقدر حقه ، ملكه . ولو قال :

خذ هذا العبد بحقك ، ولم يكن سلعاً ، فقَبِلَ ، ملكه . وإن لم يقبل وأخذه ، دخل في ضمانه بحكم الشراء الفاسد .

فصل

ليس للمرتهن في المهرن إلا حق الاستيثاق، وهو ممنوع من جميع التصرفات القولية والفعلية ، ومن الانتفاع . فلو وطىء المهرنة بغير إذن الراهن ، فكوّطء غيرها . فإن ظنها زوجته أو أمته ، فلا حد، وعليه المهر ، والولد نسيب حر ، وعليه قيمته الراهن . وإن لم يظن ذلك ، ولم يدّع جهلاً ، فهو زان يلزمه الحد ، كما لو وطىء المستأجر المستأجرة ، ويجب المهر إن كانت مكروهة . وإن طاوعته ، فلا على الأصح . وإن ادعى الجهل بالتحريم ، لم يقبل إلا أن يكون قريب عهد بالاسلام ، أو نشأ في بادية بعيدة عن علماء المسلمين ، فيقبل ، لدفع الحد . وحكى السمودي في قبوله لثبوت النسب وحرية الولد والمهر ، خلافاً . والأصح : ثبوت الجميع ، لأن الشبهة كما تدفع الحد ، تثبت النسب والحرية . وإذا سقط الحد ، وجب المهر . وإن وطىء باذن الراهن ، فإن علم أنه حرام ، لزمه الحد على الصحيح . وإن ادّعى جهل التحريم ، فوجهان . أحدهما : لا يقبل إلا أن يكون قريب عهد بالاسلام ، أو في معناه . وأصحها : يقبل مطلقاً ، لأنه قد يخفى التحريم مع الاذن . وإذا سقط الحد ، سقط المهر إن كانت مطاوعة ، وإلا وجب على الأظهر ، إسقاط الحد ، وقياساً على المفوضة في النكاح . والثاني : لا يجب ، لاذن مستحقة ، فأشبه زنا الحرة . فإن أولدها بوطئه ، فالولد له نسيب حر ، وتجب قيمته على المذهب .

وقيل : فيه القولان في المهر ، ولا تصير الجارية أم ولد له في الحال . فان ملكها ، فقولان ، أظهرهما : لا تصير .

فرع

زعم المرتن بعد الوطاء أن الراهن كان بائنه إياها ، أو وهبها له ، وأقبضه ، وأنكر الراهن ، فالقول قول الراهن مع يمينه . فان حلف ، فهي والولد رقيقان له . فان ملكها المرتن ، فهي أم ولد له ، والولد حر لاقراره . فان نكل الراهن ، فحلف المرتن ، فهي أم ولد ، والولد حر .

فصل

فيما يتعلق به حق الوثيقة

وهي متعلقة بعين المرهون قطعاً . وأما غير العين ، فضربان . أحدهما : بدل العين . فلو جني على المرهون ، وأخذ الأرض ، انتقل الرهن إليه ، كما ينتقل الملك لقيامه مقام الأصل ، ويجعل في يد من كان الأصل في يده . وما دام الأرض في ذمة الجاني ، هل يحكم بأنه مرهون ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأن الدين لا يكون رهناً . فإذا تعين ، صار مرهوناً ، والحالة المتخللة ، كتخمر القصير وتخلّله بعدد . والثاني : نعم ، لأنه مال ، بخلاف الحجر ، وإنما يمنع رهن الدين ابتداءً .

قلت : الثاني : أرجح ، وبالأول قطع الماروزة . والله أعلم

والخصم في بدل المرهون ، هو الراهن . فلو ترك الخصومة ، فهل يخاصم المرتن ؟ قولان . أظهرهما عند الأصحاب : لا ، كذا قاله في « التهذيب » .

قلت : وقطع الامام ، والغزالي ، بأنه يخاصم . والله أعلم

وإذا خاصم الراهن ، فللمرتهن حضور خصومته ، لتعلق حقه بالأخوذ . ثم إن أقر الجاني ، أو أقام الراهن بينة ، أو حلف بعد نكول الدّعى عليه ، ثبتت الجناية . وإن نكل الراهن ، فهل يحلف المرتهن ؟ قولان ، كفرماء الفلّس إذا نكل .

فرع

إذا ثبتت الجناية ، فإن كانت عمدا ، فللراهن أن يقبض ويبطل حق المرتهن . وإن عفا عن القصاص ، ثبت المال إن قلنا : مطلق العفو يقتضي المال ، وإلا ، لم يجب ، وهو الأصح ، كذا قاله في « التهذيب » . وإن عفا على أن لا مال ، فإن قلنا : يوجب العمد أحد الأمرين ، لم يصح عفوه عن المال ، وإن قلنا : موجه القود ، فإن قلنا : العفو المطلق لا يوجب المال ، لم يجب شيء ، وإن قلنا : يوجهه ، فالأصح : أنه لا يجب أيضاً ، لأن القتل لم يوجهه ، وإنما يجب بعفوه ، وذلك نوع اكتساب ، ولا يجب عليه الاكتساب للمرتهن . وإن لم يقبض ولم يمف ، فقليل : يجبر على أحدهما . وقيل : إن قلنا : موجه أحد الأمرين ، أجبر ، وإلا ، فلا ، لأنه يملك إسقاطه ، فتأخيره أولى بأن يملكه .

قلت : ينبغي أن يقال : إن قلنا : إذا عفا على أن لا مال لا يصح ، أجبر ، وإلا ، فلا .

والله أعلم

وإن كانت الجناية خطأ ، أو عفا ووجب المال ، فمعا عنه ، لم يصح عفوه على المشهور لحق المرتهن . وفي قول العفو موقوف ، ويؤخذ المال في الحال لحق المرتهن ،

فإن انفك الرهن ، رد إلى الجاني ، وإن صحه المفو ، وإلا بان بطلانه . ولو أراد الراهن المصالحة عن الأرض الواجب على جنس آخر ، لم يصح إلا بأذن المرتهن . وإذا أذن ، صح وكان المأخوذ مرهوناً ، كذا تعلقه . ولو أبرأ المرتهن الجاني ، لم يصح ، لكن لا يسقط حقه من الوثيقة على الأصح ، لأنه لم يصح الإبراء ، فلا يصح ما تضمنه . كما لو وهب المرهون لرجل .

الضرب الثاني : زوائده ، فإن كانت متصلة ، كسمن العبد ، وكبر الشجرة ، تبعت الأصل في الرهن . وإن كانت منفصلة ، كالثمرة ، والولد ، واللبن ، والبيض ، والصوف ، لم يسر إليها الرهن ، وكذا الأكساب والمهر ، وما أشبه ذلك مما يحدث ببد الرهن . ولو رهن حاملاً ، واحتيج إلى بيعها حاملاً ، بيعت كذلك في الدين ، لأننا إن قلنا : الحمل يعلم ، فكأنه رهنها ، وإلا ، فقد رهنها والحمل محض صفة . ولو ولدت قبل البيع ، فهل أولد رهن ؟ قولان . إن قلنا : الحمل لا يعلم ، فلا ، وإلا ، فنعم . وقيل : قولان ، لضعف الرهن عن الاستتباع . فإن قلنا : لا ، فقال في ابتداء العقد : رهنها مع حملها ، لا يكون مرهوناً على الأصح . ولو جاز ذلك ، لجاز إفراده بالرهن . أما إذا حبلت بعد الرهن ، وكانت يوم البيع حاملاً ، فإن قلنا : لا يعلم ، بيعت ، وهو كالسمن ، وإلا ، فلا يكون مرهوناً ، ويتعذر بيعها ، لأن استثناء الحمل متعذر ، ولا سبيل إلى بيعها حاملاً وتوزيع الثمن ، لأن الحمل لا تعرف قيمته .

فرع

لو رهن نخلة ، ثم أطلعت ، فطريقان . أحدهما : أن يبيها مع الطام ، على القواين كالحمل . والثاني : القطع بأن الطلع غير مرهون . فعلى هذا يباع النخل ، ويستثنى

الطالع ، بخلاف الحامل . ولو كانت مطلعة وقت الرهن ، ففي دخول الطالع ، على ما سبق في الباب الأول . فإن أدخلناه ، فكان وقت البيع طلعا بعد ، يبيع مع النخلة ، وإن كانت قد أُبِّرت ، فطريقان .

أحدهما : على القولين ، كما لو ولدت الحامل . والثاني : القطع ببيعه مع النخلة ، لأنه معلوم مشاهد وقت الرهن .

فرع

الاعتبار في مقارنة الولد الرهن وحدوثه ، وسائر الزوائد ، بحالة العقد على الصحيح . وقيل : بحالة القبض ، لأن الرهن به يلزم .

فرع

أرش البكارة ، وأطراف العبد مرهون^(١) لأنها ليسا من الزوائد ، بل بدل جزء .

فرع

ضرب رجل الجارية المرهونة ، فألقت جنينا ميتا ، لزم الضارب عشر قيمة الأم ، ولا يكون مرهونا ، لأنه بدل الولد ، فإن دخلها نقص ، لم يجب بسببه شيء ، ولكن قدر أرش النقص من العشر يكون رهنا ، فإن ألقته حيا ومات ، ففيما يلزم الجاني ؟ قولان . أظهرهما : قيمة الجنين حيا ، وأرش نقصان الأم إن نقصت . فعلى هذا القيمة المراهن ، والارش مرهون . والثاني : أكثر الأمرين من أرش النقص ، وقيمة الجنين . فعلى هذا ، إن كان الارش أكثر ، فلأخوذ رهن كله . وإن كانت القيمة

(١) في « شرح الوجيز » مرهونان .

أكثر ، فقدّر الارش رهن . وأما البهيمة المرهونة ، إذا ضربت فألقت جنيناً ميتاً ، فلا شيء على الضارب سوى أرش النقص إن نقصت ، ويكون رهناً .

الطرف الثالث : في فك الرهن .

ينفك بأسباب . أحدها : فسخ المرتن . والثاني : تلف المرهون بأفة سماوية .

إذا جنى المرهون ، لم يبطل الرهن بمجرد ، بل الجناية ضربان .

أحدهما : يتعلق بأجنبي ، فيقدم حق المجني عليه ، لأنه متعين في الرقة . وحق المرتن ثابت في الذمة . فإن اقتص منه ، بطل الرهن . فإن وجب مال ، فبيع فيه ، بطل أيضاً . حتى لو عاد إلى ملك الراهن ، لم يكن رهناً . ولو كان الواجب دون قيمة العبد ، بيع بقدره ، والباقي رهن . فإن تعذر بيع بعضه ، أو نقص بالتبويض ، بيع كله ، وما فضل عن الارش يكون رهناً . ولو عفا عن الارش ، أو فداء الراهن ، بقي رهناً . وكذا لو فداء المرتن . ثم في رجوعه على الراهن ، ما سبق في رهن أرض الخراج . وهذا كله إذا جنى بغير إذن سيده . فإن أمره السيد بها ، فإن لم يكن مميزاً ، أو كان أعجمياً يعتقد وجوب طاعة السيد في كل ما يأمره به ، فالجاني هو السيد ، وعليه القصاص أو الضمان ، ولا يتعلق المال برقة العبد على الأصح . فإن قلنا : يتعلق ، فبيع في الجناية ، لزم السيد أن يرهن قيمته مكانه . وإذا جنى مثل هذا العبد ، فقال السيد : أنا أمرته بذلك ، لم يقبل قوله في حق المجني عليه ، بل يباع العبد فيها ، وعلى السيد القيمة ، لاقتراره . وإن كان العبد مميزاً يعرف أنه لا يطاع السيد فيه ، بالغا كان أو غير بالغ ، فهو كما لو لم يأذن السيد ، إلا أن السيد يأثم .

الضرب الثاني : أن يتعلق بالسيد ، وفيه مسائل .

إحداها : إذا جنى على طرف سيده عمداً ، فله القصاص . فإن اقتص ، بطل

الرهن . وإن عفا على مال ، أو كانت الجناية خطأ ، فالصحيح : أنه لا يثبت المال ، لأن السيد

لا يثبت له على عبده مال ، فيبقى الرهن كما كان . وقال ابن سريج : يثبت للسيد المال ، ويتوصل به إلى فك الرهن .

الثانية : جنى على نفس السيد عمداً ، فللوارث القصاص . فإن عفا على مال ، أو كانت الجناية خطأ ، لم يثبت على الأظهر .

الثالثة : جنى على طرف من يرثه السيد ، كأبيه ، فله القصاص ، وله العفو على مال . ولو جنى خطأ ، ثبت المال . فإن مات قبل الامتضاء ، وورثه السيد ، فوجهان . أصحها عند الصيدلاني والامام : يسقط بمجرد انتقاله ، ولا يجوز أن يثبت له على عبده استدامة الدين ، كما لا يجوز ابتداءه . والثاني وبه قطع المراقبون : لا يسقط ، وله بيعه فيه كما كان للمورث .

الرابعة : جنى على نفس المورث عمداً ، فالسيد القصاص . فإن عفا على مال ، أو كانت خطأ ، بني على أن الدية تثبت الموارث ابتداءً ، أم يلقاها عن المورث . إن قلنا بالأول ، لم يثبت ، وإلا ، فعلى الوجهين فيما إذا جنى على طرفه وانتقل إليه بالارث . الخامسة : قتل عبد آخر للراهن ، نظر ، إن لم يكن المقتول مرهوناً ، فهو كما [لو] جنى على السيد . وحكم القن والمبشر وأم الولد سواء . وإن كان مرهوناً أيضاً ، فله حالان . أحدهما : أن يكون مرهوناً عند غير المرتهن القاتل ، فإن قتل عمداً ، فالسيد القصاص ، ويبطل الرهنان جميعاً . وإن عفا على مال ، أو قتل خطأ ، وجب المال متعلقاً برقبته لحق المرتهن القاتل . وإن عفا بلا مال ، فإن قلنا : موجب الممد أحد الأمرين ، وجب المال ، ولم يصح العفو إلا برضى المرتهن . وإن قلنا : موجب القود ، فإن قلنا : العفو المطلق لا يوجب المال ، لم يجب شيء ، وإن قلنا : يوجهه ، فكذلك على الأصح ، وإن عفا مطلقاً ، فإن قلنا : مطلق العفو يوجب المال ، ثبت كما لو عفا على مال . وإن قلنا : لا يوجهه ، صح العفو ، وبطل رهن مرتهن القاتل ، وبقي القاتل رهناً . وعفو المحجور عليه بالفلس ، كعفو الراهن ، لأن أموال المفلس والمرهون

سواء في الحجر . ثم متى وجب المال ، نظر ، إن كان الواجب أكثر من قيمة القاتل أو مثلها ، فوجهان . أحدهما : ينقل القاتل إلى يد مرتتهن القتل ، ولا يباع ، لأنه لا فائدة فيه . وأصحها : يباع ويحمل الثمن رهناً في يده ، لأن حقه في مالية العبد ، لا في عينه ، لأنه قد يرغب راغب بزيادة . وإن كان أقل من قيمة القاتل ، فعلى الوجه الأول : ينتقل من القاتل بقدر الواجب إلى مرتتهن القتل . وعلى الثاني : يباع منه بقدر الواجب ، ويبقى الباقي رهناً . فان تعذر بيع البعض ، أو نقص بالتبعض ، يبيع الجميع ، وجعل الزائد على الواجب عند مرتتهن القاتل . وإنما يجيء الوجهان ، إذا طلب الرهن النقل ، ومرتتهن القتل البيع ، فأيهما يجب ؟ فيه الوجهان . أما إذا طلب الرهن البيع ، ومرتتهن القتل النقل ، فالجواب الرهن ، لأنه لا حق للمرتتهن المذكور في عينه . ولو اتفق الرهن والمرتهنان على أحد الطريقين ، فهو المسلوك قطعاً . ولو اتفق الرهن ومرتتهن القتل على النقل ، قال الامام : ليس لمرتتهن القاتل المنازعة فيه ، وطلب البيع . ومقتضى التعليل السابق ، يتوقع راغب أنه لذلك .

الحال الثاني : أن يكون رهوناً عند مرتتهن القاتل أيضاً . فان كان العبدان رهونين بدين واحد ، فقد نقصت الوثيقة ولا جابر ، كما لو مات أحدهما . وإن كانا رهونين بدينين ، نظر في الدينين ، أهما مختلفان حلولاً وتأجيلاً ، أم لا ؟ فان اختلفا ، فله التوثيق لدين القتل بالقاتل ، لأنه إن كان الحال دين المقتول ، ففائدته الاستيفاء من ثمنه في الحال . وإن كان دين القاتل ، فتحصل الوثيقة بالمؤجل ، ويطلب بالحال . وكذا الحكم ، لو كانا مؤجلين ، وأحد الأجلين أطول . وإن اتفقا في الحلول والتأجيل ، نظر ، هل بينهما اختلاف قدر ، أم لا ؟ فان لم يكن كمشرة وعشرة ، فان كان العبدان مختلفي القيمة ، وقيمة القتل أكثر ، لم تنقل الوثيقة . وإن كانت قيمة القاتل أكثر ، نقل منه قدر قيمة القتل إلى دين القتل ، وبقي الباقي رهناً بما كان . وإن كانا سواء في القيمة ، بقي القاتل رهناً بما كان ، ولا فائدة في

النقل . وإن اختلف قدر الدينين ، نظر ، إن تساوت قيمة العبدین ، أو كان القليل أكثر قيمة ، فإن كان المرهون بأكثر الدينين هو القليل ، فله توثيقه بالقاتل . وإن كان المرهون بأقلها هو القليل ، فلا فائدة في النقل . وإن كان القليل أقلها قيمة ، فإن كان مرهوناً بأقل الدينين ، فلا فائدة في النقل . وإن كان بأكثرها ، نقل من القاتل قدر قيمة القليل إلى الدين الآخر . وحيث قلنا : تنقل الوثيقة ، فهل يباع ويقام ثمنه مقام القليل ، أم يقام عينه مقامه ؟ فيه الوجهان السابقان .

فرع

هذا الذي ذكرناه من أقسام اختلاف الدينين، هو المستبر فقط ، كذا قاله الأكثرون . فلو اختلف الدينان في الاستقرار وعدمه ، بأن كان أحدهما عوضاً ما يتوقع رده بالميب ، أو صداقاً قبل الدخول ، فلا أثر له عند الجمهور . وحكى في « الشامل » عن أبي إسحاق الروزي أنه إن كان القاتل مرهوناً بالمستقر ، فلا فائدة في النقل . وإن كان مرهوناً بالآخر ، فوجهان . وكذا قول الغزالي في « الوسيط » : اختلاف جنس الدينين ، كاختلاف القدر ، فهو وإن كان متجهاً في المعنى ، فمخالف لنص الشافعي رضي الله عنه والأصحاب كلهم : أنه لا تأثير ، لاختلاف الجنس . قلت : المراد باختلاف الجنس ، أن يكون أحدهما دفانير ، والآخر دراهم ، واستويا في المالية بحيث لو قوّم أحدهما بالآخر ، لم يزد ولم ينقص . والله أعلم

فرع

لو تساوى الدينان في الأوصاف ، وقلنا : الوثيقة لا تنقل ، فقال المرتب : قد جنى فلا آمنه ، فبيعوه وضعموا ثمنه رهناً مكانه ، هل يجاب ؟ وجهان .

فرع

لو جني على مكاتب السيد ، فانتقل الحق إليه بموته أو عجزه ، فهو كالمنتقل من المورث .
السبب الثالث لانفكاك الرهن : براءة الذمة عن جميع الدين بالقضاء ،
أو الإبراء ، أو الحوالة ، أو الاقالة المسقطه للثمن المرهون به ، أو السلم فيه
المرهون به . ولو اعتاض عن الدين عيناً ، انفك الرهن ، لنحول الحق من الذمة إلى
العين . ثم لو تلف العين قبل التسليم ، بطل الاعتياض ، ويعود الرهن كما عاد الدين ،
ولا ينفك بالبراءة عن بعض الدين بعض الرهن ، كما أن حق الحبس يبقى ما بقي
شيء من الثمن ، ولا يعتق شيء من المكاتب ما بقي شيء من المال . ولو رهن
عبدین وسلم أحدهما ، كان المسلم مرهوناً بجميع الدين .

فرع

إنما يتصور انفكاك بعض المرهون بأحد أمور .
أحدها : تمدد المقد ، بأن رهن نصف العبد بعشرة ، ونصفه الآخر في
صفقة أخرى .

الثاني : أن يتمدد مستحق الدين ، بأن رهنه عند رجلين صفقة واحدة ، ثم
بريء من دين أحدهما بأداء أو إبراء ، انفك الرهن بقسط دينه . وفي وجه : إن
اتحدت جهة دينيهما ، بأن أتلّف عليهما مالاً ، أو ابتاع منهما ، لم ينفك شيء بالبراءة
عن أحدهما ، وإنما ينفك إذا اختلفت الجهة . والصحيح : الانفكاك مطلقاً .

الثالث : أن يتمدد من عليه الدين ، بأن رهن رجلان عند رجل ، فإذا برىء
أحدهما ، انفك نصيبه .

الرابع : إذا وكل رجلان رجلاً يرهن عبدهما عند زيد بدينه عليهما ، ثم قضى أحد الموكلين دينه ، ف قيل : قولان . والمذهب : القطع بانفكاك نصيبه ، ولا نظر إلى اتحاد الوكيل وتعدد . قال الامام : لأن مدار الباب على اتحاد الدين وتعدد ، ومتى تعدد المستحق أو المستحق عليه ، تعدد الدين . ويخالف هذا ، البيع والشراء ، حيث ذكرنا خلافاً في أن الاعتبار في تمدد الصفة واتحادها بالمتبايعين ، أم بالوكيل ؟ لأن الرهن ليس عقد ضمان حتى ينظر فيه إلى المباشر .

الخامس : إذا استعار عبداً من مالكيه ليرهنه ، فرهنه ، ثم أدى نصف الدين ، وقصد به الشيوخ من غير تخصيص بحصة أحدهما ، لم ينفك من الرهن شيء . وإن قصد أداءً عن نصيب أحدهما بعينه لينفك نصيبه ، ففي انفكاكه أقوال . ثالثها : أنه إن علم المرتهن أن العبد للمالكين ، انفك ، وإلا ، فلا ، حكاه الحاملي وغيره . قال الامام : ولا نعلم لهذا وجهاً ، لأن عدم الانفكاك لاتحاد الدين والعاقين ، ولا يختلف ذلك بالجهل والعلم ، وإنما أثر الجهل إثبات الخيار . ثم في عيون المسائل ، ما يدل على أن الأظهر الانفكاك .

قلت : صرح صاحب الحاوي ، وغيره ، بأن الانفكاك أظهر . والله أعلم

ولو كان لرجلين عبدان ممتثلين القيمة ، فاستعارهما الرهن ، فرهنهما ، ثم قضى نصف الدين لينفك أحدهما ، فالأصح طرد القولين . وقيل : ينفك قطعاً . وإذا قلنا بالانفكاك ، وكان الرهن مشروطاً في بيع ، فللمرتن الخيار إذا جهل بأنه للمالكين على الأصح . وقيل : الأظهر . ولو استعار من رجلين ، ورهن عند رجلين ، كان نصيب كل واحد من المالكين مرهوناً عند الرجلين . فلو أراد فك نصيب أحدهما بقضاء نصف دين كل واحد من المرتهين ، فملى القولين . وإن أراد فك نصف العبد بقضاء دين أحدهما ، فله ذلك بلا خلاف . ولو استعار اثنان من واحد ، ورهنهما

عند واحد، ثم قضى أحدهما ما عليه ، انفك النصف لتعدد الماقد ، هكذا نقولوه .

قرع

قال في « التهذيب » : لو استعار ليرهن عند واحد ، فرهن عند اثنين ، أو بالعكس ، لم يجز . أما في الصورة الأولى ، فظلمم الاذن ، وأما العكس ، فلأنه إذا رهن عند اثنين ، ينفك بمض الرهن بأداء دين أحدهما ، وإذا رهن عند واحد ، لا ينفك شيء إلا بأداء الجميع ، وتقل صاحب « النعمة » وغيره الجواز في الطرفين ، والأول أصح .

السادس : لو رهن عبداً بمائة ، ثم مات عن اثنين ، فقضى أحدهما حصته من الدين ، ففي انفكك نصيه قولان . أظهرهما : لا ينفك ، وقطع به جماعة ، لأن الرهن صدر أولاً من واحد . ولو مات من عليه دين ، وتعلق الدين بتركته ، فقضى بمض الورثة نصيه ، قال الإمام : لا يبعد ان يخرج انفكك نصيه من التركة على قولين ، بناءً على أن أحد الورثة لو أقر بالدين ، وأنكر الباقي ، هل على المقر أداء جميع الدين من نصيه من التركة ؟ وعلى هذا البناء ، فالأصح الانفكك ، لأن الجديد : أنه لا يلزم أداء جميع الدين مما في يده من التركة . ثم الحكم بانفكك نصيه ، إنما يظهر إذا كان ابتداء التعلق مع ابتداء تعدد الملاك . فلو كان الموت مسبوقاً بالمرض ، كان التعلق سابقاً على ملك الورثة ، فإن الدين أثراً بيناً في الحجر على المريض . فيشبه أن يكون القول في انفكك نصيه ، كما سبق في الصورة السابقة ، ولا فرق بين أن يكون تعلق الدين بالتركة في هذه الصورة ، ثابتاً باقرار الوارث ، أو بينة . وقد قيدها الغزالي ، بما إذا ثبت باقرار الوارث ، وصورة المسألة غنية عن هذا القيد ، ولم يذكره إمام الحرمين .

قلت : قول الامام الرافعي : الحكم بالانفكاك ، إنما يظهر إذا كان ابتداء التعلق ... إلى آخره . هذا خلاف مقتضى إطلاق الامام ، والغزالي ، والظاهر أن المسألة على إطلاقها ، وليست هذه الصورة من الأولى في شيء ، لأن الأولى : في انفكاك نصيب الابن من العين التي رهنها الميت . والثانية : في فك نصيبه من تعلق التركة ، وليس للرهن في الثانية وجود ، ففي قول : ينفك تعلق الدين بنصيبه ، فينفذ تصرفه فيه . وفي قول : لا ينفك التعلق ، فلا ينفذ تصرفه في نصيبه إذا منعنا تصرف الوارث في التركة قبل قضاء الدين . والله أعلم

فرع

إذا كان المرهون للكين ، وانفك نصيب أحدهما بأداء أو إبراء ، فأراد القسمة ، فإن كان مما ينقسم بالاجزاء كالكيل والموزون ، فله أن يقاس المرتين بأذن شريكه ، نص عليه . وإن كان مما لا ينقسم بالاجزاء كالثياب ، والعبيد ، قال المراقبون : لا يجاب إليه . وإن كان أرضاً مختلفة الأجزاء كالدار ، قالوا : لزم الشريك أن يوافقه ، وفي المرتين ، وجهاً . أصحها : له الامتناع لما في القسمة من التبعيض وقلة الرغبة ، هذا ما ذكره المراقبون في طرقهم . وزاد آخرون ، منهم أصحاب القفال ، فقالوا : تجوز القسمة حيث جوزناه مبني على أن القسمة إفراز حق ، فإن جعلناها بيعاً ، فهو بيع المرهون بغيره ، وهو ممتنع . والجمهور أطبقوا على تجوز القسمة هنا ، وجعلوا تأثير كونها بيعاً افتقارها إلى إذن المرتين . ثم إذا جوزنا القسمة ، فطريق الطالب أن يراجع الشريك ، فإن ساعد ، فذاك ، وإلا ، فيرفع الأمر إلى القاضي ليقيم . وفي وجه : لا حاجة إلى إذن الشريك في التماثلات ، لأن قسمتها إجبار ، والصحيح الأول . ولو قاسم المرتين وهو مأذون له من جهة المالك ، أو الحاكم عند امتناع

المالك ، جاز ، وإلا ، فلا . وإذا منعناها فرضي المرتهن ، فالفهوم من كلام الجمهور صحتها . قال الامام : لا يصح وإن رضي ، لأن رضاه إنما يؤثر في فك الرهن . فأما في بيعه بما ليس برهن ليصير رهناً ، فلا . وهذا إشكال قوي .
قلت : ليس بقوي لمن تأمله ، ولا يسلم الحكم الذي ادعاه ، فالعتمد ما قاله الأصحاب . والله أعلم

ولو أراد الراهنان القسمة قبل انفكاك شيء من الرهن ، فملى التفصيل الذي بيناه . ولو رهن واحد عند اثنين ، وقضى نصيب أحدهما ، ثم أراد القسمة ليمتاز ما بقي رهناً ، ففي اشتراط رضى الذي بقي رهنه ما ذكرنا .

الباب الرابع في الاختلاف

التنازع في الرهن يفرض في أمور .

الأول : أصل المقد . فإذا قال : رهنتي ، فأنكر المالك ، أو رهنتي ثوبك ، فقال : بل عبدي . أو بألفين ، فقال : بل بألف . أو رهنتي الأرض بأشجارها ، فقال : بل وحدها ، فالقول قول المالك مع يمينه . ولو قال : رهنتي الأشجار مع الأرض يوم رهن الأرض ، فقال : لم تكن هذه الأشجار أو بعضها يوم رهن الأرض ، بل أحدثتها بعد ، نظر ، فإن كانت الأشجار بحيث لا يتصور وجودها يوم الرهن ، فالمرتهن كاذب ، والقول قول الراهن بلا يمين . وإن كانت بحيث لا يتصور حدوثها بعده ، فالراهن كاذب ، فإن اعترف في مفاوضتها أنه رهن الأرض بما فيها ، كانت الأشجار مرهونة ، ولا حاجة إلى بين المرتهن ، وإن زعم رهن الأرض وحدها ، أو ما سوى الأشجار المختلف فيها ، واقتصر على نفي الوجود ،

فلا يلزم من كذبه في إنكار الوجود كونها مرهونة ، فيطالب بجواب دعوي الرهن .
فإن أصر على إنكار الوجود ، فقد جعل ناكلاً ، وردت اليمين على المرتن . فإن
رجع إلى الاعتراف بالوجود ، وأنكر رهنها ، قلنا إنكاره ، وحلف لجواز صدقه في
نفي الرهن . وإن كان الشجر بحيث يحتمل الوجود يوم رهن الأرض ، والحدوث بعده ،
فالقول قول الراهن . فإذا حلف ، فهي كالشجرة الحادثة بعد الرهن في القلع
وسائر الأحكام ، وقد سبق بيانها . هذا كله تفريع على الاكتفاء منه بإنكار
الوجود ، وهو الصحيح . وفي وجه : لا بد من إنكار الرهن صريحاً . والحكم
بتصديق الراهن في هذه الصورة ، مفروض فيما إذا كان اختلافهما في رهن تبرع .
فإن اختلافهما في رهن مشروط في بيع ، تحالفا كسائر صفات البيع إذا اختلف فيها .

فصل

لو ادعى رجل على رجلين أنها رهناه عبدهما بمائة ، وأقبضاه ، فأنكرا الرهن ، أو
الرهن والدين جميعاً ، فalcول قولهما مع اليمين . وإن صدقه أحدهما ، فنصيبه رهن
بخمسين ، والقول قول المكذب في نصيبه مع يمينه . فلو شهد المصدق للمدعي على
شريك المكذب ، قبلت شهادته ، فإن شهد معه آخر ، وحلف المدعي ، ثبت رهن
الجميع . ولو زعم كل منهما أنه مارهن نصيبه ، وأن شريكه رهن ، وشهد عليه ،
فوجهان . ويقال : قولان . أحدهما : لا تقبل شهادته ، لأن كل واحد يزعم أن
صاحبه كاذب ظالم بالجحود . وطعن المشهود له في الشاهد ، يمنع قبول شهادته له .
وأصحهما : تقبل ، وبه قال الأكثرون ، لأنه ربما نسيا . فإن تعمدا ، فالكذبة الواحدة
لا توجب الفسق . ولهذا ، لو تخاصم رجلان في شيء ، ثم شهدا في حادثة ، قبلت
شهادتهما وإن كان أحدهما كاذباً في ذلك التخاصم . فعلى هذا ، إذا حلف مع

كل واحد ، أو أقام شاهداً آخر ، ثبت رهن الجميع . وقال ابن القطان : الذي شهد أولاً يقبل ، دون الآخر ، لأنه اتهم خصماً متقياً .

فرع

ادعى رجلان على رجل أنه رهنها وأقبضها ، فإن صدقها أو كذبها ، لم يخف الحكم . وإن صدق أحدهما ، فنصف المبد رهن عنده ، ويحلف الآخر . وهل تقبل شهادة المصدق للكذب ؟ قال ابن كج : نعم . وقال الآخرون : لا . وحكى الامام والنزالي وجهين بناءً على أن الشريكين إذا ادعيا حقاً أو ملكاً بائتياع أو غيره ، فصدق أحدهما ، هل يستبد بالنصف ، أم يشاركه الآخر فيه ؟ فيه وجهان . إن قلنا : يستبد ، قلت ، وإلا ، فلا ، لأنه متهم . وقال البغوي : إن لم ينكر إلا الرهن ، قبل . وإن أنكر الرهن والدين ، فحينئذ يفرق بين دعواها الارث وغيره . والذي ينبغي أن يفتى به ، القبول إن كانت الحال لا تقتضي الشركة ، والمنع إن اقتضت ، لأنه متهم .

فرع

منصوص عليه

ادعى زيد وعمرو على ابني بكر ، أنهما رهننا عندهما عبدما المشترك بينهما بمائة ، فصدق أحد المدعين ، ثبت ما ادعاه ، وكان له على كل واحد منها ربع المائة ، ونصف نصيب كل واحد منهما مرهون به . وإن صدق أحد الابنين زيداً ، والآخر عمراً ، ثبت الرهن في نصف المبد ، لكل واحد من المدعين في ربه ربع المائة . فلو شهد

أحد الاثنين على أخيه ، قلت . ولو شهد أحد المدعين للآخر ، فعلى ما ذكرناه
في الصورة الثانية .

فرع

منصوص في المختصر

ادعى رجلان على رجل ، فقال كل واحد : رهنتي عبدك هذا وأقبضتنيه ،
فان كذبا ، فالقول قوله ، ويحلف لكل واحد يمينا . وإن كذب أحدهما ، وصدق
الآخر ، قضي بالرهن للمصدق . وفي تحليفه للكذب قولان . أظهرهما : لا .
فان قلنا : يحلف ، فنكل ، فحلف المكذب يمين الرد ، ففيا يستفيد بها وجهان .
أحدهما : يقضى له بالرهن وينزع من الأول . وأصحها : يأخذ القيمة من المالك ،
ليكون رهناً عنده . وإن صدقها جميعاً ، نظر ، فان لم يدعي السبق ، أو ادعاه كل
منهما ، وقال المدعى عليه : لا أعرف السابق ، وصدقه ، فوجهان . أحدهما : يقسم
بينهما ، كما لو تنازعا شيئاً في يد ثالث فاعترف لهما ، وأصحها : يحكم بطلان
العقد ، كما لو زوج وليان ولم يعرف السابق . وإن ادعى كل واحد السبق ، وأن
الراهن عالم بصدقه ، فالقول قوله مع يمينه . فان نكل ، ردت اليمين عليها .
فان حلف أحدهما ، قضي له . وإن حلفا ، أو نكلا ، تعذر معرفة السابق ، وعاد
الوجهان . وإن صدق أحدهما في السبق ، وكذب الآخر ، قضي للمصدق . وهل يحلفه
المكذب ؟ فيه القولان السابقان . وحيث قلنا : مقتضى الصدق ، فذلك إذا لم يكن
العبد في يد المكذب . فان كان ، فقولان . أحدهما : يقضى لصاحب اليد . وأظهرهما :
المصدق يقدم ، لأن اليد لا دلالة لها على الرهن . ولو كان العبد في أيديهما ،

فالمصدق مقدم في النصف الذي في يده ، وفي النصف الآخر ، القولان . والاعتبار في جميع ما ذكرناه بسبق القبض ، لا المقد . حتى لو صدق هذا في سبق المقد ، وهذا في سبق القبض ، قدم الثاني .

قلت : ولو قال المدعى عليه : رهنته عند أحدكم ، ونسيت ، حلف على نفي العلم . فإن نكل ، ردت عليها ، فإن حلفا ، أو نكلا ، انفسخ المقد على المذهب الذي قطع به الجماهير في الطرق ، ونقله الامام وغيره عن الأصحاب . وخرج وجه : أنه لا يفسخ ، بل يفسخه الحاكم ، وبهذا الوجه قطع صاحب « الوسيط » ، وهو شاذ ضعيف . وإن حلف الراهن على نفي العلم ، تحالفا على الصحيح ، كما لو نكل . وفي وجه : انتهت الخصومة . والله أعلم

فرع

دفع متاعاً إلى رجل ، وأرسله إلى غيره . يستقرض منه للدفع ويرهن المتاع ، ففعل ، ثم اختلفا ، فقال المرسل إليه : استقرض مائة ورهنه بها ، وقال المرسل : لم آذن إلا في خمسين ، نظر ، إن صدق الرسول المرسل ، فالمرسل إليه مدّع على المرسل بالاذن ، وعلى الرسول بالأخذ ، فالقول قولهما في نفي دعواه . وإن صدق المرسل إليه ، فالقول في نفي الزيادة قول المرسل ، ولا يرجع المرسل إليه على الرسول بالزيادة إن صدقه في الدفع إلى المرسل ، لأنه مظلوم بزعمه . وإن لم يصدقه ، رجع عليه . هكذا ذكره ، وفيه إشكال . وينبغي أن يرجع على الرسول وإن صدقه في الدفع إلى المرسل .

الأمر الثاني : القبض . فإذا تنازعا في قبض الرهون ، فإن كان في وقت النزاع في يد الراهن ، فالقول قوله مع يمينه . وإن كان في يد المرتهن وقال :

قبضته عن الرهن ، وأنكر الراهن ، فقال : بل غصبته ، فالقول قول الراهن على الصحيح . وقيل : قول المرتهن ، وهو شاذ ضعيف . وإن قال الراهن : بل قبضته عن جهة أخرى مأذون فيها ، بأن قال : أودعته ، أو أعرت ، أو أكرت ، أو أكرته إفلان فأكراهه ، فهل القول قول المرتهن ، لاتفاقها على قبض مأذون فيه ، أو قول الراهن ، لأن الأصل عدم ما ادعاه ؟ وجهان . أصحها : الثاني ، وهو المنصوص . ويجري مثل هذا التفصيل ، فيما إذا اختلف البائع والمشتري ، حيث كان للبائع حق الحبس ، وصادفنا المبيع في يد المشتري ، فادعى البائع أنه أعاره ، أو أودعه ، لكن الأصح هنا حصول القبض ، لقوة يده بالملك . وهذا تبريع على أنه لا يبطل حق الحبس بالإعارة والابتداع ، وفيه خلاف سبق . ولو صدقه الراهن في إذنه في القبض على جهة الرهن ، ولكن قال : رجعت قبل قبضك ، فالقول قول المرتهن في عدم الرجوع ، لأن الأصل عدمه . ولو قال الراهن : لم يقبضه بعد ، وقال المرتهن قبضته ، فمن كان المرهون في يده منها ، فالقول قوله باتفاق الأصحاب ، وعليه حملوا النصين المختلفين في الأم .

فرع

إقرار الراهن بأقباض المرهون ، مقبول ملازم ، لكن بشرط الامكان . حتى لو قال : رهته اليوم داري بالشام ، وأقبضته إياها وهما بمكة ، فهو لاغٍ . ولو قامت البيئة على إقراره بالأقباض في موضع الامكان ، فقال : لم يكن لإقراري عن حقيقة ، فحلفوه أنه قبض ، نظر ، إن ذكر لإقراره تأويلاً ، بأن قال : كنت أقبضته بالقول ، وظننت أنه يكفي قبضاً ، أو وقع إلي كتاب على لسان وكيلي بأنه أقبض وكان مزوراً ، أو قال : أشهدت على رسم القبالة قبل حقيقة القبض ، فله تحليفه . وإن لم يذكر تأويلاً ، فوجهان . أصحها عند المراقين : يحلفه ، وبه قال

ابن خيران وغيره ، وهو ظاهر النص . وأصحها عند الراوزة : لا ، وبه قال أبو إسحاق .

قلت : طريقة المراقين آفته وأصح . والله أعلم

وقد حكى في « الوسيط » وجهاً : أنه لا يحلفه مطلقاً وإن ذكر تأويلاً . وهذا الوجه غريب ضيف مخالف لما قطع به الأصحاب . ولولم يقم بينة على إقراره ، بل أقر في مجلس القضاء بعد توجه الدعوى عليه ، فوجهان . قال الثقال : لا يحلفه وإن ذكر تأويلاً ، لأنه لا يكاد يقر عند القاضي إلا عن تحقيق . وقال غيره : لا فرق ، لشمول الامكان . ولو شهد الشهود على نفس القبض ، فليس له التحليف بحال ، وكذا لو شهدوا على إقراره ، فقال : ما أقرت ، لأنه تكذيب للشهود .

فرع

لو كان الرهن مشروطاً في بيع ، فقال المشتري : أقبضت ، ثم تلف الرهن ، فلا خيار لك في البيع ، وأقام على إقراره بالقبض حجة ، فأراد المرتن تحليفه ، فهو كما ذكرنا في إقرار الراهن ، وطلب الراهن بين المرتن . ويقاس على هذا ، ما إذا قامت بينة بإقراره لزيد بألف ، فقال : إنما أقرت وأشهدت ليقرضني ، ثم لم يقرضني ، وكذا سائر نظائرها .

الأمور الثالث : الجنابة ، وهي ضربان .

الأول : جنبي على البعد المرهون ، فأقر رجل أنه الجنابي ، فإن صدقه المترامنان أو كذبه ، لم يخف حكمة . وإن صدقه الراهن فقط ، أخذ الأرض وفاز به ، فليس للمرتن التوثق به . وإن صدقه المرتن فقط ، أخذ الأرض وكان مرهوناً .

فان قضى الدين من غيره ، أو أبرأه المرتهن ، فالأصح: أنه يرد الأرض إلى المقر .
والثاني : يجعل في بيت المال ، لأنه مال ضائع لا يدّعيه أحد .
الضرب الثاني : جناية المرهون ، والنزاع في جنايته ، يقع تارة بعد لزوم الرهن ،
وتارة قبله .

الحال الأول : بدمه ، فإذا أقر المرتهن بأنه جنى ، وواقفه العبد أم لا ، فالقول
قول الراهن مع يمينه . وإذا بيع في دين المرتهن ، لم يلزمه تسليم الثمن إليه بإقراره
السابق . ولو أقر الراهن بجنايته ، وأنكر المرتهن ، فالقول قوله . وإذا بيع في
الدين ، فلا شيء المقر له على الراهن . وحكى ابن كج وجهاً : أنه يقبل إقرار
الراهن ، ويباع العبد في الجناية ، ويفرم الراهن للمرتهن .

الحال الثاني : تنازعا في جنايته قبل لزوم الرهن ، فأقر الراهن بأنه كان أتلف
مالاً ، أو جنى جناية توجب المال ، فان لم يمين المجني عليه ، أو عينه فلم يصدقه ،
أو لم يدّع ذلك ، فالرهن مستمر بحاله . وإن عينه وادعاه المجني عليه ، نظر ، إن
صدقه المرتهن ، يبيع في الجناية ، والمرتهن بالخيار إن كان الرهن مشروطاً في بيع .
وإن كذبه ، فقولان . أظهرهما : لا يقبل قول الراهن ، صيانة لحق المرتهن . والثاني :
يقبل ، لأنه مالك . ويجري القولان فيما لو قال : كنت غصبته ، أو اشتريته شراءً
فاسداً ، أو بعه ، أو وهبه وأقبضته وأعتقته . ولا حاجة في صورة المتق إلى
تصديق العبد ودعواه ، بخلاف المقر له في باقي الصور . وفي الاقرار بالمتق قول
ثالث : أنه إن كان موسراً ، نفذ ، وإلا ، فلا ، كالاتاق . وتقل الامام هذا
القول في جميع هذه الصور . فان قلنا : لا يقبل إقرار الراهن ، فالقول في بقاء
الرهن قول المرتهن مع يمينه ، ويحلف على نفي العلم بالجناية . وإذا حلف واستمر
الرهن ، فهل يفرم الراهن للمجني عليه ؟ قولان . قال الأئمة . أظهرهما : يفرم كما
لو قبّله ، لأنه حال بينه وبين حقه ، وما كالتقولين فيمن أقر بالدار لزيد ، ثم لمعرو ،

هل يفرم لمرو ؟ ويعبر عنها بقولي الفرم للحيلولة ، لأنه بإقراره الأول حال بين من أقر له ثانياً وبين حقه . فان قلنا : يفرم ، طوب في الحال إن كان موسراً . وإن كان مصرأ ، فاذا أيسر . وفيما يفرم للمجني عليه ؟ طريقان . أحدهما : على قولين . أظهرهما : الأقل من قيمته وأرش الجناية . وثانيهما : الارش بالنأ ما بلغ . والطريق الثاني وهو المذهب وبه قال الأكثرون : يفرم الأقل قطعاً ، كأم الولد ، لامتناع البيع ، بخلاف القن . وإذا قلنا : لا يفرم الراهن ، فان يبيع في الدين ، فلا شيء عليه . لكن لو ملكه ، لزمه تسليمه في الجناية ، وكذا لو انفق رهنه . هذا كله إذا حلف المرتن ، فان نكل ، فعلى من ترد اليمين ؟ قولان . ويقال : وجهان . أحدهما : على الراهن ، لأنه مالك المبد ، والخصومة تجري بينه وبين المرتن . وأظهرهما : على المجني عليه ، لأن الحق له ، والراهن لا يدعي لنفسه شيئاً . فاذا حلف الردود عليه منهما ، يبيع المبد في الجناية ، ولا خيار للمرتن في فسخ البيع المشروط فيه ، لأن فواته حصل بتكوله . ثم إن كان يستغرق الواجب قيمته ، يبيع كله ، وإلا فبقدر الأرض . وهل يكون الباقي رهناً ؟ وجهان . أصحها : لا ، لأن اليمين الردودة كالينة ، أو كالأقرار بأنه كان جانباً في الابتداء ، فلا يصح رهن شيء منه . وإذا رددنا على الراهن ، فنكل ، فهل يرد على المجني عليه ؟ قولان . ويقال : وجهان . أحدهما : نعم ، لأن الحق له . وأصحها : لا ، لأن اليمين لا ترد مرة بعد أخرى . فعلى هذا ، نكول الراهن كحلف المرتن في تقرير الرهن . وهل يفرم الراهن للمجني عليه ؟ فيه القولان . وإن رددناه على المجني عليه فنكل ، قال الشيخ أبو محمد : تسقط دعواه ، وانتهت الخصومة . وطرد المراقبون في الرد منه على الراهن الخلاف المذكور في عكسه . وإذا لم ترد ، لا يفرم له الراهن ، قولاً واحداً ، وتحال الحيلولة على نكوله ، هذا تمام التفريع على أحد القولين في أصل المسألة ، وهو أن الراهن لا يقبل لإقراره . فان قبلناه ، فهل يحلف ، أم يقبل بلا يمين ؟ قولان ، أو وجهان . أحدهما :

لا يحلف ، لأن اليمين للزجر ليرجع الكاذب. وهنا لا يقبل رجوعه . وأصحها عند الشيخ أبي حامد ومن وافقه: يحلف لحق الرهن ، ويحلف على البت . وسواء حلفناه ، أم لا ، فبيع العبد في الجناية كله أو بعضه على ما سبق ، وللرهن الخيار في فسخ البيع . وإن نكل ، حلف الرهن ، لأننا إنمّا حلفنا الراهن لحقه . وفي فائدة حلفه قولان حكاهما الصيدلاني وغيره . أظريهما : أن فائدته : تقدير الرهن في العبد على ما هو قياس الخصومات . والثاني : فائدته : أن يغرم الراهن قيمته ، ليكون رهناً مكانه ، ويباع العبد في الجناية بأقرار الراهن . فإن قلنا بالأول ، فهل يغرم الراهن للمقر له لكونه حال بنكوله بينه وبين حقه ؟ فيه القولان السابقان . وإن قلنا بالثاني ، فهل للرهن الخيار في فسخ البيع ؟ وجهان . أصحهما : نعم ، لفوات المين الشرطية . والثاني : لا ، لحصول الوثيقة بالقيمة . وإن نكل الرهن ، يبيع العبد في الجناية ، ولا خيار له في فسخ البيع ، ولا غرم على الراهن . وجميع ما ذكرناه مبني على أن رهن الجاني لا يصح ، فإن صححناه ، خفيل : يقبل إقراره قطعاً ، فيغرم المجني عليه ، ويستمر الرهن . وقال آخرون : بطرد القولين . ووجه المنع : أنه يحل بلزوم الرهن ، لأن المجني عليه يبيع المرهون لو عجز عن تفريم الراهن .

فرع

لو أقر السيد عليه بجناية توجب الفصاص ، لم يقبل إقراره على العبد ، فلو قال ، هم عفا على مال ، فهو كما لو أقر بما يوجب المال .

فرع

لو أقر بالمتق وقلنا : لا يقبل ، فالذهب والنصوص : أنه يجمل كانشاء الاعتاق.

وفيه الأقوال ، لأن من ملك لإنشاء أمر ، قبل إقراره به . ونقل الامام في نفوذه .
وجبين ، مع قولنا : ينفذ الانشاء .

فرع

رهن الجارية الموطوءة جائز ، ولا يمنع من التصرف ، لاحتمال الحل . فاذا رهن جارية ، فأنت بولد ، فان كان الانفصال لدون ستة أشهر من الوطاء ، أو لأكثر من أربع سنين ، فالرهن بحاله ، والولد مملوك له ، لأنه لا يلحق به . وإن كان لسته أشهر فأكثر إلى أربع سنين ، فقال الراهن : هذا الولد مني ، وكنت وطئتها قبل لزوم الرهن ، فان صدقه المرتن ، أو قامت بينة ، فهي أم ولد له ، والرهن باطل ، والمرتن فيسخ البيع المشروط فيه رهنها . وإن كذبه ولا بينة ، ففي قبول إقراره لثبوت الاستيلاد ، قولان ، كإقراره بالعتق ونظائره ، والتفريع كما سبق . وعلى كل حال ، فالولد حر ثابت النسب عند الامكان . ولو لم يصادف ولداً في الحال ، وزعم الراهن أنها ولدت منه قبل الرهن ، ففيه التفصيل السابق والخلاف ، وحيث قلنا : يحلف الحجي عليه ، تحلف المستولدة ، فانها في مرتبته ، وفي العتق يحلف العبد . قلت : ولو أقر بأنه استولدها بعد لزوم الرهن ، فان لم ينفذ استيلاده ، لم يقبل إقراره ، وإلا ، ففيه الوجهان السابقان في إقراره بالعتق ، أصحهما : يقبل .

والله أعلم

فرع

لو باع عبداً ، ثم أقر بأنه كان غصبه ، أو باعه ، أو اشتراه شراءً فاسداً ، لم يقبل قوله ، لأنه أقر في ملك الغير ، وهو مردود ظاهراً ، ويخالف إقرار الراهن ،

فانه في ملكه . وقيل بطرد الخلاف ، والمذهب : الأول . وعلى هذا ، فالقول قول المشتري . فان نكل ، فهل الرد على المدعي ، أم على المقر البائع ؟ قولان . ولو أجّر عبداً ، ثم قال : كنت بمته ، أو أجرته ، أو أعتقته ، ففيه الخلاف المذكور في الرهن ، كبقاء الملك . ولو كاتبه ، ثم أقر بما لا يصح منه كتابة ، قال ابن كج : فيه الخلاف . وقطع الشيخ أبو حامد بأنه لا يقبل ، لأن المكاتب كمن زال ملكه عنه .

الأمر الرابع : ما يفك به الرهن . فإذا أدن المرتهن في بيع الرهن ، فباع الراهن ، ورجع المرتهن عن الاذن ، ثم اختلفا ، فقال : رجعت قبل البيع ، فلم يصح ، وبقي رهناً كما كان ، وقال الراهن : بل رجعت بمته ، فالقول قول المرتهن على الأصح عند الأكثرين ، وقيل : قول الراهن . وقال في « التهذيب » : إن قال الراهن أولاً : تصرفت باذنك ، ثم قال المرتهن : كنت رجعت قبله ، فالقول قول الراهن . وإن قال : رجعت ، ثم قال الراهن : كنت بمت قبل رجوعك ، فالقول قول المرتهن . ولو أنكر الراهن أصل الرجوع ، فالقول قوله مع يمينه .

فصل

عليه دينان ، أحدهما حال ، وبه رهن ، أو كفيل ، أو هو ممن مبيع محبوس به ، فسلم إليه ألفاً ، وقال : أعطيتك عنه ، وقال القابض : بل عن الدين الآخر ، فالقول قول الدافع ، سواء اختلفا في نيته أو لفظه . قال الأئمة : فالاعتبار في أداء الدين بقصد المؤدي . حتى لو ظن المستحق أنه يودعه عنده ، ونوي من عليه الدين أداء الدين ، برئت ذمته ، وصار المدفوع ملكاً للقابض .

فرع

كان عليه دينان ، فأدى عن أحدهما بيمينه ، وقع عنه . وإن ادعى عنها ، قسط

عليها . وإن لم يقصد في الحال شيئاً ، فوجهان . أصحابها : راجع ، فيصرفه إليهما أو إلى ما شاء منها . والثاني : يقع عنهما . وعلى هذا تردد الصيدلاني في حكايته ، أنه يوزع عليها بالتسوية ، أم بالتقسيط ؟ وعلى هذا انقياس نظائر المسألة ، كما إذا تباع مشركان درهماً بدرهمين ، وسلم الزيادة من التزامها ، ثم أسدا ، فإن قصد تسليمه عن الزيادة ، لزمه الأصل ، وإن قصد تسليمه عن الأصل فلا شيء عليه . وإن قصد تسليمه عنهما ، وزّع عليهما ، وسقط ما بقي من الزيادة . وإن لم يقصد شيئاً ، ففيه الوجهان . ولو كان يزيد عليه مائة ، ولم يرو مثلاً ، فوكلاً وكيلاً بالاستيفاء ، فدفع المديون إلى الوكيل يزيد أو لم يرو ، فذاك ، وإن أطلق ، فعلى الوجهين . ولو قال : خذه وادفعه إلى فلان ، أو إليهما ، فهذا توكيل منه بالأداء ، وله التخيير ما لم يصل إلى المستحق . قلت : هذا الذي ذكره ، اقتصار على الأصح . فقد قال إمام الحرمين : إذا قال من عليه الدين لهذا الوكيل : خذ الألف وادفعه إلى فلان ، فوجهان . أفقهما أنه بالقبض ينزل عن وكالة المستحق ، وصار وكيلاً للمديون . والثاني : يبقى وكيلاً للأول . فعلى هذا ، لو تلف في يد الوكيل بغير تقصير ، فمن ضمان صاحب الدين وقد برىء الدافع . وعلى الأول : هو من ضمان الدافع ، والدين باقٍ عليه . وإن قصر الوكيل ، فعليه الضمان . وأيهما يطالبه ؟ فيه الوجهان . قال الامام : ولا يشترط في جريان الوجهين قبول الوكيل صريحاً بالقول ، بل مجرد قوله : ادفع إلى فلان ، فيه الوجهان . والله أعلم

ولو أبرأ مستحق الدينين المديون عن مائة ، وكل واحد منهما مائة ، فإن قصدهما أو أحدهما ، فهو لا قصد . وإن أطلق ، فعلى الوجهين . وإن اختلفا فقال البريء : أبرأت عن الدين الخالي عن الرهن والكفيل ، فقال المديون : بل عن الآخر ، فالقول قول البريء مع يمينه .

فصل

اختلفا في قِدَم عيب الرهون وحدثه ، فقد سبق بيانه في « كتاب البيع » .
ولو رهنه عَصِيراً ، ثم بعد قبضه اختلفا ، فقال المرتهن : قبضته وقد تخمر ، فلي الخيار
في فسخ البيع المشروط ، وقال الراهن : بل صار عندك خمرأ ، فالأظهر : أن القول
قول الراهن ، لأن الأصل بقاء لزوم البيع . والثاني : قول المرتهن ، لأن الأصل
عدم قبض صحيح . ولو زعم المرتهن أنه كان خمرأ يوم المقد ، وكان شرطه في
البيع شرط رهن فاسد ، فقبل بطرد القولين . وقيل : القول قول المرتهن
قطعاً . ولو سلم البعد المشروط رهنه ملتغاً بثوب ، ثم وجد ميتاً ، فقال الراهن :
حلت عندك ، فقال : بل أعطيتني ميتاً ، فأبها يقبل ؟ فيه القولان . ولو اشترى
مائماً ، وجاء بطرف فصبه البائع فيه ، فوجدت فيه فأرة ميتة ، فقال البائع : كانت في
ظرفك ، وقال المشتري : قبضته وفيه الفأرة ، فميمن يصدق القولان . ولو زعم المشتري
كونها فيه حال البيع ، فهذا اختلاف في جريان المقد صحيحاً ، أم فاسداً ؟ وقد
سبق بيانه .

فصل

ليس للراهن أن يقول : أحضر الرهون وأنا أقضي دينك من مالي ، [بل] لا يلزمه
الاحضار بعد قضائه ، وإنما عليه التمكين كالمودع . والاحضار ، وما يحتاج إليه
من مؤنة على رب المال . ولو احتيج إلى بيعه في الدين ، فؤنة الاحضار على الراهن .
قلت : قال صاحب « المأياة » : إذا رهن شيئاً ولم يشرط جملة في يد عدل ،
أو المرتهن ، فإن كان جارية ، صح قطعاً ، وكذا غيرها على الصحيح . والفرق أنها
[لا تكون في يد المرتهن ، وغيرها قد يكون ، فيتنازعان . قال أصحابنا : لو كان

بالرهون عيب، ولم يعلم به المرتهن حتى مات ، أو حدث به عيب في يده ، لم يكن له فسخ البيع الشروط فيه ، كما لو جرى ذلك في يد المشتوي ، وليس له أن يطالب بالارش ليكون مرهوناً ، صرح به القاضي أبو الطيب وغيره . قال القاضي : ولو رهن عبدان ، وسلم أحدهما فئات في يد المرتهن ، وامتنع الراهن من تسليم الآخر ، لم يكن له خيار في فسخ البيع ، لأنه لم يمكنه رده على حاله . والله أعلم

كتائب الفيلس

الفيلس في اللغة : النداء على الفيلس، وشهره بصفة الافلاس . وأما في الشرع ، فقال الأئمة : الفيلس : مَنْ عليه ديون لا يفي بها ماله . ومثل هذا الشخص يحجر عليه القاضي بالشرائط التي تذكرها إن شاء الله تعالى . وإذا حجر عليه ، ثبت حكمه . أحدهما : تعلق الدين بماله حتى لا ينفذ تصرفه فيه بما يضر بالفرماء ، ولا تراحها الديون الحادثة ، كما سيأتي إن شاء الله تعالى . والثاني : أن مَنْ وَجَدَ عند الفيلس عين ماله ، كان أحق به من غيره . فلو مات مفلساً قبل الحجز عليه ، تطلت الديون بتركته كما سبق في الرهن . ولا فرق في ذلك بين الفيلس وغيره ، ولكن يثبت الحكم الثاني ، ويكون موته مفلساً كالحجر عليه . ولو كان مال الميت وافيًا بديونه ، فالصحيح : أنه لا يرجع في عين المبيع ، كما في حال الحياة ، لتيسر الثمن . وقال الاصطخري : يرجع . واعلم أن التعلق المانع من التصرف ، يفتقر إلى حجز القاضي عليه قطعاً . وكذا الرجوع إلى عين المبيع . هذا هو الذي يدل عليه كلام الأصحاب تمريضاً وتصريحاً . وقد يشعر بعض كلامهم بالاستثناء فيه عن حجز القاضي ، ولكن المستند الأول .

فصل

يحجر القاضي على الفيلس بالتماس الفرماء الحجر عليه بالديون الحادثة الزائدة على قدر ماله ، خفيه قيود .

الأول : الالتماس ، فلا بد منه . فليس للقاضي الحجر بنير التماس ، لأن الحق لهم . فلو

كانت الديون لجائنين ، أو صبيان ، أو محجور عليه بسفه ، حجر اصاحتهم بلا التماس ، ولا يحجر لدين الغائبين ، لأنه لا يستوفي ما لهم في الذمم ، إنما يحفظ أعيان أموالهم . قلت : وإذا وجد الاتماس مع باقي الشروط المجوزة للحجر ، وجب على الحاكم الحجر ، صرح به أصحابنا كالقاضي أبي الطيب ، وأصحاب « الحاوي » ، و « الشامل » ، و « البسيط » ، وآخرين . وإنما نهى عليه ، لأن عبارة كثيرين من أصحابنا : « فللقاضي الحجر » ، وليس مرادهم أنه مخير فيه . والله أعلم

القييد الثاني : كون الاتماس من الغرماء ، فلو التمس بعضهم ودّينه قدر يجوز الحجر به ، حجر ، وإلا ، فلا ، على الأصح . وإذا حجر ، لا يختص أثره بالتمس ، بل بعمهم كلهم .

قلت : أطلق أبو الطيب وأصحاب « الحاوي » ، و « التتمة » ، و « التهذيب » : أنه إذا عجز ماله عن ديونه ، فطلب الحجر بعض الغرماء ، حجر ، ولم يعتبروا قدر دين الطالب ، وهذا قوي . والله أعلم

ولو لم يلتمس أحد عنهم ، والتمسه المفلس ، حجر على الأصح ، لأن له غرضاً . القيد الثالث : كون الدين حالاً ، فلا حجر بالمؤجل وإن لم يف المأل به ، لأنه لا مطالبة في الحال . فإن كان بعضه حالاً ، فإن كان قدراً يجوز الحجر له [حجر] وإلا ، فلا .

فرع

إذا حجر عليه بالفلس ، لا يحل ما عليه من الدين المؤجل على المشهور ، لأن الأجل حق مقصود له ، فلا يفوت . وفي قول : يحل كالوت . فملى هذا القول ، لو لم يكن عليه إلا مؤجل ، هل يحجر عليه ؟ وجهان . الصحيح : لا . ولو جن وعليه مؤجل ،

حل على المشهور . فان قلنا بالحلول ، قسم المال بين أصحاب هذه الديون . وأصحاب الحالة من الابتداء ، كما لو مات . وإن كانت في المؤجل ثمن متاع موجود عند المفلس ، فلبائعه الرجوع إلى عينه ، كما لو كان حالاً في الابتداء . وفي وجه : أن فائدة الحلول ، أن لا يتعلق بذلك المتاع حق غير بائه ، فيحفظه إلى مضي المدة . فان وجد وفاءً ، فذاك ، وإلا فحينئذٍ يفسخ . وقيل : لا فسخ حينئذٍ أيضاً . بل لو باع بمؤجل وحل الأجل ، ثم أفلس المشتري وحجر عليه ، فليس للبائع الفسخ والرجوع . والأول : أصح . وإن قلنا بعدم الحلول ، يبيع ماله ، وقسم على أصحاب الحال ، ولا يدخر لأصحاب المؤجل شيء ، ولا يدام الحجر عليه بعد القسمة لأصحاب المؤجل ، كما لا يحجر به ابتداءً . وهل تدخل في البيع الأتممة المشتراة بمؤجل ؟ وجهان . أصحابها : نعم ، كسائر أمواله ، وليس لبائعهما تعلق بها ، لأنه لا مطالبة في الحال على هذا . فان لم يتفق بينهما وقسمتها حتى حل الأجل ، ففي جواز الفسخ الآن وجهان .

قلت : أصحابها : الجواز ، قاله في « الوجيز » . والله أعلم

والوجه الثاني : لا تباع ، فانها كالرهونة بحقوق بائعها ، بل توقف إلى انقضاء الأجل ، فان انقضى والحجر باقٍ ، ثبت حق الفسخ . وإن فك ، فكذلك ، ولا حاجة إلى إعادة الحجر على الصحيح ، بل عزلها وانتظار الأجل كبقاء الحجر بالاضافة إلى المبيع .

القيد الرابع : ككون الديون زائدة على أمواله . فلو كانت مساوية والرجل كسوب يتفق من كسبه ، فلا حجر . وإن ظهرت أمارات الإفلاس ، بأن لم يكن كسوباً ، وكان يتفق من ماله ، أو لم يف كسبه بنفسه ، فوجهان . أصحابها عند المراقبين : لا حجر ، واختار الامام الحجر . ويجري الوجهان ، فيما إذا كانت

الديون أقل ، وكانت بحيث يظلب على الظن مصيرها إلى النقص أو المساواة ، لكثرة النفقة . وهذه الصورة أولى بالتمنع . وإذا حُجر عليه في صورة المساواة ، فهل لمن وجد عين ماله الرجوع ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، لاطلاق الحديث . والثاني : لا ، لتمكنه من استيفاء الثمن بكامله . وهل تدخل هذه الأعيان في حساب أمواله ، وأثمانها في حساب ديونه ؟ وجهان . أصحها : الإدخال .

فصل

وإذا حُجر عليه ، استحب للحاكم أن يشهد عليه ، ليحذر الناس معاملته . وإذا حُجر ، امتنع منه كل تصرف مبتدئ يصادف المال الموجود عند الحُجر ، فهذه قيود الأول : كون التصرف مصادفاً للمال . والتصرف ضربان . إنشاء ، وإقرار . الأول : الإنشاء ، وهو قسمان . أحدهما : يصادف المال ، وينقسم إلى تحصيل ، كالاحتطاب والانتهاج ، وقبول الوصية ، ولا منع منه قطعاً ، لأنه كامل الحال . وغرض الحُجر : منعه مما يضر الغرماء . وإلى تقويت ، فينظر ، إن تعلق بما بعد الموت وهو التدبير والوصية ، صح ، فإن فضل المال ، نفذ ، وإلا ، فلا . وإن كان غير ذلك ، فاما أن يكون مورده عين مال ، وإما في الذمة ، فها نوعان . الأول : كالبيع ، والهبة ، والرهن ، والاعتاق ، والكتابة ، وفيها قولان . أحدهما : أنها موقوفة ، إن فضل ما يصرف فيه عن الدين لارتفاع القيمة ، أو إبراء ، فنذناه ، وإلا ، فتبين أنه كان لفوا . وأظهرهما : لا يصح شيء منها ، لتعلق حق الغرماء بالأعيان ، كالرهن . ثم اختلف في محل القولين ، فقيل : هما فيما إذا اقتصر الحاكم على الحُجر ، ولم يجعل ماله لغرمائه حيث وجدوه . فإن جعل ذلك ، لم ينفذ تصرفه قطعاً ، واحتج هؤلاء بقول الشافعي رضي الله عنه : إذا جعل ماله لغرمائه ، فلا

زكاة عايه وطردها آخرون في الحالين ، وهو الأشهر . قال هؤلاء : وتجب الزكاة على الأظهر ما دام ملكه باقياً ، والنص محمول على ما إذا باعه لهم . فإن نفذناه بعد الحجر ، وجب تأخير ما تصرف فيه ، وقضاء الدين من غيره ، فلهه يفضل ، فإن لم يفضل ، نقضنا من تصرفاته الأضعف فالأضعف ، والأضعف الرهن والهبة ، لخلوها عن العوض ، ثم البيع ، ثم الكتابة ، ثم العتق ، قال الامام : فلو لم يوجد راغب في أموال المفلس إلا في العبد المعتق ، فقال الغرماء : يبعوه ونجزوا حقنا ، ففيه احتمال . وغالب الظن أنهم يجابون .

قلت : هذا الذي ذكره من فسخ الأضعف فالأضعف ، هو الذي قطع به الأصحاب في جميع الطرق ، وحكاه صاحب « المذهب » عن الأصحاب . ثم قال : ويحتمل أن يفسخ الآخر فالآخر ، كما قلنا في تبرعات المريض إذا عجز عنها الثلث ، والمختار ما قاله الأصحاب . فعلى هذا ، لو كان وقف وعتق ، ففي « الشامل » أن العتق يفسخ ، ثم الوقف . وقال صاحب « البيان » : ينبغي أن يفسخ الوقف أولاً ، لأن العتق له قوة وسراية ، وهذا أصح . ولو تمارض الرهن والهبة ، فسخ الرهن ، لأنه لا يملك به العين . والله أعلم

وهذا الذي ذكرناه في بيعه لغير الغرماء ، فإن باعهم ، فسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

النوع الثاني : ما يرد على الذمة بأن اشترى في الذمة ، أو باع طعاماً سَلَمَ ، فيصح ويثبت في ذمته . وفي قول شاذ : لا يصح .
القسم الثاني : مالا يصادف المال ، فلا منع منه ، كالنكاح ، والطلاق ، والخلع ، واستيفاء القصاص ، والمفوعته ، واستلحاق النسب ، ونفيه باللعان .

الضرب الثاني : الاقرار . فإن أقر بدين لزمه قبل الحجر عن معاملة ، أو إتلاف ، أو غيرها ، لزمه ما أقر به . وهل يقبل في حق الرماء ؟ قولان . أحدهما : لا . لئلا يضرهم بالمزاحمة . وأظهرهما : يقبل ، كما لو ثبت بالينة . وكأقرار المريض بدين يزحم غرما الصحة ، ولمدم التهمة الظاهرة . وإن أقر بدين لزمه بعد الحجر ، فإن قال : عن معاملة ، لم تقبل في حق الرماء . وإن قال : عن إتلاف أو جناية ، فالمذهب : أنه كما قبل الحجر ، وقيل : كدين المعاملة بعده . وإن أقر بدين ولم ينسبه ، فقياس المذهب : التزويل على الأول ، وجعله كاستئاده الى ما قبل الحجر .

قلت : هذا ظاهر إن تمتعت مراجعة المقر . فإن أمكنت ، فينبغي أن يراجع ، لأنه يقبل لإقراره . والله أعلم

وأما إذا أقر بعين مالٍ لغيره ، فقال : غصبته ، أو استعترته ، أو أخذه سوماً ، فقولان كما لو أسند الدين إلى ما قبل الحجر ، أظهرهما : القبول . لكن إذا قبلناه ، ففائدته هناك مزاحمة المقر له الرماء ، وهنا تسلم إليه العين وإن لم يقبل ، فإن فضل ، سلم إليه ، وإلا ، فالقرم في ذمته . والفرق بين الانشاء ، حيث أبطلناه في الحال قطعاً ، وكذا عند زوال الحجر على الأظهر ، وبين الاقرار حيث قبلناه في الفلوس قطعاً ، وفي الرماء على الأظهر ، أن مقصود الحجر ، منعه التصرف ، فأبطلناه . والاقرار إخبار عن ماض ، والحجر لا يسلبه السبارة .

فرع

أقر بسرقة توجب القطع ، قطع . وفي رد المروق ، القولان . والقبول هنا أولى ، لبعده عن التهمة . ولو أقر بما يوجب القصاص ، فمفا على مال ، ففي التهذيب أنه كالاقرار بدين الجناية . وقطع بعضهم بالقبول ، لانتفاء التهمة .

فرع

ادّعي عليه مال لزمه قبل الحجر ، فأنكر ونكل ، فحلف المدعي ، إن قلنا : النكول ورد اليمين كالبينة ، زاحم ، وإن قلنا : كالأقرار ، فعلى القولين .
القيد الثاني : كونه مصادفاً للمال الموجود عند الحجر . فلو تجدد بعده باصطياد ، أو اتها ب ، أو قبول وصية ، ففي تعدي الحجر إليه ومنعه التصرف فيه ، وجهان .
أصحها : التعدي . ولو اشترى في الذمة ، ففي تصرفه ، هذان الوجهان . وهل للبائع الخيار والتعلق بعين متاعه ؟ فيه أوجه . أصحها : الثالث ، وهو إثباته للجاهل دون العالم . فإن لم تثبته ، فهل يزاحم الغرماء بالثمن ؟ وجهان . أصحها : لا ، لأنه حادث برضى مستحقه ، والمزاحمة بالدين الحادث ثلاثة أقسام .

أحدها : ما لزم برضى مستحقه . فإن كان في مقابلته شيء ، كثمن البيع ، ففيه هذان الوجهان ، وإلا ، فلا مزاحمة بلا خلاف ، بل يصير إلى انفكاك الحجر .
الثاني : ما لزم بغير رضى المستحق ، كالجنسية والاتلاف ، فيزاحم به على المذهب ، وبه قطع العراقيون . وقيل : وجهان ، لتعلق حقوق الأدين ، كما لو جنى وليس له إلا عبد مرهون ، لا يزاحم المحجى عليه المرتهن .

الثالث : ما يتجدد بسبب مؤنة المال ، كأجرة الكيال ، والوزان ، والحمال والمنادي ، والدلال ، وكراء البيت الذي فيه المتاع ، فهذه المؤن تقدم على حقوق الغرماء ، لأنها لمصلحة الحجر . هذا إن لم نجد متبرعا . فإن وجد ، أو كان في بيت المال سعة ، لم يصرف مال المفلس إليها .

قلت : لو تجدد دين بعد الحجر ، وأقر بسابق وقلنا : لا مزاحمة بها ، فهذا سواء ، وما فضل .

قسم بينهما ، قاله في « التتمة » . والله أعلم

القيد الثالث : كون التصرف مبتدأ ، فلو اشترى شيئاً قبل الحجر ، فوجده بعد الحجر معيباً ، فله رده إن كان في الرد غبطة ، لأن الحجر لا ينمطف على ماض ، فإن منع من الرد عيب حادث ، لزمه الارش ، ولم يملك الفليس إسقاطه . وإن كانت الغبطة في بقاءه ، لم يملك رده ، لأنه تقويت بنير عوض . ولهذا نص الشافعي رضي الله عنه ، على أنه لو اشترى في صحته شيئاً ، ثم مرض ، ووجده معيباً ، فأمسكه والغبطة في رده ، كان القدر الذي تقصه العيب محسوباً من الثالث ، وكذلك الولي إذا وجد ما اشتراه للطفل معيباً ، لا يرده إذا كانت الغبطة في بقاءه ، ولا يثبت الارش في هذه الصورة ، لأن الرد غير ممتنع في نفسه ، وإغما المصلحة تقتضي الامتناع .

فرع

لو تباينا بشرط الخيار ، ففليسا أو أحدهما ، فلكل منها إجازة البيع ورده بغير رضی الغرماء ، هكذا نص عليه الشافعي رضي الله عنه . وفيه ثلاثة طرق .
أصحها : الأخذ بظاهره ، فيجوز الفسخ والإجازة على وفق الغبطة ، وعلى خلافها ، لأنه إغما يمنع من ابتداء تصرف . والثاني : تجوزهما بشرط الغبطة كالرد بالعيب .
والثالث : إن وقما على وفق الغبطة ، صح ، وإلا ، فيبني على أقوال الملك في زمن الخيار ، وينظر من أفلس . فإن كان المشتري ، وقلنا : الملك للبائع ، فله المشتري الإجازة والفسخ . وإن قلنا : للمشتري ، فله الإجازة ، لأنها استدامة ملك ، ولا فسخ ، لأنه إزالة . وإن أفلس البائع ، وقلنا : الملك له ، فله الفسخ ، لأنه استدامة ، وليس له الإجازة . وإن قلنا : للمشتري ، فلبائع الفسخ والإجازة .

فصل

من مات وعليه دين ، فادعى وارثه ديناً له على رجل ، وأقام شاهداً وحلف معه ، ثبت الحق وجعل في تركته . فان لم يحلف ، لم ترد اليمين على الغرماء على الجديد . ولو ادعى المحجور عليه بالفلس ديناً والتصوير كما ذكرنا ، لم يحلف الغرماء على المذهب . وقيل : فيه القولان . وحكى الامام عن شيخه طرد الخلاف في ابتداء الدعوى من الغرماء . وعن الأكثرين ، القطع بمنع الدعوى ابتداءً ، وتخصيص الخلاف باليمين بعد دعوى الوارث في المسألة الأولى ، والفلس في الثانية .

قلت : وطرده صاحب « التهذيب » القولين في الدعوى من غريم الميت إذا تركها وارثه . والله أعلم

وسواء كان المدعى عيناً أو ديناً، قاله ابن كج : وفرع على قولنا : يحلف الغرماء، أنه لو حلف بعضهم فقط ، استحق الخالفون بالقسط، كما لو حلف بعض الورثة . قال : ولو حلفوا ثم أبرئوا من ديونهم ، فهل يكون الخلف عليه لهم ويبطل الإبراء ؟ أم يكون للفلس ؟ أم يسقط عن المدعى عليه فلا يستوفى أصلاً ؟ فيه ثلاثة أوجه .

قلت : ينبغي أن يكون أصحابها : كونه للفلس . ويجيء مثله في غرماء الميت، وهذا المذكور عن ابن كج في حلف بعضهم ، قاله آخرون ، منهم صاحب « الحاوي » . ولو ادعى المفلس على رجل مالا، ولم يكن له شاهد ، ونكل المدعى عليه ، ثم المفلس ، ففي حلف الغرماء الخلاف المذكور مع الشاهد ، قاله القاضي أبو الطيب ، وصاحب

« التهذيب » . ولا يحلف الغريم إلا على قدر دينه . والله أعلم

فصل

إذا أراد السفر مَنْ عليه دين ، فإن كان حالاً ، فلصاحبه منه حتى يقضي حقه . قال أصحابنا : وليس هذا ممنأ من السفر ، كما يمنع عبده وزوجه السفر ، بل يشغله عن السفر برفعه إلى مجلس القاضي ومطالبته حتى يوفي (١). وإن كان مؤجلاً ، فإن لم يكن السفر مخوفاً ، فلا منع ، إذ لا مطالبة ، وليس له طلب رهن ولا كفيل قطعاً ، ولا يكلفه الاشارة على الصحيح . وسواء كان الأجل قريباً أم بعيداً ، فإن أراد السفر معه ليطالبه عند حلوله ، فله ذلك بشرط أن لا يلزمه . فإن كان السفر مخوفاً ، كالجهاد ، وركوب البحر ، فلا منع على الأصح مطلقاً . وفي وجهه : يمنع إلى أن يؤدي الحق ، أو يمطي كفيلاً ، قاله الاصطخري . وفي وجهه : إن لم يختلف وفاةً ، منعه . وفي وجهه : إن كان الدين من المرتزة ، لم يمنع الجهاد ، وإلا ، منع ، واختار الروياني مذهب مالك رضي الله عنه فقال : له المطالبة بالكفيل في السفر الخوف ، وفي السفر البعيد عند قرب الحلول .

فصل

إذا ثبت إعسار الديون ، لم يجوز حبسه ، ولا ملازمته ، بل يهل إلى أن

(١) في هامش الاصل ما نصه :

كلام التزير والروضة يوم أن صاحب الدين الحال إذا لم يوجد منه منع ولا إذن ، وذلك بأن لا يطمه أو أعله وسكت ، يجوز للديون السفر ، وليس كذلك ، فقد قال في أوائل السير ، فيمن عليه دين حال لملم أو ذمي : ليس له أن يخرج في سفر جهاد أو غيره إلا بأذنه ، وله أن ينتمه من السفر . هذا كلامه « مهات » .

يوسر . وأما الذي له مال وعليه دين ، فيجب أدائه إذا طلب . فإذا امتنع ، أمره الحاكم به . فإن امتنع ، باع الحاكم ماله وقسمه بين غرمائه . قلت : قال القاضي أبو الطيب والأصحاب : إذا امتنع ، فالحاكم بالخيار ، إن شاء باع ماله عليه بغير إذنه ، وإن شاء أكرهه على بيعه ، وعزّره بالحبس وغيره حتى يبيعه . والله أعلم

فإن التمس الغرماء المحجر عليه ، حجر على الأصح كيلاً يُتلف ماله . فإن أخفى ماله ، حبسه القاضي حتى يظهره . فإن لم يتزجر بالحبس ، زاد في تعذيبه بما يراه من الضرب وغيره . وإن كان ماله ظاهراً ، فهل يحبس لامتناعه ؟ قال في التتمة : فيه وجهان . الذي عليه عمل القضاة ، الحبس . فإن ادعى أنه تلف وصار مفلساً ، فعليه البيّنة . ثم إن شهدوا على التلف ، قبلت شهادتهم ، ولم تعتبر فيهم الخبرة مطلقاً . وإن شهدوا بأعساره ، قبلت بشرط الخبرة الباطنة . قال الصيدلاني : ويحمل قولهم : معسر ، على أنهم وقفوا على تلف المال .

فرع

إذا ادعى المدين أنهُ معسر ، أو قسم مال المحجور عليه على الغرماء ، وبقي بعض الدين ، فزعم أنه لا يملك شيئاً آخر ، وأنكر الغرماء ، نظر ، إن لزمه الدين في مقابلة مال ، بأن اشترى ، أو اقترض ، أو باع سلماً ، فهو كما لو ادعى هلاك المال ، فعليه البيّنة . وإن لزمه لافي مقابلة مال ، فثلاثة أوجه . أصحابها : يقبل قوله بيمينه . والثاني : يحتاج إلى البيّنة . والثالث : إن لزمه باختياره كالصداق والضمان ، لم يقبل ، واحتاج إلى البيّنة ، وإن لزمه لا باختياره كإرش الجناية وغرامة المتلف ، قبل قوله بيمينه ، لأن الظاهر أنه لا يشغل ذمته بمالا يقدر عليه .

فرع

البينة على الاعسار مسموعة ، وإن نعلقت بالنفي للحاجة ، كشهادة أن لا وارث غيره ، وتسمع وإن أقامها في الحال . ويشترط في الشهود مع شروط الشهود ، الخبرة الباطنة كطول الجوار أو المخالطة . فإن عرف القاضي أنهم بهذه الصفة ، فذاك ، وإلا ، فله اعتماد قولهم : إنا بهذه الصفة ، قاله في « النهاية » . ويكفي شاهدان كسائر الحقوق . وقال الفوراني : يشترط ثلاثة ، وهذا شاذ . وفيه حديث في « صحيح مسلم » ، وحمله الجمهور على الاستظهار والاحتياط . وأما صيغة شهادتهم ، فأن يقولوا : هو معسر لا يملك إلا قوت يومه وثياب بدنه . ولو أضافوا إليه : وهو ممن تحل له الصدقة ، جاز ولا يشترط . قال في « التتمة » : ولا يقتضون على أنه لا ملك له ، حتى لا تتمحض شهادتهم نفياً ، لفظاً ومعنى ، ويحلف المشهود له مع البينة ، لجواز أن يكون له مال في الباطن . وهل هذا التحليف واجب ، أم مستحب ؟ قولان . ويقال : وجهان . أظهرهما : الوجوب ، وعلى التقديرين ، هل يتوقف على استدعاء الخصم ؟ وجهان . أحدهما : لا ، كما لو ادعى على ميت أو غائب . فعلى هذا هو من آداب القضاء . وأصحها : نعم . كيمين المدعى عليه . قال الامام : الخلاف فيما إذا سكت ، فأما إذا قال : لست أطلب يمينه ، ورضيت باطلاقه ، فلا يحلف بلا خلاف .

فرع

حيث قلنا قوله مع يمينه ، فيقبل في الحال كالبينة . قال الامام : ويحتمل أن يتأثى القاضي ويسأل عن باطن حاله ، بخلاف البينة . وحيث قلنا : لا يقبل قوله إلا ببينة ، فادعى أن الغرماء يعرفون إعساره ، فله تحليفهم على نفي العلم ، فإن نكلوا ، حلف وثبت إعساره . وإن حلفوا ، حبس . ومما ادعى ثانياً وثالثاً أنه بان لهم

إعساره ، فان له تحليفهم ، قال في « التتمة » : إلا أن يظهر للقاضي انه يقصد الايذاء واللبجاج .

فرع

إذا حبسه ، لا يففل عنه بالكلية . فلو كان غريباً لا يتأتى له إقامة البيئة ، فينبغي أن يوكل به القاضي من يبحث عن وطنه ومنقلبه ، ويتفحص عن أحواله بحسب الطاقة ، فإذا غلب على ظنه إعساره ، شهد به عند القاضي لثلاث يتخلد في الحبس ، ومتى ثبت الاعسار ، وخلاه الحاكم ، فعاد الغرماء وادعوا بعد أيام أنه استفاد مالا ، وأنكر ، فالقول قوله ، وعليهم البيئة . فان أتوا بشاهدين فقالا : رأينا في يده مالا يتصرف فيه ، أخذه الغرماء . فان قال : أخذته من فلان وديمة أو قرصاً ، وصدقه المقر له ، فهو له ولا حق فيه للغرماء . وهل لهم تحليفه : أنه لم يواطىء المقر له ، وأقر عن تحقيق ؟ وجهان . أصحها : لا ، لأنه لو رجع عن إقراره ، لم يقبل . وإن كذبه المقر له ، صرف إلى الغرماء ، ولا يلتفت إلى إقراره لآخر . وإن كان المقر له غائباً ، توقف حتى يحضر ، فان صدقه ، أخذه ، وإلا ، فيأخذه الغرماء .

فرع

في حبس الوالدين بدين الولد ، وجهان . أصحهما عند الغزالي : يحبس . وأصحها في « التهذيب » وغيره ، لا يحبس ، ولا فرق بين دين النفقة وغيره ، ولا بين الولد الصغير والكبير (١) .

(١) في هامش الاصل ما نصه :

وسيرد الوجهان في كتاب الشهادات حيث قال : فرع في جواز حبس الوالدين بدين الولد أوجه الأصح : المنع ، قال الامام : وإليه صار معظم أئمتنا ، والثالث : يحبس في نفقة ولده ، ولا يحبس في ديونه ، حكاه الامام ، واختاره ابن القاص ، وقد سبق الوجهان في كتاب التفليس . هذه عبارته هناك .

قلت : وإذا حبس الفليس ، لم يَأْتَم بترك الجمعة إذا كان معسراً . قال الصيمري :
وقيل : يلزمه استئذان الغريم حتى يمنه ، فيسقط الحضور . والنفقة في الحبس في
ماله على المذهب . وحكى الصيمري ، والشاشي ، وصاحب « البيان » ، فيها وجهين
ثانيتها أنها على الغريم . فإن كان الفليس ذا صنعة ، ممكن من عملها في الحبس على
الأصح . والثاني : يمنع إن علم منه ممانعة بسبب ذلك ، حكاهما الصيمري والشاشي
وصاحب « البيان » . ورأيت في فتاوى الفزالي رحمه الله ، أنه سئل ، هل يمنع
المحبوس من الجمعة والاستمتاع بزوجه ومحادثه أصدقائه ؟ فقال : الرأي إلى القاضي
في تأكيد الحبس بمنع الاستمتاع ومحادثة الصديق ، ولا يمنع من الجمعة إلا إذا ظهرت
المصلحة في منعه . وفي فتاوى صاحب « الشامل » ، أنه إذا أراد شتم الرباحين في
الحبس ، إن كان محتاجاً إليه لمرض ونحوه ، لم يمنع ، وإن كان غير محتاج بل
يريد الترفه ، منع . وأنه يمنع من الاستمتاع بالزوجة ، ولا يمنع من دخولها لحاجة
كجمل الطعام ونحوه . وأن الزوجة إذا حبست في دين استدائنه بغير إذن الزوج ،
فإن ثبت بالبينة ، لم يسقط نفقتها مدة الحبس ، لأنه بغير رضاها فأشبهه المرض .
وإن ثبت بالإقرار ، سقطت ، هكذا قال ، والختار سقوطها في الحالين ، كما لو وطئت
بشبهة فاعتدت ، فلها تسقط ، وإن كانت معذورة . قال أصحابنا : ولو حبس في
حق رجل ، فجاء آخر وادعى عليه ، أخرجه الحاكم فسمع الدعوى ، ثم يرده .
قال في « البيان » ، لو مرض في الحبس ولم يجد من يخدمه فيه ، أخرج . فإن وجد
من يخدمه ، ففي وجوب إخراجه ، وجهان . فإن جن ، أخرج قطعاً . وإذا حبس
لحق جماعة ، لم يكن لواحد إخراجه ، حتى يجتمعوا على إخراجه . ولو حبس لحق غريم ، ثم

استحق آخر حبسه ، جملة القاضي محبوساً للائنين ، فلا يخرج إلا باجتماعهما . قال : وإذا ثبت
إعساره ، أخرجه بغير إذن الغريم^(١) . والله أعلم

فصل

إذا حجب الحاكم على المفسد ، استحب أن يبادر ببيع ماله وقسمته ، لئلا يطول
زمن الحجر ، ولا يفرط في الاستعجال ، لئلا يباع بثمن بخس ، ويستحب أن
يبيع بحضرة المفسد ، أو وكيله ، وكذا يفعل إذا باع المرهون . ويستحب أيضاً
إحضار الغرماء ، ويقدم بيع المرهون والجاني ، ليتعجل حق مستحقيه . فإن فضل
عنها شيء ضم إلى سائر الأموال . وإن بقي من دين الرهن شيء ، ضارب به .
قلت : ويقدم أيضاً المال الذي تعلق به حق عامل القراض ، ويقدم بالربح
المشروط ، صرح به الجرجاني وهو ظاهر . والله أعلم

وبيع أولاً ما يخاف فساد ، ثم الحيوان ، ثم سائر الذنقات ، ثم المقار ،
وبيع كل شيء في سوقه .

قلت : يبيع كل شيء في سوقه ، مستحب . فلو باع في غيره بثمن مثله ، صح ،
قاله أصحابنا . وهذا المذكور من تقديم بيع المرهون والجاني ، وهو إذا لم يخف
تلف ما يبيع فساد . فإن خيف ، قدم ببيعها . والله أعلم

(١) في هامش الأصل مانعه : هذه المسألة قد أعادها في الباب الثاني في جامع آداب
القضاء في آخر الطرف الأول منه ، وجزم بالنسج ، وهو مخالف لكل من هذين النقليين
المذكورين هنا ، وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى « مهمات » .

ويجب أن يبيع بئمن المثل حالاً من نقد البلد . فإن كانت الديون من غير ذلك النقد ، ولم يرضى المستحقون إلا بجنس حقهم ، صرفه إليه . وإلا فيجوز صرفه إليهم إلا أن يكون سلماً .

قرع

لا يسلم المبيع قبل قبض الثمن ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه . وقد سبق أقواله ، فيما إذا تنازع المتبايعان في البداءة بالتسليم ، فقال أبو إسحاق : نصه هنا تفريع على قولنا يبدأ بالمشتري ، ويحيى عند النزاع قول آخر : أنها يجيران معاً ، ولا يحيى قولنا لا يجير واحد منها ، لأن الحال لا يحتمل التأخير ، ولا قولنا : البداءة بالبائع ، لأن من تصرف لغيره ، لزمه الاحتياط . وقال ابن القطان : تجب البداءة هنا بتسليم الثمن ، بلا خلاف . ثم لو خلف الواجب وسلم قبل قبض الثمن ، ضمن ، وسنذكر إن شاء الله تعالى كيفية الضمان .

قرع

ما يقبضه الحاكم من أثمان أمواله على التدريج إن كان يسهل قسمته عليهم ، فالأدلى أن لا يؤخر . وإن كان يسر لقلته وكثرة الديون ، فله التأخير لتجتمع ، فإن أبو التأخير ، ففي « النهاية » إطلاق القول بأنه يجيبهم . والظاهر ، خلافه وإذا تأخرت القسمة ، فإن وجد من يقرضه إياه ، فعل ، ويشترط فيه الامانة واليسار . وليودع عند من يرضاه الغرماء ، فإن اختلفوا أو تعينوا غير عدل ، فالرأي للحاكم ، ولا يقنع بغير عدل . ولو تلف شيء في يد العدل ، فهو من ضمان المفلس ، سواء كان في حيلة المفلس أو بعد موته .

فرع

لا يكاف الغرماء عند القسمة إقامة البينة على أنه لا غريم سواهم ، ويكفي بأن الحجر قد استفاض . فلو كان غريم ، لظهر وطلب حقه ، هكذا نقله الامام عن صاحب « التقريب » ، ثم قال : ولا فرق عندنا بين القسمة على الغرماء وبين القسمة على الورثة . فإذا قلنا : في الورثة لا بد من بينة بأن لا وارث غيرهم ، فكذا الغرماء . وإفارق أن يفرق بأن الورثة على كل حال أضبط من الغرماء .

قلت : الأصح : قول صاحب « التقريب » ، وهو ظاهر كلام الجمهور . وبفرق أيضاً ، بأن الغريم الموجود ، يتقنا استحقاقه لما يخصه ، وشككنا في مزاحم . ثم لو قدر مزاحم ، لم يخرج هذا عن كونه يستحق هذا القدر في الذمة ، وليست مزاحمة الغريم متحتمة ، فإنه لو أبرأ أو أعرض ، سلمنا الجميع إلى الآخر ، والوارث يخالفه في جميع ذلك . والله أعلم

وإذا جرت القسمة ، ثم ظهر غريم ، فالصحيح أن القسمة لا تنقض ، ولكن يشاركهم بالحصة ، لأن المقصود يحصل بذلك . وفي وجه ، ينقض فيستأنف . فعلى الصحيح ، لو قسم ماله وهو خمسة عشر على غريمين ، لأحدهما عشرون ، وللآخر عشرة ، فأخذ الأول عشرة ، والآخر خمسة ، فظهر غريم له ثلاثون ، استرد من كل واحد نصف ما أخذه . ولو كان دينهما عشرة وعشرة ، فقسم المال نصفين ، ثم ظهر غريم بعشرة ، رجع على كل واحد بثلث ما أخذه . فإن أئلف أحدهما ما أخذ ، وكان مصراً لا يحصل منه شيء ، فوجهان . أصحابهما : يأخذ الغريم الثالث من الآخر نصف ما أخذه ، وكأنه كل المال . ثم إذا أيسر المثلث ، أخذ منه ثلث ما أخذه ، وقبها بينهما . والثاني : لا يأخذ منه إلا ثلث ما أخذه ، وله

ثلث ما أخذه المتلف دين عليه (١) . ولو ظهر التريم الثالث ، وظهر للمفلس مال عتيق ، أو حادث بعد الحجر ، صرف منه إلى من ظهر بقسط ما أخذه الأولان . فإن فضل شيء قسم على الثلاثة ، وهذا كله في ظهور غريم بدين قديم . فإن كان بحادث بعد الحجر ، فلا مشاركة في المال القديم . وإن ظهر مال قديم ، وحدث مال باحطاب وغيره ، فالقديم للقدماء خاصة ، والحادث للجميع .

فرع

لو خرج شيء مما باعه المفلس قبل الحجر مستحقاً ، والتمن غير باقٍ ، فهو كدين ظهر ، وحكمه ما سبق . وإن باع الحاكم ماله ، فظهر مستحقاً بعد قبض الثمن وتلفه ، رجع المشتري في مال المفلس ، ولا يطالب الحاكم به . ولو نصب أميناً فباعه ، ففي كونه طريقاً ، وجهان . كما ذكرنا في المدل الذي نصبه القاضي لبيع المرهون .

قلت : أصحها : لا يكون ، قاله صاحب « التهذيب » . والله أعلم

وإذا رجع المشتري أو الأمين إذا جعلناه طريقاً ، وغرم في مال المفلس ، قدما على الغرماء على المذهب ، لأنه من مصالح البيع كاجرة الكيال لئلا يرغب عن الشراء من ماله . وفي قول ، يضاربان . وقيل : إن رجعا قبل القسمة ، قدما . وإن كان بعد القسمة واستئناف حجر بسبب مال تجدد ، ضارباً .

فصل

فيما يباع من مال المفلس

فيه مسائل :

إحداها : ينفق الحاكم على المفلس إلى فراغه من بيع ماله وقسمته ، وكذا

(١) عبارة النزير هكذا : وثلاث ما أخذه المتلف دين له عليه .

ينفق على من عليه مؤنته من الزوجات والاقارب ، لأنه موسر ما لم يزل ملكه .
وكذلك يكسوم بالمروف . هذا إذا لم يكن له كسب يصرف إلى هذه الجهات .
وأما قدر نفقة الزوجات ، فقال الامام : لا شك أن نفقته نفقة المسرين . وقال
الرويانى : نفقة الموسرين . وهذا قياس الباب ، إذ لو كان نفقة المعسر ، لما أنفق
على القريب .

قلت : يرجح قول إمام الحرمين بنص الشافعي رضي الله عنه ، إذ قال في
« المختصر » : أنفق عليه وعلى أهله كل يوم أقل ما يكفيهم من نفقة وكسوة .

والله أعلم

الثانية : يباع مسكنه وخادمه . وإن كان محتاجاً إلى من يخدمه لزمانة ، أو
كان منصبه يقتضي ذلك ، هذا هو المذهب والمنصوص . وفي وجهه ، يقيان إذا كانا
لائقين به دون النفيسين . وفي وجهه ، يبقى المسكن فقط .

الثالثة : يترك له دست ثياب تليق به ، من قميص ، وسراويل ، ومنمعل ،
ومكعب . وإن كان في الشتاء زاد جبة . ويترك له عمامة ، وطيلسان ، وخف ودراعة
يلبسها فوق القميص ، إن كان يليق به لبسها . وتوقف الامام في الخف والطيلسان
وقال : تركها لا يجرم المروءة . وذكر أن الاعتبار بحاله في إفلاسه ، لا في بسطته
وثروته . لكن المفهوم من كلام الأصحاب ، أنهم لا يوافقونه ويمنمون قوله : تركها
لا يجرم المروءة . ولو كان يلبس قبل إفلاسه فوق ما يليق بمثله رددناه إلى ما يليق ،
ولو كان يلبس دون اللائق تقتيراً ، لم يرد إليه . ويترك لعياله من الثوب ، كما
يترك له . ولا يترك الفرش والبسط ، لكن يسامح باللبد والحصير القليل القيمة .
الرابعة : يترك قوت يوم القسمة له ولبن عليه نفقته ، لأنه موسر في أوله ،

ولا يزداد على نفقة ذلك اليوم . وذكر الغزالي ، أنه يترك له سكنى ذلك اليوم أيضاً ، فاستمر على قياس النفقة ، لكن لم يتعرض له غيره .
الخامسة : كل ما قلنا يترك له ، إن لم نجده في ماله ، اشترى له .

قلت : قال صاحب « التهذيب » : يباع عليه مركوبه ، وإن كان ذامرودة . قال أصحابنا : وإذا مات الفليس ، قدم كفنه ، وحنوطه ، ومؤنة غسله ودفنه على الديون ، وكذلك من مات من عبيده ، وأم ولده ، وزوجته إن أوجبنا عليه كفنها ، وكذلك أقاربه الذين تازمه نفقتهم ، نص عليه في « المختصر » ، واتفقوا عليه . قال في « البيان »
وتسلم إليه النفقة يوماً بيوم . والله أعلم

فصل

من قواعد الباب ، أن الفليس لا يؤمر بتحصيل ما ليس بحاصل ، ولا يمكن من تقويت ما هو حاصل . فلو جني عليه أو على عبده ، فله القصاص . ولا يلزمه العفو على مال . فلو كانت الجناية موجبة للمال ، فليس له ولا لوارثه العفو بغير إذن الغرماء . ولو كان أسلم في شيء ، فليس له أن يقبضه مساحاً ببعض الصفات المقصودة المشروطة إلا بأذنهم . ولو كان وهب هبة تقتضي الثواب ، وقلنا : يتقدر الثواب بما يرضى به الواهب ، فله أن يرضى بما شاء . ولا يكلفه طلب زيادة ، لأنه تحصيل . وإن قلنا : يتقدر المثل ، لم يجز الرضى بما دونه . ولو زاد على المثل ، لم يجب القبول . وليس على الفليس أن يكتسب ويؤاجر نفسه ليصرف الكسب والاجرة في الديون ، أو بقيتها . ولو كان له أم ولد أو ضيعة موقوفة عليه ، فهل يؤاجران عليه ؟ وجهان . ميل الامام إلى المنع . وفي تهاليق المرافيين ، ما يدل على أن الإيجار أصح . فعلى هذا ، يؤجر مرة بعد أخرى إلى أن يفنى الدين . ومقتضى هذا ، لإدامة الحجر إلى فناء الدين ، وهذا كالاستئجار .

قلت : الايجار أصح ، وصححه في « المحرر » . وذكر الغزالي في « الفتاوى » أنه يجبر على إجارة الوقف ما لم يظهر تفاوت بسبب تعجيل الأجرة إلى حد لا يتقارب به الناس في عرض قضاء الدين ، والتخلص من المطالبة . والله أعلم

فصل

إذا قسم الحاكم مال المفلس بين الغرماء ، فهل ينفك الحجر بنفسه ، أم يحتاج إلى فك الحاكم ؟ وجهان . أصحابها : يحتاج كحجر السفه . هذا إن اعترف الغرماء أن لا مال له سواء . فإن ادعوا مالاً آخر ، فأنكر ، فقد سبق بيانه . ولو اتفق الغرماء على دفع الحجر ، فهل يرتفع كالرهون ، أم لا يرتفع إلا بالحاكم لاحتمال غريم آخر ؟ فيه الوجهان . ولو باع المفلس ماله لغريمه بدينه ولا غريم سواء ، أو حجر عليه لجماعة ، فباعهم أمواله بديونهم ، فهل يصح بغير إذن القاضي ؟ وجهان . أصحابها : لا بد من إذنه . ولو باعه لغريمه بعين أو ببعض دينه ، فهو كالموكل بعه لأجنبي ، لأن ذلك لا يتضمن ارتفاع الحجر عنه ، بخلاف ما إذا باع بكل الدين ، فإنه يسقط الدين ، وإذا سقط ، ارتفع الحجر . ولو باع لأجنبي باذن الغرماء ، لم يصح . وقال الامام : يحتمل أن يصح كبيع المرهون باذن المرمين .

الحكم الثاني : الرجوع في عين المال ، ونقدم عليه مسائل .

إحداها : من حجر عليه بافلاس ، ووجد من باعه ولم يقبض الثمن متاعه عنده ، فله أن يفسخ البيع ويأخذ عين ماله ، والأصح : أن هذا الخيار على الفور ، كخيار العيب والخلف . فإن علم فلم يفسخ ، بطل حقه من الرجوع في العين . وفي وجه : يدوم كخيار الهبة للولا . وفي وجه : يدوم ثلاثة أيام .

الثانية : في افتقار هذا الفسخ إلى إذن الحاكم ، وجهان . أصحها : لا يفتقر ، لثبوت الحديث فيه ، كخيار الفسخ . ولوضوح الحديث ، قال الاصطخري : لو حكم الحاكم بمنع الفسخ ، نقضنا حكمه .

قلت : الأصح : أن لا ينقض ، للاختلاف فيه . والله أعلم

الثالثة : لا يحصل هذا الفسخ ببيع البائع ، وإعتاقه ، ووطئه المبيعة على الأصح ، وتلغو هذه التصرفات .

الرابعة : صيغة الفسخ ، كقوله : فسخت البيع ، أو نقضته ، أو رفعت ، فلو اقتصر على رددت الثمن ، أو فسخت البيع فيه ، حصل الفسخ على الأصح . ووجه المنع : أن مقتضى الفسخ ، إضافته إلى العقد المطلق .

فصل

حق الرجوع ، إنما يثبت بشروط ، ولا يختص بالمبيع ، بل يجري في غيره من المعاوضات ، ويحصل بيبانه بالنظر في العوض المتعذر تحصيله ، والمعوض المسترجع ، والمعاوضة التي انتقل الملك بها إلى المفسد . أما العوض وهو الثمن وغيره من الأعواض ، فيعتبر فيه وصفان . أحدهما : تعذر استئنافه بالأفلاس ، وفيه صور .

إحداها : إذا كان ماله وافياً بالديون وجوزنا الحجر ، فحجر ، ففي ثبوت الرجوع ، وجهان . وقطع الغزالي بالمنع ، لأنه يصل إلى الثمن .

الثانية : لو قال الغرماء : لا نفسخ لتقدمك بالثمن ، لم يلزمه ذلك على الصحيح ، لأن فيه منة وقد يظهر مزاحم . ولو قالوا : نؤدي الثمن من خالص أموالنا ، أو تبرع به أجني ، فليس عليه القبول . ولو أجاب ، ثم ظهر غريم آخر ، لم يزاحمه

في المأخوذ . ولو مات المشتري ، فقال الوارث : لا ترجع فأنا أقدمك ، لم يلزمه القبول . فلو قال : أؤدي من مالي ، فوجهان . وقطع في « التتمة » ب لزوم القبول ، لأن الوارث خليفة الميت .

الثالثة : لو امتنع المشتري من تسليم الثمن مع اليسار ، أو هرب ، أو مات مليئاً ، وامتنع الوارث من التسليم ، فلا فسخ على الأصح ، لعدم عيب الافلاس ، وإمكان الاستيفاء بالسلطان . فان فرض عجز ، فنادر لا عبء به . ولو ضمن بغير إذنه ، فوجهان . أحدهما : يرجع كما لو تبرع رجل بالثمن . والثاني : لا ، لأن الحق قد صار في ذمته ، وتوجهت عليه المطالبة ، بخلاف المتبرع . ولو أعير المشتري شيء ، فرهته على الثمن ، فعلى الوجهين . ولو انقطع جنس الثمن ، فان جوزنا الاعتياض عنه ، فلا تمذر في استيفاء عوض عنه ، فلا فسخ ، وإلا فكانقطاع المسلم فيه ، فيثبت حق الفسخ على الأظهر . وعلى الثاني : يفسخ .

الوصف الثاني : كون الثمن حالاً . فلو كان مؤجلاً ، فلا فسخ على المذهب . وفيه وجه سبق في أول الباب . ولو حل الأجل قبل انفكاك حجره ، فقد سبق بينه هناك . وأما المعاوضة ، فيعتبر فيما ملك به المفلس ، شرطان . أحدهما : كونه معاوضة مختصة ، فيدخل فيه أشياء ، ويخرج منه أشياء . فما يخرج أنه لا فسخ بتعذر استيفاء عوض الصلح عن الدم ، ولا يتعذر عوض الخلع قطعاً . وأنه لا فسخ للزوج بامتناعها من تسليم نفسها . وفي فسخها بتعذر الصداق ، خلاف معروف . وأما الذي يدخل فيه ، فنه السلم ، والاجارة . أما السلم ، فاذا أفلس المسلم إليه قبل أداء المسلم فيه ، فلرأس المال ثلاثة أحوال .

الأول : أن يكون باقياً ، فللمسلم فسخ العقد والرجوع إلى رأس المال كالبيع . فان أراد أن يضارب بالمسلم فيه ، فسنذكر كيفية المضاربة .
الثاني : أن يكون تالفاً ، فوجهان . أحدهما : له الفسخ والمضاربة برأس المال ،

لأنه تعذر الوصول إلى تمام حقه، فأشبه انقطاع جنس المسلم فيه . فعلى هذا قيل: يجيء قول بانفساخ السلم ، كما جاء في الانقطاع . وقيل : لا ، لأنه ربما حصل باستقراض وغيره، بخلاف صورة الانقطاع . وأصحهما : ليس له الفسخ، كما لو أفلس المشتري بالثمن والمبيع تالف . ويخالف الانقطاع ، لأن هناك إذا فسخ ، رجع إلى رأس المال بتمامه ، وهنا ليس إلا المضاربة ، ولو لم يفسخ لضارب بالمسلم فيه وهو أنفع غالباً ، فعلى هذا يقوم المسلم فيه ويضارب المسلم بقيمته ، فإذا عرف حصته ، نظر ، إن كان في المال من جنس المسلم فيه ، صرفه إليه ، وإلا فيشتري بحصته منه ويمطاه، لأن الاعتياض عنه لا يجوز . هذا إذا لم يكن جنس المسلم فيه منقطعاً. فإن كان ، فقول : لا فسخ ، إذ لا بد من المضاربة على التقديرين . والصحيح : ثبوت الفسخ، لأنه يثبت في هذه الحالة في حق غير المفلس، ففي حقه أولى ، وكالرد بالعيب . وفيه فائدة ، فإن ما يخصه بالفسخ، يأخذه في الحال عن رأس المال . وما يخصه بلا فسخ ، لا يمطاه ، بل يوقف إلى عود المسلم فيه فيشتري به .

فرع

لو قوّمنا المسلم فيه ، فكانت قيمته عشرين ، فأفرزنا للمسلم من المال عشرة، لكون الدين مثل المال ، فرخص السعر قبل الشراء ، فوجد بالعشرة جميع المسلم فيه ، فوجهان . أحدهما وبه قطع في « الشامل » : يرد الموقوف إلى ما يخصه باعتبار قيمته آخراً ، فيصرف إليه خمسة ، والخمسة الباقية توزع عليه وعلى سائر الفراء ، لأن الموقوف باقٍ على ملك المفلس ، وحق المسلم في الحنطة ، فإذا صارت القيمة عشرة ، فهي دينه . والثاني وبه قطع في « التهذيب » ونقله الامام عن الجماهير : يشتري به جميع حقه ويمطاه، اعتباراً بيوم القسمة . وهو إن لم يملك الموقوف ،

فهو كالمهون بحق ، وانقطع به حقه من الحصص ، حتى لو تلف قبل التسليم إليه ، لم يتعلق بشيء مما عند الفرماء ، وبقي حقه في ذمة المفلس . ولا خلاف أنه لو فضل الموقوف عن جميع حق المسلم ، كان الفاضل للفرماء ، وليس له أن يقول : الزائد لي . ولو وقفنا في الصورة المذكورة عشرة ، فعلا السعر ، ولم نجد القدر المسلم فيه إلا بأربعين ، فعلى الوجه الأول بأن أن الدين أربعون ، فيسترجع من الفرماء ما يتم به حصته أربعين . وعلى الثاني : لا يزاحمهم ، وليس له إلا ما وقف له .

فرع

لو تضاربوا ، وأخذ المسلم ما يخصه قدرأ من المسلم فيه ، وارتفع الحجر عنه ، ثم حدث له مال وأعيد الحجر ، واحتاجوا إلى المضاربة ثانياً ، قدمنا المسلم فيه . فإن وجدنا قيمته كقيمه أولاً ، فذاك . وإن زادت ، فالتوزيع الآن يقع باعتبار القيمة الزائدة ، وإن نقصت ، فهل الاعتبار بالقيمة الثانية ، أم بالقيمة الأولى ؟ وجهان . الصحيح : الأول . قال الامام : ولا أعرف للثاني وجهاً . ولو كان المسلم فيه عبداً أو ثوباً ، فحصة المسلم يشتري بها شقص منه للضرورة . فإن لم يوجد ، فللمسلم الفسخ .

الحال الثالث : أن يكون بعض رأس المال باقياً ، وبعضه تالفاً ، وهو كتلف بعض المبيع ، وسنذكره إن شاء الله تعالى ، وأما الاجارة ، فتتكم في إفلاس المستأجر ، ثم المؤجر .

القسم الأول : المستأجر ، والاجارة نوعان .

أحدهما : إجارة عين . فإذا أجز أرضاً ، أو دابة ، وأفلس المستأجر قبل تسليم الاجرة ومضي المدة ، فلمؤجر فسخ الاجارة على المشهور ، تنزيلاً للمنافع منزلة

الاعيان في البيع . وفي قول : لا ، إذ وجود لها . فعلى المشهور : إن لم يفسخ ، واختار المضاربة بالأجرة ، فله ذلك . ثم إن كانت العين المستأجرة فارغة ، أجرها الحاكم على المفلس ، وصرف الأجرة إلى الغرماء . وإن كان المفلس بعد مضي بعض المدة ، فلمؤجر فسخ الإجارة في المدة الباقية ، والمضاربة بقسط الماضية من الأجرة المسماة ، بناءً على أنه لو باع عبيدين ، قتل أحدهما ، ثم أفلس ، يفسخ البيع في الباقي ، ويضارب بثمن التالف . ولو أفلس مستأجر الدابة في خلال الطريق ، وحجر عليه ، ففسخ المؤجر ، لم يكن له ترك متاعه في البادية المهلكة ، ولكن ينقله إلى مأمن بأجرة مثل يقدم بها على الغرماء ، لأنه لصيانة المال ، ثم في المأمن يضمه عند الحاكم . ولو وضعه عند عدل من غير إذن الحاكم ، فوجهان مذكوران في نظائرها . ولو فسخ والأرض المستأجرة مشغولة بزرع المستأجر ، نظر ، إن استحصد الزرع ، فله المطالبة بالحصاد ، وتفريغ الأرض ، وإلا ، فإن اتفق المفلس والغرماء على قطعه ، أو على التبقية إلى الإدراك ، فلهم ذلك ، بشرط أن يقدموا المؤجر بأجرة المثل المدة الباقية ، لأنها لحفظه على الغرماء . وإن اختلفوا ، فأراد بعضهم القطع ، وبعضهم التبقية ، فمن أبي إسحاق : يعمل بالمصلحة ، والصحيح : أنه إن كان له قيمة لو قطع ، أجبنا من أراد القطع من المفلس والغرماء ، إذ ليس عليه تنمية ماله لهم ، ولا عليهم انتظار النباء . فعلى هذا ، لو لم يأخذ المؤجر أجرة المدة الماضية ، فهو أحد الغرماء ، فله طلب القطع ، وإن لم يكن له قيمة لو قطع ، أجبنا من طلب التبقية ، إذ لا فائدة لطالب القطع . وإذا أبقوا الزرع بالاتفاق ، أو بطلب بعضهم ، وأجبنا ، فالسقي ومسائر المؤن ، إن تطوع بها الغرماء أو بعضهم ، أو أنفقوا عليه على قدر ديونهم ، فذاك ، وإن أنفق بعضهم ليرجع ، فلا بد من إذن الحاكم ، أو اتفاق الغرماء والمفلس . فإذا حصل الإذن ، قدم المتفق بما أنفق . وكذا لو أنفقوا على قدر ديونهم ، ثم ظهر غريم آخر ، قدم المنفقون بما أنفقوا على الغرماء . وهل

يجوز الاتفاق عليه من مال الفليس ؟ وجهان . أصحابها : الجواز . ووجه النع : أن حصول الفائدة متوهم .

قلت : وإن أنفق بعض الغرماء بأذن الفليس وحده ، على أن يرجع بما أنفق ، جاز وكان ديناً في ذمة الفليس ، لا يشارك به الغرماء ، لأنه وجب بعد الحجر . وإن أنفق بعضهم بأذن باقيهم فقط ، على أن يرجع عليهم ، يرجع عليهم في ما لهم . والله أعلم

النوع الثاني : الاجارة على لئمة . وأنا خلاف في أن هذه الاجارة ، هل لها حكم السلم حتى يجب فيها تسليم رأس المال في المجلس ، أم لا ؟ فان قلنا : لا ، فهي كاجارة العين ، وإلا ، فلا أثر للافلاس بعد التفرق لمصير الأجرة مقبوضة قبل التفرق . ولو فرض الفليس في المجلس ، فان أثبتنا خيار المجلس فيها ، استغني عن هذا الخيار ، وإلا ، فهي كاجارة العين .

القسم الثاني : إفلاس المؤجر في إجارة العين ، أو الذمة . أما الأولى ، فإذا أجرة دابة ، أو درأ لرجل ، فأفلس ، فلا فسخ للمستأجر ، لأن المنافع المستحقة له متعلقة بعين ذلك المال ، فيقدم بها كما يقدم حق المرتن ، ثم إذا طلب الغرماء بيع المستأجر ، فان قلنا : لا يجوز ، فعليهم الصبر إلى انقضاء المدة . وإن جوزناه ، أجبوا ولا مبالاة بما ينقص من ثمنه بسبب الاجارة ، إذ ليس عليهم الصبر لتنمية المال . وأما الثانية : فإذا التزم في ذمته نقل متاع إلى بلد ، ثم أفلس ، نظر ، إن كانت الاجرة باقية في يد الفليس ، فله فسخ الاجارة والرجوع إلى عين ماله ، وإن كانت تالفة ، فلا فسخ ، يضارب الغرماء بقيمة المنفعة المستحقة ، وهي أجرة المثل ، كما يضارب المسلم بقيمة السلم فيه . ثم إن جعلنا هذه الاجارة سلفاً ، فحصلته بالمضاربة لا تسلم إليه ، لا تمتاع الاعتياض عن المسلم فيه ، بل ينظر ، فان كانت المنفعة المستحقة قابلة للتبويض ، بأن كان الملتزم حمل مائة رطل ، فينقل بالحصة بمض المائة . وإن لم

يقبله كقصارة ثوب ، ورياضة دابة ، وركوب إلى بلد ، ولو نقل إلى نصف الطريق .
ل بقي ضائعاً ، قال الامام : المستأجر الفسخ بهذا السبب ، والمضاربة بالاجرة المبذولة .
وأما إذا لم نجعل هذه الاجارة سلعاً ، فتسلم الحصة بعينها إليه ، لجواز الاعتياض .
هذا كله إذا لم يكن سلم عيناً لاستيفاء المنفعة الملتزمة . فان كان التزم النقل ،
وسلم دابة لينقل عليها ، ثم أفلس ، بني على أن الدابة المسلمة تميمين بالتممين ،
وفيها وجهان مذكوران في باب الاجارة . فان قلنا: تميمين ، فلا فسخ ، ونقدم المستأجر
بمنفعتها ، كالمينة في العقد ، وإلا ، فهو كما لو لم يسلمها .

فرع

اقترض مالاً ، ثم أفلس وهو باقٍ في يده ، فلمقرض الرجوع فيه ، سواء
قلنا: يملك بالقبض أو بالتصرف .

فرع

باع مالاً واستوفى ثمنه ، وامتنع من تسليم المبيع ، أو هرب ، فهل المشتري
الفسخ كما لو أبقى المبيع ، أم لا لأنه لا نقص في نفس المبيع ؟ فيه وجهان .
الشرط الثاني للمعاوضة : أن تكون سابقة للحجر . وفي بعض مسائل هذا
الشرط ، خلاف . فإذا اشترى الفلّس شيئاً بعد الحجر ، وصحّضاه ، فقد سبق في
ثبوت الرجوع خلاف . ولو أجر داراً وسلمها إلى المستأجر ، وقبض الاجرة ثم
أفلس وحجر عليه ، فقد سبق أن الاجارة مستمرة ، فان انهضت في أثناء المدة ،
انفسخت الاجارة فيما بقي ، وضارب المستأجر بحصة ما بقي منها إن كان الانهدام
قبل قسمة المال بينهم . وإن كان بعدها ، ضارب أيضاً على الأصح ، لاستناده إلى

عقد سبق الحجر ، فأشبه انهدامها قبل القسمة . ووجه المنع : أنه دين حدث بعد القسمة . ولو باع جارية بعد ، وتقابضا ، ثم أفلس مشتري الجارية وحجر عليه ، وهلك في يده ، ثم وجد بائعها بالعبد عيباً ، فرده ، فله طلب قيمة الجارية لا محالة . وكيف يطالب ؟ وجهان . أحدهما : يضارب كغيره . والثاني : يقدم على الغرماء بقيمتها ، لأنه أدخل بدلها عبداً في المال ، ويخالف هذا من باعه شيئاً ، لأن هذا حق مستند إلى ما قبل الحجر . وأما الموعوض ، فيشترط في البيع الرجوع فيه شرطان .

أحدهما : بقاءه في ملك الفليس . فلو هلك بآفه أو جناية ، لم يرجع ، سواء كانت قيمته مثل الثمن ، أو أكثر ، وليس له إلا المضاربة بالثمن . وفي وجه : إن زادت القيمة ، ضارب بها واستفاد زيادة حصته . ولو خرج عن ملكه ببيع ، أو هبة ، أو إعتاق ، أو وقف ، فهو كالهلاك ، وليس له فسخ هذه التصرفات ، بخلاف الشفيع ، فإنه يفسخها . لسبق حقه عليها . ولو استولد ، أو كاتب ، فلا رجوع . ولو دبر ، أو علق بصفة ، أو زوجها ، رجع . وإن أجر ، فلا رجوع إن لم نجوز بيع المستأجر ، وإلا ، فإن شاء أخذه مسلوب المنفعة لحق المستأجر ، وإلا ، فيضارب بالثمن ، وإن جنى ، أو رهن ، فلا رجوع . فإن قضى حق المجني عليه والمرتهن ببيع بعضه ، فالبائع واجد لبعض المبيع ، وسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى . ولو انفك الرهن ، أو برى عن الجناية ، رجع . ولو كان المبيع صيداً فأحرم البائع ، لم يرجع .

فرع

لو زال ملك المشتري ، ثم عاد ، ثم حجر عليه ، فإن عاد بلا عوض ،

كالارث ، والهبة ، والوصية ، ففي رجوعه وجهان . وإن عاد بعوض ، بأن اشتراه ، فإن كان دفع الثمن إلى البائع الثاني ، فكموده بلا عوض . وإن لم يدفعه ، وقلنا بقبوله للبائع لو عاد بلا عوض ، فهل الأول أولى لسبق حقه ، أم الثاني لقرب حقه ، أم يشتركان ويضارب كل بنصف الثمن ؟ فيه أوجه .

قلت : أصح الوجهين أولاً : أنه لا يرجع ، وبه قطع الجرجاني في « التحرير » وغيره . قال البغوي : ويجري الوجهان فيما لو رد عليه بعيب . والله أعلم

وعجز المكاتب وعوده ، كانفكك الرهن . وقيل : كعود المالك .

قلت : لو كان المبيع شقصاً مشفوعاً ، ولم يعلم الشفيع حتى حبر على المشتري ، وأفلس بالثمن ، فأوجه . أحدها : يأخذه الشفيع ، ويؤخذ منه الثمن ، فيخص به البائع جمعاً بين الحقين . والثاني : يأخذه البائع ، وأصحها عند الشيخ أبي حامد ، والقاضي أبي الطيب ، وآخرين : يأخذه الشفيع ، ويكون الثمن بين الغرماء كليهما .

والله أعلم

الشرط الثاني : أن لا يحدث في المبيع تغير مانع . وللتغير حالان . حال بالنقص ، وحال بالزيادة . الأول : النقص ، وهو قسمان .

أحدهما : نقص لا ينقسط الثمن عليه ، ولا يفرد بمقد ، كالعيب . فإن كان بأفة سماوية ، فالبائع بالخيار . إن شاء رجع فيه ناقصاً ولا شيء له غيره ، وإن شاء ضارب بالثمن كتعيب المبيع في يد البائع ، وسواء كان النقص حسيماً كسقوط بعض الأعضاء والعمى ، أو غيره ، كنسيان الحرفة والتزويج والاباق والزنا . وحكي قول : أنه يأخذ العيب ، ويضارب بارش النقص ، كما نذكره في القسم الثاني إن شاء الله تعالى . وهو شاذ ضعيف . وإن كان بجناية ، فإن كان بجناية أجنبي ، لزمه الأرض ،

إما مقدر ، وإما غير مقدر ، بناءً على الخلاف ، في أن جرح المبد مقدر ، أم لا ؟
وللبائع أخذه معيياً ، والمضاربة بثل نسبة ما نقص من القيمة من الثمن . وإن
كان بجناية البائع ، فكالأجنبي . وإن كان بجناية المشتري ، فطريقان . أحدها عند
الامام : أنه كالأجنبي ، لأن جناية المشتري قبض واستيفاء ، فكأنه صرف جزءاً
من المبيع إلى غرضه . والثاني وبه قطع صاحب « التهذيب » وغيره : أنه كجناية
البائع على المبيع قبل القبض ، ففي قول ، كالأجنبي ، وعلى الأظهر ، كآلآفة السواوية .
قلت : المذهب : أنه كآلآفة السواوية ، وبه قطع جماعات . والله أعلم

القسم الثاني : نقص يتوسط الثمن عليه ، ويصح إفراده بالعقد ، كمن اشترى
عبدین أو ثوبین ، فتلّف أحدهما في يده ، ثم حجر عليه ، فللبائع أخذ الباقي
بحصته من الثمن ، والمضاربة بحصة ثمن التالف . ولو بقي جميع المبيع ، وأراد
البائع الرجوع في بعضه ، مكّن ، لأنه أنفع للفرءاء من الفسخ في كله ، فهو كما
لو رجع الأب في نصف ما وهبه ، يجوز . ومن الأصحاب ، من حكى قولين في
أنه يأخذ الباقي بحصته من الثمن ، أم بجميع الثمن ولا يضارب بشيء ؟ قال الامام :
وطردها أصحاب هذه الطريقة في كل مسألة تضاهيها . حتى لو باع شقصاً وسيفاً
بمائة ، يأخذ الشقص بجميع المائة على قول . قال الامام : وهذا قريب من خرق
الاجماع ، هذا إذا تلف أحد العبدین ولم يقبض من الثمن شيئاً . أما إذا باع عبدین
متساويي القيمة بمائة ، وقبض خمسين ، فتلّف أحدهما في يد المشتري ، ثم أفلس ،
فالقديم : أنه لا رجوع ، بل يضارب بباقي الثمن مع الفرءاء ، والجديد : أنه يرجع .
فملى هذا يرجع في جميع المبد الباقي بما بقي من الثمن ، ويجعل ما قبض في
مقابلة التالف . هذا هو المذهب ، والمنصوص . وقيل : فيه قول مخرج : أنه يأخذ
نصف المبد الباقي بنصف باقي الثمن ، ويضارب الفرءاء بنصفه . ولو قبض بعض

الثلثين ، ولم يتلف شيء من المبيع ، ففي رجوعه ، القولان ، القديم ، والجديد .
فعلى الجديد : يرجع في المبيع بقسط الباقي من الثمن . فلو قبض نصف الثمن ،
رجع في نصف العبد المبيع ، أو العبدان المبيعين .

قرع

لو أغلى الزيت المبيع حتى ذهب بمضه ، ثم أفلس ، فالمذهب وبه قطع الجمهور :
أنه كتلف بمض المبيع ، كما لو انصب . فعلى هذا إن ذهب نصفه ، أخذ الباقي
بنصف الثمن ، وضارب بنصفه . وإن ذهب ثلثه ، أخذ بثلثيه وضارب بثلث الثمن .
وقيل : وجهان . أحدهما : هذا . والثاني : أنه كتميب المبيع ، فيرجع فيما بقي
إن شاء ، ويقنع به . ولو كان بدل الزيت عصير ، فالأصح : أنه كالزيت . وقيل :
تميب قطعاً ، لأن الذاهب منه الماء ، ولا مالية له ، بخلاف الزيت . فإذا قلنا :
بالأصح ، فكان العصير أربعة أرطال ، يساوي ثلاثة دراهم ، فأغلاها فصارت ثلاثة
أرطال ، فيرجع في الباقي ، ويضارب بربع الثمن للذاهب ، ولا عبرة بنقص قيمة
المغلي لو عادت إلى درهمين . فلو زادت فصارت أربعة ، بني على أن الزيادة الحاصلة
بالصنعة ، عين ، أم أثر ؟ إن قلنا : أثر ، فاز البائع بما زاد . وإن قلنا : عين ، قال
القفال : الجواب كذلك . وقال غيره : يكون المفلس شريكاً بالدرهم الزائد . فلو
بقيت القيمة ثلاثة ، فإن قلنا : الزيادة أثر ، فاز بها البائع . وإن قلنا : عين ،
فكذلك عند القفال وعند غيره ، يكون المفلس شريكاً بثلاثة أرباع درهم ، فإن
هذا القدر ، هو قسط الرطل الذاهب ، فهذا هو المستمر على القواعد . ولصاحب
« التلخيص » في المسألة كلام غلطوه فيه .

فرع

لو كان المبيع داراً فانهدمت ، ولم يتلف من تقضها شيء ، فله حكم القسم الأول ، كالتمى ونحوه . وإن تلف تقضها باحراق وغيره ، فهو من القسم الثاني ، كذا أطلقوه .
ولك أن تقول : ينبغي أن يطرد فيه الخلاف السابق في تلف سقف الدار المبعة قبل القبض ، أنه كالتيب ، أو كتلف أحد العبدین .

الحال الثاني : التغير بالزيادة ، وهو نوعان . أحدهما : الزيادات الحاصلة ، لامن خارج ، وهي ثلاثة أضرب .

أحدها : المتصلة من كل وجه ، كالسِّمَن ، وتعلم الصنعة ، وكبر الشجرة ، فلا عبرة بها . وللبائع الرجوع من غير شيء يلتزمه للزيادة ، وهذا حكم الزيادات في جميع الأبواب ، إلا الصداق ، فإن الزوج إذا طلق قبل الدخول ، لا يرجع في النصف الزائد إلا برضاها .

الضرب الثاني : الزيادات المنفصلة من كل وجه ، كالولد ، واللبن ، والثمرة ، فيرجع في الأصل ، وتبقى الزوائد للفلس . فلو كان ولد الأمة صغيراً ، فوجهان . أحدهما : أنه إن بذل قيمة الولد ، أخذه مع الأم ، وإلا ، فيضارب لامتناع التفريق . وأصحها : إن بذل قيمة الولد ، وإلا فيباعان ويصرف ما يخص الأم إلى البائع ، وما يخص الولد إلى الفلس . وذكرنا وجهين ، فيما إذا وجد الأم معيبة ، وهناك ولد صغير : أنه يترك الرد ويتقل إلى الأرض ، أو يحتمل التفريق للضرورة . وفيما إذا رهن الأم دون الولد ، أنها يباعان معاً ، أو يحتمل التفريق . ولم يذكرها فيما نحن فيه احتمال التفريق ، بل احتالوا في دفعه ، فيجوز أن يقال : يجيء وجه التفريق هنا ، لكن لم يذكره اقتصاراً على الأصح ، ويجوز أن يفرق بأن مال الفلس مبيع كله ، مصروف إلى الغرماء ، فلا وجه لاحتمال التفريق ، مع إمكان المحافظة على جانب الراجع ، ويكون ملك الفلس مزالاً .

قلت : هذا الثاني هو الصراب ، وبه قطع الجمهور تصريحاً وتعريضاً ، وحكى صاحب « الحاوي » ، والمستظري ، وغيرهما وجهاً غريباً ضعيفاً : أنه يجوز التفريق بينها للضرورة ، كسألة الرهن . وقالوا : ليس هو بصحيح ، إذ لا ضرورة ، وفرقوا بما سبق ، فحصل أن دعوى الامام الرافعي ليست بمقبولة . والله أعلم

فرع

لو كان المبيع بذراً ، فزرعه فنبت ، أو بيضة فتفرخت في يده ، ثم فلس ، فوجهان . أصحها عند العراقيين وصاحب « التهذيب » : يرجع فيه ، لأنه حدث من عين ماله ، أو هو عين ماله اكتسب صفة أخرى ، فأشبهه الوديع^(١) إذا صار نخلاً . والثاني : ليس له الرجوع ، لأن المبيع هلك ، وهذا شيء جديد استجد اسماً ، ويجري الوجهان في المصير إذا تخمر في يد المشتري ، ثم تخلل ، ثم فلس . ولو اشترى زرعاً أخضر مع الأرض ، ففلس وقد اشتد الحب ، فقبل بطرد الوجهين . وقيل : القطع بالرجوع .

الضرب الثالث : الزيادات المتصلة من وجه دون وجه ، كالحمل . فإن حدث بعد الشراء ، وانفصل قبل الرجوع ، فحكمه ما سبق في الضرب الثاني . وإن كانت حاملاً عند الشراء والرجوع جميعاً ، فهو كالسمن فيرجع فيها حاملاً . وإن كانت حاملاً يوم الشراء وولدت قبل الرجوع ، ففي تعدي الرجوع إلى الولد ، قولان ، بناءً على أن الحمل يعرف ، أم لا ؟ إن قلنا : نعم وهو الأظهر ، رجع كما لو اشترى شيئين ، وإلا ، فلا ، وإن كانت حائلاً عند الشراء ، حاملاً عند الرجوع ، فقولان . أظهما عند الجمهور : يرجع فيها حاملاً ، لأن الحمل تابع في البيع ، فكذا هنا . والثاني : لا يرجع في الحمل ، فعلى هذا : يرجع في الأم على الأصح . وقيل : لا ،

(١) الودي على وزن فويل : صغار النخل ، الواحدة : ودية .

بل يضارب . فان قلنا : يرجع في الأم فقط ، قال الشيخ أبو محمد : يرجع فيها قبل الوضع . فاذا ولدت ، فالولد للفلس . وقال الصيدلاني وغيره : لا يرجع في الحال ، بل يصير إلى انفصال الولد ، ثم الاحتراز عن التفريق بين الام والولد ، طريقه ما سبق .

قلت : قول الشيخ أبي محمد هو ظاهر كلام الأكثرين ، وصرح به صاحب « الحاوي » وغيره . قال صاحب « الحاوي » : ولا يلزم تسليمها إلى البائع ، لحق المفلس ، ولا إقرارها في يد المفلس أو غرمائه ، لحق البائع في الأم ، ولا يجوز أخذ قيمة الولد ، فتوضع الام عند عدل يتفقن عليه ، وإلا فيختار الحاكم عدلاً . قال : ونفقتها على البائع دون المفلس ، لأنه مالك الأم ، وسواء قلنا : تجب نفقة الحامل لحملها ، أم لا . قال أصحابنا : وحكم سائر الحيوانات الحائلة والحاملة حكم الجارية ، إلا أن في باقي الحيوانات ، يجوز التفريق بينها وبين ولدها الصغير ، بخلاف الجارية .

والله أعلم

فروع

استتار التمار بالأكمة وظهورها بالتأخير ، قربان من استتار الجنين وظهوره بالانفصال . وفيها الأحوال الأربع المذكورة في الجنين . أولها : أن يشتري نخلا عليها ثمرة غير مؤبّرة ، وكانت عند الرجوع غير مؤبّرة أيضاً . وثانيها : أن يشتريها ولا ثمرة عليها ، ثم حدث بها ثمرة عند الرجوع مؤبّرة ، أو مدركة ، أو مجذوة ، فتحكمها ما ذكرناه في الحمل . وثالثها : إذا كانت ثمرتها عند الشراء غير مؤبّرة ، وعند الرجوع مؤبّرة ، فلتريقان . أحدهما : أن أخذ البائع الثمرة على القولين في أخذ الولد إذا كانت حياءً عند البيع ووضعت قبل الرجوع . والثاني : القطع بأخذها ، لأنها

وإن كانت مستترة ، فهي شاهدة موثوق بها ، قابلة للأفراد بالبيع ، وكانت أحد مقصودي البيع ، فرجع فيها رجوعه في النخل . ورابعها : إذا كانت النخلة عند الشراء غير مطلقة ، وأطلعت عند المشتري ، وكانت يوم الرجوع غير مؤبرة ، فقولان . أظهرهما وهو رواية المزني وحرملة : يأخذ الطلع مع النخل ، لأنه تبع في البيع ، فكذا هنا . والثاني : لا يأخذه وهو رواية الريس ، لأنه يصح إفراده فأشبهه المؤبرة . وقيل : لا يأخذه قطعاً . قال الشيخ أبو حامد : وعلى هذا قياس الثمرة التي لم تؤبر . فحيث أزال الملك باختياره بعوض ، يبيع ما لم يؤبر . وإن زال قهراً بعوض ، كالشفعة ، والرد بالميب ، فالتمية على هذين القولين . وإن زال بلا عوض ، باختيار أو قهر ، كالرجوع بهبة الولد ، ففيه أيضاً القولان . وحكم باقي الثمرة وما يلتحق منها بالمؤبرة ، ومالا ، أوضحناه في البيع . فإذا قلنا برواية المزني ، فجرى التأبير والرجوع ، فقال البائع : رجعت قبل التأبير ، فالثمار لي ، وقال المفلس : بعه ، فالمذهب : أن القول قول المفلس مع يمينه ، لأن الأصل عدم الرجوع حينئذ ، وبقاء الثمار له . قال المسمودي : ويخرج قول أن القول قوله بلا يمين ، بناءً على أن النكول ورد اليمين كالأقرار ، وأنه لو أقر ، لم يقبل إقراره . وفي قول : القول قول البائع ، لأنه أعرف بتصرفه .

قلت : ينبغي أن يحىء قول : أن القول قول السابق بالدعوى . وقول : أنها إن اتفقا على وقت التأبير ، واختلفا في الفسخ ، فقول المفلس . وإن اتفقا على وقت الفسخ ، واختلفا في التأبير ، فقول البائع ، كالقولين في اختلاف الزوجين في انقضاء العدة ، والرجعة ، والاسلام . قال صاحب د الشامل ، وغيره : وكذا لو قال البائع : بمتك بعد التأبير ، فالثمرة لي . وقال المشتري : قبله ، فالقول قول البائع مع يمينه ، وقد ذكرت هذه المسألة في اختلاف المتبايعين . والله أعلم

فإذا حلف المفلس ، حلف على نفى العلم بسبق الرجوع على التأخير ، لا على نفى السبق .

قلت : فلو أقر البائع أن المفلس لا يعلم تاريخ الرجوع ، سلّمت الثمرة للمفلس بلا يمين ، لأنه يوافقه على نفى علمه ، قاله الامام . والله أعلم

فإن حلف ، بقيت الثمار له . وإن نكل ، فهل للغرماء أن يحلفوا ؟ فيه الخلاف السابق ، فيما إذا ادعى المفلس شيئاً ولم يحلف . فإن قلنا : لا يحلفون وهو المذهب ؛ أو يحلفون ، فنكّلوا ، عرضت اليمين على البائع ، فإن نكل ، فهو كما لو حلف المفلس . وإن حلف ، فإن جعلنا اليمين المردودة بعد النكول كالبنية ، فاثمرة له . وإن جعلناها كالأقرار ، فعلى القولين في قبول إقرار المفلس في مزاحمة المقر له الغرماء . فإن لم يقبله ، صرفت الثمار إلى الغرماء . فإن فضل شيء ، أخذ البائع بحلفه السابق . هذا إذا كذب الغرماء البائع ، كما كذبه المفلس . فإن صدقوه ، لم يقبل قولهم على المفلس ، بل إذا حلف ، بقيت الثمار له ، وليس لهم طلب قسمتها ، لأنهم يزعمون أنها للبائع ، وليس له التصرف فيها ، للحجر ، واحتمال أن يكون له غريم آخر ، لكن له إجبارهم على أخذها إن كانت من جنس حقهم ، أو إبراء ذمته من ذلك القدر ، هذا هو الصحيح ، كما لو جاء المكاتب بالنجم ، فقال السيد : غصبته ، فيقال : خذه ، أو أبرئه عنه . وفي وجه : لا يجبرون ، بخلاف المكاتب ، لأنه يخاف العود إلى الرق إن لم يأخذه ، وليس على المفلس كبير ضرر . وإذا اجبروا على أخذها ، فللبائع أخذها منهم لأقرارهم . وإن لم يجبروا وقسمت أمواله ، فله طلب فك الحجر إذا قلنا : لا يرتفع بنفسه . ولو كانت من غير جنس حقوقهم ، فبيعت وصرف ثمنها إليهم تفريراً على الإجبار ، لم يتمكن

البائع من أخذه منهم ، بل عليهم رده إلى المشتري . فإن لم يأخذه ، فهو مال ضائع . قلت : هذا هو الصحيح المعروف . وفي « الحاوي » ، وجه شاذ : أنه يجب عليهم دفع الثمن إلى البائع ، لأنه بدل الثمرة فأعطي حكمها ، والصواب ما سبق . والله أعلم

ولو كان في المصدقين عدلان شهدا للبائع بصيغة الشهادة وشرطها ، أو عدل وحلف معه البائع ، قضي له . كذا أطلق الشافعي رضي الله عنه وجماهير الأصحاب ، وأحسن بعض الشارحين للمختصر ، فحمله على ما إذا شهدا قبل تصديق البائع . ولو صدق بعض الغرماء البائع ، وكذبه بعضهم ، فللفلس تخصيص المكذبين بالثمرة . فلو أراد قسمتها على الجميع ، فوجهان . قال أبو إسحاق : له ذلك ، كما لو صدقه الجميع . وقال الأكثرون : لا ، لأن المصدق يتضرر ، لكون البائع يأخذ منه ما أخذ ، والفلس لا يتضرر بعدم الصرف إليه ، لا مكان الصرف إلى من كذب ، بخلاف ما إذا صدقه الجميع . وإذا صرف إلى المكذبين ، ولم يف بحقوقهم ، ضاربوا المصدقين في باقي الأموال ببقية دينهم مؤاخذه لهم على الأصح المنصوص - وفي وجه : بجميع ديونهم - لأن زعم المصدقين ، أن شيئاً من ديون المكذبين لم يتأد . هذا كله إذا كذب المفلس البائع ، فلو صدقه ، نظر ، إن صدقه الغرماء أيضاً ، قضي له . وإن كذبوه وزعموا أنه أقر بمواطأة ، فعلى القولين في إقراره بعين أو دين . إن قلنا : لا يقبل ، فللبائع تحليف الغرماء أنهم لا يعرفون . رجوعه قبل التأبير على المذهب . وقيل : في تحليفهم القولان في حلف الغرماء على الدين ، وهو ضعيف ، لأن اليمين هنا توجهت عليهم ابتداءً ، وهناك ينوبون عن المفلس . واليمين لا تجري فيها النيابة .

قلت : وليس للغرماء تحليف المفلس ، لأن المقر لا يمين عليه فيما أقر به ، قاله في « الحاوي » ، وغيره . والله أعلم

فرع

الاعتبار في انفصال الجنين وتأثير الثمار بحال الرجوع دون الحجر ، لأن ملك
المفلس باقٍ إلى أن يرجع البائع .

فصل

متى يرجع البائع في الشجر وبقيت الثمار للمفلس ، فليس له قطعها ، بل عليه
إبقاؤها إلى الجداد ، وكذا لو رجع في الأرض وهي مزروعة بزرع المفلس ، يترك
إلى الحصاد ، كما لو اشترى أرضاً مزروعة ، لم يكن له تكليف البائع قلعها . ثم
إذا أبقى الزرع ، فلا أجرة على المذهب . وحكي قول مخرج مما لو بنى أو غرس ،
فان للبائع الإبقاء بأجرة ، ثم الكلام في طلب الغرماء والمفلس ، القطع ، أو الجداد
والحصاد على ما سبق .

فرع

متى ثبت الرجوع في الثمار بالتصريح ببيعها مع الشجر ، أو قلنا به في الحالة
الثالثة والرابعة ، فتلقت الثمار بجائحة ، أو أكل أو غيرها ، ثم فلس ، أخذ البائع
الشجر بحصتها من الثمن ، وضارب بحصة الثمر ، فتقوّم الشجر وعليها الثمر ، فيقال
مثلاً : قيمتها مائة ، وتقوّم وحدها فيقال : تسعون ، فيضارب بمشر الثمن . فان حصل
في قيمتها انخفاض أو ارتفاع ، فالصحيح أن الاعتبار في الثمار بالأقل من قيمتي يومي
المقد والقبض ، لأنها إن كانت يوم القبض أكثر ، فالنقص قبله كان من ضمان البائع ،
فلا يحسب على المشتري . وإن كانت يوم العقد أقل ، فالزيادة ملك المشتري ، وتلفت ،

فلا حق للبائع فيها . وفي وجه شاذ : يعتبر يوم القبض . وأما الشجر ، ففيها وجهان . أحدهما : يعتبر أكثر القيمتين ، لأن المبيع بين العقد والقبض من ضمان البائع ، فنقصه عليه ، وزيادته المشتري ، فيأخذ بالأكثر ، ليكون النقص محسوباً عليه . كما أن في الثمرة الباقية على المشتري ، يعتبر الأقل ، ليكون النقص محسوباً عليه . والثاني : يعتبر يوم العقد قل أم كثر ، لأن ما زاد بعده فهو من الزيادات المتصلة ، وعين الأشجار باقية ، فيفوز بها البائع ، ولا يحسب عليه . وهذا اثنائي ، هو المنقول في « التهذيب » ، و « التتمة » ، وبالأول جزم الصيدلاني وغيره ، وصححه الغزالي . مثل ذلك ، قيمة الشجر يوم البيع عشرة ، وقيمة الثمر خمسة . فلو لم تختلف القيمة ، لأخذ الشجرة بثلي الثمن ، وضارب للثمره بالثلث . وإن زادت قيمة الثمرة وكانت يوم القبض عشرة ، فعلى السحيج ، هو كما لو كانت بحالها اعتباراً لأقل قيمتها . وعلى الشاذ : يضارب بنصف الثمن . ولو نقصت وكانت يوم القبض درهمين ونصفاً ، ضارب بخمس الثمن . فلو زادت قيمة الشجر أو نقصت ، فالحكم على الوجه الثاني ، كما لو بقيت بحالها . وعلى الأول كذلك إن نقصت . وإن زادت ، فكانت خمسة عشر ، ضارب بربع الثمن . قال الامام : وإذا اعتبرنا في الثمار أقل القيمتين فتساوتا ، ولكن بينها نقص . فإن كان لجرد انخفاض السوق ، فلا عبرة به . وإن كان لعب طراً وزال ، فكذلك على الظاهر . كما أنه يسقط بزواله حق الرد بالعيب . وإن لم يزل العيب ، لكن عادت قيمته إلى ما كان بارتفاع السوق ، فالذي أراه ، اعتبار قيمته يوم العيب ، لأن النقص من ضمان البائع ، والارتفاع بعده في ملك المشتري ، فلا يجبره . قال : وإذا اعتبرنا في الشجر أكثر القيمتين ، فكانت قيمته يوم العقد مائة ، ويوم القبض مائة وخمسين ، ويوم رجوع البائع مائتين ، فالوجه : القطع باعتبار المائتين . ولو كانت قيمتها يومي العقد والقبض ما ذكرناه ، ويوم الرجوع مائة ، اعتبر يوم الرجوع ، لأن ما طراً من زيادة ونقص وزال ،

ليس ثابتاً يوم المقد حتى يقول: إنه وقت المقابلة ، ولا يوم أخذ البائع يحسب عليه .

فرع

سبيل التوزيع في كل صورة تلف فيها أحد الشئيين المبينين ، واختلفت القيمة وأراد الرجوع إلى الباقي ، على ما ذكرناه في الأشجار والثمار بلا فرق .

النوع الثاني من الزيادات : ما التحق بالمبيع من خارج ، وينقسم إلى عين محضة ، وصفة محضة ، ومركب منها . الضرب الأول : العين المحضة ، ولها حالان . أحدهما : أن تكون قابلة للتمييز عن المبيع ، كمن اشترى أرضاً ففرس فيها ، أو بئى ، ثم فلس قبل أداء الثمن ، فاذا اختار البائع الرجوع في الأرض ، نظر ، إن اتفق الغرماء والمفلس على القلع وتسليم الأرض بمضاء ، رجع فيها وقلعوا ، وليس له أن يلزمهم أخذ قيمة الفراس والبناء لئتملكها مع الأرض . وإذا قلعوا ، وجب تسوية الحفر من مال المفلس ، وإن حدث في الأرض نقص بالقلع ، وجب أرشه في ماله . قال الشيخ أبو حامد : يضارب به . وفي « المذهب » و « التهذيب » : أنه يقدم به ، لأنه لتخليص ماله . وإن قال المفلس : يقطع . وقال الغرماء : نأخذ القيمة من البائع لئتملكه ، أو بالعكس ، أو وقع هذا الاختلاف بين الغرماء ، أوجب من في قوله المصلحة . فإن امتنعوا جميعاً من القلع ، لم يجبروا ، لأنه غير متمد . ثم ينظر ، إن رجع على أن يملك البناء والفراس بقيمتها ، أو يقطع ويفرم أرض النقص ، فله ذلك ، لأنه يندفع به الضرر من الجانبين ، والاختيار فيها إليه ، وليس للغرماء والمفلس الامتناع ، بخلاف ما سبق في الزرع ، لأن له أمداً قريباً . وإن أراد الرجوع في الأرض وحدها ، لم يكن له ذلك على الأظهر ، لأنه ينقص قيمة البناء والفراس ، ويضرهم ، والضرر لا يزال بالضرر . وفي قول : له ذلك ، كما لو صبغ المشتري الثوب

ثم فلس ، يرجع البائع في الثوب فقط . وقيل : إن كانت الأرض كثيرة القيمة والبناء والفراس مستحقين بالإضافة إليها ، كان له ذلك . وإن كان عكسه ، فلا ، إتباعاً للأقل الأكثر . وقيل : إن أراد الرجوع في البياض المتخلل بين البناء والشجر ، وبضارب للباقي بقسطه من الثمن ، كان له . وإن أراد الرجوع في الجميع ، فلا ، فإن قلنا بالأظهر ، فالبايع يضارب بالثمن ، أو يعود (١) إلى بذل قيمتها أو قلمها مع غرامة أرش النقص . وإن مكناه من الرجوع فيها ، فوافق الغرماء والمفلس ، وباع الأرض معهم حين باعوا البناء ، فذاك . وطريق التوزيع ، ما سبق في الرهن . وإن امتنع ، لم يجبر على الأظهر ، وإذا لم يوافقهم ، فباعوا البناء والفراس ، بقي للبائع ولاية التملك بالقيمة ، واقلع مع الأرض ، وللمشتري الخيار في البيع إن كان جاهلاً بحال ما اشتراه ، هذا الذي ذكرناه في هذا الضرب ، هو الذي قطع به الجماهير في الطرق كلها ، وهو الصواب المعتمد . وذكر إمام الحرمين في المسألة أربعة أقوال .

أحدها : لا رجوع بحال . والثاني : تباع الأرض والبناء رفقاً بالمفلس . والثالث : يرجع في الأرض ويتخير بين ثلاث خصال : تملك البناء والفراس بالقيمة ، وقلمها مع التزام أرش النقص ، وإبقاؤها بأجرة المثل ، يأخذها من ملكها . وإذا عين خصلة ، فاختار الغرماء والمفلس غيرها ، أو امتنعوا من الكل ، فوجهان في أنه يرجع إلى الأرض ، ويقلع مجاناً ، أو يجبرون على ما عينه . والرابع : إن كانت قيمة البناء أكثر ، فالبايع فاقده عين ماله . « إن كانت قيمة الأرض أكثر ، فواجد . هذا نقل الامام ، وتابعه الغزالي وأصحابه على الأقوال الثلاثة الأولى ، وهذا النقل شاذ منكر لا يعرف ، وليت شعري من أين أخذت هذه الأقوال ؟ »

فرع

اشترى الأرض من رجل ، والفراس من آخر ، وغرسه فيها ، ثم فلس ، فلكل

(١) وفي هامش الأصل ما نصه : قوله « يعود » إشارة إلى أنه لو امتنع من ذلك ثم عاد إليه مكن .

الرجوع إلى عين ماله . فان رجعا وأراد صاحب الفراس القلع ، مكّين وعليه تسوية الحفر وأرش نقص الأرض إن نقصت . وإن أراد صاحب الأرض ، فكذلك إن ضمن أرش النقص ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : المنع ، لأنه غرس محترم ، كفرس المفلس . والثاني : له ، لأنه باع الفرس مفرداً ، فيأخذه كذلك .

الحال الثاني : أن لا تكون الزيادة قابلة للتمييز ، كخلط ذوات الأمثال بعضها ببعض ، فإذا اشترى صاع حنطة أو رطل زيت ، فخلطه بحنطة ، أو زيت ، ثم فلس ، فإن كان مثله ، فالبائع الفسخ ، وتملك صاع من المخلوط ، وطلب القسمة . وإن طلب البيع ، فهل يجاب ؟ وجهان . أحدهما : لا ، كما لا يجاب الشريك . والثاني : نعم ، لأنه لا يصل بالقسمة إلى عين حقه ، ويصل بالبيع إلى بدل حقه ، وقد يكون له غرض . وإن كان المخلوط أردأ من المبيع ، فله الفسخ والرجوع في قدر حقه من المخلوط . وفي كيفيته وجهان . أحدهما : يباع الجميع ، ويقسم الثمن بينهما على قدر القيمتين ، لأنه لو أخذ صاعاً ، نقص حقه . ولو أخذ أكثر ، حصل الربا . فعلى هذا ، إن كان المبيع يساوي درهمين ، والمخلوط به درهماً ، قسم الثمن أثلاثاً . وأصحها : ليس له إلا أخذ صاع ، أو المضاربة ، لأنه نقص حصل في المبيع ، كتميع العبد . وخرج قول أن . الخلط بائس والأردأ يمنع الرجوع ، وليس بشيء . وإن كان المخلوط به أجود ، فأقوال . أظهرها : ليس له الرجوع ، بل يضارب بالثمن . والثاني : يرجع ويأعان ، ثم يوزع الثمن على نسبة القيمة . والثالث : يوزع نفس المخلوط بينهما باعتبار القيمة . فإذا كان المبيع يساوي درهماً ، والمخلوط به درهمين ، أخذ ثلثي صاع ، وهذا القول أضعفها ، وهو رواية البوطي والريبع .

فرع

قال الإمام : إذا قلنا : الخلط يلحق البيع بالمفقود ، فكان أحد الخليطين كثيراً ،

والآخر قليلاً ، لا تظهر به زيادة في الحس ، ويقع مثله بين الكيلين ، فإن كان الكثير للبائع ، فالوجه :القطع بكونه واجداً عين ماله ، وإن كان الكثير للمشتري ، فالظاهر كونه فاقداً .

فرع

لو كان المخلوط به من غير جنس المبيع ، كالزيت بالشيرج ، فلا فسخ ، بل هو كالتالف ، وفيه احتمال للامام .

الضرب الثاني : الصفة المحضة .فاذا اشترى حنطةً فطحنها ، أو ثوباً فقصره ، أو خاطه بخيوط من نفس الثوب ، ثم فلس ، فللبائع الرجوع فيه . ثم إن لم تزد قيمته ، فلا شركة للمفلس ، وإن نقصت ، فلا شيء للبائع غيره ، وإن زادت ، فقولان . أحدهما : أن هذه الزيادة أثر ، ولا شركة للمفلس ، لأنها صفات تابعة ، كسمن الدابة بالملف ، وكبر الوادي^(١) بالسقي . وأظهرها : أنها عين ، والمفلس شريك بها ، لأنها زيادة بفعل محترم متقوّم ، ويجري القولان ، فيما لو اشترى دقيقاً فخبزه ، أو لحماً فشواه ، أو شاة فذبجها ، أو أرضاً فضرب من ترابها ليناً أو عرصه ، وآلات البناء فبنى بها داراً . أما تعليم العبد القرآن ، والحرفة ، والكتابة ، والشعر المباح ، ورياضة الدابة ، فالأصح أنها على القولين .وقيل : هي أثر قطعاً ، كالسمن . وضبط صور القولين ، أن يصنع به ما يجوز الاستئجار عليه ، فيظهر به أثر فيه . وإنما اعتبرنا الأثر ، لأن حفظ الدابة وسياستها ، يجوز الاستئجار عليه ، ولا تثبت به مشاركة المفلس ، لأنه لا يظهر بسببه أثر على الدابة . فإن قلنا : أثر ، أخذ البائع المبيع بزيادته . وإن قلنا : عين ، يبيع وللمفلس بنسبة ما زاد في قيمته .

مثاله ، قيمة الثوب خمسة ، وبلغ بالقصارة ستة ، فللمفلس سدس الثمن . فلو ارتفعت القيمة ،

(١) الوادي : صغار النخل .

أو انخفضت بالسوق ، فالزيادة والنقص بينها على هذه النسبة . فلو ارتفعت قيمة الثوب دون القسارة ، بأن صار مثل ذلك الثوب يساوي غير مقصور ستة ، ومقصوراً سبعة ، فللمفلس سبع الثمن فقط . فلو زادت قيمة القسارة دون الثوب ، بأن كان مثل هذا الثوب يساوي مقصوراً سبعة ، وغير مقصور خمسة ، فللمفلس سبعان من الثمن . وعلى هذا القياس . ويجوز للبائع أن يمسك المبيع ، وينزع من بيعه ، ويبدل المفلس حصة الزيادة ، كذا نقل في « التهذيب » وغيره ، كما تبدل قيمة البناء والغراس . ومنه في « التتمة » لأن الصفة لا تقابل بموضع .

قلت : الاصح : نقل صاحب « التهذيب » ، وبه قطع صاحب « الشامل » و « البيان » . وقال صاحب « الحاوي » : ولا يسلم هذا الثوب إلى البائع ، ولا المفلس ، ولا الغرماء ، بل يوضع عند عدل حتى يباع كالجارية الحامل . والله أعلم

فرع

إذا استأجر المفلس أو غيره على القسارة ، أو الطحن ، فعمل الأجير عمله ، فهل له حبس الثوب المقصور والدقيق لاستيفاء الاجرة ؟ إن قلنا : القسارة وما في معناها أثر ، فلا . وإن قلنا : عين ، فنعم . كما للبائع حبس المبيع ، لاستيفاء الثمن ، وبه قال الأكثرون .

قلت : هكذا أطلق المسألة كثيرون ، أو الأكثرون ، ونص الشافعي رضي الله عنه في « الأم » ، والشيخ أبو حامد ، والماوردي ، وغيرهم ، على أنه ليس للأجير حبسه ، ولا لصاحب الثوب أخذه ، بل يوضع عند عدل حتى يوفيه الاجرة ، أو يباع لها . وهذا الذي قالوه ليس مخالفاً لما سبق . فإن جعله عند العدل ، حبس .

لكن ظاهر كلام الأكثرين : أن الأجير يحبسه في يده . والله أعلم

الضرب الثالث : ما هو عين من وجه ، وصفة من وجه ، كصبغ الثوب ، ولتّ السويق وشبهها . فإذا اشترى ثوباً وصبغه ، فإن نقصت القيمة ، أو لم تزد ، فحكمه ما سبق في الضرب الثاني . وإن زادت ، فقد يزيد بقدر قيمة الصبغ أو أقل ، أو أكثر .

الحال الأول : مثل أن يكون الثوب يساوي أربعة ، والصبغ درهين ، وصارت قيمته مصبوغاً ستة ، فللبائع أن يفسخ البيع في الثوب ، ويكون المفلس شريكاً له في الصبغ ، فيباع ويكون الثمن بينهما أثلاثاً . وهل يقول : كل الثوب للبائع ، وكل الصبغ للمفلس ، كما لو غرس ؟ أو يقول : يشتركان فيها جميعاً بالأثلاث لتعذر التمييز كخلط الزيت ؟ فيه وجهان .

الحال الثاني : مثل أن تصير قيمته مصبوغاً خمسة ، فالتقص محال على الصبغ ، لأنه هالك في الثوب ، والثوب بحاله ، فيباع ، وللبائع أربعة أخماس الثوب ، والمفلس خمس .

الحال الثالث : مثل أن تصير قيمته مصبوغاً ثمانية ، فالزيادة حصلت بصنعة الصبغ . فإن قلنا : الصنعة عين ، فالزيادة مع الصبغ للمفلس ، فيجعل الثمن بينهما نصفين . وإن قلنا : أثر ، فوجهان . أحدهما : يفوز البائع بالزيادة ، فله ثلاثة أرباع الثمن ، والمفلس ربع . وأصحها وبه قال الأكثرون : يكون للبائع ثلثا الثمن ، والمفلس ثلثه ، لأن الصنعة اتصلت بها ، فوزعت عليها . ولو صارت قيمته مصبوغاً ستة عشر مثلاً ، أو رغب فيه رجل فاشتراه ، ففي كيفية القسمة ، هذه الأوجه الثلاثة . ثم ما يستتبعه المفلس من الثمن للبائع ، دفعه ليخلص له الثوب مصبوغاً . ومنع ذلك صاحب « التتمة » كما سبق . هذا كله إذا صبغه بصبغ نفسه . أما إذا اشترى ثوباً وصبغاً من رجل ، فصبغه به ، ثم فلس ، فللبائع الرجوع فيها ، إلا أن تكون قيمته بعد الصبغ كقيمة الثوب قبل الصبغ أو دونها ، فيكون فاقداً للصبغ . فإن زادت القيمة ، بأن كانت قيمة الثوب أربعة ، والصبغ درهين ،

قصارت مصبوغاً ثمانية ، وقلنا : الصنعة أثر ، أخذه ، ولا شيء للمفلس . وإن قلنا :
عين ، فالمفلس شريك بالربيع . ولو اشترى الثوب من واحد بأربعة وهي قيمته ،
والصبيغ من آخر بدرهمين وهما قيمته ، وصبغه ، وأراد البائعان الرجوع ، فإن كان
مصبوغاً لا يزيد على أربعة ، فصاحب الصبيغ فاقد ماله ، وصاحب الثوب واجد
ماله ، بكماله إن لم ينقص عن أربعة ، وناقصاً إن نقص . فإن زاد على أربعة ،
فصاحب الصبيغ أيضاً واجد ماله ، بكماله إن بلغت الزيادة درهمين ، وناقصاً إن لم
تبلغهما . وإن كانت قيمته مصبوغاً ثمانية ، فإن قلنا : الصنعة أثر ، فالشركة بين
البائعين ، كهي بين البائع والمفلس إذا صبغه بصبيغ نفسه . وإن قلنا : عين ،
فنصف الثمن لبائع الثوب ، وربعه لبائع الصبيغ ، والربيع للمفلس . ولو اشترى
صبغاً وصبيغ به ثوباً له ، فللبائع الرجوع إن زادت قيمته مصبوغاً على ما كانت قبل
الصبيغ ، وإلا ، فهو فاقد . وإذا رجع ، فالقول في الشركة بينها كما سبق .
قلت : وإذا شارك ونقصت حصته عن ثمن الصبيغ ، فوجهات . أصحابها وهو
قول أكثر الأصحاب على ما حكاه صاحب « البيان » : أنه إن شاء قنع به ولا شيء
له غيره ، وإن شاء ضارب بالجميع . والثاني : له أخذه والمضاربة بالباقي . وبهذا
قطع في « المذهب » ، و « الشامل » ، و « المدة » ، وغيرها . والله أعلم

فرع

حكم صبيغ الثوب ، كالبناء والفراش . فلو قال المفلس والغرماء : نقله ونفتم
نقص الثوب ، قال ابن كج : لهم ذلك .

فرع

ما ذكرناه من القطع بالشركة بالصبيغ ، إذا لم يحصل ، هو على إطلاقه ، سواء

أمكن تمييز الصبغ من الثوب ، أو صار مستهلكاً . وفي وجهه : إذا صار مستهلكاً ، صار كالقسارة في أنه عين أم أثر .

فرع

إذا اشترى ثوباً ، واستأجر قصّاراً ققصره ، ولم يوفه أجرته حتى فلس ، فإن قلنا : القسارة أثر ، فليس للأجير إلا المضاربة بالاجرة ، وللبائع الرجوع في الثوب مقصوراً ، ولا شيء عليه لما زاد . وقال صاحب « التلخيص » : عليه أجره القصّار ، فكأنه استأجره . وغلظه الأصحاب فيه . وإن قلنا : عين ، نظر ، إن لم تزد قيمته مقصوراً على ما كان قبل القسارة ، فالأجير فاقده عين ماله . وإن زادت ، فلكل من البائع والأجير ، الرجوع إلى عين ماله . فلو كانت قيمة الثوب عشرة ، والاجرة درهم ، والثوب المقصور يساوي خمسة عشر ، يبيع . وللبائع عشرة ، والأجير درهم ، والباقى للفلس . ولو كانت الاجرة تساوي خمسة دراهم ، والثوب بعد القسارة يساوي أحد عشر ، فإن فسخ الأجير الاجارة ، فعشرة للبائع ، ودرهم للأجير ، ويضارب بأربعة . وإن لم يفسخ ، فعشرة للبائع ، ودرهم للفلس ، ويضارب الأجير بالخسة . وحكى في « الوسيط » وجهاً : أنه ليس للأجير إلا القسارة الناقصة ، أو المضاربة ، كما هو قياس الأعيان . ولم أر هذا النقل لغيره ، فالتمد ما سبق . ولو كانت قيمة الثوب عشرة ، واستأجر صباغاً صبغه بصبغ قيمته درهم ، فصارت قيمته خمسة عشر ، فالأربعة الزائدة حصلت بالصنعة ، فيجري فيها القولان في أنها عين أو أثر . فإن رجع البائع والصباغ ، يبيع بخمسة عشر ، وقسم على أحد عشر إن قلنا : أثر . وإن قلنا : عين ، فلها أحد عشر ، والأربعة للفلس . ولو كانت بحالها ، ويبيع بثلاثين ، قال ابن الحداد : للبائع عشرون ، وللصباغ درهمان ، والفلس ثمانية .

وقال غيره : يقسم الجميع على أجد عشر ، عشرة للبائع ، ودرهم للصباغ ، ولا شيء للفلس . قال أبو علي : الأول جواب على قولنا : عين . والثاني : على أنها أثر . ولو كانت قيمة الثوب عشرة ، واستأجرة على قصارته بدرهم ، وصارت قيمته مقصوراً خمسة عشر ، فيبيع بثلاثين ، قال الشيخان أبو محمد والصيدلاني وغيرهما تقريباً على العين : إنه ^(١) يتضاعف حق كل منهم ، كما قاله ابن الحداد في الصبغ . قال الامام : ينبغي أن يكون للبائع عشرون ، والفلس تسعة ، والقصار درهم كما كان ، ولا يزيد حقه ، لأن القسارة غير مستحقة للقصار . وإذا هي مرهونة بحقه ، وهذا استدراك حسن .

فرع

لو قال الغرماء للقصار : خذ أجرتك ودعنا نكون شركاء صاحب الثوب ، أجبر على الأصح ، كالبائع إذا قدمه الغرماء بالثمن ، فكأن هذا القائل يعطي القسارة حكم العين من كل وجه .

فصل

لو أخفى المديون بعض ماله ، ونقص الموجود عن دينه فحجر عليه ، ورجع أصحاب الأمتعة فيها ، وقسم باقي ماله بين غرمائه ، ثم علمنا إخفائه ، لم ينقص شيء من ذلك ، لأن للقاضي يسع مال الممتنع وصرفه في دينه . والرجوع في عين المبيع بامتناع المشتري من أداء الثمن ، يختلف فيه . فاذا حكم به ، نفذ ، كذا قاله في التتمة ، وفيه توقف ، لأن القاضي ربما لا يمتد جواز ذلك .

(١) في الأصل : إنها .

فصل

من له الفسخ بالافلاس ، لو ترك الفسخ على مال ، لم يثبت المال . فان كان جاهلاً
بجوازه ، فقي بطلان حقه من الفسخ ، وجهان كما سبق في الرد بالميب .



كتاب المحجر

هو نوعان . حجر شرع لغيره ، وحجر لمصلحة نفسه .

الأول : خمسة أضرب . حجر الراهن لحق المرتهن ، وحجر المفلس لحق الغرماء ، وحجر المريض للورثة ، وحجر العبد لسيده ، وكذا المكاتب لسيده والله تعالى . وخامسها : حجر المرتد لحق المسلمين . وهذه الأضرب خاصة لا تعم التصرفات ، بل يصح من هؤلاء المحجورين ، الاقرار بالعقوبات ، وكثير من التصرفات ، وهي مذكورة في أبوابها .

النوع الثاني : ثلاثة أضرب . أحدها : حجر الجنون ، ويثبت بمجرد الجنون ، ويرتفع بالافاقه ، وتنسلب به الولايات واعتبار الأقوال كلها . ومن عامله ، أو أقرضه ، فتلغ المال عنده ، أو أتلفه ، فمالكه هو المضيع . وما دام باقياً يجوز استرداده . والثاني : حجر الصبي . قال في « التتمة » : ومن له أدنى تمييز ، ولم يكمل عقله ، فهو كالصبي المميز . وتديره ووصيته ، يأتي بيانها إن شاء الله تعالى . وقد سبق إذنه في الدخول وحمله الهدية . والثالث : حجر السفينة المبذّر ، والضرب الأول أعم من الثاني . والثاني أعم من الثالث . ومقصود الكتاب هذه الأضرب ، والثالث معظم المقصود .

فصل

فيما يزول به حجر الصبي

قال جماعة : ينقطع حجر الصبي بالبلوغ رشيداً . ومنهم من يقول : حجر الصبي

ينقطع بمجرد البلوغ ، وليس هذا اختلافاً محققاً ، بل من قال بالأول ، أراد الاطلاق
الكلي ، ومن قال بالثاني ، أراد الحجر المخصوص بالصبي ، وهذا أولى ، لأن
الصبي سبب مستقل بالحجر ، وكذلك التبذير . وأحكامها متفارة . ومن بلغ مبذراً ،
فحكم تصرفه حكم تصرف البهية ، لا حكم تصرف الصبي .

فرع

للبلوغ أسباب . منها مشترك بين الرجال والنساء ، ومختص بالنساء .
أما المشترك ، فمنه السن . فإذا استكمل المولود خمس عشرة سنة قمرية ، فقد
بلغ . وفي وجه : يبلغ بالطنن في الخامسة عشرة ، وهو شاذ ضعيف .

السبب الثاني : خروج النني ويدخل وقت إمكانه باستكمال تسع سنين ، ولا
عبارة بما يفصل قبلها ، هذا هو الصحيح العتمد . وفي وجه : إنما يدخل بمضي
نصف السنة العاشرة . وفي وجه : باستكمال العاشرة . ولنا وجه : أن النني لا يكون
بلوغاً في النساء ، لأنه نادر فيهن . وطى هذا ، قال الامام : الذي يتجه عندي :
أنه لا يلزمها النسل . وهذا الوجه شاذ ، وفيما قاله الامام نظر .

السبب الثالث : إنبات العانة يقتضي الحكم بالبلوغ في الكفار . وهل هو حقيقة
البلوغ ، أم دليله ؟ قولان . أظهرهما : الثاني . فإن قلنا بالأول ، فهو بلوغ في
المسلمين أيضاً . وإن قلنا بالثاني ، فالأصح أنه ليس يبلوغ .

قلت : اختلف أصحابنا فيما يفتى به في حق المسلمين ، واختار الامام الرافعي في
« المحرر » ، أنه لا يكون بلوغاً . والله أعلم

ثم المتبر شعر خشن يحتاج في إزالته إلى حلق ، فأما الزغب والشعر الضعيف الذي قد يوجد في الصغر ، فلا أثر له . وأما شعر الابط ، واللحية ، والشارب ، فقليل : كالمائة . وقيل : لا أثر لها قطعاً . وألحق صاحب « التهذيب » الابط بالمائة دون اللحية والشارب .

قلت : ويجوز النظر إلى منبت عانة من احتجنا إلى معرفة بلوغه بها للضرورة ، هذا هو الصحيح . وقيل : تمس من فوق حائل . وقيل : يلصق بها شمع ونحوه ليمتد بلصوقه به وكلاهما خطأ ، إذ يحتمل أنه حلقه ، أو نبت شيء يسير . والله أعلم

وأما ثقل الصوت ، ونهود الثدي ، وتواء طرف الحلقوم ، وانفراق الأرنبة ، فلا أثر لها على المذهب . وطرده في « التمه » فيها الخلاف . وأما ما يختص بالنساء ، فاثنتان . أحدهما : الحيض فهو لوقت الامكان ، بلوغ . والثاني : الحمل ، فإنه مسبوق بالانزال ، لكن لا نستيقن الولد إلا بالوضع . فإذا وضعت ، حكمنا بحصول البلوغ قبل الوضع بستة أشهر وشيء . فإن كانت مطلقة ، وأنت بولد يلحق الزوج ، حكمنا ببلوغها قبل الطلاق .

فرع

الخنثى المشكل ، إذا خرج من ذكره ما هو بصفة النثى ، ومن فرجه ما هو بصفة الحيض ، حكم ببلوغه على الأصح ، لأنه ذكر أمثى ، أو أنثى حاضت . والثاني : لا ، للتمارض . وإن وجد أحد الأمرين فقط ، أو أمثى وحاض بالفرج ، فقطع الجمهور بأنه ليس ببلوغ ، لجواز أن يظهر من الفرج الآخر ما يعارضه . وألحق ، ما قاله

الامام ، أنه ينبغي أن يحكم يلوغه بأحدهما ، كما يحكم بذكورته هوأنوثته . ثم إن ظهر خلافه ، غيرنا الحكم .

قلت : قال صاحب « التتمة » ، إذا أزيل الخنثى من ذكره ، أو خرج الدم من فرجه مرة ، لم يحكم يلوغه . فإن تكرر ، حكم به . وهذا الذي قاله حسن ، وإن كان غريباً . والله أعلم .

فرع

وأما الرشد ، فقد قال الشافعي رضي الله عنه : هو إصلاح الدين والمال ، والمراد بالصالح في الدين : أن لا يرتكب محرماً يسقط العدالة ، وفي المال : أن لا يبذر . فمن التبذير تضييع المال بالقائه في البحر ، أو احتمال الغبن الفاحش في المعاملات ونحوها ، وكذا الانفاق في المحرمات . وأما الصرف في الأطعمة النفيسة التي لا تليق بحاله ، فقال الامام ، والفزالي : هو تبذير . وقال الأكثرون : لا ، لأن المال يتخذ لينتفع به ويلتذ . وكذا القول في التجميل بالثياب الفاخرة ، والاكتثار من شراء الجوارى ، والاستمتاع بهن ، وما أشبه ذلك . وأما الصرف إلى وجوه الخير ، كالصدقات ، وفك الرقاب ، وبناء المساجد والمدارس ، وشبه ذلك ، فليس بتبذير ، فلا سرف في الخير ، كما لا خير في السرف . وقال الشيخ أبو محمد : إن بلغ الصبي وهو مفرط بالانفاق في هذه الوجوه ، فهو مبذر . وإن عرض ذلك بعد بلوغه مقتصداً ، لم يصرف مبذراً ، والمعروف للأصحاب ما سبق . وبالجمل التبذير على ما نقله معظم الأصحاب محصور في التضييعات وصرفه في المحرمات .

فرع

لا بد من اختبار الصبي ليعرف حاله في الرشد وعدمه . ويختلف بطبقات الناس ، فولد التاجر يختبر في البيع والشراء والمماكسة فيها ، وولد الزارع في أمر الزراعة والانفاق على القوام بها ، والمحترف فيما يتعلق بحرفته ، والمرأة في أمر القطن والغزل وحفظ الأقمشة وصون الأطعمة عن الهرة والفأرة وشبهها من مصالح البيت . ولا تكفي المرة الواحدة في الاختبار ، بل لا بد من مرتين فأكثر بحيث يفيد غلبة الظن برشده . وفي وقت الاختبار . وجهان . أحدهما : بعد البلوغ . وأصحها : قبله . وعلى هذا في كیفيته وجهان . أصحها (١) : يدفع إليه قدر من المال ، ويمتحن في المماكسة والمساومة ، فإذا آن الأمر إلى المقد ، عقد الولي . والثاني : بمقد الصبي ويصح منه هذا المقد للحاجة . ولو تلف في يده المال المدفوع إليه للاختبار ، فلا ضمان على الولي .

قلت : والصبي الكافر كالمسلم في هذا الباب ، فيعتبر في صلاح دينه وماله ما هو صلاح عندهم ، صرح به القاضي أبو الطيب وغيره . والله أعلم

فصل

إن بلغ الصبي غير رشيد لاختلال صلاح الدين ، أو المال ، بقي محجوراً عليه ، ولم يدفع إليه المال . وفي التهمة ، وجه ، أنه إن بلغ مصلحاً لماله ، دفع إليه وصح تصرفه فيه ، وإن كان فاسقاً . وإن بلغ مفسداً لماله ، منع منه حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة ، وهذا الوجه شاذ ضعيف ، والصواب ما تقدم وعليه التفريع ، فيستدام الحجر عليه ، ويتصرف في ماله من كان يتصرف قبل بلوغه . وإن بلغ

(١) في غلطوة الظاهرية : أحدهما .

رشيداً ، دفع إليه ماله . وهل ينفك الحجر بنفس البلوغ والرشد ؟ أم يحتاج إلى فك ؟ وجهان . أصحها : الأول لأنه لم يثبت بالحكم ، فلم يتوقف عليه ، كحجر المجنون ، يزول بنفس الافاقة . والثاني ، يحتاج ، فلي هذا ينفك بالقاضي أو الأب ، أو الجد . وفي الوصي والقيم وجهان . وعلى هذا لو تصرف قبل الفك ، فهو كتصرف من انشأ عليه الحجر بالسفه الطارئ بعد البلوغ . ويمجري الوجهان في الاحتياج فيما لو بلغ غير رشيد ، ثم رشد . وإذا حصل الرشد ، فلا فرق بين الرجل والمرأة ، وبين أن تكون مزوجة أو غيرها .

فرع

لو عاد التبذير بعدما بلغ رشيداً ، فوجهان . أحدهما : يمود الحجر عليه بنفس التبذير ، كما لو جن . وأصحها : لا يمود ، لكن يميده القاضي ، ولا يميده غيره على الصحيح . وقال أبو يحيى البلخي : يميده الأب والجد كما يميده القاضي . ولو عاد الفسق دون التبذير ، لم يمد الحجر قطعاً ، ولا يعاد أيضاً على المذهب ، لأن الأولين لم يحجروا على الفسقة ، بخلاف الاستدامة ، لأن الحجر كان ثابتاً ، فبقي . وإذا حجر على من طرأ عليه السفه ، ثم عاد رشيداً ، فإن قلنا : الحجر عليه لا يثبت إلا بحجر القاضي ، لم يرتفع إلا برفعه . وإذا قلنا : يثبت بنفسه ، ففي زواله الخلاف السابق فيمن بلغ رشيداً . وأما الذي يلي أمر من حجر عليه للسفه الطارئ ، فهو القاضي إن قلنا : لا بد من حجر القاضي . وإن قلنا : يصير محجوراً بنفس السفه ، فوجهان ، كالوجهين فيما إذا طرأ عليه الجنون بعد البلوغ ، أحدهما الأب ، ثم الجد كحال الصغر ، وكما لو بلغ مجنوناً . والثاني : القاضي لأن ولاية الأب زالت ، فلا تمود . والأول أصح في صورة الجنون ، والثاني أصح

في صورة السفه . واعلم أن الغزالي صرح في « الوسيط » و « الوجيز » بأن
عود التبذير وحده لا أثر له ، وإنما المؤثر في عود الحجر أو إعادته عود الفسق
والتبذير جميعاً ، وليس كما قال ، بل الأصحاب متفقون على أن عود التبذير كاف في
ذلك كما سبق .

قلت : أما « الوجيز » فهو فيه كما نقله عنه ، وكذا في أكثر نسخ « الوسيط » . وفي
بعضها حذف هذه المسألة وإصلاحها على الصواب . وكذا وجد في أصل الغزالي ،
وقد ضرب على الأول وأصلحه على الصواب . والله أعلم

فرع

لو كان يفين في بعض التصرفات خاصة ، فهل يحجر عليه حجر خاص في ذلك
النوع ؟ وجهان ، لبعد اجتماع الحجر بالسفه وعدمه في شخص .

فرع

الشحيح على نفسه جداً مع اليسار ، في الحجر عليه لينفق بالمعروف وجهان ،
أصحهما : المنع .

فصل

فما يصح من تصرفات المحجور عليه بالسفه ، وما لا يصح

وفيه مسائل .

الأولى : لا تصح منه العقود التي هي مظنة الضرر المالي ، كالبيع ، والشراء ،
والاعتاق ، والكتابة ، والهبة ، والنكاح ، وسواء اشترى بعين أو في الذمة . وفي

الشراء في الذمة وجه ، أنه يصح تخريجاً من العبد ، وليس بشيء . وإذا باع وأقبض ، استرد من المشتري ، فإن تلف في يده ، ضمن . ولو اشترى وقبض ، أو استقرض فتلّف المأخوذ في يده ، أو أتلّفه ، فلا ضمان لأن الذي أقبضة هو المضيع ، ويسترد وليه الثمن إن كان أقبضه . وسواء كان من عامله عالماً بحاله ، أم جاهلاً لتقصيره بالبحث عن حاله . ولا يجب على السفية أيضاً الضمان بعد فك الحجر ، لأنه حجر ضرب لمصلحته فأشبهه الصبي ، لكن الصبي لا يأثم ، والسفية يأثم لأنه مكلف . وفي وجه ، يضمن بعد فك الحجر إن كان أتلّفه بنفسه ، وهو شاذ .

قلت : هذا إذا أقبضه البائع الرشيد . فأما إذا أقبضه السفية بغير إذن البائع ، أو أقبضه البائع ، وهو صبي أو محجور عليه بسفه ، فانه يضمنه بالتقبض قطعاً ، صرح به أصحابنا ، وفقه ظاهر . والله أعلم

هذا كله إذا استقل بهذه التصرفات ، فأما إذا أذن له الولي ، فان أطلق الاذن ، فهو لفو ، وإن عين تصرفاً وقدر الموض ، فوجهان . أصحابها عند الغزالي : الصحة ، كما لو أذن في النكاح ، فانه يصح قطعاً ، وإن كان بعضهم قد أشار إلى طرد الخلاف فيه . وأصحابها عند البغوي : لا يصح كما لو أذن للصبي .

قلت : هذا الثاني أصح عند الأكثرين منهم ، الجرجاني ، والرافعي في « المحرر » وجزم به الروياني في « الحلية » . والله أعلم

ويجري الوجهان فيما لو وكله رجل بشيء من هذه التصرفات ، هل يصح عقده للموكل ، وفيما لو اتهم أو قبل الوصية لنفسه .

قلت : الأصح : صحة إتهابه وبه قطع الجرجاني . والله أعلم

ولو أودعه إنسان شيئاً قتل ف عندئذ ، فلا ضمان عليه . وإن أتلفه ، فقولان كما لو أودع صبياً .

المسألة الثانية : لو أقر بدين معاملة ، لم يقبل سواء أسنده إلى ما قبل الحجر أو بعده ، كالصبي . وفيما إذا أسنده إلى ما قبل الحجر ، وجه أنه يصح تخريباً من الفلوس على قول ، وليس بشيء . ولو أقر باتلاف أو جناية توجب المال ، لم يقبل على الأظهر كدين المعاملة . ثم ما رددناه من إقراره لا يؤاخذ به بعد فك الحجر . ولو أقر بما يوجب حداً أو قصاصاً ، قبل . ولو أقر بسرقة توجب القطع قبل في القطع . وفي المال قولان كاللحد إذا أقر بالسرقة . هذا إن لم يقبل إقراره بالاتلاف . فإن قبلناه ، فهنا أولى . ولو أقر بقصاص وعفا المستحق على مال ثبت على الصحيح ، لأنه يتعلق باختيار غيره ، لا بإقراره . ولو أقر بنسب ، ثبت وينفق على الولد المستحق من بيت المال .

قلت : كذا قال الأصحاب في كل طريقهم : يقبل إقراره بالنسب ، وينفق عليه من بيت المال قطعاً . وشذ الروياني فقال في « الحلية » : يقبل إقراره بالنسب في أصح الوجهين ، وينفق عليه من ماله ، وهذا شاذ نهت عليه لئلا يفتر به . ولو أقر بالاستيلاء ، لم يقبل . والله أعلم

ومن ادعى عليه دين معاملة قبل الحجر وأقام بينة سمعت ، فإن لم تكن بينة ، وقبلنا : النكول ورد اليمين كاليمين ، سمعت ، وإن قلنا : كالأقرار ، فلا .

الثالثة : يصح طلاقه وخلعه ، وظهاره ، ورجته ، ونفيه النسب باللعان ، وشبه ذلك ، إذ لا تعلق لها بالمال . ولو كان السفينة مطلقاً مع حاجته إلى التكاح ، سري تجارية فإن تضجر منها ، أبدلت .

الرابعة : حكمه في المبادات ، كالرشيد ، لكن لا يفرق الزكاة بنفسه . ولو أحرَم

بغير إذن الولي ، انعقد إحرامه . فإن أحرم بحج تطوع ، وزاد ما يحتاج إليه في سفره على نفقته المهودة ، ولم يكن له في طريقه كسب يفي بتلك الزيادة ، فلولي منعه . ثم المذهب وبه قطع الأكثرون ، أنه كالمحصّر يتحلل بالصوم ، إذا قلنا : لدم الإحصار بدل ، لأنه ممنوع من المال ، ونقل الإمام فيه وجهين : هذا ، والثاني أن عجزه عن النفقة لا يلحقه بالمحصّر ، بل هو كالمفلس الفاقد للزاد والراحلة ، لا يتحلل إلا ببقاء البيت . وإن لم يزد ما يحتاج إليه على النفقة المهودة ، أو كان يكتسب في الطريق ما يفي بالزيادة ، لم يمنعه الولي ، بل ينفق عليه من ماله ، ولم يسلمه إليه ، بل إلى ثقة لينفق عليه في الطريق . وإن أحرم بحجة مفروضة ، كحجة الاسلام والنذر قبل الحجر ، لم ينفق عليه الولي كما ذكرنا . قال في «التتمة» : والنذورة بعد الحجر ، كالنذورة قبله إن سلكنا بالنذر مسلك واجب الشرع . وإلا ، فهي كحجة التطوع .

قلت : ولو أفسد حجه المفروض بالجماع ، لزمه المضي فيه والقضاء . وهل يطيعه الولي نفقة القضاء ؟ وجهان . حكاهما الماوردي . والله أعلم

ولو نذر التصديق بعين مال ، لم يصح . وفي الزمة ينعقد . ولو حلف ، انعقدت يمينه ويكفر عند الخث بالصوم كالمبد .

قلت : وفيه وجه حكاه صاحب «الحاوي» ، والقاضي حسين ، والمتولي ، أنه يلزمه التكفير بالمال ، فيجب على الولي إخراج الكفارة من مال السفينة . قال القاضي : فإن كثر حشته ، لزمه الكفارة ، ولا يخرجها الولي ، ولا يصح صومه ، بل تبقى عليه حتى يصير ، فيصوم إذا قلنا : الاعتبار في الكفارة بحال الأداء . وإذا قلنا : بالصحيح أن واجبه الصوم ، فلم يصم حتى فك حجره . قال الماوردي : إن قلنا يعتبر في الكفارة حال الأداء ، لم يجزئه الصوم مع اليسار . وإن اعتبرنا حال الوجوب ،

ففي أجزاء الصوم وجهان ، لأنه كان من أهل الصوم ، إلا أنه كان موسراً .
وانتألم

فصل

فمن يلي أمر العبي والمجنون ، وكيف يتصرف

أما الذي يلي ، فهو الأب ثم الجد ، ثم وصيها ، ثم القاضي ، أو من ينصبه القاضي .

قلت : وهل يحتاج الحاكم إلى ثبوت عدالة الأب والجد لثبوت ولايتها ؟ وجهان
حكاهما القاضي أبو الطيب ، والشافعي ، وآخرون . وينبغي أن يكون الراجع ،
الاكتفاء بالعدالة الظاهرة . وانتألم

ولا ولاية للأُم على الأصح . وقال الاصطخري : لها ولاية المال بمد الأب
والجد ، وتقدم على وصيها . وأما كيفية التصرف ، فالقول الجلي فيه : كون
التصرف على وجه النظر والمصلحة ، فيجوز للولي أن يشتري له المقار ، بل
هو أولى من التجارة . فإن لم يكن فيه مصلحة لثقل الخراج ، أو جور السلطان ،
أو إشراف الموضع على الخراب ، لم يجوز . ويجوز أن يبنى له الدور والساكن ، ويبنى
بالآجر والطين دون اللبن والجص . وقال الروياني : يجوز كثير من الأصحاب البناء
على عادة البلد كيف كان . قال : وهو الاختيار . ولا يبيع عقاره إلا لحاجته ، مثل
أن لا يكون له ما يصرفه في نفقته وكسوته ، وقصرت غلته عن الوفاء بها ولم يجد
من يقرضه ، أو لم ير المصلحة في الاقتراض ، أو لنبطة مثل أن يكون ثقل الخراج ،
أو رغب فيه شريك أو جار بأكثر من ثمن مثله وهو يجد مثله يبعث ذلك الثمن .

ويجوز أن يبيع ماله نسيئة وبالعرض ، إذا رأى المصلحة فيه . وإذا باع نسيئة ، زاد على ثمنه نقداً ، وأشهد عليه وارتهن به رهناً وافياً . فإن لم يفعل ، ضمن ، كذا قاله الجمهور . وحكى الامام وجهين في صحة البيع إذا لم يرتهن ، وكان المشتري مليئاً ، وقال : الأصح الصحة . ويشبه أن يذهب القائل بالصحة إلى أنه لا يضمن ، ويجوزه اعتماداً على ذمة المبيع . وإذا باع الأب مال ولده لنفسه نسيئة ، لا يحتاج إلى رهن من نفسه ، لأنه أمين في حق ولده .

فرع

إذا باع الأب أو الجد عقار الطفل ورفع إلى القاضي ، سجل على بيعه ، ولم يكلفه إثبات الحاجة أو الغبطة بالبينة ، لانه غير متهم . وفي بيع الوصي والأمين لا يسجل إلا إذا قامت البينة على الحاجة أو الغبطة .

قلت : وفي احتياج الحاكم إلى ثبوت عدالة الأب والجد لا يسجل لهما ، وجهان حكاهما في « البيان » . والله أعلم

وإذا بلغ الصبي وادعى على الأب أو الجد بيع ماله بغير مصلحة ، فالقول قولهما مع اليمين . وإن ادعاه على الوصي أو الأمين ، فالقول قول المدعي في العقار ، وعليهما البينة . وفي غير العقار وجهان . أصحهما : كالعقار . والفرق عسر الاشهاد في كل قليل وكثير يبيعه ، ومنهم من أطلق وجهين من غير فرق بين ولي وولي ، ولا بين المقار وغيره . ودعواه على المشتري من الولي ، كهي على الولي .

فرع

ليس الوصي يبيع ماله لنفسه ، ولا يبيع مال نفسه له ، ولالأب والجد ذلك ، ولهما

يسع مال أحد الصغيرين للآخر . وهل يشترط أن يقول : بت واشترت ، كما لو باع لغيره . أم يكفي أحدهما ؟ وجهان سبقا في البيع .

فرع

إذا اشترى الولي للطفل ، فليشتر من ثقة . وحيث أمر بالارتهاث ، لا يقوم الكفيل مقامه .

فرع

لا يستوفي القصاص المستحق له ، ولا يعفو ، ولا يعتق عبيده ، ولو كان بموض ، ولا يكتبهم ، ولا يهب أمواله ولو بشرط الثواب ، ولا يطلق زوجته ولو بموض . ولو باع شريكه شقصاً مشفوعاً ، أخذ أو ترك بحسب المصلحة . فإن ترك بحسب المصلحة ، ثم بلغ الصبي وأراد أخذه ، لم يمكن على الأصح ، كما لو أخذ للمصلحة ، ثم بلغ الصبي وأراد رده . والثاني : يمكن لأنه لو كان بالغاً ، كان له الأخذ . وإن خالف المصلحة والاخذ المخالف للمصلحة ، لم يدخل في ولايته ، فلا يفوت بتصرف الولي .

قلت : فإذا قلنا بالأصح ، فبلغ وادعى أنه ترك الشفعة من غير غبطة ، قال صاحب « المذهب » وغيره : حكاه حكم يسع المقار . والله أعلم

فرع

ليس للولي أخذ أجرة ولا نفقة من مال الصبي إن كان غنياً ، وإن كان فقيراً

وانقطع بسببه عن الكسب ، فله أخذ قدر النفقة . وفي التعليق : أنه يأخذ أقل
الامرين من قدر النفقة ، وأجرة المثل .

قلت : هذا المنقول عن التعليق ، هو المروف في أكثر كتب المراقين ونقله
صاحب « البيان » عن أصحابنا مطلقاً ، وحكاة هو وغيره عن نص الشافعي رضي
الله عنه ، وحكى الماوردي والشاشي وجهاً ، أنه يجوز أيضاً للغني أن يأكل بقدر
أجرته . والصحيح المروف ، انقطع بأنه لا يجوز للغني مطلقاً . والله أعلم

والقول في أنه هل يستبد بالأخذ ، يأتي في « كتاب النكاح » ، إن شاء الله تعالى .
وهل عليه ضمان ما أخذه كالضطر إذا أكل طعام الغير أم لا ؟ كالامام إذا أخذ
الرزق من بيت المال ؟ فيه قولان .

قلت : أظهرهما : لا ضمان ، لظاهر القرآن ، ولأنه بدل عمله . والله أعلم

فرع

الولي أن يخلط ماله بمال الصبي ويؤاكلة . قال ابن سريج : وللسافرين خلط
أزوادهم ، وإن تفاوتوا في الأكل ، قال : وهذا أولى بالجواز ، لأن كلاً منهم من
أهل المسامحة .

قلت : لا خلاف في جواز خلط المسافرين على الوجه المذكور ، بل هو مستحب ،
ونقل صاحب « البيان » من أصحابنا ، أنه مستحب ، ذكره في باب الشركة ، ودلائله
من الأحاديث الصحيحة كثيرة . والله أعلم

فرع

يجب على الولي أن ينفق عليه ويكسوه بالمروف ، ويخرج من أمواله الزكاة
وأروش الجنائيات وإن لم تطلب ، ونفقة القريب بعد الطلب .

فرع

إن دعت ضرورة حريق أو نهب إلى المسافرة بماله، سافر، وإلا، فإن كان الطريق مخوفاً، لم يسافر به، وإن كان آمناً، فوجهان. أصحابها: الجواز لأن المصلحة قد تقتضي ذلك، والولي مأمور بالمصلحة بخلاف المودع. والثاني: النفع وبه قطع المراقبون كالوديمة.

قلت: لو سافر به في البحر، لم يحز إن كان مخوفاً، وكذا إن كانت سلامته غالبية على المذهب، وبه قطع القاضي حسين، ونقله الإمام عن معظم الأصحاب. وقيل: يجوز إن أوجبنا ركوبه للحج. والله أعلم.

ثم إذا أجاز له المسافرة به، جاز أن يبعثه مع أمين.

فرع

ليس لغير القاضي إقراض مال الصبي، إلا عند ضرورة نهب أو حريق ونحوه، أو إذا أراد سفره. ويجوز للقاضي الإقراض، وإن لم يكن شيء من ذلك لكثرة مشغاله. وفي وجهه: القاضي كنيته. ولا يجوز إيداعه مع إمكان الإقراض على الأصح، فإن عجز عنه، فله الإيداع. ويشترط فيمن يودعه الأمانة، وفي من يقرضه الأمانة واليسار. وإذا أقرض ورأى أن يأخذ به رهناً، أخذه، وإلا تركه. قلت: يستحب للحاكم إذا حجر على السفينة، أن يشهد على حجره. وإن رأى أن يتادي عليه في البلد، نادى مناديه ليتجنب الناس معاملته. وحكي في «الحاوي»، و«المستظهر»، عن أبي علي ابن أبي هريرة وجهاً، أنه يجب الإشهاد، وهو شاذ. وإذا كان للصبي أو السفينة كسب، أجبره الولي على الاكتساب ليرتقى

به في النفقة وغيرها ، حكاه في « البيان » . ولو وجب للسفيه قصاص ، فله أن يقتص ويعفو . فإن عفا على مال ، صح ، ووجب دفع المال إلى وليه . وإن عفا مطلقاً ، أو على غير مال ، فإن قلنا : القتل يوجب أحد الأمرين ؛ القصاص أو الدية ، وجبت الدية لأن عفوه عنها لا يصح ، وإن قلنا : يوجب القصاص فقط ، سقط القصاص ، ولا مال . وإذا مرض المحجور عليه لسفه مرضاً مخوفاً ، لم يتغير حكمه ، وتصرفاته فيه كتصرفه في صحته . وحكى في « الحاوي » ، وجهاً ، أنه يقلب عليه حجر المرض ، فيصح عتقه من ثلثه ، وهذا شاذ ضعيف . والله أعلم

كتاب الصلح

فسره الأئمة بالعقد الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين ، وليس هذا على سبيل الحد ، بل أرادوا ضرباً من التعريف ، إشارة إلى أن هذه اللفظة تستعمل عند سبق الخصمة غالباً ، ثم أدخل الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم في الباب ، التزامهم في المشترك ، كالشوارع ونحوها . وفي الكتاب ثلاثة أبواب .

الأول : في أحكام الصلح . وقد يجري بين المتداعين ، وبين المدعي وأجنبي .
والقسم الأول نوعان . أحدهما : ما يجري على الاقرار وهو ضربان .
أحدهما : الصلح عن العين . وهو صنفان .

أحدهما : صلح الماوضة ، وهو الذي يجري على غير العين المدعاة ، بأن ادعى عليه داراً فأقر له بها ، وصالحه منها على عبد أو ثوب ، فهذا الصنف حكمه حكم البيع ، وإن عقد بلفظ الصلح . وتتعلق به جميع أحكام البيع كالرد باليب ، والشفعة ، والمنع من التصرف قبل القبض ، واشتراط القبض في المجلس إن كان المصالح عليه والمصالح عنه متفقين في علة الربا ، واشتراط التساوي في معيار الشرع إن كان جنساً ربوياً ، وجريان التحالف عند الاختلاف ، ويفسد بالفرر ، والجهل ، والشروط الفاسدة كفساد البيع . ولو صالحه منها على منفعة دار ، أو خدمة عبد مدة معلومة ، جاز ، ويكون هذا الصلح إجارة ، فثبت فيه أحكام الإجارة .

الصنف الثاني : صلح الخطيئة ، وهو الجاري على بعض العين المدعاة ، كمن صالح من الدار المدعاة على نصفها أو ثلثها ، أو من العبدین على أحدهما ، فهذا هبة بعض المدعي لمن في يده ، فيشترط لصحته القبول ومضي مدة إمكان القبض . وفي اشتراط إذن جديد في قبضه ، بخلاف المذكور في كتاب الرهن . ويصح بلفظ

المبة ، وما هو في معناها . وفي صحته بلفظ الصلح ، وجهان . أحدهما : لا ، لأن الصلح يتضمن المفاوضة . وعالم أن يقابل ملكه بيمضه . وأصحها : الصحة ، لأن الخاصية التي يفترق إليها لفظ الصلح ، هي سبق الخصومة ، وقد حصلت . ولا يصح هذا الصنف بلفظ البيع .

فرع

الصلح يخالف البيع في صور .

إحداها : المسألة السابقة ، وهي إذا صالح صلح الخطيئة بلفظ الصلح ، فانه يصح على الأصح . ولو كان بلفظ البيع ، لم يصح قطعاً .

الثانية : لو قال من غير سبق خصومة : بني دارك بكذا ، فباع ، صح . ولو قال والحالة هذه : صالحني عن دارك هذه بألف ، لم يصح على الأصح ، لأن لفظ الصلح لا يطلق إلا إذا سبقت خصومة ، وكان هذا الخلاف فيما لو استعملا لفظ الصلح بلا نية . فلو استعملا ونويا البيع ، كان كناية بلا شك ، وجرى فيه الخلاف في انعقاد البيع بالكناية .

الثالثة : لو صالح عن القصاص ، صح ولا مدخل للفظ البيع فيه .

الرابعة : قال صاحب « التلخيص » ، لو صالحنا أهل الحرب من أموالهم على شيء نأخذه منهم ، جاز ولا يقوم مقامه البيع ، واعترض عليه القفال ، بأن تلك المصالحة ، ليست بمصالحة عن أموالهم ، وإنما نصالحتهم ونأخذ منهم للكف عن دمائهم وأموالهم ، وهذا صحيح ، ولكن لا يمنع مخالفة اللفظين ، فان لفظ البيع لا يجري في أمثال تلك المصالحات .

الخامسة : قال صاحب « التلخيص » ، لو صالح من إرش الموضحة على شيء

معلوم ، جاز إذا علمنا قدر أرشها . ولو باع ، لم يجوز وخالفه الجمهور في افتراق اللفظين ، وقالوا : إن كان الأرض مجهولاً كالحكومة التي لم تقدر ولم تضبط ، لم يصح الصلح عنه ولا بيعه . وإن كان معلوم القدر والصفة ، كالدرهم ، إذا ضبطت ، صح الصلح عنها ، وصح بيعها ممن هي عليه . وإن كان معلوم القدر دون الصفة ، على الوجه المتبر في السلم ، كالابل الواجبة في الدية ، ففي جواز الاعتياض عنها بلفظ الصلح ولفظ البيع جميعاً وجهان . ويقال : قولان . أحدهما : يصح كمن اشترى عيناً لم يعرف صفتها . وأصحها : النع كما لو أسلم في شيء لم يصفه ، هذا في الجراحة التي لا توجب القود ، فإن أوجبه في النفس ، أو فيما دونها ، فالصلح عنها مبني على أن موجب العمد ماذا ؟ وسيأتي في بابه إن شاء الله تعالى .

الضرب الثاني : الصلح عن الدين ، وهو صنفان .

أحدهما : صالح المعاوضة وهو الجاري على عين الدين المدعى . فينظر ، إن صالح عن بعض أموال الربا على ما يوافقه في الملة ، فلا بد من قبض الموضع في المجلس ، ولا يشترط تعيينه في نفس الصلح على الأصح . فإن لم يكن الموضع ربوياً ، فإن كان الموضع عيناً ، صح الصلح ، ولا يشترط قبضه في المجلس على الأصح . وإن كان ديناً ، صح على الأصح ، ولكن يشترط التعيين في المجلس ، ولا يشترط القبض بعد التعيين على الأصح .

الصنف الثاني : صلح الخطيئة وهو الجاري على بعض الدين المدعى ، فهو إبراء عن بعض الدين ، فإن استعمل لفظ الإبراء أو ما في معناه ، بأن قال : أبرأتك من خمسمائة من الألف الذي عليك ، أو صالحتك على الباقي ، برىء مما أبرأه ، ولا يشترط القبول على الصحيح . وفي وجه بعيد : يشترط فيه ، وفي كل إبراء ،

ولا يشترط قبض الباقي في المجلس . وإن اقتصر على لفظ الصلح فقال : صالحتك على ألف الذي لي عليك على خمسمائة ، فوجهان كتنظيره في صلح الخطيئة في المين ، والأصح الصحة . وفي اشتراط القبول وجهان ، كالوجهين فيما لو قال لمن عليه الدين : وهبته لك ، والأصح ، الاشتراط ، لأن اللفظ بوضعه يقتضيه . ولو صالح منه على خمسمائة معينة ، جرى الوجهان . ورأى الامام الفساد هنا أظهر . ولا يصح هذا الصنف بلفظ البيع ، كتنظيره في الصلح عن المين . ولو صالح من ألف مؤجل على ألف حال أو عكسه ، فباطل ، لأن الأجل لا يسقط ولا يلحق . فلو عجل من عليه المؤجل وقبله المستحق ، سقط الأجل بالاستيفاء ، وكذا الحكم في الصحيح والكسر . ولو صالح من ألف مؤجل على خمسمائة حائلة ، فباطل . ولو صالح من ألف حال على خمسمائة مؤجلة ، فهذا ليس من الماوضة في شيء ، بل هو مسامحة من وجهين . أحدهما : حط خمسمائة . والثاني : إلحاق أجل بالباقي . والأول شائع ، فيراً عن خمسمائة . والثاني : وعد لا يلزم ، فله المطالبة بالباقي في الحال .

فرع

قال أحد الوارثين لصاحبه : تركت حقي من التركة لك ، فقال : قبلت ، لم يصح ويبقى حقه كما كان . ولو قال : صالحتك من نصيبي على هذا الثوب ، فإن كانت التركة أعياناً ، فهو صلح عن العين . وإن كانت ديوناً عليه ، فهو صلح عن الدين . وإن كانت على غيره ، فهو بيع دين لغير من عليه ، وقد سبق حكمه . وإن كان فيها عين ودين على الغير ، ولم تجوز بيع الدين لغير من عليه ، بطل الصلح في الدين . وفي العين قولاً تفريق الصفة .

فرع

له في يد رجل ألف درهم ، وخمسون ديناراً ، فصالحه منه على ألفي درهم ، لا يجوز . وكذا لو مات عن ابنين والتركة ألفا درهم ، ومائة دينار ، وهي في يد أحدهما ، فصالحه الآخر من نصيبه على ألفي درهم ، لم يجوز . ولو كان المبلغ المذكور ديناً في ذمة غيره ، فصالحه منه على ألفي درهم ، جاز . والفرق أنه إذا كان في الذمة ، فلا ضرورة إلى تقدير المعاوضة فيه ، فيجعل مستوفياً لأحد الألفين ، وممتاضاً عن الدنانير الألف الآخر . وإذا كان معيناً ، كان الصالح عنه اعتياضاً ، فكأنه باع ألف درهم وخمسين ديناراً بألفي درهم . وهو من صور مذهب عوجة . ونقل الامام عن القاضي حسين وجهاً في صورة الدين بالمنع ، تنزيلاً على المعاوضة .

فرع

صالحه عن الدار المدعاة على أن يسكنها سنة ، فهو إعادة للدار يرجع فيها متى شاء . وإذا رجع ، لم يستحق أجره للمدة الماضية على الصحيح ، لأنها عارية . وفي وجه : يستحق ، لأنه قابل به رفع اليد عنها ، وهو عوض فاسد ، فيرجع بأجرة المثل . ولو صالحه عنها على أن يسكنها بمنفعة عبده سنة ، فهو كما لو أجر داراً بمنفعة عبد سنة .

فرع

صالحه عن الزرع الأخضر بشرط القطع ، جاز . ودون هذا الشرط لا يجوز . ولو كانت المصالحة عن الزرع مع الأرض ، فلا حاجة إلى شرط القطع على الأصح .

ولو كان النزاع في نصف الزرع ، ثم أقر المدعى عليه ، وتصالحا عنه على شيء ، لم يجز . وإن شرطاً القطع ، كما لو باع نصف الزرع مشاعاً ، لا يصح ، سواء شرطه ، أم لا .

النوع الثاني : الصلح عن الانكار ، فينظر ، إن جرى على غير المدعى ، فهو باطل . وصورة الصلح على الانكار ، أن يدعي عليه داراً مثلاً ، فينكر ، ثم يتصالحا على ثوب أو دين ، ولا يكون طلب الصلح منه إقراراً ، لأنه ربما يريد قطع الخصومة ، هذا إذا قال : صالحني مطلقاً ، أو صالحني عن دعواك . بل الصلح عن الدعوى ، لا يصح مع الإقرار أيضاً ، لأن مجرد الدعوى لا يتنازع عنه . ولو قال بعد الانكار : صالحني عن الدار التي ادعيتها ، فهل يكون إقراراً ، كما لو قال : ملّكتني ، أم لا ، لاحتمال قطع الخصومة ؟ وجهان . أصحابها : الثاني . فعلى هذا ، يكون الصلح بعد هذا الالتماس صلح إنكار . ولو قال : بعنيها ، أو هبالي ، فالصحيح أنه إقرار . لأنه صريح في التماس التملك . وقال الشيخ أبو حامد : هو كقوله : صالحني . ومثله : لو كان النزاع في جارية ، فقال : زوجنيها . ولو قال : أعزني ، أو أجزني ، فأولى بأن لا يكون إقراراً . ولو كان النزاع في دين ، فقال : أبرئني ، فهو إقرار . ولو أبرأ المدعي المدعى عليه وهو منكر ، وقلنا : لا يفتقر الإبراء إلى القبول ، صح ، لأنه مستقل به ، فلا حاجة إلى تصديق الزعيم ، بخلاف الصلح . ولهذا ، لو أبرأه بعد التحليف ، صح ، ولو تصالحا بعد التحليف ، لم يصح .

فرع

لو جرى الصلح على الانكار على بعض المين الدعاة وهو صلح الخطيئة في المين ، فوجهان . قال القفال : يصح ، لأنها متفقان على أن المدعي يستحق النصف ،

لان المدعي يزعم استحقاق الجميع ، والمدعى عليه يسلم النصف له بحكم هبته له ،
وتسليمه إليه ، فبقي الخلاف في جهة الاستحقاق ، وقال الأكثرون : باطل ، كما لو كان
على غير المدعي . قالوا : ومتى اختلف القايض والدافع في الجملة ، فالقول قول
الدافع كما سبق في الرهن . والدافع هنا ، يقول : إنما بذلت النصف لدفع الأذى ،
حتى لا يرفعني إلى القاضي ، ولا يقيم علي بيعة زور . وإن كانت المدعى ديناً ،
وتصالحا على بعضه على الانكار ، نظر ، إن صالحه عن ألف على خمسمائة مثلاً
في الذمة ، لم يصح . ولو أحضر خمسمائة وتصالحا من الألف المدعى عليها ، فهو
مرتب على صلح الخطيئة في العين . فإن لم يصح ، فهنا أولى . وإلا ، فوجهان .
والأصح : البطالان باتفاقهم . والفرق أن ما في الذمة ، ليس هو ذلك المحضر ،
وفي الصلح عليه معنى المعاوضة ، ولا يمكن تصحيحه معاوضة مع الانكار . ولو
تصالحا ، ثم اختلفا هل تصلحا على الانكار ، أم على الاعتراف ؟ قال ابن كنج :
القول قول مدعي الانكار ، لأن الأصل أن لا عقد . وينبغي أن يخرج على الوجهين
فيما لو تنازع التبايعان ، هل عقدا صحيحاً أم فاسداً .

قلت : الصواب ، ما قاله ابن كنج ، وقد صرح به أيضاً الشيخ أبو حامد ،
وصاحب « البيان » وغيرهما . والفرق أن الظاهر والغالب جريان البيع على الصحة ،
والغالب وقوع الصلح على الانكار . والله أعلم

القسم الثاني من الباب : في الصلح الجاري بين المدعى وأجنبي ، وله حالان .
الأول : مع إقرار المدعى عليه . فإن كان المدعى عيناً ، وقال الأجنبي : إن
المدعى عليه وكلني في مصالحتك له على نصف المدعى ، أو على هذا العبد من ماله ،
فتصالحا عليه ، صح . وكذا لو قال : وكلني في مصالحتك عنه على عشرة في ذمته .
ثم إن كان صادقاً في الوكالة ، صار المدعى ملكاً للمدعى عليه ، وإلا ، فهو شراء

الفضول، وقد سبق بيانه وتقريمه . وإن قال : أمرني بالمصالحة عنه على هذا البعد من مالي، فصالحه عليه ، فهو كما لو اشترى لغيره بمال نفسه باذن ذلك الغير ، وقد سبق خلاف في صحته ، وأنه إذا صح ، هل هو هبة ، أو قرض ؟ ولو صالح الأجنبي لنفسه بين ماله ، أو بدين في ذمته ، صح له ، كما لو اشتراه . وقيل : وجهان ، كما لو قال لغيره من غير سبق دعوى : صالحني من دارك على ألف ، لأنه لم يجز مع الأجنبي خصومة . والمذهب ، الضحة ، لأن الصلح ترتب على دعوى وجواب . أما إذا كان المدعى ديناً ، وقال : وكلني المدعى عليه بمصالحتك على نصفه ، أو على هذا الثوب من ماله ، فصالحه ، صح . ولو قال : على هذا الثوب ، وهو ملكي ، فوجهان . أحدهما : لا يصح ، لأنه يبيع شيء بدين غيره . والثاني : يصح ، ويسقط الدين كمن ضمن ديناً وأداه .

قلت : الأول : أصح . والله أعلم

ولو صالح لنفسه على عين أو دين في ذمته ، فهو ابتياع دين في ذمة الغير ، وسبق بيانه في موضعه .

قلت : لو قال : صالحني عن الألف الذي لك على فلان على خمسمائة ، صح ، سواء كان باذنه أم لا ، لأن قضاء دين غيره بغير إذنه جائز . والله أعلم

الحال الثاني : أن يكون منكرًا ظاهرًا ، فجاء أجنبي فقال : أقر المدعى عليه عندي ، وكلني في مصالحتك له ، إلا أنه لا يظهر إقراره لئلا تنزعه منه ، فصالحه ، صح ، لأن دعوى الانسان الوكالة في البيع والشراء ومسائر المعاملات مقبولة . فإن قال : هو منكر ، ولكنه مبطّل ، فصالحني له على عهدي هذا ، لتقطع الخصومة بينكما ، فوجهان . قال الامام : أصحها : لا يصح ، لأنه صلح إنكار . والثاني :

يصح ، لأن الاعتبار في شروط العقد بمن يباشره وهما متفقان . هذا إذا كان المدعى عيناً ، فإن كان ديناً ، فقيل : على الوجهين . والمذهب : القطع بالصحة . والفرق أنه لا يمكن تملك الغير عين ماله بغير إذنه ، ويمكن قضاء دينه بغير إذنه . وإن قال : هو منكر ، وأنا أيضاً لا أعلم صدقك ، وصالحه مع ذلك ، لم يصح ، سواء كان المصالح عليه له ، أو للمدعى عليه . كما لو صالحه المدعي وهو منكر . وإن قال : هو منكر ومبطل في إنكاره ، فصالحني لنفسي بعدي هذا ، أو بعثرة في ذمتي لآخذه منه ، فإن كان المدعى ديناً ، فهو ابتياع دين في ذمة غيره . وإن كان عيناً ، فهو شراء مفصوب ، فينظر في قدرته على انتزاعه وعجزه . وقد سبق بيان الحالين في أول البيع . ولو صالح وقال : أنا قادر على انتزاعه ، صح العقد على الأصح ، اكتفاءً بقوله . والثاني : لا ، لأن الملك في الظاهر للمدعى عليه ، وهو عاجز عن انتزاعه . قال الامام : والوجه أن يقال : إن كان الأجنبي كاذباً ، فالعقد باطل باطلاً ، وفي مؤاخذته في الظاهر لا التزامه ، الوجهان . وإن كان صادقاً ، حكم بصحة العقد باطلاً ، وقطعت بمؤاخذته ، لكن لا تزال يد المدعى عليه إلا بحجة .

فرع

كالمثال لما ذكرنا

ادعى رجل على ورثة ميت داراً من تركته ، وقال : غصبنيها ، فأقروا له ، جاز لهم مصالحته . فإن دفعوا إلى بعضهم ثوباً مشتركاً بينهم ليصالح عليه ، جاز ، وكان عاقداً عن نفسه ووكيلاً عن الباقيين . ولو قالوا لواحد : صالحه عنا على ثوبك ، فصالحه عنهم ، فإن لم يسهم في الصلح ، وقع الصلح عنه . وإن ساءم ، فهل تلتفى (١) التسمية ؟ وجهان . فإن لم تلغها ، وقع الصلح عنهم . وهل الثوب هبة لهم ، أو قرض عليهم ؟ وجهان . وإن ألغيناها ، فهل يصح الصلح كله للعاقدة ، أم

(١) في نسخة : يكفي .

يُطل في نصيب الشركاء ويخرج نصيبه على قولي تفريق الصفقة ؟ وجهان . وإن
صالحه بمضمهم على مال له دون إذن الباقي ليمتلك جميع الدار ، جاز . وإن صالح
لتكون الدار له ولهم جميعاً ، لنا ذكرهم ، وعاد الوجهان في أن الجميع يقع له ، أم يطل
في نصيبهم . ويخرج نصيبه على قولي الصفقة .

فرع

أسلم كافر على أكثر من أربع نسوة ، ومات قبل الاختيار والنسبين ، وقف
الميراث بينهما . فإن اصطالحن على القسمة على تفاوت أو تساوي ، جاز ، للضرورة .
ولو اصطالحن على أن تأخذ ثلاث منهم أو أربع المال الموقوف ، ويبدلن للباقيات
عوضاً من خالص أموالهم ، لم يصح . ونظير المسألة ، ما لو طلق إحدى امرأته
ومات قبل البيان ، ووقف لهما نصيب زوجة فاصطالحتا ، وما إذا ادعى اثنان ودبمة
في يد رجل ، فقال : لا أعلم لأيهما هي ، وما إذا تداعيا داراً في يدهما ، وأقام
كلٌ بينة ، ثم اصطالحا . وكذا لو كانت في يد ثالث وقلنا باستعمال البنتين .
قلت : وهذه مسائل تتعلق بالباب .

إحداها : ادعى داراً ، فأقر ، فصالحه على عبد ، فخرج مستحقاً ، أو رده ببسب ،
أو هلك قبل القبض ، رجعت الدار إلى الأول . وإن وجد به عيباً بعدما هلك ،
أو تيب في يده ، أخذ من الدار بقدر ما نقص من قيمة العبد ، كما لو باعها بعبد .
الثانية : ادعى عليه داراً ، فأنكره ، فقال المدعي : أعطيك ألفاً وتقر لي بها ،
فقبل ، فليس بصلح ، ولا يلزم الألف ، بل بذله وأخذ حرام . وهل يكون
هذا إقراراً ؟ وجهان في العدة ، ود البيان .

الثالثة : صالح أجنبي عن المدعي عليه بموض معين ، فوجده المدعي مبيعاً ، فله

رده ، ولا يرجع ييدله ، بل ينفسخ الصلح ويرجع إلى خصومة المدعى عليه ، وكذا لو خرج الموض مستحقاً . ولو صالحه على دراهم في الذمة ، فأعطاه دراهم ، فوجدها معيبة وردها ، أو خرجت مستحقة ، فله المطالبة ييدلها .

الرابعة : قال الشافعي رضي الله عنه : لو اشترى رجل أرضاً وبنهاها مسجداً ، فجاء رجل فادعاها ، فإن صدقه المشتري ، لزمه قيمتها . وإن كذبه ، فصالحه رحل آخر ، صح الصلح ، لأنه بذل مال على جهة القرية ، ولأن القيمة على المشتري ، لأنه وقفه . والصلح عما في ذمة غيره بغير إذنه ، جائز .

الخامسة : لو أتلّف عليه شيئاً قيمته دينار ، فأقر به ، وصالحه على أكثر من دينار ، لم يصح ، لأن الواجب قيمة التلّف ، فلم يصح الصلح على أكثر منه ، كمن غصب ديناراً ، فصالح على أكثر منه . ولو صالحه عنه بموض مؤجل ، لم يصح .

السادسة : سبق في أول الباب أن الصلح عن المجهول ، لا يصح . قال الشافعي رضي الله عنه : لو ادعى عليه شيئاً بجملاً ، فأقر له به وصالحه عنه على عوض ، صح الصلح . قال الشيخ أبو حامد وغيره : هذا إذا كان المقود عليه معلوماً لها ، فيصح وإن لم يسمياه ، كما لو قال : بعتك الشيء الذي نعرفه أنا وأنت بكذا ، فقال : اشتريت ، صح .

السابعة : إذا أنكر المدعى عليه ، ووكل أجنبياً ليصالح كما سبق ، فهل يحل له التوكيل ؟ وجهان . قال ابن سريج : يحرم عليه الانكار . ولو فعله ، فله التوكيل في المصالحة . وقال أبو إسحاق : يحرم عليه أيضاً التوكيل . ولو مات مورثه وخلف عيناً ، فادعاها رجل ، فأنكره ولا يعلم صدقه ، وخاف من اليمين ، جاز أن يوكل أجنبياً في الصلح ، لتزول الشبهة ، حكاه في « البيان » . والله أعلم

الباب الثاني في التزام علي الحقوق

وفيه فصول .

الأول : في الطريق ، وهو قسطن : نافذ ، وغيره . أما النافذ ، فالناس كلهم يستحقون المرور فيه ، وليس لأحد أن يتصرف فيه بما يبطل المرور ، ولا أن يشرع فيه جناحاً ، أو يتخذ على جدرانه ساباطاً يضر بالمارة . فإن لم يضر ، فلا منع منها . ويرجع في معرفة الضرر وعدمه إلى حال الطريق . فإن كان ضيقاً لا يمر فيه القوافل والفوارس ، فينبغي أن يرتفع بحيث يمر المارّ تحته منتصباً . وإن كانوا يمرون فيه ، فليكن ارتفاعه إلى حد يمر فيه الحمل مع الكنيسة فوقه على البعير ، لأنه وإن كان نادراً ، فإنه قد يتفق . ولا تشتط زيادة على هذا ، على الصحيح . وقال أبو عبيد بن حَرَبويه : يشترط أن يكون بحيث يمر الراكب تحت منسوب الرمح . واتفق الأصحاب على تضعيف قوله ، لأن وضع الرمح على الكتف ، ليس بمسير . ويجوز لكل أحد أن يفتح الأبواب من ملكه إلى الشارع كيف شاء . وأما نصب الدكة وغرس الشجرة ، فإن كان يضيق الطريق ويضر بالمارة ، منع ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : الجواز ، كالجناس الذي لا يضر بهم . وأصحبهما ، وبه قطع العراقيون واختاره الامام : المنع . ولا يجوز أن يصالح عن إشراع الجناح على شيء ، سواء صالح الامام ، أو غيره ، وسواء أضر بالمارة ، أم لا . ولو أشرع جناحاً لا ضرر فيه ، فأنهدم ، أو هدمه ، فأشرع رجل آخر جناحاً في محاذاته لا تمكن معه إعادة الأول ، جاز ، كما لو قعد في طريق واسع ثم انتقل عنه ، يجوز لغيره الارتفاق به ، هكذا قاله الأصحاب . ولك أن تقول : المرتفق بالعود للمعاملة لا يبطل حقه بمجرد الزوال عن ذلك الموضع ، وإنما يبطل بالسفر والاعراض عن الحرفة .

فقياسه أن لا يطل هنا بمجرد الهدم والانهدام ، بل يعتبر إعراضه عن إعادته .
قلت : إن ما قاسه كثيرون على ما إذا وقف في الطريق ، ثم فارق موقفه ، أو
قد للاستراحة ونحوها ، فلا يرد اعتراض الامام الرافعي رحمه الله . قال أصحابنا :
ولو أخرج جناحاً تحت جناح من يحاذيه ، لم يكن للأول منه ، إذ لا ضرر . ولو
أخرج فوق جناح الأول ، قال ابن الصباغ : إن كان الثاني عالياً لا يضر بالمسار
فوق الجناح الأول ، لم يمنع ، وإلا ، فله منه . ولو أخرج مقابلاً له ، لم يمنع ،
إلا أن يطل ارتفاع الأول . ولو كان الأول قد أخذ أكثر هواء الطريق ، لم يكن
لجاره مطالبته بتقصير جناحه ورده إلى نصف الطريق ، لأنه مباح سبق إليه .

والله أعلم

واعلم أن الأكثرين ، لم يتعرضوا في الاضرار الممنوع إلا للارتفاع ، والانخفاض .
وأما إظلام الموضع ، فقال ابن الصباغ وطائفة : لا يؤثر ، ومقتضى المعنى المذكور ،
ولفظ الشافعي رضي الله عنه ، وأكثر الأصحاب ، تأثيره . وقد صرح به منصور
التميمي . وفي « النعمة » : إن انقطع الضوء كله ، أثر ، وإن نقص ، فلا .

فرع

الشوارع التي في البلاد ، والحوادث الممتدة في الصحاري سواء في أنها منفكة
عن الملك والاختصاص . والأصل فيها ، الإباحة وجواز الانتفاع ، إلا فيما يقدر
في مقصودها ، وهو الاستطراق . قال الامام : ومصير الموضع شارعاً ، له صورتان ،
إحداها : أن يجعل الرجل ملكه شارعاً وسبيلاً مسبلاً . والثانية : أن تنجي جماعة
بلدة أو قرية ، ويتركوا مسلكاً نافذاً بين الدور والمساكن ، ويفتحوا إليه الأبواب .

ثم حكى عن شيخه ، ما يقتضي صورة ثالثة ، وهو أن يصير موضع من الموات جادةً يستطرقها الرفاق ، فلا يجوز تغييره . وإنه كان يتردد في بنيات (١) الطرق التي يعرفها الخواص ويسلكونها . وكل موات ، يجوز استطرأقه ، لكن لا يمنع أحد من إحيائه وصرف المرعته ، بخلاف الشوارع .

قلت : قال الامام : ولا حاجة إلى لفظ في مصير ما يجعل شارعاً . قال : وإذا وجدنا جادة مستطرقه ، ومسلكاً مشروعاً نافذاً ، حكمنا باستحقاق الاستطراق فيه بظاهر الحال ، ولم نلتفت إلى مبدأ مصيره شارعاً . وأما قدر الطريق ، فقلد من تعرض لضبطه ، وهو مهم جداً ، وحكمه ، أنه إن كان الطريق من أرض مملوكة يسبها صاحبها ، فهو إلى خيرته ، والأفضل توسيعها . وإن كان بين أراض يريد أصحابها إحياءها ، فإن اتفقوا على شيء ، فذاك . وإن اختلفوا ، فقدره مبيع أذرع ، وهذا معنى ما ثبت في صحيح البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه : « قضى رسول الله ﷺ عند الاختلاف في الطريق ، أن يجعل عرضه سبع أذرع » . ولو كان الطريق واسعاً ، لم يجوز لأحد أن يستولي على شيء منه ، وإن قل ، يجوز عمارة ما حوله من الموات ، ويملكه بالاحياء بحيث لا يضر بالمارة . ومن المهمات المستفادة ، أن أهل الزمة يمنعون من إخراج الأجنحة إلى شوارع المسلمين النافذة . وإن جاز لهم استطرأها ، لأنه كاعلائهم البناء على بناء المسلمين ، أو أبلغ . هذا هو الصحيح ، وذكر الشاشي في جوازه وجبين . ومن أخرج جناحاً على وجه لا يجوز ، هدم عليه .

والله أعلم

القسم الثاني : الطريق الذي لا ينفذ ، كالسكة المسدودة الأسفل ، والكلام فيها في ثلاثة أمور .

الأول : اشراع الجناح ، فلا يجوز لنير أهل السكة بلا خلاف ، ولا لهم

(١) في نسخة : هيأت .

على الأصح الذي قاله الأكثرون إلا برضاهم ، سواء تضرروا ، أم لا . والثاني وهو قول الشيخ أبي حامد ومن تابعه : يجوز إذا لم يضر بالباقيين ، فإن أضر ورضي أهل السكة ، جاز . ولو صالحوه على شيء ، لم يصح بلا خلاف ، لأن الهواء تابع ، فلا يفرد بالمال صالحاً ، كما لا يفرد به ييماً . وهكذا الحكم في صلح صاحب الدار عن الجناح المشرع إليها ، ونفي بأهل السكة كل من له باب نافذ إليها دون من يلاصق جدار داره السكة من غير نفوذ باب . ثم هل الاشتراك في جميعها لجميعهم ، أم شركة كل واحد تختص بما بين رأس السكة وباب داره ؟ وجهان . أصحها : الاختصاص ، لأن ذلك هو محل تردده ، وما عداه ، فهو فيه كثير أهل السكة . وتظهر فائدة الخلاف على قول الأكثرين في منع إنشراح الجناح إلا برضاهم . فإن شركنا الكل في الكل ، جاز لكل واحد من أهل السكة المنع . وإن خصصنا ، فأنما يجوز المنع لمن موضع الجناح بين بابه ورأس الدرب . وتظهر فائدته على قول الشيخ أبي حامد ، في أن مستحق المنع إذا أضر الجناح : من هو ؟ لكنهم لم يذكره . قلت : قول الرافعي : لم يذكره ، من أعجب العجب ، فقد ذكره صاحب « التهذيب » مع أن معظم نقل الرافعي منه ومن « النهاية » . والله أعلم

ولو اجتمع المستحقون ، فسدوا رأس السكة ، لم يمنعوا منه ، كذا قاله الجمهور . وقال أبو الحسن العبادي : يحتمل أن يمنعوا ، لأن أهل الشارع يفزعون إليه إذا عرضت زحمة . ولو امتنع بعضهم ، لم يكن للباقيين السد قطعاً . ولو سدوا باتفاقهم ، لم يستقل بعضهم بالفتح . ولو اتفقوا على قسمة صحن السكة بينهم ، جاز . ولو أراد أهل رأس السكة قسمة رأسها بينهم ، منعوها لِحَقِّ من يليهم . ولو أراد الأسفل قسمته ، فوجهان ، بناءً على الاشتراك فيه . ثم ما ذكرناه من سد الباب وقسمة الصحن ، مفروض فيما إذا لم يكن في السكة مسجد . فإن كان فيها مسجد عتيق ، أو جديد ،

منموا من السد والقسمه ، لأن المسلمين كلهم يستحقون الاستطراق إليه ، ذكره ابن كج . وعلى قياسه ، لا يجوز الاشرع عند الاضرار وإن رضي أهل السكة ، لحق سائر المسلمين .

الأمر الثاني : فتح الباب ، فليس لمن لا باب له في السكة إحداث باب إلا برضى أهلها كلهم . فلو قال : افتح إليها باباً للاستضاءة دون الاستطراق ، أو أفتح وأسمه ، فوجهان . أحدهما : عند أبي القاسم الكرخي : لا يمنع .

قلت : قلَّ مَنْ يَشْنُ الأَصْحَ من هذين الوجهين ، ولهذا ، اقتصر الرافعي على نسبة التصحيح إلى الكرخي . وعن صححه ، صاحب « البيان » والرافعي في « المحرر » ، وخالفهم الجرجاني ، والشاشي ، فصححا المنع ، وهو أفتق . والله أعلم

ولو كان له باب في السكة ، وأراد أن يفتح غيره ، فإن كان ما يفتحه أبعد من رأس السكة ، فلمن الباب المفتوح بين داره ورأس السكة منعه ، وفيمن داره بين الباب ورأس السكة ، وجهان ، بناءً على كيفية الشركة كما سبق في الجناح . وإن كان ما يفتحه أقرب إلى رأس السكة ، فإن سد الأول ، جاز ، وإلا ، فكما إذا كان أبعد ، لأن الباب الثاني إذا انضم إلى الأول ، أورث زيادة زحمة الناس ووقوف الدواب ، فيتضررون به . وحكى في « النهاية » طريقة جازمة ، بأن لا منع لمن يقع المفتوح بين داره ورأس السكة ، لأن الفاتح لا يمر عليهم . وهذا ينبغي أن يطرد فيما إذا كان المفتوح أبعد من رأس السكة .

قلت : جزم صاحب « الشامل » بأنه إذا فتح باباً آخر أقرب إلى رأس السكة ، ولم يسد الأول ، جاز ، ولا منع لأحد . وهذا وإن كان ظاهراً ، فما قلله الامام أقوى . ولم يذكر الرافعي - فيما إذا كان المفتوح أبعد - حكماً مَنْ بابُهُ مقابل المفتوح ،

لا فوفه ولا تحته . وقد ذكر الامام ، انه كمن هو أقرب إلى رأس السكة ، ففيه
الوجهان . والله أعلم

وتحويل الميزاب من موضع إلى موضع ، كفتح باب وسد باب .

فرع

لو كان له داران ، ينفذ باب إحداها إلى الشارع ، والأخرى إلى سكة منسدة ،
فأراد فتح باب من إحداها إلى الأخرى ، لم يكن لأهل السكة منعه على الأصح .
ولو كان باب كل واحدة في سكة غير نافذة ، ففتح من إحداها إلى الأخرى ،
ففي ثبوت المنع لأهل السكتين ، الوجهان ، قاله الامام . وموضع الوجهين ، ما إذا
سد باب إحداها ، وفتح الباب لغرض الاستطراق . أما إذا قصد اتساع ملكه ونحوه ،
فلا منع قطعاً .

قلت : هذه العبارة فاسدة ، فانها توم اختصاص الخلاف ، بما إذا سد باب
إحداها ، وذلك خطأ ، بل الصواب ، جريان الوجهين إذا بقي البابان نافذين ، وكل
الأصحاب مصرحون به . قال أصحابنا : ولو أراد رفع الحائط بينها وجعلها داراً
واحدة ، ويترك بابيها على حالهما ، جاز قطعاً . وعن نقل اتفاق الأصحاب على
هذا ، القاضي أبو الطيب في تعليقه . فالصواب أن يقال : موضع الوجهين ، إذا
لم يقصد اتساع ملكه . وأما قوله : كذا نقله الامام ، فإن الوجهين مشهوران جداً .
وقوله : الأصح : الجواز ، تابع فيه صاحب « التهذيب » ، وخالفه أصحابنا العرافيون ،
فنقلوا عن الجمهور ، المنع . بل نقل القاضي أبو الطيب اتفاق الأصحاب على
المنع . قال : وعندي أنه يجوز . والله أعلم

فرع

حيث منعنا فتح الباب إلى السكة المنسدة ، فصالحه أهل السكة بمال ، جاز ، بخلاف الجناح ، لأنه هناك بذل مال في مقابلة الهواء . قال في « التتمة » : ثم إن قدروا مدة ، فهو إجارة . وإن أطلقوا ، أو شرطوا التأيد ، فهو بيع جزء شائع من السكة ، وتنزيل له منزلة أخدم . كما لو صالح رجلاً على مال ليجري في أرضه نهراً ، كان ذلك تمليكاً للنهر . ولو صالحه بمال على فتح باب من داره إلى داره ، صح ، ويكون كالصالح عن إجراء الماء على سطحه ، ولا يملك شيئاً من الدار والسطح ، لأن السكة لا تراد إلا للاستطراق ، فائبات الاستطراق فيها يكون نقلاً للملك . وأما الدار والسطح ، فلا يقصد بهما الاستطراق وإجراء الماء . قلت : قال أصحابنا : لو كانت داره في آخر السكة المنسدة ، فأراد نقل بابها إلى الوسط ، ويجعل ما بين الباب وأسفل السكة دهليزاً ، فإن شركنا الجميع في جميع السكة ، كان للباقيين منه ، وإلا ، فلا . والله أعلم

الامر الثالث : فتح المنافذ والكؤوس للاستضاءة ، ولا منع منه بحال ، لمصادفته الملك ، بل له إزالة رفع الجدار ، وجعل شباك مكانه .

فرع

قال الامام : لو فتح من لا باب له في السكة المنسدة باباً برضى أهلها ، كان لأهلها الرجوع متى شاؤوا ، ولا يلزمهم بالرجوع نهي ، بخلاف ما لو أعار الأرض للبناء والنراس ، ثم رجع ، فإنه لا يقلمه مجاناً . وهذا لم أره لغيره . والقياس : أن لا فرق .

فرع

قال الروياني : إذا كان بين داريه طريق نافذ ، فحفر تحته سرداباً من إحداها إلى الأخرى ، وأحكمه بالأزج^(١) لم يمنع . قال : وبمثلها أجاب الأصحاب فيما إذا لم يكن نافذاً ، لأن لكل أحد دخول هذا الزقاق ، كاستطراق الدرب النافذ . قال : وغلط من قال بخلافه ، وهذا اختيار منه لكونها في معنى الشارع ، والظاهر خلافه . واعتذر الامام عن جواز دخولها بأنه من قبيل الإباحة المستفادة من قرائن الأحوال . قلت : هذا الذي ذكره الروياني - فيما إذا كان الطريق نافذاً - صحيح . وكذا صرح به القاضي أبو الطيب وغيره . وأما تجويزه ذلك - فيما إذا لم يكن الطريق نافذاً - ونقله ذلك عن الأصحاب ، فضعيف ، ولا يوجد ذلك في كتب معظم الأصحاب ، ولعله وجده في كتاب أو كتائين ، فإني رأيت له مثل هذا كثيراً . وكيف كان ، فهذا الحكم ضعيف ، فإن الأصحاب مصرحون بأن الطريق في السكة المسدودة ملك لأصحاب السكة ، وأنهم لو أرادوا سدها وجعلها مساكن ، جاز ، ونقل الامام اتفاق الأصحاب على هذا . وإذا ثبت أنها ملكهم ، فالقرار تابع للأرض كما يتبعها الهواء ، فكما لا يجوز إخراج الجناح فوق أرضهم بغير رضام ، كذا السرداب تحتها . والله أعلم

الفصل الثاني

في الجدار

الجدار بين المالكين قسمان .

(١) قال في « المصباح » : الأزج : بيت بيني طولاً ، وأزجته تأزجياً : إذا بنيت كذلك ، ويقال : الأزج : السقف ، والجمع : أزاج ، كسبب وأسباب .

الأول : المختص . فهل للجار وضع الجذوع عليه بغير إذن مالكة ؟ قولان .
القديم : نعم . ويجوز للمالك إن امتنع ، والجديد : لا ، ولا يجوز .
قلت : الأظهر : هو الجديد . ومن نص على تصحيحه ، صاحب « المذهب » ،
والجرجاني ، والثاني ، وغيرهم ، وقطع به جماعة . والله أعلم

فعلى القديم : إلغا يجوز بشروط .

أحدها : أن لا يحتاج مالك الجدار إلى وضع جذوع عليه .
والثاني : أن لا يزيد الجار في ارتفاع الجدار ، ولا يبني عليه أزجاً ، ولا يضع
عليه ما يضر الجدار .

والمثال : أن لا يملك شيئاً من جدران البقعة التي يريد تسقيفها ، أو لا يملك
إلا جداراً ، فإن ملك جدارين ، فليسقف عليها ، وليس له إجبار صاحب الجدار ،
ولم يعتبر الامام هذا الشرط هكذا ، بل قال : يشترط كون الجوانب الثلاثة من
البيت لصاحب البيت ، ويحتاج رابعاً . فأما إذا كان الكل للغير ، فلا يضع قولاً واحداً .
قال : ولم يعتبر بعض الأصحاب هذا الشرط ، واعتبر في « التتمة » ، مثل ما ذكره
الامام ، وحكى الوجهين فيما إذا لم يملك إلا جانباً أو جانبيين . والمذهب : ما قدمناه .
وإن قلنا بالجديد ، فلا بد من رضي المالك . فإن رضي بلا عوض ، فهو عارية ، يرجع
فيها قبل وضع الجذوع والبناء عليها قطعاً ، وبعده ، على الأصح كسائر العواري . وإذا
رجع ، لا يتمكن من قلمه مجاناً . وفي فائدة رجوعه وجهان . أحدهما : أنه يتخير
بين أن يبقى بأجرة ، وبين أن يقلع ، ويضمن أرش النقص ، كما لو أعار أرضاً
للبناء . لكن في إعارة الأرض خصلة تامة ، وهي تملك البناء بقيمته ، وليس للمالك
الجدار ذلك ، لأن الأرض أصل ، فجاز أن يستتبع البناء ، والجدار تابع ، فلا يستتبع . والثاني :
ليس له إلا الأجرة ، ولا يملك القلم أصلاً ، لأن ضرر القلع يصل إلى ما هو خالص ملك المستير ،

لأن الجذوع إذا رفعت أطرافها ، لم تستمسك على الجدار الباقي . والوجه الثاني : لا يملك الرجوع أصلاً ، ولا يستفيد به القاطن ، ولا طلب الأجرة للمستقبل ، وبه قطع المراقبون ، لأن مثل هذه الاعارة ، يراد بها التأييد ، فأشبه الاعارة لدفن ميت ، فإنه لا ينش ولا أجرة . فملى هذا ، لو رفع الجذوع صاحبها ، أو سقطت بنفسها ، لم يملك إعادتها بغير إذن جديد على الأصح . وكذا لو سقط الجدار فبناه ماله ، بملك الآلة ، لأن الاذن إنما تناول مرة . فإن بناه بغير تلك الآلة ، فلا خلاف أنه لا يعيد إلا باذن جديد ، لأنه جدار آخر .

قلت : الخلاف في جواز الاعادة بلا إذن . فلو منعه المالك ، لم يعد بلا خلاف ، إذ لا ضرر ، كذا صرح به صاحب « التتمة » ، وأشار القاضي أبو الطيب أو صرح بحريان الوجهين في جواز منعه ، فقال في وجه : ليس له منعه ، لأنه صبار له حق لازم ، هذا كله إذا وضع أولاً باذن . فلو ملكا دارين ، ورأيا خشباً على الجدار ، ولا يعلم كيف وضع ، فإذا سقط الحائط ، فليس له منعه من إعادة الجذوع بلا خلاف ، كذا صرح به القاضي أبو الطيب وصاحب « المذهب » و « الشامل » وآخرون ، لأننا حكمنا بأنه وضع بحق ، وشككنا في المجوز الرجوع . ولو أراد صاحب الحائط نقضه ، فإن كان مستهدماً ، جاز ، وحكم إعادة الجذوع ما سبق . وإن لم يكن مستهدماً ، لم يمكن من نقضه قطعاً . والله أعلم

أما إذا رضي بموض ، فقد يكون على وجه البيع أو الاجارة ، ومستحكم فيها إن شاء الله تعالى . ولو صالحه عنه على مال ، لم يجوز على قول الاجبار ، لأن من ثبت له حق ، لا يجوز أخذ عوض منه عليه . وإن قلنا : لا ، جاز ، بخلاف الصلح عن الجناح ، لأنه هواء مجرد .

القسم الثاني : المشترك ، والكلام فيه في ثلاثة أمور .

الأول : الانتفاع به ، فليس لأحد الشريكين أن يتد فيه وتداً ، أو يفتح

فيه كوة ، أو يترب الكتاب بترابه بغير إذن شريكه ، كسائر الاملاك المشتركة ، لا يستقل أحد الشريكين بالانتفاع . ويستثنى من الانتفاع ، ضربان .
أحدهما : لو أراد أحدهما وضع الجذوع عليه ، ففي إيجاب شريكه ، القولان ، كالجار وأولى .

والثاني : ما لا تقع فيه المضايقة من الانتفاعات ، فلكل واحد منهما الاستقلال به ، كالاستناد ، وإسناد التاع إليه ، ويجوز في الجدار الخالص للجار مثله ، وهو كالاستضاءة بسراج الغير ، والاستغلال بجداره ، فانه جائز . ولو منع أحدهما الآخر من الاستناد ، فهل يمتنع ؟ وجهان ، لأنه عناد محض .

قلت : أصحها : لا يمتنع . والله أعلم

ومن الضرب الثاني ، ما إذا بنى في ملكه جداراً متصلاً بالجدار المشترك ، بحيث لا يقع ثقله عليه .

الأمر الثاني : قسمته ، إما في كل الطول ونصف العرض ، وإما في نصف الطول وكل العرض ، وليس المراد بالطول ارتفاعه عن الأرض ، فان ذلك سمك ، وإنما طول الجدار : امتداده من زاوية البيت إلى زاويته الأخرى مثلاً ، والعرض : هو البعد الثالث ، فإذا كان طوله عشرة أذرع ، وعرضه ذراعاً ، فقسمته في كل الطول ونصف العرض : أن يجعل لكل واحد نصف ذراع من العرض في طول عشرة أذرع . وقسمته بالعكس : أن يجعل لكل واحد خمس أذرع طولاً في عرض ذراع ، أو أي واحد من النوعين تراضياً عليه ، جاز . لكن كيف يقسم ؟ وجهان . أحدهما : يعلم بعلامة وخط رسم . والثاني : يشق وينشر بالإنشار . وينطبق على هذا الثاني ما ذكره المراقبون : أنها لو طلبا من الحاكم القسمة بالنوع الأول ، لم يجيبها ، لأن شق الجدار في الطول إتلاف له ، وتضييع ،

ولكنهما يباشرانها بأنفسهما إن شاء ، وهو كما لو هدماه ، واقتسما النقض . وإن طلب أحدهما القسمة ، وامتنع الآخر ، نظر ، إن طلب النوع الأول ، لم يجب إليه على الصحيح لما فيه من الاضرار . وقيل : يجب ويحجر الممتنع ، لكن لا يقسم بالقرعة ، بل يخص كل واحد مما يليه . وإن طلب النوع الثاني ، لم يجب إليه على الأصح . أما إذا انهدم الجدار وظهرت العرصة ، أو كان بينها عرصة جدار لم بين عليها ، فطلب أحدهما قسمتها بالنوع الثاني ، يجب قطعاً . وإن طلبها بالنوع الأول ، فإن قلنا في الجدار : إن طالب مثل هذه القسمة يجب ، ويخص كل واحد بالشق الذي يليه بغير قرعة ، فكذا هنا . وإن قلنا هناك : لا يجب ، فهنا وجهان . أصحابها عند العراقيين وغيرهم : الاجابة . وإذا بنى الجدار وأراد تمريضه ، زاد فيه من عرض بيته .

الامر الثالث : الهارة ، فإذا هدم أحد الشريكين الجدار المشترك من غير إذن صاحبه لاستهدامه ، أو لغيره ، ففي « التهذيب » وغيره : أن النص لإجبار المأدم على إعادته ، وأن القياس : أنه يفرم نقضه ولا يجبر على البناء ، لأن الجدار ليس مثلياً .

قلت : قد ذكر صاحب « التنبية » وسائر العراقيين وطائفة من غيرهم ، فيما إذا استهدم ، فهدمه أحدهما بلا إذن ، طريقين . أصحابها : القطع بإجباره على إعادة مثله . والثاني : فيه القولان السابقان في الاجبار ابتداءً ، أحدهما عليه إعادة مثله ، والثاني : لا شيء . وقطع إمام الحرمين في أواخر باب « ثمة الحائط يباع أصله ، بأن من هدم حائط غيره عدواناً ، يلزمه أرش ما نقص ، ولا يلزمه بناؤه ، لأنه ليس بمثلي ، والمذهب ما نص عليه . والله أعلم

ولو انهدم الجدار بنفسه ، أو هدماه معاً لاستهدامه أو غيره ، وامتنع أحدهما

من المارة ، ققولان . القديم : إجبارها عليها دفعا للضرر وصيانة للأمالك المشتركة عن التمثيل . والجديد : لا إجبار ، كما لا يجبر على زرع الأرض المشتركة ، ولأن المتع يتضرر أيضا بتكليفه المارة . ويجري القولان في النهر ، والقناة ، والبئر المشتركة ، إذا امتنع أحدهما من التنقية والمارة .

قلت : لم يبين الامام الرافعي الأظهر من القولين ، وهو من المهمات . والأظهر عند جمهور الأصحاب ، هو الجديد . من صرح بتصحيحه : المحاملي ، والجرجاني ، وصاحب « التنبيه » وغيرهم . وصحح صاحب « الشامل » القديم ، وأفتى به الشاشي . وقال الغزالي في « الفتاوى » : الأقبس ، أن يجبر . وقال : والاختيار ، إن ظهر للقاضي أن امتناعه مضارة ، أجبره . وإن كان لاعسار ، أو غرض صحيح ، أو شك فيه ، لم يجبر . وهذا التفصيل الذي قاله ، وإن كان أرجح من إطلاق القول بالإجبار ، فالتحتمل الجاري على القواعد : أن لا إجبار مطلقاً . والله أعلم

ولو كان علو الدار لواحد ، وسفلها لآخر ، فانهدمت ، فليس لصاحب السفلى إجبار صاحب الملو على معاوته في إعادة السفلى . وهل لصاحب الملو إجبار صاحب السفلى على إعادته ليني عليه ؟ فيه القولان . وقيل : القولان فيما إذا انهدم ، أو هدم ، فلا شرط . أما لو استهدم ، فهدمه صاحب السفلى بشرط الإعادة ، فيجبر قطعاً . ويجري القولان ، فيما إذا طلب أحدهما اتخاذ مسترة بين سطحيهما ، هل يجبر الآخر على مساعدته ؟

قلت : قال أصحابنا : ويجريان فيما لو كان بينهما دولاب وتشمت واحتاج إلى إصلاحه . والله أعلم

فرع

إذا قلنا بالقديم ، فأصر الممتنع ، أنفق الحاكم عليه من ماله . فإن لم يكن له مال ، اقترض عليه ، أو أذن للشريك في الاتفاق عليه ، ليرجع على الممتنع . فلو استقل به الشريك ، فلا رجوع على المذهب . وقيل : قولان . القديم : نعم . والجديد : لا . وقيل : يرجع في القديم . وفي الجديد ، قولان وقيل : إن لم يمكنه عند البناء مراجعة الحاكم ، رجع ، وإلا ، فلا . ثم إذا بناه ، إن كان بالآلة القديمة ، فالجدار بينها كما كان . والسفل في الصورة الأخرى لصاحبه كما كان ، وليس لصاحب الملو تقضه ولا منه من الانتفاع بملكه . وإن بناه بآلة من عنده ، فالمواد ملكه، وله تقضه . فلو قال الشريك: لا تنقض وأغرم لك نصف القيمة ، لم يجوز له النقص، لأننا على هذا القول نجبر الممتنع على ابتداء العمارة ، فلاستدامة أولى .

فرع

إذا قلنا بالجديد ، فأراد الطالب الانفراد بالعمارة ، نظر ، إن أرادها بالنقض المشترك ، أو أراد صاحب الملو إعادة السفل بنقض صاحب الأسفل ، أو بآلة مشتركة ، فلا آخر منعه . وإن أراد بناءه بآلة من عنده، فله ذلك ليصل إلى حقه . ثم المواد ملكه ، يضع عليه ما شاء ، وينقضه إذا شاء . فلو قال شريك الجدار: لا تنقض لأغرم لك نصف القيمة ، أو قال صاحب السفل : لا تنقض لأغرم لك القيمة ، لم يلزمه إجابته على هذا القول كابتداء العمارة . ولو قال صاحب السفل : انقض ما أعدته لأبنيه بآلة نفسي . فإن كان طالبه بالبناء ، فامتنع ، لم يجبره ، وإن لم يطالبه وقد بنى علوه ، لم يجب ، لكن له أن يملك السفل بالقيمة ، ذكره في

و التهذيب ، وإن لم يبن عليه الملو ، أوجب صاحب السفل ، ومتى بنى بآلة نفسه ، فله منع صاحبه من الانتفاع بالمعاد ، بفتح كوة وغرز وتد ونحوها ، وليس له منع صاحب السفل من السكون على الصحيح ، لأن المرصة ملكه . ولو أنفق على البئر والنهر ، فليس له منع الشريك من الانتفاع بالماء لسقي الزرع وغيره ، وله منعه من الانتفاع بالدولاب والبكرة المحدثين . ولو كان للمنتفع على الجدار المنهدم جذوع ، فأراد إعادتها بعد أن بناه الطالب بآلة نفسه ، لزمه تمكينه ، أو تقض ما أعاد لبنه معه المنتفع ، ويميد جذوعه .

فرع

لو تعاونا على إعادة الجدار المشترك بنقضه ، بقي على ما كان . فلو شرطاً زيادة لأحدهما ، لم يصح على الصحيح . وفي وجه : يصح ، لتراضيهما . فلو انفرد أحدهما بالبناء بالنقض المشترك باذن شريكه ، بشرط أن يكون له الثلثان ، جاز ، ويكون السدس الزائد في مقابلة عمله في نصيب الآخر ، هكذا أطلقوه . واستدرك الامام فقال : هذا مصور فيما إذا شرط له سدس النقص في الحال ، لتكون الأجرة عقيدة^(١) . فأما إذا شرط السدس الزائد له بعد البناء ، فلا يصح ، لأن الأعيان لا تؤجل . ولو بناه أحدهما بآلة نفسه باذن الآخر ، بشرط أن يكون ثلثا الجدار له ، فقد قابل ثلث الآلة المملوكة له ، وعمله فيه بسدس المرصة المبني عليها . وفي صحة هذه المعاملة قولان ، لجمعها بيعاً وإجارة . وشرط صحتها : معرفة الآلات وصفة الجدار ، ويمود النظر في شرط ثلث النقص في الحال ، أو بعد البناء .

فرع

إذا كان له حق إجراء ماء في ملك غيره ، فأنهدم ، لم يجب على مستحق الاجراء

(١) قال في « المصباح » : عند الشيء عناداً : حفر ، فهو عند وعتيد .

مشاركته في الهارة ، لأنها تتعلق بالآلات وهي للمالكها . وإن كان الانهدام بسبب الماء ، فلا عمارة عليه أيضاً . قال الامام : وفيه احتمال ، لكن الظاهر ، أن لا عمارة عليه ، لأن الانهدام تولد من مستحق .

الفصل الثالث

في السقف

فاذا كان السفلى لرجل ، والعلو لرجل ، فقد يكون السقف بين ملكيهما مشتركاً ، وقد يكون لأحدهما . وحكم القسمين في الانتفاع ، يخالف حكمها في الجدار ، فيجوز لصاحب العلو ، الجلوس ووضع الأثقال عليه على المادة ، ولصاحب السفلى الاستئجار به ، وتعليق ما ليس له ثقل يتأثر به السقف ، كاثواب ونحوه قطعاً . وفي غيره ، أوجه . أحدها : لا يجوز أصلاً . والثاني : يجوز مالا يحتاج إلى إثبات وتد في السقف . وأصحابها : يجوز مطلقاً على المادة بلا فرق بين ما يحتاج إلى وتد وغيره . قال الشيخ أبو محمد : فإن قلنا : ليس له إثبات التود والتعليق فيه ، فليس لصاحب العلو غرز التود في الوجه الذي يليه . وإن جوزناه له ، ففي جوازه لصاحب العلو وجهان ، لندور حاجته ، بخلاف التعليق .

فرع

إذن المالك لغيره في البناء على ملكه ، قد يكون بغير عوض ، وهو الاعارة ، وقد يكون بموض . فمن صورته ، أن يُكرى أرضه ، أو رأس جداره ، أو سقفه ، مدة معلومة بأجرة معلومة ، فيجوز ، وسيله سائر الاجارات . ومنها أن يأذن فيه بصيغة البيع ، ويبين الثمن ، وهو صحيح ، خلافاً للزني رحمه الله . ثم يتصور

ذلك بعبارتين . إحداها : أن يبيع سطح البيت أو علوه للبناء عليه بثمن معلوم .
والثانية : أن يبيع حق البناء على ملكه . والأولى ، هي عبارة الشافعي رضي
الله عنه وجماهير الأصحاب . والثانية : عبارة الامام ، والنزالي ، رحمهما الله تعالى .
والأشبه : أن المراد منها شيء واحد : ثم في حقيقة هذا المقد ، أوجه . أحدها :
أنه يبيع ويملك المشتري به مواضع رؤوس الجذوع . والثاني : أنه إجارة . وإغلام
يشرط تقدير المدة ، لأن المقد الوارد على المنفعة ، يتبع فيه الحاجة . فإذا اقتضت
التأيد ، أبد ، كالنكاح . وأصحها : أنه ليس بيعاً ولا إجارة محضين ، بل فيه شبهها ،
لكونه على منفعة ، لكنها مؤبدة . فإذا قلنا : ليس بيعاً ، فمقدمه بلفظ الإجارة ، ولم
يتعرض لمدة ، انمقد أيضاً على الأصح ، كما ينمقد بلفظ الصلح ، لأنه كما يوافق
البيع في التأيد ، يوافقها في المنفعة . وإذا جرت هذه المعاملة ، وبني المشتري عليه ،
لم يكن للبائع أن يكلفه النقض ليغرم له أرش النقص . ولو أنهدم الجدار أو
السقف بعد بناء المشتري عليه وإعادة ماله ، فله المشتري إعادة البناء بتلك الآلات
أو بمثلها . ولو أنهدم قبل البناء ، فله المشتري البناء عليه إذا أعاده . وهل يجبره على
إعادته ؟ فيه اختلاف السابق . ولو هدم صاحب السفلى أو غيره السفلى قبل بناء
المشتري ، فعلى الهادم قيمة حق البناء للمشتري ، لأنه حال بينه وبين حقه . فلو
أعيد السفلى ، استرد الهادم القيمة لزوال الحيلولة . ولو كان الهدم بعد البناء ، فالقياس
أن يقال : إن قلنا : إن من هدم جدار غيره ، يلزمه إعادته ، يلزمه إعادة السفلى
والعلو . وإن قلنا : عليه أرش النقص ، فعليه أرش نقص الآلات ، وقيمة حق
البناء للحيلولة . وبالجمل لا ينفسخ هذا المقد بمرض هدم وانهدام ، لالتحاقه بالبيع .

فرع

سواء جرى الاذن في البناء بموضع أو بغيره ، يجب بيان قدر الموضع المبني

عليه طولاً وعرضاً ، ويجب مع ذلك إن كان البناء على الجدار أو السطح ، بيان
سمك البناء وطوله وعرضه ، وكون الجدران منضدة أو خالية الأجواف ، وكيفية
السقف المحمول عليه ، لأن الفرض يختلف بذلك . وفي وجه : يكفي إطلاق ذكر
البناء ، ويجمل على ما يحتمله المبني عليه ، ولا يشترط التعرض لوزن ما بينه على
الصحيح ، لأن التعريف في كل شيء بحسبه . ولو كانت الآلات حاضرة ، أغنت
مشاهدتها عن كل وصف . وإذا أذن في البناء على أرضه ، لم يجب ذكر سمك
البناء وكيفيته على الصحيح ، لأن الأرض تحتمل كل شيء .

فرع

ادعى ببناءً في يد رجل ، فأقر ، وتصالحا على أن يبني المقر على سطحه ، جاز
وقد أعاره المأر له سطح بيته للبناء . ولو تنازعا في سفله ، واتفقا على كون
العلو للمدعى عليه ، فأقر له بما ادعى ، وتصالحا على أن يبني المدعى على السطح ،
ويكون السفل للمدعى عليه ، جاز ، وذلك يبيع السفل بحق البناء على العلو .

فصل

من احتاج إلى إجراء ماء المطر من سطحه على سطح غيره ، أو إجراء ماء في
أرض رجل ، لم يكن له إجبار صاحب السطح والأرض على المذهب . وحكي قول
قديم : أنه يجبر ، وهو شاذ . فإن أذن فيه باجارة ، أو إعارة ، أو بيع ، جاز . ثم
في السطح لا بد من بيان الموضع الذي يجري عليه الماء ، والسطوح التي ينحدر الماء
إليه منها . ولا بأس بالجهل بقدر ماء المطر ، لانه لا يمكن معرفته ، وهذا عقد جواز
للحاجة . وإذا أذن ويمن ، ثم بنى على سطحه ما يمنع الماء ، فإن كان عارية ، فهو

رجوع ، وإن كان يماً أو إجارة ، فله المشتري أو المستأجر نقب البناء وإجراء الماء فيه . وأما في الأرض ، فقال في « التهذيب » : لا حاجة في العارية إلى بيان ، لأنه إذا شاء رجع ، والأرض تحتل ما تحتل . وإن أجرة ، وجب بيان موضع الساقية وطولها وعرضها وعمقها ، وقدر المدة . قال في « الشامل » : ويشترط كون الساقية محفورة . وإذا استأجر ، لا يملك الحفر . وإن باع ، وجب بيان الطول والعرض . وفي العمق وجهان ، بناءً على أن المشتري ، يملك موضع المجرى ، أم لا يملك إلا حق الاجراء ؟ ومقتضى كلام الأصحاب ترجيح الأول . هذا إذا كان لفظ البيع : بملك مسيل الماء . فإن قال : حق مسيل الماء ، فهو كبيع حق البناء ، ويحيى في حقيقة العقد ما سبق في بيع حق البناء . وفي المواضع كلها ، ليس له دخول الأرض بغير إذن مالئها ، إلا أن يريد تنقية النهر ، وعليه أن يخرج من أرضه ما يخرج منه من النهر .

فرع

المأذون له في إجراء ماء المطر ، ليس له إلقاء الثلج ، ولا أن يترك انثلاج حتى يذوب ويسيل إليه ، ولا أن يجري فيه ما يفصل به ثيابه وأوانيّه ، بل لا يجوز أن يصلح على ترك الثلوج على سطحه ولا إجراء الفضلات على مال ، لأن الحاجة لا تدعو إليه . وفي الأول ، ضرر ظاهر . وفي الثاني ، جهالة . والمأذون له في إلقاء الثلج ، ليس له إجراء الماء .

فرع

يجوز المصالحة على قضاء الحاجة في حش غيره على مال ، وكذا على جمع الزبل

والقائمة في ملكه ، وهي إجارة يراعى فيها شرائطها ، وكذا المصالحة على البيتوتة على سطح . فلو باع مستحق البيتوتة منزله ، فليس للمشتري أن يبيت عليه ، بخلاف ما إذا باع مستحق إجراء الماء على سطح غيره مدة [بقاء] داره ، فإن المشتري يستحق الاجراء بقية المدة ، لأن الاجراء من مرافق الدار ، بخلاف البيتوتة .

فرع

لو خرجت أغصان شجرة إلى هواء ملك جاره ، فالجار مطالبته بإزالها . فإن لم يفعل ، فله تحويلها عن ملكه . فإن لم يمكن ، فله قطعها ، ولا يحتاج فيه إلى إذن القاضي ، وفيه وجه ضعيف . فلو صالحه على إبقائها بعوض ، لم يصح إن لم يستند الفحص إلى شيء ، لأنه اعتياض عن مجرد الهواء . وإن استند إلى جدار ، فإن كان بمد الجفاف ، جاز ، وإن كان رطباً ، فلا ، لأنه يزيد ولا يعرف قدر ثقله وضرره . فقال طائفة من أصحابنا البصريين : يجوز ، وما ينمى يكون تاباً . والأول أصح . وانتشار المروق ، كانتشار الاغصان . وكذلك ميل الجدار إلى هواء الجار ، قاله الاصطخري .

الباب الثالث

في التنازع

فيه مسائل .

الأولى : إذا ادعى على رجلين داراً في يدهما ، فصدقه أحدهما ، وكذبه الآخر ، ثبت له النصف باقرار المصدق ، والقول قول المكذب . فلو صالح المدعي المقر على مال ، وأراد المكذب أخذها بالشفعة ، ففيه طريقان .

أحدهما ، قول الشيخ أبي حامد وجماعة : إن ملكاها في الظاهر بسببين مختلفين ، فله ذلك ، لأنه لا تعلق لأحد الملكين بالآخر . وإن ملكا بسبب واحد ، من إرث ، أو شراء ، فوجهان . أحدهما : النعم ، لأنه زعم أن الدار ليست المدعى ، وأن الصلح باطل . وأصحها : يأخذ ، لأننا حكنا في الظاهر بصحة الصلح . ولا يبعد انتقال ملك أحدهما فقط وإن ملكا بسبب .

والطريق الثاني ، قاله ابن الصباغ : إن انتصر المكذب على قوله : لا شيء لك في يدي ، أو لا يلزمي تسليم شيء إليك ، أخذ . وإن قال مع ذلك : وهذه الدار ورثناها ، ففيه الوجهان . وهذا الطريق ، أقرب ، مع أن قوله : ورثناها ، لا يقتضي بقاء نصيب الشريك في ملكه ، بل يجوز انتقاله إلى المدعى . فلاختيار : أن يقطع بجواز الأخذ ، إلا أن يقول : إن الشريك مالك في الحال .

قلت : هذا الذي اختاره ، هو الصواب ، وقد قطع به هكذا القاضي أبو الطيب في تعليقه . والله أعلم

المسألة الثانية : ادعى رجلان داراً في يد رجل ، فأقر لأحدهما بنصفها ، ونظر ، إن ادعياها إرثاً ولم يترضا لقبض ، شارك صاحبه فيما أخذه ، لأن التركة مشتركة ، فالخاصل منها مشترك . وإن قال : ورثناها وقبضناها ، ثم غصبناها ، لم يشاركه على الصحيح وقول الأكثرين . فإن ادعيا ملكاً بشراء أو غيره ، فإن لم يقولوا : اشترينا معاً ، فلا مشاركة . وإن قال : اشترينا معاً ، أو اتهمنا معاً ، وقبضنا معاً ، فوجهان . أصحها : أنه كالإرث . والثاني : لا مشاركة . فلو لم يترضا لسبب الملك ، فلا مشاركة قطعاً ، نص عليه في المختصر . وحيث شركنا في هذه الصور ، فصالح المصدق المدعى عليه على مال ، فإن كان باذن الشريك ، صح ، وإلا ، فباطل في نصيب الشريك . وفي نصيبه قولاً تفريق الصفقة . وقيل : يصح في جميع المقر به

لتوافق المتعاقدين، وهو ضعيف . ولو ادعى داراً في يده ، فأقر لأحدهما بجميعها ، فإن وجد من المقر له في الدعوى ما يتضمن إقراراً لصاحبه ، بأن قال : هذه الدار بيننا ، ونحو ذلك ، شاركه . وإن لم يوجد ، بل اقتصر على دعوى النصف ، نظر ، إن قال بعد إقرار المدعى عليه بالكل : الجميع لي ، سلم الجميع له ، ولا يلزم من ادعائه النصف أن لا يكون الباقي له ، ولعله ادعى النصف ، لكون المينة ما تساعد على غيره ، أو يخاف الجحود الكلي . وإن قال : النصف الآخر لصاحبي ، سلم لصاحبه . وإن لم يثبت لنفسه ، ولا لرفيقه ، فهل يترك في يد المدعى عليه ، أم يحفظه القاضي ، أم يسلم إلى رفيقه ؟ فيه أوجه ، أصحابها : أولها .

الثالثة : تدعى جداراً حائلاً بين ملكيها ، فله حلان .

أحدهما : أن يكون متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر اتصالاً لا يمكن إحداثه بعد بنائه ، فيرجح جانبه . وصورته : أن يدخل نصف لبنت الجدار المتنازع فيه في جداره الخاص ، ونصف جداره الخاص في المتنازع فيه ، ويظهر ذلك في الزوايا . وكذلك لو كان لأحدهما عليه أزج لا يمكن إحداثه بعد بناء الجدار بتمامه ، بأن أميل من مبدأ ارتفاعه عن الأرض قليلاً قليلاً . وإذا ترجح جانبه ، حلف وحكم له بالجدار ، إلا أن تقوم بينة على خلافه . ولا يحصل الرجحان بوجود الترسيف المذكور في مواضع معدودة من طرف الجدار ، لا مكان إحداثه بعد بناء الجدار بنزع لبنة ونحوها ، وإدراج أخرى . ولو كان الجدار المتنازع فيه مبنياً على خشبة طرفها في ملك أحدهما ، وليس منها شيء في ملك الآخر ، فالخشبة لمن طرفها في ملكه ، والجدار المبني عليها تحت يده ظاهراً ، قال الامام : ولا يخلو من احتمال .

الحال الثاني : أن يكون متصلاً بينائهما جميعاً ، أو منفصلاً عنهما ، فهو في أيديهما ،

فإن أقام أحدهما بينة ، قضي له ، وإلا ، فيحلف كل واحد منهما للآخر . فإذا حلفا ، أو نكلا ، جعل الجدار بينهما بظاهر اليد . وإن حلف أحدهما ونكل الآخر ،

قضي للحالف بالجميع . وهل يحلف كل واحد على النصف الذي يحصل له ، أم على الجميع لأنه ادعاه ؟ وجهان . أصحابها : الأول . قال الشافعي رضي الله عنه : ولا أنظر إلى من إليه الدواخل والخوارج ، ولا أنصاف اللبن ، ولا معاهد القمط^(١) معناه : لا أرجح شيء منها . قال المفرون لكلامه : المراد بالخوارج : الصور ، والكتابة المتخذة في ظاهر الجدار . وبالدواخل : الطلاقات ، والمحارب في باطن الجدار . وبأنصاف اللبن : أن يكون الجدار من لبنات مقطعة ، فتجعل الاطراف الصالح إلى جانب ، ومواضع الكسر إلى جانب . ومعاهد القمط ، تكون في الجدار المتخذ من قصب أو حصير ونحوهما . وأغلب ما يكون ذلك ، في الستر بين السطوح ، فيشد بجبال ، أو خيوط . وربما جعل عليها خشبة معترضة ، فيكون العقد من جانب ، والوجه المستوي من جانب . ولو كان لأحدهما عليه جذوع ، لم يرجح ، لأنه لا يدل على الملك ، كما لو تنازعا داراً في يدهما ولأحدهما فيها متاع ، فإذا حلقا ، بقيت الجذوع بحالها ، لاحتمال أنها وضعت بحق .

الرابعة : السقف المتوسط بين سفلى أحدهما وعلو الآخر ، كالجدار بين ملكيهما ، فإذا تداعيا ، فإن لم يكن إحداه بعد بناء العلو كالأزج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العلو ، جعل في يد صاحب السفلى ، لاتصاله بينائه على سبيل الترصيف . وإن أمكن بأن يكون السقف عالياً ، فيثقب وسط الجدار ، وتوضع رؤوس الجذوع في الثقب ، فيصير البيت بيتين ، فهو في أيديهما ، لا شراكهما في الارتفاع به .

الخامسة : علو الخان أو الدار لأحدهما ، والسفلى الآخر ، وتنازعا في العرصة أو الدهليز . فإن كان المرقى في الصدر ، جمعت بينهما ، لأن لكل واحد يدا ، وتصرفا

(١) القمط : الشرط ، جمع شريط ، وهو ما يعمل من ليف وخوص . وقيل : القمط : الخشب التي تكون على ظاهر الخس أو باطنه .

بالاستطراق ووضع الأمتعة وغيرها . قال الامام : وكان لا يبعد أن يقال : ليس للعلو إلا المر ، وتجعل الرقبة للسفل . لكن لم يصبر إليه أحد من الأصحاب . وإن كان المرقى في الدهليز أو الوسط ، فمن أول الباب إلى المرقى ، بينهما ، وفيما وراءه ، وجهان . أصحاب السفل ، لانتقطاع صاحب العلو عنه ، واختصاص صاحب السفل يداً وتصرفاً . والثاني : بينها ، لأن صاحب العلو قد ينتفع به بوضع الأمتعة فيه ، وطرح القمامة . وإن كان المرقى خارجاً ، فلا تعلق لصاحب العلو بالمرصة بحال . ولو تنازعا المرقى وهو داخل ، فإن كان منقولاً كالسلم الذي يوضع ويرفع ، فإن كان في بيت لصاحب السفل ، فهو في يده ، وإن كان في غرفة لصاحب العلو ، ففي يده . وإن كان منصوباً في موضع المرقى ^(١) ، فنقل ابن كج عن الأكثرين : أنه لصاحب العلو ، لعود منفعته إليه . وعن ابن خيران : أنه لصاحب السفل كسائر المنقولات . وهذا هو الوجه . وإن كان المرقى مثبتاً في موضعه ، كالسلم المسمّر ، والأخشاب المعلقة ، فصاحب العلو ، لعود نفعه إليه . وكذا إن كان مبنياً من لبن أو آجر إذا لم يكن تحته شيء . فإن كان تحته بيت ، فهو بينهما كسائر السقوف . وإن كان تحته موضع حب أو جرّة ، فالأصح : أنه لصاحب العلو . والثاني : أنه كما لو كان تحته بيت .

(١) في مخطوطة الظاهرية : المرقى .

كتاب الحوالة

أصلها مجمع عليه . ومن أحيل على مليء استحب أن يحال . ولا بد في وجودها من ستة أمور : محيل ، ومحتال ، ومحال عليه ، ودين للمحتال على المحيل ، ودين للمحيل على المحال عليه ، ومراضاة بالحوالة بين المحيل والمحتال .

ويشترط في صحتها أمور . منها ما يرجع إلى الدينين ، ومنها ما يتعلق بالأشخاص الثلاثة . وفي حقيقة الحوالة ، وجهان . أحدهما : أنها استيفاء حق ، كأن المحتال استوفى ما كان له على المحيل وأقرضه المحال عليه . إذ لو كانت معاوضة ، لما جاز فيها التفرق قبل القبض إذا كانا ربوبين . وأصحها : أنها بيع ، وهو المنصوص ، لأنها تبديل مال بمال . وعلى هذا ، وجهان . أحدهما : أنها بيع عين بعين ، وإلا ، فيبطل (١) ، لأنهى عن بيع دين بدين . والصحيح : أنها بيع دين بدين ، واستثنى هذا للحاجة . قال الامام وشيخه رحمهما الله : لا خلاف في اشتغال الحوالة على المئينين : الاستيفاء والاعتياض ، والخلاف في أن أيهما أغلب ؟ أما شروطها فثلاثة .

الاول : الرضى ، فلا تصح إلا برضى المحيل والمحتال . وأما المحال عليه ، فإن كان عليه دين للمحيل ، لم يعتبر رضاه على الأصح . وإن لم يكن ، لم يصح بغير رضاه قطعاً . وبإذنه وجهان ، بناءً على أنها اعتياض أم استيفاء ، إن قلنا : استيفاء ، صح ، وإلا ، فلا . فإن صححنا ، فوجهان . أحدهما : يبرأ المحيل بنفس الحوالة كسائر الحوالات . وأصحها وبه قطع الأكثرون : لا يبرأ ، بل قبوله ضمان مجرد . فإن قلنا : لا تصح هذه الحوالة ، فلا شيء على المحال عليه . فإن تطوع وأداء ، كان قضاءً لدين غيره . وإن قلنا : يصح ، فهو كما لو ضمن ، فيرجع على المحيل إن أدى بإذنه ، وكذا بغير إذنه على الأصح ، لجريان الحوالة بإذنه ، وفي رجوعه قبل

(١) في مخطوطة الظاهرية : فليبطل .

الأداء ، وجهان بناءً على براءة المحيل . إن قلنا : يبرأ ، فنعم ، وإلا ، فلا .
وإذا طالب المحتال بالأداء ، فله مطالبة المحيل بتخليصه . وهل له ذلك قبل مطالبة
المحتال ؟ وجهان ، كالوجهين في مطالبة الضامن . ولو أبرأ المحتال ، لم يرجع على
المحيل بشيء . ولو قبضه المحتال ثم وهبه له ، ففي الرجوع وجهان .

قلت : أصحها : الرجوع . والله أعلم

ولو ضمن عنه ضامن ، لم يرجع على المحيل حتى يأخذ المحتال منه ، أو من ضامنه .
ولو أحال المحتال على غيره ، نظر ، إن أحاله على من عليه دين ، رجع على محيله
بنفس الحوالة ، لحصول الأداء بها . وإن أحال على من لا دين عليه ، لم يرجع [مالم
يرجع]^(١) عليه الذي أحال عليه .

فرع

قد ذكرنا أن الرضى شرط . والمراد به : الإيجاب والقبول . ولو قال المحتال :
أحلني . فقال : أحلتك ، ففيه الخلاف السابق في مثله في البيع . وقيل : ينمقد
هنا قطعاً ، لأن مبناها على الرفق والسامحة .

الشرط الثاني : أن يكون ديناً لازماً ، أو مصيره إلى الزوم .

والدين ، ضربان . لازم ، وغيره .

أما غيره ، ففيه مسائل .

إحداها : الثمن في مدة الخيار ، تصح الحوالة به وعليه ، على الأصح .
فإن منمنا ، ففي انقطاع الخيار به ، وجهان . وإن جوزنا ، فقطع الامام والغزالي :
بأنه لا يبطل الخيار . فلو اتفق فسخ البيع ، بطلت الحوالة ، لأنها إنما صحت لافضاء
البيع إلى الزوم . فإذا لم يفض ، لم تصح . ومنقول الشيخ أبي علي واختياره ، بطلان

(١) ما بين معقنين زيادة من مخطوطة الظاهرية .

الخيار، لأن مقتضى الحوالة لزوم . فلو بقي الخيار ، فات مقتضاها ، فإن أبطلنا ، فأحال البائع المشتري على ثالث ، بطل خيارها ، لتراضيها . وإذا أحال البائع رجلاً على المشتري ، لا يبطل خيار المشتري إلا إذا فرض منه قول ورضى . وأما الحوالة بالثمن بعد انقضاء الخيار ، وقبل قبض المبيع ، فالمذهب الذي عليه الجمهور : القطع بجوازها . والمسمودي إشارة إلى منبها ، لكونه غير مستقر . وقد اشتهر في كتب الأصحاب اشتراط استقرار ما يحال به وعليه .

المسألة الثانية : إذا أحال السيد على مكاتبه بالنجوم ، لم يصح على الأصح . وقال الحلبي : يصح . ولو أحال المكاتب سيده بالنجوم ، صح على الأصح ، وبه قطع الأكثرون . ولو كان للسيد عليه دين معاملة ، فأحال عليه ، بني على أنه لو عجز نفسه ، هل يسقط ذلك الدين ؟ إن قلنا : لا ، صحت ، وإلا ، فلا . قلت : الأصح : الصحة ، وبه قطع صاحب « الشامل » . والله أعلم

الثالثة : مال الجمالة . القياس أن يحجى في الحوالة به وعليه ، الخلاف المذكور في الرهن به ، وفي ضمانه . وقطع المتولي بجوازها به وعليه بعد العمل ، ومنبها قبله .

قلت : قطع الماوردي بالمنع مطلقاً . والله أعلم

قال المتولي : لو أحال من عليه الزكاة الساعي ، جاز إن قلنا : هي استيفاء . وإن قلنا : اعتياض ، فلا ، لامتناع أخذ الموضع عن الزكاة .
الضرب الثاني : الدين اللازم ، فتجوز الحوالة به وعليه ، سواء اتفق الدينان في سبب الوجوب ، أو اختلفا ، بأن كان أحدهما ثمناً ، والآخر أجرة ، أو قرضاً ، أو بدل متلف .

قلت : أطلق الامام الرافعي ، أن الدين لازم ، تصح الحوالة به وعليه ، واقتدى في ذلك بالغازلي ، وليس كذلك ، فإن دين السلم لازم ، ولا تصح الحوالة به. ولا عليه على الصحيح ، وبه قطع الأكثرون . وحكي وجه في « الحاوي » ، و« التتمة » ، وغيرهما : أنه يجوز بناءً على أنها استيفاء ، وسبقت هذه المسألة في باب حكم المبيع قبل القبض . فكان ينبغي أن يقول : الدين المستقر ، ليخرج هذا . والله أعلم

فرع

كل دين تجوز الحوالة به وعليه ، فسواء كان مثلياً كالأنثاء والحبوب ، أو متقوماً كالثياب والعبيد . وفي وجه : يشترط كونه مثلياً . ولا خلاف أنه يشترط العلم بقدر ما يحال به وعليه ، وبصفتها ، إلا إذا أحال بابل الدية أو عليها ، وصححنا الحوالة في المنقولات ^(١) ، فوجهان ، أو قولان ، بناءً على جواز المصالحة والاعتياض عنها . والأصح : المنع ، للجهل بصفتها .

الشرط الثالث : اتفاق الدينين ، فيشترط اتفاقهما جنساً ، وقدرًا ، وحلولاً ، وتأجيلاً ، وصحة ، وتكسراً ، وجودة ، ورداءة . وفي وجه : تجوز الحوالة بالقليل على الكثير ، وبالصحيح على المكسر ، وبالجديد على الرديء ، وبالمؤجل على الحال ، وبالأبعد أجلاً على الأقرب ، وكأنه تبرع بالزيادة . والصحيح : المنع . قال المتولي : ومعنى قولنا : هذه الحوالة غير صحيحة عند الاختلاف ، أن الحق لا يتحول من الدراهم إلى الدنانير مثلاً ، لكنها لو جرت فهي حوالة على من لا دين عليه وسبق حكمها .

فصل

الحوالة إذا جرت بشروطها ، برىء المحيل من دين المحتال ، وتحول الحق إلى

(١) في مخطوطة الظاهرية : المنقومات .

ذمة الحال عليه ، ويرى الحال عليه من دين الهيل . حتى لو أقلس الحال عليه ومات ، أو لم يمت ، أو جحد وحلف ، لم يكن للمحتال الرجوع إلى الهيل ، كما لو أخذ عوضاً عن الدين ثم تلف في يده . فلو شرط في الحوالة الرجوع بتقدير الافلاس ، أو الجحد ، فهل تصح الحوالة والشرط ، أم الحوالة فقط ؟ أم لا يصحان ؟ فيه أوجه ، هذا إذا طرأ الافلاس . فلو كان مفلساً حال الحوالة ، فالصحيح المنصوص الذي عليه جمهور الأصحاب : أنه لا خيار للمحتال ، سواء شرط يساره ، أم أطلق . وفي وجه : يثبت خياره في الحالين ، وفي وجه : يثبت إن شرط فقط . واختار النزالي ، الثبوت مطلقاً ، وهو خلاف المذهب .

فرع

صالح مع أجنبي عن دين على عين (١) ، ثم جحد الأجنبي وحلف ، ففي عوده إلى من كان عليه الدين ، وجهان . قال القاضي حسين : نعم . وأبو عاصم : لا . قلت : الأصح : قول القاضي . والله أعلم

فرع

خرج الحال عليه عبداً . فإن كان لأجنبي ، وللهيل دين في ذمته ، صححت الحوالة ، كما لو أحال على معسر ، ويتبعه المحتال بعد العتق . وهل له الرجوع على الهيل ؟ فيه خلاف مرتب على ما إذا بان معسراً ، وأولى بالرجوع . وإن كان عبداً للهيل ، فإن كان له في ذمته دين ، بأن ثبت قبل ملكه ، وقلنا : لا يسقط ، فهو كما لو كان لأجنبي . وإن لم يكن له في ذمته دين ، فهي حوالة على من لا دين

(١) وفي هامش إحدى نسخ الظاهرية ما نصه : كذا في الأصل ، وبخط المؤلف على الحاشية ، هذه صورته : « دين » نسخة .

عليه . فان صححناها وجعلناها ضماناً ، فهو ضمان العبد عن سيده باذنه ، وسيأتي بيانه في كتاب الضمان إن شاء الله تعالى . ولا يخفى حكمه لو كان لأجنبي ولم يكن له حيل عليه دين .

فصل

إذا اشترى عبداً، وأحال البائع بالثمن على رجل، ثم علم بالعبد عيباً قديماً ، فرده باليب أو بالاقالة ، أو التحالف ، أو غيرها ، ففي بطلان الحوالة ، ثلاثة طرق . أحدها : البطلان . والثاني : لا . والثالث : على قولين . أظهرهما : البطلان ، وهما مبنيان على أنها استيفاء أم بيع ؟ إن قلنا : استيفاء ، بطلت ، وإلا ، فلا .

قلت : المذهب : البطلان ، وصححه في « المحرر » ، والله أعلم

وسواء كان الرد باليب بعد قبض المبيع ، أو قبله ، على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وقيل : إنما الخلاف إذا كان بعده . فان رد قبله ، بطلت قطعاً ، لعدم تأكيدها . وسواء كان الرد بعد قبض المحتال مال الحوالة ، أم قبله على الأصح ، وهو اختيار الأكثرين . وقال العراقيون والشيخ أبو علي : إن كان بعده ، لم تبطل قطعاً ، وإنما الخلاف قبله . ولو أحال البائع رجلاً على المشتري بالثمن ، فقبل : فيه القولان ، والمذهب : أنها لا تبطل قطعاً ، وبه قطع الجمهور ، سواء قبض المحتال مال الحوالة من المشتري ، أم لا . والفرق ، أن هنا تعلق الحق بثالث ، فاذأ القولان مخصوصان بالصورة الأولى ، فنفرع عليها . فان لم نبطلها ، لم يطالب المشتري المحال عليه بحال ، بل يرجع على البائع فيطالبه إن كان قبض مال الحوالة ، ولا يتمين حقه في ما أخذ ، بل له إبداله . وإن لم يقبضه ، فله قبضه . وهل للمشتري الرجوع

عليه قبل قبضه لكون الحوالة كالمقبوض ، أم لا ، لعدم حقيقة القبض ؟ وجهان .
أصحهما : الثاني . فعلى هذا له مطالبة بتحصيل القبض ليرجع عليه . وفي وجه :
لا يملك مطالبة بالتحصيل أيضاً ، وهو شاذ ضعيف . وأما إذا أبطلنا الحوالة ، فإن كان قبض
من المحال عليه ، فليس له رده عليه ، لأن قبضه باذن المشتري . فلو رد ، لم يسقط عنه مطالبة
المشتري ، بل يلزمه الرد على المشتري ، ويتمين حقه فيما قبضه . فإن كان تالفاً ، لزمه بدله ،
وإن لم يكن قبضه ، فليس له قبضه ، لأنه عاد إلى ملك المشتري كما كان . فلو خالف وقبض ،
لم يقع عنه . وفي وقوعه عن المشتري ، وجهان . أحدهما : يقع ، لبقاء الاذن . وأصحهما :
لا ، لعدم الحوالة والوكالة ، ولأنه إنما يقبض لنفسه ، ولم يبق له حق ، بخلاف ما إذا
فسدت الشركة والوكالة ، فإن التصرف يصح ، لبقاء الاذن ، لكن التصرف يقع
للموكل . أما في صورة إحالة البائع على المشتري ، إذا قلنا بالمذهب : إنها لا تبطل ،
فإن كان المحتال قبض من المشتري ، رجع المشتري على البائع ، وإن لم يقبض ، فهل
للمشتري الرجوع في الحال ، أم لا يرجع إلا بعد القبض ؟ فيه الوجهان السابقان .

فرع

قال ابن الحداد : إذا أحالها بصداقها ، ثم طلقها قبل الدخول ، لم تبطل الحوالة ،
وللزوج مطالبتها بنصف مهر . قال من شرح كتابه : المسألة تترتب على ما إذا أحال
المشتري البائع . فإن لم تبطل هناك ، فمن أولى ، وإلا ففي بطلانها في نصف الصداق ،
وجهان . والفرق أن الطلاق سبب حادث ، لا يستند إلى ما تقدم ، بخلاف الفسخ ،
ولأن الصداق أثبت من غيره . ولو أحالها ثم أنفسخ النكاح بردها ، أو بفسخ
أحدهما بسبب ، لم تبطل الحوالة على الأصح أيضاً ، ويرجع الزوج عليها في صورة

الطلاق بنصف الصداق ، وبجميعه في الردة والفسخ . وإذا قلنا بالبطلان ، فليس له مطالبة المحال عليه ، ويطالب الزوج بالنصف في الطلاق .

فرع

باع عبداً وأحال بضمنه على المشتري ، ثم تصادق المتبايعان على أنه حر الأصل . فإن وافقها المحتال ، أو قامت بينة بحريةه ، بطلت الحوالة ، لبطلان البيع ، فيرد المحتال ما أخذه على المشتري ، ويبقى حقه كما كان ، وهذه البينة يقيمها العبد ، أو يشهدون حسيبة . ولا يتصور أن يقيمها المتبايعان ، لأنها كذباها بدخولها في البيع . وإن كذبها المحتال ، ولا بينة ، فلها تحليفه على نفي العلم ، فإذا حلف ، بقيت الحوالة في حقه ، وله أخذ المال من المشتري . وهل يرجع المشتري على البائع لأنه قضى دينه بأذنه ؟ أم لا ، لأنه يقول : ظلمي المحتال بما أخذ ، والمظلوم لا يطالب غير ظالمه ؟ قال في التهذيب ، بالثاني . وقال الشيخ أبو حامد ، وابن كج ، وأبو علي بالأول . فعلى هذا ، يرجع إذا دفع المال إلى المحتال . وفي رجوعه قبله ، الوجهان السابقان . وإن نكل المحتال ، حلف المشتري . ثم إن جعلنا اليمين مردودة كالأقرار ، بطلت الحوالة . وإن جعلناها كالبينة ، فهو كما لو حلف ، لأنه ليس للمشتري إقامة البينة . ثم ما ذكرناه في إقرار المحتال وقيام البينة ، من بطلان الحوالة ، مفروض فيما إذا وقع التعرض ، لكون الحوالة بالثمن . فإن لم تقع ، وزعم البائع أن الحوالة عليه بدين آخر له على المشتري . فإن أنكر المشتري أصل الدين ، فالقول قوله مع يمينه . وإن صدقه وأنكر الحوالة به ، فإن لم نعتبر رضى المحال عليه ، فلا عبرة بانكاره . وإن اعتبرناه ، فهل القول قول مدعي صحة الحوالة ، أو فسادها ؟ فيه الخلاف في نظائرها .

فصل

إذا كان لزيد عليك مائة ، ولك على عمرو مائة ، فوجد زيد منك ما يجوز له قبض مالك على عمرو ، فله صورتان .

إحداها : أن تقول لزيد : وكلتك لتقبضه لي ، وقال : بل أحلتي عليه ، فينظر ، إن اختلفتما في أصل اللفظ ، فزعمت الوكالة بلفظها ، وزعم زيد الحوالة بلفظها ، فالقول قولك مع يمينك عملاً بالأصل . وإن اتفقتما على حريان لفظ الحوالة ، وزعمت أنك أردت به تسليطه بالوكالة ، فوجهان . أصحابهما : القول قولك ، وبه قال أكثر الأصحاب . وقال ابن سريج : القول قول زيد مع يمينه . وقطع به القاضي حسين . قال الأئمة : وموضع الوجهين أن يكون اللفظ الحاري بينكما : أحلتك بمائة على عمرو . فأما إذا قلت بالمائة التي لك عليّ على عمرو ، فهذا لا يحتمل إلا حقيقة الحوالة ، فالقول قول زيد قطعاً . فإن قلنا : القول قول زيد ، فيحلف ، ثبتت الحوالة وبرئت . وإن قلنا : القول قولك في الصورة الأولى أو الثانية على الأصح ، فحلفت ، نظر ، هل قبض زيد من عمرو ، أم لا ؟ فإن قبض ، برئت ذمة عمرو ، لدفعه إلى وكيل أو محتمل . وفي وجه : لا يبرأ في صورة اتفاقكما على لفظ الحوالة . والصحيح : الأول . ثم ينظر ، فإن كان المقبوض باقياً ، لزمه تسليمه إليك . وهل له مطالبتك بحقه ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لاعترافه ببراءتك بدعوى الحوالة . وأصحابها : نعم ، لأنه إن كان وكيلاً ، فظاهر . وإن كان محتملاً ، فقد استرجعت منه ظلاً ، فلا يضيع حقه . والوجهان ، في الرجوع ظاهراً . فأما بينه وبين الله تعالى ، فانه إذا لم يصل إلى حقه عندك ، فله إمساك المأخوذ ، لأنه ظفر بجنس حقه من مالك وأنت ظالمه . وإن كان المقبوض تالفاً ، فقد قطع الآكثرون ، بأنه لا يضمن إذا لم

يمكن التلف بتفريط ، لأنه وكيل في زعمك ، والوكيل أمين ، وليس له مطالبتك ، لأنه استوفى بزعمه . وقال في « التهذيب » : يضمن ، لأنه ثبتت وكالته . والوكيل ، إذا أخذ المال لنفسه ، ضمن . أما إذا لم يقبض زيد من عمرو ، فليس له القبض بعد حلفك ، لأن الحوالة اندفعت وصار معزولاً عن الوكالة بانكاره ، ولك مطالبة عمرو بحقوقك . وهل لزيد مطالبتك بحقه ؟ فيه الوجهان فيما إذا قبض وسلم إليك ، قال صاحب « البيان » : ينبغي أن لا يطالبك هنا قطعاً ، لاعترافه بأن حقه على عمرو ، وأن ما قبضته أنت من عمرو ، ليس حقاً له ، بخلاف ما إذا قبض ، فإن حقه تمين في المقبوض ، فإذا أخذته ، أخذت ماله .

الصورة الثانية : أن تقول لزيد : أحلتك على عمرو ، فيقول : بل وكلتي قبض ما عليه ، وحقى باقى . ويظهر تصوير هذا الخلاف عند إفلاس عمرو . فينظر ، إن اختلفتما في أصل اللفظ ، فالقول قول زيد مع يمينه . وإن اتفقتما على لفظ الحوالة ، جرى الوجهان السابقان في الصورة الأولى على عكس ما سبق . فعلى قول ابن سريج ، القول قولك مع اليمين ، وعلى قول الأكثرين ، القول قول زيد مع يمينه . فإن قلنا : قولك ، فحلفت ، برئت من دين زيد ، ولزيد مطالبة عمرو ، إما بالوكالة ، وإما بالحوالة ، وما يأخذه يكون له ، لأنك تقول : إنه حقه ، وعلى زعمه هو لك ، وحقه عليك ، فأخذه بحقه . وحيث قلنا : القول قول زيد ، فحلفت ، فإن لم يكن قبض المال من عمرو ، فليس له قبضه ، لأن قولك : ما وكلتك ، يتضمن عزله إن كان وكيلاً ، وله مطالبتك بحقه . وهل لك الرجوع إلى عمرو ؟ وجهان . لأنك اعترفت بتحول ما عليه إلى زيد . ووجه الرجوع وهو اختيار ابن كج ، أن زيداً إن كان وكيلاً فلم يقبض ، فبقي حقه . وإن كان محالاً ، فقد ظلمك بأخذه

منك ، وما على عمرو حقه ، فلك أخذه عوضاً عما ظلمك به . وإن قبض المال من عمرو ، فقد برئت ذمة عمرو . ثم إن كان المقبوض باقياً ، فقد حكى الغزالي وجهين . أحدهما : يطالبك بحقه ، ويرد المقبوض عليك . والثاني وهو الصحيح : أنه يملكه الآن وإن لم يملكه عند القبض ، لأنه من جنس حقه ، وصاحبه يزعم أنه ملكه . ويشبه أن لا يكون فيه خلاف محقق ، بل له أن يردّه ويطالب ببدل حقه ، وله أن يأخذه بحقه . وإن تلف بتفريط ، فلك عليه الضمان ، وله عليك حقه . وربما يقع التقاص . وإن لم يكن منه تفريط ، فلا ضمان ، لأنه وكيل أمين . وفي وجه ضعيف : يضمن ، لأن الأصل فيما يتلف في يد الإنسان من ملك غيره ، الضمان ، ولا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة ليقى حقه ، تصديقه في إثبات الوكالة ، ليسقط عنه الضمان .

فصل

في مسائل منشورة

الأولى : لو أحلت زيداً على عمرو ، ثم أحال عمرو زيداً على بكر ، ثم أحاله بكر على آخر ، جاز ، وقد تعدد المحال عليهم دون المحتال . ولو أحلت زيداً على عمرو ، ثم أحال زيد بكراً على عمرو ، ثم أحال بكر آخر على عمرو ، جاز التعدد هنا في المحتالين دون المحال عليه . ولو أحلت زيداً على عمرو ، ثم ثبت لعمرو عليك مثل ذلك الدين ، فأحال زيداً عليك ، جاز .

الثانية : لك على رجلين مائة ، على كل واحد خمسون ، وكل واحد ضامن عن صاحبه ، فأحالك أحدهما بالمائة على إنسان ، برئاً جميعاً . وإن أحلت على أحدهما بالمائة ، برئ الثاني ، لأن الحوالة كالقبض . وإن أحلت عليهما على أن يأخذ المحتال من كل واحد خمسين ، جاز ، ويبرأ كل واحد عما ضمن . وإن أحلت عليهما

على أن يأخذ المائة من أيها شاء ، فمن ابن سريج : في صحنه وجهان . وجه
المنع : أنه لم يكن له إلا مطالبة واحد ، فلا يستفيد بالحوالة زيادة صفة .
الثالثة : لك على رجل مال، فطالبته ، فقال : أحلت فلاناً علي وفلان غائب،
فأنكرت ، فالقول قولك مع يمينك . فلو أقام بينة ، سمعت وسقطت مطالبتك له .
وهل تثبت به الحوالة في حق الغائب حتى لا يحتاج إلى إقامة بينة إذا قدم؟ وجهان.
[قلت : (١)]



كتاب الضمان

هو صحيح بالاجماع ، وفيه بابان .

الاول : في أركانه ، وهي خمسة .

الاول : المضمون عنه ، ولا يشترط رضاه بالاتفاق ، لأن قضاء دينه بغير إذنه جائز ، فضمانه أولى ، وكما يصح الضمان عن الميت اتفاقاً سواء خلف وفاءً ، أم لا . ولا يشترط معرفة المضمون عنه على الأصح .

قلت : وسواء كان المضمون عنه حراً ، أم عبداً ، أم معسراً . والله أعلم

الركن الثاني : المضمون له ، ويشترط معرفته على الأصح . وعلى هذا لا يشترط رضاه على الأصح وقول الأكثرين ، فإن شرطناه ، لم يشترط قبوله لفظاً على الأصح ، فإن شرطناه ، فليكن بينه وبين الضمان ما بين الإيجاب والقبول في سائر العقود . وإن لم نشترطه ، جاز أن يتقدم الرضى على الضمان . فإن تأخر عنه ، فهو إجازة إن جوزنا وقف العقود ، قاله الامام ، وفرع على قولنا : لا يشترط رضاه ، فقال : إذا ضمن بغير رضاه ، نظر ، إن ضمن بغير إذن المضمون عنه ، فالضمون له بالخيار ، إن شاء طالب الضامن ، وإن شاء تركه . وإن ضمن باذنه ، فحيث قلنا : يرجع الضامن على المضمون عنه ، يجبر المضمون له على قبوله ، لأن ما يؤديه في حكم ملك المضمون عنه . وإن قلنا : لا يرجع ، فهو كما لو قال لغيره : أدّيني ولم يشترط الرجوع ، وقلنا : لا يرجع . وهل لمستحق الدين والحالة هذه أن يمتنع من القبول ؟ وجهان بناءً على أن المؤدى يقع فداءً ، أم موهوباً لمن عليه الدين ؟ إن قلنا بالثاني ، لم يكن له الامتناع ، وهو الأشهر ، فحصل في معرفة المضمون عنه ،

وله أوجه . أصحابها : يشترط معرفة المضمون له فقط . والثاني : يشترط معرفتهما .
والثالث : لا . ورابع حكاه الامام : يشترط معرفة المضمون عنه فقط ، وهو
غريب ضعيف .

قلت : وإذا شرطنا قبول المضمون له ، فللضامن الرجوع عن الضمان قبل قبوله ،
قاله في « الحاوي » ، لأنه لم يتم الضمان ، فأشبهه البيهقي . والله أعلم

الركن الثالث : الضامن . وشرطه : صحة العبارة ، وأهلية التبرع .
أما صحة العبارة ، فيخرج عنه الصغير ، والمجنون ، والمبرم الذي يهذي ، فلا يصح ضمانهم .
ولو ضمن إنسان ثم قال : كنت صبياً يوم الضمان ، وكان محتملاً ، قبل قوله مع يمينه .
وكذا لو قال : كنت مجنوناً وقد عرف له جنون سابق ، أو أقام به بينة ، وإلا
فالقول قول المضمون له مع يمينه . وفي ضمان السكران ، الخلاف المذكور في تصرفاته .
قلت : هذا في السكران بمعية . فأما السكران بمباح ، فكل مجنون . والله أعلم

وأما الأخرس ، فإن لم يكن له إشارة مفهومة ، ولا كتابة ، لم نعرف أنه
ضمن حتى تصحح أو تبطل ، وإن كانت له إشارة مفهومة ، صح ضمانه بها كيمينه
وسائر تصرفاته . وفي وجه : لا يصح ضمانه ، إذ لا ضرورة إليه ، بخلاف سائر
التصرفات . ولو ضمن بالكتابة ، فوجهان ، سواء أحسن الإشارة ، أم لا . أصحابها :
الصحة ، وذلك عند القرينة الشعرة ، ويجري الوجهان في الناطق وفي سائر التصرفات .
وأما أهلية التبرع ، فلا يصح ضمان المحجور عليه لسفه وإن أذن الولي ، لأنه تبرع ،
وتبرعه لا يصح بإذن الولي . كذا قال الامام ، والغزالي : إن الضمان تبرع ، وإنما يظهر هذا
حيث لا رجوع . وأما حيث ثبت الرجوع ، فهو قرض محض . ويدل عليه نص الشافعي رضي

الله عنه : أنه لو ضمن في مرض موته بغير إذن المضمون عنه ، حسب من ثلته . وإن ضمن بأذنه ، فمن رأس المال ، لأن للورثة الرجوع على الأصيل ، وهو وإن لم يكن تبرعاً ، فلا يصح من السفه كالبيع وسائر التصرفات المالية . فإن أذن فيه الولي ، فليكن كما لو كان في البيع .

قلت : الذي قاله الامام ، هو الصواب . وقد صرح الأصحاب بأنه لا يصح ضمانه من غير فرق بين الاذن وعدمه . وقول الرافعي : إنه ليس تبرعاً ، فاسد ، فإنه لو سلم أنه كالقرض ، كان القرض تبرعاً . وقوله : إذا أذن الولي ، كان كالبيع ، يعني فيجري فيه الوجهان ، فاسد أيضاً ، فإن البيع ، إنما صح على وجه ، لأنه لا يأذن إلا فيما فيه ربح أو مصلحة ، والضمان غرر كله بلا مصلحة . وأما ضمان المريض ، فقال صاحب « الحاوي » : هو معتبر من الثلث ، لأنه تبرع . فإن كان عليه دين مستغرق ، فالضمان باطل . وإن خرج بعضه من الثلث ، صح فيه . فلو ضمن في مرضه ، ثم أقر بدين مستغرق ، قدم الدين ولا يؤثر تأخر الاقرار به . والله أعلم

وأما المحجور عليه لفلس ، فضمانه كشرائه .

فرع

ضمان المرأة صحيح ، مزوجة كانت أو غيرها ، ولا حاجة إلى إذن الزوج كسائر تصرفاتها .

فرع

في ضمان العبد بغير إذن سيده مأذوناً كان أو غيره ، وجهان : أحدهما : صحيح

يتبع به إذا عتق، إذ لا ضرر على سيده، كما لو أقر بالتلاف مال وكذبه السيد. وأصحابها: لا يصح. وإن ضمن باذن سيده، صح. ثم إن قال: اقضه بما تكسبه، أو قال للمأذون: اقضه مما في يدك، قضى منه. وإن عين مالاً وأمر بالقضاء منه، فكذلك. وإن اقتصر على الاذن في الضمان، فإن لم يكن مأذوناً، ففيه أوجه، أصحابها: يتعلق بما يكسبه بعد الاذن كالمرء. والثاني: يكون في ذمته إلى أن يمتنع لأنه أذن في الالتزام دون الأداء. والثالث يتعلق برقبته. وإن كان مأذوناً له في التجارة، فهل يتعلق بذمته أم بما يكسبه بعد؟ أم به وبما في يده من الربح الحاصل؟ أم بهما وبرأس المال؟ فيه أوجه، أصحابها: آخرها. وحيث قلنا: يؤدي مما في يده، فلو كان عليه ديون، ففيه أوجه عن ابن سريج، أحدها: يشارك المضمون له الغرماء، كسائر الديون. والثاني: لا يتعلق الضمان بما في يده أصلاً، لأنه كالمرهون بحقوق الغرماء. والثالث: يتعلق بما فضل عن حقوقهم رعاية للجانبين.

قلت: أصحابها: الثالث. والله أعلم

وهذا إذا لم يحجر القاضي عليه. فإن حجر باستدعاء الغرماء، لم يتعلق الضمان بما في يده قطعاً. وأم الولد والمدير، كالقن في الضمان، وكذا من بعضه حر إن لم يكن بينه وبين سيده مهايأة، أو كانت ضمن في نوبة السيد. فإن ضمن في نوبته، صح قطعاً. ويجوز إن ضمن في نوبته، أن يخرج على الخلاف في المؤن والاكتساب النادرة، هل تدخل في المهايأة؟ والمكاتب بلا إذن، كالقن، وبالأذن، قالوا: هو على القولين في تبرعته.

فرع

ضمن عبد باذن سيده ، وأدى في حال رقه ، فحق الرجوع لسيده . وإن أدى بعد عتقه ، فالرجوع للعبد على الأصح . ولو ضمن العبد لسيده عن أجنبي ، لم يصح لأنه يؤدي من كسبه وهو لسيده ، ولو ضمن لأجنبي عن سيده ، فإن لم يأذن السيد ، فهو كما لو ضمن عن أجنبي . وإن أذن ، صح . ثم إن أدى قبل عتقه ، فلا رجوع ، وبعبءه ، وجهان بناءً على ما لو أجره ثم أعتقه في المدة ، هل يرجع بأجرة المثل لما بقي ؟

قلت : لو ثبت على عبد دين بالمعاملة فضمنه سيده ، صح كالأجنبي . ولو ضمن السيد لعبد ديناً على أجنبي ، فإن لم يكن على العبد دين من التجارة ، فالضمان باطل . وإلا فوجهان ، قاله في « الحاوي » . والله أعلم

الركن الرابع : الحق المضمون ، وشرطه ثلاث صفات : كونه ثابتاً ، لازماً ، معلوماً .
الصفة الأولى : اثبوت ، وفيها مسائل .

إحداها : إذا ضمن ما لم يجب ، وسيجب بقرض أو بيع ، وشبهها ، فطريقان . أحدهما : القطع بالبطلان ، لأنها وثيقة ، فلا تسبق وجوب الحق كالشهادة . وأشهرهما : على قولين . الجديد ، البطلان . والقديم ، الصحة ، لأن الحاجة قد تدعو إليه . ونقل الامام ، فروعاً على القديم . أحدها : إذا قال ضمن لك ثمن ما تبيع فلاناً ، فباع شيئاً بعد شيء ، كان ضامناً للجميع ، لأن « ما » من أدوات الشرط ، فتقتضي انتميم ، بخلاف ما إذا قال : إذا بعت فلاناً ، فأنا ضامن ، لا يكون ضامناً إلا ثمن ما باعه أولاً ، لأن « إذا » ليست من أدوات الشرط . الثاني : إن شرطنا معرفة المضمون له عند ثبوت الدين ، فهنا أولى . وإلا ، فوجهان . وكذا معرفة المضمون

عنه . الثالث : لا يطالب الضامن ما لم يجب الدين على الأصيل ، وليس له الرجوع بعد لزومه . وأما قبله ، فعن ابن سريج ، أن له الرجوع . وقال غيره : لا ، لأن وضعه على الزوم . وأما إذا قلنا بالجديد ، فقال : أقرض فلاناً كذا وعلي ضمانه ، فأقرضه ، فالصحيح ، أنه لا يجوز ، وجوزه ابن سريج .

المسألة الثانية : ضمان نفقة المدة الماضية للزوجة ، صحيح سواء كانت نفقة الموسرين أو العسرين . وكذا ضمان الأئمة ، ونفقة الخادم ، ومائر المؤن . ولو ضمن نفقة اليوم ، فكذلك ، لأنها تجب بطلوع الفجر . وفي ضمان نفقة الغد والشهر المستقبل ، قولان بناءً على أن النفقة تجب بالمقدّم أم بالتمكين ؟ إن قلنا بالأول وهو القديم ، صح ، وإن قلنا بالثاني ، وهو الجديد الأظهر ، فلا ، هكذا نقله عامة الأصحاب . وأشار الامام إلى أنه على قولين مع قولنا : ضمان ما لم يجب باطل ، لأن سبب وجوب النفقة ناجز وهو النكاح . فإن جوزنا ضمن نفقة المستقبل ، فله شرطان . أحدهما : أن يقدر مدة . فإن أطلق ، لم يصح فيما بعد الغد ، وفيه وجهان كما لو قال أجرتك كل شهر بدرهم ، هل يصح في الشهر الأول ؟

الشرط الثاني : أن يكون المضمون نفقة المعسر ، وإن كان المضمون عنه موسراً لأنه ربما أعسر . وفي التهمة ، وجه ، أنه يجوز ضمان نفقة الموسر والمتوسط ، لأن الظاهر استمرار حاله .

فرع

لا يجوز ضمان نفقة القريب لمدة مستقبلية . وفي نفقة يومه وجهان ، لأن سبيلها سبيل البر والصلة . ولهذا ، تسقط بمضي الزمان وبضيافة الغير .

المسألة الثالثة : باع شيئاً فخرج مستحقاً ، لزمه رد الثمن ، ولا حاجة فيه إلى

شرط والتزام . قال القفال : ومن الحماقة اشتراط ذلك في القَبالات . وإن ضمن عنه ضامن ليرجع المشتري عليه بالثمن لو خرج المبيع مستحقاً ، فهذا ضمان المهددة ، ويسمى ضمان الدرك . أما ضمان المهددة ، فقال في « التتمة » ، إنَّما سمي به لالتزامه ما في عهدة البائع رده ، والدرك لالتزامه الغرم عند إدراك المستحق عين ماله . وفي صحة هذا الضمان ، طريقان . أحدهما : يصح قطعاً . وأصحهما : على قولين . أظهرهما : الصحة للحاجة إليه . والثاني : البطلان . فإن صححنا ، فذلك إذا ضمن بعد قبض الثمن . فأما قبله ، فوجهان . أصحهما . المنع لأنه إنَّما يضمن ما دخل في ضمان البائع ولا يوجد ذلك قبل القبض . والثاني : الصحة لأنه قد تدعو إليه حاجة بأن لا يسلم الثمن إلا بعده .

فرع

كما يصح ضمان المهددة للمشتري ، يصح ضمان نقص الصنعة للبائع بأن جاء المشتري بصنعة ووزن بها الثمن ، فاتهمه البائع فيها ، فضمن ضامن نقصها إن نقصت . وكذا ضمان ردائة الثمن إذا شك البائع ، هل المقبوض من النوع الذي يستحقه ؟ فإذا خرج ناقصاً ، أو رديئاً ، طالب البائع الضامن بالنقص وبالنوع المستحق إذا رد المقبوض على المشتري . ولو اختلف البائع والمشتري في نقص الصنعة ، صدق البائع بيمينه . فإذا حلف ، طالب المشتري بالنقص ولا يطالب الضامن على الأصح ، لأن الأصل براءته . ولو اختلف البائع والضامن في نقصها ، فالمصدق الضامن على الأصح ، لأن الأصل براءته بخلاف المشتري ، فإن ذمته كانت مشغولة .

فرع

لو ضمن عهدة الثمن ، إن خرج المبيع معيباً ورده ، أو بان فساد البيع بغير

الاستحقاق كفوات^(١) شرط معتبر في البيع ، أو اقتران شرط مفسد ، فوجهان .
أصحها : الصحة . وهو الذي ذكره المراقبون للحاجة . والثاني : المنع لندور الحاجة ،
ولأنه في الميب ضمان مالم يجب . فان قلنا يصح إذا ضمن صريحاً ، فحكى الامام
والنزالي وجهين في اندراجهم تحت مطلق ضمان المدة .

فرع

في مسائل تتعلق بضمان الدرك

إحداها : من ألفاظ هذا الضمان ، أن يقول للمشتري : ضمننت لك عهدة ، أو
دركه ، أو خلاصك منه . ولو قال : ضمننت لك خلاص المبيع ، لم يصح لأنه
لا يستقل بتخليصه إذا استحق . ولو ضمن عهدة ائتمن وخلاص المبيع معاً ، لم
يصح ضمان الخلاص . وفي العهدة قولاً الصفقة . ولو شرط في البيع كفيلاً بخلاص
المبيع ، بطل ، بخلاف ما لو شرط كفيلاً بالئمن .

الثانية : يشترط أن يكون قدر ائتمن معلوماً للضامن . فان لم يكن ، فهو كما
لو لم يكن قدر ائتمن في المراجعة معلوماً .

الثالثة : يجوز ضمان المسلم فيه للمسلم إليه لو خرج رأس المال مستحقاً بعد تسليم
المسلم فيه ، ولا يجوز قبله على الأصح . ولا يجوز ضمان رأس المال للمسلم لو خرج
المسلم فيه مستحقاً ، لأن المسلم فيه في الذمة ، والاستحقاق لا يتصور فيه ، وإنما
يتصور في القبض ، وحينئذ يطالبه المسلم بمثله لا برأس المال .

الرابعة : إذا ظهر الاستحقاق ، فالمشتري يطالب من شاء من البائع والضامن .
ولا فرق في الاستحقاق بين أن يخرج مستحقاً أو كان شقصاً ثبت فيه شفعة يبيع
سابق ، فأخذه الشفيع بذلك البيع . ولو بان فساد البيع بشرط أو غيره ، ففي

(١) في نسخة : لفوات .

مطالبته الضامن ، وجهان . أحدهما : نعم كالأستحقاق . والثاني : لا للاستثناء عنه .
بإمكان حبس المبيع حتى يسترد الثمن . ولو خرج المبيع مبيعاً فردّه المشتري ،
ففي مطالبته الضامن بالثمن ، وجهان ، وأولى بأن لا يطالب ، لأن الرد هنا بسبب حادث
وهو مختار فيه ، فأشبهه الفسخ بخيار شرط أو مجلس أو تقايل ، هذا إذا كان
العيب مقروناً بالعقد . أما إذا حدث في يد البائع بعد العقد ، ففي « التمه » أنه
لا يطالب الضامن بالثمن وجهاً واحداً ، لأنه لم يكن سبب رد الثمن مقروناً بالعقد ،
ولم يكن من البائع تفریط فيه . وفي العيب الموجود عند العقد ، سبب الرد موجود
عند العقد ، والبائع مفرط بالاختفاء ، فالتحق بالاستحقاق على رأي .

قلت : أصح الوجهين الأولين ، لا يطالب . ولو خرج المبيع مبيعاً وقد حدث
عند المشتري عيب ، ففي رجوعه بالأرض على الضامن ، الوجهان . والله أعلم

ولو تلف المبيع قبل القبض بعد قبض الثمن ، وانفسخ العقد ، هل يطالب
الضامن بالثمن ؟ إن قلنا ينفسخ من أصله ، فهو كظهور الفساد بغير الاستحقاق .
وإن قلنا : من حينه ، فكالد باليب . ولو خرج بمض المبيع مستحقاً ، ففي صحة
اليسع في الباقي قولاً الصفة ، وإن قلنا : يصح وأجاز المشتري ، فإن قلنا : يحيز بجميع
الثمن ، لم يطالب الضامن بشيء . وإن قلنا : بالقسط ، طالبه بقسط المستحق من
الثمن . وإن فسح ، طالبه بالقسط ، ومطالبته بحصة الباقي من الثمن ، كمطالبته عند
الفسخ باليب . وإن قلنا : لا يصح ، ففي مطالبته بالثمن طريقان . أحدهما : أنه
كما لو بان فساد العقد بشرط ونحوه ، والثاني : القطع بتوجه المطالبة لاستناد الفساد
إلى الاستحقاق ، هذا كله إذا كانت صيغة الضمان كما ذكرنا في المسألة الأولى . أما
إذا عين جهة الاستحقاق ، فقال : ضمنت لك الثمن متى خرج المبيع مستحقاً ، فلا

يطالب بجهة أخرى . وكذا لو عين جهة غير المستحق ، لم يطالب عند الاستحقاق .
الخامسة : اشترى أرضاً وبني فيها ، أو غرس ثم خرجت مستحقة ، فقامع
المستحق البناء والفراس ، فهل يجب ارش النقص على البائع وهو ما بين قيمته قائماً
ومقلوعاً؟ وجهان . الأصح المنصوص ، وجوبه . فعلى هذا ، لو ضمنه ضامن ، نظر
إن كان قبل ظهور الاستحقاق ، أو بعده وقبل القلع ، لم يصحح . وإن كان
بعدهما ، صحح إن كان قدره معلوماً . ولو ضمن رجل عهدة الأرض وارش نقص
البناء والفراس في عقد واحد ، لم يصحح في الارش ، وفي العهدة قولاً الصفقة .
ولو كان المبيع بشرط أن يعطيه كفيلاً بها ، فهو كما لو شرط في البيع رهناً فاسداً .
وقال جماعة من الأصحاب : ضمان نقص البناء والفراس ، كما لا يصح من غير
البائع ، لا يصح من البائع ، وهذا إن أريد به أنه لفو . كما لو ضمن العهدة
لوجوب الارش عليه من غير التزام ، فهو جار على ظاهر المذهب . وإلا ، فهو
ذهاب منهم إلى أنه لا ارش عليه .

الصفة الثانية : اللزوم .

والديون الثابتة ، ضربان .

أحدهما : مالا يصير إلى اللزوم بحال ، وهو نجوم الكتابة ، فلا يصح ضمانها
على الصحيح . ولو ضمن رجل عن المكاتب غير النجوم ، فإن ضمن لأجنبي ، صح .
وإذا غرم ، رجع على المكاتب إن ضمنه باذنه . وإن ضمنه لسيده ، بني على أن ذلك
الدين ، هل يسقط بمجزئه؟ وفيه وجهان . إن قلنا : نعم وهو الأصح ، لم يصح
كضمان النجوم .

الضرب الثاني : ماله مصير إلى اللزوم . فإن كان لازماً في حال الضمان ، صح
ضمانه سواء كان مستقراً أم لا كالمهر قبل الدخول ، والتمن قبل قبض المبيع ،

ولا نظر إلى احتمال سقوطه ، كما لا نظر إلى احتمال سقوط المستقر بالبراء ، والرد باليب وشبهها . وإن لم يكن لازماً حال الضمان ، فهو نوعان .

أحدهما : الأصل في وضعه اللزوم ، كائتمن في مدة الخيار ، وفي ضمانه وجهان . أصحها : الصحة . قال في « التمه » ، هذا الخلاف ، إذا كان الخيار للمشتري أو لهما . أما إذا كان للبائع ، فقط ، فيصح قطعاً لأن الدين لازم في حق من عليه . وأشار الامام إلى أن تصحيح الضمان ، مفرغ على أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن إلى البائع . أما إذا منعه ، فهو ضمان مالم يجب .

النوع الثاني : ما الأصل في وضعه الجواز ، كالجمل في الجمالة ، وفيه وجهان كما سبق في الرهن به ، وموضع الوجهين بعد الشروع في العمل وقبل تمامه ، كما سبق هناك . وضمان مال السابقة ، إن جعلناها إجارة ، صح ، وإلا فكالجمل .

الصفة الثالثة : العلم ، وفيه صور .

أحدها : ضمان المجهول ، فيه طريقتان ، كضمان مالم يجب . فإن صححناه ، فشرطه أن يمكن الإحاطة به ، بأن يقول : أنا ضامن ثمن ما بعتك فلانا ، وهو جاهل به ، لأن معرفته متيسرة . أما إذا قال : ضمنت لك شيئاً مما لك على فلان ، فباطل قطعاً . والقولان في صحة ضمان المجهول يجريان في صحة الإبراء عنه . وذكرنا للخلاف في الإبراء مأخذين . أحدهما : الخلاف في صحة شرط البراءة عن الميوب ، فإن الميوب مجهولة الأنواع والاقدار . والثاني : أن الإبراء هل هو إسقاط كالأعتاق ؟ أم تخليك المديون ما في ذمته ، ثم إذا ملكه سقط ؟ وفيه رأيان . إن قلنا : إسقاط ، صح الإبراء عن المجهول . وإلا ، فلا ، وهو الأطهر . ويخرج على هذا الأصل مسائل . منها : لو عرف المبريء قدر الدين ولم يعرفه المبرأ . إن قلنا : إسقاط ، صح ، وإلا فيشترط علمه كالتهب . ومنها : لو كان له دين على هذا ، ودين على هذا ، فقال : أبرأت أحدهما . إن قلنا إسقاط ، صح ، وأخذ بالبيان . وإلا فلا ، كما لو كان

له في يد كل واحد عبد ، فقال : ملكت أحديكما العبد الذي في يده . ومنها : لو كان لأبيه دين على رجل ، فأبرأه منه وهو لا يعلم موت الأب ، إن قلنا : إسقاط صح ، كما لو قال لعبد أبيه : أعتقتك ، وهو لا يعلم موت الأب . إن قلنا : تمليك ، فهو على الخلاف فيما لو باع مال أبيه على ظن أنه حي ، فبان ميتاً . ومنها : أنه لا يحتاج إلى القبول إن جعلناه إسقاطاً ، وإن جعلناه تمليكاً ، لم يحتاج إليه على الصحيح المنصوص . فإن اعتبرنا القبول ، ارتد بالرد ، وإلا ، فوجهان .

قلت : أصحها : لا يرتد . والله أعلم

وهذه المسائل ، ذكرها في « النعمة » مع أخوات لها . واحتج للتمليك بأنه لو قال المديون : ملكتك ما في ذمتك ، صح وبرئت ذمته من غير نية وقرينة ، ولولا أنه تمليك ، لافتقر إلى نية أو قرينة ، كما إذا قال لعبد : ملكتك وذمتك ، أو لزوجته : ملكتك نفسك ، فانه يحتاج إلى النية .

فرع

لو اغتابه فقال اغتبتك ، فاجعلني في حل ففعل ، وهو لا يدري ما اغتابه به ، فوجهان . أحدهما : يبرأ لأنه إسقاط محض ، كمن قطع عضواً من عبد ثم عفا سيده عن القصاص ، وهو لا يعلم عين المقتطوع ، فانه يصح . والثاني : لا لأن المقصود رضاه ، ولا يمكن الرضى بالمجهول ، وبخالف القصاص ، فانه مبني على التقلب والسراية بخلاف إسقاط المظالم .

[قلت : أصحها (١)]

الصورة الثانية : ضمان أروش الجنايات ، صحيح إن كان دراهم أو دنانير . وفي ضمان إبل الدية ، إذا لم نجوز ضمان المجهول ، وجهان . ويقال : قولان . أصحها :

(١) الزيادة من إحدى نسخ الظاهرية ، وعلى هامشها : كذا ييض المؤلف .

الصحة . وقيل : يصح قطعاً كما يصح الإبراء عنها . وإذا دفع الحيوان وكان الضمان يقتضي الرجوع ، فهل يرجع بالحيوان ؟ أم بالقيمة ؟ قال الامام : لا يبعد أن يجري فيه الخلاف المذكور في إقراض الحيوان . ولا يجوز ضمان الدية عن العاقلة قبل تمام السنة ، لأنها غير ثابتة بعد .

الصورة الثالثة : إذا منعنا ضمان المجهول ، فقال : ضمنت بمالك على فلان من درهم إلى عشرة ، فوجهان . وقيل : قولان . أصحها الصحة لانتفاء الغرر ، فعلى هذا ، يلزمه عشرة على الأصح . وقيل : ثمانية . وقيل : تسعة .

قلت : الأصح : تسعة ، وسنوضحه في الإقرار إن شاء الله تعالى . والله أعلم

وإن قال ضمنت لك ما بين درهم وعشرة ، فإن عرف أن دينه لا ينقص عن عشرة ، صح وكان ضامناً ثمانية . وإلا ، ففي صحته في الثمانية القولان ، أو الوجهان . ولو قال ضمنت لك الدراهم التي لك على فلان ، وهو لا يعرف مبلغها ، فهل يصح الضمان في ثلاثة لدخولها في اللفظ على كل حال ؟ وجهان . كما لو أجر كل شهر بدرهم ، فهل يصح في الشهر الأول ، وهذه المسائل بعينها جارية في الإبراء .

فرع

يصح ضمان الزكاة عن من عليه على الصحيح . وقيل : لا لأنها حق لله تعالى ككفالة بدن الشاهد لأداء الشهادة . فعلى الصحيح ، يعتبر الاذن عند الاداء على الأصح .

فرع

يجوز ضمان النافع الثابتة في الذمة كالأموال .

فصل في كفالة البدن

ويسمى أيضاً ، كفالة الوجه ، وهي صحيحة على المشهور . وقيل : تصح قطعاً ، فتجوز بيدن من عليه مال ، ولا يشترط العلم بقدره على الأصح . والثاني : يشترط بناء على أنه لو مات ، غرم الكفيل المال . وبشترط أن يكون المال مما يصح ضمانه . فلو تكفل بيدن مكاتب للنجوم اتى عليه ، لم يصح . فان كان عليه عقوبة ، فان كانت لآدمي كالقصاص وخذ الفذف ، صحت الكفالة على الأظهر . وقيل : لا تصح قطعاً . وإن كانت حداً لله تعالى ، لم تصح على المذهب . وقيل : قولان . وضبط الامام والفراي من تكفل بيده فقالا : حاصل كفالة البدن التزام إحضار المكفول بيده ، فكل من يلزمه حضور مجلس الحكم عند الاستعداد أو يستحق إحضاره ، تجوز الكفالة بيده ، فيخرج على هذا الضابط صور ، منها : الكفالة بيدن امرأة بدعي رجل زوجيتها ، صحيحة . وكذلك الكفالة بها ، لمن ثبتت زوجيته . قال في التمهيد والظاهر ، أن حكم هذه الكفالة حكم الكفالة بيدن من ادعي عليه القصاص ، لأن المستحق عليها لا يقبل النيابة . ومنها : لو تكفل بيدن عبد آبق لمالكه ، قال ابن سريج : يصح ويلزمه السعي في رده . ويجيء فيه مثل ما حكينا في الزوجة . ومنها : الميت قد يستحق إحضاره ليقم الشهود الشهادة على صورته إذا تحملوها كذلك ولم يعرفوا اسمه ونسبه . وإذا كان كذلك ، صحت الكفالة بيده . ومنها : الصبي ، والمجنون ، قد يستحق إحضارهما لاقامة الشهادة على صورتها في الاتلاف ، وغيره ، فتجوز الكفالة فيهما . ثم إن كفل باذن وليها ، فله مطالبة الولي بإحضارهما عند الحاجة ، وإن كفل بغير إذنه ، فهو كالكفالة بيدن العاقل البالغ بغير إذنه . ومنها : قال الامام : لو تكفل رجل بيفداد بيدن رجل بالبصرة ،

فالكفالة باطلة ، لأن من بالبصرة لا يلزمه الحضور ينفاد الخصومات ، والكفيل فرع المكفول به . وإذا لم يجب حضوره ، لا يمكن إيجاب الإحضار على الكفيل . وهذا الذي قاله ، تفريع على أنه لا يلزم إحضار من هو على مسافة القصر ، وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى .

فرع

الحق الذي تجوز بسببه الكفالة ، إن ثبت على المكفول بيده باقرار أو بينة ، فذاك . وإن لم يثبت ، لكنه ادعى عليه ، فلم ينكر وسكت ، صحت الكفالة أيضاً . وإن أنكر ، فوجهان . أحدهما : أنها باطلة . لأن الأصل البراءة ، والكفالة بمن لا حق عليه باطلة . وأصحها : الصحة لأن الحضور مستحق . ومعظم الكفالات إنما تقع قبل ثبوت الحق .

فرع

تجوز الكفالة بيدن الغائب ، والمحبوس ، وإن تمذر تحصيل الغرض في الحال ، كما يجوز للمعسر ضمان المال .

فرع

يشترط كون المكفول بيده معيناً . فلو قال : كفلت بدن أحد هذين ، لم يصح كما لو ضمن أحد الدينين .

فصل في ضمان الاعيان

فاذا ضمن عيناً للمالكها وهي في يد غيره ، نظر ، إن كانت مضمونة عليه ، كالمفصوب ، والمستعار ، والمستام ، والأمانات إذا خان فيها ، فله صورتان .

إحداهما : يضمن رد أعيانها . فالذهب الذي عليه الجمهور ، أنه على قولي كفالة البدن . وقيل : يصح قطعاً . والفرق أن حضور الخصم ليس مقصوداً في نفسه ، وإنما هو ذريعة إلى تحصيل المال ، فالتزام المقصود ، أولى . فإن صححنا ، فردها ، بريء من الضمان . وإن تلفت وتضرر الرد ، فهل عليه قيمتها ؟ وجهان ، كما لو مات المكفول يدينه . فإن أوجبنا ، فهل يجب في المفصوب أكثر القيم ؟ أم قيمته يوم التلف لأن الكفيل لم يكن متمدياً ؟ وجهان .

قلت : الثاني أقوى . والله أعلم

ولو ضمن تسليم المبيع وهو بعد في يد البائع ، جرى الخلاف في الضمان . فإن صححناه وتلف ، انفسخ البيع . فإن لم يدفع المشتري الثمن ، لم يطالب الضامن بشيء . وإن كان دفعه ، عاد الوجهان في أن الضامن ، هل يبرم ؟ فإن غرمناه ، فهل يبرم الثمن ؟ أم أقل الأمرين من الثمن وقيمة المبيع ؟ وجهان . أصحها : أولهما . الصورة الثانية : أن يضمن قيمتها لو تلفت . قال البغوي : ينبغي على أن المكفول يدينه لو مات ، هل يبرم الكفيل الدين ؟ إن قلنا : نعم ، صح ضمان القيمة لو تلفت العين . وإلا ، فلا ، وهو الصحيح لهذا ، ولأن القيمة قبل تلف العين ، غير واجبة . أما إذا لم تكن العين مضمونة على من هي في يده كالوديعة والمال في يد الشريك ، والوكيل ، والوصي ، فلا يصح ضمانها قطعاً ، لأنها غير مضمونة

الرد أيضاً ، وإغنا يجب على الأمين التخلية فقط . ولو تكفل بيدن العبد الجسافي
جناية توجب المال ، فهو كضمان المين . ومنهم من قطع بالمنع . والفرق أن المين
المضمونة مستحقة ، ونفس العبد ليست مستحقة ، وإغنا المقصود تحصيل الأرض من
بدله ، وبدله مجهول .

فرع

باع شيئاً بثوب أو بدراهم معينة ، فضمن قيمته ، فهو كما لو كان الثمن في الذمة
وضمن العهدة .

فرع

رهن ثوباً ولم يسلمه ، فضمن رجل تسليمه ؛ لم يصح لأنه ضمان ما ليس بلازم .

فرع

في مسائل من الكفالة

إحداها : إذا عين في الكفالة مكاناً للتسليم ، تعين . وإن أطلق ، فالذهب
أنها تصح ويجب التسليم في مكان الكفالة . وقيل : هو كما لو أطلق السلم . وإذا
أتى الكفيل بالكفول به في غير الموضع المستحق ، جاز قبوله ، وله أن يمتنع إن كان
فيه غرض ، بأن كان قد عين مجلس الحكم ، أو موضعاً يجد فيه من يعينه على
خصمه . فإن لم يختلف الغرض ، فالظاهر أنه يلزمه قبوله . فإن امتنع ، رفعه إلى
الحاكم ليقبض عنه . فإن لم يكن حاكم ، أشهد شاهدين أنه سلمه إليه .
الثانية : يخرج الكفيل عن العهدة بتسليمه في المكان الذي وجب فيه التسليم ،

سواء طلبه المستحق أم أباه ، بشرط أن لا يكون هناك حائل كيند سلطان ، ومتغليب ، وحبس بغير حق لينتفع بتسليمه . وحبس الحاكم بالحق ، لا يمنع صحة التسليم ، لامكان إحضاره ومطالبته بالحق . ولو حضر المكفول به وقال : سلمت نفسي إليك عن جهة الكفيل ، بريء الكفيل كما يبرأ الضامن بأداء الأصيل الدين . ولو لم يسلم نفسه عن جهة الكفيل ، لم يبرأ الكفيل لأنه لم يسلمه إليه هو ، ولا أحد عن جهته ، حتى قال القاضي حسين : لو ظفر به المكفول له في مجلس الحكم وادعى عليه ، لم يبرأ الكفيل . وكذلك لو سلمه أجنبي ، لا عن جهة الكفيل . وإن سلمه عن جهة الكفيل ، فإن كان باذنه ، فهو كما لو سلمه الكفيل . وإن كان بغير إذنه ، فليس على المكفول به قبوله ، لكن لو قبل : بريء الكفيل . ولو كفل رجل لرجلين ، فسلم إلى أحدهما ، لم يبرأ من حق الآخر . ولو كفل رجلان لرجل ، فسلم أحدهما ، قال في التهذيب : إن كفلاه على الترتيب ، وقع تسليمه عن المسلم دون صاحبه ، سواء قال : سلمت عن صاحبي أم لم يقل . وإن كفلاه ممأ ، فوجهان . قال الزني : يبرأ أيضاً صاحبه ، كما لو دفع أحد الضامنين الدين . وقال ابن سريج والأكثر : لا يبرأ ، كما لو كان بالدين رهنان ، فانفك أحدهما ، لا يتفك الآخر ، وبخالف قضاء الدين ، فإنه يبرئ الأصيل ، وإذا برئ ، برئ كل ضامن . ولو كانت المسألة بجاملها ، وكفل كل واحد من الكفيلين بدن صاحبه ، ثم أحضر أحدهما المكفول به وسلمه ، فعلى قول الزني : يبرأ كل واحد عن الكفالة الأولى وعن كفالة صاحبه . وعلى قول ابن سريج : يبرأ المسلم عن الكفالتين ، ويبرأ صاحبه عن كفالته دون الكفالة الأولى .

الثالثة : كما يخرج الكفيل عن الهدية بالتسليم ، يبرأ أيضاً إذا أبرأه المكفول له . ولو قال المكفول له : لا حق لي قبل المكفول به أو عليه ، فوجهان .

أحدهما : يبرأ الأصيل والكفيل . والثاني : راجع . فإن فسر بنفي الدين ، فذاك . وإن فسر بنفي الوديعة والشركة ونحوهما ، قبل قوله ، فإن كذبا ، حلف .

الرابعة : إذا غاب المكفول بيده ، نظر ، إن غاب غيبة منقطعة والراد بها أن لا يعرف موضعه ويتقطع خبره ، فلا يكلف الكفيل إحضاره . وإن عرف موضعه ، فإن كان دون مسافة القصر ، لزمه إحضاره لكن يهل مدة الذهاب والاياب ليحضره . فإن مضت المدة ولم يحضره ، حبس . وإن كان على مسافة القصر ، فوجهان . أصحهما : يلزمه إحضاره . والثاني : لا يطلب به . ولو كان غائبا حال الكفالة ، فالحكم في إحضاره كما لو غاب بعد الكفالة .

الخامسة : إذا مات المكفول به ، ففي انقطاع طلب الإحضار عن الكفيل ، وجهان . أصحها : لا يتقطع ، بل عليه إحضاره ما لم يدفن إذا أراد المكفول له إقامة البينة على صورته ، كما لو تكفل ابتداءً بيدن الميت . والثاني : يتقطع . وهل يطلب الكفيل بمال ؟ وجهان . أصحها : لا لأنه لم يلتزمه . كما لو ضمن المسلم فيه فانقطع ، فإنه لا يطلب برد رأس المال . والثاني : يطلب ، وبه وقال ابن سريج لأنه وثيقة كالرهن . وعلى هذا ، هل يطلب بالدين ، أم بأقل الأمرين من الدين ودية المكفول به ؟ وجهان بناء على القولين ، في أن السيد يفدي الجاني بالأرض ، أم بأقل الأمرين من الأرض وقيمة العبد ؟

قلت : المختار ، المطالبة بالدين فإن الدية غير مستحقة ، بخلاف قيمة العبد . قال صاحب « الحاوي » : ولو مات الكفيل ، فعلى مذهب الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم ، بطلت الكفالة ولا شيء في تركته . وعلى قول ابن سريج : ينبغي أن لا تبطل ، لأنها عنده قد تفضي إلى مال يتعلق بالتركة ، لكن لم أر له فيه نصا . ولو مات المكفول له ، بقي الحق لوارثه . فإن كان له غرماء وورثة ، وأوصى إلى زيد باخراج ثلثه ، لم يبرأ الكفيل إلا بالتسليم إلى الورثة والغرماء والوصي . فلو سلم

إلى الورثة والرماء والموصى لهم ، دون الوصي ، ففي برأته وجهان حكاهما
ابن سريج . والله أعلم

السادسة : لو هرب المكفول به إلى حيث لا يعلم ، أو توارى ، ففي مطالبة الكفيل
بالمال ، خلاف مرتب على الموت ، وأولى بأن لا يطالب ، إذ لم تأيس من إحضاره .
السابعة : إذا تكفل بشرط أنه [إن] عجز عن تسليمه ، غرم الدين . فان قلنا :
يغرم عند الاطلاق ، صح ، وإلا ، فالكفالة باطلة .

الثامنة : يشترط رضى المكفول بيده على الصحيح ، ولا يشترط رضى المكفول
له على الصحيح . فاذا كفل بغير رضى المكفول به ، فأراد إحضاره لطلب المكفول
له ، نظر ، إن قال : أحضير خصمي ، فالكفيل مطالبته بالحضور ، وعليه الاجابة
لا بسبب الكفالة ، بل لأنه وكله في إحضاره . وإن لم يقل ذلك ، بل قال :
أخرج عن حقي ، فهل له مطالبة المكفول به ؟ وجهان . أحدهما : لا كما لو ضمن
عنه بغير إذنه مالا ، وطالب المضمون له الضامن ، فانه لا يطالب المضمون عنه .
وذكروا على هذا أنه يحبس ، واستبدته الأئمة لأنه حُبس على ما لا يقدر عليه .
والثاني : نعم ، لأن المطالبة بالخروج عن المهدة ، تتضمن التوكيل في الاحضار .
التاسعة : لو تكفل يدين الكفيل كفيل ، ثم كفيل ، ثم كذلك آخرون بلا
حصر ، جاز ، لأنه تكفل بمن ^(١) عليه حق لازم ، وقياساً على ضمان المال . ثم إذا
برىء واحد برىء من بعده دون من قبله .

العاشرة : في موت المكفول له ، ثلاثة أوجه ، أصحها : بقاء الكفالة وقيام

(١) في الاصل : إن ، وما أثبتناه من غطوطة الظاهرية .

وارثه مقامه ، كما لو ضمن له المال ، والثاني : تبطل ، لأنها ضمنية . والثالث : إن كان عليه دين ، أو له وصي ، بقيت ، وإلا ، فلا ، لأن الوصي نائبه والدين لا بد منه .

الركن الخامس : الصيغة ، وفيه مسائل .

الأولى : لا بد من صيغة دالة على التزام ، كقوله : ضمنت لك مالك على فلان ، أو تكفلت بيدن فلان ، أو أنا باحضر هذا المال أو هذا الشخص كفيل ، أو ضامن ، أو زعيم ، أو حميل ، أو قبيل . وفي « البيان » وجه : أن لفظ القبيل ليس بصريح ، ويطرد هذا الوجه في الحميل وما ليس بمشهور في المقد . ولو قال : خل عن فلان والدين الذي لك عليه عندي ، فليس بصريح في الضمان . ولو قال : دين فلان إليّ ، فوجهان .

قلت : أقواها : ليس بصريح . والله أعلم

ولو قال : أؤدي المال ، أو احضر الشخص ، فهذا ليس بالتزام ، وإنما هو وعد . ولو تكفل فأبراه المستحق ، ثم وجده ملازماً للخضم فقال : خلّه وأنا على ما كنت عليه من الكفالة ، صار كفيلاً .

الثانية : لو شرط الضامن ، أو الكفيل الخيار لنفسه ، لم يصح الضمان . ولو شرط للمضمون له ، لم يضر ، لأن الخيار في المطالبة والابراء له أبداً .

الثالثة : لو علّق الضمان بوقت أو غيره فقال : إذا جاء رأس الشهر ، فقد ضمنت ، أو إن لم يؤد مالك غداً ، فأنا ضامن ، لم يصح على المذهب ، كما لا يصح مؤقتاً ، كقوله : أنا ضامن إلى شهر ، فإذا مضى ولم أغرم ، فأنا بريء . وعن ابن سريج أنه إذا جاز على القديم ضمان المجهول وما لم يجب ، جاز التعليق . قال الامام : ويحیی

في تعليق الإبراء القولان ، لانه إسقاط . فإذا قلنا بالقديم ، فقال : إذا متّ عبدك بألف ، فأنا ضامن لثمن ، فباعه بألفين ، قال ابن سريج : لا يكون ضامناً لشيء . وفي وجه : يصير ضامناً لألف . ولو باعه بخمسةائة ، ففي كونه ضامناً لها ، الوجوهان . ولو قال : إذا أقرضته عشرة ، فأنا ضامن لها ، فأقرضه خمسة عشر ، فهو ضامن للعشرة على الوجيهين ، لان من أقرض خمسة عشر ، فقد أقرض عشرة ، والبيع بخمسة عشر ليس بيعاً بعشرة . وإن أقرضه خمسة ، فمن ابن سريج : تسليم كونه ضامناً لها . قال الامام : وهو خلاف قياسه ، لان الشرط لم يتحقق . ولو علق كفالة البدن بمجيء الشهر ، فان جوزنا تعليق المال ، فهي (١) أولى ، وإلا ، فوجهان ، كالاخلاف في تعليق الوكالة ، والفرق أن الكفالة مبنية على المصلحة والحاجة . ولو علقها بمحصاد الزرع ، فوجهان مرتبان ، وأولى بالمنع ، لانضمام الجهالة . وإن علقها بقدوم زيد ، فأولى بالمنع ، للجهل بأصل حصول القدوم ، فان جوزنا ، فوجدنا الشرط المعلق عليه ، صار كفيلاً .

الرابعة : لو وقت كفالة البدن فقال : أنا كفيل به إلى شهر ، فإذا مضى ، برئت ، فوجهان ، وقيل : قولان . أصحابها : البطلان ، كضمان المال . ولو نجز الكفالة وشرط التأخير في الاحضار شهراً ، جاز للحاجة كمثلها في الوكالة ، وتوقف فيه الامام ، وجميل الغزالي في « الوسيط » هذا التوقف وجهاً . فإذا صححنا فأحضره قبل المدة وسلمه ، وامتنع الكفول له من قبوله ، نظر ، هل له غرض في الامتناع بأن كانت بينته غائبة أو دينه مؤجلاً ، أم لا ؟ وحكم القسمين ، على ما سبق فيمن سلمه في غير المكان المعين . ولو شرط لاحضاره أجلاً مجهولاً ، كالحصاد ، ففي صحة الكفالة ، وجهان . أصحابها : المنع .

الخامسة : لو ضمن الدين الحال حالاً ، أو أطلق ، لزمه حالاً ، وإن ضمن المؤجل

(١) في الاصل : فهو ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية .

مؤجلاً بأجل ، أو أطلق لزمه لأجله . وإن ضمن الحال مؤجلاً بأجل معلوم ، فوجهان . أحدهما : لا يصح الضمان ، للاختلاف . وأصحها : الصحة ، للحاجة ، وعلى هذا ، فالمذهب ثبوت الأجل ، فلا يطالب إلا كما التزم ، وبهذا قطع الجمهور . وشذ إمام الحرمين فادعى إجماع الأصحاب على أن الأجل لا يثبت ، وأن في فساد الضمان لفساده ، وجبين . أصحها : الفساد . أما لو ضمن المؤجل حالاً ، والتزم التبرع بالتعجيل مضموماً إلى التبرع بأصل الضمان ، فوجهان كعكسه ، أصحها : الصحة . وعلى هذا ، هل يلزمه الوفاء بالتعجيل ؟ وجهان . أصحها : لا ، كما لو التزم الأصيل التعجيل . وعلى هذا ، هل يثبت الأجل في حقه مقصوداً ، أم تبهما ؟ فيه وجهان . وفائدتهما فيما لو مات الأصيل والحالة هذه . ولو ضمن المؤجل إلى شهرين مؤجلاً إلى شهر ، فهو كضمان المؤجل حالاً .

السادسة : لو تكفل يدين رجل ، أو نفسه ، أو جسمه ، أو روحه ، صح . وإن تكفل بمضو منه ، فأربعة أوجه .

أحدها (١) : أنه باطل ، كالبائع بالاجارة ، بخلاف العتق والطلاق ، لأن لها قوة وسرية ، وبهذا قال الشيخ أبو حامد ، والقاضي أبو الطيب . واختاره ابن الصباغ . والثاني : يصح .

والثالث : إن كان عضواً لا يبقى البدن دونه ، كالرأس ، والقلب ، والكبد ، والدماغ ، صح . وإن بقي دونه ، كالرجل ، واليد ، لم يصح . وقال في التهذيب : هذا أصح .

والرابع : ما عيّر به عن جميع البدن ، كالرأس ، والرقبة ، يصح . وما لا ، كاليد ، والرجل ، فلا . قال القفال : هذا أصح . وللوجه حكم سائر الأعضاء ، كذا قاله الجمهور . وقال الامام : يصح قطعاً ، لشبهة هذا المقد بكفالة الوجه . وأما الجزء الشائع ، كالنصف والثلث ، فكالجزء الذي لا يبقى البدن دونه ، فيكون فيه وجهان .

(١) في الاصل : أصحها ، وما أنبتاه من مخطوطة الظاهرية .

قلت : قطع صاحب « الحاوي » بصحة الكفالة فيما لو كفّل برأسه ، أو وجهه ، أو عينه ، أو قلبه وفؤاده وغيرها مما لا يحیی^(١) دونه ، أو جزء شائع . والله أعلم

فرع

في مسائل تتعلق بالباب

إحداها : ضمن عن رجل ألفاً ، وشرط للمضمون له أن يعطيه كل شهر درهماً . ولا يحسبه من الضمان ، فالشرط باطل . وفي بطلان الضمان ، وجهان .

قلت : أصحها : البطلان . والله أعلم

الثانية : ضمن أو كفّل ، ثم ادعى أنه لم يكن على المضمون عنه ، والمكفول حق ، فالقول قول المضمون له . وهل يحلف ، أم يقبل بلا عين ؟ وجهان عن ابن سريج . فإن قلنا بالأول ، فنكل ، حلف الضامن ، وسقطت عنه المطالبة . ولو أقر أنه ضمن ، أو كفّل بشرط الخيار ، وأنكر المضمون له الشرط ، بني ذلك على تبييض الاقرار . إن قلنا : لا يبيّض ، فالقول قول الضامن مع يمينه . وإن بمضناه ، فقول المضمون له .

الثالثة : قال الكفيل : برىء المكفول ، وأنكر المكفول له ، قبل إنكاره يمينه . فإن نكل فحلف الكفيل ، برىء ، ولا يبرأ المكفول .

الرابعة : قال تكفلت بـيدن زيد ، فإن أحضرته ، وإلا فأنا كفيل بيدن عمرو ، لم يصح . ولو قال للمكفول له : أبرىء الكفيل ، وأنا كفيل المكفول ، قال : الأكثرون : لا يصح . وقال ابن سريج : يصح .

(١) في الأصل : مما لا يخفى ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية .

الخامسة : الكفالة بيدن الأجير الميئن ، صحيحة على الصحيح . ومن قال
بفتريم الكفيل عند موت الأرميل ، لم يصححها ، لأنه إذا مات ، انفسخ العقد
وسقط الحق .

[قلت ^(١)]

الباب الثاني

فما يترتب على الضمان الصحيح من الأحكام

وهي ثلاثة .

الأول : أن تجدد المضمون له مطالبة الضامن ، ولا تنقطع مطالبته عن المضمون
عنه ، بل له مطالبتها جميعاً ، ومطالبة أيها شاء .

قلت : وله مطالبة أحدهما ببعضه ، والآخر بباقيه . والله أعلم

فلو ضمن بشرط براءة الأصيل ، لم يصح على الأصح ، لأنه ينافي مقتضاه .
والثاني : يصح الضمان والشرط . والثالث : يصح الضمان فقط . فإن صححناهما ،
بريء الأصيل ، ورجع الضامن عليه في الحال إن ضمن بآذنه ، لأنه حصل براءته كما
لو أدى . ومهما أبرأ مستحق الدين الاصيل ، برىء [الضامن] اسقوط الحق ، كما لو أدى الأصيل .
الدين ، أو أحال مستحقه على إنسان ، أو أحال المستحق غريمه عليه . وكذا يبرأ
ببراءته ضامن الضامن . ولو أبرأ الضامن ، لم يبرأ الأصيل ، لكن يبرأ ضامن
الضامن . ولو أبرأ ضامن الضامن ، لم يبرأ الضامن .

(١) زيادة من مخطوطة الظاهرية . وفي هامشها كذا في الاصل ، ويبض بدمه . اهـ وفي الاصل بياض .

فرع

ضمن ديناً مؤجلاً ، فمات الاصيل ، حل عليه الدين ، ولم يحل على الضامن على الصحيح . وقال ابن القطان : يحل ، لأنه فرعه ، فعلى الصحيح ، لو آخر المستحق المطالبة ، كان للضامن أن يطالبه بأخذ حقه من تركة الاصيل ، أو إرائته ، لأنه قد تهلك التركة ، فلا يجد مرجعاً إذا غرم . وفي وجه ضعيف : ليس له هذه المطالبة . ولو مات الضامن ، حل عليه الدين . فإن أخذ المستحق المال من تركته ، لم يكن لورثته الرجوع على المضمون عنه قبل حلول الأجل ، وفي وجه شاذ : لا يحل بموت الضامن .

الحكم الثاني : في مطالبة الضامن المضمون عنه بالأداء ، ومداره على وجهين خرجهما ابن سريج رحمه الله ، في أن مجرد الضمان يوجب حقاً للضامن على الاصيل ويثبت علاقة بينهما ، أم لا ؟ فإذا طالب المضمون له الضامن بالمال ، فله مطالبة الاصيل بتخليصه إن ضمن بإذنه . وفي وجه شاذ : ليس له ، وليس له مطالبته قبل أن يطالب على الأصح . وهل للضامن تفريم الاصيل قبل أن يفرم حيث يثبت له الرجوع ؟ وجهان ، بناءً على التخريج المذكور . وليكن الوجهان تفريماً على أن ما يأخذه عوضاً عما يقضي به دين الاصيل ، يملكه . وفيه وجهان بناءً على التخريج . ولو دفعه الاصيل ابتداءً بلا مطالبة ، فإن قلنا : يملكه ، فله التصرف فيه ، كالفقير إذا أخذ الزكاة المعجلة ، لكن لا يستقر ملكه عليه ، بل عليه رده . ولو هلك عنده ، ضمنه كالمقبوض بشراء فاسد . ولو دفعه إليه وقال : اقض ما ضمننت غني ، فهو وكيل الاصيل ، والمال أمانة في يده . ولو حبس المضمون له الضامن ، فهل له حبس الاصيل ؟ وجهان بناءً على التخريج . إن أثبتنا الملققة بينهما ، ف نعم ، وإلا ، فلا ، وهو الأصح . ولو أبرأ الضامن الاصيل عما سيفرم ، إن أثبتنا الملققة ، صح الإبراء ، وإلا ، فعلى الخلاف في الإبراء عما لم يجب ، ووجد سبب وجوبه . ولو صالح الضامن الاصيل عن

العشرة التي سيفرما على خمسة ، إن أثبتناها في الحال ، صح الصلح ، وكأنه أخذ عوض بعض الحق وأبرأ عن الباقي ، وإلا ، فلا يصح . ولو ضمن عن الاصيل ضامن للضامن ، ففي صحته ، الوجهان . وكذا لو رهن الاصيل عند الضامن شيئاً بما ضمن . والأصح في الجميع : المنع . ولو شرط في ابتداء الضمان أن يعطيه الأصيل ضامناً بما ضمن ، ففي صحة الشرط الوجهان . فإن صححنا فوفى ، وإلا فللضامن فسخ الضمان . وإن أفسدناه ، فسد به الضمان على الأصح .

الحكم الثالث : الرجوع . أما غير الضامن إذا أدى دين غيره بغير إذنه ، فلا رجوع ، لانه متبرع . وإن أدى باذنه ، رجع إن شرط الرجوع قطعاً . وكذا إن أطلق على الأصح . وفي وجه ثالث : إن كان حالهما يقتضي الرجوع ، رجع ، وإلا ، فلا ، كنظيره من الهبة . وأما الضامن ، فله أربعة أحوال .

الأول : يضمن باذن ويؤدي باذن ، فيرجع سواء شرط الرجوع ، أم لا . قال الامام : ويحتمل أن ينزل منزلة الاذن في الاداء بلا ضمان ، حتى يقال : إن شرط الرجوع ، رجع ، وإلا فملى الخلاف . وفي كلام صاحب « التقریب » رمز إليه .

الحال الثاني : أن يضمن ويؤدي بلا إذن ، فلا رجوع .

الثالث : يضمن بغير إذن ، ويؤدي بالاذن ، فلا رجوع على الأصح . فلو أذن في الاداء بشرط الرجوع ، ففيه احتمالان للامام ، أحدهما : يرجع كما لو أذن في الاداء بهذا الشرط من غير ضمان . والثاني : لا ، لان الاداء مستحق بالضمان ، والمستحق بلا عوض لا يجوز مقابلته بموض كسائر الحقوق الواجبة .

قلت : الاحتمال الاول أصح . والله أعلم

الرابع : يضمن بالاذن ، ويؤدي بلا إذن ، فأوجه . الأصح المنصوص : يرجع . والثاني : لا . والثالث : إن أدى من غير مطالبة أو بمطالبة ، ولكن أمكنه استئذان الاصيل ، لم يرجع ، وإلا فيرجع .

فرع

حوالة الضامن المضمون له على إنسان، وقبوله حوالة المضمون له عليه، ومصالحتهما عن الدين على عوض، وصيرورة الدين ميراثاً للضامن، كالاداء في ثبوت الرجوع وعدمه.

فصل

في كيفية الرجوع

فان كان ما دفعه إلى رب الدين من جنس الدين وعلى صفته، رجع به . وإن اختلف الجنس، فالكلام في المأذون في الاداء بلا ضمان، ثم في الضامن . أما الاول، فالمأذون بشرط الرجوع أو دونه، إن أثبتناه لو صالح على غير الجنس، ففي رجوعه أوجه . أصحها: يرجع . والثاني: لا . والثالث: إن قال: أدّيني أو ما عليّ، رجع، وإن قال: أدّ ما عليّ من الدنانير مثلاً، فلا رجوع . وإذا قلنا: يرجع، رجع بما سنذكره في الضامن إن شاء الله تعالى . وأما الضامن، إذا صالح على غير الجنس، فيرجع بلا خلاف، لأن بالضمان ثبت المال في ذمته كقبوته في ذمة الأصيل، والمصالحة معاملة مبنية عليه . ثم ينظر، فان كانت قيمة المصالح عليه أكثر من قدر الدين، لم يرجع بالزيادة . وإن لم تكن أكثر، كمن صالح عن ألف بعبد يساوي تسعمائة، فوجهان . وقيل: قولان . أصحها: يرجع بتسعمائة . والثاني: بالألف . ولو باعه العبد بألف، ثم تقاصا، رجع [بالألف] بلا خلاف . ولو قال: بعتك العبد بما ضمنته لك عن فلان، ففي صحة البيع، وجهان . فان صححنا، فهل يرجع بما ضمنه؟ أم بالأقل بما ضمنه، ومن قيمة العبد؟ وجهان .

قلت: المختار الصحة، وأنه يرجع بما ضمنه . والله أعلم

أما إذا اختلفت الصفة ، فإن كان المؤدى خيراً ، بأن أدى الصحاح عن المكسرة ، لم يرجع بالصحاح . وإن كان بالعكس ، ففيه الخلاف المذكور في خلاف الجنس . وعن الشيخ أبي محمد ، القطع بالرجوع .

فرع

في مسائل تتعلق بالرجوع

إحداها : ضمن عشرة ، وأدى خمسة ، وأبرأه رب المال عن الباقي ، لم يرجع إلا بالخمسة المفرومة ، وتبقى الخمسة الأخرى على الأصيل . ولو صالحه من العشرة على خمسة ، لم يرجع إلا بالخمسة أيضاً ، لكن يبرأ الضامن والأصيل عن الباقي .
الثانية : ضمن ذمي لذمي ديناً على مسلم ، ثم تصالحا على خمر ، فهل يبرأ المسلم لأن المصالحة بين ذميين ، أم لا ، كما لو دفع الحجر بنفسه ؟ وجهان . فإن قلنا بالأول ، ففي رجوع الضامن على المسلم ، وجهان ، لأن ما أدى ليس بمال ، إلا أنه أسقط الدين . قلت : الأصح : لا يبرأ ، ولا يرجع . والله أعلم

الثالثة : ضمن عن الضامن آخر ، وأدى الثاني ، فرجوعه على الأول ، كرجوع الأول على الأصيل ، فبراعى الاذن وعدمه . وإذا لم يثبت له الرجوع على الأول ، لم يثبت بأدائه الأول الرجوع على الأصيل ، لأنه لم يفرم . وإذا ثبت له الرجوع على الأول فرجع ، رجع الأول على الأصيل إذا وجد شرطه ، فلو أراد الثاني أن يرجع على الأصيل ، ويترك الأول ، نظر ، إن كان الأصيل قال له : اضمن عن ضامني ، ففي رجوعه عليه ، وجهان ، كما لو قال لانسان : أد ديني وليس كما لو قال : أد دين فلان ، حيث لا يرجع قطعاً على الأمر ، لأن الحق لم يتعلق بدمته . وإن لم يقل له : اضمن عن ضامني ، فإن كان الحال لا يقتضي رجوع الأول على الأصيل ، لم يرجع

الثاني عليه . وإن اقتضاه ، فكذلك على الأصح ، لأنه لم يضمن عن الأصيل . ولو أن الثاني ضمن عن الأصيل أيضاً ، فلا رجوع لأحد الضامنين على الآخر ، وإنما الرجوع للمؤدي على الأصيل . ولو ضمن عن الأول والأصيل معاً ، فأدى ، فله أن يرجع على أيها شاء ، وأن يرجع على هذا البعض ، وعلى ذاك البعض ، ثم للأول الرجوع على الأصيل بما عزم بشرطه .

الرابعة : على زيد عشرة ، ضمنها اثنان ، كل واحد خمسة ، وضمن كل واحد عن الآخر ، فرب المال مطالبة كل واحد منها بالعشرة ، نصفها عن الأصيل ، ونصفها عن الآخر ، فإن أدى أحدهما العشرة ، رجع بالنصف على الأصيل ، وبالنصف على صاحبه . وهل له الرجوع بالجميع على الأصيل إذا كان لصاحبه الرجوع عليه لو غرم؟ خيه الوجهان . وإن لم يؤد إلا خمسة ، نظر ، هل أداها عن الأصيل ، أو عن صاحبه ، أو عنهما؟ ويثبت الرجوع بحسبه .

الخامسة : ضمن الثمن ، فهلك المبيع له أو وجد به عيباً فرده ، أو ضمن الصداق ، فارتدت المرأة قبل الدخول ، أو فسخت بيب ، نظر ، إن كان ذلك قبل أن يؤدي الضامن ، برى الضامن والأصيل . وإن كان بعده ، فإن كان بحيث يثبت الرجوع ، رجع بالمفرد على الأصيل ، وضمن رب الدين للأصيل ما أخذ إن كان هالكاً . وإن كان باقياً ، رده بعينه . وهل له إمساكه ورد بدله ؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا رد المبيع بيب وعين دراهمه عند البائع ، فأراد إمساكها ورد مثلها ، والأصح : المنع . وإنما يفرم للأصيل دون الضامن ، لأن في ضمن الاداء عنه إقراضه وتقليكه إياه . وإن كان بحيث لا يثبت للضامن الرجوع ، فلا شيء له على الأصيل ، ويلزم المضمون له رد ما أخذ . وعلى من يرد؟ فيه الخلاف فيمن تبرع بالصداق وطلق الزوج قبل الدخول ، وسيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى .

السادسة : أدى الضامن الدين ، ثم وهبه رب الدين له ، ففي رجوعه على الأصيل ، وجهان بناء على القولين فيما لو وهبت الصداق للزوج ، ثم طلقها قبل الدخول .

قلت : الاصح : الرجوع . والله اعلم

السابعة : لرجل على رجلين عشرة ، وضمن كل واحد ماعلى الآخر ، فلرب الدين أن يطالبها ، ومن شاء منها بالعشرة . فإن أداها أحدهما، برئاً جميعاً، وللمؤدي الرجوع بخمسة على صاحبه إن وجد شرط الرجوع . وإن أدى كل واحد خمسة عما عليه ، فلا رجوع . وإن أدى عن الآخر، جاء خلاف النقص. وإن أدى أحدهما خمسة ، ولم يؤد الآخر شيئاً ، فإن أداها عن نفسه ، برىء عما عليه ، وبقي على صاحبه ما كان عليه، والمؤدي ضامن له . وإن أداها عن صاحبه ، رجع بها عليه ، وبقي عليه ما كان عليه، وصاحبه ضامن له . وإن أداها عنها ، فلكل نصف حكمة . وإن أدى ولم يقصد شيئاً ، فهل يقسط عليها ؟ أو يقال : اصرف إلى ما شئت ؟ وجهان سبق نظيرهما في آخر الرهن . ومن فوائدهما ، أن يكون بنصيب أحدهما رهن . فإن قلنا : له صرفه، فصرفه إلى ما به الرهن ، انفك ، وإلا ، فلا . ولو قال المؤدي : أدبت عما عليّ ، فقال القابض: بل عن صاحبك ، صدق المؤدي بيمينه . فإذا حلف ، برىء عما عليه ، لكن لرب الدين مطالبته بخمسة على الصحيح ، لأن عليه خمسة أخرى، إما بالأصالة، وإما بالضمان . وفي وجه : لا مطالبة له ، لأنه إن طالبه عن الأصالة ، فالشرع يصدق المؤدي في البراءة منها . وإن طالبه بالضمان ، فرب الدين معترف بأنه أدى عنه . وإن أبرأ رب الدين أحدهما عن جميع العشرة، برىء أصلاً وضماناً ، وبرىء الآخر من الضمان دون الأصل . وإن أبرأ أحدهما عن خمسة ، نظر ، إن أبرأه عن الأصل ، برىء عنه ، وبرىء صاحبه عن ضمانه ، وبقي عليه ضمان ما على صاحبه . وإن أبرأه عن الضمان ، برىء عنه، وبقي عليه الأصل ، وبقي على صاحبه الأصل والضمان. وإن أبرأه عن الخمسة من ^(١)الجهتين جميعاً ، سقط عنه نصف الأصل ونصف الضمان ، وعن صاحبه نصف الضمان ، [وبقي عليه الأصل ،

(١) في نسخة : عن .

ونصف الضمان [، فيطالبه بسبعة ونصف ، ويطالب المبرأ بخمسة . وإن لم ينو عند الإبراء شيئاً ، فهل يحمل على النصف ، أم يخير ليصرف إلى ماء شاء ؟ فيه الوجهان . ولو قال : أبرأت عن الضمان ، فقال المبرأ : بل عن الأصل ، فالقول قول المبرئ .

الثامنة : ادعى أن له على زيد وعلى غائب ألفاً باعها به عبداً قبضه ، أو عن جهة أخرى ، وأن كل واحد منها ضمن ما على الآخر وأقام بذلك يئنة ، فأخذ الألف من زيد ، نص أنه يرجع على الغائب بنصف الألف . قال الجمهور : هذا إذا لم يكن وُجد من زيد تكذيب لليئنة . فإن كان ، لم يرجع ، لأنه مظلوم بزعمه ، فلا يطالب غير ظالمه ، وهذا هو الأصح . وقال ابن خيران : يرجع وإن صرح بالتكذيب ، لأن اليئنة أبطلت حكم إنكاره .

فرع

جميع ما سبق من رجوع المأذون له في الاداء ، والضامن على الأصيل ، مفروض فيما إذا أشهد على الاداء رجلين أو رجلاً وامرأتين . فلو أشهد واحداً اعتماداً على أنه يحلف معه ، أو أشهد مستورين ، فبانا فاسقين ، كفى ذلك على الأصح . ولا يكفي إشهاد من يعلم سفره عن قرب ، لأنه لا يفضي إلى المقصود . أما إذا أدى بلا إشهاد ، وأنكر رب المال ، فإن أدى في غيبة الأصيل ، فمقتصر ، فلا يرجع إن كذبه الأصيل قطعاً ، وكذا إن صدقه على الأصح . وهل يحلف الأصيل إذا كذبه ؟ قال في « التثمة » : يبنى على أنه لو صدقه ، هل يرجع عليه ؟ إن قلنا : نعم ، حلفه على نفي العلم بالاداء ، وإلا بني على أن النكول ورد اليمين ، كالاقرار ، أم كاليئنة ؟ إن قلنا : كالاقرار ، لم يحلفه ، لأن غايته أن يتكفل فيحلف الضامن ، فيكون كتصديقه ،

وذلك لا يفيد الرجوع . وإن قلنا : كالبينة ، حلفه طمعاً في أن ينكل ، ويحلف ، فيكون كالبينة . ولو كذبه الأصل وصدقه رب المال ، رجع على الأصح ، لسقوط المطالبة ، فإنه أقوى من البينة . وأما إذا أدى بحضور الأصل ، فيرجع على الصحيح المنصوص . ولو توافق الأصل والضامن على أنه أشهد ، ولكن مات الشهود أو غابوا ، ثبت الرجوع على الصحيح . وقيل : لا ، وهو شاذ ضعيف . ولو قال الضامن : أشهدت وماتوا ، وأنكر الأصل الأشهاد ، فهل القول قول الأصل ، لأن الأصل عدم الأشهاد ، أو قول الضامن ، لأن الأصل عدم التقصير ؟ وجهان . أصحابهما : الأول . ولو قال : أشهدت فلاناً وفلاناً ، فكذبا ، فهو كما لو لم يشهد . ولو قال : لا ندري وربما نسيت ، ففيه تردد للامام . ومتى لم تقم بينة بالأداء ، وحلف رب المال ، بقيت مطالبة بحالها . فإن أخذ المال من الأصل ، فذاك . وإن أخذ من الكفيل مرة أخرى ، فقيل : لا يرجع بشيء ، والأصح : أنه يرجع . وهل يرجع بالمغرم أولاً لأنه مظلوم بالثاني ، أم بالثاني لأنه المسقط للمطالبة ؟ وجهان . قلت : ينبغي أن يرجع بأهلها . فإن كان الأول ، فهو يزعم أنه مظلوم بالثاني . وإن كان الثاني ، فهو المبرء ، ولأن الأصل براءة ذمة الأصل من الزائد .

والله أعلم

فصل

الضمان في مرض الموت ، إذا كان بحيث يثبت الرجوع ، ووجد الضامن مرجعاً ، فهو محسوب من رأس المال . وإن لم يثبت الرجوع ، أو لم يجد مرجعاً لموت الأصل معسراً ، فن الثلث . ومتى وفّت تركة الأصل بثأني الدين ، فلا دور ، لأن صاحب الحق إن أخذه من ورثة الضامن ، رجعوا بثأنيه في تركة الأصل . وإن أخذ تركة

الاصيل وبقي شيء ، أخذه من تركة الضامن ويقع تبرعاً ، لأن ورثة الضامن لا يجدون مرجعاً. وإن لم تق التركة بالثلثين ، فقد يقع الدور ، كريض ضمن تسعين ، ومات وليس له إلا تسعون ، ومات الاصيل وليس له إلا خمسة وأربعون ، قرب المال بالخيار ، إن شاء أخذ تركة الاصيل كلها ولا دور حينئذٍ ، وبطالاب ورثة الضامن بثلثين ، ويقع تبرعاً إذ لم يبق للأصيل تركة يرجع فيها ، وإن أراد الاخذ من تركة الضامن ، لزم الدور ، لأن ما يغرمه ورثة الضامن ، يرجع إليهم بعضه ، لأن المغموم صار ديناً لهم على الاصيل ، فيتضاربون^(١) به مع رب المال في تركة الاصيل ، ويلزم من رجوع بعضه زيادة التركة ، ومن زيادة التركة زيادة المغموم ، ومن زيادة المغموم زيادة الرجوع . وطريق استخراجها أن يقال : يأخذ رب المال من ورثة الضامن شيئاً ، ويرجع إليهم مثل نصفه ، لأن تركة الاصيل نصف تركة الضامن ، فيبقى عندهم تسعون إلا نصف شيء ، وهو يعدل مثلي ما تلف بالضمان ، والتالف نصف شيء ، ومثلاً شيء ، فإذا تسعون إلا نصف شيء يعدل شيئاً. وإذا جبرنا وقابلنا ، عدلت تسعون شيئاً ونصفاً فيكون الشيء ستين ، فبان أن المأخوذ ستون ، وحينئذٍ يكون الستون ديناً لهم على الاصيل ، وقد بقي لرب المال ثلاثون ، فيتضاربون في تركته بسهمين ومهم ، وتركته خمسة وأربعون ، يأخذ منها الورثة ثلاثين ، ورب الدين خمسة عشر ، وبتمطل باقي دينه وهو خمسة عشر ، ويكون الحاصل للورثة ستين ، ثلاثين بقيت عندهم ، وثلاثين أخذوها من تركة الاصيل ، وذلك مثلاً ما تلف ووقع تبرعاً ، وهو ثلاثون . ولو كانت المسألة بحالها ، لكن تركة الاصيل ثلاثون ، فيأخذ رب الدين شيئاً ، ويرجع إلى ورثة الضامن مثل ثلثه ، لأن تركة الاصيل ثلث تركة الضامن ، فيبقى عندهم تسعون ناقصة ثلثي شيء تعدل

(١) في نسخة : فيضاربون .

مثلي التالف بالضمان ، وهو ثلثا شيء ، فثلثا شيء وثلث . فاذن تسمون إلا ثلث شيء يبدل شيئاً وثلثا ، فإذا جبرنا وقابلنا ، عدلت تسمون شيئين ، فيكون الشيء خمسة وأربعين ، وذلك ما أخذه رب الدين ، وصار ديناً لورثة الضامن على الاصيل ، وبقي لرب الدين عليه خمسة وأربعون أيضاً ، فيتضاربون في تركته بسهم وسهم ، فتجمل بينها مناصفة . ولو كانت تركة الاصيل ستين ، فلا دور ، بل لرب الدين أخذ تركة الضامن كلها ، ثم هم يأخذون تركة الاصيل كلها بحق الرجوع ، ويقع الباقي تبرعاً . قلت : وهذه مسائل مثورة ، تتعلق بالضمان . وترك يباح في الاصل .

كتاب الشركة

كل حق ثابت بين شخصين فصاعداً على الشيوع ، يقال : هو مشترك . وذلك ينقسم إلى ما لا يتعلق بمال ، كالقصاص ، وحدّ القذف ، ومنفعة كلب الصيد ، ونحوه ، وإلى متعلق بمال ، وذلك إما عين مال ومنفعته ، كما لو غنموا مالاً أو ورثوه أو اشتروه . وإما مجرد منفعة ، كما لو استأجروا عبداً ، أو وُصّي لهم بمنفعته . وإما مجرد العين ، كما لو ورثوا عبداً موصى بمنافعه . وإما حق يتوصل به إلى مال ، كالشفعة الثابتة لجماعة . والشركة ، قد تحدث بلا اختيار ، كالارث . وباختيار ، كالشراء ، وهذا مقصود الكتاب . والشركة أربعة أنواع .

الأول : شركة العنان ، ولها ثلاثة أركان .

الأول : العاقدان والمعتبر فيها ، أهلية التوكيل والتوكل . وتكره مشاركة الذمي ، ومن لا يحتز من الربا ونحوه .

الثاني : الصيغة ، ولا بد من لفظ يدل على الاذن في التجارة والتصرف . فإن أذن كل واحدٍ لصاحبه صريحاً ، فذاك . فلو قالوا : اشتركنا ، واقتصرا عليه ، لم يكف ذلك ، لتسلطها على التصرف من الجانبين على الأصح عند الأكثرين . ولو أذن أحدهما للآخر في التصرف في الجميع ، ولم يأذن الآخر ، تصرف المأذون في جميع المال ، ولم يتصرف الآخر إلا في نصيبه ، وكذا لو أذن لصاحبه في التصرف في الجميع وقال : أنا لا أتصرف إلا في نصبي . ولو شرط أحدهما على الآخر أن لا يتصرف

في نصيبه ، لم يصح العقد ، لما فيه من الحجر على المالك في ملكه . ثم ينظر في المأذونة فيه ، فإن عين جنساً ، لم يتصرف المأذون في نصيب الاذن في غير ذلك الجنس . وإن قال : تصرف واتجبر فيما شئت من أجناس المال ، جاز على الصحيح . وفي وجه : لا بد من التمين .

قلت : ولو أطلق الاذن ولم يتعرض لما يتصرف فيه ، جاز على الأصح كالقراض .
وانتدأعلم

الثالث : المال المعقود عليه ، وفيه مسائل .

الاولى : تجوز الشركة في النقدين قطعاً ، ولا تجوز في المتقومات قطعاً . وفي الثليات ، قولان . ويقال : وجهان ، أظهرهما : الجواز . والمراد بالنقدين ، الدرهم والدنانير المضروبة . أما التبر والحلي والسبائك ، فأطلقوا منع الشركة فيها . ويجوز أن يبنى على أن التبر مثلي أم لا ؟ وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى في كتاب الفصب . فإن جعلناه متقوماً ، لم تجز الشركة . وإلا ، فعلى الخلاف في امثلي . وأما الدرهم المغشوشة ، فقال الروياني : لا تصح الشركة فيها . وحكى في « التتمة » في صحة القراض عليها ، خلافاً مبنيّاً على جواز المعاملة بها ، إن جوزناها ، فقد ألحقنا المغشوش بالخالص ، وإلا ، فلا . فإذا جاء في القراض خلاف ، ففي الشركة أولى . وقال صاحب « العدة » : الفتوى ، جواز الشركة فيها إن استمر في البلد رواجها . قلت : هذا المنقول عن « العدة » ، هو الأصح . وأما قوله : أطلقوا منع الشركة في التبر إلى آخره ، فعجب ، فإن صاحب « التتمة » حكى في انعقاد الشركة على التبر والنقرة وجهين كالثلي . والمراد بصاحب « العدة » هنا ، أبو المكارم الروياني .

وانتدأعلم

ثم ما ذكرناه في المسألة من منع الشركة وجوازها ، المراد به : إذا أخرج هذا قدرأ من ماله ، وذاك قدرأ ، وجعلهما رأس مال . وتتصور الشركة على غير هذا الوجه في جميع الاموال ، كما سنذكره إن شاء الله تعالى .

المسألة الثانية : إذا أخرج كل واحد قدرأ من المال الذي تجوز الشركة فيه ، وأراد الشركة ، اشترط خلط المالين خلطاً لا يمكن معه التمييز . فإن لم يعملا فلف مال أحدهما قبل التصرف ، تلف على صاحبه فقط ، وتقدر إثبات الشركة في الباقي ، فلا تصح الشركة إن اختلف الجنس كالدرهم والدنانير ، أو الصفة كاختلاف السكة ، وبالصالح والمكسرة ، أو المثقوبة ، والمثقبة والجديدة ، والبيضاء والسيوادة . وفي البيض والسود ، وجه عن الاصطخري . وإذا جوزنا الشركة في المثليات ، وجب تساويها جنساً ووصفاً ، فلا يكفي خلط حنطة حمراء بيضاء لا مكان التمييز ، وإن كان فيه عير . وفي وجه : يكفي ، لأنه يعد خلطاً . وينبغي أن يتقدم الخلط على العقد ، فإن تأخر ، حكي في « التتمة » وجهين . أحدهما : المنع ، إذ لا اشتراك حال العقد . والثاني : الجواز إن وقع في مجلس العقد ، لأنه كالعقد . فإن تأخر عنه ، لم يجز على الوجهين . ومال الامام إلى جوازه ، لأن الشركة توكيل ، وتوكل . لكن لو قيد الاذن بالتصرف في المال المفرد ، فلا بد من تجديد الاذن . ولو ورثوا عروضاً أو اشتروها ، فقد ملكوها شائعة ، وذلك أبلغ من الخلط . فإذا انضم إليه الاذن في التصرف ، تم العقد . ولهذا قال المزني والأصحاب : الحيلة في الشركة في العروض المتقومة ، أن يبيع كل واحد نصف عرضه بنصف عرض صاحبه ، سواء تجانس العرضان أو اختلفا ، ليصير كل واحد منهما مشتركاً بينهما ، فيتقايضان ، وبأذن كل واحد منها لصاحبه في التصرف . وقال في « التتمة » : يصير العرضان مشتركين ، ويمسكان التصرف فيها بالاذن ، لكن لا تثبت أحكام الشركة في الثمن حتى يستأنفا عقداً ، وهو ناسخ ، ومقتضى إطلاق

الجمهور ، ثبوت الشركة وأحكامها مطلقاً ، وهو الصحيح . ولو لم يتبايما المرضين ، لكن باعاهما بمرض أو قد ، ففي صحة البيع ، قولان سابقا . فإن صححناها ، كان الثمن مشتركاً بينهما على التساوي أو التفاضل بحسب قيمة المرضين ، فيأذن كل واحد لصاحبه في التصرف .

قلت : وإذا باع كل واحد بعض عرضه يعض عرض صاحبه ، فهل يشترط علمها بقيمة المرضين ؟ وجهان حكاهما في « الحاوي » ، والصحيح : لا يشترط . ومن الحيل في هذا ، أن يبيع كل واحد بعض عرضه لصاحبه بشمن في ذمته ، ثم يتقاصتا . والله أعلم

الثالثة : الصحيح : أنه لا يشترط تساوي المالين في القدر ، بل تثبت الشركة مع التفاوت على نسبة المالين ، وقال الاغاطي : يشترط ، وهو ضعيف . وهل يشترط العلم حالة العقد بقدر النصيبين بأن يعرف أن المال بينهما نصفان ، أو على نسبة أخرى ؟ وجهان . أصحها : لا يشترط إذا أمكن معرفته من بعد . وماخذ الخلاف أنه إذا كان بينهما مال مشترك ، وكل واحد يجبل حصته ، فاذن كل واحد لصاحبه في التصرف في كل المال أو في نصيبه ، هل يصح الاذن ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لجهلها . وأصحها : نعم ، لأن الحق لا يمدوها . وعلى هذا تكون الاثمان بينهما حصة كالثمنات .

فرع

لو كان لها ثوبان اشتبهتا ، لم يكف ذلك لعقد الشركة ، فإن المالين متميزان ، لكن اشتبهتا .

فرع

قال أصحابنا المراقبون وغيرهم : إذا جوزنا الشركة في المثليات ، فإن استوت القيمتان ، كانا شريكين على السواء . وإن اختلفتا ، بأن كان لأحدهما قفيز قيمته مائة ، وللآخر قفيز قيمته خمسون ، فهما شريكان مثالثة ، وهذا مبني على قطع النظر في المثلي عن تساوي الاجزاء في القيمة .

فرع

لأحدهما دراهم ، وللآخر دنانير ، واشتريا شيئاً بهما ، فطريقه أن يقوّم ما ليس بنقد البلد منها بما هو نقده ، فإن استوت قيمتها ، فالشركة على التساوي ، وإلا فعلى الاختلاف .

النوع الثاني : شركة الابدان ، وهو أن يشترك الدلالان أو الحملان أو غيرهما من أهل الحرف على ما يكسبان ، ليكون بينهما متساوياً أو متفاضلاً ، وهي باطلة ، سواء اتفقا في الصنعة ، أو اختلفا ، كالخياط والنجار ، لأن كل واحد متميز ببدنه ومنافعه فاخص بفوائده ، كما لو اشتركا في ماشيتها وهي متميزة ، ليكون الدر والنسل بينهما ، فانه لا يصح . وفي وجه ضعيف : يصح سواء اتفقت الصنعة أم لا .

قلت : هذا الوجه ، حكاه صاحب « الشامل » وغيره قولاً . والله أعلم

فاذا أبطلنا ، فاكسبا ، نظر ، إن انفردا ، فلكل كسبه . وإلا فيقسم الحاصل على قدر أجرة المثل ، لا بحسب الشرط .

النوع الثالث : شركة المفاوضة ، وهي أن يشتركا ليكون بينهما ما يكسبان

ويربحان ويأزمان من غرم ويحصل من غم ، وهي باطلة . فلو استعملنا لفظ
المفاوضة ، وأرادا شركة العنان ، جاز ، نص عليه . وهذا يقوي تصحيح العقود
بالكنايات .

النوع الرابع : شركة الوجوه ، وقد فسرت بصور .

أشهرها : أن يشترك وجهان عند الناس ، ليتناعا في الذمة إلى أجل ، على
أن ما يتناعه كل واحد يكون بينهما ، فيديمانه وبؤديان الاثنان ، فما فضل فهو بينهما .
الثانية : أن يتناع وجه في الذمة ، ويفوض يمه إلى خامل ، ويشترط أن يكون ربحه بينهما^(١) .
والثالثة : أن يشتري وجه لا مال له ، وخامل ذو مال ، ليكون العمل من الوجه ، والمال
من الخامل ، ويكون المال في يده لا يسلمه إلى الوجه ، والربح بينهما . وبهذا
الثالث فرها ابن كج والامام . ويقرب منه ما ذكره الفزالي ، وهو أن يبيع
الوجه مال الخامل بزيادة ربح ، ليكون له بمض الربح ، وهي في الصور
كلها باطلة ، إذ ليس بينهما مال مشترك يرجع إليه عند القسمة . ثم ما يشتري أحدهما
في الصورة الأولى والثانية ، فهو له ، يختص بربحه وخسرانه ، ولا يشاركه فيه الآخر
إلا إذا صرح بالأذن في الشراء بشرط التوكيل في الشراء ، وقصد المشتري موكله^(٢) .
وأما الصورة الثالثة ، فليست بشركة في الحقيقة ، بل قراض فاسد ، لاستبداد المالك
باليده . فإن لم يكن المال تقدماً ، زاد للفساد وجه آخر .

فرع

في مسائل تتعلق بما سبق

وهي منصوصة في البويطي .

إحداها : لو أخذ جلاً لرجل ، وراوية لآخر ، وتشاركوا على أن يستقي الآخذ

(١) في الأصل : مبهماً .

(٢) في « شرح الوجيز » : وقصد المشتري توكيله .

الماء ، والحاصل بينهم ، فهو باطل . فلو استقي ، فلمن يكون الماء ؟ نقل صاحب « التلخيص » وآخرون فيه اختلاف قول ، وضعف الجمهور هذه الطريقة ، وصوبوا تفصيلاً ذكره ابن سريج ، وهو أنه إن كان الماء مملوكاً للمستقي ، أو مباحاً ، لكن قصد به نفسه ، فهو له ، وعليه لكل واحد من صاحبيه أجره المثل . وإن قصد الشركة ، فهو على الخلاف في جواز النيابة في تلك المباحات . فإن منعناها ، فهو المستقي ، وعليه الاجرة لها . وإن جوزناها وهو الأصح ، فالأمر بينهم . وفي كيفية الشركة ، وجهان . أحدهما : تقسم بينهم على نسبة أجور أمثالهم ، وبهذا قطع الشيخ أبو حامد ، وحكي عن نصه في البويطي . وأصحهما عند الشيخ أبي علي وبه قطع القفال : أنه يقسم بينهم بالسوية إتباعاً لقصده ، فعلى هذا ، يرجع المستقي على كل واحد من صاحبيه بثلاث أجرة منفعة ، إذ لم يصل إليه منها إلا اثنان ، ويرجع كل واحد من صاحبيه بثلاثي أجرة ماله على صاحبه ، وعلى المستقي . وعلى الوجه الأول : لا تراجع بينهم أصلاً .

الثانية : استأجر رجل الراوية من صاحبها ، والجل من صاحبه ، واستأجر أيضاً المستقي لاستقاء الماء وهو مباح ، نظر ، إن أفرد كل واحد بمقد ، صح والماء للمستأجر ، وإن جمع الجميع في عقد ، ففي صحة الاجارة ، قولان . كمن اشترى عينين لرجلين بشمن واحد ، فإن صححنا ، وزعت الاجرة المسماة على أجور الامثال ، وإلا ، فلكل واحد عليه أجرة المثل ، ويكون الماء للمستأجر صححنا الاجارة أم أفسدناها ، لأننا وإن أفسدناها ، فمناهم مضمونة بالاجرة ، قاله الامام . وإن نوى المستقي نفسه ، وفرعنا على فساد الاجارة ، فمن الشيخ أبي علي : أنه أيضاً للمستأجر ، وتوقف فيه الامام ، لأن منفعته غير مستحقة للمستأجر ، وقد قصد نفسه ، فليكن الحاصل له . وموضع القولين ، إذا وردت الاجارة على عين المستقي والجل والراوية ، فأما إذا أئزم ذمهم ، فتصح الاجارة قطعاً .

الثالثة : اشترك أربعة ، لأحدهم بيت رحي ، ولآخر حجر الرحي ، ولآخر
بغل يديره ، والرابع يعمل في الرحي ، على أن الحاصل من أجرة الطحن بينهم ،
فهو فاسد . ثم إن استأجر مالك الحنطة العامل والآلات من مالكيها ، وأفرد
كل واحد بمقد ، لزمه ما سمي لكل واحد ، وإن جمعهم في عقد ، فإن أُلزم
ذمهم الطحن ، صح العقد ، وكانت الاجرة المسواة بينهم أرباعاً ، ويتراجعون بأجرة
المثل ، لأن المنفعة المملوكة لكل واحد منهم قد استوفى ربعها ، حيث أخذ ربع
المسمى ، وانصرف ثلاثة أرباعها إلى أصحابه ، فيأخذ منهم ثلاثة أرباع أجرة المثل .
وإن استأجر عين العامل وأعيان الآلات ، ففيه القولان السابقان . فإن أفسدنا الاجارة ،
فلكل واحد أجرة مثله . وإن صححناها ، وزع المسمى عليهم ، ويكون التراجع
بينهم على ما سبق . وإن أُلزم مالك الحنطة ذمة العامل الطحن ، لزمه ، وعليه إذا
استعمل ما لأصحابه أجرة المثل ، إلا أن يستأجر منهم لإجارة صحيحة ، فعليه المسمى .
الرابعة : لواحد بذر ، ولآخر أرض ، ولآخر آلة الحرث ، اشتركوا مع
رابع ليعمل ، وتكون الغلة بينهم ، فالزراع لصاحب البذر ، وعليه لأصحابه أجرة
المثل . قال في « التتمة » : فلو أصاب الزرع آفة ولم يحصل منه شيء ، فلا شيء لهم .
لأنهم لم يحصلوا له شيئاً . ولا يخفى عدول هذا عن القياس الظاهر .
قلت : الذي قاله في « التتمة » هو الصواب . والله أعلم

فصل

في حكم الشركة الصحيحة

لها أحكام .

أحدها : إذا وجد الاذن من الطرفين ، تسلط كل واحد منها على التصرف .

وتصرف الشريك كتصرف الوكيل ، لا يبيع نسيئة ، ولا بغير نقد البلد ، ولا يبيع ولا يشتري بغير فاحش إلا باذن الشريك . فان باع بالغبن الفاحش ، لم يصح في نصيب شريكه . وفي نصيبه ، قولاً تفريق الصفقة . فان لم نفرقها ، بقي المبيع على ملكهما والشركة بحالها . وإن فرقناها ، انفسخت الشركة في المبيع ، وصار مشتركا بين المشتري والشريك . وإن اشترى بالغبن ، نظر ، إن اشترى بيمين مال الشركة ، فهو كما لو باع . وإن اشترى في الذمة ، لم يقع للشريك ، وعليه وزن الثمن من خالص ماله .

فرع

ليس لأحدهما أن يسافر بمال الشركة ، ولا أن يبيع منه من غير إذن صاحبه . فان فعل ، ضمن .

الحكم الثاني : لكل واحد فسخ الشركة متى شاء ، كالوكالة . فلو قال أحدهما للآخر : عزلتك عن التصرف ، أو لاتصرف في نصيبي ، انزل الخطاب ، ولا ينزول المازل عن التصرف في نصيب المزيل . ولو قال : فسخت الشركة ، انفسخ العقد قطعاً . والمذهب : أنها ينزلات . عن التصرف . وقال في التتمة : في بقاء تصرفها ، وجهان إن كانا صرحا في عقد الشركة بالاذن . ووجه البقاء : استمراره حتى يأتي بصريح العزل .

فرع

تنفسخ الشركة بموت أحدهما أو جنونه أو إغماؤه ، كالوكالة . ثم في صورة الموت ، إن لم يكن دين ولا وصية ، فللوارث الخيار بين القسمة وتقرير الشركة

إن كان رشيداً ، فإن كان مولياً عليه لصغره أو جنونه ، فمل وليه ما فيه حظه من الأمرين . وإنما تنقرر الشركة بمقد مستأنف ، فإن كان على الميت دين ، فليس للوارث تقرير الشركة إلا بعد قضاء الدين . وإن كان هناك وصية لمعين ، فهو كأحد الورثة . فإن كان غير معين ، كالفقراء ، لم يصح تقرير الشركة حتى تخرج الوصية . ثم هو كما لو لم تكن وصية .

الحكم الثالث : أن الربح بينها على قدر المالين ، شرط ذلك ، أم لا ، تساوي في العمل ، أم تفاوت . فإن شرطاً التساوي في الربح مع التفاوت في المال ، أو التفاوت في الربح مع التساوي في المال ، فسدت الشركة على المذهب ، وبه قطع الأصحاب . وحكى الإمام وجهاً آخر : أنها لا تفسد ، ويوزع الربح على قدر المالين . ولعل الخلاف راجع إلى الاصطلاح ، فأطلق الجمهور لفظ الفساد ، وامتنع منه بعضهم لبقاء أكثر الأحكام . فلو اختص أحدهما بزيادة عمل ، وشرط له زيادة ربح ، فوجهان . أحدهما : صحة الشرط ، ويكون الزائد على حصة ملكه في مقابلة العمل ، ويتركب العقد من شركة وقراض . وأصحها : المنع ، كما لو شرط التفاوت في الخسران ، فإنه يلغو ويوزع الخسران على المال ، ولا يصح جعله قراضاً ، فإن هناك يقع العمل مختصاً بمال المالك ، وهنا بملكيتها . ومتى فسد الشرط ، لم يؤثر في فساد التصرف ، لوجود الاذن ، ويكون الربح على نسبة المالين ، ويرجع كل واحد على صاحبه بأجرة مثل عمله في ماله . فإن تساوى في المال والعمل ، فنصف عمل كل واحد يقع في مقابلة ماله ، فلا أجرة فيه ، ونصفه في مال صاحبه ، ويستحق صاحبه مثل بدله عليه ، فيقع في التقاص . وإن تفاوت في العمل مع استواء المال ، فساوى عمل أحدهما مائتين ، والآخر مائة . فإن كان عمل من شرط له الزيادة أكثر ، فنصف عمله مائة ، ونصف عمل صاحبه خمسون ، فيبقى له بعد التقاص خمسون . وإن كان عمل صاحبه أكثر ، ففي رجوعه بخمسين على من شرط له الزيادة ، وجهان .

أحدهما : الرجوع ، كما لو فسد القراض . وأصحها : المنع . ويجري الوجهان ، فيما لو فسدت الشركة ، واختص أحدهما بأصل التصرف والعمل ، هل يرجع بنصف أجرة عمله على الآخر ؟ أما إذا تفاوتا في المال ، فكان لأحدهما ألف ، والآخر ألفان ، وتفاوتا في العمل ، فعمل صاحب الأكثر أكثر ، بأن يساوى عمله مائتين ، وعمل الآخر مائة ، فثلثا عمله في ماله ، وثلثه في مال صاحبه ، وعمل صاحبه بالعكس ، فيكون لصاحب الأكثر ثلث المائتين على الأقل ، ولصاحب الأقل ثلثا المائة على صاحب الأكثر ، وقدرهما متفق ، فيقع في التقاص . وإن كان عمل صاحب الأقل أكثر ، والتفاوت كما صورنا ، فثلث عمل صاحب الأقل في ماله وثلثاه في مال صاحبه ، وثلثا عمل صاحب الأكثر في ماله ، وثلثه في مال شريكه ، فيبقى لصاحب الأقل على الأكثر مائة بعد التقاص . ولو تساوى في العمل ، فلصاحب الأقل ثلثا المائة على صاحب الأكثر ، ولصاحب الأكثر ثلث المائة عليه ، فثلث تقاص ، ويبقى لصاحب الأقل ثلث المائة .

فرع

ما ذكرناه من حكم الفساد عند تغيير نسبة الربح ، يجري في سائر أسباب فساد الشركة . لكن قال الامام : لو لم يكن بين المالين شيوع ، وخلط ، فلا شركة هنا على التحقيق ، بل ثمن كل مال يختص بمالكه ، ولا يقع مشتركا . والكلام في الصحة والفساد ، إنما يكون بعد حصول نفس الشركة . وإن جرى توكيل من الجانبين ، لم يخف حكمه .

فرع

إذا جورنا شرط زيادة ربح لمن اختص بزيادة عمل ، فلم يشترطه ، ولا اشترطا

توزيع الربح على قدر المالين ، بل أطلقا ، فذكر صاحب « التقريب » ، والشيخ أبو محمد ، خلافاً في أن الربح يوزع على المالين ، وتكون زياد العمل تبرعاً ، أم ثبت للزيادة أجرة تخريجاً عما إذا استعمل صانعاً ولم يذكر أجرة . ثم إذا شرطاً زيادة ربح لمن زاد عمله ، هل يشترط استقلاله باليد كالقراض ؟ أم لا كسائر الشراك ؟ وجهان . وكذا لو اشترطوا انفراد أحدهما بالعمل . والخلاف في جواز اشتراط زيادة الربح لمن زاد عمله ، جارٍ فيما إذا شرط انفراد أحدهما بالتصرف ، وجعل له زيادة ربح . وقيل : يجوز هنا ، ولا يجوز إذا اشتركا في أصل العمل ، لأنه لا يدرى أن الربح بأي عمل حصل .

الحكم الرابع : أن يد كل منهما يد أمانة كالودع . فإذا ادعى رد المال إلى شريكه ، أو تلفاً ، أو خسراناً ، صدق . فإن أسند التلف إلى سبب ظاهر ، طوب بالينة على السبب . فإذا أقامها ، صدق في الهلاك به . ولو ادعى أحدهما خيانة صاحبه ، لم يسمع حتى يبين قدر ما خاف به . فإذا بين ، فالقول قول المنكر مع يمينه . ولو كان في يد أحدهما مال ، فقال : هو لي ، صدق بيمينه . ولو اشترى شيئاً وقال : اشتريته لنفسي ، وقال الآخر : بل للشركة ، أو عكسه ، فالقول قول المشتري ، لأنه أعلم بقصده . ولو قال صاحب اليد : اقتسمنا ، وهذا نصيبي ، وقال الآخر : هو مشترك ، فالقول قول الثاني . ولو كان في أيديهما أو في يد أحدهما مال ، وقال كل واحد : هذا نصيبي من المشترك ، وأنت أخذت نصيبك ، حلفا ، وجعل المال بينهما . فإن نكل أحدهما ، قضى للحالف .

فرع

بينهما عبد ، باعه أحدهما بأذن شريكه ، وأذن له في قبض الثمن ، أو قلناه :

للوكيل بالبيع قبض الثمن ، ثم اختلف الشريكان في قبض الثمن ، فذلك بتصور على وجهين . أحدهما : أن يقول الشريك للبائع : قبضت كل الثمن ، فسلم إلي نصيبه ، ويوافق المشتري على أن البائع قبض ، وينكر البائع ، فيرد المشتري عن نصيب الذي لم يبيع ، لاعترافه ببراءته . ثم هنا خصومة بين البائع والمشتري ، وخصومة بين الشريكين ، وربما تقدمت الأولى على الثانية ، وربما تأخرت . فإن تقدمت ، نظر ، إن قامت للمشتري بينة على الاداء ، اندفعت عنه مطالبة البائع . فإن شهد له الشريك ، لم يقبل في نصيبه . وفي نصيب البائع القولان في تبويض الشهادة . وإن لم يقم بينة ، فالقول قول البائع بيمينه أنه لم يقبض . فإن حلف ، أخذ نصيبه من المشتري ، ولا يشاركه الذي لم يبيع فيه ، لأنه يزعم أن ما يأخذه الآن ظلم . وإن نكل ، وحلف المشتري ، انقضت عنه المطالبة . وإن نكل المشتري أيضاً ، فوجهان . قال ابن القطان : لا يلزمه نصيب البائع ، لأننا لا نقضي بالنكول . والصحيح : أنه يلزمه ، لأنه ليس قضاءً بالنكول ، بل مؤاخذه باعترافه بلزوم المال بالشراء . فإذا انقضت خصومة البائع والمشتري ، فطلب الشريك حصته من البائع لزعمه أنه قبض الثمن ، فالقول قول البائع بيمينه أنه لم يقبض إلا نصيبه بعد الخصومة . فإن نكل البائع ، حلف الشريك وأخذ منه نصيبه ، ولا يرجع به البائع على المشتري ، لأنه يزعم أن شريكه ظلمه ، ولا يمنع البائع من الحلف نكوله على اليمين في الخصومة مع المشتري ، لأنها خصومة أخرى مع آخر . أما إذا تقدمت خصومة الشريكين ، فادعى الذي لم يبيع على البائع قبض الثمن ، وطلب حقه ، فعليه البينة ، ولا تقبل شهادة المشتري له . فإن لم تكن بينة ، حلف البائع ، فإن نكل ، حلف المشتري وأخذ نصيبه من البائع . فإذا انقضت خصومة الشريكين ، فطالب البائع المشتري بحقه ، أخذ بيمينه . فإن نكل ، حلف المشتري وبرى . ولا يمنع البائع من الحلف وطلب حقه من المشتري نكوله في الخصومة الأولى مع شريكه . وفي وجهه :

ينعم ، وهو ضيف باتفاق الأصحاب . وعلى ضعفه ، قال الإمام : القياس طرده فيما إذا تقدمت خصومة البائع والمشتري ، ونكل البائع ، وحلف المشتري . حتى يقال : تثبت للشريك مطالبة البائع بنصيبه من غير تجديد خصومة .

الوجه الثاني : أن يقول البائع للشريك : قبضت الثمن كله ، وصدقه المشتري ، وأنكر الشريك ، فله حالان .

أحدهما : أن يكون الشريك مأذوناً من جهة البائع في قبض الثمن ، فيراً للمشتري من نصيب البائع ، لاعترافه بأن وكيله قبضه . ثم تتصور خصومتان كما سبق ، فإن تخاصم الشريك والمشتري ، فالقول قول الشريك ، فيحلف ويأخذ نصيبه ، ويسلم له المأخوذ . وإن تخاصم البائع والشريك ، حلف الشريك . فإن نكل ، حلف البائع وأخذ حقه منه ، ولا رجوع له على المشتري . وكل هذا ، كما سبق في النزاع الأول . ولو شهد البائع للمشتري ، لم يقبل ، لأنه يشهد لنفسه .

الحال الثاني : أن يكون غير مأذون ، فلا تبرأ ذمة المشتري عن شيء من الثمن . ثم يكون البائع مأذوناً من جهة الشريك في القبض ، وتارة لا . فإن كان ، فله مطالبة المشتري بنصيبه ، وليس له مطالبته بنصيب الشريك ، لأنه لما أقر

بقبض الشريك نصيب نفسه ، صار معزولاً . ثم إذا تخاصم الشريك والمشتري ، فعلى المشتري البينة بالقبض . فإن لم تكن ، فالقول قول الشريك . فإذا حلف ، ففيمن يأخذ حقه منه ؟ وجهان . أحدهما : قال المزني وابن القاص وآخرون : إن شاء أخذ تمام حقه من المشتري ، وإن شاء شارك البائع في المأخوذ وأخذ الباقي من المشتري ، لأن الصفقة واحدة ، فكل جزء من الثمن شائع بينها . فإذا شارك ، لم يبق للبائع إلا ربع الثمن . وقال ابن سريج وغيره : ليس له إلا الأخذ من المشتري ، ولا يشارك البائع فيما أخذه ، لأن البائع انزل عن الوكالة بإقراره أن

الشريك أخذ حقه ، فما يأخذه بعد الانزال ، يأخذه لنفسه فقط . وهذا الوجه استحسنة الشيخان : أبو حامد وأبو علي . ولو شهد البائع للمشتري على الشريك بقبض الثمن ، فعلى قول المازني : لا تقبل شهادته ، لأنه يدفع بها شركة صاحبه فيما أخذه . وعلى ما ذكره ابن سريج : تقبل .

القسم الثاني : أن لا يكون البائع مأذوناً في القبض ، قال العراقيون : للبائع مطالبة المشتري بحقه ، وما يأخذه يسلم له ، وتقبل شهادته المشتري على الشريك . ويجيء وجه : في مشاركة صاحبه ، وفي قبول الشهادة . وحكى الحناطي وجهاً : أن أحد الوارثين ، لو قبض من الدين قدر حصته ، لم يشاركه الآخر ، إلا أن يأذن له المديون في الرجوع عليه ، أو لا يجد مالاً سواه . والصحيح : المشاركة مطلقاً . ولو ملكا عبداً ، فباعاه صفقة ، فهل ينفرد أحدهما بقبض حصته من الثمن ؟ وجهان . أحدهما : لا . فلو قبض شيئاً ، شاركه الآخر كالإيراث . وأرجحها : نعم ، كما لو انفرد بالبيع .

فرع

بينهما عبد ، فغصب غاصب نصيب أحدهما ، بأن نزل نفسه منزله ، فأزال يده ، ولم يزل يد صاحبه ، يصح من الذي لم يغصب نصيبه ببيع ، ولا يصح من الآخر بيع نصيبه إلا للغاصب ، أو لقادر على أخذه من الغاصب . فلو باع الغاصب والذي لم يغصب نصيبه ، جميع العبد صفقة واحدة بطل في نصيب الغاصب ، وصح في نصيب المالك ، ولا يخرج على تفريق الصفقة ، لأن الصفقة تعدد بتعدد البائع . وقيل : يبنى نصيب المالك ، على أن أحد الشريكين إذا باع نصف العبد مطلقاً ، ينصرف إلى نصيبه . أم يشيع ؟ فيه وجهان مذكوران في كتاب الصق . فان قلنا :

ينصرف إلى نصيبه ، صبح ، وإلا فيطل في ثلاثة أرباع البعد . وفي ربه قولا
تفريق الصفقة . ولا ينظر إلى هذا البناء إذا باع المالكان معاً ، وأطلقا ، ولا يحمل
كما لو أطلق كل واحد يسع نصف البعد ، لأن هناك تناول المقدّ الصحيح جميع
البعد . وهذان الفرعان ، غير مختصين بباب الشركة ، لكن ذكرهما الأصحاب هنا .
قلت : هذه مسائل مثورة .

إحداها : يستحب اشتراك المسافرين في الزاد مجلساً مجلساً ، نص عليه أصحابنا ،
وصحت فيه الأحاديث [والله أعلم] . وترك بياضاً في الأصل (١) .



(١) في هامش نسخة الظاهرية ما يلي : بياض كثير في الأصل نحو ثلثي صفحة ، ثم كتب أول الصفحة
بعدها ما نصه : المجلد الثانية من روضة الطالبين ومنهاج المفتين ، اختصار الفقير إلى رحمة ربه ومغفرته
ولطفه ورعايته يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين بن محمد بن حزام النواوي عفا الله عنه ،
اختصره من «شرح الوجيز» للإمام المحقق المتبحر أبي القاسم الرافعي رضي الله عنه ، ثم قال بعده في أثناء
الصفحة ما نصه : قال مختصره يحيى عفا الله عنه : ابتدأت في هذه المجلدة يوم الجمعة أول ذي الحجة سنة
سبع وستين وستائة . انتهى ، ثم بيض إلى آخر الصفحة ، ثم كتب أول الصفحة بعدها بالبسملة ، ثم
كتاب الوكالة اهـ .

كتاب الوكالة

فيه ثلاثة أبواب .

[الباب الأول في أركانها]

وهي أربعة .

الأول : ما فيه التوكيل . وله شروط .

الأول : أن يكون مملوكاً له . فلو وكله في طلاق من سينكحها ، أو يبيع عبد سيملكه ، أو إعتاق من سيملكه ، أو قضاء دين سيلزمه ، أو تزويج بنته إذا انقضت عدتها أو طلقها زوجها ، وما أشبه ذلك ، لم يصح على الأصح .

الشرط الثاني : أن يكون قابلاً للنيابة . والذي يفرض فيه النيابة ، أنواع .

منها العبادات . والأصل ، امتناع النيابة فيها . ويستثنى الحج ، والزكاة ، والكفارات ،

والصدقات ، وذبح الهدي ، والأضحية ، وركعتا الطواف من الأجير . وفيهما كلام

يأتي في الوصايا إن شاء الله تعالى . وفي صوم الولي عن الميت ، خلاف سبق في

موضعه . وألحق بالعبادات ، الشهادات ، والأيمان . ومن الأيمان : الإيلاء ، واللعان

والقسامة ، فلا يصح التوكيل في شيء منها قطعاً ، ولا في الظهار على الأصح . وفي

معنى الأيمان ، النذور ، وتعليق الطلاق ، والعق ، وكذا التدبير على المذهب . وقيل :

إن قلنا : إنه وصية ، جاز . ومنها ، المعاملات ، فيجوز التوكيل في طرفي البيع بأنواعه ،

كالسلم ، والصرف ، والتولية ، وغيرها ، وفي الرهن ، والهبة ، والصالح ، والابراء ،

والحوالة ، والضمان ، والكفالة ، والشركة ، والمضاربة ، والاجارة ، والجمالة ،

والمساقاة ، والإيداع ، والاعارة ، والأخذ بالشفعة ، والوقف ، والوصية ، وقبولها .

وفي وجه شاذ : لا يجوز التوكيل في الوصية ، لأنها قربة . ويجوز التوكيل في طرفي

النكاح والخلع ، وفي تنجيز الطلاق والاعتاق والكتابة ونحوها . ويجوز في الرجعة على الأصح . ولو أسلم على أكثر من أربع نسوة ، فوكل بالاختيار ، أو طلق إحدى امرأته ، أو أعتق أحد عبديه ، ووكل بالتعيين ، لم يصح . قلت : لو أشار إلى واحدة وقال : وكلتك في تعيين هذه الطلاق ، أو النكاح ، أو أشار إلى أربع من المسلمات ، فقال : وكلتك في تعيين النكاح فيهن ، فهو كالنوكيل في الرجعة ، فيصح على الصحيح ، قاله في « التتمة » . والله أعلم

ويجوز التوكيل في الاقالة وسائر الفسوخ ، لكن ما هو على الفور ، قد يكون التأخير بالتوكيل فيه تقصيراً . وفي التوكيل في خيار الرؤية ، خلاف سبق . ويجوز التوكيل في قبض الأموال ، مضمونة كانت أو غيرها ، وفي قبض الديون وإقباضها ، ومنها : الجزية ، يجوز في قبضها وإقباضها . وفي وجه : يمتنع توكيل الذمي مسلماً فيها .

قلت : قال أصحابنا : ويجوز توكيل أصناف الزكاة في قبضها لهم . والله أعلم

ومنها : العاصي ، كالقتل ، والسرقة ، والنصب ، والقذف ، فلا مدخل للتوكيل فيها ، بل أحكامها تثبت في حق مرتكبها ، لأن كل شخص بعينه مقصود بالامتناع منها .

فرع

في التوكيل في تملك الباحات ، كأحياء الموات ، والاحتطاب ، والاصطياد ، والاستقاء ، وجهان . أصحابها : الجواز . فيحصل الملك للوكل إذا قصد الوكيل له ، لأنه أحد أسباب الملك ، فأشبه الشراء .

قلت : هكذا حكاهما وجهين تقليداً لبعض الخراسانيين ، وهما قولان مشهوران.
والله أعلم

ولو استأجره ليحتطب له ، أو ليستقي ، قال في « التهذيب » : هو على الوجهين.
وبالمنع أجاب ابن كج . وقطع الامام بالجواز ، وقاس عليه وجه جواز التوكيل .
قلت : الأصح : قوله في « التهذيب » . وسلك الجرجاني في كتابه « التحرير »
طريقة أخرى فقال : يجوز التوكيل في الاحتطاب ونحوه بأجرة ، وفي جوازه بغيرها
وجهان . ولا يجوز في إحياء الموات بلا أجرة ، ويجوز بأجرة على الأصح .
والله أعلم

فرع

التوكيل بالافرار ، صورته أن يقول : وكلتك لتُفِرَّ عني لفلان بكذا ، وفيه وجهان .
أصحها عند الأكثرين : لا يصح ، لأنه خبر ، فأشبه الشهادة . فعلى هذا ، هل
يجعل مقراً بنفس التوكيل ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، قاله ابن القاص ، واخاره الامام .
وأصحها عند البغوي : لا ، كما أن التوكيل بالابراء لا يكون إبراءً .
قلت : قول ابن القاص أصح عند الأكثرين . وإذا صححنا التوكيل ، لم
يلزمه شيء قبل إقرار التوكيل على الصحيح الذي قطع به الجمهور ، وفي « الحاوي »
و « المستظري » وجه : أنه يلزمه بنفس التوكيل . والله أعلم

وإذا صححنا التوكيل ، فينبغي أن يبين الوكيل جنس المقر به وقدره . فلو
قال : أقر عني لفلان بشيء ، فأقر ، أخذ الوكيل (١) بتفسيره . ولو اقتصر على قوله :
(١) في مخطوطات الظاهرية : الموكل .

أقر عني لفلان ، فوجهان . أحدهما : هو كقوله : أقر عني بشيء . وأصحها : لا يلزمه شيء بحال ، لاحتمال أنه يريد الإقرار بلم أو شجاعة ، لا بحال . قلت : ولو قال : أقر عني لفلان بألف له علي ، فهو إقرار بلا خلاف ، صرح به الجرجاني وغيره . والله أعلم

فرع

للمدعي والمدعى عليه التوكيل في الخصومة ، رضي الخصم أم لم يرض ، وليس لصاحبه الامتناع من مخاصمة الوكيل ، سواء كان للموكل عذر ، أم لا ، وسواء كان المطلوب بالتوكيل في الخصومة مالا ، أو عقوبة لآدمي ، كالقصاص وحد القذف . وأما حدود الله تعالى ، فلا يجوز التوكيل في إثباتها ، لأنها مبنية على الدبر .

فرع

يجوز التوكيل في استيفاء حدود الله تعالى للامام ، والسيد في حد مملوكه ، ويجوز للوكيل استيفاء عقوبات الآدميين بحضرة المستحق . وفي غيبته ، طرق . أشهرها على قولين . أظهرهما : الجواز . والطريق الثاني : الجواز قطعاً . وثالث : المنع قطعاً .

قلت : قال ابن الصباغ : ولا يصح التوكيل في الالتقاط قطعاً ، كما لا يجوز في الاغتنام . فإن التقط ، أو غنم ، كان له دون الموكل . قال صاحب البيان : ينبغي أن يكون الالتقاط على الخلاف في تملك الباحات . وما قاله ابن الصباغ ، أقوى . ولو اضطرف رجلان ، فأراد أحدهما أن يفارق المجلس قبل القبض ، فوكل وكيلاً

في ملازمة المجلس ، لم يصح ، وينسخ المقدم بمفارقة الموكل ، لأن التنفيذ منوط بملازمة العاقد . فلو مات العاقد ، فهل يقوم وارثه مقامه في القبض ليقبض المقدم ؟ فيه وجهان حكاهما الامام والغزالي في « البسيط » بناءً على بقاء خيار المجلس .

والله أعلم

الشرط الثالث : أن يكون ما وكل فيه معلوماً من بعض الوجوه ، بحيث لا يعظم الضرر . وسواء كانت الوكالة عامة أو خاصة . أما العامة ، ففيها طريقة لامام الحرمين والغزالي ، وطريقة للأصحاب . فأما طريقتهما ، فقالا : لو قال : وكلتك في كل قليل وكثير ، فباطلة . وإن ذكر الأمور المتعلقة به مفصلة ، فقال : وكلتك في بيع أملاكي ، وتطبيق زوجاتي ، وإعتاق عبيدي ، صح توكيله . ولو قال : وكلتك في كل أمر هو مالي مما يقبل التوكيد ، ولم يفصل أجناس التصرفات ، فوجهان . أصحابها : البطلان . وأما طريقة سائر الأصحاب ، فقالوا : لو قال : وكلتك في كل قليل وكثير ، أو في كل أموري ، أو في جميع حقوقي ، أو في كل قليل وكثير من أموري ، أو فوضت إليك جميع الأشياء ، أو أنت وكيلني فتصرف في مالي كيف شئت ، لم تصح الوكالة . قالوا : ولو قال : وكلتك في بيع أموالي ، أو استيفاء ديوني ، أو استرداد ودائمي ، أو إعتاق عبيدي ، صحت ، وهذه الطريقة هي الصحيحة نقلاً ومعنى ، وقد نص [عليها] الشافعي رضي الله عنه . وأما الوكالة الخاصة ، ففيها صور .

إحداها : لو وكله في بيع جميع أمواله ، أو قضاء ديونه واستيفائها ، صح قطعاً . ولا يشترط كون أمواله معلومة على الصحيح . وكلام البغوي ، يقتضي اشتراطه . وفي فتاوى القفال : لو قال : وكلتك في استيفاء ديوني على الناس ، جاز

وإن كان لا يعرف من عليه الدين ، وأنه واحد أو جماعة كثيرة ، وأي جنس ذلك الدين . أما إذا قال : بيع بعض مالي ، أو طائفة منه ، أو سها ، فلا يصح ، لجہاته من الجملة . وكأن الشرط أن يكون الموكل فيه معلوماً أو يسهل علمه . ولو قال : بيع ما شئت من مالي ، أو اقبض ما شئت من ديوني ، جاز ، ذكره في « المذهب » و « التهذيب » . وفي « الحلية » ما يخالفه ، فانه قال : لو قال : بيع من رأيت من عبيدي ، لم يصح حتى يميز .

قلت : هذا المذكور عن « المذهب » هو الصحيح المعروف . قال في « التهذيب » : ولا يجوز أن يبيع الكل إلا أن يقبض الكل ^(١) . وأما قول صاحب « الحلية » ، ففي « البيان » أيضاً عن ابن الصباغ نحوه ، فانه قال : لو قال : بيع ما تراه من مالي ، لم يجز . ولو قال : ما تراه من عبيدي ، جاز ، وكلاهما شاذ ضعيف . وهذا النقل عن « الحلية » ، إن كان المراد به « الحلية » الروياني فغلط ، فان الذي في « حلية » الروياني : لو قال : بيع من عبيدي هؤلاء الثلاثة من رأيت ، جاز ، ولا يبيع الجميع ، لأن « من » للتبعض . ولو وكله أن يزوجه من شاء ، جاز ، ذكره القاضي أبو حامد ، وهذا لفظ الروياني في « الحلية » بحروفه . وقد صرح إمام الحرمين ، والنزالي في « البسيط » ، بانه إذا قال : بيع من شئت من عبيدي ، لا يبيع جميعهم ، لأن « من » للتبعض . فلو باعهم إلا واحداً ، جاز ، قال أصحابنا : لو قال : بيع هذا العبد ، أو هذا ، لم يصح . ولو وكله ليهب من ماله ما يرى ، قال في « الحاوي » : لا يصح . وقياس ما سبق ، أنه يصح . والله أعلم

الثانية : التوكيل في الشراء .

ولا يكفي [فيه] أن يقول : اشتري شيئاً ، أو حيواناً ، أو رقيقاً ، بل يشترط أن يبين أنه عبد أو أمة والنوع ، كالتركي والهندي وغيرها . ولا يشترط

(١) في مخطوطة الظاهرية : ولا أن يقبض الكل .

استقصاء أوصاف السلم ، ولا ما يقرب منها بلا خلاف. فان اختلفت أصناف نوع
اختلافاً ظاهراً ، قال الشيخ أبو محمد: لا بد من التعرض للصنف. وأما الثمن ، فلا
يشترط بيان قدره على الأصح. وعلى الثاني: يشترط بيان قدره أو غايته، بأن يقول:
من مائة إلى ألف . وحكى صاحب « التقریب » وجهاً : أنه يصح التوكيل بشراء
عبد مطلقاً ، وهذا الوجه ، ضعيف جداً. وإذا طرد في قوله: اشتر شيئاً، كان أبعد .
قلت : ذكر في « البسيط » تردداً في قوله: اشتر شيئاً تفرعاً على هذا الوجه .

وانتاعلم

ولو قال : اشتر لي عبداً كما تشاء، فقليل : يصح، كما لو قال في القراض : اشتر
من شئت من العبيد . والصحيح الذي عليه الأكثرون : لا يصح . والفرق ، أن
المقصود هناك ، الربح ، والعامل أعرف به. ولو وكله في شراء دار، يشترط ذكر
المحلة والسكة . وفي الحانوت يذكر السوق ، وعلى هذا القياس .

قلت : وفي ذكر الثمن ، الوجهان . وانتاعلم

الثالثة : التوكيل في الإبراء ، يشترط فيه علم الموكل إذا قلنا بالأظهر: إنه
لا يصح الإبراء عن المجهول كما سبق في « كتاب الضمان » . ولا يشترط علم الوكيل
على الأصح ، وبه قطع القاضي والغزالي. وفي « المذهب » و « التهذيب » : اشترط علمه
بجنسه وقدره كما لو قال : [بع] بما باع به فلان فرسه ، فإنه يشترط لصحة البيع
علم الوكيل دون الموكل . ولا يشترط في الإبراء علم من عليه الحق على الصحيح ،
والخلاف فيه مبني على ما سبق أن الإبراء إسقاط أو تمليك . فان قلنا : تمليك ،
اشترط علمه كالتهب ، وإلا ، فلا . ثم إن كانت صيغته: أبرء فلاناً عن ديني، أبرأه
عن جميعه . وإن قال: عن شيء منه ، أبرأه عن قليل منه . وإن قال : عما شئت،
أبرأه عما شاء ، وأبقى شيئاً .

قلت : قوله : أبرئه عن قليل منه ، يعني أقل ما ينطلق عليه اسم الشيء ، كذا صرح به في « التتمة » ، وهو واضح . ولو قال : أبرئه عن جميعه ، فأبرأه عن بعضه ، جاز ، بخلاف ما لو باع بمض ما أمره ببيعه . والله أعلم

الرابعة : قال : وكلتك في محاسبة خصامي ، وأطلق ، صح على الأصح وصار وكيلاً في جميع المحصومات . وقيل : يشترط تعيين من يحاسبه ، لاختلاف الفرض به .
الركن الثاني : الموكل .

تشرط فيه صحة مباشرته بملك أو ولاية ، فيخرج منه الصبي ، والمجنون ، والمغنى عليه ، والنائم ، والمرأة في التزويج ، والفاسق في تزويج بنته إذا لم نجمله ولياً . وأما السكران ، فتوكيله كسائر تصرفاته ، ويدخل فيه توكيل الأب والجدة في التزويج والمال . وأما الأخ والمم وغيرهما مما لا يحجر ، ففي توكيلهم في التزويج وجهان يذكران في الفكاك إن شاء الله تعالى . وأما الوكيل في البيع ونحوه ، فلا يملك التوكيل إلا إذا أذن له الموكل ، أو دلت عليه قرينة . وسيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى . وفي معناه ، توكيل المبد المأذون . وأما المحجور عليه بسفه ، أو فلس ، أو رق ، فيجوز توكيله فيما يستقل به من التصرفات ، ولا يجوز فيما لا يستقل به إلا بعد إذن الولي ، والمولى ، والغريم . ومن جوز التوكيل في بيع عبد سيملكه ، بقياسه جواز توكيل المحجور عليه فيما سيأذن فيه الولي ، ولم يتعرض له .

قلت : [قد يمكن الفرق ، بأن الخلل هناك^(١) في عبارة المحجور عليه . والله أعلم

ويستثنى مما سبق ، بيع الأعمى ، وشراؤه . فإنه يصح التوكيل فيه ، وإن لم يصح من الأعمى للضرورة .

(١) في مخطوطة الظاهرية : هنا .

قلت : قال في « الحاوي » : للأب والوصي والقيم أن يوكل في بيع مال
الطفل ، إن شاء عن نفسه ، وإن شاء عن الطفل . وفي جوازه عن الطفل ،
نظر . والله أعلم

الركن الثالث : الوكيل .

وشروطه صحة مباشرته ذلك الشيء لنفسه ، بأن يكون صحيح العبارة فيه ، فلا
يصح توكيل الصبي والمجنون في التصرفات . وفي جواز اعتماد قول الصبي في الإذن
في دخول الدار والملك عند إيصاله الهدية وجهان ، وسبقا في البيع . فإن جوزناه ،
فهو وكالة من الآذن والمهدي . وعلى هذا ، لو وكل الصبي فيه غيره ، فالقياس
تخريجه على الخلاف . والتفصيل في أن الوكيل ، هل يوكل ؟ فإن جاز ، صار الصبي
أهلاً للتوكيل ، ولا يصح كون المرأة والمُحرم وكيلين في النكاح . وفي توكيل العبد
في الشراء ونحوه ، وجهان سبقا في باب مدانة العبد . وفي توكيله في قبول النكاح
بغير إذن سيده ، وجهان . أصحهما : الجواز .

قلت : وفي توكيله فيه باذن السيد أيضاً ، وجهان في « الشامل » و « البيان » ،
وقطعا بالمنع بغير إذنه ، واختار الجواز مطلقاً . والله أعلم

وفي توكيله في الإيجاب وجهان . أصحهما : المنع ، لأنه لا يزوج بنته ، فبنت غيره
أولى ، كذا صححه الجمهور ، وقطع به جماعة . وتوكيل المحجور عليه لسفه في طرفي
النكاح ، كتوكيل العبد . والفاسق في الإيجاب إذا سلبناه الولاية ، كالعبد ، وفي القبول
يصح قطعاً . والمحجور عليه لفاس ، يوكل فيما لا يلزم ذمته عهدة قطعاً ، وفيما
يلزمها أيضاً على الأصح ، كما يصح شراؤه على الصحيح .

فرع

يصح توكيل المرأة في طلاق غيرها على الأصح ، كما يصح أن يفوض إليها طلاق نفسها . قال في « التتمة » : ولا يصح توكيلها في رجعة نفسها ، ولا رجعة غيرها ، لأن الفرج لا يستباح بقول النساء . ولا يصح توكيلها في الاختيار في النكاح إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة . وفي الاختيار للفراق وجهان ، لأنه يتضمن اختيار الأربع للنكاح .

قلت : الأصح : لا يصح . والله أعلم

فرع

توكيل المرتد في التصرفات المالية ، يبنى على بقاء ملكه وزواله . إن أبقيناه ، صح ، وإن قطعناه ، فلا ، وإن وقفناه ، فكذا التوكيل . ولو وكل ، ثم ارتد ، ففي انقطاع التوكيل ، الأقوال الثلاثة . ولو وكل رجل مرتداً ، أو ارتد الوكيل ، لم يقدر في الوكالة ، لأن الخلاف في تصرفه لنفسه ، لا لغيره ، كذا نقل الأصحاب عن ابن سريج . وفي « التتمة » : أنه مبني على أنه يصير محجوراً عليه ، إن قلنا : نعم ، انزل ، وإلا ، فلا .

قلت : ولو وكل المسلم كافراً ليقبل له نكاح مسلمة ، لا يصح . ولو وكله في قبول كتابية ، صح . وإن وكله في طلاق مسلمة ، فوجهان ، لأنه لا يملك طلاق مسلمة ، لكن يملك طلاقاً في الجملة . وللمكاتب أن يوكل غيره في البيع والشراء وسائر التصرفات التي تصح منه ، ولا يملك التوكيل في التبرع بغير إذن سيده . وبإذنه قولان ، بناءً على صحته بإذنه . ولو وكل رجل مكاتباً بجمل يفي

بأجرته ، جاز . وبغير جمل ، له حكم تبرعه . والله أعلم

الركن الرابع : الصيغة . فيه مسائل .

الأولى : لا بد من جهة الموكل من لفظ دال على الرضى ، كقوله : وكلتك في كذا ، أو فوضته إليك ، أو أنبتك فيه ، وما أشبهه . ومثله : بيع أو أعتق ونحوهما . وأما القبول ، فيطلق بمعنيين . أحدهما : الرضى والرغبة فيما فوض إليه ، ونقيضه الرد . والثاني : اللفظ الدال عليه على النحو المعتبر في البيع وسائر المعاملات . ويمتد في الوكالة القبول بالمعنى الأول . حتى لو رد قُبل : لا أقبل ، أو لأفعل ، بطلت الوكالة . فلو رد ثم ندم ، وأراد أن يفعل ، لم يحز ، بل لا بد من إذن جديد ، لأن الوكالة جائزة ، ترتفع في الدوام بالفسخ ، فارتدادها بالرد في الابتداء أولى . وأما المعنى الثاني وهو القبول لفظاً ، ففيه أوجه . أحدها : لا يشترط . والثاني : يشترط . والثالث : إن أتى بصيغة عقد ، كـ : وكلتك ، وفوضت إليك ، اشترط . وإن أتى بصيغة أمر ، نحو : بيع ، واشتر ، لم يشترط . فإن شرطنا القبول لفظاً ، فهل يشترط على الفور كالبيع ، أم في المجلس وإن طال ؟ أم يجوز أبداً وإن فارق المجلس ، كالوصية ؟ فيه أوجه ، الصحيح : اثناث . وأما القبول بالمعنى الأول ، فلا يشترط فيه التعميل بحال بلا خلاف . وإذا لم شرط القبول ، فوكاله ، والوكيل لا يعلم ، ثبتت وکالته على الأصح . غلى هذا لو تصرف الوكيل قبل العلم بالوكالة ، ثم بان وكيلاً ، ففي صحة تصرفه الخلاف السابق فيمن باع مال أبيه يظنه حياً ، فبان ميتاً . وإن لم تثبت الوكالة ، فهل نحكم بنفوذها حالة بلوغ الخبر ؟ وجهان .

فرع

حيث لا يشترط القبول ، تكفي الكتابة والرسالة ، ونجمله مأذوناً في التصرف . وحيث شرطنا ، فحكمه كما لو كتب بالبيع ، وقطع الروباني في الوكالة بالجواز .

قلت : قطع الماوردي أيضاً ، وكثيرون بالجواز وهو الصواب . والله أعلم

فرع

إذا شرطنا القبول ، فقال : وكلني في كذا ، فقال : وكلتك ، فهل يكفي ، أم لا بد من قبول بعده؟ فيه الخلاف السابق في البيع ونحوه . ثم قيل : الوكالة أحوج إلى الاشتراط ، لأنها ضمنية ، ولو قيل : عكسه ، لأن الوكالة يحتمل فيها ما لا يحتمل في البيع ، لكان أقرب .

المسألة الثانية : إذا علق الوكالة بشرط ، فقال : إذا قدم زيد ، أو جاء رأس الشهر ، فقد وكلتك في كذا ، أو أنت وكيلني ، لم يصح على الأصح . فلو نَجِزَ الوكالة وشرط للتصرف شرطا ، بأن قال : وكلتك الآن في بيع هذا العبد ، ولكن لا تبعه حتى يحجي رأس الشهر ، صح التوكيل بلا خلاف ، ولا يبيعه إلا إذا حصل الشرط . وإذا أفسدنا الوكالة بالتعليق ، فنصرف الوكيل بعد حصول الشرط . صح تصرفه على الأصح ، لحصول الاذن . وإن كان العقد فاسداً كما لو شرط الوكيل جملاً مجهولاً ، بأن قال : بيع كذا ولك عشر ثمنه ، تفسد الوكالة ، ويصح البيع . فعلى هذا ، فائدة فساد الوكالة سقوط الجعل المسمى إن كان ، والرجوع إلى أجرة المثل ، كما أن الشرط الفاسد في النكاح يفسد الصداق ، ويوجب مهر المثل ، ولا يؤثر فيه صحة النكاح .

فرع

لو قال : وكلتك ، ومتى عزلتك فأنت وكيلني ، ففي صحة الوكالة في الحال ،

وجهان . أصحابها : الصحة . فإذا قلنا بالصحة ، أو كان قوله : متى عزلتك ، مفصلاً عن الوكالة ، فمزله ، نظر ، إن لم يعلم به الوكيل ، واعتبرنا علمه في نفوذ العزل ، فهو على وكالته . وإن لم نعتبره ، أو كان عالماً به ، ففي عوده وكيلاً بعد العزل وجهان بناءً على تمليق الوكالة ، لأنه علّق الوكالة ثانياً على العزل ، أصحابها : المنع . فإن قلنا : يعود ، نظر في اللفظ الموصول بالعزل . فإن كان قال : إذا عزلتك ، أو مهما ، أو متى ، لم يقتض ذلك عود الوكالة إلا مرة واحدة . وإن قال : كلما عزلتك ، اقتضى المود مرة بعد مرة أبداً ، لأن وكلاً ، للتكرار . فإن أراد أن لا يعود وكيلاً ، فطريقه أن يوكل غيره في عزله ، فينمزل ، لأن المملّق عليه عزل نفسه . فإن كان قال : كلما عزلتك ، أو عزلك أحد عني ، فطريقه أن يقول : كلما عدت وكيلاً ، فأنت معزول . فإذا عزله ، ينمزل لتقاوم التوكيل والعزل ، واعتضاد العزل بالأصل ، وهو الحجب في حق الغير . والخلاف في قبول الوكالة التعليق ، جارٍ في أن العزل هل يقبله ، ولكن بالترتيب ؟ والعزل أولى بقبوله ، لأنه لا يشترط فيه قبول قطعاً . وتصحيح إدارة الوكالة والعزل جميعاً ، مبني على قبولها التعليق . قال الامام : وإذا نفذنا العزل ، وقلنا : تعود الوكالة ، فلا شك أن العزل ينفذ في وقت وإن لطف ، ثم ترتب عليه الوكالة . فلو صادف تصرف الوكيل ذلك الوقت اللطيف ، ففي نفوذ تصرفه وجهان .

المسألة الثالثة : تصح الوكالة الموقته ، كقولك : وكلتك إلى شهر رمضان .

الباب الثاني

في أحكام الوكالة الصحيحة

وهي أربعة .

الأول : صحة تصرف الوكيل إذا وافق ، والموافقة والمخالفة ترفعان بالنظر

إلى اللفظ تارة ، وبالقرائن أخرى . فإن القرينة قد تفوى ، فيترك لها إطلاق اللفظ . ولهذا لو أمره في الصيف بشراء الجمد ، لا يشتريه في الشتاء . وقد يتبادل اللفظ والقرينة ، ويحصل من تبادلها خلاف في المسألة . وهذا القول الجملي ، نوضحه بصور تعرف بها أخواتها .

إحداها : وكله في بيع شيء وأطلق ، لا يصح بيعه بغير نقد البلد ، ولا بضمن مؤجل ، ولا بضمن فاحش على المشهور . وفي قول : يصح كل ذلك موقوفاً على إجازة الموكل ، وهذا هو القول المنقول في بيع الفضولي ، والصواب : الأول ، وعليه التفريع . فلو كان في البلد نقدان ، لزمه البيع بأغلبها . فإن استويا في المعاملة ، باع بأنفعهما للموكل . فإن استويا ، تخير فيها على الصحيح . وفي وجه : لا يصح التوكيل حتى يبين . ثم إذا باع الوكيل على أحد الأوصاف الممنوعة ، لم يصر ضامناً للمبيع ما لم يسلمه إلى المشتري . فإذا سلم ، ضمن . ثم القول فيه إذا كان البيع باقياً ، أو تالفاً . وفي كيفية تفريم الموكل الوكيل والمشتري على ما بيناه فيما إذا باع المدل الرهن بضمن فاحش أو بغير نقد البلد ، أو بنسيئة . فأما بيع الوكيل بضمن يسير ، فجائز . واليسير هو الذي يتغابن الناس به ويحتملونه غالباً . ويبيع ما يساوي عشرة بتسعة ، متحمل . وبثانية غير متحمل^(١) قال الروياني : ويختلف القدر المتحمل باختلاف أجناس الأموال من الثياب والسبيد والمقار وغيرها .

فرع

لا يجوز للوكيل أن يقتصر على البيع بضمن الثلث وهناك طالب بزيادة . فلو باع

(١) في مخطوطة الظاهرية : بتسعة محتمل وبثانية غير محتمل .

بشمن المثل ، ثم حضر المجلس طالبُ زيادة ، فالحكم على ما سبق في عدل الرهن .

فرع

لو قال الموكل ببعه بكم شئت ، فله البيع بالغبن الفاحش ، ولا يجوز بالنسيئة ، ولا بغير نقد البلد . ولو قال بما شئت ، فله البيع بغير النقد ، ولا يجوز بالغبن ، ولا بالنسيئة . ولو قال : كيف شئت ، فله البيع بالنسيئة . ولا يجوز بالغبن ، ولا بغير نقد البلد ، وعن القاضي حسين ، جواز الجميع . ولو قال : بعه بما عزّ وهان ، قال في « التتمة » : هو كقوله : بكم شئت . وقال العبادي : له البيع بالعرض والغبن ، ولا يجوز بالنسيئة ، وهو الأولى .

فرع

الوكيل بالبيع مطلقاً ، هل يجوز بيعه لأبيه وابنه وسائر أصوله وفروعه ؟ وجهان . أصحابها : الجواز ، كما لو باع صديقه ، وكالم يزوج موليته لابنه البالغ إذا أطلقت الاذن ، وقلنا : لا يشترط تعيين الزوج ، فانه يصح قطعاً . ويجري الوجهان في البيع للزوج والزوجة إذا قلنا : لا تقبل شهادته له ، أو فيما لو باع لمكاتبه ، والوجهان في الفروع المستقلين . أما ابنه الصغير ، فلا يصح البيع له مطلقاً ^(١) . وكذا لا يبيع من نفسه على الصحيح المعروف . وعن الاصطخري ، جوازه . فعلى الصحيح : لو صرح في الاذن في بيعه لنفسه ، فوجهان . قال ابن سريج : يصح . وقال الأكثرون : لا يصح . ولو أذن في بيعه لابنه الصغير ، قال في « التتمة » : هو على هذا الخلاف .

(١) في مخطوطة الظاهرية : قطعاً .

وقال البغوي : وجب أن يجوز . ويجري الوجهان ، فيما لو وكله في الهبة لنفسه ، أو تزويج بنته لنفسه . وفي تولي ابن المم طرفي النكاح ، أن يتزوج بنت عمه بانها وهو وليها ، والنكاح أولى بالنعم . وفيما لو وكل مستحق الدين المدين باستيفائه من نفسه ، أو وكل مستحق القصاص الجاني باستيفائه من نفسه في النفس أو الطرف ، أو وكل الامام السارق في قطع يده ، أو وكل الزاني ليجلد نفسه . والصحيح : النعم في كل ذلك ، وطردهما في الوكيل في الخصومة من الجانين ، والأصح : النعم . فعلى هذا يتخير ويخاصم لأيهما شاء . ولو توكل في طرفي النكاح أو البيع ، فعلى الوجهين . وقيل بالنعم قطعاً . ولو وكل من عليه الدين في إبراء نفسه ، فقيل على الوجهين . وقيل : يجوز قطعاً ، وهو بناء على اشتراط القبول في الإبراء . فان اشترطناه ، جرى الوجهان ، وإلا فيجوز قطعاً ، كما لو وكل من عليه القصاص في العفو ، والعبد في إعناق نفسه . والوكيل في الشراء كالوكيل في البيع في أنه لا يشتري من نفسه ، ولا مال ابنه الصغير . وفي ابنه الكبير ، الوجهان في سائر الصور .

قلت : وإذا وكل الابن الكبير أباه في بيع ، لم يجوز أن يبيع لنفسه . على الأصح . وحكى في الحاوي ، وجهاً : أنه يجوز تقليباً للأبوة ، كما لو كان في حجرة .

والله أعلم

فرع

إذا أذن في البيع مؤجلاً ، نظر . إن قدر الأجل ، صح التوكيل . وإن أطلق ، فوجهان . أحدهما : لا يصح ، لاختلاف الغرض . وأصحها : يصح . وفيما يحمل عليه ، أوجه . أحدها : أنه ينظر إلى المتعارف في مثله . فإن لم يكن فيه عرف ، راعى الأنفع . والثاني . له التأجيل إلى ما شاء . والثالث : إلى سنة .

الصورة الثانية : في قبض الثمن ، وإقباض المبيع . فإذا وكله بالبيع مطلقاً ، فهل يملك الوكيل قبض الثمن ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأنه لم يأذن فيه ، وقد يرضاه للبيع ، ولا يرضاه لقبض الثمن . وأصحها : نعم ، لأنه من توابع البيع ومقتضياته . وهل يملك تسليم المبيع إذا كان معه ؟ أشار كثيرون إلى الجزم بجوازه . وقال الشيخ أبو علي : هو على الوجهين في قبض الثمن . ولو صرح بها ، لم يملك التسليم ما لم يقبض الثمن ، وعلى هذا جرى صاحب « التهذيب » وغيره .

قلت : الأصح : جواز تسليمه ، ولكن بعد قبض الثمن . فهذا هو الراجح في الدليل ، وفي النقل أيضاً ، وقد صححه الرافعي في « المحرر » . والله أعلم

والوكيل في الصرف ، يملك القبض والاقباض بلا خلاف ، لأنه شرط في صحة العقد ، وكذلك في السلم يدفع وكيل السلم رأس المال ، ويقبضه وكيل المسلم إليه قطعاً .

فرع

إذا باع الوكيل بمؤجل حيث يجوز ، سلم المبيع على المذهب ، إذ لا حبس بالمؤجل ، ويحيى وجه مما ذكره أبو علي : أنه لا يسلم ، إذ لم يفوض إليه . ثم إذا حل الأجل ، لا يملك الوكيل قبض الثمن إلا باذن مستأنف . وإذا باع بحال ، وجوزنا قبض الثمن ، لم يسلم المبيع حتى يقبضه كما لو أذن فيها صريحاً ، وله مطالبة المشتري بتسليم الثمن . وإذا لم يجوز له القبض ، فلا تجوز له المطالبة ، والموكل المطالبة بالثمن على كل حال . ولو منعه من قبض الثمن ، لم يحجز قبضه قطعاً . ولو منعه

من تسليم المبيع ، فكذاك عند الشيخ أبي علي . وقال آخرون : هذا الشرط فاسد ، فإن التسليم مستحق بالعقد . وفي فساد الوكالة به وجهان . أحدهما : تفسد ، ويسقط الجمل المسمى ، فيرجع بأجرة المثل . والصواب أن يقال : المسألة مبنية على أن في صورة الاطلاق ، هل للوكيل التسليم ، أم لا ؟ إن قلنا : لا ، فعند المنع أولى ، وإن قلنا : نعم ، فذلك من توابع العقد وتبائنه ، لا لأن تسليمه مستحق بالعقد ، فإن المستحق هو التسليم ، لا تسليمه بعينه ، والممنوع منه تسليمه . فلو قال : امنع المبيع منه ، فهذا شرط فاسد ، لأن منع الحق عمن يستحق ، وإثبات يده عليه ، حرام . وفرق بين قوله : لا تسليمه إليه ، وقوله : أمسكه أو امنعه (١) .

فرع

الوكيل بالشراء ، إن لم يسلم الموكل إليه الثمن ، واشترى في الذمة ، فسيأتي الكلام - في أن المطالبة بالثمن ، على من توجه ؟ - في الحكم [من الباب] الثاني إن شاء الله تعالى . وإن سلمه إليه واشترى بعينه ، أو في الذمة ، فهل يملك تسليم الثمن وقبض المبيع بمجرد الاذن في الشراء ؟ قال في « التتمة » ، و « التهذيب » : فيه الخلاف السابق في وكيل البائع ، وجزم الغزالي بالجواز ، فإن العرف يقتضيه . قلت : الصحيح : القطع بالجواز ، وهو الذي جزم به صاحب « الحاوي » ، والأكثرون . وقال صاحب « الشامل » : يسلم الثمن قطعاً ، ويقبض المبيع على الأصح ، ففرق بينهما . والله أعلم

فرع

إذا سلم المشتري الثمن إلى الموكل أو الوكيل حيث يجوز قبضه ، لزم الوكيل

(١) في نسخة الظاهرية : وامنه .

تسليم المبيع وإن لم يأذن الوكيل فيه ، لأن الثمن إذا قبض صار دفع المبيع مستحقاً ، والمشتري الانفراد بأخذه . فإن أخذه المشتري ، فذاك ، وإن سلمه الوكيل ، فالأمر محمول على أخذ المشتري ، فلا حكم للتسليم .

فرع

ذكرنا أن الوكيل لا يسلم المبيع قبل قبض الثمن . فلو فعل ، غرم للموكل قيمته إن كانت القيمة والثمن سواء ، أو كان الثمن أكثر . فإن كانت القيمة أكثر ، بأن باعه ببغبن محتمل ، فهل يغرم جميع القيمة ، أم يحيط قدر الثمن ؟ وجهان . أصحها : أولهما . فإن باعه ببغبن فاحش باذن الموكل ، فقياس الوجه الثاني : أن لا يغرم إلا قدر الثمن ، ثم إذا قبض الوكيل الثمن بعدما غرم ، دفعه إلى الموكل ، واسترد الغروم .

فرع

الوكيل باستيفاء الحق ، هل يثبت ، أو بآبائه ، هل يستوفيه عيناً كان أو ديناً؟ فيه أوجه . أصحها : لا . والثاني : نعم . والثالث : يثبت ولا يستوفي . فلو كان الحق قصاصاً أو حداً ، لم يستوفه على المذهب . وقال ابن خيران : على الوجهين .

الصورة الثالثة : في شرائه الميب . فلو وكيل بالشراء حالان .

أحدهما : أن يوكل في شراء موصوف ، فلا يشتري إلا سليماً ، فإن اشترى مميباً ، نظر ، إن كان مع العيب يساوي ما اشتراه به ، فإن جهل العيب ، وقع عن الموكل ، وإن علمه ، فأوجه . أصحها : لا يقع عنه ، لأن الاطلاق يقتضي سليماً . والثاني : يقع . والثالث : إن كان عبداً يجزىء في الكفارة ، وقع عنه ، وإلا ، فلا ، إلا أن

يكون كافراً ، فانه يجوز للوكيل شراؤه . وإن لم يساوِ ما اشتراه [به] ، فان علم ، لم يقع عن الموكل ، وإن جهل ، وقع عنه على الأصح عند الأكثرين ، كما لو اشتراه بنفسه جاهلاً . وحيث قلنا بوقوعه عن الموكل ، فان كان جاهلاً ، فلموكل الرد قطعاً ، وكذا للوكيل على الصحيح . وعن ابن سريج : أنه لا يتفرد بالرد . وإن كان الوكيل عالماً ، فلا رد له ، والموكل الرد على الأصح . فعلى هذا ، هل ينتقل الملك إلى الوكيل ، أم يفسخ العقد من أصله ؟ وجهان . فمن قال بالانتقال ، كأنه يقول : ينقذ موقوفاً حتى يتبين الحال ، وإلا ، فيستحيل ارتداد الملك من الموكل إلى الوكيل ، قاله الامام . وهذا الخلاف ، تفريع على وقوعه للموكل مع علم الوكيل ، وهو خلاف ظاهر المذهب .

الحال الثاني : أن يكون وكيلاً في شراء معين . فان لم يتفرد الوكيل في الحال الأول بالرد ، فهنا أولى ، وإلا ، فوجهان . الأصح المنصوص : الجواز ، لأن الظاهر أنه يريد بشرط السلامة . ولم يذكرنا في هذا الحال ، متى يقع عن الموكل ، ومتى لا يقع ؟ والقياس : أنه كما سبق في الحال الأول . لكن لو كان البيع معيياً يساوي ما اشتراه به وهو عالم ، فإيقاعه عن الموكل هنا أولى ، لجواز تعلق الغرض بعينه . وكل ما ذكرناه في الحالين ، فيما إذا اشترى في الذمة . أما إذا اشترى بعين مال الموكل ، فحيث قلنا هناك : لا يقع عن الموكل ، لا يصح هنا أصلاً . وحيث قلنا : يقع ، فكذا هنا ، وليس للوكيل الرد على الأصح . ومتى ثبت الرد للوكيل في صورة الشراء في الذمة ، فاطلع الموكل على العيب قبل اطلاع الوكيل أو بعده ، ورضيه ، سقط خيار الوكيل ، ولا يسقط خيار الموكل بتأخير الوكيل وتقصيره . وإذا أخر الوكيل الرد ، أو صرح بالزام العقد ، فهل له العود إلى الرد ، لأن أصل الحق باقٍ وهو نائب ، أم لا ، لأنه بالتأخير كالمazel نفسه عن الرد ؟ وجهان . أصحهما : الثاني . فاذا قلنا به ، وأثبتنا له العود ولم يعد ، فاطلع الموكل عليه ، وأراد الرد ، فله ذلك إن سماه الوكيل في الشراء ، أو نواه وصدقه

البائع ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : يرد على الوكيل ، ويلزمه المبيع ، لأنه اشترى في الذمة ما لم يأذن فيه الموكل ، فانصرف إليه . وبهذا قطعا في « التهذيب » ، و « التتمة » . والثاني وبه قطع الشيخ أبو حامد وأصحابه : أن المبيع للموكل ، وقد فات الرد لتفريط الوكيل . ويضمن الوكيل ، وفيما يضمنه وجهان . قال أبو يحيى البلخي : يضمن قدر نقص قيمته من الثمن . فلو كانت القيمة تسعين ، والثمن مائة ، رجع بمشرة . فإن تساويا ، فلا رجوع . وقال الأكثرون : يرجع بارش الميب من الثمن . قلت : المذكور عن « التهذيب » ، و « التتمة » ، أصح ، وقد نقله صاحب « المذهب » عن نصر الشافعي رضي الله عنه . والله أعلم

فرع

لو أراد الوكيل الرد بالميب ، فقال البائع : أخر حتى يحضر الموكل ، لم يلزمه إجابته . وإذا رد ، فحضر الموكل ورضيه ، احتاج إلى استئناف الشراء . ولو أخر كما التمس البائع ، فحضر الموكل ولم يرضه ، قال البغوي : المبيع للوكيل ، ولا رد ، لتأخيره مع الامكان . وقيل : له الرد ، لأنه لم يرض بالميب . ولقائل أن يقول للبغوي : أنت وسائر الأصحاب متفقون على أنه إذا رضي الوكيل بالميب ، ثم حضر الموكل وأراد الرد ، فله ذلك إن كان الوكيل سماء أو نواه ، وهنا الوكيل والموكل والبائع متصادقون على أن الشراء وقع للموكل ، ومن ضرورة ذلك أن يكون سماء أو نواه ، فوجب أن يقال : المبيع للموكل ، وله الرد .

فرع

إذا أراد الوكيل الرد ، فقال البائع : قد عرفه الموكل ورضيه ، ولا رد لك ،

خطر ، إن لم يحتمل بلوغ الخبر إليه ، لم يلتفت إلى قوله ، وإن احتمل ، وأنكر الوكيل ، حلف على نفي العلم برضى الموكل . وفي وجه ضيف : لا يحلف . فإن عرضنا اليمين على الوكيل ، فحلف ، رده . فإن حضر الموكل ، فصدق البائع ، فمن ابن سريج : أن له استرداد المبيع من البائع ، لموافقته إياه على الرضى قبل الرد . وعن القاضي حسين : لا يسترد ، وينفذ فسخ الوكيل .

قلت : المنقول عن ابن سريج أصح ، وبه قطع صاحبنا « الشامل » و« البيان » .
والله أعلم

وإذا نكل الوكيل ، حلف البائع ، وسقط رد الوكيل . ثم إذا حضر الموكل ، وصدق البائع ، فذاك . وإن كذبه ، قال في « التهذيب » : يلزم العقد الوكيل ، ولا رد له ، لا بطلان الحق بالنكول . وفيه الاشكال السابق في الفرع قبله .

فرع

الوكيل بالبيع إذا باع ، فوجد المشتري بالمبيع عيباً ، رده عليه إن لم يعلمه وكيلاً ، وإن علمه ، فإن شاء رده عليه ، ثم هو يرد على الموكل ، وإن شاء رد على الموكل . وهل للوكيل حط بعض الثمن للعيب ؟ فيه قولان .

قلت : ينبغي أن يكون أصحابها : عدم الحط . والله أعلم

ولو زعم الموكل حدوث العيب في يد المشتري ، وصدق الوكيل المشتري ، رد على الوكيل ، ولم يرد الوكيل على الموكل .

فرع

سيأتي في كتاب القراض إن شاء الله تعالى : أن الوكيل بالشراء ، هل يشتري من يعتق على الموكل ؟ فإن قلنا : يشتريه ، فكان مبيعاً ، فلو وكيل رده ، لأنه لا يعتق على الموكل قبل رضا بالميب ، ذكره في « التهذيب » .

الصورة الرابعة : في توكيل الوكيل ، فإن سكت الموكل عنه ، نظر ، إن كان أمراً يتأثّر له الاتيان به ، لم يجوز أن يوكل فيه . وإن لم يتأثّر منه ، لكونه لا يحسنه ، أو لا يليق بمنصبه ، فله التوكيل على الصحيح ، لأن القصد من مثله الاستنابة . وفي وجه : لا يوكل ، لقصور اللفظ / ولو كثرت التصرفات الموكّلة فيها ، ولم يمكنه الاتيان بجميعها ، لكثرتها ، فالذهب : أنه يوكل فيما يزيد على الممكن ، ولا يوكل في الممكن . وفي وجه : يوكل في الجميع . وقيل : لا يوكل في الممكن . وفي الباقي وجهان . وقيل : في الجميع وجهان . وإن أذن له في التوكيل ، فله أحوال .

الأول : إذا قال : وكل عن نفسك ، ففعل ، انزل الثاني بمنزل الأول إياه ، وبموته وجنونه على الصحيح في الجميع ، لأنه نائبه . ولو عزل الموكل الأول ، انزل . وفي انزال الثاني بانزاله هذا الخلاف . ولو عزل الموكل الثاني ، انزل على الأصح ، كما ينزل بموته وجنونه . والثاني : لا ، لأنه ليس وكيلاً من جهته . والذي يجمع هذه الاختلافات ، أن الوكيل الثاني ، هل هو وكيل الوكيل الأول كما لو صرح به ، أم وكيل الموكل ، ويكون تقديره : أقم غيرك مقام نفسك ؟ والأصح : أنه وكيل الوكيل الأول .

الحال الثاني : أن يقول : وكل عني ، فالثاني وكيل الموكل ، وله عزل أيها .

شاه ، وليس لأحدهما عزل الآخر ، ولا ينزل أحدهما بانزال الآخر .

الحال الثالث : إذا قال : وكلتك في كذا ، وأذنت لك أن توكل فيه ، ولم يقل : عنك، ولا عني ، فهذا كالصورة الأولى ، أم كالثانية ؟ وجهان. أصحابها : الثاني . وإذا جوزنا له أن يوكل في صورة سكوت الموكل ، فينبغي أن يوكل عن موكله . فلو وكل عن نفسه ، فوجهان .

قلت : أصحابها : لا يجوز . والله أعلم

فرع

حيث ملك الوكيل أن يوكل ، فشرطه أن يوكل أميناً، إلا أن يبين له غيره . ولو وكل أميناً ، ثم فسق ، هل له عزله ؟ وجهان .

قلت : أقيسها : المنع . والله أعلم

فرع

لو وكله في تصرف ، وقال : افعل فيه ما شئت ، لم يكن ذلك إذناً في التوكيل على الأصح .

قلت : لو قال : كل ما تصنمه ، فهو جائز، فهو كقوله : افعل ما شئت . والله أعلم

الصورة الخامسة : في امتثال تقييد الموكل . والصور المذكورة من أول الباب إلى هنا ، مفروضة في التوكيل المطلق ، ومن هنا إلى آخره في التوكيل المقرون بتقييد . وحاصله : أنه يجب مراعاة تقييد الموكل ، ورعاية المفهوم منه بحسب العرف . وفيه مسائل .

إحداها : إذا عين الموكل شخصاً، بأن قال: بيع لزيد . أو [عين] وقتنا، بأن قال :
بيع يوم الجمعة ، لم يجوز أن يبيع لغير زيد ، ولا قبل الجمعة ، ولا بعده .
قلت : هكذا قال الأصحاب في البيع قبل الجمعة وبمده : إنه لا يصح .
قالوا : وكذا حكم العتق ، لا يجوز قبل الجمعة ولا بعده . وأما الطلاق ، فنقل
صاحباً « الشامل » و « البيان » عن الداركي ، أنه قال : إن طلقها قبل الجمعة ،
لا يقع ، وإن طلقها بمده يقع ، لأنها إذا كانت مطلقة يوم الجمعة ، كانت مطلقة يوم
السبت ، بخلاف الخميس . ولم أر هذا لغيره ، وفيه نظر . والله أعلم

لو عين مكاناً من سوق ونحوها ، نظر ، إن كان له في ذلك المكان غرض
ظاهر ، بأن كان الراغبون فيه أكثر ، أو النقد فيه أجود ، لم يجوز البيع في غيره .
وإلا ، فوجهان . أحدهما : يجوز ، وبه قال القاضي أبو حامد ، وقطع به النزالي .
وأصحها عند ابن القطان والبنفوي : المنع .

قلت : قطع بالجواز أيضاً صاحباً « التنبيه » ، و « التتمة » وغيرهما ، لكن
الأصح على الجملة : المنع ، وهو الذي صححه الماوردي ، والرافعي في « المحرر » .
قلت : هذا إذا لم يقدر الثمن . فإن قال: بيع في سوق كذا بمائة ، فباع بمائة في
غيرها ، جاز ، صرح به صاحباً « الشامل » ، و « التتمة » وغيرهما . والله أعلم

ولو نهاه صريحاً عن البيع في غيره ، امتنع قطعاً . ولو قال : بيع في بلد
كذا ، قال ابن كج : هو كقوله : بيع في سوق كذا ، حتى لو باع في بلد آخر ،
جاء فيه التفصيل المذكور ، وهذا صحيح ، لكنه يصير ضامناً بالنقل من ذلك البلد ،
ويكون الثمن مضموناً في يده . بل لو أطلق التوكيل في البيع في بلد ، فليبيع
فيه . فإن نقل ، ضمن .

المسألة الثانية : قال : بع بمائة درهم ، لم يبيع بدونها ، وله البيع بأكثر .
والقصد بالتقدير : أن لا ينقص فيها من المرف . وفي وجه شاذ حكاه المبادي :
لا يجوز البيع بأكثر من مائة . والصحيح المعروف : الأول . ولو نهى عن الزيادة
صريحاً ، لم يزد قطعاً .

قلت : حكى في « النهاية » و « البسيط » عن صاحب « التقریب » أنه لو قال :
بع بمائة ولا تزد ، فزاد ، أو اشتر هذا العبد بمائة ولا تنقص ، فنقص ، ففي صحته
وجهان . قالوا : والوجه أن يقال : إن أتى بما هو نص في المنع ، لم ينفذ ، لمخالفته ،
وإن احتمل أنه يريد : لا تتم نفسك في طلب الزيادة والنقص ، اتجه التنفيذ .

والله أعلم

وهل له البيع بمائة وهناك راغب بزيادة على المائة ؟ فيه وجهان .

قلت : أصحها : المنع ، لأنه مأمور بالاحتياط والنبط . والله أعلم

قال الأصحاب : ولو كان المشتري معيناً ، فإن قال : بعه لزيد بمائة ، لم يجوز
أن يبيع بأكثر منها قطعاً ، لأنه ربما قصد إرفاقه .

فرع

لو قال : بعم ثوبي ، ولا تبعه بأكثر من مائة ، لم يبعه بأكثر من مائة ، ويبيع
بها وبما دونها ما لم ينقص عن ثمن المثل . ولو قال : بعه بمائة ، ولا تبعه بمائة وخمسين ،
فليس له يبعه بمائة وخمسين ، ويجوز يا دون ذلك ما لم ينقص عن مائة ، ولا يجوز
يا زاد على مائة وخمسين على الأصح .

نفرع

الشراء كالبيع فيما سبق . فإذا قال : اشتر بائة ، فله الشراء بأقل ، إلا أن ينهاء ، ولا يشتري بما فوقها . ولو قال : اشتر بائة ، ولا تشتري بخمسين ، فله الشراء بالمائة وبما بينها ^(١) وبين خمسين ، ولا يجوز بخمسين . وفيها دونها ، الوجهان .

قلت : قال أصحابنا : لو قال : اشتر عبد فلان بائة ، فاشتره بأقل منها ، صح ، وهذا يخالف ما سبق في قوله : بعه لزيد بائة . قال صاحب « الحاوي » : والفرق أنه في البيع ممنوع من قبض ما زاد على المائة ، فلا يجوز قبض ما نهي عنه . وفي الشراء ، مأمور بدفع مائة ، ودفع الوكيل بعض المأمور به جائز . والله أعلم

المسألة الثالثة : لو قال : بعه إلى أجل ، وبين قدره ، أو قلنا : لا حاجة إلى بيان ، وحملناه على المعتاد ، فخالف وباع حالاً ، نظر ، إن باعه بقيمته حالاً ، لم يصح ، لأنه أقل مما أمر به . وإن باعه حالاً بقيمته إلى ذلك الأجل ، نظر ، إن كان في وقت لا يؤمن الذهب والورقة ، أو كان لحفظه مؤنة في الحال ، لم يصح أيضاً . وإن لم يكن شيء من ذلك ، صح على الأصح . ولا فرق فيما ذكرنا بين ثمن المثل عند الإطلاق ، وبين ما قدره من الثمن ، بأن قال : بعه بائة نسيئة ، فباع بائة قدراً . ولو قال : بعه بكذا إلى شهرين ، فباع به إلى شهر ، ففيه الوجهان . ولو قال : اشتر حالاً ، فاشتره مؤجلاً بقيمته مؤجلاً ، لم يصح للموكل ، لأنه أكثر ، وإن اشتره بقيمته حالاً ، فوجهان كما في طرف البيع . قال صاحب « التمه » : هذا إذا قلنا : إن مستحق الدين المؤجل إذا عجل حقه ، يلزمه القبول . وأما إذا قلنا : لا يلزمه ، فلا يصح الشراء هنا للموكل بحال . وذكر هو وغيره تخريباً

(١) في الأصل : وما بينها ، وما أثبتناه من نسخة الظاهرية .

على المسألة التي نحن فيها : أن الوكيل بالشراء مطلقاً ، لو اشترى نسبة بضمن مثله تقدماً ، جاز ، لأنه زاد خيراً ، وللموكل تفريغ ذمته بالتعجيل .

قلت : هذا المنقول أولاً عن « التتمة » قد عكسه صاحب « الشامل » فقال : هذا الخلاف حيث لا يجبر صاحب الدين على قبول تعجيله ، وحيث يجبر ، يصح الشراء قطعاً . وهذا الذي قاله ، أصح وأقرب إلى تعليل الأصحاب .

والله أعلم

فرع

لو دفع [إليه] ديناراً ، وقال : اشتر به شاة ، ووصفها ، فاشترى به شاتين بتلك الصفة ، نظر ، إن لم تساوِ واحدة منهما ديناراً ، لم يصح الشراء للموكل وإن زادت قيمتها جميعاً على الدينار ، لفوات ما وكل فيه . وإن ساوت كل واحدة ديناراً ، فقولان . أظهرهما : صحة الشراء ، وحصول الملك فيها للموكل ، لأنه حصل غرضه وقولان . والثاني : لا تقع الشاتان للموكل ، لأنه لم يأذن فيها ، بل ينظر ، إن اشتراها في الذمة ، فلموكل واحدة بنصف دينار ، والأخرى الوكيل ، ويرد على الموكل نصف دينار . وللموكل أن ينتزع الثانية منه ، ويقرر العقد فيها ، لأنه عقد العقد له . وفي قول شاذ : لا يصح الشراء للموكل في واحدة منها ، بل يقمان للوكيل . وإن اشتراها بعين الدينار ، فقد اشترى شاة بأذنه ، وشاة بلا إذنه ، فيبني على وقف العقود . فإن قلنا : لا توقف على الإجازة ، بطل العقد في شاة . وفي الأخرى قولاً [تفريق] الضففة . وإن قلنا : توقف ، فإن شاء الموكل أخذهما بالدينار ، وإن شاء اقتصر على واحدة ورد الأخرى على البائع . وهذا القول مشكل ، لأن تعيين الشاة للموكل أولاً بطلان العقد فيها ، ليس بأولى من تعيين الأخرى ، والتخير

يشبه بيع شاة من شاتين ، وهو باطل . فإذا صححنا الشراء فيها للموكل ، فباع الوكيل إحداها بنير إذن الموكل ، ففي صحة بيعه ، قولان . وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى شاة بدينار ، وباعها بدينارين . وقيل : هذا الخلاف ، هو القولان في بيع الفضولي ، فعلى الجديد : يلغو ، وعلى القديم : ينقذ موقوفاً على إجازة الموكل . قلت : الأظهر : أنه لا يصح بيعه . قال أصحابنا : ولو اشترى به شاتين ، تساوي إحداها ديناراً ، والأخرى بعض دينار ، فطريقان . الأصح منها عند القاضي أبي الطيب والأصحاب : صحة البيع فيها جميعاً ، ويكون كما لو ساوت كل واحدة ديناراً على ما سبق . فعلى الأظهر : يلزم البيع فيها جميعاً للموكل ، وبه قطع المحامي وغيره . والطريق الثاني : لا يصح في حق الموكل واحدة منها . فعلى الأظهر : لو باع الوكيل التي تساوي ديناراً ، لم يصح قطعاً ، وإن باع الأخرى ، فعلى الخلاف . وإن قلنا : للوكيل إحداها ، كان له التي لا تساوي ديناراً بحصتها ، وللموكل انتزاعها كما سبق . والله أعلم

فرع

قال : بع عبدي بمائة درهم ، فباعه بمائة وعبد أو وثوب يساوي مائة ، فعن ابن سريج : أنه على قولين بالترتيب على مسألة الشاتين ، وأولى بالمنع ، لأنه عدل عن الجنس . فإن أبطلنا ، فهل يبطل في القدر المقابل لغير الجنس وهو النصف ، أم في الجميع ؟ قولان . فإن قلنا : في ذلك القدر ، قال في التهمة : لا خيار له ، لأنه إذا رضي ببيع الجميع بمائة ، فالبيع أولى . وأما المشتري ، فإن لم يعلم أنه وكيل بالبيع بدراهم ، فله الخيار ، وإن علم ، فوجهان ، لشروعه في المقد مع العلم بأن بعض العقود عليه لا يسلم له .

قلت : ولو باعه بمائة درهم ودينار ، ففي « التتمة » و « التهذيب » : أنه على الخلاف في مائة وثوب . وقطع صاحب « الشامل » بالصحة ، لأنه من جنس الأثمان ، وينبغي أن يكون الأصح في الجميع : الصحة . والله أعلم

فرع

لو قال : بـع بألف درهم ، فباع بألف دينار ، لم يصح ، لأنه غير المأمور به ، وفيه احتمال ذكره ابن كج ، والغزالي في « الوجيز » . وعلى هذا الاحتمال : البيع بعرض يساوي ألف دينار ، يشبه أن يكون كالبيع بألف دينار .
الصورة السادسة : في الوكالة في الخصومة ، وفيها مسائل .

إحداها : الوكيل بالخصومة من جهة المدعي ، يدعي ويقيم البينة ويسعى في تعديلها ، ويحلف ويطلب الحكم والقضاء ، ويفعل ما هو وسيلة إلى الإثبات . والوكيل من جهة المدعى عليه ، ينكر ويظن في الشهود ، ويسعى في الدفع بما أمكنه .
الثانية : هل يشترط في التوكيل في الخصومة بيان ما فيه الخصومة ، من دم ، أو مال ، أو عين ، أو دين ، أو أرض جناية ، أو بدل مال ؟ حكى العبادي فيه وجهين كالوجهين في بيان من يخصمه .

الثالثة : لو أقر وكيل المدعي بالقبض ، أو الإبراء ، أو قبول الحوالة ، أو المصالحة على مال ، أو بأن الحق مؤجل ، أو أقر وكيل المدعى عليه بالحق للمدعي (١) ، لم يقبل ، سواء أقر في مجلس الحكم ، أم في غيره ، كما لا يصح إبرائه ومصالحته ، لأن اسم الخصومة لا يتناولها ، فكذا الإقرار . ثم وكيل المدعي ، إذا أقر بالقبض ، أو الإبراء ، انزل ، وكذا وكيل المدعى عليه ، إذا أقر بالحق ، انزل ، لأنه بعد

(١) في نسخة الظاهرية : بالحق المدعى .

الاقرار ظالم في الخصومة . وأطلق ابن كج وجهين في بطلان وكالته بالاقرار .
قلت : ولو أبرأ وكيل المدعي خصمه ، لم ينزل ، لأن إراءه باطل ، ولا يتضمن
اعترافاً بأن المدعي ظالم ، بخلاف الاقرار ، وكذا فرق صاحب « الحاوي » وغيره .
والله أعلم

فرع

نقل في « النهاية » أن الوكيل بالخصومة من جهة المدعي عليه ، لا يتقبل تعديله
بينه المدعي ، لأنه كالأقرار في كونه قاطعاً للخصومة ، وليس الوكيل قطع الخصومة
بلاختيار .

الرابعة : تقبل شهادة الوكيل على موكله ، وتقبل لموكله في غير ما توكل فيه .
وإن شهد بما توكل فيه ، نظر ، إن شهد قبل الغزل ، أو بعده وقد خاصم فيه ،
لم يقبل ، للثمة . وإن كان بعده ولم يخاصم ، قبلت على الأصح . هذه هي الطريقة
الصحيحة المشهورة . وقال الامام : قياس المرازمة ، أن يمسك فيقال : إن لم
يخاصم ، قبلت ، وإلا ، فوجهان . قال : وهذا التفصيل ، إذا جرى الأمر على تواصل .
فإن طال الفصل ، فالوجه : القطع بقبول الشهادة مع احتمال فيه .

الخامسة : لو وكل رجلين بالخصومة ، ولم يصرح باستقلال كل واحد منهما ، فوجهان .
الأصح : لا يستقل واحد منهما ، بل يتشاوران ويتباصران (١) . كما لو وكلها في
بيع أو طلاق أو غيرها ، أو وصى إليهما . ولو وكل رجلين في حفظ متاع ، فالأصح :
أنه لا ينفرد واحد منهما بحفظه ، بل يحفظانه في حوز بينهما . والثاني : ينفرد . فإن
قبل القسمة ، قسم ليحفظ كل واحد بعضه .

(١) في نسخة الظاهرية : ويتناصران .

السادسة : ادعى عند القاضي أنه وكيل زيد ، فان كان المقصود بالخصومة حاضراً ، وصدقه ، ثبتت الوكالة ، وله مخاصمته ، وإن كذبه ، أقام البيئة على الوكالة. ولا يشترط في إقامة البيئة تقديم دعوى حق الموكل على الخصم . وإن كان غائباً ، وأقام الوكيل بيئة بالوكالة ، سمها القاضي وأثبتها . ولا يعتبر حضور الخصم في إثبات الوكالة ، خلافاً لأبي حنيفة رضي الله عنه حيث [قال] : لا تسمع البيئة إلا في وجه الخصم . قال الامام : وهو بناء على مذهبه ، في امتناع القضاء على الغائب . ثم حكى الامام عن القاضي حسين : أنه لا بد [و] أن ينصب القاضي مسخراً بنوب عن الغائب ، ليقم المدعى البيئة في وجهه . قال الامام : وهذا بعيد لا أعرف له أصلاً ، مع ما فيه من مخالفة الاصحاب . وحكى عنه أيضاً أن القضاة اصطالحوا على أن من وكل في مجلس القضاء وكيلاً بالخصومة ، اختص التوكيل بالمخاصمة في ذلك المجلس . قال الامام : والذي نعرفه للأصحاب (١) أنه يخاصم في ذلك المجلس وبعبءه ، ولا نعرف للقضاة العرف الذي ادعاه .

السابعة : وكل رجلاً عند القاضي بالخصومة عنه ، وطلب حقوقه ، فللوكيل أن يخاصم عنه ما دام حاضراً في المجلس ، اعتماداً على العيان . فان غاب وأراد الوكيل الخصومة عنه اعتماداً على اسم ونسب يذكره ، فلا بد من إقامة بيئة على أن فلان ابن فلان وكله ، أو على أن الذي وكله هو فلان بن فلان ، ذكره أصحابنا المراقبون ، والشيخ أبو عاصم المبادي . وعبارة المبادي : إنه لا بد وأن يعرف الموكل شاهدان يعرفها القاضي ويشق بهما . ثم إن الامام حكى عن القاضي حسين - رحمه الله - أن عادة الحكام التساهل في هذه البيئة ، والاكتفاء بالمدالة الظاهرة ، وترك البحث والاستزكاء تسهلاً على الرباء . وقال القاضي أبو سعد ابن أبي يوسف

(١) في الأصل : والذي يعرفه الأصحاب ، وما أثبتناه من نسخة الظاهرية .

في شرح «مختصر المبادي»: يمكن أن يكتفى بمعرف واحد إذا كان موثقاً به، كما قال الشيخ أبو محمد: إن تعريف المرأة في تحمل الشهادة عليها، يحصل بمعرف واحد، لأنه إخبار لا شهادة.

قلت: وإذا ادعى على وكيل مالا، وأقام بينة وقضى بها الحاكم، ثم حضر الغائب وأنكر الوكالة، أو ادعى عزله، لم يكن له أثر، لأن الحكم على الغائب جائز. قال في «التتمة»: وإذا اعترف الخصم عند القاضي بأنه وكيل، جاز له المحاكمة قطعاً. وفي وجوبها عليه، الخلاف فيما إذا اعترف بأنه وكيل في قبض الدين، هل يأنزله دفعه إليه، أم لا يجب حتى يقيم بينة؟ والله أعلم

الصورة السابعة: وكله في الصلح عن الدم على خمر، ففعل، حصل المفو ووجبت الدية كما لو فعله الموكل بنفسه. فلو صالح على خنزير، فهو لفو على الأصح، فيبقى القصاص، لأنه غير مأذون فيه. والثاني: أنه كالمفو على خمر. وعلى هذا، لو صالح على الدية، أو على ما يصلح عوضاً، جاز. ولو جرت هذه المخالفة بين الموجب والقابل في الصلح، لنا قطعاً، لعدم انتظام الخطاب. ولو وكله في خلع زوجته على خمر، فخالها على خمر أو خنزير، فعلى ما سبق في الصلح عن الدم.

فرع

وكله في بيع أو شراء فاسد، لم يملك فاسداً ولا صحيحاً، لعدم الاذن.

الصورة الثامنة: في مخالفته، فإذا سلمت إليه ألفاً، وقال: اشتر بعينه ثوباً، فاشتري في الذمة لينقذ الألف، لم يصح للموكل. ولو قال: اشتر في الذمة وسلمت

الآلف في ثمنه ، فاشترى بعينه ، لم يصح على الأصح . ولو سلمه إليه ، وقال : اشترى ثوباً ، ولم يقل : بعينه ، ولا في الذمة ، فوجهان . أحدهما : أنه كقوله : اشترى بعينه ، لأن قرينة التسليم تشير به . وأصحها : أن الوكيل بتخير بين الشراء بعينه أو في الذمة ، لأن الاسم يتناولها .

قلت : وإذا قال : اشترى في الذمة وسلمه فيه ، فاشترى للموكل في الذمة ، ونقد الوكيل الثمن من ماله ، برىء الموكل من الثمن ، ولا يرجع عليه الوكيل بشيء ، لأنه متبرع بقضاء دينه ، ويلزمه رد الآلف المينة إلى الموكل ، صرح به الماوردي وغيره ، وهو ظاهر . والله أعلم

فصل

في حكم البيع والشراء المخالفين أمر الموكل

أما البيع ، فإذا قال : بع هذا العبد ، فباع آخر ، فباطل . وأما الشراء ، فإن وقع بين مال الموكل ، فباطل . وإن وقع في الذمة ، نظر ، إن لم يسم الموكل ، وقع عن الوكيل ، وكذا إن سماه على الأصح . وتلغو التسمية ، لأن تسمية الموكل غير معتبرة في الشراء ، فإذا سماه ، ولم يكن ^(١) صرّفه إليه ، صار كأنه لم يسمه . والثاني : العقد باطل ؛ فإذا قلنا بالأصح ، فذلك إذا قال : بعتك ، فقال : اشتريت لموكل فلان . فأما إذا قال البائع : بعت فلاناً ، فقال الوكيل : اشتريته له ، فالمذهب بطلان العقد ، لأنه لم تجر بينها مخاطبة . ويخالف النكاح حيث يصح من الولي ووكيل الزوج على هذه الصيغة ، بل لا يصح إلا كذلك ، لأن للبيع أحكاماً تتعلق بالمجلس كالخيار وغيره ، وتلك الأحكام ، إنما يمكن اعتبارها بالمتعاقدين ، فاعتبر جريان

(١) في نسخة الظاهرية : ولم يكن .

المخاطبة بينها ، والنكاح سيفارة محضة . ثم ما ذكرناه في هذا الفصل ، تفريع على الجديد ، وهو منع وقف العقود ، وإلغاء تصرف الفضولي . وأما على القديم ، فالوكيل كأجنبي ، فيقف الشراء في الذمة على إجازته . فان أجاز ، وقع عنه ، وإلا ، فمن الوكيل ، وكذا الشراء بمين ماله ، ويصح العبد الآخر ، ينعقدان موقوفين على هذا القول كما ذكرنا في بابہ .

فرع

وكيل المتب في القبول ، يجب أن يسمى موكله ، وإلا فيقع عنه ، لجريان الخطاب معه ، ولا ينصرف بالنية ^(١) إلى الموكل ، لأن الواهب قد يقصد تبرعه الخطاب ، وليس كل أحد يسمح بالتبرع عليه ، بخلاف الشراء ، فان المقصود منه حصول عوض .

قلت : قال في « البيان » : لو وكله أن يزوج بنته زيدا ، فزوجه وكيل زيد لزيد ، صح . ولو وكله في بيع عبده لزيد ، فباعه لوكيل زيد ، لم يصح . والفرق أن النكاح لا يقبل نقل الملك ، والبيع يقبله . ولهذا يقول وكيل النكاح : زوّج موكلتي ، ولا يقول : زوّجني لموكلتي . وفي البيع يقول : بعني لموكلي [ولا يقول : بع موكلي] . والله أعلم

الحكم الثاني : الوكالة حكم الامانة . فيصدق الوكيل يد امانة ، فلا يضمن ما تلف في يده بلا تفريط ، سواء كان بجمل ، أو متبرعا ، فان تعدى ، بأن ركب الدابة ، أو لبس الثوب ، ضمن قطعاً ، ولا ينمزل عن المذهب ، بل يصح تصرفه ،

(١) في الاصل : ولا ينصرف إلا بالنية ، وما أبتناه من نسخة الظاهرية ، و« شرح الوجيز » .

وإذا باع وسلم البيع ، زال عنه الضمان ، لأنه أخرجه من يده باذن المالك . وفي زوال الضمان بمجرد البيع ، وجهان . أحدهما : نعم ، لزوال ملك الموكل . وأصحابها : لا ، لأنه يرتفع العقد بتلفه قبل القبض . وأما الثمن الذي يقبضه ، فلا يكون مضموناً عليه ، لأنه لم يتمد فيه . ولو رد عليه البيع بعيب ، عاد الضمان .

فرع

لو دفع إلى وكيله دراهم ليشتري بها شيئاً ، فتصرف فيها على أن يكون قرضاً عليه ، صار ضامناً . وليس له أن يشتري للموكل بدراهم نفسه ، ولا في الذمة ، فلو حصل ، كان ما اشتراه لنفسه دون موكله . ولو عادت الدراهم التي تصرف فيها إليه ، فاشترى بها للموكل ، فهو على الخلاف في انزاله بالتمدي . فعلى المذهب : لا ينزول ، فيصح شراؤه ، ولا يكون ما اشتراه مضموناً عليه ، لأنه لم يتمد فيه . فلو رد ما اشتراه بعيب ، واسترد الثمن ، عاد مضموناً عليه .

فرع

مضى طالب الموكل الوكيل برد ماله ، لزمه أن يخلّي بينه وبينه ، فإن امتنع ، صار ضامناً كالودع .

الحكم الثالث : في الهبة ، فيه مسائل .

إحداها : الوكيل بالشراء إذا اشترى لموكله ما وكله في شرائه فلمن يقع المالك؟ وجهان . أحدهما : للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل ، لأن الخطاب جرى معه . وأحكام العقد تتعلق به . والصحيح : أنه يقع أولاً للموكل ، كما لو اشترى الأب للطفل ، فانه يقع للطفل ابتداءً ، ولأنه لو وقع الوكيل ، لعلق عليه أبوه إذا اشتراه لموكله ، فلا يعتق قطعاً .

الثانية : أحكام العقد في البيع والشراء ، تتعلق بالوكيل دون الموكل ، حتى تعتبر رؤية الوكيل للبيع دون الموكل ، وتلزم بمفارقة الوكيل المجلس دون الموكل ، وكذا تسليم رأس المال في السلم والتقابض حيث يشترط ، يعتبران قبل مفارقة الوكيل . والفسخ بخيار المجلس وخيار الرؤية ، إن أثبتناه يثبت للوكيل دون الموكل ، حتى لو أراد الموكل^٥ الاجازة ، كان للوكيل الفسخ ، ذكره في « التتمة » .

الثالثة : إذا اشترى الوكيل بثمن معين ، طالبه به البائع ، إن كان في يده ، وإلا ، فلا . وإن اشترى في الذمة ، فإن كان الموكل قد سلم إليه ما يصرفه في الثمن ، طالبه البائع ، وإلا ، فإن أنكر البائع كونه وكيلًا ، أوقال : لا أدري ، هل هو وكيل ، أم لا ؟ طالبه به . وإن اعترف بوكالته ، فهل يطالب به الموكل فقط ؟ أم الوكيل فقط ؟ أم يطالب أيهما شاء ؟ فيه أوجه . أصحابها : الثالث . فإن قلنا بالثاني ، فهل للوكيل مطالبة الموكل قبل أن يفرم ؟ فيه وجهان . أصحابها : المنع . وإذا غرم الوكيل للبائع ، رجوع على الموكل ، ولا يشترط لثبوت الرجوع اشتراط الرجوع على المذهب . وإذا قلنا بالثالث ، فالوكيل كالضامن ، والموكل كالمضمون عنه ، فيرجع الوكيل إذا غرم . والقول في اعتبار شرط الرجوع ، وفي أنه هل يطالبه بتخليصه قبل الغرم ، كما سبق في الضمان . وفرع ابن سريج على الأوجه فقال : لو سلم دراهم إلى الوكيل ليصرفها إلى الثمن الملتزم في الذمة ، ففعل ، ثم ردها البائع بصيب ، فإن قلنا بالوجه الأول أو الثالث ، لزم الوكيل تلك الدراهم بأعيانها إلى الموكل ، وليس له إمساكها ودفع بدلها . وإن قلنا بالثاني ، فله ذلك ، لأن ما دفعه الموكل إليه على هذا الوجه ، أقرضه إياه ليبرئ ذمته . فإن عاد ، فهو ملكه . والمستقرض إمساك ما استقرضه وردّه مثله . ولك أن تقول : لا خلاف أن الوكيل أن يرجع على الموكل في الجملة ، وإنما الكلام في أنه متى يرجع ؟ وبأي

شيء يرجع ؟ فإذا كان كذلك ، اتجه أن يكون تسليم الدرهم دفعا لمؤنة التراجع ، لا إقراضاً .

الرابعة : الوكيل بالبيع إذا قبض الثمن ، إما باذن صريح ، وإما بمقتضى البيع . إذا قلنا به ، فتلّف المقبوض في يده ، ثم خرج المبيع مستحقاً ، والمشتري معترف بالوكالة ، فهل يرجع بالثمن على الوكيل لحصول التلّف عنده ؟ أم على الموكل لأنه سفيره وبده يده ؟ أم على من شاء منها ؟ فيه الأوجه السابقة . فان قلنا : على الموكل أو الوكيل ، ف نرم ، لا يرجع أحدهما على صاحبه . وإن قلنا : يفرم أيها شاء ، فثلاثة أوجه . أصحها وأشهرها : أنه إن غرم الموكل ، لم يرجع على الوكيل ، وإن غرم الوكيل ، رجع على الموكل . والثاني : يرجع الموكل دون الوكيل ، لحصول التلّف في يده . والثالث : لا يرجع واحد منها . والذي يفتى به من هذه الاختلافات : أن المشتري يفرم من شاء منها ، والقرار على الموكل . ولذلك اقتصرنا على هذا الجواب في بدل الرهن (١) ، وإن كان يطرد فيه الخلاف .

الخامسة : الوكيل بالشراء إذا قبض المبيع وتلف في يده ، ثم بان مستحقاً ، فله مستحق مطالبة البائع بقيمة المبيع أو مثله ، لأنه غاصب . وفي مطالبته الوكيل أو الموكل ، الأوجه الثلاثة . قال الامام : والأقيس في المسألتين : أنه لا رجوع إلا على الوكيل ، لحصول التلّف في يده ، وبظهور الاستحقاق بان أن لا عقد ، وصار الوكيل قابضاً ملك غيره بلا حق . ويجري الخلاف في القرار في هذه الصورة .

السادسة : الوكيل بالبيع ، إذا باع بثمن في الذمة ، واستوفاه ودفعه إلى الموكل ، وخرج مستحقاً أو معيياً ، فردّه ، فلموكل أن يطالب المشتري بالثمن ، وله أن يفرم الوكيل ، لأنه صار مسلماً للمبيع قبل أخذ عوضه . وفيما يفرمه وجهان . أحدهما :

(١) في نسخة الظاهرية : في عدل الرهن .

قيمة العين، لأنه فوتها . والثاني : الثمن ، لأن حقه انتقل إليه . فان قلنا بالأول ، فأخذ منه القيمة ، طالب الوكيل المشتري بالثمن . فاذا أخذه ، دفعه إلى الموكل واسترد القيمة .

السابعة : دفع إليه دراهم ليشترى عبداً بيمينها ، ففعل ، فتلقت في يده قبل التسليم ، انفسخ البيع ، ولا شيء على الوكيل . وإن تلفت قبل الشراء ، ارتفعت الوكالة . ولو قال : اشتر في الذمة ، واصرفها إلى ائمن ، فتلقت في يد الوكيل بعد الشراء ، لم ينفسخ المقعد . ولكن هل ينقلب إلى الوكيل ويلزمه ائمن ؟ ام يبقى للموكل . وعليه مثل الدراهم ؟ أم يقال للموكل : إن أردته فادفع مثل تلك الدراهم ، وإلا فيقع عن الوكيل وعليه الثمن ؟ فيه ثلاثة أوجه . ولو تلفت قبل الشراء ، لم ينزل . فان اشترى للموكل ، فهل يقع له ، أم لو وكيل ؟ فيه الوجهان الأولان من هذه الثلاثة . قلت : هكذا ذكره صاحب « التهذيب » : وقطع في « الحاوي » ، بأنه إذا قال : اشتر في الذمة أو بيمينها ، فتلقت ، انفسخت الوكالة ، وانزل ، فاذا اشترى بعده ، وقع للوكيل قطعاً . واستدأعلم

فرع

إذا اشترى الوكيل شراءً فاسداً ، وقبض ، وتلف المبيع في يده ، أو بعد تسليمه إلى الموكل ، فللمالك مطالبته بالضمان ، ثم هو يرجع على الموكل .

فرع

لو أرسل رسولاً ليستقرض له ، فاقترض ، فهو كوكيل المشتري . وفي مطالبته

مافي مطالبة وكيل المشتري بالثمن . والمذهب : أنه يطالب ، وأنه إذا غرم ،
رجع على الموكل .

الحكم الرابع : الجواز من الجانبين ، فلكل واحد منها العزل . ولا ارتفاعها أسباب .

الأول : أن يعزله الموكل بقوله : عزلته ، أو رفعت الوكالة ، أو فسختها ، أو أبطلتها ، أو
أخرجته عنها ، فينزل سواء ابتداء توكيله ، أو وكله بسؤال الخصم ، بأن سألت زوجها أن
يوكل في الطلاق ، أو الخلع ، أو المرتن الراهن أن يوكل ببيع الرهن ، أو
سأله خصمه أن يوكل في الخصومة . وهل ينزل قبل بلوغ العزل إليه ؟ قولان .
أظهرها : ينزل . فإن قلنا : لا ينزل حتى يبلغه الخبر ، فالمعتبر خبر من تقبل
روايته ، دون الصبي والفاسق . وإذا قلنا : ينزل ، فينبغي للموكل أن يشهد على
العزل ، لأن قوله بعد تصرف الوكيل : كنت عزلته ، لا يقبل .

الثاني : إذا قال الوكيل : عزلت نفسي ، أو أخرجتها عن الوكالة ، أو رددتها ،
انزل قطعاً ، كذا قاله الأصحاب . وقال بعض المتأخرين : إن كانت صيغة الموكل : بع
واعتق ونحوها من صيغ الأمر ، لم ينزل برد الوكالة ، وعزله نفسه ، لأن ذلك
إذن وإباحة ، فأشبه ما لو أباحه الطعام لا يرتد برد المباح له ، ولا يشترط في انزاله
بعزل نفسه حصول علم الموكل .

الثالث : ينزل الوكيل بخروجه ، أو خروج الموكل عن أهلية تلك التصرفات
بالموت أو الجنون . وفي وجه : لا ينزل بجنون لا يمتد ، بحيث تتعطل المهمات .
ويخرج إلى نصب قوَّام . والاعغاء ، كالجنون على الأصح . والثاني : لا ينزل به ،
واختاره الامام ، والغزالي في « الوسيط » ، لأن المنع عليه ، لا يلتحق بمن تولى عليه .
والمعتبر في الانزال ، التحاق الوكيل والموكل بمن تولى عليه . وفي معنى الجنون ،
الحجر عليه بسفه ، أو فلس في كل تصرف لا ينفذ منها . وكذا لو طرأ الرق ،

بأن وكل حريباً ، ثم استرق . وإذا جن الموكل ، انزل الوكيل في الحال وإن لم يبلغه الخبر قطعاً ، بخلاف الغزل .

الرابع : خروج محل التصرف عن ملك الموكل ، بأن باع [الموكل] ما وكله في بيعه أو أعتقه . فلو وكله ببيعه . ثم أجره ، قال في « التتمة » : ينزل ، لأن الاجارة إن منعت البيع ، لم يبق مالكاً للتصرف ، وإلا ، فهي علامة الندم ، لأن من يريد البيع لا يؤجر لفة الرغبات . وتزويج الجارية ، عزل . وفي طحن الحنطة وجهان . وجه الانزال ، بطلان اسم الحنطة . وأما المرض على البيع وتوكيل وكيل آخر ، فليس بمنزل قطعاً . الخامس : لو وكل عبده في بيع أو تصرف آخر ، ثم أعتقه أو باعه ، ففي انزاله أوجه . ثالثها : أنه إن كانت الصيغة : وكلتك ، بقي الاذن . وإن كانت : بيع ، أو نحوه ، ارتفع . والكتابة ، كالبيع . وعبد غيره كعبده . وإذا حكمنا ببقاء الاذن في صورة البيع ، لزمه استئذان المشتري ، لأن منافعه صارت له . فلم يستأذن ، نفذ تصرفه بقاء الاذن وإن عصى ، قال الامام : وفيه احتمال .

قلت : لم يصح الرافعي شيئاً من الخلاف في انزاله ، ولم يصححه الجمهور . وقد صحح صاحب « الحاوي » والجرجاني في المعايمة انزاله . وقطع به الجرجاني في كتابه « التحرير » . وأما عبد غيره ، فطرد الرافعي فيه الوجهين متابعة لصاحب « التهذيب » . ولكن المذهب ، والذي جزم به الأكثرون : القطع ببقائه . قال صاحب « البيان » : والخلاف في عبد غيره ، هو فيما إذا أمره السيد ليتوكل لغيره . فأما إن قال : إن شئت فتوكل لفلان ، وإلا ، فلا تتوكل ، ثم أعتقه أو باعه ، فلا ينزل قطعاً كالأجنبي . والله أعلم

السادس : لو جحد الوكيل الوكالة ، هل يكون ذلك عزلاً ؟ فيه أوجه ، أصحابها : ثالثها : إن كان لنسيان أو غرض في الاخفاء ، لم يكن عزلاً ، وإن تمعد

ولا عرض في الاخفاء ، انمزل . ولو أنكر الموكل التوكيل ، ففي انزاله الأوجه .
قلت : ومن فروع هذه ، لو وكل رجلين ، فمزل أحدهما لا بعينه ، فوجهان
في « الحاوي » ، و « المستطهري » ، أصحابها : لا ينفذ تصرف واحد منهما حتى يميز ،
للك في أهليته . والثاني : لكل التصرف ، لأن الأصل بقاء تصرفه . والله أعلم

فرع

متى قلنا : الوكالة جائزة ، أردنا الخالية عن الجعل . فأما إذا شرط [فيها] جعل
معلوم ، واجتمعت شرائط الاجارة ، وعقد بلفظ الاجارة ، فهي لازمة . وإن عقد
بلفظ الوكالة ، أمكن تخريجه على أن الاعتبار بصيغ العقود ، أم بمعانيها ؟

فصل

في مسائل منشورة

إحداها : وكله ببيع ، فباع ، ورد عليه المبيع بعيب ، أو أمره بشرط الخيار ،
فشرطه ، ففسخ البيع ، لم يكن له يمه ثانياً .

الثانية : قال : بع نصيبى من كذا ، أو قاسم شركائى ، أو خذ بالشفعة ، فأنكر الخصم
ملكه ، هل له الاثبات ؟ يخرج على الوجهين في أن الوكيل بالاستيفاء ، هل يثبت ؟

الثالثة : قال : بع بشرط الخيار ، فباع مطلقاً ، لم يصح . ولو أمره بالبيع
وأطلق ، لم يكن للوكيل شرط الخيار للمشتري ، وكذا ليس للوكيل بالشراء شرط
الخيار للبائع . وفي شرطها الخيار لأنفسها أو للموكل ، وجهان .

قلت : أصحابها : الجواز ، وبه قطع في « التتمة » . والله أعلم

الرابعة : أمره بشراء عبد ، أو يبيع عبد ، لا يجوز العقد على بعضه ، لضرر التبعيض ولو فرضت فيه غبطة . وفيه وجه شاذ ضعيف . ولو قال : لشتره بهذا الثوب ، فاشتراه بنصف الثوب ، صح .

الخامسة : قال : بيع هؤلاء العبيد ، أو اشترى خمسة أعبد ، ووصفهم ، فله الجمع والتفريق ، إذ لا ضرر . ولو قال : اشترى صفقة ، ففرق ، لم يصح للموكل . فلو اشترى خمسة من مالكين ، لاحدهما ثلاثة ، وللآخر اثنان دفعة ، وصححنا مثل هذا العقد ، ففي وقوع شرائهم عن الموكل وجهان . أحدهما : الصحة ، لأنه ملكهم دفعة . وأصحها : المنع ، لأنه إذا تعدد البائع ، لم تكن الصفقة واحدة .

السادسة : قال : بيع هؤلاء الأعبد الثلاثة بألف ، لم يبيع واحداً منهم بدون ألف . ولو باعه بألف ، صح . ثم هل يبيع الآخرين ؟ فيه وجهان . أصحها : نعم . ولو قال : بيع من عبيدي من شئت ، أبقى بعضهم ولو واحداً .

السابعة : وكثله باستيفاء دينه على زيد ، فمات زيد ، نظر ، إن قال : وكثتك بطلب حقي من زيد ، لم يطالب الورثة . وإن قال : بطلب حقي الذي على زيد ، طالبهم .

قلت : ولو لم يمت ، جاز له القبض من وكيله قطعاً كيف كان ، قاله في « الشامل » وغيره . والله أعلم

الثامنة : أمره بالبيع مؤجلاً ، لا يلزمه المطالبة بعد الأجل ، ولكن عليه بيان التريم . وكذلك لو قال : ادفع هذا الذهب إلى صائغ ، فقال : دفعته ، فطالبه الموكل ببيانه ، فقال القفال : يلزمه البيان . فلو امتنع ، صار متعمداً ، حتى لو بينه بعد ذلك ، وكان تلف في يد الصائغ ، يلزمه الضمان . قال القفال : والأصحاب يقولون : لا يلزمه البيان .

قلت : هذا المنقول عن الأصحاب ، ضعيف أو خطأ . والله أعلم

التاسعة : قال لرجل : بع عبدك لفلان بألف ، وأنا أدفعه إليك ، فباعه له ، قال ابن سريج : يستحق البائع الألف على الأمر دون المشتري . فإذا غرم الأمر ، رجع على المشتري .

قلت : هذا كله مشكل مخالف للقواعد من وجين ، وهما لزوم الألف للأمر ، ورجوعه بها بغير إذن المشتري . ومن قضى دين غيره بلا إذن ، لا يرجع قطعاً كما سبق في الضمان . وقد قال أصحابنا : لو قال : بع عبدك لفلان بألف عليّ ، لم يصح التزامه . فالصواب : أنه لا يلزم الأمر شيء ، لأنه ضمان ما لم يجب ، ولا جرى سبب وجوبه . ثم رأيت صاحب « الحاوي » رحمه الله ، أوضح المسألة فقال : لو قال لرجل : بع عبدك هذا على زيد بألف درهم ، وهي عليّ دونه ، فله حالان .

أحدهما : أن يكون هذا الأمر هو المتولي للمقد ، فيصح ويكون مشترياً لغيره بضمن في ذمته ، فيعتبر حال زيد المشتري له . فإن كان مولياً عليه ، أو أذن فيه ، كان الشراء له ، والتمن على العاقد الضامن . وإن كان غير مولى عليه ، ولا أذن ، كان المشتري للماقد ، يعني على الأصح فيما لو قال : اشتريه لزيد ، وليس وكيلاً له . وعلى وجه : ييمه باطل .

الحال الثاني : أن يكون زيد هو العاقد ، فوجهان . أحدهما : يصح ويكون المبد لزيد بلا ثمن ، والتمن على الضامن الأمر ، قاله ابن سريج . والثاني - قال : وهو الصحيح - : أن البيع باطل ، لأن عقد البيع ما أوجب تمليك المبيع عوضاً على المالك ، وهذا مفقود هنا ، فيبطل . فلي هذا ، لو قال : بع عبدك على زيد بألف درهم ، وخمسائة عليّ ، ففعل ، فعند ابن سريج : العقد صحيح ، وعلى المشتري

ألف ، وعلى الأمر خمسمائة ، وعلى الصحيح : العقد باطل ، هذا كلام صاحب « الحاوي » وهو واضح حسن . وعجب من الامام الرافعي ، اقتصاره على ما حكاه عن ابن سريج ، وإهماله بيان المذهب الصحيح . ثم حكايته عن ابن سريج ، مخالفة في الرجوع ما ذكرنا . والله أعلم

العاشرة : قال : اشترى لي عبد فلان بثوبك هذا ، أو بدراهمك ، ففعل ، حصل الملك للأمر ورجع عليه الأمور بالقيمة أو المثل . وفي وجه ضعيف : لا يرجع إلا أن يشترط الرجوع .

الحادية عشرة : متى قبض وكيل المشتري المبيع ، وغرم الثمن من ماله ، لم يكن له حبس المبيع ليغرم الموكل له . وفي وجه ضعيف : له ذلك .

الثانية عشرة : وكأله عمرو باستيفاء دينه من زيد ، فقال زيد : خذ هذه المشرة ، واقض بها دين عمرو ، فأخذها ، صار وكيلاً لزيد في قضاء دينه ، حتى يجوز لزيد استردادها ما دامت في يد الوكيل . ولو تلفت عند الوكيل ، بقي الدين على زيد . ولو قال زيد : خذها عن الدين الذي تطالبني به لعمرو ، فأخذها ، كان قبضاً لعمرو ، وبرئ زيد ، وليس له الاسترداد . ولو قال : خذها قضاءً لدين فلان ، فهذا محتمل للحالين . فلو تنازع عمرو وزيد ، فالقول قول زيد يمينه . قلت : المختار في هذه الصورة ، أنه عند الإطلاق إقباض بوكالة عمرو .

والله أعلم

الثالثة عشرة : دفع إليه دراهم ليتصدق بها ، فتصدق ونوى نفسه ، لفت نيته ووقفت الصدقة للأمر .

الرابعة عشرة : وكأله عبداً ليشتري له نفسه ، أو مولى آخر من مولاه ،

صح على الأصح . فعلى هذا ، قال صاحب « التقريب » : يجب أن يصرح بذكر الموكل فيقول : اشتريت نفسي منك لموكلي فلان ، وإلا فقوله : اشتريت نفسي ، صريح في اقتضاء المتق ، فلا يندفع بمجرد النية . ولو قال العبد لرجل : اشتري نفسي من سيدي ، ففعل ، صح . قال صاحب « التقريب » : ويشترط التصريح بالاضافة إلى العبد ، فلو أطلق ، وقع الشراء للوكيل ، لأن البائع لا يرضى بمقد يتضمن الاعتراف قبل توفية الثمن (١) .

الخامسة عشرة : قال لرجل : أسلم لي في كذا ، وأد رأس المال من مالك ، ثم ارجع عليّ ، قال ابن سريج : يصح ويكون رأس المال قرضاً على الأمر . وقيل : لا يصح ، لأن الاقراض لا يتم إلا بالاقباض ، ولم يوجد من المستقرض قبض . قلت : الأصح عند الشيخ أبي حامد وصاحب « العدة » : أنه لا يصح . قال الشيخ أبو حامد : هذا الذي قاله أبو العباس ، سهو منه . قال : وقد نص الشافعي رضي الله عنه في كتاب الصرف ، أن ذلك لا يجوز . والله أعلم .

السادسة عشرة : لو أبرأ وكيل المسلم المسلم إليه ، لم يلزم إبرأؤه الموكل . لكن المسلم إليه لو قال : لا أعلمك وكيلاً ، وإنما التزمت لك شيئاً وأبرأتني منه ، نفذ في الظاهر ، ويتمطل بفعله حق السلم . وفي وجوب الفسخ عليه قولاً الغرم بالحيلولة . والأظهر : وجوبه ، لكن لا يفرم مثل المسلم [فيه] ولا قيمته ، كي لا يكون اعتياضاً عن السلم ، وإنما يفرم رأس المال ، كذا حكاه الامام عن المراقين ، واستحسنه . ورأيت في تعليق الشيخ أبي حامد : أنه يفرم للموكل مثل المسلم فيه . السابعة عشرة : قال : اشتر لي طعاماً ، نص الشافعي رضي الله عنه ، على

(١) في نسخة الظاهرية : لا يتضمن الاعتراف قبل توفير الثمن .

أنه يحمل على الخطة اعتباراً بفرهم . قال الروياني : وعلى هذا لو كان بطبرستان ، لم يصح التوكيل ، لأنه لأعرف فيه لهذا اللفظ عندهم .

الثامنة عشرة : قال : وكلنك ببراء غرمائي ، لم يملك الوكيل إبراء نفسه . فان قال : وإن شئت فأبرئ نفسك ، فعلى الخلاف في توكيل المديون ببراء نفسه . ولو قال : فرّق ثلثي على الفقراء ، وإن شئت أن تضعه في نفسك فافعل ، فعلى الخلاف فيمن أذن له في البيع لنفسه .

التاسعة عشرة : قال : بيع هذا ثم هذا ، لزمه رعاية الترتيب ، قاله القفال . العشرون : جمل للوكيل جلاً ، فباع ، استحقه وإن تلف الثمن في يده ، لأن استحقاقه بالعمل وقد عمل .

قلت : ومن مسائل الباب فروع .

أحدها : قال في « الحاوي » : لو شهد زيد شاهدان عند الحاكم أن عمرأ وكّله ، فان وقع في نفس زيد صدقها ، جاز العمل بالوكالة . ولو رد الحاكم شهادتهما ، لم ينعمه ذلك من العمل بها ، لأن قبولها عند زيد خبر ، وعند الحاكم شهادة . وإن لم يصدقها ، لم يجز [له] العمل بها ، ولا يفي قبول الحاكم شهادتهما عن تصديقه .

الثاني : قال في « الحاوي » : إذا سأل الوكيل موكله أن يشهد على نفسه بتوكيله ، فان كانت الوكالة فيما لو ججده الموكل ضمنه الوكيل ، كالبيع ، والشراء ، وقبض المال ، وقضاء الدين ، لزمه . وإن كانت فيما لا يضمنه الوكيل ، كاثبات الحق بطلب الشفعة ومقاسمة الشريك ، لم يلزمه .

الثالث : قال في « البيان » : لو قال : اشتر لي جارية أطوّها ، ووصفها ، وبيّن ثمنها ، فاشترى من تحرّم عليه ، أو أخت من يطوّها ، لم يلزم الموكل ، لأنه غير المأذون فيه .

الرابع : وكّله أن يتزوج امرأة ، ففي اشتراط تعيينها وجهان في « البيان »
وغيره ، الأصح أو الصحيح : الاشتراط . والله أعلم

الباب الثالث في الاختلاف

وهو ثلاثة أضرب .

الأول : في أصل العقد . فإذا اختلفا في أصل الوكالة ، أو كيفيتها ، أو قدر
ما يشتري به ، فقال : وكّلتني في بيع كلة ، أو بيع نسيئة ، أو بعشرة ، فقال : بل
في بيع بعضه ، أو بحالة ، أو بخمسة ، فالقول قول الموكل .

فرع

أذن في شراء جارية ، فاشتراها الوكيل بعشرين ، وقال : أذنت لي في العشرين ،
وقال الموكل : بل في عشرة ، وحلفناه ، فحلف ، فينظر في الشراء ، أكان بعين مال
الموكل ، أم في الزمة ؟ فإن كان بعينه ، فإن ذكر في العقد أن المال لفلان ، وأن
الشراء له ، فهو باطل . وإن لم يذكر في العقد ، وقال بعد الشراء : إنما اشتريت له ،
فإن صدقه البائع ، فالعقد باطل ، فإذا بطل ، فالجارية للبائع وعليه رد ما أخذ .
وإن كذبه البائع ، وقال : إنما اشتريت لنفسك والمال لك ، حلف على نفي العلم
بالوكالة ، وحكم بصحة الشراء للوكيل في الظاهر ، وسلم ائتمن المعين إلى البائع ،
وغيرم الوكيل مثله للموكل . وإن كان الشراء في الزمة ، نظر ، إن لم يسم الموكل
بل نواه ، كانت الجارية الوكيل بالشراء له ظاهراً ، وإن سماه ، فإن صدقه البائع

بطل الشراء ، لاتفاقها على أنه للغير . وإن كذبه ، وقال : أنت مبطل في تسميته ، لزم الشراء للوكيل . وهل يكون كما لو اقتصر على النية ، أم يبطل الشراء ؟ وجهان سبق نظرهما . أصحابها : صحته ووقوعه للوكيل . وحيث صححنا الشراء ، وجعلنا الجارية للوكيل ظاهراً ، وهو يزعم أنها للوكيل ، قال المزني : والشافعي رضي الله عنه : يستحب (١) في مثل هذا أن يرفق الحاكم بالأمر للأمور ، فيقول : إن كنت أمرته أن يشتريها بعشرين ، فقد بعته إياها بعشرين . فيقول الآخر : قلت ليحل له الفرج . قال أصحابنا : إن أطلق الموكل وقال : بعتكها بعشرين ، فقال المشتري : اشتريت ، صارت الجارية له ظاهراً وباطناً . وإن علق كما ذكره المزني ، فوجهان أحدهما : لا يصح ، للتعليق . قالوا : والتعليق فيما حكاه المزني ، من كلام الحاكم ، لا من كلام الموكل . وأصحابها : الصحة ، لأنه لا يتمكن من البيع إلا بهذا الشرط ، فلا يضر التعرض له . وسواء أطلق البيع ، أو علقه ، لا نجعل ذلك إقراراً بما قاله الوكيل . وإن امتنع الموكل من الإجابة ، أو لم يرفق به الحاكم ، نظر ، إن كان الوكيل كاذباً ، لم يحل له وطؤها ، ولا التصرف فيها ببيع ولا غيره . إن كان الشراء بين مال الموكل ، لأن الجارية للبائع . وإن كان في الذمة ، ثبت الحل ، لوقوع الشراء للوكيل ، لكونه مخالفاً للموكل . وذكر في « التتمة » : أنه إذا كان كاذباً والشراء بين مال الموكل ، فالوكيل يبيعها بنفسه أو بالحاكم ، لأن البائع يكون أخذ مال الموكل بغير استحقاق ، وقد غرم الوكيل للموكل ، وكان له أن يقول للبائع : رد مال الموكل ، لكن تعذر ذلك باليمين ، فله أخذ حقه من الجارية التي هي ملكه .

(١) في الاصل : قال المزني والشافعي رضي الله عنهما : يستحب . . . وما أثبتناه موافق لمخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

وإن كان الوكيل صادقاً ، ففيه أوجه .

أحدها : يحل للوكيل ظاهراً وباطناً ، فيحل له الوطاء وكل تصرف ، حكى عن الاصطخري ، وهو بناء على أن الملك يقع للوكيل ، ثم ينتقل إلى الموكل . فإذا تمذر نقله ، بقي له . ومنهم من خص هذا الوجه بما إذا اشترى في الذمة ، وإليه مال الامام .

والوجه الثاني : إن ترك الوكيل غاصمة الموكل ، فالجارية له ظاهراً وباطناً ، وكأنه كذب نفسه ، وإلا ، فلا .

والثالث ، وهو الأصح : أنه لا يملكها باطنياً ، بل هي للموكل ، والوكيل عليه الثمن ، فهو كمن له على رجل دين لا يؤديه ، فظفر بغير جنس حقه ، ففي جواز بيعه وأخذ الحق من ثمنه (١) ، خلاف . الأصح : الجواز . ثم هل يبائن البيع بنفسه ، أم يرفع الأمر إلى القاضي ليبيع ؟ فيه خلاف . والأصح هنا : [له] البيع بنفسه ، لأن القاضي لا يجيبه إلى البيع . وإذا قلنا : ليس له أخذ حقه من ثمنها ، فهل يوقف في يده حتى يظهر مالها ، ويأخذها الحاكم ويحفظها ؟ وجهان يأتي نظائرهما إن شاء الله تعالى .

فرع

لو اشترى جارية ، فقال الموكل : إنما وكلتك بشراء غيرها ، وحلف عليه ، بقيت الجارية في يد الوكيل ، والحكم على ما ذكرناه في الصورة السابقة ، فيتلطف الحاكم ويرفق .

(١) في الأصل : ففي جواز أخذه وبيع الحق من ثمنه ، وما أثبتناه من مخطوطة

فرع

باع الوكيل مؤجلاً ، ثم ادعى أنه مأذون له فيه ، فقال الموكل : ما أذنت لك إلا في حال ، فاقول قول الموكل . ثم لا يخلو ، إما أن ينكر المشتري الوكالة ، أو يعترف بها .

الحال الأول : أن ينكر ، فالوكل يحتاج إلى البينة . فإن لم تكن ^(١) فالقول قول المشتري مع يمينه على نفي العلم بالوكالة ، فإن حلف ، قرر البيع في يده ، وإلا ، فترد اليمين على الموكل . فإن حلف ، حكم ببطالان البيع ، وإلا ، فهو كما لو حلف المشتري . ونكول الموكل عن يمين الرد في خصومة المشتري ، لا يمنعه من الحلف على الوكيل . وإذا حلف عليه ، فله أن يفرم الوكيل قيمة المبيع ، أو مثله إن كان مثلياً ، ولا يطالب الوكيل المشتري حتى يحل الأجل ، مؤاخذه له بمقتضى تصرفه ، فإذا حل ، نظر ، إن رجع عن قوله الأول وصدق الموكل ، لم يأخذ من المشتري إلا أقل الأمرين من الثمن والقيمة . وإن لم يرجع ، بل أصر على قوله ، طالبه بالثمن بتمامه . فإن كان مثل القيمة أو أقل ، فذاك . وإن كان أكثر ، فالزيادة في يده ^(٢) للموكل بزعمه ، والموكل ينكرها ، فهل يحفظها ، أم يلزمه دفعها إلى القاضي ؟ فيه خلاف مذکور في مواضع ثم إن كان ما أخذه من جنس حقه ، فذاك ، وإلا فملى الخلاف السابق ، كذا قاله الجمهور وهو الذذهب . وقال الامام ، والنزالي : يقطع هنا بأخذه ، لأن المالك في غير الجنس بدعيه لنفسه ، والموكل هنا لا يدعي انتمن ، فأولى مصارفه التسليم إلى الوكيل الغارم .

الحال الثاني : أن يعترف المشتري بالوكالة ، فينظر ، إن صدق الموكل ، فالبيع

(١) في الأصل : فإن أنكر ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية .

(٢) في الأصل : في هذه .

باطل ، وعليه رد البيع . فان تلف ، فالموكل بالخيار ، إن شاء غرّم الوكيل ، لتمديه ، وإن شاء غرّم المشتري . وقرار الضمان على المشتري ، لحصول الهلاك في يده ، ويرجع بالثمن الذي دفعه على الوكيل . وإن صدق الوكيل ، فالقول قول الموكل مع يمينه ، فان حلف ، أخذ العين . وإن نكل ، حلف المشتري وبقيت له . الموضع الثاني : في المأذون فيه ، إذا وكله في بيع ، أو هبة ، أو صلح ، أو طلاق ، أو إعتاق ، أو إبراء ، فقال : تصرفت كما أذنت ، وقال الموكل : لم تصرف بعد ، نظر ، إن جرى هذا الاختلاف بمد انفزال الوكيل ، لم يقبل قوله إلا بينة ، لأنه غير مالك للتصرف حينئذ . وإن جرى قبل الانفصال ، فهد القول قول الموكل ، أم الوكيل ؟ قولان . أظهرهما عند الأكثرين : الأول ، وهو نصه في مواضع . وقيل : ما يستقل به الوكيل ، كاطلاق ، والاعتاق ، والابراء ، يقبل قوله فيه بيمينه ، وما لا ، كالبيع ، فلا . ولو صدق الموكل الوكيل في البيع ونحوه ، لكن قال : عزلتك قبل التصرف ، وقال الوكيل : بل بعد التصرف ، فهو كما لو قال الزوج : راجعتك قبل انقضاء العدة ، فقالت : انقضت عدتي قبل الرجعة . ولو قال الموكل : باع الوكيل ، فقال : لم أبيع . فان صدق المشتري الموكل ، حكم بانتقال الملك إليه ، وإلا ، فالقول قوله .

فرع

دعوى الوكيل تلف المال ، مقبولة بيمينه قطعاً ، وكذا دعواه الرد إن كان بلا جعل ، وكذا إن كان بجعل على الأصح ، وقد ذكرناه في كتاب الرهن . وكل ما ذكرناه هنا وهناك ، إذا ادعى الرد على من ائتمنه . فان ادعى الرد على غيره ، لم يقبل ، وسيأتي إيضاحه في كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى . ومن ذلك ، أن يدعي الوكيل الرد على رسول المالك ، لاسترداد ما عنده ، وينكر الرسول ، فالقول

قول الرسول بلا خلاف ، ولا يلزم الموكل تصديق الوكيل على الصحيح ، لأنه يدعي الرد على من لم يأتمنه. وقيل : يلزمه ، لأنه معترف بالرسالة ، ويدرسوله يده ، فكأنه ادعى الرد عليه . الموضع الثالث : في القبض ، فإذا وكله بقبض دين ، فقال : قبضته ، وأنكر الموكل ، نظر ، إن قال : قبضته وهو باقٍ في يدي ، فخذ ، لزمه أخذه ، ولا معنى لهذا الاختلاف . وإن قال : قبضته وتلف في يدي ، فالقول قول الموكل مع يمينه على نفي العلم بقبض الوكيل ، لأن الأصل بقاء حقه ، وهذا هو المذهب . وقيل بطرد الخلاف في اختلافهما في البيع ونحوه . فعلى المذهب ، إذا حلف الموكل ، أخذ حقه من كان عليه ، ولا رجوع له على الوكيل ، لاعتباره بأنه مظلوم . ولو وكله في البيع وقبض الثمن ، أو في البيع مطلقاً ، وجوزنا له قبض الثمن ، فاتفقا على البيع ، واختلفا في قبض الثمن ، فقال الوكيل : قبضته وتلف في يدي ، أو دفعته إليك وأنكر الموكل ، ففي المصدق منها طريقتان . أحدهما : على الخلاف السابق في البيع ونحوه . وأصحها : أنها إن اختلفا قبل تسليم المبيع ، فالقول قول الموكل ، وإن كان بعد تسليمه ، فوجهان . أحدهما : قول الموكل . وأصحها : قول الوكيل ، وبه قال ابن الحداد ، لأن الموكل يدعي تقصيره وخيائته بالتسليم بلا قبض ، والأصل عدمه . وهذا التفصيل فيما إذا أذن في البيع مطلقاً . فإذا أذن في التسليم قبل قبض الثمن ، أو في البيع بمؤجل وفي القبض بعد الأجل ، لم يكن خائناً بالتسليم بلا قبض ، فلاختلاف كالاختلاف قبل التسليم ، فإذا صدقنا الوكيل فحلف ، ففي برائة المشتري ، وجهان . أصحها عند الامام : يبرأ . وأصحها عند البغوي : لا . فعلى الأول ، إذا حلف وبرئ المشتري ، ثم وجد المشتري بالبائع عيباً ، فإن رده على الموكل وغرمه الثمن ، لم يكن له الرجوع على الوكيل ، لاعتباره بأن الوكيل لم يأخذ شيئاً . وإن رده على الوكيل وغرمه ، لم يرجع على الموكل ، والقول قوله بيمينه أنه لم يأخذ منه شيئاً ، ولا يلزم من

تصدقنا للوكيل في الدفع عن نفسه بيمينه أن ثلثت بها حقاً على غيره . ولو خرج المبيع مستحقاً ، رجع المشتري بالثمن على الوكيل ، لأنه دفعه إليه ، ولا رجوع له على الموكل لما سبق . ولو اتفقا على قبض الوكيل الثمن ، وقال الوكيل : دفعته إليك ، وقال الموكل : بل هو باقٍ عندك ، فهو كما لو اختلفا في رد المال المسلم إليه . والمذهب : أن القول قول الموكل (١) . ولو قال الموكل : قبضت الثمن فادفعه إليّ ، فقال الوكيل : لم أقبضه بعد ، فالقول قول الوكيل مع يمينه ، وليس للموكل طلبه من المشتري ، لاعترافه بقبض وكيله ، لكن لو سلم الوكيل المبيع حيث لا يجوز التسليم قبل قبض الثمن ، فهو متعمد ، فلموكل أن ينرمه قيمة المبيع .

فصل

دفع إليه مالاً ، ووكله بقضاء دينه به ، ثم قال الوكيل : قضيت به ، وأنكر رب الدين ، صدق رب الدين بيمينه ، فإذا حلف ، طالب الموكل بحقه ، وليس له مطالبة الوكيل . وهل يقبل قول الوكيل على الموكل ؟ قولان . أظهرهما : لا . والثاني : نعم بيمينه . فعلى الأظهر : ينظر ، إن ترك الاشهاد على الدفع ، فإن دفع بحضرة الموكل ، فلا رجوع للموكل عليه على الأصح . وإن دفع في غيبته ، رجع ، وسواء صدقه الموكل في الدفع ، أم لا ، على الصحيح . وفي وجه : لا يرجع إذا صدقه . فلو قال : دفعت بحضرتك ، صدق الموكل بيمينه . وإن كان قد أشهد ، لكن مات الشهود ، أو جنوا ، أو غابوا ، فلا رجوع . وإن أشهد واحداً أو مستورين ، فبأن فاسقين ، فوجهان . وكل ذلك ، على ما ذكرناه في رجوع الضامن على الأصيل . ولو أمره بالابداع ، ففي لزوم الاشهاد وجهان مذكوران في الوديعة .

(١) في نسخة الظاهرية : القول قول الوكيل .

فصل

إذا ادعى قيم اليتيم أو الوصي دفع المال إليه بعد البلوغ ، لم يقبل إلا بينة على الصحيح .

فصل

إذا طالب المالك مَنْ في يده المال بالرد ، فقال : لا أرد حتى تشهد عليك ، نظر ، إن كان ممن يقبل قوله في الرد كالمودع والوكيل ، فأوجه . أصحابها : ليس له ذلك . والثاني : بلى . والثالث : إن كان التوقف إلى الاشهاد يؤخر التسليم ، فليس له ، وإلا ، فله . وإن كان ممن لا يقبل قوله كالفاسد ، فإن كان عليه بينة بالأخذ ، فله الامتناع ، وإلا ، فوجهان . صحح البغوي الامتناع ، وقطع المراقبون بدمه ، لأنه يمكنه أن يقول : ليس له عندي شيء ، ويحلف ، والمديون في هذا الحكم كمن لا يقبل قوله في رد الاعيان .

فصل

إذا كان عليه دين لزيد ، أو عين في يده ، فقال رجل : أنا وكيله بالقبض منك فأقبضنيه ، فله حالان . أحدهما : أن يصدق في دعوى الوكالة ، فله دفعه إليه . فإن دفع فحضر زيد ، وأنكر الوكالة ، فالقول قوله يمينه . فإذا حلف ، فإن كان الحق عيناً ، أخذها ، فإن تلفت ، فله تفريم من شاء منها ، ولا رجوع للقارم على الآخر ، لأنه مظلوم بزعمه ، فلا يؤخذ غير ظالمة . قال في التهمة : هذا إذا تلفت بلا تفريط . وإن تلفت بتفريط القابض ، نظر ، إن غرم القابض ، فلا رجوع . وإن غرم الدافع ، رجع ، لأن القابض وكيل عنده ، والوكيل يضمن بالتفريط ، وزيد ظالمة بأخذ القيمة

منه ، وماله في ذمة القابض ، فيستوفيه بحقه . وإن كان الحق ديناً ، فله مطالبة الدافع بحقه . وإذا غرمه ، قال المتولي : إن كان المدفوع باقياً ، فله استرداده وإن كان ذلك لزيد في زعمه ، لأنه ظالمه بتفريعه ، وقد ظفر بماله . وإن كان تالفاً ، فإن فرط فيه ، غرمه ، وإلا ، فلا . وهل لزيد مطالبة القابض ؟ نظر ، إن تلف المدفوع عنده ، فلا ، وكذا إن كان باقياً على الأصح ، وبه قال الأكثرون ، لأن الآخذ فضولي بزعمه ، والمأخوذ ليس حقه ، وإنما هو مال المديون . وقال أبو إسحاق ، والشيخ أبو حامد : له مطالبته ، لأنه في معنى وكيله بالدفع إليه . فعلى هذا ، إذا أخذه ، برىء الدافع ، هذا كله في جواز الدفع إذا صدقه في الوكالة ، وهل يلزم الدفع ، أم له الامتناع إلى قيام البينة ؟ نص هنا ، أن له الامتناع . ونص فيما لو أقر بدين أو عين لزيد ، وأنه مات وهذا وارثه : أنه يلزمه الدفع ، لا بينة ؟ ققيل قولان فيها . والمذهب : تقرير النصين .

الحال الثاني : أن لا يصدقه ، فلا يكلف الرفع إليه . فإن دفع ثم حضر زيد وحلف على نفي الوكالة ، غرم الدافع ، وكان له أن يرجع على القابض ديناً كان أو عيناً ، لأنه لم يصرح بصدقه . ولو أنكر الوكالة أو الحق ، وكان الوكيل مأذوناً له في إقامة البينة ، أو قلنا : الوكيل بالقبض مطلقاً له إقامة البينة ، أقامها وأخذ الحق . فإن لم تكن بينة ، فهل له التحليف ؟ يبنى على أنه لو صدقه ، هل يلزمه الدفع ؟ إن قلنا : نعم ، حلفه ، وإلا ، فيسنى على أن النكول مع عين الرد كالبينة ، أم كالأقرار ؟ وإن قلنا بالأول ، حلفه ، وإلا ، فلا .

فرع

جاء رجل وقال لمن عليه الدين : أحالي به مالكة ، فصدقه . وقلنا : إذا صدق

مدعي الوكالة ، لا يلزمه الدفع ، فهنا وجهان . أحدهما : يلزمه كالوارث . ولو كذبه ولم تكن بينة ، هل له تخليفه ؟ إن ألزمناه الدفع ، فنعلم ، وإلا ، فكما سبق . ولو قال : مات فلان وله عندي كذا ، وهذا وصيه ، فهو كقوله : وارثه . فلو قال : مات ، وقد أوصى به لهذا الرجل ، فكأقراره بالحوالة .

فرع

إذا أوجبنا الدفع إلى الوارث والوصي ، أو لم نوجب ، فدفع ، ثم بان حياة المستحق ، وغرم الدافع ، فله الرجوع على المدفوع إليه . ولو جحد الحوالة ، فكجحد الوكالة .

فصل

إذا ادعى على رجل أنه دفع إليه متاعاً ليبيعه ويقبض ثمنه ، ومطالبة برده ، أو قال : بئته وقبضت ثمنه فسلته إليّ ، فأنكر المدعى عليه ، فأقام المدعي بينة بما ادعى ، فادعى المدعى عليه أنه كان تلف ، أو رد ، فظهر في صيغة جحوده ، فإن قال : مالك عندي شيء ، أو لا يلزمي تسليم شيء إليك ، قبل قوله في الرد والتلف . وإن أقام بينة ، سمعت ، إذ لا تناقض بين كلاميه . وإذا كانت صيغته : ما وكلتني ، أو ما دفعت إليّ شيئاً ، أو ما قبضت ، فإن ادعى التلف أو الرد قبل الجحود ، لم يقبل ، لمناقضته ، ولزمه الضمان . وإن أقام بينة بما ادعاه ، فوجهان . أحدهما : نسمع دعواه وبئته . وأصحها عند الامام ، والغزالي : لا نسمع . ولو ادعى أنه رد بعد الجحود ، لم يصدق ، لمصيره خائناً . فلو أقام بينة ، سمعت على المذهب ، وهو المعروف ، لأن غايته أن يكون كالفاسد ، ومعلوم أنه نسمع ببئته بالرد . وقال الامام : فيه الوجهان ، للتناقض ،

وهو حسن . ولو ادعى التلف بعد الجحود ، صدق يمينه لتقطع عنه المطالبة برد العين ، ولكن يلزمه الضمان ، لخياته ، كما إذا ادعى الغاصب التلف .

فصل

إذا ادعى عليه خيانة ، لم تسمع حتى يبين ما خان به ، بأن يقول : بعتَ بشرة ، وما دفعت إليّ إلا خمسة .

فصل

وكل قبض دين أو استرداد ودية ، فقال المديون والمودع : دفعت ، وصدقه الموكل ، وأنكر الوكيل ، هل يفرم الدافع بترك الاشهاد ؟ وجهان كما لو ترك الوكيل بقضاء الدين الاشهاد .

قلت : الأصح : أنه لا يفرم . والله أعلم

فصل

من قال : أنا وكيل في النكاح أو البيع ^(١) ، وصدقه من يعامله ، صح العقد . فلو قال الوكيل بعد العقد : لم أكن مأذوناً فيه ، لم يلتفت إليه ، ولم يحكم بطلان العقد ، وكذا لو صدقه المشتري ، لأن فيه حقاً للموكل ، إلا أن يقيم المشتري بينة على إقراره بأنه لم يكن مأذوناً في ذلك التصرف .

(١) في الاصل : أو يبيع .

كتاب الإقرار

هو إخبار عن حق سابق ، وفيه أربعة أبواب .

الأول : في أركانه ، وهي أربعة .

الأول : المقر ، وهو مطلق ، ومحجور عليه . فالملّلق ، يصح إقراره . قال
الغزالي : يصح إقراره بكل ما يقدر على إنشائه ، وهذا الضبط تستثنى منه صور .
منها : لو قال الوكيل : تصرفت كما أذنت ، فقال الموكل : لم تصرف ، لم يقبل
إقرار الوكيل على أحد القولين مع قدرته على الانشاء . وكذا لو قال : استوفيت
ما أمرتي باستيفائه ، ونازعه كما سبق . ومنها : إنشاء نكاح الثيب إلى وإيها ،
فإقراره غير مقبول ، ويمكن أن يزداد في الضبط فيقال : ينفذ إقراره في التصرفات
المتعلقة به التي يستقل بإنشائها . أو يقال : ما يقدر على إنشائه ، يؤخذ المقر بموجب
إقراره ، ولا يلزمه نفوذه في حق الغير ، فتخرج عنه المسائل . وأما المحجور ،
فقد ذكرنا أقسامه في كتاب الحجر . فمنه الصبي ، وإقراره باطل ، لكن يصح
إقراره بالوصية والتدبير إذا صححناها منه . ولو ادعى أنه بلغ بالاحتلام ، أو ادعت
أنها بلغت بالحيض في وقت إمكانها ، صدقا . فإن فرض ذلك في خصومة ، لم يحلفا ،
لأنه لا يعرف إلا من جهتها ، فأشبه إذا علق العتق بمشبهة غيره فقال : شئت ،
صدق بلا عين ، هكذا قاله الشيخ أبو زيد ، والامام ، والغزالي . قال الامام : فلو بلغ
مبلغا يتيقن بلوغه ، فالظاهر أنه لا يحلف أيضا على أنه كان بالغا ، لأننا إذا حكمنا
بمقتضى قوله ، فقد أنهينا الخصومة منهاها ، فلا عود إلى التحليف . وفي « التهذيب » وغيره :
أنه إذا جاء واحد من النزاة يطلب سهم المقاتلة ، وذكر أنه احتمل ، حلف وأخذ

السهم . فان لم يحلف ، ففي إعطائه ، وجهان . ولو ادعى البلوغ بالسن ، طوبى بالبينة ، لامكانها . فلو كان غريباً خامل الذكر ، فهل يطالب بالبينة لامكانها من جنس المدعي ؟ أم يلحق بالاحتلام ؟ أم ينظر إلى الانبثات لتعذر معرفة التاريخ كما في صبيان الكفار ؟ فيه ثلاثة احتمالات للامام . أصحها : أولها .

قلت : ولو أقر بمد بلوغه ورشده أنه أتلف في صباه مالاً ، لزمه الآن قطعاً ، كما لو قامت به بينة ، ذكره ابن كج . والله أعلم

ومنه المجنون ، وهو مسلوب المبالغة إنشاء وإقراراً في كل شيء بلا استثناء . وفي السكران ، خلاف وتفصيل مشهور ، نذكره في كتاب الطلاق إن شاء الله تعالى . قلت : والنعمة عليه ، ومن زال عقله بسبب يعذر فيه ، كشرب الدواء ونحوه ، أو أكره على شرب الخمر ، لا يصح إقرارهم . والله أعلم

ومنه : حجر المبذر والفلس ، وقد سبق حكمها في بابها . ويقبل إقرار المحجور عليه للفلس بالنكاح ، دون المحجور عليه لسفه ، اعتباراً للاقرار بالانشاء . قال الامام : وإقرار السفية بأنها منكوحة فلان ، كإقرار الرشيدة ، إذ لا أثر للسفه في النكاح من جانبها ، وفيه احتمال بسبب ضعف قولها وعقلها .

فصل

ومن المحجور عليه : الرقيق . والذي يثبته به ، ضربان .

أحدهما : يوجب العقوبة ، كالزنا ، وشرب الخمر ، والسرقة ، والقذف ، وما يوجب القصاص في النفس ، أو الطرف ، فيقبل إقراره به ، وتقام عليه عقوبته ،

خلافاً للمزني . وإذا أقر بسرقة توجب القطع ، قُبِلَ في القطع . وأما المال ، فإن كان تالفاً ، فقولان . أحدهما : يقبل ويعلق الضمان برقبته . وأظهرهما : لا يقبل ويعلق الضمان بذمته ، إلا أن يصدق السيد فيقبل . وإن كان باقياً ، نظر ، إن كان في يد السيد ، لم ينتزع منه إلا بتصديقه . وإن كان في يد العبد ، فطريقان . أحدهما : أن في انتزاعه القولين في التالف . فإن قلنا : لا ينتزع ، ثبت بدله في ذمته . والطريق الثاني : لا ينتزع قطعاً ، لأن يده كيد سيده . وقيل : إن كان المال في يد العبد ، قبل إقراره ، وإلا ، فلا . وإذا اختصرت قلت : في قوله أربعة أقوال^(١) . أظهرها : لا يقبل . والثاني : يقبل . والثالث : يقبل إن كان المال باقياً . والرابع : عكسه . وإذا أقر بسرقة توجب القطع ، ثم رجع ، كان كإقراره بسرقة لا توجب القطع ، وسندكرها في الضرب الثاني إن شاء الله تعالى . ولو أقر بالقصاص على نفسه ، فمما المستحق على مال ، أو عفا مطلقاً ، وقلنا : إنه يوجب المال ، فوجهان . أحدهما عند البغوي : أنه يتعلق برقبته . وإن كذبه السيد ، لأنه إنما أقر بالعقوبة ، وإنما وجب المال بالمفو . والثاني : أن الحكم كذلك إن قلنا : موجب العمد القصاص ، فإن قلنا : موجه أحد الأمرين ، ففي ثبوت المال ، قولان ، كالأقرار بالسرقة الموجبة للقطع .

الضرب الثاني : مالا يوجب عقوبة ، فإذا أقر بدين جنائية ، كغصب ، أو سرقة لا توجب قطعاً ، أو إتلاف ، وصدقه السيد ، تعلق برقبته ، فيباع فيه إلا أن يفديه السيد ، وإذا يسع فبقي شيء من الدين ، فهل يتبع به إذا عتق ؟ فيه قولان مذكوران في كتاب الجنائيات .

قلت : أظهرهما وهو الجديد : لا يتبع . والله أعلم

(١) في نسخة الظاهرية : في قبوله أربعة أقوال .

وإن كذبه السيد ، لم يتعلق برقبته ، لكن يتعلق بذمته ، يتبع به إذا عتق ، ولا يخرج عن القولين فيما إذا بيع في الدين وبقي شيء ، لأنه إذا ثبت التعلق بالرقبة ، فكان الحق انحصر فيها . وقيل بطردها ، لأن الزائد على القيمة لا يتعلق بالرقبة ، كما أن أصل الحق هنا ، غير متعلق بها . ولو أقر بدين معاملة ، فإن لم يكن مأذوناً له في التجارة ، لم يقبل إقراره على السيد ، بل يتعلق بالفقر به بذمته ، يطالب به إذا عتق ، سواء صدقه السيد ، أم لا . وإن كان مأذوناً فيها ، قبل وأدى من كسبه وما في يده ، إلا إذا كان مما لا يتعلق بالتجارة كالقرض . ولو أطلق المأذون الإقرار بالدين ، ولم يمين جهته ، لم ينزل على دين المعاملة على الأصح ، لاحتمال أنه باتلاف ، ولا فرق في دين الاتلاف بين المأذون وغيره . ولو حجر عليه ، فأقر بعد الحجر بدين معاملة ، إضافة الى حال الاذن ، لم تقبل إضافته على الأصح .

فرع

من نصفه حر ، لو أقر بدين جنائية ، لم يقبل فيما يتعلق بسيدته ، إلا أن يصدقه ، ويقبل في نصفه . وعليه قضاؤه مما في يده . ولو أقر بدين معاملة ، فتى صححنا تصرفه ، قبلنا إقراره عليه ، وقضيناه مما في يده . ومتى لم نصححه ، فأقراره كإقرار العبد .

فرع

إقرار السيد على عبده بما يوجب عقوبة ، مردود ، وبدين الجنائية ، مقبول ، إلا أنه إذا بيع فيه وبقي شيء ، لم يطالب به بعد العتق إلا أن يصدقه . وكذا إقراره بدين المعاملة ، لا يقبل على العبد .

قلت : قال ابن كج : لو عتق ، ثم أقر بأنه أتلف مالا لرجل قبل العتق ، لم يلزم السيد ، ويطلب به العبد . ولو قامت بينة بأنه كان جنى ، لزم السيد أقله الأمرين من أرض جنائيه وقيمته . قال البغوي : كل ما قبل إقرار العبد فيه كالعقوبات ، فالدعوى فيه تكبر على العبد . ومالا يقبل المال المتعلق برقبته ، إذا صدقه السيد ، فالدعوى على السيد . فان ادعى في هذا على العبد ، إن كان له بينة ، سمعت ، وإلا ، فان قلنا : اليمين المدونة كاليمين ، سمعت رجاء نكوله . وإن قلنا : كالأقرار ، فلا . ولو ادعى على العبد دين معاملة متعلق بالذمة ، وله بينة ، ففي سماعها وجهان ، كالدين المؤجل . والله أعلم

فصل

ومن المحجور عليهم ، المريض مرض الموت ، وفيه مسائل .
إحداها : يصح إقراره بالنكاح بموجبات المقوبات ، وبالدين واليمين الأجنبي ، وفي إقراره للوارث بالمال ، طريقان . أحدهما : يقبل قطعاً . وأصحها عند الجمهور : على قولين . أظهرهما : القبول . واختار الروياني مذهب مالك رضي الله عنه ، وهو أنه إن كانت متهاً ، لم يقبل إقراره ، وإلا ، فيقبل ، ويجتهد الحاكم في ذلك . فان قلنا : لا يقبل ، فهل الاعتبار في كونه وارثاً بحال الموت ، أم بحال الإقرار ؟ فيه وجهان . وقيل : قولان . أظهرهما وأشهرهما وهو الجديد : بحال الموت ، كالوصية . ولو أقر في مرضه أنه كان وهب وارثه ، وأقبضه في الصحة ، أشار الامام إلى طريقين . أحدهما : القطع بالمنع ، لأنه عاجز عن انشائه . والثاني : أنه على القولين في الإقرار للوارث ، ورجح النزالي : المنع ، واختار القاضي حسين : القبول .

قلت : القبول أرجح . والله أعلم

ولو أقر لوارثه وأجنبي مآ ، وقلنا : لا يقبل الوارث ، قبل في نصفه للأجنبي على الأظهر .

الثانية : لو أقر في صحته بدين لرجل ، وفي مرضه بدين لآخر ، فهذا سواء ، كما لو ثبتا بالبينة ، وكما لو أقر بها في الصحة أو المرض .

قلت : وحكى في « البيان » قولاً شاذاً : أن دين الصحة يقدم . والله أعلم

ولو أقر في صحته أو مرضه بدين ، ثم مات فأقر ورثته عليه بدين لآخر ، فوجهان . أصحابها : يتساويان فيتضاربان في التركة ، لأن الوارث يقوم مقامه ، فصار كمن أقر بدينين . والثاني : يقدم ما أقر به المورث ، لأنه بالموث تعلق بالتركة ويجري الوجهان فيما لو ثبت الأول ببينة ثم أقر وارثه ، وفيما لو أقر الوارث بدين على الميت ، ثم أقر لآخر بدين آخر ، وسواء كان الدين الأول مستغرقاً للتركة ، أم لا . ولو ثبت عليه دين في حياته أو موته ، ثم ردت بهيمة في بئر كان حفرها بمحل عدوان ، ففي مزاحمة صاحب البهيمة رب الدين القديم ، الخلف السابق فيما إذا جنى الفيلس بعد الحجر عليه ، قاله في « التتمة » .

الثالثة : مات وخلف ألف درهم ، فادعى رجل أنه أوصى له بثلث ماله ، فصدقه الوارث ، ثم جاء آخر فادعى عليه ألف درهم ديناً ، فصدقه الوارث ، قيل : يصرف الثلث إلى الوصية ، لتقدمها . وقيل : يقدم الدين على الوصية كما هو المعروف فيها . ولو صدق مدعي دين ، أولاً ، قدم قطعاً . ولو صدق المدعين مآ ، قال الأكثرون : يقسم الألف بينها أربعاً ، لأننا نحتاج إلى الألف للدين ، وإلى ثلث المال للوصية ، فيخص الوصية ثلث عائل ، وهو الربع . وقال الصيدلاني : تسقط الوصية ، ويقدم الدين

كما لو ثبتنا بالبينة ، وهذا هو الصواب ، سواء قدمنا عند ترتيب (١) الاقرارين ، الأول منها ، أو سويها .

الرابعة : أقر المريض بعين مال لانسان ، ثم أقر لآخر بدين مستغرق أو غير مستغرق ، سُلِّمَت العين للأول ، ولا شيء للثاني ، لأن المقرّ مات ولا يعرف له مال . ولو أقر بالدين أولاً ، ثم أقر بالعين ، فوجهان . أحدهما : أنه كما لو أقر بالعين أولاً ، لأن الاقرار في الدين ، لا يتضمن حجراً في العين ، ألا ترى أنه ينفذ تصرفه فيها . والثاني : يتزاحمان ، لتعارض القوة فيهما .

قلت : لو أقر المريض أنه أعتق عبداً في صحته ، وعليه دين يستغرق تركته ، نفذ عتقه ، لأن الاقرار ليس تبرعاً ، بل إخبار عن حق سابق . ولو ملك أخاه ، فأقر في مرضه أنه أعتقه في صحته ، وهو أقرب عصبته ، نفذ عتقه . وهل يرث ؟ يبنى على الاقرار للوارث . إن صححناه ، ورث ، وإلا ، فلا ، لأن توريشه يقتضي إبطال حرثه ، فيذهب الارث . والله أعلم

فرع

يشترط في صحة الاقرار الاختيار ، فاقرار المكره ، باطل كسائر تصرفه . **قلت :** ولو ضرب ليقر ، فأقر في حال الضرب ، لم يصح . وإن ضرب ليصدق في القضية ، قال الماوردي في « الأحكام السلطانية » : إن أقر في حال الضرب ، ترك ضربه واستعيد إقراره ، فإن أقر بعد الضرب ، عمل به ، ولو لم يستعده وعمل

(١) في « شرح الوجيز » ترتيب .

بالاقرار حال الضرب ، جاز مع الكراهة ، هذا كلام الماوردي . وقبول إقراره حال الضرب مشكل ، لأنه قريب من المكره ، ولكنه ليس مكرهاً ، فإن المكره هو مَنْ أكره على شيء واحد ، وهنا إنما ضرب ليصدق ، ولا يتحصّر الصدق في الاقرار . وقبول إقراره بعد الضرب ، فيه نظر إن غلب على ظنه إعادة الضرب إن لم يقر . والله أعلم

الركن الثاني : المقر له ، وله ثلاثة شروط .

أحدها : أهلية استحقاق الحق المقر به . فلو قال : لهذا الحمار أو لدابة فلان علي ألف ، فهو انمو ، ولو قال : لفلان عبي ألف بسببها ، صح على الصحيح ، ولزمه حملاً على أنه جنى عليها أو اكتراها . وقيل : لا يلزمه ، لأن الغالب لزوم المال بالعاملة ، ولا يتصور ذلك . ولو قال : لعبد فلان علي ألف ، أو عندي ألف ، صح وكان إقراراً لسيده ، والاضافة فيه كالاضافة في الهبة وسائر الانشاءات .

فرع

قال : لحمل فلانة علي أو عندي ألف ، فله ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يسند إلى جهة صحيحة ، كقوله : ورثته من أبيه ، أو وصى به له فلان ، فيعتبر إقراره . ثم إن انفصل ميتاً ، فلا حق له ، ويكون لورثة من قال : أنه ورثته منه ، أو الموصي ، أو ورثته في صورة الوصية . وإن انفصل حياً ، فإن كان لدون ستة أشهر من حين الاقرار ، استحقه . وإن انفصل لأكثر من أربع سنين ، فلا ، لتيقن عدمه ، وإن انفصل لستة أشهر فأكثر ، ولدون أربع سنين ، فإن كانت مستفرشة ، لم يستحق ، وإلا فقولان .

قلت : أظهرهما : الاستحقاق . والله أعلم

وإذا ثبت الاستحقاق ، فإن ولدت ذكراً ، فهو له . أو ذكرين فأكثر ، فلهم بالسوية ، وإن ولدت أنثى ، فهو لها إن أسنده إلى وصية . وإن أسنده إلى إرث من أبيها ، فلها نصفه . وإن ولدت ذكراً وأنثى ، فهو بينهما بالسوية إن أسنده إلى وصية ، وأثلاثاً إن أسنده إلى الإرث . هذا إذا اقتضت جهة الوراثة ما ذكرنا ، فإن اقتضت التسوية ، كولدتي أم ، سؤتي بينهما في الثلث . قال الامام : ولو أطلق الإرث ، سألناه عن الحجة وحكمتنا بمقتضاها .

قلت : وهذا المحكي عن الامام قاله أيضاً ابن الصباغ . وقال الشيخ أبو حامد : يكون بينهما بالسوية . وإن تميزت مراجعة المقيّر ، فينبغي القطع بالتسوية بينهما .

والله أعلم

الحال الثاني : أن يطابق الإقرار ، فيصح على الأظهر ، ويحمل على الجهة الممكنة في حقه .

الثالث : أن يسند إلى جهة باطلة ، كقوله : أقرضنيه أو باعني به شيئاً ، فإن أبطلنا المطلق ، فذا أولى ، وإلا ، فطريقان . أصحها : القطع بالصحة . والثاني : على القوانين في تعقيب الإقرار بما يرفعه .

قلت : الأصح في هذا الحال : البطلان ، وبه قطع الراعي في « المحرر » .

والله أعلم

وإذا صححنا الإقرار في الحائنين الآخرين ، فانفصل ميتاً ، فلا شيء له ، ويسأل المقر عن جهة إقراره من الإرث والوصية ، ويعمل بمقتضاها . قال الامام : وليس لهذا السؤال والبحث طالب معين ، وكان القاضي يسأل حسبما ليصل الحق [إلى] مستحقه . فإن مات قبل البيان ، فكمن أقر لانسان فردّه . وفي تعليق الشيخ أبي حامد : أنه يطالب ورثته كنفسه . وإن انفصل حياً المدة المتبرة ، فالكل له ، ذكراً كان أو

أُتِيَ . وإن انفصل ذكر وأُتِيَ ، فهو لها بالسوية . ومتى انفصل حي وميت ، قالميت كالمدوم ، وينظر في الحي كما ذكرنا .

فرع

أقر لانسان بحمل جارية ، أو بهيمة ، ففيه التفصيل المذكور في الاقرار للحمل .
فإن قال : إنه أوصى له [به] ، صح ، وينظر ، كم بين انفصاليه وبين يوم الاقرار من المدة ، على ما سبق . وفي حمل البهيمه ، يرجع إلى أهل الخبرة . وإن أطلق ، أو أسند إلى جهة باطلة ، ففيه الخلاف المذكور . ولو أقر بالحمل لرجل ، وبالأم لآخر ، فإن جوزنا الاقرار بالحمل ، صح الاقراران ، وإلا ، فقال البغوي : هما جميعاً للآخر ، وهذا بناء على أن الاقرار بالحامل ، اقرار بالحمل ، وفيه خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى .

فرع

أقر لمسجد أو مقبرة أو نحوها بمال ، وأسنده إلى جهة صحيحة ، كغلة وقف عليه ، صح . وإن أطلق ، فوجهان ، تخريجاً من القولين في الحمل ، وعلى قياسه ما إذا أسند إلى جهة باطلة .

الشروط الثاني : عدم تكذيبه ، فيشترط لصحة الاقرار ، عدم تكذيب المقر له ، وإن كنا لا نشترط قبوله لفظاً . فإن كذبه ، نظر ، ان كان المقر به مالاً ، ففيما يفعل به ، أوجه . أصحابنا : يترك في يد المقر . والثاني : ينتزعه الحاكم ويتولى حفظه إلى أن يظهر مالكة . فإن رأى استحفاظ صاحب اليد ، فهو كما لو استحفظ

عدلاً آخر . والثالث : يجبر المقر له على القبول والقبض ، وهو بعيد . قال الشيخ أبو محمد : موضع الخلاف ، ما إذا قال المقر : هذا المال لفلان ، فكذبه . فأما إذا قال للقاضي : إن في يدي مالاً لا أعرف مالكة ، فالوجه : القطع بأن القاضي يتولى حفظه . وأبعد بعضهم ، فلم يجوز انتزاعه هنا أيضاً . ولو رجع المقر له عن الإنكار ، وصدق المقر ، فقد حكى الامام ، والغزالي : القطع بقبوله وتسليم المال إليه . والأصح ، ما ذكره المتولي وغيره : أنه مفرع على الخلاف . فإن قلنا : يترك في يد المقر ، فقد حكمتنا ببطلان الاقرار ، فلا يصرف إلى المقر له إلا بأقرار جديد . وإن قلنا : ينتزعه الحاكم ويحفظه ، لم يسد إليه أيضاً . بل لو أقام بينة بأنه ملكه ، لم تسمع ، وإنما يسلم إليه إذا قلنا بالوجه الثالث البعيد ، فحصل أن المذهب عدم تسليمه إليه . ولو رجع المقر في حال إنكار المقر له ، وقال : غلطت ، أو تهمت الكذب ، فإن قلنا : ينتزعه الحاكم ، لم يقبل . وإن قلنا : يترك في يده ، فوجهان . أصحها عند الجمهور : يقبل . وأصحها عند الامام ، والغزالي : لا يقبل . وجميع ما ذكرناه في الاقرار ، بثوب ونحوه . فلو أقر له بعبده ، فأنكره ، فوجهان . أحدهما : يحكم بعقده ، لأنها لا يدعيانه ، كاللقيط إذا قال بعد بلوغه : أنا عبد لزيد ، فأنكر زيد ، يحكم بحريته . وأصحها : لا يعتق ، لأنه محكوم برقه ، فلا يرفع إلا بيقين ، بخلاف اللقيط ، فإنه محكوم بحريته بالدار ، فعلى هذا ، حكمه كالثوب ونحوه على ما مضى . أما إذا كان المقر به قصاصاً ، أو حد قذف ، فكذبه المقر له ، فيسقط ، وكذا لو أقر بسرقة توجب القطع ، وأنكر رب المال السرقة ، فلا قطع . وفي المال ، ما سبق . ولو أقرت بالنكاح ، وأنكر ، سقط حكم الاقرار في حقه .

فرع

في يده عبدان ، فقال : أحدهما لزيد ، ثم عين أحدهما ، فقال زيد : إنما عبدي الآخر ، فهو مكذب للمقر في المعين ، ومدّع في الآخر .

فرع

ادعى على رجل ألفاً من ثمن مبيع، فقال : قد أقبضتك الألف، وأقام بينة على إقراره بالقبض يوم كذا ، فأقام المدعي بينة على إقرار المشتري بمد يئته بأنه ما أقبضه الثمن ، سُمعت ، وألزم المشتري الثمن ، لأنه وإن قامت البينة على إقرار البائع بالقبض، فقد قامت أيضاً على أن صاحبه كذبه ، فيبطل حكم الاقرار، وبقي الثمن على المشتري .

الشرط الثالث: أن يكون معيناً نوع تعيين ، بحيث يتوقع منه الدعوى والطلب . فلو قال لانسان أو واحد من بني آدم أو من أهل البلد: علي ألف، ففي صحته وجهان بناءً على ما لو أقر بمعيّن فكذبه ، هل ينتزع من يده ؟ إن قلنا : نعم ، لأنه مال ضائع ، فكذا هنا ، فيصح الاقرار، وإن قلنا : لا، لم يصح، وهو الصحيح. قال المتولي: فلو جاء واحد فقال : أنا الذي أردتني ولي عليك ألف ، فالقول قول المقر بيمينته في نفي الارادة ونفي الألف .

الركن الثالث : المقر به . ويجوز الاقرار بالجهول ، فان كان ما يقر به عيناً ، فشرطه أن لا يكون مملوكاً للمقر حين يقر ، لأن الاقرار ليس بإزالة ملك ، وإنما هو إخبار عن كونه مملوكاً للمقر له . فلو قال : داري هذه ، أو ثوبي الذي أملكه ، لزيد ، فهو متناقض ، وهو محمول على الوعد بالهبة ، ولو قال : مسكني هذا لزيد ، كان إقراراً ، لأنه قد يسكن ملك غيره . ولو شهدت بينة أن الدار الفلانية أقر زيد بأنها ملك عمرو ، وكانت ملك زيد إلى أن أقر ، كانت الشهادة باطلة ، نص عليه . ولو قال : هي لزيد وكانت ملكي [إلى] وقت الاقرار ، فأقراره نافذ . والذي ذكره بعده مناقض لأوله ، فيلغو كما لو قال: هي له، وليست له ، وهذا في الاعيان، وكذا في الديون إذا كان له على غيره في الظاهر دين، من قرض ، أو أجرة ، أو

ثمن، فقال : ديني الذي على زيد لمعرو ، فهو باطل . ولو قال : الدين الذي على زيد هو لمعرو ، واسمي في الكتاب عارية ، فهو إقرار صحيح ، فلمله كان وكيلاً عنه في الاقراض والاجارة والبيع . ثم عمرو يدعي المال على زيد لنفسه ، فان أنكر ، فهو بالخيار بين أن يقيم البينة على دين المقر على زيد ، ثم على إقراره له بما على زيد ، وبين أن يقيم البينة أولاً على الاقرار ، ثم على الدين ، كذا ذكره القفال .

فرع

استثنى صاحب « التلخيص » ثلاثة ديون، ومنع الاقرار بها ، أحدها : الصداق في ذمة الزوج ، لا تقر به المرأة . والثاني : بدل الخلع في ذمة الزوجة ، لا يقر به الزوج . والثالث : أرض الجناية ، لا يقر به المحني عليه . فان كانت الجناية على عبد أو مال آخر ، جاز له أن يقر به للغير ، لاحتمال كونه له يوم الجناية . قال الأئمة : هذه الديون ، وإن لم يتصور فيها الثبوت للغير ابتداءً وتقديراً للوكالة ، فيجوز انتقالها بالحالة ، وكذلك بالبيع على قول ، فيصح الاقرار بها عند احتمال جريان نقل . وحلوا ما ذكره صاحب « التلخيص » على ما إذا أقر بها عقيب ثبوتها ، بحيث لا يحتمل جريان نقل ، لكن سائر الديون أيضاً كذلك ، فلا يصح الاستثناء ، بل الاعيان أيضاً بهذه المثابة . حتى لو أعتق عبده ، ثم أقر له السيد أو غيره عقيب الاعتاق بدين أو غيره ، لم يصح ، لأن أهلية الملك لم تثبت له إلا في الحال ، ولم يحجر بينها ما يوجب المال . وقال أبو العباس الجرجاني في الديون الثلاثة : إن أسند الاقرار بها إلى جهة حوالة أو بيع ، إن جوزناه ، صح ، وإلا ، فعلى قولين ، كما لو أقر للحمل وأطلق .

فصل

يشترط في الحكم بثبوت ملك المقر له ، أن يكون المقر به تحت يد المقر وتصرفه . فإن لم يكن ، لم يحكم به في الحال ، بل يكون ذلك دعوى أو شهادة ، ولا تلغية من كل وجه ^(١) بل لو حصل المقر به يوماً في يد المقر ، لزمه تسليمه إليه . ولو قال : العبد الذي في يد زيد مرهون عند عمرو بكذا ، ثم حصل العبد في يده ، يؤمر ببيعه في دين عمرو . ولو أقر بحرية عبد في يد رجل ، أو شهد بحريته ، فلم تقبل شهادته ، ثم اشتراه ، صح ، تنزيلاً للعقد على قول من صدقه الشرع ، وهو البائع ، ويحكم بحريته ، وترفع يده عنه . ثم لاقراره صيقتان .

إحدهما : أن يقول : إنك أعتقته وتسرقه ظلماً ، قال الأصحاب : فيكون هذا العقد من جانب البائع يماً قطعاً ، وفي جانب المشتري ، وجهان . أحدهما : شراء . وأصحابها : اقتداء ، لاعترافه بحريته . وحكى الامام ، والنزالي ، فيه ثلاثة أوجه . أصحابها : بيع من البائع ، واقتداء من المقر . والثاني : بيع منها . والثالث : فداء منها . وهذا الثالث فاسد في جهة البائع . وكيف يصح أخذه المال ليفدي من يسرقه؟! ولو قيل : فيه المعنيان ، وأيهما أغلب؟ فيه الخلاف ، لكان قريباً ، والمعتمد ما ذكرنا عن الأصحاب . ويثبت للبائع في هذا العقد خيار المجلس والشرط ، بناء على ظاهر المذهب ، أنه يبيع من جانبه . ولو كان البيع بثمن معين ، فخرج معيماً وردّه ، كان له استرداد العبد ، بخلاف ما لو باع عبداً فأعتقه المشتري ، ثم خرج الثمن المعين معيماً وردّه ، حيث لا يسترد العبد ، بل يعدل إلى القيمة لاتفاقها على المتق هناك . وأما المقر المشتري ، فإن جعلناه شراءً في حقه ، فله الخيار . وإن قلنا : فداء ، فلا . وعلى الوجهين : لا رد له لو خرج العبد معيماً ، لكن له أخذ الأرض على قولنا : شراء ، وليس له على الاقتداء ، وذكر الامام : أنه إذا لم يثبت الخيار المشتري ، ففي ثبوته للبائع

(١) في « شرح الوجيز » : وليس معناه أنه يأنفوا قوله من كل وجه .

وجهان ، لأن هذا الخيار ، لا يكاد يتبعض . والمذهب على الجملة : بثوئه للبائع دون المشتري . وأما ولاؤه ، فموقوف . فإن مات وخلف مالا ، ولا وارث له بنير الولاء ، نظر ، إن صدق البائع المشتري ، أخذه ورد الثمن . وإن كذبه وأصر على كلامه الأول ، فظاهر النص : أن الميراث يوقف كما وقف الولاء . واعترض عليه المزني فقال : للمشتري أخذ قدر الثمن مما تركه . فإن فضل شيء ، كان الفضل موقوفاً ، لأن المشتري ، إما كاذب ، فاليت رقيق له وجميع أكسايه له ، وإما صادق ، فالأكساب للبائع إرثاً بالولاء ، وقد ظلمه بأخذ الثمن ، وتعذر استرداده ، فاذا ظفر بماله ، كان له أخذ قدر الثمن . واختلف الأصحاب ، فذهب طائفة إلى ظاهر النص ، وتخطئه المزني ، قالوا : لأنه لو أخذه لأنه كسب مملوكه ، فقد نفاه بأقراره ، أو بجهة الظفر بمال ظلمه ، فقد بذله تقريباً إلى الله تعالى باستنقاذ حر ، فلا يرجع فيه كالصدقة ، ولأنه لا يدري بأي جهة يأخذه ، فيوقف إلى ظهور جهته . وذهب ابن سريج وأبو إسحاق والجمهور : إلى أن المذهب ما قاله المزني . وقال ابن سريج وغيره : وقد نص عليه الشافعي رضي الله عنه في غير هذا الموضع . وحملوا ما ذكره هنا ، على أن ما يأخذه بجهة الولاء يكون موقوفاً وقف الولاء ، وهو ما زاد على قدر الثمن . فأما المستحق بكل حال ، فلا معنى للوقف فيه . قالوا : ويجوز الرجوع في المبدول فدية وقرية ، كمن فدى أسيراً ثم استولى المسلمون على الكفار ووجد الفادي عين ماله ، أخذه . وأما اختلاف الجهة ، فلا يمنع الأخذ بعد الاتفاق على أصل الاستحقاق .

الصيغة الثانية : يقول : هو حر الأصل ، أو أعتق قبل أن تشتريه ، فاذا اشتراه فهو اقتداءً من جهته بلا خلاف . وأما إذا مات وخلف مالا ، ولا وارث له بنير الولاء ، فماله لبيت المال ، وليس للمشتري أخذ شيء منه ، لأن المال بزعمه ليس للبائع حتى يأخذه عوضاً عن الثمن . ولو مات المبد قبل أن يقبضه (١) المشتري ،

(١) في الأصل : يبيعه ، وما أفتناه من مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

لم يكن للبائع أن يطالبه بالثمن ، لأنه لا حرية في زعمه ، وقد تلف المبيع قبل القبض .

فرع

لو أقر بحرية عبد ، ثم استأجره ، لم يحل له استخدامه ، وللعكري مطالبته بالأجرة . ولو أقر بحرية جارية لزيد ، ثم قبل نكاحها [منه] ، لم يحل [له] وطؤها ، ولزيد مطالبته بمهرها .

قلت : ينبغي أن يقال : إن أقر أن زيدا أعتقها ، ولم يكن لها عصة ، صح تزويجه ، لأنه إما مالك ، وإما مولى حرّة . والله أعلم

فرع

قال : هذا العبد الذي في يدك غصبته من زيد ، ثم اشتراه منه ، ففي صحة العقد ، وجهان حكاهما الامام . أصحابنا : الصحة ، كما لو أقر بحريته ثم اشتراه . والثاني : النع ، لأن التصحيح هناك للافتداء والافتاد من الرق ، ولا يتجه مثله في تخليص عبد الغير .

فرع

أقر بعبد في يده لزيد ، فقال العبد : بل أنا ملك عمرو ، يسلم إلى زيد ، لأنه في يد من يسترقه ، لا في نفسه . فلو أعتقه زيد ، لم يكن لعمرو تسلم رقبته ، ولا التصرف فيها ، لما فيه من إبطال ولا- زيد . وهل له أخذ أكسابه ؟ وجهان . وجه النع : أن الاكساب ، فرع الرق ، ولم يثبت .

الركن الرابع : الصيغة ، وفيه مسائل .

إحداها : قول القائل : لفلان كذا ، صيغة إقرار . وقوله : لفلان عليّ ، أو في ذمتي ، إقرار بالدين ظاهراً . وقوله : عندي أو معي ، إقرار بالعين . وقوله : له قبلي كذا ، قال في « التهذيب » : هو دين ، ويشبه أن يكون صالحاً للدين والعين جميعاً . قلت : قوله : إقرار بالعين ، معناه : أنه يحمل عند الإطلاق على أن ذلك عين مودعة له عنده ، قاله البغوي . قال : حتى لو ادعى بعد الإقرار أنها كانت وديعة تلفت ، أو رددتها ، قبل قوله بيمينه ، بخلاف ما إذا قلنا : إنه دين ، فإنه لو فسره بالوديعة ، لم يقبل . وإذا ادعى التلف ، لم ينفعه ، بل يلزمه الضمان .

والله أعلم

الثانية : إذا قال رجل : لك علي ألف (١) ، فقال في جوابه : زن ، أو خذ ، أو استوف ، أو اتزن ، لم يكن إقراراً ، لأنه ليس بالتزام ، ولأنه قد يذكر للاستهزاء . وفي وجه : اتزن ، إقرار ، وهو شاذ . ولو قال : خذه ، أو زنه ، أو اختم عليه ، أو شده في هيائك ، أو اجعله في كيسك ، أو اختم عليه ، فليس بإقرار على الصحيح ، وقال الزيري : إقرار .

قلت : ولو قال : وهي صحاح ، فهو كقوله : زنه . والله أعلم

ولو قال في الجواب : بلى ، أو نعم ، أو أجل ، أو صدقت ، فهو إقرار . قالوا : ولو قال : لعمرى ، فإقرار . ولعل العرف يختلف فيه . ولو قال : أنا مقرر به ، أو

(١) في مخطوطة الظاهرية : إذا قال لرجل لي عليك ألف . وفي « شرح الوجيز » : إذا قال لغيره :

لي عليك ألف .

بما تدعيه ، أو لست منكرأ له ، فهو إقرار له . ولو قال : أنا مقر ، ولم يقل : به ، أو لست منكرأ ، أو أنا أقر ، فليس بإقرار . ولو قال : أنا أقر لك به ، فوجهان . نسب الامام كونه إقرارأ إلى الأكثرين . وفيه نظر ، لأن المراقبين ، والقاضي حسين ، والرويان ، قطعوا بأنه ليس بإقرار ، ولا يحكي الوجه الآخر إلا نادراً . ويتأيد كونه إقرارأ ، بأنهم اتفقوا على أنه لو قال : لا أنكر ما تدعيه ، كان إقرارأ ، ولم يحملوه على الوعد بالإقرار . ولو قال : لا أنكر أن يكون محققاً ، فليس بإقرار ، لجواز أن يريد في شيء آخر . فلو قال : فيما يدعيه ، فهو إقرار . ولو قال : لا أقر به ولا أنكره ، فهو كسكوته ، فيجعل منكرأ ، وتعرض عليه اليمين . ولو قال : أبرأتني منه ، أو قضيته ، فأقرار ، وعليه بينة القضاء والابراء (١) . وفي وجه : أبرأتني منه ، ليس بإقرار ، وليس بشيء . ولو قال : أقرت بأنك أبرأتني واستوفيت مني (٢) فليس بإقرار . ولو قال في الجواب : لعل ، أو عسى ، أو أظن ، أو أحسب ، أو أقدر ، فليس بإقرار .

فرع

اللفظ وإن كان صريحاً في التصديق ، فقد تنضم إليه قرائن تصرفه عن موضوعه إلى الاستهزاء والتكذيب . ومن جملتها : الأداء ، والابراء ، وتحريك الرأس الدال على شدة التعجب والانكار ، فيشبه أن يحمل قول الأصحاب : إن صدقت ، وما في معناها ، إقرار على غير هذه الحالة . فأما إذا اجتمعت القرائن ، فلا تجعل إقرارأ . ويقال : فيه خلاف ، لتعارض اللفظ والقرينة ، كما لو قال : لي عليك ألف ،

(١) في مخطوطة الظاهرية ود شرح الوجيز : وعليه بينة القضاء أو البراء .

(٢) في مخطوطة الظاهرية : أبرأتني أو استوفيت مني .

فقال في الجواب على سبيل الاستهزاء: لك علي ألف ، فان التولي حكى فيه وجهين.

المسألة الثالثة : إذا قال : أليس لي عليك ألف؟ قال : بلى ، كان إقراراً .

وإن قال : نعم ، فوجهان . وقطع البغوي وغيره ، بأنه ليس بإقرار كما هو مقتضاه في اللغة . وقطع الشيخ أبو محمد والتولي ، بأنه إقرار ، وصححه الامام ، والنزالي ، لأن الإقرار يحمل على مفهوم أهل العرف ، لا على دقائق العربية .

قلت : هذا الثاني : هو الأصح ، وصححه الرافعي في « المحرر » . والله أعلم

ولو قال : هل لي عليك ألف ؟ فقال : نعم ، فإقرار .

الرابعة : إذا قال : اشتري مني عبدي هذا ، فقال : نعم ، فهو إقرار منه للقائل ، كما

لو قال : أعتق عبدي هذا ، فقال : نعم . ويمكن أن يجيء فيه خلاف عما سبق في الصلح ، كقوله : يميني . ولو قال : اشتري مني هذا العبد ، ولم يقل : عبدي ، فالتصديق به « نعم » يقتضي الاعتراف بأنه يملك يمينه ، لا أنه يملك العبد . ولو ادعى عليه عبداً ، فقال : اشتريته من وكيلك فلان ، فهو إقرار له ، ويخلف المدعي أنه ما وكل فلاناً في بيع .

الخامسة : لو قال : له علي ألف في علمي ، أو فيما أعلم ، أو أشهد ، فهي إقرار .

السادسة : قال : كان علي ألف لفلان ، أو كانت هذه الدار في السنة الماضية

له ، فهل هو إقرار في الحال عملاً بالاستصحاب ، أم لا ، لأنه غير معترف في الحال ؟ وجهان .

قلت : ينبغي أن يكون أصحابها : الثاني ، وقد أشار إلى تصحيحه الجرجاني .

والله أعلم

ويقرب منه الخلاف ، فيما لو قال : هذه داري أسكن فيها فلاناً ، ثم أخرجته

منها ، فهو إقرار باليد على الأصح ، لأنه اعترف بثبوتها وادعى زوالها . وقال أبو علي الزجاجي : ليس بإقرار ، لأنه لم يعترف بيد فلان إلا من جهته . ولو قال : ملكتها من زيد ، فهو إقرار ، بملكها لزيد ، ودعوى انتقالها منه ، فإن لم يصدقه زيد ، لزمه ردها إليه .

قلت : ولو قال : ملكتها على يد زيد ، لم يكن إقراراً له بها ، لأن معناه : كان زيد وكيلاً ، قاله البغوي . والله أعلم

السابعة : قال : اقض الألف الذي لي عليك ، فقال : نعم ، فإقرار على المذهب ، وتردد فيه بعضهم . وإن قال : أعط غداً ، أو ابعت من يأخذه ، أو أمهني يوماً ، أو أمهني حتى أصرف الدرام أو أفتح الصندوق ، أو أقمد حتى تأخذ ، أو لا أجد اليوم ، أو لا تؤدّ المطالبة ، أو ما أكثر ما تتقاضى ، أو والله لأقضيتك ، فجميع هذه الصور إقرار عند أبي حنيفة رضي الله عنه . وأما أصحابنا ، فمختلفون في ذلك ، والميل إلى موافقته في أكثر الصور أكثر . ومثله : أسرج دابة فلان هذه ، فقال : نعم . أو أخبرني زيد أن لي عليك ألفاً ، فقال : نعم ، أو متى تقضي حقّي ؟ فقال : غداً .

الثامنة : قال له رجل : غصبت ثوبي . فقال : ما غصبت من أحد قبلك ولا بعدك ، فليس بإقرار . ولو قال : ما لزيد عليّ أكثر من مائة درهم ، فليس بإقرار على الأصح . وقيل : نازم المائة . ولو قال معسر لزيد : عليّ ألف إن رزقني الله تعالى مالاً ، فقيل : ليس بإقرار للتعليق ، وقيل : إقرار ، وذلك بيان لوقت الأداء . والأصح : أنه يستفسر ، فإن فسر بالتأجيل ، صح ، وإن فسر بالتعليق ، لنا .

قلت : وإن تعذر استفساره ، قال في « المدة » : الأصح : أنه إقرار . والله أعلم

التاسعة : شهد عليه شاهد ، فقال : هو صادق ، أو عدل ، فليس بإقرار ، وإن قال : صادق فيما شهد به ، أو عدل فيه ، كان إقراراً ، قاله في « التهذيب » .

قلت : في لزومه بقوله : عدل ، نظر . والله أعلم

وإن قال : إن شهد عليّ فلان وفلان ، أو شاهدان بكذا ، فهذا صادقان ، فهو إقرار على الأظهر وإن لم يشهدا . وإن قل : إن شهدا صدقتهما ، فليس بإقرار قطعاً .

قلت : في « البيان » : أنه لو قال : لي عليك ألف درهم ، فقال : لزيد عليّ أكثر مما لك ، لا شيء عليه أو أحد منهما . ولو قال : لي مخرج من دعواك ، فليس بإقرار . قال : ولو قل : لي عليك ألف أقرضتك ، فقال : والله لا اقترضت منك غيره ، أو كم تمنّ به ، قال الصميري : هو إقرار . وإن قل : ما أعجب هذا ، أو تتحاسب ، فليس بإقرار . وإن كتب : لزيد عليّ ألف درهم ، ثم قال للشهود : اشهدوا علي بما فيه ، فليس بإقرار ، كما لو كتب عليه غيره ، فقال : اشهدوا بما كتب . وقد وافقنا أبو حنيفة رضي الله عنه على الثانية دون الأولى . ووافق أيضاً على ما لو كتب ذلك على الأرض . ولو قال : له علي ألف إن مت ، فليس بإقرار ، كما لو قال : إن قدم زيد . ووافق أبو حنيفة رضي الله عنه على الثانية دون الأولى . ولو قال : له عليّ ألف إلا أن يبدو لي ، فوجهان حكاهما في « المدة » و « البيان » ، ولعل الأصح : أنه إقرار . والله أعلم

العاشرة : إقرار أهل كل لغة بلغتهم وغير لغتهم ، إذا عرفوها ، صحيح .
ولو أقر عجمي بالعربية وقال : لم أفهم معناه ، بل القيت فتلنت ، صدق يمينه إن
كان ممن يجوز أن لا يعرفه ، وكذا الحكم في جميع العقود والحلول .
الحادية عشرة : لو أقر ثم قال : كنت يوم الإقرار صغيراً ، وهو محتمل ،
صدق يمينه ، لأن الأصل الصغير . وكذا لو قال : كنت مجنوناً وقد عهد له جنون .
ولو قال : كنت مكرهاً ، وهناك أمانة الإكراه ، من حبس ، أو موكل عليه ، فكذلك .
فإن لم تكن أمانة ، لم يقبل قوله . والأمانة ، إنما تثبت باعتراف المقر له ، أو بالينة ،
وإنما يؤثر إذا كان الإقرار ابن ظهر منه الحبس والتوكيل . أما إذا كان في حبس
زيد ، فلا يقدح ذلك في الإقرار لمرو .

الثانية عشرة : إذا شهد الشهود ، وتمرضوا بلوغه ، وصحة عقله ، واختياره ، فادعى
المقر خلافه ، لم يقبل ، لما فيه من تكذيب الشهود ، ولا يشترط في الشهادة التمرض
للبلوغ والعقل ، والطواعية ، والحرية ، والرشد ، ويكتفى بأن الظاهر وقوع الشهادة
على الإقرار الصحيح . وفي قول : يشترط التمرض لحرية مجهول الحرية . وخرج
منه اشتراط التمرض لسائر الشروط ، والمذهب الصحيح : الأول . قال الأصحاب :
وما يكتب في الوثائق أنه أقر طائماً في صحة عقله وبلوغه ، احتياط . ولو قيدت
شهادة الإقرار بكونه طائماً ، وأقام [الشهود] عليه بينة بكونه كان مكرهاً ، قُدمت
بينة الإكراه ، ولا تفيل الشهادة على الإكراه مطلقاً ، بل لا بد من التفصيل .

الباب الثاني في الاقرار بالمجمل

يصح الاقرار بالمجمل ، وهو المجهول للحاجة . وسواء أقر به ابتداءً ، أو جواباً عن دعوى معلومة ، بأن قال : لي عليك ألف ، فقل : لك علي شيء . والألفاظ التي تقع فيها الجهالة ، لا تنحصر . وبين الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم ما كثر استعماله ، ليُعرف ويقاس عليه غيره . وألفاظ الباب سبعة أضرب .

[الضرب الأول : شيء . فإذا قال : له علي شيء ، طلبنا تفسيره . فإن فسر به بما يتمول ، قبيل ، كثر أم قل ، كرهيف ، وفلس ، وتمرة حيث يكون لها قيمة . وإن فسر به بما لا يتمول ، لكنه من جنس ما يتمول ، كحبة حنطة ، أو شعير ، أو قمع باذنجانة (١) ، فوجهان . أحدهما : لا يقبل تفسيره ، لأنه لا يصح التزامه ، كما لا تصح الدعوى به . وأصحابها : القبول ، لأنه شيء يحرم أخذه ، ويجب على آخذه رده ، وقولهم : لا تصح الدعوى به ، ممنوع . والتمرة أو الزبيبة حيث لا قيمة لها ، على الوجهين . وقيل : يقبل قطعاً . وإن لم يكن من جنس ما يتمول ، فاما أن يجوز اقتناؤه لنفسه ، وإما ، لا . فالأول : كالكلب المعلم ، والسرجين ، وجلد الميتة القابل للدباغ ، والكلب القابل للتعليم ، والحجر المحترمة ، فيقبل التفسير به على الأصح . وأما الثاني : فكالحنزير ، وجلد الكلب ، والكلب الذي لا نفع فيه ، والحجر غير المحترمة ، فلا يقبل تفسيره به على الأصح . ولو فسر به بوديعة ، قبّل على الصحيح ، لأن عليه ردها عند الطلب ، وقد يتعدى فتصير مضمونة ، وقيل : لا ، لأنها في يده ،

(١) قح الباذنجانة : ما التزق بأسفلها ، وهو الذي تتلاق به .

لا عليه . ولو فسر بحق الشفعة ، قُبِل . ولو فسر برد السلام والميادة ، لم يقبل .
قال البغوي : ولو قال : له حق ، قبل تفسيره بها ، وفيه نظر .
قلت : ولو فسر الشيء بحدّ قذف ، قبل على الأصح . والله أعلم

فرع

لو قال : غضبت منه شيئاً ، قَبِل تفسيره ما يقبل في الصور السابقة إذا احتمله
اللفظ ، احترازاً من الوديمة وحق الشفعة ، ويقبل بالحر والخزير ، نص عليه في
« الأم » ، لأن النصب لا يشعر بالتزام وثبوت مال ، وإنما يقتضي الأخذ ، بخلاف قوله :
علي . ولو قال : له عندي شيء ، وفسر بخمر أو خنزير ، قبل على الصحيح .
قلت : قال أصحابنا : لو قال : غضبتك ، أو غضبتك ما تعلم ، لم يلزمه شيء ، لأنه
قد يفصبه نفسه ، فيجسه . ولو قال : غضبتك شيئاً ، ثم قال : أردت نفسك ، لم يقبل .
والله أعلم

فصل

إذا أقر بمجمل ، إما شيء ، وإما غيره ، مما منذكره إن شاء الله تعالى ، وطالبناه
بالتفسير ، فامتنع ، فأربعة أوجه . أصحابنا : نجسه كحبسنا من امتنع من أداء الحق ،
لأن التفسير واجب عليه . والثاني : لا يحبس ، بل يفطر ، إن وقع الاقرار المبهم في
جواب دعوى ، وامتنع من التفسير ، جُعل منكيراً ، وتعرض اليمين عليه . فإن أصر ،
جمل ناكلاً ، وحلف المدعي . وإن أقر ابتداءً ، قلنا للمقر له : ادّع عليه حَقك ، فإذا
ادّعى ، وأقر بما ادّعاه ، أو أنكّر ، أجرينا عليه حكمه . وإن قال : لا أدري ،

جعلناه منكراً ، فإن أصر ، جعلناه ناكلاً ، لأنه إذا أمكن حصول الغرض بلا حبس ، لا يحبس . والثالث : إن أقر بنصب ، وامتنع من بيان المنصوب ، حبس . وإن أقر بدين مبهم ، فالحكم كما ذكرنا في الوجه الثاني . والرابع : إن قال : علي شيء ، وامتنع من التفسير ، لم يحبس . وإن قل : علي ثوب ، أو فضة ، ولم يبين ، حبس ، قاله أبو عاصم العبادي ، وأشار في شرح كلامه ، إلى أن الفرق مبني على قبول تفسير الشيء بالخر ونحوه ، فانه لا يتوجه بذلك مطالبة وحبس .

فرع

إذا فسر المبهم بتفسير صحيح ، وصدقه المقر له ، فذاك ، وإلا فليبين جنس الحق وقدره ، وليدّعه ، والقول قول المقر في نفيه . ثم إن كان من جنسه ، بأن فسر بمائة درهم ، وقال المقر له : لي عليك مائتان ، فإن صدقه على إرادة المائة ، فهي ثابتة باتفاقها ، ويحلف المقر على نفي الزيادة . وإن قال : أراد به المائتين ، حلف المقر أنه ما أراد المائتين ، وأنه ليس عليه إلا مائة ، ويجمع بينها بيمين واحدة على الصحيح . وقال ابن الرزبان : لا بد من يمينين . فلو نكل ، حلف المقر له على استحقاق المائتين ، ولا يحلف على الإرادة ، لأنه لا اطلاع له عليها ، بخلاف ما إذا مات المقر ، وفسر الوارث ، فادعى المقر له زيادة ، فيحلف الوارث على نفي إرادة المورث ، لأنه قد يطلع من حال مورثه على ما لا يطلع عليه غيره . قال البغوي : ومثله : أو أوصى بمجمل ومات ، ففسره الوارث ، وزعم الموصى له أنه أكثر ، يحلف الوارث على نفي العلم باستحقاق الزيادة ، ولا يتعرض للإرادة . والفرق ، أن الاقرار بإخبار عن حق سابق ، وقد يطلع عليه ، والوصية لإنشاء أمر على الجهالة ، وبيانه : إذامات [الموصي] إلى الوارث . وأما إذا كان ما ادعاه من غير جنس ما فسر به المقر ، فينظر ، إن صدقه في الإرادة ، فقال : هو ثابت لي عليه ، ولي عليه مع ذلك كذا ، ثبت المتفق

عليه ، والقول قول المقر في نفي غيره . وإن صدقه في الإرادة ، وقال : ليس لي عليه ما فسر [به] ، إنما لي عليه كذا ، بطل حكم الاقرار برده ، وكان مدعياً عليه في غيره . وإن كذبه في دعوى الإرادة ، وقال : إنما أراد ما ادعيت ، حلف المقر على نفي الإرادة ، وبقي ما يدعيه ^(١) . ثم إن كذبه في استحقاق المقر به ، بطل الاقرار فيه ، وإلا ، فيثبت . ولو اقتصر المقر له على دعوى الإرادة ، وقال : ما أردت بكلامك ما فسرته به ، وإنما أردت كذا ، إما من جنس المقر به ، وإما من غيره ، لم يسمع منه ، لأن الاقرار والإرادة لا يثبتان حقاً له ، بل الاقرار لإخبار عن سابق ، فليحلف أن يدعي الحق نفسه . قال الإمام : وفيه وجه ضعيف : أنه تقبل دعوى الإرادة المجردة ، وهو كالخلاف في أن من ادعى على خصمه أنه أقر له بألف درهم ، هل تسمع ؟ أم عليه أن يدعي نفس الألف ؟ أما إذا ضم إلى الإرادة دعوى الاستحقاق ، فيحلف المقر على نفيها على التفصيل المذكور . واتفقت الطرق عليه .

فرع

مات المبهم قبل التفسير ، طوب به الوارث . فإن امتنع ، فقولان . أحدهما : يوقف مما ترك أقل ما يتمول . وأظهرهما : يوقف الجميع ، لأنه مرتين بالدين .
الضرب الثاني : مال . فإذا قال : له علي مال ، قبل تفسيره بأقل ما يتمول ، ولا يقبل بما ليس بمال ، كالكلب وجلد الميتة ، قال الإمام : والوجه : القبول بالثمرة الواحدة حيث يكثر ، لأنه مال ، وإن لم يتمول في ذلك الموضع ، هكذا ذكره المراقبون ، وقالوا : كل متمول مال ، ولا ينكس . وتلتحق حبة الحنطة بالثمرة . وفي قبول التفسير بالاستولادة ، وجهان . أحدهما : القبول . وإن فسر بوقف عليه ،

(١) في نسخة الظاهرية و « شرح الوجيز » : ونفى ما يدعيه .

فيشبهه أن يخرج على الخلاف في الملك في رقبة الوقف ، هل هو الموقوف عليه ؟

فرع

إذا قال : له عليّ مال عظيم ، أو كثير ، أو كبير ، أو جليل ، أو نفيس ، أو خطير ، أو غير تافه ، أو مال ، وأي مال ، قبل في تفسيره بأقل ما يتمول ، لأنه يحتمل أن يريد عظيم خطره بكفر مستحله ، وإثم غاصبه . وقد قال الشافعي رضي الله عنه : أصل ما أنبي عليه الاقرار ، أن لا أنزم إلا اليقين ، وأطرح الشك ، ولا أستمعل الغلبة . وحكي وجه غريب : أنه يجب أن يزيد تفسير مال عظيم ، على تفسير مطلق المال ، ليكون لوصفه بالمعظم فائدة . ولو قال : مال حقير ، أو قليل ، أو خسيس ، أو طفيف ، أو تافه ، أو زرع ، أو يسير ، فهو كقوله : مال . وتحمل هذه الصفات على احتقار الناس إياه ، أو على أنه فان .

فرع

قال : يزيد عليّ مال أكثر من مال فلان ، يقبل تفسيره بأقل متمول وإن كثر مال فلان ، لأنه يحتمل أنه أكثر لكونه حلالاً ، وذلك حرام أو نحوه .
قلت : وسواء علم مال فلان ، أم لم يعلم . والله أعلم

وكما أن القدر مبهم ، فكذلك الجنس والنوع . ولو قال : له عليّ أكثر من مال فلان عدداً ، فالإبهام في الجنس والنوع . ولو قال : له عليّ من الذهب أكثر من مال فلان ، فالإبهام في القدر والنوع . ولو قال : من صحاح الذهب ، فالإبهام في القدر وحده . ولو قال : يزيد عليّ [مال] أكثر مما شهد به الشهود على فلان ،

قبل في تفسيره بأقل متمول، لاحتمال أن يستقدم شهود زور ، ويقصد أن القليل
الحلال أكثر بركة من كثير يؤخذ بالباطل . ولو قال: أكثر مما قضى به القاضي على
فلان ، فوجهان . أحدهما : يلزم القدر المقتضي به ، لأن قضاء القاضي محمول على
الحق . وأصحها : أنه كالشهادة ، فيقبل أقل متمول، لأنه قد يقضي بشهادة كاذبين.
ولو قال : لزيد علي" أكثر مما في يد فلان ، قبل أقل متمول . ولو قال: له علي"
أكثر مما في يد فلان من الدراهم ، لم يلزمه التفسير بجنس الدراهم ، لكن يلزم
بذلك المدد من أي جنس فتر ، وزيادة أقل متمول ، كذا قاله في «التهذيب»،
وهو مخالف ما سبق من وجهين . أحدهما : إلزام ذلك المدد . والثاني : إلزام
زيادة، لأن التأويل الذي ذكرناه الأكثرية، بنفيها جميعاً . ولو قال: له علي" من الدراهم
أكثر مما في يد فلان من الدراهم ، وكان في يد فلان ثلاثة دراهم ، قال البغوي:
يلزمه ثلاثة دراهم ، وزيادة أقل ما يتمول. والأصح : ما نقله الامام أنه لا يلزمه
زيادة، حملاً للاكثر على ما سبق . وحكى عن شيخه : أنه لو فسر بما دون الثلاثة،
قبل أيضاً . ولو كان في يده عشرة دراهم ، وقال المقر : لم أعلم، وظننتها ثلاثة ،
قبل قوله يمينه .

الضرب الثالث : كذا . فإذا قال : لزيد علي" كذا ، فهو كقولهِ : له شيء .
ولو قال : كذا كذا ، فهو كقولهِ : كذا ، والتكرار للتأكيد . ولو قال :
كذا وكذا ، لزمه التفسير بشيئين متفقين أو مختلفين ، بحيث يقبل كل واحد منها
في تفسير «كذا» . وهكذا الحكم فيما لو قال : علي شيء شيء ، أو شيء شيء .
ولو قال : كذا درهم ، يلزمه درهم فقط ، وكان الدرهم تفسير ما أبهمه . وفي وجه
لأبي إسحاق : يلزمه عشرون درهماً إن كان يعرف الريية ، لأنه أول اسم مفرد
يتصب الدرهم المفسر بعده . والصحيح المعروف : هو الأول . وأجاب الأصحاب،
بأن في تفسير المههم لا ينظر إلى الاعراب . ولهذا لو قال : علي" كذا درهم

صحيح ، لا يلزمه مائة درهم بالاتفاق، وإن كان ذلك مقتضاه بالمرية . ولو قال :
كذا درهم من غير صفة الصحة ، لزمه أيضاً درهم على الصحيح . وقيل : بعض
درهم . ولو قال : كذا درهم ، بالرفع ، لزمه درهم بلا خلاف . ولو قال : كذا
درهم ، ووقف عليه ساكناً ، فكالحفوض . ولو قال : كذا كذا درهماً ، لزمه درهم
فقط على الصحيح . وقال أبو إسحاق : يلزمه أحد عشر درهماً إن عرف المرية .
ولو قال : كذا كذا درهم ، أو درهم ، لزمه درهم فقط . ويجيء في الحفوض الوجه
السابق لبعض درهم . ولو قال : كذا وكذا درهماً ، لزمه درهماً على المذهب . وفي
قول : درهم . وفي قول : درهم وشيء . وفي وجه لأبي إسحاق : أحد وعشرون
درهماً إن عرف المرية . ولو قال : كذا وكذا درهم ، بالرفع ، لزمه درهم فقط على
المذهب . وقيل : قولان . ثانيها : درهماً . ولو قال : كذا وكذا درهم ، بالحفوض ،
لزمه درهم فقط . ويمكن أن يخرج مما سبق أنه يلزمه شيء وبعض درهم ، أو
لا يلزمه إلا بعض درهم . ولو قال : كذا وكذا وكذا درهماً ، فإن قلنا : إذا
كرر مرتين يلزمه درهماً ، لزمه هنا ثلاثة . وإن قلنا : درهم ، فكذا هنا .

فصل

قال: له علي ألف ودرهم ، أو ودرام ، أو ألف وثوب ، أو ألف وعبد، فله
تفسيره بنير جنس ما عطف عليه . ولو قال : له خمسة عشر درهماً ، فكلها درام .
ولو قال : خمسة وعشرون درهماً ، فكلها درام على الصحيح . وقال ابن خيران ، والاصطخري :
المشرون درام ، والخمسة بحجة تفسرها . وعلى هذا الخلاف قوله : مائة وخمسة وعشرون
درهماً ، وقوله : ألف ومائة وخمسة وعشرون درهماً ، وكذا قوله : ألف وثلاثة أثواب ، وقوله :
مائة وأربعة دنائير ، وقوله : مائة ونصف درهم . ولو قال : درهم ونصف ، أو عشرة درام

ونصف ، فالكل درام على الصحيح ^(١) الذي قاله الأكثرون ، لأنه المعروف في الاستعمال . وقال الاصطخري وجماعة: النصف بحملة . ولو قال : نصف ودرم ، فالنصف بحمل . ولو قال : مائة وقفيز حنطة ، فالمائة بحملة ، بخلاف قوله : مائة وثلاثة درام ، لأن الدرهم تصلح تفسيراً للكل ، والحنطة لاتصلح تفسيراً للدائنة ، لأنه لا يصح أن يقال : مائة حنطة . ولو قال : علي ألف درهم ، برقمها وتنوئها ، فسر الألف بما لا ينقص قيمته عن درهم ، كأنه قال : الألف بما قيمة الألف منه درهم .

الضرب الرابع : درهم . قد ذكرنا في الزكاة ، أن دراهم الاسلام المتبر بها تُصَبُّ الزكاة والديات وغيرها ، كل عشرة منها سبعة مثاقيل ، وكل درهم ستة دوانيق . وزيد الآن ، أن الدائق : ^(٢) ثمان حبات وخمسة حبة ، فيكون الدرهم خمسين حبة وخمسي حبة ، والمراد : حبة الشعير المتوسطة التي لم تقشر ، لكن قطع من طرفها ما دق وطال ، والدينار : اثنان وسبعون حبة منها ، هكذا نقل عن رواية أبي القاسم بن سلام ، وحكاها الخطابي عن ابن سريج . وفي « الحلية » للروائي ، أن الدائق ثمان حبات ، فيكون الدرهم : ثمانية وأربعين حبة . فاذا قال : له علي درهم ، أو ألف درهم ، ثم قال : هي ناقصة ، نظر ، إن كان في بلده دراهمه تامة ، وذكره متصلاً ، قبل على المذهب ، كما لو امتتنى . وقال ابن خيران : في قبوله قولان بناءً على تمييز الاقرار . وإن كان ذكره منفصلاً ، لم يقبل ، ولزمه دراهم الاسلام ، إلا أن يصدقه المقر له ، لأن لفظ الدرهم صريح فيه وضماً وعرفاً . واختار الروائي أنه يقبل ، لأن اللفظ يحتمله ، والأصل براءة ذمته ، وحكاها عن جماعة من الأصحاب ، وهو شاذ . وإن كان في بلده دراهمه ناقصة ، قبل إن ذكره متصلاً قطعاً ، وكذا إن ذكره منفصلاً على الأصح المنصوص . ويجري هذا الخلاف ، فيمن أقر

(١) في مخطوطة الظاهرية : على الاصح .

(٢) في الاصل : الدوانق ، وما أبتناه من مخطوطة الظاهرية .

في بلد وزن دراهمه أكثر من دراهم الاسلام ، مثل غزنة (١) ، هل يحمل على دراهم البلد ، أو الاسلام ؟ فان قلنا بالأول ، فقال : عنيت دراهم الاسلام ، منفصلاً ، لم يقبل . وإن كان متصلاً ، فملى الطريقين . والمذهب : القبول .

فرع

الدرهم عند الإطلاق ، إنما يستعمل في النقرة . فلو أقر بدرهم ، وفسرها بفلوس ، لم يقبل ، وإن فسرهما بمشوشة ، فكالتفسير بالناقصة ، لأن نقرتها تنقص عن النامة ، فيعود فيه التفصيل في الناقصة . ولو فسر بجنس رديء من الفضة ، أو قال : أردت من سكة كذا ، وهي جارية في ذلك البلد ، قبل ، كما لو قال : له عليّ ثوب ، ثم فسر برديء ، أو بما لا يعتاد أهل البلد لبسه ، بخلاف ما لو فسر بناقصة ، لأنه يرفع شيئاً مما أقر به ، وبخالف البيع ، فانه يحمل على سكة البلد ، لأنه إنشاء معاملة . والغالب ، أن المعاملة في كل بلد (٢) بما يروج فيه . والاقرار ، إخبار عن حق سابق ، وربما ثبت في ذمته ببلد آخر ، فوجب قبول تفسيره . وقال المزني : لا يقبل تفسيره بغير سكة البلد ، وواقفه غيره من أصحابنا .

فرع

إذا قل : له عليّ درهم أو دريهات ، أو درهم صغير ، أو دراهم صغار ، ففيه اختلاف كثير . والأصح : أنه كقوله : درهم أو دراهم ، فيعود في تفسيره بالنقص التفصيل السابق ، وليس التقييد بالصغير كالتقييد بالنقصان ، لأن لفظ الدرهم صريح

(١) غزنة : مدينة عظيمة في طرف خراسان ، وقد نسب إليها كثير من الملوك والسلف الصالح . والصحيح أنه يقال لها : غزني .

(٢) في الأصل : في كل بيع ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

في الوزن ، والوصف بالصغير يجوز أن يكون في الشكل ، ويجوز بالإضافة إلى غيرها . وقال الشيخ أبو حامد ومن قبله : يلزمه من الدراهم الطبرية ، وهي أربعة دوانيق . ولم يفرقوا بين بلد وبلد ، لأن ذلك المتيقن . ولو قال : درهم كبير ، فالذهب : أنه كقوله : درهم . وقال البغوي : إن كان في بلد أوزانهم ناقصة أو تامة ، لزمه درهم الاسلام . وإن كانت أوزانهم زائدة ، لزمه من نقد البلد . وفي إلزامه نقد البلد إشكال .

فرع

إذا قال : عليّ درهم ، لزمه ثلاثة ، ولا يقبل تفسيره بأقل منها . ولو قال : دراهم عظيمة ، أو كثيرة ، فثلاثة ، ويحيى فيه الوجه السابق في مال عظيم ، ولو قال : عليّ أقل أعداد الدراهم ، لزمه درهمان . ولو قال : مائة درهم عدد ، لزمه مائة درهم بوزن الاسلام صحاح . قال في « التهذيب » : ولا يشترط أن يكون كل واحد ستة دوانيق ، وكذلك في البيع . ولا يقبل مائة بالعدد ناقصة الوزن ، إلا أن يكون نقد البلد عددية ناقصة ، فظاهر المذهب : القبول . ولو قال : عليّ مائة عدد من الدراهم ، اعتبر العدد دون الوزن .

فصل

قال : عليّ من درهم إلى عشرة ، لزمه تسعة على الأصح عند العراقيين ، والنزالي . وقيل : عشرة ، وصححه البغوي . وقيل : ثمانية ، كما لو قال : بتك من هذا الجدار إلى هذا الجدار ، لا يدخل الجداران في البيع . واحتج الشيخ أبو حامد للأول ، بأنه لو قال : لفلان من هذه النخلة إلى هذه النخلة ، تدخل الأولى في الاقرار دون

الأخيرة . وفيما قاله نظر ، وبينني أن لا تدخل الأولى أيضاً ، كقوله : بئسك من هذا الجدار إلى هذا الجدار. ولو قال: ما بين درهم إلى عشرة ، فالصحيح المشهور: أنه يلزمه ثمانية ، وهو نصه . وقيل : تسعة ، ونقله في « المفتاح » ، عن نصه . وقيل : عشرة ، حكاه أبو خلف السلمي عن الففال . ولم يفرقوا بين قوله: ما بين درهم إلى عشرة ، وقوله: ما بين درهم وعشرة . وربما سوّوا بينها . ويجوز أن يفرق ، فيقطع بالثمانية في الصيغة الأخيرة .

قلت : القلع بالثمانية ، هو الصواب ، وقول الامام الرافعي رحمه الله : لم يفرقوا ، غير مقبول ، فقد فرق القاضي أبو الطيب في تعليقه ، فقطع بالثمانية في قوله : ما بين درهم وعشرة . وذكر الأوجه فيما بين درهم إلى عشرة . والله أعلم

فصل

قال: له عليّ درهم في عشرة ، إن أراد الظرف ، لزمه درهم فقط . وإن أراد الحساب ، فمشرة . وإن أراد به « في » ، « مع » ، لزمه أحد عشر . وإن أطلق ، فدرهم . وحكي قول في مثله في الطلاق : أنه يحمل على الحساب ، وهو جارٍ هنا .

الضرب الخامس : الظرف . الأصل في هذا ، أن الاقرار بالظروف ليس إقراراً بالظروف . وكذا عكسه ، ودليله ، البناء على اليقين . أما إذا قال : له عندي زيت في جرة ، أو سيف في غمد ، أو ثوب في منديل ، أو تمر في جراب ، أو لبن في كوز ، أو طعام في سفينة ، أو غصبت زيتاً في جرة ، فهو مقرّ بالظروف فقط . ولو قال: له عندي غمد فيه سيف ، وجرة فيها زيت ، وجراب فيه تمر ، وسفينة فيها طعام ، فأقرار بالظرف فقط . ولو قال : فرس في إصطبل ، أو حمار

على ظهره إكاف ، أو دابة عليها سرج أو زمام ، وعبد على رأسه عمامة ، أو في وسطه منطقة ، أو في رجله خف ، أو عليه قبض ، فاقرار بالدابة والعبد فقط . ولو قال : عمامة على رأس عبد ، أو سرج على ظهر دابة ، فاقرار (١) بالعمامة والسرج فقط . وقال صاحب « التلخيص » : إذا قال : عبد على رأسه عمامة ، أو في رجله خف ، فاقرار بها مع العبد . وجمهور الأصحاب ، على ما سبق . ولو قال : دابة مسروجة ، أو دار مفروشة ، لم يكن مقرأ بالسرج والفرش ، بخلاف ما لو قال : بسرجه وبفرشها ، وبخلاف ما لو قال : ثوب مطرز ، لأن الطراز ، جزء من الثوب . وقيل : إن ركب فيه بعد النسج ، فعلى وجهين مذكورين في أخوات المسألة . ولو قال : قص في خاتم ، فاقرار بالفص فقط . ولو قال : خاتم فيه فص ، ففي كونه مقرأ أيضاً بالفص وجهان . قال البغوي . أصحها : المنع . ولو اقتصر على قوله : عندي له خاتم . ثم قل بعد ذلك : ما أردت الفص ، لم يقبل منه على المذهب ، بل يلزمه الخاتم بفصه ، لأن الخاتم تناولها ، فلا يقبل رجوعه عن بعض ما تناوله الاقرار ، وحكى الغزالي فيه وجهين . ولو قال : حمل في بطن جارية ، لم يكن مقرأ بالجارية . وكذا : نمل في حافر دابة ، وعروة على رقعة (٢) . ولو قال : جارية في بطنها حمل ، ودابة في حافرها نمل ، ورقعة عليها عروة ، فوجهان . كقوله : خاتم في فص . ولو قال : هذه الجارية لفلان ، وكانت حاملاً ، لم يدخل الحمل في الاقرار على الأصح ، لأنه إخبار ، فكان على حسب إرادة المخبر ، بخلاف البيع ، فإن الحمل يدخل فيه . ولو قال : له هذه الجارية إلا حملها ، لم يدخل الحمل قطعاً . ولو قال : ثمرة على شجرة ، لم يكن مقرأ بالشجرة . ولو قال : شجرة عليها ثمرة ، بني على أن الثمرة هل تدخل في مطلق الاقرار بالشجرة ؟ وهي لا تدخل بعد التأخير على الصحيح ، ولا قبله على الأصح ، وبه قطع البغوي ، لأن الاسم لا يتناولها لغة ، بخلاف البيع ، فإنه ينزل على المعتاد ، وذكر القفال وغيره في ضبط الباب : أن ما دخل تحت البيع المطلق ، دخل تحت الاقرار .

(١) في الأصل : فأقر .

(٢) الرقعة : وعاء من صفر له عروتان يستصحبهما المسافر .

ومالا ، فلا ، وما ذكرنا في المسائل يقتضي أن يقال في الضبط : ما لا يتبع في البيع ، ولا يتناوله الاسم ، لم يدخل ، وما يتبع ويتناوله الاسم ، دخل ، وما يتبع ولم يتناوله الاسم ، فوجهان .

فصل

إذا قل : له علي ألف في هذا الكيس ، لزمه ، سواء كان فيه ألف ، أم لم يكن فيه شيء أصلاً ، لأن قوله : علي ، يقتضي اللزوم ، ولا يكون مقراً بالكيس كما سبق . فإن كان فيه دون الألف ، فوجهان . قال أبو زيد : لا يلزمه إلا ذلك القدر . وقال القفال : يلزمه الاتمام ، وهذا أصح . ولو قال : علي ألف الذي في هذا الكيس ، وكان فيه دون الألف ، لم يلزمه الاتمام على الصحيح . وإن لم يكن فيه شيء ، فوجهان . ويقال : قولان ، بناء على ما لو حلف : ليس بـ ما هذا الكوز ، ولا ماء فيه ، هل تنفقد يمينه ويحث ، أم لا ؟ قلت : ينبغي أن يكون الراجح : أنه لا يلزمه ، لأنه لم يعترف بشيء في ذمته .

والله أعلم

فصل

لو قال : لفلان في هذا العبد ألف درهم ، فهذا لفظ بجمل ، فيسأل ، فإن قال : أردت أنه جني عليه ، أو على ماله جناية أرشها ألف ، قبل ويطلق الأرض برقبته . وإن قال : أردت أنه رهن عنده بألف علي ، فوجهان . أحدهما : لا يقبل ، لأن اللفظ يقتضي كون العبد محلاً للألف ، ومحل الدين الذمة ، لا المرهون . فعلى هذا ، إذا نازعه المقر له ، أخذناه بالألف الذي ذكره في التفسير ، وطالبناه للاقرار بالمجمل

بتفسير صالح . وأصحها : القبول ، لأن الدين وإن كان في الذمة ، فله تملق ظاهر بالمرهون . وإن قال : أردت أنه وزن في ثمنه ألفاً ، قيل له : هل وزنت في ثمنه شيئاً ؟ فإن قال : لا ، فالعبد كله للمقر له . وإن قال : نعم ، سئل عن كيفية الشراء . أكان دفعة واحدة ، أم لا ؟ فإن قال : دفعة ، سئل ما قدر ما وزن ؟ فإن قال : وزنت ألفاً أيضاً ، فالعبد بينهما نصفان . وإن قال : ألفين ، فله ثلثا العبد ، والمقر له ثلاثة . وعلى هذا ، القياس ، ولا نظر إلى قيمة العبد . وإن قال : اشتريته دفعتين ووزن هو في ثمن عشره مثلاً ألفاً ، واشتريت أنا تسعة أعشاره بألف ، قبل قوله ، لأنه محتمل . وإن قال : أردت أنه أوصي له من ثمنه بألف ، قبل وبيع ودفع إليه من ثمنه ألف ، وليس له دفع الألف من ماله . ولو قال : دفع إليّ الألف لأشتري له العبد ، ففعلت ، فإن صدقه المقر له ، فالعبد له . وإن كذبه ، فقد رد إقراره بالعبد ، وعليه رد الألف الذي أخذ . وإن قال : أردت أنه أقرضني ألفاً ، فصرفته إلى ثمنه ، قبل ولزمه الألف . وتوجيه الخلاف إذا أقر برهنه يقتضي عوده هنا . ولو قال : له من هذا العبد ألف درهم ، فهو كقوله : في هذا العبد . ولو قال : من ثمن هذا العبد ، فكذلك ، قاله في « التهذيب » . وجميع ما ذكرناه في هذا الفصل ، هو فيما إذا اقتصر على قوله : [له] في هذا العبد ، ولم يقل : عليّ ، فإن قال : عليّ ، كان التزاماً بكل حال ، كما سنذكره إن شاء الله تعالى في آخر الفصل الذي بعد هذا .

فرع

قال : له عليّ درهم في دينار ، فهو كقوله : له ألف في هذا العبد . فإن قوى نفى « مع » ، لزمه (١) .

(١) في « شرح الوجيز » فإن أراد النفي منه لزمه .

قلت : وإن لم ينو شيئاً ، لزمه درهم فقط . والله أعلم

فصل

قال الشافعي رضي الله عنه في « المختصر » : لو قال : له في ميراث أبي ألف درهم ، كان مقراً على أبيه بدن . ولو قال : له في ميراثي من أبي ألف درهم ، كان هبة ، إلا أن يريد إقراراً . قال الأصحاب : النصان على ظاهرهما . وعن صاحب « التقريب » ، إشارة إلى التسوية ، كأنه نقل وخرج . والمذهب : الفرق . ومثله ، لو قال : له في هذه الدار نصفها ، فهو إقرار . ولو قال : في داري نصفها ، فهو وعد هبة ، نص عليها . ولو قال : له في مالي ألف درهم ، كان إقراراً . ولو قال : له من مالي ألف درهم ، كان وعد هبة ، نص عليها . واختلف الأصحاب في قوله : له في مالي ألف ، ف قيل : قولان . أحدهما : هو وعد هبة . والثاني : إقرار . وقيل : هبة قطعاً . وحملوا النص على خطأ الناسخ ، وربما أوّلوه على ما لو أتى بصيغة التزام فقال : عليّ في مالي ، فانه إقرار ، كما سنذكره إن شاء الله تعالى . وإذا أثبتنا الخلاف ، فعن الشيخ أبي علي ، طرده فيما إذا قال : في داري نصفها . وامتنع من طرده فيما إذا قال : في ميراثي من أبي . وعن صاحب « انتقريب » ، وغيره ، طرده فيه بطريق الأولى ، لأن قوله : في ميراثي من أبي ، أولى بأن يجعل إقراراً من قوله : في مالي أو في داري ، لأن التركة مملوكة للورثة مع تعلق الدين بها ، فيحسب إضافة الميراث إلى نفسه مع الإقرار بالدين ، بخلاف المال والدار . وأما فرقه في النص الأخير ، بين « في » و « من » ، فمن الأصحاب من قال : لا فرق ، ولم يثبت هذا النص ، أو أوّلوه ، ومنهم من فرق ، بأن « في » يقتضي كون مال المقر ظرفاً لمال المقر له ، وقوله : من مالي ، يقتضي التبعض ، وهو ظاهر في الوعد بأنه

يقطع له شيئاً من ماله . وإذا فرقنا بينها ، لزمه مثله في الميراث قطعاً . والمذهب : أنه لا فرق بينها ، وأن الحكم في قوله : « في مالي » كما ذكرنا أولاً في « ميراثي » . واستبعد الامام تخريج الخلاف في قوله : له في داري نصفها ، لأنه إذا أضاف الكل إلى نفسه ، لم ينتظم منه الإقرار ببعضه ، كما لا ينتظم الإقرار بـكله في قوله : « داري لفلان » ، وخصص طريقة الخلاف بما إذا لم يكن المقر به جزءاً من مسمى ما أضافه إلى نفسه ، كقوله : في مالي ألف ، أو في داري ألف . وحيث قلنا في هذه الصور : إنه وعد هبة ، لا إقرار ، فذلك إذا لم يذكر كلمة الالتزام . فأما إذا ذكرها بأن قال : علي ألف درهم في هذا المال ، أو في مالي ، أو في ميراثي من أبي ، أو في ميراث أبي ، أو في داري ، أو في عهدي ، أو هذا العبد ، فهو إقرار بكل حال . ولو قال : له في ميراثي من أبي ، أو في مالي بحق لزمي ، أو بحق ثابت ، وما أشبهه ، فهو إقرار بكل حال ، كما لو قال : علي ، ذكره ابن القاص ، والشيخ أبو حامد ، وغيرهما . واعلم أن مقتضى قولنا في قوله : علي في هذا المال ، أو في هذا العبد ألف درهم ، هو إقرار : أنه يلزمه الألف وإن لم يبلغ ذلك المال ألفاً ، بخلاف ما إذا قال : له علي ألف في هذا الكيس ، وكان فيه دون الألف ، فإن فيه خلافاً سبق ، فإن ظرفية العبد للدراهم ، ليست كظرفية الكيس لها ، لكن لو قال : له في هذا العبد ألف ، من غير كلمة « علي » ، وفرضه بأنه أوصى له بألف من ثمنه ، فلم يبلغ ثمنه ألفاً ، لم يجب عليه تنعيم الألف بحال .

[قلت : (١)]

الضرب السادس : التأكيد والمطف ونحوهما . وفيه مسائل .

إحداها : قال : علي درهم درهم درهم ، لزمه درهم فقط ، وكذا لو كرره هكذا (٢) ألف مرة فأكثر . ولو قال : درهم ودرهم ، أو درهم ثم درهم ، لزمه

(١) في هامش نسخة الظاهرية : كذا في الأصل ، وبمده يياض . ا . ه .

(٢) في الأصل : وكذا أو كرر هذه .

درهمان للمغايرة . ولو قال : درهم ودرم ودرم ، لزمه بالأول والثاني درهمان .
وأما الثالث ، فإن أراد به درهماً آخر ، لزمه ، وإن قال : أردت به تأكيد الثاني ،
قُبيل ، ولزمه درهمان فقط . وإن قال : أردت به تأكيد الأول ، لم يقبل على الأصح ،
فيلزمه ثلاثة . وإن أطلق ، لزمه ثلاثة على المذهب ، وبه قطع الأكثرون . وقال ابن
خيران : فيه قولان كالإطلاق ، ثانيهما درهمان . فعلى المذهب ، لو كرره عشر
مرات فأكثر ، لزمه بمد ما كرر . ولو قال : عليّ درهم ، ثم درهم ، ثم درهم ،
فهو كقوله : درهم ودرهم ودرهم . ولو قال : درهم ودرهم ، ثم درهم ، لزمه
ثلاثة بكل حال .

الثانية : قال : عليّ درهم مع درهم ، أو معه درهم ، أو فوق درهم ، أو
فوقه درهم ، [أو تحت درهم] ، أو تحته درهم ، أو عليّ درهم ، أو عليه درهم ،
فالمذهب والمنصوص والذي قطع به الأكثرون : أنه يلزمه درهم . وقيل : قولان .
ثانيهما : درهم . وقال الداركي : مع الهاء ، درهمان ، وبجذفها ، درهم . ولو قال :
له عليّ درهم قبل درهم ، أو قبله درهم ، أو بعده درهم ، لزمه درهمان على
المذهب والمنصوص ، وبه قطع الأكثرون . وقيل : قولان . ثانيهما : درهم . وقال
ابن خيران وغيره : مع الهاء درهمان . وبجذفها ، درهم .

الثالثة : قال : له عليّ أو عندي درهم فدرهم ، إن أراد المطف ، لزمه درهمان ،
وإلا ، فالنص لزوم درهم [فقط] . ونص في : أنت طالق ، فطالق ، أنه طلقتان .
وقال ابن خيران : فيها قولان . أحدهما : درهمان وطلقتان . والثاني : درهم وطلقة .
والمذهب الذي قطع به الأكثرون : تقرير النصين . ولو قال : درهم فقفيز حنطة ، فهل
يلزمه درهم فقط ، أم يلزمه جميعاً ؟ فيه هذا الخلاف . وذكر أبو العباس الروياني ،

أن قياس ما ذكرنا في الطلاق : أنه إذا قال : بتك بدرهم فدرهم ، يكون بائناً بدرهمين ، لأنه إنشاء ، لا إخبار .

الرابعة : إذا قال : علي درهم ، بل درهم ، لزمه درهم فقط . ولو قال : درهم ، لا بل درهم ، ولكن درهم ، فكذلك . ولو قال : درهم ، لا بل درهمان ، أو قفيز حنطة ، لا بل قفيزان ، لزمه درهمان ، أو قفيزان فقط . هذا إذا لم يمين . فأما إن قال : له عندي هذا القفيز ، بل هذان القفيزان ، فيلزمه الثلاثة ، لأن الميمين لا يدخل في الميمين . وكذا لو اختلف جنس الاول والثاني مع عدم التمين ، بأن قال : درهم بل ديناران ، أو قفيز حنطة ، بل قفيزا شعير ، لزمه الدرهم والديناران ، وقفيز الحنطة وقفيزا الشعير . ولو قال : درهمان بل درهم ، أو عشرة ، بل تسعة ، لزمه الدرهمان والعشرة ، لأن الرجوع عن الاكثر لا يقبل ، ويدخل فيه الاقل . ولو قال : دينار ، بل ديناران ، بل ثلاثة ، لزمه ثلاثة . ولو قال : دينار ، بل ديناران ، بل قفيز ، بل قفيزان ، لزمه ديناران وقفيزان . ولو قال : دينار وديناران ، بل قفيز وقفيزان ، لزمه ثلاثة دنائير وثلاثة أقفزة ، وقس عليه ما شئت .

الضرب السابع : التكرار . القول الجملي فيه أن تكرار الاقرار لا يقتضي تكرار المقر به ، لأن الاقرار إخبار ، وتعدد الخبر لا يقتضي تعدد الخبر عنه ، فينزل على واحد ، إلا إذا عرض ما يمنع من ذلك ، فيحكم بالمغايرة . فإذا أقر لزيد يوم السبت بألف ، ويوم الأحد بألف ، لزمه ألف فقط ، سواء وقع الاقراران في مجلس أو مجلسين ، وسواء كتب به صكاً وأشهد عليه شهوداً على التعاقب ، أو كتب صكاً بألف وأشهد عليه ، ثم كتب صكاً [بألف] وأشهد عليه . ولو أقر في يوم بألف ، وفي آخر بخمسمائة ، دخل الأقل في الأكثر . ولو أقر يوم السبت بألف من ثمن عبد ، ويوم الأحد بألف من ثمن جارية ، أو قال مرة : صحاح ، ومرة : مكسرة ، لزمه ألفان . وكذا لو قال : قبضت منه يوم السبت عشرة ، ثم قال :

قبضت منه يوم الأحد عشرة ، أو طلقها يوم السبت طلقة ، ثم قال : طلقها يوم الأحد طلقتين ، تمدد. ولو قال يوم السبت: طلقها طلقة ، ثم أقر يوم الأحد بطلقتين ، لم يلزم إلا طلقتان . ولو أضاف أحد الاقرارين إلى سبب ، أو وصف الدراهم بصفة ، وأطلق الاقرار الآخر ، نزل المطلق على المضاف ، لامكانه .

فرع

لو شهد عدل أنه أقر يوم السبت بألف ، أو بنصب دار ، وشهد آخر أنه أقر يوم الأحد بألف ، أو بنصب تلك الدار ، لفقنا الشهادتين واعتبرنا (١) الألف والنصب ، لأن الاقرار لا يوجب حقاً بنفسه ، وإنما هو إخبار عن ثابت ، فينظر إلى الخبر عنه وإلى اتفاقها على الإخبار عنه . وكذا لو شهد أحدهما على إقراره بألف بالمربية ، والآخر على إقراره بألف بالمجنية . ولو شهد عدل أنه طلقها يوم السبت ، وآخر أنه طلقها يوم الأحد ، لم يثبت بشهادتهما شيء ، لأنها لا يتفقان على شيء ، وليس هو إخباراً حتى ينظر إلى المقصود الخبر عنه . وقيل : في الاقرارين والطلاقين ، قولان بالنقل والتخريج . قال الامام : أما التخريج من الطلاق إلى الاقرار ، فقريب في المعنى وإن بعد في النقل ، لأن الشاهدين لم يشهدا على شيء واحد ، بل شهد هذا على إقرار ، وذاك على إقرار آخر . والمقصود من اشتراط المدد في الشهادة ، زيادة التوثق ، وأما التخريج من الاقرار إلى الطلاق ، فبعيد نقلاً ومعنى ، لأن من طلق اليوم ، ثم طلق غداً ، والمرأة رجمية ، وزعم أنه أراد طلقة واحدة ، لم يقبل منه ، فكيف يجمع بين شهادة شاهد على طلاق اليوم ، وشاهد على طلاق الغد ؟! ويجري التخريج على ضمه في سائر الانشاءات وفي الافعال ، كالقتل ، والقبض ، وغيرها . والمذهب :

(١) في نسخة الظاهرية و « شرح الوجيز » : وأثبتنا .

الأول ، حتى لو شهد أحدهما أنه قذف يوم السبت بالعريية ، والآخر أنه قذف يوم الأحد بالمجمية ، لم يثبت بشهادتهما شيء . ولو شهد أحدهما على إقراره أنه يوم السبت قذفه ، أو قذفه بالعريية ، والآخر على إقراره أنه يوم الأحد قذفه بالمجمية ، لم يلفق أيضاً ، لأن المقر به شيان مختلفان . ولو شهد عدل بألف من ثمن مبيع ، وآخر بألف من قرض ، أو شهد أحدهما بألف اقترضه يوم السبت ، وآخر بألف اقترضه يوم الأحد ، لم يثبت بشهادتهما شيء ، لكن للشهود له (١) أن يبين أحدهما ويستأنف الدعوى به ، ويحلف مع الذي يشهد به ، وله أن يدعيها ، ويحلف مع كل واحد من الشاهدين . ولو كانت الشهادة على الإقرار ، فشهد أحدهما أنه أقر بألف من ثمن مبيع ، وشهد الآخر أنه أقر بألف من قرض ، لم يثبت الألف أيضاً على الصحيح . ولو ادعى ألفاً ، فشهد أحدهما أنه ضمن الألف ، والآخر أنه ضمن خمسمائة ، ففي ثبوت خمسمائة قولان ، وهذا قريب من التخريج في الانشاءات ، أو هو هو . ولو شهد أحد شاهدي المدعى عليه أن المدعي استوفى الدين ، والآخر أنه أبرأه ، لم يلفق على المذهب . ولو شهد الثاني أنه برىء إليه منه ، قال أبو عاصم العبادي : يلفق . وقيل : بخلافه .

فرع

ادعى ألفين ، وشهد له عدل بألفين ، وآخر بألف ، ثبت الألف ، وله أن يحلف مع الشاهد بألفين ، ويأخذ ألفين . وكذا الحكم ، لو كانت الشهادتان على إقرار . ولو شهد أحدهما بثلاثين ، والآخر بعشرين ، ثبتت العشرون كالألف مع الألفين . وفي وجه ضعيف : لا تثبت ، لأن لفظ الثلاثين لا يشمل العشرين ،

(١) في الأصل : لكن الشهود ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية .

ولفظ الالفين ، يشمل الالف ، فربما سمع أحدهما الالف ، وغفل عن آخره . ولو ادعى ألفاً ، فشهد له عدل بألف ، وآخر بألفين ، فالثاني شهد بالزيادة قبل أن يُستشهد . وفي مصيره بذلك مجروحاً ، وجهان . إن لم يصر مجروحاً ، فشهادته بالزيادة مردودة . وفي الباقي ، قولاً تبعض الشهادة . وقطع بعضهم بثبوت الالف ، وخص الخلاف في التبعض بما إذا اشتملت الشهادة على ما يقتضي الرد ، كما إذا شهد لنفسه ولنفيه . فأما إذا زاد على المدعى به ، فقلوه (١) في الزيادة ليس شهادة ، بل هو كما لو أتى بالشهادة في غير مجلس الحكم . وإن قلنا : يصير مجروحاً ، قال البغوي : يحلف مع شاهد الالف ويأخذه . وقال الامام : إنه على هذا الوجه : إنما يصير مجروحاً في الزيادة ، فأما الالف المدعى به ، فلا حرج في الشهادة عليه ، لكن إذا ردت الشهادة في الزائد ، كانت الشهادة في المدعى به على قولي (٢) التبعض . فان لم نعضها ، فأعاد الشهادة بالالف ، قبلت ، لموافقها الدعوى ، ولا يحتاج إلى إعادة الدعوى على الاصح .

فصل

في مسائل منثورة

أحداها : أقر بجميع ما في يده وينسب إليه ، صح . فلو تنازعا في شيء ، هل كان في يده حينئذ ؟ فالقول قول المقر ، وعلى الآخر البيئته . ولو قال : ليس لي مما في يدي إلا ألف ، صح وغمل بمقتضاه . ولو قال : لا حق لي في شيء مما في يد فلان ، ثم ادعى شيئاً وقال : لم أعلم كونه في يده يوم الاقرار ، صدق بيمينه .

(١) في الاصل : فقلوه ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

(٢) في الاصل : على قول ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

الثانية : قال : لفلان عليّ درهم أو دينار ، لزمه أحدهما ، وطولب بمعيّنه . وقيل : لا يلزمه شيء ، وهو ضعيف جداً .

الثالثة : قال : له عليّ ألف ، أو على زيد أو على عمرو ، لم يلزمه شيء . وكذا لو قال على سبيل الاقرار : أنت طالق ، أو لا ، وإن ذكره في معرض الانشاء ، طلقت ، كما لو قال : أنت طالق طلاقاً لا يقع عليك .

الرابعة : قال : لزيد عليّ ألف درهم ، وإلا فلعمرؤ عليّ ألف دينار، لزمه ألف درهم لزيد ، وكلامه الآخر للتأكيد .

الخامسة : الاقرار المطلق ، ملزم، ويؤاخذ به المقرّ على الصحيح المعروف . وخرج وجه : أنه لا يلزم حتى يسأل المقر عن سبب اللزوم ، لأن الاصل براءة الذمة ، والاقرار ليس موجباً في نفسه ، وأسباب الوجوب مختلف فيها . وربما ظن ما ليس بموجب موجباً ، وهذا كما أن الجرح المطلق لا يقبل ، وكما لو أقر بأن فلاناً، وارثه ، لا يقبل حتى يبين جهة الارث .

السادسة : قال : وهبت لك كذا وخرجتُ منه إليك ، فالاصح ، أن لا يكون مقراً بالاقباض ، لجواز أن يريد الخروج منه بالهبة . وقال القفال والشاشي : هو إقرار بالاقباض ، لأنه نسب إلى نفسه ما يشعر بالاقباض بعد العقد المفروغ منه . السابعة : أقر الأب بعين مال لابنه ، فيمكن أن يكون مستند إقراره ما يمنع الرجوع ، ويمكن أن يكون مستنده ما لا يمنع وهو الهبة ، فهل له الرجوع ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، وبه أفنى القاضيان : أبو الطيب ، والماوردي ، تنزيلاً [للاقرار] على أضعف الملّكين ، وأدنى السببين ، كما ينزل على أقلّ المقدارين . والثاني : لا ، قاله أبو عاصم العبادي ، لأن الأصل بقاء الملك للمقر له . ويمكن أن يتوسط فيقال : إن أقر بانتقال الملك منه إلى الابن ، فالأمر على ما قال القاضيان ، وإن أقر بالملك المطلق ، فالأمر كما قال العبادي .

الثامنة : أقر في صك بأنه لا دعوى له على زيد ، ولا طلبية بوجه من الوجوه ، ولا بسبب من الاسباب ، ثم قال : إنما أردت به : في عمامته وقيصره ، لا في داره وبستانه . قال القاضي أبو سعد بن أبي يوسف : هذا موضع تردد ، والقياس قبوله ، لأن غايته تخصيص عموم ، وهو محتمل .

قلت : هذا ضعيف وفاسد . والصواب : أنه لا يقبل في ظاهر الحكم ، لكن المختار أن له تحليف المقر له ، أنه لا يعلم أنه قصد ذلك ، وامل هذا مراد القاضي .

والله أعلم

فصل

المقر به المجهول ، قد يعرف بغير تفسير المقر ، بأن يحمله على معرف ، وهو ضربان .

أحدهما : أن يقول : له عليّ من الدراهم (١) بوزن هذه الصنجة ، أو بمدد المكتوب في كتاب كذا ، أو بقدر ما باع به زيد عبده ، وما أشبه ذلك ، فيرجع إلى ما أحال عليه .

الضرب الثاني : أن يذكر ما يمكن استخراج به بالحساب ، فمن أمثلته : لزيد عليّ ألف إلا نصف مالا بينه عليّ ، ولابنيه عليّ ألف إلا ثلث ما لزيد عليّ . ولمقرته طرق .

أحدها : أن تجعل لزيد شيئاً ، وتقول : للابنين ألف إلا ثلث شيء ، فيأخذ نصفه وهو خمسمائة إلا سدس شيء ، وتسقطه من الألف ، يبقى خمسمائة ، وسدس

(١) في نسخة الظاهرية : له علي ألف من الدراهم .

شيء ، وذلك يعدل الشيء الفروض لزيد ، لأنه جعل له ألفاً إلا نصف مالا بنيته ، فيسقط سدس شيء بسدس شيء ، تبقى خمسة أسداس شيء في مقابلة خمسمائة ، فيكون الشيء الثام ستمائة ، وهي ما لزيد . فإذا أخذت ثلثها وهو مائتان ، وأسقطته من الألف ، بقي ثمانمائة ، وهي ما أقر به لابنين .

الثاني : أن تجعل لزيد ثلاثة أشياء لاستثناء الثالث منه ، وتسقط ثلثها من الألف المضاف إلى الابنين ، فيكون لها ألف ينقص شيئاً ، ثم يأخذ نصفه وهو خمسمائة تنقص نصف شيء ، وتزيده على ما فرضناه لزيد ، وهو ثلاثة أشياء ، يكون خمسمائة وشيئين ونصف شيء ، وذلك يعدل ألف درهم ، يسقط خمسمائة بخمسمائة ، تبقى خمسمائة في مقابلة شيئين ونصف شيء ، فيكون الشيء مائتين ، وقد كان لزيد ثلاثة أشياء ، فهو إذاً ستمائة .

الثالث : أن تقول : أستتي من أحد الاقارين النصف ، ومن الآخر الثلث ، فتضرب مخرج أحدهما في مخرج الآخر فيكون ستة ، ثم تضرب في الجزء المستتي من الاقارين ، وكلأها واحد ، فتضرب واحداً في واحد ، يكون واحداً ، ينقصه من الستة ، تبقى خمسة تحفظها وتسميها : المقسوم عليه ، ثم تضرب ما تبقى من مخرج كل واحد من الجزئين بعد إسقاطه في مخرج الثاني ، وذلك بأن تضرب ما بقي من مخرج النصف بعد النصف ، وهو واحد ، في مخرج الثلث ، وهو ثلاثة ، تحصل ثلاثة ، تضربها في الألف المذكور في الاقرار ، يكون ثلاثة آلاف تقسمها على العدد المقسوم عليه ، وهو خمسة ، يخرج نصيب الواحد ستمائة ، فهي ما لزيد ، وتضرب ما تبقى من مخرج الثلث بعد الثلث وهو اثنان ، في مخرج النصف ، وهو اثنان ، يكون أربعة ، تضربها في الألف ، يكون أربعة آلاف تقسمها على خمسة ، تخرج ثمانمائة فهي ما لابنين . ولو قال : لزيد علي عشرة إلا ثلثي ما لمعرو ، ولمعرو عشرة إلا

ثلاثة أرباع ما لزيد ، تضرب المخرج في المخرج ، تكون اثني عشر ، ثم تضرب أحد الجزئين في الآخر ، وهو اثنان ، في ثلاثة ، تكون ستة ، تسقطها من اثني عشر ، تبقى ستة ، ثم تضرب الباقي من مخرج الثلث بعد إخراج الثلثين ، وهو واحد ، في أربعة ، ثم تضربها في العشرة المذكورة في الاقرار ، تكون أربعين تقسمها على الستة ، فتكون ستة وثلثين ، وذلك ما أقر به لزيد ، ثم تضرب واحداً وهو الباقي من مخرج الربع بعد إخراج الأرباع الثلاثة في ثلاثة ، تكون ثلاثة تضربها في العشرة يكون ثلثين تقسمها على الستة ، تكون خمسة ، وهو ما أقر به لعمرو . واعلم أن الطريقتين الأولين ، ضربان مجربان في أمثال هذه الصور بأسرها ^(١) . وأما الطريق الثالث ، فانه لا يطرد فيها إذا اختلف المبلغ المذكور في الاقرارين . ولو قال : لزيد عشرة إلا نصف ما لعمرو ، ولعمرو ستة إلا ربع ما لزيد ، كان مقرأ لزيد بثمانية ، ولعمرو بأربعة . ولو قال : لزيد عشرة إلا نصف ما لعمرو ، ولعمرو عشرة إلا ربع ما لزيد ، كان مقرأ لزيد بخمسة وخمسة أسباع ، ولعمرو بثمانية وأربعة أسباع . ويتصور صدور كل إقرار من شخص ، بأن يدعي على زيد وعمرو مالا ، فيقول زيد : لك علي عشرة إلا نصف مالك على عمرو ، ويقول عمرو : لك علي عشرة إلا ثلث مالك على زيد ، وطريق الحساب لا يختلف .

الباب الثالث

في تعقيب الاقرار بما يغيره

هو استثناء وغيره . فالثاني ينقسم إلى ما يرفعه بالكلية ، وإلى غيره ، والأول ينقسم إلى مالا ينتظم لفظاً ، فيلغو ، وإلى ما ينتظم ، فان كان مفصلاً ، لم يقبل ، وإن كان موصولاً ، ففيه خلاف . والثاني : إن كان مفصلاً ، لا يقبل أيضاً ، وإن كان موصولاً ، ففيه خلاف بالترتيب ، هذا حاصل الباب . وإذا مرت بك مسائله عرفت من أي قبيل هي . وأما الاستثناء ، فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى ، وفيه مسائل .

(١) في « شرح الوجيز » أن الطريقتين الأولين مجربان في أمثال هذه الصور بأسرها .

إحداها : قال : لفلان عليّ ألف من ثمن خمر أو كلب أو خنزير ، فإن وقع قوله : من ثمن خمر ، مفصّلاً عن قوله : له ألف ، لم يقبل ، ولزمه الألف . وإن كان موصولاً ، فقولان . أحدهما : يقبل ولا يلزمه شيء ، لأن الكل كلام واحد ، فيمتبر جملة ولا يبيّض ، فعلى هذا للمقر له تحليفه إن كان من ثمن خمر . وأظهرهما عند المرافقين وغيرهم : لا يقبل ، ويلزمه الألف ، ويبعض إقراره ، فيمتبر أوله ويلغى آخره ، لأنه وصل به ما يرفعه ، فأشبهه قوله : ألف لا يلزمي . فعلى هذا لو قال المقر : كان من ثمن خمر ، وظننته يلزمي ، فله تحليف المقر له على نفيه . ويجري القولان فيما إذا وصل بإقراره ما ينتظم لفظه في المادة ، ولكنه يبطل حكمه شرعاً ، بأن أضاف المقر به إلى بيع فاسد ، كالبيع بثمر مجهول ، وخيار مجهول . أو قال : تكملت بيد فلان بشرط الخيار ، أو ضمننت لفلان كذا بشرط الخيار ، وما أشبه ذلك ، قال الامام : وكنت أودّ لو فصل فاصل بين أن يكون المقر جاهلاً بأن ثمن الخمر لا يلزم ، وبين أن يكون عالماً ، فيعذر الجاهل دون العالم ، لكن لم يصّر إليه أحد من الأصحاب . أما إذا قدم الخمر فقال : له من ثمن خمر عليّ الألف ، لا يلزمه شيء قطعاً بكل حال .

الثانية : قال : عليّ ألف من ثمن عبد لم أقبضه ، إذا سلمه سلمت الألف ، فطريقان . أحدهما : طرد القولين . ففي قول : يقبل ولا يطالب بالألف إلا بعد تسليم العبد . وفي قول : يؤخذ بأول الإقرار . والطريق الثاني وهو الأصح : انقطع بالقبول ، لأن المذكور آخرها هنا لا يرفع الأول ، بخلاف ثمن الخمر . وعلى هذا ، لو قال : عليّ ألف من ثمن عبد فقط ، ثم قال : مفصّلاً عنه لم أقبض ذلك العبد ، قبل أيضاً ، لأنه علق الإقرار بالعبد ، والاصل عدم قبضه . ولو اقتصر على قوله : لفلان عليّ ألف ، ثم قال مفصّلاً : هو ثمن عبد لم أقبضه ، لم يقبل . ولا فرق عندنا ، بين أن يقول : عليّ ألف من ثمن هذا العبد ، أو من ثمن عبد .

الثالثة : قال : عليّ ألف قضيته ، ففي قبوله القولان . وقيل : لا يقبل قطعاً .
ولو قال : كان لفلان عليّ ألف قضيته ، فُقيل عند الجمهور . وقيل : على الطريقين .
الرابعة : قال : عليّ ألف لا يلزمني ، أو عليّ ألف أو ، لا ، لزمه الألف ،
لأنه غير منتظم .

قلت : هكذا رأيت في نسخ [من] كتاب الامام الرافعي «عليّ الألف، أو، لا»، وهو غلط .
وقد صرح به صاحب «التهذيب» و «البيان» : بأنه لا يلزمه في هذه الصورة
شيء ، كما لو قال : أنت طالق ، أو ، لا ، فإنه لم يجزم بالاتزام ، وما يبعد أن يكون
الذي في كتاب الرافعي تصحيحاً من النسخ ، أو تغييراً مما في «التهذيب» ، فقد
قال في «التهذيب» : لو قال : عليّ ألف ، لا ، فهو إقرار ، وهذا صحيح ، وقرنه
في «التهذيب» بقوله : بألف لا يلزمني ، وهو نظيره . وممّظم نقل الرافعي من
«التهذيب» و «النهاية» ، وكيف كان ، فالصواب الذي يقطع به : أنه إذا قال :
ألف أو ، لا ، فلا شيء عليه . والله أعلم

الخامسة : قال : له عليّ [ألف] إن شاء الله ، لم يلزمه شيء على المذهب ، وبه قطع
الجمهور . وقيل : على القولين . ولو قال : عليّ ألف إن شئت ، أو إن شاء فلان ،
فلا شيء عليه على المذهب . قال الامام : والوجه : طرد القولين . ولو قال :
عليّ ألف إذا جاء رأس الشهر ، أو إذا قدّم زيد ، أطلق جماعة أنه لا شيء عليه ،
لأن الشرط لا أثر له في إيجاب المال ، والواقع لا يعلق بشرط . وذكر الامام
وغيره : أنه على القولين . وكيف كان ، فالمذهب أنه لا شيء عليه . وهذا إذا
أطلق ، أو قال : قصدت التليق . فان قصد التأجيل ، فسنذكره إن شاء الله تعالى .
ولو قدّم التليق فقال : إن جاء رأس الشهر فعليّ ألف ، لم يلزمه قطعاً ، لأنه لم
توجد صيغة التزام جازمة . فان قال : أردت التأجيل برأس الشهر ، قبل . وفي «التتمة»

وجه : أن مطلقه محمول على التأجيل برأس الشهر ، وهو غريب ، وبه قطع فيها إذا قال :
عليّ ألف إذا جاء رأس الشهر .

للسادسة : قال : عليّ ألف مؤجل إلى وقت كذا ، فإن ذكر الأجل مفصلاً ،
لم يقبل . وإن وصله ، قبل على المذهب . وقيل : قولان . وإذا لم يقبل ، فالقول
قول المقر له يمينه في نفي الأجل . ثم موضع الخلاف ، أن يقر مطلقاً ، أو مستنداً
إلى سبب يقبل التعجيل والتأجيل . أما إذا أسند إلى مالا يقبل الأجل ، فقال :
أفرضيه مؤجلاً ، فيلغو ذكر الأجل قطعاً . وإن أسند إلى ما يلزمه الأجل ، كالدية
على العاقلة ، فإن ذكره في صدر إقراره بأن قال : قتل أخي زيداً خطأً ، ولزمني
من ديتي كذا مؤجلاً إلى سنةٍ انتهائها كذا ، قبل قطعاً . ولو قال : عليّ كذا
من جهة تحمّل العقل مؤجلاً إلى كذا ، فقولان . وقيل : يقبل قطعاً .

فرع

قال : بعتك أمس كذا ، فلم تقبل ، فقال : بل قبلت ، فعلى قولي تبعض
الإقرار ، إن بضئناه ، صدق يمينه في قوله : قبلت . وكذا لو قال لعبد : أعتقتك على
ألف ، فلم تقبل ، أو لامرأته : خالعتك على ألف ، فلم تقبلي ، فقالا : قبلنا .

فرع

إذا قال له : أريد أن أقر الآن بما ليس عليّ لفلان عليّ ألف . أو قال :
ما طلقت امرأتي وأريد أن أقر بطلاقها : قد طلقت امرأتي ثلاثاً ، قال الشيخ أبو عاصم :
لا يصح إقراره ، ولا شيء عليه . وقال صاحب « التتمة » : الصحيح ، أنه يلزمه ،
كقوله : عليّ ألف لا يلزمني .

السابعة : قال : لزيد عليّ ألف وزعم أنه وديعة ، فله حالان .

الأول : أن يذكره منفصلاً ، بأن أتى بألف بعد إقراره ، وقال: أردت هذا وهو وديعة عندي ، وقال المقر له : هو وديعة ولي عليك ألف (١) آخر ديناً ، وهو الذي أردته بقرارك ، فهل القول قول المقر له ، أو المقر ؟ فيه قولان . أظهرهما : الثاني وقيل به قطعاً ، لأن قوله : عليّ ، يحتمل أن يريد به : عندي ، ويحتمل : إني تعديت فيها فصارت مضمونة عليّ ، أو عليّ حفظها . ولو قال : عليّ ألف في ذمتي ، أو ديناً ، ثم جاء بألف وفسر كما ذكرنا ، لم يقبل على المذهب ، والقول قول المقر له يمينه ، لأن اليمين لا تثبت في الذمة . وقيل : في قبوله وجهان . ثم قال الامام : إذا قلنا التفسير بالوديعة ، قال الاصحاب : الألف مضمونة ، وليس بأمانة ، لأن قوله : عليّ ، تتضمن الالتزام . فإن ادعى تلف الألف الذي يزعم أنه وديعة ، لم يسقط عنه الضمان ، وإن ادعى رده ، لم يقبل ، لانه ضامن ، وإنما يصدق الامين . وهذا الذي قاله الامام ، مشكل دليلاً ونقلًا . أما الدليل ، فلأن لفظة « عليّ » ، كما يجوز أن يراد بها مصيرها مضمونة لتعديتي ، فيجوز أن يريد : وجوب حفظها ، ويجوز أن يريد : عندي ، كما سبق ، وهذان لا ينافيان الامانة . وأما النقل ، فمقتضى كلام غيره ، أنه إذا ادعى تلفه بعد الاقرار ، صدق ، وقد صرح به صاحب « الشامل » في موضعين من الباب .

الحال الثاني : أن يذكره متصلاً ، فيقول : لفلان عليّ ألف وديعة ، فيقبل على المذهب . وقال أبو إسحاق : على قولين ، كقوله : ألف قضيته . وإذا قلنا فأتى بألف ، وقال : هو هذا ، قنع به ، فإن لم يأت بشيء ، وادعى التلف أو الرد ، قبل على الأصح . وأما إذا قال : له معي أو عندي ألف ، فهو مشعر بالأمانة ، فيصدق

(١) في الأصل : ولك علي ألف ، وما أثبتناه من نسخة الظاهرية ، و « شرح الرجز » .

في قوله : إنه كان وديعة ، وفي دعوى التلف والرد . ولو قال : له عندي ألف درهم مضاربة ديناً أو وديعة ديناً ، فهو مضمون عليه ، ولا يقبل قوله في دعوى الرد والتلف ، نص عليه . ووجهه بأن كونه ديناً عبارة عن كونه مضموناً . فإن قال : أردت أنه دفعه إليّ مضاربة أو وديعة بشرط الضمان ، لم يقبل قوله ، لأن شرط الأمانة لا يوجب الضمان ، هذا إذا فسر منفصلاً . فإن فسر متصلاً ، ففيه قولاً بتميز الاقرار . ولو قال : له عندي ألف عارية ، فهو مضمون عليه ، صحيحاً بإعارة الدراهم أو أفسدناها ، لأن الفاسد كالصحيح في الضمان . ولو قال : دفع إليّ ألفاً ، ثم فسر بوديعة ، وادعى تلفها في يده ، صدق يمينه . وكذا لو قال : أخذت منه ألفاً . وقال القفال في «أخذت» : لو ادعى المأخوذ منه أنه غصبه ، صدق يمينه في النصب . والصحيح : أنه كقوله : دفع إليّ .

الثامنة : قال : هذه الدار لك عارية ، فهو إقرار بالإعارة ، وله الرجوع . وقال صاحب «التقريب» : قوله : « لك » إقرار بالملك ، فذكر العارية بعده ينفيه ، فيكون على قولي بتميز الاقرار . والمذهب الاول . ولو قال : هذه الدار لك هبة عارية بإضافة الهبة إلى العارية ، أو هبة سكتى ، فهو كما لو قال : لك عارية ، بلا فرق .

التاسعة : الاقرار بالهبة لا يتضمن الاقرار بقبضها على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وفي « الشامل » : فيه خلاف إذا كانت العين في يد الموهوب له ، وقال : أقبضتني . ولو قال : وهبته وخرجت إليه منه ، فقد سبق أن الاصح أنه ليس بإقرار بالقبض ، وكذا لو قال : وهبت له وملكها ، قاله البغوي . ولو أقر بالقبض ، ثم ذكر لاقراره تأويلًا أو لم يذكر ، فهو كما ذكرنا في الرهن إذا قال : رهنت وأقبضت ثم عاد فأنكر .

العاشرة : لو أقر ببيع أو هبة وقبض ، ثم قال : كان ذلك فاسداً ، أو أقررت لظني الصحة ، لم يصدق ، لكن له تحليف المقر له ، فإن نكل ، حلف المقر وحكم ببطالان البيع والهبة . ولو أقر باتلاف مال [على إنسان] ^(١) وأشهد عليه ، ثم قال : كنت عازماً على الاتلاف فقدمت الاشهاد على الاتلاف ، لم يلتفت إليه ، بخلاف ما لو أشهد عليه بدين ثم قال : كنت عازماً على أن استقرض منه ، فقدمت الشهادة على الاستقراض ، قبل للتحليف ، لأن هذا معتاد ، بخلاف ذلك .

الحادية عشرة : أقر بجمعي بالمرية وقال : لم أفهم معناه ، لكن لقننت ، صدق بيمينه إن كان ممن يجوز أن لا يعرفه . وكذا الحكم في جميع العقود والحلول . ولو ادعى أنه أقر وهو صبي أو مجنون ، أو مكره ، فقد سبق بيانه مع ما يتعلق به في آخر الباب الاول .

الثانية عشرة : قال : غصبت هذه الدار من زيد ، بل من عمرو ، أو قال : غصبتها من زيد ، وغصبتها زيد من عمرو ، أو قل : هذه الدار لزيد ، بل لعمرو ، سلمت الدار إلى زيد . وفي غرمه لعمرو ، قولان . أظهرهما عند الاكثرين : بغيرم . وفي الصورة الثالثة طريقة جازمة بأن لا غرم ، لانه لم يقر بجناية في ملك الغير ، بخلاف الاوليين . ثم قيل : القولان فيما إذا انتزعها الحاكم من يده وسلمها إلى زيد . فأما إذا سلمها بنفسه ، فيغرم قطعاً . وقيل : القولان في الحالين .

قلت : الاصح طردهما في الحالين ، قاله أصحابنا . ويجري الخلاف سواء وإلى بين الاقرار لهما ، أم فصل بفصل قصير أو طويل . والله أعلم

(١) في هامش نسخة الظاهرية ما نصه : في الاصل هنا بياض يسير ، ثم كتب بمقابله على الحاشية ما نصه : يحقق من التهمة أو غيره . انتهى ا. هـ .

فرع

باع عيناً وأقبضها واستوفى الثمن ، ثم قال : كنت بمتها لفلان ، أو غصبتها منه ، لم يقبل قوله على المشتري . وفي غرمة المقر إليه طريقان . أحدهما : طرد القولين . وأصحها : القطع بالفرم ، لأنه فوت بتصرفه وتسليمه . ويبنى على هذا الخلاف ، أن مدعي الدين المبيعة ، هل له دعوى القيمة على البائع مع بقاء الدين في يد المشتري ؟ إن قلنا : لو أقر ، غرم القيمة ، فله دعواها ، وإلا ، فلا . ولو كان في يد إنسان عين ، فانتزعها مدع يمينه بعد نكول صاحب اليد ، ثم جاء آخر يدعيها ، هل له طلب القيمة من الاول ؟ إن قلنا : النكول ورد اليمين كالبينة ، فلا ، كما لو انتزع بالبينة . وإن قلنا : كالأقرار ، ففي سماع دعوى الثاني عليه بالقيمة ، الخلاف .

فرع

قال : غصبت هذه الدار من زيد ، وميلكها لعمرو ، سلمت إلى زيد ، لأنه اعترف له باليد . والظاهر : أنه محق فيها ، ثم تكون الخصومة في الدار بين زيد وعمرو ، ولا تقبل شهادة المقر لعمرو ، لأنه غاصب . وفي غرامة المقر لعمرو ، طريقان . أحدهما : طرد القولين . وأصحها : القطع بأن لا غرم ، لأنه لا منافاة هنا بين الاقرارين ، لجواز أن يكون الملك لعمرو ، ويكون في يد زيد باجارة ، أو رهن ، أو وصية بالمنافع ، فيكون الآخذ غاصباً منه . وفي المسألة الاولى ، الاقراران متنافيان . ولو آخر ذكر الفصب فقال : هذه الدار ملكها عمرو ، وغصبتها من زيد ، فوجهان . أصحها : كالصورة الاولى ، لعدم التنافي ، فتسلّم إلى زيد ، ولا يفرم لعمرو . والثاني : لا يقبل إقراره باليد بعد الملك ، فتسلّم إلى عمرو . وفي غرمة لزيد القولان ، هكذا أطلقوه

وفيه مباحثة ، لأننا إذا غرمننا المقر في الصورة السابقة للثاني ، فأنما نغرمه القيمة ، لأنه أقر له بالملك ، وهنا جعلناه مقراً باليد دون الملك ، فلا وجه لتغريمه ، بل القياس أن يسأل عن يده : أكانت باجارة أو رهن أو غيرها ؟ فان كانت باجارة ، غرم قيمة المنفعة ، وإن كانت رهناً ، غرم قيمة الموهون ليتوثق به زيد ، وكأنه أنلف الموهون . ثم إن استوفى الدين من موضع آخر ، ردت القيمة عليه .

فرع

قال : غصبت هذه العين من أحديكما ، طوب باليمين ، فاذا عين أحدهما ، سلمت إليه . وهل للثاني تحليفه ؟ يبنى على أنه لو أقر للثاني هل يغرم [له] ؟ إن قلنا : لا ، فلا ، وإلا ، فنعلم ، لأنه ربما يقر له إذا عرضت اليمين فيغرمه ، فعلى هذا ، إذا نكل ردت اليمين على الثاني ، فاذا حلف ، فليس له إلا القيمة . وقيل : إن قلنا : النكول ورد اليمين كالأقرار ، فالجواب كذلك . وإن قلنا : كالبينة ، نزعت الدار من الأول وسلمت إلى الثاني ، ولا غرم عليه للأول . وعلى هذا ، فله التحليف وإن قلنا : لا يغرم القيمة لو أقر للثاني طمعاً في أن ينكل ، فيخطف المدعي . وبأخذ العين . أما إذا قال المقر : لا أدري من أيكما غصبت ، وأصر عليه ، فإن صدقاه ، فالعين موقوفة بينها حتى تبين المالك ^(١) أو يصطلحا . وكذا إن كذبا وحلف لهما على نفي العلم ، هذا هو المذهب .

قلت : ولو أقر أن الدار التي في تركة مورثه لزيد ، بل لعمرو ، سلمت إلى زيد ، وفي غرمه لعمرو طريقان في « الشامل » و « البيان » وغيرهما . أحدهما :

(١) في الأصل : تبين الملك ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

القولان . والثاني : القطع بأن لا غرم . والفرق ، أنه هنا معذور لعدم كمال اطلاع^١ .
والله أعلم

فصل في الاستثناء

وهو جائز في الاقرار والطلاق وغيرهما ، بشرط أن يكون متصلاً ، وأن لا يكون مستغرقاً . فان سكت بمد الاقرار ، أو تكلم بكلام أجنبي عما هو فيه ، ثم استثنى ، لم ينفعه .
قلت : هكذا قال أصحابنا ، إن تخلل الكلام الأجنبي ، يبطل الاستثناء . وقال أصحابنا المدة ، و« البيان » : إذا قال : علي ألف - أستغفر الله - الأمانة ، صح الاستثناء عندنا ، خلافاً لأبي حنيفة رضي الله عنه . ودليلنا ، أنه فصل يسير ، فصار كقوله : علي ألف - يا فلان - الأمانة ، وهذا الذي نقله ، فيه نظر^(١) . والله أعلم

ولو استغرق فقال : علي عشرة إلا عشرة ، لم يصح ، وعليه عشرة ، ويجوز استثناء الأكثر ، فإذا قال : علي عشرة إلا تسعة ، أو سوى تسعة ، لزمه درهم .

فرع

الاستثناء من الإثبات نفى ، ومن النفي إثبات . فلو قال : علي عشرة إلا تسعة ، إلا ثمانية ، لزمه تسعة . ولو قال : علي عشرة ، إلا تسعة ، إلا ثمانية ، إلا سبعة ،

(١) في هامش نسخة الظاهرية ما يلي : هذه الزيادة ليست في نسختين منقولتين من خط المؤلف ، وإحداهما قديمة مؤرخ فراغ ربع البيوع منها بأوائل جمادى الآخرة سنة سبع وثمانين وستائة ، وليست في أصل المؤلف ، بل على حاشيته بخط غيره مصحح عليها . ٥١ .

إلا ستة ، إلا خمسة ، إلا أربعة ، إلا ثلاثة ، إلا درهين ، إلا درهم ، لزمه خمسة .
وطريق هذا وما أشبهه ، أن يجمع الانيات ويجمع النفي ، ويسقط النفي من الانيات ،
فما بقي فهو الواجب . فالأعداد المثبتة هنا ثلاثون ، والمنفية خمسة وعشرون . ثم
معرفة المثبت ، أن العدد المذكور أولاً ، إن كان شفعاً ، فلاشفاع مثبته ، والاولاء
منفية . وإن كان وترأ ، فبالعكس ، وشرطه أن تكون الأعداد المذكورة على
التوالي المتداد ، إذ يتلو كل شفع وترأ ، وبالعكس .

فرع

قال : ليس لفلان علي شيء إلا خمسة ، لزمه خمسة . ولو قال : ليس علي عشرة
إلا خمسة ، لم يلزمه شيء على الصحيح الذي قاله الأكثرون ، لأن العشرة إلا
خمس ، خمسة ، فكأنه قال : ليس علي خمسة . وفي وجه : يلزمه خمسة ، حكاة في
النهاية ، بناءً على أن الاستثناء من النفي إثبات .

فرع

إذا أتى باستثناء بعد استثناء ، والثاني مستغرق ، صح الأول ، وبطل الثاني .
مثاله : علي عشرة ، إلا خمسة ، إلا عشرة ، أو [عشرة] إلا خمسة ، إلا خمسة ،
لزمه خمسة . وإن كان الأول مستغرقاً دون الثاني ، كقوله : عشرة ، إلا عشرة ، إلا أربعة ، فأوجه .
أحدها : يلزمه عشرة ويبطل الاستثناء الأول ، لاستغراقه ، ويبطل الثاني ، لأنه من
باطل ، والثاني : يلزمه أربعة ويصح الاستثناءان ، لأن الكلام إنما يتم بآخره .
قال في « الشامل » : وهذا أقيس . والثالث : يلزمه ستة ، لأن الاستثناء الأول باطل ،
والثاني يرجع إلى أول الكلام . ولو قال : عشرة ، إلا عشرة ، إلا خمسة ، لزمه على

الوجه الأول عشرة، وعلى الآخرَين خمسة. هذا إذا لم يكن في الاستثناءين عطف، فإن كان، بأن قال: عشرة إلا خمسة، وإلا ثلاثة، أو عشرة إلا خمسة وثلاثة، فهذا جميعاً مستثنيان من العشرة، فلا يلزمه إلا درهماً قطعاً، فإن كان المددان لو جما استغراقاً، بأن قال: عشرة إلا سبعة وثلاثة، فهل يلزمه عشرة لكون الواو تجميعها فيقضي الاستغراق؟ أم يختص الثاني بالبطلان فيلزمه ثلاثة لأن الأول صح استثناءه؟ وجهان. أصحهما: الثاني. وفي وجه ثالث: يفرق بين قوله: عشرة إلا سبعة وثلاثة، وبين قوله: عشرة إلا سبعة وإلا ثلاثة، ويقطع في الصورة الثانية بالبطلان. ومما [كان] في المستثنى أو المستثنى منه عددان معطوف أحدهما على الآخر، ففي الجمع بينهما وجهان، كما في الصورة السابقة. أصحهما، وهو المنصوص في الطلاق، وبه قطع الأكثرون: لا يجمع.

مثاله: عليّ درهماً ودرم إلا درهماً، إن لم نجمع، لزمه ثلاثة، وإلا درهماً. ولو قال: ثلاثة إلا درهمن ودرهماً، فإن لم نجمع، لزمه درم، وصح استثناء الدرهمين. وإن جمنا، فثلاثة ويصير مستغرقاً. ولو قال: ثلاثة إلا درهماً ودرهمن، فإن لم نجمع، لزمه درهماً وصح استثناء الدرهمين. وإن جمنا، فثلاثة. ولو قال: درم ودرم ودرم إلا درهماً ودرهماً ودرهماً، لزمه ثلاثة على الوجهين. وحكم هذه الصورة في الطلاق، حكها في الاقرار.

فرع

قال: عليّ عشرة إلا خمسة، أو ستة، قال التولي: يلزمه أربعة، لأن الدرهم الزائد مشكوك فيه، فصار كقوله: عليّ خمسة أو ستة، فإنه يلزمه خمسة. ويمكن أن يقال: يلزمه خمسة، لأنه أثبت عشرة، واستثنى خمسة، وشككنا في استثناء الدرهم السادس.

قلت : الصواب، قول المتولي، لان المختار أن الاستثناء بيان مالم يرد بأول الكلام،
لانه إبطال ما أثبت . والله أعلم

فرع

قال : علي " درهم غير دائق، فمقتضى النحو وبه قال أصحابنا: أنه إن نصب «غير»،
فعلية خمسة دوائق ، لأنه استثناء ، وإلا ، فعلية درهم تام ، إذ المعنى : درهم،
لا دائق . وقال الأكثرون : السابق إلى فهم أهل العرف منه الاستثناء ، فيحمل
عليه وإن أخطأ في الاعراب (١) .

فرع

الاستثناء من غير الجنس ، صحيح ، كقوله : ألف درهم إلا ثوباً أو عبداً ،
ثم عليه أن يبين ثوباً لا يستغرق قيمته الالف . فان استغرق ، فالتفسير لغو . وفي
الاستثناء وجهان . أصحها : يبطل ويلزمه الالف، لانه يبين ما أراد بالاستثناء،
فكانه يلفظ به وهو مستغرق . والثاني : لا يبطل، لأنه صحيح من حيث اللفظ.
وإنما انحلل في تفسيره ، فيقال : فيرده بتفسير صحيح .

فرع

يصح استثناء المجرى من المجرى ، والمجرى من المفصل ، وبالعكس. فالأول ،

(١) في الأصل : الاعتراف ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

كقوله : ألف إلا شيئاً ، فيبين جنس الألف أولاً ، ثم يفسر الشيء بما لا يستغرق الألف الذي بينه . والثاني : كقوله : عشرة دراهم إلا شيئاً ، يفسر الشيء بما لا يستغرق العشرة . والثالث : كقوله : شيء إلا درهماً ، يفسر الشيء بما يزيد على درهم وإن قل . وكذا لو قال : ألف إلا درهماً ، ولا يلزمه أن يكون الألف دراهم . ومهما بطل التفسير في هذه الصور ، ففي بطلان الاستثناء الوجهان . وإن اتفق لفظ المستثنى والمستثنى منه ، كقوله : شيء إلا شيئاً ، أو : قال : مال إلا مالاً ، حكى الامام عن القاضي فيه وجهين . أحدهما : يبطل الاستثناء ، كقوله : عشرة إلا عشرة . والثاني : لا ، لوقوعه [على] القليل والكثير ، فلا يمتنع حمل الثاني على أقل ممتول ، ويحمد الأول على الزائد على أقل ممتول . قال الامام : وفي هذا التردد غفلة ، لأننا إن ألقينا الاستثناء ، اكتفينا بأقل ممتول . وإن صححناه ، ألزمناه أيضاً أقل ممتول ، فيتفق الوجهان . ويمكن أن يقال : حاصل الجواب ، لا يختلف ، لكن فيه فائدة ، لأننا إن أبطلناه ، طالبناه بتفسير الأول فقط . وإن صححناه ، طالبناه بتفسيرها ، وله آثار الامتناع من التفسير ، وكون التفسير الثاني غير صالح للاستثناء من الأول ، وما أشبه ذلك .

فرع

الاستثناء من الممين ، صحيح ، كقوله : هذه الدار لزيد إلا هذا البيت ، أو هذا القميص إلا كفه ، أو هذه الدراهم إلا هذه الدراهم ، أو هذا القطيع إلا هذه الشاة ، أو هذا الخاتم إلا هذا الفص ، ونظائره . وفي وجه شاذ : لا يصح ، لأن الاستثناء المعتاد إنما يكون من المطلق لا من الممين ، والأول هو الصحيح المنصوص ، وعليه التفريع . ولو قال : هؤلاء العبيد لفلان إلا واحداً ، صح ورُجِع

اليه في التمين . فان ماتوا إلا واحداً فقال : هو الذي أردت بالاستثناء ، قبل قوله بيمينه على الصحيح ، لأنه محتمل . وقيل : لا يقبل ، للتهمة ، وهو شاذ متفق على ضعفه . ولو قال : غصبتهم إلا واحداً ، فماتوا إلا واحداً . فقال : هو المستثنى ، قبل بلا خلاف . وكذا لو قتلوا في الصورة الأولى إلا واحداً ، لأن حقه ثبت في القيمة . ولو قال : هذه الدار لفلان ، وهذا البيت منها لي ، وهذا الخاتم له ، وقصه لي ، قبل ، لأنه إخراج بعض ما يتناوله اللفظ ، فكان كالاستثناء .

فصل

في مسائل تتعلق بالاقرار وإن كان بعضها أجنياً

أحداها : في يده جارية ، فقال رجل : بتمكها بكذا وسلمتها ، فأدّ الثمن . فقال : بل زوجتها بصدّق كذا وهو عليّ ، فله حالان .

أحدهما : أن يجري التنازع قبل أن يولدها صاحب اليد ، فيحلف كل واحد منها على نفي ما يدّعي عليه ، فإن حلفا سقطت دعوى الثمن والنكاح ، ولا مهر سواء دخل بها صاحب اليد ، أم لا ، لأنه وإن أقر بالمهر لمن كان مالكا ، فهو منكر له ، وتعود الجارية إلى المالك . ثم أحد الوجهين ، أنها تعود إليه كمود المبيع إلى البائع ، لا فلاس المشتري بالثمن . والثاني : تعود بحجة أنها لصاحب اليد بزعمه ، وهو يستحق عليه الثمن ، وقد ظفر بنير جنس حقه . فعلى هذا ، يبيحها ويستوفي حقه من ثمنها . فان فضل شيء ، فهو لصاحب اليد ، ولا يحل له وطؤها . وعلى الأول : يحل وطؤها والتصرف ، ولا بدّ من التلفظ بالفسخ . وإن حلف أحدهما فقط ، نظر ، إن حلف مدعي الثمن على نفي التزويج ، ونكل صاحب اليد عن اليمين على نفي الشراء ، حلف المدعي اليمين الردودة على الشراء ، ووجب الثمن . وإن حلف صاحب اليد على نفي

الشراء ونكل الآخر عن اليمين على نفي التزويج ، خلف صاحب اليد اليمين المرودة على النكاح ، وحكم له بالنكاح ، وبأن رقبته للآخر . ثم لو ارتفع النكاح بطلاق أو غيره ، حلت للسيد في الظاهر . وكذا في الباطن إن كان كاذباً . وعن القاضي حسين : أنه إذا نكل أحدهما عن اليمين المروضة عليه ، اكتفى من الثاني بيمين واحدة يجمع فيها بين النفي والاثبات . والصحيح الأول .

الحال الثاني : أن يولدها صاحب اليد ، فالولد حر ، والجارية أم ولد له باعتراف المالك القديم ، وهو يدعي الثمن ، فيحلف صاحب اليد على نفيه . فإن حلف على نفي الشراء ، سقط عنه الثمن المدعي . وهل يرجع المالك عليه بشيء ؟ وجهان . أحدهما : يرجع بأقل الأمرين من الثمن والمهر ، لأنه يدعي الثمن ، وصاحب اليد مقرر له بالمهر ، فالأقل منها متفق عليه ، والثاني : لا يرجع شيء ، لأن صاحب اليد أسقط الثمن عن نفسه بيمينه ، والمهر الذي يقر به لا يدعيه الآخر ، فلا يمكن من المطالبة . وهل لصاحب اليد تحليف المالك على نفي الزوجية بعدما حلف على نفي الشراء ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأنه لو ادعى ملكها وتزويجها بعد اعترافه بأنها أم ولد للآخر ، لم يقبل ، فكيف يحلف على ما لو أقر به لم يقبل ؟! والثاني : نعم ، طمعاً في أن ينكل فيحلف ويثبت له النكاح . ولو نكل صاحب اليد [عن اليمين] على نفي الشراء ، حلف المالك القديم اليمين المرودة . وعلى كل حال ، فالجارية مقررة في يد صاحب اليد ، فانها أم ولد أو زوجته ، وله وطؤها في الباطن . وفي الحل ظاهراً ، وجهان . أحدهما : تحل . ووجه النع : أنه لا يدري ، أيضاً زوجته أم مملوكته ؟ وإذا اختلفت الجهة ، وجب الاحتياط للبضع ، ونفقتها على صاحب اليد إن جوزنا له الوطء ، وإلا ، فقولان . أحدهما : على المالك القديم ، لأنها كانت عليه . وأظهرهما : أنها في كسب الجارية . فإن لم يكن كسب ، ففي بيت المال . ولو ماتت الجارية قبل موت المستولد ، ماتت قنّة ، وللمالك القديم أخذ القيمة

مما تركته من أكسابها ، وما فضل ، فموقوف لا بدعيه أحد . وإن مات بعد موت المستولد ، مات حرة ، وما لها لوارثها بالنسب . فإن لم يكن ، فهو موقوف ، لأن الولاء لا بدعيه واحد منها ، وليس للمالك القديم أخذ الثمن من تركتها ، لأن الثمن بزعمه على المستولد وهي قد عتقت بموته ، فلا يؤدي دينه مما جمعه بعد الحرية . هذا كله فيما إذا أصر على كلاميها . أما إذا رجع المالك القديم ، وصدق صاحب اليد ، فلا يقبل في رد حرية الولد وثبوت الاستيلاد ، وتكون أكسابها له ما دام المستولد حياً . فإذا مات ، عتقت وكانت أكسابها لها . ولو رجع المستولد ، وصدق المالك القديم ، لزمه الثمن وكان ولاؤها له .

المسألة الثانية : إقرار الورثة على الميت بالدين والعين مقبول . فلو أقر بعضهم بدين ، وأنكر بعضهم ، فقولان . القديم : أن على المقر قضاء جميع الدين من حصته من التركة إن وفى به ، وإلا ، فيصرف جميع حصته إليه ، لأنه إنما يستحق بعد قضاء الدين . والجديد : أنه لا يلزمه إلا بقسط حصته من التركة . فعلى الجديد : لو مات المنكر وورثه المقر ، فهل يلزمه الآن جميع الدين المقر به ؟ وجهان . أصحها : نعم ، لحصول جميع التركة في يده . ويتفرع على القولين فرعان . أحدهما : لو شهد بعض الورثة بدين على المورث . إن قلنا : لا يلزمه بالاقرار إلا حصته ، قبلت شهادته ، وإلا ، فلا ، لأنه متهم . وسواء كانت الشهادة بعد الاقرار أو قبله . الثاني : كيس في يد رجلين فيه ألف . قال أحدهما لثالث : لك نصف ما في هذا الكيس ، فهل يحمل إقراره على النصف المضاف إليه ، أم على نصف ما في يده ، وهو الربع ؟ وجهان بناء على القولين .

قلت : أفتيها : الأول . والله أعلم

المسألة الثالثة : مات عن ابنين ، فأقر أحدهما بأن أباه أوصى لزيد بعشرة ، فهو كما [لو] أقر عليه بدين ، فعلى القديم : تتعلق كل العشرة بثلاث نصيبه . وعلى الجديد : يتعلق نصف العشرة بثلاث نصيبه . ولو أقر أحدهما أنه أوصى بربع ماله ، وأنكر الآخر ، فعلى المقر أن يدفع إلى الموصى له ربع ما في يده . ولو أقر أنه أوصى بعين من أعيان أمواله ، نظر ، إن لم يقسمها التركة ، فنصيب المقر من تلك العين يصرف إلى الموصى له ، والباقي ، للنكر . وإن اقتسما ، نظر ، إن كانت تلك العين في يد المقر ، لزمه دفعها إلى الموصى له ، وإن كانت في يد النكر ، فالموصى له أخذ نصف القيمة من المقر ، لأنه فوته عليه بالقسمة . ولو شهد المقر للموصى له ، قبلت شهادته ، ويغرم للمشهود عليه نصف قيمة العين ، كما لو خرج بعض أعيان التركة مستحقاً .

الرابعة : قال لعبد : أعنتك على ألف ، فطالبه بالألف ، فأنكر العبد وحلف ، سقطت دعوى المال ، وحكم بعنق العبد ، لأقراره ، وكذا لو قال : بعنتك نفسك إذا صححنا هذا التصرف ، وهو الصحيح . ولو قال لولد عبده : بعنتك والدك بكذا ، فأنكر ، فكذلك ، لاعترافه بمصيره حراً بالملك .

الخامسة : قال : لفلان عندي خاتم ، ثم جاء بخاتم ، فقال : هو هذا الذي أقررت به ، فنص في موضع أنه يقبل منه ذلك وعليه تسليمه إلى المقر له . وقال في موضع آخر : لا يلزم التسليم . قال الأصحاب : الأول محمول على ما إذا صدقه المقر له . والثاني : على ما إذا قال : الذي أقررت به غيره وليس هذا لي ، فلا يسلم ما جاء به إليه ، والقول قول المقر في نفي غيره .

السادسة : قال : لي عليك ألف ضمنتته ، فقال : ما ضمنت شيئاً ، ولكن لك علي ألف من قيمة متلف ، لزم الألف الاصح .

قلت : وما يتعلق بالباب ، ما ذكره القاضي أبو الطيب في آخر كتاب النصب :

ولو أقر بدار مبهمه ولم يعينها حتى مات ، قام وارثه مقامه في التمين . فان عينها فذاك ، وإن لم يعين ، طوب بالتمين ، فان امتنع ، كان المقر له أن يعين . فان عين وصدقه الوارث ، فذاك ، وإلا ، فله أن يحلف أنها ليست المقر بها ، فان حلف ، طوب بالتمين ، فان امتنع ، حبس حتى يعين . قال القاضي أيضاً في آخر النصب : لو باع داراً ثم ادعى أنها كانت لغيره باعها بغير إذنه ، وهي ملكه إلى الآن ، وكذبه المشتري ، وأراد أن يقيم بينة بذلك ، فان قال : بتك ملكي أو داري أو نحو ذلك ، مما يقتضي أنها ملكه ، لم تسمع دعواه ، وإلا ، سمعت . قال الشافعي : لو قال : غصبت داره ، ثم قال : أردت دارة الشمس والقمر ، لم يقبل على الصحيح . ولو باع شيئاً بشرط الخيار ، ثم ادعاه رجل ، فأقر البائع في مدة الخيار أنه ملك المدعي ، صح إقراره وانفسخ البيع ، لأن له الفسخ ، بخلاف ما لو أقر بعد لزوم البيع ، فانه لا يقبل ، لمجزئه عن الفسخ . ولو أقر بثياب بدنه لزيد ، قال القاضي حسين في « الفتاوى » : يدخل فيه الطيلسان والدُّوَّاج وكل ما يلبسه . ولا يدخل فيه الخف ، والمراد بالدُّوَّاج : اللحاف . ومقتضى كلام القاضي هذا ، أنه يدخل فيه الفروة فانها مما يلبسه ، ولا شك في دخولها . وانما نهت عليه ، لئلا يُتشكك فيها . وكذلك الحكم لو أوصى بثياب بدنه . ولو كتب على قرطاس : لفلان عليّ كذا ، لم يكن إقراراً ، وكذا الاشهاد عليه لا يكون إلا بالتلفظ ، قاله القاضي حسين . والله أعلم

الباب الرابع في الاقوار بالنسب

يشترط في المقر بالنسب ، أن يكون بالصفات المعتبرة في سائر المقرين كما سبق .
ثم لا يخلو ، إما أن يلحق النسب بنفسه ، وإما بغيره .

القسم الأول : أن يلحقه بنفسه ، فيشترط فيه أمور .

الأول : أن لا يكذبه الحس ، فيكون ما يدعيه ممكناً . فلو كان في سن
لا يمكن أن يكون ولدًا للمستلحق ، فلا اعتبار باقراره . فلو قدمت امرأة من بلاد
الكفر ومعها صبي ، وادعاه مسلم ، لحقه إن احتمل أنه خرج إليها ، أو أنها قدمت
إليه قبل ذلك ، وإلا ، لم يلحقه .

الثاني : أن لا يكون المقر به مشهور النسب من غيره ، سواء صدقه المقر به
أم كذبه .

الثالث : أن يصدقه المقر به . إن كان معتبر التصديق . فان استلحق بالغا فلم
يصدقه ، لم يثبت النسب إلا ببينة ، فان لم تكن بينة ، حلف المدعي ، فان حلف
سقطت دعواه ، وإن نكل ، حلف المدعي وثبت نسبه . وكذا لو قال رجل لرجل :
أنت أبي ، فالقول قول المنكر بيمينه . أما إذا استلحق صغيراً ، فثبت نسبه حتى
يرث منه الصغير لو مات ، ويرث هو الصغير إن مات . وإن استلحق صغيراً ،
فلما بلغ كذبه ، فوجهان . أحدهما : يندفع النسب . وأصحها : لا يندفع ، لأن
النسب يمتطأ له فلا يندفع بعد ثبوته ^(١) كالثابت بالبينة . فعلى هذا لو أراد المقر له
تحليفه ، قال ابن الصباغ : ينبغي أن لا يمكن ، لأنه لو رجع ، لم يقبل ،
فلا معنى لتحليفه . ولو استلحق مجنوناً ، فأفاق وأنكر ، فعلى الوجهين .

(١) في الاصل : بعد موته ، وما أثبتناه من غطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

ولو استلحق صبيّاً بعد موته ، لحقه ، سواء كان له مال ، أم لا ، ولا ينظر إلى التهمة بطلب المال ، بل يرثه ، لأن أمر النسب مبني على التغليب ، ولهذا يثبت بمجرد الامكان ، حتى لو قتله ثم استلحقه بعد موته ، قبل منه وحكم بسقوط القصاص . وإن كان البيت بالنسبة ، فوجهان ، لأن شرط لحوق البالغ تصديقه ، ولا تصديق بعد الموت ، ولأن تأخيرها ربما كان خوفاً من إنكاره . والأكثر وثوقاً على أنه يلحقه كالصغير . ومنعوا كون التصديق شرطاً على الإطلاق ، بل هو شرط إذا كان المقر به أهلاً للتصديق ، ولا اعتبار بالتهمة كما سبق . ويجري الوجهان فيما إذا استلحق مجنوناً طراً جنونه بعد ما بلغ عاقلاً .

فرع

إذا ازدحم جماعة على الاستلحاق ، نظر ، إن كان المقر به بالنسبة ، ثبت نسبه ممن صدّقه ، فإن كان صبيّاً ، لم يلحق بواحد منها ، بل حكمه ما ذكره في باب اللقيط إن شاء الله تعالى . فإذا عدم زحمة الغير ، شرط رابع في الصغير . هذا كله إذا كان المقر به ذكراً حراً . فأما استلحاق المرأة والمبد ، فسيأتيان في باب اللقيط إن شاء الله تعالى .

فرع

إذا استلحق عبد الغير ، أو معتقه ، لم يلحق إن كان صغيراً ، محافظة على حق الولاء للسيد ، بل يحتاج إلى اليقظة . وإن كان بالغاً وصدقه ، فوجهان . ولو استلحق عبداً في يده ، فإن لم يوجد الامكان ، بأن كان أكبر سنّاً منه ، لنا قوله . وإن وجد ، فإن كان مجهول النسب ، لحقه إن كان صغيراً ، وحكم بصدقه . وكذا

إن كان بالنأ وصدقه . وإن كذبه ، لم يثبت [النسب] . وفي العتق ، وجهان . وكذا إن كان المقر به معروف النسب من غيره .

فرع

استلحق بالنأ عاقلاً ، فوافقه ، ثم رجما ، قال ابن أبي هريرة : يسقط النسب ، كما لو أقر بمال ورجع وصدقه المقر له . وقال الشيخ أبو حامد : لا يسقط ، لأن النسب المحكوم بثبوتة لا يرتفع بالاتفاق ، كالثابت بالفراش .

فصل

له جارية ذات ولد ، فقال : هذا ولدي من هذه الجارية ، ثبت نسبه عند الامكان . وفي كون الجارية أم ولد ، قولان . ويقال : وجهان . أظهرهما عند الشيخ أبي حامد وجماعة : نعم . وأشبهها بالقاعدة ، وأقربها إلى القياس : لا ، لاحتمال أنه أولدها بشكاح ثم ملكها . ولو قال : ولدي استولدتها به في ملكي ، أو علقت به في ملكي ، انقطع الاحتمال ، وكانت أم ولد قطعاً . وكذا لو قال : هذا ولدي منها ، وهي في ملكي من عشر سنين ، وكان الولد ابن سنة . وهذا كله إذا لم تكن الأمة مزوجة ، ولا فراشا له ، أما إذا كانت مزوجة ، فلا ينسب الولد إلى السيد . ولا أثر لاستلحاقه ، للحوقه بالزوج . وإن كانت فراشا له ، فإن أقر بوطئها ، لحقه الولد بالفراش ، لا بالاقرار ، فلا يعتبر فيه إلا الامكان . ولا فرق في الاستلحاق بالاستيلاد ، بين أن يكون في الصحة ، أو في المرض ، لأن إنشاء نافذ في الحالين .

فرع

له أمتان ، لكل واحدة ولد ، فقال : أحدهما ولدي ، فلأمتين أحوال .
أحدهما : أن لا تكون واحدة منها مزوجة ولا فراشا للسيد ، فيؤمر بالتعيين
كما لو أقر بطلاق إحدى المرأتين ، فاذا عين أحدهما ، ثبت نسبه وكان حراً وورثه .
وهل تصير أمه أم ولد ؟ ينظر ، إن لم يزد على استلحاقه ، فقولان كما قدمناه ، وإن
صرح بأنه استولدها به في ملك اليمين ، صارت أم ولد له ، وإن صرح بأنه
استولدها في النكاح ، لم تصر ، وإن أضافه إلى وطء شبهة ، فقولان . وإن قال : استولدها
بإزنا مفصولاً على الاستلحاق ، لم يقبل ، وكانت أُمِّيَّة الولد على القولين فيما إذا أطلق
الاستلحاق ، وإن وصله باللفظ ، قال البغوي : لا يثبت النسب ولا أُمِّيَّة الولد ،
وينبغي أن يخرج على قولي تبويض الاقرار . ولو ادعت الأمة الأخرى أن ولدها
هو الذي استلحقه ، وأنها المستولدة ، فالقول قول السيد مع يمينه . وكذا لو بلغ
الولد وادعى ، فإن نكل السيد ، حلف المدعي وقضي بمقتضى يمينه . ولو مات
السيد قبل التعيين ، قام وارثه مقامه في التعيين ، وحكم تعيينهم حكم تعيينه في النسب
والحرية ، والارث ، وتكون أم الميِّت مستولدة إن ذكر السيد ما يقتضي ثبوت
الاستيلاد ، وإلا سئلوا ، وحكم ببيانهم حكم بيان المورث . فان قالوا : لا نعلم
كيف استولد ، فملى الخلاف فيما إذا أطلق الاستلحاق . وإذا لم يكن وارث ، فهو
كما لو أطلق الاستلحاق . ويجوز ظهور الحال للقائف مع موت المستلحق ، بأن كان
رآه ، أو يرى قبل الدفن ، أو يرى عصبته فيجد الشبه . فان عجز عن الاستفادة
بالقائف لدمه ، أو لالحاقه الولدين به ، أو نفيها ، أو أشكل الأمر عليه ، أقرعنا
بينها ليعرف الحر منها ، ولا ينتظر بلوغها لينتسب ، بخلاف ما لو تنازع اثنان في
ولد ، ولا قائف ، لأن الاشتباه هنا في أن الولد أيهما ؟ فلو اعتبرنا الانتساب ، ربما

انتسبا جميعاً إليه، فدام الاشكال ، ولا يحكم لمن خرجت قرعته بالنسب والميراث ، لأن القرعة لاتعمل فيها . وهل يوقف نصيب ابن ، بين من خرجت قرعته ، وبين الآخر ؟ وجهان يأتي قريباً بيانهما . وأما الاستيلاد ، فهو على التفصيل السابق ، فإن لم يوجد من السيد ما يقتضيه ، لم يثبت ، وإن وجد ، فهل تحصل أمية الولد في أم ذلك الولد بخروج القرعة؟ وجهان . أصحابها عند الامام : لا تحصل . والثاني : تحصل ، وبه قطع الأكثرون .

فرع

حيث ثبت الاستيلاد ، فالولد حر الأصل ، لا ولاء عليه ، وحيث لا يثبت ، فعليه الولاء إلا إذا نسب إلى وطء شبهة وقلنا : لا تصير أم ولد إذا ملكها . وإذا لم يثبت الاستيلاد ومات السيد ، ورث الولد أمه وعتقت عليه . هذا إذا تعين ، لا بالقرعة . وإن كان معه وارث آخر ، عتق نصيبه ولم يشتر .

الحال الثاني : إذا كانت الأمتان مزوجتين ، لم يقبل قول السيد ، وولد كل أمة ملحق بزوجها . وإن كانتا فراشاً للسيد ، بأن كان أقر بوطئها ، لحقه الولدان بالفراش .

الحال الثالث : كانت إحداها مزوجة ، لم يتمين اقراره في الأخرى ، بل يطالب بالتمين . فإن عين في ولد الأخرى ، قبل وثبت نسبه ، وإن كانت احداها فراشاً له ، لم يتمين اقراره في ولدها ، بل يؤمر بالتمين ، فإن عين في ولد الأخرى ، لحقه بالاقرار ، والولد الآخر يلحق به بالفراش .

فرع

له أمة لها ثلاثة أولاد . قال : أحد هؤلاء ولدي ، ولم تكن زوجة ولا فراشاً

السيد قبل ولادتهم ، طوب بالتمين ، فمن عينه منهم ، فهو نسيب حر وارث ،
والقول في الاستيلاء على التفصيل الذي مر . ثم إن كان المين الأوسط ، فالأكبر
رقيق ، وأمر الأصغر مبني على استيلاء الأمة ، فإن لم نجعلها مستولدة ، فهو رقيق .
وإن جعلناها ، نظر ، إن لم يدع الاستبراء بعد الأوسط ، فقد صارت فراشاً له
بالأوسط ، فيلحقه الأصغر ويرثه على الصحيح . وقيل : لا يلحقه ، بل له حكم
الأم ، يقتضي بموت السيد . وإن ادعى الاستبراء ، بني على أن نسب ملك اليمين ،
هل ينتفي به ؟ إن قلنا : ينتفي ، لم يلحقه الأصغر ، وفي حكمه وجهان . أصحها :
أنه كالأم يقتضي بموت السيد ، لأنه ولد أم ولد . والثاني : يكون قساً ، لأن ولد
أم الولد قد تكون كذلك ، كما لو أحبل الراهن الموهنة وقلنا : لا تصير أم ولد ،
فبيعت في الحق وولدت أولاداً ثم ملكها وأولادها ، فانها تحكم بأنها أم ولد له
على الصحيح ، والأولاد أرقاء لا يأخذون حكمها على الصحيح . وقيل : يأخذون .
ولو مات السيد قبل التمين ، عين وارثه ، فإن لم يكن وارث ، أوقال : لا أعرف ،
عرضوا على القافة ليمين ، والحكم على التقديرين ، كما لو عين السيد . فإن تعذرت
معرفة القائف ، فالنص أنه يقرع بينهم ليعرف الحرية . وثبوت الاستيلاء ، على
التفصيل السابق . واعتراض المزي بأب الأصغر حر بكل حال عند موت السيد ،
لأنه المقر به ، أو ولد أم ولد . وولد أم الولد ، يقتضي بموت السيد ، إذا كان حراً
بكل حال ، لم يدخل في القرعة ، لأنها ربما خرجت على غيره فيلزم إرقاقه . واختلف
الأصحاب في الجواب ، فسلم بعضهم حرته وقالوا : دخوله في القرعة إنما هو لرق
غيره ، ويقتضي هو إن خرجت قرعته ، ومنمها آخرون ، بناءً على أن ولد أم الولد
يجوز أن يكون رقيقاً ، والأول : أصح . وحكي وجه : أن الصغير يخرج عن

القرعة ، وهو شاذ ضعيف . فاذا أقرعنا فخرجت القرعة لواحد ، فهو حر ، والمذهب : أن النسب والميراث لا يثبتان كما ذكرنا في المسألة الأولى . وقال المزني : الأصغر نسيب بكل حال ، وأبطل الأصحاب قوله ، لكن الحق الطابق لما سبق ، أن يفرق بين ما إذا كان السيد قد ادعى الاستبراء قبل ولادة الأصغر ، وبين ما إذا لم يدع . ويوافق المزني في الحالة الثانية . وإذا ثبت النسب ، ثبتت الحرية قطعاً . وحيث لا يثبت النسب ، فهل يوقف الميراث ؟ وجهان . أصحها عند الجمهور : لا ، لأنه إشكال وقع اليأس من زواله ، فأشبهه غرق التوارثين . والثاني : بلى كما لو طلق إحدى امرأته ومات قبل البيان .

القسم الثاني : أن يلحق النسب بغيره ، كقوله : هذا أخي ابن أبي وابن أمي ، أو يقر بمومة غيره ، فيكون ملحقاً للنسب بالجد ، ويثبت النسب بهذا الإلحاق بالشروط المتقدمة فيما إذا ألحق بنفسه ، وبشروط أخر .

إحداها : أن يكون الملحق به ميتاً ، فما دام حياً ، ليس لغيره الإلحاق به وإن كان مجنوناً .

الثانية : أن لا يكون الملحق به قد نفى انقر به ، فإن كان نفاه ثم استلحقه وارثه بعد موته ، فوجهان . أصحها ، وبه قطع معظم المرافقين : يلحقه كما لو استلحقه المورث بعدما نفاه بلمان وغيره . والثاني : المنع . والثالث : صدور الإقرار من الورثة الحائزين للتركة .

فرع

إقرار الأجنبي لا يثبت به النسب كما ذكرنا ، فلو مات مسلم عن ابن كافر ، أو قاتل ، أو رقيق ، لم يقبل إقراره عليه بالنسب ، كما لا يقبل إقراره عليه بالمال .

ولو كان له ابنان . كافر ومسلم ، لم تعتبر موافقة الكافر ، ولو كان الميت كافراً كفى استلحاق الكافر . ولا فرق في ثبوت النسب ، بين أن يكون المقرّ به مسلماً ، أو كافراً .

فرع

مات وخلف ابناً فأقرّ بآخر ، ثبت نسبه . ولو مات وخلف بنين ، أو بنين وبنات ، فلا بد من اتفاقهم جميعاً . وتعتبر موافقة الزوج والزوجة على الصحيح . وفي وجه : لا تعتبر ، لا تقطع الزوجية بالموت ، ويجري الوجهان في المقت . ولو خلف بنتاً واحدة ، فإن كانت حائزة بأن كانت معتقة ، ثبت النسب باقرارها ، وإن لم تكن حائزة ووافقها الامام ، فوجهان يجريان فيما إذا مات مَنْ لا وارث له ، فألحق الامام به مجهولاً ، أصحها وبه قطع المراقبون : الثبوت بموافقة الامام . هذا إذا ذكره الامام لا على وجه الحكم ، أما إذا ذكره على وجه الحكم ، فإن قلنا : يقضي بعلم نفسه ، ثبت النسب ، وإلا ، فلا . ولا فرق بين أن تكون حيازة الملحق تركته الملحق به بغير واسطة ، أم بواسطة ، كمن أقر بمومة مجهول وهو حائز لتركته أبيه الحائز تركته جده الملحق به ، فإن كان قد مات أبوه قبل جده ، والوارث ابن الابن ، فلا واسطة .

فرع

وارثان ، بالغ وصغير ، فالصحيح أن البالغ لا ينفرد بالاقرار . وفي وجه : ينفرد ويحكم بثبوت النسب في الحال . وعلى الصحيح : ينتظر بلوغ الصغير . فإن بلغ ووافق البالغ ، ثبت النسب حينئذٍ . فإن مات قبل البلوغ ، نظر ، إن لم يخلف

سوى المقر ، ثبت النسب حينئذٍ . فان لم يجدد إقراراً - وإن خلف ورثة سوام - اعتبر موافقتهم ، ولو كان أحدهما مجنوناً ، فكالمسي . ولو خلف بالثني عاقلين فأقر أحدهما ، وأنكر الآخر ثم مات ولم يخلف إلا أخاه المقر ، فوجهان . أصحها : يثبت النسب ، لأن جميع الميراث صار له . والثاني : النفع ، لأن إقرار الفرع مسبوق بإنكار الأصل . ويجري الخلاف فيما إذا خلف النكر وارثاً فأقر ذلك الوارث (١) . ولو أقر أحدهما وسكت الآخر ثم مات الساكت وابنه مقر ، ثبت النسب قطعاً ، لأنه غير مسبوق بتكذيب الأصل .

فرع

أقر الابن المستغرق بأخ مجهول ، فأنكر المجهول نسب المعروف ، لم يتأثر بإنكاره نسب المشهور على الصحيح ، وفي وجه : يحتاج المقر إلى بينة على نسبه ، وهو ضعيف ، ويثبت نسب المجهول على الأصح . ولو أقر بأخ مجهول ثم أقر بأخ ، فأنكر الثالث نسب الثاني ، ففي سقوط نسب الثاني وجهان ، أصحها : السقوط ، لأنه يثبت نسب الثالث فاعتبرت موافقته في ثبوت نسب الثاني . ولو أقر بأخوين مجهولين ، فصدق كل واحد منهما الآخر ، ثبت نسبها ، وإن كذب كل واحد منهما الآخر ، ثبت التسبان على الأصح ، لوجود الإقرار من حائز التركة . وإن صدق أحدهما الآخر ، وكذبه الآخر ، ثبت نسب المصدق فقط ، هذا إذا لم يكن المجهولان توأمين ، فان كانا ، خلا أثر لتكذيب أحدهما الآخر ، فاذا أقر الوارث بنسب أحدهما ، ثبت نسبها .

(١) في الأصل : فرد ذلك الوارث ، وما أثبتناه من غلظة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

فرع

أقر بنسب من يحجب المقر ، بأن مات عن أخ فأقر بابن للميت ، ثبت نسبه على الأصح .

فرع

في الميراث

المقر به حالان .

الأولى : أن لا يحجب المقرين ، فيشتركون على قدر حصصهم . ولو أقر أحد الابنين المقرين بأخ ، فأنكره الأخ الآخر ، فالصحيح المنصوص : أنه لا يرث ، لأن الارث فرع النسب ، ولم يثبت كما سبق . وفي وجه : يرث ، ويشارك المقر فيما في يده ، كما لو قال أحدهما : فلانة بنت أينا ، فأنكر الآخر ، حرم على المقر نكاحها ، وكما لو قال لأمي في التركة : إنه ابن أينا ، هل يحكم بعنته ؟ وجهان . وكما لو قال أحد الشريكين في المقار لثالث : بعتك نصيبي ، فأنكر ، لا يثبت الشراء . وفي ثبوت الشفعة للشريك خلاف . وكما لو قال : لزيد على عمرو كذا وأنا ضامنه ، فأنكر عمرو ، ففي مطالبة المقر بالضمان وجهان . أصحابها : المطالبة ، كما لو اعترف الزوج بالخلع ، وأنكرت المرأة ، ثبتت البينونة ، وإن لم يثبت المال الذي هو الأصل ، وإذا قلنا بالصحيح ، قبل في ظاهر الحكم ^(١) ، وأما في الباطن ، فهل على المقر إذا كان صادقاً أن يشركه فيما يرثه ؟ وجهان . أصحابها : نعم ، لملته باستحقاقه . وعلى هذا ، هل يشركه بنصف ما في يده ، أم بثلثه ؟ وجهان . أصحابها : الثاني .

(١) في نسخة الظاهرية : فذلك في ظاهر الحكم .

الحال الثاني : أن يحجبهم أو بعضهم ، بأن كان الوارث صغيراً في الظاهر أخاً أو ممتقاً ، فأقر بابن الميت ، فإن لم يثبت نسبه ، فذاك . وإن أثبتناه ، لم يرث على الأصح ، للدور ، والثاني: يرث ويحجب انقر ، قاله ابن سريج ، واختاره صاحب « التقريب » وابن الصباغ وجماعة ، وقالوا : المتبر كونه وارثاً ، لولا إقراره . ولو خلف بنتاً ممتقة ، فأقرت بأخ لها ، فهل يرث ويكون الميراث بينهما أثلاثاً لكون تورثه لا يحجبها ، أم لا لأنه يتمتعها عصوبة الولاء ؟ وجهان .

فرع

ادعى مجهول على أخي الميت أنه ابن الميت ، فأنكر الأخ ونكل عن اليمين ، فحلف المدعي اليمين المردودة ، ثبت نسبهم ، ثم إن قلنا : النكول مع يمين الرد كاليمينه ، ورث وحجب الأخ . وإن قلنا : كالأقرار ، ففيه الخلاف السابق في إقرار الأخ . ولو مات عن ابن وأخت ، فأقرا بابن الميت ، فعلى الأصح : تسلم الأخت نصيبها ، لأنه لو ورثها الابن يحجبها ^(١) ، وعلى الثاني : يأخذ جميع ما في يدها . وكذا الحكم فيما لو خلف زوجة وأخاً ، فأقرا بابن الميت ، يكون للزوجة الربع على الأصح ، وهذا الابن لا ينقص حقها ، كما لا يسقط الأخ .

فرع

إقرار الورثة بزواج أو زوجة للميت ، مقبول على المذهب . وحكي عن القديم قول : أنه لا يقبل . فإن قلنا فأقر أحد الابنين المستفرقين وأنكر الآخر ، فالتورث على ما ذكرنا فيما إذا أقر أحدهما بأخ وأنكر الآخر .

(١) في نسخة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » : ولو مات عن بنت وأخت فأقرتا بابن للميت ، فعلى الأصح : يسلم للأخت نصيبها ، لأنه لو ورث الابن لحجبها .

فرع

قال :زيد أخى، ثم فر بأخوة الرضاع ، حكى الروياني عن أبيه :أن الأشبه بالمذهب ، أنه لا يقبل ،لأنه خلاف الظاهر،ولهذا لو فر بأخوة الاسلام، لم يقبل.

فرع

في فتاوى القفال ، أنه لو أقر على أبيه بالولاء ، فقال : هو معتق فلان ، ثبت الولاء عليه إن كان المقر مستغرقاً ، كما في النسب .
قلت : لو خلف ثلاثة بنين فأقر ابنان برابع ، وأنكره الثالث ، لم يثبت نسبه بإقرارهما ، لكن إذا شهدا به عند الحاكم بشروط الشهادة ، ثبت نسبه ،لأن شهادتهما أولى بالقبول من شهادة الاجنبيين، لأن عليها فيه ضرراً ، قاله القاضي أبو الطيب .
والله أعلم

كتاب العارية

هي بتشديد الياء . قال الخطابي في « الغريب » : وقد تخفف ، وفيه بابان .
الأول : في أركانها، وهي أربعة .^١

الأول : المير، ويعتبر فيه أن يملك للنفقة ، وأن لا يكون محجوراً عليه في التبرعات ، فيجوز للمستأجر أن يُمير لأنه يملك النفقة، وللوصى له بخدمة عبد أو سكن دار ونحوهما أن يُميرهما ، وليس للمستمير أن يُمير على الصحيح ، ولكن له أن يستوفي النفقة لنفسه بوكيله .

قلت : قال صاحب « الهدى » : ليس للأب أن يُمير ولله الصغير لمن يخدمه، لأن ذلك هبة لمنافه ، فأشبهه إعارة ماله . وهذا الذي قاله ، ينبغي أن يحمل على خدمة تقابل بأجرة ، أما ما كان محضاً بحيث لا يقابل بأجرة ، فالظاهر الذي تقتضيه أفعال السلف : أنه لا منع منه إذا لم يضر بالصبي، وقد سبق في كتاب « الحجر » نحو هذا . والله أعلم

الركن الثاني : المستمير ، وبشروط فيه كونه أهلاً للتبرع [عليه] بقصد يشتمل على إيجاب وقبول بقول أو فعل ، فلا تصح الإعارة للصبي، كما لا يوهب له .
الركن الثالث : المستأجر ، وله شرطان .

أحدهما : كونه متنعماً به مع بقاء عينه ، كالعبد ، والثوب ، والدابة، والدار . فلا يجوز إعارة الطنم قطعاً ، ولا الدراهم والنفائير على الأصح . قال الامام : ويجري الوجهان في إعارة الحنطة والشعير ونحوهما . ثم السابق إلى الفهم من كلام

الأصحاب ، أن الخلاف فيما إذا أطلق إعارة الدرام ، فأما إذا صرح بالإعارة للتزيين ، فينبغي أن يقطع بالصحة ، وبه قطع المتولي (١) ، لأنه اتخذ هذه المنفعة مقصوداً وإن ضعفت ، وإذا لم نصحبها ، فجرت ، فهي مضمونة على الصحيح ، لأن العارية الصحيحة مضمونة ، وللفساد حكم الصحيح في الضمان ، وقيل : لا ضمان ، لأن ما جرى بينها ليس بعارية صحيحة ولا فاسدة . ومن قبض مال غيره بأذنه لا لمنفعته ، كان أمانة .

الشرط الثاني : كون النفعة مباحة ، فيحرم استعارة الجارية للاستمتاع . وأما للخدمة ، فيجوز إن أعارها المحرم أو امرأة ، وإلا ، فلا يجوز ، لخوف الفتنة ، إلا إذا كانت صغيرة لا قشتهى ، أو قبيحة ، فوجهان .

قلت : أصحابها : الجواز ، وبه قطع جماعة ، منهم صاحب « التهذيب » (٢) . والله أعلم

قال النزالي : وإذا أعارها ، صحت الإعارة ، وإن كانت محرمة . وبشبه أن يقال بالفساد ، كالاجارة للمنفعة المحرمة ، ويشمر به إطلاق الجمهور نفي الجواز .

فرع

يكره استعارة أحد الأبوين للخدمة ، لأن استخدامهما مكروه ولفظ الامام بنفي الحيل .

قلت : الذي قاله الأصحاب ، أنه يكره كراهة تنزيه ، قال الجرجاني : ويكره أيضاً استئجارهما . وقد يجوز إعارة مالا يجوز إيجارته ، وهو الفحل للضراب ، والكلب للصيد ، فإن إعارتهما صحيحة ، وإيجارتهما باطلة على الأصح . والله أعلم

(١) في نسخة للظاهرية : وبه صرح المتولي .

(٢) في نسخة للظاهرية : صاحب « المذهب » .

وتشكره إعارة العبد المسلم لكافر كراهة تنزيه .

قلت : صرح الجرجاني وآخرون ، بأنها حرام ، وصرح صاحب « المذهب » ، وآخرون ، بأنها لا تجوز ، وظاهره التحريم ، ولكن الأصح الجواز ، وقد سبق في أول البيوع . والله أعلم

فرع

يحرم على الحلال إعارة الصيد من المحرم^(١) ، فإن فعل قُتِلَ في يده ، ضمن الجزء لحق الله تعالى ، والقيمة للحلال . ولو أعار المحرم حلالاً ، فإن قلنا : المحرم يزول ملكه عن الصيد فلا قيمة له على الحلال لانه غير مالك ، وعلى المحرم الجزء لحق الله تعالى إن تلف في يد الحلال ، لانه متعدد بالإعارة ، فانه يلزمه إرساله . وإن قلنا : لا يزول ، صحت الاعارة وعلى الحلال القيمة إن تلف عنده .

فرع

دفع شاة إلى رجل وقال : ملكتك درها ونسلها ، فهي هبة فاسدة ، وما حصل في يده من الدر والنسل ، كالمقبوض بالهبة الفاسدة ، والشاة مضمونة بالعارية الفاسدة . ولو قال : أبحث لك درها ونسلها ، فوجهان . أحدهما : أنه كقوله : ملكتك . والثاني : أنها إباحة صحيحة ، والشاة عارية صحيحة ، وبه قطع المتولي .

قلت : هذا أصح ، واختاره أيضاً القاضي أبو الطيب ، وصاحب « الشامل » ، وحكم

(١) في نسخة الظاهرية : يحرم على الحلال إعارة الصيد للمحرم .

هذان والمتولي بالصحة فيما إذا أعاره الشاة ليأخذ لبنها ، أو أعاره شجرة ليأخذ ثمرها .

والله أعلم

فعلى هذا ، قد تكون العارية لاستفادة عين ، وليس من شرطها أن يكون المقصود مجرد النعمة ، بخلاف الاجارة . ولو قال : ملكتك درها ، أو أبحتك على أن تطفها ، قال البغوي : الطف أجرة الشاة وثن الدر والنسل ، فالشاة غير مضمونة لأنها مقبوضة باجارة فاسدة ، والدر والنسل مضمونان في الشراء الفاسد . وكذا لو دفع قراضة إلى سقاء ، وأخذ الكوز ليشرب ، فسقط الكوز من يده . وانكسر ، ضمن الماء لأنه مأخوذ بالشراء الفاسد ، ولم يضمن الكوز لأنه في يده . باجارة فاسدة ، وإن أخذه مجاناً ، فالكوز عارية ، والماء كالمقبوض بالهبة الفاسدة .

فرع

قال المتولي : تعيين المستعار عند الاعارة ، ليس بشرط . حتى لو قال : أعرفني حذابة ، فقال : ادخل الاصطبل فخذ ما أردت ، صحت العارية ، بخلاف الاجارة ، فإنها تُصان عن مثل هذا ، لان الفر لا يحتمل في المعاوضات .

الركن الرابع : الصينة ، واللفظ المتد به في الباب ما يدل على الاذن في الانتفاع ، كقوله : أعرتك ، أو خذه لتنتفع به ، وما أشبهها . واختلفوا في الواجب من اللفظ ، فالأصح الأشهر ما قطع به البغوي وغيره : أن المتبر اللفظ من أحد الطرفين ، والفعل من الآخر . حتى لو قال المستعير : أعرفني ، فسلمه المالك إليه ، صحت الاعارة ، كما لو قال : خذه لتنتفع به ، فأخذه ، قياساً على إباحة الطعام . وقال النزالي : يعتبر اللفظ من جهة المير ، ولا يعتبر من جهة المستعير ، وإنما يعتبر

منه القبول ، إما بالفعل وإما بالقول . وقال المتولي : لا يعتبر اللفظ في واحد منها حتى لو رآه عارياً فأعطاه قميصاً فلبسه ، تمت العارية . وكذا لو فرش لضييفه فراشة أو بساطاً أو مصلىً ، أو ألقى له وسادة فجلس عليها ، كان ذلك إعاره ، بخلاف ما لو دخل فجلس على الفرش المبسوطة ، لانه لم يقصد بها انتفاع شخص بيمينه ، ولا بد في العارية من تعيين المستعير ، وهذا الذي قاله المتولي فيه تمام التشبيه بإباحة الطعام ، ويوافق ما حكى عن الشيخ أبي عاصم ، أنه إذا انتفع بظرف الهدية البعثة إليه حيث جرت العادة باستعماله ، كأكل الطعام من القصعة المبعوث فيها ، كان عارية ، لانه انتفاع بملك الغير بأذنه .

قلت : هذا المحكي عن أبي عاصم ، هو فيما إذا كانت الهدية لا تقابل . فأما إن كانت عوضاً ، فالظرف أمانة في يده كالأجارة الفاسدة ، كذا حكاه المتولي عن أبي عاصم . والله أعلم

فرع

قال : أعرتك حماري لتعيرني فرسك ، فهي إجارة فاسدة ، وعلى كل واحد أجرة مثل دابة صاحبه ، وكذا الحكم ، لو أعاره شيئاً بعوض مجهول ، كما لو أعاره دابة ليملفها ، أو داره ليطين سطحها ، وكذا لو كان الموهى معلوماً ، ولكن مدة الإعارة مجهولة ، كقوله : أعرتك داري بعشرة دراهم ، أو لتعيرني ثوبك شهراً . وفي وجه ضعيف : أنها عارية فاسدة ، نظراً إلى اللفظ ، فعلى هذا تكون مضمونة عليه . وعلى الأول : لا ضمان ، ولو يثن مدة الإعارة وذكر عوضاً معلوماً ، فقال : أعرتك هذه الدار شهراً من اليوم بعشرة دراهم ، أو لتعيرني ثوبك شهراً من اليوم ، فهل هي إجارة صحيحة ، أو إجارة فاسدة ؟ وجهان ، بناءً على أن الاعتبار باللفظ ، أو بالمعنى ؟

فرع

دفع دراهم إلى رجل وقال : اجلس في هذا الحانوت واتجر فيها لنفسك ، أو
دفع اليه بذراً وقال : ازرعه في هذه الأرض ، فهو مبيع للحانوت والأرض ،
وأما الدراهم والبذر ، فهل يكون هبة ، أم قرضاً ؟ وجهان .

الباب الثاني في أحكامها

وهي ثلاثة .

الأول : الضمان . فإذا تلفت العين في يد المستعير ، ضمنها ، سواء تلفت بآفة
حماوية أم بفعله ، بتقصير أم بلا تقصير ، هذا هو المشهور . وحكي قول : أنها لا تضمن
إلا بالتعدي فيها ، وهو ضعيف . ولو أعسار بشرط أن يكون أمانة ، لفنا الشرط
وكانت مضمونة ، وإذا ضمن ، ففي القيمة المعتبرة أوجه . أصحابها : قيمته يوم التلف .
وإثنائي : يوم القبض . والثالث : أقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف . ويبنى
على هذا الخلاف ، أن العارية إذا ولدت في يد المستعير ، هل يكون الولد مضموناً
في يده ؟ إن قلنا بالثالث ، كان مضموناً ، وإلا ، فلا . وليس له استعماله بلا خلاف .
قلت : ولو استمار دابة وساقها ، فبها ولدها ولم يتكلم المالك فيه باذن
ولانهي ، فالولد أمانة ، قاله القاضي حسين في « الفتاوى » . والله أعلم

والقبوض على جهة الموم ، إذا تلف ، في المتبر من قيمته هذه الأوجه ،
لكن قال الامام : الأصح فيه قيمته يوم القبض . وقال غيره : الأصح يوم التلف ،

هذا إذا تلفت العارية لا بالاستعمال ، أما إذا تلفت بالاستعمال المأذون فيه ، بأنه انحق الثوب باللبس ، فلا يجب ضمانه على الأصح كالأجزاء . وقيل : يضمن ، فملى هذا ، وجهان . أحدهما : يضمن العين بجميع أجزائها ، وبه قطع الامام . وأصحها : يضمنه في آخر حالات التقويم ، وبه قطع البغوي . وأما الأجزاء ، فما تلف منها بسبب استعمال المأذون فيه ، كأنحق الثوب باللبس ، لا يجب ضمانه على الصحيح ، وما تلف منها بغير الاستعمال ، ففيه وجهان . أحدهما : لا يضمن ، كالتالف بالاستعمال . وأصحها : الضمان ، كتلف العين كلها . وأما إذا تلفت الدابة بسبب الركوب والحمل المعتاد ، فهو كأنحق انثوب ، وتعييبها به كالأحقاق . وعن القفال : لو قرّح ظهرها بالحمل وتلفت منه ، يضمن ، سواء تعدى بما حمل ، أم لا ، لأنه إنما أذن في الحمل ، لا في الجراحة ، وردّها إلى المالك لا يخرجها عن الضمان ، لأن السراية تولدت من مضمون ، وهذا في الحمل الذي هو غير متمد به ، تفريع على وجوب الضمان في صورة الانحقاق ، كذا ذكره الامام .

فرع

مؤنة الرد على المستعير ، هذا كله إذا استعار من المالك . فلو استعار من المستأجر أو الموصى له بالنفقة ، فتلفت العين ، فوجهان . أحدهما : يضمن كما لو استعار من المالك . وأصحها : لا يضمن ، لأن المستأجر لا يضمن وهذا نائبه ، ومؤنة الرد في هذه الاستعارة على المستعير إن ردّ على المستأجر ، وعلى المالك إن ردّ عليه كما لو ردّ عليه المستأجر .

فرع

إذا استعار العين المنصوبة من الغاصب ، وتلفت في يده ، غرّم المالك من شاء .

منها قيمته يوم التلف، وقرار الضمان على المستعير. فان كانت قيمته قبل يوم التلف أكثر، فنظر، إن كانت الزيادة في يد المير الغاصب، لم يطالب بها غيره. وإن كانت في يد المستعير، فان قلنا: العارية تضمن بأقصى القيم، فهي كقيمته يوم التلف، وإلا، فالزيادة كبذل المنافع. وحكم بدل المنافع، أن ما تلف منها تحت يده، فقرار الضمان على المير، لأن يد المستعير في المنافع ليست يد الضمان. والتي استوفاهما بنفسه فيها قولان. أظهرهما: على المستعير، لمباثرته الاتلاف، والمستعير من المستأجر من الغاصب حكمه حكم المستعير من الغاصب إن ضمنا المستعير من المستأجر، وإلا، فيرجع بالقيمة التي غرّمها على المستأجر، ويرجع المستأجر على الغاصب.

فرع

إذا أركب وكيله الذي استعمله في شغله دابة الموكّل، وسيّره إلى موضع، فتلفت الدابة في يده بلا تفريط، فلا ضمان، لأنه لم يأخذها لغرض نفسه، وكذا لو سلمها إلى راضٍ ليروضها، أو كان له عليها متاع نفيس فأركب إنساناً فوقه إحرازاً المال، فلا ضمان.

فرع

لو وجد [مَن] أعياناً في الطريق فأركبه فتلفت الدابة، فالذهب أنه يضمن، سواء التمس الراكب أو ابتدأه الراكب، ومال الامام، إلى أنه لا يضمن، وجعل الغزالي هذا وجهاً، وزعم أنه الأصح، والمروفي الأول، وهو الصواب. ولو أركبه مع نفسه، فعلى الرديف نصف الضمان، ورأى الامام أنه لا شيء عليه، تشبيهاً بالضيف. وعلى المذهب: لو وضع متاعه على دابة رجل، وقال الواضع: سيّرها،

فقل ، كان صاحب المتاع مستميراً من الدابة بقسط متاعه مما عليها ، حتى لو كان عليها مثل متاعه فتلقت ، ضمن نصف الدابة . ولو لم يقل الواضع : سيرها ، لكن سيرها لئلا ، لم يكن الواضع مستميراً ، بل يدخل المتاع في ضمان صاحب الدابة ، لأنه كان حقه أن يطرحه . ولو كان لأحد الرفيقين في السفر دابة ، وللآخر متاع ، فقال صاحب المتاع للآخر : احمل متاعي على دابتك ، فأجابته ، فصاحب المتاع مستمير . ولو قال : صاحب الدابة : أعطني متاعك لأضمه على الدابة ، فهو مستودع متاعه ، ولا تدخل الدابة في ضمان صاحب المتاع ، ذكره البغوي .

فرع

استعار دابة ليركبها إلى موضع ، فجاوزه ، فهو متمدد من حين المجاوزة ، وعليه أجره المثل ذهاباً من ذلك الموضع ورجوعاً إليه . وفي لزوم أجره المثل من ذلك الموضع إلى أن يرجع إلى البلد الذي استعار منه ، وجهان . فإن أوجبناها ، فليس له الركوب من ذلك الموضع ، بل يسلمه إلى قاضي الموضع الذي استعار إليه .
[قلت : الأصح (١)]

فرع

أودعه ثوباً وقال : إن شئت أن تلبسه فالبسه ، فهو بئد اللبس عارية ، وقبله وديعة على الصحيح ، وقيل : عارية ، لأنه مقبوض لتوقع نفع كالتقبوض بالسوم . قال صاحب «التقريب» : ولو قيل : لا ضمان في السوم تخريباً من هذا ، لم يبعد .

(١) في هامش نسخة الظاهرية : يباح بالأصل .

فرع

استثمار صندوقاً ، فوجد فيه دراهم ، فهي أمانة عنده ، كما لو طيَّرت الريح ثوباً في داره .

الحكم الثاني : تسلط المستثمر على الانتفاع بحسب إذن المير ، وفيه مسائل .

الاولى : إذا أعاره أرضاً للزراعة ، فإن يبيِّن ما يزرعه ، كقوله : أعرتك لزراعة الحنطة ، نظر ، إن لم ينه عن غيرها ، فله أن يزرع الحنطة وما ضرره كضررها أو دونه كالشعير ، وليس [له] أن يزرع ما فوقها كالذرة والقطن . وإن نهى عن غيرها ، لم يكن له زرع غيرها . وحيث زرع ما ليس له ، فلمير قلعه مجاناً . وإن أطلق ذكر الزراعة ولم يبين الزرع ، صحت الاعارة على الأصح ، ويزرع ما شاء ، لاطلاق اللفظ . والثاني : لا يصح ، لتفاوت الضرر . ولو قيل : يصح ولا يزرع إلا أقل الأنواع ضرراً ، لكان مذهباً .

الثانية : إذا أعار الزراعة ، لم يكن له البناء ولا الفراس . وإن أعار لأحدهما ، فله الزراعة ، وليس له الآخر على الأصح .

قلت : حكى صاحب المذهب ، وغيره وجهاً : أنه لا يجوز الزرع إذا استعار للبناء ، لأن الزرع يرخي الأرض ، بخلاف البناء . والصحيح : الجواز . والله أعلم

الثالثة : إذا كان المستعار لا ينتفع به إلا بجهة واحدة ، كالبساط الذي لا يصلح إلا لأن يفرش ، فلا حاجة في إعارته إلى بيان الانتفاع ، وإن كان ينتفع به بجهتين فصاعداً ، كالأرض تصلح للزراعة ، والبناء ، والفراس ، وكالدابة للركوب ، والحمل ، فهل

تصح الاعارة مطلقاً ، أم يشترط بيان جهة الاقتفاع ؟ وجهان . أصحابها عند الامام ،
والنزالي : الثاني ، وقطع الروياني والبنوي بالاول .

قلت : صحح الرافعي في « المحرر » الثاني . والله أعلم

فصل الاول : له أن ينتفع كيف شاء . وقال الروياني : ينتفع بما هو المادة فيه ، وهذا
أحسن . وعلى الثاني : لو قال : أعرتك لتنتفع به كيف شئت ، أو لتفعل به
ما بدا لك ، فوجهان .

الحكم الثالث : الجواز . فللمير الرجوع متى شاء ، والمستمير الرد متى شاء ،
سواء العارية المطلقة والمؤتة ، إلا في صورتين .

الاولى : إذا أعار أرضاً لدفن ميت ، فدفن ، لم يكن له الرجوع ونش القبر
إلى أن يندرس أثر المدفون ، وله سقي الاشجار التي فيها إن لم يُنْقَضْ إلى ظهور
شيء من بدن الميت ، وله الرجوع مالم يوضع فيه الميت ، قال المتولي : وكذا بعد
الوضع مالم يواره التراب . قال : ومؤنة الحفر إذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن ،
على ولي الميت ، ولا يلزمه طمها .

قلت : كذا هو في نسخ كتاب الامام الرافعي رحمه الله ، وهو غلط في النقل
عن المتولي ، فان المتولي قال : إذا رجع في العارية بعد الحفر وقبل الدفن ، غرم
لولي الميت مؤنة الحفر ، لأنه باذنه في الحفر أوقفه في التزام ما التزم ، وفوت عليه
مقصوده لمصلحة نفسه ، فهذا لفظ المتولي بحروفه ، وهو الصواب . والله أعلم

وإطلاق الاعارة ، لا يسلّط على الدفن قطعاً وإن كان يسلّط على ما شاء من
النافع على الوجهين كما سبق ، والفرق ظاهر .

قلت : في « البيان » وغيره : أنه لو أعار أرضاً ليحفر فيها بئراً ، صحت العارية . فإذا نبع الماء ، جاز للمستعير أخذه ، لأن الماء يستباح بالاباحة . والله أعلم

الصورة الثانية : إذا أعاره جداراً لوضع الجذوع ، ففي جواز الرجوع وجهان . فان جوزناه ، فهل فائدته طلب الاجرة للمستقبل ، أم التخير بينه وبين القلع وضمان أرش النقص ؟ وجهان . وقد سبق بيان هذا كله واضحاً مع بيان الاصح في كتاب الصلح .

قلت : ومن أحكامها ، أنه لو مات المير ، أو جُن ، أو أغمي عليه ، أو حجر عليه لسفه ، انفسخت الاعارة كسائر العقود الجائزة . وإن مات المستعير ، انفسخت أيضاً ، لأن الاذن بالانتفاع إنما كان للمستعير دون وارثه ، وإذا انفسخت ، وجب على المستعير ردها ، ذكر هذه الجملة المتولي . والله أعلم

فصل

إعارة الأرض للبناء أو الفراس ، ضربان : مطلقة لم يبين لها مدة ، ومقيدة بمدة . الأول : المطلقة ، والمستعير فيها أن يبني ويفرس ما لم يرجع المير ، فإذا رجع ، لم يكن له البناء والفراس . ولو فعل وهو عالم بالرجوع ، قلع مجاناً ، وكلف تسوية الأرض كالفاسب . وإن كان جاهلاً ، فوجهان كالوجهين فيما إذا حمل السيل نواة إلى أرضه فنبتت . وأما ما بني وغرس قبل الرجوع ، فإن أمكن رفعه من غير نقص يدخله ، رفع ، وإلا ، فينظر ، إن شرط عليه القلع مجاناً عند رجوعه ، وتسوية الحفر ، لزمه ، فإن امتنع ، قلمه المير مجاناً ، وإن شرط القلع دون التسوية ،

لم تلزمه التسوية ، لأن شرط القلع رضى بالحفر . وإن لم يشرط القلع ، نظر ، إن أراد المستعير ، مكين منه ، لأنه ملكه ، ويلزمه تسوية الحفر على الأصح . قلت : كذا صححه الجمهور : أنه يلزمه تسوية الحفر هنا منهم القاضي أبو الطيب في « المبرد » ، وصاحب « الانتصار » ، وغيرهما ، وبه قطع الهاملي في « المقنع » ، والرويان في « الحلية » ، وهو الأصح . ولا يفتر بتصحيح الرافعي في « المحرر » : أنه لا يلزمه ، فإنه ضعيف ، نبهت عليه في « مختصر المحرر » . والله أعلم

وإن لم يرد ، لم يكن للمير قلمه مجاناً ، لأنه محترم ، ولكن يتخير المير . وفيما يتخير ؟ فيه أوجه . أحدها ، وبه قطع الامام ، وأبو الحسن العبادي ، والنزالي : يتخير بين ثلاث خصال . إحداها : أن يقيه بأجرة يأخذها . والثانية : أن يقطع ويضمن أرض النقص ، وهو قدر التفاوت بين قيمته ثابتاً ومقلوعاً . والثالثة : أن يتملكه بقيمته ، فإن اختار خصلة ، أجبر عليها المستعير . والثاني ، وبه قطع البغوي : لا بد في الخصلة الأولى والثالثة من رضى المستعير ، لأن الأولى إجارة والثالثة بيع . والثالث : يتخير بين خصلتين ، القلع وضمان الأرض ، والتملك بالقيمة ، وبهذا قطع أبو علي الزجاجي وأكثر المراقين وغيرهم ، وهذا أصح في المذهب . فلي هذا ، لو امتنع من الخصلتين ، وبذل المستعير الاجرة ، لم يكن للمير القلع مجاناً . وإن لم يذله ، فكذلك على الأصح ، وبه قطع الخيرون بين الخصال الثلاث إذا امتنع منها جميعاً . وما الذي يفعل فيه ؟ وجهان . أحدهما : وبه قال [أبو علي] الزجاجي : يبيع الحاكم الأرض مع البناء أو الفراس لفصل الخصومة . وقال الاكثرون ، منهم المزني : يعرض الحاكم عنها إلى أن يختار شيئاً ، ويجوز للمير دخول الأرض ، والارتفاع بها ، والاستغلال بالبناء والشجر ، لأنه جالس في ملكه ، وليس للمستعير دخولها للتفرج بغير إذن المير ، ويجوز لسقي الاشجار وإصلاح الجدار على الأصح ، صيانة للملكة عن

الضياح . ووجه النع : أنه يشغل ملك غيره إلى أن يصل إلى ملكه . وعلى الاول : لو تمطلت المنفعة على صاحب الارض بدخوله ، قال المتولي : لا يمكن إلا بالاجرة ، ولكل واحد من المير والمستعير بيع ملكه للآخر ، والمير يبيع ملكه لثالث ، ثم يتخير المشتري تخير المير ، وهل للمستعير يبيع البناء والفراس لثالث ؟ وجهان . أصحابها : الجواز . فعلى هذا ، يتنزل المشتري منزلة المستعير ، والمير الخيار كما سبق^(١) وللمشتري فسخ البيع إن جهل الحال . ولو اتفق المير والمستعير على بيع الارض بما فيها بثمن واحد ، فقد قيل : هو كما لو كان لهذا عبد ، ولهذا عبد ، فباعهما بثمن واحد ، والمذهب : القطع بالجواز للحاجة . ثم كيف يوزع الثمن هناك ، وفيما إذا باعها الحاكم على أحد الوجهين ؟ قال المتولي : هو على الوجهين فيما إذا غرس الراهن الارض المرهونة . وقال البنوي : يوزع على الارض مشغولة بالفراس أو البناء ، وعلى ما فيها وحده ، فحصة الارض للمير ، وحصة ما فيها للمستعير ، وحكم الدخول والانتفاع والبيع ، على ما ذكرنا في ابتداء الرجوع إلى الاختيار ، وفيما إذا امتنعا من الاختيار وأعرض القاضي عنها سواء .

الضرب الثاني : المقيدة بمدة . وللمستعير البناء والفراس في المدة ، إلا أن يرجع المير ، وله أن يجدد كل يوم غرساً ، وبعد انقضاء المدة ليس له إحداث البناء والفراس . وإذا رجع المير قبل المدة أو بمرده ، فالحكم كما لو رجع في الضرب الاول ، لكن هنا وجه : أنه لا يتمكن من الرجوع قبل المدة ، وقول : أنه إذا رجع بعد المدة ، فله القلع بجائاً ، نقله الساجي ، واختاره الروياني . والمذهب : الاول .

(١) في الأصل : فعلى هذا يتنزل المشتري تنزل المير . والمستعير الخيار كما سبق ، وما أثبتناه من نسخ الظاهرية و « شرح الوجيز » .

فرع

قال المتولي : إذا بنى أحد الثريكين ، أو غرس في الأرض المشتركة باذن صاحبه ، ثم رجع صاحبه ، لم يكن له القلع بأرض النقص ، لأنه يتضمن قلع بناء المالك في ملكه ، وليس له أن يملك بالقيمة ، لأن للباقي في الأرض مثل حقه ، لكن له الابقاء بأجرة . فان لم يبذلها الباقي ، فهل يباع أو يمرض عنها ؟ فيه ماسبق .

قلت : كذا قال المتولي : فان لم يبذلها الباقي ، وكان ينبغي أن يقول : فان لم يرض بها الثريك ، فان بذل الباقي ، ليس بشرط على المختار كما تقدم ، ولو بنى أو غرس بغير إذن شريكه ، قلعة مجاناً ، وسيأتي بيانه في بناء المشتري في المشفوع .
والله أعلم

فصل

أعار للزرع ، فزرعها ، فرجع قبل إدراك الزرع ، فان كان بما يتعاد قطمه ، كلّف قطمه ، وإلا ، فأوجه ، أحدها : للمير أن يقلع ويغرم أرض النقص . والثاني : له تملكه بالقيمة ، قاله القاضي أبو الطيب . وثالث : وهو الصحيح : لا تثبت واحدة من هاتين الخصلتين ، لأن للزرع أمداً ، بخلاف البناء والغراس ، فملى هذا ، يلزم المير إبقاؤه إلى أوان حصاده ، وهل له الأجرة ؟ وجهان . أحدهما : لا ، وهو منقول عن المزني ، واختاره الروياني ، لان منفعة الارض إلى الحصاد كالستوفاة . وأصحها : نعم ، لانه إنما أباح له المنفعة إلى وقت الرجوع ، فأشبهه من أعار دابة إلى بلد ثم رجع في الطريق ، فان عليه نقل متاعه إلى مأمنٍ بأجرة المثل . ولو أعار

لزوع مدة ، فاقضت والزوع غير مدرك ، فان كان ذلك لتقصيره في الزراعة بالتأخير ،
قلع بجائاً ، وإلا ، فهو كما لو أعار مطلقاً .

فرع

لو أعار للفسيل ، قال الشيخ أبو محمد : إن كان ذلك مما يعتاد نقله ، فهو
كالزوع ، وإلا ، فكالبناء .

فرع

قال البغوي : إذا أعار الزرع مطلقاً ، لم يزرع إلا زرعاً واحداً ، وكذا
لو أعار للفراس ، وفرس وقلمه ، لا يفرس بعده إلا باذن جديد . وهذا يبين أن
قولنا : المستعير للبناء والفراس مطلقاً يعني وفرس ما لم يرجع المميز ، معناه : البناء
المأذون فيه ، وهو مرة واحدة ، إلا إذا كان قد صرح له بالتجديد مرة بعد أخرى .

فصل

إذا حمل السيل حبات أو نوى لنفيه إلى أرضه ، لزمه ردها إلى مالِكها إن
عرفه ، وإلا ، فيدفعها إلى القاضي ، ولو نبتت في أرضه ، فوجهان . أحدهما : لا يحجر
مالكها على قلمها ، لأنه غير متمد . فعلى هذا ، هو مستعير ، فينظر في النابت أهو
شجر ، أم زرع ؟ ويكون الحكم على ما سبق . وأصحها : يحجر ، لأن المالك لم
يأذن ، فهو كما لو انتشرت أغصان شجرة في هواء دار غيره ، فله قطعها . ولو حمل
مالا قيمة له ، كنواة واحدة ، أو حبة ، فهل هي لمالك الأرض لأن التقوُّم حصل

في ملكه ؟ أم لملك الحبة لأنها كانت محرمة الأخذ ؟ وجهان . فلي الثاني : في قلع النبات ، الوجهان .

قلت : الأصح : كونها لملك الحبة ، وهذا في حبة وفواة لم يعرض عنها مالكةا ، أما إذا أعرض عنها أو ألقاها ، فينبني القطع بكونها لصاحب الأرض . والله أعلم ولو قلع صاحب الشجرة شجرته ، لزمه تسوية الأرض ، لأنه لتخليص ملكه .

فصل

في الاختلاف

وفيه مسائل .

الاولى : قال راكب الدابة لملكها : أعرتنيها . فقال : بل أجرتكها مدة كذا بكذا ، فتارة يختلفان والدابة باقية ، وتارة [يختلفان] وهي تالفة .

الحال الاول : الباقية ، وهو ضربان .

أحدهما : يختلفان بعد مضي مدة لمثلها أجرة . والثاني : قبلها . فالاول : نص فيه أن القول قول الراكب يمينه . ونص فيما إذا زرع أرض غيره واختلفا هكذا ، أن القول قول صاحب الأرض . والله أعلم

والأصحاب طريقان . أحدهما : تقرير التصنين ، واختاره القفال ، لأن الدواب تكثر فيها الاعارة ، بخلاف الأرض . وأصحها عند الجمهور ، وبه قال الزني ، والريبع ، وابن سريج : فيها قولان . أظهرهما : القول قول المالك ، فلي هذا كيف يخاف ؟ وجهان . قال الشيخ أبو محمد وطائفة : يخاف على بقي الاعارة ، ولا يمرض لاثبات

الاجرة ، لانه مدّع فيها . وقال المراقبون والقاضي والاكترون : يتعرض لاثبات الاجرة مع نفي الاعارة . فعلى الاول : إذا حلف ، استحق أقل الامرين من أجرة المثل والمسمى . وعلى الثاني : أوجه . أحدها : يستحق المسمى . والثاني : أقل الامرين . وأصحها وهو نصه في « الام » : أجرة المثل . فلو نكل المالك عن اليمين ، لم يحلف الراكب والزارع ، لأنها لا بدعيان حقاً على المالك ، وإنما بدعيان الاعارة وليست لازمة . وعن القاضي حسين رمز إلى أنها يحلفان لتخلص من النرم ، أما إذا قلنا : القول قول الراكب والزارع ، فإن حلف على نفي الاجارة ، كفاه وبرىء ، وإن نكل ، ردت اليمين على المالك ، واستحق بيمينه المسمى على الصحيح ، وعلى الشاذ أجرة المثل .

الضرب الثاني : أن يقع الاختلاف قبل مضي مدة لها أجرة ، فالقول قول الراكب بيمينه . فإذا حلف على نفي الاجارة ، سقطت دعوى الاجرة ، وردت اليمين إلى المالك . وإن نكل ، حلف المالك بيمين الرد ، واستحق الاجرة . وإنما لم يجر القولان ، لأن الراكب لا يدعي لنفسه حقاً ، ولم تلتف المنافع على المالك .

الحال الثاني : أن تكون الدابة تالفة ، فإن تلفت قبل مضي مدة لها أجرة ، فالراكب مقر بالقيمة ، والمالك ينكرها ويدعي الاجرة ، فيخرج على الخلاف السابق في كتاب الاقرار : أن اختلاف الجهة ، هل يمنع الأخذ ؟ إن قلنا : نعم ، سقطت القيمة برده . وفيمن القول قوله في الاجرة ، الطريقان في الحال الاول . وإن قلنا : لا ، فإن كانت الاجرة مثل القيمة أو أقل ، أخذها بلا يمين . وإن كانت أكثر ، أخذ قدر القيمة . وفي المصدق في الزائد ، الخلاف السابق .

المسألة الثانية : قال المتصرف : أعرتي هذه الدابة أو الارض ، فقال المالك : بل غصبتنيها ، فإن لم تمض مدة لها أجرة ، فلا معنى للنزاعة ، فيرد المال إلى مالكه . وإن مضت مدة لها أجرة ، فنقل الزني : أن القول قول المستير . وللاصحاب

طرق . أصحها : أنها على الطريقين في المسألة الاولى ، ففي طريق : يفرق بين الارض والدابة . وفي طريق : هما على قولين . والطريق الثاني : القطع بأن القول قول المتصرف ، لأن الظاهر أنه تصرف بحق . والثالث : القطع بأن القول قول مالكة ، لأن الأصل عدم إذنه . ومن قال بهذا ، خطأً المزني في النقل . قال الشيخ أبو حامد : لكنه ضيف ، لأن الشافعي رضي الله عنه نص في «الأم» على ما نقله المزني ، هذا إذا كانت العين باقية . فلو تلفت ، نظر ، إن تلفت بعد مدة لها أجرة ، فالمالك يدعي أجرة المثل والقيمة بالنصب ، والمتصرف ينكر الاجرة ويقر بالقيمة بحجة المارية ، فالحكم في الاجرة على ما ذكرنا عند بقاء العين . وأما القيمة ، فقال البغوي : إن قلنا : اختلاف الجهة يمنع الأخذ ، لم يأخذها إلا باليمين ، وإلا ، فإن قلنا : المارية تضمن ضمان النصب ، أو لم تقل به ، وكانت القيمة يوم التلف أكثر ، أخذها بلا يمين ، وإن كانت يوم التلف أقل ، أخذها بلا يمين ، وفي الزيادة يحتاج إلى اليمين . وإن هلك قبل مدة لها أجرة ، لزمه القيمة (١) . ثم قياس ما ذكره البغوي : أنا إن جعلنا اختلاف الجهة مانعاً من الأخذ ، حلف ، وإلا ، يأخذ بلا يمين ، ومقتضى كلام الامام : أن لا يخرج على ذلك الخلاف ، لا هذه الصورة ، ولا ما إذا كان الاختلاف بعد مدة لها أجرة ، قال : لأن العين متحدة ، ولا أثر للاختلاف في الجهة مع اتحاد العين . والأول أصح .

الثالثة : قال المالك : غصبتنيها ، وقال المتصرف : بل أجرتني ، فالذهب : أنه إن كانت العين باقية ، ولم تمض مدة لها أجرة ، فالصديق المالك . فإذا حلف ، استرد المال . وإن مضت مدة لها أجرة ، فالمالك يدعي أجرة المثل ، والمتصرف يقر بالمسمى . فإن استويا ، أو كانت أجرة المثل أقل ، أخذ بلا يمين . وإن كانت أجرة المثل أكثر ، أخذ قدر المسمى بلا يمين ، والزيادة باليمين . قال البغوي : ولا يجيء هنا خلاف اختلاف الجهة ، كما لو ادعى المالك فساد الاجارة ، والمتصرف صحتها ، (١) في الأصل : وإن هلك بعد مدة لها أجرة ، لزمه القيمة ، وما أثبتناه من نسخ الظاهرية ،

يحلف المالك ، ويأخذ أجره المثل . وإن كان الاختلاف بعد بقاء المين في يد المتصرف مدة ، وتلفها ، فللمالك يدعي أجره المثل والقيمة ، والمتصرف يقر بالسمى وينكر القيمة ، فللمالك أخذ ما يقر به بلا مين ، وأخذ ما ينكره باليمين .

الرابعة : قال المالك : غصبتني ، وقال [صاحب اليد] : بل أودعتني ، حلف المالك على الأصح ، وأخذ القيمة إن تلف المال ، وأجره المثل إن مضت مدة لها أجره .
الخامسة : قال الراكب : أكرمتنيها ، وقال المالك : بل أعرتكها ، والدابة باقية ، فالقول قول المالك في نفي الاجارة . فاذا حلف ، استردها . فان نكل ، حلف الراكب واستحق الامساك . ثم إن مضت مدة لها أجره ، فالراكب يقر بالاجرة ، والمالك ينكرها ، ولا يخفى حكمه . وإن كان هذا الاختلاف بعد هلاك الدابة ، فان هلكت عقب القبض ، فالذهب : أن المالك يحلف ، ويأخذ القيمة ، لأن الراكب أتلّفها ، ويدّعي مسقطاً . وخرّج قول في المسألة الأولى : أن القول قول للراكب ، لأن الأصل براءته ، وإن تلفت بعد مدة لها أجره ، فللمالك يدعي القيمة وينكر الاجرة ، والراكب يقر بالأجرة وينكر القيمة . فان قلنا : اختلاف الجهة يمنع الأخذ ، حلف وأخذ القيمة ، ولا عبرة باقرار الراكب . وإن قلنا : لا يمنع ، وهو الأصح ، فان كانت القيمة والأجرة سواء ، أو كانت القيمة أقل ، أخذها بلا مين . وإن كانت القيمة أكثر ، أخذ الزيادة باليمين .

فرع

استعمل المستعير المارية بعد رجوع المعير وهو جاهل بالرجوع ، لم يلزمه الاجرة ، ذكره القفال .

فرع

مات المستمير ، يلزم ورثته الرد وإن لم يطلب المير .
قلت : قال أصحابنا : الرد الواجب والمبريء ، هو أن يسلم المير إلى المالك
أو وكيله في ذلك . فلو رد الدابة إلى الاصطبل ، أو الثوب ونحوه إلى البيت الذي
أخذ منه ، لم يبرأ من الضمان ، وسيأتي إن شاء الله تعالى في باب النصب بيان
هذا واضحاً . ولو رد الدابة إلى دار المير ، فلم يجده ، فسلمها إلى زوجته ، أو ولده ،
فان سلمها المسلم إلى المدعي ، فضاغت ، فالعير بالخيار ، إن شاء ضمن المستمير (١) ،
وإن شاء غرم الزوجة أو الولد . فان غرم المستمير ، رجع عليها ، وإن غرمها .
لم يرجع على المستمير . والله أعلم



تم بمون الله تعالى وتوفيقه - الجزء الرابع من كتاب
« روضة الطالبين وعمدة المفتين » للإمام النووي
وبليه الجزء الخامس ، وأوله : « كتاب النصب »

(١) في نسخ الظاهرية : ولو رد الدابة إلى دار المير فلم يجده ، فسلمها إلى زوجته أو ولده ، فأرسلها
المسلم إلى المرعى فضاغت ، فالعير بالخيار ، إن شاء غرم المستمير ...

كتاب الغصب

للأصحاب رحمهم الله ، عبارات في معنى الغصب .

إحداها : أنه أخذ مال الغير على جهة التمدي ، وربما قيل : الاستيلاء على مال الغير .

الثانية : وهي أعم من الأولى : أنه الاستيلاء على مال الغير بغير حق . واختار الأمام هذه العبارة ، وقال : لا حاجة إلى التقييد بالعدوان ، بل يثبت الغصب وحكمه من غير عدوان ، كما لو أودع ثوباً عند رجل ، ثم جاء المالك فأخذ ثوباً للمودع وهو يظنه ثوبه ، أو لبسه المودع على ظن أنه ثوبه .

الثالثة : وهي أعم من الأولين : أن كل مضمون عني ممسكه فهو منصوب ، كالمقبوض بالبيع الفاسد ، والوديعة إذا تعدى فيها المودع ، والرهن إذا تعدى فيه المرتهن . وأشبه العبارات وأشهرها هي الأولى . وفي الصورة المذكورة ، الثابت حكم الغصب ، لاحقيقته .

قلت : كل هذه العبارات ناقصة ، فإن السلب وجلد الميتة وغيرها مما ليس بمال ، لا يدخل فيها مع أنه يغصب ، وكذلك الاختصاصات بالحقوق ، فلاختيار : أنه الاستيلاء على حق الغير بغير حق . والله أعلم

وقد تظاهرت نصوص الكتاب والسنة وإجماع الأمة ، على تحريم الغصب ، وفيه بابان .

الاول : في الضمان ، وفيه أربعة أطراف .

الاول : في الموجب للضمان . والنصب وإن كان موجباً للضمان ، فلا ينحصر الموجب فيه ، بل الاتلاف أيضاً مضمن ، وكذلك الاستعارة والاستيلاء وغيرها ، والاتلاف يكون بالمباشرة ، أو بالتسبب . وماله مدخل في الهلاك ، فقد يضاف إليه الهلاك حقيقة ، وقد ، لا . وما لا ، فقد يُقصد بتحصيله حصول ما يضاف إليه الهلاك حقيقة ، وقد ، لا ، لأن الذي يضاف إليه الهلاك يسمى علّة ، والاتيان به ، مباشرة ، وما لا يضاف إليه الهلاك ويقصد بتحصيله ما يضاف إليه ، يسمى سبباً ، والاتيان به ، تسبباً . وهذا القصد والتوقع ، قد يكون لتأثيره بمجرد فيه ، وهو علّة الملة ، وقد يكون بانضمام أمور إليه وهي غير بعيدة الحصول . فمن المباشرة : القتل ، والأكل ، والاحراق . ومن التسبب : الاكراه على إتلاف مال الغير . ومنه ما إذا حفر بئراً في محل عدوان ، وتردّت فيها بهيمة ، أو عبد ، أو حر ، فإن ردها غيره ، فالضمان على المباشرة المردية ، لأن المباشرة مقدمة على السبب ، وسيأتي تمام هذا وبيان محل العدوان في كتاب الجنایات إن شاء الله تعالى .

فرع

لو فتح رأس زقٍ فضاء ما فيه ، نظر ، إن كان [مطروحاً] على الأرض فاندفق ما فيه بالفتح ، ضمن . وإن كان متصباً لا يضيع ما فيه بالفتح لو بقي كذلك ، لكنه سقط ، نظر إن سقط بفعله بأن كان يحرك الوكاء ويحذبه حتى أفضى إلى السقوط ، ضمن ، وكذا لو سقط بما يقصد تحصيله بفعله ، بأن فتح رأسه ، فأخذ ما فيه في التقاطر شيئاً فشيئاً ، حتى ابتل أسفله وسقط ، ضمن . وإن سقط بعارض ، كزلزلة ، أو هبوب ريح ، أو وقوع طائر ، فلا ضمان . ولو فتح رأسه فأخذ ما فيه في الخروج ، ثم جاء آخر ونكسه مستعجلاً ، فضمان الخارج بعد التمسك ، هل هو

عليها كالجارحين، أم على الثاني فقط كالحازة مع الجارح ؟ فيه وجهان. أصحهما: الثاني. هذا إذا كان ما في الزق مائماً . فان كان جامداً فطلعت الشمس فأذايته وضاع ، أو ذاب بمرور الزمان وتأثير حرارة الريح ^(١) فيجب الضمان على الأصح . ويجري الوجهان ، فيما لو أزال أوراق العنب وجرد عناقيده للشمس فأفسدتها ، وفيما لو ذبح شاة رجل فهلك مسختها ، أو حمامة فهلك فرخها ، لفقد ما يصلح لها. ولو جاء آخر وقرب ناراً من الجامد فذاب وضاع ، فوجهان . أحدهما : لا ضمان على واحد منها ، وأصحهما : يضمن الثاني . ويجري الوجهان فيما لو قرب الفاتح أيضاً النار ، وفيما لو كان رأس الزق مفتوحاً فجاء رجل وقرب منه النار .

فرع

لو حلّ رباط سفينة ففرقت بالحلّ ، ضمن ، ولو غرقت بمحادث ، كهبوب ربح أو غيره ، لم يضمن . وإن لم يظهر حادث ، فوجهان . وليكن الأمر كذلك في مسألة الزق إذا لم يظهر حادث لسقوطه .

فرع

فتح قفصاً عن طائر وهيئجه حتى طار ، ضمنه. فان لم يزد على الفتح ، فثلاثة أقوال . أظهرها : إن طار في الحال ، ضمن ، وإلا ، فلا . والثاني : يضمن مطلقاً . والثالث : لا يضمن مطلقاً . وفي ما جمع من فتاوى القفال - تقريباً على وجوب الضمان إذا طار في الحال - أنه لو وثبت هرة بمجرد فتح القفص ، ودخلته وقتلت الطائر ، لزمه الضمان ، لأنه في معنى إغراء الهرة ، وأنه لو كان القفص مغلقاً فاضطرب بخروج الطائر وسقط فانكسر ، لزم الفاتح ضمانه. وأنه لو كسر الطائر في خروجه.

(١) في « شرح الوجيز » : وتأثير حرارة الهواء .

قارورة رجل ، لزمه ضمانها، لأن فعل الطائر منسوب إليه ، وأنه لو كان شعير في جراب مشدود الرأس، وبجنبه حمار، ففتح رأسه فأكله الحمار في الحال ، لزم الفاتح ضمانه ، ولو حل رباط بهيمة، أو فتح باب الاصطبل فخرجت وضاعت ، فالحكم على ما ذكرنا في القفص . ولو خرجت في الحال وأتلفت زرع رجل ، قال القفال : إن كان نهاراً ، لم يضمن الفاتح ، وإن كان ليلاً ، ضمن، كدابة نفسه . وقال المراقبون : لا يضمن، إذ ليس عليه حفظ بهيمة الغير عن الزروع .

قلت : قطع ابن كج بما قاله القفال . والله أعلم

ولو حل قيد العبد المجنون، أو فتح باب السجن، فذهب ، فهو كما لو حل رباط البهيمة . وإن كان العبد عاقلاً ، نظر، إن لم يكن آبقاً ، فلا ضمان، لأن له اختياراً صحيحاً، فذهابه محال عليه ، وإن كان آبقاً ، فلا ضمان أيضاً على الأصح ، وقيل : هو كحل رباط البهيمة ، ففيه التفصيل .

فرع

لو وقع طائر على جداره ، فنقره ، لم يضمن، لأنه كان متمتعاً قبله ، ولو رماه في الهواء قتلته ، ضمنه ، سواء هواء داره وغيره، إذ ليس له منع الطائر من هواء ملكه .

فرع

لو فتح باب الخزان فسرقت غيره ، أو دَلَّ سارقاً فسرق ، أو أمر غاصباً فغصب ، أو بنى داراً فألقت الريح فيها ثوباً وضاع ، فلا ضمان عليه . ولو حبس المالك عن ماشيته حتى تلفت ، فلا ضمان، لأنه لم يتصرف في المال ، كذا قالوه ،

ولعل صورته فيما إذا لم يقصد منعه عن الماشية، وإنما قصد حبسه فأفصى [الأمر] إلى هلاكها، لأن المتولي قال : لو كان له زرع ونخيل، وأراد سوق الماء إليها فمنعه ظالم من السقي حتى فسدت ، ففي الضمان الوجهان فيما لو فتح الزق عن جامد فذاب بالشمس وضاع .

قلت : الأصح في صورتي الحبس عن الماشية والسقي : أنه لا ضمان ، بخلاف فتح الزق لما ذكرنا أنه لم يتصرف في المال. والله أعلم

ولو غصب هادي القطيع فتبعه القطيع ، أو غصب البقرة فتبعها العجل ، لم يضمن القطيع والعجل على الأصح .

فرع

لو نقل صبياً حراً إلى مَضْيَعَةٍ ، فاتفق مَسْبِع فافترسه ، فلا ضمان لاحالة الهلاك على اختيار الحيوان ومباشرته (١) . ولو نقله إلى مَسْبِعة فافترسه مَسْبِع ، فلا ضمان أيضاً ، هذا هو المذهب والمعروف في كتب الأصحاب ، وذكر الغزالي فيه وجهين ، وليس بمعروف .

فصل

إثبات اليد العادية سبب للضمان ، وينقسم إلى مباشرة ، بأن يغصب الشيء فيأخذه من يد مالكة ، وإلى التسبب ، وهو في الأولاد وسائر الزوائد ، لأن إثبات اليد على الأصول سبب لإثباتها على الفروع ، فيكون ولد المصوب وزوائده مفسوبة .

(١) في نسخ الظاهرية و « شرح الوجيز » : فلا ضمان ، لإحالة للهلاك على اختيار الحيوان ومباشرته .

ثم إثبات اليد العادية بكون في النقول والعقار . أما النقول ، فالأصل فيه النقل ، لكن لو ركب دابة غيره ، أو جلس على فراش غيره ولم ينقله ، ففي كونه غاصباً ضامناً ، وجهان . أصحابها : نعم ، سواء قصد الاستيلاء ، أم لا . قال المتولي : وهذا إذا كان المالك غائباً ، أما إذا كان حاضراً ، فإن أزعجه وجلس على الفراش ، أو لم يزعجه وكان بحيث يمنعه من رفعه والتصرف فيه ، فيضمنه قطعاً ، وقياس ما يأتي إن شاء الله تعالى في نظيره من العقار : أن لا يكون غاصباً إلا لنصفه . وأما العقار ، فإن كان مالكة فيه ، فأزعجه ظالم ودخل الدار بأهله على هيئة من يقصد السكنى ، فهو غاصب ، سواء قصد الاستيلاء ، أم لا ، لأن وجود الاستيلاء يعني عن قصده . ولو سكن بيتاً من الدار ، ومنع المالك منه دون باقي الدار ، فهو غاصب لذلك البيت دون باقي الدار . وإن أزعج المالك ولم يدخل الدار ، فالمذهب والذي يدل عليه كلام جماهير الأصحاب : أنه غاصب ، فلم يعتبروا في النصب إلا الاستيلاء ومنع المالك عنه ، وقال الغزالي : لا يكون غصباً ، واعتبر دخول الدار في غصبها ، وهو ضعيف . أما إذا لم يزعج المالك ، ولكن دخل واستولى معه ، فهو غاصب لنصف الدار ، لاجتماع يدها واستيلائها ، فإن كان الداخل ضعيفاً ، والمالك قوي لا يعد مثله مستولياً عليه ، لم يكن غاصباً لشيء من الدار ، ولا اعتبار بقصد ما لا يمكن من تحقيقه . أما إذا لم يكن هناك مالك ، فدخل على قصد الاستيلاء ، فهو غاصب وإن كان ضعيفاً وصاحب الدار قوياً ، لأن الاستيلاء حاصل في الحال ، وأثر قوة المالك إنما هو سهولة إزالته والانتزاع من يده ، فصار كما لو سلب قلنسوة ملك ، فانه غاصب وإن سهل على المالك انتزاعها . وفي وجه : لا يكون غصباً ، لأن مثله في العرف يعد هزأً ، ولا يعد استيلاءً ، وهو شاذ ضعيف . وإن دخل لا على قصد الاستيلاء ، بل لينظر ، هل يصلح له ، أو غير ذلك ؟ لم يكن غاصباً . قال المتولي : لكن لو انهدمت في تلك الحال ، هل يضمنها ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، كما لو أخذ منقولاً من

بين يدي مالكة لينظر هل يصلح له ليشتريه ، فتلّف في تلك الحال ، فانه يضمّنه .
وأصحّها : لا ، لأن اليد على المنقول حقيقة (١) . ولو اقتطع قطعة أرض ملاصقة
لأرضه ، وبني عليها حائطاً وأضافها إلى ملكه ، ضمّنها ، لوجود الاستيلاء .

فصل

فيما إذا انبنت على يد الغاصب يد أخرى

قد سبق معظم مسائله في كتاب الرهن ، وحاصله : أن كل يد ترتبت على يد الغاصب ، فهي
يد ضمان ، فيتخير المالك عند التلف ، بين مطالبة الغاصب ، ومن ترتبت يده على يده ، سواء علم
المغصوب أم لا ، لأنه أثبت يده على مال غيره بغير إذنه ، فالجمل ليس مسقطاً للضمان . ثم الثاني ،
إن علم الغصب ، فهو غاصب من الغاصب ، فيطالب بكل ما يطالب به الغاصب ، وإن
تلف المغصوب في يده ، فقرار الضمان عليه . فاذا غرم ، لا يرجع على الأول ،
وإذا غرم الأول رجع عليه ، هذا إذا لم تختلف قيمته في يدهما ، أو كانت في يد
الثاني أكثر ، فلو كانت في يد الأول أكثر ، لم يطالب بالزيادة إلا الأول ، وتستقر
عليه . أما إذا جهل الثاني الغصب ، فإن كانت اليد في وضعها بد ضمان كالعارية ،
استقر الضمان على الثاني . وإن كانت يد أمانة كالوديعة ، استقر على الغاصب على
المذهب . وفي وجه : يستقر على المودع . وفي وجه : لا يطالب المودع أصلاً ،
وقد سبق بيان هذا الفصل في أواخر الباب الثالث من كتاب الرهن بزيادة على هذا ،
والقرض معدود من أيدي الضمان . ولو وهب المغصوب ، فهل القرار على الغاصب
لأنها (٢) ليست يد ضمان ، أم على المتب لأنه أخذه للتملك ؟ قولان . أظهرهما : الثاني .

(١) في نسخ الظاهرية لأن اليد على المنقول حقيقة . (٢) أي : اليد .

ولو زوج المنصوبة قتلت عند الزوج ، فاللهب : أنه لا يطالب الزوج بقيمتها قطعاً .
وقيل : كالودع .

فرع

إذا ألتف القابض من الفاصب ، نظر ، إن استقل بالانلاف ، فقرار الضمان عليه . وإن حمله الفاصب عليه ، بأن غصب طعاماً فقدّمه إليه ضيافة فأكله ، فالقرار على الآكل إن كان عالماً ، وكذا إن كان جاهلاً على الأظهر المشهور في الجديد . فعلى هذا ، إن ضمنه ، لم يرجع على الفاصب ، وإن ضمن الفاصب ، رجع عليه . وعلى القول الآخر بالعكس ، هذا إذا قدمه إليه وسكت . فان قال : هو ملكي ، فان ضمن الآكل ، ففي رجوعه على الفاصب القولان . وإن ضمن الفاصب ، فاللهب : أنه لا يرجع قطعاً ، لأنه معترف بأنه مظلوم ، فلا يرجع على غير ظالمه . وقال المزني : يرجع عليه ، وغلّطه الأصحاب . ولو وهب المنصوب فألتفه المتهب ، فالقولان ، وأولى بالاستقرار على المتهب .

فرع

لو قدم الطعام المنصوب إلى عبد إنسان فأكله ، فان جعلنا القرار على الحر الآكل ، فهذه جناية من العبد يباع فيها ، وإلا ، فلا يباع ، وإنما يطالب الفاصب كما لو قدم شعيراً منصوباً إلى ببيعة بغير إذن مالكها .

فرع

غصب شاة وأمر قصاباً بذبحها جاهلاً بالحال ، فقرار ضمان النقص على الفاصب ،

ولا يخرج على القولين في آكل الطعام ، لأنه ذبيح للناسب ، وهناك انتفع بأكله .

فرع

لو أمر الناسب رجلاً باتلاف المنسوب بالقتل والاحراق ونحوهما ، ففعله جاهلاً بالنسب ، فالمذهب : القطع بالاستقرار على التلف ، لأنه حرام ، بخلاف الآكل ، ولا أثر للتعريف مع التحريم ، وقيل على القولين .

فرع

تقدم المنسوب إلى مالكه ، فأكله جاهلاً بالحال ، فان قلنا في التقديم إلى الاجنبي : القرار على الناسب ، لم يبرأ من الضمان ، وإلا ، فيبرأ ، وربما نصر المراقبون الاول . ونقل الامام عن الاصحاب أن البراءة هنا أولى من الاستقرار على الآكل . ولو أودعه للمالك ، أو رهنه [عنده] ، أو أجره إياه جاهلاً بالحال ، فتلّف عنده ، لم يبرأ من الضمان على المذهب ، وقيل بالقولين . ولو باعه للمالك ، أو أقرضه ، أو أعاره فتلّف عنده ، برىء الناسب . ولو دخل المالك دار الناسب ، فأكل طعاماً يظنه للناسب ، فكان هو المنسوب ، برىء الناسب . ولو صال العبد المنسوب على مالكه ، قتلته المالك للدفع ، لم يبرأ الناسب ، سواء علم أنه عبده ، أم لا ، لأن الاتلاف بهذه الجهة كاتلاف العبد نفسه ، ولهذا لو كان العبد لغيره ، لم يضمّنه . وفي وجه : يبرأ عند العلم ، لاتلافه مال نفسه لمصلحته ، وهو ضعيف .

فرع

زوَّج المنسوبة بمالكها جاهلاً ، فتلّف عنده ، فهو كما لو أودعها عنده فتلّف ،

فلو استولدها ، نفذ الاستيلاء وبرى الغاصب على المذهب . ولو قال الغاصب للمالك :
أعتق هذا ، فأعتقه جاهلاً ، نفذ العتق على الأصح ، لأنه لا يبطل بالجهل ، فعلى هذا ،
يبرأ الغاصب على الأصح ، لعود مصلحة العتق إليه . وعلى الثاني : لا يبرأ ، فيطالبه
بقيمته . ولو قال : أعتقه عني ، ففعل جاهلاً ، ففي نفوذ العتق وجهان ، إن نفذ ، ففي
وقوعه عن الغاصب ، وجهان . الصحيح : المنع . ولو قال المالك للغاصب : أعتقه
عني ، أو مطلقاً ، فأعتقه ، عتق وبرى الغاصب (١) .

الطرف الثاني : في المضمون ، قال الأصحاب رحمهم الله : المضمون هو المصوم ،
وهو قسبان .

أحدهما : ما ليس بمال ، وهو الاحرار ، فيضمنون بالجناية على النفس والطرف ،
بالمباشرة تارة ، وبالتسبب أخرى ، وتفصيله في كتاب الديات .
الثاني : ما هو مال ، وهو نوعان : أعيان ، ومنافع . والأعيان ضربان :
حيوان وغيره . والحيوان صنفان : آدمي وغيره .

أما آدمي : فيضمن النفس والطرف من الرقيق بالجناية كما يضمن الحر ،
ويضمن أيضاً باليد العادية . وبدل نفسه بقيمته بالغة ما بلغت ، سواء قتل أو تلف
تحت اليد العادية . وأما الأطراف والجراحات ، فما كان منها لا يتقدر واجبه في
في الحر ، فواجبه في الرقيق ما نقص من قيمته ، سواء حصل بالجناية ، أم فات تحت
اليد العادية ، وما كان مقدراً في الحر ، ينظر ، إن حصل بجناية ، فقولان . الجديد
الأطهر : أنه يتقدر من الرقيق أيضاً ، والقيمة في حقه كالدية في حق الحر ، فيجب
في يد العبد نصف قيمته ، كما يجب في يد الحر نصف دية ، وعلى هذا القياس .
والقديم : الواجب ما نقص من قيمته كسائر الاموال . وأما ما يتلف تحت اليد العادية ،
كمن غصب عبداً فسقطت يده بأفة سماوية ، فالواجب فيه ما نقص على الصحيح .
وفي وجه : إن كان النقص أقل من المقدّر ، وجب ما يجب على الجاني ، فعلى

(١) في الأصل : فأعتقه عنه ، برى الغاصب . وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و«شرح الوجيز» .

الجديد : لو قطع الفاصب يد المفصوب ، لزمه أكثر الأمرين من نصف القيمة والارش . ولو قطع يديه ، فعليه كمال القيمة . وكذا لو قطع أنثيه ، فزادت قيمته . ولو كان الناقص بقطع الفاصب ثلثي قيمته ، وجب ثلثا قيمته على القولين . أما على القديم ، فلأنه قدر النقص . وأما على الجديد ، فالنصف بالجناية ، والسدس باليد المادية . ولو كان النقص بسقوط اليد بآفة ثلث القيمة ، فهو الواجب على القديم ، وكذا على الجديد تفريعاً على الصحيح ، وعلى الوجه الآخر : الواجب نصف قيمته . والمكاتب ، والمستولدة ، والمدبّر ، حكمهم في الضمان حكم القن .

الصف الثاني : غير الآدمي من الحيوان ، فيجب فيه باليد والجناية قيمته ، وفي مائتلف من أجزائه ما نقص من قيمته ، ويستوي فيه الخيل ، والابل ، والحمر ، وغيرها .

الضرب الثاني : غير الحيوان ، وهو منقسم إلى مثلي ومتقوّم ، وسيأتي ضبطها وحكمها في الطرف الثالث إن شاء الله تعالى .

النوع الثاني : المنافع ، وهي أصناف .

منها : منافع الاموال من العبيد والثياب والارض وغيرها ، وهي مضمونة بالتفويت . والقوات تحت اليد المادية ، فكل عين لها منفعة تستأجر لها ، يضمن منفعتها إذا بقيت في يده مدة لها أجرة ، حتى لو غصب كتاباً وأمسكه مدة وطالعه ، أو مسكاً فشمّه ، أو لم يشمه ، لزمه أجرته . ولو كان العبد للمفصوب يعرف صنائع ، لزمه أجرة أعلاها أجرة ، ولا يلزمه أجر الجميع . ولو استأجر عينا لمنفعة ، فاستعملها في غيرها ، ضمنها .

قلت : ذكر القاضي أبو الطيب في تعليقه ، أنه لو غصب أرضاً ولم يزرعها ، وهي مما تنقص بترك الزرع كأرض البصرة وشبهها فإنها إذا لم تزرع نبت فيها

الدغل والحشيش ، كان عليه رد الحشيش وأجرة الارض ، ولم يذكر الفاضي أرض
النقص . والظاهر : أنه يجب . والله أعلم

ومنها : منفعة البضئع ، فلا تضمن بالفوات تحت اليد ، لان اليد لا تثبت
عليها ، ولهذا يزوج السيد المنصوبة ، ولا يؤجرها ، كما لا يبيعها ، وكذا لو تداعى
رجلان نكاح امرأة ، ادعى عليها ، ولا يدعى كل واحد منها على الآخر وإن كانت
عنده . وإذا أقرت لأحدهما ، حكم بأنها زوجته ، وذلك بدل على أن اليد لها ، ولأن منفعة
البضئع تُستحق استحقاق ارتفاق للحاجة ، وسائر النافع تُستحق استحقاق ملك تام .
ولهذا ، من ملك منفعة بالاستئجار ، ملك نقلها إلى غيره بموضع أو بغيره . والزوج لا يملك ،
نقل منفعة البضئع . فأما إذا فوت منفعة البضئع بالوطء ، فيضمن مهر المثل ، وسيأتي
تفريعه في الفصل الثالث من الباب الثاني إن شاء الله تعالى .

ومنها : منفعة بدن الحر ، وهي مضمونة بالتفويت . فإذا قهر حرأ وسخره في
عمل ، ضمن أجرته . وإن حبسه وعطل منافعه ، لم يضمنها على الأصح ، لأن
الحر لا يدخل تحت اليد ، فنافعه تفوت تحت يده ، بخلاف المال ، وقال ابن أبي هريرة :
يضمنها . ويقرب من الوجهين الخلاف في صورتين . إحداها : لو استأجر حرأ وأراد
أن يؤجره ، هل له ذلك ؟ والثانية : إذا أسلم الحر المستأجر نفسه ، ولم يستعمله
المستأجر إلى انقضاء المدة التي استأجره فيها ، هل تنقرر أجرته ؟ قال الأكثرون :
له أن يؤجره وتنقرر أجرته . وقال القفال : لا يؤجره ولا تنقرر أجرته ، لأن
الحر لا يدخل تحت اليد ، ولا تحصل منافعه في يد المستأجر ، ويدخل في ضمانه
إلا عند وجودها ، هكذا ذكر الأصحاب [توجيه] الخلاف في المسائل الثلاث ، ولم يجعلوا
دخول الحر تحت اليد مختلفاً فيه ، بل انفقوا على عدمه ، ولكن من جوّز إجارة

المستأجر، وقرر الأجرة ، بنى الأمر على الحاجة والمصلحة ، وجعل الغزالي الخلاف في المسائل مبنياً على التردد في دخوله تحت اليد ، ولم نر ذلك لغيره .

فرع

في دخول ثياب الحر في ضمان مَنْ استولى عليه ، تفصيل مذكور في كتاب السرقة.

فرع

قال المتولي : لو نقل حراً صغيراً أو كبيراً بالقهر إلى موضع ، فإن لم يكن له غرض في الرجوع إلى الموضع الأول ، فلا شيء عليه . وإن كان واحتاج إلى مؤنة ، فهي على الناقل ، لتعديّه .

ومنها : منفعة الكلب ، فمن غصب كلب صيد أو حراسة ، لزمه رده مع مؤنة الرد إن كان له مؤنة . وهل تلزمه أجرة منفعته ؟ وجهان ، بناءً على جواز إجارتها . وفيما اصطاده الغاصب بالكلب المفصوب ، وجهان . أحدهما : للمالك ، كصيد العبد وكسبه . وأصحها : للغاصب ، كما لو غصب شبكة أو قوساً واصطاد بهما ، فإنه للغاصب . ويجري الوجهان ، فيما لو اصطاد بالبازي والفهد المفصوبين . وحيث كان الصيد للغاصب ، لزمه أجرة مثل المفصوب . وحيث كان للمالك كصيد العبد ، ففي وجوب الاجرة لزم الاصطياد وجهان . أصحها : الوجوب ، لأنه ربما كان يستعمله في شغل آخر .

قلت : والوجهان فيما إذا لم تنقص قيمة الصيد عن الاجرة ، فإن نقصت ، وجب الناقص قطعاً . والله أعلم

فرع

المفصوب ، إذا دخله نقص ، هل يجب أرشه مع الأجرة ؟ نظر ، إن كان النقص بسبب غير الاستعمال ، بأن غصب ثوباً أو عبداً ، فنقصت قيمته بآفة سماوية كسقوط عضو العبد بمرض ، وجب الأرض مع الأجرة ، ثم الأجرة الواجبة لهما قبل حدوث النقص ، أجرة مثله سليماً ، ولهما بعده ، أجرة مثله معيماً . وإن كان النقص بسبب الاستعمال ، بأن لبس الثوب فأبلاه ، فوجهان . أصحها : يحسان ، وإثناي : لا يجب إلا أكثر الأمرين من أجرة المثل وأرش النقص .

فرع

سيأتي إن شاء الله تعالى ، أن العبد المفصوب إذا تعذر رده بآفة ، غرم الغاصب قيمته للحيلولة ، وتلزمه مع ذلك أجرة المثل للمدة الماضية قبل بذل القيمة ، وفيما بعدها ، وجهان . أصحها : الوجوب ، لبقاء حكم الغصب . ويجري الوجهان في أن الزوائد الحاصلة بعد دفع القيمة ، هل تكون مضمونة على الغاصب ؟ وفي أنه هل يلزمه مؤنة ردها ؟ وفي أن جناية الآبق في إبقائه ، هل يتعلق ضمناً بالغاصب ؟ ولو غيب الغاصب المفصوب إلى مكان بعيد ، وعسر رده ، وغرم اقيمة ، قال الامام : وطرّد شيخي في هذه الصورة ، الخلاف في الأحكام المذكورة ، ومنهم من قطع بوجوب الاجرة وثبوت سائر الأحكام . والفرق ، أنه إذا غيبه باختياره ، فهو باقٍ في يده وتصرفه ، فلا ينقطع عنه الضمان .

فرع (١)

الحجر والخنزير ، لا يضمنان [لا] لمسلم ولا لذمي ، سواء أراك حيث تجوز الازاقة ، أم حيث لا تجوز. ثم خمر أهل الذمة لا تراق إلا إذا تظاهروا بشرها أو بيعها . ولو غصبت منهم والعين باقية ، وجب ردها ، وإن غصبت من مسلم ، وجب ردها إن كانت محترمة ، وإن لم تكن محترمة ، لم يجب ، بل تراق .

فرع

آلات الملاهي كالبربط والطنبور وغيرها ، وكذا الصنم والصليب ، لا يجب في إبطالها شيء ، لأنها محرمة الاستعمال ، ولا حرمة لتلك الصنعة . وفي الحد المشروع في إبطالها ، وجهان . أحدهما : تكسر وتُرضض حتى تنتهي إلى حدٍّ لا يمكن اتخاذ آلة محرمة منها ، لا الأولى ولا غيرها . وأصحها : لا تكسر الكسر الفاحش لكن تفصل . وفي حد التفصيل وجهان . أحدهما : قدر لا يصلح معه للاستعمال المحرم ، حتى إذا رفع وجه البربط وبقي على صورة قصعة ، كفى . والثاني : أن يفصل إلى حد [حتى] لو فرض اتخاذ آلة محرمة من مفصلها لنال الصانع التعب الذي يناله في ابتداء اتخاذها ، وهذا بأن يبطل تأليف الأجزاء كلها حتى تعود كما كانت قبل التأليف ، وهذا أقرب إلى كلام الشافعي رضي الله عنه وجماهير الأصحاب . ثم ما ذكرناه من الاختصار (٢) على تفصيل الأجزاء ، هو فيما إذا تمكن الحاسب منه ، أما

(١) في نسخ الظاهرية : فصل . (٢) في الأصل : « على الاقتدار » .

إذا منعه من في يده ودافعه عن المنكر ، فله إبطاله بالكسر قطعاً . وحكى الامام اتفاق الأصحاب على أن قطع الاوتار لا يكفي لأنها مجاورة لها منفصلة . ومن اقتصر في إبطالها على الحد المشروع ، فلا شيء عليه . ومن جاوزه ، فعليه التفاوت بين قيمتها مكسورة بالحد المشروع ، وبين قيمتها منتهية إلى الحد الذي أتى به . وإن أحرقها فعليه قيمتها مكسورة الحد المشروع .

قلت : قال الغزالي في « البسيط » : أجمعوا على أنه لا يجوز إحراقها ، لأن رضاضها متمول . ومما يتعلق بهذا الفصل ، أن الرجل ، والمرأة ، والعبد ، والفاسق ، والصبي المميز ، يشتركون في جواز الاقدام على إزالة هذا المنكر وسائر المنكرات ، ويثاب الصبي عليها كما يثاب البالغ ، ولكن إنما تجب إزالته على المكلف القادر . قال الغزالي في « الاحياء » : وليس لأحد منع الصبي من كسر الملاهي وإراقة الخمر وغيرها من المنكرات ، كما ليس له منع البالغ ، فإن الصبي وإن لم يكن مكلفاً ، فهو من أهل القرب ، وليس هذا من الولايات ، ولهذا يجوز للعبد والمرأة وآحاد الرعية ، وميأتي ذلك مبسوطاً مع ما يتعلق به في كتاب « السير » ، إن شاء الله تعالى . والله أعلم

الطرف الثالث : في قدر الواجب ، فما كان مثلياً ، ضمن بمثله . وما كان متقوماً ، فالقيمة . وفي ضبط المثلي أوجه ، أحدها : كل مقدر بكيل أو وزن فهو مثلي ، وينسب هذا إلى نص الشافعي رضي الله عنه ، لقوله في « المختصر » : وما له كيل أو وزن ، فعليه مثل كيله أو وزنه . والثاني : يزداد مع هذا جواز السلم فيه . والثالث : زاد القفال وآخرون اشتراك جواز بيع بعضه ببعض . والرابع : ما يقسم بين الشريكين من غير تقويم . والخامس ، قاله المراقبون : المثلي ما [لا] يختلف أجزاء النوع منه في القيمة ، وربما قيل في الجرم والقيمة . ويقرب منه قول : من

قال : المثلي : التشاكل في القيمة ^(١) وممظم المنافع . وما اختاره الامام ، هو تساوي الأجزاء في المنفعة والقيمة ، فزاد المنفعة ، واختاره الفزالي ، وزاد من حيث الذات لا من حيث الصنعة . والوجه الأول منقوض بالمعجونات . والثالث : بعيد عن اختيار أكثر الأصحاب لأنهم أعرضوا عن هذا الشرط ، وقالوا : امتناع بيع بعضه [بيع] لرعاية الكمال في حال التماثل بمزول عما نحن فيه . والرابع : لا حاصل له ، فانه منتقض بالأرض المتساوية ، فانها تنقسم كذلك ، وليست مثلية . والخامس : ضعيف أيضاً منتقض بأشياء ، فالأصح الوجه الثاني ، لكن الأحسن أن يقال : المثلي : ما يحصره كيل أو وزن ، ويجوز السلم فيه ، ولا يقال : مكيل أو موزون ، لأن المفهوم منه ما يعتاد كيـله ووزنه ، فيخرج منه الماء وهو مثلي ^(٢) ، وكذا التراب وهو مثلي على الأصح . ويحصل من الخلاف اختلاف في الصفر ، والنجاس ، والحديد ، لأن أجزاءها مختلفة الجواهر ، وكذا في التبر ، والسيكة ، والمسك ، والعنبر ، والكافور ، والخلج ، والجند ، والقطن ، ثم ذلك . وفي العنب والرطب وسائر الفواكه الرطبة لامتناع بيع بعضها ببعض ، وكذا الدقيق . والأصح : أنها كلها مثلية . وفي السكر والفانيذ ^(٣) والعسل المصفى بالنار واللحم الطري ، للخلاف في جواز بيع كل منها بجنسه ، وفي الخبز ، لامتناع بيع بعضه ببعض ، وأيضاً الخلاف في جواز السلم فيه . وأما

(١) في نسخ الظاهرية و « شرح الوجيز » : المثلي المتشاكل في الخلقة .

(٢) وعلى هامش الأصل ما نصه : قوله : فيخرج منه الماء وهو مثلي ، مقتضى كلامه في « الروضة » تبعاً للرافعي في آخر « إحياء الموات » أن الماء متقوم ، حيث قال : فرع : سقى أرضه بماء مملوك لغيره ، فالقلة لصاحب البذر . وعليه قيمة الماء . انتهى . فلو كان مثلياً يرد مثله لا قيمته « عمدة » قال صاحب « المهبات » هذا سهو ، والصواب إيجاب مثل الماء ، لا قيمته . ولعلم أن المراد بالماء ، هو الماء البارد ، لا الحار ، فانه متقوم ، لدخول النار فيه ، ودرجات حره لا تنضب ، كذا ذكره ابن الرفعة في مطلبه في كتاب الاجارة في الكلام على دخول الحمام « عمدة » .

(٣) الفانيذ : نوع من الحلوى .

الحبوب ، والأدهان ، والألبان ، والسمن ، والخيض ، والخل الذي ليس فيه ماء ، والزبيب ، والتمر ، ونحوها ، فثلية بالاتفاق . والدرام ، والدنانير الخالصة ، مثلية . ومقتضى العبارة الثانية ، جريان خلاف فيها ، لأن في السلم فيها خلافاً سبق .

قلت : الصواب المعروف الذي قطع به الأصحاب : أنها مثلية . والله أعلم

وفي المكسرة ، الخلاف في التبر والسبيكة ، أما الدرهم والدنانير المنشوشة ، فقال المتولي : إن جوزنا المعاملة بها ، فثلية ، وإلا ، فثقومة .

فصل

إذا غصب مثلياً وتلف في يده ، والمثل موجود ، فلم يسلمه حتى فقد ، أخذت منه القيمة . والمراد بالقدان : [أن] لا يوجد في ذلك البلد وحواليه على ما سبق في انقطاع المسلم فيه ، وفي القيمة المعتبرة أحد عشر وجهاً . أصحابها : يجب أقصى القيم من يوم الغصب إلى الاعواز . والثاني : أقصاها من الغصب إلى التلف . والثالث : أقصاها من التلف إلى الاعواز ، وربما بني هذان الوجهان على أن الواجب عند إعواز المثل ، هل هو قيمة المصوب لأنه الذي أتلف على المالك ، أم قيمة المثل لأنه الواجب عند التلف ، وفيه وجهان لأبي الطيب ابن سلمة . والرابع : أقصاها من الغصب إلى تغريم القيمة والمطالبة بها . والخامس : أقصاها من الاعواز إلى المطالبة . والسادس : أقصاها من تلف المصوب إلى المطالبة . والسابع : قيمته يوم التلف . والثامن : يوم الاعواز ، اختاره أبو علي الزجاجي ، بضم الزاي ، والحناسطي ، بالخاء المهملة ، والماوردي ، وأبو خلف السلمي . والتاسع : يوم المطالبة . والعاشر : إن كان منقطعاً في جميع البلاد ، فقيمة يوم الاعواز . وإن فقد هناك فقط ، فقيمة يوم الحكم بالقيمة . والحادي عشر : حكى عن الشيخ أبي حامد إن ثبت عنه : قيمة يوم

أخذ القيمة ، لا يوم المطالبة ، ولو غصب مثلياً فتلّف والمثل مفقود ، فالقياس : أنه يجب على الوجه الأول . والثاني : أقصى القيم من الغصب إلى التلّف . وعلى الثالث والسابع والثامن : [قيمة] يوم التلّف ، وأن يعود . والرابع والسادس والتاسع بحالها . وعلى الخامس أقصى القيم من التلّف إلى يوم التقويم ^(١) . والعاشر بحاله .

قلت : والحادي عشر بحاله . والله أعلم

ولو أتلّف لرجل مثلياً بلا غصب ، وكان المثل موجوداً فلم يسلمه حتى فقد ، فعلى الوجه الثاني : قيمة يوم الاتلاف وعلى الأول والثالث : أقصى القيم من الاتلاف إلى الاعواز . وعلى الرابع : من الاتلاف إلى التقويم ^(١) . والقياس : عود الأوجه الباقية . ولو أتلّفه والمثل مفقود ، فالقياس أن يقال : على الأوجه الثلاثة الأوائل ، والسابع والثامن : تجب قيمة يوم الاتلاف . وعلى الرابع والخامس والسادس : أقصى القيم من الاتلاف إلى التقويم ^(١) . وعلى التاسع : قيمة يوم التقويم ^(١) . وعلى العاشر : إن كان مفقوداً في جميع البلاد ، فيوم الاتلاف ، وإلا ، فيوم التفرير .

فرع

متى غرم الغاصب أو المتلف القيمة لاعواز المثل ، ثم وجد المثل ، هل للمالك رد القيمة وطلب المثل ؟ وجهان . أصحابهما : لا .

قلت : ويجريان ، في أن الغاصب والمتلف ، هل لهما رد المثل وطلب القيمة .

والله أعلم

(١) في نسخ الطاهرية و « شرح الوجيز » : التقويم .

فرغ

في أن المثلّي ، هل يؤخذ مثله مع اختلاف الزمان والمكان

أما المكان ؛ فإذا غصب مثلياً ونقله إلى بلد آخر ، كان للمالك أن يكلفه رده ، وله أن يطالبه بالقيمة في الحال للحيلولة . ثم إذا رده الغاصب ، رد القيمة واسترده . فلو تلف في البلد للنقول إليه ، طالبه بمثله حيث ظفر به من البلدين لتوجه الطلب عليه برد العين في الموضعين . فان فقد المثل ، غرمه [قيمة] أكثر البلدين قيمة . ولو أ تلف مثلياً أو غصبه وتلف عنده في بلد ، ثم ظفر به في آخر ، هل له مطالبة بالمثل ؟ فيه ثلاثة أوجه . الصحيح الذي قطع به الأكثرون : إن كان عما لا مؤنة لنقله كالدرام والدنانير ، فله المطالبة بالمثل ، وإلا ، لم يكن له طلب المثل ، ولا للغارم تكليفه قبوله لِمَا فيه من الضرر ، وللمالك أن يفرمه قيمة بلد التلف ، فان تراضيا على المثل ، لم يكن له تكليفه مؤنة النقل . والوجه الثاني : يطالبه بالمثل . وإن لُزمت مؤنة وزادت القيمة كما لو أ تلف مثلياً في وقت الرخص ، له طلب المثل في الغلاء . والثالث : إن كانت قيمة ذلك البلد لا تزيد على قيمة بلد التلف ، طالبه بالمثل ، وإلا ، فلا . وإذا قلنا بالنفع ، فأخذ القيمة ، ثم اجتمعنا في بلد التلف ، هل للمالك رد القيمة وطلب المثل ؟ وهل لصاحبه استرداد القيمة وبذل المثل ؟ فيه الوجهان فيما لو غرم القيمة لاعواز المثل . ولو نقل المغصوب المثلّي إلى بلد ، وتلف هناك ، أو أ تلفه ثم ظفر به المالك في بلد ثالث وقلنا : إنه لا يطالب بالمثل في غير موضع التلف ، فله أخذ قيمة أكثر البلدين قيمة . وأما إذا اختلف الزمان ، فله المطالبة بالمثل وإن زادت القيمة ، وليس له إلا ذلك وإن نقصت القيمة . هذا كله إذا لم يخرج المثل باختلاف الزمان والمكان عن أن يكون له قيمة ومالية . فأما إن خرج بأن أ تلف ماءه في مفازة ، ثم اجتمعنا على شط نهر أو في بلد ، أو أ تلف عليه الجَمَد في الصيف ، واجتمعنا في الشتاء ، فليس المتلف بذل المثل ، بل عليه قيمة المثل في مثل تلك المفازة ، [وفي الصيف ، وإذا غرم القيمة ثم اجتمعنا في مثل تلك المفازة] أو في الصيف ،

فهل يثبت الترادف ؟ فيه الوجهان . وأما المسلم إليه والمقتضى ، إذا ظفر به المالك في بلد آخر ، ففي مطالبته كلام سبق في كتاب السلم .
قلت : ولو قال المستحق : لا آخذ القيمة بل انتظر وجود المثل ، فله ذلك ، نقله في « البيان » ، ويحتمل أن يحجى فيه الخلاف ، في أن صاحب الحق إذا امتنع من قبضه ، هل يجبر ، ويمكن الفرق . ولو لم يأخذ القيمة حتى وجد المثل ، تعين قطعاً . والله أعلم

فصل

الذهب والفضة ، إن كانا مضروبين ، فقد سبق أنهما مثليان ، وإلا ، فإن كان فيها صنعة بأن أتلّف حلياً وزنه عشرة وقيمته عشرون ، فأربعة أوجه . أحدها : يضمن العين بوزنها من جنسها ، والصنعة بقيمتها من غير جنسها ، سواء كان ذلك نقد البلد ، أم لا ، لأننا لو ضمناه الجميع بالجنس لقابلنا عشرة بعشرين وذلك ربا . والثاني : يضمن العين بوزنها من جنسها ، والصنعة بنقد البلد ، كما لو أتلّف الصنعة وحدها بكسر ، يضمن بنقد البلد ، سواء كان من جنس المكسور ، أم لا . والثالث : يضمن الكل بغير جنسه تحرزاً عن الفاضل ، وعن اختلاف الجنس في أحد الطرفين . والرابع ، وهو أصحها : يضمن الجميع بنقد البلد وإن كان من جنسه ، ولا يلزم من ذلك الربا ، فإنه إنما يجري في العقود لا في هذه الغرامات ، هكذا نقل الجمهور ، وأحسن منه ترتيب البغوي ، وهو أن صنعة الحلي متقومة ، وفي ذاته الوجهان السابقان في التبر . فإن قلنا : متقوم ، ضمن الكل بنقد البلد كيف كان ، وإن قلنا : مثلي ، فوجهان . أحدهما : يضمن الجميع بغير جنسه . وأصحبها : يضمن الوزن بالمثل ، والصنعة بنقد البلد ، سواء كان من جنسه ، أم من غيره . ولو أتلّف

إناء من ذهب أو فضة ، فإن جوزنا اتخذه ، فهو كما لو أٌتلف حلياً ، وإن منضاه ، فهو كاتلاف مالا صنعة له . ولو أٌتلف مالا صنعة فيه كالتمر والسبيكة . فإن قلنا : هو مثلي ، ضمن مثله ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : يضمن قيمته بنقد البلد ، سواء كان من جنسه ، أم لا كسائر المتقومات . والثاني : أن الجواب كذلك ، إلا إذا كان نقد البلد من جنسه ، وكانت القيمة تزيد على الوزن ، فحينئذ يقوم بغير الجنس ويضمن به ، وهذا اختيار العراقيين .

فصل

إذا تغير المغصوب ، فقد يكون متقوماً ثم يصير مثلياً ، وعكسه ، ومثلياً فيها ، ومتقوماً فيها .

الحال الأول : كمن غصب رطباً وقلنا : إنه متقوم فصار تمرأ ، ثم تلف عنده ، فوجهان . أحدهما ، وبه قطع العراقيون : يضمن مثل التمر ، لأنه أقرب إلى الحق ، وأشبهها ، وبه قطع البغوي : إن كان الرطب أكثر قيمة ، لزمه قيمته لثلا تضعيع الزيادة ، وإن كان التمر أكثر أو استويا ، لزمه المثل ، واختار الغزالي أنه يتخير بين مثل التمر وقيمة الرطب .

الحال الثاني : كمن غصب حنطة فطحنها ، وتلف اللدقيق عنده أو جملة خبزاً وأتلفه ، وقلنا : لا مثل اللدقيق والخبز ، أو تمرأ واتخذ منه خلأ بالماء ، فعلى قول العراقيين : يضمن المثل وهو الحنطة والتمر ، وعلى ما قطع به البغوي : إن كان المتقوم أكثر قيمة ، غرمها ، وإلا فالمثل ، وعن القاضي حسين : يغرم أكثر القيم ، وليس لذلك مطالبته بالمثل . فعلى هذا ، إذا قيل : من غصب حنطة في الغلاء فناف المغصوب عنده ، ثم طالبه المالك في الرخص ، فهل يغرمه المثل أو القيمة ، لم يصح

إطلاق الجواب بواحد منها ، بل الصواب أن يقال : إن تلفت وهي حنطة ، غرم المثل . وإن صار إلى حالة التقويم ثم تلف ، فالقيمة .

الحال الثالث : كمن غصب سمياً فاتخذ منه شيرجاً ثم تلف عنده ، قال العراقيون والغزالي : يفرمه المالك ما شاء منهما . وقال البغوي : إن كان قيمة أحدهما أكثر ، غرم مثله ، وإلا ، فيتخير المالك ما شاء منها .
الحال الرابع : يجب فيه أقصى القيم .

فرع

إذا لزمه المثل ، لزمه تحصيله إن وجدته بضمن المثل . فإن لم يجده إلا بزيادة ، فوجهان . أصحهما عند البغوي ، والروايي : يلزمه المثل ، لأن المثل كالعين ، ويجب رد العين وإن لزم في مؤنته أضعاف قيمته . وأصحهما عند آخرين ، منهم الغزالي : لا يلزمه تحصيله ، لأن الموجود بأكثر من ثمنه كالعدوم ، كالرقبة ، وماء الطهارة ، ويخالف العين ، فإنه تعدى فيها دون المثل .

قلت : هذا الثاني أصح ، وقد صححه أيضاً الشافعي . والله أعلم

فصل

غصب متقوماً فتلف عنده ، لزمه أقصى قيمته من يوم غصبه إلى تلفه ، ويجب قيمته من نقد البلد الذي تلف فيه ، فلو كانت مائة فصارت مائتين ، ثم عادت بالرخص إلى خمسين ، ثم تلف ، لزمه مائتان . ولو تكرّر ارتفاع السعر وانخفاضه ، لم يضمن كل زيادة ، وإنما يضمن الأكثر ، ولا أثر لارتفاع السعر بعد انتلف

قطاً . ولو أتلّف متقوماً بلا غضب ، لزمه قيمته يوم الاتلاف . فإن حصل التلف بتدرج وسراية ، واختلفت قيمته في تلك المدة بأن جنى على بهيمة قيمتها مائة يومئذ ، ثم هلكت وقيمة مثلها خمسون ، فقال القفال : يلزمه المائة ، لأننا إذا اعتبرنا الأقصى في اليد العادية ، ففي نفس الاتلاف أولى .

فرع

لو لم يهلك المصوب ، لكن أبى ، أو غيّب الغاصب ، أو ضلّت الدابة ، أو ضاع الثوب ، فلمالك أن يضمّته القيمة في الحال للحيلولة . والاعتبار بأقصى القيم من الغصب إلى المطالبة ، وليس للغاصب أن يلزمه قبول القيمة ، لأن قيمة الحيلولة ليست حقاً ثابتاً في الذمة حتى يُجبر على قبوله ، أو الإبراء منه ، بل لو أبرأه المالك عنها ، لم ينفذ . وفي وجه : هي كالحقوق المستقرة ، وهو شاذ . ثم القيمة المأخوذة ، يملكها المالك كما يملك عند التلف ، وينفذ تصرفه فيها ، ولا يملك الغاصب المصوب ، فإذا ظفر بالمصوب ، فلمالك استرداده ورد القيمة ، وللغاصب رده واسترداد القيمة . وهل له حبس المصوب إلى أن يستردها ؟ حكى القاضي حسين عن نص الشافعي رضي الله عنه : أن له ذلك ، كما حكى ثبوت الحبس للمشتري في الشراء الفاسد لاسترداد الثمن ، لكن سبق في البيع ذكر الخلاف في ثبوت الحبس للمشتري ، وذكرنا أن الأصح : المنع ، ويشبه أن يكون حبس الغاصب في معناه ، والمنع هو اختيار الامام في الموضعين . وإذا كانت الدراهم المبذولة بعينها باقية في يد المالك ، فالشيخ أبي محمد تردد في أنه هل يجوز للمالك إمساكها وغرامة مثلها ، أم لا .

قلت : الأقوى : أنه لا يجوز . والله أعلم

ولو اتفقا على ترك التراد ، فلا بد من بيع ليصير المصوب للغاصب ، ثم التضمين

للحيلولة ، لا يختص بالتقومات ، بل يثبت في كل منصوب خرج من اليد وتعذررده .
قلت : قد حكى صاحب « البيان » عن القفال : أن المالك لا يملك القيمة
المأخوذة للحيلولة ، بل ينتفع به على ملك الغاصب ، إئلا يجتمع في ملكه البديل
والمبدل ، وهذا شاذ ضعيف نهت عليه إئلا يفتقر به . قال في « البيان » : ولو ظهر
على المالك دين مستغرق ، فالغاصب أحق بالقيمة التي دفعها ، لأنها عين ماله . وإن
تلفت في يد المالك ، رجع الغاصب بثاتها . وإن كانت باقية زائدة ، رجع في زيادتها
للمتصلة دون المنفصلة . قال القاضي أبو الطيب ، والجرجاني : هذا إذا تصور كون القيمة
عما يزيد . والله أعلم

فرع

سبق أن منافع المنصوب مضمونة . فلو كانت الاجرة في مدة الفصب متفاوتة ،
فثلاثة أوجه حكاهما القاضي أبو سعد بن أبي يوسف . أحدها : يضمن في كل
بعض من أبعاض المدة بأجرة مثلها فيه . والثاني : كذلك إن كانت الأجرة في أول
المدة أقل ، فإن كانت في الأول أكثر ، ضمنها بالأكثر في جميع المدة ، لأنه لو كانت
العين في يده ، فرمما يكرها بها في جميع المدة . والثالث : بالأكثر في جميع المدة
مطلقاً ، وهو ضعيف .

فصل

زوائد المنصوب ، منفصلة كانت ، كالولد والثمرة والبيض ، أو متصلة ، كالسمن
وتسليم الصنعة ، مضمونة على الغاصب كالأصل ، سواء طلبه المالك بالرد ، أم لا .

الطرف الرابع : في الاختلاف ، وفيه مسائل .

الأولى : ادعى الغاصب تلف المنصوب ، وأنكر المالك . فالصحيح أن القول قول الغاصب مع يمينه ، وقيل : قول المالك بيمينه ، فعلى الصحيح ، إذا حلف الغاصب ، هل للمالك تفرغه المثل أو القيمة ؟ وجهان . أصحهما : نعم .

الثانية : اتفقا على الهلاك واختلفا في قيمته ، صدق الغاصب لأن الأصل براءته ، وعلى المالك البيّنة ، وينبغي أن يشهد الشهود أن قيمته كذا ، أما إذا أراد إقامة البيّنة على صفات العبد ليقوم به المقومون بتلك الصفات ، ففي قول : يقبل ويقوم بالأوصاف ، وينزل على أقل الدرجات كالسكّيم ، والمشهور : المنع ، للتفاوت . قال الامام : لكن يستفيد المالك بالبيّنة على الأوصاف لإبطال دعوى الغاصب مقداراً حقيراً لا يليق بتلك الصفات ، ويصير كما لو أقر الغاصب بصفات في العبد تقتضي النفاسة ، ثم قومه بحقير لا يليق بها ، لا يلتفت إليه ، بل يؤمر بالزيادة إلى أن يبلغ حداً يجوز أن يكون قيمة لمثل ذلك الموصوف . ولو قال المالك : قيمته ألف ، وقال الغاصب : بل خمسمائة ، وجاء المالك ببينة أنها أكثر من خمسمائة من غير تقدير ، فقيل : لا تسمع هكذا ، والأكثر من سمعوها ، قالوا : وفائدة السماع أن يكلف الغاصب زيادة على خمسمائة إلى حد لا يقطع البيّنة بزيادة عليه ، ولو قال المالك : لا أدري كم قيمته ، لم تسمع دعواه حتى يبيّن . وكذا لو قال الغاصب : أعلم أنه دون ما ذكره ، ولا أعرف قدره ، لم تسمع حتى يبيّن ، فإذا بيّن حلف عليه .

الثالثة : قال المالك : كان العبد كاتباً أو محترفاً ، فأنكر الغاصب ، فالصحيح أن القول قول الغاصب ، وقيل : قول المالك ، لأنه أعرف بملكه . ولو ادعى الغاصب به عيباً وأنكر المالك ، نظر ، إن ادعى عيباً حادثاً فقال : كان أقطع أو سارقاً ، ففي المصدق قولان ، أظهرهما : المالك . وإن ادعى عيباً خلتقياً ، فقال : كان أمه أو ولد أعرج أو عديم اليد ، فالمصدق الغاصب على الصحيح ، لأن

الأصل العدم ، ويمكن المالك البينة . والثاني : يصدق المالك نظراً إلى غلبة السلامة .

والثالث : يفرق بين ما يندر من العيوب وغيره .

الرابعة : ردّ المغصوب وبه عيب ، وقال : غضبته هكذا ، وقال المالك :

حدث العيب عندك ، صدّق الغاصب ، قاله المتولي .

قلت : وقاله ابن الصباغ أيضاً ، ونقله في « البيان » . والله أعلم

الخامسة : تنازعا في الثياب التي على العبد ، صدّق الغاصب ، لثبوت يده .

السادسة : قال : غضبت داري بالكوفة ، فقال : غضبتُها بالمدينة ، فالقول قول

المدعى عليه أنه لم ينصب بالكوفة . وأما دار المدينة ، فإن واقفه المدعى عليها ،

ثبتت ، وإلا ، فيبطل إقراره بها ، لتكذيبه .

قلت : ومثله لو قال : غضبت مني عبداً فقال : بل جارية ، ونحو ذلك .

والله أعلم

السابعة : غضب خيراً محترمة فهلكت عنده ، فقال المغصوب منه : هلكت بعد

التخلل ، فقال الغاصب : قبله ، صدّق الغاصب .

الثامنة : قال : طعامي الذي غضبته كان جديداً ، فقال الغاصب : بل عتيقاً ،

صدق الغاصب بيمينه . فإن نكل ، حلف المالك ، ثم له أخذ العتيق لأنه دون حقه .

التاسعة : باع عبداً فجاء زيد وادعى أنه ملكه وأن البائع كان غضبه منه ،

فلا شك أن له دعوى عين العبد على المشتري . وفي دعواه القيمة على البائع

ما ذكرناه في الإقرار . فإن ادعى العين على المشتري فصدقه ، أخذ العبد منه ،

ولا رجوع له بالثمن على البائع . وإن كذبه المشتري ، فأقام زيد بيّنة ، أخذه

ورجع المشتري بالثمن على البائع . وإن لم يتمم بيّنة ونكل المشتري ، حلف زيد وأخذه ،

ولا رجوع للمشتري بالثمن ، لتقصيره بالنكول . وإن صدقه البائع دون المشتري ، لم يقبل

إقرار البائع على المشتري ويبقى البيع بحاله، إلا أن يكون إقراره بالغصب في زمن الخيار ، فيجعل ذلك فسخاً للبيع . ثم لو عاد العبد إلى البائع بارث أو ردّ بسبب ، لزمه تسليمه إلى زيد . وإن صدقه البائع والمشتري جميعاً ، سلم العبد إلى زيد ، وعلى البائع رد الثمن أو بدله إن كان تالفاً . ولو جاء المدعي بعدما أعتق المشتري العبد وصدقه البائع والمشتري ، لم يبطل العتق ، سواء وافقها العبد أو خالفها ، لأن في عتقه حقاً لله تعالى ، بخلاف ما لو كاتبه المشتري ، ثم توافقا على تصديق المدعي ، لأن الكتابة قابلة للفسخ . والمدعي في مسألة الاعتراف قيمة العبد على البائع إن اختص بتصديقه ، وإذا أوجبنا النعم للحيلولة فيما إذا أقرّ به لزيد ثم لمعرو ، وعلى المشتري إن اختص بتصديقه ، وعلى من شاء منها إن صدقاه جميعاً . وقرار الضمان على المشتري ، إلا أن تكون القيمة في يد البائع أكثر ، فلا يطالب المشتري بالزيادة . ولو مات المعتق وقد كسب مالاً ، فهو للمدعي ، لأن المال خالص حق آدمي ، وقد توافقا أنه مستحقه ، بخلاف العتق ، كذا أطلقوه . قال الامام : وهو محمول على كسب يستقل به العبد ، فأما كسب يحتاج إلى إذن السيد ، فلا يستحقه المدعي ، لاعترافه بخلوه عن الاذن .

قلت : ولو ادعى الغاصب رد المصوب حياً وأقام به بيّنة ، فقال المالك : بل مات عندك وأقام به بيّنة ، تعارضت البيّنتان وسقطتا ، وضمن الغاصب ، لأن الأصل بقاء الغصب . ولو قال : غصبنا من زيد ألفاً ، ثم قال : كنا عشرة أنفس ، وخالفه زيد ، قال في « البيان » : قال بعض أصحابنا : القول قول الغاصب بيمينه ، لأن الأصل براءته مما زاد . والله أعلم

الباب الثاني في الطوارئ على المفصوب

فيه ثلاثة أطراف .

الأول : في النقص ، وهو ثلاثة أقسام .

الأول : نقص القيمة فقط ، كمن غصب ما يساوي عشرة ، فرده بحاله وهو يساوي درهماً ، فلا شيء عليه، وقال أبو ثور : يلزمه نقص القيمة ، وواقفه بعض أصحابنا ، وهذا شاذ .

القسم الثاني : نقص القيمة والأجزاء ، فالجزء المائت ، مضمون بقسطه من أقصى القيم من النصب إلى التلف ، والنقص الحاصل بتفاوت السعر في الباقي المردود غير مضمون .

مثاله : غصب ثوباً قيمته عشرة ، فعادت بالرخص إلى درهم، ثم لبسه فأبلاه حتى عادت إلى نصف درهم ، يردّه مع خمسة دراهم ، لأن بالاستعمال انسحقت أجزاء من الثوب ، وتلك الأجزاء في هذه الصورة، نصف الثوب ، فيغرم النصف بمثل نسبته من أقصى القيم كما يغرم الكل عند تلفه بالأقصى . ولو كانت القيمة عشرين وعادت بانخفاض السعر إلى عشرة، ثم لبسه وأبلاه فعادت إلى خمسة ، لزمه مع ردّه عشرة . ولو كانت عشرة فعادت بالانخفاض إلى خمسة ، ثم لبسه فأبلاه حتى عادت إلى درهم ، لزمه مع ردّه ستة، لأنه تلف بالاستعمال ثلاثة أخماس الثوب ، فيغرمها بثلاثة أخماس أقصى القيم. قال الشيخ أبو علي : وأخطأ بعضهم فقال: يلزمه ثلاثة لأنها الناقصة بالاستعمال ، وقياس قول هذا: أن يلزم في الصورة الأولى نصف درهم ، وفي الثانية خمسة . ولو غصبه وقيّمته عشرة فعاد بالاستعمال إلى خمسة ، ثم انخفض السعر فعادت إلى درهين فردّه ، لزمه مع الرد الخمسة الناقصة بالاستعمال ،

ولا يضمن النقصان الحاصل في البالي المردود. ولو غصب ثوباً قيمته عشرة ، فلبسه وأبلاه حتى عادت إلى خمسة ، ثم ارتفع السعر فصارت قيمته وهو بال عشرة ، قال ابن الحداد ، وبعض الأصحاب : يغرم مع ردِّ الثوب عشرة ، لأن الباقي من الثوب نصفه وهو يساوي عشرة . وقال الجمهور : لا يغرم مع ردِّه إلا الخمسة الناقصة بالاستعمال ، ولا عبرة بالزيادة الحاصلة بعد التلف . قال الامام : والصفات كالأجزاء في هذا كله ، حتى لو غصب عبداً صانعاً قيمته مائة ، ففسي الصنعة وعادت قيمته إلى خمسين ، ثم ارتفع السعر فبلغت قيمته ناسياً مائة ، وقيمة مثله يُحسن الصنعة مائتين ، لا يغرم مع رده إلا خمسين . ثم الجواب في صور إِبْلاء الثوب [كلها] مبني على أن أجرة مثل المصوب لازمة مع أرش النقص الحاصل بالاستعمال ، وهو الأصح . وسبق وجه : أنه لا يجمع بينها . فعلى ذلك الوجه : الواجب أكثر الأمرين من المقادير المذكورة وأجرة المثل . ولو اختلف المالك والناصب في قيمة الثوب الذي أبلاه ، فقال المالك : زادت قبل الإِبْلاء فأغرم التالف بقسطه [منها] ، وقال الناصب : [بل] زادت بعده ، قال ابن سريج : المصدق الناصب .

القسم الثالث : نقص الأجزاء والصفات وحدها ، وسنذكر حكمه في الصور الآتية إن شاء الله تعالى .

فصل

النقص الحادث في المصوب ، ضربان .

أحدهما : مالا سرياً له ، فعلى الناصب أرشه وردِّ الباقي ، ولا فرق بين أن يكون الأرش قدر القيمة كقطع يدي العبد أو دونها ، ولا بين أن تقوت معظم منافعه ، أو لا تقوت ، ولا بين أن يبطل بالجناية عليه الاسم الأول كذبح الشاة

وطحن الخنطة ، وتمزيق الثوب ، أو لا يبطل . فلو أراد المالك ترك الناقص عند الغاصب وتفريره بدله ، لم يكن له ذلك ، لانه عين ملكه . وفي وجهه : إذا طحن الطعام ، فله تركه وطلب المثل ، لانه أقرب إلى حقه من الدقيق .

الضرب الثاني : ما له سرية ، لا يزال يسري إلى الهلاك الكلبي ، كما لو بل الخنطة وتمكن فيها العفن الساري ، أو اتخذ منها هريسة ، أو غصب سمناً وقرأ ودقيقاً وعمله عسيدة ، وفيه نصوص وطرق مختلفة تجمعها أربعة أقوال منصوعة . أظهرها عند العراقيين : يجعل كالهالك ويغرم بدل كل مفصوب من مثل أو قيمة . والثاني : يردّه مع أرش النقص ، وليس للمالك إلا ذلك ، واختاره الامام ، والبعوي . والثالث : يتخير المالك بين موجب القولين ، واختاره الشيخ أبو محمد ، والمسمودي . والرابع : يتخير الغاصب بين أن يسكه ويغرمه ، وبين أن يردّه مع أرش النقص . قلت : رجح الرامي في « المحرر » الأول أيضاً . والله اعلم

فعل الأول : ان تكون الخنطة المبلولة ؟ وجهان نقلها المتولي . أحدهما : تبقى للمالك كما لو نجّس زيتة وقلنا : لا يطهر بالغسل ، فإن المالك أولى به . والثاني : يصير للغاصب . [و] إذا حكمنا بالأرش مع الرد ، غرم أرش عيب سارٍ . قال المتولي : فإن رأى الحاكم أن يسلم الجميع إليه ، فهل ، وإن رأى يسلم ^(١) أرش النقص المتحقق إليه في الحال ^(٢) ووقف الزيادة إلى أن تتيقن نهايته . وفي هذا نظر ، لأن المفهوم من أرش العيب الساري أرش عيب شأنه السرية ، وهو حاصل

(١) في هامش نسخة الظاهرية : بخط ابن العطار في « التتمة » : أن يسلم .

(٢) في نسخ الظاهرية : وإن رأى سلم أرش النقص المتحقق في الحال إليه .

في الحال . أما المتولد منه ، فيجب قطع النظر عنه ، إذ الكلام في نقص لا تقف سرايته إلى الهلاك . فلو نظرنا إلى المتولد منه ، لانجرّ إلى تمام القيمة ، وهو عَوْد إلى القول الأول ، وقد بيّن ما قلناه أبو خلف السلمي في « شرح المفتاح » فقال في قول التخيير : إن شاء المالك غرّمه ما نقص إلى الآن ، ثم لا شيء له في زيادة فساد حصل بعد ذلك ، وإن شاء تركه له وطالبه بجميع البدل .

فرع

مِن صور هذا الضرب ما إذا صب الماء في الزيت وتعذر تخليصه منه ، فأشرف على الفساد . وعن الشيخ أبي محمد تردد في مرض العبد المغصوب إذا كان سارياً عسير العلاج ، كالسل والاستسقاء ، ولم يرضه الامام ، لأن المريض المأيوس منه ، قد يبرأ ، والعفن المفروض في الحنطة يفضي إلى الفساد قطعاً .

قلت : ولو عفن الطعام في يده لطول المكث ، فطريقان . قال الشيخ أبو حامد : هو كَبَل الحنطة . وقال القاضي أبو الطيب : يتمين أخذه مع الأرض قطعاً ، واختاره ابن الصباغ ، وهو الأصح . والله أعلم

فصل

في جنابة العبد المغصوب ، والجنابة عليه

أما جنابته ، فينظر إن جنى جنابة توجب القصاص ، واقتص منه في يد الناصب ، غرم الناصب أقصى قيمه من الغصب إلى القصاص . وإن جنى بما يوجب قصاصاً في الطرف ، واقتص منه في يده ، غرم بدله ، كما لو سقط بأفة سماوية . ولو اقتص منه

بعد الوفاء إلى السيد ، يلزم الغاصب أيضاً (١) ، وكذا الحكم لو ارتد أو سرق في يد الغاصب ، ثم قتل أو قطع بعد الرد إلى المالك . ولو غصب مرتدأ أو سارقاً قتل ، أو قطع في يد الغاصب ، فهل يضمه الغاصب ؟ وجهان ، كمن اشترى مرتدأ أو سارقاً فقتل ، أو قطع في يده ، فمن ضمان مَنْ يكون القتل أو القطع ؟ أما إذا جنى المصوب على نفس أو مال جناية توجب المال متعلقاً برقبته ، فعلى الغاصب تخليصه بالفداء . وبماذا يفديه ؟ فيه طريقتان . المذهب : أنه يفديه بأقل الأمرين من الأرش وقيمة العبد . وقال الامام : فيه قولان . أحدهما : هذا . والثاني : بالأرش وإن زاد كالتواين فيما إذا أراد السيد فداء الجاني . وإذا ثبت أن الجاني والجناية مضمونان على الغاصب ، لم يخل ، إما أن يتلف الجاني في يد الغاصب ، وإما أن يرده . فان تلف في يده ، فللمالك تفريجه أقصى القيم . فاذا أخذها ، فلم يجني عليه أن يفرم الغاصب إن لم يكن غرمه ، وله أن يتعلق بالقيمة التي أخذها المالك ، لأن حقه كان متعلقاً بالرقبة فيتعلق بيدها كما إذا تلف المرهون كانت قيمته رهناً . وفي وجهه : لا مطالبة للمجني عليه بما أخذه المالك . والصحيح : الأول . فاذا أخذ المجني عليه حقه من تلك القيمة ، رجع المالك بما أخذه على الغاصب . ولو كان العبد يساوي ألفاً ، فرجع بانخفاض السعر إلى خمسمائة ، ثم جنى ومات عند الغاصب ، ففرمه المالك الألف ، لم يكن للمجني عليه إلا خمسمائة وإن كان أرش الجناية ألفاً فأكثر ، لأنه ليس له إلا قدر قيمته يوم الجناية . وإن رد العبد إلى المالك ، نظر ، إن رده بعدما غرم للمجني عليه ، فذاك ، وإن رد قبله فبيع في الجناية ، رجع المالك على الغاصب بما أخذ منه ، لأن الجناية حصلت حين كان مضموناً عليه ، بخلاف ما إذا جنى في يد المالك ثم غصبه رجل وردّه ثم بيع في تلك الجناية ، فانه لا يرجع المالك بشيء ، لأن الجناية حصلت وهو غير مضمون عليه .

(١) في نسخ الظاهرية ، « وشرح الوجيز » : ولو اقتص منه بعد الرد إلى السيد غرم الغاصب أيضاً .

وفورع ابن الحداد وغيره على ذلك فقالوا: إذا جنى في يد المالك جنابة تستغرق قيمته ، ثم غصب وجنى في يد الغاصب جنابة مستغرقة ، ثم رده إلى المالك ، ثم بيع في الجنابتين وقسم الثمن بينهما نصفين ، يرجع المالك على الغاصب بنصف قيمة العبد . ولو كان الفرع بحاله ، وتلف العبد بعد الجنابتين في يد الغاصب ، فله طلب القيمة من الغاصب ، وللمجني عليها أخذها ، فإذا أخذها (١) ، فللمالك الرجوع بنصفها على الغاصب ، لأنه أخذ منه نصفها بجنابة في يد الغاصب ، فإذا رجع به ، فله المجني عليه الأول أخذه ، لأنه بدل ما تعلق به حقه قبل الجنابة اثنائية . وإذا أخذه لم يكن له الرجوع على الغاصب مرة أخرى ، لأنه مأخوذ بجنابة غير مضمونة على الغاصب . هذا هو الصحيح في الصورتين . وقيل : إذا رد العبد وبيع في الجنابة ، فالنصف الأول يرجع به المالك ويسلم له ولا يؤخذ منه ، وإنما يطالب المجني عليه الأول الغاصب بنصف القيمة . وإذا تلف في يد الغاصب بعد الجنابتين ، لا يأخذ المالك شيئاً ، ولكن المجني عليه الأول يطالب الغاصب بتام القيمة ، والمجني عليه الثاني ، يطالبه بنصف القيمة . ولو جنى المفصوب في يد الغاصب أولاً ، ثم رده إلى المالك فجنى في يده أخرى ، وكل واحد منها تستغرق القيمة ، فيبيع فيها وقسم الثمن بينهما ، فللمالك الرجوع على الغاصب بنصف القيمة للجنابة التي هي مضمونة عليه . قال الشيخ أبو علي : سمعت القفال مرة يقول : ليس لواحد من المجني عليها أخذ هذا النصف من المالك . أما الثاني ، فلأن الجنابة عليه مسبقة بجنابة مستغرقة ، وحقه لم يثبت إلا في نصف القيمة وقد أخذه . وأما الأول ، فلأن حق السيد يثبت في القيمة بنفس الغصب ، وهو متقدم على حق المجني عليه ، فمالم يصر حقه إليه ، لا يرجع إلى غيره شيء . قال أبو علي : وليس هذا بشيء ، بل للمجني عليه الأول أخذه كما في الجنابة السابقة ، ولا عبرة بثبوت حق السيد في القيمة ، فإن حقه وإن تقدم ، فحق المجني عليه مقدم كما في الرقبة . قال : وناظرت القفال فيه ، فرجع إلى قولي . وعلى هذا إذا

(١) في « شرح الوجيز » : وللمجني عليه أخذها ، فإذا أخذها .

أخذه المجني عليه الأول ، رجع به المالك على الناصب مرة أخرى ، ويسلم له المأخوذ
ثانياً ، لأن الأول أخذ تمام القيمة ، والثاني لم يتعلق حقه إلا بالنصف وقد أخذه .
ولو جنى في يد الناصب ثم في يد المالك كما صورناه ، ثم قتله الناصب أو غصبه
ثانياً فمات عنده ، أخذت القيمة منه وقسمت بين المجني عليها ، ثم للمالك أن يأخذ
منه نصف القيمة ، لأنه أخذ منه بسبب جناية مضمونة عليه . فإذا أخذه كان
للمجني عليه الأول أن يأخذه منه ، ثم له أن يرجع به على الناصب مرة أخرى
ويسلم له المأخوذ في هذه المرة ، وقد غرم الناصب والحالة هذه القيمة مرتين ، مرة
بجناية البد في يده ، ومرة بالقتل . أما الجناية عليه ، فإن قُتل ، نظر ، وإن وجب
القصاص بأن كان القاتل عبداً والقتل عمداً ، فللمالك القصاص . فإذا اقتص ، برى
الناصب ، لأنه أخذ بدل حقه ، ولا نظر مع القصاص إلى تفاوت القيمة ، كما لا نظر
في الإحرار إلى تفاوت الدية . وإن لم يجب القصاص . فإن كان الجاني حراً ، لزمه
للجناية قيمته يوم القتل ، سواء قتله الناصب أو أجني ، والمالك بالخيار ، بين أن يطالب بها الناصب ،
أو الجاني ، لكن القرار على الجاني . ثم إن كانت قيمته قبل يوم القتل أكثر ، ونقصت في يد
الناصب ، لزمه ما نقص بحكم اليد . وإن كان الجاني عبداً ، فإن سلمه سيده فبيع في الجناية .
نظر ، إن كان الثمن مثل قيمة المغصوب ، أخذه ولا شيء له على الناصب إلا إذا كانت قيمته قد
نقصت عنده قبل القتل . وإن كان الثمن أقل ، أخذ الباقي من الناصب . وإن
اختار سيده فداء ، فإن قلنا : يفديه بالأرش ، أخذه ولا شيء له على الناصب
إلا على التقدير المذكور . وإن قلنا : يفدي بالأقل من الأرش والقيمة ، فإن كانت
قيمة المغصوب أكثر من قيمة الجاني ، فالباقي على الناصب ، وإن كانت أقل أو مثلها ،
أخذها المالك ولا شيء له على الناصب إلا على التقدير المذكور . ولو اختار المالك
تفريم الناصب ابتداءً ، فله ذلك ، ويأخذ منه جميع قيمة المغصوب ، ثم يرجع الناصب
على سيد الجاني بما غرم إلا ما لا يطالب به إلا الناصب . هذا إذا كانت الجناية قتلاً ،

فأما الجراحات ، فلما أن يكون لها أرش مقدر في الحر ، وإما لا ، والواجب في الحالين ، ما ذكرناه من قبل . وإذا كان الواجب ما نقص من قيمته بالجناية ، كان المعتبر حال الاندمال ، فإن لم يكن حينئذٍ نقص ، لم يطالب بشيء . وإذا كان الواجب مقدراً من القيمة كالمقدر من الدية ، فهل يؤخذ في الحال ، أم يؤخذ في الاندمال ؟ (١) قولان ، كما لو كانت الجناية على حر ، وسيأتي [ذلك] في موضعه إن شاء الله تعالى . وإذا كان الجاني غير الناصب وغرمناه المقدر من القيمة ، وكان الناقص أكثر من ذلك القدر ، فعلى الناصب ما زاد . وإن كان المقدر أكثر مما نقص من القيمة ، فهل يطالب الناصب بالزيادة على ما نقص ؟ ذكرنا فيما إذا سقطت يده بأفة : أن الأصح : أنه لا يطالب . وهنا الأصح : أنه يطالب ، والقرار على الجاني . واختلفوا فيما لو قطعت يده قصاصاً أو حداً ، لأنه يشبه السقوط بأفة من حيث أنه تلف لا بدل له ، ويشبه الجناية من حيث حصوله بالاختيار .

فرع

لو اجتمعت جناية المصوب والجناية عليه ، بأن قتل إنساناً ، ثم قتله في يد الناصب عبد رجل ، فلمصوب منه أن يقتص ويسقط به الضمان عن الناصب ، ويسقط حق ورثة من قتله المصوب ، لأن العبد الجاني إذا هلك [و] لم يحصل له عوض ، يضيع حق المجني عليه ، لكن لو كان المصوب قد نقص عند الناصب بمحدث عيب بعدما جنى ، لم يبرأ الناصب من أرش ذلك النقص ، ولولي من قتله التمسك به ، وإن حدث العيب قبل جنايته ، فاز المصوب منه بالأرش . فلو لم يقتص المصوب منه ، بل عفا على مال ، أو كانت الجناية موجبة للمال ، فحكم تفريمه وأخذه المال على ما سبق

(١) في مخطوطات الظاهرية و «شرح الرجز» : أم يؤخر إلى الاندمال .

في الجناية عليه من غير جناية منه . ثم إذا أخذ المال كان لورثة من جنى عليه هذا العبد التعلق به ، لأنه بدل الجاني على مورثهم . فإذا أخذوه ، رجع به المنصوب منه على الغاصب مرة أخرى ، لأنه أخذ [منه] بسبب جناية مضمونة عليه ، ويسلم المأخوذ ثانياً كما سبق نظيره .

قلت : ومما يتعلق بالفصل ، لو وثب العبد المنصوب فقتل الغاصب ، وهرب إلى سيده ، فإن كانت الجناية عمداً ، قال الصيمري : إن عفا ورثة الغاصب عن القصاص والدية ، سقط الضمان عن الغاصب في المال . وإن قتلوه ، لزمهم قيمة العبد في التركة ، وكأنهم لم يسلموه ، وكذا لو طلبوا الدية من رقبته . وإن قتل المنصوب سيده وهو في يد الغاصب ، فالصحيح الذي قطع به الشيخ أبو حامد : أن لورثة المالك أن يقتضوا منه ، وإذا قتلوه ، استحقوا قيمته على الغاصب . وحكى في « البيان » وجهاً : أن جنائته تكون هدرأ . ولو صال العبد المنصوب أو الجمل المنصوب على رجل ، قتلته المصول عليه للدفع ، فلا ضمان عليه ، ويجب ضمانه على الغاصب ، ولا يرجع على المصول عليه . والله أعلم

فصل

نقلُ التراب من الأرض المنصوبة ، تارة يكون من غير إحداث حفر ، ككشط وجهها ، وتارة بإحداثها كحفر بئر أو نهر . ففي الحالة الأولى ، للمالك إجباره على رده إن كان باقياً . فإن تلف وانحق بهبوب الريح أو السيول ، أجبره على رد مثله إليه ، وعليه إعادة وضعه وهيئته كما كان من انبساط أو ارتفاع . وإن لم يطالبه المالك بالرد ، نظر ، إن كان له غرض ، بأن دخل الأرضَ نقصاً يرتفع بالرد ويندفع عنه الأرش ، أو نقله إلى ملكه وأراد تفريقه ، أو إلى ملك غيره ، أو شارع

يخاف من التعثر به الضمان ، فله الاستقلال بالرد . وإن لم يكن شيء من ذلك ، بأن نقله إلى موات ، أو من أحد طرفي الأرض المنصوبة إلى الطرف الآخر ، فإن منعه المالك من الرد ، لم يرد ، وإن لم يمنعه ، فهل يفتقر الرد إلى إذنه ؟ وجهان بناءً على الوجهين في أنه لو منعه فخالف ورد ، هل للمالك تكليفه النقل ثانياً ؟ إن قلنا : لا ، فله الرد بغير إذنه ، وإلا ، فلا ، وهو الأصح . وإذا كان له غرض في الرد فردّه ، فمنعه المالك من يسّطه ، لم ييسّطه وإن كان في الأصل مبسوطاً .

الحالة الثانية : إذا حفر بئراً فأمره المالك بطمها ، لزمه ، وإلا ، فله أن يستقل به ليدفع عن نفسه خطر الضمان بالسقوط فيها . وقال الزني : لا يطم إلا باذن المالك . فإن منعه وقال : رضيت باستدامة البئر ، فإن كان للناصب غرض [في الطم] سوى دفع ضمان السقوط ، فله الطم ، وإلا ، فلا ، في الأصح ، ويندفع عنه الضمان لخروجه عن أن يكون جناية وتعدياً . فلو لم يقل : رضيت باستدامتها ، واقتصر على المنع من الطم ، قال المتولي : هو كما لو صرح بالرضى ، لتضمنه إياه . وقال الامام : لا يتضمنه . ولو طوى الناصب البئر بآلة نفسه ، فله نقلها ، وللمالك إجباره عليه . فإن تركها ووهبها له ، لم يلزمه القبول على الأصح . وحيث قلنا في الحالتين : يرد التراب إلى موضعه لوقوعه في ملكه ، أو شارع ، فذلك إذا لم يتيسر نقله إلى موات ونحوه في طريق الرد . فإن تيسر ، لم يرد إلا باذن ، قاله الامام وذكر أنه إنما يستقل بالطم إذا بقي التراب الأول بعينه . أما إذا تلف ، ففي الطم بغيره بغير إذن المالك وجهان . وينبغي أن يحجى هذا الخلاف في الحالة الأولى ، وفيها إذا طلب المالك الرد والطم عند تلف ذلك [التراب] ، والأصح فيها ^(١) جميعاً ، لأنه لا فرق بين ذلك التراب وغيره ، ثم إذا أعاد هيئة الأرض في الحالين كما كانت ، إما بطلب

(١) غلوطة في الظاهرية : والأصح فيها .

المالك ، وإما دونه ، نظر ، إن لم يبق في الأرض نقص ، فلا شيء عليه ، ولكن عليه
أجرة المثل لمدة الحفر والرد ، وإن بقي ، لزمه أرشه مع الأجرة . هذا الذي ذكرناه من
أول الفصل إلى هنا هو المذهب والذي يفتى به ، ووراءه تصرف للأصحاب قالوا :
نص هنا : أنه يجب أرش النقص الحاصل بالحفر ، ولم يوجب التسوية لأنه نص على
ذلك فيما إذا غرس الأرض المغصوبة ثم قلع بطلب المالك . ونص فيما إذا باع أرضاً
فيها أحجار مدفونة فنقلها : أنه يلزمه التسوية . فقيل قولان فيها ، وقيل بتقرير
النصين ، والفرق ضعيف . وكلام الغزالي ، يوم ظاهره خلاف ما ذكرناه ، فليتناول
على ما بيناه .

فصل -

إذا خصي العبد المغصوب ، فهو على القولين السابقين في جراح العبد . وهل
يتقدر ؟ إن قلنا بالجديد : أنه يتقدر ، لزمه كمال القيمة ، وإلا ، فالواجب ما نقص
من القيمة ، فإن لم ينقص شيء ، فلا شيء عليه . ولو سقط ذلك العضو بآفة سماوية ،
ولم تنقص قيمته ، وردّه ، فلا شيء عليه على القولين ، لكن قياس الوجه الذي قدمناه
في أنه يضمن بالتلف تحت اليد العادية كما يضمن بالجناية : أنه يلزمه كمال القيمة .

فرع

لو كان في الجارية المغصوبة سيمَن مفرط ، فزال ورجعت إلى الاعتدال ولم
تنقص قيمتها ، لم يلزمه شيء ، لأن السيمَن ليس له بدل مقدر ، بخلاف الأنثيين .

فصل

إذا غصب زيتاً أو دهنأ فأغلاه ، فإن نقصت عينه فقط ، كمن غصب صاعين قيمتها درهمان فصارا بالاغلاء صاعاً قيمته درهمان ، فوجهان. أصحابها : يرده ويغرم مثل الصاع الذاهب . والثاني : يرده ولا شيء عليه . وإن نقصت قيمته فقط ، رده مع الأرض . وإن نقصا ممأ ، وجب رد الباقي ومثل ما ذهب ، إلا إذا كان ما نقص من القيمة أكثر مما نقص من العين ، فيجب مع مثل الذاهب أرض نقص الباقي . وإن لم ينقص واحد منهما ، رده ولا شيء عليه . ولو غصب عصيراً فأغلاه ، فطريقان . أحدهما : أنه كالزيت فيضمن مثل الذاهب وإن لم تنقص قيمته على الأصح . وأصحابها : لا ، فلا يضمن مثل العصير الذاهب إذا لم تنقص قيمته ، لأن الذاهب مائتته ، والذاهب من الزيت زيت . ويجري الخلاف في العصير إذا صار خلاً ونقصت عينه دون قيمته ، وفي الرطب إذا صار تمرأ .

فصل

نقص المصوب هل ينجر بالكمال بعده ؟ ينظر ، إن كان الكمال من الوجه الذي نقص به ، كما لو هزات الجارية ثم سمت وعادت القيمة كما كانت ، لم ينجر على الأصح . وقيل : لا ينجر قطعاً ، ولو كان المصوب يحسن صنعة فنسبها ، ثم ذكرها أو تعلمها ، انجر على الأصح . وقيل : ينجر قطعاً ، لأن تذكر الصنعة لا يعد شيئاً متجدداً ، بخلاف السمّن . والثاني : ويجري الخلاف فيما لو كسر الحلي والافاء ، ثم أعاد تلك الصنعة .

قلت : الأصح هنا ، إلحاقه بالسِّمَن ، لا بتذكر الصنعة ، لأن هذه صنعة أخرى ، وهو متبرع بعمله^(١) . والله أعلم

وحيث قلنا بالانحياز ، فلو لم يبلغ بالمائد القيمة الأولى ، ضمن ما بقي من النقص وانحيز الباقي . أما إذا كان الكمال بوجه آخر ، بأن نسي صنعة وتعلم أخرى ، أو أبطأ صنعة الحلي وأحدث أخرى ، فلا انحياز بحال . وعلى هذا لو تكرر النقص وكان الناقص في كل مرة مغايراً للناقص في المرة الاخرى ، ضمن الجميع . حتى لو غصب جارية قيمتها مائة ، فسمت وبلغت ألفاً ، وتعلمت صنعة فبلغت ألفين ، ثم هزات ونسيت الصنعة وعادت قيمتها مائة ، ردها وبغرم ألفاً وتسع مائة . وكذا لو علّمه الغاصب سورة من القرآن ، أو حرفة فنسيتها ، ثم علّمه أخرى فنسيتها أيضاً ، ضمنها . وإن لم يكن مغايراً ، بأن علمه سورة واحدة ، أو حرفة مراراً ، وينسى في كل مرة ، فان قلنا : لا يحصل الانحياز بالمائد ، ضمن نقصان جميع المرات ، وإلا ، ضمن أكثر المرات نقصاً .

فرع

لو زادت قيمة الجارية بتعلم الغناء ، ثم نسيتها ، نقل الروياني عن النص : أنه لا يضمن النقص ، لأنه محرم ، وإنما يضمن المباح . وعن بعض الأصحاب : أنه يضمنه . ولهذا لو قتل عبداً مفتتياً ، بغرم تمام قيمته . قال : وهو الاختيار .

قلت : الأصح المختار : هو النص . وقد تقدم في فصل كسر الملاهي : أنه لا ضمان في صنعتها ، لأنها محرمة ، وهذا لا خلاف فيه . وقد نص القاضي حسين

(١) في مخطوطة الظاهرية : وهو متبرع بعمله .

وغيره ، على أنه لو أُلِف كبشاً نطّاحاً، أو ديكاً هرّاشاً ، لزمه قيمته بلا نطاح
ولا هرّاش ، لأنها محرمة . والله أعلم

فرع

مرض العبد المغصوب ، ثم برأ وزال أثر المرض وردّه ، فلا شيء عليه على
الصحيح . وقيل : يضمن نقص المرض ولا يسقط بالبرء ، وكذا الحكم لو ردّه
مريضاً فبرأ وزال الأثر .

فرع

غصب شجرة فتحات ورقها ، ثم أورقت ، أو شاة فجزّ صوفها ، ثم نبت ،
يغرم الاول قطعاً، ولا ينجر بالثاني ، بخلاف ما لو سقط سن الجارية المغصوبة ثم
نبت ، أو تمعّط شعرها ثم نبت ، فإنه ينجر . قال البغوي : لان الورق والصوف
متقوّمان ، فغرمها ، ومن الجارية وشعرها غير متقوّمين ، وإنما يغرم أرش النقص
بفقدما وقد زال .

فصل

غصب عصيراً فتخمر عنده ، كان للمغصوب منه تضمينه مثل العصير ، لفوات
المالية . قالوا : وهى الغاصب إراقة الخمر . ولو جعلت محترمة ، كما لو تخمرت في يد
المالك بلا قصد الخمرية ، لكان جائزاً . فلو تخللت في يد الغاصب ، فوجهان . أصحابها :

أن الخلل للمغصوب منه ، وعلى الغاصب أرش النقص إن نقصت قيمة الخلل عن المصير . والثاني : يغرم مثل المصير . وعلى هذا ، في الخلل وجهان . أحدهما : للغاصب ، وأصحابها : للمغصوب منه ، لأنه فرع ملكه . ويجري هذا الخلاف ، فيما لو غصب بيضة ففرخت عنده ، أو بذراً فزرعه ونبت ، أو بزر قزٍ فصار قزاً ، فعلى الأصح : الحاصل للمالك ، ولا غرم على الغاصب ، إلا أن يكون الحاصل أنقص قيمة مما غصبه ، لأن المغصوب عاد زائداً إليه . وعلى الثاني : يغرم المغصوب لهلاكه ، ويكون الحاصل للمالك على الأصح ، وللغاصب على الآخر .

فرع

غصب خمرأ فتخللت في يده ، أو جلد ميتة فدبغه ، فأربمة أوجه . أصحابها : أن الخلل والجلد للمغصوب منه . فعلى هذا إن تلف في يد الغاصب ، ضمنه . والثاني : للغاصب . والثالث : الخلل للمغصوب منه ، والجلد للغاصب ، لأنه صار مالاً بفعله . والرابع : عكسه ، لأن الجلد كان يجوز للمغصوب منه إمساكه ، والحجر المحترمة كالجلد . وإذا قلنا : هما للمغصوب منه ، فذلك إذا لم يكن المالك معرضاً عن الحجر والجلد ، فإن أراق الحجر ، أو ألقى الشاة الميتة فأخذها رجل ، فهل للمعرض استرداد الحاصل ؟ وجهان .

قلت : الأصح : ليس له ، وبه قطع الشيخ أبو حامد وغيره في الجلد . والله أعلم

الطوف الثاني في الزيادة : وهي آثار محضة وأعيان . أما الآثار ، فالقول الجُملي فيه : أن الغاصب لا يستحق بتلك الزيادة شيئاً ، لتعدييه ، ثم ينظر ، إن لم يمكن رده إلى الحالة الأولى رده بحاله وأرش النقص إن نقصت قيمته ، وإلا

فان رضي به المالك، لم يكن للغاصب رده إلى ما كان وعليه أرش النقص، إلا أن يكون له غرض في الرد إلى الحالة الاولى ، فله الرد، وإن ألزمه المالك الرد إلى الحالة الاولى ، لزمه ذلك وأرش النقص إن نقص عما كان قبل تلك الزيادة . فاذا تقرر ذلك ، فمن صورهِ ، طحن الحنطة، وقصارة الثوب وخياطته ، وضرب الطين لبيناً ، وذبح الشاة وشيهاً. ولا يملك الغاصب المصوب شيء من هذه التصرفات ، بل يردها مع أرش النقص إن نقصت القيمة . وإنما تكون الخياطة من هذا القسم ، إذا خاط بخيط المالك . فان خاط بخيط الغاصب ، فستأتي نظائره إن شاء الله تعالى . ثم في الطحن والقصارة ، والذبح ، والشئ ، لا يمكن الرد إلى ما كان . وكذا في شق الثوب وكسر الاناء ، ولا يجبر على رفاء الثوب وإصلاح الاناء، لانه لا يعود إلى ما كان، ولو غزل القطن ، رد الغزل وأرش النقص إن نقص . ولو نسج الغزل ، فالكيرباس للمالك مع الارش إن نقص ، وليس للمالك إجباره على نقضه إن لم يمكن رده إلى الحالة الاولى ونسجه ثانياً ، فان أمكن ، كالخز ، فله إجباره . فان نقضه ونقصت قيمته عن قيمة الغزل في الاصل ، غرمه ، ولا يغرم ما زاد بالنسج ، لان المالك أمره بنقضه . فاذا نقضه بغير إذن المالك ، ضمنه أيضاً . ولو غصب ثقرة وضربها دراهم ، أو صاغها حلياً ، أو غصب نحاساً أو زجاجاً فجعله إناءً ، فان رضي المالك به، رده كذلك، ولم يكن له رده إلى الحالة الاولى، إلا أن يضرب الدرهم بغير إذن السلطان ، أو على غير عيانه ، لانه حينئذ يخاف التغيير^(١)، وحيث منع من الرد إلى ما كان فخالف ، فهو كاتلاف الزوائد الحاصلة عند الغصب . ولو أجبره المالك على رده إلى ما كان ، لزمه . فاذا امتثل ، لم يغرم النقصان الحاصل بزوال الصنعة ، لكن لو نقص عما كان بما طراً وزال ، ضمنه .

وأما الأعيان ، فمن صورها صبغ الثوب . وتقدم عليه صورتين .

إحداها : إذا غصب أرضاً وبني فيها ، أو غرس ، أو زرع ، كان لصاحب

(١) في نسخة الظاهرية و « شرح الوجيز » : التغير .

الأرض أن يكلفه القلع مجاناً . ولو أراد الغاصب القلع ، لم يكن للمالك منعه ، فانه عين ماله . وإذا قلع ، لزمه الأجرة . وفي وجوب التسوية والأرض، ما سبق في نقل التراب . وإن نقصت الأرض لطول مدة الغراس ، فهل يجمع بين أجرة المثل وأرض النقص ، أو لا يجب إلا أكثرهما ؟ فيه الخلاف السابق فيما إذا أبلى الثوب بالاستعمال . ولو أراد المالك أن يتملك البناء والغراس بالقيمة ، أو يبقيهما أو الزرع بالأجرة ، فهل على الغاصب إجابته ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، كالمستعير ، وأولى ، لتعديبه . وأصحها : لا ، لتمكنه من القلع بلا غرامة . ولو غصب من رجل أرضاً وبذراً فزرعها به ، فللمالك أن يكلفه إخراج البذر من الأرض وبفرمه أرض النقص ، وليس للغاصب إخراجه إذا رضي به المالك .

الصورة الثانية : إذا زوَّق الأرض المنصوبة ، نظر ، إن كان بحيث لو نزع ، لحصل منه شيء ، فللمالك إجباره على النزع . فإن تركه الغاصب ليدفع عنه كلفة النزع ^(١)، فهل يجبر المالك على قبوله ؟ وجهان. ولو أراد الغاصب نزع ، فله ذلك ، وسواء كان المزروع قيمة ، أم لا ، فإن نزع فنقصت عما كانت قبل التزويق ، لزمه الارش . أما إذا كان التزويق تمويهاً لا يحصل منه عين بالنزع ، فليس للغاصب النزع إن رضي المالك . وهل للمالك إجباره عليه ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، لانه قد يريد تغريمه أرض النقص الحاصل بإزالته . وأصحها : لا ، كالثوب إذا قصّره. إذا ثبت هذا ، عدنا إلى الصبغ فنقول: للصبغ الذي يصبغ به المنصوب، ثلاثة أحوال. الاول : أن يكون للغاصب ، فينظر، إن كان الحاصل تمويهاً محضاً ، فحكمه ما ذكرناه في التزويق . وإن حصل فيه عين مال بالانصبغ ، فهو ضربان .

الأول : إذا لم يمكن فصله ، فقولان . القديم : أنه يفوز به صاحب الثوب /

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : فإن تركه الغاصب لا لتدفع عنه كلفة النزع .

تشبيهاً له بالسِّمين . والمشهور : أنها شريكان ، فينظر ، إن كانت قيمة الثوب مصبوغاً مثل قيمته ، وقيمة الصبغ قبل الصبغ جميعاً ، بأن كانت قيمة الثوب عشرة ، وقيمة الصبغ عشرة ، وصار يساوي مصبوغاً عشرين ، فهو بينها بالسوية . فلو رغب فيه راغب بثلاثين ، كانت بينها نصفين . وإن نقصت قيمته مصبوغاً عنها ، بأن صارت قيمته في الصورة المذكورة خمسة عشر ، فقد أطلق الاكثرون : أن النقص محسوب من الصبغ ، لأن الثوب هو الاصل ، والصبغ وإن كان عيناً ، فهو تابع ، فيكون الثوب المصبوغ بينها أثلاثاً ، الثلاثان للمقصوب منه . وفيه الشامل ، و « التمة » : أنه إن كان النقص لانخفاض سعر الثياب ، فالنقص محسوب من الثوب . وإن كان لانخفاض سعر الاصباغ ، فمن الصبغ . وكذا لو كان النقص بسبب العمل . ويمكن أن يكون هذا التفصيل مراد من أطلق . وإن كانت قيمته بعد الصبغ عشرة ، انحق الصبغ ، ولا حق فيه للغاصب . وإن نقصت قيمته مصبوغاً عن قيمة الثوب ، فصار يساوي ثمانية ، فقد ضاع الصبغ ونقص من الثوب درهماً ، فبرده مع درهين . وإن زادت قيمته مصبوغاً عليها ، بأن صار ثلاثين ، فمن أطلق الجواب في طرف النقص ، أطلق هنا أن الزيادة بينها على نسبة مائتيها . ومن فصل قال : إن كان ذلك لارتفاع سعر الثياب ، فالزيادة لصاحب الثوب ، وإن كان لارتفاع سعر الاصباغ ، فهي للغاصب ، وإن كان للعمل والصنعة ، فهي بينها ، لأن الزيادة بفعل الغاصب تحسب للمقصوب منه .

الضرب الثاني : إذا أمكن فصله عن الثوب ، فقد حكى قول عن القديم : أنه إن كان المفضول لقيمة له ، فهو كالسِّمين ، والمشهور أنه ليس كالسِّمين ، فلا يفوز به المنصوب منه . وهل يملك إجبار الغاصب على فصله ؟ وجهان . أحدهما عند العراقيين : لا . وأصحهما : عند البغوي وطائفة : نعم ، واختاره الامام ، ونقل القطاع

به عن المراززة . وإنما الخلاف ، فيما إذا كان الغاصب يخسر بالفصل خسرانا بيّناً ، وذلك ، قد يكون لصياع المنفصل بالكلية ، وقد يكون لحقارته بالاضافة إلى قيمة الصبغ . ومن جملة الضياع ، أن يحدث في الثوب نقص بسبب الفصل لا تنفي بأرشه قيمة المفصول . ولورضي المغصوب [منه] ببقاء الصبغ وأراد الغاصب فصله ، فله ذلك إن لم ينقص الثوب ، وكذا إن نقص على الأصح . وإن تراضيا [على] ترك الصبغ بحاله ، فيها شريكان . وكيفية الشركة ، كما سبق في الضرب الأول .

فرع

لو ترك الغاصب الصبغ للمالك ، فهل يجبر كالنعل في الدابة المردودة بالعيب لأنه تابع ، أم لا ، كالبناء والغراس إذا تركه الغاصب ؟ وجهان . قال الروباني : أصحابهما : الأول . قال الرافعي : بل الثاني أقيس وأشبهه .

قلت : الثاني أصح . ومن صححه ، صاحب التنبيه ، قال الجرجاني : ويجري الوجهان فيما لو غصب باباً وسمّره بمسامير للغاصب وتركها للمالك . والله أعلم

ثم قيل : الوجهان فيما إذا أمكن فصل الصبغ ، وفيما إذا لم يمكن . والأصح : تخصيصها بما إذا أمكن وقلنا : إن الغاصب يجبر على الفصل ، وإلا ففيها شريكان لا يجبر واحد منهما على قبول هبة الآخر . وعلى هذا ، فطريقان . أحدهما : أن الوجهين فيما إذا كان يتضرر بالفصل ، إما لِمَا يناله من التعب ، وإما لأن المفصول يضيع كله أو أكثره ، فإن لم يكن كذلك ، لم يجب القبول بحال . والثاني : أن الوجهين فيما إذا

كان الثوب ينقص بالفصل تقصاً لا تفي بأرشفه قيمة الصبغ المفضول ، فان وقت ، لم يجب القبول بحال وإن تب أو ضاع معظم المفضول . قال الامام : وإذا قلنا : يجب القبول على المفضوب منه ، لم يشترط تلفه بطله بالقبول . وأما الغاصب ، فلا بد من لفظ من جهته يشعر بقطع الحق ، كقوله : أعرضت عنه ، أو تركته ، أو أبرأته عن حقي ، أو أسقطته ، قال : ويجوز أن يعتبر اللفظ المشعر بالتملك .

فرع

لو بذل المفضوب منه قيمة الصبغ ، وأراد أن يملكه على الغاصب ، فهل يجب إليه ؟ فيه أوجه - سواء كان الصبغ يمكن فصله ، أم لا - أحدهما : نعم كالنراس في المارية . وأصحها : لا ، لأن المير لا يتمكن من القلع مجاناً فكان محتاجاً إلى التملك بالقيمة ، وهنا بخلافه . والثالث : إن كان الصبغ بحيث لو فصل لم يحصل منه شيء ينتفع به ، فنعم ، وإلا ، فلا .

فرع

متى اشتركا في الثوب المصبوغ ، فهل لأحدهما الانفراد ببيع ملكه [منه] ؟ وجهان ، كببيع دار لا يمر لها . والأصح : المنع . ولو أراد مالك الثوب البيع ، ففي « المذهب » و « التهذيب » : أنه يجبر الغاصب على موافقته وبيع ، وإن أراد الغاصب البيع ، لم يجبر صاحب الثوب على الأصح ، إلا يستحق بتعديّه إزالة ملك غيره . وفي « النهاية » : القطع بأن واحداً منها لا يجبر كسائر الشركاء .

الحال الثاني : أن يكون الصبغ مفضوباً من غير مالك الثوب ، فان لم يحدث بفعله نقص ، فلا غرم عليه ، وهما شريكان في الثوب المصبوغ كما سبق في المالك

والغاصب . وإن حدث ، نظر ، إن كانت قيمته مصبوغاً عشرة ، والتصوير كما سبق ، فهو لصاحب الثوب ، ويغرم الغاصب الصبغ للآخر . وإن كانت خمسة عشر ، فوجهان . أحدهما : [يكون] الثوب بينهما نصفين ، وبرجمان على الغاصب بخمسة . وأصحها : أثلاثاً على ما سبق في الحال الأول . فإن كان مما يمكن فصله ، فلها تكليف الغاصب الفصل . فإن حصل بالفصل نقص فيها أو في أحدهما عما كان قبل أن يصبغ ، غرمه الغاصب ، ولصاحب الثوب وحده طلب الفصل أيضاً إذا قلنا : المالك يجبر الغاصب عليه في الحال الأول . هذا إذا حصل بالانصباع عين مال في الثوب . فإن لم يحصل إلا تمويه ، فالحكم كما سبق في التزويق .

فرع

يقاس بما ذكرناه في الحالتين ثبوت الشركة فيما إذا طيّر الربح ثوب إنسان في أجانة صباغ ، فانصبغ ، لكن ليس لأحدهما أن يكلف الآخر الفصل ولا التفريم إن حصل نقص في أحدهما ، إذ لا تعدّي . ولو أراد صاحب الثوب تملك الصبغ بالقيمة ، فعلى ما سبق .

الحال الثالث : أن يكون الصبغ مفصوباً من مالك الثوب أيضاً . فإن لم يحدث بفعله نقص ، فهو للمالك ، ولا غرم على الغاصب ، ولا شيء له إن زادت القيمة ، لأن الموجود منه أثر محض . وإن حدث بفعله نقص ، ضمن الأرض ، وإذا أمكن الفصل ، فللمالك إجباره عليه . وليس للغاصب الفصل إذا رضي المالك .

فرع

إذا كان الصبغ للغاصب وقيمته عشرة ، وقيمة الثوب عشرة ، فباعت قيمة الثوب مصبوغاً

ثلاثين، ففصل الغاصب الصبغ ، ونقصت قيمة الثوب عن عشرة، لزمه ما نقص، وكذا ما نقص عن خمسة عشر إن فصل بغير إذن المالك وطلبه ، وإن فصل بأذنه ، لم يلزمه إلا نقص العشرة . ولو عادت قيمته مصبوغاً إلى عشرة لانخفاض السعر ، وكان النقص في الثياب والاصباغ على نسبة واحدة، فالثوب بينها بالسوية كما كان ، والنقص داخل عليها جميعاً ، وليس على الغاصب غرامة ما نقص مع رد العين، لكن لو فصل الصبغ بعد رجوع القيمة إلى عشرة ، فصار الثوب يساوي أربعة ، غرم ما نقص ، وهو خمس الثوب بأقصى القيم . والمعتبر في الأقصى خمسة عشر إن فصل بنفسه ، وعشرة إن فصل بطلب المالك .

فصل

إذا خلط المغصوب بغيره ، فقد يتمدّد التمييز بينها، وقد لا . وإذا تمذر ، فقد يكون ذلك الغير من جنسه ، وقد ، لا . فان كان كالزيت بالزيت، والحنطة بالحنطة، نظر ، فان خلطه بأجود من المغصوب أو مثله ، أو أردأ منه ، فالذهب النص أنه كالهالك حتى يتمكن الغاصب من أن يعطيه قدر حقه من غير المخلوط . وقيل : قولان . أحدهما : هذا . والثاني: يشتركان في المخلوط ، ويرجع في قدر حقه من نفس المخلوط . وقيل : إن خلط بالمثل ، اشتركا ، وإلا ، فكالهالك . فان قلنا : كالهالك ، فللغاصب دفع المثل من غير المخلوط ، وله دفعه منه اذا خلطه بالأجود أو بالمثل ، وليس له دفع قدر حقه من المخلوط بالأردأ، إلا أن يرضى المالك . واذا رضي، فلا أرش له كما إذا أخذ الرديء من موضع آخر . وان قلنا بالشركة ، فان خلط بالمثل ، فقد رزيت من المخلوط له . وإن خلط بالأجود، بأن خلط صاعاً قيمته درهم ، بصاع قيمته درهمان ، نظر ، إن أعطاه صاعاً من المخلوط ، أجبر المالك على قبوله ، وإلا

فبيع الخلوط ويقسم الثمن بينها أثلاثاً، فإن أراد قسمة عين الزيت على نسبة القيمة، فالشهور : أنه لا يجوز، وفي قول رواه البويطي : يجوز ، وفي وجه : يكلف الغاصب تسليم صاع من الخلوط ، لأن اكتساب المصوب صفة الجودة بالخلط ، كزيادة متصلة. وإن خلط بالأردإ ، بأن خلط صاعاً [قيمته درهمان بصاع] قيمته درهم ، أخذ المصوب منه صاعاً من الخلوط مع أرش النقص ، لأن الغاصب متمدد بالخلط ، بخلاف المفلس إذا خلط بالأردإ ، فإن البائع إذا رجع بصاع من الخلوط لأرشد له ، لعدم التعدي، فإن اتفقا على بيع الخلوط وقسمة الثمن أثلاثاً ، جاز ، وإن أراد قسمة الزيت على نسبة القيمتين ، فقييل : هو على الخلاف في طرق الأجود ، وقيل : بالمنع قطعاً .

فرع

خلط الخل بالحلل ، واللبن باللبن ، كخلط الزيت بالزيت . وإن خلط الدقيق بالدقيق ، فإن قلنا : هو مثلي ، فكالزيت بالزيت . وإن قلنا : متقوّم ، فإن قلنا : المختلط هالك ، فالواجب على الغاصب القيمة . وإن قلنا : بالشركة ، يبيع وقسم الثمن بينهما على قدر القيمتين . فإن أراد قسمة عين الدقيق على نسبة القيمتين ، وكان الخلط بالأجود أو الأردإ ، فعلى ما ذكرنا في خلط الزيت بالزيت . وإن كان الخلط بالمثل ، جازت القسمة إن جعلناها إفرازاً . وإن جعلناها بيعاً ، لم يجز ، لأن بيع الدقيق بالدقيق لا يجوز .

فرع

خلط [المصوب] بغير الجنس، كزيت بشيرج أو دهن جوز، أو دقيق حنطة بدقيق شعير، فالنصوب هالك لبطالان فائدة خاصيته ، بخلاف الجيد بالرديء . وقيل : هو على الخلاف

السابق ، واختار المتولي الشركة هناك وهنا ، وقال : إن تراضيا على بيع المخلوط وقسمة الثمن ، جاز ، وإن أراد قسمته ، جاز ، وكان المنصوب منه باع ما يصير في يد الغاصب من الزيت بما يصير في يده من الشيرج . قال الامام : وألحق الأصحاب بخلط الزيت بالشيرج لت' السؤوب بالزيت ، وهو بعيد ، وإنما هو كصبغ الثوب .

فرع

إذا لم يتعذر التمييز ، لزم الغاصب التمييز وفصله بالالتقاط وإن شق ، سواء خلط الجنس كالحنطة البيضاء بالحمراء ، أو بغيره كالحنطة بالشعير .

فرع

إذا خلط الزيت بالماء ، وأمكن التمييز ، لزمه التمييز وأرش النقص إن نقص ، وإلا ، فهو كخلطه بالشيرج ، إلا أن لا تبقى له قيمة ، فيكون هالكاً قطعاً . فان حصل فيه - مميّزاً كان أو غيره - نقصٌ سارٍ ، فقد سبق حكمه .

فصل

إذا غصب خشبة وأدخلها في بناء ، أو بنى عليها ، أو على آجر منصوب ، لم يملكها ، بل عليه إخراجها وردّها الى المالك ما لم تعفن . فان عفنت بحيث لو أخرجت لم يكن لها قيمة ، فهي هالكة . فإذا أخرجها قبل العفن وردّها ، لزمه أرش النقص وإن نقصت . وفي الأجرة ما ذكرناه في إبلاء الثوب بالاستعمال . ولو أدخل لوحاً منصوباً في سفينة ، نظر ، ان لم يخف من النزع هلاك نفس ولا مال ، بأن كانت

على الأرض ، أو مرساة على الشط ، أو أدخله في أعلاها ولم يخف من نزع غرقاً ،
أو لم يكن فيها نفس ولا مال ، ولا خيف هلاك السفينة نفسها ، لزمه نزع ورده ،
فإن كان في لجة [البحر] وخيف من النزع هلاك حيوان محترم ، سواء كان آدمياً
الغاصب أو غيره ، أو غير آدمي ، لم ينزع حتى تصل الشط . وإن خيف من
النزع هلاك مال ، إما في السفينة ، وإما [في] غيرها ، [فهو ، إما] للغاصب ، أو لمن وضع ماله
فيها وهو يعلم أن فيها لوحاً مفصوباً ، [فإن كان لهما] ففي نزع وجهان . أحدهما عند الامام :
النزع ، كما يهدم البناء لرد الخشبة . وأصحها عند ابن الصباغ وغيره : لا ينزع ، لأن
السفينة لا تدوم في البحر ، فيسهل الصبر إلى الشط . وإن كان لغيرهما ، لم ينزع قطعاً .

قلت : الأصح عند الأكثرين ما صححه ابن الصباغ . والله أعلم

وحيث لا ينزع إلى الشط ، فتؤخذ القيمة للحيولة إلى أن يتيسر النزع ،
فحينئذ يردّ اللوح مع أرش النقص ويسترد القيمة . وإن قلنا : لا يبالي في النزع
بهلاك مال الغاصب فاختلفت التي فيها اللوح بسفن للغاصب ، ولا يوقف على اللوح
إلا ينزع الجميع ، فهل ينزع الجميع ؟ وجهان .

قلت : كذا أطلقوا الوجهين بلا ترجيح ، وينبغي أن يكون أرجحها عدم النزع .

والله أعلم

فرع

الخيطة المفصوب ، إن خيط به ثوب ونحوه ، فالحكم كما في البناء على الخشبة .
وإن خيط به جرح حيوان ، فهو قسهان . محترم ، وغيره . والمحترم نوعان .
آدمي وغيره .

أما الآدمي : فإن خيف من نزع هلاكه ، لم ينزع ، وعلى الغاصب قيمته . ثم إن خط جرح نفسه ، فالضمان مستقر عليه . وإن خاط جرح غيره باذنه وهو عالم بالغصب ، فقرار الضمان على المجروح . وإن كان جاهلاً ، فعلى الخلاف فيما إذا أطعم المصوب رجلاً . وفي معنى خوف الهلاك ، خوف كل محذور يجوز المدول إلى التيمم من الوضوء (١) وفقاً وخلافاً .

وأما غير الآدمي ، فضربان . مأكول ، وغيره . فقيره ، له حكم الآدمي ، إلا أنه لا اعتبار ببقاء الشئ [فيه] . وأما المأكول ، فإن كان لغير الغاصب ، لم ينزع ، وإن كان للغاصب ، فقولان . وقيل : وجهان . أظهرهما : لا يذبح كغير المأكول . وإذا مات الحيوان وفيه الخيط ، فإن كان غير آدمي نزع ، وكذا إن كان آدمياً على الأصح .

وأما غير المحترم ، فلا يبيح بهلاكه ، فينزع منه الخيط . ومن هذا القسم : الخنزير ، والكلب المقور ، وكذا الكلب الذي لا منفعة فيه ، قاله الامام . وكذا المرتد على المذهب ، وبه قطع الأكثرون . وذكر الامام فيه وجهين ، وادعى أن الأوجه : منع النزع ، لأن المثلة بالمرتد محرمة ، بخلاف المثلة بالميت ، لأننا نتوقع عود المرتد إلى الاسلام . ومن هذا القسم الحربي . وأما الزاني المحصن ، والمحارب ، فقال المنولي : هما على الوجهين فيما إذا مات وفيه الخيط ، لأن تفويت رُوحه مستحق ، وحيث قلنا : لا ينزع ، يجوز غضب الخيط ابتداءً ليخاط به الجرح إذا لم يوجد خيط حلال . وحيث قلنا : ينزع ، لا يجوز .

قلت : وحيث بلي الخيط ، فلا نزع مطلقاً ، بل تجب القيمة . والله أعلم

(١) في الأصل : يجوز المدول من التيمم إلى الوضوء ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

فرع

حصل فصيل^(١) رجل في بيت رجل ، ولم يمكن إخراجه إلا بنقض البناء ، فإن كان بتفريط صاحب البيت ، بأن غصبه وأدخله ، نقض ولم يفرم صاحب الفصيل شيئاً . وإن كان بتفريط صاحب الفصيل ، نقض البناء ، ولزمه أرش النقص . وإن دخل بنفسه ، نقض أيضاً ، ولزم صاحب الفصيل أرش النقص على المذهب ، وبه قطع المراقبون . وقيل : وجهان . ثانيهما : لا أرش عليه .

فرع

وقع دينار في محبرة ، ولا يخرج إلا بكسرها ، فإن وقع بفعل صاحب المحبرة عمداً أو سهواً ، كسرت ، ولا غرم على صاحب الدينار ، وإن وقع بفعل صاحبه ، أو بلا تفريط من أحد ، كسرت ، وعلى صاحبه الأرش . وقال ابن الصباغ : إذا لم يفرط أحد ، وانتمز صاحب المحبرة ضمان الدينار ، ينبغي أن لا تكسر ، لزوال الضرر بذلك ، وهذا الاحتمال عائد في صورة البيت والفصيل .

فرع

أدخلت بهيمة رأسها في قيد ، ولم يخرج إلا بكسرها ، فإن كان معها صاحبها ، فهو مفرط بترك الحفظ . فإن كانت غير مأكولة ، كسرت القدر ، وعليه أرش النقص . وإن كانت مأكولة ، ففي ذبحها وجهان ، كسأله الخيط . وإن لم يكن معها أحد ، فإن فرط صاحب القدر ، بأن وضع القدر في موضع لا حق له فيه ، كسرت ، ولا أرش له . وإن لم يفرط ، كسرت ، وغرم صاحب البهيمة الأرش ، ولم

(١) الفصيل : ولد الناقة ، سمي بذلك ، لأنه يفصل عن أمه ، فهو فصيل بمعنى مفعول ، والجمع فصائل بضم الفاء وكسرها ، وقد يجمع على فصائل بكسر الفاء .

يذكروا هذا التفصيل بين المأكول وغيره في مسألة الفصيل ، والوجه: التسوية .

فرع

سيأتي إن شاء الله تعالى القول في أن ما تلتفه البهيمة ، متى يضمنه مالها في بابه . فإذا ابتلعت شيئاً واقتضى الحال الضمان، يُنظر ، إن كان مما يفسد بالابتلاع، ضمنه . وإن كان مما لا يفسد، كاللؤلؤ ، فإن كانت غير مأكولة ، لم تذبح، وغرم قيمة المبتلع، للحيلولة . وإن كانت مأكولة ، ففي ذبحها الوجهان .

فرع

لو باع بهيمة بشمن مميّش ، فابتلعته ، فإن لم يكن الثمن مقبوضاً ، انفسخ البيع ، وهذه بهيمة لبائعها ابتلعت مال المشتري ، إلا أن يقتضي الحال وجوب الضمان على صاحب البهيمة ، فيستقر العقد ، ويكون ما جرى قبضاً للثمن بناءً على أن إتلاف المشتري قبضٌ منه . وإن كان الثمن مقبوضاً ، لم ينفسخ البيع ، وهذه بهيمة للمشتري ابتلعت مال البائع .

فصل

غضب زَوْجِي خَفَرٍ قيمتها عشرة ، فرد أحدهما وقيمه ثلاثة، وتلف الآخر، يلزمه سبعة قطعاً، لأن بعض المنصوب تلف، وبعضه نقص. ولو أتلّف أحدهما، أو غصبه وحده وتلف ، وعادت قيمة الباقي إلى ثلاثة ، ففيه أوجه . أصحابها عند الشيخ أبي حامد ومن تابعه : يلزمه سبعة . وأصحابها عند الإمام ، والبنغوي : خمسة ، كما

لو أنلف رجل أحدهما، وآخر الآخر، فإن كلاهما يضمن خمسة . والثالث : يلزمه ثلاثة ، لأنها قيمة ما أنلفه . ولو أخذ أحدهما بالسرقة، وقيمته مع نقص الباقي نصاب، لم يقطع بلا خلاف .

قلت : الأقوى ، ما صححه الامام ، وإن كان الأكثرون على ترجيح الأول وعليه العمل . ويخالف المقيس عليه ، فإنه لا ضرر على المالك هناك . وصورته : أنها أنلفاها دفعة واحدة . فإن تماقبا ، لزم الثاني ثلاثة . وفي الأول ، الخلاف . وفي الصورة الأولى إذا غضبها مما وجه في التنبيه ، و التهمة : أنه يلزمه ثلاثة ، وهو غريب . والله أعلم

الطرف الثالث : فيما يترتب على تصرفات الغاصب . وفيه مسائل .

إحداها : إذا اتجر الغاصب في المال المنصوب ، فقولان . الجديد : أنه إن باعه أو اشترى بعينه ، فالتصرف باطل . وإن باع سلهاً أو اشترى في الذمة وسلم المنصوب فيه ، فالعقد صحيح ، والتسليم فاسد ، فلا تبرأ ذمته مما التزم ، ويملك الغاصب ما أخذ ، وأرباحه له . والتقديم : أن يبيعه والشراء بعينه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك . فإن أجاز ، فالربح له . وكذا إذا التزم في الذمة وسلم المنصوب ، تكون الأرباح للمالك ، وهذه المسألة سبق ذكرها في البيع ، ويتم شرحها في القراض إن شاء الله تعالى . والفرض هنا ، أن ما ذكره بعدها مفرع على الجديد ، وهو الأظهر .

الثانية : وطىء الغاصب المنصوبة ، فإن كانا جاهلين بتحريم الوطء ، فلا حد عليهما ، وعليه المهر للسيد ، وكذا أرض البكارة إن كانت بكرراً . ثم هل يفرد الأرض فنقول : عليه مهر ثيب ، والأرض ؟ أم لا يفرد ، فنقول : مهر بكر ؟ وجهان . أصحهما : الأول . والوجه ، أن يقال : إن اختلفت القدار بالاعتبارين ، وجب الزائد ، وقد أشار الامام إليه ، وإلا ، ففيه الوجهان . وإن كانا عالين بالتحريم ،

نظر ، إن كانت الجارية مكرهة ، فعلى الغاصب الحد والمهر ، ويجب أرش البكارة إن كانت بكرأ . وإن كانت طائعة ، فعليها الحد ، ولا يجب المهر على الصحيح المنصوص . وقيل : على المشهور . ويجب أرش البكارة إن كانت بكرأ إذا قلنا : يفرد عن المهر ، وإلا ، ففي وجوب الزائد على مهر مثلها وهي ثيب ، وجهان . أحدهما : لا يجب ، كما لو زنت الحرة وهي طائعة وهي بكر . والثاني : يجب ، كما لو أذنت في قطع طرف منها . وإن كان الغاصب عالماً دونها ، فعليه الحد وأرش البكارة إن كانت بكرأ ، والمهر . وإن كانت عالمة دونه ، فعليها الحد ودونه إن طاوعته ، ويجب المهر إن كانت مكرهة ، وإلا ، فعلى الخلاف . ثم الجهل بتحريم الوطء ، قد يكون للجهل بتحريم الزنا مطلقاً ، وقد يكون لتوهم حليتها خاصة لدخولها بالنصب في ضمانه ، ولا تقبل دعواهما إلا من قريب العهد بالاسلام ، أو من نشأ في موضع بعيد عن المسلمين ، وقد يكون لاشتباهها عليه وظنه أنها جاريته ، فلا يشترط لقبول دعواه ما ذكرناه .

الثالثة : إذا وطء المشتري من الغاصب ، فالقول في وطئه في حالتي العلم والجهل ما ذكرنا في الغاصب ، إلا أن جهل المشتري قد ينشأ من الجهل بكونها مفضوبة أيضاً ، فلا يشترط في دعواه الشرط السابق . وإذا غرم المشتري المهر ، فسيأتي القول في ورجوعه [به] على الغاصب . وهل للمالك مطالبة الغاصب به ابتداءً ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، وهو مقتضى كلام الجمهور . وأشار الامام إلى جريان الوجهين ، سواء قلنا : يرجع المشتري بالمهر على الغاصب ، أم لا . وقال : إذا قلنا : لا رجوع ، فظاهر القياس : أنه لا يطالب . وإذا قلنا بالرجوع ، فالظاهر المطالبة ، لاستقرار الضمان عليه ، وطرد الخلاف في مطالبة الغاصب بالمهر إذا وطئت بالشبهة .

فرع

إذا تكرر وطء الغاصب أو المشتري منه ، فإن كان في حال الجهل ، لم يجب إلا مهر ، لأن الجهل شبهة واحدة مطردة ، فأشبهه الوطاء في نكاح فاسد مراراً . وإن كان عالماً ، وجب المهر ، لكونها مكرهة . أو قلنا بالوجوب مع طاعتها ، فوجهان ، أحدهما : الاكتفاء بمهر . وأصحها : يجب لكل مرة مهر . وإن وطئها مرة عالماً ، ومرة جاهلاً ، وجب مهران .

فرع

هذا الذي ذكرنا ، فيما إذا لم يكن الوطاء محبلاً . [أما] إذا أحبل الغاصب أو المشتري منه ، نظر ، إن كان عالماً بالتحريم ، فالولد رقيق للمالك غير نسيب ، لكونه زانياً . فإن انفصل حياً ، فهو مضمون على الغاصب ، أو ميتاً بجناية ، فبدله لسيده ، أو بلا جناية ، ففي وجوب ضمانه على الغاصب ، وجهان . أحدهما وهو ظاهر النص : الوجوب ، لثبوت اليد عليه تبعاً للأم ، وبه قال الاغاضي ، وابن سلمة ، واختاره الفقهاء . وبالمنع قال أبو إسحاق ، واختاره أبو محمد ، والامام ، والبنغوي ، لأن جنائته (١) غير متيقنة ، وسبب الضمان هلاك رقيق تحت يده . ويجري الوجهان في حمل البهيمة المنصوبة إذا انفصل ميتاً ، فإن أوجبنا الضمان ، فهو قيمته يوم الانفصال لو كان حياً في ولد الجارية والبهيمة جميعاً ، وخرج الامام وجهاً في ولد الجارية أنه يضمن بعشر قيمة الأم ، تنزيلاً للغاصب منزلة الجاني . أما إذا كان الواطئ جاهلاً بالتحريم ، فالولد نسيب حر للشبهة ، وعليه قيمته للمالك الجارية يوم الانفصال إن انفصل حياً .

(١) في نسخة : لأن حياته .

فإن انفصل ميتاً بنفسه ، فالصحيح : أنه لا قيمة عليه ، وإن كان بجناية ، فعلى الجاني ضمانه ، وللمالك تضمين الغاصب ، لأن له بدله ، فقوّم عليه ، ثم الواجب على الجاني الغرّة ، والمالك عشر قيمة الأم . فإن استويا ، ضمن الغاصب للمالك عشر قيمة الأم . وإن كانت قيمة الغرّة أكثر ، فكذلك ، والزيادة تستقر له بحق الارث . وإن نقصت الغرّة عن العشر ، فوجهان . أحدهما : أنه يضمن المالك تمام العشر . والثاني : لا يضمن إلا قدر الغرّة . ولو انفصل ميتاً بجناية الغاصب ، لزمه الضمان . ولو أجبل الغاصب ومات وترك أباه ، ثم انفصل الحنين ميتاً بجناية ، فالغرّة لجده الطفل . ثم عن القاضي حسين : أنه يضمن للمالك ما كان يضمنه الغاصب . وعنه : أنه لو كان مع الغاصب أم أم الحنين ، فورثت سدس الغرّة ، قطع النظر عنه ، ونظر إلى عشر قيمة الأم وخمسة أسداس الغرّة ، وكأنها كل الغرّة ، والجوابان مختلفان ، فرأى الامام لإثبات احتمالين في الصورتين ، ينظر في أحدهما ، إلى أن من يملك الغرّة ، ينبغي أن يضمن للمالك ، ويستبعد في الآخر تضمين من لم يغصب . قال المتولي : الغرّة تجب مؤجلة ، وإنما يغرم الغاصب عشر قيمة الأم إذا أخذ الغرّة . وتوقف الامام فيه . هذا هو الصحيح المعروف في الولد المحكوم بحريته . وفي وجه : لا ينظر إلى عشر قيمة الأم ، بل تعتبر قيمته لو انفصل حياً . وفي وجه : يغرم الغاصب للمالك أكثر الأمرين من قيمة الولد والغرّة . ودعوى الجهل في هذا ، كدعواه إذا لم تجبل على ماسبق . وحكى المسمودي خلافاً في قبولها لحرية الولد ، وإن قبلت لدفع الحد . ويجب في حالي العلم والجهل أرش نقص الجارية إن نقصت بالولادة ، فإن تلفت عنده ، وجب أقصى القيم ، ودخل فيه نقص الولادة وأرش البكارة . ولو ردها وهي حبلى ، فماتت في يد المالك بالولادة ، قال أبو عبد الله القطان في « المطارحات » : لا شيء عليه في صورة العلم ، لأن الولد ليس منه حتى يقال : ماتت بولادة ولده . ونقل في صورة الجهل قولين ، وأطلق المتولي القولين بوجوب الضمان .

قلت : الأصح : قول المتولي . والله أعلم

فرع

لو وطئ الغاصبُ باذن المالك ، فحيث قلنا : لا مهر إذا لم يأذن ، فهنا أولى ، وإلا ، فقولان محافظة على حرمة البضع . وفي قيمة الولد ، طريقان . قيل : كالمهر ، وقيل : يجب قطعاً ، لأنه لم يصرح بالاذن في الاحبال .

فصل

فيما يرجع به المشتري على الغاصب إذا غرمه المالك

وفيه فروع .

الأول : إذا تلفت العين المغصوبة عند المشتري ، ضمن قيمتها أكثر ما كانت من يوم قبضها إلى التلف ، ولا يضمن زيادة كانت في يد الغاصب ، ولا يرجع بما ضمنه عالماً كان أو جاهلاً . وعن صاحب « التقريب » : أنه يرجع من الم فروم بما زاد على قدر الثمن ، سواء اشتراه رخيصةً ، أم زادت قيمته ، وهو شاذ .

الثاني : إذا تبيّن المغصوب عند المشتري بعمى أو شلل أو نحوهما ، فإن كان بفعل المشتري ، استقر ضمانه عليه ، وكذا لو أتلّف الجميع . وإن كان بآفة سماوية ، فقولان . أظهرهما : لا يرجع على الغاصب ، وبه قطع المراقبون والأكثر .

الثالث : منافع المغصوب ، يضمنها المشتري للمالك بأجرة مثلها ، سواء استوفاه بالسكون^(١) والركوب واللبس ونحوها ، أم فانت تحت يده ، ولا يرجع بما استوفاه ،

(١) في هامش نسخة الظاهرية ما نصه : لعله بالسكنى .

ولا بالمهر وأرش البكارة على الجديد الأظهر ، ويرجع بما تلف تحت يده على الأصح .

الرابع : لا يرجع بقيمة الولد المنعقد حراً على المذهب . وقيل : قولان . ويرجع بأرش نقص الولادة على المذهب ، وبه قطع المراقبون . وقيل : وجهان . ولو وهب الجارية المنصوبة ، فاستولدها المتهب جاهلاً بالحال ، وغرم قيمة الولد ، ففي رجوعه بها وجهان .

الخامس : إذا بنى المشتري أو غرس في المنصوبة ، فجاء المالك ونقض ، رجع بأرش النقصان على الغاصب على الأصح ، وبه قطع المراقبون . قال البغوي : والقياس : أن لا يرجع على الغاصب بما أنفق على العبد وما أدى من خراج الأرض ، لأنه شرع في الشراء على أنه يضمها .

السادس : لو زوج الغاصب المنصوبة ، فوطئها الزوج جاهلاً ، غرم مهر المثل للمالك ، ولا يرجع به على الغاصب ، لأنه شرع فيه على أن يضمن المهر . فلو استخدمها الزوج ، وغرم الاجرة ، لم يرجع ، لأنه لم يسلطه بالتزويج على الاستخدام ، بخلاف الوطء ، ويرجع بغرم المنافع التالفة تحت يده ، لأنه لم يستوفها ، ولم يشرع على أن يضمن . والقول في قيمتها لو تلفت في يده ، سبق ، فإن غرمها ، رجع بها . قال الاصحاب : وضابط هذه المسائل ، أن ينظر فيما غرمه من أثبت (١) يده على [يد] الغاصب جاهلاً . فإن دخل على أن يضمه ، لم يرجع ، وإن شرع على أن لا يضمه ، فإن لم يستوف ما يقبله ، رجع به . وإن استوفاه ، فقولان . فلو غصب شاة فولدت في يد المشتري ، أو شجرة فأثمرت ، فأكل فائدتها وغرمها للمالك ، ففي رجوعه بما غرم على الغاصب قولان ، كالمهر . وإن هلك تحت يده ، فهي كالمنافع التي لم

(١) في نسخة الظاهرية : أثبتت يده ، وفي « شرح الوجيز » من ترتب يده .

يستوفها ، وكذا القول في الأكساب . ولو انفصل الولد ميتاً ، فالمذهب : أنه لا ضمان ، وكذا إذا انفصل ميتاً في يد الناصب . ولو استرضع المشتري الجارية في ولده أو ولد غيره ، وغرم أجرة مثلها ، ففي رجوعه بها قولان ، كالهر ، ويفرم المشتري اللبن وإن انصرف إلى مسخلتها وعاد نفعه إلى المالك ، كما لو غصب علفاً وعلف به بهيمة مالكة ، قال البغوي : وينبغي أن يرجع لأنه لم يدخل فيه على أن يضمه ، ولا عاد نفعه إليه . ولو أجر العين المنصوبة ، غرم المستأجر أجرة المثل للمالك ، ولم يرجع بها على الناصب ، ويسترد المسمى . ولو أعارها ، رجس المستعير بما غرم للمنافع الفائتة تحت يده . وفي الرجوع بما غرمه للمنافع المستوفاة ، القولان . وكذا ما غرم للأجزاء الثالثة بالاستعمال .

فرع

كل ما لو غرمه المشتري ، رجس به على الناصب . فإذا طوّل به الناصب وغرمه ، لم يرجع به على المشتري . وكل ما [لو] غرمه المشتري ، لم يرجع به على الناصب ، فإذا غرمه الناصب ، رجس به على المشتري . وكذا الحكم في غير المشتري ، بمن أثبت يده (١) على يد الناصب .

فرع

لو نقصت الجارية بالولادة ، والولد رقيق بقيت قيمته بنقصها ، لم ينجر به النقص ، بل يأخذ الولد والأرش .

(١) في نسخة الظاهرية : أثبت يده ، وفي « شرح الوجيز » تربت يده .

فصل

في مسائل منشورة تتعلق بالكتاب

إحداها : حمال تعب بخشبة ، فأسندها إلى جدار رجل ، فان لم يأذن مالكة ، ضمن الجدار إن وقع بأسناده ، وضمن ما تلف بوقوعه عليه . وإن وقعت الخشبة وأتلفت شيئاً ، ضمن إن وقعت في الحال . وإن وقعت بعد ساعة ، لم يضمن . وإن كان الجدار له أو لغيره ، وقد أذن في إسنادها إليه ، فكذلك يفرق بين أن تقع الخشبة في الحال أو بعد ساعة ، كفتح رأس الزق .

الثانية : غضب داراً فنقضها وأتلف النقص ، ضمن النقص وما نقص من قيمة العرصة . وهل يغرّم أجرة مثلها داراً إلى وقت النقص ، أم إلى وقت الرد ؟ وجهان .

الثالثة : غضب شاة وأزى عليها فحلاً ، فالولد للمفصوب منه . ولو غضب فحلاً وأزاه على شاته ، فالولد للغاصب ، ولا شيء عليه للأنزاء . فان نقصت قيمته ، غرم الأرش ، وينبغي أن يخرج وجوب شيء للأنزاء ، على الخلاف في صحة الاستئجار له .

قلت : هذا التفريع ، لا بد منه ، وإنما فرعوه على الأصح . والله أعلم

الرابعة : غضب جارية ناهداً ، فتدلى ثديها ، أو عبداً شاباً ، فشاخ ، أو أمرد ، فالتحى ، ضمن النقصان .

الخامسة : غضب خشبة فاتخذ منها أبواباً وسمرها بسماميره ، نزع السامير . فان

نقصت الأبواب به ، ضمن الأرض. ولو بدئها ، ففي إجبار المصوب منه على قبولها وجهان سبق نظرهما .

السادسة : غصب ثوباً ونجسه ، أو تنجس عنده ، لا يجوز له تطهيره ، ولا للمالك أن يكلفه تطهيره . فإن غسله فنقص ، ضمن النقص . ولو رده نجساً، فمؤنة التطهير على الغاصب. وكذا أرض النقص اللازم منه ، وتنجيس المائع الذي لا يمكن تطهيره ، إهلاك . وتنجيس الدهن ، مبني على إمكان تطهيره ، إن جوزناه، فهو كالثوب .

السابعة : غصب من الغاصب ، فأبرأ المالك الأول عن ضمان الغصب ، صح الإبراء ، لأنه مطالب بقيمته ، فهو كدين عليه . وإن ملكه العين المصوبة، برىء، وانقلب الضمان على الثاني حقاً له . وإن باعه لغاصب الغاصب ، أو وهبه له ، وأذن في القبض ، برىء الأول . وإن أودعه عند الثاني وقلنا : يصير أمانة في يده ، برىء الأول أيضاً . وإن رهنه عند الثاني ، لم يبرأ واحد منها .

الثامنة : إذا رد المصوب إلى المالك أو وكيله ، أو وليه ، برىء. ولو رد الدابة إلى اصطبله ، قال المتولي: برىء أيضاً إذا علم المالك به أو أخبره من يعتمد خبره ، ولا يبرأ قبل العلم والاخبار . ولو امتنع المالك من الاسترداد ، رفع الأمر إلى الحاكم .

التاسعة : لو أبرأ المالك غاصب الغاصب عن الضمان ، برىء الأول، لان القرار على الثاني ، والاول كالضامن ، كذا قاله القفال وغيره ، وهذا إن كان بعد تلف المال مبين ، وإن كان قبله ، فيخرج على صحة إبراء الغاصب مع بقاء المال في يده، وفيه خلاف سبق في كتاب الرهن، وبالله التوفيق .

قلت : لو غصب مسكاً أو عنبراً أو غيرها مما يقصد شمه ، ومكث عنده ، لزمه أجرته كالثوب والعبد ونحوهما . [ولو طرح في المسجد غلة أو غيرها وأغلقه ، لزمه أجره جميعه . وإن لم يخلقه ، لكن شغل زاوية منه ، لزمه أجره ماشغله وعن صرح بالمسألة الغزالي في « الفتاوى » ، قال : وكما يضمن أجزاء المسجد بالانلاف ، يضمن منفعة باتلافها] . والله أعلم

كتاب الشفعة

فيه ثلاثة أبواب .

الأول : فيما تثبت به الشفعة . وله ثلاثة أركان .

الأول : المأخوذ ، وله ثلاثة شروط .

الأول : أن يكون عقاراً قال الأصحاب : الأعيان ثلاثة أضرب . أحدها : المنقولات ، فلا شفعة فيها سواء بيعت وحدها أو مع الأرض . الثاني : الأرض ، تثبت الشفعة فيها سواء يبيع الشقص منها وحده ، أم مع شيء من المنقولات . الثالث : ما كان منقولاً ثم أثبت في الأرض للدوام كالأبنية والأشجار ، فإن بيعت منفردة ، فلا شفعة فيها على الصحيح ، وإن بيعت الأرض وحدها ، تثبت الشفعة فيها وصار الشفيع معه كالشترى . وإن بيعت الأبنية والأشجار مع الأرض ، إما صريحاً ، وإما على قولنا : تستبهما ، تثبت الشفعة فيها تبعاً للأرض . فلو كانت على الشجرة ثمرة مؤبّرة ، وأدخلت في البيع بالشرط ، لم تثبت فيها الشفعة ، لأنها لا تدوم في الأرض ، فيأخذ الشفيع الأرض والنخل بحصتها . وإن كانت غير مؤبّرة ، دخلت في البيع شرعاً ، وهل للشفيع أخذها ؟ وجهان أو قولان . أصحابنا : نعم . فعلى هذا ، لو لم يتفق الأخذ حتى تأبّرت ، أخذها أيضاً على الأصح . والثاني : لا يأخذها . فعلى هذا ، فيما يأخذ به الأرض والنخل ؟ وجهان . أصحابنا : بحصتها من الثمن كالمؤبّرة . والثاني : بجميع الثمن ، تنزيلاً له منزلة عيب يحدث . وإن كانت النخل حائلة عند البيع ، ثم حدثت الثمرة قبل أخذ الشفيع ، فإن كانت مؤبّرة ، لم يأخذها ، وإلا ، أخذها على الظاهر ، وإذا بقيت الثمار للمشتري ، لزم الشفيع إبقاؤها إلى الإدراك . وهذا إذا بيعت الأشجار مع البياض المتخلل لها ،

أو يبيع البستان كله . أما إذا بيعت الأشجار ومغارسها فقط ، أو يبيع الجدار مع الأرض ، فلا شفعة على الأصح ، لأن الأرض تابعة هنا ، والمتبوع منقول .

فرع

إذا باع شقصاً فيه زرع لا يجرّ مراراً [وأدخله في البيع بالشرط ، أخذ الشفع بالشفقة بحصته من الثمن ولا يأخذ الزرع . وإن كان مما يجرّ مراراً] ، فالجزء الظاهرة لا تدخل في البيع المطلق كالثمرة المؤبّرة ، والأصول كالأشجار .

فرع

[ما] دخل في مطلق بيع الدار من الأبواب ، والرفوف ، والمسامير ، تؤخذ بالشفقة تبعاً ، كالأبنية ، وكذا الدولاب الثابت في الأرض ، سواء أداره الماء ، أم غيره ، بخلاف الدلو والمنقولات . ولو باع شقصاً من طاحونة ، وقلنا : يدخل الحجر الأسفل والاعلى في البيع ، أخذ الأسفل بالشفقة ، وفي الاعلى وجهان كالثمار التي لم تؤبر . الشرط الثاني : كون المقار ثابتاً . فلو باع شقصاً من غرفة مبنية على سقف لاحدهما أو لغيرهما ، فلا شفعة ، إذ لا قرار لها . فلو كان السقف المبني عليه مشتركاً أيضاً ، فلا شفعة على الأصح لما ذكرناه . ولو كان السفلى مشتركاً ، والمعلو لاحدهما ، فباع صاحب المعلو نصيبه من السفلى ، فوجهان . أحدهما : أن الشريك يأخذ السفلى ونصف المعلو بالشفقة ، لأن الأرض مشتركة ، وعلوها تابعها . وأصحها : لا يأخذ إلا السفلى . ولو كان بينهما أرض مشتركة فيها شجر لاحدهما ، فباع صاحب الشجر الشجر ونصيبه من الأرض ، فعلى الوجهين .

الشرط الثالث : كونه منقسماً ، فالمقار الذي لا يقبل القسمة ، لا شفعة فيه

على المذهب ، وهو قوله الجديد . وقيل : ثبت . ومنهم من حكاه ، قولاً قديماً .
والمراد بالانقسم : ما يجبر الشريك على قسمته إذا طلب شريكه القسمة . وفي ضبطه
أوجه . أحدها : أنه الذي لا تنقص القسمة قيمته نقصاً فاحشاً ، حتى لو كانت
قيمة الدار مائة ، ولو قسمت عادت قيمة كل نصف ثلاثين ، لم تقسم .
والثاني : أنه الذي ينتفع به بعد القسمة بوجه ما . أما ما لا يبقى فيه نفع بحال ، فلا
يقسم . وأصحها الثالث : أنه الذي إذا قسم ، أمكن أن ينتفع به من الوجه الذي
كان ينتفع به قبل القسمة ، ولا عبرة بإمكان نفع آخر . إذا عرف هذا ، فلو كان
بينها طاحونة أو حمام ، أو بئر أو نهر ، فباع أحدهما نصيبه ، نظر ، إن كان
المبيع كبيراً بحيث يمكن جعل الطاحونة ثنتين لكل واحدة حيران ، والحمام حمامين ،
أو كل بيت منه بيتين ، والبئر واسمة يمكن أن يبنى فيها فيجعل بئرين لكل
واحدة بياض يقف فيه المستقي ، ويلقى فيه ما يخرج منها ، ثبتت الشفعة فيها . وإن
لم يمكن ذلك وهو الغالب من هذه الأنواع ، فلا شفعة على الأصح . وعلى الوجهين
الآخرين ، لا يخفى الحكم . ولو اشترك اثنان في دار صغيرة ، لأحدهما عشرة ، والآخر
باقيها ، فإن أثبتنا الشفعة فيما لا ينقسم ، فأبها باع فلصاحبه الشفعة ، وإن منعناها ،
فباع صاحب العشر ، فلا شفعة لصاحبه . وإن باع صاحب الكبير ، فلصاحبه الشفعة
على الأصح تفريفاً على الأصح : أن صاحب الأكثر يجب إلى القسمة . ولو كان
حول البئر بياض وأمكنت القسمة بجعل البئر لواحد ، والبياض لآخر ليزرعه أو
يسكن فيه ، أو كان موضع الحجر في الرحي واحداً ، ولكن فيها بيت يصلح
لفرض ، وأمكنت القسمة بجعل موضع الرحي لواحد ، وذلك البيت لآخر ، فقال جماعة :
ثبتت الشفعة وأن هذه البئر من النقسمات ، وهذا تفريع على الاجبار في هذا النوع
من القسمة . وعلى أنه لا يشترط فيما يصير لكل واحد ، إمكان الانتفاع [به]
من الوجه الذي كان .

فرع

شريكان في مزارع وبئر يستقى منها ، باع أحدهما نصيبه منها ، ثبت للآخر الشفعة فيها إن انقسمت البئر أو أثبتنا الشفعة فيما لا ينقسم ، وإلا ، فتثبت في المزرعة قطعاً ، ولا تثبت في البئر على الأصح .

الركن الثاني : الآخذ ، وهو كل شريك في رقبة العقار ، سواء فيه المسلم والذمي ، والحر ، والمكاتب . حتى لو كان السيد والمكاتب شريكين في دار ، فلكل منها الشفعة على الآخر ، ولا شفعة للجار ، ملاصقاً كان أو مقابلاً . وفي وجه : للملاصق الشفعة ، وكذا للمقابل إذا لم ينفذ بينهما طريق ، وهو شاذ ، والصحيح المعروف : الأول . وإذا قضى الحنفى لشافعي بشفعة الجوار ، لم يعترض عليه في الظاهر ، وفي الحل باطناً خلاف موضعه كتاب الأقضية .

قلت : ولا يقتضي قضاء الحنفى بشفعة الجوار على الأصح . والله أعلم

فرع

الدار إن كان بابها مفتوحاً إلى درب نافذ ، ولا شركة لأحد فيها ، فلا شفعة فيها ولا في بمرها ، لأن هذا الدرب غير مملوك . وإن كان بابها إلى درب غير نافذ ، فالدرب مشترك بين سكانه . فإن باع نصيبه من الممر فقط ، فللشركاء الشفعة فيه إن كان منقسماً كما سبق ، وإلا ، ففيه الخلاف السابق . وإن باع الدار بمرها ، فلا شفعة لشركاء الممر في الدار على الصحيح . فإن أرادوا أخذ الممر بالشفعة ، نظر ، إن كان للمشتري طريق آخر إلى الدار ، أو أمكنه فتح باب آخر إلى شارع ، فلم يضر ذلك على الصحيح إن كان منقسماً ، وإلا . فعلى الخلاف في غير

النقسم . وقال الشيخ أبو محمد : إن كان في اتخاذ المر الآخر عسر ، أو مؤنة لها وقع ، وكانت الشفعة على الخلاف ، والمذهب : الأول . وإن لم يكن طريق آخر ، ولا أمكن اتخاذه ، ففيه أوجه . أصحها : لا شفعة لهم ، لما فيه من الاضرار بالمشتري . والثاني : لهم [الأخذ] والمشتري هو المضر بنفسه بشرائه هذه الدار . والثالث : إن مكثوا المشتري من المرور ، فلهم الشفعة ، وإلا ، فلا ، جمعاً بين الحقين . وشركة مالكي سور الخان (١) في صحته ، كشركة مالكي الدور في الدرب الذي لا ينفذ ، وكذا الشركة في مسيل الماء إلى الأرض دون الأرض ، وفي بئر المزرعة دون المزرعة ، كالشركة في المر .

فرع

تثبت الشفعة للذمي على المسلم ، وعلى الذمي كثبوتها للمسلم ، فلو باع ذمي شقصاً للذمي بخمر أو خنزير ، وترافعوا إلينا بعد الأخذ بالشفعة ، لم ردّه . ولو ترافعوا قبله ، لم نحكم بالشفعة . ولو بيع الشقص ، فارتد الشريك ، فهو على شفخته إن قلنا : الردة لا تزيل المالك . وإن قلنا : تزيله ، فلا شفعة . فإن عاد إلى الاسلام ، وعاد ملكه ، لم تعد الشفعة على الاصح . وإن قلنا بالوقف ، فمات أو قُتل على الردة ، فلامام أخذه لبيت المال . كما لو اشترى معيماً ، أو بشرط الخيار ، وارتد ومات ، فلامام رده . ولو ارتد المشتري ، فالشفيع على شفخته .

فرع

دار نصفها لرجل ، ونصفها لمسجد ، اشتراه قيسم المسجد له ، أو وهب [له] ليُصرف في عمارته ، فباع الرجل نصيبه ، كان للقيم أخذه بالشفعة إن رأى فيه (١) كذا في الأصل ، والذي في « شرح الوجيز » : وشركة مالكي بيوت الخبار .

مصلحة، كما لو كان ليت المال شركة في دار ، فباع الشريك نصيبه ، فلامام الاخذ بالشفعة . وإن كان نصف الدار وقفاً، ونصفها طليقاً ، فباع المالك نصيبه ، فلا شفعة لمستحق الوقف على المذهب ، ولا شفعة للمالك المنفعة فقط بوصية أو غيرها .

فرع

المأذون له بالتجارة ، إذا اشترى شقصاً، ثم باع الشريك نصيبه ، فله الأخذ بالشفعة ، إلا أن يمنعه السيد أو يسقط الشفعة. وله الاسقاط وإن أحاطت به الديون وكان في الاخذ غبطة ، كما له منعه من الاعتياض في المستقبل . ولو أراد السيد أخذه بنفسه ، فله ذلك .

فرع

لا يخفى أن الشركة لا تعتبر في مباشرة الأخذ ، وإنما هي معتبرة فيمن يقع الأخذ له ، بدليل الوكيل ، والولي ، والعبد المأذون ، فإن لهم الاخذ .
الركن الثالث : الأخذ منه ، وهو المشتري ومن في معناه. وفي ضبطه قيود .
الأول : كون ملكه طارئاً على ملك الأخذ . فإذا اشترى رجلان داراً معاً، أو شقصاً من دار، فلا شفعة لواحد منها على الآخر، لاستوائهما في وقت حصول الملك .
الثاني : كونه لازماً . فإن باع بشرط الخيار لهما ، أو للبائع ، فلا شفعة ما دام الخيار باقياً . وإن شرط الخيار للمشتري فقط ، فإن قلنا : الملك له، أخذه الشفيع في الحال على الأظهر عند الجمهور . وإن قلنا : الملك للبائع ، أو موقوف، لم يأخذ في الحال على الأصح. فإن قلنا: يأخذ، تَبَيَّنَتْ أَنَّ المشتري ملكه قبل أخذه، وانقطع الخيار .

فرع

باع أحد الشريكين نصيبه بشرط الخيار، ثم باع الثاني نصيبه في زمن الخيار بيع بات ، فلا شفعة في المبيع أولاً للبائع الثاني إذ زال ملكه ، ولا للمشتري منه ، وإن تقدم ملكه على ملك المشتري الاول إذا قلنا : لا يملك في زمن الخيار ، لأن سبب الشفعة البيع ، وهو سابق على ملكه . وأما الشفعة في البيع ثانياً، فموقوفه إن توقفنا في الملك ، وللبائع الاول إن أبقينا الملك له ، وللمشتري منه إن أثبتنا الملك له . وعلى هذا ، قال المتولي : إن فسخ البيع قبل العلم بالشفعة ، بطلت شفعتها إن قلنا : الفسخ بخيار الشرط يرفع العقد من أصله . وإن قلنا : يرفعه من حينه ، فهو كما لو باع ملكه قبل العلم بالشفعة . وإن أخذه بالشفعة، ثم فسخ البيع ، فالحكم في الشفعة كالحكم في الزوائد الحادثة في زمن الخيار .

فصل

إذا وجد المشتري بالشقص عيباً قديماً ، وأراد رده ، وجاء الشفيع يريد أخذه ، ويرضى بكونه معيباً ، فقولان . وقيل : وجهان . أظهرهما عند الجمهور ، وقطع به بعضهم : أن الشفيع أولى بالاجابة ، لأن حقه سابق ، فانه ثبت بالبيع ، ولأن غرض المشتري استدراك الظلامة وتحصيل الثمن ، وذلك حاصل بأخذ الشفيع . ولأننا لو قدمنا المشتري ، بطل حق الشفيع بالكلية . وإذا قدمنا الشفيع ، حصل للمشتري مثل الثمن أو قيمته . والثاني : المشتري أولى ، لأن الشفيع إنما يأخذ إذا استقر العقد . ولو رده بالعيب قبل مطالبة الشفيع ، ثم طلب الشفيع ، فإن قلنا : المشتري أولى عند اجتماعهما ، فلا يجاب ، وإلا ، فيجيب على الأصح ، وبفسخ

الرد. أو تقول :تبيّناً أن الرد كان باطلاً ، والخلاف - في أن المشتري أولى أو الشفيع - جارٍ فيما لو اشترى شقصاً بعبد ، ثم وجد البائع بالعبد عيباً فأراد رده واسترداد الشقص ، وأراد الشفيع أخذه بالشفعة . وحكى البغوي جريانه فيما لو اشترى شقصاً بعبد وقبض الشقص قبل تسليم العبد ، ف تلف العبد في يده ، ففي وجه : تبطل شفعة الشفيع . وفي وجه : يتمكن من الأخذ . وقطع ابن الصباغ وغيره ، بأنه إذا كان الثمن عيناً ف تلف قبل القبض ، بطل البيع والشفعة .

فصل

أصدقها شقصاً، ثم طلقها قبل الدخول ، أو ارتد ، وجاء الشفيع يريد أخذه بالشفعة ، فله أخذ نصفه ، وأما النصف الآخر ، فهل الزوج أولى به ، أم الشفيع ؟ وجهان . وكذا إذا اشترى شقصاً وأفلس بالثمن ، فأراد البائع الفسخ ، والشفيع الأخذ بالشفعة ، فيه الوجهان . أصحابها : فيها الشفيع أولى ، لأن حقه أسبق ، فانه ثبت بالعقد . وفي وجه ثالث : الشفيع في الاولى أولى ، والبائع في الثانية أولى . فاذا قدمنا الشفيع في صورة الافلاس ، ففيه أوجه . أصحابها : أن الثمن المأخوذ من الشفيع مقسوم بين الغرماء كلهم ، لأن حق البائع إذا انتقل إلى الدمة ، صار كسائر الغرماء ، وبهذا قال ابن الحداد ، والثاني : يقدم البائع بالثمن رعاية للجانبين . والثالث : إن كان البائع سلم الشقص ثم أفلس المشتري ، لم يكن أولى بالثمن ، لرضاه بذمته . وإن لم يسلمه ، فهو أولى بالثمن . والخلاف في نصف الصداق ، جارٍ فيما إذا أعاد كله إلى الزوج برديتها ، أو فسخ قبل الدخول . هذا إذا اجتمع الشفيع والزوج أو البائع ، أما إذا أخذ الشفيع الشقص من يد الزوجة ، ثم طلق الزوج ، أو من يد المشتري ، ثم أفلس ، فلا رجوع للزوج والبائع إلى الشقص بحال ،

لكن ينتقل حق البائع إلى الثمن ، وحق الزوج إلى القيمة في مالها ، كما لو زال الملك ببيع أو غيره . ولو طلقها قبل علم الشفيع، وأخذ النصف ، ثم جاء الشفيع ، ففي استرداده ما أخذه الزوج ، وجهان ، كما لو جاء بعد الرد بالعيب . وقيل : لا يسترد قطعاً، لان المهر يشترط بالطلاق من غير اختيار ، فيعده نقضه . فان قلنا : يسترده ، أخذه وما بقي في يدها ، وإلا، فيأخذ ما في يدها ويدفع إليها نصف مهر المثل . ولو كان للشقص المهور شفيعان، فطلبا، وأخذ أحدهما نصفه ، ثم طلقها قبل أن يأخذ الآخر ، فلا يأخذ الزوج النصف الحاصل في يد الشفيع . وأما النصف الآخر، فله هو أولى، أم الشفيع؟ فيه الخلاف السابق، ويجري فيها إذا أخذ أحد الشفيعين من يد المشتري ، ثم أفلس . فان قلنا : الشفيع أولى ، ضارب البائع مع الغرماء بالثمن . وإن قلنا : البائع أولى ، فان شاء أخذ النصف الباقي وضارب مع الغرماء بنصف الثمن ، وإلا ، فتركه ويضارب بكل الثمن .

القيد الثالث : أن يملكه بمأوضة . فان ملك بآرث ، أو هبة ، أو وصية ، فلا شفعة . فان وهب بشرط الثواب ، أو مطلقاً ، وقلنا : تقتضي الثواب ، تثبت الشفعة على الأصح للمأوضة . وقيل : لا ، لانها ليست مقصودة . فعلى الأصح ، هل يأخذ قبل قبض الموهوب لانه صار يماً، أم لا ، لان الهبة لا تتم إلا بالقبض؟ وجهان . أصحابها : الاول .

فرع

اشترى شقصاً ، ثم تقايلا، فان عفا الشفيع ، وقلنا : الاقالة بيع ، تجددت الشفعة، وأخذ من البائع . وإن قلنا : فسخ ، لم تجدد كما لا تجدد بالرد بالعيب . وإن قاله قبل علم الشفيع بالشفعة . فان قلنا : الاقالة بيع ، فالشفيع بالخيار بين أن

يأخذ بها، وبين أن ينقضها حتى يعود الشقص إلى المشتري ، فيأخذ منه . وإن قلنا: فسخ ، فهو كطلب الشفعة بعد الرد بالعيب .

فرع

إذا جعل الشقص أجرة، أو جملاً، أو رأس مال [في] سلم، أو صداقاً، أو منعة ، أو عوض خلع أو صلح عن دم أو مال ، أو جملة المكاتب عوضاً عن النجوم ، ثبتت الشفعة في كل ذلك . ولو أقرضه شقصاً ، قال المتولي : القرض صحيح ، وللشفيع أخذه إذا ملكه المستقرض. وإنما ثبتت الشفعة في الجمل بعد العمل. وحكي وجه : أنه إذا [كان] ما يقابل الشقص مما لا يثبت في الذمة بالسلم ولا بالقرض ، فلا شفعة ، وهو شاذ ضعيف .

فرع

بذل شقصاً عن بعض النجوم ، ثم عجز ورق ، فهل تبقى الشفعة لانه كان عوضاً ، أم تبطل لخروجه عن العوض ؟ وجهان . أصحها : الثاني .

فرع

قال المولى لمستولده : إن خدمت أولادي شهراً ، فلك هذا الشقص ، فخدمتهم، استحقته . وهل تثبت فيه الشفعة كالاجرة ، أم لا، لانه وصية معتبرة من الثالث ؟ وجهان . أصحها : الثاني .

فصل

إذا باع الوصي أو القيم شقص الصبي وهو شريكه ، فلا شفعة له على الأصح .
وبه قال ابن الحداد ، لأنه لو تمكن منه ، لم يؤمن أن يسامح في الثمن ، ولهذا
لا يبيعه مال نفسه . ولو اشترى شقصاً للطفل وهو شريك في العقار ، فله الشفعة
على الصحيح ، إذ لا تهمة . وقيل : لا ، لأن في الشراء والأخذ تعليق عهد الصبي
من غير نفع له ، والأب والجد الأخذ بالشفعة إذا كانا شريكين ، سواء باعاً أو اشترى
لقوة ولايتها وشفقتها ، كما [له] بيع ماله لنفسه . ولو كان في حجر الوصي يتيان بينها
دار ، فباع نصيب أحدهما لرجل ، فله أخذه بالشفعة للآخر .

فرع

وكئل أحد الشريكين صاحبه في بيع نصيبه ، فباعه ، فلو كيل أخذه بالشفعة
على الأصح وقول الاكثرين ، لأن الموكل ناظر لنفسه بمتراض على الوكيل إن
قصر ، بخلاف الصبي . ولو وكل رجل أحد الشريكين في شراء الشقص ، فلو كيل الأخذ
بالشفعة بلا خلاف . ولو وكل الشريك الشريك في بيع نصف نصيبه [وأذن له
في بيع نصيبه ، أو بعض نصيبه مع نصيب الموكل إن شاء ، فباع نصف نصيب الموكل مع نصيبه]
صفقة واحدة ، فلو وكل أخذ نصيب الوكيل بالشفعة . وهل للوكيل أخذ نصيب
الموكل ؟ فيه الوجهان .

فرع

إذا كان للمشتري في الدار شركة قديمة ، بأن كانت بين ثلاثة أثلاثاً ، فباع
أحدهم نصيبه لأحد صاحبيه ، فالاصح أن المشتري والشريك الآخر يشتركان في أخذ
الشقص ، لاستوائهما في الشركة . وقيل : الشريك الثالث يختص بالشفعة ، فعلى هذا

إن شاء أخذ جميع الشقص ، وإن شاء تركه . وعلى الأصح : إن شاء أخذ نصف الشقص ، أو تركه . فإن قال المشتري : خذ الكل ، أو اترك الكل ، وقد تركت أنا حقي ، لم تلزمه الإجابة ، ولم يصح إسقاط المشتري حقه من الشفعة ، لأن ملكه استقر على النصف بالشراء ، فصار كما لو كان للشقص شفيعان : حاضر ، وغائب ، فأخذ الحاضر الجميع ، فحضر الغائب ، له أن يأخذ نصفه ، وليس للحاضر أن يقول : اترك الجميع أو خذ الجميع فقد تركت حقي ، ولا نظر إلى تبعض الصفقة عليه ، فإنه لزم من دخوله في هذا المقد . وحكي وجه : أنه إذا ترك المشتري حقه ، لزم الآخر أخذ الكل أو تركه ، كما لو عفا أحد الشفيعين الأجنيين . ولو كان بين اثنين دار ، فباع أحدهما نصف نصيبه لثالث ، ثم باع النصف الثاني لذلك الثالث ، فعلى الأصح حكمه كما لو باع النصف الثاني لاجني ، وسيأتي بيانه في الباب الثاني إن شاء تعالى . وعلى الوجه الآخر : لا شفعة للمشتري ، وللشفيع الخيار بين أن يأخذ الكل أو يأخذ أحد النصفين فقط .

فصل

إذا باع في مرض موته شقصاً ، وحابي ، فقد يكون الشفيع والمشتري أجنيين ، أو وارثين ، وقد يكون المشتري وارثاً فقط ، أو عكسه ، فهذه أربعة أضرب .
الاول : إذا كانا أجنيين ، فإن احتمل الثلث الحاباة ، صح البيع ، وأخذ الشقص بالشفعة . وإن لم يحتمله ، بأن باع شقصاً يساوي ألفين بألف ، ولا مال له غيره ، نظر ، إن رده الوارث ، بطل البيع في قدر الحاباة . وفي صحته في الباقي طريقان . أحدهما : فيه قولان تفريق الصفقة . والثاني : القطع بالصحة . وإذا قلنا بالصحة ، ففيها يصح فيه البيع ؟ قولان . أحدهما : يصح في قدر الثلث ، والقدر الذي يوازي الثمن بجميع الثمن . والثاني : لا يسقط شيء من المبيع إلا ويسقط ما يقابله من

الثلث . وقد سبق بيان الأظهر من القولين في باب تفريق الصفقة . فإن قلنا بالقول الأول ، صح البيع في الصورة المذكورة في خمسة أسداس الشقص بجميع اثنى عشر . وإن قلنا بالثاني ، دارت المسألة . وحسابها أن يقال : يصح البيع في شيء من الشقص بنصف شيء ، يبقى مع الورثة ألفان إلا نصف شيء ، وذلك يعدل مثلي الحاباة ، وهي نصف شيء ، فمثلاها شيء ، فتجبر وتقابل ، فيكون ألفان معادلين لشيء ونصف ، والشيء من شيء ونصف ثلثاه ، فملنا أن البيع صح في ثلثي الشقص ، وقيمه ألف وثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث بثلثي الثلث ، وهو نصف هذا المبلغ ، فتكون الحاباة ستمائة وستة وستين وثلثين ، يبقى للورثة ثلث الشقص وثلثا الثلث ، وهما ألف وثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ، وذلك ضعف الحاباة . وعلى القولين جميعاً ، للمشتري الخيار ، لأن جميع المبيع لم يسلم له . فإن أجاز ، أخذ الشفيع خمسة أسداس الشقص بجميع اثنى عشر على القول الأول ، وثلثيه بثلث الثلث على الثاني . وإن أراد أن يفسخ ، وطلب الشفيع ، فأيهما يحجب ؟ فيه الخلاف السابق في الرد بالميب ، وكذا لو فسخ قبل طلب الشفيع ، هل تبطل الصفقة ، أم للشفيع رد الفسخ ؟ فيه ما سبق من الخلاف . وإن أجاز الورثة ، صح البيع في الكل . ثم إن قلنا : إن إجازتهم تنفيذ لما فعل الميت ، أخذ الشفيع الكل بكل الثلث . وإن قلنا : إنها ابتداء عطية منهم ، لم يأخذ القدر المنفذ بإجازتهم ، وبأخذ المستغني عن إجازتهم ، وفيه القولان المذكوران عند الرد .

الضرب الثاني والثالث : أن يكونا وارثين ، أو المشتري وارثاً ، فيكون هذا البيع محاباة مع الوارث ، وهي مردودة . فإن لم تفرق الصفقة ، بطل البيع في الكل ، وإن فرقناها ، فإن قلنا في الضرب الأول - والتصوير كما سبق - : إن البيع يصح في

خسة أسداس الشقص بجميع الثمن ، فهنا في مثل تلك الصورة يصح البيع في نصفه بجميع الثمن ، وإن قلنا هناك : يصح في ثلثيه بثاني الثمن ، فهنا يبطل البيع في الكل ، كذا ذكره الفقهاء وغيره ، وفيه نظر . وينبغي أن يفرق بين الإجازة والرد ، كالضرب الأول .

الضرب الرابع : أن يكون الشفيع وارثاً دون المشتري . فإن احتمل الثلث المحابة ، أو لم يحتمل ، وصححنا البيع في بعض المحابة في الضرب الأول ، ومكنا الشفيع من أخذه ، فهنا أوجه . أصحها عند الجمهور : يصح البيع ويأخذه الوارث بالشفعة ، لأن المحابة مع المشتري ، لا مع الوارث . والثاني : يصح ولا يأخذه الوارث بالشفعة . والثالث : لا يصح البيع أصلاً لتناقض الأحكام . والرابع : يصح في الجميع ويأخذ الشفيع ما يقابل الثمن ، ويبقى الباقي للمشتري مجاناً . والخامس : لا يصح البيع إلا في القدر المقابل للثمن .

فصل

وقد سبق أن تقدم ملك الآخذ على ملك المأخوذ منه شرطاً . فلو كان في يد رجلين دار اشتريهاا بمقدين ، وادعى كل أن شراءه سبق ، وأنه يستحق على صاحبه الشفعة ، نظر ، إن ابتدأ أحدهما بالدعوى ، أو جاء معاً وتنازعا في البداءة ، فقدم أحدهما بالقرعة فادعى ، فعلى الآخر الجواب ، ولا يكفيه قوله : شرأتي قبل ، لأنه ابتداء دعوى ، بل إما أن ينفي سبق شراء المدعي ، وإما أن يقول : لا يباذمني تسليم شيء إليك ، وحينئذٍ يحلف ، فإن حلف ، استقر ملكه ثم تسمع دعواه على الأول ، فإن حلف ، استقر ملكه أيضاً . وإن نكل المدعى عليه أولاً ورُدَّت اليمين على المدعي ، فإن حلف ، أخذ ما في يد المدعى عليه ، وليس المدعى عليه

الناكل بعد ذلك أن يدعي عليه ، لأنه لم يبق له ملك يأخذ به . وإن نكل المدعي عن اليمين المردودة ، سقطت دعواه ، وللمدعى عليه أن يدعي عليه . هذا إذا لم يكن بيّنة . أما إذا أقام أحدهما بيّنة بالسبق ، فيقضى له . وإن أقام كل منهما بيّنة على سبق شرائه مطلقاً ، أو على أنه اشترى يوم السبت وصاحبه يوم الأحد ، فتمارضتان ، وفي تعارضهما قولان . أظهرهما : سقوطها ، فكأنه لا بيّنة . والثاني : تستعملان . وفي كيفيته أقوال . أحدها : بالقرعة . فمن قرع ، أخذ نصيب الآخر بالشفعة . والثاني : بالقسمة ، ولا فائدة فيها هنا ، إلا أن تكون الشركة بينها على التفاوت ، فيكون التنصيف مقيداً (١) . والثالث : الوقف . وعلى هذا ، يوقف حق التملك إلى أن يظهر الحال . وقيل : لاعمى للوقف هنا . ولو عيّن البيّنتان وقتاً واحداً ، فلا منافاة ، لاحتمال وقوع العقدين معاً ، ولا شفعة لواحد منها ، لو وقع العقدين معاً . وفي وجهه : تسقطان [والله أعلم] .

الباب الثاني

في كيفية الأخذ بالشفعة

فيه أطراف .

الأول : فيما يحصل به الملك ، لا يشترط في التملك بالشفعة حكم الحاكم ، ولا إحضار الثمن ، ولا حضور المشتري ، ولا رضاه . وقال الصاوي : حضور المأخوذ منه ، أو وكيله ، شرط ، وهو شاذ ضعيف ، ولا بد من جهة الشفيع من لفظ ، كقوله : تملك ، أو اخترت الأخذ بالشفعة ، أو أخذته بالشفعة ، وما أشبهه . وإلا ، فهو من باب المعاطاة . ولو قال : أنا مطالب بالشفعة ، لم يحصل به التملك .

(١) في نسخ الظاهرية : فيكون التنصيف مفيداً .

على الأصح ، وبه قطع المتولي . ولذلك قالوا : يعتبر في التملك بها ، أن يكون الثمن معلوماً للشفيع ، ولم يشترطوا ذلك في الطلب . وينبغي أن يكون في صحة التملك مع جهالة الثمن ما ذكرناه في بيع المراجعة . وفي « التتمة » ، إشارة إلى نحوه ، ثم لا يملك الشفيع بمجرد اللفظ ، بل يعتبر معه أحد أمور .

الاول : أن يسلم الموض إلى المشتري ، فيملك به قبل أن يسلمه (١) ، وإلا فيخلى بينه وبينه ، أو يرفع الأمر إلى القاضي حتى يلزمه التسليم .

قلت : أو يقبض عنه القاضي . والله أعلم

الثاني : أن يسلم المشتري الشقص ويرضى بكون الثمن في ذمته ، إلا أن يبيع شقصاً من دار عليها صفائح ذهب بالفضة ، أو عكسه ، فيجب التقابض في المجلس . ولو رضي بكون الثمن في ذمته ، ولم يسلم الشقص ، فوجهان . أحدهما : لا يحصل الملك ، لأن قول المشتري وعد . وأصحها : الحصول ، لأنه معاوضة ، والملك في المعاوضات لا يقف على القبض .

الثالث : أن يحضر مجلس القاضي ويثبت حقه بالشفعة ، ويختار التملك ، فيقضي القاضي له بالشفعة ، فوجهان . أحدهما : لا يحصل الملك حتى يقبض عوضه ، أو يرضى بتأخره . وأصحها : الحصول .

الرابع : أن يشهد عدلين على الطلب واختيار الشفعة . فإن لم تثبت الملك بحكم القاضي ، فهنا أولى ، وإلا ، فوجهان لقوة قضاء القاضي . وإذا ملك الشفيع الشقص بغير الطريق الأول ، لم يكن له أن يتسلمه حتى يؤدي الثمن ، وأن يسلمه المشتري قبل أداء الثمن ، ولا يلزمه أن يؤخر حقه بتأخير البائع حقه . وإذا لم

(١) في نسخ الظاهرية : فيملك به إن تسلمه .

يكن الثمن حاضراً وقت التملك ، أمهل ثلاثة أيام . فان انقضت ولم يحضره ، فسخ الحاكم تملكه ، هكذا قاله ابن سريج والجمهور . وقيل : إذا قصر في الأداء ، بطل حقه . وإن لم يوجد ، رفع الأمر إلى الحاكم وفسخ منه .

فرع

يثبت خيار المجلس للشفيع على الأصح المنصوص ، وعلى هذا فيمتد إلى مفارقتها المجلس . وهل ينقطع بأن يفارقه المشتري ؟ وجهان . قلت : الذي صححه الأكثرون : أنه لا خيار للشفيع ، ممن صححه صاحب « التنبيه » ، والفارقي ، والرافعي في « المحرر » ، وقطع به البغوي في كتابه « التهذيب » وشرح « مختصر المزني » ، وهو الراجح أيضاً في الدليل . والله أعلم

فرع

إذا ملك الشفيع ، امتنع تصرف المشتري ، فلو طلبه ولم يثبت الملك بعد ، لم يمتنع ، وفيه احتمال للامام ، لتأكيد حقه بالطلب . وفي نفوذ تصرف الشفيع قبل القبض إذا كان قد سلم الثمن ، وجهان . أصحها : المنع كالمشتري . والثاني : الجواز ، لأنه قهري كالارث . ولو ملك بالاشهاد أو بقضاء القاضي ، لم ينفذ تصرفه قطعاً ، وكذا لو ملك برضى المشتري بكون الثمن عنده .

فرع

في تملك الشفيع الشقص الذي لم يره ، طريقان .

أصحها : أنه على قولي يبيع الغائب، إن منعناه ، لم يملكه قبل الرؤية ، وليس للمشتري منعه من الرؤية ، وإن صححناه ، فله التملك . ثم قيل : خيار الرؤية على الخلاف في خيار المجلس . وقيل : يثبت قطعاً ، لأن خيار المجلس يبعد ثبوته لأحد الجانبين (١) ، بخلاف خيار الرؤية .

قلت : هذا الثاني ، أصح ، وصححه الامام . والله أعلم

والطريق الثاني : القطع بالنع وإن صححنا بيع الغائب ، لأن البيع جرى بالتراضي ، وأثبتنا الخيار فيه ، وهاهنا الشفيع أخذ من غير رضى المشتري ، فلا يمكن إثبات الخيار فيه . فلو رضى المشتري أن يأخذه الشفيع ويكون بالخيار ، فعلى قول الغائب (٢) . وإذا جوزنا له التملك وأثبتنا الخيار ، فلمشتري أن يتمتع من قبض الثمن وإقباض المبيع حتى يراه ، ليكون على ثقة منه .

فرع

للشفيع الرد باليب . ولو أفلس وكان المشتري مسلماً إليه الشقص راضياً بذمته ، فله الاسترداد .

الطوف الثاني فيما يأخذ به الشفيع . والتأخذ أنواع .

أحدها : المبيع . فإن يبيع بمثلي ، أخذه بمثله . ثم إن قُدِّرَ بمعاد الشرع ، أخذه به ، وإن قُدِّرَ بغيره ، بأن باع بمائة رطل حنطة ، فهل يأخذه بمثله وزناً أم كيلاً ؟ فيه خلاف سبق في القرض . فلو كان المثل منقطعاً وقت الأخذ ، عدل

(١) في نسخ الظاهرية : من أحد الجانبين .

(٢) في نسخ الظاهرية : كان على قولي الغائب .

إلى القيمة كالنصب . وإن يبيع بمتقوم من عبد وثوب ونحوها ، أخذه بقيمة ذلك المتقوم . والاعتبار بقيمة يوم البيع ، لأنه يوم إثبات الموض . وقال ابن سريج والبلغوي وجماعة : يعتبر يوم استقرار المقد وانقطاع الخيار .

النوع الثاني : أن يكون الشقص رأس مال سلم أخذه بمثل المسلم فيه إن كان مثلياً ، أو بقيمته إن كان متقوماً .

الثالث : إذا صالح من دين على شقص ، أخذه بمثل ذلك الدين إن كان مثلياً ، أو بقيمته إن كان متقوماً . وسواء دين العاملة ودين الاتلاف .

الرابع : الشقص المهور ، يؤخذ بمهر مثل المرأة . وكذا إذا خالها على شقص . والاعتبار بمهر مثلها يوم النكاح ويوم الخلع . هذا هو الصحيح المعروف . وفي التهمة ، وجه : أنه يأخذه بقيمة الشقص . ولو متع المطلقة بشقص ، أخذه الشفيع بتمعة مثلها ، لا بالمهر .

الخامس : إذا أخذ من المكاتب شقصاً عوضاً عن النجوم ، أخذه الشفيع بمثل النجوم أو بقيمتها .

السادس : الشقص الذي جُعِلَ أجرة يؤخذ بأجرة مثل الدار .
السابع : إذا صالح عليه عن الدم ، أخذه الشفيع بقيمة الدية يوم الجزاية ، ويعود فيه قول ابن سريج والبلغوي .

الثامن : قال المتولي : إذا اقترض شقصاً أخذه الشفيع بقيمته وإن قلنا : المقترض يرد المثلي .

فصل

إذا كان الثمن حالاً ، بذله الشفيع في الحال . فإن كان بألف إلى سنة مثلاً ،

ففيه أقوال . أظهرها : يتخير ، إن شاء عجل الثمن وأخذ الشقص في الحال ، وإن شاء صبر إلى أن يحلّ الأجل ، فحينئذٍ يبذل الألف ، وبأخذ [الشقص] ، وليس له أن يأخذ بألف مؤجل . والثاني : له الأخذ بألف مؤجل . والثالث : يأخذ بمرض يساوي الألف إلى سنة ، فعلى الأول : لا يبطل حقه بالتأخير ، لانه بعذر . وهل يجب إعلام المشتري بالطلب ؟ وجهان . أصحها : نعم . ولو مات المشتري وحلّ عليه ، لم يتعجل الأخذ على الشفيع ، بل هو على خيرته ، إن شاء عجل ، وإن شاء أخر إلى انقضاء السنة . وإن مات الشفيع ، فالخيرة لوارثه . ولو باع المشتري الشقص في المدة ، صح ، والشفيع بالخيار بين أن يأخذه بالثمن الثاني ، وبين أن يفسخه في الحال ، أو عند حلول الأجل ، ويأخذه بالثمن الأول . هذا إذا قلنا بالمذهب : إن الشفيع ينقض تصرف المشتري ، وفيه خلاف سنذكره . إن شاء الله تعالى . وإن قلنا بالقول الثاني ، ففي موضعه وجهان . أحدهما : أنه إنما يأخذ بثمن مؤجل إذا كان مليئاً موثقاً به وأعطى كفيلاً مليئاً ، وإلا ، فلا يأخذ . والثاني : له الأخذ مطلقاً . وإذا أخذه ثم مات ، حل عليه الأجل . وإن قلنا بالثالث ، فتعين العرض إلى الشفيع ، وتعديل القيمة إلى من يعرفها . قال الامام : فلو لم يتفق طلب الشفعة حتى حلّ الأجل ، وجب أن لا يطالب على هذا القول إلا بالعرض المدلّ ، لان الاعتبار في قيمة عوض المبيع بحال البيع ، ثم على القول الثاني والثالث ، إذا أخر الشفيع ، بطل حقه .

فصل

إذا اشترى مع الشقص منقولاً ، كسيف وثوب ، صفقة واحدة ، وزعم الثمن عليها على اعتبار قيمتها ، وأخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن ، وتعتبر قيمتها يوم البيع ، ولا خيار المشتري وإن تفرقت صفقته لدخوله فيها عالماً بالحال .

فرع

إذا اشترى شقصاً من دار ، ثم نقضت ، فلها أحوال .

إحداها : أن تنعيب من غير تلف شيء منها ، ولا انفصال بعضها عن بعض ، بأن ينشق جدار ، أو مالت اسطوانة ، أو انكسر جذع ، أو اضطرب سقف ، فالشفيح بالخيار بين الأخذ بكل الثمن ، وبين الترك ، كتعيبها في يد البائع .

الثانية : أن يتلف بعضها ، فينظر إن تلف شيء من العرصة بأن غشيها سيل ففرقها ، أخذ الباقي بحصته من الثمن . وإن بقيت العرصة وتلفت السقوف والجدران باحترق وغيره ، فيبنى على الخلاف [السابق] في كتاب البيع : أن سقف الدار المبعة وجدارها كأحد المبدين المبيعين ، أم كطرف من أطراف العبد وصفة من صفاته ؟ فإن قلنا بالأصح : إنه كأحد المبدين ، أخذ العرصة بحصتها من الثمن . وإن قلنا : كطرف العبد ، أخذها بكل الثمن . وقيل : إن تلف بآفة سماوية ، أخذ بكل الثمن . وإن تلف باتلاف متلف ، أخذ بالحصّة ، لأن المشتري يحصل له بدل التالف ، فلا يتضرر .

الثالثة : أن لا يتلف شيء منها ، لكن ينفصل بعضها عن بعض بالانهدام ، فهل يأخذ الشفيح النقص . فيه قولان ، ويقال : وجهان . أظهرهما : نعم . فعلى هذا يأخذه مع العرصة بكل الثمن ، أو يتركها . وإن قلنا : لا يأخذه ، فيبنى على أن السقف والجدار كأحد المبدين ، أو كطرف العبد . إن قلنا بالأول ، أخذ العرصة وما بقي من البناء بحصتها من الثمن ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : يأخذ بالحصّة . والثاني وهو قياس الأصل المبني عليه : يأخذ بتمام الثمن كالحالة الأولى . وعلى هذا يُشبهه النقص بالثمار والزوائد التي يفوز بها المشتري قبل أخذ الشفيح .

فصل

إذا اشترى الشقص ، ثم اتفق المتبايعان على حطّ من الثمن ، أو زيادة فيه ، فذلك قد يكون بعد لزوم العقد وقبله ، وفي زمن الخيار ومكانه . وسبق بيان ذلك كلّهُ في كتاب البيع . وحاصله : أنه لا يلحق الخط ولا الزيادة بالمقدّم بعد لزومه ، لاحط الكل ، ولا حط البعض . وفيما قبل لزومه ، وجهان . أحدهما : الحقوق . فإن قلنا به ، وحط كل الثمن ، فهو كما لو باع بثلاثين ، فلا شفعة للشريك ، لأنه يصير هبة على رأي ، وبطل على رأي .

فصل

إذا اشترى الشقص بمبدئياً ، وتقابضا ، ثم وجد البائع بالعبد عيباً ، وأراد رده . واسترداد الشقص ، وطلب الشفيع الشقص ، ففي المقدّم منها خلاف سبق قريباً . وحكى الامام طريقاً جازماً بتقديم البائع . ولو علم عيب العبد بعد أخذ الشفيع الشقص ، لم ينقض ملك الشفيع ، كما لو باع ثم اطلع على عيب . وفي قول : يسترد المشتري الشقص من الشفيع ، ويرد عليه ما أخذه ، ويسلم الشقص إلى البائع ، لأن الشفيع نازل منزلة المشتري ، فردّ البائع يتضمن نقض ملكه ، كما يتضمن نقض ملك المشتري لو كان في ملكه ، والمشهور هو الأول فاذا قلنا به ، أخذ البائع قيمة الشقص من المشتري . فإن كانت مثل قيمة العبد ، فذاك ، وإلا ، ففي رجوع من بذل الزيادة على صاحبه وجهان . أحدهما : لا رجوع ، لأن الشفيع ملكه بالمبدول ، فلا يتغير حكمه ولو عاد الشقص إلى ملك المشتري بابتياح أو غيره ، لم يتمكن البائع من إجباره على رد الشقص ، ولا المشتري من إجبار البائع على القبول وردّ القيمة ، بخلاف ما إذا

غرم قيمة المنصوب لآبائه ، فرجع ، لأن ملك المنصوب منه لم يزل ، وملك المشتري قد زال . وحكى المتولي فيه وجهين بناءً على أن الزائل العائد ، كالذي لم يزل ، أم كالذي لم يعد ؟ والمذهب : الأول . ولو وجد البائع العيب بالعبد ، وقد حدث عنده عيب ، فأخذ الأرض لامتناع الرد ، نظر ، إن أخذ الشفيع الشقص بقيمة العبد سليماً ، فلا رجوع عليه . وإن أخذه بقيمته معيباً ، ففي رجوع المشتري على الشفيع الوجهان السابقان في التراجع . لكن الأصح هنا : الرجوع ، ومال ابن الصباغ إلى القطع به ، لأن الشقص استقر عليه بالعبد والأرض ، ووجوب الأرض من مقتضى العقد ، لاقتضائه السلامة . ولو رضي البائع ولم يردّه ، ففيما يجب على الشفيع وجهان . أحدهما : قيمة العبد سليماً . والثاني : قيمته معيباً . حتى لو بذل قيمة السليم ، استرد قسط السلامة من المشتري ، وبالأول قطع البعوي ، وغلط الإمام قائله .

فرع

المشتري رد الشقص بالعيب على البائع ، وللشفيع رده على المشتري بالعيوب السابقة على البيع وعلى الأخذ ثم لو وجد المشتري العيب بعد أخذ الشفيع ، فلا رد في الحال ، ولا أرض له على المذهب . ويجيء فيه الخلاف السابق فيما إذا باعه . فلو رد عليه الشفيع بالعيب ، رده حينئذٍ على البائع . ولو وجد المشتري عيب الشقص قبل أخذ الشفيع ، ومنعه عيب حادث من الرد ، فأخذ أرض العيب القديم ، حط ذلك عن الشفيع . وإن قدر على الرد ، لكن توافقاً على الأرض ، ففي صحة هذه المصالحة وجهان سابقا . فإن صححتها ، ففي حطه عن الشفيع وجهان . أصحها : الحط . والثاني : لا ، لأنه تبرع من البائع .

فصل

اشترى بكفٍّ من الدرهم لا يعلم وزنها ، أو صبرة حنطة لا يعلم كيلها ، فيوزن ويكال ليأخذ الشفيع بذلك القدر . فإن كان ذلك غائباً ، فتبرع البائع باحضاره، أو أخبر عنه، واعتمد قوله ، فذاك ، وإلا ، فليس للشفيع أن يكلفه الاحضار، ولا الاخبار عنه . وإن هلك الثمن وتعدّر الوقوف عليه ، تعدّر الأخذ بالشفعة . فإن أنكر الشفيع كون الشراء بما لا يعلم قدره ، نظر ، إن عين قدرأ وقال : اشتريت بكذا ، وقال المشتري : لم يكن قدره معلوماً ، فالأصح المنصوص الذي عليه جمهور الأصحاب: أنه يقنع منه بذلك ، ويحلف عليه . وقال ابن سريج لا يقنع منه ولا يحلف ، بل إن أصر على ذلك ، جعل ناكلاً وردت اليمين على الشفيع . وعلى هذا الخلاف ، لو قال : نسيت ، فهو كالنكول . وإن لم يمين قدرأ ، لكن ادعى على المشتري أنه يعلمه، وطالبه بالبيان ، فوجهان . أصحابها : لا تسمع دعواه حتى يمين قدرأ ، فيحلف المشتري حينئذٍ [أنه لا يعرف . والثاني : تسمع، ويحلف المشتري] على ما يقوله . فإن نكل ، حلف الشفيع على علم المشتري ، وحبس المشتري حتى يبين قدره . فعلى الاول : طريق الشفيع أن يمين قدرأ ، فإن وافقه المشتري ، فذاك ، وإلا ، حلفه على نفية ، فإن نكل ، استدل الشفيع بنكوله وحلف على ما عينه ، وإن حلف المشتري ، زاد وادعى ثانياً . وهكذا يفعل إلى أن ينكل المشتري ، فيستدل الشفيع بنكوله ويحلف . وهذا لأن اليمين قد تستند إلى التخمين ، ولهذا له أن يحلف على خطأ يمينه إذا سكنت نفسه إليه .

فصل

إذا ظهر الاستحقاق في ثمن الشقص المشفوع ، فإن ظهر في ثمن البيع ، نظر ، إن كان معيناً ، بأن بطلان البيع وبطلت الشفعة ، وعلى الشفيع رد الشقص إن كان قبضه . وإن خرج بعضه مستحقاً ، بطل البيع في ذلك القدر ، وفي الباقي قولاً [تفريق] الصفقة . فإن فرقناها واختار المشتري الاجازة ، فللشفيع الأخذ . وإن اختار الفسخ وأراد الشفيع أخذه ، ففيه الخلاف فيما إذا أصدقها شقصاً ثم طلقها قبل الدخول . وإن كانت الثمن في الذمة ، وخرج المدفوع مستحقاً ، لزمه إبداله ، والبيع والشفعة بحالهما ، وللبائع استرداد الشقص ليحبسه إلى أن يقبض الثمن ، وإن ظهر الاستحقاق في ثمن الشفيع ، فإن كان جاهلاً ، لم يبطل حقه وعليه الإبدال . وإن كان عالماً ، لم يبطل على الأصح ، واختاره كثير من الأصحاب ، وقطع البغوي بالبطلان . ثم قال الشيخ أبو حامد وآخرون : الوجهان فيما إذا كان الثمن معيناً ، بأن قال : تملك الشقص بهذه الدراهم . أما إذا كان غير معين ، كقوله : تملكته بمشرة دنانير ، ثم نقد المستحقة ، فلا تبطل شفيعته قطعاً ، وقيل : الوجهان في الحالين .

قلت : الصحيح : الفرق بين في الحالين ^(١) . والله أعلم

ثم في حالة الجهل والعلم ، إذا قلنا : لا يبطل حقه ، هل نتبين أنه لم يملك بأداء المستحق ، ويفتقر إلى تملك جديد ؟ أم نقول : قد ملكه واثمن دين عليه ؟ فيه وجهان . قال النزالي : أصحها : الثاني ، وهو خلاف المفهوم من كلام الجمهور ، لا سيما في حالة العلم . وخروج الدنانير نحاساً ، كخروجها مستحقة . ولو خرج ثمن

(١) في نسخ الظاهرية : الصحيح : الفرق بين الحالين .

المبيع رديئاً ، فللبائع الخيار بين الرضى به والاستبدال . فإن رضى ، لم يلزم المشتري .
الرضى بمثله ، بل يأخذ من الشفيع ما اقتضاه العقد ، ذكره البغوي .

قلت : وفي هذا احتمال ظاهر . والله أعلم

ولو خرج ما دفعه الشفيع رديئاً ، لم تبطل شفيعته علماً كان أو جاهلاً . وقيل :
هو كخروجه مستحقاً ، والمذهب : الأول .

فصل

إذا بنى المشتري ، أو غرس ، أو زرع ، في المشفوع ، ثم علم الشفيع ، فله الأخذ
وقلع بنائه وغراسه وزرعه مجاناً ، لا بحق الشفعة ، بل لأنه شريك . وأحد الشريكين
إذا انفرد بهذه التصرفات في الأرض المشتركة ، كان للآخر أن يقطع مجاناً . وإن
بنى أو غرس المشتري في نصيبه بعد القسمة والتمييز ، ثم علم الشفيع ، لم يكن له
قلعه مجاناً ، كذا نص عليه الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم . وفي المسألة إشكالان .
أحدهما : قال المزني : المقاسمة تتضمن الرضى من الشفيع ، وإذا رضى بملك المشتري
بطلت شفيعته ، فكيف يتصور ثبوت الشفعة بعد القسمة ؟ الثاني : أن القسمة تقطع
الشركة ، فيصيران جارين ، ولا شفعة للجار . وأجاب الأصحاب عن الأول ، فنصروا
صحة القسمة مع بقاء الشفعة في صور .

منها : أن يقال للشفيع : جرى الشراء بألف ، فيعفو ويقاسم ، أو أن الشقص
ملكه بالهبة فيقاسم ، ثم بأن الشراء كان بدون ألف ، وأن الملك حصل بالمبيع ،
فتصح القسمة وتثبت الشفعة .

ومنها : أن يقاسم الشفيع المشتري على ظن أنه وكيل للبائع بأخباره ، أو بسبب آخر .

ومنها : أن يكون للشفيع وكيل بالقسمة مع شركائه ومع المشتريين منهم ، فيقسم الوكيل المشتري بغير علم الشفيع .

ومنها : أن يكون له وكيل في القسمة وفي أخذ الأشخاص بالشفعة ، فرأى في شقص الحظ في تركه ، فيتركه ، ويقاسم ، ثم يقدم الشفيع ، ويظهر له أن له الحظ في الأخذ ، وكذلك ولي اليتيم .

ومنها : أن يكون الشفيع غائباً ، فيطالب المشتري الحاكم بالقسمة ، فيجيبه وإن علم بثبوت الشفعة ، كذا قاله الأصحاب ، وتوقف الامام في إجابته إذا علم ثبوت الشفعة . وأما الثاني : فأجابوا عنه بأن الجواز إنما لا يكفي في الابتداء .

فإذا تقرر ما ذكرناه ، فإن اختار المشتري قلع البناء والفراس ، فله ذلك ، ولا يكلف تسوية الأرض ، لأنه كان متصرفاً في ملكه . فإن حدث في الأرض نقص ، فيأخذه الشفيع على صفته ، أو يترك . وإن لم يختار المشتري القلع ، فللشفيع الخيار بين إبقاء ملكه في الأرض بأجرة ، وبين تملكه بقيته يوم الأخذ ، وبين أن ينقصه وبغرم أرش النقص على الصفة المذكورة في المعير إذا رجع وقد بنى المستعير أو غرس بلا فرق . وإن كان قد زرع ، بقّتي زرعه إلى أن يدرك فيحصد .

وقياس الباب : أن يجيء الخلاف المذكور هناك في زرع الأرض المستعارة . والمذهب في الموضوعين ، ببقاء الزرع . ثم قال صاحب « التقریب » : في مطالبة الشفيع للمشتري بالأجرة ، الخلاف في المعير . وقال الجمهور : لا مطالبة هنا قطعاً ، وهو المذهب ، لأنه زرع ملك نفسه ، بخلاف المستعير ، فأشبهه من باع أرضاً مزروعة ، لا مطالبة للمشتري بأبيرة مدة بقاء الزرع على المذهب ، وقد سبق بيانه في كتاب البيع .

فرع

إذا زرع المشتري ، فللشفيع تأخير الشفعة إلى الادراك والحصاد . من الاسم .
ويحتمل أن لا يجوز التأخير وإن تأخرت النفعة ، كما لو بيعت الأرض في غير وقت
الانتفاع ، لا يؤخر الأخذ إلى وقته . ولو كان في الشقص شجر عليه ثمر لا يستحق
بالشفعة ، ففي جواز تأخيره إلى القطاف وجهان ، لأن الثمر لا يمنع الانتفاع بالمأخوذ .

فصل

تصرفات المشتري في الشقص من البيع والوقف وغيرها صحيحة ، لأنها في
ملكه . وقيل : باطلة ، وهو شاذ . فعلى الصحيح : ينظر إن كان التصرف مما
لا تثبت فيه الشفعة كالوقف ، والهبة ، والاجارة ، فللشفيع نقضه وأخذ الشقص
بالشفعة . وإن كان مما تثبت فيه الشفعة كالبيع والاصداق ، فهو كالحيار بين أن
ينقضه ويأخذ الشقص بالمقد الاول ، وبين أن لا ينقض ويأخذ بالمقد الثاني . هذا
هو المذهب . وفي وجه : لا ينقض تصرفه . وفي وجه : لا ينقض ما تثبت فيه
الشفعة ، لكن يتجدد حق الشفعة بذلك . وقيل : لا يتجدد أيضاً ، لأنه تصرف
يطل الشفعة ، فلا يثبتها . وفي وجه : لا ينقض الوقف ، وينقض ما سواه .

فصل

في الاختلاف

وفيه مسائل .

الأولى : قال المشتري : عفوت عن شفعتك ، أو قصرت ، فاسقطت ، فالقول قول الشفيع .

الثانية : قال : اشترت بألف ، فقال الشفيع : بل بخمسمائة ، صدق المشتري ، لأنه أعلم بعقده . وكذا لو كان الثمن عرضاً ، وتلف ، واختلغا في قيمته ، فإن نكل المشتري ، حلف الشفيع وأخذ بما حلف عليه . فإن كان لأحدهما بيئة ، قضي بها . ولا تقبل شهادة البائع للمشتري على الصحيح ، لأنه يشهد بحق نفسه . وقيل : تقبل ، لأنه لا يجر لنفسه نفعاً ، والثمن ثابت له باقرار المشتري . ولو شهد للشفيع ، فهل يقبل قوله ؟ فيه أوجه . أحدها : لا ، وبه قطع العراقيون ، لأنه يشهد على فعله . والثاني : نعم ، وصححه البغوي ، لأنه ينقض حقه . والثالث : إن شهد قبل قبضه الثمن ، قبلت ، لأنه ينقض حقه ، إذ لا يأخذ أكثر مما شهد به ، وإن شهد بعده ، فلا ، لأنه يجر إلى نفسه نفعاً ، فانه إذا قلّ الثمن ، قلّ ما يفرمه عند ظهور الاستحقاق . وإن أقام كل واحد منهما بيئة ، فوجهان ، أحدهما : تقدم بيئة المشتري ، كما أن بيئة الداخل أولى من بيئة الخارج . وأصحهما : أنها تتعارضان ، لأن النزاع هنا فيما وقع العقد به ، ولا دلالة لليد عليه . فعلى هذا إن قلنا : تسقطان ، فهو كما لو لم يكن بيئة . وإن قلنا : تستعملان ، فالاستعمال هنا بالقرعة أو الوقف .

الثالثة : اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن ، فثبت قول المشتري ، فذاك ، وإن ثبت قول البائع بالبيئة أو اليمين المردودة ، لزم المشتري [ما ادعاه البائع وأخذ الشفيع بما ادعاه المشتري] . وتقبل شهادة الشفيع للبائع ، ولا تقبل للمشتري ، لأنه متهم في تفليل الثمن . وإن لم تكن بيئة ، وتحالفا ، وفسخ عقدهما ، أو انفسخ ، فإن جرى ذلك بعدما أخذ الشفيع الشقص ، أفر في يده ، وعلى المشتري قيمة الشقص للبائع . وإن جرى قبل الأخذ ، ففي سقوط حقه الخلاف السابق في

خروجه معيياً . فان قلنا : لا يسقط ، أخذه بما حلف عليه البائع ، لأن البائع اعترف باستحقاق الشفيع الأخذ بذلك الثمن ، فيأخذه منه وتكون عهده على البائع .

الرابعة : أنكر المشتري كون الطالب شريكاً ، فالتقول قول المشتري يمينه ، فيحلف على نفي العلم بشركته ، لا على نفي شركته ، فان نكل ، حلف الطالب على البت وأخذ بالشفعة ، وكذا الحكم لو أنكر تقدم ملك الطالب على ملكه .

الخامسة : إذا كانا شريكين في عقار ، فغاب أحدهما ، ورأينا نصيبه في يد ثالث ، فادعى الحاضر عليه أنه اشتراه ، وأنه يستحقه بالشفعة ، فان كان المدعي بينة ، قضى بها وأخذ بالشفعة . ثم إن اعترف المدعي عليه ، سلم الثمن إليه ، وإلا ، فهل يترك الثمن في يد المدعي إلى أن يقر المدعي عليه ، أم يأخذه الفاضي ويحفظه ، أم يجبر على قبوله أو الإبراء منه ؟ فيه ثلاثة أوجه مذكورة في باب الاقرار وغيره . ولو أقام المدعي بينة ، وجاء المدعي عليه ببينة أنه ورثه أو اتهمه ، تعارضتا . وإن جاء ببينة أن الغائب أودعه إياه ، أو أعاره ، فان لم يكن للبنتين تاريخ ، أو سبق تاريخ الابداع ، فلا منافاة فيقضى بالشفعة ، لأنه ربما أودعه ثم باعه ، وإن سبق تاريخ البيع ، فلا منافاة أيضاً ، لاحتمال أن البائع غصبه بعد البيع ثم رده إليه لفظ الابداع ، فاعتمده الشهود . فان انقطع الاحتمال بأن كان تاريخ الابداع متأخراً ، وقال الشهود : أودعه وهي ملكه ، فهاهنا يراجع الشريك القديم . فان قال : ودعة ، سقط حكم الشراء . وإن قال : لا حق لي فيه ، قضى بالشفعة .

أما إذا لم يكن لمدعي بينة ، فادعى عليه في الجواب أحوال .

أحدها : أن يقر بأنه كان لذات الغائب فاشتراه منه ، فهل لمدعي أخذه ؟ وجهان . أحدهما : لا ، إذ لا يقبل قوله عن الغائب ، فيوقف الأمر حتى يكتب ، هل هو مقر بالبيع ؟ وأصحهما : نعم . نصديق على البيع ، ويكتب القاضي في

السجل أنه أثبت الشفعة بتصادقها ، فإذا قدم الغائب ، فهو على حقه . الثاني : أن ينكر أصل الشراء ، فيصدق بيمينه . ثم إن اقتصر في الجواب على أنه لا يستحق أخذه بالشفعة ، أو أنه لا يلزمه التسليم إليه ، حلف كذلك ، ولم يلزمه التمرض لنفي الشراء . وإن قال في الجواب : لم اشتريه ، بل ورثته ، أو اتهمته ، فيحلف لذلك ، أم يكفي الحلف على أنه لا يستحق الشفعة ؟ وجهان سابقا في دعوى عيب المبيع . وإن نكل المدعى عليه ، حلف الطالب واستحق الشقص . وفي الثمن الأوجه السابقة . هذا إذا أنكر الشراء والشريك القديم غير معترف بالمبيع ، فإن كان معترفاً والشقص في يده ، نظر ، إن لم يعترف بقبض الثمن ، ثبتت الشفعة على الأصح . وإلى من يسلم الثمن ؟ وجهان . أصحابها : إلى البائع ، وعهده عليه ، لأنه يتلقى المالك منه . والثاني : ينصب القاضي أميناً بقبض الثمن منه المشتري ويدفعه إلى البائع ، وبقبض الشقص من يد البائع للمشتري ويدفعه إلى الشفيع . وإذا أخذ البائع ثمن الشقص ، فهل له مخاصمة المشتري ومطالبته بالثمن ؟ وجهان ، لأنه قد يكون ماله أبعد عن الشبهة ، والرجوع عليه بالدرك أسهل . فإن قلنا : نعم ، وحلف المشتري ، فلا شيء عليه . وإن نكل ، حلف البائع ، وأخذ الثمن من المشتري ، وكانت عهده عليه . وأما ما أخذه من الشفيع ، فهل يؤخذ منه ويوقف ، أم يترك في يده ؟ وجهان . كذا قال البغوي ، وفي ذلك من أن الوجهين في أنه هل يطالب المشتري فيما إذا لم يرش أخذ الثمن من الشفيع ؟ فإن رضي ، فليقتع به ، وهذا أصح . فإن اعترف مع البائع بقبض الثمن ، من قبله : لا شفعة إذا لم يعترف بقبض ، فهذا أولى ، وإلا ، فوجهان . وأصحاب : يقولون : ثم هل يترك الثمن في يد الشفيع ، أم يأخذه القاضي ويحفظه . أم يحجز المشتري حتى قبوله وإلزامه منه : فيه لأوجه الشفقة .

الحال الثالث : أن يقول : اشتريته لغيري ولا حصة لك مني . فله

المضاف إليه ، أحاضر ، أم غائب ، أم صبي ؟ وحكمه ما يأتي في سائر الدعاوى إن شاء الله تعالى .

الطرف الثالث : في تراحم الشفعاء ، وهو ثلاثة أضرب .

أحدها : أن يتفق الشركاء على الطلب . وتقدم عليه أن تعدد المستحقين قد يكون ابتداءً ، بأن كانت الدار [بين] جماعة ، فباع أحدهم نصيبه ، وثبتت الشفعة للباقيين ، وقد يكون دواماً ، بأن يموت المستحق ويترك ورثة ، فلهم الشفعة . فان تساوت حصص المستحقين ، تساوا في الشقص . وإن تفاوتت كنصف وثلاث ومسدس ، فباع صاحب النصف ، فقولان ، أظهرهما : [أن] الشفعة على قدر الحصة ، فيقسم النصف بينها أثلاثاً . والثاني : على عدد الرؤوس ، فيقسم نصفين .

فرع

مات مالك الدار عن ابنين [ثم مات أحدهما عن ابنين] ثم باع أحد الابنين نصيبه ، فهل يشترك الأخ والمم في الشفعة ، أم يختص بها الأخ ؟ قولان . أظهرهما : الأول . فعلى هذا ، هل يوزع بينها بالسوية ، أم بالحصة ؟ فيه القولان . وقال الامام : مقتضى المذهب : القطع بالحصة . وإذا قلنا : يختص الأخ فعفا ، ففي ثبوتها للمم وجهان . أحدهما : لا ، لأنه لو كان مستحقاً ، لا تقدم عليه غيره . والثاني : نعم ، لأنه شريك ، وإنما تقدم الأخ ، لزيادة قربه ، كما أن المرتن يقدم في الرهون على الغرماء . فلو سقط حقه ، تمسك به الباقيون .

قلت : ينبغي أن يكون هذا الثاني أصح . والله أعلم

ويجري القولان في مسألة الأخ والمم في كل صورة ، ملك شريكاً بسبب واحد ،

وغيرها من الشركاء بسبب آخر ، فباع أحد المالكين بالسبب الواحد ، ففي قول :
الشفعة لصاحبه خاصة ، وعلى الأظهر : للجميع . مثاله : بينها دار ، فباع أحدهما نصيبه
لرجلين ، أو وهبه ، ثم باع أحدهما نصيبه .

ولو مات مَنْ له دار عن بنتين وأختين ، فباع إحدى البنتين نصيبها ، فطريقان .
أحدهما : على القولين . ففي قول : تختص بالشفعة البنت الأخرى ، وعلى الأظهر :
يشتري كلهن .

والطريق الثاني وهو المذهب : القطع بالاشتراك .

فرع

مات الشفيع عن ابن وزوجة ورثا حق الشفعة ، ففي كيفية إرثها طرق . أصحابها :
بأخذان على قدر الميراث قطعاً . والثاني : القطع بالتسوية بينها . والثالث : على القولين .

فرع

دار بين اثنين نصفين ، باع أحدهما نصف نصيبه لزيد ، ثم باع النصف الآخر
لعمرو ، فالشفعة في النصف الأول تختص بالشريك الأول . ثم قد يعفو عنه ، وقد
يأخذه . وفي النصف الثاني أوجه . أحدها : يختص به الأول . والثاني : يشترك فيه
الأول والمشتري الأول . وأصحابها : إن عفا الشريك الأول عن النصف الأول ،
اشتركا ، وإلا ، فيختص به الشريك الأول .

الضرب الثاني : أن يطلب بمض الشركاء ويعفو بعضهم . ونقدم عليه ما إذا
كانت الشفعة لواحد فمما عن بعضها ، وفيه أوجه . أصحابها : يسقط جميعها كالفقاص .
والثاني : لا يسقط شيء كعفوه عن بعض حد القذف . والثالث : يسقط ما عفا عنه

ويبقى الباقي ، قال الصيدلاني : وموضع هذا الوجه ، ما إذا رضي المشتري بتبعض الصفقة ، فإن أبي وقال : خذ الكل أو دَعَّه ، فله ذلك . قال الامام : وهذه الواجهة ، إذا لم نَحْكَمْ بأن الشفعة على الفور . فإن حكمتنا به ، فطريقان . منهم من قطع بأن العفو عن البعض تأخير لطلب الباقي ، ومنهم من احتمل ذلك إذا بادر إلى طلب الباقي ، وطرده الواجهة . ويؤيد الاول أن صاحب « الشامل » قال : استحق شقصاً ، فجاء وقال : آخذ نصفه ، سقطت شفته في الكل ، لانه ترك طلب النصف . إذا تقرر هذا ، فاستحق اثنان شفعة ، فعفا أحدهما عن حقه ، فأوجه . أصحابها : يسقط حق العافي ، ويثبت للجميع الآخر . فإن شاء أخذ الجميع ، وإن شاء تركه ، وليس له الاقتصار على قدر حصته ، لثلاث تبعض الصفقة على المشتري . والثاني : يسقط حقه جميعاً ؛ قاله ابن سريج ، كالقصاص . والثالث : لا يسقط حق واحد منها ، تغليباً لاثبوت كما سبق في الصورة الاولى . والرابع : يسقط حق العافي ، وليس لصاحبه أن يأخذ إلا قسطه ، وليس للمشتري أن يلزمه أخذ الجميع . هذا إذا ثبتت الشفعة لعدد ابتداءً . فلو ثبتت لواحد فمات عن ابنين ، فعفا أحدهما ، فهل هو كما لو ثبت لواحد فعفا عن بعضها ، أم كتبتهما لابنين عفا أحدهما ؟ وجهان . أصحابها : الثاني . ولو كان للشقص شفيهان ، فمات كلٌّ عن ابنين ، فعفا أحدهما عن حقه ، فحاصل المنقول تفريعاً على ما تقدم أوجه . أحدها : يسقط الكل . والثاني : يبقى الكل للأربعة . والثالث : يسقط حق العافي وأخيه ، وبأخذ الآخرين . والرابع : ينتقل حق العافي إلى الثلاثة ، فيأخذون الشقص أثلاثاً . والخامس : يستقر حق العافي للمشتري ، وبأخذ ثلاثة أرباع الشقص . والسادس : ينتقل حق العافي إلى أخيه فقط .

قلت : أصحابها : الرابع . والله أعلم

فرع

مات الشفيع عن ابنين ، فادعى المشتري عفوهما ، فالقول قولهما مع يمينها على البت . فلو ادعى عفو أبيهما ، حلفا على نفي العلم . فإن حلفا ، أخذاً . وإن نكلاً ، حلف المشتري ، وبطل حقه . وإن حلف أحدهما فقط ، فإن قلنا بالأصح : إنه إذا عفا أحدهما أخذ الآخر الجميع ، فلا يحلف المشتري ، إذ لا فائدة فيه ، وبه قال ابن الحداد . وإن قلنا : حق العافي يستقر للمشتري ، حلف المشتري ليستقر له نصيب الناكل . ثم الوارث الخالف ، لا يستحق الجميع بنكول أخيه ، ولكن إن صدق أخاه على أنه لم يعف ، فالشفعة بينهما . وإن ادعى عليه العفو ، وأنكر الناكل ، عرضت عليه اليمين لدعوى أخيه ، ولا ينعمه من الحلف نكوله في جواب المشتري . فإن حلف ، فالشفعة بينهما . وإن نكل أيضاً ، حلف المدعي أنه عفا ، وحينئذ يأخذ الجميع .

الضرب الثالث : أن يحضر بعض الشركاء دون بعض . فإذا كانت الدار لأربعة بالسوية ، فباع أحدهم نصيبه ، وثبتت الشفعة للباقيين ، فلم يحضر إلا واحد ، فليس له أخذ حصته فقط ، ولا يكلف الصبر إلى حضورهما ، بل إن شاء أخذ الجميع أو تركه . وهل له تأخير الأخذ إلى حضورهما ؟ إذا قلنا : الشفعة على الفور ، وجهاً . أصحابها : نعم ، للمذر ، وإذا أخذ الجميع ، ثم حضر أحد النائيين ، أخذ منه النصف بنصف الثمن ، كما لو لم يكن إلا شفيعان . فإذا حضر الثالث ، فله أن يأخذ من كل واحد ثلث ما في يده ، ثم يترتب على ما ذكرنا فروع .

أحدها : خرج الشقص مستحقاً بعد الترتيب المذكور ، ففي العهدة وجهاً . أحدهما : عهدة الثلاثة على المشتري لاستحقاقهم الشفعة عليه . والثاني : أن رجوع الأول على المشتري ، فيسترد منه كل الثمن ، ورجوع الثاني على الأول ، فيسترد

منه النصف ، ورجوع الثالث على الاول والثاني، يسترد من كلٍ ما دفع إليه ، وهذا أصح ، ورجح المراقبون ، الاول. وقال المتولي : هذا الخلاف في الرجوع بالمعروم من أجرة ، ونقص قيمة الشقص . فأما انتمن ، فكل فيسترد ما سلّمه عن سلّمه إليه بلا خلاف .

الثاني : أخذ الحاضر جميع الشقص، فوجده معيياً فردّه ، فحضر الثاني وهو في يد المشتري ، فله أخذ الجميع .

الثالث : ما يستوفيه الاول من المنافع ، ويحصل له من الاجرة والثمرة ، يسلم له ، فلا يزاحمه فيه الثاني والثالث على الأصح ، وكذا الثالث لا يزاحم الثاني فيما يحصل له بعد المناصفة ، كما أن الشفيع لا يزاحم المشتري فيها .

الرابع : أخذ الاول كل الشقص وأفرزه ، بأن أتى الحاكم فنصب قيماً في مال الغائبين ، فاقسما ، وبني فيه ، أو غرس ثم رجع الغائبان ، هل لهما القلع ؟ وجهان . أصحها : لا ، كما أن الشفيع لا يقطع بناء المشتري وغراسه مجاناً. والثاني : نعم ، لأنها يستحقان كاستحقاق الاول ، فليس له التصرف حتى يظهر حالهما ، بخلاف الشفيع مع المشتري .

الخامس : إذا حضر اثنان فأخذوا الشقص ، واقتسما مع القيم في مال الغائب ، ثم قدّم [الغائب] ، فله الأخذ وإبطال القسمة ، فإن عفا ، استمرت القسمة .

السادس : أخذ اثنان ، فحضر الثالث ، وأراد أخذ ثلث ما في يد أحدهما ولا يأخذ من الثاني [شيئاً] ، فله ذلك ، كما للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين دون الآخر .

السابع : أخذ الأول الجميع ، فحضر الثاني وأراد أخذ الثلث فقط ، فله ذلك على الأصح ، لأنه لا يفرق الحق على الأول . فإن أخذ الثلث على هذا الوجه ، أو بالتراضي ، ثم حضر الثالث ، نظر ، إن أخذ من الاول نصف ما في يده ، ولم يتعرض

لثاني ، فلا كلام، وإن أراد أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده ، فله ذلك، لأن حقه ثابت في كل جزء ، ثم له أن يقول للأول: بضم ما معك إلى [ما] أخذته انقسمه نصفين لأننا متساويان . وإنما تصح قسمة الشقص في هذه الحالة من ثمانية عشر ، لأننا نحتاج إلى عدد اثنائه ثلث وهو تسعة ، مع اثني منها ثلاثة ، ومع الأول ستة ، فينتزع الثلث من الثاني واحداً يضمه إلى الستة [التي] مع الأول ، فلا ينقسم بينهما ، فتضرب اثنين في تسعة تبلغ ثمانية عشر ، لثاني منها اثنان في اثنين بأربعة ، تبقى أربعة عشر للأول والثالث نصفين ، وهذا المنقسم من ثمانية عشر ، ربع الدار ، فتقسم جملتها من اثنين وسبعين . هذا ما ذكره الأكثرون ونقلوه عن ابن سريج . وقال القاضي حسين : لما ترك الثاني سدساً للأول ، صار عافياً عن بعض حقه ، فيبطل جميع حقه على الأصح كما سبق ، فينبغي أن يسقط حق الثاني كله ، ويكون الشقص بين الأول والثالث .

قلت : الأصح قول الأكثرين ، ولا يُسلم أنه أسقط بعض حقه . والله أعلم

الثامن : قال ابن الصباغ : لو حضر اثنان وأخذوا الشقص ، ثم حضر الثالث وأحدهما غائب ، فإن قضى له القاضي على الغائب ، أخذ من كلٍّ ثلث ما في يده ، وإلا ، فهل يأخذ ثلث ما في يد الحاضر ، أم نصفه ؟ وجهان . ثم إن حضر الغائب وغاب الحاضر ، فإن كان الثالث أخذ من الحاضر ثلث ما معه ، أخذ من القادم ثلث ما في يده أيضاً . وإن كان أخذ نصفه ، أخذ من القادم سدس ما في يده ويتم بذلك نصيبه ، وينقسم هذا الشقص من اثني عشر ، وجلة الدار من ثمانية وأربعين .

التاسع : ثبتت الشفعة لحاضر وغائب ، فعفا الحاضر ، ثم مات الغائب ، فورثه الحاضر ، فله أخذ الشقص كله بالشفعة تفرعاً على الأصح : أنه إذا عفا أحد الشريكين ، أخذ الآخر الجميع . وإن قلنا : عفو أحدهما يسقط حق الآخر ،

لم يأخذ شيئاً . وإن قلنا : يستقر نصيب العاني للمشتري ، لم يأخذ الحاضر بحق الارث إلا النصف .

فصل

ليس للشفيع تفريق الصفقة على المشتري . ولو اشترى اثنان شقصاً من رجل ، فالشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما فقط ، إذ لا تفريق عليه . ولو باع اثنان من مائة الدار شقصاً لواحد ، جاز أن يأخذ حصة أحد البائعين على الأصح . ولو باع اثنان نصيبهما لاثنتين بعقد واحد ، فهو كأربعة عقود ، تفريعاً على الأظهر أن تعدد البائع كتعدد المشتري ، فالشفيع الخيار ، فإن شاء أخذ الجميع أو ثلاثة أرباعه وهو نصيب أحد المشتريين ونصف نصيب الآخر ، أو يأخذ نصف الجملة بأخذ نصيب أحدهما ، أو نصف نصيب كل واحد ، أو يأخذ ربع الجملة وهو نصف نصيب أحدهما . ولو وكتلاً وكيلاً في بيع شقص أو شرائه ، أو وكل وكيلين في بيع شقص أو شرائه ، فالاعتبار بالعقد ، أم بمن له العقد ؟ فيه خلاف سبق في تفريق الصفقة . فلو كانت الدار لثلاثة ، فوكل أحدهم ببيع نصيبه ، وجوز له أن يبيعه مع نصيب نفسه إن شاء صفقة واحدة ، فباع كذلك ، فليس لثالث إذا قلنا : الاعتبار بالعقد ، إلا أخذ الجميع ، أو ترك الجميع . وإن قلنا : الاعتبار بالعقد له ، فله أن يأخذ حصة أحدهما فقط . ولو كانت الدار لرجلين ، فوكل أحدهما الآخر ببيع نصف نصيبه ، وجوز له أن يبيعه مع نصيب نفسه إن شاء صفقة واحدة ، فباع كذلك ، وأراد الموكل أخذ نصيب الوكيل بالشفعة بحق النصف الباقي له ، فله ذلك ، لأن الصفقة اشتملت على مالا شفعة للموكل فيه وهو ملكه ، وعلى ما فيه شفعة وهو ملك الوكيل ، فأشبهه من باع شقصاً وثوباً بمائة . وفي وجه ضعيف : أنها كالصورة السابقة . ولو باع شقصين

من دارين صفقة واحدة ، فان كان الشفييع في أحدهما غير الشفييع في الأخرى ، فلكل أن يأخذ ما هو شريك فيه ، وافقه الآخر في الأخذ ، أم لا . وإن كان شفييعها واحداً ، جاز أيضاً على الاسح .

الباب الثالث

فيما يسقط به حق الشفييع

الأظهر النصوص في الكتب الجديدة : أن الشفعة على الفور . والثاني : تمتد ثلاثة أيام . والثالث : تمتد مدة تتسع لتأمل المصلحة في الأخذ . والرابع : تمتد إلى التصريح باسقاطها . والخامس : إلى التصريح أو مايدل عليه ، كقوله : بع لمن شئت ، أو هبه ، وكذا قوله : بعني ، أو هبه لي ، أو قاسمني . وقيل : لا تبطل بهذا ، وللمشتري إذا لم يأخذ الشفييع ولم يعفو أن يرفعه إلى الحاكم ليلزمه الأخذ أو العفو . وفي قول : ليس له ذلك ، تنزيلاً للشفييع منزلة مستحق القصاص ، والتفريع على قول الفور . [وإنما نذكر بالفور] بعد علم الشفييع بالبيع ^(١) . فلو لم يعلم حتى مضى سنون ، فهو على شفعته ، ثم إذا علم ، لا يكاف المبادرة ، على خلاف العادة بالمَدْوِ ونحوه ، بل يرجع فيه إلى العرف ، فماعدٌ تقصيراً وتوانياً في الطلب ، يُسْقِطُ الشفعة ، ومالا يُمدُّ تقصيراً لعذر ، لا يسقطها . والعذر ضربان .

أحدهما : ما لا ينتظر زواله عن قرب كالمرض ، فينبغي للمريض أن يوكل إن قدر . فان لم يفعل ، بطلت شفعته على الأصح ، لتقصيره . والثاني : لا . والثالث إن لم يلحقه في التوكيل منة ولا مؤنة ثقيلة ، بطلت ، وإلا ، فلا . فان لم يمكنه ، فليشهد على الطالب . فان لم يشهد ، بطلت على الأظهر أو الأصح . والخوف من العدو ، كالمرض ،

(١) في نسخة الظاهرية : بعد علم المشتري بالبيع .

وكذا الحبس إذا كان ظلماً أو بدّين هو معسر به عاجز عن بينة الاعسار . وإن حبس بحق ، بأن كان مليئاً ، فقير ممذور ، ومثله النية . فإذا كان الشفيع في بلد آخر ، فعليه أن يخرج طالباً عند بلوغ الخبر ، أو يبعث وكيلاً ، إلا أن يكون الطريق مخوفاً ، فيجوز التأخير إلى أن يجد رقعة معتمدين يصحبهم هو أو وكيله ويؤول الحرة والبرد المفرطان . وإذا أخّر لذلك ، أو لم يمكنه السير بنفسه ، ولا [وجد] وكيلاً ، فليشهد على الطلب . فإن لم يشهد ، ففي بطلان حقه الخلاف السابق ، وأجري ذلك في وجوب الاشهاد إذا سار طالباً في الحال . والأظهر هنا : أنه لا يجب ، ولا تبطل شفعته بتركه ، كما لو أرسل وكيلاً ولم يشهد ، فانه يكفي . وليطرد فيما إذا كان حاضراً في البلد فخرج إليه أو إلى مجلس الحكم كما سبق في الرد بالميب .

الضرب الثاني : ما ينتظر زواله عن قرب ، بأن كان مشغولاً بصلاة ، أو طعام ، أو قضاء حاجة ، أو في حمام ، فله الاتمام ، ولا يكلف قطعها ، على خلاف المادة على الصحيح . وقيل : يكلف قطعها حتى الصلاة إذا كانت نافلة . وعلى الصحيح : لو دخل وقت الأكل أو الصلاة أو قضاء الحاجة ، جاز له أن يقدمها ، فإذا فرغ طلب الشفعة ، ولا يلزمه تخفيف الصلاة والاعتصار على ما يجزى .

فرع

لو رفع الشفيع الأمر إلى القاضي ، وترك مطالبة المشتري مع حضوره ، جاز ، وقد ذكرناه في الرد بالميب . ولو أشهد على الطلب ، ولم يراجع المشتري ولا القاضي ، لم يكف . وإن كان المشتري غائباً ، فالقياس : أن يرفع الأمر إلى القاضي ويأخذ كما ذكرنا هناك . وإذا ألزماه الاشهاد فلم يقدر عليه ، فهل يؤمر أن يقول :

تملكتُ الشقص ؟ وجهان سبق نظيرهما هناك . ولو تلاقيا في غير بلد الشقص ،
فأختر الشفيع الأخذ إلى العود إليه ، بطل حقه ، لاستغناء الآخذ عن الحضور
عند الشقص .

فصل

إذا أخرج الطلب ثم قال : أخرت لأنني لم أصدق المخبر ، فإن أخبره عدلان،
أو عدل وامرأتان ، بطل حقه ، وإن أخبره من لا يقبل خبره ، ككافر ، وفاسق،
وصي ، لم يبطل . وإن أخبره ثقة ، حر أو عبد ، بطل حقه على الأصح . والمرأة
كالعبد على المذهب . وقيل : كالفاسق . وعلى هذا ، في النسوة وجهان بناءً على
أن المدعي هل يقضى له بيمينه مع امرأتين ؟ إن قلنا : لا ، فهو كالمرأة ، وإلا ،
فكالعدل الواحد ، هذا كله إذا لم يبلغ عدد المخبرين حداً لا يمكن التواطؤ على
الكذب . فإن بلغه ، بطل حقه [و] إن كانوا فساقاً .

فرع

لو كذبه المخبر فزاد في قدر الثمن ، بأن قال : باع الشريك الشقص بألف ، فعفا
أو توانى ، ثم بان بخمسائة ، لم يبطل حقه . ولو كذب بالنقص ، فقال : باع بألف
فعفا ، فبان بألفين ، بطل حقه . ولو كذب في تعيين المشتري ، فقال : باع زبداء ،
فعفا ، فبان عمرأ ، أو قال المشتري : اشتريت لنفسى ، فبان وكيلأ ، أو كذب في
جنس الثمن ، فقال : باع بدراهم ، فبان دنانير ، وفي نوعه ، فقال : باع بنيسابورية ،
فبان بد هروية ، أو في قدر المبيع ، فقال : باع كل نصيبه ، فبان بعضه ، أو بالعكس ،

أو باع حالاً ، فبان مؤجلاً ، أو إلى شهر ، فبان إلى شهرين ، أو باع رجلين ، فبان رجلاً ، أو عكسه ، لم يطل حقه ، لاختلاف الغرض بذلك . وشذ الامام عن الاصحاب فقال : إذا أخبر بالدرهم أو الدينير ، فمعا ، فبان عكسه ولم يتفاوت القدر عند التقويم ، بطل حقه . ولو قيل : باع بكذا مؤجلاً فمعا ، فباع حالاً ، أو باع كله بألف ، [فبان بمضه بألف] ، بطل حقه قطعاً .

فرع

لقي المشتري فقال : السلام عليكم ، أو سلام عليك ، أو سلام عليكم ، لم يطل شففته ، لأنه سُنَّة . قال الامام : ومن غلا في اشتراط قطع ما هو مشغول به من الطعام وقضاء الحاجة ، لا يبعد أن يشترط فيه ترك الابتداء بالسلام . ولو قال عند لقائه : بسم اشتريت ؟ فوجهان ، قطع المراقبون بالبطان ، وقالوا : حقه أن يظهر الطالب ثم يبحث . والأصح : المنع ، لافتقاره إلى تحقيق ما يأخذه به . ولو قال : بارك الله لك في صفقتك ، لم يطل على الأصح ، وبه قطع الجمهور . ولو قال : اشتريت رخيصاً وما أشبهه ، بطلت شففته ، لأنه فضول .

فرع

آخر الطالب ثم اعتذر بمرض أو حبس أو غيبة ، وأنكر المشتري ، فاقول قول الشفيع إن علم به العلوس الذي ادعاه ، وإلا ، فلمصدق المشتري . ولو قال : لم أعلم بموت حق الشفعة ، أو كونها على الفور ، فهو كما سبق في الرد بالعيب .

فصل

إذا باع الشفيع نصيبه ، أو وهبه عالماً بثبوت شفيعته ، بطلت ، سواء قلنا : شفعة على الفور أو التراخي ، لزوال ضرر المشاركة . ولو باع بعضه ، بطلت على الأظهر . وإن باع نصيبه جاهلاً بالشفعة ، بطلت على الأصح ، لزوال الضرر . ولو باع بعضه جاهلاً ، أطلق البغوي : أنها لا تبطل . والوجه : أن يكون على القوانين إن قلنا : إن يبيع الجميع جاهلاً يبطلها . قلت : الأصح هنا على الجملة : أنها لا تبطل لعدوم مع بقاء الحاجة للمشاركة . والله أعلم

فصل

إذا صالح من حق الشفعة على مال ، فهو على ما ذكرناه في الصلح عن الرد بالعيب . واختار أبو إسحاق الروزي صحته . ولو تصالحا على أخذ بعض الشقص ، فهل يصح لرضى المشتري بالتبعض ، أم تبطل شفيعته ، أم يبطل الصلح ويبقى خياره بين أخذ الجميع وتركه ؟ فيه ثلاثة أقوال .

فصل

في مسائل منشورة

إحداها : لمعس المغو عن الشفعة ، والأخذ ، ولا اعتراض عليه للمراء ، وينبغي أن يعود في أخذه الخلاف السابق في شرائه في الذمة . ثم الكلام في أنه من أين يؤدي الثمن : ذكرناه في التماس .

الثانية : وهب شقصاً لعمده وقلنا : يملك ، فباع شريكه ، ثبت للعبد الشفعة ، قاله أبو محمد . وفي افتقاره إلى إذن السيد ، وجهان .

الثالثة : لعامل القراض الاخذ بالشفعة . فان لم يأخذ ، فللمالك الاخذ . ولو اشترى بمال القراض شقصاً من شريك رب المال ، فلا شفعة له على الاصح . وإن كان العامل شريكاً فيه ، فله الاخذ إن لم يكن في المال ربح ، أو كان وقلنا : لا يملك بالظهور . فان قلنا : يملك به ، فعلى الوجهين في المالك .

الرابعة : إذا كان الشقص في يد البائع ، فقال الشفيع : لا أقبضه إلا من المشتري ، فوجهان . أحدهما : له ذلك ، ويكلف الحاكم المشتري أن يتسلمه ويسلمه إلى الشفيع . فان كان غائباً نصب الحاكم من ينوب عنه في الطرفين . والثاني : لا يسكلف ذلك ، بل يأخذه الشفيع من البائع . وسواء أخذه من المشتري أو البائع ، فعمدة الشفيع على المشتري ، لأن الملك انتقل إليه منه .

قلت : الاول أصح ، وبه قطع صاحب « التنبيه » وآخرون ، هكذا ذكر الوجهين صاحب « الشامل » وآخرون ، وذكر القاضي أبو الطيب ، وصاحب « المهذب » وآخرون في جواز أخذ الشفيع من البائع وجهين ، وقطع صاحب « التنبيه » بالمتنع . وصححت التولي الجواز ، ذكره في باب حكم البيع قبل القبض .

والله أعلم

الخامسة : اشترى شقصاً بشرط البراءة من العيوب ، فان أبطلنا البيع ، فذاك ، وإن صححنه وأبطلنا الشرط ، فكالشراء مطلقاً . وإن صححننا الشرط ، فالشفيع رده بالعيب على المشتري ، وليس للمشتري الرد .

السادسة : لو علم الشفيع العيب ولم يعلمه المشتري ، فلا رد للشفيع ، وليس

للمشتري طلب الارش، لأنه استدرك الظلامة، أو لأنه لم يأس من الرد . فلورجع إليه ببيع وغيره ، لم يردَّ على العلة الاولى، ويرد على الثانية.

السابعة : قال أحد الشريكين للآخر : بيع نصيبك فقد عفوتُ عن الشفعة، فباع ، ثبتت الشفعة ، ولغا العفو .

قلت : وكذا لو قال للمشتري : اشتر فلا أطالبك بشفعة ، لغا عفوه .
والله أعلم

الثامنة : باع شقصاً ، فضمن الشفيع المدة للمشتري ، لم تسقط شفעתه . وكذا إذا شرطنا الخيار للشفيع ، وصححنا شرطه للأجنبي .

التاسعة : أربعة بينهم دار ، فباع أحدهم نصيبه واستحق الشركاء الشفعة ، فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو ، قبلت شهادتها إن شهدا بعد عفوها ، وإن شهدا قبله ، لم تقبل . فلو عفوا ثم أعادا تلك الشهادة ، لم تقبل أيضاً للثمة . وإن شهدا بعد عفو أحدهما ، قبلت شهادة العافي دون الآخر ، فيحلف المشتري مع العافي ، ويثبت العفو . ولو شهد البائع على عفو الشفيع قبل قبض الثمن ، لم تقبل ، لأنه قد يقصد الرجوع بتقدير الافلاس . وإن كان بعد القبض ، فوجهان ، لأنه ربما توفّع المود بسبب ما .

العاشرة : أقام المشتري بينة بعفو الشفيع ، وأقام الشفيع بينة بأخذه بالشفعة والشقص في يده ، فهل بينة الشفيع أولى لقوتها باليد ، أم بينة المشتري لزيادة علمها بالعفو ؟ وجهان . أصحها : الثاني .

الحادية عشرة : شهد السيد بشراء شقص فيه شفعة لمكاتبه ، قال الشيخ أبو محمد:

تقبل شهادته . قال الامام : كأنه أراد أن يشهد للمشتري إذا ادعى الشراء ، ثم ثبتت الشفعة تباً . فأما شهادته للمكاتب ، فلا تقبل بحال .

الثانية عشرة : الشفيع صبي ، فعلى وليه الأخذ إن كان فيه مصلحة ، وإلا ، فيحرم الأخذ . وإذا ترك بالمصلحة ، ثم بلغ ، فهل له الأخذ ؟ فيه خلاف سبق في الحجر .

الثالثة عشرة : بينها دار ، فمات أحدهما عن حمل ، فباع الآخر نصيبه ، فلا شفعة للحمل ، لأنه لا يتيقن وجوده . فان كان له وارث غير الحمل ، فله الشفعة . وإذا انفصل حياً ، فليس لوليه أن يأخذ شيئاً من الوارث . ولو ورث الحمل شفعة عن مورثه ، فهل لأبيه أو لجدّه الأخذ قبل انفصاله ؟ وجهان ، وبالنسبة قال ابن سريج ، لأنه لا يتيقن .

الرابعة عشرة : إذا أخذ الشفيع الشقص ، وبنى فيه ، أو غرس ، فخرج مستحقاً ، وقلع المستحق بناءه وغراسه ، فالقول فيما يرجع به الشفيع على المشتري من الثمن وما نقص من قيمة البناء والغراس وغير ذلك ، كالقول في رجوع المشتري من الفاسد عليه .

الخامسة عشرة : مات وله شقص من دار ، وعليه دين مستغرق ، فباع الشريك حصته قبل بيع الشقص في الدين ، قال ابن الحداد : الورثة أخذه بالشفعة ، وهذا تفريع على الصحيح : أن الدين لا يمنع انتقال الملك في التركة إلى الورثة . وإن قلنا : يمنع ، فلا شفعة لهم . ولو خلف داراً كاملة وعليه دين لا يستغرقها ، فيبيع بعضها في الدين ، قال ابن الحداد : لا شفعة للورثة فيما يبيع بما بقي لهم من الملك ، وهذا مستمر على الصحيح ، فانهم إذا ملكوا الدار ، كان المبيع جزءاً من ملكهم . ومن يبيع من ملكه جزءاً بحق ، لم يكن له استرجاعه بالباقي . وإن قلنا : يمنع ، فهل يمنع في قدر الدين ، أم في الجميع ؟ فيه خلاف مذكور في موضعه . وإن

قلنا بالثاني ، فلا شفعة لهم أيضاً ، وإلا ، فلهم . ولو كانت الدار مشتركة بين الميت وورثته ، فبيع نصيبه أو بعضه في دينه ووصيته ، فقال الجمهور : لا شفعة . وقال ابن الحداد : لهم الشفعة ، لأن ما يبيع في دينه كما لو باعه في حياته ، وهو خلاف مقتضى الأصل المذكور ، فانهم إذا ملكوا التركة صار جميع الدار لهم ، فيكون المبيع جزءاً من ملكهم .

فصل

في الحيل الدافعة للشفعة

منها : أن يبيع الشقص بأضعاف ثمنه دراهم ، يأخذ عرضاً قيمته مثل الثمن الذي تراضياً عليه عوضاً عن الدراهم ، أو يحط عن المشتري ما يزيد عليه بعد انقضاء الخيار .

ومنها : ما قاله ابن سريج : يشتري أولاً بائع الشقص عرضاً يساوي ثمن الشقص بأضعاف ذلك الثمن ، ثم يجعل الشقص عوضاً عما لزمه .

ومنها : أن يبيع جزءاً من الشقص بثمن كله ، ويهب له الباقي ، وهذه الطرق فيها غرر ، فقد لا يفي صاحبه .

ومنها : أن يجعل الثمن حاضراً مجهول القدر ، ويقبضه البائع ولا يزنه ، بل يتفقه أو يخلطه فتندفع الشفعة على الصحيح . وفيها خلاف ابن سريج السابق .

ومنها : إذا وقف الشقص ، أو وهبه ، بطلت الشفعة على رأي أبي إسحاق .

ومنها : لو باع بعض الشقص ، ثم باع الباقي ، لم يكن للشفيع أن يأخذ جميع البيع ثانياً على أحد الوجهين ، فيندفع أخذ جميع البيع .

ومنها : لو وكَّل البائع شريكه بالبيع ، فباع ، لم تكن له الشفعة على أحد الوجهين . وقد سبق ذكر هذه المسائل .

قلت : ومنها : أن يهب له الشقص بلا ثواب ، ثم يهب له صاحبه قدر قيمته ، قال الشيخ أبو حامد : هذا لا غرر فيه ، لأنه يمكنه أن يحترز من أن لا يفي صاحبه ، بأن يهبه ويجعله في يد أمين ليقيضه إياه ، ويهبه صاحبه قدر قيمته ، ويجعله في يد أمين ليقيضه إياه ، ثم يتقابضا في حالة واحدة . والله أعلم

فرع

عند أبي يوسف : لا يكره دفع الشفعة بالحيلة ، إذ ليس فيها دفع حق على الغير ، فإنه إنما يثبت بعد البيع . وعند محمد بن الحسن : يكره دفع الشفعة بالحيلة ، لما فيها من إبقاء الضرر ، وهذا أشبه بمذهبنا في الحيلة في منع وجوب الزكاة . قلت : عجب من الامام الرافعي رحمه الله كيف قال ما قال ، مع أن المسألة مسطورة ، وفيها وجهان . أصحابها ، وبه قال ابن سريج ، والشيخ أبو حامد : تكره هذه الحيلة . والثاني : لا ، قاله أبو حاتم القزويني في كتاب الحيل . أما الحيل في دفع شفعة الجار ، فلا كراهة فيها قطعاً ، وفيها من الحيل غير ما سبق [ما] ذكره المتولي أنه يشتري عشر الدار مثلاً بتسعة أعشار الثمن ، فلا يرغب الشفيع لكثرة الثمن ، ثم يشتري تسعة أعشاره بعشر الثمن ، فلا يتمكن الجار من الشفعة ، لأن المشتري حالة الشراء شريك في الدار ، والشريك مقدّم على الجار ، أو يخطط البائع على طرف ملكه خطأً ، ما يلي دار جاره ، ويبيع ما وراء الخط فتمتنع شفعة الجار ، لأن بين ملكه وبين المبيع فاصلاً ، ثم يهبه الفاضل . والله أعلم

كتاب القراض

القراض والمقارضة والمضاربة ، بمعنى ، وهو أن يدفع مالاً إلى شخص ليتجر فيه والربح بينهما . ودليل صحته إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، وفيه ثلاثة أبواب .

الأول : في أركان صحته ، وهي خمسة .

[الركن الأول : رأس المال ، وله أربعة شروط .

الأول : أن يكون نقداً ، وهو الدرام والدنانير المضروبة ، ودليله الاجماع .

ولا يجوز على الدرام المغشوشة على الصحيح ، ولا على الفلوس على المذهب .

قلت : قد ذكر الفوراني في جواز القراض على ذوات الميثل وجهين ، وهذا

شاذ منكر ، والصواب المقطوع به : المنع . والله أعلم

الشرط الثاني : أن يكون معلوماً . فلو دفع إليه ثوباً وقال : بهمه وقد قارضتك

على ثمنه ، لم يجز .

الشرط الثالث : أن يكون معيناً . فلو قارض على دراهم غير معينة ، ثم أحضر

في المجلس وعينها ، قطع القاضي والامام بجوازه ، كالصرف والسلم ، وقطع البغوي

بالمنع . ولو كان له دين على رجل ، فقال لغيره : قارضتك على ديني على فلان ، فاقبضه

واتجر فيه ، أو قارضتك عليه لتقبض وتصرف ، أو اقبضه فإذا قبضته فقد قارضتك

عليه ، لم يصح ، وإذا قبض العامل وتصرف فيه ، لم يستحق الربح المشروط ،

بل الجميع لرب المال ، وللعامل أجرة مثل التصرف إن كان قال : إذا قبضت فقد

قارضتك . وإن قال : قارضتك عليه لتقبض وتصرف ، استحق أجره مثل انتقاضي والقبض أيضاً . ولو قال للمديون : قارضتك على الدين الذي لي عليك ، لم يصح القراض ، بل لو قال : اعزل قدر حقي من مالك ، فزله ، ثم قال : قارضتك عليه ، لم يصح ، لأنه لم يملكه . فإذا تصرف المأمور فيما عزله ، نظر ، وإن اشترى بعينه للقراض ، فهو كالفضولي يشتري لغيره بعين ماله . وإن اشترى في الذمة ، فوجهان . أصحها عند البغوي : أنه للمالك ، لأنه اشترى له بأذنه . وأصحها : عند الشيخ أبي حامد : للعامل ، لأن المالك لم يملك اليمين . وحيث كان الموزول للمالك ، فالربح ورأس المال له ، لفساد القراض ، وعليه الأجرة للعامل . ولو دفع كيسين في كل ألف ، وقال : قارضتك على أحدهما ، فوجهان . أحدهما : يصح ، لتساويهما . وأصحها : المنع ، لعدم التمين .

قلت : فعلى الأول يتصرف العامل في أيها شاء ، فيتمين للقراض . والله أعلم

ولو كانت دراهمه في يد غيره وديعة ، فقارضه عليها ، صح ، ولو كانت غصباً ، صح على الأصح ، كما لو رهنه عند الغاصب . وعلى هذا ، لا يبرأ من ضمان الغصب كما في الرهن .

قلت : معناه : لا يبرأ بمجرد القراض . أما إذا تصرف العامل فباع واشترى ، فبرأ من ضمان الغصب ، لأنه سلمه بأذن المالك ، وزالت عنه يده ، وما يقبضه من الأعراض ، يكون أمانة في يده ، لأنه لم يوجد منه فيها مضمّن . والله أعلم

الشرط الرابع : أن يكون رأس المال مسلماً إلى العامل ، ويستقل باليد عليه والتصرف فيه . فلو شرط المالك أن يكون الكيس في يده ، ويوفي منه الثمن إذا اشترى العامل شيئاً ، أو شرط أنه يراجعه في التصرفات ، أو مشرفاً نصّبه ،

فسد القراض . ولو شرط أن يعمل معه المالك بنفسه ، فسد على الصحيح . وقال أبو يحيى البلخي : يجوز على سبيل المعاونة والتبعية . ولو شرط أن يعمل معه غلام المالك ، فوجهان . ويقال : قولان . الصحيح الذي عليه الأكثرون : صحته ، لأن العبد مال ، ولما لـه إعارته وإجارته ، فيكون في معنى إذن المالك في استخدامه . هذا إذا لم يصرح بحجة على العامل ، فأما إذا قال : على أن يعمل معك غلامي ولا تصرف دونه ، أو يكون بعض المال في يده ، فيفسد قطعاً . ولو شرط أن يعطيه بهيمة يحمل عليها ، جاز على المذهب . ولو لم يشترط عمل الغلام معه ، ولكن شرط ثلث الربح له ، واثالث لغلامه ، واثالث للعامل ، جاز . وحاصله : اشتراط ثلثي الربح لنفسه ، نص عليه في المختصر .

فرع

قال المتولي : لو كان بينه وبين غيره دراهم مشتركة ، فقال لشريكه : قارضتك على نصيبي منها ، صح ، إذ ليس له إلا الاشاعة ، وهي لا تمنع صحة التصرف . قال : ولو خلط ألفين بألف لغيره ، ثم قال صاحب الألفين للآخر : قارضتك على أحدهما وشاركتك في الآخر ، فقبل ، جاز ، وانفرد العامل بالتصرف في ألف القراض ، ويشارك في التصرف في باقي المال ، ولا يخرج على الخلاف في الصفقة الواحدة تجمع عقدين مختلفين ، لأنها جميعاً يرجعان إلى التوكيل بالتصرف .

فرع

لا يجوز جعل رأس المال مسكنى دار ، لأنه إذا لم يجعل العرض رأس مال ، فالمنفعة أولى .

الركن الثاني : العمل ، وله شروط .

الأول : أن يكون تجارة ، ويتعلق بهذا الشرط مسائل .

الأولى : لو قارضه على أن يشتري الحنطة فيطحنها ويخبزها ، والطعام لطبخه ويبيعه ، والفزل لينسجه ، والثوب ليقصره أو يصبغه ، والربح بينهما ، فهو فاسد . ولو اشترى العامل الحنطة ، وطحنها من غير شرط ، فوجهان . أحدهما ، وهو قول القاضي حسين وآخرين : يخرج الدقيق عن كونه رأس مال قراض ^(١) . فإن لم يكن في يده غيره ، انفسخ القراض ، لأن الربح حينئذٍ لا يحال على البيع والشراء فقط . وعلى هذا ، لو أمر المالكُ العاملَ بطحن حنطة القراض ، كان فسحاً للقراض . وأصحها : أن القراض بحاله ، كما لو زاد عبد القراض بكبر ، أو سمن ، أو تملثم صنعة ، فإنه لا يخرج عن كونه مال قراض ، لكن إن استقل العامل بالطحن ، صار ضامناً ، ولزمه الغرم إن نقص الدقيق . فإن باعه ، لم يكن الثمن مضموناً عليه ، لأنه لم يعتمد فيه ، ولا يستحق العامل بهذه الصناعات أجره ولو استأجر عليها ، والأجرة عليه ، والربح بينه وبين المالك كما شرطاً .

الثانية : قارضه على دراهم على أن يشتري نخيلاً ، أو دواب ، أو مستغلاتٍ ويمسك رقابها ثمارها ونتاجها وغلاتها ، وتكون الفوائد بينهما ، فهو فاسد ، لأنه ليس ربحاً بالتجارة ، بل من عين المال .

الثالثة : شرط أن يشتري شبكة ويصطاد بها والصيد بينهما ، فهو فاسد ، ويكون الصيد للصائد ، وعليه أجره الشبكة .

الشرط الثاني : أن لا يكون مضيئاً عليه بالتعيين . فلو عين نوعاً يندر كالياقوت الأحمر والخزّ الأدكن ، والخليل العتق ، والصيد حيث يندر ، فسد القراض ، لأنه تضيق بخل بالمقصود . وإن لم يندر ، ودام شتاءً وصيفاً كالجبوب ، والحيوان ، والخزّ ،

(١) في نسخ الظاهرية : يخرج الدقيق عن كونه مال قراض .

والْبَزَّ ، صح القراض . وإن لم يدم ، كالتار الرطبة ، فوجهان . أصحابها : الجواز .
والثاني : المنع ، إلا إذا قال : تصرف فيه ، فإذا انقطع ، فتصرف في كذا ، فيجوز .
ولو قال : لا تشتري إلا هذه السلعة ، أو إلا هذا العبد ، فسد ، بخلاف ما لو قال :
لا تشتري هذه السلعة ، لأنه يمكن شراء غيرها . ولو قال : لا تبسح إلا لزيد ،
أو لا تشتري إلا منه ، لم يجوز ، وقال الماسرجسي : إن كان المعين يباعاً لا ينقطع
عنده المتاع الذي يتجر في نوعه غالباً ، جاز تعيينه ، والمعروف ، الأول . ولو قال :
لا تبع لزيد ولا تشتري منه ، جاز على الصحيح .

فرع

لا يشترط تعيين نوع يتصرف فيه على الصحيح ، بخلاف الوكالة .

فرع

إذا جرى تعيين صحيح ، لم يكن للعامل مجاوزته كما في سائر التصرفات
المستفادة بالأذن . ثم الأذن في البز ، يتناول ما يلبس من المنسوج ، من الأبرسم ،
والقطن ، والكتان ، والصوف ، دون البسط ، والفرش . وفي الأكسية ، وجهان ، لأنها
ملبوسة ، لكن لا يسمى بأئمة بزاً .

قلت : أصحابها : المنع . والله أعلم

الشرط الثالث : أن لا يضيّق بالتوقيت ، ولا يعتبر في القراض بيان المدة ،
بخلاف المساقاة ، لأن مقصودها وهو الثمرة ، ينضبط بالمدة . فلو وقت فقال : قارضتك

سنة ، فان منعه من التصرف بعدها مطلقاً ، أو من البيع ، فسد ، لأنه يخلُ بالمقصود .
وإن قال : على أن لا تشتري بعد السنة ، ولك البيع ، صح على الأصح ، لأن المالك
يمكن من منعه من الشراء متى شاء ، بخلاف البيع . ولو اقتصر على قوله : قارضتك
سنة ، فسد على الأصح . وعلى الثاني : يجوز ، ويحمل على المنع من الشراء ، استدانة
للعقد . ولو قال : قارضتك سنة على أن لا أملك الفسخ قبل انقضاءها ، فسد .

فرع

لا يجوز أن يعلق القراض ، فيقول : إذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك ، كما لا يعلق
البيع ونحوه . ولو قال : قارضتك الآن ولا تصرف حتى ينقضي الشهر ، فقبل :
يجوز كالوكالة . والأصح : لا يجوز ، كقوله : بملك ولا تملك إلا بعد شهر .

الركن الثالث : الربح ، وله أربعة شروط .

الاول : أن يكون مخصوصاً بالمتعاقدين . فلو شرط بعضه لثالث فقال : على أن
يكون ثلثه لك ، وثلثه لي ، وثلثه لزوجتي ، أو لابني ، أو لاجنبي ، لم يصح ، إلا أن
يشترط عليه العمل معه ، فيكون قراضاً مع رجلين . ولو كان الشروط له عبداً للمالك ،
أو عبداً للعامل ، كان ذلك مضموماً إلى ما [شرط] للمالك أو للعامل . ولو قال :
نصف الربح لك ونصفه لي ، ومن نصيبي نصفه لزوجتي ، صح القراض ، وهذا
وعد هبة لزوجته . ولو قال للعامل : لك كذا على أن تعطي ابنك أو امرأتك
نصفه ، قال القاضي أبو حامد : إن ذكره شرطاً ، فسد القراض ، وإلا ، فلا .

الشرط الثاني : أن يكون مشتركاً بينهما . فلو قال : قارضتك على أن يكون
جميع الربح لك ، فوجهان . أحدهما : أنه قراض فاسد رعاية للفظ . والثاني : أنه
قراض صحيح رعاية للمعنى . ولو قال : قارضتك على أن الربح كله لي ، فهل هو

قراض فاسد ، أم إبطاع ؟ فيه الوجهان . ولو قال : أبضعتك على أن نصف الربح لك ، فهو إبطاع ، أم قراض ؟ فيه الوجهان . ولو قال : خذ هذه الدراهم وتصرف فيها والربح كله لك ، فهو قرض صحيح عند ابن سريج والأكثرين ، بخلاف ما لو قال : قارضتك والربح كله لك ، لأن اللفظ صريح في عقد آخر . وقال الشيخ أبو محمد : لا فرق بين الصورتين . وقال القاضي حسين : الربح والخسران للمالك ، وللعامل أجرة المثل ، ولا يكون قرضاً ، لأنه لم يملكه . ولو قال : تصرف فيها والربح كله لي ، فهو إبطاع .

الشرط الثالث : أن يكون معلوماً . فلو قال : قرضتك على أن لك في الربح شيركاً ، أو شركة ، أو نصيباً ، فسد . وإن قال : لك مثل ما شرطه فلان افلان ، فإن كانا عالمين به ، صح . وإن جهله أحدهما ، فسد . ولو قال : الربح بيننا ، ولم يبين ، فوجهان . أحدهما : الفساد . وأصحها : الصحة ، وينزل على النصف ، كقوله : هذه الدار بيني وبين زيد ، يكون مقراً بالنصف . ولو قال : على أن ثلث الربح لك ، وما بقي فثلثه لي وثناؤه لك ، صح . وحاصله اشتراط سبعة : تنوع الربح للعامل ، هذا إذا علمنا عند العقد أن الشروط للعامل بهذا اللفظ كم هو ؟ فإن جهلاه أو أحدهما ، صح أيضاً على الأصح ، وبه قطع في « الشامل » ، لسهولة معرفته . ويجري الخلاف ، فيما إذا قال : [لك] من الربح مدين ربع العشر ، وهما لا يملكان قدره عند العقد أو أحدهما .

الشرط الرابع : أن يكون العلم به من حيث الجزئية ، لا من حيث التقدير . فلو قال : لك من الربح ، أو لي منه درهم أو مائة ، والباقي بيننا نصفين ، فسد القراض . وكذا لو قال : نصف الربح إلا درهماً ، وكذا إذا اشترط أن يوليه مدامة كذا إذا اشتراها برأس المال ، لأنه ربما لا يربح إلا فيها ، أو أن يلبس الثوب

المشتري ، أو يركب الدابة ، أو اختصاص أحدهما بربح صنف من المال ، أو قال : ربح أحد الألفين لي ، وربح الآخر لك ، وشرط تمييز الألفين . فلو دفعها إليه ولا تمييز ، وقال : ربح أحدهما لي ، وربح الآخر لك ، فسد أيضاً على الأصح . وقيل : يصح ويكون كقوله : نصف ربح الألفين لك .

الركن الرابع : الصيغة .

القراض والمضاربة والمعاملة ، ألفاظ مستعملة في هذا العقد . فإذا قال : قارضتك ، أو ضاربتك ، أو عاملتك ، على أن الربح بيننا نصفين ، كان إيجاباً صحيحاً . ويشترط القبول متصلاً بالاتصال المعتبر في سائر العقود . ولو قال : خذ هذا الألف وانجز فيه ، على أن الربح بيننا نصفين ، فقطع القاضي حسين والبغوي ، بأنه قراض ، ولا يفتقر إلى القبول . وقال الامام : قطع شيخه والطبقة العظمى من نقلة المذهب : أنه لا بد من القبول ، بخلاف الجعالة والوكالة ، لأن القراض عقد معاوضة يختص بمين . ولو قال : قارضتك على أن نصف الربح لي ، وسكت عن جانب العامل ، لم يصح على الأصح . وقيل : يصح ويكون بينهما نصفين . ولو قال : على أن نصف الربح لك ، وسكت عن جانب نفسه ، أو على أن لك النصف ولي السدس ، وسكت عن الباقي ، صح على الصحيح ، وكان بينهما نصفين .

الركن الخامس : الماقدان .

فالقراض توكيل وتوكل ، فيعتبر فيها مايعتبر في الوكيل والموكل ، ويجوز لولي الطفل والمجنون أن يقارض بمالهما ، سواء فيه الأب ، والجد ، والوصي ، والحاكم ، وأمينه .

فصل

إذا قارض في مرض موته ، صح ، ويسلم للعامل الربح المشروط وإن زاد

على أجرة المثل، ولا يحسب من الثلث. ولو ساقاه في مرض الموت، وزاد على أجرة مثله، حسبت الزيادة من الثلث على الأصح، والفرق : أن النماء في المساقاة من عين المال .

فصل

يجوز أن يقارض الواحد اثنين وعكسه . فإذا قارض اثنين ، وشرط لهما نصف الربح بالسوية ، جاز ، ولو شرط لأحدهما ثلث الربح ، والآخر ربه ، فإن أبهم ، لم يجوز . وإن عين صاحب الثلث وصاحب الربع ، جاز . قال الامام : وإنما يجوز أن يقارض اثنين إذا أثبت لكل واحد الاستقلال . فإن شرط كل واحد مراجعة الآخر ، لم يجوز . هذا كلام الامام ، وما أظن الأصحاب يساعدونه عليه . وإذا قارض اثنان واحداً ، فليتيينا نصيب العامل من الربح ، ويكون الباقي بينهما على قدر ماليهما . ولو قالوا : لك من نصيب أحدهما من الربح الثلث ، ومن نصيب الآخر الربع ، فإن أبهما ، لم يجوز . وإن عيئنا وهو عالم بقدر مال كل واحد ، جاز ، إلا أن يشترط كون الباقي بين المالكين على غير ما تقتضيه نسبة المالكين .

فصل

إذا فسد القراض بتخلف بعض الشروط ، فله ثلاثة أحكام . أحدها : تنفيذ تصرفاته كنفوذها في القراض الصحيح لوجود الادن كالوكالة الفاسدة . الثاني : سلامة الربح بكامله للمالك . الثالث : استحقاق العامل أجرة مثل عمله ، سواء كان في المال ربح ، أم لا ، وهذه الأحكام مطردة في صور الفساد، لكن لو قال: قارضتك على أن جميع الربح لي ، وقلنا : هو قراض فاسد ، لا لبضاع ، ففي استحقاق العامل أجرة المثل ، وجهان . أصحابها : المنع ، لأنه عمل مجاناً .

فرع

قال في « المختصر » لو دفع إليه ألفاً وقال : اشتريها هروياً أو مروياً بالنصف ، فهو فاسد . واختلفوا في سبب فساد ، فالأصح ، وفي سياق الكلام ما يقتضيه : أنه تعرض للشراء دون البيع ، وهذا تفريع على الأصح ، أن التعرض للشراء لا يغني عن التعرض للبيع ، بل لابد من لفظ المضاربة ونحوها لتناول البيع والشراء ، أو [من] لفظ البيع والشراء جميعاً . وإذا اقتصر على الشراء ، فللمدفع إليه الشراء دون البيع ، والربح كله للمالك ، والخسران عليه . وقيل : يكفي التعرض للشراء ، ويتضمن الاذن في البيع بعده ، وقيل : إذا أتى بلفظ المضاربة أو القراض كان كقوله : اشتري ، من غير تعرض للبيع . والصحيح : الصحة . وقيل : سببه أنه لم يبين لمن النصف . واعترض ابن سريج على هذا ، بأن الشرط ينصرف إلى العامل ، لأن المالك يستحق بالمال ، لا بالشرط . وقال ابن أبي هريرة : سبب الفساد ، أنه لم يمين أحد النوعين ، ولا أطلق التصرف في أنواع الأئمة . واعترض القاضي حسين عليه ، بأنه لو عين أحدهما ، حكنا بالصحة ، فإذا ذكرهما على التردد ، زاد العامل بسطةً وتخيراً ، فهو أولى بالصحة .

قلت : هذا الاعتراض ليس بمقبول ، لأن حاصله أنه حمل لفظة « أو » على التخير ، وابن أبي هريرة ينكر ذلك ويقول : إنما أذن له في أحدهما وشك في المراد .

والله أعلم

وقيل : سببه أن القراض إنما يصح إذا أطلق التصرف في الأئمة ، أو عين جنساً يعم وجوده ، والمروية والروية ليسا كذلك ، وكان هذا القائل يقره

في بلد لا يمتن فيه . وقال الامام : يجوز أن يكون سببه أنه أرسل ذكر النصف ولم يقل : نصف الربح .

الباب الثاني في أحكام القراض الصحيح

هي ثلاثة أبواب .

الاول : تقيّد تصرف العامل بالمصلحة كتصرف الوكيل ، ثم قد تقتضي المصلحة التسوية بينها ، وقد تقتضي الفرق ، فيبيع العامل وشراؤه بالغبن كالوكيل ، ولا يبيع أيضاً نسيئة ، ولا يشتري بها . فان أذن المالك في البيع نسيئة ، ففعل ، وجب الاشهاد ، فان تركه ، ضمن ، ولا حاجة إليه في البيع حالاً لأنه يحبس المبيع إلى استيفاء الثمن ، ولو سلمه قبل استيفائه ، ضمن ، كالوكيل . فان كان مأذوناً له في التسليم قبل قبض الثمن ، سلمه ، ولم يلزمه الاشهاد ، لأن العادة ترك الاشهاد في البيع الحال . ويجوز للعامل البيع بالعرض ، بخلاف الوكيل ، لانه من مصالح القراض ، وكذا له شراء المغيب إذا رأى فيه ربحاً ، فان اشتراه بقدر قيمته ، قال المتولي : في صحته وجهان ، لأن الرغبات تقل في المغيب .

قلت : الاصح : الجواز إذا رأى المصلحة . والله أعلم

وإن اشترى شيئاً على ظن السلامة ، فبان معيباً ، فله أن ينفرد برده إن كانت فيه غبطة ، ولا ينفعه [منه] رضى المالك ، بخلاف الوكيل ، لان العامل صاحب حق في المال . وإن كانت الغبطة في إمساكه ، لم يكن له رده على الاصح ، لاخلاله بالمقصود . وحيث ثبت الرد للعامل ، قلنا لك أولى . قال الامام : ثم العامل

يردّ على البائع وينقض البيع . وأما المالك ، فإن كان الشراء بعين مال القراض ، فكتل ، وإن كان في الذمة ، فيصرفه المالك عن مال القراض . وفي انصرافه إلى العامل ماسبق في انصراف العقد إلى الوكيل إذا لم يقع للموكل . ولو تنازع المالك والعامل في الردّ وتركه ، عمل بالمصلحة .

فرع

لا يجوز للمالك معاملة العامل ، بأن يشتري من مال القراض شيئاً ، لأنه ملكه كالسيد مع المأذون له .

فرع

لا يجوز أن يشتري للقراض بأكثر من رأس المال . فلو فعل ، لم يقع ما زاد عن جهة القراض . فلو دفع إليه مائة قراضاً ، فاشتري عبداً بمائة ، ثم آخر بمائة للقراض أيضاً ، لم يقع الثاني للقراض ، بل ينظر إن كان اشتراه بعين المائة فالشراء باطل ، سواء اشتري الأول بعين المائة أو في الذمة . وإن اشتراه في الذمة ، انصرف إلى العامل حيث ينصرف شراء الوكيل المخالف إليه . وإذا انصرف إليه ، فصرف مائة القراض في ثمنه ، فقد تعدّى ، ودخلت المائة في ضمانه ، لكن العبد الأول يبقى أمانة في يده ، لأنه لم يتعدّ فيه . فإن تلفت المائة والشراء الأول بعينها ، انفسخ ، وإن كان في الذمة ، لم يفسخ ، وثبت للمالك على العامل مائة ، والعبد الأول للمالك ، وعليه لباثمه مائة ، فإن أداها العامل باذن المالك ، وشرط الرجوع ، ثبت له مائة على المالك ، ووقع الكلام في التقاص . وإن أداها بغير إذنه ، برىء المالك عن حق صاحب العبد ، ويبقى حقه على العامل .

فصل

اشترى العامل مَن يعثق على المالك ، فاما أن يشتريه بأذنه ، وإما بغيره .
الحال الاول : بأذنه ، فيصح . ثم إن لم يكن في المال ربح ، عتق على المالك
وارتفع القراض إن اشتراه بجميع مال القراض ، وإلا ، فيصير الباقي رأس مال .
وإن كان في المال ربح ، بني على أن العامل متى يملك نصيبه من الربح ؟ إن قلنا :
بالقسمة ، عتق أيضاً ، وغرم المالك نصيبه من الربح ، وكأنه استرد طائفة من المال
بعد ظهور الربح ، وإن قلنا : يملك بالظهور ، عتق منه حصة رأس المال ونصيب
المالك من الربح ، وسرى إلى الباقي إن كان موسراً ويغرمه ، وإن كان معسراً ،
بقي رقيقاً . وفي وجه : إذا كان في المال ربح وقد اشتراه بيمض المال ، نظر ،
إن اشتراه بقدر رأس المال ، عتق وكان المالك استرد المال ، والباقي ربح يتقاسمونه ،
وإن اشتراه بأقل ، حُسب من رأس المال ؛ أو بأكثر ، حُسب قدر رأس المال من
رأس المال والزيادة من حصة المالك ما أمكن . والصحيح الأول . ولو أعتق المالك
عبدًا من مال القراض ، فهو كسراء العامل مَن يعثق عليه بأذنه .

الحال الثاني : يشتريه بغير إذنه ، فلا يقع [الشراء] عن المالك بحال ، إذ
لا مصلحة فيه للقراض ، ثم إن اشتراه بمين مال القراض ، بطل من أصله . وإن
كان في الذمة ، وقع عن العامل ، ولزمه الثمن من ماله . فإن أداه من مال القراض ، ضمن .

فرع

اشترى زوجة المالك ، أو زوجها بلا إذن ، قيل : يصح . والأصح المنصوص ،

المنع كمن يعتق عليه ، لأنه لو صح لانسفخ النكاح وتضرر ، وإنما قصد بالاذن ما فيه حظ . فعلى هذا ، هو كما لو اشترى من يعتق عليه بلا إذن .

فرع

لو وكل بشراء عبد ، فاشترى الوكيل من يعتق على الموكل ، صح ووقع عن الموكل على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، لأن اللفظ شامل ، بخلاف القراض ، فان مقصوده الربح فقط ، وتقل الامام وجهاً : أنه لا يقع للموكل ، بل يبطل الشراء إن اشترى بعين المال ، ويقع عن الوكيل إن كان في الذمة .

فرع

العبد المأذون له [في التجارة] ، إذا اشترى من يعتق على سيده باذنه ، صح ، وعتق عليه إن لم تركبه ديون ، وإلا ، فقولان ، لأن ما في يده كالرهون بالديون . وإن اشترى بغير إذنه ، لم يصح على الأظهر . والثاني : يصح ، ويعتق عليه . ورأى الامام القطع بالبطلان إن كان [أذن] في التجارة ، وجعل الخلاف فيما إذا قال : تصرف في هذا المال واشتر عبداً . والجمهور على جريان القولين في الاذن في التجارة ، وهو نصه في المختصر . ثم هذا الخلاف ، إذا لم يركبه دين ، فان ركه ، ترتب على الخلاف فيما إذا لم يركبه ، وأولى بالبطلان . فان صح ، ففي نفوذ العتق القولان .

فرع

اشترى العامل من يعتق عليه ، فان لم يكن في المال ربح ، صح ولم يعتق

كالوكيل يشتري أباه لموكله ، ثم إن ارتفعت الاسعار وظهر ربح ، بني على القولين في أن العامل متى يملك الربح ؟ إن قلنا : بالقسمة ، لم يعتق منه شيء . وإن قلنا : بالظهور ، عتق عليه بقدر حصته على الأصح . وقيل : لا يعتق ، لعدم استقرار ملكه . فان قلنا : بالأصح ، ففي السراية وتقويم الباقي عليه إن كان موسراً ، وجهان . أصحابها وبه قال الأكثرون : تثبت كما لو اشتراه وفيه ربح وقلنا : يملك بالظهور . وإن كان في المال ربح ، سواء كان حاصلًا قبل الشراء ، أو حصل بنفس الشراء بأن كان رأس المال مائة ، فاشترى بها أباه وهو يساوي مائتين ، فان قلنا : يملك الربح بالقسمة ، صح الشراء ولم يعتق ، وإلا ، ففي صحة الشراء في قدر حصته من الربح ، وجهان . أصحابها : الصحة ، لأنه مطلق التصرف في ملكه . والثاني : لا ، لأنه يخالف غرض الاسترباح . فان منعنا ، ففي الصحة في نصيب المالك قولاً بالصفة ، وإن صححنا ، ففي عتقه عنه الوجهان السابقان . فان قلنا : يعتق ، فان كان موسراً ، سرى العتق إلى الباقي ولزمه الغرم ، لأنه مختار في الشراء ، وإلا ، فيبقى الباقي رقيقاً . هذا كله إذا اشترى بعين مال القراض . فأما إن اشترى في الذمة للقراض ، فحيث صححنا الشراء بعين مال القراض ، أوقفناه هنا عن القراض ، وحيث لم نصحح هناك ، أوقفناه هنا عن العامل ، وعتق عليه . وحكي قول : أنه إذا أطلق الشراء ولم يصرفه إلى القراض لفظاً ، ثم قال : كذت نويته ، وقلنا : إنه إذا وقع عن القراض لا يعتق منه شيء ، لم يقبل قوله ، لأن الذي جرى عقد عتاقه ، فلا يقبل رفعه .

فرع

ليس للعامل أن يكتب عبد القراض بغير إذن المالك . فان كاتبه معاً ، جاز ،

وعتق بالأداء ، ثم إن لم يكن في المال ربح ، فولأؤه للمالك ولا يفسخ القراض بما جرى من الكتابة على الأصح ، بل ينسحب على النجوم، وإن كان فيه ربح ، فالولاء بينهما على حسب الشرط ، وما يزيد من النجوم على القيمة ، ربح .

الحكم الثاني : منع مقارضة العامل غيره . فلو قارض باذن المالك وخرج من الدين^(١) وصار وكيلاً في مقارضة الثاني ، صح ، ولا يجوز أن يشترط العامل الاول لنفسه شيئاً من الربح . ولو فعل ، ففسد القراض الثاني ، ولعامله أجرة المثل على المالك، لئما سبق أن شرط الربح لغير العامل والمالك ممتنع . وإن أذن [له] في أن يعامل غيره ليكون ذلك الغير شريكاً له في العمل والربح المشروط له على مايراه ، فقيل : يجوز كمقارضة شخصين ابتداءً ، والأصح : المنع . وإن قارض بغير إذن المالك ، فهو فاسد ، ويحییء فيه قول وقف عقد الفضولي على الاجازة . فاذا قلنا بالمشهور ، فتصرف الثاني في المال وربح ، فهو كالغاصب إذا اتجر في المنصوب . فان تصرف في عينه ، فتصرف فضولي ، وإن باع مسلماً ، أو اشترى في الذمة وسلم المنصوب فيما التزمه وربح ، فالربح للغاصب في الجديد ، والمالك في القديم . وفي هذا القديم ، أبحاث .

أحدها : هل الربح للمالك جزماً ، أم موقوف على إجازته ؟ قيل : بالوقف كبيع الفضولي على القديم . فعلى هذا ، إن رده ، ارتد ، سواء اشترى في الذمة ، أم بعين المنصوب ، وقال الأكثرون بالجزم ، وبتوّه على المصلحة ، وكيف يصح وقف شراء الناصب لنفسه على إجازة غيره ، وإعنا قول الوقف إذا تصرف في عين مال الغير أو له ؟!

الثاني : أن هذا القول جارٍ فيما إذا كان في المال ربح وكثرت التصرفات

وعسر تنبّعها ، فإن سهل وقلّت ولاربح ، فلا مجال له . فإن سهل وهناك ربح ،
أو عسر ولاربح ، فوجهان ، وسواء في الربح القليل والكثير .

الثالث : لو اشترى في ذمته ولم يخطر له أن يؤدي الثمن من الدراهم المغصوبة ، ثم خطر
له ، قال الامام : ينبغي أن لا يجري القديم إن صدّقه المالك . وهذه المسألة تلقب
بمسألة البضاعة ، وقد ذكرناها مختصرة في أول البيع وفي الغصب . وإذا قلنا بالجديد ،
فاشترى بعين مال القراض ، فباطل ، وإن اشترى في الذمة ، فهل جميع الربح
للعامل الثاني لأنه المتصرف كالمغاصب ؟ أم للأول لأن الثاني تصرف بأذنه كالوكيل ؟
وجهان . أحدهما : الأول ، وعليه للثاني أجره عمله . وإذا قلنا : بالقديم ، ففيما يستحقه
المالك من الربح ؟ وجهان . أحدهما : جميعه كالمغصب . فعلى هذا ، للعامل الثاني
أجره عمله . قيل : يأخذها من العامل الأول ، لأنه استعمله ، وقيل : من المالك ،
لأن نفع عمله عاد إليه . و [الوجه] الثاني وهو الصحيح : له نصف الربح ،
لأنه رضي به ، بخلاف صورة الغصب . فعلى هذا ، في النصف الثاني أوجه . قيل :
كله للعامل الأول ، وللثاني عليه أجره عمله ، لأنه غرّه . وقيل : للثاني . وقيل :
بينهما بالسوية ، وهو الأصح . وعلى هذا ، في رجوع الثاني بنصف أجره المثل ،
وجهان . أحدهما : لا ، لأنه أخذ نصف ما حصل لهما ، والوجهان فيما إذا كان
الأول قال : على أن ربح هذا المال بيننا ، أو على أن لكلٍ نصفه . فإن كان قال :
ما رزقنا الله تعالى [من الربح] فهو بيننا ، فلا رجوع على المذهب ، وبه قطع
الأكثرين ، لأن النصف ، هو الذي رزقناه . وعن الشيخ أبي محمد ، طرد الوجهين ،
لأن المفهوم ، بشطر جميع الربح . وجميع ما ذكرناه إذا كان القراضان على الناصفة ،
فإن كانا هما أو أحدهما على نسبة أخرى ، فعلى ما تشارطا . هذا كله إذا تصرف الثاني
وربح . أما لو هلك المال في يده ، فإن كان عالماً بالحال ، فغاصب . وإن ظن العامل

مالكا ، فهو كالستودع من الغاصب ، لأن يده أمانة . وقيل : كالمتب من الغاصب ، لعود النفع إليه ، وقد سبق بيانها ضماناً وقراراً .

الحكم الثالث : منعه السفر بحال القراض ، فليس له السفر به بغير إذن المالك ،

وفي قول : له ذلك عند أمن الطريق ، نقله البويطي . فعلى المشهور : لو سافر ، ضمن المال ، ثم إن كان المتاع بالبلدة التي سافر إليها أكثر قيمة ، أو تساوت القيمتان ، صح البيع ، واستحق الربح بسبب الاذن . وإن كان أقل قيمة ، لم يصح البيع ، إلا أن يكون النقص قدراً يتغابن به . وإذا صححنا البيع ، فائمن الذي يقبضه مضمون عليه ، بخلاف الوكيل في البيع إذا تعدى ثم باع ، لا يضمن الثمن الذي يقبضه ، لأنه لم يتمد فيه ، وهنا المدوان بالسفر ، وهو شامل ، ولا تعود الأمانة بالعود من السفر . أما إذا سافر بالاذن ، فلا عدوان ولا ضمان . قال المتولي : ويبيع بما كان يبيعه في البلد الذي سافر منه ، فإن لم يساوِ إلا مادونه ، فإن ظهر [فيه] غرض ، بأن كانت مؤنة الرد أكثر من قدر النقص ، أو أمكن صرف الثمن إلى متاع يتوقع فيه ربحاً ، فله البيع ، وإلا ، فلا يجوز ، لأنه تخسير محض .

قلت : وإذا سافر بالاذن ، لم يجز سفره في البحر إلا بنص عليه . والله أعلم

فصل

على العامل أن يتولى ما جرت العادة به من نشر الثياب وطيبها وذرعها وإدراجها في السقط وإخراجها ووزن ما يخف كالذهب والمسك والعود وقبض الثمن وحمله وحفظ المتاع على باب الحانوت ، وفي السفر بالنوم عليه ونحوه ، وليس عليه وزن الأمتعة الثقيلة وحملها ، ولا نقل المتاع من الحان إلى الحانوت والنداء عليه ، ثم

ماعليه أن يتولاه لو استأجر عليه ، فالأجرة في ماله ، وما ليس عليه أن يتولاه ،
له أن يستأجر عليه من مال القراض . ولو تولاه بنفسه ، فلا أجرة له .

فصل

أجرة الكيال والوزان والجمال ، في مال القراض ، وكذا أجرة النقل إذا
سافر بالاذن ، وكذا أجرة الحارس والرصدي .

فرع

لا يجوز للعامل أن يتصدق من مال القراض بشيء أصلاً ، ولا أن ينفق منه
على نفسه في الحضر قطعاً . وفي السفر ، قولان . أظهرهما : لا نفقة له ، كالحضر .
والثاني : له . وقيل : بالمنع قطعاً . وقيل : بالاثبات قطعاً . فإن أثبتنا ، فالأصح أنه
يختص بما يزيد بسبب السفر ، كالخف والادواة وشبهها . وقيل : يطرد في كل ما يحتاج
إليه من طعام وكسوة وإدام وغيرها .

قلت : وإذا قلنا بالاختصاص ، استحق أيضاً ما يتجدد بسبب السفر من زيادة
النفقة ، واللباس ، والكراء ، ونحوها . والله أعلم

ويتفرع على الإثبات مسائل .

منها : لو امتصحب مال نفسه مع مال القراض ، وزعت النفقة على قدر
المالين . قال الامام : ويجوز أن ينظر إلى قدر العمل على المالين ، ويوزع على أجرة
مثليها . وقال أبو الفرج السرخسي : إنما يوزع إذا كان ماله قدرأ يقصد السفر له .

قلت : وقد قال بمثل قول الرخسي أبو علي في « الافصاح » ، وصاحب « البيان »
والله أعلم

ومنها : لو رجع العامل ومعه فضل زاد ، أو آلات أعدها للسفر ، كالطهرة .
ونحوها ، لزمه ردها إلى مال القراض على الصحيح .

ومنها : لو استرد المالك المال منه في الطريق أو في البلد الذي سافر إليه ،
لم يستحق نفقة الرجوع على الأصح ، كما لو خالم زوجته في السفر .

ومنها : أنه يشترط أن لا يسرف ، بل يأخذ بالمعروف ، وما يأخذه يحسب
من الربح ، فإن لم يكن ربح ، فهو خسران لحق المال ، ومهما أقام في طريقه
فوق مدة المسافرين في بلد ، لم يأخذ لتلك المدة .

ومنها : لو شرط نفقة السفر في ابتداء القراض ، فهو تأكيد إذا أثبتناها ،
وإلا ، فسد القراض على الأصح ، كما لو شرط نفقة الحضر . والثاني : لا ، لأنه
من مصالح العقد . وعلى هذا ، في اشتراط تقديرها ، وجهان . وعن رواية الزني
في « الجامع » ، أنه لا بد من شرط النفقة في العقد مقدرة ، لكن لم يثبتها الأصحاب .

فصل

هل يملك العامل حصته من الربح بالظهور كالمساقاة ، أم لا يملك إلا بالقسمة ؟
قولان . أظهرها عند الأكثرين : الثاني . فإن قلنا : بالظهور ، فليس ملكاً مستقراً ،
فلا يتسلط العامل على التصرف فيه ، لأن الربح وقاية لرأس المال . فلو اتفق
خسران ، كان من الربح دون رأس المال ما أمكن . ولذلك تقول : إذا طلب
أحدها قسمة الربح قبل فسخ القراض ، لا يجبر الآخر . فإذا ارتفع القراض

والمال ناضئ واقتسامه ، حصل الاستقرار وهو نهاية الأمر . وكذلك لو كان قدر رأس المال ناضئاً ، فأخذ المالك واقتسم الباقي . وفي حصول الاستقرار بارتفاع العقد ، ونضوض المال من غير قسمة ، وجهان . أصحابها : نعم ، للوثوق بحصول رأس المال ، والثاني : لا ، لأن القسمة الباقية من تمة عمل العامل . وإن كان المال عرضاً ، بني على خلاف يأتي إن شاء الله تعالى ، في أن العامل هل يجبر على البيع والتضيض؟ إن قلنا : نعم ، فالذهب أنه لاستقرار ، إذ لم يتم العمل ، وإلا ، فوجهان ، كما لو كان ناضئاً . ولو اقتسم الربح بالتراضي قبل فسخ العقد ، لم يحصل الاستقرار ، بل لو حصل خسران بعده ، كان على العامل جبره بما أخذ . وإذا قلنا : لا يملك إلا بالقسمة ، فله فيه حق مؤكد حتى يورث عنه ، لانه وإن لم يملكه ، فقد ثبت له حق التملك ، ويقدم على الغرماء ، لتعلق حقه بالعين ، وله أن يمتنع من العمل بعد ظهور الربح ، ويسمى في التضيض ليأخذ منه حقه . ولو أئلف المالك المال ، غرم حصة العامل ، وكان الائلاف كالاسترداد .

فرع

لو كان في المال جارية ، لم يكن (١) للمالك وطؤها ، كان في المال ربح أو لم يكن . واستبعد الامام التحريم إذا لم يكن ربح . وإذا حرمتها ، فوطئ ، لم يكن فسخاً للقراض على الأصح ، ولا حدة عليه . وأما المهر ، فسنذكره إن شاء الله تعالى . ولو وطئها العامل ، فعليه الحد إن لم يكن ربح وكان عالماً ، وإلا ، فلا حدة ، ويؤخذ منه جميع المهر ويجعل في مال القراض . ولو استولد ، لم تصر

(١) في نسخ الظاهرية : لم يجز .

أم ولد إن قلنا : لا يملك بالظهور ، وإلا ، ثبت الاستيلاء في نصيبه ، ويقوم عليه الباقي إن كان موسراً .

فرع

لا يجوز للمالك تزويج جارية القراض ، لانه ينقصها فيضراً بالعامل .

فصل

فيما يقع في مال القراض من زيادة أو نقص

أما الزيادة ، فثمرة الشجرة المشتراة للقراض ، ونتاج الدابة ، وكسب الرقيق ، وولد الجارية ، ومهرها إذا وطئت بشبهة ، وبديل منافع الدواب والأرض ، سواء وجب باستعمالها عدواناً أو باجارة صدرت من العامل ، فإن له الاجارة . فاذا رأى فيها المصلحة ، أطلق الامام والغزالي : أن هذه كلها مال قراض ، لأنها من فوائده ، وقال المتولي : إن كان في المال ربح ، وملئكتنا العامل حصته بالظهور ، فالجواب كذلك . فإن لم يكن ربح ، أو لم نملكه ، فمن الأصحاب من قال : مال قراض . وقال جمهورهم : يفوز بها المالك ، لأنها ليست من فوائد التجارة . ويشبه أن يكون هذا أولى . فإن جملناها مال قراض ، فالأصح أنها من الربح . وقيل : هي شائنة في الربح ورأس المال . ولو وطئها المالك ، قال الغزالي وغيره : يكون مسترداً مقدار المهر ، فيستقر نصيب العامل منه . وقال البغوي : إن كان في المال ربح وملئكتنا بالظهور ، وجب نصيب العامل من الربح ، وإلا ، فلا شيء له . واستيلاء المالك جارية القراض ، كاعتاقها . وإذا أوجبت المهر بوطئه الخالي عن الاحبال ، فالأصح الجمع بينه وبين القيمة . وأما النقص ، فما حصل برخص ، فهو خسران مجبور

بالربح . وكذا النقص بالتعيب والمرض الحادثين . وأما النقص العيني ، وهو تلف البعض ، فإن حصل بعد التصرف في المال بيعاً وشراءً ، فقطع الجمهور بأن الاحتراق وغيره من الآفات الساهية ، خسران يجبر بالربح . وفي التلف بالسرقة والنصب ، وجهان . والفرق أن في الضمان الواجب ما يجبره ، فلا حاجة إلى الجبر بمال القراض ، وطرد جماعة الوجهين في الآفة الساهية ، والأصح في الجميع ، الجبر . أما إذا نقص قبل التصرف بيعاً وشراءً ، بأن دفع إليه ألفين قراضاً ، فتلف أحدهما قبل التصرف فوجهان . أحدهما : أنه خسران ، فيجبر بالربح الحاصل بعدئذ ، ويكون رأس المال ألفين . وأصحهما : يتلف من رأس المال ، ويكون رأس المال ألفاً . ولو اشترى بالألفين عشرين ، فتلف أحدهما ، تلف من الربح على المذهب . وقيل : من رأس المال ، لأنه لم يتصرف بعدئذ بالبيع . هذا إذا تلف بعض المال . أما إذا تلف كله بآفة سماوية قبل التصرف أو بعده ، فيرتفع القراض ، وكذا لو أتلّفه المالك كما سبق . فلو أتلّف أجنبي جميعه أو بعضه ، أخذ منه بدله واستمر فيه القراض . وما ذكرناه من الخلاف في الجبر من الربح في صورة السرقة والنصب ، هو فيما إذا تمذر أخذ البديل من التلّيف . ولو أتلّف العامل المال ، قال الامام : يرتفع القراض ، لأنه وإن وجب عليه بدله ، فلا يدخل في ملك المالك إلا بقبضه منه ، وحينئذٍ يحتاج إلى استئناف القراض . ولك أن تقول : ذكروا وجهين في أن مال القراض إذا غصب أو أتلّف ، فنّ الخصم فيه ؟ أصحابها : أنه المالك فقط إن لم يكن في المال ربح ، وهما جميعاً إن كان ربح . والثاني : أن للعامل الخاصمة مطلقاً حفظاً للمال ، فيشبه أن يكون الجواب المذكور في إتلاف الأجنبي مفرعاً على أن العامل خصم ، ويتقدر أن يقال : ليس بخصم ، بل إذا خصم المالك وأخذه ، عاد العامل إلى التصرف فيه بحكم القراض ، [و] لزم مثله فيما إذا كان العامل هو المتلف .

فرع

لو قتل رجل عبد القراض، وفي المال ربح، لم ينفرد أحدهما بالقصاص، بل الحق لهما، فإن تراضيا على العفو على مال، أو على القصاص، جاز. وإن عفا أحدهما، سقط القصاص ووجب القيمة، هكذا ذكروه وهو ظاهر على قولنا: يملك العامل الربح بالظهور، وغير ظاهر على القول الآخر. وإن لم يكن في المال ربح، فللمالك القصاص والعفو على غير مال. وكذا لو كانت الجناية موجبة [للمال]، فله العفو عنه ويرتفع القراض. فإن أخذ المال، أو صالح عن القصاص على مال، بقي القراض فيه.

فرع

مال القراض ألف، اشتري بعينه ثوباً، ف تلف الألف قبل التسليم، بطل الشراء وارتفع القراض. وإن اشتري في الذمة، قال في «البويطي»: يرتفع القراض ويكون الشراء للعامل، فقال بعض الأصحاب: هذا إذا كان التلف قبل الشراء، فإن القراض، والحالة هذه، غير باقٍ عند الشراء، فينصرف الشراء إلى العامل. أما لو تلف بعد الشراء، فالشترى للمالك. فإذا تلف الألف المد للثمن، لزمه ألف آخر. وقال ابن سريج: يقع الشراء عن العامل، سواء تلف الألف قبل الشراء أو بعده، وعليه الثمن ويرتفع القراض، لأن إذنه ينصرف إلى التصرف في ذلك الألف، فإن قلنا بالاول، فرأس المال ألف، أم ألفان؟ وجهان. فإن قلنا: ألف، فهو الألف الاول، أم الثاني؟ وجهان، فائدتها عند اختلاف الألفين في صفة الصحة وغيرها.

الباب الثالث في فسخ القراض والاختلاف فيه

فيه طرفان .

الأول : في فسخه . والقراض جائز ، فانه في أوله وكالة ، وبعد ذلك شركة .
إذا حصل ربح ، فلكل منها فسخه متى شاء ، ولا يحتاج إلى حضور صاحبه ورضاه .
وإذا مات أحدهما ، أو جن ، أو أُغمي عليه ، انفسخ . فإذا فسخا جميعاً أو أحدهما ،
لم يكن للعامل أن يشتري بعده ، ثم ينظر إن كان المال ديناً ، لزم العامل التفاضي
والاستيفاء ، سواء كان ربح ، أم لا . فان لم يكن ديناً ، نظر إن كان تقدماً من
جنس رأس المال ولا ربح ، أخذه المالك . وإن كان (١) ربح ، اقتسمه بحسب الشرط ،
فان كان الحاصل مكسرة ، ورأس المال صحاح ، نظر ، فان وجد من يبدلها
بالصحاح وزناً بوزن ، أبدلها ، وإلا ، باعها بغير جنسها من النقد ثم اشترى به الصحاح ،
ويجوز أيضاً أن يبيعها بعرض ويشتري به الصحاح على الأصح . وإن كان تقدماً من
غير جنس المال ، أو عرضاً ، فله حلال .

أحدهما : أن يكون فيه ربح فيلزم العامل بيعه إن طلبه المالك ، وله بيعه
وإن أباه المالك ، [وليس] للعامل تأخير البيع إلى موسم رواج المتاع ، لأن حق
المالك معجل . ولو قال المالك : تركت حقّي لك فلا تكلفني البيع ، لم يلزمه الاجابة
على الأصح ، لأن في التنضيض مشقة ومؤنة ، فلا يسقط عن العامل . ولو قال المالك :
لا تبع ونقتسم العروض بتقويم عدلين ، أو قال : أعطيك قدر نصيبك ناضئاً ، ففي
تمكثن العامل من البيع ، وجهان . وقطع الشيخ أبو حامد وغيره بالنسح ، لأنه
إذا جاز للمعير أن يملك غراس المستعير بقيمته لدفع الضرر ، فالمالك هنا أولى .
وحيث لزم البيع ، قال الامام : الذي قطع به المحققون ، أن ما يلزمه بيعه وتنضيضه ،

(١) « كان » هنا تامة ، أي : وإن وجد ربح .

قدر رأس المال . أما الزائد ، فحكمه حكم عرض يشترك فيه رجلان ، فلا يكلف واحد منها بيعه . ثم ما يبيعه بطلب المالك أو دونه ، يبيعه بنقد البلد إن كان من جنس رأس المال . فإن كان من غير جنسه ، باعه بما يرى المصلحة فيه من نقد البلد ورأس المال ، فإن باعه بنقد البلد ، حصل به رأس المال .

الحال الثاني : إذا لم يكن في المال ربح ، فهل المالك تكليفه البيع؟ وجهان أصحهما : نعم ، أيرد كما أخذ لئلا يلزم المالك مشقة ومؤنة . وهل للعامل البيع إذا رضي المالك بمساكه ؟ وجهان - كما هما الامام . أحدهما : لا ، إذ لا فائدة ، والصحيح وبه قطع الجمهور : له البيع إذا توقع ربحاً ، بأن ظفر بسوق أو راغب . وإذا قلنا : ليس للعامل البيع إذا أراد المالك إمساك العرض ، أو انفقا على أخذ المالك العرض ، ثم ظهر ربح بارتفاع السوق ، فهل للعامل فيه نصيب ، لحصوله بكسبه ؟ أم لا ، لظهوره بعد الفسخ ؟ وجهان . أصحهما : الثاني .

فرع

كما يرتفع القراض بقول المالك : فسخته ، يرتفع بقوله للعامل : لا تتصرف بعد هذا ، أو باسترجاع المال منه . فلو باع المالك ما اشتراه العامل للقراض ، فهل ينزل كما لو باع الموكل ما وكل في بيعه ؟ أم لا ويكون ذلك إعانة له ؟ وجهان . أصحهما : الثاني . ولو حبس العامل ومنعه التصرف ، أو قال : لا قراض بيننا ، ففي انزاله وجهان .

قلت : ينبغي أن يكون [الاصح] في صورة الحبس ، عدم الانزال ، وفي قوله : لا قراض بيننا ، الانزال . والله أعلم

فرع

إذا مات المالك والمال ناض لا ربح فيه ، أخذه الوارث . فإن كان ربح ، اقتسمه . وإن كان عرضاً ، فالمطالبة بالبيع والتنضيض كحالة حصول الفسخ في حياتها ، وللعامل البيع هنا حيث كان له البيع هناك ، ولا يحتاج إلى إذن الوارث اكتفاءً بإذن المورث ، بخلاف ما لو مات العامل ، فإنه لا يملك وارثه البيع دون إذن المالك ، لانه لم يرض بتصرفه . وفي وجه : لا يبيع العامل بغير إذن وارث المالك . والصحيح : الجواز . ويجري الخلاف في استيفائه الديون بغير إذن الوارث . ولو أراد الاستمرار على العقد ، فإن كانت المال ناضاً ، فلها ذلك بأن يستأنفاً عقداً بشرطه ، ولا بأس بوقوعه قبل القسمة لجواز القراض على المشاع ، ولذلك يجوز القراض مع الشريك بشرط أن لا يشاركه في اليد ، ويكون للعامل ربح نصيبه ، ويتضاربان في ربح نصيب الآخر . وهل ينعقد بلفظ الترك والتقرير ، بأن يقول الوارث ، أو القائم بأمره : تركتك أو قررتك على ما كنت عليه وجهان . أصحهما : نعم ، لفهم المعنى ، وليكن الوجهان تقريباً على أن القراض ونحوه لا ينعقد بالكناية . فأما إذا قلنا : ينعقد [به] ، فينبغي القطع بالانقضاء هنا ، وإن كان المال عرضاً ، ففي جواز تقريره على القراض وجهان . أصحهما : المنع ، لأن القراض الأول انقطع بالموت ، ولا يجوز ابتداء القراض على عرض . والأشبه ، أن يختص الوجهان بلفظ الترك والتقرير ، ولا يسامح باستعمال الألفاظ التي تستعمل في الابتداء . وحكى الامام فيما إذا فسخ القراض في الحياة طريقة طاردة للوجهين ، وطريقة قاطعة بالمنع ، وهي الأشهر . فأما إذا مات العامل واحتيج إلى البيع والتنضيض ، فإن أذن المالك لوارث العامل فيه ، فذاك ، وإلا ، تولاه أمين من جهة الحاكم ، ولا يجوز

تقرير وارثه على القراض إن كان المال عرضاً قطعاً ، فإن كان ناضئاً ، فلها ذلك بمقد مستأنف . وفي لفظ التقرير ، الوجهان السابقان ، ويجريان أيضاً فيما إذا انفسخ البيع الجاري بينهما ثم أرادا إعادته ، فقال البائع : قررتك على موجب البيع الأول ، وقبل صاحبه ، وفي النكاح ، لا يصح مثله .

فرع

كان رأس مال الميت مائة ، والربح مائتين ، وجدد الوارث العقد مع العامل مناصفة كما كان بلا قسمة ، فرأس مال الوارث مائتان من ثلاث المائة ، والمائة الباقية للعامل ، ففند المقاسمة ، يأخذها وقسطها من الربح ، ويأخذ الوارث رأس ماله مائتين ، ويقتسمان ما بقي .

قلت : إذا جُنّا أو أغمي عليها أو أحدهما ، ثم أفاقا وأرادا عقد القراض ثانياً ، قال في « البيان » : الذي يقتضيه المذهب ، أنه كما لو انفسخ بالموت ، وهو كما قال . والله أعلم

فصل

إذا استرد المالك طائفةً من المال ، فإن كان قبل ظهور الربح والخسران ، رجع رأس المال إلى القدر الباقي . وإن ظهر ربح ، فالمسترد شائع ربحاً وخسراناً على النسبة الحاصلة من جملي الربح ورأس المال ، ويستقر ملك العامل على ما يخصه بحسب الشرط بما هو ربح منه ، فلا يسقط بالخسران الواقع بعده . وإن كان الاسترداد بعد ظهور الخسران ، كان موزعاً على المسترد والباقي ، فلا يلزم جبر

حصة المسترد من الخسران ، وبصير المال هو الباقي بعد المسترد وحصته من الخسران .
مثال الاسترداد بعد الربح : كان رأس المال مائة ، وربح عشرين ، واسترد عشرين ،
فالربح سدس المال ، فيكون المسترد سدسه ربحاً ، وهو ثلاثة دراهم وثلاث ، ويستقر
ملك العامل على نصفه إذا كان الشرط مناصفة ، وهو درهم وثلاثا درهم . فلو عاد
مافي يده إلى ثمانين ، لم يسقط نصيب العامل ، بل يأخذ منها درهماً وثلاثي درهم .
ومثال الاسترداد بعد الخسران : كان رأس المال مائة ، وخسر عشرين ، واسترد
عشرين ، فالخسران موزع على المسترد والباقي ، فتكون حصة المسترد خمسة لا يلزم
جبرها ، بل يكون رأس المال خمسة وسبعين ، فما زاد بعد ذلك عليها
قسم [بينها] .

الطوف الثاني : في الاختلاف ، وفيه مسائل .

إحداها : ادعى العامل تلف المال ، صدق يمينه ، فلو ذكر سبب التلف ،
فسباني بيانه في كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى .

الثانية : لو ادعى الرد ، صدق يمينه على الأصح .

الثالثة : قال : ما ربحت ، أو ما ربحت إلا ألفاً ، فقال المالك : ألفين ، صدق
العامل يمينه . فلو قال : ربحت كذا ، ثم قال : غلطت في الحساب ، إنما الربح
كذا ، أو تبينت أن لا ربح ، أو [قال] : كذبت فيما قلت خوفاً من انتزاع
المال من يدي ، لم يقبل قوله . ولو قال : خسرت بعد الربح الذي أخبرت عنه ،
قبل منه . قال المتولي : وذلك عند الاحتمال ، بأن حدث كساد ، فإن لم يحتمل ،
لم يقبل . ولو ادعى الخسارة عند الاحتمال ، أو التلف بعد قوله : كنت كاذباً فيما قلت ،
قبل أيضاً ، ولا تبطل أمانته بذلك القول السابق ، هكذا نص عليه ، وقاله الأصحاب .

الرابعة : قال : اشتريت هذا للقراض ، فقال المالك : بل لنفسك ، فالقول قول العامل على المشهور ، وفي قول : قول المالك ، لأن الأصل عدم وقوعه عن القراض . ولو قال : اشتريته لنفسي ، فقال : بل للقراض ، صدق العامل بيمينه قطعاً . فلو أقام المالك بينة أنه اشتراه بمال القراض ، فقي الحكم بها وجهان . وجه المنع : أنه قد يشتري لنفسه بمال القراض عدواناً ، فيبطل العقد .

الخامسة : قال المالك : كنت نهيتك عن شراء هذا ، فقال : لم تنهي ، صدق العامل .

السادسة : قال : شرطت لي نصف الربح ، فقال : بل ثلثه ، تحالفا كالمتبايعين ، فإذا حلفا ، فسخ العقد ، واختص الربح والخسران بالمالك ، وللعامل أجره مثل عمله . وفي وجه : أنها إن كانت أكثر من نصف الربح ، فليس له إلا قدر النصف ، لأنه لا يدعي أكثر .

قلت : وإذا تحالفا ، فهل يفسخ بنفس التحالف ، أم بالفسخ ؟ حكمه حكم البيع كما مضى ، قاله في « البيان » . والله أعلم

السابعة : اختلفا في قدر رأس المال ، فالقول قول العامل إن لم يكن في المال ربح ، وكذا إن كان على الأصح . وقيل : يتحالفاً . ولو قارض رجلين على أن نصف الربح له ، والباقي بينهما سواء ، فربحاً ، ثم قال المالك : دفعت إليكما ألفين ، وصدقته أحدهما ، وقال الآخر : بل ألفاً ، ثم المقر ما قر به ، وحلف الآخر وقضي له بموجب قوله . ولو كان الحاصل ألفين ، أخذ المنكر ربع الألف الزائد على ما قر به ، والباقي يأخذه المالك . ولو كان الحاصل ثلاثة آلاف ، فالمنكر يزعم أن الربح ألفان ، له منها خمسمائة ، فتسلم له ، ويأخذ المالك من الباقي ألفين عن رأس المال ، يبقى خمسمائة يتقاسمها المالك والمقر . أثلاثاً ، لاتفاقهم على أن ما يأخذه

المالك مثلاً ما يأخذه كل عامل ، وما أخذه المنكر ، كالتالف . ولو قال المالك : رأس المال دنانير ، فقال العامل : بل دراهم ، صدق العامل .
الثامنة : اختلفا في أصل القراض ، فقال المالك : دفعت إليك لتشتري لي بالوكالة ، وقال القابض : بل قارضتني ، فالصدق المالك . فإذا حلف أخذ المال وربحه ، ولا شيء عليه للآخر .

قلت : لو دفع إليه ألفاً ، فحلف في يده ، فقال : دفعته قرصاً ، فقال العامل : بل قراضاً ، قال في « المدة » و « البيان » : بينة العامل أولى في أحد الوجهين . والله أعلم

فصل

في مسائل منثورة

إحداها : ليس لمعامل القراض التصرف في الخمر يماً ولا شراء وإن كان ذمياً ، فإن خالف واشترى خمرأ ، أو خنزيراً ، أو أم ولد ، ودفع المال في ثمنه ، ضمن ، عالمأ كان أو جاهلاً ، لأن الضمان لا يختلف بهما . هذا هو الصحيح ، وبه قطع الجمهور . وقيل : لا ضمان في العلم والجهل ، وهو شاذ ضعيف . وقيل : يضمن في العلم دون الجهل . وقيل : يضمن في الخمر مطلقاً ، ولا يضمن في أم الولد مع الجهل .

قلت : الوجه المذكور في شراء الخمر عالمأ ، أنه لا يضمنه ، هو في الذمي دون المسلم ، لأنه يمتدحه مالاً ، قاله في « البيان » . والله أعلم

الثانية : قارضه على أن ينقل المال إلى موضع كذا ، ويشتري من أمتته ثم

يبعها هناك ، أو يردّها إلى موضع القراض ، قال الامام : قال الأكثرون بفساد القراض ، لأن نقل التاع من بلد إلى بلد ، [عمل] زائد على التجارة ، فأشبه شرط الطحن والخبز ، ويخالف ما إذا أذن له في السفر ، فإن الغرض منه نفي الحرج . وقال الاستاذ أبو إسحاق وطائفة من المحققين : لا يضر شرط المسافرة ، فإنها الركن الأعظم في الأموال النفيسة .

الثالثة : قال : خذ هذه الدراهم قراضاً ، وصارِف بها مع الصيارفة ، ففي صحة مصارفته مع غيرم وجهان . وجه الصحة : أن مقصوده التصرف مصارفة .

الرابعة : خلط العامل مال القراض بماله ، صار ضامناً ، وكذا لو قارضه رجلان ، فخلط مال أحدهما بالآخر ، وكذا لو قارضه واحد على مالين بمقدين ، فخلطهما ، ضمن . فلو دفع إليه ألفاً قراضاً ، ثم ألفاً ، وقال : ضمه إلى الأول ، فإن لم يكن تصرف بعد في الأول ، جاز ، وكأنه دفعها إليه ممّا ، وإن كان تصرف في الأول ، لم يجوز القراض في الثاني ، ولا الخلط ، لأن الأول استقر حكمه بالتصرف ربحاً وخساراً ، وربح كل مال وخسرانه يختص به . ولو دفع إليه ألفاً قراضاً ، وقال : ضم إليه ألفاً من عندك على أن يكون ثلث ربحها لك وثلاث لي ، أو بالعكس ، فسد القراض ، لما فيه من شرط التفاوت في الربح مع التساوي في المال ، ولا نظر إلى العمل بعد الشركة في المال . ولو دفع إليه زيد ألفاً قراضاً ، وعمرو كذلك ، فاشتري لكل واحد عبداً بألف ، ثم اشتبها عليه ، فقولان . أحدهما : ينقلب شراء العبد له ، ويفرم لها ، لتفريطه . ثم المفروم عند الأكثرين الألفان . وقيل : يفرم قيمة العبد وإن زادت . والقول الثاني : يباع العبدان ، ويقسم الثمن بينهما . فإن حصل ربح ، فهو بينهما على حسب الشرط . وإن حصل خسران ، قال الأصحاب : يلزمه ضمانه ، لتقصيره . واستدرك المتأخرون فقالوا : إن كان لانخفاض السوق ، لا يضمن ، لأن غايته أن يجعل كالفاسد ، والغاصب لا يضمن انخفاض السوق .

قال الامام : والقياس مذهب ثالث غير القولين ، وهو أن يبقى المبدان لهما على الاشكال
إن لم يصطلحا .

قلت : قال الجرجاني في « المعاينة » : [و] لا يتصور خسران على العامل في غير
هذه المسألة .

وبقي من الباب مسائل .

منها : لو دفع إليه مالا وقال : إذا مت فتصرف فيه بالبيع والشراء ، ولك
نصف الربح ، فمات ، لم يكن له التصرف ، بخلاف ما لو أوصى له بمنفعة عين ،
لأنه تعليق ، ولأن القراض يبطل بالموت لو صح . ولو قارضه على نقد ، فتصرف
العامل ثم أبطل السلطان النقد ، ثم انفسخ القراض ، قال صاحب « العدة » و « البيان » :
رد مثل النقد المعقود عليه على الصحيح . وقيل : من الحادث . ولو مات العامل
ولم يعرف مال القراض من غيره ، فهو كمن مات وعنده ودیعة ولم يعرف عينها ،
وسیأتی بیانه فی کتاب الودیعة إن شاء الله تعالى .

ولو جنى عبد القراض ، قال في « العدة » : للعامل أن يفديه من مال القراض

على أحد الوجهين كالنفقة عليه . والله أعلم

كتاب المساقاة

هي أن يعامل إنسان [إنساناً] على شجرة ليتعهدا بالسقي والتربة ، على أن مارزق الله تعالى من الثمرة يكون بينهما ، وفيه بابان .

[الباب الأول : في أركانها ، وهي خمسة .

[الركن الأول : العاقدان ، وسبق بيانها في القراض .

و[الركن الثاني : متعلق العمل ، وهو الشجر ، وله ثلاثة شروط .

[الشروط الأول : أن يكون نخلاً أو عنباً ، فأما غيرها من النبات ، فقسمان .

[القسم الأول] : ماله ساق ، ومالا . والأول ضربان .

[الضرب الأول : ماله ثمرة كالنخيل ، والجوز ، والمشمش ، والتفاح ونحوها ،

وفيه قولان . القديم : جواز المساقاة عليها . والجديد : المنع . وعلى الجديد ، في شجر المقتل وجهان ، جوّزها ابن سريج ، ومنعها غيره .

قلت : الأصح : المنع . والله أعلم

[الضرب الثاني : مالا ثمرة له ، كالذئب والخيل وغيره ، فلا تجوز المساقاة

عليه . وقيل : في الخلاف وجهان لاغصانه .

[القسم الثاني : مالا ساق له ، كالبطيخ ، والقثاء ، وقصب السكر ، والباذنجان ،

والبقول التي لا تثبت في الأرض ولا تجزئ إلا مرة واحدة ، فلا تجوز المساقاة عليها ،

كما لا تجوز على الزرع . فإن كانت تثبت في الأرض وتجزئ مرة بعد مرة ، فالذهب

المنع . وقيل : وجهان . أصحها : المنع .

الشرط الثاني : أن تكون الاشجار مرئية، وإلا ، فباطل على المذهب. وقيل:
قولان ، كبيع الغائب .

الشرط الثالث : أن تكون معينة . فلو ساقاه على أحد الحائطين ، لم يصح .
الركن الثالث : الثمار . فيشترط اختصاصها بالعائدين مشتركة بينها معلومة ،
وأن يكون العلم بها من حيث الجزئية دون التقدير . فلو شرطاً بعض الثمار لثالث،
أو كلها لأحدهما ، فسدت المساقاة . وفي استحقاق الاجرة عند شرط الكل للمالك
وجهان كالفراض . أصحها : المنع، لانه عمل مجاناً . ولو قال : ساقيتك على أن
لك جزءاً من الثمرة ، فسدت . ولو قال : على أنها بيننا ، أو على أن نصفها لي،
أو نصفها لك، وسكت عن الباقي ، أو على [أن] ثمرة هذه النخلة أو النخلات لي،
أو لك ، والباقي بيننا، أو على أن صاءاً من الثمرة لي ، أو لك ، والباقي بيننا ، فحكمه
كله كما سبق في الفراض . وفي التثمة ، وجه شاذ : أنه تصح المساقاة إذا شرط
كل الثمرة للعامل ، لغرض القيام بمصلحة الشجر .

فصل

إذا ساقاه على ودي^(١) ليفرسه ويكون الشجر بينهما ، أو ليفرسه ويتعمده مدة
كذا ، والثمرة بينهما ، فهو فاسد على الصحيح . وقيل : يصح فيها ، للحاجة . وقيل:
يصح في الثاني . فعلى الصحيح : إذا عمل في هذا الفاسد ، استحق أجره المثل إن
كانت الثمرة متوقفة في هذه المدة ، وإلا ، فعلى الوجهين في شرط الكل للمالك .
ولو ساقاه على ودي مفروس ، فإن قدراً المقدم مدة لا يثمر فيها ، لم تصح المساقاة،
نخلوها عن الفرض . وفي استحقاقه أجره المثل ، الخلاف السابق . قال الامام : هذا
إذا كان عالماً بأنها لا تثمر فيها ، فإن جهل ذلك ، استحق الاجرة قطعاً . وإن قدر

(١) الودي : صغار الفيل ، واحده : ودية .

بعدة يثمر فيها غالباً ، صح ، ولا يضره كون أكثر المدة لا ثمر فيها ، فإن اتفق أنها لم تثمر ، لم يستحق العامل شيئاً ، كما لو قارضه فلم يربح ، أو ساقاه على النخيل المثمرة فلم تثمر ، وإن قدر عدة تحتل الاثمار وعدمه ، لم يصح على الأصح ، كما لو أسلم في معدوم إلى وقت يحتمل وجوده وعدمه . والثاني : يصح . فإن أثمرت ، استحق ، وإلا ، فلا شيء له . وعلى الأول : يستحق الأجرة إن لم تثمر ، لأنه عمل طامعاً . هذه طريقة جمهور الأصحاب ، وجعلوا توقع الثمرة ثلاثة أقسام كما ذكرنا . وقيل : إن غلب وجودها في تلك المدة ، صح ، وإلا ، فوجهان . وقيل : إن غلب عدمها ، لم يصح ، وإلا ، فوجهان .

فرع

دفع إليه وديئاً ليفرسه في أرض نفسه ، على أن يكون الفراس للدافع ، والثمر بينها ، فهو فاسد ، وللعامل عليه أجرة مثل عمله وأرضه . ولو دفع إليه أرضه ليفرسها بودي نفسه ، على أن تكون الثمرة بينها ، ففاسد أيضاً ، ولصاحب الأرض أجرتها على العامل .

فصل

في جواز المساقاة بعد خروج الثمار ، قولان . أظهرهما : الجواز . وفي موضع القولين طرق . أصحابها : أنها فيما قبل بدو الصلاح ، فأما بعده ، فلا يجوز قطعاً . والثاني : القولان فيما لم ينفذ نضجه . فإن تناهى ، لم يجز قطعاً . والثالث : طردهما في كل الأحوال . ولو كان بين النخيل بياض ، بحيث تجوز المزارعة عليه تبعاً للمساقاة ،

فكان فيه زرع موجود ، ففي جواز الزراعة تبعاً ، وجهان بناءً على هذين القولين.

فصل

إذا كان في الحديقة نوعان من التمر فصاعداً ، كالصيحاني ، والمجوة ، والدقل ، فساقاه على أن له النصف من الصيحاني ، أو من المجوة الثلث ، فان علما قدر كل نوع ، جاز ، وإن جم-له أحدهما ، لم يجز . ومعرفة كل نوع إنما تكون بالنظر والتخمين دون التحقيق . وإن ساقاه على النصف من الكل ، جاز وإن جهلا قدر النوعين . ولو ساقاه على أنه إن سقى بماء السماء ، فله الثلث ، أو بالدالية ، فالنصف ، لم يصح ، للجهل . ولو ساقاه على حديقته بالنصف على أن يساقيه على أخرى بالثلث ، أو على أن يساقيه العامل على حديقته ، ففساد . وهل تصح المساقاة الثانية ؟ ينظر ، إن عقدها وفاءً بالشرط الأول ، لم يصح ، وإلا ، فيصح ، ومسبق نظيره في الرهن .

فرع

حديقة بين اثنين مناصفة ، ساقى أحدهما صاحبه وشرط له ثلثي الثمار ، صح وقد شرط له ثلث ثمرته . وإن شرط له ثلث الثمار ، أو نصفها ، لم يصح ، لأنه لم يثبت له عوضاً بالمساقاة ، فانه يستحق النصف بالملك . وإذا عمل ، ففي استحقاقه الاجرة الوجهان . ولو شرط له جميع الثمار ، فسد ، وفي الاجرة وجهان ، لأنه لم يعمل له إلا أنه انصرف إليه .

قلت : أصحابها : له الاجرة . والله اعلم

ولو شرط في المساقاة مع الشريك أن يتعاوناً على العمل ، فسدت وإن أثبت له زيادة على النصف ، كما لو ساقى أجنبياً على هذا الشرط . ثم إن تعاوناً واستويا في العمل ، فلا أجرة لواحد منها . وإن تفاوتاً ، فإن كان عمل من شرط له الزيادة أكثر ، استحق على الأجرة بالحصصة من عمله . وإن كان عمل الآخر أكثر ، ففي استحقاقه الأجرة الوجهان . أما لو أعانه من غير شرط ، فلا يضر . ولو ساقى الشريكان أجنبياً ، وشرطاً له جزءاً من ثمرة كل الحديقة ، ولم يعلم نصيب كل واحد منها ، جاز . فإن قالوا : على أن لك من نصيب أحدهما النصف ، ومن نصيب الآخر الثلث ، من غير تعيين ، لم يصح ، وإن عينا ، فإن علم نصيب كل واحد ، صح ، وإلا ، فلا .

فرع

كانت الحديقة لواحد ، فساقى اثنين على أن لأحدهما نصف الثمرة ، وللآخر ثلثها ، في صفقة ، أو صفتين ، جاز إن عيّن مَنْ له النصف ومن له الثلث .

فرع

حديقة بين ستة أسداساً ، فساقوا رجلاً على أن له من نصيب واحد عيْنوه النصف ، ومن نصيب الثاني الربع ، ومن الثالث الثمن ، ومن الرابع الثلثين ، ومن الخامس الثلث ، ومن السادس السدس ، فحسابه أن يخرج النصف والربع بدخْلان في مخرج الثُّمْنِ ، ويخرج الثلثين والثلث بدخْل في السدس ، تبقى ستة وثمانية ، يُضرب وفق (١) أحدهما في الآخر ، تبلغ أربعة وعشرين ، تضربه في عدد

(١) الوقت : حاصل قسمة العدد على أصغر عدد يقبل القسمة عليه ، وهو هنا اثنان .

الشركاء وهو ستة ، تبلغ مائة وأربعة وأربعين ، لكل واحد منهم أربعة وعشرون ،
فيأخذ العامل بمن شرط له النصف اثني عشر ، ومن الثاني ستة ، ومن الثالث
ثلاثة ، ومن الرابع ستة عشر ، ومن الخامس ثمانية ، ومن السادس أربعة ، فيجتمع له
تسعة وأربعون .

الركن الرابع : العمل ، [وشروطه] قرية من عمل القراض وإن اختلفا
في الجنس .

فمنها : أن لا يشرط عليه عمل ليس من أعمال المساقاة .

ومنها : أن يستبدَّ العامل باليد في الحديقة ليتمكن من العمل متى شاء .

فلو شرطاً كونه في يد المالك ، أو مشاركته في اليد ، لم يصح . ولو سلم
المفتاح إليه ، وشرط المالك الدخول عليه ، جاز على الصحيح . ووجه الثاني : أنه
إذا دخل ، كانت الحديقة في يده ، ويتعوق بحضوره عن العمل .

ومنها : أن يفرد العامل بالعمل .

فلو شرطاً مشاركة المالك في العمل فسد العقد ، وإن شرطاً أن يعمل معه غلام المالك ،
جاز على المذهب والنصوص . وقيل : وجهان كالقراض . هذا إذا شرطاً معارضة الغلام ،
ويكون تحت تدبير العامل . ولو شرطاً اشتراكها في التدبير ، ويعملان ما اتفقا عليه ، لم يجر
بلا خلاف . وإذا جوزناه في الأول ، فلا بد من معرفة الغلام بالرؤية أو الوصف .
وأما نفقته ، فإن شرطاً على المالك ، جاز ، وإن شرطاً على العامل ، جاز أيضاً
على الأصح . وعلى هذا ، هل يجب تقديرها ليعرف ما يدفع إليه كل يوم من الخبز
والأذنم ، أم لا بل يحمل على الوسط المعتاد لأنه يتسامح به ؟ وجهان ، وبالثاني
قطع الشيخ أبو حامد . وإن شرطاً في الثمار ، فقطع البغوي بالمنع ، لأن ما يبقى
مجهول . وقال صاحب « الافصاح » : يجوز ، لانه قد يكون من صلاح المال ، ويشبه أن
يتوسط فيقال : إن شرطاً من جزء معلوم ، بأن شرطاً للمالك ثلث الثمار ، وللعامل ثلثها ،
وبصرف الثلث الثالث إلى نفقة الغلام ، جاز ، وكان الشروط للمالك ثلثها . وإن شرطاً في
الثمار بنير تدبر جزء ، لم يصح . ولو لم يتعرضاً للنفقة أصلاً ، فالذهب والذي قطع به

الجمهور : أنها على المالك . وفي وجه : على العامل ، حكاة في « المذهب » . ولصاحب « الافصاح » احتمالات آخران . أحدهما : أنها من الثمرة ، والآخر ، يفسد العقد ، ولا يجوز للعامل استعمال الفلام في عمله نفسه . ولو شرط أن يعمل له ، بطل العقد . ولو كان له يرسم الحديقة غلمان يعملون فيها ، لم يدخلوا في مطلق المساقاة . ولو شرط استئجار العامل من يعمل معه من الثمرة ، بطل العقد . ولو شرط كون أجرة من يعمل معه على المالك ، بطل على المذهب ، وبه قطع الأصحاب ، وشذ الغزالي ، فذكر في جوازه وجهين .

فصل

يشترط لصحة المساقاة ، أن تكون مؤقتة . فان وقت بالشهور أو السنين العربية ، فذاك ، ولو وقت بالرومية وغيرها ، جاز إذا علماها ، فان أطلقا لفظ السنة ، انصرف إلى العربية . وإن وقت بادراك الثمرة ، فهل يبطل كالاجارة ، أم يصح لأنه المقصود ؟ وجهان . أحدهما عند الجمهور : أولها ، وبه قطع البغوي ، وصحح الغزالي الثاني . فعلى الثاني لو قال : ساقيتك سنة ، وأطلق ، فهل يحمل على السنة العربية ، أم سنة الادراك ؟ وجهان ، زعم أبو الفرج السرخسي [أن] أحدهما : الثاني . فان قلنا بالأول ، أو وقت بالزمان ، فأدركت الثمار والمدة باقية ، لزم العامل أن يعمل في تلك البقية ، ولا أجرة له . وإن انقضت المدة وعلى الشجر طلع أو بلح ، فللعامل نصيبه منها ، وعلى المالك التمسك إلى الادراك . وإن حدث الطلع بعد المدة ، فلا حق للعامل فيه . ولو ساقاه أكثر من سنة ، ففي صحته الأقوال التي سنذكرها إن شاء الله تعالى في الاجارة أكثر من سنة ، فان جوزنا ، فهل يجب بيان حصة كل سنة ، أم يكفي قوله : ساقيتك على النصف لاستحقاق النصف كل سنة ؟

قولان ، أو وجهان كالاجارة . وقيل : يجب هنا قطعاً ، لكثرة الاختلاف في الثمر ، بخلاف النافع ، فلو فادت بين الجزء المشروط في السنين ، لم يصح على المذهب . وقيل : قولان كالسلم إلى آجال . ولو ساقاه سنين ، وشرط له ثمرة سنة بعينها ، والأشجار بحيث تثمر كل سنة ، لم يصح .

قلت : ولو ساقاه تسع سنين ، وشرط له ثمرة العاشرة ، لم يصح قطعاً ، وكذا إن شرط له ثمرة التاسعة على الصحيح . والله أعلم

الركن الخامس : الصيغة ، ولا تصح المساقاة بدونها على الصحيح . وفيها الوجه المكتفى في العقود بالتراضي ، والمعاطاة ، وكذا في القراض وغيره . ثم أشهر الصيغ : ساقيتك على هذه النخيل بكذا ، أو عقدت معك عقد المساقاة . قال الأصحاب : وينعقد بكل لفظ يؤدي معناها ، كقوله : سلّيت إليك نخيلي لتتعدها على كذا ، أو اعمل على هذا النخيل ، أو تمهد نخيلي بكذا ، وهذا الذي قالوه ، يجوز أن يكون تقريباً على أن مثله من العقود ينعقد بالكناية ، ويجوز أن يكون ذهاباً إلى أن هذه الألفاظ صريحة ، ويعتبر في المساقاة ، القبول قطعاً ، ولا يجيء فيها الوجه المذكور في القراض والوكالة ، للزومها .

فرع

لو عقدا بلفظ الاجارة ، فقال : استأجرتك لتتعده نخيلي بكذا من ثمارها ، أو عقدا الاجارة بلفظ المساقاة ، فوجهان في المسألتين . أحدهما : الصحة ، لا بين البابين من المشابهة ، واحتمال كل لفظ معنى الآخر . وأصحهما : المنع ، لأن لفظ الاجارة صريح في غير المساقاة ، فإن أمكن تنفيذه في موضوعه ، نفذ فيه ، وإلا ، فلا ، وهو

إجارة فاسدة، والخلاف راجع إلى أن الاعتبار باللفظ أو المعنى ؟ ولو قال : ساقيتك على هذه النخيل بكذا ليكون أجره لك، فلا بأس، لسبق لفظ المساقاة . هذا إذا قصدنا بلفظ الاجارة المساقاة ، أما إذا قصدنا الاجارة نفسها ، فينظر ، إن لم تكن خرجت الثمرة ، لم يحجز ، لأن شرط الأجرة أن تكون في الذمة ، أو موجودة معلومة . وإن كانت خرجت ، وبدا فيها الصلاح ، جاز ، سواء شرط ثمرة نخلة معينة ، أو جزءاً شائئاً ، كذا أطلقوه ، ولكن يجيء فيه ما سنذكره إن شاء الله تعالى في مسألة قفيز الطحان وأخواتها . وإن لم يبد فيها الصلاح ، فإن شرط له ثمرة نخلة بعينها ، جاز بشرط القطع ، وكذا لو شرط كل الثمار للعامل . وإن شرط جزءاً شائئاً ، لم يحجز وإن شرط القطع ، لما سبق في البيع . وإذا عقدا بلفظ المساقاة ، فالصحيح : أنه لا يحتاج إلى تفصيل الأعمال ، بل يحمل في كل ناحية على عرفها الغالب . وقيل : يجب تفصيلها . وهذا الخلاف إذا علم المتعاقدان العرف المحمول عليه . فإن جهله أحدهما ، وجب التفصيل قطعاً .

الباب الثاني في أحكام المساقاة

ويجملها حكمان . أحدهما : ما يلزم العامل والمالك . والثاني : في لزومها .
أما الأول : فكل عمل تحتاج إليه الثمار لزيادتها ، أو صلاح ، وتكرر كل سنة ، فهو على العامل . وإنما اعتبرنا التكرار ، لأن ما يتكرر يبقى أثره بعد فراغ المساقاة ، وتكليف العامل مثل هذا ، لإجحاف به . فما يجب عليه السقي ، وما يتبعه من إصلاح طريق الماء والاجاجين ^(١) التي يقف فيها الماء ، وتنقيته الآبار والأنهار من الحمأة ونحوها ، وإدارة الدولاب وفتح رأس الساقية ، وسدها عند السقي ، على ما يقتضيه الحال .

(١) الاجاجين : ما يحوط على الأشجار شبه الأحواض .

وفي تنقية النهر وجه ضئيف : أنها على المالك . ووجه : أنها على من شرطت عليه منها . فإن لم يذكرها ، فسد العقد .

ومنه : تقليب الأرض بالمساحي وكرابها في المزارعة . قال المتولي : وكذا تقويتها بالزبل ، وذلك بحسب العادة .

ومنه : التلقيح ، ثم الطلع الذي يلقح به على المالك ، لأنه عين مال ، وإنما يكلف العامل العمل .

ومنها : تنحية الحشيش المضر ، والقضبان المضرّة بالشجر .

ومنه : تصريف الجريد . - والجريد : سعف النخل . - وحاصل ماقلوه في تفسيره شيثان . أحدهما : قطع ما يضر تركه يابساً وغير يابس . والثاني : ردها عن وجوه المناقيد وتسوية المناقيد بينها لتضيها الشمس ، ولينير قطعها عند الادراك .

ومنه : تعريش شجر الغنـب حيث جرت العادة به . قال المتولي : ووضع الحشيش فوق المناقيد صوناً لها عن الشمس عند الحاجة . وفي حفظ الثمار ، وجهان . أحدهما : على العامل كحفظ مال القراض . فإن لم يحفظ بنفسه ، فعليه مؤنة من يحفظه . والثاني : على العامل والمالك جميعاً بحسب اشتراكها في الثمار ، لأن الذي يجب على العامل ما يتعلق بزيادة الثمر وتنفيته ، ويجري الوجهان في حفظ الثمر عن الطيور والزناير ، بأن يجعل كل عنقود في قنـوصـرة ، فيلزم ذلك على العامل على الأصح (١) عند جريان العادة [به] وهذه القوصرة على المالك ، ويلزم العامل جداد الثمرة على الصحيح ، وبه قطع الأكثرين ، لأنه من الصلاح . وقيل : لا ، لأنه بعد الفراغ . ويلزمه تجفيف الثمار على الصحيح إذا طردت العادة ، أو شرطاه . وإذا وجب التجفيف ، وجب تهئية موضعه وتسويته ، ويسمى : البيدر والجرين ، ونقل الثمار إليه ، وتقليبها في الشمس .

وأما ما لا يتكرر كل سنة ويقصد به حفظ الأصول ، فهو من وظيفة المالك ، وذلك كحفر الآبار والأنهار الجديدة ، وإتي انهارت ، وبناء الحيطان ، ونصب

(١) في نسخ الظاهرية : فيلزم العامل ذلك على الأصح .

الأبواب والدولاب ونحوها . وفي ردم الثلم اليسيرة التي تتفق في الجدران ، ووضع الشوك على رأس الجدار ، وجهان كتنقية الأنهار . والأصح : اتباع العرف . وأما الآلات التي يتوفر بها العمل ، كالفأس ، والممول ، والمنجل ، والمسحاة ، والثيران ، والفدان في المزرعة ، والثور الذي يدير الدولاب ، فالصحيح : أنها على المالك . وقيل : هي على من شرطت عليه ، ولا يجوز السكوت عنها ، وبه قال أبو إسحاق ، وأبو الفرج السرخسي . وخراج الأرض الخراجية على المالك قطعاً ، وكذا كل عين تلف في العمل ، فعلى المالك قطعاً . ثم كل ما وجب على العامل ، فله استئجار المالك عليه ، ويحيى فيه وجه . ولو شرطه على المالك في العقد ، بطل العقد ، وكذا ما على المالك لو شرطه على العامل ، بطل العقد ، ولو فعله العامل بلا إذن ، لم يستحق شيئاً ، وإن فعله باذن المالك ، استحق الاجرة . وجميع ما ذكرناه تفريع على الصحيح ، في أن تفصيل الأعمال لا يجب في العقد . فان أوجبناه ، فالمتبع الشرط ، إلا أنه لا يجوز أن يكون الشرط مغتيراً مقتضى العقد .

الحكم الثاني : المساقاة عقد لازم كالاجارة ، ويملك العامل حصته من الثمرة بالظهور على المذهب . وقيل : قولان كالقراض . والفرق على المذهب : أن الربح في القراض وقاية لرأس المال ، بخلاف الثمر .

فصل

إذا هرب العامل قبل تمام العمل ، نظر ، إن تبرع المالك بالعمل ، أو بمؤنة من يعمل ، بقي استحقاق العامل بحاله ، وإلا ، رفع الأمر إلى الحاكم ، وأثبت عنده المساقاة ليطالبه الحاكم ، فان وجده ، أجبره على العمل ، وإلا ، استأجر عليه من يعمل . ومن أين يستأجر؟ ينظر ، إن كان للعامل مال ، فنه ، وإلا ، فان كان يمد بدو" الصلاح ،

باع نصيب العامل كله أو بعضه بحسب الحاجة للمالك أو غيره ، واستأجر بشئنه . وإن كان قبل بدوّ الصلاح ، إما قبل خروج الثمرة ، أو بعده ، استقرض عليه من المالك أو غيره ، أو من بيت المال ، واستأجر به ، ثم يقضيه العامل إذا رجع ، أو يقضى من نصيبه من الثمرة بعد بدوّ الصلاح ، أو الإدراك . ولو وجد من يستأجره بأجرة مؤجلة ، استغنى عن الاقتراض . وإن فعل المالك بنفسه ، أو أنفق عليه ليرجع ، ينظر ، إن قدر على مراجعة الحاكم ، أو لم يقدر وقدر على الاشهاد فلم يفعل ، لم يرجع . وإن لم يمكنه الاشهاد ، ففي رجوعه وجهان . أحدهما عند الجمهور : لا يرجع ، لأنه عذر نادر . وحكي وجه : أنه يرجع وإن تمكن من الاشهاد ، وهو شاذ . وإن أشهد ، رجع على الأصح ، للضرورة . وقيل : لا ، لثلاث أسباب : أحدها ، أن يشهد على العمل أو الاستئجار ، وأنه بذل ذلك بشرط الرجوع . فأما الاشهاد على العمل أو الاستئجار من غير تعرض للرجوع ، فهو كترك الاشهاد ، قاله في « الشامل » . وإذا أنفق المالك باذن الحاكم ليرجع ، فوجهان . وجه المنع : أنه متهم في حق نفسه . فطريقه : أن يسلم المال إلى الحاكم ليأمر غيره بالانفاق . ولو استأجره لباقي العمل ، فوجهان بناءً على ما لو أجر داره ثم استأجرها من المستأجر . ومتى تعذر إتمام العمل بالاستقراض وغيره ، فإن لم تكن الثمرة خرجت ، فللمالك فسخ العقد على الصحيح ، للتعذر والضرورة . وقال ابن أبي هريرة : لا يفسخ ، لكن يطلب الحاكم من يساقى عن العامل ، فربما فضل له شيء . وإن كانت الثمرة قد خرجت ، فهي مشتركة بينهما . فإن بدا صلاحها ، يبيع نصيب العامل كله أو بعضه بقدر ما يُستأجر به عامل . وإن لم يبد ، تعذر [بيع] نصيبه وحده ، لأن شرط القطع في المشاع لا يكفي . فاما أن يبيع المالك نصيبه معه ليشترط القطع في الجميع ، وإما أن يشتري المالك نصيبه ، فيصح على الأصح

في أن يبيع الثمار قبل بدو" الصلاح لصاحب الشجرة يكفي عن اشتراط القطع .
فإن لم يرغب في بيع ولا شراء ، وقف الأمر حتي يصطلحا . وهذا كله تفريع
على أنه لا يثبت الفسخ بعد خروج الثمرة ، وهو الصحيح . وقال في « المذهب » :
يفسخ ، وتكون الثمرة بينها ، ولا يكاد يفرض للفسخ بعد خروج الثمرة فائدة .
ويتفرع على ثبوت الفسخ قبل خروج الثمرة فرعان .

أحدهما : إذا فسخ ، غرم المالك للعامل أجره مثل ما عمل ، ولا يقال بتوزيع
اثمار على أجره مثل جميع العمل ، إذ اثمار ليست موجودة عند العقد حتي يقتضي
العقد التوزيع فيها .

الثاني : جاء أجنبي وقال : لا تنسخ لأعمل نيابة عن العامل ، لم يلزم الاجابة ،
لانه قد لا يأنتمه ولا يرضى بدخوله ملكه . لكن لو عمل نيابة بغير علم المالك ،
وحصلت الثمار ، سلم للعامل نصيبه منها ، وكان الاجنبي متبرعاً [عليه] ، هكذا قالوه .
ولو قيل : وجود التبرع كوجود مقرض حتي لا يجوز الفسخ ، لكان قريباً .
والمعجز عن العمل بمرض ونحوه كالهرب .

(١) فصل

ولو مات مالك الشجر في أثناء المدة ، لم تنسخ المساقاة ، بل يستمر
العامل ويأخذ نصيبه . وإن مات العامل ، فإن كانت المساقاة على عينه ، انفسخت
بموته كالاجير [المميين] . وإن كانت على الذمة ، فوجهان . أحدهما : تنسخ ، لانه
لا يرضى بيد غيره . والثاني وهو الصحيح وعليه التفريع : لا تنسخ كالاجارة ،
بل ينظر إن خلف تركة ، وتم وارثه العمل ، بأن يستأجر من يعمل ، وإلا ، فإن
أتم العمل بنفسه ، أو استأجر من ماله من يتم ، فعلى المالك تمكينه إن كان أميناً
مهتدياً إلى أعمال المساقاة ، ويسلم له الشروط . وإن أبى ، لم يجبر عليه على الصحيح .
وقيل : يجبر ، لانه خليفة ، وهو شاذ ، لان منافعه لنفسه ، وإنما يجبر على أداء
ما على المورث من تركته . لكن لو خلف تركة ، وامتنع الوارث من الاستئجار منها ،

(١) كلمة « فصل » هذا زياده من مخطوطات الضاعرية ، وليست في الأصل .

استأجر الحاكم . وإن لم يخلف تركة ، لم يستقرض على الميت ، بخلاف الحي إذا هرب .
ومها لم يتم العمل ، فالقول في ثبوت الفسخ وفي الشركة وفصل الأمر إذا خرجت
الثمار ، كما ذكرناه في المرب . وهذا الذي ذكرناه من أن المساقاة تكون على المين
وفي الذمة ، هو تفريع على جوازها على المين ، وهو المذهب المقطوع به ، وتردد
فيها بعضهم ، لما فيها من التضيق .

فرع

نقل المتولي : أنه إذا لم تثمر الأشجار أصلاً ، أو تلفت الثمار كلها بجائحة ،
أو غصب ، فعلى العامل إتمام العمل وإن تضرر به . كما أن عامل القراض يكلف
التنظيف وإن ظهر خسران ولم ينل إلا التعب . وهذا أصح مما ذكره البغوي : أنه
إذا تلفت الثمار كلها بالجائحة ، يفسخ العقد ، إلا أن يريد : بعد تمام العمل وتكامل الثمار .
قال : وإن هلك بعضها ، فالعامل الخيار ، بين أن يفسخ العقد ولا شيء له ، وبين أن
يحيى ويتم العمل ويأخذ نصيبه .

فصل

دعوى المالك على العامل السرقة والخيانة في الثمر أو السعف ، لا تقبل حتى
يبين قدر ما خان فيه ويحرر الدعوى . فإذا حررها ، وأنكر العامل ، فالقول قول
العامل مع يمينه . فإن ثبتت خيانتة بينة ، أو باقراره ، أو بيمين المالك بعد نكوله ،
فقليل : قولان . أحدهما : يستأجر عليه من يعمل عنه . والثاني : يضم إليه أمين
يشرف عليه . وقال الجمهور : هي على حالين : إن أمكن حفظه بضم مشرف ، قنع به ،
وإلا ، أزيلت يده بالكلية ، واستؤجر عليه من يعمل . ثم إذا استؤجر عليه ، فالأجرة

في ماله . وأما أجرة المشرف ، فعليه أيضاً على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وقال التولي : تبني على مؤنة الحفظ ، إن جعلناها على العامل ، فكذا أجرة المشرف ، وإن جعلناها عليها ، فكذا هنا . وقال في « الوسيط » : أجرة المشرف على العامل إن ثبتت خيافته بالبينة ، أو باقراره ، وإلا ، فعلى المالك . وهذا الذي ذكره مشكل ، وينبغي إذا لم تثبت خيافته أن لا يتمكن المالك من ضم مشرف إليه ، لما فيه من إبطال استقلاله باليد .

فصل

إذا خرجت الأشجار المساقى عليها مستحقة ، أخذها المالك مع الثمار إن كانت باقية . وإن جففاها ونقصت قيمتها بالتجفيف ، استحق الأرض أيضاً ، ويرجع [العامل على] الغاصب الذي ساقاه بأجرة المثل ، كما لو استأجر الغاصب من عمل في الغصوب عملاً ، وقيل : لا أجرة ، تخريجاً على قولي الفرور ، [و] كما لو تلفت بجائحة . والصحيح : الأول . وإن أتلّفها ، فللمالك الخيار في نصيب العامل ، بين أن يطالب بضائه العامل أو الغاصب . والقرار على العامل على الصحيح . وقيل : على الغاصب ، كما لو أطعمه الطعام المصوب على قول . وأما نصيب الغاصب ، فللمالك مطالبته به . وفي مطالبته العامل به ، وجهان . أصحهما عند الجمهور : يطالبه ، لبثوت يده ، كما يطالب عامل القراض والمودع إذا خرج مستحقاً . والثاني : لا ، لأن يده لم تثبت عليه مقصودة . وعلى الوجهين يخرج ما إذا تلف جميع الثمار قبل القسمة بجائحة أو غصب ، فإن أثبتنا يد العامل عليها ، فهو مطالب ، وإلا ، فلا . ولو تلف شيء من الأشجار ، ففيه الوجهان . وإذا قلنا : يطالب العامل بنصيب

الناصب ، ففي رجوعه على الناصب الخلاف المذكور في رجوع المودع . والمذهب :
القطع بالرجوع .

فصل

إذا اختلفا في قدر الشروط للعامل ، ولا بينة ، تحالفا كما في القراض . وإذا
تحالفا وتفاخسا قبل العمل ، فلا شيء للعامل . وإن كان بعهده ، فله أجره مثل
عمله . وإن كان لاحدهما بينة ، قضى بها . وإن كان لكل منها بينة ، فإن قلنا :
تساقطان ، وهو الاظهر ، فهو كما لو لم يكن لهما بينة ، فيتحالفان . وإن قلنا : تُستعملان ،
فيقرع بينهما . ولا يجيء قولنا الوقف والقسمة ، لان الاختلاف في العقد ، وهو لا يقسم
ولا يوقف . وقيل : تجيء القسمة في القدر المختلف فيه ، فيقسم بينهما نصفين .
ولو ساقاه شريكان في الحديقة ، فقال العامل : شرطت لي نصف الثمر ، وصدقه أحدهما ، وقال
الآخر : بل شرطنا الثلث ، فنصيب المصدق مقسوم بينه وبين العامل . وأما نصيب
المكذب ، فيتحالفان فيه . ولو شهد المصدق للعامل أو المكذب ، قبلت شهادته ،
لعدم التهمة . ولو اختلفا في قدر الاشجار المعقود عليها ، أو في رد شيء من المال
أو هلاكه ، فالحكم كما ذكرناه في القراض .

فصل

إذا بدا صلاح الثمار ، فإن وثق المالك بالعامل ، تركها في يده إلى الادراك ،
فيقتسمان حينئذٍ إن جوزناها ، أو يبيع أحدهما نصيبه للثاني ، أو يبيعان لثالث . وإن
لم يثق به وأراد تضمينه الثمر أو الزبيب ، بني على أن الخرص عيبرة أو تضمين ؟

فإن قلنا: عبرة ، لم يجز . وإن قلنا : تضمين ، جاز على الأصح كما في الزكاة .
ويجري الخلاف ، فيما لو أراد العامل تضمين المالك بالحرص .

فصل

إذا انقطع ماء البستان، وأمكن رده ، ففي تكليف المالك السمي فيه وجهان.
أحدهما : لا ، كما لا يكلف الشريك المارة ولا المكري. والثاني : يكلف ، لانه
لا يتمكن من العمل إلا به، فأشبهه مالو استأجره لقضارة ثوب بمينه يكلف تسليمه.
فعلى هذا لو لم يسع في رده ، لزمه للعامل أجره عمله . ولو لم يمكن رد الماء ،
فهو كما لو تلفت الثمار بجائحة .

قلت : أصحابها : لا يكلف . والله أعلم

فصل

السواقط ، وهي السعف التي تسقط من النخل ، يختص بها المالك ، وما يتبع
الثلث ، فهو بينها . قال الشيخ أبو حامد : ومنه الشاريخ .

فصل

دفع بهيمة إليه ليعمل عليها ، وما رزق الله تعالى فهو بينها ، فالعقد فاسد .
ولو قال: تمهد هذه الغنم بشرط أن درّها ونسلها بيننا، فباطل أيضاً، لأن الماء لا يحصل
بعمله . ولو قال : اعلف هذه من عندك ولك نصف درّها ، ففعل ، وجب بدل

النصف على صاحب الشاة ، والقدر الشروط من الدّر لصاحب العلف مضمون في يده ، لحصوله بحكم بيع فاسد ، والشاة غير مضمونة ، لأنها غير مقابلة بالموض. ولو قال: خذ هذه واعلفها لتسمن ولك نصفها ، ففعل ، فالقدر الشروط منها لصاحب العلف مضمون عليه ، دون الباقي .

فصل

قال المتولي : إذا كانت المساقاة في الذمة ، فللعامل أن يعامل غيره لينوب عنه . ثم إن شرط له من اثمار مثل ما شرط المالك له أو دونه ، فذاك ، وإن شرط له أكثر ، فعلى الخلاف في تفريق الصفقة . فإن جوزناه ، وجب للزيادة أجره المثل ، وإن منعناه ، فالأجرة للجميع . وإن كانت المساقاة على عينه ، لم يكن له أن يستنيب ويعامل غيره ، فلو فعل ، انفسخت المساقاة بتركه العمل ، وكانت اثمار كلها للمالك ، ولا شيء للعامل الاوّل . وأما الثاني ، فإن علم فساد العقد ، فلا شيء له ، وإلا ، ففي استحقاقه أجره المثل الخلاف في خروج الثمار مستحقة .

فصل

بيع الحديقة التي ساقى عليها في المدة ، يشبه بيع العين المستأجرة ، ولم أر له ذكراً ، لكن في فتاوى البغوي: أن المالك إن باعها قبل خروج الثمرة ، لم يصح ، لأن للعامل حقاً في ثمارها ، فكأنه استثنى بعض الثمرة . وإن كان بعد خروج الثمرة ، صح البيع في الاشجار ونصيب المالك من الثمار ، ولا حاجة إلى شرط القطع ، لأنها مبيعة مع الاصول ، ويكون العامل مع المشتري كما كان مع البائع . وإن باع نصيبه من الثمرة وحدها ، لم يصح ، للحاجة إلى شرط القطع وتمذّره في الشائم . قلت : هذا الذي قاله البغوي ، حسن ، وهذه المسألة ، لم يذكرها الرافعي هنا ،

بل في آخر كتاب الاجارة . والله أعلم

ب

المزراعة والمخبرة

قال بعض الاصحاب : هما بمعنى ، والصحيح وظاهر نص الشافعي رضي الله عنه :
أنهما عقدان مختلفان .

فالمخبرة : هي المعاملة على الارض ببعض ما يخرج منها والبذر من العامل .
والمزراعة مثلها ، إلا أن البذر من المالك . وقد يقال : المخبرة : اكتراء
الارض [ببعض ما يخرج منها] . والمزراعة : اكتراء العامل لزراع الارض ببعض
ما يخرج منها . والمعنى لا يختلف .

قلت : هذا الذي صححه الامام الرافعي ، هو الصواب . وأما قول صاحب « البيان » :
قال أكثر أصحابنا : هما بمعنى ، فلا يوافق عليه ، فنبهت عليه لئلا يُغترَّ به .

والله أعلم

والمخبرة والمزراعة باطلتان ، وقال ابن سريج : تجوز الزراعة .
قلت : قد قال بجواز الزراعة والمخبرة من كبار أصحابنا أيضاً ، ابن خزيمة ،
وابن المنذر ، والخطابي وصنف فيها ابن خزيمة جزءاً ، وبين فيه علل الاحاديث الواردة
بالنهي عنها ، وجمع بين احاديث الباب ، ثم تابعه الخطابي وقال : ضعف أحمد
ابن حنبل حديث النهي ، وقال : هو مضطرب كثير الالوان . قال الخطابي : وأبطلها
مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، رضي الله عنهم ، لأنهم لم يقفوا على علته ، قال : فالزراعة
جائزة ، وهي عمل المسلمين في جميع الامصار ، لا يبطل العمل بها أحد . هذا كلام الخطابي .
والخنار جواز الزراعة والمخبرة ، وتأويل الاحاديث على ما إذا شرط

أحدهما زرع قطعة معينة، والآخر أخرى^(١)، والمعروف في المذهب، إبطالهما، وعليه
تفريع مسائل الباب . والله أعلم

فمضى أفردت الأرض للخابرة أو مزارعة ، بطل العقد . فإن كان البذر للمالك ،
فالغلة له، وللعامل أجره مثل عمله ، وأجرة البقر والآلات إن كانت له . وإن كان
البذر للعامل ، فالغلة له، والمالك الأرض عليه أجره مثلها . وإن كان لهما ، فالغلة
لها، ولكل واحد على الآخر أجره مثل ما أنصرف من منافعه إلى حصة صاحبه .
وإذا أراد أن يكون الزرع بينهما على وجه مشروع ، بحيث لا يرجع أحدهما على
الآخر بشيء ، نظر ، إن كان البذر بينهما ، والأرض لأحدهما ، والعمل والآلات
للآخر ، فلها ثلاث طرق .

أحدها ، قاله الشافعي رضي الله عنه : يعير صاحب الأرض للعامل نصفها ،
ويتبرع العامل بمنفعة بدنه وآلاته لأنه مما يختص صاحب الأرض^(٢) .
الثاني ، قاله المزني : يكرى صاحب الأرض للعامل نصفها بدينار مثلاً ، ويكثري
العامل ليعمل على نصيبه بنفسه وآلاته بدينار ، ويتقاصان .

الثالث، قاله الأصحاب: يكرى نصف أرضه بنصف منافع العامل وآلاته، وهذا أحوطها.
وإن كان البذر لأحدهما ، فإن كان لصاحب الأرض ، أقرض نصفه للعامل
وأكرام نصف الأرض بنصف عمله ونصف منافع آلاته ، ولا شيء لأحدهما
على الآخر إلا ردّ العوض . وإن شاء استأجر العامل بنصف البذر ، ليزرع له

(١) عن رافع بن خديج رضي الله عنه قال : كنا أكثر الأنصار حقلاً ، فكنا نكرى الأرض
على أن لنا هذه ، ولهم هذه ، فربما أخرجت هذه ، ولم تخرج هذه ، فنهانا النبي صلى الله عليه وسلم عن
ذلك ، وأما الورق فلم ينهنا . متفق عليه .

قال شيخ الإسلام ابن تيمية في « المسائل الماردينية » طبع المكتب الإسلامي ص ١٠٣ : إذ قد
يحصل لأحدهما شيء ، والآخر لا يحصل له شيء ، وهذا هو الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم في
الخابرة والمزارعة، فإنهم كانوا يماثلون على الأرض بزرع بقعة معينة من الأرض للمالك ، فأما المزارعة،
فجائزة بلا ريب .

(٢) في نسخ الظاهرية : ويتبرع العامل بمنفعة بدنه وآلاته مما يخص صاحب الأرض .

النصف الآخر ، وأعاره نصف الأرض ، وإن شاء استأجره بنصف البذر ونصف منفعة تلك الأرض ليزرع باقي البذر في باقي الأرض . وإن كان البذر للعامل ، فإن شاء أقرض نصفه لصاحب الأرض واكترى منه نصفها بنصف عمله وعمل آلاته ، وإن شاء اكترى نصف الأرض بنصف البذر وتبرع بعمله ومنافع آلاته ، وإن شاء اكترى منه نصف الأرض بنصف البذر ونصف عمله ومنافع آلاته .

ولا بد في هذه الاجارات من رعاية الشرائط ، كروية الأرض والآلات ، وتقدير المدة وغيرها. هذا كله إذا أفردت الأرض بالعقد . أما إذا كان بين النخيل بياض ، فتجوز المزارعة عليه مع المساقاة على النخيل ، ويشترط فيه اتحاد العامل ، فلا يجوز أن يساقى واحداً ، ويزارع آخر ، ويشترط أيضاً تمذر أفراد النخيل بالسقي ، والأرض بالمهارة ، لارتفاع النخل بسقي الأرض وتقليبها ، فإن أمكن الافراد ، لم تجز المزارعة . واختلّفوا في اعتبار أمور .

أحدها : اتحاد الصفقة ، فلفظ المعاملة ، يشمل المزارعة والمساقاة . فلو قال : عاملتك على هذا النخيل والبياض بالنصف ، كفى . وأما لفظ المساقاة والمزارعة ، فلا يعني أحدهما عن الآخر ، بل يساقى على النخيل ، ويزارع على البياض ، وحينئذ إن قدّم المساقاة ، نظر ، إن أتى بها على الاتصال ، فقد اتحدت الصفقة ووجد الشرط ، وإن فصل بينهما ، فقليل : تصح المزارعة ، لحصولها لشخص . والأصح : المنع ، لأنها تبع ، فلا تفرد كالأجنبي . وإن قدّم المزارعة ، فسدت على الصحيح ، لأنها تابعة . وقيل : تنعقد موقوفة . فإن ساقاه بعدها ، بانت صحتها ، وإلا ، فلا .

الثاني : لو شرط للعامل نصف الثمر ، وربع الزرع ، جاز على الأصح . وقيل : يشترط التساوي ، لأن التفضيل يزيل التبعية .

الثالث : لو كثر البياض المتخلل مع عسر الافراد ، قليل : يبطل ، لان الأكثر

متبوع لا تابع . والأصح : الجواز ، للحاجة . ثم النظر في الكثرة إلى زيادة التمام ،
أم إلى مساحة البياض ومفارس الشجر ؟ وجهان .

قلت : أصحها : الثاني . والله أعلم

الرابع : لو شرط كون البذر من العامل فهي مخاربة ، فقل : تجوز تبعاً
للمساقاة كالزراعة . والأصح : النع ، لأن الحديث ورد في المزارعة تبعاً في قصة خير ،
دون المخاربة ، ولأن المزارعة أشبه بالمساقاة ، لانه لا يتوظف على العامل فيها إلا
العمل . فلو شرط أن يكون البذر من المالك والبقر من العامل ، أو عكسه ، قال
أبو عاصم المبادي : فيه وجهان . أصحها : الجواز إذا شرط البذر على المالك ،
لأنه الأصل ، فكأنه اكترى العامل وبقره ، قال : فان جوزنا فيما إذا شرط البقر
على [المالك والبذر على] العامل ، نظر ، فان شرط التبن والحب بينها ، جاز ،
وكذا لو شرط الحب بينها والتبن لاحدهما لاشتراكهما في المقصود . فان شرط
التبن لصاحب الثور وهو مالك الارض ، وشرط الحب للآخر ، لم يجز ، لأن المالك
هو الأصل ، فلا يمنع المقصود . وإن شرط التبن لصاحب البذر وهو العامل ،
فوجهان . وقيل : لا يجوز شرط الحب لاحدهما والتبن للآخر أصلاً . واعلم أنهم
أطلقوا القول في المخاربة بوجوب أجرة مثل الارض ، لكن في « فتاوى » القفال
و « التهذيب » وغيرهما : أنه لو دفع أرضاً إلى رجل ليفرس أو يني أو يزرع فيها
من عنده ، على أن يكون بينها مناصفة ، فالحاصل للعامل ، وفيما يلزمه من أجرة
الارض ، وجهان . أحدهما : نصفها ، لانه غرس نصف الفرس لصاحب الارض بأذنه ،
فقد رضي بطلان منفعة النصف . وأصحها : جميعها ، لانه إنما رضي ليحصل له نصف

الفراس ، فإذا إطلاقهم في المخاربة تفريغ على الأصح. ثم العامل يكلف نقل البناء والفراس إن لم تنقص قيمتها . وإن نقصت ، لم يقلع مجاناً ، للاذن ، بل يتخير مالك الأرض فيها تخير المير، والزرع يبقى إلى الحصاد . ولو زرع العامل البياض بين النخيل من غير إذن ، قلع زرعه مجاناً. وإذا لم نجوز المساقاة على ما سوى النخيل والنب من الشجر المثمر منفرداً ، ففي جوازها تبعاً للمساقاة كالزراعة وجهان .

قلت : أصحابها : الجواز . والله أعلم

كتاب الإجارة

فيه ثلاثة أبواب .

الأول : في أركانها ، وهي أربعة .

[الركن الأول : العاقدان ويمتد فيهما العقل والبلوغ كسائر التصرفات .
الركن الثاني : الصيغة ، وهي أن يقول : أكريتك هذه الدار ، أو آجرتكها
مدة كذا بكذا ، فيقول : على الاتصال : [قلت ، أو] استأجرت ، أو اكترت .
ولو أضاف إلى المنفعة فقال : آجرتك أو أكريتك منافع هذه الدار ، فوجهان . أصحهما :
الجواز ، وبه قطع في « الشامل » ، وذكر المنفعة تأكيد ، كقوله : بعتك عين هذه
الدار أو رقبته ، فإنه يصح البيع ، والثاني : المنع ، وبه قطع الامام ، لأن لفظ
الإجارة وضع مضافاً إلى العين . وإن كان العقد في الذمة ، فقال : ألزمت ذمتك كذا ،
فقليل : جاز ، وأغنى عن لفظ الإجارة والاكراء . وإن تعاقد بصيغة التملك ، نظر ،
إن أضاف إلى المنفعة فقال : ملكتك منفعتها شهراً ، جاز على الصحيح [المعروف] ،
فإن الإجارة تملك منفعة بموض . ولو قال : بعتك منفعة هذه الدار شهراً ، فوجهان .
قال ابن سريج : يجوز ، لأن الإجارة صنف من البيع . والاصح : المنع ، لأن
البيع موضوع للملك الاعيان ، فلا يستعمل في المنافع ، كما لا ينعقد البيع بلفظ
الإجارة . وقيل بالمنع قطعاً .

الركن الثالث : الأجرة . فالإجارة قسمان . واردة على العين كمن استأجر
دابة [بعينه ليركبها] أو يحمل عليها ، أو شخصاً بعينه لخياطة ثوب . وواردة
على الذمة ، كمن استأجر دابة موصوفة للركوب أو الحمل ، أو قال : ألزمت ذمتك

خياطة هذا الثوب ، أو بناء الحائط ، فقبل . وفي قوله : استأجرتك لكذا ، أو لتفعل كذا ، وجهان . أحدهما : أن الحاصل به إجارة عين ، للإضافة إلى المخاطب ، كما لو قال : استأجرت هذه الدابة . والثاني : إجارة ذمة ، وعلى هذا إنما تكون إجارة عين إذا زاد فقال : استأجرت عينك أو نفسك لكذا ، أو لتعمل بنفسك كذا . وإجارة العقار لا تكون إلا إجارة عين ، لأنه لا يثبت في الذمة ، ولهذا لا يجوز السلم في أرض ولا دار .

فرع

إذا وردت الإجارة على المين ، لم يجب تسليم الأجرة في المجلس ، كما لا يشترط تسليم الثمن في البيع . ثم إن كانت في الذمة ، فهي كالثمن في الذمة في جواز الاستبدال ، وفي أنه إذا شرط فيها التأجيل أو التنجيم ، كانت مؤجلة أو منجمة . وإن شرط التجيل ، كانت ممجلة ، وإن أطلق ، فمعلقة ، وملكها المكري بنفس المقد ، واستحق استيفاءها إذا سلم المين إلى المستأجر . واستدل الأصحاب بأن المنافع موجودة أو ماحقة بالموجود ، ولهذا صح العقد عليها ، وجاز أن تكون الأجرة ديناً ، وإلا ، لكان يبيع دين بدين .

فرع

يشترط العلم بقدر الأجرة ووصفها إذا كانت في الذمة كالثمن في الذمة ، فلو قال : اعمل كذا لأرضيك أو أعطيك شيئاً ، وما أشبهه ، فسد العقد ، وإذا عمل ، استحق أجرة امثل . ولو استأجره بنفقته أو كسوته ، فسد . ولو استأجره بقدر من الحنطة أو الشعير ، وضبطه ضبط السلم ، جاز . ولو استأجره بأرطال خبز ، بني على جواز

السلم في الخبز . ولو آجر الدار ب مهارتها ، أو الدابة بملفها ، أو الأرض بمخراجها ومؤنتها أو بدراهم معلومة على أن يميّرها ، ولا يحسب ما أنفق من الأجرة ، لم يصح . ولو أجرها بدراهم معلومة على أن يصرفها إلى المهارة ، لم يصح ، لأن الأجرة ، الدراهم مع الصرف إلى المهارة ، وذلك عمل مجهول . ثم إذا صرفها في المهارة ، رجع بها . ولو أطلق المقد ، ثم أذن له في الصرف إلى المهارة ، وتبرع به المستأجر ، جاز . فان اختلفا في قدر ما أنفق ، فقولان في أن القول قول من ؟ ولو أعطاه ثوباً وقال : إن خطته اليوم فلك درهم ، أو غداً فنصف ، فسد المقد ووجب أجرة المثل متى خاطه . ولو قال : إن خطته رومياً فلك درهم ، أو فارسياً فنصف ، فسد ، والرومي بفرزتين ، والفارسي بفرزة .

فرع

إذا أجتلا الأجرة فحلت وقد تنير النقد ، اعتبر نقد يوم المقد . وفي الجمالة الاعتبار بيوم اللفظ على الأصح ، وقيل : بوقت تمام العمل ، لأن الاستحقاق يثبت بتمام العمل .

فرع

هذا الذي سبق ، إذا كانت الأجرة في الزمة . فلو كانت معينة ، ملكت في الحال كالبيع ، واعتبرت فيها الشرائط المعنوية في المبيع ، حتى لو جعل الأجرة جلد شاة مذبوحة قبل السلخ ، لم يجوز ، لأنه لا يعرف صفته في الرقة والثخانة وغيرها . وهل تغني رؤية الأجرة عن معرفة قدرها ؟ فيه طريقان . أحدهما : على قولي رأس مال السلم . والثاني : القطع بالجواز ، وهو المذهب .

فصل

أما الاجارة الواردة على الذمة ، فلا يجوز فيها تأجيل الأجرة ، ولا الاستبدال عنها ، ولا الحوالة بها ولا عليها ، ولا الإبراء ، بل يجب التسليم في المجلس كرأس مال السلم ، لأنه سلم في المنافع ، فإن كانت الأجرة مشاهدة غير معلومة القدر ، فعلى القولين في رأس مال السلم . هذا إذا تعاقدنا بلفظ السلم ، بأن قال : أسلمت إليك هذا الدينار في دابة تحملي إلى موضع كذا ، فإن عقدا بلفظ الاجارة ، بأن قال : استأجرت منك دابة صفتها كذا لتحملي إلى موضع كذا ، فوجهان بنوهما على أن الاعتبار باللفظ ، أم بالمعنى ؟ أصحابها عند المراقبين ، وأبي علي ، والبلغوي : أنه كما لو عقدا بلفظ السلم ، ورجح بعضهم الآخر .

فرع

يجوز أن تكون الأجرة منفعة ، سواء اتفق الجنس ، كما إذا أجر داراً بمنفعة دار ، أو اختلف ، بأن أجرها بمنفعة عبد . ولا ربا في المنافع أصلاً ، حتى لو أجر داراً بمنفعة دارين ، أو أجر حلي ذهب بذهب ، جاز ، ولا يشترط القبض في المجلس .

فصل

لا يجوز أن يجعل الأجرة شيئاً يحصل بعمل الأجنبي^(١) ، كما لو استأجر السلاخ ليسلخ الشاة بجلدها ، أو الطحان ليطحن الحنطة بثلاث دقيقتها ، أو بصاع منه ، أو بالنخالة ، أو المرضة بجزء من الرقيق المرتضع بد الفطام ، أو قاطف الثمار بجزء

(١) في نسخة الظاهرية : بعمل الاجير .

منها بحد الفطاف ، أو لينسج الثوب بنصفه ، فكل هذا فاسد ، والأجير أجرة مثله .
ولو استأجر الموضع بجزء من الرقيق في الحال ، أو قاطف اثمار بجزء منها على رؤوس
الشجر ، أو كان الرقيق لرجل وامرأة ، فاستأجرها لترضعه بجزء منه ، أو بغيره ،
جاز على الصحيح ، كما لو ساق شريكه وشرط له زيادة من الثمر ، يجوز وإن
كان يقع عمله في مشترك . وقيل : لا يجوز ، ونقله الامام وانغزالي عن الاصحاب ،
لأن عمل الاجير ينبغي أن يقع في خاص ملك المستأجر، وهو ضعيف . قال البغوي :
لو استأجر شريكه في الحنطة ليطحنها أو الدابة ليعمدها بدراهم ، جاز . ولو قال :
استأجرتك بربع هذه الحنطة أو بصاع منها لتطحن الباقي ، قال المتولي والبغوي :
يجوز ، ثم يتقاسمان قبل الطحن ، فيأخذ الاجرة ، ويطحن الباقي . قال المتولي : وإن
شاء طحن الكل والدقيق مشترك بينهما . ومثال هذه المسائل ، ما إذا استأجره لحمل
الشاة المذكاة إلى موضع كذا بجلدها ، ففاسد أيضاً . أما لو استأجره لحمل الميتة
بجلدها ، فباطل ، لانه نجس .

الركن الرابع : المنفعة ، ولها خمسة شروط .

أحدها : أن تكون متقومة وفيه مسائل .

أحدها : استئجار تفاحة للشم باطل ، لانها لا تقصد له ، فلم يصح كسرها
حبة حنطة . فان كثر التفاح ، فالوجه : الصحة ، لانهم نصوا على جواز استئجار المسك
والرياحين للشم ، ومن التفاح ما هو أطيب من كثير من الرياحين .

الثانية : استئجار الدراهم والدنانير ، إن أطلقه ، فباطل ، وإن صرح بالاستئجار
للتزيين ، فباطل أيضاً على الاصح . واستئجار الاطعمة لتزيين الحوانيت ، باطل على
المذهب . وقيل : فيه الوجهان . وفي استئجار الاشجار لتجفيف الثياب عليها ،

والوقوف في ظلها ، وربط الدواب فيها ، الوجهان . قال بعضهم : الاصح هنا : الصحة ، لأنها منافع مهمة ، بخلاف التزين . واستئجار البيداء للاستئناس ، قال البغوي : فيه الوجهان ، وقطع التولي بالجواز ، وكذا في كل ما يستأنس بلونه ، كالطاووس ، أو صوته ، كالمندايب .

الثالثة : استئجار البياع على كلمة البيع ، أو كلمة يروج بها السلعة ولا تب فيها ، باطل ، إذ لا قيمة لها . قال الامام محمد بن يحيى : هذا في مبيع مستقر القيمة في البلد ، كالخبز واللحم . أما الثياب والمبيد ، وما يختلف قدر الثمن فيه باختلاف المتماقين ، فيختص بيعها من البياع لمزيد منفعة وفائدة ، فيجوز الاستئجار عليه . ثم إذا لم يجز الاستئجار ، ولم يتعب البياع ، فلا شيء له . وإن تب بكثرة التردد ، أو كثرة الكلام في أمر المعاملة ، فله أجره المثل ، لامتواطأ عليه البياعون .
الرابعة : استئجار الكلب الملقم للصيد والحراسة ، باطل على الأصح ، وقيل : يجوز ، كالفهد والبازي والشبكة للاصطياد والهرة لدفع الفأر .

الشرط الثاني : أن لا يتضمن استيفاء عين قصداً ، ومقصوده أن الاجارة عقد تراد به المنافع دون الأعيان ، هذا هو الأصل ، إلا أنه قد تستحق بها الأعيان تابعة لضرورة أو حاجة ماسة ، فتلحق تلك الأعيان حينئذ بالمنافع ، وفيه مسائل .

إحداها : استئجار البستان لثماره ، والشاة لتاجها أو صوفها أو لبنها ، باطل .
الثانية : الاستئجار لارضاع الطفل جائز ، ويستحق به منفعة وعين . فالمنفعة :

أن تضع الصبي في حجرها وتلقمه الثدي وتمصره بقدر الحاجة . والعين : اللبن الذي يمسه الصبي . وإنما جُوز لميس الحاجة أو الضرورة . وفي الأصل الذي تناوله المقد ، وجهان . أحدهما : اللبن . وأما فملها ، فتابع ، لأن اللبن مقصود لبنه ، وفملها طريق إليه . وأصحها : أنه فملها ، واللبن مستحق تبعاً ، لقول الله تعالى : ﴿ فإِنْ أَرْضَعْنَكُمْ ، فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق : ٦] ، علق الأجرة بفعل الارضاع ،

لا بالابن، ولأن الإجارة موضوعة للمنافع وإنما الأعيان تتبع للضرورة، كالبئر تستأجر ليستقى ماؤها، والدار تستأجر وفيها بئر، يجوز الاستقاء منها. ثم إن استأجرها للحضانة مع الارض، جاز، وإن استأجر للارض، ونفى الحضانة، فوجهان. أحدهما: المنع، كاستئجار الشاة لارض سحلة. وأصحها: الجواز، وبه قطع الأكثرون، كما يجوز الاستئجار لمجرد الحضانة. قال الامام: وهذا الخلاف إذا قصر الإجارة على صرف اللبن إلى الصبي، وقطع عنه وضعه في حجرها ونحوه، [فأما الحضانة بالتفسير الذي سنذكره إن شاء الله تعالى، فيجوز قطعها عن الارض بلا خلاف].

الثالثة: استئجار الفحل للضراب، حكمه ما ذكرناه في كتاب البيع في باب المناهي.

الرابعة: استئجار القناة للزراعة بمائها، جائز، لأننا إن قلنا: الماء لا يملك، فكالشبكة للاصطياد - وإلا، فللمنافع آبار الماء (١) وقد جوز - واستئجار بئر الماء للاستقاء، والتي بعدها (٢) مستأجرة لأجراء الماء فيها. وقال الروياني: إذا اكترى قرار القناة ليكون أحق بمائها، جاز في وجه، وهو الاختيار (٣)، والمعروف: منعه. ومقتضى لفظه أن يكون تعريفاً على أن الماء لا يملك.

الشروط الثالث: أن تكون المنفعة مقدوراً على تسليمها، فاستئجار الآبق، والنصب، والآخرس للتعليم، والأعمى لحفظ المتاع، إجارة عين، ومن لا يحسن

(١) في هامش نسخة الظاهرية تجاه عبارة: «آبار الماء»، ما نصه: أي المنفعة المقنود عليها هي نفس الآبار التي ينبع فيها الماء. مهبات.

(٢) في هامش نسخة الظاهرية تجاه عبارة: «والتي بعدها»، ما نصه: أي المجاري التي بعد القناة. مهبات.

(٣) في هامش نسخة الظاهرية ما نصه: ما قاله الروياني هو الكلام السابق. بعينه، إلا أنه أفاد جريان الخلاف. مهبات.

القرآن لتعليمه ، باطل . فان وسّع عليه وقتاً يقدر على التعلّم قبل التعليم ، فباطل أيضاً على الأصح ، لأن المنفعة مستحقة من عينه ، والعين لا تقبل التأخير . وإذا استأجر أرضاً للزراعة ، اشترط كون الزراعة متيسرة . والأرض أنواع .

منها : أرض لها ماء دائم من نهر أو عين أو بئر ونحوها .

ومنها : أرض لاماء لها ، لكن يكفيها المطر المعتاد ، والنداة التي تصيبها من الثلوج المعتادة ، أو لا يكفيها ذلك ، لكنها تسقى بماء الثلج والمطر في الجبل ، والغالب فيها الحصول .

ومنها : أرض لاماء لها ، ولا تكفيها الأمطار المعتادة ، ولا تسقى بماء غلب الحصول من الجبل ، ولكن إن أصابها مطر عظيم أو سيل ، فادراً ، أمكن زرعها ، فالنوع الأول يصح استئجاره قطعاً . والثالث لا يصح قطعاً . وفي الثاني وجهان . أصحها : الجواز ، وبه قطع القاضي حسين وابن كج وصاحب « المذهب » ، وبالنسبة أجاب القفال .

ومنها : أرض على شط النيل والفرات وغيرها ، يملأ الماء عليها ثم ينحسر ، ويكفي ذلك لزراعتها في السنة ، فان استأجرها للزراعة بعدما علاها الماء وانحسر ، صح ، وإن كان قبل أن يملأها الماء ، فان كان لا يوثق به ، كالنيل لا ينضب أمره ، لم يصح . وإن كان الغالب حصوله ، فليكن على الخلاف في النوع الثاني . وإن كان موثقاً [به] كالمدينة بالبصرة ، صح كإماء النهر . فان تردد في وصول الماء إلى تلك الأرض ، لم يصح ، لانه كالتنوع الثالث . وإن [كان] علاها ولم ينحسر ، فان كان لا يرجى انحساره ، أو يشك فيه ، لم يصح استئجارها ، لان المعجز موجود ، والقدرة مشكوك فيها . وإن رجي انحساره وقت الزراعة بالعادة ، صحت الاجارة على المذهب والمنصوص ، سواء كانت الاجارة لما يمكن زراعته في الماء كالأرز ، أم لغيره ، وسواء كان رأى الارض مكشوفة أم هي مرئية الآن لصفاء الماء ، أم لم يكن

شيء من ذلك . وقيل : إن لم تُر ، لم يصح في قول . وقيل : لا يصح لغير الأرز ونحوه . وحجة مذهب القياس على ما لو استأجر داراً مشحونة بأمتعة يمكن الاشتغال بنقلها في الحال ، فانه يجوز على الصحيح ، أما إذا لم تكن مؤنة ، فلأن استئجارها بالماء من مصالحها ، فانه يقويها ويقطع العروق المنتشرة ، فأشبه استئجار الجوز بقشره . أما إذا كانت الأرض على شط نهر ، والظاهر أنها تفرق وتنهار في الماء ، فلا يجوز استئجارها . فان احتمل ولم يظهر ، جاز ، لان الأصل والغالب السلامة . ويجوز أن تخرج حالة الظهور على تقابل الأصل والظاهر .

إذا عرفت حكم الانواع ، فكل أرض لها ماء معلوم ، واستأجرها للزراعة مع شربها منه ، فذاك ، وإن استأجرها للزراعة دون شربها ، جاز إن تيسر سقيها من ماء آخر ، وإن أطلق ، دخل فيه الشرب ، بخلاف ما إذا باعها ، لا يدخل الشرب ، لان المنفعة هنا لا تحصل دون الشرب . هذا إذا طردت العادة بالاجارة مع الشرب . فان اضطربت ، فسيأتي حكمه في الباب الثاني إن شاء الله تعالى . وكل أرض منعنا استئجارها للزراعة ، فلو اكترها لينزل فيها ، أو يسكنها ، أو يجمع الحطب فيها ، أو يربط الدواب ، جاز . وإن اكترها مطلقاً ، نظر ، إن قال : أكريتك هذه الأرض البيضاء ولا ماء لها ، جاز ، لأنه يعرف بنفي الماء أن الاجارة لغير الزراعة . ثم لو حمل ماء من موضع وزرعها ، أو زرعها على توقع حصول ماء ، لم يمنع ، وليس له البناء والغراس فيها ، نص عليه . وإن لم يقل : لا ماء لها ، فان كانت بحيث يطعم في سوق الماء إليها ، لم يصح العقد ، لأن الغالب في مثلها الاستئجار للزراعة ، فكأنه ذكرها ، وإن كانت على قلعة جبل لا يطعم في سوق الماء إليها ، صح العقد على الأصح اكتفاءً بالقرينة ، وإذا اعتبرنا نفي الماء ، ففي قيام علم المتعاقدين مقام التصريح بالنفي ، وجهان . أصحها : المنع ، لأن العادة في مثلها الاستئجار للزراعة ، فلا بد من الصرف باللفظ .

واعلم أن في المسألة تصريحاً بجواز الاستئجار مطلقاً من غير بيان جنس المنفعة ،
وسياتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى .

فصل

قد عرفت انقسام الاجارة إلى واردة على العين ، وعلى الذمة .
أما إجارة العين ، فلا يصح إيرادها على المستقبل ، كاجارة الدار السنة المستقبلية ،
والشهر الآتي . وكذا إذا قال : أجرتك سنة أولها من غد ، أو أجرتك هذه الدابة
للركوب إلى موضع كذا على أن تخرج غداً . ولو قال : أجرتك سنة ، فإذا انقضت ،
فقد أجرتك سنة أخرى ، فالمعقد الثاني باطل على الصحيح ، كما لو قال : إذا جاء
رأس الشهر ، فقد أجرتك شهراً .

أما الواردة على الذمة ، فيحتمل فيها التأجيل والتأخير ، كما إذا قال :
ألزمت ذمتك حملي إلى موضع كذا على دابة صفتها كذا غداً أو غرة شهر كذا ،
كما لو أسلم مؤجلاً ، وإن أطلق ، كانت حائلة . ولو أجر داره لزيد سنة ،
ثم أجرها لغيره السنة المستقبلية قبل انقضاء الأولى ، لم يصح . وإن أجرها لزيد
نفسه ، فوجهان . وقيل : قولان . أصحابها : الجواز ، لاتصال المدتين . ولو أجرها
أولاً لزيد سنة ، ثم أجرها زيد لعمرو ، ثم أجرها المالك لعمرو السنة المستقبلية
قبل انقضاء الأولى ، ففيه الوجهان ، ولا يجوز إيجارها لزيد ، كذا قاله البغوي . وفي
فتاوى القفال : أنه يجوز أن يؤجرها لزيد ، ولا يجوز أن يؤجرها لعمرو ، لأن
زيداً هو الذي عاقده ، فيضم إلى ما استحق بالمعقد الأول السنة المستقبلية . قال : ولو
أجر داره سنة ، ثم باعها في المدة ، وجوزناه ، لم يكن المشتري أن يؤجرها السنة المستقبلية
للمستأجر ، لانه لم يكن بينها معاودة ، وتردد في أن الوارث ، هل يتمكن منه
إذا مات المكري لان الوارث نائبه ؟

فرع

إيجار الدار والحافوت شهراً على أن ينتفع بها الايام دون الليالي ، باطل ، لان زمان الانتفاع لا يتصل بمضه ييمض ، فيكون إجارة زمن مستقبل ، بخلاف مثله في العبد والبهيمة ، فانه يجوز ، لانها لا يطيقان العمل دائماً ، ويرفئان في الليل على المادة عند إطلاق الإجارة . ولو أجز دابة إلى موضع ايركها المكري زماناً ، ثم المكري زماناً ، لم يصح ، لتأخر حق المكري وتعلق الإجارة بمستقبل . وإن أجره ايركب المكري بعض الطريق وينزل فيمشي بمضها ، أو أجر اثنين ليركب هذا زماناً ، وهذا مثله ، ففيه أربعة أوجه . أصحابها وهو المنصوص في « الام » : صحت الإجارة في الصورتين ، سواء وردت الإجارة على الذمة ، أو العين ، وبثبت الاستحقاق في الحال ، ثم يقتسم المكري والمكري [أو المكريان] ، ويكون التأخر الواقع من ضرورة القسمة والتسليم ، فلا يضر . والثاني : تصح في الصورة الثانية دون الأولى ، لاتصال زمن الإجارة في الثانية دون الأولى . والثالث : تبطل فيها ، لأنها إجارة أزمان متقطعة . والرابع : تصح في الصورتين إن كانت مضمونة في الذمة ، ولا تصح على دابة معينة ، وهذه المسألة تعرف بـ « كراء العقب » وهو جمع عُقْبَة وهي الثَوْبَة . فاذا قلنا بالجواز ، فإن كان في ذلك الطريق عادة مضبوطة ، إما بالزمان ، بأن يركب يوماً وينزل يوماً ، وإما بالساعة ، بأن يركب فرسخاً ويمشي فرسخاً ، حمل العقد عليها ، وليس لأحدهما أن يطلب الركوب [ثلاثاً] والنزول ثلاثاً ، [لِمَا] في دوام المشي من التعب . وإن لم تكن عادة مضبوطة ، فلا بد من البيان في الابتداء . وإن اختلفا فيمن يبدأ بالركوب ، أقرع . ولو أكرى دابة لاثنين ، ولم يتعرض للتعاقب ، قال المتولي : إن احتملت الدابة ركوب شخصين ، اجتمعا على الركوب ،

ولما ، فالرجوع إلى الهأياة كما سبق . ولو قال : أجرتك نصف الدابة إلى موضع كذا ، أو أجرتك الدابة لتركبها نصف الطريق ، صح ، ويقتسمان بالزمان أو المسافة ، وهذه إجارة المشاع ، وهي صحيحة كبيع المشاع . وحكي وجه : أن إجارة نصف الدابة لا تصح ، للتقطع ، بخلاف إجارة نصف الدار ، وبخلاف ما إذا أجرة ليركبا في محمل .

فرع

لا تصح إجارة مالا منفعة فيه في الحال ، ويصير منتفعاً به في المدة ، كالجش ، لأن الإجارة موضوعة على تمجيل الانتفاع ، بخلاف المسافة .

فصل

العجز الشرعي كالحيسي ، فلا يصح الاستئجار لقلع سنٍ صحيحة ، أو [قطع] يد صحيحة ، ولا استئجار الحائض لكنس المسجد وخدمته ، ولا استئجار أحد لتعليم التوراة والانجيل ، أو السحر ، أو الفحش ، أو ختان صغير لا يحتمل ألمه .

فرع

قلع السن الوجعة ، إنما يجوز إذا صعب الألم وقال أهل الخبرة : إنه يزيد الألم . وقطع اليد التأكلة ، إنما يجوز إذا قال أهل الخبرة : إنه نافع ، ومع ذلك ، ففيه خلاف وتفصيل يأتي إن شاء الله تعالى في باب ضمان الولاة من كتاب الجنائيات ،^(١) فحيث لا يجوز القلع أو القطع ، فالاستئجار له باطل ، وحيث يجوز ، يصح الاستئجار

(١) في الأصل : من باب الجنائيات ، وما أثبتناه من خطوط الظاهرية

على الأصح . ووجه المنع : أنه لا يوثق ببقاء العلة ، فربما زالت بتعذر الوفاء . وسبيل مثل هذا ، أن يحصل بالجماعة ، فيقول : اقلع سني هذه ولك كذا . ورأى الامام تخصيص الوجهين بالقلع ، لأن زوال الوجع في ذلك الزمن غير بعيد ، بخلاف الأكلة ، فانه غير محتمل في زمن القطع . ويجري الوجهان ، في الاستئجار للفصد والحجامة وبزغ الدابة ، لأن هذه الايلامات إنما تباح بالحاجة ، وقد زول الحاجة .

فرع

استأجرها لكنس المسجد ، فحاضت ، انفسخ العقد إن استأجر عينها وعيَّنت المدة . وإن استأجر [ها] في الذمة ، لم يفسخ ، لا مكان الكنس بغيرها أو بعد الحيض . وإذا جوزنا الاستئجار لقلع السن ، فسكن الوجع وبرأ ، انفسخت الاجارة ، للتعذر على المذهب ، وفيه كلام يأتي إن شاء الله تعالى في القسم الثالث من الباب الثالث . وإن لم يبرأ ، لكن امتنع المستأجر من القلع ، قال في « الشامل » : لا يجبر عليه ، إلا أنه إذا سلم الأجير نفسه ، ومضى مدة إمساك العمل ، وجب على المستأجر الأجرة . ثم ذكر القاضي أبو الطيب : أنها لا تستقر ، حتى لو انقلعت تلك السن ، انفسخت الاجارة ، ووجب رد الأجرة ، كما لو مكنت الزوجة في النكاح ، ولم يطأ الزوج . ويفارق ما إذا حبس الدابة مدة إمساك السير ، حيث تستقر عليه الاجرة ، لتكلف المنافع تحت يده .

قلت : هذا الذي نقله عن صاحب « الشامل » إلى آخر كلام القاضي أبي الطيب ، هكذا هو في « الشامل » و « البيان » . فان قيل : قد قال الشيخ نصر المقدسي في « تهذيبه » : إذا امتنع المستأجر من قلعه ، لم يكن له فسخ العقد ، لكن يدفع

الأجرة ، وله الخيار بين مطالبة بقلمه ، وبين تركه ، كما لو استأجره ليخيط [له]
ثوباً. قلنا : هذا الذي قاله ، لا يخالف قول صاحب « الشامل » . والله أعلم

فصل

يجوز لغير الزوج استئجار الزوجة للارضاع وغيره باذن الزوج ، ولا يجوز بغير
إذنه على الأصح ، لأن أوقاتها مستغرقة بحقه ، والثاني : يصح ، وللزوج فسخه ، حفظاً
لحقه . ولو أجرت نفسها ولا زوج لها ، ثم نكحت في المدة ، فالاجارة بحالها ، وليس
للزوج منعها من توفية ما التزمته ، كما لو أجرت نفسها باذنه ، لكن يستمتع بها في
أوقات فراغها ، فإن كانت الاجارة للارضاع ، فهل لولي الطفل الذي استأجرها
لارضاعه منع الزوج من وطئها ؟ فيه وجهان . أحدهما : نعم ، لأنه ربما حبلت
فينة طلع اللبن أو يقل ، وإلا ، فيضر بالطفل . والثاني : لا ، وبه قطع المراقبون ، لأن
الحبل متوم ، فلا يمنع به الوطاء المستحق . فإن منعناه ، فلا نفقة عليه في تلك المدة .

قلت : الأصح قول المرافئين . والله أعلم

ولو أجر أمته المزوجة ، جاز ، ولم يكن للزوج منعها من الاستأجر ، لأن يده
يد السيد في الانتفاع . أما الزوج ، فيجوز استئجاره امرأته ، إلا إذا استأجرها
لارضاع ولده منها ، ففيه وجهان . أحدهما : المنع ، وبه قطع المراقبون . وأصحابها :
الجواز ، كما لو استأجرها بعد البينونة ، وكما لو استأجرها للطبخ ونحوه . وعلى
هذا الخلاف ، استئجار الوالد ولده للخدمة . وفي عكسه وجهان إن كانت الاجارة
على عينه ، كالوجهين فيما إذا أجر المسلم نفسه لكافر .

الشرط الرابع : حصول المنفعة للمستأجر ، وأكثر العناية في هذا الشرط بالجُزْب ، وضبطها الامام فقال : هي قسمان .

أحدهما : قُرب يتوقف الاعتداد بها على النية . فما لا تدخله النيابة منها ، لا يجوز الاستئجار عليه ، وما تدخله النيابة ، جاز الاستئجار عليه ، كاللحج ، وتفرقة الزكاة . قال الامام : ومن هذا ، غسل الميت إذا أوجبت فيه النية .

القسم الثاني : ما لا يتوقف صحته على النية ، وهو نوعان .

فرض كفاية ، وشعار غير فرض . والاول ضربان .

أحدهما : يختص اقتراضه في الاصل بشخص وموضع معين ، ثم يؤمر به غيره إن عجز ، كجهيز الموتى بالتكفين والغسل والحفر وحمل الميت ودفنه ، فان هذه المؤن تختص بالتركة . فان لم تكن ، فعلى الناس القيام بها . فمثل هذا ، يجوز الاستئجار عليه ، لان الاجير غير مقصود بفعله حتى يقع عنه . ومن هذا ، تعليم القرآن ، فان كل أحد لا يختص بوجوب التعليم وإن كان نشر القرآن وإشاعته من فروض الكفاية ، وهذا كله إذا لم يتعين واحد لمباشرة هذه الاعمال ، فان تعين واحد لتجهيز الميت ، أو تعليم الفاتحة ، جاز استئجاره أيضاً على الاصح ، كالمضطر ، يجب إطعامه ببدله . وقيل : لا ، كفرض العين ابتداءً .

الضرب الثاني : ما ثبت فرضه في الاصل شائماً غير مختص ، كالجهاد ، فلا يجوز

استئجار المسلم عليه ، ويجوز استئجار الذمي على الصحيح .

النوع الثاني : شعار غير فرض ، كالأذان ، تفريعاً على الاصح . وفي جواز

الاستئجار عليه ، ثلاثة أوجه ذكرناها في بابه . فان جوزنا ، فعلى أي شيء يأخذ الاجرة ؟ فيه أوجه . أصحابنا : على جميع الاذان بجميع صفاته ، ولا يبعد أخذ الاجرة على ذكر الله تعالى كتعليم القرآن وإن اشتمل على قراءة المعلم . والثاني :

على رعاية المواقيت . والثالث : على رفع الصوت . والرابع : على الحيملتين ، فانها ليستا ذِكْراً .

فرع

الاستئجار لامامة الصلوات المفروضة ، باطل ، وكذا للتراويح وسائر النوافل على الاصح ، لانه مصل لنفسه . ومتى صلى ، اقتدى به من اراد وإن لم ينو الامامة . وإن توقف على نيته شيء ، فهو إحراز فضيلة الجماعة ، وهذه فائدة تختص به . ومن جوّزه ، شبهه بالاذان في الشعار .

فرع

الاستئجار للقضاء باطل .

فرع

أطلقوا القول ببطلان الاستئجار للتدريس . وعن الشيخ أبي بكر الطوسي تريد جواب في الاستئجار لاعادة الدرس . قال الامام : ولو عين شخصاً أو جماعة ليعلمهم مسألة أو مسائل مضبوطة ، فهو جائز ، والذي أطلقوه ، محمول على استئجار من يتصدى للتدريس من غير تعيين من يعلمه وما يعلمه ، لأنه كالجهاد في أنه إقامة مفروض على الكفاية ثابت على الشيوع . وكذلك يتمم استئجار مقررٍ يُقرىء على هذه الصورة ، قال : ويحتمل أن يجوز .

الشرط الخامس : كون المنفعة معلومة العين والقدر والصفة ، فلا يجوز أن

يقول : أجرتك أحدهما . ثم إن لم يكن للعين المعينة إلا منفعة ، فالاجارة محمولة عليها ، وإن كان لها منافع ، وجب البيان . وأما الصفة ، فاجارة الغائبة ، فيها الخلاف السابق . وأما القدر ، فيشترط العلم به ، سواء فيه إجارة العين والذمة . ثم المنافع تقدر بطريقتين . أحدهما : الزمان ، كاستأجرت الدار للسكنى سنة . والثاني : العمل ، كاستأجرتك لتخيط هذا الثوب . ثم قد يتمين الطريق الأول ، كاستئجار المقار ، فإن منفعته لا تنضب إلا بالزمان ، وكالارضاع ، فإن تقدير اللبن لا يمكن ، ولا سبيل فيه إلا الضبط بالزمان . وقد يسوغ الطريقة -ان ، كما إذا استأجر عين شخص أو دابة ، فيمكن أن يقول في الشخص : ليعمل لي كذا شهراً ، وأن يقول : ليخيط لي هذا الثوب . وفي الدابة يقول : لأتردد عليها في حوائجي اليوم ، أو يقول : لأركبها إلى موضع كذا ، فأيهما كان ، كفى ، لتعريف المقدار . فإن جمع بينهما فقال : استأجرتك لتخيط لي هذا القميص اليوم ، فوجهان . أحدهما : بطلان العقد . والثاني : صحته ، وعلى هذا وجهان . أحدهما : يستحق الأجرة بأسرعها ، فإن انقضى اليوم قبل تمام العمل ، استحقها ، فإن تم العمل قبل تمام اليوم ، استحقها . والثاني : الاعتبار بالعمل ، فإن تم [العمل] أولاً ، استحقها . وإن تم اليوم أولاً ، وجب إتمامه . وإن قال : على أنك إن فرغت قبل تمام اليوم ، لم تخط غيره ، بطلت الاجارة ، لأن زمن العمل يصير مجهولاً .

فإذا عرفت هذا ، فالمنافع متعلقة بالأعيان ، تابعة لها ، وعدد الأعيان التي يستأجر لها كالتمندر ، فمضي الأصحاب بثلاثة أنواع تكثر لإجارتها ليعرف طريق الضبط بها ، ثم يقاس عليها غيرها .

النوع الأول : الآدمي يستأجر لعمل أو صنعة ، كخياطة ، فإن كانت الاجارة في الذمة ، قال : ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب ، فلو أطلق وقال : ألزمت ذمتك

عمل الخياطة كذا يوماً ، لم يصح ، لانه لم يعين خياطاً ولا ثوباً . ولو استأجر عينه ، قال : استأجرتك لتخيط هذا الثوب . ولو قال : لتخيط لي يوماً أو شهراً ، قال الاكثرون : يجوز أيضاً . ويشترط أن يبين الثوب وما يريد منه من قميص ، أو قباء ، أو سراويل ، والطول ، والعرض ، وأن يبين نوع الخياطة ، أهى رومية ، أو فارسية ؟ إلا أن تطرد المادة بنوع ، فيحمل المطلق عليه .

فرع

من هذا النوع ، الاستئجار لتعليم القرآن ، فليعين السورة والآيات التي يعلمها ، فإن أخذ بأحدهما ، لم يصح على الأصح . وقيل : لا يشترط تعيين واحد منها ، بل يكفي ذكر عشر آيات مثلاً . وقيل : تشترط السورة دون الآيات . وهل يكفي التقدير بالمدة فيقول : لتعلمني شهراً ؟ وجهان ، قطع الامام والغزالي بالاكْتفاء ، وإيراد غيرهما يقتضي المنع .

قلت : الاكْتفاء أصح وأقوى . والله أعلم

وفي وجوب تعيين قراءة ابن كثير أو نافع أو غيرهما ، وجهان . أصحها : لا ، إذ الامر فيها قريب . قال الامام : وكنت أود أن لا يصح الاستئجار للتعليم حتى يختبر حفظ المتعلم ، كما لا يصح إيجار الدابة للركوب حتى يعرف حال الراكب ، لكن ظاهر كلام الاصحاب ، أنه لا يشترط ، والحديث الصحيح يدل عليه في الذي تزوج على تعليم مامعه من القرآن ، وإنما يجوز الاستئجار لتعليم القرآن إذا كان المتعلم مسلماً ، أو كافراً يرجى إسلامه ، فإن لم يرج ، لم يعلم ، كما لا يباع المصحف لكافر ، فلا يصح الاستئجار .

فرع

إذا كان يتعلم الشيء بعد الشيء، ثم ينسى ، فهل على الاجير إعادة تعليمه ؟ فيه أوجه . أحدها : إن تعلم آية ثم نسيها ، لم يجب تعليمها ثانياً ، وإن كان دون آية ، وجب . والثاني : الاعتبار بالسورة . والثالث : إن نسي في مجلس التعلم ، وجب إعادته . وإن نسي بعده ، فلا . والرابع : يرجع فيه الى العرف المناسب ، وهو الأصح .

فرع

عن القاضي حسين في « الفتاوى » : أن الاستئجار لقراءة القرآن على رأس القبر مدة ، جائز ، كالاستئجار الأذان وتعليم القرآن . واعلم أن عَوْدَ المنفعة إلى المستأجر شرط ، فيجب عَوْدُها في هذه الاجارة إلى المستأجر أو ميّته ، فالمستأجر لا يبتفع بقراءة غيره . ومعلوم أن الميت لا يلحقه ثواب القراءة المجردة ، فالوجه : تنزيل الاستئجار على صورة انتفاع الميت بالقراءة . وذكروا له طريقين . أحدهما : أن يعقب القراءة بالدعاء للميت ، لأن الدعاء يلحقه ، والدعاء بعد القراءة أقرب إجابة وأكثر بركة . والثاني : ذكر الشيخ عبد الكريم السالوسي ، أنه إن نوى القارئ بقراءته أن يكون ثوابها للميت ، لم يلحقه . وإن قرأ ، ثم جمل ما حصل من الأجر له ، فهذا دعاء بحصول ذلك الاجر للميت ، فينفع الميت .

قلت : ظاهر كلام القاضي حسين : صحة الاجارة مطلقاً ، وهو المختار ، فإن موضع القراءة موضع بركة ، و[به] تنزل الرحمة ، وهذا مقصود ينفع الميت . والله أعلم

فصل

ومنه الاستئجار للارضاع ، ويجب فيه التقدير بالمدة ، ولا سبيل إلى ضبط مرات الارضاع ، ولا قدر ما يستوفيه في كل مرة ، فقد تعرض له الامراض والامسباب المملية ، ويجب تعيين الصبي ، لاختلاف الغرض باختلافه ، وتعيين موضع الارضاع ، أهو بيته ، أم بيتها .

فصل

ومنه الاستئجار للحجج ، وقد ذكرناه في بابه .

فصل

ومنه إذا استأجر لحفر نهر أو بئر أو قناة ، قدر ، إما بالزمان ، فيقول : تحفر لي شهراً ، وإما بالعمل ، فيقدر الطول والعرض والعمق ، ويجب معرفة الارض بالمشاهدة ، لتعرف صلابتها ورخاوتها ، ويجب عليه إخراج التراب المحفور . فان انهار شيء من جوانب البئر ، لم يلزمه إخراجها . وإذا انتهى إلى موضع صلب أو حجارة ، نظر ، إن كان يعمل فيه المِعْمُول ، وجب حفره على الاصح ، وبه قال القاضي أبو الطيب . والثاني : لا يجب ، وبه قال ابن الصباغ ، لانه خلاف ما اقتضته المشاهدة ، فعلى هذا له فسخ العقد . وإن لم يعمل فيه المِعْمُول ، أو نبع الماء قبل وصوله إلى موضع الشروط وتمذر الحق ، انفسخ العقد في الباقي ، ولا يفسخ فيما مضى على المذهب ، فيوزع المسمى على ما عمل وما بقي .

فرع

إذا استأجر لحفر قبر ، بيّن الموضع والطول والعرض والعمق ، ولا يكفي الاطلاق ، ولا يجب عليه رد التراب بعد وضع الميت فيه .

فصل

ومنه إذا استأجر لضرب الثّلين ، قدر بالزمان أو العمل . وإذا قدر بالعمل ، بيّن العدد والقالب . فإن كان القالب معروفاً ، فذاك ، وإلا بيّن طوله وعرضه وسمكه . وعن القاضي أبي الطيب ، الاكتفاء بمشاهدة القالب . ويجب بيان الموضع الذي يضرب فيه ، ولا يجب عليه إقامتها للجفاف . ولو استأجره لطبخ الثّلين فطبخ ، لم يجب عليه الاخراج من الأثثون .

فصل

إذا استأجر للبناء ، قدر بالزمان أو العمل ، فإن قدر بالعمل ، بيّن موضعه وطوله وعرضه وسمكه وما يبنى به من الثّلين أو الطين أو الآجر . ولو استأجر للتطين أو التجصيص ، قدره بالزمان ، ولا سبيل إلى تقديره بالعمل ، لأن سمكه لا ينضبط .

فصل

ومنه إذا استأجر كحالا ليداوي عينه ، قدره بالدة دون البرء . فإن برأت

عينه قبل تمامها ، انفسخ المقد في الباقي ، ولا يقدر بالعمل ، لان قدر الدواء لا ينضب .
ويختلف بحسب الحاجة .

فصل

ومنه إذا استأجر للرعي ، وجب بيان المدة وجس الحيوان ، ثم يجوز المقدر على قطع مميّن ، ويجوز في النمة ، وحينئذٍ وجهاً . أصحها عند صاحب « المذهب » : يجب بيان العدد . والثاني وبه قطع ابن الصباغ والرويانى : لا يجب ، ويحمل على ما جرت العادة أن يرعاه الواحد . قال الرويانى : وهو مائة رأس من الغنم تقريباً . فان توالدت ، حكى ابن الصباغ : أنه لا يلزمه رعي أولادها إن ورد المقدر على أعيانها . وإن كان في النمة ، لزمه .

فصل

استأجر ناسخاً للكتابة ، يبيّن عدد الأوراق والأسطر في كل صفحة ، ولم يتعرضوا للتقدير بالمدة ، والقياس جوازه ، وأن يجب عند تقدير العمل بيان قدر الحوائى ، والقطع الذي يكتب فيه .

فصل

يجوز الاستئجار لاستيفاء الحدّ والقصاص ، ولنقل الميتة إلى الزبلة ، والخمر لشراف ، ولا يجوز لنقل الخمر من بيت إلى بيت ، ولا لسائر المنافع المحرّمة ، كالزمر والنياحة ، وكما يحرم أخذ الأجرة في هذا ، يحرم إعطاؤها . وإنما يباح الاعطاء

دون الأخذ في موضع ضرورة ، كفكك الأسير ، وإعطاء الشاعر للإيهجو ، والظالم
ليدفع ظلمه ، والجائر ليحكم بالحق . وهذه الأمثلة ، المذكورة في باب القضاء .

النوع الثاني : العقار ، ويستأجر لأغراض .

منها : السكنى . فإذا استأجر داراً ، وجب معرفة موضعها ، وكيفية أبنيتها ،
وفي الحمام ، يعرف البيوت والبئر التي يستقي منها ماءه ، والقيد الذي يسخن فيها ،
ومبسط القماش ، والأثاثون وهو موضع الوقود وما يجمع الأثاثون من الشرقيين
ونحوه ، والموضع الذي يجمع فيه الزبل والوقود ، ومطرح الرماد ، والمستنقع الذي
يجمع فيه الماء الخارج من الحمام . وعلى هذا قياس سائر المسكن . وهذا الذي
ذكرناه من اشتراط الرؤية في الحمام ونحوه ، تفريع على منع إجارة الغائب ، فإن جوزناها ،
لم تعتبر الرؤية ، بل يكفي الوصف والبيان ، ولا يدخل الوقود في بيع الحمام وإجارتها ،
كما لا تدخل الأُزُرُ والأسطال والحبل والدلو . قال في « الشامل » : في رؤية قدر
الحمام ، يكفي رؤية داخلها من الحمام ، أو ظاهرها من الأثاثون . والقياس : على اعتبار
الرؤية أن يشاهد الوجهين إذا أمكن ، كما تعتبر مشاهدة وجهي الثوب .

فرع

ذكر في « شرح المفتاح » ، أنه لا بد في إجارة الدار من ذكر عدد السكان من
الرجال والنساء والصبيان ، ثم لamenع من دخول زائر وضيف ، وإن بات فيها ليالي .
قلت : هذا الاشتراط لا يعرف لغيره . والمختار : أنه لا يعتبر لكن يسكن فيها
من جرت العادة به في مثلها ، وهذا مقتضى إطلاق الأصحاب ، فلا عدول عنه .

والله أعلم

فرع

لابد من تقدير هذه المنفعة بالمدة ، وفي تقدير المدة التي يجوز عقد الاجارة عليها ثلاثة أقوال . المشهور والذي عليه جمهور الأصحاب : أنه يجوز سنين كثيرة ، بحيث يبقى إليها ذلك الشيء غالباً ، فلا يؤجر العبد أكثر من ثلاثين سنة ، والدابة تؤجر عشر سنين ، والثوب سنتين أو سنة على ما يليق به ، والأرض مائة سنة وأكثر . وقال ابن كج : يؤجر العبد إلى تمام مائة وعشرين سنة من عمره . والقول الثاني : لا يجوز أكثر من سنة مطلقاً . والثالث : لا يجوز أكثر من ثلاث سنين (١) . وحكي وجه : أنه يجوز أن يؤجرها مدة لاتبقى فيها العين غالباً ، لأن الاصل الدوام ، فان هلكت لعارض ، فكانهدام الدار ونحوه . وحكم الوقف في مدة الاجارة حكم الطلث . قال المتولي : إلا أن الأحكام اصطلاحوا على منع إجارته أكثر من ثلاث سنين لئلا يندرس الوقف ، وهذا الاصطلاح ، غير مطرد . وفي أمالي السرخسي : أن المذهب منع إجارة الوقف أكثر من سنة إذا لم تمس إليه حاجة لهارة وغيرها ، وهو غريب . وإذا جوزنا إجارة أكثر من سنة ، فهل يجب تقدير حصة كل سنة ؟ قولان . أظهرهما : لا ، وتوزع الأجرة على قيمة منافع السنين ، ومنهم من قطع بهذا .

فرع

إذا قال : أجرتك شهراً ، أو قال : سنة ، صح على الأصح ، وحمل على ما يتصل بالمعقد . وقيل : يشترط أن يقول : من الآن . ولو قال : أجرتك شهراً من السنة ، فالمعقد باطل قطعاً ، للايهام . ولو قال : كل شهر بدرهم من الآن ، فباطل أيضاً على المشهور والمحيح . وقال في «الاملاء» : يصح في الشهر الأول ، وبه قطع الاصطخري . ولو قال :

(١) في هامش الأصل نسخة ، ونسخ الظاهرية : ثلاثين سنة .

كل شهر من هذه السنة بدرم ، لم يصح على الأصح ، وصححه ابن سريج في شهر فقط ، ونقل الامام عن الأصحاب ، أنهم قالوا : إذا قال : بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرم ، لم يصح البيع ، لأنه لم يضاف إلى جميع الصبرة ، بخلاف ما لو قال : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرم ، قال : وكان ينبغي أن يفرق فيقال : إن قال : بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرم ، كان كقوله : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرم ، ويصح العقد في الجميع . وإن قال : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرم ، بطل على الأصح ، وعلى قول ابن سريج : يصح في صاع ، وكذلك يفرق في الاجارة . وقد قال بهذا الشيخ أبو محمد ، فسوى بين قوله : بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرم ، وبين قوله : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرم ، فصحح البيع في جميع الصبرة باللفظين .

فرع

مدة الاجارة ، كأجل المسلم فيه ، في أن مطلق الشهر والسنة يحمل على العربي ، وفي أنه إذا قيد بالمدنية ، أو قال : سنة فارسية أو رومية أو شمسية ، كان الاجل ما ذكره ، وفي أن العقد إذا انطبق على أول الشهر ، كان ذلك الشهر وما بعده بالأهلة . وإن لم ينطبق ، تم المنكسر بالمدد من الاخير ، ويحسب الباقي بالاهلة . وفي سائر المسائل المذكورة في السلم ، وفي التأجيل بالشمسية ، وجه : أنه لا يصح ، وهو شاذ .

فرع

قال : أجزتكم شهراً من هذه السنة ، فإن لم يكن بقي منها إلا شهر ، صح ، وإن بقي أكثر من شهر ، لم يصح ، قاله المتولي والبنغوي .

فصل

مما تستأجر له الأرض ، البناء والفراس والزراعة . فإذا قال : أجرتك هذه الأرض ، ولم يذكر البناء ولا غيره ، وكانت صالحة للجميع ، لم يصح العقد ، لأن منافع هذه الجهات مختلفة ، وضررها مختلف ، فوجب التمييز ، كما لو أجر بهيمة ، لا يجوز الاطلاق ، هكذا ذكره الأصحاب ، وجملوه متفقاً عليه ، حتى احتجوا به لأحد الوجهين في إعارة الأرض مطلقاً ، لكن قدمنا في مسألة إجارة الأرض التي لاماء لها ، تصریحهم^(١) بجواز الإجارة مطلقاً ، ويشبه أن تكون إجارتها مطلقاً ، على وجهين ،

(١) في هامش نسخة الظاهرية تجاه كلمة : تصریحهم ، ما نصه :

أي : وأخر الشرط الثالث قبيل قوله : فصل : عرفت ، وحاصل ما ذكره الرافعي هنا أن تصریحهم هناك بجواز الاستئجار مطلقاً من غير بيان جنس المنفعة مفرغ على الوجه الذي خرج من الدارية أو مؤول ، وحاصل ما ذكره المؤلف انكار التخريج والاعتراف بالتأويل ، ولم يبين وجهه ، وله ثلاثة أوجه :

إما أن نفرض ذلك في « أجرتكها لتصنع بها ما شئت » فإنه يصح ، ويصنع ما شاء ، لرضاه به ، ولا يحتاج حينئذ إلى بيان جنس المنفعة .

أو أن اشتراط بيانه معروف مقرر في موضعه ، ويقرره هنا ، فلم يذكره هناك ، إذ الاصور الكلية لا تتكرر في الصور الجزئية ، ألا ترى أن الإجارة ركن ، ولم يذكروها في كل صورة صورة . أو أن الغالب في الاراضي الاستئجار للزراعة ، فاستغني عن ذكرها ، إقامة لقريئة الحال مقام المقال ، حتى لو غلب في أرض الفرأس كبعض البساتين فقط ، فينبغي أن يصح الاطلاق فيها ، ويجعل عليه ، إذ البناء فقط كالأشجار ، فينبغي أن يصح الاطلاق فيها ويجعل عليه . وإن استوى الثلاثة ، فينبغي البطلان حتى يبين ، ويجعل قولهم : « وهي صالحة » لكل على هذا النوع ، وبهذا يزول الالباس .

وهذا يحصل ما ذكره السبكي في شرحه . وممر تأليفه المرسوم بـ « العبر المغدقة في الإجارة المطلقة » ، ولم يتعرض لهذا صاحب « المهيات » . وما ذكره ، أعني السبكي ، فيما إذا غلب الفرأس أو البناء ، ذكر بعده بنحو ورقة ما يخالفه ، فقال : واتفق الأصحاب على أنه لا يفرس ولا يبين لأن تقدير المدة يأبأها ، ولأنها إنما يستحقان بالشرط . ثم قال : وأما القول بجواز إطلاق الإجارة مع تجويزها ، فلم يقل به أحد . انتهى .

كأعارتها . والأصح : المنع فيها . وما ذكروه في إجارة الأرض التي لاماء لها ، مفرع على الوجه الآخر أو مؤول .

قلت : المذهب ، ما نص عليه الأصحاب في المسائل الثلاث ، فلا تصح الإجارة هنا مطلقاً ، وتصح العارية على وجه ، لأن أمرها على التوسعة والارفاق ، فاحتمل فيها هذا النوع من الجهالة كإباحة الطعام ، بخلاف الإجارة ، فلها عقد مغالبة ، فهذا عمدة الأصحاب . وأما مسألة إجارة الأرض التي لاماء لها ، [فمؤولة] .

وانتداعلم

[فرع ^(١)]

أجر بيتاً أو داراً ، لا يحتاج إلى ذكر السكنى ، لأن الدار لا تستأجر إلا للسكنى ووضع المتاع فيها ، وليس ضررها يختلف ، كذا ذكروه ، ويجوز أن يمنع فيقال : قد تستأجر أيضاً ليتخذها مسجداً ، ولعمل الحدادين والقصارين ، ولطرح الزبل فيها ، وهي أكثر ضرراً ، فما جعلوه مبطلاً في الأرض موجود هنا . فان قيل : ينزل في الدار على أدنى وجوه الانتفاع وهو السكنى ووضع المتاع ، لزم أن يقال في الأرض مثله ، وينزل على الزراعة ، ومقتضى هذا الاشكال ، أنه يشترط في استئجار الدار بيان أنه يستأجر للسكنى أو غيرها ، وقد قال به بعض شارحي « المفتاح » ^(٢) .

فرع

قال : أجرتك هذه الأرض لتنتفع بها بما شئت ، صحت الإجارة ، وله أن

(١) كلمة « فرع » زيادة من غطوطات الظاهرية ، وليست في الاصل .

(٢) في هامش نسخة الظاهرية ما نصه : وحكاه ابن قدامة في « المغني » عن أبي ثور . ٥١ .

يصنع ما شاء ، لرضاء ، وهذا هو الأصح ، وبه قطع الامام ، والنزالي . وحكى البغوي
وجهاً بالنع ، كبيع عبد من عبيده . ولو قال : أجرتكها للزراعة ، ولم يذكر ما يزرع ،
أو للبناء أو للغراس وأطلق ، صح على الأصح عند الجمهور ، وبالنع قال ابن سريج ،
ونقله ابن كج عن النص في « الجامع الكبير » . ومن جوّز قال : يزرع ماشاء ،
للاطلاق . وكان يحتمل التنزيل على الأقل . ولو قال : أجرتكها لتزرع ماشئت ،
صحت الاجارة ، ويزرع ما شاء ، نص عليه . وعن ابن القطان وجه : أنها فاسدة كبيع
عبد من عبيده . ولو قال : أجرتكها لتزرع أو تفرس ، لم يصح . ولو قال : إن
شئت فازرعها ، وإن شئت فاغرسها ، صح على الأصح ، ويخير المستأجر . ولو قال :
أجرتكها فازرعها واغرسها ، أو لتزرعها وتفرسها ، ولم يبين القدر ، فوجهان . أحدهما
وبه قال ابن سلة : يصح وينزل على النصف . وعلى هذا ، فله أن يزرع الجميع ،
لجواز المدول من الغراس إلى الزرع ، ولا يجوز أن يغرس الجميع . وأصحها : لا يصح ،
وبه قال المزني ، وابن سريج ، وأبو إسحاق ، لعدم البيان ، بل قال القفال :
لو قال : ازرع النصف واغرس النصف ، لم يصح ، لأنه لم يبين المغروس والمزروع ،
فصار كقوله : بعتك أحد هذين العبدین بألف والآخر بخمسةائة .

فرع

يشترط في استئجار الأرض للبناء ، بيان موضعه وطوله وعرضه ، وفي بيان
قدر ارتفاعه ، وجهان سبقا في كتاب الصلح . أصحها : لا يشترط ، بخلاف ما إذا
استأجر سقفاً للبناء .

النوع الثالث : الدواب ، وتستأجر لأغراض . منها : الركوب ، وفيه مسائل .
إحداها : يشترط أن يعرف المؤجر الراكب ، وطريق معرفته المشاهدة ، كذا

قاله الجمهور . والأصح : أن الوصف التام يكفي عنها . ثم قيل : يصفه بالوزن .
وقيل : بالضخامة والنحافة ليعرف وزنه تخميناً .

الثانية : إن كان الراكب مجرداً ليس معه ما يركب عليه ، فلا حاجة إلى ذكر ما يركب عليه ، لكن المؤجر يركبه على ما شاء من سرج وإكافٍ وزاملة على ما يليق بالدابة . وإن كان يركب على رحل له ، أو فوق زاملة ، أو في حمل ، أو في عمارة ، أو أراد في غير الأبل الركوب على سرج أو إكافٍ ، وجب ذكره .
وينبغي أن يعرف المؤجر هذه الآلات . فإن شاهدها ، كنى ، وإلا ، فإن كانت سروجهم ومحاملهم وما في معناها على قدر وتقطيع لا يتفاحش فيه التفاوت ، كفى الإطلاق ، وحمل على معبودهم . وإن لم يكن معبود مطرد ، اشترط ذكر وزن السرج والإكاف والزاملة ووصفها . هذا هو الصحيح المعروف . وقال الامام : لم يتعرض أحد من الأصحاب لاشتراط ذكر الوزن في السرج والإكاف ، لأنه لا يكثر فيها التفاوت .
وأما الحمل أو المارية ، ففيها أوجه . أصحها : أن المعتبر فيها المشاهدة ، أو الوصف مع الوزن لافتتها التخمين . والثاني : يكفي الوزن أو الصفة . والثالث : لا بد من المشاهدة . والرابع : إن كانت محامل خفافاً كالبدادية ، كفى الوصف ، لتقاربها ، وإن كانت ثقلاً كالخرسانية ، اشترطت المشاهدة ، وقال البغوي : تمتحن الزاملة باليد لتعرف خفتها وثقلها ، بخلاف الراكب لا تمتحن بعد المشاهدة . وينبغي أن يكون الحمل والمارية في ذلك كالزاملة .

فرع

لا بد في الحمل ونحوه من الوطاء ، وهو الذي يفرش فيه ليجلس عليه ، وينبغي أن يعرف بالرؤية أو الوصف ، والغطاء الذي يستظل به ويتوقى من المطر ، قد يكون

وقد لا يكون ، فيُحتاج إلى شرطه . وإذا شرطه ، قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ : يكفي إطلاقه ، لتقارب تفاوته ، وبفطيه بجلد أو كساء أو لبند . وقال ابن كج والمتولي : يشترط رؤيته أو وصفه ، وهو ظاهر النص كالوطاء . لكن إن كان فيه عرف مطرد ، كفي الإطلاق ، وقد يكون للمحمل ظرف من لبود ، أو آدم ، فهو كالغطاء .

الثالثة : إذا استأجر للركوب ، وشرط حمل المالك وهي السفرة ، والاداة ، والقدر ، والفممة ، فإن أراها المؤجر ، أو وضعها له وذكر وزنها ، صح ، وإلا ، فلا تصح الاجارة على المذهب والمنصوص ، ومن صحح ، حمله على الوسط المتعاد . وإن لم يشترط المالك ، لم يستحق حملها على الأصح . وقيل : هو كشرطها مطلقاً . وهذا المذكور في السفرة والاداة الخاليتين ، فإن كان فيها طعام وماء ، فسيأتي بيانها في الباب الثاني إن شاء الله تعالى .

الرابعة : إن كانت الاجارة على عين الدابة ، اشترط تعيينها ، وفي اشتراط رؤيتها الخلاف في شراء الغائب . وإن كانت في الذمة ، اشترط ذكر جنسها ، أهي من الابل ، أم الخيل ، أم الحمير والبغال ؟ ونوعها ، كالبخاتي والعراب . ويشترط بيان الذكورة والأنوثة على الأصح ، لاختلاف الغرض بذلك ، فإن الأنثى أسهل سيراً ، والذكر أقوى . ويشترط أن يقول : مهملج أو بحر أو قَطُوف ، على الأصح ، لأن معظم الغرض يتعلق بكيفية السير .

الخامسة : إذا استأجر دابة للركوب ، فليبيننا قدر السير كل يوم ، فإذا بيننا ، حملاً على الشروط ، فإن زادا في يوم أو نقصاً ، فلا جبران ، بل سيران بعده على الشرط . ولو أراد أحدهما مجاوزة الشروط ، أو النزول دونه لخوف أو خصب ، لم يكن له ذلك ، إلا أن يوافقه صاحبه ، ذكره البغوي . وكان يجوز أن يجعل الخوف عذراً لمن يحتاج ، ويلزم الآخر موافقته .

قلت : هذا الذي قاله البغوي ، ضعيف ، وينبغي أن يقال : إن غلب على الظن حصول ضرر بسبب الخوف ، كان عذراً ، وإلا ، فلا . ولا يتجه غير هذا التفصيل .

والله أعلم

فإن لم يبيننا قدر السير ، وأطلقا العقد ، نظر ، إن كان في ذلك الطريق منازل مضبوطة ، صح العقد وحمل عليها ، وإن لم يكن منازل ، أو كانت والمادة مختلفة ، لم يصح العقد حتى يبيننا أو يتدّر بالزمان . هذا هو الصحيح المعروف الذي اشتملت عليه طرق الأصحاب . وقال أبو إسحاق : إذا اكرى إلى مكة في زماننا ، اشترط ذكر المنازل ، لأن السير في هذه الأزمان شديد . وقال القاضي أبو الطيب : إن كان الطريق مخوفاً ، لم يجز تقدير السير فيه ، لأنه لا يتعلق بالاختيار ، وتابعه الروياني على هذا . ومقتضاه ، امتناع التقدير بالزمان أيضاً ، وحينئذٍ يتعذر الاستئجار في الطريق الذي ليس له منازل مضبوطة إذا كان مخوفاً .

فرع

القول في وقت السير ، أهو الليل ، أم النهار ؟ وفي موضع النزول في الرحلة ، أهو نفس القرية ، أم الصحراء ؟ وفي الطريق الذي يسلكه إذا كان المقصد طريقان على ما ذكرناه في قدر السير في أنه يحمل على المشروط أو المهود . وقد يختلف المهود في فصلي الشتاء والصيف ، وحالي الأمن والخوف ، فكل عادة تراعى في وقتها ، ومتى شرطاً خلاف المهود ، فهو المتبع ، لا المهود .

فصل

مما تستأجر له الدواب الحمل عليها، فينبغي أن يكون المحمول معلوماً، فإن كان حاضراً ورآه المؤجر، كفى، وإلا فلا بد من تقديره بالوزن، أو بالكيل إن كان مكيلاً، والتقدير بالوزن في كل شيء أولى وأحصر، ولا بد من ذكر جنسه، لاختلاف تأثيره. فلو قال: أجزتكما لتحمل عليها مائة رطل مما شئت، جاز على الأصح، ويكون رضى منه بأضر الاجتناس، فلا حاجة حينئذٍ إلى بيان الجنس. وقال صاحب «الرقم»: قال حذّاق المرازمة: إذا استأجر دابة للحمل مطلقاً، جاز، وجعل راضياً بالأضر، وحاصله الاستغناء بالتقدير عن ذكر الجنس. هذا في التقدير بالوزن، أما إذا قدر بالكيل، فالفهوم من كلام أبي الفرج السرخسي: أنه لا ينبغي عن ذكر الجنس وإن قال: عشرة أقفزة مما شئت، لاختلاف الاجتناس في الثقل مع الاستواء في الكيل، لكن يجوز أن يجعل ذلك رضىً بأثقل الاجتناس، كما جعل في الوزن رضىً بأضر الاجتناس.

قلت: الصواب قول السرخسي، والفرق ظاهر، فإن اختلاف التأثير بعد الاستواء في الوزن، بسير، بخلاف الكيل، وأين ثقل الملح من ثقل الذرة؟ والله أعلم

ولو قال: أجزتكما لتحمل عليها ما شئت، لم يصح، بخلاف إجارة الأرض ليزرعها ما شاء، لأن الدواب لا تطيق كل ما تحمّل.

فرع

ظروف المتاع وحباله، إن لم تدخل في الوزن، بأن قال: مائة رطل حنطة،

أو كان التقدير بالكيل ، فلا بد من معرفتها بالرؤية أو الوصف ، إلا أن يكون هناك غرائز متماثلة اطرد العرف باستعمالها ، فيحمل مطلق العقد عليها . وإن دخلت في قدر المتاع ، بأن قال : مائة رطل حنطة بظروفها ، صح العقد . ولو اقتصر على قوله : مائة رطل ، فالأصح : أن الظرف من المائة . والثاني : أنه وراءها ، لأنه السابق إلى الفهم . فعلى هذا ، يكون الحكم كما لو قال : مائة رطل من الحنطة ، والمسألة مفرقة على الاكتفاء بالتقدير . وإهمال ذكر الجنس ، إما مطلقاً ، وإما [بأن] قال : مائة رطل مما شئت .

فرع

الدابة المستأجرة للحمل ، إن كانت معينة ، فعلى ما ذكرناه في الركوب . وإن كانت الاجارة على الذمة ، لم يشترط معرفة جنس الدابة وصفتها ، بخلاف الركوب ، لأن المقصود هنا تحصيل المتاع في الموضع المنقول إليه ، فلا يختلف الفرض . لكن لو كان المحمول زجاجاً أو خزفاً وشبهها ، فلا بد من معرفة حال الدابة ، ولم ينظروا في سائر المحمولات إلى تعلق الفرض بكيفية سير الدابة بسرعة أو بطء ، وقوة أو ضعف ، وتخلّفها عن القافلة على بعض التقديرات . ولو قيل به ، لم يكن بعيداً . والكلام في المالحق وتقدير السير ، على ما ذكرناه في الاستئجار للركوب .

فرع

استأجره لحمل هذه الصبرة إلى موضع كذا ، كل صاع بدرم ، أو صاع منها بدرم ، وما زاد فبحسابه ، صح العقد كما لو باع كذلك ، بخلاف ما لو قال : أجرتك كل شهر بدرم ، لأن جملة الصبرة معلومة محصورة ، بخلاف الأشهر . ولو قال :

لتحمل صاعاً منها بدرم ، على أن تحمل كل صاع منها بدرم ، أو على أن مازاد فبحسابه ، فوجهان . أصحابها : المنع ، لأنه شرط عقد في عقد . والثاني : الجواز ، وتقديره : كل صاع بدرم . ولو قال : لتحمل هذه الصبرة وهي عشرة آصع ، كل صاع بدرم ، فإن زادت ، فبحسابه ، [صح] العقد في العشرة ، دون الزيادة المشكوك فيها . ولو قال : لتحمل من هذه الصبرة كل صاع بدرم ، لم يصح على المذهب ، وهو المعروف . وقد سبق في مثله من البيع وجه : أنه يصح في صاع ، فيعود هنا .

فصل

ومن الاغراض ، سقي الأرض بادرارة الدولاب ، والاستقاء من البئر بالدلو . فإن كانت الاجارة على عين الدابة ، وجب تعيينها كما في الركوب والحمل . وإن كانت في الزمة ، لم يجب بيان الدابة ومعرفة جنسها . وعلى التقديرين يعرف المؤجر الدولاب والدلو وموضع البئر وعمقها ، بالمشاهدة ، أو الوصف إن كان الوصف يضبطها ، ويقدر المنفعة ، إما بالزمان ، بأن يقول : لتسقي بهذا الدلو من البئر اليوم ، وإما بالعمل ، بأن يقول : لتسقي خمسين دلواً من هذه البئر بهذا الدلو . ولا يجوز التقدير بالأرض ، بأن يقول : لتسقي هذا البستان ، أو لتسقي جريباً منه .

فصل

ومنها : الحراثة ، فيجب أن يعرف المؤجر الأرض ، لاختلافها . وتقدر المنفعة ، إما بالزمان ، بأن يقول : لتحرق في هذه الأرض الشهر ، وإما بالعمل ، بأن يقول : لتحرق هذه القطعة ، أو إلى موضع كذا منها . وقيل : لا يجوز تقدير هذه المنفعة بالمدة ، قاله الشيخ أبو حامد . والصحيح : الأول . ولا بد من معرفة الدابة إن

كانت إجارة عين . وإن كانت في الزمة ، فكذلك إن قدر بالمدّة وجوزناه ، لأن العمل يختلف باختلاف الدابة . وإن قدر بالأرض المحروثة ، فلا حاجة إلى معرفتها .

فصل

ومنها : الدياس ، فيعرف المؤجر الجنس الذي يريد دياسه ، ويقدر المنفعة بالزمان ، أو بالزرع الذي يدوسه . والقول في معرفة الدابة ، على ما ذكرناه في الحرائة .

فصل

الاستئجار للطحن كالاستئجار للدياس .

فصل

جملة ما يجب تعريفه في الاجارات ، مما ذكرناه وما لم نذكره ، أن ما يتفاوت به الفرض ، ولا يتسامح به في المعاملة ، يشترط تعريفه .

فصل

اختلف الأصحاب في أن المعقود عليه في الاجارة ماذا ؟ فقال أبو إسحاق وغيره : هو المين ليستوفي منها المنفعة ، لأن المنفعة معدومة ، ومورد العقد يجب أن يكون موجوداً ، ولأن اللفظ مضاف إلى المين . ولهذا يقول : أجرتك هذه الدار . وقال الجمهور : ليست المين معقوداً عليها ، لأن المعقود عليه هو ما يستحق بالعقد ، ويجوز التصرف فيه ، وليست المين كذلك . فالمعقود عليه ، هو المنفعة ، وبه قال مالك

وأبو حنيفة رضي الله عنها ، وعليه ينطبق قول جمهور أصحابنا : أن الاجارة تمليك
المنافع بعوض ، ويشبه أن لا يكون هذا خلافاً محققاً ، لان الاول لا يقول : العين
مملوكة بالاجارة كالبيع . ومن قال بالثاني ، لا يقطع النظر عن العين .

الباب الثاني في حكم الاجارة الصحيحة

فيه طرفان .

[الطوف] الأول : فيما يقتضي اللفظ دخوله في العقد وضماً أو عرفاً ، وما يلزم المتكاريين
إتماماً له ، ومسائله مقسومة على الانواع الثلاثة المذكورة في شرط العلم بالمنفعة .

[النوع] الأول : استئجار الآدمي ، وفيه فصلان .

[الفصل] الأول : الاستئجار للحضانة وحدها ، والارضاع وحده جائز ، وكذا لهما معاً
كما سبق وذكرنا أن المستحق بالاجارة للارضاع ما هو ؟ وأما الحضانة ، فهي حفظ
الصبي وتمهده ، بفسله ، وغسل رأسه وثيابه وخرقه ، وتطهيره من النجاسات ، ودهنه
وكحله ، وإرضاعه في مهده ، وربطه وتحريكه في المهد لينام . وإذا أطلق الاستئجار
لأحدهما ، ولم ينف الآخر ، ففي استنباعه الآخر ثلاثة أوجه . أصحها : منع الاستنباع .
والثاني : إثباته للمادة بتلازمها . والثالث : يستتبع الارضاع الحضانة ولا عكس .
فان أتبعنا فيها ، أو شرطها ، فانقطع اللبن ، فثلاثة أوجه مبنية على أن العقود عليه
في هذه الاجارة ماذا ؟ أحدها : أنه اللبن ، والحضانة تابعة ، فعلى هذا يفسخ العقد
بانقطاعه ، والثاني : الحضانة ، واللبن تابع ، فعلى هذا لا يفسخ العقد ، لكن للمستأجر
الخيار ، لأنه عيب . وأصحها : العقود عليه كلاهما ، لأنها مقصودان . فعلى هذا ،
يفسخ العقد في الارضاع ، ويسقط قسطه من الأجرة . وفي الحضانة قولاً تفريق الصفقة ،

ولم يفرقوا في طرد الأوجه بين أن يصرح بالجمع بينها ، أو يذكر أحدها ونحكم باستتباعه الآخر . وحسّن أن يفرّق فيقال : إن صرح ، فمقصودان قطعاً . وإن ذكر أحدهما ، فهو المقصود ، والآخر تابع .

فرع

يلزم المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدره به اللبن ، وللمكتري أن يكلفها ذلك .
الفصل الثاني : إذا استأجر ورقاً ، فعلى من الخبر ؟ فيه ثلاثة طرق . أصحابها : الرجوع إلى العادة . فإن اضطربت ، وجب البيان ، وإلا ، فيبطل العقد . وأشهرها : القطع بأنه لا يجب على الوراق . والثالث : أنه على الخلاف في أن اللبن هل يتبع الحضاة ؟ وإذا أوجبنا على الوراق ، فهو كاللبن في أنه لا يجب تقديره . وإن صرح باشتراطه عليه ، فهو كما لو صرح بالارضاع والحضانة . وإذا لم نوجبه عليه ، فشرط في العقد ، بطل العقد إن لم يكن معلوماً ، وإلا ، فطريقان . أحدهما : يصح العقد ، لأن المقصود الكتابة ، والخبر تابع . والثاني : أنه شراء واستئجار ، وليس الخبر كاللبن ، لا يمكن إفراده بالشراء . وعلى هذا ، ينظر ، إن قال : اشتريت منك هذا الخبر على أن تكتب به كذا ، فهو كشراء الزرع بشرط أن يحصده البائع . وإن قال : اشتريت الخبر واستأجرتك لتكتب به كذا بعشرة ، فهو كقوله : اشتريت الزرع واستأجرتك لتحصده بعشرة . وإن قال : اشتريت الخبر بدرهم واستأجرتك لتكتب به بعشرة ، فهو كقوله : اشتريت الزرع بعشرة واستأجرتك لتحصده بدرهم ، وحكم الصور المذكور في البيع .

فرع

إذا استأجر الخياط والصباغ وملقّح النخل والكحل ، فالقول في الحيط والصبغ
الروضة ج ٥ - م / ١٤

وطلع النخل والذُرُور ، كما ذكرنا في الخبر . هذا هو المذهب وعليه الجمهور . وقطع الامام وشيخه والغزالي ، بأن الخيط لا يجب على الخياط ، لأن المادة الغالبة في الخيط خلاف الخبر والصنيع .

النوع الثاني : المقار ، وهو صنفان ، مبني كالدار والحمام ، وغيره .

فالاول : فيه مسألتان .

إحداهما : ما يحتاج إليه الدار المكررة من العمارة ، وهو ثلاثة أضرب . أحدها : مَرَمَةٌ لا تحتاج إلى عين جديدة ، كقائمة جدار مائل ، وإصلاح منكسر ، وغلق تسر فتحة . الثاني : ما يحوج إلى عين جديدة ، كبناء ، وجذع جديد ، وتطين سطح ، والحاجة في الضريين لخلل عرض في دوام الاجارة . الثالث : عمارة يحتاج إليها لخلل قارن المقدر ، بأن أجزء داراً ليس لها باب ولا ميزاب . ولا يجب شيء من هذه الأضرب على المستأجر ، بل هي من وظيفة المؤجر ، فان بادر إلى الإصلاح ، فلا خيار للمستأجر ، وإلا ، فله الخيار إذا نقصت المنفعة . حتى لو وكف البيت لتترك التطين ، قال الأصحاب : له الخيار . فاذا انقطع بطل الخيار ، إلا إذا حدث بسببه نقص . وإنما يثبت الخيار في الضرب الثالث ، إذا كان جاهلاً به في ابتداء الحال . وهل يجبر المؤجر على هذه المهارات ؟ قال جماعة منهم المتولي والبقوي : لا يجبر في شيء منها ، لأنه إلتزام عين لم يتناولها المقدر . وقال الامام والغزالي والسرخي : يجبر على الضرب الأول ، ولا يجبر على الثالث قطعاً ، ولا على الثاني على الأصح . وقال القاضي حسين وأبو محمد : يجبر توفيراً للمنفعة . ويجري الوجهان فيما إذا غُصبت المستأجرة وقدر المالك على الانتزاع .

قلت : ينبغي أن يكون الصحيح هنا ، وجوب الانتزاع . والله أعلم

ولا شك أنه إذا كان المقدر على موصوف في الذمة ، ولم ينتزع ماسأله ، يطالب

يبدله . وحكى الامام تفريماً على طريقته وجيئ ، في أن الدِّعامة المانعة من الانهدام
إذا احتيج إليها ، من الضرب الأول ، أم من الثاني ؟

فرع

يجب على المكري تسليم مفتاح الدار ، للتمكن من الانتفاع ، بخلاف ما إذا كانت
العادة فيه الاقفال ، فانه لا يجب تسليم القفل ، لأن الأصل أن لا يدخل المنقولات
في العقد الواقع على العقار ، والمفتاح تابع للعقل . وإذا سلم ، فهو أمانة في يد المستأجر .
فان ضاع بلا تفريط ، فلا شيء عليه ، وإبداله من وظيفة المؤجر ، وهل يطالب به ؟ فيه
الخلاف السابق في المهارات . فان لم يبدله ، فلمستأجر الخيار .

المسألة الثانية : تطهير الدار عن الكناسة والأنثون عن الرماد في دوام الاجارة ،
على المستأجر ، لأنها حصلاً بفعله ، وكسح الثلج عن السطح ، من وظيفة المؤجر ،
لأنه كعمارة الدار . فان تركه على السطح وحدث به عيب ، فلمستأجر الخيار .
قال الامام : وهل يجب عليه ؟ فيه الخلاف السابق في المهارة . وحكي وجه :
أنه لا يجب الكسح وإن وجبت المهارة ، لأنها تجب لتعود الدار إلى ما كانت . وأما
الثلج في عرصة الدار ، فان خف ولم يمنع الانتفاع ، فهو ملحق بكسح الدار . وإن
كثف ، فكذلك على الأصح ، وقيل : كتنقية البالوعة ، وفيها خلاف يأتي إن شاء
الله تعالى ، لأنه يمنع التردد في الدار .

فرع

يلزم المؤجر تسليم الدار وبالوعتها وحشها فارغان . فان كان مملوءاً ، فلمستأجر
الخيار ، وكذا مستنقع الحمام ، وهو الموضع الذي تنصب إليه الفضالة . فلو امتلأت

البالوعة والحش والمستنقع في دوام الاجارة ، فهل تفرينها على المؤجر تمكيناً من الانتفاع ببقية المدة ؟ أم على المستأجر لحصوله بفعله ؟ وجهان . أصحابها : الثاني ، وبه قطع الماوردي وابن الصباغ والمتولي ، كنقل الكناسات . فان تعذر الانتفاع ، فليبق ، ولا خيار له على الصحيح . ولا يلزم المستأجر التنقية عند انقضاء المدة ، ولا تفرين مستنقع الحمام ، ويلزمه التطهير من الكناسة ، وفروها بالقشور وما سقط من الطعام ونحوه ، دون التراب الذي يجتمع بهبوب الرياح ، لأنه بغير فعله ، لكن قد سبق أن تلج العرصة لا يلزم المؤجر نقله ، بل هو كالكناسة ، مع أنه حصل لا بفعله ، فيجوز أن يكون التراب أيضاً كالكناسة وإن حصل لا بفعله .

قلت : هذا الاحتمال ضعيف . والصواب : أنه لا يلزم المستأجر نقل التراب كما قاله الأصحاب ، وليس المراد بما سبق في تلج العرصة أنه يلزم المستأجر نقله ، بل المراد أنه لا يلزم المؤجر ، فكذا هنا لا يلزم واحداً منها . والله أعلم

قال الامام والغزالي : رماد الأتّون كالكناسة ، فيجب على المستأجر نقله . وفي التهذيب ، أنه لا يجب ، لأنه من صورة استيفاء المنفعة ، بخلاف الكناسة .

فرع

الدار المستأجرة للسكنى ، لا يجوز طرح الرماد والتراب في أصل حائطها ، ولا ربط دابة فيها ، بخلاف وضع الامتعة . وفي جواز طرح ما يسرع [إليه] الفساد^(١) وجهان . أصحابها : الجواز ، لأنه ممتد .

الصنف الثاني : الأرض البيضاء . فإذا استأجر أرضاً للزراعة ولها شرب معلوم ، فإن شرط دخوله في العقد أو خروجه ، اتبع الشرط ، وإلا ، فإن اطردت المادة

(١) في نسخة الظاهرية : ما يسرع إليه الفار .

باتباعه الأرض ، أو انفراده ، اتبعت . وإن اضطربت ، فكانت تكرر وحدها تارة ، ومع الشرب تارة ، فأوجه . أصحابها : لا يجعل الشرب تابعاً اقتصاراً على مقتضى اللفظ ، إنما يزداد عليه بعرف مطرد . والثاني : يجعل تابعاً . والثالث : يبطل العقد من أصله ، لأن تعارض المقصودين يوجب جهالة .

فصل

استأجر أرضاً لزرع معين ، فانقضت المدة ولم يدرك ، فلعدم الإدراك فيها أسباب . أحدها : التقصير في الزراعة ، بأن آخرها حتى ضاق الوقت ، أو أبدل الزرع المعين بما هو أبطأ منه ، أو أكله الجراد ونحوه ، فزرع ثانياً ، فللمالك إجباره على قلمه ، وعلى الزارع تسوية الأرض كالفاسب ، هذا لفظ البغوي ، ومقتضى إلحاقه بالفاسب ، أن يقلع زرعه قبل انقضاء المدة أيضاً ، لكن المتولي وغيره صرحوا بأنه لا يقلع قبل انقضاء المدة ، لأن منفعة الأرض في الحال له . قلت : الصواب ما صرح به المتولي وغيره ، وليس مراد البغوي بإلحاقه بالفاسب ، القلع قبل المدة . والله أعلم

فرع

للمالك منعه من زراعة ما هو أبطأ إدراكاً ، وهل له منعه من زراعة الزرع المعين ابتداءً إذا ضاق الوقت ؟ وجهان لانه استحق منفعة الأرض تلك المدة ، وقد يقصد القصير .

قلت : الأصح : أنه ليس له منعه . والله أعلم

السبب الثاني : أن يتأخر الإدراك لحر أو برد ، أو كثرة المطر ، أو أكل

الجراد رؤوس الزرع، فنبت ثانياً فتأخر لذلك ، فالصحيح أنه لايجبر على القلع ، بل على المالك الصبر إلى الادراك مجاناً أو بأجرة المثل. وقيل : له قلمه مجاناً، لخروجه عن المدة .

السبب الثالث : أن يكون الزرع المعين بحيث لايدرك في المدة ، بأن استأجر لزراعة الحنطة شهرين . فإن شرطاً القلع بعد المدة ، جاز، وكأنه أراد القصيل . ثم لو راضياً على الإبقاء مجاناً أو بأجرة المثل ، جاز ، فإن شرطاً الإبقاء ، فسد العقد، للتناقض بينه وبين التوقيت ، ولجهالة مدة الادراك ، ويجيء فيه خلاف سنذكره قريباً إن شاء الله تعالى . وإذا فسد العقد ، فللمالك منعه من الزراعة ، لكن لو زرع، لم يقلع مجاناً ، للاذن ، بل يأخذ منه أجرة المثل لجميع المدة . وإن أطلقا العقد، ولم يتعرضا لقلع ولا لإبقاء ، صح العقد على الأصح . فعلى هذا ، إن توافقا بعد المدة على إبقائه مجاناً أو بأجرة ، فذاك . وإن أراد المالك إجباره على القلع ، لم يكن له على الأصح، وهو اختيار القفال ، لأن المادة فيه الإبقاء . وعلى هذا ، فالأصح أن له أجرة المثل للزيادة. وقيل : لا ، لأنه في معنى معير الزيادة . وقال أبو الفرج السرخسي : إذا قلنا : لا يقطع بعد المدة ، لزم تصحيح العقد إذا شرط الإبقاء بعد المدة ، وكأنه صرح بمقتضى الإطلاق ، وهذا حسن . أما إذا استأجر للزراعة مطلقاً وقلنا بالأصح وهو صحته ، فعليه أن يزرع مايدرك في تلك المدة . فإن زرعه وتأخر إدراكه لتقصير أولييره ، فعلى ماذكرناه في الزرع المعين . ولو أراد أن يزرع ما لايدرك في تلك المدة ، فللمالك منعه . فلو زرع، لم يقطع إلى انقضاء المدة . وقال صاحب المذهب ، يحتمل أن لا يمنع من زرعه ، كما لا يقطع إذا زرع .

فصل

استأجر للبناء أو الغراس ، فإن شرط القلع ، صح العقد ، ولزم المستأجر القلع

بعد المدة ، وليس على المالك أرض النقصان ، ولا على المستأجر تسوية الأرض
ولا أرض نقصها ، لتراضيها بالقلع . ولو شرطاً لبقاء بعد المدة ، فوجهان . أحدهما :
العقد فاسد ، لجهالة المدة . وهذا أصح عند الامام والبنو . والثاني : يصح ، لأن
الاطلاق يقتضي الابقاء ، فلا يضر شرطه ، وبهذا قطع العراقيون أو جمهورهم ، ويتأيد
به كلام الرخسي في مسألة الزرع . فان قلنا بالفساد ، لزم المستأجر أجرة المثل
للمدة ، وما بعدها حكمه ما سنذكره فيما إذا أطلقا العقد . أما إذا أطلقا ، فالذهب
صحة العقد . وقيل : وجهان ، وليس بشيء ، ثم ينظر بعد المدة ، فان أمكن القلع
والرفع بلا نقص ، فمل ، وإلا ، فان اختار المستأجر القلع ، فله ذلك ، لأنه ملكه .
وهل عليه تسوية الحفر وأرض نقص الأرض ؟ وجهان . الأصح المنصوص : يلزمه ،
لتصرفه في أرض الغير بالقلع بعد خروجها من يده ، وتصرفه بغير إذن مالكيها . فلهي
هذا ، لو قلع قبل (١) المدة ، لزمه التسوية على الأصح ، لعدم الاذن . وقيل : لا ،
لبقاء الأرض (٢) في يده وتصرفه . وإن لم يختار القلع ، فهل للمؤجر أن يقلعه مجاناً ؟
فيه طريقان . أحدهما : القطع بالمنع . والثاني : على وجهين . أحدهما : هذا ، لأنه
بناء محترم . والثاني : نعم . فان منعتنا ، فالكلام في أن المؤجر ، يتخير بين أن
يقلع ويغرم أرض النقص مع نقص الثمار إن كان على الشجر ثمر ، أو يملكه عليه
بالقيمة ، أو يبقيه بأجرة يأخذها ، أو لا يتخير إلا بين الحصلتين الأوليين من هذه
الثلاث ، على ما ذكرناه إذا رجع المير عن العارية . وإذا انتهى الامر إلى القلع ،
فمباشرة القلع أو بدل مؤثته ، هل هي على المؤجر لانه الذي اختاره ، أم على
المستأجر لانه شغل الارض فليفرغها ؟ وجهان . أحدهما : الثاني . وإذا عين

(١) في الاصل : بعد ، وما أثبتناه من مخطوطات الظاهرية .

(٢) في الاصل : المدة ، وما أثبتناه من مخطوطات الظاهرية .

المؤجر خصلة، فامتنع منها المستأجر ، ففي إجباره ما ذكرناه في إجبار المستعير . فإن أجبرناه ، كلف تفريغ الارض مجاناً ، وإلا ، فلا ، بل هو كما لو امتنع المؤجر من الاختيار ، وحينئذٍ هل يبيع الحاكم الارض بما فيها ، أم يعرض عنها ؟ فيه خلاف سبق .

فرع

الاجارة الفاسدة للغراس والبناء كالصحيحة في تخيير المالك ومنع القلع مجاناً .

فصل

إذا استأجر لزراعة جنس معين ، جاز أن يزرعه وما ضرره مثل ضرره أو دونه ، لا مافوقه، والحنطة فوق ضرر الشعير . وكل واحد من الذرة والارز فوق ضرر الحنطة . وعن البويطي : أنه لا يجوز زرع غير المعين ، فقليل : هو قول للشافعي رضي الله عنه . وقيل : هو مذهب للبويطي . وكيف كان ، فالذهب جوازه . هذا إذا عين جنساً أو نوعاً . فلو قال : أجرتكها لزرع هذه الحنطة ، ففي صحة العقد وجهان . أحدهما : المنع ، لأن تلك الحنطة قد تلف . والثاني : الصحة ، وهو اختيار ابن كعب ، ولا تتمذر الزراعة بتلف تلك الحنطة .

قلت : الاصح : الصحة ، لانه لا يتمذر بتلف الحنطة . ولو تمذر ، لم يكن احتمال التلف مانعاً ، كالأستئجار لارضاع هذا الصبي ، والحمل على هذه الدابة .

والله اعلم

ولو قال : لتزرع هذه الحنطة ولا تزرع غيرها ، فأوجه . أحدها : يفسد العقد ، لأنه يناهض مقتضاه . قال ابن كجج والروائي : وهذا هو المذهب . والثاني وهو اختيار الامام : صحة العقد وفساد الشرط ، لأنه شرط لا يتعلق به غرض ، فهو كقوله : أجرتك على أن لا تلبس إلا الحرير . والثالث : يصح العقد والشرط ، لأنه يملك المنفعة من المؤجر ، فملك بحسب التملك .

قلت : الأول أقوى . والله أعلم

وعلى هذا قياس استيفاء سائر المنافع . فإذا استأجر دابة الركوب في طريق ، لم يركبها في طريق أحزن (١) منه ، وله ركوبها في مثل ذلك الطريق . وإذا استأجر لحمل الحديد ، لم يحمل القطن ولا العكس ، وإذا استأجر دكاناً لصنعة ، منع مما فوقها في الضرر .

فرع

إذا تعدى المستأجر للحنطة ، فزرع الذرة ، ولم يتخصصاً حتى انقضت المدة وحصد الذرة ، فالمذهب ، وهو نصه في « المختصر » وبه قال أبو علي الطبري والقاضي أبو حامد : أن المؤجر بالخيار ، بين أن يأخذ المسمى وبذل النقصان الزائد بزراعة الذرة على ضرر الحنطة ، وبين أن يأخذ أجرة المثل لزرع الذرة . وقال كثيرون : في المسألة قولان . أحدهما (٢) : تعيين أجرة المثل للذرة . والثاني : تعيين المسمى

(١) في مخطوطات الظاهرية : أخشن .

(٢) في نسخ الظاهرية : أظهرهما .

وبدل النقص . وقال ابن القطان : قولان . أحدهما : المسمى وبديل النقص .
والثاني : التخيير .

قلت : وهل يصير ضامناً للأرض غاصباً ؟ وجهان حكاهما الشاشي في المستظهري ،
أصحهما : لا . والله أعلم

ولو تخاصما عند إرادته زراعة الذرة ، منع منها ، وإن تخاصما بعد زراعتها وقبل
حصادها ، فله قلمها . وإذا قلع ، فإن تمكن من زراعة الحنطة ، زرعها ، وإلا ، فلا
يزرع ، وعليه الأجرة لجميع المدة ، لأنه الذي فوت مقصود المقد . ثم إن لم تمض
على بقاء الذرة مدة تتأثر الأرض بها ، فذاك ، وإن مضت ، فالمستحق أجرة المثل ؛
أم قسطها من المسمى مع بدل النقصان ؟ أم يتخير بينها ؟ فيه الطرق السابقة .
والطرق جارية فيما إذا استأجر داراً ليسكنها ، فأسكنها الحدادين أو القصارين ،
أو دابة ليحمل عليها قطناً ، فحمل بقدره حديداً ، أو غرفة ليضع فيها مائة رطل
حنطة ، فأبدلها بجديد ، وكذا كل صورة لا يتميز فيها المستحق عما زاد . فلو تميز ،
بأن استأجر دابة لحمل خمسين رطلاً ، فحمل مائة ، أو إلى موضع ، فجاوزه ، وجب
المسمى وأجرة المثل لما زاد قطعاً . ولو عدل عن الجنس الشروط إلى غيره ، بأن
استأجر للزرع ، ففارس ، أو بني ، وجبت أجرة المثل على المذهب . وقيل بطرد
الخلاف . وإذا قلنا بالمذهب في أصل المسألة : إنه يتخير ، فاختار المسمى وبديل
النقصان الزائد ، فله أجرة مثلها للحنطة خمسون ، والذره سبعون ، وكان المسمى
أربعين ، فله الأربعون والتفاوت بين الاجرتين وهو عشرون .

قلت : وإذا حصد المستأجر ما أذن فيه بعد المدة ، نزهه قلع ما يبقى في الأرض
من قصب الزرع وعروقه ، لأنه عين ماله ، فله نزهه إزالته عن ملك غيره . ومن

صرح به ، صاحب « البيان » . والله أعلم

النوع الثالث : استئجار الدواب ، وفيه مسائل .

[المسألة الأولى: إذا أكرت المركوب، قال الأكثرون: على المؤجر الاكاف والبرذعة، والحيزام ، والنفق ، والخطام ، والبيرة ، لانه لا يتمكن من الركوب دونها .
والعرف مطرد بكونها على المؤجر . وفي السرج إذا أكرت الفرس أوجه . ثالثها:
اتباع المادة .

قلت : صحح الرافعي في « المحرر » اتباع المادة . والله أعلم

وقال أبو الحسن البادي في « الرقم » : لا يلزم مكري الدابة إلا تسليمها عارية ، والآلات كلها على المستأجر . وقال البغوي : ماعدا السرج والاكاف والبرذعة، فعلى المؤجر . وأما هذه الثلاثة ، فإن استأجر عين الدابة ، فهي على المستأجر ، ويضمن لو ركب بنير إكاف وسرج . وإن كانت على الذمة ، فعلى المؤجر ، لأنها للتمكين من الانتفاع . أما ماهو للتسهيل على الراكب، كالحمل ، والمظلة ، والوطاء، والغطاء ، والحبل الذي يشد به الحمل على البعير ، والذي يشد به أحد الحملين إلى الآخر ، [فعلى المستأجر ، والعرف مضطرد به ، وفي «المهذب» (١) وجه في الحبل الذي يشد به أحدهما إلى الآخر أنه على المستأجر ، وهو شاذ بعيد ، مع القطع بأن الحمل وسائر توابعه على المستأجر . وأما شد أحد الحملين إلى الآخر] ، فهل هو على الكري كالشد على الحمل ؟ أم على المكري لانه إصلاح ملكه ؟ وجهان .

قلت : أصحها : الاول . ومن صححه صاحب « البيان » . والله أعلم

هذا إذا أطلق العقد ، أما إذا قال : أكرتلك هذه الدابة العارية بلا حزام ولا إكاف ولا غيرها ، فلا يلزمه شيء من الآلات .

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : « التهذيب » .

المسألة الثانية : إذا اُكْتَرى للحمل ، فالوعاء الذي يُنقل فيه المحمول ، على المستأجر إن وردت الاجارة على عين الدابة. وعلى المؤجر إن ورت على الذمة. والدلو والرشاء في الاستئجار للاستقاء كالوعاء في الحمل ، فيفرق بين العين والذمة. وعن القاضي حسين: أنه إن كان معروفاً بالاستقاء بالآلات نفسه ، لزمه الاتيان بها، وهذا يجب طرده في الوعاء. ورأى الامام في اجارة الذمة ، الفرق بين أن يلتزم الغرض مطلقاً ولا يتعرض الدابة فتكون الآلات عليه، وبين أن يتعرض لها بالوصف وحينئذ يتبع المادة . فان اضطربت ، احتمل واحتمل . وإذا رأينا اتباع المادة ، فاضطربت ، فالاصح أنه يشترط لصحة العقد التقييد .

قلت : الاصح الذي عليه الجمهور ماسبق. والله أعلم

فرع

مؤنة الدليل وسائق الدابة وقائدها والبذرة وحفظ المتاع في المنزل، كالوعاء.

المسألة الثالثة: الطعام المحمول ليؤكل في الطريق، كسائر الحمولات في اشتراط

رؤيته أو تقديره بالوزن على الصحيح . وقيل : لا يشترط تقديره ، ويحمل الامر فيه على المادة . فعلى الصحيح : لا يشترط تقدير ما يؤكل منه كل يوم ، لصحة العقد على الصحيح. وإذا قدره وحمله ، فان شرط أنه يبدله كلها نقص، أو لا يبدله، اتبع الشرط ، وإلا ، فان بقي بعضه أو كله بسرقة أو تلف ، فله الابدال كسائر الحمولات . وإن بقي بالاكل ، فان بقي كله ، أبدله على الصحيح . وإن بقي بعضه ، أبدله على الاظهر . ويقال : الاصح. وموضع الخلاف ، إذا كان يجبد الطعام في المنازل المستقبلية بسعر المنزل الذي هو فيه . أما إذا لم يجده ، أو وجدته بأعلى ، فله

الابدال قطعاً . وإذا قلنا : لا يشترط تقدير الزاد وحمل ما يعتاد لمثله ، لم يبدله حتى يفتى كله ، وفيه وجه ضعيف .

الرابعة : إذا اكترى للركوب في الذمة، لزم المؤجر الخروج مع الدابة لسوقها ، وتمهدها ، وإعانة الراكب في الركوب والنزول . وتراعى العادة في كيفية الإعانة . فينيخ البعير للمرأة ، لأنه يصعب عليها النزول والركوب مع قيام البعير ، وكذا إذا كان الرجل ضعيفاً لمرض أو شيخوخة ، أو كان مفرط السمن ، أو نضو الخلق ، ينيخ له البعير ، ويقرب البغل والحمار من نشتر يسهل عليه الركوب ، والاعتبار في القوة والضعف بحال الركوب ، لبحال العقد . وإذا اكترى للحمل في الذمة ، لزم المؤجر رفع الحمل وحطه وشد الحمل وحلّه . وفي شد أحد الحملين إلى الآخر وهما بعداً على الأرض ، الوجهان السابقان قريباً . ويقف الدابة لينزل الراكب لما لايتهاً عليها ، كقضاء الحاجة ، والوضوء ، وصلاة الفرض . وإذا نزل انتظره المكري ليفرغ منها ، ولا يلزمه المبالغة في التخفيف ، ولا القصر ولا الجمع ، وليس له الإبطاء ولا التطويل . قال الروياني : وله النزول في أول الوقت لينال فضله ، ولا يقفها للنوافل والأكل والشرب ، لامكانها على الدابة . وإن ورد العقد على دابة بعينها ، فالذي على المؤجر التخلية بين المستأجر وبينها ، وليس عليه أن يعينه على الركوب ولا الحمل . هذا هو المذهب وقول الجمهور في نوعي الإجارة . وحكى الامام مع هذا ، ثلاثة أوجه . أحدها : أنه إن قال في إجارة الذمة : ألزمت ذمتك بتلغيني موضع كذا ، لزمه الإعانة . وإن قال : ألزمت ذمتك منفعة دابة صفتها كذا ، لم تلزمه . والثاني : يجب الإعانة على الركوب في إجارة العين أيضاً . والثالث : يجب للحمل في نوعي الإجارة ، لا طراد العادة بالإعانة على الحط والحمل وإن اضطربت في الركوب . ورفع الحمل وحطه كالحمل .

فرع

قال الشافعي رضي الله عنه : إذا اختلفا في الرحلة ، رحل لا مكبوباً ولا مستلقياً .
قيل : المكبوب أن يجمل مقدّم الحمل أو الزاملة أوسع من المؤخر ، والمستلقي عكسه .
ونيل : المكبوب بأن يضيق المقدم والمؤخر جميعاً ، والمستلقي أن يوسعها جميعاً .
وعلى التفسيرين ، المكبوب أسهل على الدابة ، والمستلقي أسهل على الراكب . فلن
اختلفا فيها ، حملاً على الوسط المعتدل ، وكذا إذا اختلفا في كيفية الجلوس .

فرع

ليس للمؤجر منع الراكب من النوم في وقته . ويمنه في غير ذلك الوقت ،
لأن النائم يشغل ، قاله ابن كج .

فرع

قد يعتاد النزول والمشي للراحة ، فإن شرطاً أن ينزل أو لا ينزل ، اتبع الشرط .
قال الامام : ويمرض في شرط النزول إشكال ، لانقطاع المسافة ، ويقع في كراء
العقب . قال : لكن الأصحاب احتملوه للحاجة . وإن أطلقا ، لم يجب النزول على
المرأة والمريض . وفي الرجل القوي وجهان ، لتعارض اللفظ والمادة . وهكذا حكم
النزول عند العقبات الصعاب .

قلت : قال أصحابنا : وفي معنى المرأة والمريض ، الشيخ الماجز . وينبغي أن
يلحق بهم من كانت له وجهة ظاهرة ، وشبهة يخل بمروءته في الصادة المشي . ثم
الكلام مفروض في طريق يعتاد النزول فيه لراحة الدابة . فإن لم تكن معتادة ،
لم يجب مطلقاً ، ولم نصح شيئاً من الوجهين في الرجل القوي . وينبغي أن يكون
الأصح وجوب النزول عند العقبات ، دون الراحة . والله أعلم

فرع

إذا اكترى دابة إلى بلد ، فبلغ عمرانه ، فله المؤجر أخذ دابته ، ولا يلزمه تسليمه داره . ولو اكترى إلى مكة ، لم يكن له تميم الحج عليها . وإن اكترها للحج ، ركبها إلى منى ، ثم عرفات ، ثم المزدلفة ، ثم منى ، ثم مكة لطواف الافاضة . وهل يركبها إلى مكة راجعاً إلى منى الرمي والطواف ؟ وجهان .

قلت : ينبغي أن يكون أصحابها استحقاقه ذلك ، لأن الحج لم يفرغ ، وإن كان قد تحلل . ومن مسائل هذا النوع لو طلب أحد المتكاريين مفارقة القافلة بالتقدم أو التأخر ، لم يكن له إلا يرضى صاحبه . والله أعلم

فرع

إذا اكترى دابة بعينها ، فتلقت ، انفسخ العقد ، وإن وجد بها عيباً ، فله الخيار . والعيب ، مثل أن تنثر في الشيء ، أو لاتبصر في الليل ، أو يكون بها عرج تتخلف به عن القافلة . وبمجرد خشونة الشيء ، ليس بعيب . وإن كانت الاجارة على الذمة ، وسلم دابة وتلفت ، لم ينفسخ العقد . وإن وجد بها عيباً ، لم يكن له الخيار في فسخ العقد ، ولكن على المؤجر إبدالها . ثم الدابة المسالمة عن الاجارة في الذمة وإن لم ينفسخ العقد بتلفها ، فانه ثبت للمستأجر فيها حق الاختصاص ، حتى يجوز له إجارتها . ولو أراد المؤجر إبدالها ، فهل له ذلك دون إذن المستأجر ؟ وجهان . أصحابها عند الجمهور : المنع ، لما فيها من حق المستأجر . والثاني قاله أبو محمد واختاره الغزالي : إن اعتمد باللفظ الدابة ، بأن قال : أجرتك دابة صفتها كذا ، لم يجوز الإبدال . وإن لم يعتمد ، بل قال : التزمت إركابك دابة صفتها كذا ، جاز . ويتفرع على الوجهين

ما إذا أفلس المؤجر بعد تعيينٍ عن إجارة الذمة ، هل يتقدم المستأجر بمنفعتها على الغرماء ؟ وقد ذكرناه في التفليس . والأصح : التقدم . ولو أراد المستأجر أن يعتاض عن حقه في إجارة الذمة ، فإن كان قبل أن يتسلم دابة ، لم يجوز ، لأنه اعتياض عن المسلم فيه . وإن كان بعد التسليم ، جاز ، لأن هذا الاعتياض عن حق في عين ، هكذا قاله الأئمة . وفيه دليل على أن القبض يفيد تعلق حق المستأجر بالمعين ، فيمتنع الإبدال دون رضاه .

فصل

نذكر فيه قولاً جليلاً في إبدال متعلقات الاجارة

المنفعة المطلوبة في المقد ، لها مستوفٍ ، ومستوفىٌ منه ، ومستوفىٌ به ، فأما المستوفى وهو مستحق الاستيفاء ، فله أن يبدل نفسه بغيره ، كما يجوز أن يؤجر ما استأجر ، فإذا استأجر دابة للركوب ، فله أن يُركبها مثل نفسه في الطول والقصر والضخامة والنحافة ومن هو أخف منه . وكذلك يلبس الثوب مثله ، ويسكن الدار ، دون القصار والحداد ، لزيادة الضرر . وكذا إذا استأجر دابة لحمل القطن ، فله حمل الصوف والوبر . أو لحمل الحديد ، فله حمل النحاس والرصاص . وإذا استأجر للحمل ، فأراد إركاب من لا يزيد وزنه على القدر المحمول ، قال المتولي : يرجع إلى أهل الصنعة . فإن قالوا : لا يتفاوت الضرر ، جاز ، وإن قالوا : يتفاوت ، لم يجوز . وكذا لو استأجر الركوب فأراد الحمل . والأصح : المنع في الطرفين ، وهو مقتضى ما في « التهذيب » . وأما المستوفى منه ، فهو الدار والدابة المعينة ، والاجر المعين ، ولا يجوز إبداله كما لا يبدل المبيع . وأما المستوفى به ، فهو كالثوب المعين للخياطة ، والصبي المعين للارضاع والتعليم ، والاغنام المعينة للرعي . وفي إبداله وجهان . ويقال : قولان . أحدهما : المنع . وأصحها عند الامام والمتولي

الجواز، لأنه كالراكب . والخلاف جارٍ في انفساخ الاجارة بتلف هذه الأشياء في المدة ، وميل المراقين إلى ترجيح الانفساخ ، وقالوا : هو المنصوص . والثاني : خرج . ومنزید المسألة إيضاحاً إن شاء الله تعالى في الباب الثالث . ويجري الخلاف فيما إذا لم يلتقم الصبي المعيّن نديها ، فعلى رأي ، ينفسخ العقد ، وعلى رأي ، يبدل .

فصل

استئجار الثياب للبس ، والبسط والزلالي للفرش ، واللحف للالتحاف ، جائز . وإذا استأجر ثوباً ليلبسه مدة ، لم يجز أن ينام فيه بالليل . وهل له النوم فيه [في] وقت القيلولة ؟ وجهان . أحدهما وبه قطع الأكثرون : جوازه للعادة . لكن لو كان المستأجر القميص الفوقاني ، لزمه نزع ، بل يلزمه نزع في سائر أوقات الخلوة ، وإما تلبس ثياب التجميل في الأوقات التي جرت العادة فيها بالتجميل ، كحالة الخروج إلى السوق ونحوه ، ودخول الناس عليه ، ولا يجوز الاتّزار بما يستأجر للبس ، ويجوز الارتداء به على الأصح . قال المتولي : وإذا استأجر للارتداء ، لم يجز الاتّزار ، ويجوز التعمم .

قلت : هذا الذي ذكره الامام الرافعي في النوم في الثوب ، هو الذي أطلقه الجمهور ، إلا قوله : هل يجوز النوم في وقت القيلولة ؟ فإن الأكثرين قالوا : يجوز النوم فيه بالنهار من غير تقييد بالقيلولة ، ولكن ضبطه الصيمري فقال : إن نام ساعة أو ساعتين ، جاز ، لأنه متعارف . وإن نام أكثر النهار ، لم يجز . قالوا : وإذا استأجر للبس مطلقاً ، فله لبسه ليلاً ونهاراً إذا كان مستيقظاً قطعاً . ولو استأجر للبس ثلاثة أيام ، ولم يذكر الليالي ، فالصحيح دخول الليالي . وقيل : لا تدخل ، حكياء في

« المدة » و « البيان » . وإذا استأجر يوماً كاملاً ، فوقته من طلوع الفجر إلى غروب الشمس . وإن قال : يوماً ، وأطلق ، قال الصيمري : كان من وقته إلى مثله من الغد . وإن استأجر نهار يوم ، قال في « البيان » : فيه وجهان حكاهما الصيمري . أحدهما : من طلوع الفجر إلى غروب الشمس . والثاني : من طلوع الشمس إلى غروبها .

والله أعلم

الطوف الثاني : في بيان حكم الاجارة في الأمانة والضمان . مال الاجارة ، تارة يكون في يد المستأجر ، وتارة في يد الأجير على العمل . وأما المستأجر ، ففيه مسألتان . إحداهما : يده على الدابة والدار المستأجرتين ونحوهما في مدة الاجارة يد أمانة ، فلا يضمن ما تلف منها بغير تعدٍ وتقصير وهل يضمن ما يتلف في يده بعد مضي المدة ؟ يبني على أنه هل على المستأجر الرد ومؤنته ؟ وفيه وجهان . أصحابها عند النزالي : لا ، وإنما عليه التخلية بين المالك وبينها إذا طلب ، لأنه أمانة فأشبهه الوديعة . وأقربها إلى كلام الشافعي رضي الله عنه : يلزمه الرد ومؤنته وإن لم يطلب المالك ، لأنه غير مأذون في الامساك بعد المدة ، ولأنه أخذ لمنفعة نفسه ، فأشبهه المستعير . قال القاضي أبو الطيب : ولو شرط عليه الرد ، لزمه بلا خلاف ، ومنعه ابن الصباغ وقال : من لا يوجبه عليه ، ينبغي أن لا يجوز شرطه . فان قلنا : لا يلزمه الرد ، فلا ضمان . وإن قلنا : يلزمه الرد ، لزمه الضمان ، إلا أن يكون الامساك بعذر .

قلت : صحح الرافعي في « المحرر » أنه لا ضمان . والله أعلم

ويترتب على الوجهين ، ضمانه أجرة المنافع التي تتلف في يده بعد المدة . فان ألزمناه الرد ، ضمنناه ، وإلا ، فلا .

قلت : وفي فتاوى النزالي ، القطع بأن الاجارة إذا انفسخت بسبب ، لا يلزم المستأجر ضمان المنافع التالفة عنده ، لأنه أمين ، وهذا محمول على ما إذا علم المالك بأنها انفسخت ، وإلا ، فيجب أن يعلمه . وإذا لم يعلمه ، كان مقصراً ضامناً . والله أعلم

ولو غُصبت الدابة المستأجرة مع دواب الرفقة ، فذهب بعضهم في الطلب ، ولم يذهب المستأجر ، فإن قلنا : لا يلزمه الرد ، فلا ضمان عليه . وإن ألزمناه ، فإن استرد من ذهب بلا مشقة ولا غرامة ، ضمن المستأجر التخلف . وإن لحقه غرامة ومشقة ، لم يضمن ، قاله الشيخ أبو عاصم العبادي .

فرع

لو استأجر قِدرًا مدة لطبخ فيها ، ثم حملها بعد المدة ليردها ، فسقط الحمار فانكسرت ، قال أبو عاصم : إن كان لا يستقل بحملها ، فلا ضمان . وإن كان يستقل ، فمليه الضمان ، سواء ألزمناه الرد ، أم لا ، لأن العادة أن القدر لا ترد بالحمار مع استقلال المستأجر أو حاملها .

المسألة الثانية : الدابة المستأجرة لا تحمل أو الركوب ، إذا ربطها المستأجر ولم ينتفع بها في المدة ، فالقول في استقرار الأجرة عليه ، سيأتي إن شاء الله تعالى ، ولا ضمان عليه لو ماتت في الاصطبل . فلو انهدم عليها فهلكت به ، نظر ، إن كان المهود في مثل ذلك الوقت لو خرج بها أن يكون في الطريق ، وجب عليه ضمانها . وإن كان المهود في مثل ذلك الوقت أن يكون تحت السقف ، كجنح الليل في الشتاء ، فلا ضمان .

فصل

وأما المال في يد الأجير ، كالثوب إذا استؤجر لخياطته أو صبغه أو قصارته ،
والعبد إذا استؤجر لتعليمه أو لرضاعه ، والدابة إذا استؤجر لرياضتها . فإذا تلف
والأجير منفرد باليد ، فهو ، إما أجير مشترك ، وإما منفرد . والمشارك : هو الذي يتقبل
العمل في ذمته ، كما هو عادة الخياطين والصواغين . فإذا التزم لواحد ، أمكنه أن
يلتزم لغيره مثل ذلك العمل ، فكأنه مشترك بين الناس . والمنفرد : هو الذي أجر
نفسه مدة مقدره لعمل ، فلا يمكنه تقبل مثل ذلك العمل لغيره في تلك المدة .
وقيل : المشترك : هو الذي شاركه في الرأي فقال : اعمل في أي موضع شئت .
والمنفرد : هو الذي عين عليه العمل وموضعه . أما المشترك ، فهل يضمن ما تلف في
يده بلا تعدد ولا تقصير ؟ فيه طريقتان . أصحها : قولان . أحدهما : يضمن
كالستعير والمستام . وأظهرهما : لا يضمن كعامل الفراض . والثاني : لا يضمن قطعاً .
وأما المنفرد ، فلا يضمن على المذهب ، وقطع به جماعة . أما إذا لم يكن الأجير
منفرداً باليد ، كما إذا قعد المستأجر عنده حتى عمل ، أو حمله إلى بيته ليعمل ،
فالذهب وبه قطع الجمهور : لا ضمان ، لأن المال غير مسلم إليه حقيقة ، وإنما استعان
به المالك ، كالأستعانة بالوكيل . وعن الاصطخري والطبري ، طرد القولين . وحيث
ضمننا الأجير ، فالواجب أقصى قيمة من القبض إلى التلف ، أم قيمة يوم التلف ؟
فيه وجهان .

قلت : أصحها : الثاني . والله أعلم

هذا كله إذا لم يتعد الأجير ، فإن تعدى ، وجب الضمان قطعاً ، وذلك مثل أن

يسرف على الخبز في الايقاد ويلصق الخبز قبل وقته ، أو يتركه في التنور فوق العادة حتى يحترق ، أو ضرب على التأديب والتعليم الصبي " فمات ، لأن تأديبه بغير الضرب ممكن . ومتى اختلفا في التعدي ومجاوزه الحد ، عملنا بقول عدلين من أهل الخبرة ، فإن لم نجدهما ، فالقول قول الأجير . ومتى تلف المال في يده بعد تعديه ، فالواجب أقصى قيمة من وقت التعدي إلى التلف إن لم يضمن الأجير . فإن ضمنه ، فأقصى قيمة من القبض إلى التلف ، كذا ذكره البغوي وغيره . ويشبه أن يكون هذا جواباً على قولنا: يضمن بأقصى قيمة من القبض إلى التلف . فأما إن قلنا : يضمن قيمة يوم التلف ، فينبغي أن يجب هنا أقصى قيمة من التعدي إلى التلف . قلت : هذا الاستدراك الذي ذكره الامام الرافعي ، متعين لا بد منه .

والله أعلم

فرع

قال الأصحاب : إذا حجه أو ختنه فتلف ، إن كان المحجوم والمختون حرّاً ، فلا ضمان ، لأنه لا تثبت اليد عليه . وإن كان عبداً ، نظر في انفراد الحاجم باليد وعدم انفراده ، وأنه أجير مشترك ، أم لا؟ وحكمه ماسبق . والمذهب : أنه لا ضمان مطلقاً إذا لم يفرط . وكذا البيطار إذا بزغ الدابة فتلفت ، والراعي المنفرد كذلك ، فلا ضمان عليها على المذهب ، ولو اكتراه ليحفظ متاعه في دكانه فتلف ، فلا ضمان [قطعاً] ، لأن المال في يد المالك .

فصل

إذا دفع ثوباً إلى قصار ليقصره ، أو خياط ليخيطه ، أو جلس بين يدي

حلاق ليخلق رأسه ، أو دلاك ليدلكه، ففعل ، ولم يجز بينها ذكر أجره ولا نفيها، فيه أوجه. أصحها وهو المنصوص: لا أجره له مطلقاً ، لأنه لم يلتزم، وصار كالألو قال : أطعمني خبزاً ، فأطعمه ، لأضمان عليه . والثاني : يستحق أجره المثل . والثالث : إن بدأ الممول له فقال : افعل كذا، لزمه الأجره . وإن بدأ العامل فقال : أعطني ثوباً لأقصره ، فلا أجره . والرابع : إن كان العامل معروفاً بذلك العمل وأخذ الأجره عليه، استحق الأجره للعاده ، وإلا ، فلا . ولو دخل سفينة بغير إذن صاحبها ، وسار إلى الساحل ، لزمه الأجره . وإن كان بالاذن ولم يجز ذكر الأجره ، فعلى الأوجه . وإذا لم فوجب الأجره ، فالثوب أمانة في يد القصار ونحوه . وإن أوجبتها ، فوجوب الضمان على الخلف في الاجير المشترك .

فرع

فيا يأخذه الحمامي أوجه . أحدها : أنه ثمن الماء ، وهو متطوع بحفظ الثياب وإعارة السطل ، فعلى هذا ، الثياب غير مضمونة على الحمامي ، والسطل مضمون على الداخل . والثاني : أنه ثمن الماء وأجره الحمام والسطل . وأصحها : أنه أجره الحمام والسطل والازار وحفظ الثياب . وأما الماء، فغير مضبوط ، ولا يقابل بعوض . فعلى هذا ، السطل غير مضمون على الداخل ، والحمامي أجير مشترك في الثياب، فلا يضمن على المذهب كسائر الاجراء ، وإنما وجبت الأجره هنا قطعاً وإن لم يجز لها ذكر ولم يطرد فيه الخلاف، لان الداخل مستوفٍ منفعة الحمام بسكونه ، وهناك صاحب المنفعة صرفها .

فصل

إذا عمل الاجير ، ثم تلفت العين التي عمل عليها ، نظر ، إن لم يكن منفرداً باليد ، بل عمل في ملك المستأجر ، أو في حضرته ، لم تسقط أجرته . وإن كان منفرداً باليد ، بأن سلم الثوب إلى قصار فقصره ، ثم تلف عنده ، بني على الخلاف السابق في باب التفليس ، أن القسارة عين ، أم أثر ؟ فإن قلنا : أثر ، لم تسقط الاجرة ، ثم إن ضمنا الاجير ، فعليه قيمة ثوب مقصور ، وإلا ، فلا شيء عليه . وإن قلنا : عين ، سقطت أجرته وعليه قيمة ثوب غير مقصور إن ضمنا الاجير أو وجد منه تعدٍ ، وإلا ، فلا شيء عليه . وإن أئلف أجنبي الثوب المقصور ، فإن قلنا : القسارة أثر ، فلا أجر الاجرة ، وعلى الاجنبي القيمة . ثم المستأجر عنى قول تضمين الاجير ، يتخير بين مطالبة الاجير والاجنبي ، والقرار على الاجنبي . وإن قلنا : عين ، جاء الخلاف فيما إذا أئلف أجنبي المبيع قبل القبض . فإن قلنا : يفسخ العقد ، فهو كما لو تلف ، وإلا ، فالمستأجر الخيار في فسخ الاجارة وإجازتها . فإن أجاز ولم يضمن الاجير ، استقرت [له] الاجرة ، والمستأجر يفرم الاجنبي قيمة ثوب مقصور . وإن ضمناه ، فالمستأجر بالخيار ، إن شاء ضمن الاجنبي قيمة ثوب مقصور ، وإن شاء ضمن الاجنبي قيمة القسارة ، والاجير قيمة ثوب غير مقصور ، ثم الاجير يرجع على الاجنبي . وإن فسخ الاجارة ، فلا أجره عليه ويفرم الاجنبي قيمة ثوب غير مقصور . وإن ضمنا الاجير ، غرم القيمة من شاء منها ، والقرار على الاجنبي ، ويفرم الاجنبي الاجير قيمة القسارة . ولو أئلف الاجير الثوب ، فإن قلنا : القسارة أثر ، فله الاجرة ، وعليه قيمة ثوب مقصور . وإن قلنا : عين ، جاء الخلاف في أن إتلاف البائع كالآفة الساهوية ، أم كاتلاف الأجنبي ؟ إن قلنا : كالآفة ، فالحكم ماسبق . وإن قلنا : كالأجنبي ، وأثبتنا للمستأجر الخيار ، فإن فسخ الاجارة ، سقطت الأجرة ، وعلى الأجير قيمة ثوب غير مقصور .

وإن أجازها ، استقرت الأجرة ، وعليه قيمة ثوب مقصور . وصبغ الثوب بصبغ صاحب الثوب كالتقصير . وإن استأجره ليصبغ بصبغ من عنده ، قال المتولي : هو جمع بين البيع والاجارة ، ففيه الخلاف المعروف . وسواء صبغ ، أم لم يصبغ ، فإذا هلك الثوب عنده ، سقطت قيمة الصبغ . وسقوط الأجرة على ما ذكرنا في الفصارة .

فرع

سلم ثوباً إلى قصار ليقصره ، فجحدته ثم أتى به مقصوراً ، استحق الأجرة إن قصره ثم جحد ، [وإن جحد] ثم قصره ، فوجهان ، لأنه عمل لنفسه . قلت : ينبغي أن يكون أصحابها : الفرق بين أن يقصد بعمله لنفسه فلا أجرة ، أو يقصد عمله عن الاجارة الواجبة فيستحق الاجرة . والله أعلم

فصل

المستأجر يضمن بالتعدي ، بأن ضرب الدابة أو كبجها فوق العادة ، وعادة الضرب تختلف في حق الراكب ، والرائض ، والراعي ، فكل يراعى فيه عادة أمثاله ، ويحتمل في الأجير للرياضة والرعي مالا يحتمل في المستأجر المركوب . وأما الضرب المعتاد ، إذا أفضى إلى تلف ، فلا يوجب ضماناً ، ويخالف ضرب الزوج زوجته ، فإنه مضمن ، لأنه يمكن تأديبها بنير الضرب . ولو نام بالليل في الثوب الذي استأجره ، أو نقل فيه التراب ، أو ألبسه عصاراً ، أو دباغاً ، أو غيرها ممن هو دون حاله ، أو أسكن الدار قصاراً أو حداداً أو غيرها ممن هو أشد ضرراً منه ، أو أركب

الدابة أثقل منه ، وجب الضمان ، وقراره على الثاني إن كان عالماً ، وإلا ، فعلى الأول . وإن أركبها مثله ، فجاوز العادة في الضرب ، فالضمان على الثاني دون الأول ، لأنه لم يتعد . ولو اكرتري لمائة رطل حديد ، فحمل مائة من القطن أو التبن ، أو بالعكس ، أو مائة رطل حنطة ، فحمل مائة [رطل] شعير أو عكسه ، ضمن ، لأن الشعير أخف ، ومأخذه من ظهر الدابة أكثر ، والحنطة يجتمع ثقلها في موضع واحد ، وكذا القطن والحديد . ولو اكرتري عشرة أقفزة حنطة ، فحمل عشرة شعيراً ، لم يضمن ، لأن قدرهما في الحجم سواء ، والشعير أخف ، وبالعكس يضمن . ولو اكرتري ليركب بسرج ، فركب بلا شيء أو عكسه ، ضمن ، لأن الأول أضر بالدابة ، والثاني زيادة على الشروط . ولو اكرتري ليحمل عليها بالاكاف ، فحمل بالسرج ، ضمن ، لأنه أشق عليها ، وبالعكس لا يضمن ، إلا أن يكون أثقل . ولو اكرتري ليركب بالسرج ، فركب بالاكاف ، ضمن ، وبالعكس لا يضمن ، إلا أن يكون أثقل ، وقس على [هذا] أشباهه .

فرع

لو اكرتري دابة للحمل مقدار سميتها ، فكان الحمول أكثر ، نظر ، إن كانت الزيادة بقدر مايقع من التفاوت بين الكيلين من ذلك المبلغ ، فلا عبرة بها ، وإن كانت أكثر ، بأن كان الشروط عشرة أصح ، والحمول أحد عشر ، فللمسألة ثلاثة أحوال .

أحدها : إذا كال المستأجر الطعام ، وحمله هو عليها ، فعليه أجرة المثل لما زاد على المشهور ، وفي قول : عليه أجرة المثل للجميع . وفي قول : يتخير بين المسمى وما دخل الدابة من نقص وبين أجرة المثل . وفي قول : يتخير بين المسمى وأجرة المثل للزيادة وبين أجرة المثل للجميع . فلو تلفت البهيمة بالحمل ، فإن انفرد المستأجر باليد ، ولم يكن معها صاحبها ، فعليه ضمانها ، لأنه صار غاصباً ، وإن كان معها صاحبها ، فهل

يلزمه كل القيمة ، أم نصفها ، أم قسط الزيادة من جملة القيمة ؟ فيه أقوال . اظهرها :
الثالث ، ورجحه الامام وغيره . وعن الشيخ أبي محمد ، أن الثاني أظهر . ولو تلفت
الدابة بسبب غير الحمل ، ضمن عند انفراده باليد ، ولم يضمن إذا لم ينفرد . و[أما]
إذا لم يحمل المستأجر الطعام بنفسه ، ولكنه كآله وسلمه إلى المؤجر ، فحملة المؤجر على البهيمة ،
فإن كان المؤجر جاهلاً بالحال ، بأن قال له : هو عشرة كاذباً ، وجب الضمان على
المذهب ، كما لو حمل بنفسه . وقيل : قولان ، لاجتماع الغرور والمباشرة . وإن كان
عالمًا بالزيادة ، نظر ، إن لم يقل له المستأجر شيئاً ، ولكن حملة المؤجر ، فحكمه
ما يأتي في الحال الثاني ، لأنه حمل بنير إذن صاحبه ، ولا فرق بين أن يضعه
المستأجر على الأرض فيحملة المؤجر على البهيمة ، وبين أن يضعه على ظهر الدابة
وهي واقفة فيسيرها المؤجر . وإن قال المستأجر : أحمل هذه الزيادة ، فأجابه ،
قال المتولي : هو مستعير للبهيمة في الزيادة ، فلا أجرة لها ، وإذا تلفت البهيمة
بالحمل ، فعليه الضمان . وفي كلام الائمة ما يتنازع في الاجرة والضمان جميعاً .

الحال الثاني : إذا كال المؤجر وحملة على البهيمة ، فلا أجرة لما زاد ، سواء
غلط أو تعمد ، وسواء جهل المستأجر الزيادة أو علمها وسكت ، لأنه لم يأذن في
نقل الزيادة ، فلا يجب عليه ضمان البهيمة ، وله مطالبة المؤجر برد الزيادة إلى الموضع
المنقول منه ، وليس للمؤجر أن يردها دون رضاه . فلو لم يعلم المستأجر حتى عاد إلى
البلد المنقول منه ، فله مطالبة المؤجر بردها . والظاهر أو الاصح : أن له مطالبة
بردها في الحال ، كما لو أبق المعصوب من يد الغاصب . والثاني : لا يطالبه ببدلها ،
لان عين ماله باقية ، وردها مقدور عليه . فإذا قلنا بالاول ، ففرم البدل ، فإذا ردها
إلى ذلك البلد ، استرد البدل وردها إليه . أما لو كال المؤجر وحملة المستأجر على
البهيمة ، قال المتولي : إن كان المؤجر عالمًا بالزيادة ، فهو كما لو كال بنفسه وحملة ،

لأنه لما علم بالزيادة كان من حقه أن لا يحملها . وإن كان جاهلاً ، فوجهان مأخوذان مما لو قدم الطعام المنصوب إلى المالك فأكله جاهلاً ، هل يبرأ من الضمان ؟

الحال الثالث : إذا كالَ أجنبي وحمل بلا إذن ، فعليه أجره الزيادة للمؤجر ، وعليه الرد إلى الوضع المنقول منه إن طالبه المستأجر، وضمان البهيمة على ما ذكرناه في حق المستأجر . وإن تولى الحمل بعد كيل الأجنبي أحد التكاثرين ، نُظِرَ، أعالم هو، أم جاهل؟ ويقاس بما ذكرناه. هذا كله إذا اتفقا على الزيادة ، وعلى أنها للمستأجر، فإن اختلفا في أصل الزيادة ، أو قدرها، فالقول قول المنكر . وإن ادعى المؤجر أن الزيادة له ، والدابة في يده ، فالقول قوله . وإن لم يدعها واحد منها ، تركت في يد من هي في يده حتى يظهر مستحقها ، ولا يلزم المستأجر أجرتها .

فرع

لو وجد المحمول على الدابة دون الشروط ، نظر ، إن كان النقص بقدر ما يقع من التفاوت بين الكيلين ، فلا عبرة به ، وإن كان أكثر ، قال المتولي : إن كالَ المؤجر ، حُطَّ من الأجرة بقسطه إن لم يعلم المستأجر . فإن علم ، فإن كانت الإجارة في الذمة ، فكذلك ، لأنه لم يف بالشروط . وإن كانت إجارة عين ، فالحكم كالأحوال كال المستأجر بنفسه ونقص ، فلا يُحِطُّ شيء من الأجرة ، لأن التمكين من الاستيفاء قد حصل ، وذلك كافٍ في تقرر الأجرة .

فرع

أكثرى اثنان دابة وركبهاها ، فارتدفتها ثالث بغير إذنها ، فتلقت ، فقيا يلزم المرتدف

ثلاثة أوجه . أحدها : نصف القيمة . والثاني : ثلثها . والثالث : تقسط على أوزانهم ، فيلزمه حصة وزنه .

قلت : أصحابها : الثاني . قال الشيخ أبو حامد وغيره : لو سخر رجلاً مع بهيمته ، فتلفت البهيمة في يد صاحبها ، لم يضمها المستخير ، لأنها في يد صاحبها . والله أعلم

فصل

إذا دفع ثوباً إلى خياط ليقطعه ويخيطه ، فخطاه قباًء ، ثم اختلفا ، قال الخياط : أمرتي بقباء ، وقال : بل أمرتك بقميص ، أو سوّد الثوب بصبغ وقال : هكذا أمرتي ، فقال : بل أمرتك بصبغه أحمر ، ففيه خمسة طرق .

أصحابها وبه قال الأكثرون : في المسألة قولان . أظهرهما عند الجمهور : أن القول قول المالك . والثاني : القول قول الخياط والصباغ .

والطريق الثاني : فيه ثلاثة أقوال . هذان ، والثالث : أنها يتحالفان .

والطريق الثالث : قولان . تصديق المالك ، والتحالف .

والرابع : القطع بالتحالف ، قاله أبو علي الطبري ، وصاحب « التقريب » ، والشيخ أبو حامد .

والخامس : عن ابن سريج ، إن جرى بينها عقد ، تمين التحالف ، وإلا ، فالقولان الأولان . فإن قلنا : القول قول الخياط ، فاذا حلف ، لا أرش عليه قطعاً ، ولا أجره له على الأصح . والثاني : يجب له المسمى إتماماً لتصديقه . والثالث : أجره المثل . فاذا قلنا : لا أجره له يمينه ، فله أن يدعي الأجره على المالك ، ويحلفه ، فإن نكل ، ففي تجديد اليمين عليه وجهان .

قلت : ينبغي أن يكون أصحابها : التجديد ، وهذه قضية مسأفة . والله أعلم

وإن قلنا : القول قول المالك . فإذا حلف ، فلا أجره عليه ، وبانم الخياط أرش النقص على المذهب . وقيل : فيه وجهان كما في وجوب الأجرة تقريباً على تصديق الخياط . والفرق على المذهب : أن القطع يوجب الضمان ، إلا أن يكون باذن ، وهو غير موجب أجره إلا باذن . ثم في الأرض الواجب وجهان . أحدهما : ما بين قيمته صحيحاً ومقطوعاً . والثاني : ما بين قيمته مقطوعاً قيصاً ومقطوعاً قباءً . وعلى هذا إن لم ينقص ، فلا شيء عليه . وعلى الثاني : في استحقاقه الأجرة للقدر الذي يصلح للقميص من القطع ، وجهان . قال ابن أبي هريرة : نعم ، وبه قطع البغوي ، وضعفه ابن الصباغ ، لأنه لم يقطعه للقميص .

قلت : المنع أصح ، ونقله صاحب « البيان » عن نص الشافعي رضي الله عنه .

والله أعلم

وإذا قلنا : يتحالفان ، فحللنا ، فلا أجره للخياط قطعاً ، ولا أرض عليه على الأظهر . وإذا أراد الخياط نزع الخيط ، لم يمكن منه حيث حكنا [له] بالأجرة ، سواء كان الخيط للمالك أو من عنده ، لأنه تابع للخياطة . وحيث قلنا : لا أجره ، فله نزع خيطه كالصبغ . وحيث لو أراد المالك أن يشد بخيطه خيطاً ليدخل في الدروز إذا خرج الأول ، لم يكن له إلا برضى الخياط . وأما كيفية اليمين ، فقال في « الشامل » : إن صدقنا الخياط ، حلف بالله : ما أذنت لي في قطعه قيصاً ، ولقد أذنت لي في قطعه قباءً ، قال : وإن صدقنا المالك ، كفاه عندي أن يحلف : ما أذنت له في قطعه ، ولا حاجة إلى التعرض ، لأن وجوب الغرم وسقوط الأجرة يقتضيها نفى الإذن في القباء . وإن قلنا بالتحالف ، جمع كل واحد في يمينه بين النفي والاثبات كما سبق في البيع .

[قال ابن كج : والكلام في البداءة بمن ؟ هو كما سبق في البيع] ، والمالك هنا في رتبة البائع .

قلت : وقال الشيخ أبو حامد : إذا صدقنا الخياط ، حلف : لقد أذنت لي في قطعه قباءً فقط . فإن لم تثبت للخياط أجرة ، فهذا أصح من قول صاحب « الشامل » ، لأن هذا القدر كافٍ في نفي النرم عنه . وإن أثبتناها ، فقول صاحب « الشامل » هو الصواب . والله أعلم

فرع

قال للخياط : إن كان هذا الثوب يكفيني قيصاً فاقطعه ، فقطعه فلم يكفه ، ضمن الأرض ، لأن الأذن مشروط بما لم يوجد . وإن قال : هل يكفيني قيصاً ، فقال : نعم ، فقال : اقطعه ، فقطعه فلم يكفه ، لم يضمن ، لأن الأذن مطلق .

فصل

اختلاف المتكاريين في الأجرة أو المدة أو قدر المنفعة ، هل هي عشرة فراسخ ، أم خمسة ، أم كل الدار ، أم بيت منها ؟ يوجب التحالف ، فإذا تحالفا ، فسخ العقد ، وعلى المستأجر أجرة المثل لما استوفاه .

الباب الثالث

في الطوارئ الموجبة للفسخ

فالفسخ والافساح ، يثبت بخلل يمرض في العقود عليه، وهو ثلاثة أقسام .
إحداها : ما ينقص المنفعة . ومتى ظهر بالمستأجرة نقص متفاوت به الاجرة ،
فهو عيب مثبت للفسخ، وذلك كمرض العبد والدابة ، وانقطاع ماء البئر وتغيره بحيث
يمنع الشرب ، وانكسار دعائم الدار واعوجاجها ، وانهدام بعض جدرانها ، لكن
لو بادر المؤجر إلى الإصلاح ، وكان قابلاً للإصلاح في الحال ، سقط خيار المستأجر
كما سبق . وسواء كان العيب سابقاً للعقد أو القبض ، أو حادثاً في يد المستأجر .
ثم إن ظهر العيب قبل مضي مدة لها أجرة ، فإن شاء فسخ ولا شيء عليه ، وإن
شاء أجاز بجميع الاجرة . وإن ظهر في أثناء المدة ، فالوجه ما ذكره التولي وهو
أنه إن أراد الفسخ في جميع المدة ، فهو كما لو اشترى عبيد ف تلف أحدهما ، ثم
وجد بالباقي عيباً وأراد الفسخ فيها . وإن أراد الفسخ فيما بقي من المدة ، فهو
كالو أراد الفسخ في العبد الباقي وحده ، وحكمها مذكور في البيع . وأطلق الجمهور
القول بأن له الفسخ ، ولم يذكروا هذا التفصيل . ومتى امتنع الفسخ ، فله الارش ،
فيرفع أجرة مثله سليماً ومعيباً ، ويعرف التفاوت بينها . هذا كله في إجارة العين . أما إذا
وجد في إجارة الذمة بالدابة المسلمة عيباً ، فلا فسخ ، بل يردّها ويلزم المؤجر إبدالها .

فصل

لا تفسخ الاجارة بالأعذار ، سواء كانت إجارة عين أو ذمة ، وذلك كما إذا

استأجر دابة للسفر عليها فرض ، أو حانوتاً لحرفة فنديم^(١) أو هلكت آلات تلك الحرفة ، أو حملاً فتعذر الوقود ، وكذا لو كان العذر للمؤجر ، بأن مرض وعجز عن الخروج مع الدابة ، أو أكرى داره وأهله مسافرون ، فعادوا واحتاج إلى الدار ، أو تأهل ، فلا فسخ في شيء منها ، إذ لا خلل في المقود عليه . ولو اكترى أرضاً للزراعة ، فزرعها ، فهلك الزرع بجائحة من سيل أو شدة حر أو برد أو كثرة مطر ونحوها ، فليس له الفسخ ولا حط شيء من الأجرة ، لأن الجائحة لحقت زرع المستأجر ، لا منفعة الأرض ، فصار كما لو اكترى دكاناً لبيع البز فاحترق برقه ، لا تنفسخ الاجارة . فلو فسدت الأرض بجائحة أبطلت قوة الانبات في مدة الاجارة ، انفسخت الاجارة في المدة الباقية . ثم إن كان فساد الأرض بعد فساد الزرع ، فهل يسترد شيئاً من الأجرة ؟ فيه احتمالان للإمام . أحدهما عند الغزالي : النعم ، لأنه لو بقيت صلاحية الأرض ، لم يكن للمستأجر فيها نفع بعد فوات الزرع . والثاني وبه قطع بعض أصحاب الإمام : يسترد ، لأن بقاء الأرض على صفتها مطلوب . فإذا زال ، ثبت الانفساخ . وإن كان فساد الزرع بعد فساد الأرض ، فأصح الاحتمالين بالاتفاق : الاسترداد .

القسم الثاني : فوات المنفعة بالسكينة حيساً ، فمن صورته موت الدابة والاجير المعين ، فإن كان قبل القبض أو عقبه قبل مضي مدة لمثلها أجرة ، انفسخ العقد . وإن كان في خلال المدة ، انفسخ العقد في الباقي . وفي الماضي الطريقان فيما إذا اشترى عبدين ، فقبض أحدهما وتلف الثاني قبل القبض ، هل ينفسخ البيع في المقبوض ؟ فإن قلنا : ينفسخ في الماضي ، سقط المسمى ووجب أجرة المثل لما مضى . وإن قلنا :

(١) كذا الأصل « فنديم » وهو كذلك في هامش نسخة الظاهرية ، ونس عليها بأنها كذا بخط المؤلف ، وفي متن نسخ الظاهرية « فهدم » .

لا يفسخ فيه ، فهل له خيار الفسخ ؟ وجهان . أصحها عند الامام والنفوي : لا ، لأن منافعه استهلكت . والثاني : نعم ، وبه قطع ابن الصباغ وآخرون ، لأن جميع العقود عليه لم يسلم . فان قلنا : له الفسخ ، ففسخ ، رجع إلى أجرة المثل . وإن قلنا : لا فسخ ، أو أجاز ، وجب قسط ماضى من المسمى ، والتوزيع على قيمة المنفعة وهي أجرة المثل ، لا على نفس الزمان ، وذلك يختلف ، فربما تريد أجرة شهر على أجرة شهرين ، لكثرة الرغبات في ذلك الشهر . وإن كانت مدة الاجارة سنة ، ومضى نصفها ، وأجرة المثل فيه مثلاً أجرة المثل في النصف الباقي ، وجب من المسمى ثلثاها . وإن كانت بالمكس ، فثلثه . وإذا أثبتنا الخيار بعيب ، ففسخ العقد في المستقبل ، ففي الانفساخ في الماضي الطريقان . فان لم يفسخ ، فطريق التوزيع مائتاً . وإن أجاز ، فمليه الأجرة المساة بتمامها ، كالمواري ببيع المبيع ، لزمه جميع الثمن . وسواء حصل التلف بأفة سماوية ، أم بفعل المستأجر ، بل لو قتل العبد أو الدابة الميئنة ، كان حكم الانفساخ والأجرة ما ذكرناه ، ويلزمه قيمة ما أتلّف . وعن ابن أبي هريرة : أنه تستقر عليه الأجرة المساة بالاتلاف ، كما يستقر الثمن على المشتري بالانلاف . والصحيح الأول ، لأن البيع ورد على العين ، فإذا أتلّفها صار قابضاً ، والاجارة واردة على المنافع ، ومنافع الزمن المستقبل معدومة لا يتصور ورود الاتلاف عليها ، وعلى هذا لو عيب المستأجر الدار ، أو جرح العبد ، فهو كالتعيب بأفة سماوية في ثبوت الخيار .

فرع

نص أن انهدام الدار يقتضي الانفساخ ، ونص فيما إذا اكترى أرضاً

للزراعة ولها ماء معتاد فانقطع ، أن له فسخ العقد ، وفيها ثلاثة طرق . أحدها :
تقرير النصين ، لأن الدار لم تبق داراً ، والأرض بقيت أرضاً ، ولأن الأرض يمكن
زراعتها بالأمطار . والثاني : القطع بعدم الانفساخ . وأصحها : قولان في المسألتين .
أظهرهما : في الانهدام الانفساخ ، وفي انقطاع الماء : ثبوت الخيار ، وإنما يثبت الخيار إذا
انقطعت (١) الزراعة . فإن قال المؤجر : أنا أسوق إليها ماءً من موضع آخر ، سقط الخيار
كالموادر إلى إصلاح الدار . فإن قلنا بالانفساخ ، فالحكم كموت العبد ، وإلا ، فله
الفسخ في المدة الباقية . وفي الماضي الوجهان . فإن منعه ، فعليه قسط ماضى من
المسمى . وإن أجاز ، لزمه المسمى كله . وقيل : يحط للانهدام وانقطاع
الماء ما يخصه .

فرع

لو غصب العبد المستأجر أو أبق ، أو ندت الدابة ، فإن كانت الاجارة في
الذمة ، فعلى المؤجر الابدال . فإن امتنع ، استؤجر عليه . وإن كانت إجارة عين ،
أو غصبت الدار المستأجرة ، فللمستأجر الخيار . فإن كان ذلك في أثناء المدة ،
فإن اختار الفسخ ، فسخ في الباقي . وفي الماضي الخلاف السابق . وإن لم يفسخ
وكان قد استأجر مدة معلومة فانقضت ، بني على الخلاف فيما إذا أتلّف أجنبي المبيع
قبل القبض ، هل يفسخ البيع ، أم لا ؟ إن قلنا : يفسخ ، فكذلك الاجارة ،
ويسترد الاجرة . وإن قلنا : لا يفسخ ، فكذلك الاجارة ، ويتخير بين أن يفسخ
ويسترد الاجرة ، وبين أن يميز وبطالب الناصب بأجرة المثل . والذي نص عليه

(١) في لسخ الظاهرية : امتنعت .

الشافعي رضي الله عنه والاصحاب ، انفساخ الاجارة وإن كان البناء المذكور يقتضي ترجيح عدم الانفساخ ، لكن المذهب الانفساخ . وعلى هذا ، لو عاد إلى يده وقد بقي بعض المدة ، فلمستأجر أن ينتفع به في الباقي ، وتسقط حصة المدة الماضية ، إلا إذا قلنا : إن الانفساخ في بعض المدة يوجب الانفساخ في الباقي ، فليس له الانتفاع في بقية المدة . وإن كان استأجره لعمل معلوم ، فله أن يستعمله فيه متى قدر عليه . وإذا بادر المؤجر إلى الانتزاع من الغاصب ، ولم تعطل منفعة على المستأجر ، سقط خياره كما سبق في إصلاح الدار .

فرع

إذا أقر المؤجر بالمستأجرة للغاصب من المستأجر أو لغيره ، ففي قبول إقراره في الرقبة قولان . أظهرهما : القبول . فإن قبلناه ، ففي بطلان حق المستأجر من المنفعة أوجه . أصحابها : لا يبطل . والثاني : يبطل . والثالث : إن كانت العين في يد المستأجر تركت في يده إلى انقضاء المدة . وإن كانت في يد المقر له ، لم تنزع منه ، فإن قلنا بالبطلان ، فهل يحلّف المؤجر ؟ فيه الخلاف المذكور في أن المرتهن ، هل يحلّف الراهن إذا أقر بالرهون وقبلناه ؟

فرع

للمؤجر خاصة من غصب المستأجرة أو سرقها ، وليس للمستأجر الخاصة على الاصح المنصوص كالودع والمستعير ، ويمجري الوجهان في أن المرتهن هل يخاصم لأن له حقاً ؟

فصل

الثوب المعين للخياطة ، إذا تلف ، ففي انفساخ العقد خلاف سبق . الأصح عند
الامام وجماعة : لا يفسخ ، وعن المراقبين والشيخ أبي علي : أنه يفسخ لتعلقه بذلك
الثوب ، وبه قطع ابن الحداد ، وفيما إذا اكترى دواب في الزمة لحمل خمسة أعبد
معيّن ، فمات اثنان منهم وحمل ثلاثة ، فقال : له ثلاثة أخماس الكراء ومقط خمسه ،
والصورة فيما إذا تساوت أوزانهم ، ويشهد له نص الشافعي رضي الله عنه حيث قال :
إذا نكحها على خياطة ثوب معين فتلف قبل الخياطة ، لها مهر المثل . قال الشيخ
أبو علي : والخلاف فيما إذا ألزم ذمته خياطة ثوب بعينه ، أو حمل متاع بعينه ، أو عبد ،
فان العقد وإن كان في الزمة ، فتعلق بعين الثوب والمتاع . أما إذا استأجر دابة
بعينها مدة لركوب أو حمل متاع ، فهلكا ، فلا يفسخ العقد ، بل يجوز إبدال الراكب
والمتاع بلا خلاف . فان قلنا : لا يفسخ ، فأنتى بثوب مثله ، فذاك . وإن لم يأت
لجزءه ، أو امتنع مع القدرة حتى مضت مدة إمكان العمل ، ففي استقرار الأجرة وجهان .

قلت : أصحها : لا تستقر . والله أعلم

فان قلنا : تستقر ، فلمستأجر فسخ العقد على الأصح ، لأنه ربما لا يجد ثوباً
آخر ، أو لا يريد قطعه .

فرع

موت الصبي المميّن للتعليم ، كتلف الثوب المميّن للخياطة ، وكذا الصبي المميّن
للإرضاع إن لم يكن ولد المرزعة . فان كان ولدها ، فخلاف مرتّب ، وأولى بالانفساخ ،

لأن درور اللبن على ولدها أكثر من الأجنبي ، فلا يمكن إقامة غيره مقامه .

فرع

لو بدأ له في قطع الثوب الممين وهو باقٍ ، قال الامام : المتجه أنه لا يجب عليه الاتيان به ، لكن تستقر عليه الأجرة إذا سلم الاجير نفسه ومضى مدة إمكان العمل إن قلنا : تستقر الاجرة بتسليم الاجير نفسه وليس للأجير فسخ الاجارة ، وإن قلنا : لا تستقر ، فله فسخها ، وليس للمستأجر الفسخ بحال ، لأن الاجارة لا تنفسخ بالاعذار .

فصل

لا تنفسخ الاجارة بموت المتعاقدين ، بل إن مات المستأجر ، قام وارثه في استيفاء المنفعة مقامه . وإن مات المؤجر ، ترك المال عند المستأجر إلى انقضاء مدة الاجارة ، فان كانت الاجارة على الذمة ، فما التزمه ، دين عليه . فان كان في التركة وفاء ، استؤجر منها لتوفيقته ، وإلا ، فالوارث بالخيار ، إن شاء وفاه واستحق الأجرة ، وإن أعرض فللمستأجر فسخ الاجارة . ولو أوصى بداره لزيد مدة عمر زيد ، فقبل الوصية ، وأجرها زيد مدة ، ثم مات في خلالها ، انفسخت الاجارة ، لانتهاء حقه بموته .

فصل

إذا أكرى جِمالاً فهرب ، فتارة يهرب بها ، وتارة يهرب ويتركها عند المستأجر ، فان هرب بها ، نظر ، فان كانت الاجارة في الذمة ، اكرى الحاكم عليه من ماله . فان لم يجد له

مالاً، اقترض عليه من بيت المال أو من المستأجر أو غيره واكترى عليه. قال في « الشامل » : ولا يجوز أن يكل أمر الاكتراء إلى المستأجر ، لأنه يصير وكيلًا في حق نفسه . وإن تمذر الاكتراء عليه ، فللمستأجر الفسخ كما لو انقطع السلم فيه عند المحل . فإن فسخ ، فالأجرة دين في ذمة الجئال وإن لم يفسخ ، فله مطالبة الجئال - إذا عاد - بما التزمه . وإن كانت إجارة عين ، فللمستأجر فسخ العقد ، كما إذا نددت الدابة . وأما إذا تركها عند المستأجر ، فإن تبرع بالانفاق عليها ، فذاك ، وإلا ، راجع الحاكم لينفق عليها وعلى من يقوم بتبنيها من مال المؤجر إن وجدته ، وإلا ، استقرض عليه كما ذكرنا ، ثم إن وثق بالمستأجر ، سلم إليه ما اقترضه لينفق عليها ، وإلا ، دفعه إلى من يثق به . وإذا لم يجد مالاً آخر ، باع منها بقدر الحاجة لينفق عليها من ثمنه ، ولا يخرج على الخلاف في بيع المستأجرة ، لأنه محل ضرورة ، ويبقى في يد المستأجر إلى انتهاء المدة . ولو لم يقتض الحاكم من المستأجر ، ولكن أذن له في الانفاق ليرجع ، جاز على الأظهر ، كما لو اقترض منه ثم دفعه إليه . والثاني : المنع ، ويجعل متبرعاً . وعلى الأول ، لو اختلفا في قدر ما أنفق ، فالصحيح : أن القول قول المنفق . وقيل : قول الجئال .

قلت : قال أصحابنا : إنما يقبل قول المستأجر إذا ادعى نفقة مثله في المادة .

والله أعلم

ولو أنفق المستأجر بغير إذن الحاكم مع إمكانه ، لم يرجع . وإن لم يكن حاكم ، فعلى ما ذكرناه في عامل المساقاة إذا هرب . قال الامام : ولو كان هناك حاكم ، وعسر إثبات الواقعة عنده ، فهو كما إذا لم يكن حاكم . وإذا أثبتنا الرجوع فيما إذا أنفق بغير مراجعة الحاكم ، فاختلفا في قدره ، فالقول قول الجئال ، لأن إنفاقه لم يستند إلى ائتمان من جهة الحاكم ، قال : وفيه احتمال ، لأن الشرع سلطه عليه .

وإذا انقضت مدة الاجارة ولم يعد الجئال ، باع الحاكم منها ما يقضي بثمنه ما اقترضه وحفظ باقيا . وإن رأى ييما لثلا تأكل نفسها ، فعل .

فصل (١)

إذا اكترى دابة أو داراً مدة، وقبضها وأمسكها حتى مضت المدة ، انتهت الاجارة واستقرت الأجرة سواء انتفع بها في المدة ، أم لا ، وليس له الانتفاع بعد المدة ، فإن فعل ، لزمه أجرة المثل مع المسمى . ولو ضُبِضَت المنفعة بالعمل دون المدة ، بأن استأجر دابة ليركبها إلى بلد ، أو ليحمل عليها إلى موضع معلوم ، وقبضها وأمسكها عنده حتى مضت مدة يمكن فيها السير إليه ، استقرت عليه الأجرة أيضاً ، وسواء تخلف المستأجر لمذر أم لغيره ، حتى لو تخلف لخوف الطريق أو عدم الرقعة ، استقرت الأجرة عليه ، لان المنافع تلفت في يده ، ولأنه يمكنه السفر عليها إلى بلد آخر واستعمالها في البلد تلك ، وليس للمستأجر فسخ العقد بهذا السبب ، ولا أن يلزم المؤجر استرداد الدابة إلى تيسر الخروج ، هذا في إجارة العين ، فإن كانت على الذمة وسلم دابة بالوصف المشروط ، فمضت المدة عند المستأجر ، استقرت الأجرة أيضاً ، لتعين حقه بالتسليم وحصول التمكن . ولو كانت الاجارة فاسدة ، استقرت فيها أجرة المثل بما يستقر به المسمى في الاجارة الصحيحة ، سواء انتفع ، أم لا ، وسواء كانت أجرة انثل أقل من المسمى أو أكثر .

فرع

أجر الحر نفسه مدة لعمل معلوم ، وسلم نفسه ، فلم يستعمله المستأجر حتى مضت

المدة ، أو مدة يمكن فيها ذلك العمل، استقرت الأجرة على الأصح، ويجري الخلاف فيما إذا ألزم ذمة الحر عملاً، فسلم نفسه مدة إمكان ذلك العمل [ولم يستعمله، وطرد المتولي. الخلاف فيما إذا التزم الحر عملاً في الذمة وسلم عبده ليستعمله] فلم يستعمله، ووجبه بما يقتضي إثبات خلاف في كل إجارة على الذمة. ثم إن قلنا : لاستقر ، فللأجير أن يرفع الأمر إلى الحاكم ليجبره على الاستعمال .

فرع

أكرى عيناً مدة ، ولم يسلمها حتى مضت المدة ، انفسخت الإجارة، لفوات العقود عليه ، فلو استوفى [منفعة] المدة ، فطريقان . أحدهما : أنه كاتلاف البائع المبيع قبل القبض . والثاني : القطع بالانفساخ. ولو أمسكها بعض المدة ، ثم سلمها، انفسخت الإجارة في المدة التي تلفت منافعها. وفي الباقي الخلاف فيما إذا تلف بعض المبيع قبل القبض ، فإن قلنا : لا يفسخ ، فللمستأجر الخيار ، ولا يبدل زمان بزمان . ولو لم تكن المدة مقدرة ، واستأجر دابة للركوب إلى بلد فلم يسلمها حتى مضت مدة يمكن فيها المضي إليه، فوجهان ، أحدهما : تنفسخ الإجارة ، وهو اختيار الامام . وأصحابها وبه قطع الأكثرون : لا تنفسخ، لأن هذه الإجارة متعلقة بالمنفعة لا بالزمان ، ولم يتعذر استيفائها. فلي هذا ، قال الأصحاب : لا خيار للمستأجر ، كما لا خيار للمشتري إذا امتنع البائع من تسليم المبيع مدة ثم سلمه . وشذ الزالي فقال في « الوسيط » : له الخيار، لتأخر حقه. والمروفي ، ماسبق . ولو كانت الإجارة في الذمة ولم يسلم ما تستوفي المنفعة منه حتى مضت مدة يمكن فيها تحصيل تلك المنفعة ، فلا فسخ ولا انفساخ بحال ، لأنه دين تأخر إيفاءه .

القسم الثالث : فوات المنفعة شرعاً ، كفواتها حبساً في اقتضاء الانفساخ، اتمذر

الاستيفاء ، فاذا استؤجر لقلع سنٍ وجيمة ، أو يد متأكّلة ، أو لاستيفاء قصاص في نفس أو طرف ، فالاجارة صحيحة على الأصح كما سبق ، فاذا زال الوجع ، أو عفي عن القصاص ، فقد أطلق الجمهور أن الاجارة تنفسخ ، وفيه كلامان . أحدهما : أن المنفعة في هذه الاجارة مضبوطة بالعمل دون الزمان ، وهو غير مأبوس منه ، لاحتمال عود الوجع ، فليكن زوال الوجع كغصب المستأجرة حتى يثبت خيسار الفسخ دون الانفساخ . والثاني : حكى الشيخ أبو محمد وجهاً أن الاجارة لا تنفسخ ، بل يستعمل الأجير في قلع مسبار أو وتد ، ويراعى تداني العملين ، وهذا ضعيف ، والقوي ما قيل أن الحكم بالانفساخ جواب على أن المستوفى به لا يبدل ، فإن جوزناه ، أمره بقلع سن وجمة لغيره .

فصل

إذا آجر الوقفَ البطنُ الأول ، ثم مات في أثناء المدة ، فوجهان . أحدهما : تبقى الاجارة بحالها كالأجر ملكه فمات . وأصحها : المنع ، لأن المنافع بعد موته لغيره ، ولا ولاية له عليه ، ولا نيابة ، ثم عبارة الجمهور بالانفساخ وعدمه ، ففي وجه : ينفسخ . وفي وجه : لا ينفسخ ، واستبعدا الصيدلاني والامام وطائفة ، لأن الانفساخ يشعر بسبق الانعقاد ، وجهلوا الخلاف في أنّا هل ندين البطلان لأنّا تبينا أنه تصرف في غير ملكه ؟ ثم إن أبقينا الاجارة ، فحصة المدة الباقية من الأجرة تكون للبطن الثاني ، فإن أتلفها الأول ، فهي دين في تركته ، وليس كما لو أجر ملكه ومات في المدة ، حيث تكون جميع الأجرة تركة تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ، لأن التصرف ورد على خالص ملكه ، والباقي له بعد الاجارة رقبة مسلوقة المنفعة في تلك المدة ، فتنقل إلى الوارث كذلك . وإن قلنا : لا تبقى الاجارة ، فهل

تبطل فيما مضى ؟ قال ابن الصباغ : بنى على الخلاف في تفريق الصفقة . فان قلنا : لا تفرق ، كان للبطن الأول أجرة المثل لما مضى . أما إذا أجر الوقف متوليه ، فموته لا يؤثر في الاجارة على الصحيح ، لأنه ناظر للجميع . وقيل : تبطل الاجارة كما سيأتي في ولي الصبي إن شاء الله تعالى .

فرع

للولي إجارة الطفل وماله ، أباً كان أو وصياً أو قيماً ، إذا رأى المصلحة فيها ، لكن لا يجاوز مدة بلوغه بالسن . فلو أجره مدة يبلغ في أثنائها ، بأن كان ابن سبع سنين ، فأجره عشر سنين ، فطريقان . قال الجمهور : يبطل فيما يزيد على مدة البلوغ ، وفيما لا يزيد قولاً تفريق الصفقة . والثاني : القطع بالبطان في الجميع ، وهو الأصح عند البغوي .

قلت : واختاره أيضاً ابن الصباغ . والله أعلم

ويجوز أن يؤجره مدة لا يبلغ فيها بالسن وإن احتمل بلوغه بالاحتلام ، لأن الأصل بقاء الصب . فلو اتفق الاحتلام في أثنائها ، فوجهان . أحدها عند صاحب « المذهب » والرويانى : بقاء الاجارة . وأصحها عند الامام والمتولي : لا تبقى .

قلت : صحح الرافعي في « المحرر » الثاني . والله أعلم

ثم التعبير عن هذا بالانفساخ أو تبين البطان ، كما ذكرنا في مسألة الوقف . وإذا قلنا : لا تبقى الاجارة ، جاء فيما مضى خلاف تفريق الصفقة . وإذا قلنا : تبقى ، فهل له خيار الفسخ إذا بلغ ؟ وجهان . أحدهما : لا ، كالأول زوجها ثم بلغت .

فرع

أجر الولي مال المجنون ، فأفاق في أثناء المدة ، فهو كبلوغ الصبي بالاحتلام .

فصل

لو أجر عبده ثم أعتقه ، نفذ ، لأن إعتاق المنصوب والآبق نافذ ، فهذا أولى ، ولا تنفسخ الاجارة على الصحيح ، ولا خيار للعبد على الأصح ، ولا يرجع على السيد بأجرة المثل للمدة الواقعة بعد العتق على الأظهر الجديد . وقيل : على الأصح . فان قلنا : يرجع ، فنفقته في تلك المدة على نفسه ، لأنه مالك لمنفعة نفسه . وإن قلنا : لا يرجع ، فهل هي على سيده لادامة جسده ؟ أم في بيت المال لأنه حرٌّ عاجز ؟ وجهان . أصحها : الثاني .

قلت : فان قلنا : النفقة على السيد ، فوجهان . أحدهما : تجب بالنفقة ما بلغت . وأصحها : يجب أقل الأمرين من أجرة مثله وكفايته . والله أعلم

ولو ظهر بالعبد عيب بعد العتق ، وفسخ المستأجر الاجارة ، فالمنافع للعتيق إن قلنا : يرجع بمنافعه على السيد ، وإلا ، فهل هي له ، أم للسيد ؟ وجهان .

قلت : الأصح : كونها للعتيق . والله أعلم

ولو أجر عبده ومات ، وأعتقه الوارث في المدة ، ففي انفساخ الاجارة ماسبق . فان قلنا : لا انفساخ ، لم يرجع هنا على المعتق بشيء بلا خلاف . ولو أجر أم ولده ومات في المدة ، عتقت . وفي بطلان الاجارة ، الخلاف المذكور إذا أجر

البطن الأول الوقف ومات، وكذا الحكم في إجارة الملقى عتقه بصفة. قال البغوي : وإنما تجوز إجارته مدة لا تتحقق الصفة فيها، فإن تحققت (١)، فهو كإجارة الصبي مدة يتحقق بلوغه فيها .

قلت : هذا الذي قاله البغوي ظاهر إن منعنا بيع العين المستأجرة ، فإن جوزناه فينبغي أن يقطع بمجواز إجارته هنا، لأنه متمكن من بيعه، وإبقاء الإجارة إلى انقضاء مدتها، بخلاف مسألة الصبي، لكن قد يقال : وإن تمكن فقد لا يفعل . والله أعلم

فرع

كتابة العبد المكترى جائزة عند ابن القطان ، باطلة عند ابن كج .
قلت : الثاني : أقوى . والله أعلم

فإن جوزناها ، عاد الخلاف في الخيار وفي الرجوع على السيد .
قلت : ومن مسائل الفصل ، ما ذكره ابن كج، وهو خارج عن القواعد السابقة : أنه لو أكرى داراً لعبد ثم قبض العبد وأعتقه ، فأنهدمت الدار، رجع على المعتق بقدر ما بقي من المدة من قيمة العبد . والله أعلم

فصل

إذا باع العين المستأجرة ، فله حالان .
[الحال الأول : البيع للمستأجر، وهو صحيح قطعاً . ثم في الإجارة وجهان .
(١) في الأصل : تحقق .

أحدهما : تنفسخ ، قاله ابن الحداد ، ويمبر عنه بأن الاجارة والملك لا يجتمعان . وأصحها :
لاتنفسخ . فعلى الأول ، يرجع المستأجر على المؤجر بقية المدة على الأصح . وقال
ابن الحداد : لا يرجع . ولو فسخ المستأجر البيع بصيب ، لم يكن [له] الامساك
بحكم الاجارة ، لأنها قد انفسخت بالشراء . ولو تلفت العين ، لم يرجع على البائع
بشيء ، لأن الاجارة غير باقية عند التلف ، وعلى الوجه الثاني الأصح ، وهو أن
الاجارة لاتنفسخ بالشراء ، ففي صورة فسخ البيع باليب له الامساك بحكم الاجارة ،
ولو فسخ عقد الاجارة ، رجع على البائع بأجرة بقية المدة . وفي صورة التلف تنفسخ
الاجارة بالتلف ، وحكمه ماسبق ، وتخرج على الخلاف في أن الاجارة والملك هل
يجتمعان ؟ مسائل .

إحداها : أوصى لزيد برقة دار ، ولعمرو بمنفعتها ، وأجرها لعمرو ، ففي صحة
الاجارة الوجهان .

الثانية : مات المستأجر ووارثه المؤجر ، ففي انفساخها الوجهان .

الثالثة : أجر المستأجر العين المستأجرة للمالك ، جاز على الصحيح النصوص ،
كما يجوز أن يبيعه ما اشتراه منه ، ومنعه ابن سريج ، لاجتماع الملك والاجارة .

الرابعة : أجر داره لابنه ، ومات الأب في المدة ولا وارث له غير الابن
المستأجر ، وعليه ديون مستفرقة ، بني أولاً على أن الوارث هل يملك التركة وهناك
دين مستفرق ؟ إن قلنا : لا يملك ، بقيت الاجارة بحالها . وإن قلنا : يملك ، وهو
الصحيح ، فعلى الأصح : لاتنفسخ الاجارة . وعلى قول ابن الحداد : تنفسخ ، لأن الملك
طراً على الاجارة . وادعى الروياني أن هذا أصح . وإذا انفسخت الاجارة ،
قال ابن الحداد : الابن غريم يضارب بأجرة بقية المدة للفرماء ، وواقفه
بعضهم ، وخالفه المعتبرون ، لأنه خلاف ماسبق عنه في الشراء : أنه لا يرجع ،

وضمفوا الفرق . ولو مات الأب المؤجر عن ابنين ، أحدهما المستأجر ، فعلى الأصح : لاتنسخ الاجارة في شيء من الدار ، ويسكنها المستأجر إلى انقضاء المدة ، ورقبتها بينها بالارث . وقال ابن الحداد : تنسخ الاجارة في النصف الذي يملكه المستأجر ، وله الرجوع بنصف أجرة ما تنسخ المقد فيه ، لان مقتضى الانفساخ في النصف الرجوع بنصف الأجرة ، لكنه خلف ابنين والتركة في يدهما ، والدين الذي يلحقها يتوزع ، فيخص الرابع الربع ، ويرجع بالربع على أخيه ، فان لم يترك الميت سوى الدار ، يبيع من نصيب الأخ الرجوع عليه بقدر ما يثبت به الرجوع ، وهذا بعيد عند الأئمة ، لأن الابن المستأجر ورث نصيبه بمنافه ، وأخوه ورث نصيبه مسلوب المنفعة ، ثم قد تكون أجرة مثل الدار في تلك المدة مثلي ثمنها ، فاذا رجع على الأخ بربع الأجرة ، احتاج إلى بيع نصيبه ، فيكون أحدهما قد فاز بجميع نصيبه ، ويبيع نصيب الآخر وحده في دين الميت . قال الشيخ أبو علي : ولو لم يخلف إلا الابن المستأجر ، ولا دين عليه ، فلا فائدة في الانفساخ ، ولا أثر له ، لأن الكل له ، سواء [أخذ] بالارث ، أو أخذ مدة الاجارة بالاجارة وبمدها بالارث ، وسواء أخذ بالدين أم بالارث .

فرع

أجر البطن الأول الوقف للبطن الثاني ، ومات المؤجر في المدة ، فان قلنا : لو أجزأجنبياً بطلت الاجارة ، فهنا أولى ، وإلا ، فوجهان ، لأنه طراً الاستحقاق في مدة الاجارة . قال الامام : وهذا أولى بارتفاع الاجارة .

الحال الثاني : البيع لغير المستأجر ، وهو صحيح على الأظهر عند الأكثرين . ويجري القولان سواء أذن المستأجر ، أم لا . وإذا صححنا ، لم تنسخ الاجارة ، كما

لا يفسخ النكاح ببيع الزوجة ، ويترك في يد المستأجر إلى انقضاء المدة ، والمشتري
فسخ البيع إن كان جاهلاً . وإن كان عالماً ، فلا فسخ له ، ولا أجره لتلك المدة ،
وكذا لو كان جاهلاً وأجاز ، ذكره البغوي ، ويشبه أن يكون على الخلاف في
مدة بقاء الزرع إذا باع أرضاً مزروعة . ولو وجد المستأجر به عيباً ، وفسخ الاجارة ،
أو عرض ما تفسخ به الاجارة بمنفعة بقية المدة ، إن يكون ؟ وجهان . قال ابن الحداد :
المشتري . وقال أبو زيد : للبائع ، لأن المشتري لم يملك منافع تلك المدة . وبناء المتولي
على أن الرد بالميب يرفع المقد من أصله ، أم من حينه ؟ إن قلنا بالأول ، فهي
للمشتري وكأن الاجارة لم تكن . وإن قلنا : من حينه ، فللبائع ، لأنه لم يوجد عند
الرد ما يوجب الحق للمشتري . قال : ولو تقايلا الاجارة ، فإن قلنا : الاقالة ببيع ،
فهي للبائع . وإن قلنا : فسخ ، فكذلك على الصحيح ، لأنها ترفع المقد من حينها قطعاً .
وإذا حصل الانفساخ ، رجع المستأجر بأجرة بقية المدة على البائع . قال ابن كج :
ويحتمل أن يرجع على المشتري .

فرع

القولان في صحة بيع المستأجر يجران في هبته ، وتجاوز الوصية به قطعاً .

فرع

لو باع عيناً واستثنى منفعتها لنفسه سنة أو شهراً ، فطريقان . أحدهما يحكي
عن ابن سريج : أنه على قولي بيع المستأجر . والمذهب : القطع بطلان المقد .

فصل

في مسائل منشورة تتعلق بالباب الأول

إحداها : قال : أُرِزْتُ ذِمَّتُكَ نَسَجَ ثوب صفته كذا على أن تنسجه بنفسك، لم يصح العقد ، لأنه غرر ، فأشبهه السلم في شيء معين .

الثانية : يصح استئجار الأرض بما يستأجر به الثوب والعبد من الدراهم والطعام وما تنبت الأرض وغيرها ، إذا عيِّن أو وُصِفَ .

الثالثة : إذا استأجر دابة ليركبها إلى بلد بمشرة دفانير، وجب نقد بلد العقد . ولو كانت الاجارة فاسدة ، فلا اعتبار في أجرة المثل بموضع إتلاف المنفعة نقداً أو وزناً .

الرابعة : يجوز إجارة المصحف والكتب لمطالعتها والقراءة منها .

الخامسة : لا يجوز أن يستأجر بركة ليأخذ منها السمك . فلو استأجرها ليحبس فيها الماء حتى يجتمع فيها السمك ، جاز على الصحيح .

السادسة : يصح من المستأجر إجارة ما استأجره بعد قبضه ، سواء أجر بمثل ما استأجر ، أم بأقل ، أم بأكثر . وفي إجارته قبل القبض وجهان . قال ابن سريج : يجوز ، والأصح : المنع . فعلى هذا ، في إجارته المؤجر وجهان ، كبيع المبيع للبائع قبل قبضه .

قلت : الأصح : صحة إجارته للمؤجر . والله أعلم

السابعة : المستعير لا يكره . فلو استعار ليكرهه ، لم يصح على الأصح . وقيل : يجوز كما لو استعاره ليرهنه .

الثامنة : أجر ناظر المسجد حانوته الخراب، بشرط أن يعمره المستأجر بماله، ويكون ما أنفقه محسوباً من أجرته ، لم تصح الاجارة،لانه عند الاجارة غير منتفع به .

التاسعة :لاتحوز إجارة الحمام بشرط أن تكون مدة تعطله بسبب الهارة ونحوها محسوبة على الستأجر ، ولا على المؤجر ،لا بمعنى انحصار الاجارة في المدة في الباقي لان المدة تصير مجهولة ، ولا بمعنى استيفاء مثلها بعد المدة لان آخر المدة يصير مجهولاً .

العاشرة : استأجره ليبيع له شيئاً مميئاً ، جاز ، لان الظاهر أنه يجد رغباً ، ولشراء شيء معين لايجوز ،لان رغبة مالكه في البيع غير مظنونة ،ولشراء شيء موصوف يجوز ، ولبيع شيء لرجل معين لايجوز .

الحادية عشرة : لو أراد استئجاره للخروج إلى بلد السلطان،والنظم للمستأجر، وعرض حاله في المظالم ، قال الفقهاء في « الفتاوى » : يستأجر مدة كذا ليخرج إلى موضع كذا ويذكر حاله في المظالم ويسمى في أمره عند من يحتاج إليه ، فتصح الاجارة،لان المدة معلومة وإن كان في العمل جهالة ، كما لو استأجره يوماً ليخاصم غرامه ، قال : ولو بدا للمستأجر ، فله أن يستعمله فيما ضرره مثل ذلك .

الثانية عشرة : حكى ابن كج عن نص الشافعي رضي الله عنه ، أنه لاتصح إجارة الارض حتى تُرى لاحائل دونها من زرع وغيره ، وفي هذا تصريح بأن إجارة الارض الزروعة لاتصح ،توجبها بأن الزرع يمنع رؤيتها ، وفيها معنى آخر وهو تأخر التسليم والانتفاع عن المقدّم،ومشابهته إجارة الزمان المستقبل ، ويقرب منه ما لو أجر داراً مشحونة بطعام وغيره وكان التفريغ يستدعي مدة ، ورأيت للأئمة فيما جُمع من فتاوى الفقهاء جوابين فيه . أحدهما: أنه إن أمكن التفريغ في مدة

ليس لثلثها أجرة ، صح العقد، وإلا ، فلا ، لأنه إجارة مدة مستقبله . والثاني : أنه إن كان يذهب في التفريغ جميع مدة الإجارة ، لم يصح . وإن كان يبقى منها شيء ، صح ولزم قسطه من الأجرة إذا وجد فيه التسليم . وخرّجوا على الجوايين ، ما إذا استأجر داراً يلد آخر ، فانه لا يتأشئ التسليم إلا بقطع المسافة بين البلدين ، وما إذا [باع] جمداً وزناً وكان يباع بعضه إلى أن يوزن .

قلت : الصحيح من الجوايين هو الأول ، بل قد تقدم في الشرط انكالت من الركن الرابع من الباب الأول وجه : أنه لاتصح إجارة المشحونة بالقماش وإن أمكن تفريغها في الحال . وتقدم هناك ، أن المذهب صحة إجارة الأرض المستورة بالماء للزراعة ، وليس هو مخالفاً للمذكور هنا ، لأن التعليل هناك بأن الماء من مصالحها مفقود هنا . والاصح عندي ، فيما إذا استأجر داراً يلد آخر ، الصحة ، وفي الجمد المنع ، لا مكان ييمه جزافاً . والله أعلم

الثالثة عشرة : إذا استأجر للخدمة ، وذكر وقتها من الليل والنهار ، وفصلت أنواعها ، صح . وإن أطلق ، فقد حكي عن النص المنع ، والمذهب الجواز ، ويأزم ما جرت العادة به . وفصل القاضي أبو سعد بن أبي يوسف أنواعها فقال : يدخل في هذه الإجارة ، غسل الثوب وخطاطته ، والخبز والمعجن وإيقاد النار والتنور ، وعلف الدابة وحلبها ، وخدمة الزوجة ، والغرس في الدار ، وحمل الماء إلى الدار للشرب ، وإلى المتوضئ للطهارة . وعن سهل الصلوكي : أن علف الدابة وحلبها ، وخدمة الزوجة ، لاتدخل إلا بالتنصيص عليها ، وينبغي أن يكون الحكم كذلك في خطاطة الثوب وحمل الماء إلى الدار ، ويجوز أن يختلف الحكم فيه بالعادة . وذكر بعض شراح «المفتاح» أنه ليس له إخراجها من البلدة ، إلا أن يشترط عليه مسافة

معلومة من كل جانب ، وأن عليه المكث عنده إلى أن يفرغ من صلاة العشاء الآخرة (١) .

قلت : المختار في هذا كله ، الرجوع إلى عادة الخادم في ذلك البلد وذلك الوقت ، ويختلف ذلك باختلاف مراتب المستأجرين، وباختلاف الاجراء، وفي الذكورة والانوثة من الطرفين ، وغير ذلك ، فيدخل ما اقتضه العادة دون غيره .

والله أعلم

الرابعة عشرة : استأجره على القيسام على ضيعة ، قام عليها ليلاً ونهاراً على المتاد .

الخامسة عشرة : استأجره للخبز ، يثن أنه يخبز أقراصاً ، أو أرغفة غلاظاً أو رقاقاً ، وأنه يخبز في تنور أو فرن ، وآلات الخبز على الاجير إن كانت لإجارة على الذمة ، وإلا ، فعلى المستأجر ، وليس على الاجير إلا تسليم نفسه ، والقول فيمن عليه الحطب كالجبر في حق الوراق .

السادسة عشرة : قال بمض شراح « المفتاح » : لو اكترى دابة ليركبها فرسخين ، لم يميز حتى يبين شرقاً أو غرباً ، فاذا بيثن فأراد العدول إلى غيرها ، فله مكري منه ، لان المبيئن قد يكون أسهل ، أو له فيه غرض ، وهذا يخالف ماسبق ، فليجعل وجهاً .

(١) وفي هامش نسخة الظاهرية : ما نصه :

كذا حكاه عن شرح مجهول ، وهو في « الام » ، وغيرها دال في الأكثر في باب الصلح الذي بعد اللعان فيما إذا صالح على خدمة عبد ما نصه : فلصاحب الخدمة أن يخدمه غيره . ويؤاجر غيره في مثل عمله ، وليس له أن يخرج من المصر إلا بإذن سيده ، وصرح به أيضاً القاضي حسين ، قال : إلا أن يشترط عليه مسافة معلومة من كل جانب من فرسخ إلى خمسة عشر ، وصرح أيضاً بأن عليه الإقامة إلى صلاة العشاء . اهـ .

فصل

في مسائل تتعلق بالباب الثاني

إحداها : استأجره لعمل مدة ، يكون زمن الطهارة والصلوات - فرائضها وسننها الرواتب - مستثنى ، ولا ينقص من الأجرة ، وسواء فيه الجمعة وغيرها . وعن ابن سريج ، جواز ترك الجمعة بهذا السبب ، حكاه أبو الفضل بن عبدان . والسبوت في استئجار اليهودي مستثناة إن طرد عرفهم ، بذلك قال الغزالي في « الفتاوى » .
الثانية : استأجر مرضعة لتمهد الصبي ، فالدهن على أبيه ، فان جرى عرف البلد بخلافه ، فوجهان .

الثالثة : استأجره لحمل حطب إلى داره وهي ضيقة الباب ، هل عليه إدخاله الدار ؟ فيه قولان للعرف ، ولا يكلف صعود السطح [به] .

الرابعة : استأجره لفصل ثياب معلومة ، فحملها إليه حمال ، فان شرطت أجرته على أحدهما ، فذاك ، وإلا ، فعلى الفصال ، لأنه من تمام الفصل .
الخامسة : استأجره لقطع أشجار بقرية ، لم تجب عليه أجرة الذهاب والمجيء ، لأنها ليسا من العمل ، ذكر هذه المسائل الأربع أبو عاصم العبادي .

السادسة : استأجر دابة ليركبها ويحمل [عليها] كذا رطلاً ، فركب وحمل وأخذ في السير ، فأراد المؤجر أن يعلق عليها مخللة أو سفرة أو نحوهما من قدام القتب أو من خلفه ، أو أن يردف معه رديفاً ، فله استأجر منعه .

السابعة : استأجر دابة ليركبها إلى موضع معلوم ، فركبها [إليه] ، فمن صاحب « التقريب » ، أن له أن يردها إلى الموضع الذي سار منه ، إلا أن ينهأ صاحبها . وقال الأكثرون : ليس له ردها ، بل يسلمها إلى وكيل المالك إن كان ، وإلا ، فإلى

الحاكم هناك . فان لم يكن حاكم ، فالى أمين ، فان لم يجد أميناً ، ردها أو استصحبها إلى حيث يذهب ، كالمودع يسافر بالوديعة للضرورة . وإذا جاز له الرد ، لم يجز له الركوب ، بل يسوقها أو يقودها ، إلا أن يكون بها جراح لا تنقاد إلا بالركوب ، وبمثله لو استعار للركوب إليه . قال المبادي : له الركوب في الرد ، لأن الرد لازم له ، فلاذن تناوله بالعرف ، والمستأجر لارد عليه .

الثامنة : استأجر دابة للركوب إلى مكان ، فجاوزه ، لزمه المسمى للمكان : وأجرة المثل للزيادة ، ويصير ضامناً من وقت الجاوزة . فان ماتت ، لزمه أقصى القيم من حينئذ إن لم يكن معها صاحبها ، ولا يبرأ عن الضمان بردها إلى ذلك الموضع . وإن كان معها صاحبها ، فان تلفت بعدما نزل وسلمها إليه ، فلا ضمان عليه . وإن تلفت وهو راكب ، نظر ، إن تلفت بالوقوع في بئر ونحوه ، ضمن جميع القيمة . وإن لم يحدث سبب ظاهر ، فقليل : تلزم كل القيمة أيضاً ، والأصح : لا يلزمه الكل بل النصف في قول . ومقتضى التوزيع على المسافتين في قول كما سبق ، فيما إذا حمل أكثر من المشروط ، لأن الظاهر حصول التلف بكثرة التعب وتعاقب السير . حتى لو قام في المقصد قدر ما يزول فيه التعب ، ثم خرج بغير إذن المالك ، ضمن الكل . وإذا استأجر ليركب ويعود ، فلا يلزمه لما جاوز أجرة المثل ، لأنه يستحق قطع قدر تلك المسافة ذهاباً ورجوعاً ، بناءً على أن يجوز العدول إلى مثل الطريق الأمين . قلت : ولا يجوز أن يركبها بعد الجاوزة جميع الطريق راجعاً ، بل يركبها بقدر تمام مسافة الرجوع . والله أعلم

ثم إن قدر في هذه الاجارة مدة مقامه في المقصد ، فذاك ، وإلا ، فان لم يزد على مدة المسافرين ، انتفع بها في الرجوع . وإن زاد ، حسبت الزيادة عليه .
التاسعة : استأجر دابة للركوب إلى عشرة فراسخ ، فقطع نصف المسافة ، ثم

رجع لأخذ شيء نسيه راكباً ، انتهت الاجارة واستقر جميع الأجرة ، لأن الطريق لاثمين ، وكذا لو أخذ الدابة وأمسكها يوماً في البيت ثم خرج ، فاذا بقي بينه وبين المقصد يوم ، استقرت الأجرة ، ولم يحز له الزكوب بمده ، وكذا لو ذهب في الطريق لاستقاء ماءً أو شراء شيء يميناً وشمالاً ، كان محسوباً من المدة ، ويترك الارتفاع إذا قرب من المقصد بقدره .

العاشرة : دفع إليه ثوباً ليقصره بأجرة ، ثم استرجعه ، فقال : لم أقصره بمده ، فلا أردّه ، فقال صاحب الثوب : لا أريد أن تقصره فأرده إلي ، فلم يردّه وتلف الثوب عنده ، لزمه ضمانه . وإن قصره ورده ، فلا أجرة له ، وعلى هذا قياس القزل عند النساج وظائره .

قلت : صورة المسألة ، إذا لم يقع عقد صحيح . والله أعلم

الحادية عشرة : استأجره ليكتب سكناً في هذا البياض ، فكتبه خطأً ، فعليه نقصان الكاغد ، وكذا لو أمره أن يكتب بالعربية فكتب بالعجمية أو بالعكس . قلت : ولا أجرة له ، ويقرب منه ما ذكره الفزالي في « الفتاوى » : أنه لو استأجره لنسخ كتاب ، فغير ترتيب الأبواب ، قال : إن أمكن بناء بعض المكتوب بأداء كان عشرة أبواب ، فكتب الباب الأول آخرًا منفصلاً ، بحيث يبنى عليه ، استحق بقسطه من الأجرة وإلا ، فلا شيء له . والله أعلم

الثانية عشرة : استأجر دابة لحمل الحنطة من موضع كذا إلى داره يوماً إلى الليل متردداً مرات ، فركبها في عوده ، فمطبت الدابة ، ضمن على الأصح ، لأنه استأجرها للحمل لا للركوب . وقيل : لا يضمن ، للعرف ، ذكرهما المبادي .

الثالثة عشرة : العامل في المزارعة الصحيحة ، لو ترك السقي متعمداً ، ففسد الزرع ، ضمن ، لأنه في يده وعليه حفظه .

الرابعة عشرة : تمدى المستأجر بالحمل على الدابة ، فقرح ظهرها وهلك منه ، لزمه الضمان وإن كان الهلاك بعد الرد إلى المالك .

فصل

في مسائل تتعلق بالباب الثالث

إحداها : في « المنشور » للزني ، أنه لو استأجر لخياطة ثوب ، فخاط بعضه ، واحترق الثوب ، استحق الأجرة لما عمل . إن قلنا : يفسخ العقد ، استحق أجرة المثل ، وإلا ، فقسط المسمى . ولو استأجره لحمل جرّة إلى موضع ، فزلق في الطريق فانكسرت ، لا شيء له من الأجرة . والفرق أن الخياطة تظهر على الثوب ، فوقع العمل مسلماً بظهور أثره ، والحمل لا يظهر على الجرّة .

الثانية : أجر أرضاً ففرقت بسيل أو ماء نبع منها ، فإن لم يتوقع الخسارة في مدة الاجارة ، فهو كانهدام الدار . وإن توقع ، فله استأجر الخيار كما لو غصبت . فإن أجاز ، سقط من الأجرة بقدر ما كان الماء عليها . وإن غرق نصفها وقد مضى نصف المدة ، انفسخ العقد فيه . والمذهب : أنه لا يفسخ في الباقي ، بل له الخيار فيه في بقية المدة . فإن فسخ وكانت أجرة المدة لا تنفصت ، فعليه نصف المسمى للمدة الماضية . وإن أجاز ، فعليه ثلاثة أرباع المسمى ، فالنصف الماضي ، والرابع للباقي .

الثالثة : تعطّل الرحي لا تقطاع الماء ، والحمام خلل في الأبنية ، أو لنقص الماء في بئر ونحوه ، كانهدام الدار ، وكذا لو استأجر قناة فانقطع ماؤها . فلو نقص ،

ثبت الخيار ولم يفسخ . ولو استأجر طاحوتين متقابلتين ، فنقص الماء ، وبقي ماء تدور به إحداهما ولم يفسخ ، قال العبادي : تلزمه أجرة أكثرهما .

الرابعة : قال في « التتمة » : لو دفع غزلاً إلى نساخ واستأجره لنسج ثوب طوله عشرة في عرض معلوم ، فجاء بالثوب وطوله أحد عشر ، لا يستحق شيئاً من الأجرة ، وإن جاء به وطوله تسعة ، فإن كان طول السدى عشرة ، استحق من الأجرة بقدره ، لأنه لو أراد أن ينسج عشرة لتمكن منه . وإن كان طوله تسعة ، لم يستحق شيئاً ، لمخالفته . ولو كان الغزل المدفوع إليه مسدى ، واستأجره كما ذكرناه ، ودفع إليه من اللحمة ما يحتاج إليه ، فجاء [به] أطول في العرض المشروط ، لم يستحق للزيادة شيئاً . وإن جاء به أقصر في العرض المشروط ، استحق بقدره من الأجرة . وإن وافق في الطول ، وخالف في العرض ، فإن كان أنقص ، نظر ، إن كان ذلك لمجاوزته القدر المشروط من الصفاقة ، لم يستحق شيئاً من الأجرة ، لأنه مفرط لمخالفته . وإن راعى المشروط في صفة الثوب رقة وصفاقة ، فله الأجرة ، لأن الخلل والحالة هذه من السدى . وإن كان زائداً ، فإن أخذ بالصفاقة ، لم يستحق شيئاً ، وإلا ، استحق الأجرة بتمامها ، لأنه زاد خيراً .

الخامسة : مما ثبت الخيار لنقص ، فأجاز ، ثم أراد الفسخ ، فإن كان [ذلك] السبب بحيث لا يرجى زواله ، بأن انقطع الماء ، ولم يتوقع عوده ، فليس له الفسخ ، لأنه عيب واحد وقد رضي به . وإن كان بحيث يرجى زواله ، فله الفسخ ما لم يزل ، لأن الضرر يتجدد ، كما لو تركت المطالبة بعد مدة الإيلاء ، أو الفسخ بعد ثبوت الاعسار ، فلها العود إليه . وكذا لو اشترى عبداً فأبقى قبل القبض وأجاز ، ثم أراد الفسخ ، فله ذلك ما لم يعتد العبد .

فصل

لو أراد المستأجر أن يستبدل عن المنفعة ، فإن كانت الاجارة في الذمة ، لم يجر . وإن كانت إجارة عين ، قال البقوي : هو كما لو أجرة المين المستأجرة للمؤجر ، وفيه وجهان . أصحها : الجواز وإن جرى بعد القبض .

فصل

لو ضمن رجل المدة المستأجر ، ففي « الفتاوى » أنه يصح ويرجع عليه عند ظهور الاستحقاق . وعن ابن سريج : أنه لا يصح . قلت : وما يتعلق بكتاب الاجارة ، مسائل .

إحداها : إذا توجه الحبس على الأجير ، قال الغزالي في « الفتاوى » : إن أمكن العمل في الحبس ، جمع بينها . وإن تعذر ، فإن كانت الاجارة على المين ، قدم حق المستأجر كما يقدم حق الميرتن ، ولأن العمل مقصود في نفسه ، والحبس ليس مقصوداً في نفسه ، ثم القاضي يستوثق [عليه مدة العمل] إن خاف هربه على ما براه . وإن كانت الاجارة في الذمة ، طوبى بتحصيله بغيره . فإن امتنع ، حبس بالحقين .

الثانية : لا يلزم المؤجر أن يدفع عن المين المستأجرة الحريق والنهب وغيرهما ، وإنما عليه تسليم المين ورد الاجرة إن تعذر الاستيفاء . وأما المستأجر ، فإن قدر على ذلك من غير خطر ، لزمه كالمودع .

الثالثة : إذا وقمت الدار على متاع المستأجر ، فلا شيء على المؤجر ، ولا أجره تخليصه .

الرابعة : استأجره لبناء درجة ، فلما فرغ منها انهدمت في الحال ، فهذا قد يكون لفساد الآلة ، وقد يكون لفساد العمل ، والرجوع فيه إلى أهل العرف . فان قالوا : هذه الآلة قابلة للعمل المحكم وهو المقصّر ، لزمه غرامة ماتلف .

الخامسة : إذا جعل [غلّة] في المسجد وأغلقه ، لزمه أجرته ، لأنه كما يضمن المسجد بالاتلاف يضمن منفعته ، ذكر هذه السائل المحسّن الغزالي في « الفتاوى » ، وقييده في المسجد بما إذا أنقلقه ، لاجابة إليه ، بل لو لم ينقله ، ينبغي أن تجب الأجرة ، لليلة المذكورة .

السادسة : استأجر بهيمة إلى بلد لحمل متاع ، ثم أراد في أثناء الطريق بيعه والرجوع ، وطلب رد بعض الأجرة ، فليس له شيء ، لان الاجارة عقد لازم ، بل إن باعه ، فله حمل مثله إلى المقصد السمي .

السابعة : في فتاوى القاضي حسين : أنه لو أكره الامام رجلاً على غسل ميت ، فلا أجر له ، لان غسله فرض كفاية ، فاذا فعله بأمر الامام ، وقع عن الفرض ، ولو أكرهه بعض الرعية ، لزمه أجره المثل ، لانه عما يستأجر عليه ، هذا كلام القاضي حسين ، ووافقه جماعة . قال إمام الحرمين : هذا إذا لم يكن للميت تركة ، ولا في بيت المال سعة . فان كان له تركة ، فثبوت تجهيزه في تركته ، وإلا ، ففي بيت المال إن اتسع ، فيستحق المكرّ الأجرة . قال الرافعي في أوائل كتاب السيّر : هذا التفصيل حسن ، فيحمل عليه إطلاقهم .

الثامنة : أجرت نفسها للارضاع ، هل عليها الفطر في رمضان إذا احتاج الرضيع إليه ؟ فيه كلام سبق واضحاً في كتاب الصيام .

التاسعة : استأجر ابنه الذي بلغ سنّاً يعمل مثله فيه ليُسقط نفقته عن نفسه وبنفق عليه من أجرته ، جاز ، كما يشتري ماله ، ذكره في فتاوى القاضي حسين .
والله أعلم

كتاب الجعالة

هي أن يقول : من رد عبدي الآبق ، أو دابتي الضالة ، ونحو ذلك ، فله كذا ، وهي عقد صحيح للحاجة ، وأركانه أربعة .

أحدها : الصيغة الدالة على الاذن في العمل بعوض يلتزمه ، فلو رد آبقاً أو ضالة بغير إذن مالكها ، فلا شيء له ، سواء كان الراد معروفاً برد الضوال ، أم لا . ولو قال لزيد : ردّ آبقي ولك دينار ، فردّه عمرو ، لم يستحق شيئاً ، لأنه لم يشرط له . ولو رده عبد زيد ، استحق زيد ، لأن يد عبده يده . ولو قال : من رده فله كذا ، فردّه من لم يبلغه نداؤه ، لم يستحق شيئاً ، لأنه متبرع . فان قصد التعويض لاعتقاده أن مثل هذا العمل لا يجبط ، لم يستحق شيئاً على المذهب ، ولا أثر لاعتقاده . وعن الشيخ أبي محمد ، تردد فيه . ولو عين رجلاً فقال : إن رده زيد فله كذا ، فردّه زيد غير عالم باذنه ، لم يستحق شيئاً . ولو أذن في الرد ولم يشرط عوضاً ، فلا شيء للراد على المذهب وظاهر النص ، وفيه الخلاف السابق فيمن قال : اغسل ثوبي ولم يسمّ عوضاً .

فصل

لا يشترط أن يكون الملتزم من يقع العمل في ملكه . فلو قال غير المالك : من رد عبد فلان فله كذا ، استحقه الراد على القائل . ولو قال فضولي : قال فلان : من رد عبدي فله كذا ، لم يستحق الراد على الفضولي شيئاً ، لانه لم يلتزم . وأما

المالك ، فان كذب الفضولي عليه ، فلا شيء عليه . وإن صدق ، قال البغوي : يستحق عليه . وكأن هذا فيما إذا كان المخبر بمن يعتمد قوله ، وإلا ، فهو كما لو رد غير عالم بأذنه .

قلت : لو شهد الفضولي على المالك بأذنه ، قال : فينبغي أن لا تقبل شهادته ، لانه متهم في ترويج قوله . وأما قول صاحب « البيان » : مقتضى المذهب قبولها ، فلا بُوَافِق عليه . والله أعلم

فرع

سواء في صيغة المالك قوله : من رد عبدي ، وقوله : إن رده إنسان ، أو إن ردده ، أو رُدّه ولك كذا .

الركن الثاني : التعاملان . فأما ملتزم الجمل ، فيشترط أن يكون مطلق التصرف . وأما العامل ، فيجوز أن يكون شخصاً معيناً ، وجماعة ، ويجوز أن لا يكون معيناً ولا معينين ، وقد سبق بيانه في الركن الاول . ثم إذا لم يكن العامل معيناً ، فلا يتصور قبول العقد وإن كان لم يشترط قبوله ، كذا قاله الاصحاب ، وهو المذهب . وقال الامام : لا يمتنع أن يكون كالوكيل في القبول ، ويشترط عند التعمين أهلية الممل في العامل .

الركن الثالث : العمل ، فما لا تجوز الاجارة عليه من الاعمال لكونه مجهولاً ، تجوز الجمالة عليه للحاجة ، وما جازت الاجارة عليه ، جازت الجمالة أيضاً على الصحيح . وقيل : لا ، للاستغناء بالاجارة . ولو قال : من رد مالي فله كذا ، فرده من كان في يده ، نظر ، إن كان في رده كلفة كالآبق ، استحق الجمل . وإن لم يكن ، كالدرهم

والدنانير ، فلا ، لان مالا كلفة فيه لا يقابل بالموض . ولو قال : من دلي على مالي فله كذا ، فدله مَنْ المال في يده ، لم يستحق شيئاً ، لان ذلك واجب عليه شرعاً ، فلا يأخذ عليه عوضاً . وإن كان في يد غيره ، فدله عليه ، استحق ، لان الغالب أنه يلحقه مشقة بالبحث عنه . وما يعتبر في العمل لجواز الاجارة ، يعتبر في الجمالة ، سوى كونه معلوماً .

قلت : فمن ذلك أنه لو قال : من أخبرني بكذا ، فأخبره به إنسان ، فلا شيء له ، لانه لا يحتاج فيه إلى عمل ، كذا صرح به البغوي وغيره . والله أعلم

الثوكن الرابع : الجمل المشروط ، وشرطه أن يكون معلوماً كالأجرة ، لعدم الضرورة إلى جهالته . فان شرط مجهولاً ، بأن قال : من رد آبقى فله ثوب أو دابة ، أو إن رددته فعلي أن أرضيك أو أعطيك شيئاً ، فسد العقد . وإذا رد ، استحق أجرة المثل ، وكذا لو جمل الجمل خمرأ أو خنزيراً . ولو جمل الجمل ثوباً منصوباً ، قال الامام : يحتمل أن يكون فيه قولان كما لو جمل المنصوب صداقاً ، فيرجع في قول بأجرة المثل ، وفي قول بقيمة المسمى . قال : ويحتمل القطع بأجرة المثل . ولو قال : من رد عبدي فله سلبه أو ثيابه ، قال المتولي : إن كانت معلومة ، أو وصفها بما يفيد العلم ، استحق الراد المشروط ، وإلا ، فأجرة المثل . ولو قال : فله نصفه أو ربه ، فقد صححه المتولي ، ومنه أبو الفرج السرخسي .

فصل

لو قال : من رد لي عبدي من بلد كذا فله دينار ، بني على الخلاف في صحة الجمالة في العمل المعلوم ، فان صححتها ، فمن رده من نصف الطريق ، استحق نصف

الجمل ، ومن رده من ثلثه ، استحق الثلث . وإن رده من مكان أبعد ، لم يستحق زيادة . ولو قال : من رد لي عيدين فله كذا ، فرد أحدهما ، استحق نصف الجمل . ولو قال : إن رددت ما عيدي فلكما كذا ، فرد أحدهما ، استحق النصف ، لأنه لم يلتزم له أكثر من ذلك . وإن قال : إن رددت ما لي عيدين ، فرد أحدهما أحدهما ، استحق الربع .

فصل

قال : من رد عيدي فله دينار ، فاشترك جماعة ، فالدينار مشترك بينهم . ولو قال للجماعة : إن رددتموه ، فردوه ، فكذا ، ويقسم بينهم على الرؤوس . ولو قال لزيد : إن رددته فلك دينار ، فردوه هو وغيره ، فلا شيء لذلك الغير ، لأنه لم يلتزم له . وأما زيد ، فإن قصد الغير معاوته إما بعوض وإما مجاناً ، فله تمام الجمل ، ولا شيء للغير على زيد ، إلا أن يلتزم له أجره ويستعين به . وإن قال : عملت للمالك ، لم يكن لزيد جميع الدينار ، بل له نصفه على الصحيح الذي قاله الأصحاب . ورأى الإمام التوزيع على العمل أرجح . ولو شاركه اثنان في الرد ، فإن قصدا إعانة زيد ، فله تمام الجمل ، وإن قصدا العمل للمالك ، فله ثلثه . وإن قصد أحدهما إعانته ، والآخر العمل للمالك ، فله الثلثان .

فان قيل : هل للمعامل المعين أن يوكل بالرد غيره كما يستعين به ؟ وهل إذا كان النداء عاماً يجوز أن يوكل من سمعه غيره في الرد ؟ قلنا : يشبه أن يكون الأول كتوكيل الوكيل ، والثاني كالتوكيل بالاحتطاب والاستقاء .

قلت : ولو قال : أول من يرد آقبى فله دينار ، فرده اثنان ، استحقا الدينار ،
وستأتي هذه المسألة إن شاء الله تعالى في آخر الطرف الثالث من الباب السادس في
تعليق الطلاق . والله أعلم

فرع

قال لرجل : إن رددته فلك كذا ، ولآخر: إن رددته فلك كذا ، ولثالث: إن
رددته فلك كذا ، فاشترکوا في الرد ، قال الشافعي رضي الله عنه : لكل واحد
ثلث ماجمل له ، اتفقت الأجمال أم اختلفت . قال المسعودي : هذا إذا عمل كل
منهم لنفسه . أما لو قال أحدهم : أعنت صاحبي وعملت لها ، فلا شيء له ، ولكل
منها نصف ماضط له . ولو قال اثنان : عملنا لصاحبنا ، فلا شيء لهما ، وله جميع
المشروط . وقول الشافعي رضي الله عنه : لكل واحد الثلث ، تصريح بالتوزيع
على الرؤوس ، فلو رده اثنان منهم ، فلكل منهما نصف المشروط [له] ، وإن أعان
الثلاثة رابع في الرد ، فلا شيء له . ثم إن قال : قصدت العمل للمالك ، فلكل
واحد من الثلاثة ربع المشروط له . وإن قال : أعنتهم جميعاً ، فلكل واحد منهم
ثلث المشروط [له] كما لو لم يكن معهم غيرهم . وإن قال : أعنت فلاناً ، فله
نصف المشروط له ، ولكل واحد من الآخرين ربع المشروط له . وعلى هذا القياس
لو قال : أعنت فلاناً وفلاناً ، فلكل واحد منهما ربع المشروط له وثمانه ، وللثالث
ربع المشروط له . ولو قال لواحد : إن رددته فلك دينار ، وقال لآخر : إن
رددته فلك ثوب ، فرداه ، فلأول نصف دينار ، ولثاني نصف أجرة الثمل .

قلت : ولو قال المعينُ الثلاثة مثلاً في الصورة السابقة : أردت أن آخذ العمل من المالك ، لم يستحق شيئاً ، وكان لكل من الثلاثة ربع المشروط له . والله أعلم

فصل في أحكام الجمالة

فمنها : الجواز ، فلكل واحد من المالك والعامل فسخها قبل تمام العمل ، فأما بعد تمام العمل ، فلا أثر للفسخ ، لأن الدين لزم . ثم إن اتفق الفسخ قبل الشروع في العمل ، فلا شيء للعامل . وإن كان بعده ، فإن فسخ العامل ، فلا شيء له ، لأنه امتنع باختياره ولم يحصل غرض المالك . وإن فسخ المالك ، فوجهان . أحدهما : لا شيء للعامل كما لو فسخ بنفسه . والصحيح ، أنه يستحق أجره المثل لما عمل ، وبهذا قطع الجمهور ، وعبروا عنه بأنه ليس له الفسخ حتى يضمن للعامل أجره مثل ما عمل . ولو عمل العامل شيئاً بعد الفسخ ، لم يستحق شيئاً إن علم بالفسخ . فإن لم يعلم ، بني على الخلاف في نفوذ عزل الوكيل في غيبته قبل علمه .

فرع

تنفسخ الجمالة بالموت ، ولا شيء للعامل لما عمله بعد موت المالك . فلو قطع بعض المسافة ، ثم مات المالك فردّه إلى وارثه ، استحق من المسمى بقدر عمله في الحياة .

فرع

ومن أحكامها : جواز الزيادة والنقص في العمل ، وتغير جنسه قبل الشروع في

المعمل . فلو قال : من رد عبيدي ، فله عشرة . ثم قال : من رده فله خمسة أو بالمكس ، فالاعتبار بالنداء الأخير . والمذكور فيه هو الذي يستحقه الراد ، لكن لو لم يسمع الراد النداء الأخير ، قال الغزالي : يحتمل أن يقال : يرجع إلى أجرة المثل . وأما بعد الشروع في المعمل ، ففي كلام صاحب « المذهب » وغيره تقييد جواز الزيادة والنقص بما قبل المعمل ، وفي كلام الغزالي قبل الفراغ . فالظاهر ، أنه في أثناء المعمل يؤثر في الرجوع إلى أجرة المثل ، لأن النداء الأخير فسخ للأول ، والفسخ في أثناء المعمل يقتضي أجرة المثل .

فرع

ومن أحكامها ، توقف استحقاق الجمل على تمام الجمل على تمام المعمل . فلو سعى في طلب الآبق ، فردته فمات في باب دار المالك قبل أن يسلمه إليه ، أو هرب ، أو غضب ، أو تركه . العامل فرجع ، فلا شيء للعامل ، لأنه لم يرد . قلت : ومنه لو خاط نصف الثوب فاحترق ، أو تركه ، أو بنى بعض الحائط فانهدم ، أو تركه ، فلا شيء للعامل ، قاله أصحابنا . والله أعلم .

فرع

إذا رد الآبق ، لم يكن له حبسه لاستيفاء الجمل ، لأن الاستحقاق بالتسليم ، ولا حبس قبل الاستحقاق .

فرع

قال : إن علمتَ هذا الصبي ، أو إن علمتني القرآن ، فلك كذا ، فعلمته البعض ،

وامتنع من تعليم الباقي ، فلا شيء له ، وكذا إن كان الصبي بليداً لا يتعلم ، لأنه
كمن طلب البعد فلم يجده . ولو مات الصبي في أثناء التعليم ، [استحق أجره ما علمه ،
لوقوعه مسلماً بالتعليم ، بخلاف رد الآبق ، وإن منعه أبوه من التعلم] فله أجره
المثل لما علمه .

فصل

إذا جاء بآبق وطلب الجعل ، فقال المالك : ما شرطتُ جملاً ، أو شرطته على
عبد آخر ، أو ماسميتَ في رده بل هو جاء بنفسه ، فالقول قول المالك ، لأن
الأصل عدم الشرط وبرائه . ولو اختلفا في قدر المشروط ، تحالفاً ، وللعامل أجره
المثل . وكذا لو قال المالك : شرطته على رد عبيد ، فقال الراد : بل الذي
رددته فقط .

فرع

قال : من ردَّ عبيدي إلى شهر ، فله كذا ، قال القاضي أبو الطيب : لا يصح ، لأن
تقدير المدة يخلُ بمقصود العقد ، فربما لا يجده فيها فيضيع عمله ولا يحصل غرض
المالك ، كما لا يجوز تقدير مدة القراض .

فرع

قال : بع عبيدي هذا ، أو اعمل كذا ، ولك عشرة دراهم ، ففي بعض
التصانيف أنه إن كان العمل مضبوطاً مقدراً ، فهو إجارة . وإن احتاج إلى تردد ،
أو كان غير مضبوط ، فهو جمالة .

فرع

لم أجده مسطوراً

يدُ العامل على مايقع في يده إلى أن يردّه يدُ أمانة . فلو رفع يده عن الدابة وخلاها في مضیعة ، فهو تقصیر مضمّن ، ونفقة المبد والدابة مدة الرد ، يجوز أن تكون كما ذكرنا في مستأجر الجمال إذا هرب الجمال وخلاها عنده ، ويجوز أن يقال : ذاك للضرورة ، وهنا أثبت العامل يده مختاراً ، فليتكلف المؤنة ، ويؤيد هذا العادة .

قلت : عجب قول الامام الرافعي في نفقة المردود : لا أعلمه مسطوراً ، وأنه يحتمل أمرين ، وهذا قد ذكره القاضي ابن كج في كتابه « التجريد » وهو كثير النقل عنه ، فقال : إذا أنفق عليه الراد ، فهو متبرع عندنا . وهذا الذي قاله ، ظاهر جارٍ على القواعد . وقول الرافعي : وخلاها في مضیعة ، لاجابة إلى التقييد بالمضیعة ، فحيث خلاها ، يضمن . والله أعلم

فرع

قال : إن أخبرتي بخروج زيد من البلد ، فلك كذا ، فأخبره ، ففي « فتاوى القفال » : أنه إن كان له غرض في خروجه ، استحق ، وإلا ، فلا ، وهذا يقتضي كونه صادقاً ، وينبغي أن ينظر ، هل يناله تعب ، أم لا ؟

قلت : ومما يتعلق بالباب ، وتدعو إليه الحاجة ، ما ذكره القاضي حسين وغيره ، وهو مما لا خلاف فيه ، أنه لو كان رجلان في بادية ونحوها ، فرض أحدهما ، وعجز عن السير ، لزم

الآخرَ المقامُ معه ، إلا أن يخاف على نفسه ، فله تركه . وإذا أقام ، فلا أجرة له .
وإذا مات ، أخذ هذا الرجل ماله وأوصله إلى ورثته ، ولا يكون مضموناً ، قال
القاضي : وكذا لو غشي عليه ، قال : وأما وجوب أخذ هذا المال ، فإن كان
أميناً ، ففيه قولان كاللقطة . وعندني ، أن المذهب هنا الوجوب .

ومنها : ما ذكره ابن كج ، قال : إذا وجدنا عبداً أبقوا ، فاللذهب أن الحاكم
يجبسهم انتظاراً لصاحبهم . فإن لم ينجى لهم صاحب ، باعهم الحاكم وحفظ ثمنهم
فإذا جاء صاحبهم ، فليس له غير الثمن . وإذا سرق الآبق ، قُطع كغيره . والله أعلم

كتاب إحياء الموات

إحياء الموات مستحب ، وفيه ثلاثة أبواب .

[الباب الأول : في رقاب الأرضين ، وهي قسبان .

أحدهما : أرض بلاد الاسلام ، ولها ثلاثة أحوال .

أحدها : أن لا تكون معمورة في الحال ، ولا من قبل ، فيجوز تملكها بالاحياء ،

سواء أذن فيه الامام ، أم لا ، وبكفي فيه إذن رسول الله ﷺ في الأحاديث

المشهورة (١) ، ويختص ذلك بالمسلمين . فلو أحيها الذي بغير إذن الامام ، لم يملك

قطاً ، ولو أحيأ باذنه ، لم يملك أيضاً على الأصح (٢) ، وقال الاستاذ أبوطاهر : يملك .

فاذا قلنا بالصحيح ، فكان له فيها عين مال ، نقلها . فان بقي بعد النقل أثر عمارة ،

قال ابن كج : إن أحياء رجل باذن الامام ، ملكه ، وإن لم يأذن ، فوجهان .

قلت : لعل أصحابها : الملك ، إذ لا أثر لفعل الذي . والله أعلم

ولو ترك الهامة متبرعاً ، تولى الامام أخذ غلتها وصرفها في مصالح المسلمين ،

ولم يجز لأحد تملكها .

فرع

للذي الاصطياد والاحتطاب والاحتشاش في دار الاسلام ، لأن ذلك يخلف ،

(١) منها قوله صلى الله عليه وسلم « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له » رواه أحمد والترمذي من حديث

جابر رضي الله عنه ، ومنها قوله صلى الله عليه وسلم : « من عمر أرضاً ليست لأحد ، فهو أحق بها »

رواه أحمد والبخاري من حديث عائشة رضي الله عنها .

(٢) في نسخ الظاهرية : على الصحيح .

ولا يتضرر به المسلمون ، بخلاف الأرض ، وكذا للذمي نقل التراب من موات دار الاسلام إذا لم يتضرر به المسلمون .

فرع

المستأنن كالذمي في الاحياء وفي الاحتطاب ونحوه ، والحربي ممنوع من جميع ذلك .

الحال الثاني : أن تكون معمورة في الحال ، فهي للملأكها ، ولا مدخل فيها للاحياء .

الحال الثالث : أن لا تكون معمورة في الحال وكانت معمورة قبل ، فإن عُرِف

مالكها ، فهي له أو لوارثه ، ولا تملك بالهارة . وإن لم يُعرف ، نظر ، إن كانت عمارة إسلامية ، فهي لمسلم أو للذمي ، وحكمها حكم الأموال الضائعة . قال الامام : والأمر فيه إلى رأي الامام . فإن رأى حفظه إلى أن يظهر مالكه ، فعل ، وإن رأى

ييمه وحفظ ثمنه ، فعل ، وله أن يستقرضه على بيت المال . هذا هو المذهب ، وفيه

خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى قريباً . وإن كانت عمارة جاهلية ، فقولان . ويقال :

وجهان . أحدهما : لا تملك بالاحياء ، لأنها ليست بموات . وأظهرهما : تملك كالركاز . وقال

ابن سريج وغيره : إن بقي أثر الهارة أو كان معموراً في جاهلية قريبة ، لم تملك

بالاحياء ، وإن اندرست بالكلية وتقادم عهدها ، مِلِكْتَ . ثم إن البغوي وآخرين

عمّموا هذا [الخلاف] ، وفرّعوا على المنع أنها إن أخذت بقتال فهي للفاغين ، وإلا ، فهي

أرض للفقير ، وقال الامام : موضع الخلاف إذا لم يُعلم كيفية استيلاء المسلمين عليه

ودخوله تحت يدهم ، فأما إن عُلِمَ ، فإن حصلت بقتال ، فللفاغين ، وإلا ، فلفي ،

وحصة الفاغين تلتحق بملك المسلم الذي لا يُعرف . وطرد جماعة الخلاف ، فيما إذا

كانت العمارة إسلامية ولم يعرف مالكا، وقالوا : هي كلقطة لا يعرف مالكا. والجمهور فرقوا بين الجاهلية والإسلامية كما سبق .

القسم الثاني : أرض بلاد الكفار ، ولها ثلاثة أحوال .

أحدها : أن تكون معمورة، فلا مدخل للأحياء فيها ، بل هي كسائر أموالهم. فإذا استولينا عليها بقتال أو غيره ، لم يخفَ حكمه .

الحال الثاني : أن لا تكون معمورة في الحال ولا من قبل ، فيتملكها الكفار بالأحياء . وأما المسلمون، فينظر، إن كان مواتاً لا يذبون المسلمين عنه ، فلهم تملكه بالأحياء، ولا يملك بالاستيلاء، لأنه غير مملوك لهم حتى يملك عليهم . وإن ذبوا عنه المسلمين ، لم يملك بالأحياء كالمعمور من بلادهم . فإن استولينا عليه ، ففيه أوجه . أصحابها : أنه يفيد اختصاصاً باختصاص المتحجر ، لأن الاستيلاء أبلغ منه . وعلى هذا فسيأتي إن شاء الله تعالى خلاف في أن التحجر [هل] يفيد جواز البيع ؟ إن قلنا : نعم ، فهو غنيمة كالمعمور . وإن قلنا : لا ، وهو الأصح ، فالغنائم أحق بأحياء أربعة أخماسه ، وأهل الخمس أحق بأحياء خمسه . فإن أعرض الغنائم عن إحيائه ، فأهل الخمس أحق به . ولو أعرض بعض الغنائم ، فالباقون أحق . وإن تركه الغنائم وأهل الخمس جميعاً ، ملكه من أحياء من المسلمين .

قلت : في تصور إعراض اليتامى والساكين وابن السبيل ، إشكال ، فيصوّر في اليتامى أن أولياءهم لم يروا لهم حظاً في الأحياء ، ونحوه في الباقين .

والله أعلم

والوجه الثاني : أنهم يملكونه بالاستيلاء كالمعمور .

[الوجه] الثالث : لا يفيد ملكاً ولا اختصاصاً، بل هو كقوات دار الإسلام، من

أحياء ملكه .

الحال الثالث : أن لا تكون معمورة في الحال وكانت معمورة ، فإن عُرِف مالكها ، فكالمعمورة ، وإلا ، ففيه طريقة الخلاف وطريقة ابن سريج السابقة في القسم الأول .

فرع

إذا فتحنا بلدة صلحا على أن تكون لنا ويسكنوا بحرية ، فالمعمور منها فيء ، ومواتها الذي كانوا يذبّون عنه ، هل يكون متحجراً لأهل الفيء ؟ وجهان . أصحابها : نعم . فعلى هذا ، هو فيء في الحال ، أم يُجْبَسه الامام لهم ؟ وجهان . أصحابها : الثاني ، وإن صلحناهم على أن تكون البلدة لهم ، فالمعمور لهم ، والموات يختصون بأحيائه تبعاً للمعمور ، وعن القاضي أبي حامد وصاحب « التقریب » : أنه إنما يجب علينا الامتناع عن مواتها إذا شرطناه في الصلح ، والأول أصح .

فرع

قال البغوي : البيّسَع التي للنصارى في دار الاسلام ، لا تملك عليهم . فإن فتنوا ، فهو كما لو مات ذمي ولا وارث له ، فتكون فيثاً .

فرع (١)

حريم المعمور لا يملك بالأحياء ، لأن مالك المعمور يستحق مرافقه ، وهل نقول : إنه يملك تلك المواضع ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأن الملك بالأحياء ولم يحبسها ،

وأصحبها : نعم ، كما يملك عرصة الدار بيناء الدار ، ولأن الأحياء تارة [يكون]
بجمله معموراً ، وتارة بجمله تبعاً للعمور . ولو باع حريم ملكه دون الملك ، لم يصح ،
قاله أبو عاصم ، كما لو باع شيرب الأرض وحده . قال : ولو حفر اثنان بئراً على
أن يكون نفس البئر لأحدهما وحريهما للآخر ، لم يصح ^(١) وكان الحريم لصاحب
البئر ، والآخر أجره عمله .

فرع

في بيان الحريم

وهو الموضع القريبة التي يحتاج إليها التهام الانتفاع ، كالطريق ومسيل الماء ونحوها ،
وفيه صور .

إحداها : ذكرنا في الحال الثالث : إذا صالحنا الكفار على بلدة ، لم يجز إحياء
مواتها الذي يذبون عنه على الأصح ، فهو من حريم تلك البلدة ومراقفها .

الثانية : حريم القرى الحية : ما حولها من مجتمع أهل الناصي ، ومرتكض
الخليل ، ومناخ الابل ، ومطرح الرماد والسماد ، وسائر ما يُعد من مراقفها . وأما
مرعى البهائم ، فقال الامام : إن بعد عن القرية ، لم يكن من حريمها . وإن قرب
ولم يستقل مرعى ، ولكن كانت البهائم ترعى فيه عند الخوف من الابعاد ، فمن الشيخ
أبي علي ، خلاف فيه ، والأصح عند الامام : أنه ليس بحريم . وأما ما يستقل
مرعى وهو قريب ، فينبغي أن يقطع بأنه حريم . وقال البغوي : مرعى البهائم
حريم للقرية مطلقاً .

(١) في نسخ الظاهرية : لم يجز .

فرع

المختطب كالرعى .

الثالثة : حريم الدار في الموات : مطرح التراب والرماد والكناسات والثلج ، والمر في الصوب الذي فُتح إليه الباب ، وليس المراد منه استحقاق المر في قبالة الباب على امتداد الموات ، بل يجوز لغيره إحياء ما في قبالة الباب إذا بقي المر له ، فان احتاج إلى انمطاف وازورار ، فعل .

فرع

عد جماعة منهم ابن كج فناء الدار من حريمها . وقال ابن الصباغ : عندي أن حيطان الدار لافناء لها ولا حريم . فلو أراد محي أن يني بجنبها ، لم يلزمه أن يبعد عن فنائها ، لكن يمتنع مما يضر الحيطان كحفر بئر بقرها .

الرابعة : البئر المحفورة في الموات ، حريمها الموضع الذي يقف فيه النازح ، وموضع الدولاب ومتردد البهيمة إن كان الاستقاء بهما ، ومصب الماء ، والموضع الذي يجتمع فيه لسقي الماشية والزروع من حوض ونحوه ، والموضع الذي يطرح فيه ما يخرج منه ، وكل ذلك غير محدود ، وإنما هو بحسب الحاجة ، كذا قاله الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم . وفي وجه : حريم البئر : قدر عمقها من كل جانب ، ولم ير الشافعي رضي الله عنه التحديد ، وحمل اختلاف روايات الحديث في التحديد ، على اختلاف القدر المحتاج إليه . وبهذا يقاس حريم النهر المحفور في الموات . وأما القناة ، فأبأرها لا يستقي منها حتى يعتبر به الحريم ، فحريمها : القدر الذي لو حفر فيه لنقص ماؤها ، أو خيف منه انهيار وانكباس ، ويختلف ذلك بصلابة الأرض ورخاوتها .

وفي وجهه : أن حريمها حريم البئر التي يستقى منها ، ولا يُمنع من الحفر إذا جاوزه وإن نقص الماء ، وبهذا الوجه قطع الشيخ أبو حامد ومن تابعه . والقائلون به ، قالوا : لو جاء آخر وتنحى عن المواضع المدودة حريماً ، وحفر بئراً ينقص ماء الأول ، لم يمنع منه ، وهو خارج عن حريم البئر . والأصح : أنه ليس لغیره الحفر حيث ينقص ماءها ، كما ليس لغیره التصرف قريباً من بنائه بما يضر به ، بخلاف ما إذا حفر بئراً في ملكه ، فحفر جاره بئراً في ملكه فنقص ماء الأول ، فإنه يجوز . قال ابن الصباغ : والفرق أن الحفر في الموات ابتداءً تملك ، فلا يمكن منه إذا تضرر الغير ، وهنا كل واحد متصرف في ملكه . وعلى هذا ، فذلك الموضع داخل في حريم البئر أيضاً . واعلم أن ما حكنا بكونه حريماً ، فذلك إذا انتهى الموات إليه . فإن كان هناك ملك قبل تمام حد الحريم ، فالحریم إلى حيث ينتهي الموات .

فرع

كل ما ذكرناه في حريم الاملاك ، مفروض فيها إذا كان الملك محفوفاً بالموات ، أو متاخماً له من بعض الجوانب . فأما الدار الملاصقة للدار ، فلا حريم لها ، لأن الاملاك متعارضة ، وليس جمل موضع حريماً لدار ، أولى من جملة حريماً لأخرى ، وكل واحد من الملاك يتصرف في ملكه على العادة ، ولا ضمان عليه إن أفضى إلى تلف . فإن تعدى ، ضمن . والقول في تصرف المالكين المتجاوزين بما يجوز وما لا يجوز ، وبماذا يتعلق الضمان ، منه ماسبق في كتاب الصلح ، ومنه ما سيأتي إن شاء الله تعالى في خلال الديات .

فرع

لو اتخذ داره المحفوفة بالمساكن حماماً ، أو اصطبلأ ، أو طاحونة ، أو حانوته في صف المطارين حانوت حداد أو قصار على خلاف العادة ، ففيه وجهان . أحدهما : يُمنع ، للاضرار . وأصحها : الجواز ، لأنه متصرف في خالص ملكه ، وفي منعه إضرار به . وهذا إذا احتاط وأحكم الجدران بحيث يليق بما يقصده ، فإن فعل ما الغالب فيه ظهور الخلل في حيطان الجار ، فالأصح : المنع ، وذلك مثل أن يدق الشيء في داره دقاً عنيفاً تنزعج (١) منه الحيطان ، أو حبس الماء في ملكه بحيث تنتشر منه الندادة إلى حيطان الجار . ولو اتخذ داره مدبغة ، أو حانوته مخبزة حيث لا يُعتاد ، فإن قلنا : لا يُمنع في الصورة السابقة ، فهنا أولى ، وإلا ففيه تردد للشيخ أبي محمد . واختار الروياني في كل هذا ، أن يجتهد الحاكم فيها ، ويمنع إن ظهر له التفتت وقصد الفساد . قال : وكذلك القول في إطالة البناء ومنع الشمس والقمر .

فرع

لو حفر في ملكه بئر بالوعة وفسد بها ماء بئر جاره ، فهو مكروه ، لكن لا يُمنع منه ، ولا ضمان عليه بسببه على الصحيح ، وخالف فيه القفال .

فرع

لا يُمنع من إحياء ما وراء الحرم ، قَرُب ، أم بعد ، وسواء أحياء أهل العمران ، أم غيرهم .

(١) في نسخ الظاهرية : تنزعج .

فرع

موات الحرم يملك بالاحياء ، كما أن معموره يملك بالبيع والهبة . وهل تملك أرض عرفات بالاحياء كسائر البقاع ، أم لا ، لتعلق حق الوقوف بها ؟ وجهان . إن قلنا : تملك ، ففي بقاء حق الوقوف فيما ملك وجهان . إن قلنا : يبقى ، فذاك مع اتساع الباقي ، أم بشرط ضيقه على الحجيح ؟ وجهان . واختار الغزالي ، الفرق بين أن يضيق الموقف فيمنع ، أو لا ، فلا . والأصح : المنع مطلقاً ، وهو أشبه بالمذهب ، وبه قطع التولي ، وشبهها بما تعلق به حق المسلمين عموماً وخصوصاً ، كالمساجد والطرق والرباطات ، ومصلّى العيد خارج البلد .

قلت : وينبغي أن يكون الحكم في أرض منى ومزدلفة ، كعرفات ، لوجود المعنى .
والله أعلم

فصل

الشارع في إحياء الموات متحجّر ما لم يتمه ، وكذا إذا أعلم عليه علامة للمعارة ، من نصب أحجار ، أو غرز خشبات ، أو قصبات ، أو جمع تراب ، أو خط خطوط ، وذلك لا يفيد الملك ، بل يجعله أحق به من غيره . وحكى ابن القطان وجهاً : أنه يملك به ، وهو شاذ ضيف ، والتفريع على الصحيح .

قلت : قال أصحابنا : إذا مات المتحجّر ، انتقل حقه إلى ورثته . ولو نقله إلى غيره ، صار الثاني أحق به . والله أعلم

وينبغي للمتجبر أن لا يزيد على قدر كفايته ، وأن لا يتجبر مالا يمكنه القيام بهارته . فان خالف ، قال المتولي : فليمره أن يحمي مازاد على كفايته ، وما زاد على ما يمكنه عمارته . وقال غيره : لا يصح تجبره أصلاً ، لأن ذلك القدر غير متعين .

قلت : قول المتولي أقوى . والله أعلم

وينبغي أن يشتغل بالهارة عقيب التجبر . فان طالت المدة ولم يحى ، قال له السلطان : أحي أو ارفع يدك عنه . فان ذكر عذراً واستمهله ، أمهله مدة قريبة يستعد فيها للهارة . والنظر في تقديرها إلى رأي السلطان ، ولا تقدر بثلاثة أيام على الأصح ، فاذا مضت ولم يشتغل بالهارة ، بطل حقه . وليس لطول المدة الواقعة بعد التجبر حد معين ، وإنما الرجوع فيه إلى العادة . قال الامام : وحق المتجبر يبطل بطول الزمان وتركه الهارة وإن لم يرفع الأمر إلى السلطان ولم يخاطبه بشيء ، لأن التجبر ذريعة إلى الهارة ، وهي لا تؤخر عن التجبر إلا بقدر تهينة أسبابها ، ولهذا لا يصح تجبر من لا يقدر على تهينة الأسباب ، كمن يتجبر ليعمر في السنة القابلة ، وكفقر يتجبر ليعمر إذا قدر ، فوجب إذا أخر وطال أن يعود موافقاً كما كان ، هذا كلام الامام . وحكى الشيخ أبو حامد مثله عن أبي إسحاق ، ثم قال : عندي أنه لا يبطل إلا بالرفع إلى السلطان ومخاطبته .

فرع

لو بادر أجنبي قبل أن يبطل حق التجبر ، فأحيا ماتجبره ، ملكه المحيي على الأصح المنصوص ، لأنه حقق سبب الملك وإن كان ظالماً ، كما لو دخل في سوم أخيه واشترى .

والثاني : لا يملك، لئلا يبطل حق غيره .

والثالث: أنه إن انضم إلى التحجر إقطاع السلطان ، لم يملك المحيي ، وإلا ، فيملك .

والرابع : إن أخذ التحجر في العارة ، لم يملك البادر ، وإلا ، فيملك .
وشبهوا المسألة بالخلاف فيما إذا عشن الطائر في ملكه وأخذ الفرخ غيره ، هل يملكه؟

قلت : والأصح أيضاً أنه يملكه . وكذا لو توحد ظي في أرضه ، أو وقع الثلج فيها ، ونحو ذلك ، وقد سبقت مسائل تتعلق بهذا في كتاب الصيد . والله أعلم

فرع

لو باع المتحجر ما تحجره ، وقلنا بالصحيح : إنه لا يملك ، لم يصح بيعه عند الجمهور .
وقال أبو إسحاق وغيره : يصح ، وكأنه يبيع حق الاختصاص . وعلى هذا لو باع فأحياء في يد المشتري رجل ، وقلنا : يملك ، فهل يسقط الثمن ، أم لا ، لحصول التلف بعد القبض ؟ وجهان .

قلت : أصحها : الثاني . وإذا قلنا : لا يصح البيع ، فأحياء المشتري قبل الحكم بفسخ البيع ، فهل يكون له ، أم للبائع ؟ فيه وجهان حكاهما الشافعي ، والصحيح : الأول .
والله أعلم

فرع

لاقطاع الامام مدخل في الموات ، وفائدته مصير المقتطع أحق بأحيائه كالتحجر .

وإذا طالت المدة ، أو أحياء غيره ، فالحكم كما سبق في التحجير ، ولا يقطع إلا لمن يقدر على الأحياء ، ويقدر ما يقدر عليه .

فصل

في بيان الأحياء

قال الأصحاب : المعتبر ما يعد إحياءً في العرف ، ويختلف باختلاف ما يقصد به . وتفصيله بمسائل .

إحداها : إذا أراد المسكن ، اشترط التحويط بالآجر أو اللبن أو الطين أو القصب أو الخشب بحسب العادة ، ويشترط أيضاً تسقيف البعض ونصب الباب على الصحيح فيها .

الثانية : إذا أراد زريبة للدواب ، أو حاضرة يجفف فيها الثمار أو يجمع فيها الخطب أو الحشيش ، اشترط التحويط ، ولا يكفي نصب سعف وأحجار من غير بناء ، لأن التملك لا يقتصر على مثله في العادة ، وإنما يفعله المجتاز . ولو حوط البناء في طرف ، واقتصر للباقي على نصب الأحجار والسعف ، حكى الامام عن القاضي ، أنه [يكفي] ، وعن شيخه : النع . ولا يشترط التسقيف هنا . وفي تعليق الباب ، الخلاف السابق .

الثالثة : إذا أراد مزرعة ، اشترط أمور .

أحدها : جمع التراب حواله لينفصل الحيا عن غيره . وفي معناه : نصب قصب وحجر وشوك ، ولا حاجة إلى التحويط . وقال الشيخ أبو حامد : عندي

إذا صارت الأرض مزرعة بما سبق إليها ، فقد تم الاحياء وإن لم يجمع التراب حولها .

الثاني : تسوية الأرض بطم المنخفض وكسح المستعلي وحرثها وتلين ترابها ، فإن لم يتيسر ذلك إلا بما يساق إليها ، فلا بد منه لتتأهل للزراعة .

الثالث : ترتيب ماء لها بشق ساقية من نهر ، أو بحفر بئر أو قناة وسقيها ، هل يشترط ذلك ؟ أطلق جماعة اشتراطه ، والأصح ما ذكره ابن كنج وغيره : أن الأرض إن كانت بحيث يكفي لزراعتها ماء السماء ، لم يشترط السقي وترتيب ماء على الصحيح . وإن كانت تحتاج إلى ماء يساق إليها ، اشترط تهئية ماء من عين أو بئر أو غيرها . وإذا هيأه ، نظر ، إن حفر له الطريق ولم يبق إلا إجراء الماء ، كفى ، ولم يشترط الاجراء ، ولا سقي الأرض . وإن لم يحفر بعد ، فوجاهن . وأما أرض الجبال التي لا يمكن سوق الماء إليها ولا بصيها إلا ماء السماء ، فقال صاحب « التقريب » ، إلى أنه لا مدخل للاحياء فيها ، وبه قال القفال وبنى عليه : أتت إذا وجدنا شيئاً من تلك الأرض في يد إنسان ، لم نحكم بأنه ملكه ، ولا نجوز بيعه وإجارته . ومن الأصحاب من قال : يملك بالحرث وجمع التراب على الأطراف ، واختاره القاضي حسين . ولا تشترط الزراعة ، لحصول الملك في المزرعة على الأصح ، لأنها استيفاء منفعة وهو خارج عن الاحياء ، وكما لا يشترط في الدار أن يسكنها .

[المسألة الرابعة: إذا أراد بستاناً أو كرمًا ، فلا بد من التحويط ، والرجوع فيما يحوط به إلى العادة ، قاله ابن كنج . وقال : فإن كانت عادة البلد بناء جدار ، اشترط البناء . وإن كان عادتهم التحويط بالقصب والشوك وربما تركوه أيضاً كما في البصرة وقزوين ، اعتبرت عادتهم ، وحينئذٍ يكفي جمع التراب حواليه كالزراعة . والقول في سوق الماء إليه كما سبق في المزرعة . ويعتبر غرس الأشجار على المذهب ، وبه قطع الجمهور .

وقيل : لا يعتبر إذا لم يعتبر الزرع في المزرعة . والفرق على المذهب ، أن اسم المزرعة يقع على الأرض قبل الزرع ، بخلاف البستان قبل الفرس ، ولأن الفرس يدوم فألحق بأبنية الدار ، بخلاف الزرع .

فرع

طرق الأصحاب متفقة على أن الأحياء يختلف باختلاف ما يقصده المحمي من مسكن وحظيرة وغيرها . وذكر الامام شيبين .

أحدهما : أن الفصد إلى الأحياء هل يعتبر لحصول الملك ؟ فقال : ما لا يفعله في العادة إلا المملك كبناء الدار واتخاذ البستان ، يفيد الملك وإن لم يوجد قصد . وما يفعله المملك وغيره ، كحفر البئر في الموات ، وكزراعة قطعة من الموات اعتماداً على ماء السماء ، إن انضم إليه قصد ، أفاد الملك ، وإلا ، فوجهان . وما لا يكتفي به المملك ، كتسوية موضع النزول ، وتنقيته عن الحجارة ، لا يفيد الملك . وإن قصده شبه ذلك بالاصطياد بنصب الأجولة في مدارج الصيود يفيد ملك الصيد . وإغلاق الباب إذا دخل الصيد الدار على قصد التملك ، يفيد الملك . ودونه وجهان . وتوحد الصيد في أرضه التي سقاها ، لا يفيد الملك وإن قصده .

الشيء الثاني : إذا قصد نوعاً وأتى بما يقصد به نوع آخر ، أفاد الملك ، حتى إذا حوّل البقعة يملكها وإن قصد المسكن ، لأنه مما يملك به الزرية لو قصدها . قال الامام الرافعي رحمه الله تعالى : أما الكلام الأول ، فمقبول لا يلزم [منه] مخالفة الأصحاب ، بل إن قصد شيئاً اعتبرنا في كل مقصود ما فصلوه ، وإلا ، نظرنا فيما أتى به وحكمنا بما ذكره . وأما الثاني ، فمخالفته لها ذكره الأصحاب صريحة ، لها فيه من الاكتفاء بأدنى العمارات أبداً .

فرع

إذا حفر بئراً في الموات للتملك ، لم يحصل الأحياء ما لم يصل إلى الماء . وإذا وصل ، كفى ، إن كانت الأرض صلبة ، وإلا ، فيشترط أن تطوى . وقال الامام : لا حاجة إليه . وفي حفر القناة ، يتم الأحياء بخروج الماء وجريانه . ولو حفر نهراً ليجري الماء فيه على قصد التملك ، فإذا انتهى رأس النهر الذي يحفره إلى النهر القديم ، وجرى الماء فيه ، ملكه ، كذا قاله البغوي وغيره . وفي « التتمة » : أن الملك لا يتوقف على إجراء الماء فيه ، لأنه استيفاء منفعة كالسكون في الدار .

قلت : هذا الثاني ، أقوى . والله أعلم

فصل

في الحمى

هو أن يحمي بقعة من الموات لمواشي بنيها ، ويمنع سائر الناس الرعي فيها ، وكان لرسول الله ﷺ أن يحمي خاصة نفسه ، ولكنه لم يفعله ﷺ ، وإنما حمى النقيع لأجل الصدقة ونعم الجزية وخيل المجاهدين .

قلت : النقيع بالنون عند الجمهور ، وهو الصواب . وقيل : بالباء الموحدة ، وبقية الفرقة بالباء قطعاً . والله أعلم

وأما غير رسول الله ﷺ ، فليس للأحاد الحمى قطعاً ، ولا الأئمة لأنفسهم ، وفي حكام لمصالح المسلمين ، قولان . أظهرهما : الجواز . وقيل : يجوز قطعاً . فإذا

جوزناه ، فهل يختص بالامام الأعظم ، أم يجوز أيضاً لولاته في النواحي ؟ وجهان
حكاهما ابن كج وغيره . أصحابها : الثاني . وسواء حمى لحيل المجاهدين ، أم لنعم
الجزية والصدقة ، والضوال ، ومال الضعفاء عن الإفساد في طلب النجعة ، ثم
لا يحمي إلا الأقل الذي لا يبين ضرره على الناس ولا يضيّق الأمر عليهم ، ثم
ما حماه رسول الله ﷺ ، نص ، فلا ينقض ولا يغير بحال ، هذا هو المذهب .
وقيل : إن بقيت الحاجة التي حمى لها ، لم يغير . وإن زالت ، فوجهان . أصحابها :
المنع ، لأنه تغيير المقطوع بصحته باجتهاد . وأما حمى غيره ﷺ ، فإذا ظهرت
المصلحة في تغييره ، جاز نقضه وردّه إلى ما كان على الأظهر رعاية للمصلحة .
وفي قول : لا يجوز كالقبرة والمسجد . وقيل : يجوز للحامي نقض حماه ، ولا يجوز
لمن بعده من الأئمة ، وإذا جوزنا نقضه ، فأحياء رجل باذن الامام ، ملكه وكان
الاذن في الأحياء نقضاً . وإن استقل المحمي ، فوجهان . ويقال : قولان منصوصان .
أصحابها : المنع ، لا فيه من الاعتراض على تصرف الامام وحكمه .

قلت : بقيت من الحمى مسائل مهمة .

منها : لو غرس أو بنى أو زرع في النقيع ، نقضت عمارته ، وقلع زرع
وغرسه ، ذكره القاضي أبو حامد في « جامعه » .

ومنها : أن الحمى ينبغي أن يكون عليه حفاظ من جهة الامام أو نائبه ، وأن يمنع
أهل القوة من إدخال مواشيهم ، ولا يمنع الضعفاء ، ويأمره الامام بالتلطف بالضعفاء
من أهل الماشية ، كما فعل عمر رضي الله عنه . قال القاضي أبو حامد : فإن كان
للإمام ماشية لنفسه ، لم يدخلها الحمى ، لأنه من أهل القوة . فإف فعل فقد
ظلم المسلمين .

ومنها : لو دخل الحمى من هو من أهل القوة ، فرعى ماشيته ، قال أبو حامد :

فلا شيء عليه ، ولا غرم ولا تعزير ، ولكن يمنع من الرعي ، ونقل ابن كج أيضاً عن نص الشافعي رضي الله عنه أنه لا غرم عليه ، وليس هذا مخالفاً لما ذكرناه في كتاب الحج ، أن من أتلف شيئاً من شجر التقيع أو حشيشه ضمنه على الأصح . ومنها : أن عامل الصدقات إذا كان يجمعها في بلد ، هل له أن يحمي موضعاً لا يتضرر به أهل البلد ليرعاها فيه؟ قال أبو حامد : قيل : له ذلك ، ولم يذكر خلافه . وقال ابن كج : إن منمنا حمى الامام ، فذا أولى ، وإلا ، فقولان .

ومنها : لا يجوز للامام أن يحمي الماء الممدّ لشرب خيل الجهاد وإبل الصدقة والجزية وغيرها بلاخلاف ، ذكره الشيخ نصر في تهذيبه . قال أصحابنا : إذا حمى الامام ، وقفنا : لا يجوز حماه ، فهو على أصل الإباحة ، من أحياء ، ملكه .

ومنها : أنه يحرم على الامام وغيره من الولاة أن يأخذ من أصحاب المواشي عوضاً عن الرعي في الحمى أو الموات ، وهذا لاخلاف فيه ، وقد نص عليه الماوردي في الأحكام ، وقاله آخرون . والله أعلم

الباب الثاني

في المنافع المشتركة وغيرها

بقاع الأرض إما مملوكة ، وإما محبوسة على الحقوق العامة كالشوارع والمساجد والمقابر والرباطات ، وإما منفكة عن الحقوق العامة والخاصة ، وهي الموات . أما المملوكة ، فمنفعتا تتبع الرقبة . وأما الشوارع ، فمنفعتا الأصلية : الطرود . ويجوز الوقوف والجلوس فيها لغرض الاستراحة والمعاملة ونحوهما ، بشرط أن لا يضيّق على المارة ، سواء أذن فيه الامام ، أم لا ، وله أن يظلل على موضع جلوسه بما لا يضر بالمارة من ثوب وبارية ونحوها . وفي بناء الدّكة ، ما ذكرناه في كتاب الصلح . ولو سبق اثنان إلى موضع ، فهل يقرع بينهما ، أم يقدم الامام أحدهما ؟ وجهان .

أصحابها : الاول . وفي ثبوت هذا الارتفاق لأهل الذمة وجهان حكاهما ابن كج ، وهل لاقطاع الامام فيه مدخل؟ وجهان . أصحابها عند الجمهور : نعم ، وهو المنصوص ، لأن له نظراً فيه ، ولهذا يزعم من أضر جلوسه . وأما تملك شي من ذلك ، فلا سبيل إليه بحال . وحكي وجه في « الرقم » للمبدي ، وشرح مختصر الجويني لابن طاهر ، أن للامام أن يملك من الشوارع ما فضل عن حاجة الطروق ، والمعروف الأول . قلت : وليس للامام ولا غيره من الولاة أن يأخذ ممن يرتفق بالجلوس والبيع ونحوه في الشوارع عوضاً بلا خلاف . والله أعلم

فرع

من جلس في موضع من الشارع ، ثم قام عنه ، إن كان جلوسه لاستراحة وشبهها ، بطل حقه . وإن كان لحرفة ومعاملة ، فإن فارقه على أن لا يعود لتركه الحرفة ، أو لعوده في موضع آخر ، بطل حقه أيضاً . وإن فارقه على أن يعود ، فالذهب ماضبطه الامام والغزالي : أنه إن مضى زمن ينقطع فيه الذين ألفوا معاملته ، بطل . وإن كان دونه ، فلا . وسواء فارق بمذرم سفر ومرض ، أو بلا عذر ، فعلى هذا لا يبطل حقه بالرجوع في الليل إلى بيته ، وليس لغيره مزاحمته في اليوم الثاني ، وكذا الأسواق التي تقام في كل اسبوع ، أو في كل شهر مرة ، إذا اتخذ فيها مقعداً ، كان أحق به في النوبة الثانية . وقال الاصطخري : إذا رجع ليلاً ، فمن سبقه أحق . وقال طائفة منهم القاضي وابن الصباغ : إن جلس باقطاع الامام ، لم يبطل بقيامه . وإن استقل وترك فيه شيئاً من متاعه ، بقي حقه ، وإلا ، فلا . وإذا قلنا بالأول ، فأراد غيره الجلوس فيه مدة غيخته القصيرة إلى أن يعود ، فإن كان لغير معاملة ، لم يمنع قطعاً ، وإلا ، لم يمنع أيضاً على الأصح .

قلت : وإذا وضع الناس الأمتعة وآلات البناء ونحو ذلك في مسالك الأسواق والشوارع ارتفاعاً لينقلوها شيئاً بعد شيء ، منعوا منه إن أضر بالمارة إضراراً ظاهراً ، وإلا ، فلا ، ذكره الماوردي في « الأحكام السلطانية » . والله أعلم

فرع

يختص الجالس أيضاً بما حوله بقدر ما يحتاج إليه لوضع متاعه ووقوف معامليه ، وليس لغيره أن يقعد حيث يمنع رؤية متاعه أو وصول المعاملين إليه ، أو يضيق عليه الكيل أو الوزن والأخذ والمطاء .

قلت : وليس له منع من قعد لبيع مثل متاعه إذا لم يزاحمه فيما يختص به من المرافق المذكورة . والله أعلم

فرع

الجوال الذي يقعد كل يوم في موضع من السوق ، يبطل حقه بمفارقتة .

فصل

وأما المسجد ، فالجلوس فيه يكون لأغراض .

منها : أن يجلس ليقرأ عليه القرآن أو الحديث أو الفقه ونحوها ، أو ليستفتى . قال أبو عاصم المبادي والغزالي : حكمه كقواعد الأسواق ، لأن له غرضاً في ملازمته ذلك الموضع ليألفه الناس . وقال الماوردي : متى قام بطل حقه وكان السابق أحق به ، والأول أشبه بما أخذ الباب .

قلت : هذا المنقول عن الماوردي ، حكاه في « الأحكام السلطانية » عن جمهور الفقهاء . وعن مالك رضي الله عنه : أنه أحق ، فمقتضى كلامه : أن الشافعي وأصحابه ، من الجمهور رضي الله عنهم . والله أعلم

ومنها : أن يجلس للصلاة ، فلا اختصاص له في صلاة أخرى . وأما الصلاة الحاضرة ، فهو أحق . فإن فارق بغير عذر ، بطل حقه فيها أيضاً . وإن كان بعذر ، فإن فارق لقضاء حاجة ، أو تجديد وضوء ، أو رعا ، أو إجابة داع ونحوها ، لم يبطل اختصاصه على الصحيح ، للحديث الصحيح ، أن رسول الله ﷺ قال : « إذا قام أحدكم من مجلسه في المسجد - فهو أحق به إذا عاد إليه »^(١) ، ولا فرق على الوجهين بين أن يترك إزاره ، أم لا ، ولا بين أن يطرأ العذر بعد الشروع في الصلاة ، أو قبله ، وإن اتسع الوقت .

ومنها : الجلوس للبيع والشراء والحرفة ، وهو ممنوع منه . قلت : ومنها : الجلوس للاعتكاف ، وينبغي أن يقال : به الاختصاص بموضعه ما لم يخرج من المسجد إن كان اعتكافاً مطلقاً . وإن نوى اعتكاف أيام ، فخرج لحاجة جائزة ، ففي بقاء اختصاصه إذا رجع احتمال ، والظاهر بقاءه ، ويحتمل أن يكون على الخلاف فيما إذا خرج المصلي لعذر .

ومنها : الجالس لاستماع الحديث والوعظ ، والظاهر أنه كالصلاة فلا يختص فيما سوى ذلك المجلس ولا فيه إن فارقه بلا عذر ، ويختص إن فارق بعذر على المختار . ويحتمل أن يقال : إن كان له عادة بالجلوس بقرب كبير المجلس ، وينتفع الحاضرون بقربه منه لعلهم ونحو ذلك ، دام اختصاصه في كل مجلس بكل حال .

(١) رواه أحمد في « المسند » ومسلم ، وأبو داود ، وابن ماجه ، والبخاري في « الادب المفرد » من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

وأما مجلس الفقيه في موضع معين حال تدريس المدرس في المدرسة أو المسجد ، فالظاهر فيه دوام الاختصاص ، لا طراد العرف ، وفيه احتمال . والله أعلم

فرع

يمنع الناس من استطراق حِلَقِ القُرَّاء والفقهاء في المسجد توقيراً لها .

فرع

قال الامام : لاشك في انقطاع تصرف الامام وإقطاعه عن بقاع المسجد ، فان المساجد لله تعالى ، ويخذه شيطان .

أحدهما : ذكر الماوردي ، أن الترتب في المسجد للتدريس والفتوى كالترتب للإمامة ، فلا يعتبر إذن الامام في مساجد المحال ، ويعتبر في الجوامع وكبار المساجد إذا كانت عادة البلد فيه الاستئذان ، فجعل لاذن الامام أثر .

الثاني : عد الشيخ أبو حامد وطائفة رحاب المسجد مع مقاعد الأسواق فيما يقطع للارتفاق بالجلوس فيه للبيع والشراء ، وهذا كما يقدر في نفي الاقطاع ، يخالف المعروف في المذهب في المنع من الجلوس في المسجد للبيع والشراء ، إلا أن يراد بالرحاب : الألفية الخارجة عن حد المسجد .

قلت : قال الماوردي في « الأحكام » : إن حريم الجوامع والمساجد ، إن كان الارتفاق به مضرّاً بأهل المساجد ، منع منه ، ولم يجوز للسلطان الاذن فيه ، وإلا ، جاز . وهل يشترط فيه إذن السلطان ؟ وجهان . والله أعلم

فصل

الرباطات المسبلة في الطرق وعلى أطراف البلاد ، من سبق إلى موضع منها صار أحق به ، وليس لغيره إزعاجه ، سواء دخل باذن الامام ، أم بغيره ، ولا يطل حقه بالخروج لشراء طعام ونحوه ، ولا يشترط تخليفه نائباً له في الموضع ، ولا أن يترك متاعه ، لأنه قد لا يجد أميناً . فان ازدحم اثنان ولا سبق ، فعلى ماسبق في مقاعد الأسواق ، وكذا الحكم في المدارس والخوانق إذا نزلها من هو [من] أهلها . وإذا سكن بيتاً منها مدة ، ثم غاب أياماً قليلة ، فهو أحق إذا عاد . وإن طالت غيبته ، بطل حقه .

قلت : والرجوع في الطول إلى العرف . ولو أراد غيره النزول فيه في مدة غيبة الأول على أن يفارقه إذا جاء الأول ، فينبغي أن يجوز قطعاً ، أو يكون على الوجهين السابقين في الموضع من الشارع . ويجوز لغير سكان المدرسة من الفقهاء والموام دخولها ، والجلوس فيها ، والشرب من مياهها ، والاتكاء والنوم فيها ، ودخول سقايئها ، ونحو ذلك مما جرى العرف به . وأما سكنى غير الفقهاء في بيوتها ، فان كان فيه نص من الواقف بنفي أو إثبات ، اتبع ، وإلا ، فالظاهر منعه ، وفيه احتمال في بلد جرت به العادة . والله أعلم

فرع

النازلون في موضع من البادية ، أحق به وبما حواله بقدر ما يحتاجون إليه لمراقبتهم ، ولا يزاحمون في الوادي الذي سرحوا إليه مواشيهم ، إلا أن يكون فيه كفاية للجميع ، وإذا رحلوا ، بطل اختصاصهم وإن بقي أثر الفساطيط ونحوها .

قلت : ولو أرادت طائفة النزول في موضع من البادية للاستيطان ، قال الماوردي : إن كان نزولهم مضرّاً بالسابلة ، منعه السلطان قبل النزول أو بعه . وإن لم يضر ، رأى الأصلح في نزولهم ومنعه ونقل غيرهم إليها . فإن نزلوا بغير إذنه ، لم يمنعه ، كما لا يمنع من أحيا مواتاً بغير إذنه ، ودبرهم بما يراه صلاحاً لهم ، وبيناهم عن إحداث زيادة إلا بإذنه . والله أعلم

فصل

المرتفق بالشارع والمساجد ، إذا طال مقامه هل يزعج ؟ وجهان . أصحها : لا ، لأنه أحد المرتفقين وقد سبق . والثاني : نعم . لتمييز المشترك من المملوك . وأما الرُّبُط الموقوفة ، فإن عين الواقف مدة المقام ، فلا مزيد عليها ، وكذا لو وقف على المسافرين . وإن أطلق الواقف ، نظر إلى الغرض الذي بنيت له ، وعمل بالمتاد فيه ، فلا يمكن من الإقامة في ربط المارة إلا لمصلحتها ، أو لخوف يمرض ، أو أمطار تتواتر ، وفي المدرسة الموقوفة على طلبة العلم ، يمكن من الإقامة إلى إتمام غرضه . فإن ترك التعلم والتحصيل ، أزعج . وفي الخاتمة ، لا يمكن هذا الضبط ، ففي الإزعاج إذا طال مقامه ماسبق في الشوارع .

الباب الثالث

في الاعيان الخارجة من الأرض

فيه طرفان .

[الطرف الأول : في المادن ، وهي البقاع التي أودعها الله تعالى شيئاً من الجواهر المطلوبة ، وهي قسبان ، ظاهرة ، وباطنة .

الظاهرة : هي التي يبدو جوهرها بلا عمل ، وإنما السمي والعمل لتحصيله .
ثم تحصيله قد يسهل ، وقد يكون فيه تعب ، وذلك كالتفقط وأحجار الرُحى ،
والبرام ، والكبريت ، والقطران ، والقار ، والمومياء ، وشبهها ، فلا يملكها أحد
بالأحياء والمهارة ، وإن زاد بها الثَّيْل . ولا يختص بها أيضاً المتحجر ، وليس للسلطان
إقطاعها ، بل هي مشتركة بين الناس كالمياه الجارية ، والكلا ، والخطب . ولو حوَّط
رجل على هذه المعادن وبنى عليها داراً أو بستاناً ، لم يملك البقعة ، لفساد قصده .
وأشار في « الوسيط » إلى خلاف فيه . والمروف ، الأول . وإذا ازدحم اثنان
على معدن ظاهر ، وضاق المكان ، فالسابق أولى . ثم قال الجمهور : يقدم بأخذ قدر
حاجته ، ولم يبينوا أنها حاجة يوم أو سنة . قال الامام : والرجوع فيه إلى العرف ،
فيأخذ ما تقتضيه المادة لأمثاله . وإذا أراد الزيادة على ما يقتضيه حق السبق ، فهل
يزعج ، أم يأخذ ما شاء ؟ وجهان . أصحابها عند الأصحاب : يزعج . فأما إذا جاء
معا ، فالأصح أنه يُقرع بينهما . والثاني : يجتهد الامام ويقدم من يراه أحوج وأحق .
والثالث : ينصب من يقسم الحاصل بينهما . وقال المراقبون : الأوجه فيما إذا كانا
يأخذان للحاجة . فإن كانا يأخذان للتجارة ، يهايأ بينهما . فإن تشاحا في الابتداء ،
أقرع بينهما . والأشهر : إطلاق الأوجه . وعلى مقتضى قول المراقبين : إذا كان
أحدهما تاجراً والآخر محتاج ، يشبه أن يقدم المحتاج .

فرع

[من] المعادن الظاهرة ، الملح الذي ينمقد من الماء ، وكذا الجبلي إن كان
ظاهراً لا يحتاج إلى حفر وتنحية تراب ، والجص ، والمدر ، وأحجار النورة . وفي
بعض شروح « المفتاح » ، عُدَّ الملح الجبلي من المعادن الباطنة . وفي « التهذيب » ،

عد الكحل والجص منها ، وهما محمولان على ما إذا أحوج إظهارهما إلى حفر . ولو كان بقرب الساحل بقعة ، لو حفرت وسبق الماء إليها ظهر فيها الملح ، فليست هي من المادن الظاهرة ، لأن المقصود منها يظهر بالعمل ، فللام إقطاعها ، ومن حفرها وساق الماء إليها ، وظهر الملح ، ملكها كما لو أحيأ مواتاً .

القسم الثاني : المادن الباطنة ، وهي التي لا يظهر جوهرها إلا بالعمل والمعالجة ، كالذهب ، والفضة ، والفيروزج ، والياقوت ، والرصاص ، والنحاس ، والحديد ، وسائر الجواهر المبثوثة في طبقات الأرض . وتردد الشيخ أبو محمد ، في أن حجر الحديد ونحوه ، من الباطنة ، أم الظاهرة ، لأن ما فيها من الجوهر بادٍ ؛ والمذهب أنه باطن ، لأن الحديد لا يستخرج منه إلا بملاج ، وليس البادي على الحجر عين الحديد ، وإنما هو في مخيلته . ولو أظهر السيل قطعة ذهب ، أو أتى بها ، التحقت بالمادن الظاهرة . إذا ثبت هذا ، فالمادن الباطن هل يملك بالحفر والعمل ؟ قولان ، لتردد بين الموات والمعدن الظاهر ، أظهرهما : لا ، رجحه الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم . فإن قلنا : يملك ، فذاك إذا قصد التملك وحفر حتى ظهر الثيل . فأما قبل الظهور ، فهو كالمتحجر ، وهذا كما إذا حفر بئراً في الموات على قصد التملك ، ملكها إذا وصل إلى الماء . وإذا اتسع الحفر ولم يوجد الثيل إلا في الوسط ، أو في بعض الأطراف ، لم يقصر الملك على موضع الثيل ، بل يملك أيضاً بما حواله مما يليق بحريمه ، وهو قدر ما يقف فيه الأعوان والدواب . ومن جاوز ذلك وحفر ، لم يمنع وإن وصل إلى العروق . ويجوز للسلطان أن يقطعه كالموات . وإن قلنا : لا يملك ، فالسابق إلى موضع منه أحق به ، لكن إذا طال مقامه ، ففي إزعاجه ما ذكرناه في المادن الظاهرة . وقيل : لا يزجج هنا قطعاً ، لأن هناك يمكن الأخذ دفعة فلا حاجة إلى الإطالة ، وهنا لا يحصل إلا بمشقة فقدم السابق . ولو ازدحم اثنتان ، فعلى الأوجه التي هناك . وفي جواز إقطاعها على هذا القول ،

قولان . أحدهما : المنع كالمعادن الظاهرة . وأظهرهما : الجواز ، ولا يقطع إلا قدرأ يتأشئ للمقتاع العمل عليه والأخذ منه . وعلى القولين ، يجوز العمل في المعدن الباطن والأخذ منه بغير إذن الامام ، فانه إما كالمعدن الظاهر ، وإما كالنوات .

فرع

لو أحياء مواتاً ، ثم ظهر فيه معدن باطن ، ملكه بلا خلاف ، لأنه بالاحياء ملك الأرض بأجزائها إن لم يعلم بها معدناً . فان علم واتخذ عليه داراً ، فطريقان . أحدهما : على القولين السابقين . والثاني : القطع بالملك . وأما البقعة الحياء ، فقال الامام : ظاهر المذهب ، أنها لا تملك ، لأن المعدن لا يتخذ داراً ولا مزرعة ، فالقصد فاسد . وقيل : يملكها . وكأن ما ذكرناه من الخلاف في المعادن الظاهرة عن الوسيط ، مأخوذ من هذا .

فرع

مما يتفرع على القولين في المعدن الباطن ، أنه إذا عمل عليه في الجاهلية ، هل يملك ؟ وهل يجوز إقطاعه ؟ إن قلنا : يملك بالحفر والعمل ، فهو ملك للفاغين ، وإلا ، ففي جواز إقطاعه القولان السابقان .

فرع

مالك المعدن الباطن ، لا يصح منه بيعه على الصحيح ، لأن مقصوده الثيل ، وهو متفرق في طبقات الأرض ، مجهول القدر والصفة ، فهو كببيع قدر مجموع من تراب

المعدن وفيه النّيل، وهو باطل . وحكى الامام وجهاً في جوازه ، لأن المبيع رقبة المعدن والنّيل فائدته .

فرع

لو تملك معدناً باطناً ، فجاء غيره واستخرج منه نَيْلاً بغير إذنه ، لزمه رده ، ولا أجرة له . ولو قال المالك : اعمل فيه واستخرج النّيل لي ، ففعل ، ففي استحقاقه الأجرة الخلاف فيمن قال : اغسل ثوبي ففعل . ولو قال : اعمل فما استخرجته فهو لك ، أو قال : استخرج لنفسك ، فالحاصل لمالك المعدن ، لأنه هبة مجهول . وكان يمكن تشبيهه باباحة ثمار البستان ، ولكن المنقول الأول . وفي استحقاقه الأجرة ، وجهان ، لكونه عمل لنفسه ، لكن لم يقع له ، ولا هو متبرع ، وبثبوتها قال ابن سريج .

قلت : ثبوتها أصح . والله أعلم

ولو قال : اعمل فما استخرجته فهو بيننا مناصفة ، أو قال : فلك منه عشرة دراهم ، لم يصح ، لأن الأول أجرة مجهولة ، والثاني : قد لا يحصل هذا القدر .

الطرف الثاني : في المياه ، وهي قسنان .

أحدهما : الباحة النابعة في موضع لا يختص بأحد ، ولا صنّع للأدمين في إنباطه وإجرائه كالقنات وجيحون وسائر أودية العالم والعيون في الجبال وسيول الأمطار ، فالناس فيها سواء ، فإن حضر اثنان فصاعداً ، أخذ كل ما شاء . فإن قلّ الماء أو ضاق المشرع ، قدّم السابق . فإن جاء مآ ، أفرع . وإن أراد واحد السقي وهناك محتاج للشرب ، فالشارب أولى . قاله التولي ، ومن أخذ منه شيئاً في إناء أو جملة في حوض ، ملكه ولم يكن لغيره مزاحمة فيه ، كما لو احتطب . وفي النهاية ،

وجه : أنه لا يملكه ، لكنه أولى به من غيره . والصحيح : الأول ، وبه قطع الجمهور . وإن دخل شيء منه ملك لإنسان بسبيل ، فليس لغيره أخذه مادام فيه ، لامتناع دخول ملكه بغير إذنه . فلو فعل ، فهل يملكه ، أم للمالك استرداده ؟ وجهان . أصحابها : الأول . فإذا خرج من أرضه ، أخذه من شاء .

فرع

إذا أراد قوم سقيَ أراضيهم من مثل هذا الماء ، فإن كان النهر عظيماً يفي بالجميع ، سقى من شاء متى شاء . وإن كان صغيراً ، أو كان الماء يجري من النهر العظيم في ساقية غير مملوكة ، بأن انخرقت بنفسها ، سقى الأول أرضه ، ثم يرسله إلى الثاني ، ثم الثاني إلى الثالث . وكل يحبس الماء في أرضه ؟ وجهان ، الذي عليه الجمهور : أنه يحبس حتى يبلغ الكميين . والثاني : يرجع في قدر السقي إلى المادة والحاجة . وقد قال الماوردي : ليس التقدير بالكميين في كل الأزمان والبلدان ، لأنه مقدر بالحاجة ، والحاجة تختلف باختلاف الأرض ، وباختلاف ما فيها [من] زرع وشجر ، وبوقت الزراعة ، ووقت السقي . وحكي وجه عن الداركي : أن الأعلى لا يقدم على الأسفل ، لكن يسقون بالحصص ، وهذا غريب باطل . ولو كانت أرض الأعلى بعضها مرتفعاً ، وبعضها منخفضاً ، ولو سُقياً ممّا ل زاد الماء في المنخفضة على الحد المستحق ، أفرد كلُّ بعض بالسقي بما هو طريقه .

قلت : طريقه أن يسقي المنخفض حتى يبلغ الكميين ، ثم يسدّه ، ثم يسقي المرتفع . والله أعلم

وإذا سقى الأول، ثم احتاج إلى السقي مرة أخرى، مُكْتِنَ منه على الصحيح
فلو تنازع اثنان أرضهما متحاذيتان ، أو أرادا شق النهر من موضعين متحاذيين
يميناً وشمالاً ، فهل يقرع ، أو يقسم بينهما ، أو يقدم الامام مَنْ يراه ؟ فيه ثلاثة
أوجه حكاه المبادي .

قلت : أصحابها : يقرع . والله أعلم

ولو أراد رجل إحياء موات وسقّيه من هذا النهر ، فظر ، إن ضيق على
السابقين ، مُنِعَ، لانهم استحقوا أرضهم بمرافقها ، والماء من أعظام مرافقها ، وإلا ،
فلا منع .

فرع

عمارة حافات هذه الانهار، من وظائف بيت المال .

فرع

يجوز أن يبني عليها من شاء قنطرة لعبور الناس إن كان الموضع مواتاً . وأما
[ما] بين العمران ، فهو كحفر البئر في الشارع لمصلحة المسلمين . ويجوز بناء
الرحى عليها إن كان الموضع ملكاً له أو مواتاً محضاً . وإن كانت بين الارض
الملوكة ، وتضرر الملاك ، لم يجوز ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : المنع كالتصرف
في سائر مرافق العمارات . وأصحابها : الجواز ، كاشراع الجناح في السكة النافذة .

فصل

هذا الذي سبق ، إذا لم تكن الانهار والسواقي مملوكة . أما إذا كانت مملوكة ،
بأن حفر نهراً يدخل فيه الماء من الوادي العظيم ، أو من النهر المنخرق منه ،
فالماء باقٍ على إباحته ، لكن مالك النهر أحق به كالسيل يدخل ملكه ، فليس
لأحد مزاحمته لسقي الارضين . وأما للشرب والاستعمال وسقي الدواب ، فقال
الشيخ أبو عاصم والمتولي : ليس له المنع ، ومنهم من أطلق أنه لا يدلي أحد فيه
دلواً ، ويجوز لغيره أن يحفر فوق نهره نهراً إن لم يضيق عليه . وإن ضيق ، فلا ،
فإن اشترك جماعة في الحفر ، اشتركوا في الملك على قدر عملهم ، فإن شرطوا أن
يكون النهر بينهم على قدر ملكهم من الأرض ، فليكن عمل كل واحد على قدر
أرضه . فإن زاد واحد متطوعاً ، فلا شيء له على الباقيين . وإن زاد مكرهاً ، أو
شرطوا له عوضاً ، رجع عليهم بأجرة ما زاد ، وليس للأعلى حبس الماء على الأسفل ،
بخلاف ما إذا لم يكن النهر مملوكاً . وإذا اقتسموا الماء بالأيام والساعات ، جاز ،
ولكل واحد الرجوع [متى شاء] ، لكن لو رجع بعدما استوفى نوبته وقبل أن
يستوفي الشريك ، ضمن له أجرة مثل نصيبه من النهر للمدة التي أجرى فيها الماء .
وإن اقتسموا الماء نفسه ، فعلى ما سنذكره في القناة المشتركة . ولو أرادوا قسمة
النهر وكان عريضاً ، جاز ، ولا يجري فيها الاجبار كما في الجدار الحائل . ولو أراد
الشركاء الذين أرضهم أسفل توسيع فم النهر ، إلا يقصر الماء عنهم ، لم يجز إلا برضى
الاولين ، لأن تصرف الشريك في المشترك لا يجوز إلا برضى الشريك ، ولأنهم قد
يتضررون بكثرة الماء . وكذا لا يجوز للأولين تضيق فم النهر إلا برضى الآخرين ،
وليس لأحد منهم بناء قنطرة أو رعى عليه ، ولا غرس شجرة على حافته إلا برضى

الشركاء . ولو أراد أحدهم تقديم رأس الساقية التي يجري فيها الماء إلى أرضه ، أو تأخيرها ، لم يجوز ، بخلاف ما لو قدّم باب داره إلى رأس السكة المنسدة ، لانه يتصرف هناك في الجدار المملوك ، وهنا في الحافة المشتركة . ولو كان لاحدم ماء في أعلى النهر ، فأجراه في النهر المشترك برضى الشركاء ليأخذه من الاسفل ويسقي به أرضه ، فلم الرجوع متى شاؤوا ، لأنه عاريّة ، وتنقية هذا النهر وعمارته يقوم بها الشركاء بحسب الملك . وهل على كل واحد عمارة الموضع المتسفل عن أرضه ؟ وجهان . أحدهما : لا ، وبه قطع ابن الصباغ ، لأن المنفعة فيه للباقيين . والثاني : نعم ، وهو الاصح عند المبادي ، لاشتراكهم واتّفاعهم به .

فرع

كل أرض أمكن سقيها من هذا النهر ، إذا رأينا لها ساقية منه ولم نجد لها شرباً من موضع آخر ، حكمتنا عند التنازع بأن لها شرباً منه . ولو تنازع الشركاء في النهر في قدر أنصائبهم ، فهل يجعل على قدر الارضين لأن الظاهر أن الشركة بحسب الملك ، أم بالسوية لانه في أيديهم ؟ وجهان ، وبالاول قال الاصطخري رحمه الله تعالى .

قلت : هو أصحابها . والله أعلم

فرع

لو صادفنا نهراً تُسقى منه أرضون ، ولم ندر أنه حفر أم انخرق ، حكمتنا بأنه

مملوك ، لانهم أصحاب يد وانتفاع ، فلا يقدم بعضهم على بعض . وأكثر هذه المسائل يشتمل عليها كتاب « المياه » للعبادي رحمه الله تعالى .

القسم الثاني : المياه المختصة ببعض الناس ، وهي مياه الآبار والقنوات .
واعلم أن البئر يتصور حفرها على أوجه . أحدها : الحفر في المنازل للمارة .
والثاني : الحفر في الموات على قصد الارتفاق لا للتملك ، كمن ينزل في الموات فيحفر للشرب وسقي الدواب . والثالث : الحفر بنية التملك . والرابع : الحفر الخالي عن هذه القُصود . فأما المحفورة للمارة ، فمأواها مشترك بينهم ، والحافر كأحدهم ، ويجوز الاستقاء منها للشرب ، وسقي الزروع ، فإن ضاق عنها ، فالشرب أولى . وأما المحفورة للارتفاق دون التملك ، فالحافر أولى بمائها إلى أن يرتحل ، لكن ليس له منع ما فضل عنه عن محتاج إليه للشرب إذا استقى بدلو نفسه ، ولا منع مواشيه ، وله منع غيره من سقي الزرع به . وفيه احتمال للإمام ، لأنه لم يملكه ، والاختصاص يكون بقدر الحاجة ، وبهذا قطع التولي ، فحصل وجهان .

قلت : الأول هو الصحيح المعروف . والله أعلم

ويعتبر في الفاضل الذي يجب بذله ، أن يفضل عن نفسه وماشيته وزرعه . قال الإمام : وفي المزارع احتمال على بُعد .
قلت : المراد : الفاضل الذي يجب بذله لماشية غيره . أما الواجب بذله لمطش آدمي محترم ، فلا يشترط فيه أن يفضل عن المزارع والماشية . والله أعلم

وإذا ارتحل المرتفق ، صارت البئر كالمحفورة للمارة ، فإن عاد ، فهو كغيره .
وأما المحفورة للتملك وفي ملك ، فهل يكون مأواها مُلكاً ؟ وجهان . أصحابها : نعم ، وبه قال ابن أبي هريرة ، وهو المنصوص في القديم ، وحرملة ، لأنه غناء ملكه ،

كالثمرة واللبن ، ويجري الخلاف فيما إذا انفجرت عين في ملكه . فان قلنا : لا يملك ،
فنبع وخرج منه ، ملكه من أخذه . وإن قلنا بالأصح : لا يملكه الآخذ ، ولو دخل
رجل ملكه وأخذه ، ففي ملكه الوجهان . وسواء قلنا : يملك ، أم لا ، فلا يجب
على صاحب البئر بذل الفاضل عن حاجته لزرع غيره على الصحيح ، ويجب بذله
للماشية على الصحيح . والوجوب شروط . أحدها : أن لا يجد صاحب الماشية ماء
مباحاً . والثاني : أن يكون هناك كلاً يُرعى ، وإلا ، فلا يجب على المذهب . وقال
المتولي : فيه وجهان . الثالث : أن يكون الماء في مستقره ، فأما الماء الموجود في إناء ،
فلا يجب بذل فضله على الصحيح . ثم عابرو السبيل ، يُبذل لهم ولو اشيهم . وفيمن أراد
الاقامة في الموضع وجهان ، لأنه لا ضرورة [به] إلى الاقامة .

قلت : الأصح : الوجوب كغيره . وإذا وجب البذل ، مكّن الماشية من حضور
البئر بشرط أن لا يكون على صاحب الماء ضرر في زرع ولا ماشية . فان لحقه
ضرر بورودها ، منعت ، لكن يجوز للرعاة استقاء فضل الماء لها ، قاله الماوردي .

والله أعلم

وهل يجب البذل للرعاة كما يجب للماشية ؟ وجهان حكاهما ابن كج . أحدهما :
يجب ، لأن البذل لسقاة الناس رعاة كانوا أو غيرهم ، أولى من البذل للماشية ، على أن
الامام يقل في المنع من الشرب على الاطلاق وجهين إذا قلنا : يملك . وإذا أوجبنا
البذل ، هل يجوز أن يأخذ عليه عوضاً كاطعام المضطر ؟ وجهان ، الصحيح : لا ،
للحديث [الصحيح] ان النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء (١) .

قلت : قال الماوردي : لو كان هناك ماءان يملكان لرجلين ، لزمها البذل . فان
اكتفت الماشية ببذل أحدهما ، سقط الفرض عن الآخر ، قال : وإذا لم توجد شروط

(١) روى مسلم في « صحيحه » عن جابر رضي الله عنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن

بيع فضل الماء .

وجوب البذل ، جاز للمالكه أخذ ثمنه إذا باعه مقدراً بكيل أو وزن ، ولا يجوز بيعه مقدراً بريّ الماشية ولا الزرع . والله أعلم

وأما المحفورة بلا قصد ، ففيها وجهان . أحدهما : لا اختصاص له بمائها، والناس كلهم فيه سواء . والثاني : يختص بقدر حاجته ، كما أن الأحياء يفيد الملك وإن لم يقصده .

فصل

حكم القنوات حكم الآبار في ملك مياهاها وفي وجوب البذل وغيرها ، إلا أن حفرها لجرد الارتفاق لا يكاد يقع . ومتى اشترك التملك في الحفر ، اشتركوا في الملك بحسب اشتراكهم في العمل أو الارتفاق كما ذكرنا في النهر المملوك ، ثم لهم قسمة الماء بأن تُنصب خشبة مستوية الأعلى والأسفل في عرض النهر ، ويفتح فيها ثقب متساوية ، أو متفاوتة على قدر حقوقهم ، ويجوز أن تكون الثقب متساوية مع تفاوت الحقوق ، إلا أن صاحب الثلث يأخذ ثقبه ، والآخر ثقبين ، ويسوق كل واحد نصيبه في ساقية إلى أرضه، وله أن يدير رحيّ بما صار له، ولا يشق أحد منهم ساقية قبل المقسم، ولا ينصب عليه رحيّ ، وإن اقتسموا بالمهاياة، جاز أيضاً. وقد يكون الماء قليلاً لا ينتفع به إلا كذلك ، ولكل واحد الرجوع كما ذكرنا في البئر ، هذا هو الصحيح المعروف . وقيل : تلزم المهاياة ليق كل واحد بالانتفاع . وقيل : لا تصح القسمة بالمهاياة ، لأن الماء يقل ويكثر ، وتختلف قائمة السقي بالأيام . قلت : لو أراد أحد أن يأخذ نصيبه من الماء ويسقي به أرضاً ليس لها رسم شرب من هذا النهر، مُنْع منه، لأنه يجعل شرباً لم يكن . والله أعلم

فرع

الذين يسقون أرضهم من الأودية المباحة ، لو تراضوا بمياهه ، وجعلوا للأولين أياماً ، وللآخرين أياماً ، فهذه مساحة من الاولين بتقدم الآخرين ، وليست بلازمة والظاهر : أن من رجع من الاولين ، مُكّن من سقي أرضه .

فصل

في بيع الماء

أما المحرز في إناء أو حوض ، فبيعه صحيح على الصحيح ، وقد سبق فيه الوجه ، وليكن عمق الحوض معلوماً ، ولا يجوز بيع ماء البئر والقناة فيها ، لأنه مجهول ، ويزيد شيئاً فشيئاً فيختلط فيتمدّر التسليم . وإن باع منه آصاً ، فإن كان جارياً ، لم يصح ، إذ لا يمكن ربط العقد بمقدار . وإن كان راكداً وقلنا : إنه غير مملوك ، لم يصح . وإن قلنا : مملوك ، فقال القفال : لا يصح أيضاً ، لأنه يزيد فيختلط المبيع . والاصح : الجواز كبيع صاع من صبرة . وأما الزيادة ، قليلة ، فلا تضر ، كما لو باع القت في الأرض بشرط القطع ، وكما لو باع صاعاً من صبرة وصب عليها صبرة أخرى ، فإن البيع بحاله ، ويبقى المبيع ما بقي صاع من الصبرة . ولو باع الماء مع قراره ، نظر ، إن كان جارياً فقال : بتك هذه القناة مع مائها ، أو إن لم يكن جارياً وقلنا : إن الماء لا يملك ، لم يصح البيع في الماء ، وفي القرار قولاً تفريق الصفة ، وإلا ، فيصح . ولو باع بئر الماء وأطلق ، أو باع داراً فيها بئر ماء ، جاز . ثم إن قلنا : يملك ، فالوجود حال البيع يبقى للبائع ، وما يحدث ، المشتري . قال البغوي : وعلى هذا لا يصح البيع حتى يشترط أن الماء الظاهر المشتري ، أثلاً يختلط الماءان . وإن قلنا : لا يملك ،

فقد أطلقوا أن المشتري أحق بذلك الماء . وليحمل على ما نبع بعد البيع ، فأما ما نبع قبله ، فلا معنى لصرفه إلى المشتري .

قلت : هذا التأويل الذي قاله الامام الرافعي فاسد ، فقد صرح الأصحاب بأن المشتري على هذا الوجه أحق بالماء الظاهر ، لثبوت يده على الدار ، وتكون يده كيد البائع في ثبوت الاختصاص [به] . والله أعلم

ولو باع جزءاً شائعاً من البئر أو القناة ، جاز ، وما يبيع مشترك بينها ، إما اختصاصاً مجرداً ، وإما ملكاً .

فرع

سقى أرضه بما مملوك لغيره ، فالغلظة لصاحب البذر وعليه قيمة الماء . ولو استحل صاحب الماء ، كان الطعام أطيب .

قلت : وما يتعلق بالكتاب ، مذكروه صاحب العدة : أنه لو أضرمت ناراً في حطب مباح بالصحرَاء ، لم يكن له منع من يتنفع بتلك النار ، فلو جمع الحطب ، ملكه ، فإذا أضرمت فيه النار ، فله منع غيره منها . والله أعلم

كتاب الوقف

فيه بابان .

[الباب الأول : في أركانه وشروطه ، وفيه طرفان .

[الطرف الأول : في أركانه ، وهي أربعة .

[الركن الأول : الواقف، ويشترط كونه صحيح العبرة، أهلاً للتبرع .

الركن الثاني : الموقوف، وهو كل عين معينة مملوكة ملكاً يقبل النقل يحصل منها فائدة أو منفعة تستأجر لها . احترزنا بالعين ، حق المنفعة ، وعن الوقف ، الملتزم في الذمة ، وبالمعينة ، عن وقف أحد عبديه ، وبالمملوكة ، عملاً لا يملك ، وبقبول النقل ، عن أم الولد والملاهي . وأردنا بالفائدة : الثمرة واللبن ونحوها ، وبالمنفعة : السكنى واللبس ونحوها . وقولنا : تستأجر لها ، احتراز من الطعام ونحوه . ونوضحه بمسائل . إحداهما : يجوز وقف العقار والمنقول ، كالعبد ، والثياب ، والدواب ، والسلاح ، والمصاحف ، والكتب ، سواء المقسوم والمشاع ، كنصف دار ونصف عبد ، ولا يبري الوقف من نصف إلى نصف .

فرع

وقف نصف عبد ، ثم أعتق النصف الآخر ، لم يمتق الموقوف .

الثانية : يجوز [وقف] ما يراد لمين تستفاد منه ، كالأشجار للثمار ، والحيوان للبن والصوف والوبر والبيض ، وما يراد لمنفعة تستوفى منه ، كالدار ، والأرض .

ولا يشترط حصول المنفعة والفائدة في الحال ، بل يجوز وقف العبد والجحش الصغيرين ، والزمن الذي يرجى زوال زمامته ، كما يجوز نكاح الرضيعة .

الثالثة : لا يصح وقف الحر نفسه ، لأن رقبته غير مملوكة ، وكذلك مالك منافع الأموال دون رقابها ، لا يصح وقفه إياها ، سواء ملك مؤقتاً ، كالمستأجر ، أم مؤبداً ، كما وصى له بالمنفعة .

الرابعة : لا يصح وقف أم الولد على الأصح . فإن صححنا فمات السيد ، عتقت . قال المتولي : لا يبطل الوقف ، بل تبقى منافعها للموقوف عليه ، كما لو أجزأها ومات . وقال الامام : يبطل ، لأن الحرية تنافي الوقف ، بخلاف الاجارة ، وهذا مقتضى كلام ابن كج ، ويجري الوجهان في صحة وقف الكاتب ، وبصح وقف المملق عتقه بصفة . فإذا وجدت الصفة ، فإن قلنا : الملك في الوقف الواقف ، أو لله تعالى ، عتق وبطل الوقف . وإن قلنا : للموقوف عليه ، لم يمتق ويبقى الوقف بحاله . ويجوز وقف المدبر ، ثم هو رجوع إن قلنا : التدبير وصية ، فإن قلنا : تمليق بصفة ، فهو كالمملق عتقه . الخامسة : لا يصح وقف الكلب المملم على الأصح . وقيل : لا يصح قطعاً ، لانه غير مملوك .

السادسة : في وقف الدرام والدنانير وجهان ، كاجارتها ، إن جوزناها ، صح الوقف لتكرى ، وبصح وقف الحلبي لفرض اللبس . وحكى الامام أنهم ألحقوا الدرام ليصاغ منها الحلبي بوقف العبد الصغير ، وتردد هو فيه .

السابعة : لا يصح وقف ما لا يدوم الانتفاع به ، كالطوم والرياحين المشمومة ، لسرعة فسادها .

الثامنة : وقف ثوباً أو عبداً في الذمة ، لم يصح كما لو أعتق عبداً في الذمة . ولو وقف أحد عبديه ، لم يصح على الصحيح كإلبيع . وقيل : يصح كالعتق .

التاسعة : يجوز وقف علو الدار دون سفليها .

العاشرة : يصح وقف الفحل للضراب ، بخلاف إجارته ، لان الوقف قرينة
يحتمل فيها ما لا يحتمل في المعاوضات .
الحادية عشرة : لا يصح وقف الملاهي .

فرع

أجر أرضه ثم وقفها ، صح على المذهب ، وبه قطع الشيخ أبو علي ، لانه مملوك
بشرائطه ، وليس فيه إلا العجز عن صرف منفعته إلى جهة الوقف في الحال ، وذلك
لا يمنع الصحة ، كما لو وقف ماله في يد الغاصب . وفي فتاوى القفال : أنه عـلى
الخلافا في الوقف المنقطع الاول . وقيل : إن وقفه على المسجد صح ، لمشابهته الاعتاق ،
وإن وقف على إنسان ، فخلافا .

فرع

استأجر أرضاً ليني فيها ، أو يفرس ، ففعل ، ثم وقف البناء والغراس ، صح
على الاصح . ولو وقف هذا أرضه ، وهذا بناءه ، صح بلا خلاف ، كما لو باعاه .
وإذا قلنا بالصحة ، ومضت المدة ، وقلع مالك الأرض البناء ، فإن بقي متفعلاً به بعد
القلع ، فهو وقف كما كان . وإن لم يبق ، فهل يصير ملكاً للموقوف عليه ؟ أم يرجع
إلى الواقف ؟ فيه وجهان ، وأرش النقص الذي يؤخذ من القالع ، يسلك به
مسلك الوقف .

قلت : الاصح : صحة وقف ما لم يره ، ولا خيار له عند الرؤية . والله أعلم

الركن الثالث : الموقوف عليه ، وهو قسبان .

[القسم] الاول : أن يكون شخصاً معيناً ، أو جماعة معينين ، فشرطه أن يمكن تمليكهم ، فيجوز الوقف على ذمي من مسلم وذمي ، كما تجوز الوصية له ، ولا يصح الوقف على الحربي والمرتد على الأصح ، لأنها لا دوام لهما .

فرع

لا يصح الوقف على من لا يملك ، كالجنين ، ولا يصح على العبد نفسه ، قال جماعة : هذا تفريع على قولنا : لا يملك . فإن ملكناه ، صح الوقف عليه . وإذا عتق ، كان له دون سيده ، وعلى هذا قال المتولي : لو وقف على عبد فلان وملكناه ، صح وكان الاستحقاق متعلقاً بكونه عبد فلان ، حتى لو باعه أو وهبه ، زال الاستحقاق . ولك أن تقول : الخلاف في أنه هل يملك مخصوص بما إذا ملكه السيد ؟ فأما إذا ملكه غيره ، فلا يملك بلا خلاف ، وحينئذٍ إذا كان الواقف غير السيد ، كان الوقف على من لا يملك . أما إذا أطلق الوقف عليه ، فهو وقف على سيده . كما لو وهب له ، أو أوصى له ، وإذا شرطنا القبول ، جاء خلاف في استقلاله به ، كالخلاف في أنه هل يستقل بقبول الهبة والوصية ، وقد سبق في باب معاملات العبد .

فرع

لو وقف على مكاتب ، قال الشيخ أبو حامد : لا يصح كالوقف على القن . وقال المتولي : يصح في الحال وتصرف الفوائد إليه ، ونديم حكمه إذا عتق إن

أطلق الوقف . وإن قال : تصرف الفوائد إليه ما دام مكاتباً ، بطل استحقاقه .
وإن عجز ، بان لنا أن الوقف منقطع الابتداء .

فرع

وقف على بهيمة وأطلق ، هل هو كالوقف على العبد حتى يكون وقفاً على مالها؟
وجهان . أصحابها : لا ، لأنها ليست أهلاً بحال . ولهذا لا يجوز الهبة لها والوصية.
والثاني : نعم . واختار القاضي أبو الطيب أنه يصح وينفق عليها منه ما بقيت ، وعلى
هذا ، فالقبول لا يكون إلا من المالك . وحكى المتولي في قوله : وقفت على علف بهيمة
فلان ، أو بهائم القرية ، وجهين كصورة الاطلاق ، قال : والخلاف فيها إذا كانت
البهيمة مملوكة . فلو وقف على الوحوش ، أو علف الطيور المباحة ، فلا يصح
بلا خلاف .

فرع

في وقف الانسان على نفسه وجهان . أصحابها : بطلانه ، وهو المنصوص . والثاني :
يصح ، قاله الزيري . وحكى ابن سريج أيضاً ، وحكى عنه ابن كج : أنه يصح
الوقف ، ويلغو شرطه ، وهذا بناء على أنه إذا اقتصر على قوله : وقفت ، صح ، وينبغي
أن يطرد في الوقف على من لا يجوز مطلقاً . ولو وقف على الفقراء ، وشرط أن تقضى
من غلة الوقف زكاته ودينونه ، فهذا وقف على نفسه وغيره ، ففيه الخلاف . وكذلك
لو شرط أن يأكل من غماره ، أو ينتفع به . ولو استبقى [الواقف] لنفسه التولية ،
وشرط أجرة ، وقلنا : لا يجوز أن يقف على نفسه ، ففي صحة هذا الشرط وجهان
كالوجهين في الهاشمي هل يجوز أن يأخذ سهم العامين إذا عمل على الزكاة .

قلت : الأرجح هنا جوازه . قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح : ويتبيّن ذلك بأجرة المثل ، ولا يجوز الزيادة إلا من أجاز الوقف على نفسه . والله أعلم

ولو وقف على الفقراء ، ثم صار فقيراً ، ففي جواز أخذه وجهان إذا قلنا : لا يقف على نفسه ، لأنه لم يقصد نفسه وقد وجدت الصفة ، ويشبه أن يكون الأصح الجواز ، ورجح الغزالي المنع ، لأن مطلقه ينصرف إلى غيره . واعلم أن للواقف أن ينتفع بأوقافه العامة كآحاد الناس ، كالصلاة في بقعة جعلها مسجداً ، والشرب من بئر وقفها ونحو ذلك .

قلت : ومن هذا النوع ، لو وقف كتاباً على المسلمين للقراءة فيه ونحوها ، أو قديراً للطبخ فيها ، أو كيزاناً للشرب بها ونحو ذلك ، فله الانتفاع معهم .
والله أعلم

فرع

لو قال لرجلين : وقفت على أحكما ، لم يصح ، وفيه احتمال عن الشيخ أبي محمد .
القسم الثاني : الوقف على غير معين ، كالفقراء والمساكين ، وهذا يسمى وقفاً على الجهة ، لأن الواقف يقصد جهة الفقر والمسكنة ، لا شخصاً بعينه ، فينظر في الجهة ، إن كانت على المعصية ، كعمارة الكنيسة وقناديلها وحصرها ، وكتب التوراة والانجيل ، لم يصح ، سواء وقفه مسلم أو ذمي ، فنبطله إذا توافوا إلينا . أما ما وقفوه قبل البعث على كنائسهم القديمة ، فنقره حيث نقره الكنائس . ولو وقف لسلح قطاع الطريق ، أو لآلات سائر المعاصي ، فباطل قطعاً . وإن لم تكن جهة معصية ، نظر ، فإن ظهر فيه قصد القربة ، كالوقف على المساكين ، وفي سبيل الله تعالى ، والعلماء والتعلمين ،

والمساجد والمدارس والربط والقناطر ، صح الوقف . وإن لم يظهر قصد القرية ، كالوقف على الأغنياء ، فوجهان ، بناءً على أن المرعي بالوقف على الموصوفين جهة القرية ، أم التملك ؟ فحكى الامام عن المعظم : أنه القرية ، ولهذا لا يجب استيعاب الساكنين ، بل يجوز الاقتصار على ثلاثة منهم . وعن القفال أنه قال : التملك كالوصية والوقف على الميئن ، وهذا الوجه اختيار الامام وشيخه ، وطرق المراقين توافقه ، حتى ذكروا أن الوقف على المساجد والربط ، تملك المسلمين منفعة الوقف . فان قلنا بالأول ، لم يصح الوقف على الأغنياء واليهود والنصارى والفساق ، والاصح : الجميع . ويجوز أن يخرج على هذا الاصل ، الخلاف في صحة الوقف على قبيلة ، كالملوية وغيرهم ممن لا ينحصر فيهم . وفي صحته قولان ، كالوصية لهم . فان راعينا القرية ، صح ، وإلا ، فلا ، لتعذر الاستيعاب ، والاشبه بكلام الاكثرين ترجيح كونه تملكاً ، وتصحيح الوقف على هؤلاء . ولهذا صحح صاحب « الشامل » الوقف على النازلين في الكنائس من مارة أهل الذمة وقال : هو وقف عليهم ، لا على الكنيسة ، لكن الاحسن توسط بعض المتأخرين ، وهو تصحيح الوقف على الاغنياء ، وإبطاله على اليهود والنصارى وقطاع الطريق وسائر الفساق ، لتضمنه الاعانة على المعصية .

فصل

في مسائل تتعلق بهذا الركن

إحداها : يجوز الوقف على سبيل الله ، وهم المستحقون منهم الزكاة .

الثانية : إذا وقف على سبيل البر ، أو الخير ، أو الثواب ، صح ، ويصرف إلى أقارب الواقف . فان لم يوجدوا ، فإلى أهل الزكاة . وقال في « التهذيب » : الوقوف

على سبيل البر أو الخير أو الثواب ، يجوز صرفه إلى مافيه صلاح المسلمين من أهل الزكاة ، وإصلاح القناطر ، وسد الثغور ، ودفن الموتى وغيرها ، وقال بعض أصحاب الامام : إن وقف على جهة الخير ، صرف [في] مصارف الزكاة ، ولا يبنى به مسجد ولا رباط . وإن وقف على جهة الثواب ، صرف إلى أقاربه . والذي قطع به الأكثرون ، ماقدمناه . قالوا : ولو جمع بين سبيل الله تعالى ، وسبيل الثواب ، وسبيل الخير ، صرف الثلث إلى الفزاة ، والثلث إلى أقاربه ، والثلث إلى الفقراء والمساكين والغارمين وابن السبيل وفي الرقاب ، وهذا يخالف ماسبق .

الثالثة : يصح الوقف على أكفان الموتى ، ومؤنة الغسّالين والحفّارين ، وعلى شراء الأواني والظروف لمن تكسّرت عليه .

الرابعة : يصح الوقف على المتفقيّة - وهم المشتغلون بتحصيل الفقه - مبتدئهم ومنتهيهم ، وعلى الفقهاء ، ويدخل فيه من حصل منه شيئاً وإن قل .

الخامسة : الوقف على الصوفية ، حكى عن الشيخ أبي محمد أنه باطل ، إذ ليس للتصوف حدّ يعرف ، والصحيح المعروف صحته ، وهم المشتغلون بالعبادة في أغلب الأوقات ، المعرضون عن الدنيا . وفصله الغزالي في « الفتاوى » فقال : لا بد في الصوفي من المدالة وترك الحرفة ، ولا بأس بالوراقة والخياطة وشبهها إذا تعاطاها أحياناً في الرباط لافي الحانوت ، ولا تقدح قدرته على الكسب ، ولا اشتغاله بالوعظ والتدريس ، ولا أن يكون له من المال قدر لا تجب فيه الزكاة ، أو لا يفي دخله بخرجه ، وتقدح الثروة الظاهرة والمروض الكثيرة ، ولا بد أن يكون في زيّ القوم ، إلا أن يكون مساكناً ، فتقوم المخالطة والمساكنة مقام الزيّ ، قال : ولا يشترط لبس المرقعة من شيخ ، وكذلك ذكر المتولي .

السادسة : وقف على الأرقاء الموقوفين لسدانة الكعبة وخدمة قبر رسول الله ﷺ ، صح على الأصح .

السابعة : لو وقف على دار أو حانوت ، قال الحناطي : لا يصح إلا أن يقول : وقفت على هذه الدار على أن يأكل فوائده طارقوها ، فيصح على الأصح .

الثامنة : وقف على المقبرة لتصرف الغلة في عمارة القبور ، قال المتولي : لا يصح ، لأن الوتي صائرون إلى البلى ، فلا تليق بهم العمارة .

التاسعة : وقف ضيعة على المؤن التي تقع في قرية كذا من جهة السلطان ، ففي فتاوى القفال : أنه صحيح ، وصيغته أن يقول : تصدقت بهذه الضيعة صدقة محرمة على أن تستغل ، فما فضل عن عمارتها صرف إلى هذه المؤن .

العاشرة : في فتاوى القفال ، أنه لو قال : وقفت هذه البقرة على الرباط الفلاني ليشرب من لبنها من نزل ، أو ينفق من نسلها عليه ، صح ، فإن اقتصر على قوله : وقفها عليه ، لم يصح وإن كنا نعلم أنه يريد ، لأن الاعتبار باللفظ .

وقد بقيت مسائل من هذا الفصل تأتي مثورة في آخر الباب إن شاء الله تعالى .

الركن الرابع : الصيغة ، فلا يصح الوقف إلا بلفظ ، لأنه تملك للمعين والمنفعة ، أو المنفعة ، فأشبه سائر التملكيات ، لأن المتق مع قوته وسرايته لا يصح إلا بلفظ ، فهذا أولى . فلو بنى على هيئة المساجد أو على غير هيئتها ، وأذن في الصلاة فيه ، لم يصح مسجداً ، وكذا لو أذن في المدفن في ملكه ، لم يصح مقبرة سواء صليتي في ذاك ومدفن في ذا ، أم لا .

وألفاظ الوقف على مراتب .

إحداها : قوله : وقفت كذا ، أو حبست ، أو سببت ، أو أرضي موقوفة ، أو محبسة ، أو مسبلة ، فكل لفظ من هذا صريح ، هذا هو الصحيح الذي قطع

به الجمهور . وفي وجهه : كل هذا كناية ، وفي وجهه : الوقف صريح ، والباقي كناية ،
وفي وجهه : التسهيل كناية والباقي صريح .

الثانية : قوله : حرمت هذه البقعة للمساكين أو أبنتها ، أو داري محرمة
أو مؤبدة ، كناية على المذهب ، لأنها لا تستعمل إلا مؤكدة للأولى .

الثالثة : تصدقت بهذه البقعة ، ليس بصريح ، فإن زاد معه شيئاً ، فالزيادة لفظ
أو نية ، فأما اللفظ ، ففيه أوجه . أصحابها : إن قرن به بعض الألفاظ السابقة ، بأن
قال : صدقة محرمة ، أو محبسة ، أو موقوفة ، أو قرن به حكم الوقف فقال :
صدقة لاتباع ولا توهب ، التحق بالصريح ، لانصرافه بهذا عن التملك المحض .
والثاني : لا يكفي قوله : صدقة محرمة أو مؤبدة ، بل لابد من التقييد بأنها
لاتباع ولا توهب ، ويشبه أن لا يعتبر هذا القائل في قوله : صدقة موقوفة مثل هذا
التقييد . والثالث : لا يكون صريحاً بلفظ ما ، لأنه صريح في التملك المحض .
وأما النية ، فإن أضاف إلى جهة عامة بأن قال : تصدقت به على المساكين ونوى
الوقف ، فوجهان . أحدهما : أن النية لا تلتحق باللفظ في الصرف عن صريح الصدقة
إلى غيره . وأصحابها : تلتحق فيصير وقفاً . وإن أضاف إلى معين فقال : تصدقت
عليك ، أو قاله لجماعة معينين ، لم يكن وقفاً على الصحيح ، بل ينفذ فيما هو صريح
فيه وهو التملك المحض ، كذا قاله الامام . ولك أن تقول : تجريد لفظ الصدقة
عن القرائن اللفظية ، يمكن تصويره في الجهات العامة ، ولا يمكن في معينين إذا
لم نجوز الوقف المنقطع ، فانه يحتاج إلى بيان المصارف بعد الميتين ، وحينئذ فاللأولى
به لا يحتمله غير الوقف ، كما أن قوله : تصدقت به صدقة محرمة أو موقوفة ، لا يحتمل
غير الوقف .

فرع

لو قال : جملت هذا المكان مسجداً ، صار مسجداً على الأصح ، لاشعاره بالمقصود واشتهاره فيه . وقطع الاستاذ أبو طاهر والمتولي والبغوي ، بأنه لا يصير مسجداً ، لأنه لم يوجد شيء من ألفاظ الوقف . قال الاستاذ : فان قال : جملته مسجداً لله تعالى ، صار مسجداً . وحكى الامام خلافاً للأصحاب في استعمال لفظ الوقف فيما يضاهي التجريد ، كقوله : وقفت هذه البقعة على صلاة المصلين وهو يريد جعلها مسجداً ، والأصح صحته .

فصل

إذا كان الوقف على جهة ، كالفقراء ، وعلى المسجد والرباط ، لم يشترط القبول . ولو قال : جملت هذا للمسجد ، فهو عليك لا وقف ، فيشترط قبول القيم^(١) وقبضه كما لو وهب شيئاً لصبي . وإن كان الوقف على شخص أو جماعة معينين ، فوجهان . أصحابها عند الامام وآخرين : اشتراط القبول . فعلى هذا ، فليكن متصلاً بالايجاب كما في البيع والهبة . والثاني : لا يشترط كالمعتق ، وبه قطع البغوي والرويانى . قال الرويانى : لا يحتاج لزوم الوقف إلى القبول ، لكن لا يملك عليه إلا بالاختيار ، وبكفى الأخذ دليلاً على الاختيار . وخص المتولي الوجهين بقولنا : ينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف عليه ، وإلا ، فلا يشترط قطعاً .

قلت : صحح الرافعى في « المحرر » الاشتراط . والله أعلم

وسواء شرطنا القبول ، أم لا ، لو رده بطل حقه كالوصية والوكالة ، وشذ

(١) أي قيم المسجد .

البغوي فقال : لا يبطل بالرد كالمقت . فعلى الصحيح : لو رد ثم رجع ، قال الروياني : إن رجع قبل حكم الحاكم برده إلى غيره ، كان له . وإن حكم به لغيره ، بطل حقه . هذا في البطن الأول ، أما البطن الثاني والثالث : فنقل الامام والغزالي ، أنه لا يشترط قبوله قطعاً ، لأن استحقاقهم لا يتصل بالإيجاب ، ونقلنا في ارتداده بردهم وجهين ، لأن الوقف قد ثبت ولزم فيبعد انقطاعه ، وأجرى المتولي الخلاف في اشتراط قبولهم وارتداده بردهم بناءً على أنهم يتلقون الحق من الواقف ، أم من البطن الأول ؟ إن قلنا بالأول ، فقبولهم ورتدهم كقبول الأولين ورتدهم ، وإلا ، فلا يعتبر قبولهم ورتدهم كالبراث ، وهذا أحسن ، ولا يبعد أن لا يتصل الاستحقاق بالإيجاب مع اشتراط القبول ، كما في الوصية .

الطرف الثاني : في شروط الوقف ، وهي أربعة .

الأول : التأيد ، بأن يقف على من لا ينقرض ، كالفقراء والمساكين ، أو على من ينقرض ثم على من لا ينقرض ، كقوله : وقفت على ولدي ثم على الفقراء ، أو على زيد ثم عقبه . ثم الفقراء والمساجد والربط والقناطر ، كالفقراء والمساكين ، فإن عين مساجد أو قناطر ، فوجهان . وفي معنى الفقراء العلماء على الصحيح ، وفي فتاوى القفال خلافه ، لأنهم قد ينقطعون .

فصل

لو قال : وقفت هذا سنة ، فالصحيح الذي قطع به الجمهور ، أن الوقف باطل . وقيل : يصح وينتهي باتمهاء المدة . وقيل : الوقف الذي لا يشترط فيه القبول ، لا يفسد بالتوقيت كالمقت ، وبه قال الامام ومن تابعه . وفي مطلق الوقف قول آخر سنحكيه في الهبة إن شاء الله تعالى .

فصل

إذا وقف وقفاً منقطع الآخر ، بأن قال : وقفت على أولادي ، أو قال : وقفت على زيد ثم على عقبه ولم يزد ، ففي صحته ثلاثة أقوال . أظهرها عند الأكثرين : الصحة . منهم القضاة : أبو حامد ، والطبري ، والرويانى ، وهو نصه في « المختصر » . والثاني : البطلان ، وصححه السموذي والامام . والثالث : إن كان الموقوف عقاراً ، فباطل . وإن كان حيواناً ، صح ، لأن مصيره إلى الهلاك ، وربما هلك قبل الموقوف عليه . فإن صححنا ، فإذا انقضى المذكور ، فقولان . أحدهما : يرتفع الوقف ويمود ملكاً للواقف ، أو إلى ورثته إن كان مات . وأظهرهما : يبقى وقفاً ، وفي مصرفه أوجه . أصحابها وهو نصه في « المختصر » : يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف يوم انقراض المذكور . والثاني : إلى المساكين . والثالث : إلى المصالح العامة مصارف خمس الخمس . والرابع : إلى مستحقي الزكاة . فإن قلنا : إلى أقرب الناس إلى الواقف ، فيعتبر قرب الرحم ، أم استحقاق الأثر ؟ وجهان . أصحابها : الأول ، فيقدم ابن البنت على ابن العم ، لأن المتبر صلة الرحم . وإذا اجتمع جماعة ، فالقول في الأقرب كما سيأتي في الوصية للأقرب . وهل يختص بفقراء الأقارب ، أم يشاركهم أغنيائهم . قولان . أظهرهما : الاختصاص . وهل هو على سبيل الوجوب ، أم الاستحباب ؟ وجهان . وإن قلنا : يصرف إلى المساكين ، ففي تقديم جيران الواقف وجهان . أصحابها : المنع ، لأننا لو قدمنا بالجوار ، لقدمنا بالقرابة بطريق الأولى .

فرع

قال : وقفت هذا على زيد شهراً ، على أن يعود إلى ملكي بعد الشهر ، فباطل على المشهور . وفي قول : يصح ، فعلى هذا هل يعود ملكاً بعد الشهر ، أم يكون كالنقطع حتى يصرف بعد الشهر إلى أقرب الناس إلى الواقف ؟ قولان حكاهما البغوي .

الشرط الثاني : التنجيز . فلو قال : وقفت على من سيولد لي ، أو على مسجد سيبنى ، ثم على الفقراء ، أو [قال] : على ولدي ثم على الفقراء ولا ولد له ، فهذا وقف منقطع الأول ، وفيه طريقان . أحدهما : القطع بالبطلان . والثاني : على القولين في منقطع الآخر . والمذهب هنا البطلان ، وهو نصه في المختصر ، فان صححناه نظر ، إن لم يمكن انتظار من ذكره . كقوله : وقفت على ولدي ولا ولد له ، أو على مجهول أو ميت ، ثم على الفقراء ، فهو في الحال مصروف إلى الفقراء ، وذكر الأول لغو . وإن أمكن ، إما بانقراضه كالوقف على عبد ، ثم على الفقراء ، وإما بمحصله ، كولد سيولد [له] ، فوجهان . أحدهما : تصرف الغلة إلى الواقف حتى ينقرض الأول . وعلى هذا ، ففي ثبوت الوقف في الحال وجهان . والثاني وهو الأصح : تنقطع الغلة عن الواقف . وعلى هذا أوجه . أصحها : تصرف في الحال إلى أقرب الناس إلى الواقف ، فإذا انقرض المذكور أولاً ، صرف إلى المذكور بعده . وعلى هذا ، فالقول في اشتراط الفقر وسائر التفاريص على ما سبق . والثاني : يصرف إلى المذكورين بعده في الحال . والثالث : أنه للمصالح العامة .

فرع

وقف على وارثه في مرض الموت ، ثم على الفقراء ، وقلنا : الوقف على الوارث

باطل ، أو صحيح ، فرده باقي الورثة ، فهو منقطع الأول . وكذا لو وقف على معين يصح الوقف عليه ، ثم على الفقراء ، فردّه المعيّن ، وقلنا بالصحيح : إنه يرتد بالرد ، فمنقطع الأول .

فرع

إذا علق الوقف فقال : إذا جاء رأس الشهر ، أو قدم فلان ، فقد وقفته ، لم يصح على المذهب . وقيل : على الخلاف في منقطع الأول ، وأولى بالفساد .

فرع

وراء منقطع الأول فقط أو الآخر فقط صور .

إحداها : أن يكون متصل الأول والآخر والوسط ، فصحيح .

الثانية : أن يكون منقطعها جميعاً ، فباطل قطعاً .

الثالثة : متصل الطرفين منقطع الوسط ، بأن وقف على أولاده ، ثم رجل

مجهول ، ثم الفقراء ، فإن صححنا منقطع الآخر ، فهذا أولى ، وإلا ، فوجهان .

أصحها : الصحة ، ويصرف عند توسط الانقطاع إلى أقرب الناس إلى الواقف ،

أو إلى المساكين ، أو المصالح ، أو الجهة العامة المذكورة آخراً ؛ فيه الخلاف السابق .

الرابعة : أن ينقطع الطرفان دون الوسط ، بأن وقف على رجل مجهول ، ثم

على أولاده فقط ، فإن أبطلنا منقطع الأول ، فهذا أولى ، وإلا ، فالأصح بطلانه أيضاً .

فإن صححنا ، ففيمن يصرف إليه الخلاف السابق .

الشرط الثالث : الالتزام . فلو وقف بشرط الخيار ، أو قال : وقفت بشرط

أني أبيعه ، أو أرجع فيه متى شئت ، فباطل ، واحتجوا له بأنه إزالة ملك إلى الله سبحانه وتعالى ، كالمتق ، أو إلى الموقوف عليه ، كالبيع والهبة ، وعلى التقديرين ؛ فهذا شرط مفسد . لكن في فتاوى القفال أن المتق لا يفسد بهذا الشرط ، وفرق بينهما بأن المتق مبني على الغلبة والسراية . وعن ابن سريج ، أنه يحتمل أن يبطل الشرط ، ويصح الوقف . ولو وقف على ولده أو غيره بشرط أن يرجع إليه إذا مات ، فهو باطل على المذهب . وعن البويطي ، أنه على قولين أخذاً من مسألة العمرى . ولو وقف وشرط لنفسه أن يحرم من شاء ، أو يقدم أو يؤخير ، فالشرط فاسد على الأصح . هذا إذا أنشأ الوقف بهذا الشرط ، فلو أطلقه ثم أراد أن يغير ما ذكره بجرمان أو زيادة ، أو تقديم أو تأخير ، فليس له قطعاً . فان صححنا شرطه لنفسه ، فشرطه لغيره ، ففساد على الأصح . وإن أفسدناه ، ففي فساد الوقف خلاف مبني على أن الوقف كالمتق ، أم لا ؟

هذا مجموع ما حضرني من كتب الأصحاب . والذي قطع به جمهورهم ، بطلان الشرط والوقف في هذه الصور كلها ، وشذ الغزالي فجعل هذه الصور ثلاث مراتب . الأولى : وقفت بشرط أن أرجع متى شئت ، أو أخرج المستحق وأحوّل الحق إلى غيره متى شئت ، ففساد .

الثانية : بشرط أن أغير قدر المستحق للمصلحة ، فهو جائز .

الثالثة : يقول : أغير تفصيله ، فوجهان ، وهذا الترتيب لا يكاد يوجد لغيره ، ثم فيه لبس ، فإن التحويل المذكور في الأولى هو التغير المذكور في الثانية ، والمذهب ما ذكره الجمهور .

فصل

لو شرط الواقف أن لا يؤجر الوقف ، فأوجه . أصحابها : يتبع شرطه كسائر

الشروط . والثاني : لا ، لتضمنه الحجر على مستحقي المنفعة . والثالث : إن منع الزيادة على سنة ، اتبع ، لأنه من مصالحه ، وإن منع مطلقاً ، فلا . فإن أفسدنا الشرط ، فالقياس فساد الوقف به . وقال الشيخ أبو عاصم : إذا شرط أن لا يؤجر أكثر من سنة ، لم يخالف . وقيل : إن كان الصلاح في الزيادة ، زيد ، وهذا تصحيح للوقف مع فساد الشرط .

قلت : ليس هذا فساداً للشرط مطلقاً ، بخلاف مسألتنا . والله أعلم

فصل

إذا جعل داره مسجداً ، أو أرضه مقبرة ، أو بنى مدرسة ، أو رباطاً ، فلكل أحد أن يصلي ويمتكن في المسجد ، ويدفن في المقبرة ، ويسكن المدرسة بشرط الاهلية ، وينزل الرباط ، وسواء فيه الواقف وغيره . ولو شرط في الوقف اختصاص المسجد بأصحاب الحديث ، أو الرأي ، أو طائفة معلومين ، فوجهان . أحدهما : لا يتبع شرطه . فعلى هذا قال التولي : يفسد الوقف لفساد الشرط . والثاني : يتبع ويختص بهم رعاية للشرط وقطعاً للنزاع في إقامة الشماثر ، ويشبه أن تكون الفتوى بهذا وإن كان الغزالي اقتصر على الاول في « الوجيز » .

قلت : الاصح اتباع شرطه ، وصححه الراعي في « المحرر » . والمراد بأصحاب الحديث : الفقهاء الشافعية ، وبأصحاب الرأي : الفقهاء الحنفية ، هذا عرف أهل خراسان .

والله أعلم

ثم الوجهان ، فيما إذا قال : على أصحاب الحديث ، فإذا انقرضوا فعلى عامة المسلمين ، أما إذا لم يتعرض للانقراض ، ففيه خلاف .

قلت : يعني اختلفوا في صحة الوقف لاحتمال انقراض هذه الطائفة ، والاصح
أو الصحيح الصحة . والله أعلم

ولو شرط في المدرسة والرباط الاختصاص ، اختص قطعاً . ولو شرط في المقبرة
الاختصاص بالقباء ، أو بجماعة معينين ، فالوجه أن يرتب على المسجد . فان
قلنا : يختص ، فالمقبرة أولى ، وإلا ، فوجهان ، لتردها بين المسجد والمدرسة ، وإلحاقها
بالمدرسة أصح ، فان المقابر الأموات كالمساكن للأحياء ، وهذا كله إذا شرط في حال
الوقف . أما إذا وقف مطلقاً ، ثم خصص المدرسة أو المسجد أو غيرها ، فلا اعتبار
به قطعاً .

الشرط الرابع : بيان المصرف ، فلو قال : وقفت هذا واقتصر عليه ، فقولان .
وقيل : وجهان . أظهرهما عند الاكثرين : بطلان الوقف ، كقوله : بعت داري بشرة ،
أو وهبتها ، ولم يقل لمن ، ولأنه لو قال : وقفت على جماعة ، لم يصح ، لجهالة المصرف .
فاذا لم يذكر المصرف ، فأولى أن لا يصح . والثاني : يصح ، وإليه ميل الشيخ أبي حامد ،
واختاره صاحب « المذهب » والروائي ، كما لو نذر هدياً أو صدقة ولم يبين المصرف ،
وكما لو قال : أوصيت بثلاثي ، فانه يصح ويصرف إلى المساكين . وهذا إن كان متفقاً
عليه ، فالفرق مشكل .

قلت : الفرق ، أن غالب الوصايا للمساكين ، فحمل المطلق عليه ، بخلاف الوقف ،
ولأن الوصية مبنية على المساهلة ، فتصح بالجهول والتجسس وغير ذلك ، بخلاف الوقف .
والله أعلم

فان صححناه ، ففي مصرفه اختلاف في منقطع الآخر إذا صححناه . وعن ابن

سريع ، يصرفه الناظر فيما يراه من البرّ كمهارة المساجد ، والفناطر ، وسد الثغور ،
وتجهيز الموتى وغيرها .

فصل

في مسائل تتعلق بالباب

الاولى : وقف على رجلين ، ثم على الساكنين ، فمات أحدهما ، ففي نصيبه
وجهان . أصحها وهو نصه في حرملة : يصرف إلى صاحبه . والثاني : إلى الساكنين ،
والقياس : أن لا يصرف إلى صاحبه ولا إلى الساكنين ، بل صار الوقف في نصيب
اليت منقطع الوسط .

قلت : معناه : يكون صرفه مصرف منقطع الوسط ، لأنه يجيء خلاف في صحة
الوقف . والله أعلم

الثانية : وقف على شخصين ولم يذكر من يصرف إليه بعدهما ، وصححنا الوقف ،
فمات أحدهما ، فنصيبه للآخر ، أم حكمه حكم نصيبها إذا مات ؟ فيه وجهان .

الثالثة : وقف على بطون ، فردّ البطن الثاني وقلنا : يرتد برّدّم ، فهذا وقف
منقطع الوسط ، وسبق بيانه ، وفيه قول أو وجه : أنه يصرف إلى البطن الثالث .
الرابعة : يصح الوقف على أقارب رسول الله ﷺ إذا جوزنا الوقف على قوم
غير محصورين ، ولا يكون كصرف الزكاة إليهم .

الخامسة : [قال] : وقفت داري على الساكنين بعد موتي ، قال الشيخ أبو محمد :
أفتى الاستاذ أبو إسحاق بصحة الوقف بعد الموت ، وواقفه أئمة عصره ، وهذا كأنه
وصية . يدل عليه أن [في] فتاوى القفال ، أنه لو عرض الدار على البيع ، صار
راجعا فيه .

السادسة : قال : جعلت داري هذه خانقاه للغزاة ، لم تصر وقفاً بذلك . ولو قال : تصدقت بها صدقة محرمة ، ليصرف من غلتها كل شهر إلى فلان كذا ، ولم يزد عليه ، ففي صحة هذا الوقف وجهان . فإن صح ، ففي الفاضل عن المقدار أوجه . أحدها : الصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف . والثاني : إلى المساكين والثالث : يكون ملكاً للواقف .

السابعة : قال : جعلت داري هذه للمسجد ، أو سلم داراً إلى قيم المسجد وقال : خذها للمسجد ، أو قال : إذا مت فأعطوا من مالي ألف درهم للمسجد ، أو فداري للمسجد ، لا يكون شيئاً ، لأنه لم توجد صيغة وقف ولا تملك ، ولك أن تقول : إن لم يكن صريحاً في التملك ، فلا شك أنه كناية .

الثامنة : قال : وقفت داري على زيد وعلى الفقراء ، بني علي ما إذا أوصي لزيد وللفقراء ، فإن جعلناه كأحدهم ، صح الوقف ولا يحرم زيد . وإن قلنا : له النصف ، صح الوقف في نصيب الفقراء . وأما النصف الثاني ، فنقطع الآخر ، فإن لم يصح ، جاء تفريق الصفة . وهذه المسألة مع المسألين قبلها منقولة في فتاوى القفال . التاسعة : في فتاوى القفال : أنه لو قال : وقفنا على المسجد الفلاني ، لم يصح حتى يبين جهته فيقول : وقفت على عمارته ، أو وقفت عليه ليستغل فيصرف إلى عمارته أو إلى دهن السراج ونحوها ، ومقتضى إطلاق الجمهور صحته .

قلت : وقد صرح البغوي وغيره بصحته . والله أعلم

العاشرة : في فتاوى القفال : أنه لو وقف على رباط أو مسجد معين ، ولم يذكر المصرف إن خرب ، فهو منقطع الآخر . وفصل صاحب « التتمة » فقال : إن كان في موضع يستبعد في العادة خرابه ، بأن كان في وسط البلدة ، فهو صحيح ، وإن كان في قرية أو حارة ، فهو منقطع الآخر .

قلت : وما يتعلق بهذا الباب (١) .

(١) كذا الاسل ، وفي نسخة الظاهرية ما نصه : « بعده بياض » .

الباب الثاني في أحكام الوقف الصحيح

إذا صح الوقف ، ترتب عليه أحكام .

منها : ما ينشأ من اللفظ المستعمل في الوقف ويختلف باختلاف الألفاظ .

ومنها : ما يقتضيه المعنى ، فلا يختلف باختلاف اللفظ ، ويجمع الباب طرفان .

[الطوف] الأول : في الأحكام اللفظية ، والأصل فيه ، أن شروط الواقف مرعية

ما لم يكن فيها ما يناfi الوقف ، وفيه مسائل .

[المسألة] الأولى : قال : وقفت على أولادي ، وأولاد أولادي ، فلا ترتيب ،

بل يسوى بين الجميع . ولو زاد فقال : ما تناسلوا ، أو بطناً بعد بطن ، فكذلك ،

ويحمل على التعميم على الصحيح . وقال الزياي : قوله : بطناً بعد بطن ، يقتضي

الترتيب . ولو قال : على أولادي ثم على أولاد أولادي ، ثم على أولاد أولاد أولادي ما تناسلوا

أو بطناً بعد بطن ، فهو للترتيب ، ولا يصرف إلى البطن الثاني شيء ما بقي من الأول واحد ،

ولا إلى الثالث ما بقي من الثاني أحد ، كذا أطلقه الجمهور . والقياس فيما إذا مات

واحد من البطن الأول ، أن يجيء في نصيه الخلف السابق فيما لو وقف على

شخصين أو جماعة ثم على المساكن فمات واحد ، قال من يصرف نصيه ؟ ولم أر

تعرضاً إليه إلا لأبي الفرج الرخسي ، فانه سوى بين الصورتين ، وحكى فيها

وجهين . أحدهما : أن نصيب البيت لصاحبه . والثاني : أنه لأقرب الناس إلى الواقف ،

وكذا ذكر صاحب « الايضاح » ، (١) أن يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف .

(١) في نسخة الظاهرية : « الافصاح » .

قلت : الصحيح : ما أطلقه الجمهور، لأن من بقي بعد موت بعض الأولاد يسمون أولاداً، بخلاف ما إذا مات أحد الشخصين . ثم إن مراعاة الترتيب لا تنتهي عند البطن الثالث والرابع ، بل يعتبر الترتيب في جميع البطون ، فلا يصرف إلى بطن وهناك أحد من بطن أقرب، صرح به البغوي وغيره . والله أعلم

ولو قال : على أولادي وأولاد أولادي الأعلى فالأعلى ، أو الأقرب فالأقرب ، أو الأول فالأول ، أو يُبدأ بالأعلى منهم ، أو على أن لاحقاً لبطن وهناك أحد فوقهم، فمقتضاه الترتيب أيضاً . ولو قال : فمن مات من أولادي فنصيبه لولده ، اتبع شرطه .

فرع

قال: على أولادي ، ثم على أولاد أولادي ، وأولاد أولاد أولادي ، فمقتضاه الترتيب بين البطن الأول ومن دونهم ، والجمع بين مَنْ دونهم . ولو قال : على أولادي وأولاد أولادي ، ثم على أولاد أولاد أولادي ، فمقتضاه الجمع أولاً ، والترتيب ثانياً .

فرع

قال : على أولادي وأولاد أولادي ومن مات منهم فنصيبه لأولاده ، فمات واحد ، فنصيبه لأولاده خاصة ، ويشاركون الباقيين فيما عدا نصيب أبيهم .
المسألة الثانية: إذا وقف على الأولاد، ففي دخول أولاد الأولاد ثلاثة أوجه، أصحابها : لا يدخلون . والثاني : يدخلون . والثالث : يدخل أولاد البنين دون

أولاد البنات ، وهذا الخلاف عند الإطلاق ، وقد يقرن باللفظ ما يقتضي الجزم بخروجهم ، كقوله : وقفت على أولادي ، فإذا انقرضوا فلأحفادي الثلث ، والباقي للفقراء . ولو وقف على الأولاد ، ولم يكن له إلا أولاد الأولاد ، حمل اللفظ عليهم ، قاله المتولي وغيره . ولو وقف على أولاده وأولاد أولاده ، ففي دخول أولاد أولاد أولاده الخلاف .

الثالثة : الوقف على الأولاد ، يدخل فيه البنون والبنات والخنثى المشكل .

الرابعة : الوقف على البنين ، لا يدخل فيه الخنثى ، وفي دخول بني البنين والبنات الأوجه الثلاثة .

الخامسة : الوقف على البنات ، لا يدخل فيه الخنثى ، وفي بنات الأولاد الأوجه .

السادسة : وقف على البنين والبنات ، دخل الخنثى على الأصح . وقيل : لا ، لأنه لا يمد من هؤلاء ، ولا من هؤلاء .

السابعة : وقف على بني تميم ، وصححنا مثل هذا الوقف ، ففي دخول نسائهم وجهان . أحدهما : النسخ ، كالوقف على بني زيد . وأصحها : الدخول ، لأنه يعبر به عن القبيلة .

الثامنة : وقف على أولاده وأولاد أولاده ، دخل فيه أولاد البنين والبنات . فإن قال : على من ينتسب إلي من أولاد أولادي ، لم يدخل أولاد البنات على الصحيح .

فرع

المستحقون في هذه الألفاظ ، لو كان أحدهم حملا عند الوقف ، هل يدخل حتى يوقف له شيء ؟ فيه وجهان حكاهما المتولي . أحدهما : نعم كاليراث ، ويستحق

الغلة في مدة الحمل . والصحيح : لا ، لأنه قبل الانفصال لا يسمى ولداً . وأما غلة ما بعد الانفصال ، فيستحقها قطعاً . وكذا الأولاد الحادث علوقهم بعد الوقف ، يستحقون إذا انفصلوا . هذا هو الصحيح المقطوع به في الكتب . وفي «أما لي» السرخسي خلافه . قلت : ومما يتفرع على الصحيح أنه لا يستحق غلة مدة الحمل : أنه لو كان الموقوف نخلة ، فخرجت ثمرتها قبل خروج الحمل ، لا يكون له من تلك الثمرة شيء ، كذا قطع به الفوراني والبنغوي ، وأطلقاه . ونال الدارمي في الاستذكار : في الثمرة التي أطلعت ولم تؤبر ، قولان ؛ هل لها حكم المؤبرة فتكون للبطن الأول ، أو لا فتكون للثاني ؟ وهذا القولان يجريان هنا . [والله أعلم]

فرع

المنفي^١ باللعان ، لا يستحق شيئاً ، لانقطاع نسبه ، وخروجه عن كونه ولداً . وعن أبي إسحاق : أنه يستحق ، وأثر اللعان مقصور على الملاعين . قلت : فلو استلحقه بعد نفيه ، دخل في الوقف قطعاً ، ذكره البنغوي . والله أعلم

التاسعة : قال : وقفت على ذريتي أو عقي أو نسلي ، دخل فيه أولاد البنين والبنات ، قريبهم وبعيدهم . ولو حدث حمل ، قال المتولي : يوقف نصيبه قطعاً ، لأنه من نسله وعقبه قطعاً . ولو وقف على عترته ، قال ابن الاعرابي وثلث : هم ذريته . وقال القتيبي : هم عشيرته ، وهما وجهان للأصحاب . أصحابها : الثاني ، وقد روي ذلك عن زيد بن أرقم .

قلت : هذان المذهبان ، مشهوران لأهل اللغة، غير مختصين بالذكرين ، لكن [أكثر] مَنْ جملهم عشيرته ، خصهم بالأقربين . قال الأزهري: قال بعض أهل اللغة: عترته: عشيرته الادنون . وقال الجوهري : عترته: نسله ورهطه الادنون . وقال الزيري : عترته: أقرباؤه من ولد وغيره، ومقتضى هذه الأقوال أنه يدخل ذريته عشيرته الادنون ، وهذا هو الظاهر المختار . والله أعلم

العاشرة : قال : على عشيرتي ، فهو كقوله : على قرابتي . وإذا قال : على قرابتي أو أقرب الناس إليّ ، فعلى ما سذكركه في الوصية إن شاء الله تعالى . وقال المتولي : قوله : على قبيلتي أو عشيرتي ، لا يدخل فيه إلا قرابة الأب . ثم إذا كانوا غير محصورين ، ففيهم الخلاف السابق . ثم من حدث بعد الوقف يشاركون الموجودين عند الوقف على الصحيح ، وعن البويطي منعه .

الحادية عشرة : اسم المولى يقع على الملقب ويقال له : المولى الأعلى ، وعلى المتبق ويقال له : المولى الأسفل ، فإذا وقف على مواليه . وليس له إلا أحدهما ، فالوقف عليه . وإن وُجدا جميعاً ، فهل يقسم بينهما ، أم يختص به الأعلى ، أم الأسفل ، أم يبطل الوقف ؟ فيه أربعة أوجه . أصحها في التنبيه الأول . وفي الوجيز الرابع . قلت : الأصح ، الأول ، وقد صححه أيضاً الجرجاني في « التحرير » وحكى الدارمي وجهاً خامساً ، أنه موقوف حتى يصطلحوا ، وليس بشيء . والله أعلم

فصل

يرعى شرط الواقف في الأقدار ، وصفات المستحقين ، وزمن الاستحقاق . فإذا وقف على أولاده وشرط التسوية بين الذكر والأنثى ، أو تفضيل أحدهما ، اتبع

شرطه . وكذا الوقف على العلماء بشرط كونهم على مذهب فلان ، أو على الفقراء بشرط الغربة أو الشيخوخة ، اتبع . ولو قال : على بني الفقراء ، أو على بني الأرامل ، فمن استغنى منهم ، وتزوج منهم ، خرج عن الاستحقاق . فإن عاد فقيراً ، أو زال نكاحها ، عاد الاستحقاق .

قلت : ولم أر لأصحابنا ترمضاً لاستحقاقها في حال المدّة ، وينبغي أن يقال : إن كان الطلاق بائناً ، أو فارقت بفسخ أو وفاة ، استحققت ، لأنها ليست بزوجة في زمن المدّة . وإن كان رجماً ، فلا ، لأنها زوجة . والله أعلم

قال العبادي في « الزيادات » : لو وقف على أمهات أولاده إلا على من تزوج منهم ، فتزوجت ، خرجت ، ولا تعود بالطلاق ، والفرق من حيث اللفظ ، أنه أثبت الاستحقاق لبناته الأرامل وبالطلاق صارت أرملة ، وهنا جعلها مستحقة إلا أن تزوج ، وبالطلاق لا يخرج عن كونها تزوجت . ومن حيث المعنى أن غرضه أن تفي له أم ولده فلا يخلفه عليها أحد ، فمن تزوجت لم تف ولو طلقت .

فرع

لو شرط صرف غلة السنة الأولى إلى قوم ، وغلة السنة الثانية إلى آخرين ، وهكذا ما بقوا ، اتبع شرطه .

فرع

قال : وقفت على أولادي ، فإذا انقرض أولادي وأولاد أولادي ، فعلى الفقراء ،

فهذا وقف منقطع الوسط على الصحيح ، وحكمه ماسبق ، لأنه لم يجمل لأولاد الأولاد شيئاً ، وإنما شرط انقراضهم لاستحقاق الفقراء . وقيل : يستحقون بعد انقراض أولاد الصلب .

فرع

وقف على بنيه الأربعة ، على أن مات منهم وله عقب ، فنصيبه لعقبه ، ومن مات ولا عقب له ، فنصيبه لسائر أصحاب الوقف ، ثم مات أحدهم عن ابن ، وآخر عن ابنتين ، وثالث ولا عقب له ، فنصيب الثالث بين الرابع وابن الأول والأبني الثاني بالسوية . ولو قال : وقفت على بَنِي الحُصَّة ومن سيولد لي على ما أفضِّلُه ، ثم فصل فقال : ضيعة كذا لابني فلان ، وحصة كذا لفلان ، إلى أن ذكر الحُصَّة ، ثم قال : وأما من سيولد لي ، فنصيبه أن [من] مات من الحُصَّة ولا عقب له يصرف حقه إليه ، فمات واحد من الحُصَّة ولا عقب له ، وولد للواقف ولد ، يصرف إلى المولود نصيب الميت ، وليس له شيء آخر بقوله أولاً : وقفت على بَنِي ومن سيولد [لي] ، لأن التفصيل المذكور آخر بيان لما أجمله أولاً ، وقد جرت عادة الشرطين بمثله .

فرع

قال : وقفت على سكان موضع كذا ، فغاب بعضهم سنة ولم يبع داره ، ولا استبدل داراً ، لا يطل حقه ، ذكره العبادي .

فرع

وقف على زيد بشرط أن يسكن موضع كذا ، ثم بعده على الفقراء والمساكين ،
فهذا [وقف] منقطع ، لأن الفقراء إنما يستحقون بعد انقراضه ، واستحقاقه مشروط
بشرط قد يتخلف .

فصل

الصفة والاستثناء عقيب الجمل المطوف بمضيا على بمض يرجعان إلى الجميع .
مثال الصفة : وقفت على أولادي وأحفادي وإخوتي المحتاجين منهم .
ومثال الاستثناء : وقفت على أولادي وأحفادي وإخوتي ، إلا أن يفسق واحد
منهم ، هكذا أطلقه الأصحاب . ورأى الإمام تقييده بقيدين . أحدهما : أن يكون
المطف بالواو ، فإن كان بـ «ثم» اختصت الصفة والاستثناء بالجملة الأخيرة . والثاني :
أن لا يتخلل بين الجملتين كلام طويل . فإن تخلل ، كقوله : على أن مات منهم
وله عقب ، فنصبيه بين أولاده للذكر مثل حظ الانثيين ، وإن لم يعقب ، فنصبيه
للذين في درجته ، فإذا انقضوا ، فهو مصروف إلى إخوتي إلا أن يفسق أحدهم ،
فلاستثناء يختص بالاخوة . والصفة المتقدمة على جميع الجمل ، كقوله : وقفت على فقراء
أولادي وأولاد أولادي وإخوتي ، كالمأخوذة عن جميعها ، حتى يمتد الفقر في الكل .

فرع

البطن الثاني هل يتلقون الوقف من م الواقف ، أم من البطن الاول ؟ فيه وجهان .
أصحها : من الواقف .

الطرف الثاني : في الاحكام المنوية ، فمنها الزوم في الحال ، سواء أضافه إلى ما بعد الموت ، أم لم يُضفهِ ، وسواء سلّمه ، أم لم يسلمه ، قضى به قاضٍ ، أم لا .

قلت : وسواء في هذا كان الوقف على جهة ، أو شخص ، وسواء قلنا : الملك في رقبة الوقف لله تعالى ، أم للموقوف عليه ، أم باقٍ للواقف ، ولا خلاف في هذا بين أصحابنا إلا ما شذَّ به الجرجاني في التحرير ، فقال : إذا كان على شخص وقلنا : الملك للموقوف عليه ، افتقر إلى قبضه كالمبنة ، وهذا غلط ظاهر وشذوذ مردود ، نهت عليه لثلا يُختَرُ به . والله أعلم

وإذا لزم ، امتنعت التصرفات القاذحة في غرض الوقف وفي شرطه . وسواء في امتناعها الواقف وغيره . وأما رقبة الوقف ، فالذهب وهو نصه في المختصر ، هنا : أن الملك فيها انتقل إلى الله تعالى . وفي قول : إلى الموقوف عليه . وخرج قول : أنه باقٍ على ملك الواقف . وقيل : بالأول قطعاً . وقيل : بالثاني قطعاً . وقيل : إن كان الوقف على معين ، ملكه قطعاً . وإن كان على جهة ، انتقل إلى الله تعالى قطعاً ، واختاره النزالي ، ولا فرق عند جمهور الأصحاب . هذا كله إذا وقف على شخص أو جهة عامة . فأما إذا جمل البقعة مسجداً أو مقبرة ، فهو فك عن الملك كتحرير الرقيق ، فينقطع عنها اختصاصات الآدميين قطعاً .

فصل

فوائد الوقف ومنافعه ، للموقوف عليه ، يتصرف فيها تصرف الملاك في الاملاك . فان كان شجرة ، ملك الموقوف عليه ثمارها ، ولا يملك أغصانها إلا فيما يمتاد قطعه كشجر الخِلاف ، فأغصانها كثمر غيرها ، وإن كان الموقوف بهيمة ، ملك صوفها

ووبرها ولبنها قطعاً ، ويملك تناجها أيضاً على الاصح كالثمرة . والثاني : تكون وقفاً تبعاً لأمه كولد الاضحية . وقيل : الوجهان في ولد الفرس والحصان ، فأما ولد النعم ، فيملكه قطعاً ، لأن المطلوب منها الدر والنسل . وقيل : لاحق فيه للموقوف عليه ، بل يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف ، إلا أن يصرح بخلافه ، وهذا الخلاف في تناج حدث بعد الوقف . فان وقف البهيمة وهي حامل ، فان قلنا : الحادث وقف ، فهذا أولى ، وإلا ، فوجهان بناءً على أن الحمل هل له حكم ، أم لا ؟ وهذا المذكور في الدر والنسل هو فيما إذا أطلق أو شرطها للموقوف عليه . فلو وقف دابة على ركوب إنسان ، ولم يشترط له الدر والنسل ، قيل : حكمها حكم وقف منقطع الآخر . وقال البغوي : ينبغي أن يكون للواقف ، وهذا أوجه ، لأن الدر والنسل لا مصرف لهما أولاً ولا آخراً .

فرع

قالوا : لو وقف ثور للزئاء ، جاز ، ولا يجوز استعماله في الحراثة .

فرع

لا يجوز ذبح البهيمة المأكولة الموقوفة ، وإن خرجت عن الانتفاع ، كما لا يجوز إعتاق العبد الموقوف ، لكن لو صارت بحيث يقطع بموتها ، قال المتولي : تذبح للضرورة . وفي لحمها ، طريقان . أحدهما : يشتري بثمنه بهيمة من جنسها وتوقف . والثاني : إن قلنا : الملك فيها ينتقل إلى الله تعالى ، فعمل فيه الحاكم ما رآه مصلحة . وإن قلنا : للموقوف عليه أو للواقف ، صرف اليها .

فرع

إذا ماتت البهيمة الموقوفة ، فالوقوف عليه أحق بجلدها . وإذا دبته ، ففي عوده وقفاً وجهان . قال المتولي . أصحابها : المود .

فصل

المنافع المستحقة للموقوف عليه ، يجوز أن يستوفى بنفسه ، ويجوز أن يقيم غيره مقامه باعارة أو إجازة ، والأجرة ملك له . هذا إن كان الوقف مطلقاً ، فإن قال : وقفت داري ليسكنها من يعلّم الصبيان في هذه القرية ، فلمعلم أن يسكنها ، وليس له أن يسكنها غيره بأجرة ولا بغيرها . ولو قال : وقفت داري على أن تستغل وتصرف غلتها إلى فلان ، تعين الاستغلال ، ولم يجز له أن يسكنها ، كذا ذكرت الصورتان في فتاوى القفال وغيره . ولو كان الوقف مطلقاً ، فقال الموقوف عليه : اسكن الدار ، فقال الناظر : أكرها لأصرف غاتها في مرمتها ، فله أن يكرى .

فرع

متى وجب المهر ، فوطئ الموقوفة ، فهو للموقوف عليه كاللبن والثمرة .

فرع

لا يجوز وطئ الموقوفة لا الواقف ولا للموقوف عليه ، وإن قلنا : الملك فيها لها ، لأنه ملك ضعيف . ولو وطئت فلها أحوال .

أحدها : أن يطاءها أجنبي . فان لم يكن هناك شبهة ، لزمه الحد ، والولد رقيق ثم هل هو ملك طلق ، أم وقف ؟ وجهان كتاج البهيمة ، ويجب المهر إن كانت مكرهة . وإن كانت مطاوعة عالمة بالحال ، ففيه خلاف سبق في الغصب . وإن كان هناك شبهة ، فلا حد ، ويجب المهر والولد حر وعليه قيمته ، ويكون ملكاً للموقوف عليه إن جعلنا الولد ملكاً ، وإلا ، فيشتري بها عبد ويوقف .

الحال الثاني : أن يطاءها الموقوف عليه . فان لم يكن شبهة ، فقيل : لاحد لشبهة الملك ، وبه قطع ابن الصباغ . والأصح : أنه يبنى على أقوال الملك ، فان جعلناه له ، فلا حد ، وإلا ، فعليه الحد . ولا أثر للملك المنفعة ، كما لو وطئ الموصى له بالمنفعة الجارية ، وهل الولد ملك أو وقف ؟ فيه الوجهان . وإن وطئ بشبهة ، فلا حد ، والولد حر ، ولا قيمة عليه إن ملكناه ولد الموقوفة ، وإن جعلناه وقفاً اشتري بها عبد آخر ويوقف ، وتصير الجارية أم ولد له إن قلنا : الملك للموقوف عليه ، فتعتق بموته وتؤدى قيمتها من تركته . ثم هل هي لمن ينتقل الوقف إليه بعده ملك ، أم يشتري بها جارية وتوقف ؟ فيه خلاف نذكره في قيمة العبد الموقوف إذا قُتل ، ولا مهر على الموقوف عليه بحال ، لأنه لو وجب لوجب له .

الحال الثالث : أن يطاءها الواقف . فان لم يكن الوطاء بشبهة تفرع على الخلاف في الملك . فان لم نجعل الملك له ، فعليه الحد ، والولد رقيق . وفي كونه ملكاً أو وقفاً ، الوجهان . ولا تكون الجارية أم ولد له . وإن جعلنا الملك له ، فلا حد . وفي نفوذ الاستيلاء إن أولدها الخلاف في استيلاء الراهن ، لتعلق حق الموقوف عليه بها ، وهذا أولى بالمنع . وإن وطئ بشبهة ، فلا حد ، والولد حر نسب وعليه قيمته ، وفيما يفعل بها الوجهان . وتصير أم ولد له ، إن ملكناه ، تعتق بموته وتؤخذ قيمتها من تركته ، وفيما يفعل بها الخلاف .

فرع

في تزويج الموقوفة ، وجهان . أحدهما : المنع لما فيه من النقص ، وربما مات من الطلق ، فيفوت حق البطن الثاني . وأصحها : الجواز ، تحصيناً لها وقياساً على الاجارة . فملى هذا ، إن قلنا : الملك للموقوف عليه ، فهو الذي تزوجها ولا يحتاج إلى إذن أحد . وإن قلنا : لله سبحانه وتعالى ، زوجها السلطان ويستأذن الموقوف عليه ، وكذا إن قلنا : الملك للواقف ، زوجها باذن الموقوف عليه ، هذا كلام الجمهور . وحكى النزالي وجهين ، في أن السلطان هل يستأذن الموقوف عليه ، وفي أنه هل يستأذن الواقف أيضاً ؟ ويلزم مثله في استئذان الواقف إذا زوج الموقوف عليه ، والمهر للموقوف عليه بكل حال . ولدها من الزوج للموقوف عليه ملكاً أو وفقاً ؟ على الخلاف السابق . .

قلت : ولو طلبت الموقوفة التزويج ، فلم الامتناع . والله أعلم

فرع

ليس للموقوف عليه أن يتزوج الموقوفة إن قلنا : إنها ملكه ، وإلا ، فوجهان . أصحها : المنع احتياطاً ، وعلى هذا لو وقفت عليه زوجته انفسخ النكاح .

فصل

حق تولية أمر الوقف في الاصل للواقف ، فان شرطها لنفسه أو لغيره ، اتبع شرطه ، وأشار في «النهاية» إلى خلاف فيما إذا كان الوقف على معين، وشرط

التولية لاجني، هل يتَّبَع شرطه إذا فرعنا على أن الملك في الوقف للموقوف عليه؟ والمذهب:
الاول ، وبه قطع الجمهور . وسواء فرض في الحياة أو أوصى ، فكل منها معمول
به . وإن وقف ولم يشترط التولية لأحد، فثلاثة طرق . أحدها : هل النظر للواقف ،
أم للموقوف عليه ، أم للحاكم ؟ فيه ثلاثة أوجه . والطريق الثاني : يبنى على الخلاف
في ملك الرقبة ، فإن قلنا : هو للواقف ، فالتولية له على الاصح . وقيل : للحاكم ،
لتعلق حق الغير به . وإن قلنا : لله تعالى ، فهي للحاكم . وقيل : للواقف إذا
كان الوقف على جهة عامة ، فإن قيامه بأمر الوقف من تنمة القرية . وقيل : للموقوف
عليه إن كان مميّناً ، لأن الغلة والمنفعة له . وإن قلنا : الملك للموقوف عليه ، فالتولية
له . والطريق الثالث قاله كثيرون : التولية للواقف بلا خلاف . والذي يقتضي
كلام معظم الاصحاب : الفتوى به أن يقال : إن كان الوقف على جهة عامة ،
فالتولية للحاكم كما لو وقف على مسجد أو رباط . وإن كان على معين ، فكذلك
إن قلنا : الملك ينتقل إلى الله تعالى . وإن جملناه للواقف ، أو الموقوف عليه ،
فكذلك التولية .

فرع

لا بد من صلاحية المتولي لشغل التولية ، والصلاحية بالأمانة ، والكفاية في التصرف ،
واعتبارهما كاعتبارهما في الوصي والقيم ، وسواء في اشتراطها المنصوب للتولية والواقف
إذا قلنا : هو المتولي عند الاطلاق ، وسواء الوقف على الجهة العامة والاشخاص
المعينين . وقيل : لا تشترط العدالة إذا كان الوقف على معينين ولا طفل فيهم .
فإن خان ، حملوه على السداد . والصواب المعروف هو الاول . حتى لو فوض إلى

موصوف بالامانة والكفاية ، فاختلفت إحداها ، انتزع الحاكم الوقف منه . وقبول المتولي ينبغي أن يجيء فيه ما في قبول الوكيل والوقوف عليه .

فرع

وظيفة المتولي المارة ، والاجارة ، وتحصيل الغلة ، وقسمتها على المستحقين ، وحفظ الاصول والغلات على الاحتياط ، هذا عند الاطلاق . ويجوز أن ينصب الواقف متولياً لبعض الأمور دون بعض ، بأن يجعل إلى واحد المارة وتحصيل الغلة ، وإلى آخر حفظها وقسمتها على المستحقين ، أو يشرط لواحد الحفظ واليد ، ولآخر التصرف . ولو فرض إلى اثنين ، لم يستقل أحدهما بالتصرف . ولو قال : وقفت على أولادي على أن يكون النظر لعدلين منهم ، فإن لم يكن فيهم إلا عدل واحد ، ضم إليه الحاكم عدلاً آخر .

فرع

لو شرط الواقف للمتولي شيئاً من الغلة ، جاز ، وكان ذلك أجرة عمله ، فلم يشترط شيئاً ، ففي استحقاقه أجرة عمله بخلاف السابق فيما لو استعمل إنساناً ولم يذكر له أجرة . ولو شرط للمتولي عشر الغلة أجرة لعمله ، ثم عزله ، بطل استحقاقه . وإن لم يتعرض لكونه أجرة ، ففي فتاوى القفال : أنه لا يبطل استحقاقه ، لأن الشرع وقف عليه ، فهو كأحد الموقوف عليهم ، ويجوز أن يقال : إذا أثبتنا الأجرة بمجرد التفويض ، أخذاً من العادة ، فالعادة تقتضي أن المشروط للمتولي أجرة عمله ، وإن لم يصفه بأنه أجرة ، ويلزم من ذلك بطلان الاستحقاق بالمزل .

فرع

ليس للمتولي أن يأخذ من مال الوقف شيئاً على أن يضمه . ولو فعل ، ضمن .
ولا يجوز ضم الضمان إلى مال الوقف . وإقراض مال الوقف حكمه حكم إقراض
مال الصبي .

فرع

للووقف أن يعزل من ولاء ، وينصب غيره ، كما يعزل الوكيل ، وكأن المتولي
نائب عنه . هذا هو الصحيح ، وبه قال الاصطخري ، وأبو الطيب ابن سلمة . وفي وجهه :
ليس له العزل ، لأن ملكه زال فلا تبقى ولايته عليه ، وبشبهه أن تكون المسألة
مفروضة في التولية بعد تمام الوقف دون ما إذا وقف بشرط أن تكون التولية
لفلان ، لأن في فتاوى البغوي : أنه لو وقف مدرسة على أصحاب الشافعي
رضي الله عنه ، ثم قال لعالم : فوضت إليك تدريسها ، أو اذهب ودرس فيها ، كان له إبداله
بغيره . ولو وقف بشرط أن يكون هو مدرسها ، أو قال حال الوقف : فوضت
تدريسها إلى فلان ، فهو لازم لا يجوز تبديله ، كما لو وقف على أولاده الفقراء ،
لا يجوز التبديل بالاغنياء ، وهذا حسن في صيغة الشرط ، وغير متضح في قوله :
وقفتها وفوضت التدريس إليه .

قلت : هذا الذي استحسنته الامام الرافعي ، هو الاصح أو الصحيح . ويتبين
أن تكون صورة المسألة كما ذكر . ومن أطلقها ، فكلامه محمول على هذا . وفي
فتاوى الشيخ أبي عمرو بن الصلاح رحمه الله تعالى : أنه ليس للواقف تبديل من
شُرط النظر له حال إنشاء الوقف وإن رأى المصلحة في تبديله ، ولا حكم له

في ذلك وأمثاله بعد تمام الوقف. ولو عزل الناظر الممين حالة إنشاء الوقف نفسه ، فليس للواقف نصب غيره ، فإنه لا نظر له بعد أن جعل النظر في حالة الوقف لغيره ، بل ينصب الحاكم ناظراً .

وفيها : أنه إذا جعل في حالة الوقف النظر لزيد بعد انتقال الوقف من عمرو إلى الفقراء ، فعزل زيد نفسه قبل انتقاله إلى الفقراء ، لم ينفذ عزله ، ولا يملك الواقف عزل زيد في الحال ولا بعدها كما تقدم .

وفيها : [أنه] ليس للناظر أن يسند ما جعل له من الاسناد قبل مصير النظر إليه .

وفيها : أنه لو شرط للنظر للأرشد من أولاد أولاده ، فكان الارشد من أولاد البنات ، ثبت له النظر .

وفيها : أنه إذا شرط النظر للأرشد من أولاده ، فأثبت كل واحد منهم أنه الارشد ، اشتركوا في النظر من غير استقلال إذا وجدت الاهلية في جميعهم . فان وجدت في بعضهم ، اختص بذلك ، لان البنات تعارضت في الارشد ، فتساقطت وبقي أصل الرشد ، فصار كما لو قامت البيئة برشد الجميع من غير تفصيل ، وحكمه التشريك لعدم الزية . وأما عدم الاستقلال ، فكما لو أوصى إلى شخصين مطلقاً . وفيها : أنه لو كان له النظر على مواضع في بلدان ، فأثبت أهلية نظره في مكان منها ، ثبت أهليته في باقي الاماكن من حيث الامانة ، ولا تثبت من حيث الكفاية ، إلا أن تثبت أهليته للنظر في سائر الوقوف . والله أعلم

فرع

في فتاوى البغوي : أنه لا يبدل بعد موت الواقف القيم الذي نصبه ، كأنه يجعل بعد موته كالوصي .

فصل

نفقة العبد والبيمة الموقوفين من حيث شرط الواقف ، فإن لم يشرط ، ففي الأكساب وعوض المنافع . فإن لم يكن العبد كاسباً ، أو تطل كسبه ومنافه لزمانه أو مرض ، أو لم يف كسبه بنفقته ، بني على أقوال الملك . فإن قلنا : الملك للموقوف عليه ، لزمه النفقة . وإن قلنا : لله تعالى ، ففي بيت المال كما لو أعتق من لا كسب له . وإن قلنا : الواقف ، فهي عليه . فإذا مات ، ففي بيت المال ، قاله المتولي ، لأن التركة انتقلت إلى الورثة ، والرقبة لم تنتقل إليهم ، فلا يلزمهم النفقة . وقياس قولنا : أن رقبة الوقف للواقف ، انتقلها إلى وارثه ، وإذا مات ، فثبته تجهيزه كنفقته . وأما المقار الموقوف ، فنفقته من حيث شرط . فإن لم يشرط ، فمن غلته . فإن لم يكن غلة ، لم يجب على أحد عمارته كالملك المطلق ، بخلاف الحيوان تصان روحه .

فصل

للاواقف وللمن ولأولاد الواقف إجارة الوقف . وإذا لم ينصب الواقف للتولية أحداً ، فالخلاف فيمن له التولية قد سبق ، فإن قلنا : المتولي هو الحاكم ، فهو الذي يؤجره ، وإن قلنا : إنه الموقوف عليه بناءً على أن الملك له ، يمكن من الإجارة على الصحيح . فإن كان الموقوف عليه جماعة ، اشتركوا في الإيجار ، فإن كان فيهم طفل ، قام وليه

مقامه . والثاني : لا ، لانه ربما مات في المدة فيكون تصرفه في نصيب غيره . فان كان الواقف جمل لكل بطن منهم الاجارة ، فلمهم الاجارة قطعاً . وإذا أُجّر الموقوف عليه بحكم الملك وجوزناه ، فزادت الاجرة في المدة ، أو ظهر طالب بالزيادة ، لم يتأثر العقد به ، كما لو أجزر المطلق . ولو أجزر المتولي بحكم التولية ، ثم حدث ذلك ، فكذلك الحكم على الاصح ، لان العقد جرى بالنقطة في وقته ، فأشبه ما إذا باع الولي مال الطفل ثم ارتفعت القيمة بالاسواق ، أو ظهر طالب بالزيادة . والثاني : يفسخ العقد ، لانه بان وقوعه ، بخلاف النقطة في المستقبل . والثالث : إن كانت الاجارة سنة فما دونها ، لم يتأثر العقد . وإن كانت أكثر ، فالزيادة مردودة ، وبه قطع أبو الفرج الزَّاز في « الامالي » .

فصل

إذا اندرس شرط الواقف ، ولم تعرف مقادير الاستحقاق ، أو كيفية الترتيب بين أرباب الوقف ، قسمت الغلة بينهم بالسوية . وحكى بعض المتأخرين أن الوجه : التوقف إلى اصطلاحهم ، وهو القياس . ولو اختلف أرباب الوقف في شرط الوقف ، ولا بينة ، جمعت الغلة بينهم بالسوية . فان كان الواقف حياً ، رجع إلى قوله ، كذا ذكره صاحب « المذهب » و « التهذيب » . ولو قيل : لا رجوع إلى قوله ، كما لارجوع إلى قول البائع إذا اختلف المشتريان منه في كيفية الشراء ، لما كان بعيداً .

قلت : الصواب : الرجوع إليه ، والفرق ظاهر . وقولهم : جعل بينهم ، هو فيما إذا كان في أيديهم ، أو لا يد لواحد منهم . أما لو كان في يد بعضهم ، فالقول قوله . قال الغزالي وغيره . فان لم يُعرف أرباب الوقف ، جعلناه كوقف مطلق لم يذكر مصرفه ، فيصرف إلى تلك المصارف . والله أعلم

فصل

في تعطل الموقوف واختلال منافعه

وله سببان .

[السبب] الأول : أن يحصل بسبب مضمون ، بأن يُقتل العبد الموقوف . فإما أن لا يتعلق بقتله قصاص ، وإما أن يتعلق .

الضرب الاول : ينظر فيه ، هل القاتل أجنبي ، أم الموقوف عليه ، أم الواقف .

الحال الأول : إذا قتله أجنبي ، لزمه قيمته . وفي مصرفها طريقان .

أحدهما : تخريجها على أقوال ملك الرقة ، وإن قلنا : لله تعالى ، اشترى بها عبداً يكون وقفاً مكانه ، فإن لم يوجد ، فبعض عبد . وإن قلنا : للموقوف عليه أو الواقف ، فوجهان . أصحابها : كذلك إلا يتعطل غرض الواقف وحق باقي البطون . والثاني : يصرف ملكاً إلى من حكنا له بملك الرقة ، وبطل الوقف .

والطريق الثاني : القطع بأنه يشتري بها عبد يكون وقفاً . والأصحاب متفقون على أن الفتوى بأنه يشتري عبد . وإذا اشترى عبد وفضل شيء من القيمة ، فهل يعود ملكاً للواقف ، أم يصرف إلى الموقوف عليه ؟ وجهان في فتاوى القفال رحمه الله تعالى .

قلت : الوجهان معاً ضعيفان ، والختار أنه يشتري به شقص عبد ، لأنه بدل جزء من الموقوف ، والتفريع على وجوب شراء عبد . والله أعلم

ثم العبد الذي يحمل بدلاً ، يشتريه الحاكم إن قلنا : الملك في الرقة لله تعالى . وإن

قلنا : للموقوف عليه ، فالموقوف عليه . وإن قلنا : للواقف ، فوجهان ، ذكره أبو المباس
الرويانى فى « الجرجانيات » . ولا يجوز للمتلف أن يشتري العبد ويقيمه مقام الأول ،
لأن من ثبت فى ذمته شيء ، ليس له استيفاءه من نفسه لغيره .

فرع

العبد المشتري ، هل يصير وقفاً بالشراء ، أم لا بد من وقف جديد ؟ وجهان
جاريان فى بدل الرهون إذا أتلّف . وبالثاني قطع المتولي ، وقال : الحاكم هو الذي
ينشئ الوقف ، ويشبه أن يقال : من يباشر الشراء يباشر الوقف .
قلت : الأصح : أنه لا بد من إنشاء الوقف فيه ، ووافق المتولي آخرون .
وانتدأعلم

فرع

لا يجوز شراء عبد بقيمة الجارية ، ولا عكسه . وفى جواز شراء الصغير بقيمة
الكبير وعكسه ، وجهان حكاهما فى « الجرجانيات » .
قلت : أقواهما : المنع ، لاختلاف الغرض بالنسبة إلى البطون من أهل الوقف .
وانتدأعلم

الحال الثاني والثالث : إذا قتله الموقوف عليه أو الواقف ، فإن صرفنا القيمة
إليه فى الحالة الأولى ملكاً ، فلا قيمة عليه إذا كان هو القاتل ، وإلا ، فالحكم
والتفريع كالحالة الأولى .

الضرب الثاني : ما يتعلق به القصاص ، فإن قلنا : الملك للواقف أو الموقوف عليه ، وجب القصاص ويستوفيه المالك منها . وإن قلنا : لله تعالى ، فهو كمبيد بيت المال . والأصح : وجوب القصاص ، قاله المتولي ، ويستوفيه الحاكم .

فرع

حكم أروش الأطراف والجنايات على العبد الموقوف فيما دون النفس حكم قيمته في جميع ما ذكرناه ، هذا هو الصحيح . وفي وجهه : يصرف إلى الموقوف عليه على كل قول كالمر والأكساب .

فرع

إذا جنى العبد الموقوف جناية موجبة للقصاص ، فلمستحق الاستيفاء . فإن استوفى ، فإن الوقف كموته . وإن عفا على مال ، أو كانت موجبة للمال ، لم يتعلق برقبته ، لتعذر بيع الوقف ، لكن يُفدى كأم الولد إذا جنت . فإن قلنا : الملك للواقف ، فداء ، وإن قلنا : لله تعالى ، فهل يفديه الواقف ، أم بيت المال ، أم يتعلق بكسبه ؟ فيه أوجه . أصحها : أولها . وإن قلنا : الموقوف عليه ، فداء على الصحيح الذي قطع به الجمهور . وقيل : على الواقف . وقيل : إن قلنا : الوقف لا يفتقر إلى القبول ، فعلى الواقف ، وإلا ، فعلى الموقوف عليه . وحيث أوجبنا الفداء على الواقف ، فكان ميتاً ، ففي «الجرجانيات» أنه إن ترك مالا ، فعلى الوارث الفداء . وقال المتولي : لا يفدى من التركة ، لأنها انتقلت إلى الوارث . فعلى هذا [هل] يتعلق بكسبه ، أم بيت المال كالحر المعسر الذي لا عاقلة له ؟ وجهان . ولو مات العبد عقب الجناية بلا فصل ، ففي سقوط الفداء وجهان . أحدهما : نعم ، كما لو جنى القن ثم مات . وأصحها : لا ، وبه

قال ابن الحداد . ويجري الخلاف ، فيما إذا جنت أم الولد وماتت ، وتكرر الجنابة من العبد الموقوف كتكررها من أم الولد .

قلت : وحيث أوجبنا الأرض في جهة ، وجب أقل الأمرين من قدر قيمته والأرض ، كذا صرح به الأصحاب ، منهم صاحب «المهذب» و «التهذيب» . وأما قول صاحب «البيان» : إذا أوجبنا على الموقوف عليه تعين الأرض ، فشاذ باطل .

والله أعلم

السبب الثاني: أن يحصل التعلل بسبب غير مضمون. فإن لم يبق شيء منه ينتفع به ، بأن مات الموقوف ، فقد فات الوقف . وإن بقي ، كشجرة جفت ، أو قلعها الريح ، فوجهان . أحدهما : ينقطع الوقف كموت العبد . فعلى هذا ، ينقلب الحطب ملكاً للواقف . وأصحبها : لا ينقطع . وعلى هذا ، وجهان . أحدهما : يباع ما بقي ، لتعذر الارتفاع بشرط الواقف . فعلى هذا ، الثمن كقيمة التلّف . فعلى وجه : يصرف إلى الموقوف عليه ملكاً . وفي وجه : يشتري به شجرة ، أو شقص شجرة من جنسها ، لتكون وقفاً . ويجوز أن يشتري به ودي^(١) يفرس موضعها . وأصحبها : منع البيع . فعلى هذا ، وجهان . أحدهما : ينتفع بإجارته جذعاً لإدامة الوقف في عينه . والثاني : يصير ملكاً للموقوف عليه ، واختار المتولي وغيره الوجه الأول إن أمكن استيفاء منفعة منه مع بقاءه ، والوجه الثاني إن كانت منفعته في استهلاكه .

فرع

زمانة الدابة الموقوفة ، كجفاف الشجرة .

قلت : هذا إذا كانت الدابة مأكولة ، فانه يصح بيعها للحمل ، فإن كانت غير

(١) الودي على وزن فعيل : صغار الفصيل ، الواحدة : ودية .

مأكولة ، لم يجيء الخلاف في بيعها ، لأنه لا يصح بيعها إلا على الوجه الشاذ في صحة بيعها اعتماداً على جلدائها . والله أعلم

فرع

حصر المسجد إذا بليت ، ونخانة أخشابه إذا نخرت ، وأستار الكعبة إذا لم يبق فيها منفعة ولا جمال ، في جواز بيعها وجهان . أصحها : تباع ، لثلاث تضييع وتضييق المكان بلا فائدة . والثاني : لا تباع ، بل تترك بحالها أبداً . وعلى الاول ، قالوا : يصرف ثمنها في مصالح المسجد . والقياس : أن يشتري بثمر الحصر حصير ، ولا يصرف في مصلحة أخرى ، ويشبه أن يكون هو المراد باطلائهم . وجذع المسجد المنكسر إذا لم يصلح لشيء سوى الاحراق ، فيه هذا الخلاف . وإن أمكن أن يتخذ منه ألواح أو أبواب ، قال المتولي : يجتهد الحاكم ويستعمله فيما هو أقرب إلى مقصود الواقف . ويجري الخلاف في الدار المنهدمة ، وفيما إذا أشرف الجذع على الانكسار والدار على الانهدام . قال الامام : وإذا جوزنا البيع ، فالاصح صرف الثمن إلى جهة الوقف . وقيل : هو كقيمة المتلف ، فيصرف إلى الموقوف عليه ملكاً على رأيي ، وإذا قيل به ، فقال الموقوف عليه : لا تبعوها واقلبوها إلى ملكي ، فلا يجاب على المذهب ، ولا تنقلب عين الوقف ملكاً ، وقيل : تنقلب ملكاً بلا لفظ .

فرع

لو انهدم المسجد ، أو خربت الحلة حوله وتفرق الناس عنها فتمطل المسجد ،

لم يعد ملكاً بحال ، ولا يجوز بيعه ، لا مكان عوده كما كان ، ولأنه في الحال يمكن الصلاة فيه . ثم المسجد المعطل في الموضع الخراب ، إن لم يخف من أهل الفساد نقضه ، لم ينقض . وإن خيف ، نقض وحفظ وإن رأى الحاكم أن يعمر بنقضه (١) مسجداً آخر ، جاز ، وما كان أقرب إليه ، فهو أولى ، ولا يجوز صرفه إلى عمارة بئر أو حوض ، وكذلك البئر الموقوفة إذا خربت ، يصرف نقضها إلى بئر أخرى أو حوض ، لا [إلى] المسجد ، ويراعى غرض الواقف ما أمكن .

فرع

جميع ما ذكرناه في حصر المسجد ونظائرها ، هو فيما إذا كانت موقوفة على المسجد . أما ما اشتراه الناظر المسجد ، أو وهبه له واهب ، وقبله الناظر ، فيجوز بيعه عند الحاجة بلا خلاف ، لأنه ملك ، حتى إذا كان المشتري للمسجد شقصاً ، كان للشريك الأخذ بالشفعة . ولو باع الشريك ، فللناظر الأخذ بالشفعة عند الغبطة ، هكذا ذكروه .

قلت : هذا إذا اشتراه الناظر ولم يقفه . أما إذا وقفه ، فانه يصير وقفاً قطعاً ، وتجري عليه أحكام الوقف . والله أعلم

فرع

لو وقف على ثمر ، فاستمت خطّة الاسلام حوله ، تحفظ غلة الوقف ، لاحتمال عوده ثمرأ .

(١) النقض على وزن قفل : اسم للبناء المقوض إذا هدم ، وقال بعضهم : النقض بكسر النون .

فرع

قال أبو عاصم العبادي : لو وقف على قنطرة ، فانخرق الوادي وتمطلت تلك القنطرة واحتيج إلى قنطرة أخرى ، جاز النقل إلى ذلك الموضع .

فرع

إذا خرب العقار الموقوف على المسجد وهناك فاضل من غلته ، بديء منه بهمة العقار .

فرع

قال ابن كج : إذا حصل مال كثير من غلة المسجد ، أعد منه قدر ما لو خرب المسجد أعيدت به الهمة ، والزائد يشتري به للمسجد ما فيه زيادة غلة . وفي فتاوى القفال : أن الموقوف لهمة المسجد لا يشتري به شيء أصلاً ، لأن الواقف وقف على الهمة .

فصل

في مسائل منشورة تتعلق بالباب

إحداها : وقف على الطالبين ، وجوزناه ، كفي الصرف إلى ثلاثة ، ويجوز أن يكون أحدهم من أولاد علي ، والثاني من أولاد جعفر ، والثالث من أولاد عقيل ،

رضي الله عنهم . ولو وقف على أولاد علي وأولاد عقيل وأولاد جعفر رضي الله عنهم ، فلا بد من الصرف إلى ثلاثة من كل صنف .

الثانية : وقف شجرة ، ففي دخول النرس وجهان ، وكذا حكم الأساس مع البناء .

الثالثة : وقف على عمارة المسجد ، لا يجوز صرف النلة إلى النقش والتزويق ، وذكر في « المدة » أنه يجوز دفع أجرة القيم منه ، ولا يجوز صرف شيء منه إلى الامام والمؤذن ، والفرق أن القيم يحفظ العمارة . قال : ويجوز أن يشتري منه البواري ، ولا يشتري الدهن على الأصح . والذي ذكره البغوي وأكثر من تعرض للمسألة : أنه لا يشتري منه الدهن ولا الحصير . والتجصيل الذي فيه إحكام ، معدود من العمارة . وإذا وقف على عمارة المسجد ، جاز أن يشتري منه سلّم لصعود السطح ، ومكانس يكتسبها ، ومساحي لنقل التراب ، لأن ذلك كله لحفظ العمارة . ولو كان يصيب بابه المطر ويفسده ، جاز بناء ظلّة منه ، وينبغي أن لا يضر بالعمارة . ولو وقف على مصلحة المسجد ، لم يحز النقش والتزويق ، ويجوز شراء الحصر والدهن ، والقياس جواز الصرف إلى الامام والمؤذن أيضاً . والموقوف على الحشيش والسقف ، لا يصرف إلى الحصير ولا بالعكس ، والموقوف على أحدهما لا يصرف إلى اللبود ولا بالعكس . ولو وقف على المسجد مطلقاً ، وجوزناه ، قال البغوي : هو كالوقف على عمارة المسجد . وفي « الجرجانيات » في جواز الصرف إلى النقش والتزويق في هذه الصورة وجهان . وفي فتاوى النزالي : أنه يجوز هنا صرف النلة إلى الامام والمؤذن ، وأنه يجوز بناء منارة للمسجد ، ويشبه أن يجوز بناء المنارة من الموقوف على عمارة المسجد أيضاً . ولو وقف على النقش والتزويق ، فوجهان قربان من الخلاف في جواز تحلية المصحف .

قلت : الأصح : لا يصح الوقف على النقش والتزويق ، لأنه منهي عنه .

والله أعلم

الرابعة : إذا قال التولي : أنفقت كذا ، فالظاهر قبول قوله عند الاحتمال .

الخامسة : لا يجوز قسمة المقار الموقوف بين أرباب الوقف . وقال ابن القطان :

إن قلنا : القسمة إفراز ، جاز ، فإذا انقرض البطن الأول ، انقضت القسمة ، ويجوز

لأهل الوقف المهايأة ، قاله ابن كج .

السادسة : لا يجوز تغيير الوقف عن هيئته ، فلا تجعل الدار بستاناً ولا حماماً ،

ولا بالعكس ، إلا إذا جمل الواقف إلى الناظر ما يرى فيه مصلحة للوقف . وفي

فتاوى الفقهاء : أنه يجوز أن يجعل حانوت القصارين للخبازين ، فكأنه احتمل تغيير

النوع دون الجنس . ولو هدم الدار أو البستان ظالم ، أخذ منه الضمان وبني به

أو غرس ليكون وفقاً لمكان الأول . ولو انهدم البناء وانقلعت الأشجار ، استغلت

الأرض بالأجارة لمن يزرعها أو يضرب فيها خيامه ، ثم تبنى وتفرس من غلتها ،

ويجوز أن يقرض الامام الناظر من بيت المال ، أو يأذن له في الاقتراض أو الانفاق

من مال نفسه على المهارة بشرط الرجوع ، وليس له الاقتراض دون إذن الامام .

السابعة : لو تلف الموقوف في يد الموقوف عليه من غير تعدٍ ، فلا ضمان عليه .

قلت : ومن ذلك الكيزان المسبلة على أحواض الماء والانهر ونحوها ، فلا ضمان

على من تلف في يده شيء منها بلا تعد . فان تعدى ، ضمن ، ومن التعدي ،

استعماله في غير ما وقف له . والله أعلم

الثامنة : لو انكسر الرجل والطنجير الموقوفان ، ووجد متبرع بالاصلاح ،

فذاك ، وإلا ، اتخذ منه أصغر وأنفق الباقي على إصلاحه . فان لم يمكن اتخاذ رجل

وطنجير ، اتخذ منه ما يمكن من قصعة ومفرقة وغيرها ، ولا حاجة هنا إلى إنشاء وقفه ، فانه غير الموقوف . .

التاسعة : الوقف على الفقراء ، هل يختص بفقراء بلد الواقف ؟ فيه الخلاف المذكور فيما لو أوصى للفقراء . وهل يجوز الدفع [منه] إلى فقيرة لها زوج يمونها؟ فيه خلاف سبق في أول قسم الصدقات .

قلت : سبق هناك ، أن الأصح أنه لا يدفع إليها ولا إلى الابن المكفي بنفقة أبيه ، قال صاحب « المعايه » : ولو كان له صنعة يكتسب بها كفايته ولا مال له ، استحق [الوقف] باسم الفقر قطعاً . وفي هذا الذي قاله احتمال . والله أعلم

العاشرة : سئل الحناطي عن شجرة تنبت في المقبرة ، هل يجوز للناس الأكل من ثمرها ؟ فقال : قيل : يجوز ، وعندى الأولى أن تصرف في مصالح المقبرة . قلت : المختار : الجواز . والله أعلم

وسئل عن شجرة غرسها رجل في المسجد ، فقال : إن غرسها للمسجد ، لم يجوز أكل ثمرها بلا عوض ، ويجب صرف عوضها في مصالح المسجد ، وينبغي أن لا تفرس الأشجار في المسجد .

قلت : وإن غرسها مسئلة للأكل ، جاز أكلها بلا عوض ، وكذا إن جهلت نيته حيث جرت العادة به ، وسبق في كتاب الصلاة أنها تطلع . والله أعلم

الحادية عشرة : قال الائمة : إذا جمل البقعة مسجداً ، فكان فيها شجرة ، جاز للامام قلعها باجتهاده . وبماذا ينقطع حق الواقف عن الشجرة ؟ قال النزالي في « الفناوى » : مجرد ذكر الأرض لا يخرج الشجرة عن ملكه كبيع الأرض ،

وحيثئذ لا يكلف تفريغ الأرض ، ولك أن تقول : في استتباع الأرض للشجر في البيع قولان . وإذا قال : جمعت هذه الأرض مسجداً ، فلا تدخل الشجرة قطعاً ، لأنها لا تجمل مسجداً . ولو جمل الأرض مسجداً ، ووقف الشجرة عليها ، فعلى هذه الصورة ونحوها ينزل كلام الأصحاب .

الثانية عشرة : أفتى الغزالي بأنه يجوز وقف الستور لتستر بها جدران المسجد ، وينبغي أن يجيء فيه الخلاف السابق في النقش والتزويق .

الثالثة عشرة : لو وقف على دهن السراج للمسجد ، جاز وضعه في جميع الليل ، لأنه أنشط للمصلين .

قلت : إنما يسرج جميع الليل إذا انتفع به من في المسجد كصلٍ ونائم وغيرهما . فإن كان المسجد مغلقاً ليس فيه أحد ، ولا يمكن دخوله ، لم يسرج ، لأنه إضاءة ماله .

والله أعلم

كتاب الهبة

قسم الشافعي رضي الله عنه المطايا ، فقال : تبرع الانسان بماله على غيره ؛ ينقسم إلى مملوك بالموت [وهو] الوصية ، وإلى منجز في الحياة ، وهو ضربان . أحدهما : تملك محض ، كالهبات والصدقات . والثاني : الوقف .

والتملك المحض : ثلاثة أنواع : الهبة ، والهدية ، وصدقة التطوع . وسبيل ضبطها أن نقول : التملك لابعوض هبة . فإن انضم إليه حمل الموهوب من مكان إلى مكان الموهوب له إعظماً له أو إكراماً ، فهو هدية ، وإن انضم إليه كون التملك للمحتاج تقريباً إلى الله تعالى ، وطلباً لثواب الآخرة ، فهو صدقة ، فامتياز الهدية عن الهبة بالنقل والحمل من موضع إلى موضع ، ومنه إهداء النعم إلى الحرم ، ولذلك لا يدخل لفظ الهدية في المقار بمال ، فلا يقال : أهدى إليه داراً ، ولا أرضاً ، وإنما يطلق ذلك في المنقولات كالثياب والعبيد ، فحصل من هذا أن هذه الانواع تفرق بالعموم والخصوص ، فكل هدية وصدقة هبة ، ولا تنعكس . ولهذا لو حلف لايهب ، فتصدق ، حنث ، وبالعكس لا يحنث . واختلفوا في أنه هل يشترط في حد الهدية أن يكون بين المهدى والمهدى إليه رسول أو متوسط ، أم لا ؟ فحكى أبو عبد الله الزيري ، فيما إذا حلف لايهدي إليه ، فوهب له خاتماً أو نحوه يداً بيد ، هل يحنث ؟ وجهين . والاصح : أنه لا يشترط ، وينتظم أن يقول لمن حضر عنده : هذه هديتي أهديتها لك . وهذه الانواع الثلاثة مندوب إليها ، وتفرق في أحكام ، وتشترك في أحكام ، وسيأتي بيانها إن شاء الله تعالى .

قلت : قال أصحابنا : وفعلها مع الاقارب ومع الجيران أفضل من غيرهم .
وانتأعلم

فرع

ينبغي أن لا يحتقر القليل فيمتنع من إهدائه ، وأن لا يستكف المهدى إليه
عن قبول القليل .
قلت : ويستحب للمهدى إليه أن يدعو للمهدي ، ويستحب للمهدي إذا دعا له
المهدى إليه ، أن يدعو أيضاً له ، وقد أوضحت ذلك مع بيان ما يدعو به في
كتاب « الاذكار » . وانتأعلم

فصل

ويشتمل الكتاب على باين .
أحدهما : في أركان الهبة وشرط لزومها . أما أركانها فأربعة .
[الركن الأول والثاني : الماقدان ، وأمرهما واضح .
الركن الثالث : الصيغة . أما الهبة ، فلا بد فيها من الإيجاب والقبول باللفظ ،
كالبيع وسائر التمليكات . وأما الهدية ، ففيها وجهان . أحدهما : يشترط فيها
الإيجاب والقبول ، كالبيع والوصية ، وهذا ظاهر كلام الشيخ أبي حامد والمتلقين
عنه . والثاني : لاجابة فيها إلى إيجاب وقبول باللفظ ، بل يكفي القبض ويملك به ،
وهذا هو الصحيح الذي عليه قرار المذهب ونقله الأئمة من متأخري الاصحاب ،
وبه قطع المنولي والنفوي ، واعتمده الروياني وغيرهم ، واحتجوا بأن الهدايا كانت

تحمل إلى رسول الله ﷺ فيقبلها ، ولا لفظ هناك ، وعلى ذلك جرى الناس في الأعصار ، ولذلك كانوا يسمون بها على أيدي الصبيان الذين لاعبارة لهم .
فإن قيل : هذا كان إباحة لاهدية وتعليكاً ، فجوابه أنه لو كان إباحة ، لما تصرفوا فيه تصرف الملاك ، ومعلوم أن ما قبله النبي ﷺ ، كان يتصرف فيه ويملكه غيره . ويمكن أن يحمل كلام من اعتبر الإيجاب والقبول على الأمر المشعر بالرضى دون اللفظ ، ويقال : الاشعار بالرضى قد يكون لفظاً وقد يكون فعلاً .

فرع

الصدقة كالهدية بلافق فيما ذكرناه ، وسواء فيما ذكرناه في الهدية الأظمة وغيرها .

فرع

في مسائل تتعلق بما سبق

إحداها : حيث اعتبرنا الإيجاب والقبول ، لا يجوز التعليق على شرط ، ولا التوقيت على المذهب ، وفيها كلام سنذكره في المسمى إن شاء الله تعالى ، وكذلك لا يجوز تأخير القبول عن الإيجاب ، بل يشترط التواصل المعتاد كالبيع ، وعن ابن سريج جواز تأخير القبول كما في الوصية ، وهذا الخلاف حكاه كثيرون في الهبة ، وخصه المتولي بالهدية ، وجزم بمنع التأخير في الهبة ، والقياس التسوية بينها . ثم في الهدايا التي يسمونها [من] موضع إلى موضع ، وإن اعتبرنا اللفظ والقبول على الفور ، فاما أن يوكل الرسول ليوجب ويقبل المبعوث إليه ، وإما أن يوجب المهدي ويقبل المهدي إليه عند الوصول إليه .

الثانية : إذا كانت الهبة لمن ليس له أهلية القبول ، نظر ، إن كان الواهب أجنبياً ، قبل له من يلي أمره من ولي ووصي وقيّم . وإن كان الواهب ممن يلي أمره ، فإن كان غير الأب والجد ، قبل له الحاكم أو نائبه . وإن كان أباً أو جداً ، تولى الطرفين . وهل يحتاج إلى لفظي الإيجاب والقبول ، أم يكفي أحدهما ؟ وجهان كما سبق في البيع . قال الامام : وموضع الوجهين في القبول ، ما إذا أتى بلفظ مستقل ، كقوله : اشتريت لطفلي ، أو انتهت له كذا . أما قوله : قبلت البيع والهبة ، فلا يمكن الاختصار عليه بحال .

فرع

لا اعتبار بقبول متعهد الطفل الذي لا ولاية له عليه .

الثالثة : إذا وهب لعبد غيره ، فالعبد قبول العبد . وفي افتقاره إلى إذن سيده خلاف سبق .

الرابعة : وهب له شيئاً فقبل نصفه ، أو وهب له عبيدين ، فقبل أحدهما ، ففي صحته وجهان . والفرق بينه وبين البيع ، أن البيع معاوضة .

الخامسة : غرس أشجاراً وقال عند الفراس : أغرسه لابني ، لم يصر الابن . ولو قال : جعلته لابني وهو صغير ، صار الابن ، لأن هبته له لا تقتضي قبولاً ، بخلاف ما لو جملة لبالغ ، كذا قاله الشيخ أبو عاصم ، وهو ملتفت إلى الانعقاد بالكنايات ، وإلى أن هبة الأب لابنه الصغير يكفي فيها أحد الشقين .

السادسة : لو ختن ابنه واتخذ دعوة ، فحملت إليه هدايا ولم يسم أصحابها الاب ولا الابن ، فهل تكون الهدية ملكاً للأب ، أم لابن ؟ فيه وجهان .

قلت : قطع القاضي حسين في « الفتاوى » بأنه للابن ، وأنه يجب على الأب أن يقبلها لولده ، فإن لم يقبل ، أثم . قال : وكذا وصي وقيّم ، يقبل الهدية والوصية للصغير . قال : فإن لم يقبل الوصي الوصية والهدية ، أثم وانزل لتركه النظر . وفي فتاوى القاضي : أن الشيخ أبا إسحاق الشيرازي قال : تكون ملكاً للأب ، لأن الناس يقصدون التقرب إليه ، وهذا أقوى وأصح . والله أعلم

السابعة : بحث إليه هدية في ظرف ، والمادة في مثلها رد الظرف ، لم يكن الظرف هدية . فإن كان المادة أن لا يرد كقوصرة التمر ، فالظرف هدية أيضاً ، وقد يميز القسمان بكونه مشدوداً فيه وغير مشدود . وإذا لم يكن الظرف هدية ، كان أمانة في يد المهدي إليه ، وليس له استعماله في غير الهدية . وأما فيها ، فإن اقتضت المادة تقريبه ، لزم تقريبه . وإن اقتضت التناول منه ، جاز التناول منه ، قال البغوي : ويكون عارية .

الثامنة : بحث كتاباً إلى حاضر أو غائب ، وكتب فيه أن اكتب الجواب على ظهره ، لزمه رده ، وليس له التصرف فيه ، وإلا ، فهو هدية يملكها المكتوب إليه ، قاله المتولي . وقال غيره : يبقى على ملك الكاتب ، والمكتوب إليه الانتفاع به على سبيل الإباحة .

قلت : هذا الثاني حكاه صاحب « البيان » عن حكاية القاضي أبي الطيب عن بعض الأصحاب ، والأول أصح . والله أعلم

التاسعة : أعطاه درهماً وقال : ادخل به الحمام ، أو دراهم وقال : اشتري بها لنفسك عمامة ونحو ذلك ، ففي فتاوى الفقهاء : أنه إن قال ذلك على سبيل التبسيط المعتاد ، ملكه وتصرف [فيه] كيف شاء . وإن كان غرضه تحصيل

ماعيَّته لما رأى به من الشعث والوسخ ، أو لعلَّه بأنه مكشوف الرأس ، لم يجز صرفه إلى غير ماعيَّته .

قلت : وقال القاضي حسين في « الفتاوى » : وهل يتعين ؟ يحتمل وجهين . قال : ولو طلب الشاهد مركوباً ليركبه في أداء الشهادة ، فأعطاه دراهم ليصرفها إلى مركوب ، هل له صرفها إلى جهة أخرى ؟ وجهان . الصحيح المختار ، ما قاله القفال . قال القاضي : ولو قال : وهبتك هذه الدراهم بشرط أنك تشتري بها خبزاً لتأكله ، لم تصح الهبة ، لأنه لم يطلق له النصرف . والله أعلم

العاشرة : سئل الشيخ أبو زيد رحمه الله تعالى عن رجل مات أبوه ، فبعت إليه رجل ثوباً ليكفَّته فيه ، هل يملكه حتى يمسكه ويكفَّته في غيره ؟ فقال : إن كان الميت ممن يتبرَّك بتكفينه لفقهٍ وورعٍ ، فلا ، ولو كفَّته في غيره ، وجب رده إلى مالكه .

الحادية عشرة : في فتاوى الغزالي : أن خادم الصوفية الذي يتردد في السوق ويجمع لهم شيئاً يأكلونه ، يملكه الخادم ، ولا يلزمه الصرف إليهم ، إلا أن المروءة تقتضي الوفاء بما تصدَّى له ، ولو لم يف ، فلمهم منعه من أن يظهر الجمع لهم والانفاق عليهم . وإنما يملكه لأنه ليس بولي ولا وكيل عنهم ، بخلاف هدايا الختان . قلت : ومن مسائل الفصل ، أن قبول الهدايا التي يجيء بها الصبي المميز ، جائز باتفاقهم ، وقد سبق في كتاب البيع ، وأنه يجوز قبول هدية الكافر ، وأنه يحرم على المبال وأهل الولايات قبول هدية من رعاياهم . والله أعلم

فصل

في العموى والرقبى

أما العموى ، فقوله : أعمرتك هذه الدار مثلاً ، أو جعلتها لك عمرك ، أو حياتك ، أو ماعشت ، أو حييت ، أو بقيت ، وما يفيد هذا المعنى . ثم له أحوال . أحدها : أن يقول مع ذلك : فإذا مت ، فهي لورثتك أو لعقبك ، فيصح وهي الهبة بينهما ، لكنه طوّل العبارة . فإذا مات ، فالدار لورثته ، فإن لم يكونوا ، فلبت المال ، ولا تعود إلى الواهب بحال .

الثاني : يقتصر على قوله : جعلتها لك عمرك ، ولم يتعرض لما سواه ، فقولان . أظهرهما وهو الجديد : أنه يصح ، وله حكم الهبة . والقديم : أنه باطل . وقيل : إن القديم : أن الدار تكون للمعمّر حياته . فإذا مات ، عادت إلى الواهب أو ورثته كما شرط . وقيل : القديم : أنها تكون غارية يستردها متى شاء ، فإذا مات ، عادت إلى الواهب .

الثالث : أن يقول : جعلتها لك عمرك ، فإذا مت عادت إليّ أو إلى ورثتي إن كنت مت . فإن قلنا بالبطلان في الحال الثاني ، فهنا أولى . وإن قلنا بالصحة والمواد إلى الواهب ، فكذا هنا . وإن قلنا بالجديد ، فوجهان . أحدهما : البطلان . والصحيح : الصحة ، وبه قطع الأكثرون ، وسوّوا بينه وبين حالة الاطلاق ، وكأنهم أخذوا باطلاق الأحاديث الصحيحة وعدلوا به عن قياس الشروط الفاسدة .

وأما الرقبى : فهو أن يقول : وهبت لك هذه الدار عمرك ، على أنك إن مت قبلي عادت إليّ . وإن مت قبلك استقرت لك ، أو جعلت هذه الدار لك رقبى ، أو أرقبتها لك . وحكمها حكم الحال الثالث من العموى ، وحاصله طريقان . أحدهما : القطع بالبطلان . وأصحها : قولان . الجديد الأظهر : صحته ، ويلغو الشرط .

فالحاصل أن المذهب صحة العمرى والرقبى في الأحوال الثلاثة ، فإذا صححتاهما ألغينا الشرط ،
تصرف الم عمر في المال كيف شاء . وإن أبطلنا العقد أو جعلناه عارية ، فلا يخفى
أنه ليس له التصرف بالبيع ونحوه . وإن قلنا بصحة العقد والشرط ، فباع الموهوب
له ثم مات ، فقد ذكر الامام احتمالين . أصحهما عنده : لا ينفذ البيع ، لأن مقتضى
البيع التأيد ، وهو لم يملك إلا مؤقتاً ، فكيف يملك غيره ما لم يملكه ؟ والثاني :
ينفذ كبيع المملوق عتقه على صفة ، وبهذا قطع ابن كج وعلمه بأنه ملك في الحال ،
والرجوع أمر يحدث ، وشبهه رجوع نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول . فإذا صححنا
بيعه ، فيشبه أن يرجع الواهب في تركته بالرغم رجوع الزوج إذا طلق بعد خروج
الصداق عن ملكها . قال الامام : وفي رجوع المال إلى ورثة الواهب إذا مات
قبل الموهوب له ، استبعاد ، لأنه إثبات ملك لهم فيما لم يملكه المورث ، لكنه كما لو
نصب شبكة فوقع بها صيد بعد موته ، يكون ملكاً للورثة . والصحيح : أنه تركه
تقضى منها ديونه وتنفذ الوصايا .

فرع

قال : جعلت هذه الدار لك عمري أو حياتي ، فوجهان . أحدهما : أنه كقوله :
جعلتها لك عمرك أو حياتك ، لشمول اسم العمرى . وأصحها : البطلان ، لخروجه عن
اللفظ المعتاد ، ولما فيه من تأقيت الملك ، فانه قد يموت الواهب أولاً ، بخلاف العكس ،
فإن الانسان لا يملك إلا مدة حياته ، فلا توقيت فيه . وأجري الخلاف فيما لو قال :
جعلتها لك عمر فلان . وخرج من تصحيح العقد وإلغاء الشرط في هذه الصورة وجه :
أن الشرط الفاسد لا يفسد الهبة ، وطرد ذلك في الوقف . ثم منهم من خص
الخلاف في هذه القاعدة بما هو من قبيل الأوقات ، كقوله : وهبتك أو وقفها سنة .

ومنهم من طرده في كل شرط ، كقوله : وهبتك بشرط أن لا تبعه إذا قبضته ونحو ذلك ، وفرقوا بين البيع والهبة والوقف ، بأن الشرط في البيع يورث جهالة الثمن فيفسد البيع . والمذهب فساد الهبة والوقف بالشروط المفسدة للبيع ، بخلاف العمري ، لما فيها من الأحاديث الصحيحة (١) .

فرع

لو باع على صورة العمري فقال : ملكتكها بمشر عمرك ، قال ابن كج : لا يبعد عندي جوازه تقريباً على الجديد . وقال أبو علي الطبري : لا يجوز .

فرع

لا يجوز تعليق العمري ، كقوله : إذا مات أو قدم فلان أو جاء رأس الشهر فقد أعمرتك هذه الدار ، أو فهي لك عمرك . فلو علق بموته فقال : إذا مت* فهذه الدار لك عمرك ، فهي وصية تعتبر من الثلث . فلو قال : إذا مت* فهي لك

(١) منها ، قوله صلى الله عليه وسلم : « العمري ميراث لأهلها » أو قال : « جائزة » متفق عليه عن أبي هريرة رضي الله عنه . وعن جابر رضي الله عنه قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمري لمن وهبت له . متفق عليه . وعن جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أيما رجل أعمر عمري له ولقبه ، فإنها للذي أعطى ، لا ترجع إلى الذي أعطاه ، لانه أعطى عطاء وقت فيه المواريث » رواه مسلم . وعن جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أمسكو عليكم أموالكم ، ولا تفسدوها ، فانه من أعمر عمري ، فهي للذي أعمرها حياً وحيثاً ، ولقبه » رواه مسلم . وانظر « شرح مسلم » للمصنف ١١ / ٦٨ ، و« فتح الباري » للحافظ ابن حجر ٥ / ١٧٦ « ونيل الأوصار » للشوكاني ٦ / ١١٧ .

عمرک ، فاذا متۃ عادت إلى وراثتي ، فهي وصية بالعمري على صورة الحالة الثالثة .

فرع

جعل رجلان كل واحد منها داره للآخر عمره ، على أنه إذا مات قبله ، عادت إلى صاحب الدار ، فهذه رقبى من الجانبين .

فرع

قال : داري لك عمرک ، فاذا متۃ فهي لزيد ، أو عبدي لك عمرک ، فاذا متۃ فهو حرۃ ، صحت العمري على قوله الجديد ، ولغا المذكور بعدها .

الركن الرابع : الموهوب ، فما جاز بيعة ، جازت هبته ، ومالا ، فلا ، هذا هو الغالب . وقد يختلفان ، فتجوز هبة المشاع سواء المنقسم وغيره ، وسواء وهبه للشريك أو غيره ، وتجاوز هبة الأرض المزروعة مع زرعها ودون زرعها وعكسه .

فرع

لو وهب لاثنتين ، فقبل أحدهما نصفه ، فوجهان كالبيع . وقطع صاحب «الشامل» بالتصحيح .

فرع

لا تصح هبة المجهول ، ولا الآبق والضالۃ ، وتجاوز هبة النصب لغير الناصب إن قدر على الانتزاع ، وإلا ، فوجهان . وأما هبته للناصب ، فتقد ذكرناها في

كتاب الرهن . وتجوز هبة المستمار لغير المستعير . ثم إذا قبض الموهوب له بالأذن، برئ الناصب والمستعير من الضمان ، وتجوز هبة المستأجرة إذا جوزنا بيعها ، وإلا، ففيها الوجها ت . ثم قال الشيخ أبو حامد وغيره : ولو وكل الموهوب له الناصب أو المستعير أو المستأجر في قبض ما في يده من نفسه ، وقبيل ، صح . وإذا مضت مدة ينأى فيها القبض، برئ الناصب والمستعير من الضمان، وهذا يخالف الأصل المشهور في أن الشخص لا يكون قابضاً مقبضاً ، وفي هبة الموهون وجها ت . إن صححناها ، انتظرنا ، فإن يبيع في الرهن ، بأن بطلان الهبة . وإن فك الرهن ، فللواهب الخيار في الاقباض . ويجري الوجها ت في هبة الكلب ، وجلد الميتة قبل الدباغ ، والخمر المحترمة . والأصح من الوجها تين في هذه الصور كلها البطلان ، قياساً على البيع . والثاني : الصحة ، لأنها أخف من البيع . قال الامام : من صحح فيها ، فحقه تصحيحها في المجهول والآبق كالوصية .

فرع

إذا وهب الدين لمن هو عليه ، فهو إبراء ، ولا يحتاج إلى القبول على المذهب . وقيل : يحتاج اعتباراً باللفظ . وإن وهبه لغير من هو عليه ، لم يصح على المذهب وقيل : في صحته وجها ت ، كرهن الدين . فإن صححنا ، ففي افتقار لزومها إلى قبض الدين ، وجها ت . فإن قلنا : لا يفتقر ، فهل يلزم بنفس الإيجاب والقبول كالحالة ؟ أم لابد من إذن جديد ويكون ذلك كالتخلية فيما لا يمكن نقله ؟ وجها ت .

فرع

رجل عليه زكاة وله دين على مسكين ، فوهب له الدين بنية الزكاة ، لم يقع الموقع ، لأنه إبراء وليس بتمليك . وإقامة الإبراء مقام التملك لإبدال ، وذلك لا يجوز

في الزكاة، هكذا قال صاحب « التقریب » . ولك أن تقول :ذكروا وجهين في أن هبة الدين ممن عليه [الدين] تنزل منزلة التملك، أم هو محض إسقاط؟ وعلى هذا خرج اعتبار القبول فيها. فإن قلنا : تملك ، وجب أن يقع الموقع. ولو كان الدين على غير المسكين، فوهبه للمسكين بنية الزكاة ، وقلنا : تصح الهبة ولا يعتبر القبض، أجزأه عن الزكاة، ويطالب المسكين والمديون.

فصل

وأما شرط لزوم الهبة ، فهو القبض ، فلا يحصل الملك في الموهوب والهبة إلا بقبضها ، هذا هو المشهور. وفي قول قديم : يملك بالعقد كالوقف. وفي قول مخرج: الملك موقوف، فإن قبض ، تبين أن ملك بالعقد. ويتفرع على الأقوال أن الزيادة الحادثة بين العقد والقبض ، لمن تكون ؟ ولو مات الواهب أو الموهوب له بعد العقد وقبل القبض ، فوجهان . وقيل : قولان. أحدهما : ينفسخ العقد ، لجوازه ، كالشركة والوكالة. وأصحها : لا ينفسخ ، لأنه يؤول إلى الزوم ، كالبيع الجائر، بخلاف الشركة. فعلى هذا، إن مات الواهب تخير الوارث في الاقباض . وإن مات الموهوب له ، قبض وارثه إن أقبضه الواهب . ويجري الخلاف في جنون أحدهما وإغمائه . قلت : قال البهوي : ويقبض بعد الافاقة منها ، ولا يصح القبض في حال الجنون والاعماء . والله أعلم

فرع

القبض المحصل للملك ، هو الواقع بأذن الواهب ، فهو قبض بلا إذنه ، لم يملكه،

ودخل في ضمانه ، سواء قبض في مجلس المقد أو بعده . ولو كان الموهوب في يد الموهوب له ، فحكمه ماسبق في كتاب الرهن . ولو أذن في القبض ، ثم رجع عنه قبل القبض ، صح رجوعه ، فلا يصح القبض بعده . وكذا لو أذن ، ثم مات الآذن أو المأذون له قبل القبض ، بطل الأذن .

فرع

بمث هدية إلى إنسان ، فمات المهدى إليه قبل وصولها إليه ، بقيت الهدية المهدى . ولو مات المهدى ، لم يكن للرسول حملها إلى المهدى إليه ، وكذا المسافر إذا اشترى لأصدقائه هدايا ، فمات قبل وصولها إليهم ، فهي له تركة .

فرع

كيفية القبض في العقار والمنقول ، كما سبق في البيع . وحكي هنا قولاً ، أن التخلية في المنقول قبض . قال المتولي : لاجريان له هنا ، لأن القبض هناك مستحق ، والمشتري المطالبة به ، فجعل التمكين قبضاً ، وفي الهبة غير مستحق ، فاعتبر تحقيقه ولم يكف بالوضع بين يديه .

قلت : فلو كان الموهوب مشاعاً ، فإن كان غير منقول ، فقبضه بالتخلية ، وإن كان منقولاً ، فقبضه بقبض الجميع . قل أصحابنا : صاحب « الشامل » وآخرون : فيقال للشريك ليرضى بتسليم نصيبه أيضاً إلى الموهوب له ، ليكون في يده وديعة حتى يتأتى القبض ثم يرد إليه . فإن فعل ، [فقبض الموهوب الجميع ، ملك . وإن

امتنع ، قيل للموهوب له : وكل الشريك في القبض لك . قالت فقل [(١) نقله
الشريك وقبضه له . فان امتنعا ، نصب الحاكم من يكون في يده لها فينتقله ليحصل
القبض ، لأنه لا ضرر في ذلك عليها] . والله أعلم [

فرع

لو أتلف المتب الموهوب ، لم يصر قابضاً ، بخلاف المشتري إذا أتلف البيع ،
والفرق ماسبق في الفرع قبله . ولو أذن الواهب للموهوب له في أكل طعام الموهوب ،
فأكله ، أو في إعتاق الموهوب ، فأعتقه ، أو أمر الموهوب له الواهب باعتاقه ، فأعتقه ،
كان قابضاً .

فرع

لو باع الواهب الموهوب قبل الاقباض ، حكى الشيخ أبو حامد : أنه إن كان
يستقد أن الهبة غير لازمة ، صح بيعه وبطلت الهبة . وإن اعتقد لزومها وحصول
الملك بالعقد ، ففي صحة بيعه قولان ، كمن باع مال أبيه يظن أنه حي (٢) ،
فبان ميتاً .

(١) في هامش نسخة الظاهرية عند هذا الكلام الذي وضعناه بين قوسين ، وهو موجود في الاصل مانصه :
هذه الزيادة ثابتة في نسختين منقولتين من خط المؤلف واحدهما قديمة مؤرخ فراغ جزء البيوع منها
بأوائل جمادى الآخرة سنة سبع وثمانين وستائة ، وليست في أصل المؤلف ، بل على حاشيته بخط غيره ،
لكن سقط منها من قوله : « فقبض الموهوب . . . إلى : نقله » ، وبقرؤها على الحاشية أثر كتابة ملصوق
عليها قطعة ورق مصصح عليها بخط المؤلف ، فلملأنا نقلت منها قبل اللصوق عليها . اهـ .
(٢) في الاصل : حياً .

فرع

في مسائل محكية عن نص الشافعي رضي الله عنه

لو قال : وهبته له وملكه ، لم يكن إقراراً بلزوم الهبة ، لجواز أن يمتد لزومها وحصول الملك بالعقد ، والاقرار يحمل على اليقين . ولو قال : وهبته له وخرجت إليه منه ، فإن كان الموهوب في يد المنهب ، كان إقراراً بالقبض ، وإن كان في يد الواهب ، فلا . ولو قيل له : وهبت دارك لفلان وأقبضته ؟ فقال : نعم ، كان إقراراً بالهبة والاقباض .

الباب الثاني

في حكم الهبة في الرجوع والثواب

فيه طرفان .

[الطرف الأول : في الرجوع ، فالهبة تنقسم إلى مقيدة بنفي الثواب ، ومقيدة بآبائته ، ومطلقة . أما المقيدة بنفي الثواب ، فتلزم بنفس القبض ، ولا رجوع فيها إلا الوالد ، فإنه يرجع فيما وهبه لولده كما سيأتي إن شاء الله تعالى .

فصل

ينبغي الموائد أن يعدل بين أولاده في العطية ، فإن لم يعدل ، فقد فعل مكروهاً ، لكن تصح الهبة . والأولى في هذا الحال ، أن يعطي الآخرين ما يحصل به العدل . ولو رجع ، جاز . وإذا أعطى وعدل ، كره له الرجوع . وكذا لو كان ولداً واحداً ، فوهب له ، كره الرجوع إن كان الولد عفيفاً باراً ، فإن كان عاقراً أو يستعين بما أعطاه في معصية ، فليندره بالرجوع . فإن أصر ، لم يكره الرجوع .

فرع

في كيفية العدل بين الاولاد في الهبة، وجهان . أصحها : أن يسوي بين الذكر والأنثى . والثاني : يعطي الذكر مثل حظ الانثيين .
قلت : وإذا وهبت الأم لأولادها، فهي كالآب في العدل بينهم في كل ما ذكرناه، وكذلك الجد والجدة ، وكذا الابن إذا وهب لوالديه . قال الدارمي : فان فضل غليظ فيل الأم . والله أعلم

فصل

للآب الرجوع في هبته لولده . وعن ابن سريج : أنه إنما يرجع إذا قصد بهبته استجلاب برٍّ أو دفع عقوق فلم يحصل ، فان أطلق الهبة ولم يقصد ذلك ، فلا رجوع . والصحيح : الجواز مطلقاً . وأما الأم والأجداد والجدات من جهة الآب والأم ، فالمذهب أنهم كالآب . وفي قول : لا رجوع لهم . وقيل : ترجع الأم . وفي غيرها ، قولان . وقيل : يرجع آباء الآب ، وفي غيرهم قولان . ولا رجوع لغير الأصول كالأخوة والأعمام وغيرهم من الاقارب قطعاً . وسواء في ثبوت الرجوع للوالد كانا متفقين في الدين، أم لا . ولو وهب لعمد ولده ، رجع . ولو وهب لمكاتب ولده ، فلا . وهبته لمكاتب نفسه كالأجنبي . ولو تنازع رجلان مولوداً ، ووهبا له ، فلا رجوع لواحد منها . فان ألحق بأحدهما ، فوجهان ، لأن الرجوع لم يكن ثابتاً ابتداءً .

قلت : أصحها : الرجوع، وبه قطع ابن كج، لثبوت بنوته في الأحكام . والله أعلم

فرع

حكم الرجوع في الهدية حكمه في الهبة .ولو تصدق على ولده ، فله الرجوع على الأصح المنصوص .قال التولي :ولو أبرأه من دين ،بني على أن الإبراء إسقاطه أو تمليك ؟إن قلنا : تمليك ، رجع ، وإلا ، فلا .
قلت : ينبغي أن لا يرجع على التقديرين . والله أعلم

فرع

وهب لولده ، ثم مات الوهاب ، ووارثه أبوه لكون الولد مخالفاً في الدين ، فلا رجوع للجد .

فرع

الموهوب ، إما أن لا يكون باقياً في سلطنة المتهب ، وإما أن يكون .
القسم الأول : أن لا يكون ، بأن أتلّف ، أو زال ملكه عنه يبيع أو غيره ، أو وقفه ، أو أعتقه ، أو كاتبه ، أو استولدها ، أو وهبه وأقبضه ، أو رهنه وأقبضه ، فلا رجوع له ، ولا قيمة أيضاً . وحكى الامام خلافاً ، في أن الرهن هل يمنع الرجوع ، مبنياً على ما سبق من صحة هبة المرهون ؟ فإن قلنا : لا تصح ، لم يصح الرجوع ، وإلا ، توقّفنا . فإن فك الرهن ، بأن صحة الرجوع ، وذكر أيضاً تردداً في كتابة العبد بناءً على صحة يمه . ولا يمنع الرجوع بالرهن والهبة إذا لم يقبض ، ولا بالتدبير وتمليك المتق بصفة ، ولا بزراعة الأرض وتزويج الأمة قطعاً ،

ولا بالايجار على المذهب ، وبه قطع الأكثرون ، وتبقى الاجارة بحالها كالتزويج .
وقال الامام : إن صححنا بيع المستأجر ، رجع ، وإلا ، فإن جوزنا الرجوع في
المرهون وتوقفنا ، صح الرجوع هنا ولا توقف ، بل الرقبة المراجعة ، ويستوفي
المستأجر النصفة إلى انقضاء المدة . وإن منعا الرجوع في المرهون ، ففي المستأجر
تردد ، وخرج على هذا ، تردد أيضاً إذا أبق العبد الموهوب من يد المتهب ، هل يصح
رجوع الواهب ، مع قولنا : لا تصح هبة الآبق ، لأن الهبة تمليك مبتدأً والرجوع بناء
فيسامح فيه ؟ ولو جنى وتعلق الأرض برقبته ، فهو كالمرهون في امتناع الرجوع .
لكن لو قال : أنا أفديه وأرجع ، مكّن ، بخلاف ما لو كان مرهوناً فأراد أن
يبدل قيمته ويرجع ، لما فيه من إبطال تصرف المتهب . ولو زال ملك المتهب ثم عاد
بارث أو شراءً ، ففي عود الرجوع وجهان . وقال الغزالي : قولان . أصحها : المنع .
واحتج أبو العباس الروياني لهذا الوجه ، بأنه لو وهب لابنه ، فوهبه الابن لجدّه ،
فوهبه الجد لابن ابنه الذي وهبه ، فإن حق الرجوع للجد الذي حصل منه هذا
الملك ، لا للأب ، ولا يبعد أن يثبت القائل الأول الرجوع لها جميعاً . ولو وهب له
عصيراً فصار خمرأً ، ثم صار خلاً ، فله الرجوع على المذهب . وحكى بعضهم
وجهين في زوال الملك بالتخمر ، وجهين في عود الرجوع تقريباً على الزوال . وإذا
أنفك الرهن أو الكتابة بمجرد المكاتب ، ثبت الرجوع على المذهب . ولو حجر على
المتهب بالفلس ، فلا رجوع على الأصح كالرهن . وقيل : يرجع ، لأن حقه سابق ،
فانه يثبت من حين الهبة .

قلت : ولو حجر عليه بالسفّه ، ثبت الرجوع قطعاً ، لأنه لم يتعلق به حق غيره ،
قاله المتولي وآخرون . والله أعلم

ولو ارتد وقتلنا : لا يزول ملكه ، ثبت الرجوع . وإن قلنا : يزول ، فلا . فإن

عاد إلى الاسلام ، ثبت الرجوع على المذهب . وقيل : على الخلاف فيها لو زال ملكه ثم عاد . ولو وهب الابن المتهب الموهوب لابنه ، أو باعه له أو ورثه منه ، فلا رجوع للجد على المذهب .

قلت : ولو وهبه المتهب لأخيه من أبيه ، قال في «البيان» : ينبغي أن لا يجوز للأب الرجوع قطعاً ، لأن الواهب لا يملك الرجوع ، فالأب أولى . ولا يبعد تخريج الخلاف ، لأنهم عللوا الرجوع بأنه هبة لمن للجد الرجوع في هبته ، وهذا موجود هنا .

واتدأ علم

القسم الثاني : أن يكون باقياً في سلطنة المتهب ، فإن كان بحاله ، أو ناقصاً ، فله الرجوع ، وليس على المتهب أرض النقص ، وإن كان زائداً ، نظر ، إن كانت الزيادة متصلة ، كالسمن وتلثم صنعة ، رجع فيه مع الزيادة . وإن كانت منفصلة كالولد ، والكسب ، رجع في الأصل وبقيت الزيادة للمتهب . وإن وهب جارية أو بهيمة حاملاً ، فرجع قبل الوضع ، رجع فيها حاملاً . وإن رجع بعد الوضع ، فإن قلنا : للحمل حكم ، رجع في الولد مع الأم ، وإلا ، ففي الأم فقط . وإن وهبها حائلاً ورجع وهي حامل ، فإن قلنا : لاحكم للحمل ، رجع فيها حاملاً ، وإلا ، فلا يرجع إلا في الأم ، وهل له الرجوع في الحال ، أم عليه الصبر إلى الوضع ؟ وجهان . ولو وهبه حباً فبذره ونبت ، أو بيضاً فصار فرخاً ، فلا رجوع ، لأن ماله مستهلك . قال البغوي : هذا إذا ضممتا الغاصب بذلك ، وإلا ، فقد وجد عين ماله فيرجع . ولو كان الموهوب ثوباً فصبغه الابن ، رجع في الثوب ، والابن شريك بالصبغ . ولو قصره ، أو كانت حنطة فطحنها ، أو غزلاً فنسجه ، فإن لم تزد قيمته ، رجع ولا شيء للابن . وإن زادت ، فإن قلنا : القصارة عين ، فالابن شريك . وإن قلنا : أثر ، فلا شيء له . ولو كان أرضاً فبنى فيها أو غرس ،

رجع الأب في الأرض ، وليس له قلم البناء والفراس مجاناً ، لكنه يتخير بين الإبقاء بأجرة ، أو التملك بالقيمة ، أو القلع . وغرامة النقص كالمأثرة . ولو طيء الابن الموهوبة ، قال ابن القطن : لارجوع وإن لم تجبل ، لأنها حرمت على الأب ، والصحيح : ثبوت الرجوع .

فرع

فيما يحصل به الرجوع

يحصل بقوله : رجعت فيما وهبت ، أو ارتجعت ، أو استرددت المال ، أو رددته إلى ملكي ، أو أبطلت الهبة ، أو نقضتها وما أشبه ذلك ، هكذا أطلقوه . وحكى الروائي في « الجرجانيات » وجهين في أن الرجوع نقض وإبطال للهبة ، أم لا ؟ فعلى الثاني : ينبغي أن لا يستعمل لفظ النقض والإبطال ، إلا أن يجعل كناية عن المقصود . وذكر الروائي هذا (١) ، أن اللفظ الذي يحصل به الرجوع ، صريح وكناية . فالصريح : رجعت . والكناية تقتقر إلى النية ، كأبطلت الهبة وفسختها . فلو لم يأت بلفظ ، لكن باع الموهوب ، أو وهبه لآخر ، أو وقفه ، فثلاثة أوجه . أصحابها : لا يكون رجوعاً . والثاني : رجوع وينفذ التصرف . والثالث : رجوع فلا ينفذ التصرف . ولو أتلّف الطعام الموهوب ، أو أعتق العبد ، أو وطيء ، لم يكن رجوعاً على الأصح . والثاني : رجوع . وأشار الامام إلى وجه ثالث : أنه إن أجلبها بالوطء وحصل الاستيلاد ، كان رجوعاً ، وإلا ، فلا . فعلى الأصح : يلزمه بالاتلاف القيمة ويلغو الاعتاق ، وعليه بالوطء مهر المثل ، وباستيلاد القيمة .

قلت : ولا خلاف أن الوطء حرام على الأب وإن قصد به الرجوع ، كذا

(١) في هامش الأصل نسخة : « هنا » بدل « هذا » .

قاله الامام ، لاستحالة إباحة الوطاء لشخصين ، ولا خلاف أن المتهب يستبيح الوطاء قبل الرجوع . لكن إذا جرى وطاء الأب الحرام ، هل يتضمن الرجوع ؟ فيه الخلاف . والله أعلم

ولو صبح الثوب الموهوب ، أو خلط الطعام بطعام نفسه ، لم يكن رجوعاً ، بل هو كما لو فعل الغاصب ذلك .

فرع

الرجوع في الهبة حيث ثبت ، لا يفتقر إلى قضاء القاضي . وإذا رجع ولم يسترد المال ، فهو أمانة في يد الولد ، بخلاف المبيع في يد المشتري بعد فسخ البيع ، لأن المشتري أخذه على حكم الضمان .

فرع

لو اتفق الواهب والتهب على فسخ الهبة حيث لا رجوع ، فهل يفسخ كما لو تقايلا ، أم لا كالخلع ؟ فيه وجهان عن « المرحانيات » . قلت : لا يصح الرجوع إلا منجزاً . فلو قال : إذا جاء رأس الشهر ، فقد رجعت ، لم يصح . قال المتولي : لأن الفسوخ لا تقبل التعليق . والله أعلم

الطرف الثاني : في الثواب ، قد سبق أن الهبة مقيدة بنفي الثواب ، وإثباته ، ومطلقة ، ومضى الكلام في المقيدة ، وفرعناها على المذهب والذي قطع به الجمهور وهو صحتها . وقيل : إنها باطلة إذا أوجبنا الثواب في المطلقة ، لأنه شرط يخالف مقتضاها .

وأما القسم الثاني : وهي المطلقة ، فينظر ، إن وهب الأعلى للأدنى ، فلا ثواب ، وفي عكسه قولان . أظهرهما عند الجمهور : لا ثواب . والثاني : يجب الثواب ، فعلى هذا ، هل [هو] قدر قيمة الموهوب ، أم ما يرضى به الواهب ، أم ما يعدُّ ثواباً لمثله في العادة ، أم يكفي ما يتموّل ؟ فيه أربعة أوجه . وقيل : أقوال . أصحابها : أولها ، والخيار في جنسه إلى المتب . فعلى الأصح ، لو اختلف قدر القيمة ، فلا اعتبار بقيمة يوم القبض على الأصح . وقيل : بيوم بذل الثواب . ثم إن لم يشب ما يصلح ثواباً ، فله الواهب الرجوع إن كان الموهوب بحاله .

قلت : قال أصحابنا : ولا يجبر المتب على الثواب قطعاً . والله أعلم

فإن زاد زيادة منفصلة ، رجع فيه دونها . وإن زاد متصلة ، رجع فيه معها على الصحيح . وقيل : المتب إمساكه وبذل قيمته بلا زيادة . وإن كان تالفاً ، فوجهان . وقيل : قولان منصوصان في القديم . أصحابها : يرجع بقيمة . والثاني : لانيء له كالأب في هبة ولده . وإن كان ناقصاً ، رجع فيه . وفي تفرعه المتب أرش النقصان الوجهان . وقيل : له ترك العين والمطالبة بكامل القيمة .

قلت : وإن كانت جارية قد وطئها المتب ، رجع الواهب فيها ، ولا مهر على المتب ، لانه وطئ ملكه . والله أعلم

وأما إذا وهب لنظيره ، فالذهب القطع بأن لا ثواب . وقيل : فيه القولان . وعن صاحب « التقريب » ، طرد القولين في هبة الأعلى للأدنى ، وهو شاذ .

قلت : وحكى صاحب « الابانة » ، وداليان ، وجهاً أنه إذا وهب لنظيره ونوى الثواب ،

استحققه ، وإلا ، فقولان . فان اختلفا في النية ، فأيتها يقبل قوله ؟ وجهان . والذهب : أنه لا يجب الثواب في جميع الصور . قال المتولي : إذا لم يجب فأعطاه المنهب ثواباً ، كان ذلك ابتداء هبة . حتى لو وهب لابنه فأعطاه الابن ثواباً ، لا ينقطع حتى الرجوع ، ولا يجب في الصدقة ثواب بكل حال قطعاً ، صرح به البغوي وغيره ، وهو ظاهر . وأما الهدية ، فالظاهر أنها كالهبة . والله أعلم

وأما القسم الثالث : فالقيّدة بالثواب ، وهو إما معلوم ، وإما مجهول . فالحالة الاولى : المعلوم ، فيصح العقد على الاظهر ، ويبطل على قول . فان صححنا ، فهو يبيع على الصحيح . وقيل : هبة . فان قلنا : هبة ، لم يثبت الخيار والشفعة ، ولم يلزم قبل القبض . وإن قلنا : بيع ، ثبتت هذه الاحكام . وهل تثبت عقب العقد ، أم عقب القبض ؟ قولان . أظهرهما : الاول . ولو وهبه خليفاً بشرط الثواب ، أو مطلقاً وقلنا : الهبة تقتضي الثواب ، فنص في حرمة ، أنه إن أتابه قبل التفرق بجنسه ، اعتبرت المائلة . وإن أتابه بعد التفرق بعرض ، صح ، وبالتقد لا يصح ، لانه صرف ، وهذا تفريع على أنه يبيع . وفي « التتمة » أنه لا بأس بشيء من ذلك ، لانا لم نلحقه بالمعاوضات في اشتراط العلم بالموض ، وكذا سائر الشروط ، وهذا تفريع على أنه هبة . وحكى الامام الأول عن الاصحاب ، وأبدى الثاني احتمالاً . وخرج على الوجهين ما إذا وهب الاب لابنه بثواب معلوم . فان جعلنا العقد بيعاً ، فلا رجوع ، وإلا ، فله الرجوع . وإذا وجد بالثواب عيباً وهو في الذمة ، طالب بسليم . وإن كان مميئناً ، رجع إلى عين الموهوب إن كان باقياً ، وإلا ، طالب ببدله . واستبعد الامام مجيء الخلاف أنه يبيع أم هبة هنا ، حتى لا يرجع على التقدير الثاني وإن طرده بعضهم . وإذا جعلناه هبة ، فكافأه بدون الشروط إلا أنه قريب ، ففي

شرح ابن كج ، وجهان في أنه هل يجبر على القبول لان العادة فيه مسامحة ؟
قلت : والاصح أو الصحيح : لا يجبر . والله أعلم

الحالة الثانية : إذا كان الثواب مجمولا ، فإن قلنا : الهبة لا تقتضي ثواباً ، بطل
المقد ، لتمذر تصحيحه بيماً وهبة ، وإن قلنا : تقتضيه ، صح ، وهو تصريح
بمقتضى المقد ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور . وحكى الغزالي وجهاً :
أنه يبطل بناءً على أن الموض يلحقه بالبيع .

فرع

نص الشافعي رضي الله عنه ، أنه لو وهب لاثنتين بشرط الثواب ، فأثابه أحدهما
فقط ، لم يرجع في حصة المتيب ، وأنه لو أثاب أحدهما عن نفسه وعن صاحبه
ورضي به الواهب ، لم يرجع الواهب على واحد منها . ثم إن أثاب بغير إذن
الشريك ، لم يرجع عليه . وإن أثاب بأذنه ، رجع بالنصف إن أثاب ما يعتاد ثواباً
لمثله . فإن زاد ، فمتطوع بالزيادة .

فرع

خرج الموهوب مستحقاً بعد الثواب ، رجوع بما أثاب على الواهب . وإن خرج
بعضه مستحقاً ، فله الخيار بين أن يرجع على الواهب بقسطه من الثواب ، وبين أن
يرد الباقي ويرجع بجميع الثواب . وقيل : تبطل الهبة في الكل . وقيل : لا يجيء
قول الإبطال هنا .

فرع

قال : وهبتك بيدل، فقال : بلا بدل، وقلنا : مطلق الهبة لا يقتضي ثواباً ، فهل المصدق الواهب ، أم المتهب ؟ وجهان ، وبالأول قطع ابن كج .

قلت : الثاني ، أصح . والله أعلم

فصل

في مسائل تتعلق بالكتاب

هبة منافع الدار ، هل هي إعارة ؟ لها وجهان في « الجرجانيات » ، ولا يحصل الملك بالقبض في الهبة الفاسدة . وهل المقبوض بها مضمون كالبيع الفاسد ؟ أم لا ، كالهبة الصحيحة ؟ وجهان . ويقال : قولان .

قلت : أصحابنا لاضمان، وهو المقطوع به في « النهاية » ، و « المدة » ، و « البحر » ، و « البيان » ، ذكروه في باب التيمم . قال المتولي : وإذا حكمتنا بفساد الهبة ، فسلم المال بعد ذلك هبة ، فإن كان يستند فساد الأولى ، صحت الثانية ، وإلا ، فوجهان بناءً على من باع مال أبيه على أنه حي فكان ميتاً .

وهذه مسائل متعلقة بالكتاب .

إحداها : قال لرجل : كسوتك هذا الثوب ، ثم قال : لم أرد الهبة ، قال صاحب « المدة » : يقبل قوله ، خلافاً لأبي حنيفة رضي الله عنه ، لأنه يصلح للمارية ، فلا يكون صريحاً في الهبة .

الثانية : قال : منحتك هذه الدار ، أو الثوب ، فقال : قبلت وأقبضه ، فهو هبة ، قاله في « العدة » .

الثالثة : في فتاوى الفزالي : لو كان في يد ابن الميت عين ، فقال : وهبتها أبي وأقبضتها في الصحة ، فأقام باقي الورثة بينة بأن الأب رجع فيما وهب لابنه ، ولم تذكر البينة مارجع فيه ، لا تنتزع من يده بهذه البينة ، لاحتمال أن هذه العين ليست من المرجوع فيه . ويقرب من هذا ، لو وهب وأقبض ومات ، فادعى الوارث كون ذلك في المرض ، وادعى المتهب كونه في الصحة ، فالتحتمار أن القول قول المتهب .

الرابعة : دفع إليه ثوباً بنية الصدقة ، فأخذ المدفوع إليه ظاناً أنه ودعة أو عارية ، فردّه على الدافع ، لا يحلّ للدافع قبضه ، لأنه زال ملكه ، فان الاعتبار بنية الدافع . فان قبضه ، لزمه رده إلى المدفوع إليه ، ذكره القاضي حسين .

الخامسة : برّ الوالدين مأمور به ، وعقوق كل واحد منها محرم معدود من الكبائر بنص الحديث الصحيح ^(١) ، وصلة الرحم مأمور بها ، فأما برهما ، فهو الاحسان إليها ، وفعل الجليل معها ، وفعل ما يسرهما من الطاعات لله تعالى وغيرها مما ليس بمنهي عنه ، ويدخل فيه الاحسان إلى صديقها ، ففي « صحيح مسلم » أن رسول الله ﷺ قال : إن من أبرّ البرّ ، أن يصل الرجل أهل وديّ أبيه . وأما العقوق ، فهو كل ما أتى به الولد مما يتأذى [به] الوالد أو نحوه تأدياً ليس بالهين ، مع أنه ليس بواجب . وقيل : تجب طاعتها في كل ما ليس بحرام ، فتجب طاعتها في الشبهات .

(١) عن أبي بكر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر » (ثلاثاً) قالوا : بلى يا رسول الله ، قال : « الاشرار بالله ، وعقوق الوالدين » (قال) وجلس وكان متكئاً فقال : « ألا وقول الزور » فما زال يكررها حتى قلنا : ليته سكت . متفق عليه واللفظ للبخاري .

و[قد] حكى الفزالي هذا في «الاحياء» عن كثير من العلماء، أو أكثرهم . وأما صلة الرحم ، ففعلك مع قريبك ما تعد به واصلًا غير منافر ومقاطع له ، ويحصل ذلك تارة بالمال ، وتارة بقضاء حاجته أو خدمته أو زيارته. وفي حق الغائب بنحو هذا، وبالمكاتبة وإرسال السلام عليه ونحو ذلك .

السادسة : الوفاء بالوعد ، مستحب استيجاباً متأكداً ، ويكره إخلافه كراهة شديدة ، ودلائله من الكتاب والسنة معلومة ، وقد ذكرت في كتاب «الاذكار» فيه باباً ، وبينت فيه اختلاف العلماء في وجوبه . والله أعلم

كتاب اللقطة

فيه بابان .

[الباب [الاول : في أركانها ، وهي ثلاثة .

[الركن [الاول : الالتقاط ، وفيه مسألتان .

[المسألة [الاولى : في وجوب الالتقاط أربعة طرق. أصحابها وقول الأكثرين:

أنه على قولين . أظهرهما : لا يجب كالاستيداع . والثاني : يجب . والطريق الثاني : إن كانت في موضع يغلب على الظن ضياعها، بأن تكون في ممر الفساق والخونة ، وجب الالتقاط، وإلا ، فلا . والثالث : إن كان لا يثق بنفسه ، لم يجب قطعاً . وإن غلب على ظنه أمانة نفسه ، ففيه القولان . والرابع : لا يجب مطلقاً. فإذا قلنا : لا يجب ، فإن وثق بنفسه ، ففي الاستحباب وجهان . أصحابها : ثبوته . وإن لم يثق وليس هو في الحال من الفسقة ، لم يستحب له الالتقاط قطعاً . قاله الامام . وحكى عن شيخه في الجواز وجهين. أصحابها : ثبوته، وسواء قلنا بوجوب الالتقاط أو عدمه، فلا يضمن اللقطة بالترك، لأنها لم تحصل في يده. هذا حكم الأمين، أما الفاسق ، فقطع الجمهور أنه يكره له الالتقاط . وأما قول الغزالي : إن علم الخيانة ، حرم الالتقاط ، وقوله في « الوسيط »: الفاسق لا يجوز له الاخذ، فخالف لما أطلقه الجمهور من الكراهة .

المسألة الثانية : في وجوب الاشهاد على اللقطة وجهان . ويقال : قولان .

أصحابها : لا يجب لكن يستحب . وقيل : لا يجب قطعاً . ثم في كيفية الاشهاد ، وجهان . أصحابها عند البغوي : يشهد على أصلها دون صفاتها ، لئلا يتوصل كاذب

إليها . قال البغوي : ويجوز أن يذكر جنسها . والثاني : يشهد على صفاتها أيضاً حتى لو مات لا يملكها الوارث ، ويشهد الشهود للمالك . وأشار الامام إلى توسط بين الوجهين ، وهو أنه لا يستوعب الصفات ، بل يذكر بعضها ليكون في الاشهاد فائدة . قلت : الأصح ، هذا الذي اختاره الامام . قال الامام : والوجه الاول ساقط ، إذ لا فائدة فيه . قال : وما ذكرناه من المنع من ذكر تمام الاوصاف ، لازماً ينتهي إلى التحريم . والله أعلم

الركن الثاني : الملتقط وبناء الكلام فيه على أصل ، وهو أن اللقطة فيها معنى الامانة والولاية والاكتساب ، فالأمانة والولاية أولاً ، والاكتساب آخر ، بعد التعريف . وهل المطلب الأمانة والولاية لأنها ناجزة ، أم الاكتساب لأنه مقصوده ولا يستقل الآحاد بالأمانات ؟ فيه وجهان . ويقال : قولان . فإذا اجتمع في شخص أربع صفات : الاسلام ، والحرية ، والأمانة والتكليف ، فله أن يلتقط ويمرّف ويتملك ، لأنه أهل للأمانة والولاية والاكتساب ، وإلا ، ففيه مسائل .

إحداها : يمكن الذمي من الالتقاط في دار الاسلام على الأصح . وقيل : قطعاً ، كالاصطياد والاحتطاب ، وربما شرط فيه عدالته في دينه . فإن قلنا : ليس له الالتقاط فالتقط ، أخذه الامام منه وحفظه إلى ظهور ملكه . وإن جوزناه ، قال البغوي : هو كالتقاط الفاسق . قال : والمرتد إن قلنا : يزول ملكه ، انتزعت اللقطة منه ، كما لو احتطب ، ينتزع من يده . وإن قلنا : لا يزول ، فكالفاسق يلتقط . ولك أن تقول : إن أزمانا ملكه ، فما يحتطبه ينتزع ويكون لأهل الفيم فإن كانت اللقطة كذلك ، فقياسه أن يجوز للامام ابتداء الالتقاط لأهل الفيم وليت المال ، وأن يجوز للولي الالتقاط للصبي . وإن قلنا : لا يزول ملكه ، فهو بالذمي أشبه [منه] من الفاسق ، فليكن كالتقاط الذمي ، وبهذا قطع المتولي .

الثانية : الفاسق أهل للاتقاط على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وهو ظاهر النص . وعن القفال ، تخريجه على الأصل المذكور ، إن غلبنا الاكتساب ، فنعم ، أو الأمانة ، فلا ، وما يأخذه مغضوب . فعلى المذهب ، هل يقر المال في يده ؟ قولان . أظهرهما : لا ، بل ينتزع منه ويوضع عند عدل . والثاني : نعم ، ويضم إليه عدل يشرف عليه . وعن ابن القطان وجه : أنه لا يضم إليه أحد . وسواء قلنا : ينتزع أو يضم إليه مشرف ، ففي التعريف قولان . أظهرهما : لا يعتمد وحده ، بل يضم إليه نظر العدل ومراقبته . والثاني : يكفي تعريفه . ثم إذا تم التعريف ، فلملنقط التملك .

الثالثة : التقاط العبد ، وهو على ثلاثة أضرب .

أحدها : التقاط لم يأذن فيه السيد ولا نهى عنه ، وفيه قولان . أظهرهما : لا يصح . والثاني : يصح كاحتطابه ويكون الحاصل لسيد . فان قلنا : لا يصح التقاطه ، لم يعتد بتعريفه . ثم إن لم يعلم السيد التقاطه ، فالأمال مضمون في يد العبد ، والضمان متعلق برقبته ، سواء أتلفه أو تلف بتفريط أو بغير تفريط ، كالمغضوب . وإن علم ، فله أحوال . أحدها : أن يأخذه من يده . ولهذا مقدمة ، وهي أن القاضي لو أخذ المغضوب من الغاصب ليحفظه للمالك ، هل يبرأ الغاصب من الضمان ؟ وجهان . أقيسهما : البراءة ، لأن يد القاضي نائبة عن يد المالك . فان قلنا : لا يبرأ ، فللقاضي أخذه منه . وإن قلنا : يبرأ ، فان كان المال معرضاً للضياع ، والغاصب بحيث لا يبعد أن يفلس أو يغيب وجهه ، فكذلك ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : لا يأخذ فانه أنفع للمالك . والثاني : يأخذ نظراً لهما جميعاً . وليس لأحد الناس أخذ المغضوب إذا لم يكن معرضاً للضياع ، ولا الغاصب بحيث تفوت مطالبته ظاهراً . وإن كان كذلك ، فوجهان . أصحها : المنع ، لأن القاضي هو النائب عن الناس ، ولأنه

قد يؤدي إلى الفتنة . والثاني : الجواز احتساباً ونهياً عن المنكر . فعلى الأول ، لو أخذه ضمنه وكان كغاصب من غاصب . وعلى الثاني : لا يضمن ، وبراءة الغاصب على الخلاف السابق ، وأولى بأن لا يبرأ . قال الامام : ويجوز أن يقال : إن كان هناك قاضٍ يمكن رفع الأمر إليه ، فلا يجوز ، وإلا ، فيجوز . إذا عرف هذا ، فقال معظم الأصحاب : إذا أخذ السيد اللقطة من العبد كان أخذه التقاطاً ، لأن يد العبد إذا لم تكن يد التقاط ، كان الحاصل في يده ضائماً بعد ، ويسقط الضمان عن العبد لو صوله إلى نائب المالك ، فان كل أهل للاتقاط كأنه نائب عنه . وبئله قالوا فيما لو أخذه أجني ، إلا أن انتولي جمل أخذ الاجنبي على الخلاف فيما لو تعلق صيد بشبكة رجل فأخذه غيره ، واستبعد الامام قولهم : إن أخذ السيد النقاط ، لأن العبد ضامن بالأخذ . ولو كان أخذ السيد التقاطاً ، لسقط الضمان عنه ، فيتضرر [به] المالك ، وهذا وجه ذكره ابن كج والمتولي ، وحكما تفريعاً عليه أن السيد ينتزعه من يده ويسلمه إلى الحاكم ليحفظه لذلكه أبداً . وأما الامام فقال : إذا قلنا : إنه ليس بالتقاط ، فأراد أخذه بنفسه وحفظه لمالكه ، فوجهان مرتبان على أخذ الآحاد المغصوبٍ للحفظ ، وأولى بالنعم ، لأن السيد ساعٍ لنفسه غير متبرع . ثم يترتب على جواز الأخذ حصول البراءة كما قدمنا . وإن استدعى من الحاكم انتزاعه ، فهذه الصورة أولى بأن يزيل الحاكم فيها اليد العادية . وإذا أزال ، فأولى أن تحصل [البراءة] لتعلق غرض السيد بالبراءة ، وهو غير منسوب إلى عدوان حتى يفاظ عليه .

الحال الثاني : أن يقره في يده ويستحفظه عليه ليعرفه . فان لم يكن العبد أميناً ، فهو متعمد بالاقرار ، وكأنه أخذه منه وردّه إليه . وإن كان أميناً ، جاز ،

كما لو استعان به في تعريف ماالتقطه بنفسه . وذكر الامام في سقوط الضمان وجهين .
أصحها عنده : المنع . وقياس كلام الجمهور سقوطه .

الحال الثالث : أن لا يأخذه ولا يقره ، بل يهمله ويمرض عنه . فنقل الزني
أن الضمان يتعلق برقبة العبد كما كان ، ولا يطالب به السيد في سائر أمواله ، لأنه
لا تمدي منه ولا أثر لملكه ، كما لو رأى عبده يتلف مالا فلم يمنعه ، ونقل الربيع
تعلقه بالعبد وبجميع أموال السيد . وعكس الامام والغزالي ، فنسبوا الأول إلى الربيع ،
والثاني إلى الزني . والصواب المتمد ، ماسبق . ثم فيها أربعة طرق . أصحها
وقول الأكثرين : المسألة على قولين . أظهرهما : تعلقه بالعبد وسائر أموال السيد ، حتى
لو هلك العبد ، لا يسقط الضمان . ولو أفلس السيد ، قدم صاحب اللقطة في العبد
على سائر الغرماء . ومن قال به ، لم يسلم عدم وجوب الضمان إذا رأى عبده يتلف
مالاً فلم يمنعه . والطريق الثاني : حمل نقل الزني على ما إذا كان العبد مميزاً ، ونقل
الربيع على غير المميز . والثالث : القطع بنقل الزني . والرابع : القطع بنقل الربيع ،
وبه قال أبو إسحاق ، وغلطوا الزني في النقل . هذا كله إذا قلنا : لا يصح التقاطه .
فإن قلنا : يصح ، صح تعريفه وليس له بعد التعريف أن يملكه لنفسه ، وله التملك
للسيد بأذنه ، ولا يجوز بغير إذنه على المذهب . وقيل : وجهان كاتهابه وشرائه ،
فملى المذهب قيل : لا يصح تعريفه بغير إذن سيده . والصحيح صحته كالاتقاط .
قال الامام : لكن إن قلنا : انقضاء مدة التعريف توجب الملك ، فيجوز أن يقال :
لا يصح تعريفه ، ويجوز أن يقال : يصح ولا يثبت الملك ، كما لا يثبت إذا عرف
من قصد الحفظ . ثم لا يخلو ، إما أن يعلم السيد بالاتقاط ، وإما أن لا يعلم .
فإن لم يعلم ، فالإلزام في يد العبد ، لكن لو كان معرضاً عن التعريف ، ففي الضمان
وجهان كالوجهين في الحر إذا امتنع من التعريف . ولو أنلفه العبد بعد مدة التعريف ،
أو تملكه لنفسه فهلك عنده ، فهل يتعلق الضمان بذمته كما لو اقترض فاسداً وأنلفه ،
أم برقبته كالغصوب ؟ وجهان . وبالأول قطع الشيخ أبو محمد في « الفروق » .

ولو أُلْفِه في المدة ، أو تلف بتقصيره ، فالمذهب تعلق الضمان بربقته ، وبه قطع الجمهور ، لأنه خيانة محضة ، إذ لم يدخل وقت التملك ، بخلاف ما بعد المدة . وقيل : في تعلقه بالرقبة أو الذمة قولان . وإن علم به السيد ، فله أخذه كأكسابه ثم يكون كالتقاطه بنفسه . فإن شاء حفظه لمالكه ، وإن شاء عرّف وتملك . فإن كان العبد عرّف بعض المدة ، انسب [به] وبني عليه . وإن أقره في يده وهو خائن ، ضمن السيد بأبقائه في يده . وإن كان أميناً ، جاز ، ثم إن تلف في يده في مدة التعريف ، فلا ضمان . وإن تلف بعدها ، فإن أذن السيد في التملك فتملك ، لم يخف الحكم ، وإلا ، فوجهان . أصحها : يتعلق الضمان بالسيد ، لآذنه في سبب الضمان ، كما لو أذن له في استيلاء شيء فأخذه فتلف في يده . والثاني : [لا] كما لو أذن له في الغصب فنصب . فعلى الأول ، يتعلق الضمان أيضاً بذمة العبد ، فيطالب به بعد العتق كما يطالب به السيد في الحال ، وعلى الثاني ، يتعلق بربقته كما يتعلق بمال السيد . وإن لم يأذن ، فهل يتعلق الضمان بذمة العبد ، أم بربقته ؟ وجهان . أصحها : الأول ، ولا يتعلق بالسيد قطعاً . فإن أُلْفِه العبد بعد المدة ، فعلى الخلاف السابق .

فرع

قال صاحب « التقريب » : « قولان في أصل المسألة ، فيما إذا نوى الالتقاط لنفسه ، فإن نوى لسيدته ، فيحتمل أن يطرد القولان ، ويحتمل أن يقطع بالصحة . وقال ابن كج : القولان إذا التقط ليدفع إلى سيده . فإن قصد نفسه ، فليس له الالتقاط قطعاً ، بل هو ممتدٍ ، وحكاة عن أبي إسحاق والقاضي أبي حامد .

الضرب الثاني : التقاط بأذن السيد ، بأن يقول : متى وجدت لقطة فخذها واثنى بها ، فطريقان . قال ابن أبي هريرة بطرد القولين ، لأن الأذن لا يفيد أهلية الولاية .

وقطع غيره بالصحة ، وإليه ميل الامام ، كما لو أذن في قبول الوديعة . ولو أذن
له في الاكتساب مطلقاً ، ففي دخول الالتقاط وجهان .
الضرب الثالث : النقاط نهاه عنه السيد ، فقطع الاصطخري بالمنع ، وطرده
غيره القولين .

قلت : طريقة الاصطخري أقوى ، ولكن سائر الأصحاب على طرده القولين ، قاله
صاحب « المستظري » . والله أعلم

فرع

إذا التقط ثم أعتقه السيد ، فإن صححنا التقاطه ، فهي كسب عبده يأخذها
السيد ويمرّفها ويملكها . فإن كان العبد عرق ، اعتدّ به ، هذا هو المذهب .
وقال ابن القطان : هل السيد أحقّ نظراً إلى وقت الالتقاط ، أم العبد نظراً إلى وقت التملك ؟
وجهان . وإن لم نصحح التقاطه ، قال ابن كج : للسيد حق التملك إذا قلنا : للسيد التملك على
هذا القول . وقطع الجمهور بأنه ليس للسيد أخذها . فعلى هذا ، هل للعبد تملكها
وكأنه التقط بعد الحرية ، أم يجب أن يسلمها إلى الحاكم لأنه لم يكن أهلاً ؟
وجهان . أصحابها : الأول .

فرع

في النقاط المكاتب طرق . أحدها : الصحة قطعاً . والثاني : المنع قطعاً ، بخلاف
الغن ، فإن السيد ينتزع منه ، ولا ولاية للسيد على مال المكاتب مع نقصانه . والثالث
وهو الأصح عند الجمهور : طرده القولين كالعبد ، لكن لا يظهر هنا باتفاق الأصحاب ،

صحة التقاطه . ثم المذهب أن هذه الطرق في المكاتب كتابة صحيحة . فأما الفاسدة ،
فكالفن قطعاً . وقيل بطود الخلاف في النوعين ، ونقل الامام عن المراقبين ،
تفريماً على القطع بالصحة ، أن في إبقاء اللقطة في يده قولين كما سبق في الفاسق ،
وكتبهم ساكنة عن ذلك إلا ما شاء الله تعالى . فان صححنا التقاط المكاتب ،
عرفها وتملكها ويكون بدلها في كسبه . وفي تقديم المالك به على الغرماء وجهان
في «أمالي» أبي الفرج الزاز . وإذا أعتق في مدة التعريف ، أتم التعريف وتملك .
وإن عاد إلى الرق قبل تمام التعريف ، فالمنقول عن الاصحاب ، أن القاضي يأخذها
ويحفظها للمالك ، وأنه ليس للسيد أخذها وتملكها ، لأن التقاط المكاتب لا يقع للسيد ،
فلا ينصرف إليه . وقال البغوي : ينبغي أن يجوز له الأخذ والتملك ، لأن
الانتقاط اكتساب ، وأكساب المكاتب لسيد عند عجزه . قال : وكذا لو مات
المكاتب أو العبد قبل التعريف ، وجب أن يجوز للسيد التعريف والتملك ، كما
أن الحر إذا التقط ومات قبل التعريف ، يعرف الوارث ويتملك . وإذا لم نصحح
التقاطه فالتقط ، صار ضامناً ، ولا يأخذ السيد اللقطة منه ، بل يأخذها القاضي
ويحفظها ، هكذا ذكروه . ولك أن تقول : ذكرت تفريماً على منع التقاط الفن ،
أن للأجنبي أخذها ويكون ملقطاً ، ولم تعتبر الولاية ، وليس السيد في حق
المكاتب بأدنى حالاً من الأجنبي في القن . ثم إذا أخذها الحاكم برى المكاتب
من الضمان . ثم كيف الحكم ؟ ذكر الشيخ أبو حامد وغيره : أنه يعرفها ، فإذا
انقضت مدة التعريف ، تملكها المكاتب . والاصح : أنه ليس له التملك ، فان التفريع
على فساد الانتقاط ، لكن إذا [أخذها] حفظها إلى أن يظهر مالها .

فرع

مَنْ بعضه حر وبعضه رقيق ، هل يصح التقاطه قطعاً ، أم على القولين كالقن؟
فيه طريقان . وقيل : يصح في قدر الحرية قطعاً ، وفي الباقي الطريقان ، وبهذا قطع
المولي ، وأبداه الشاشي احتمالاً .

قلت : المذهب المنصوص ، صحة التقاطه . والله أعلم

فان قلنا : لا يصح ، فهو متعدٍ بالأخذ ، ضامن بقدر الحرية في ذمته ، وبؤخذ
منه إن كان له مال ، وبقدر الرق في رقبته . وهل ينتزع منه ، أم يبقى في يده
ويضم إليه مشرف ؟ وجهان حكاهما ابن كج . أصحهما : الانتزاع . وعلى هذا ،
هل يسلم إلى السيد ، أم يحفظه الحاكم إلى ظهور مالكة ؟ وجهان . الصحيح : الثاني .
فان سلم إلى السيد ، فمن أبي حفص ابن الوكيل : أن السيد يعرفه ويتملكه .
قال ابن كج : ويحتمل عندي أن يكون بينها بحسب الرق والحرية . أما إذا قلنا :
يصح التقاطه ، فان لم يكن بينه وبين السيد مهايأة ، فاللقطة بينها يعرفانها ويتملكانها
بحسب الرق والحرية كشخصين التقاطاً ملاً . وقال ابن الوكيل : يختص بهما السيد
كلقطة القن ، وليس بشيء . وإن كان بينها مهايأة ، بني على أن الكسب النادر
هل يدخل في المهايأة ؟ رفيه قولان . ويقال : وجهان ذكرناها في زكاة الفطر .
وميل العراقيين والصيقلاني هناك إلى ترجيح عدم الدخول . ثم إنهم مع سائر
الاصحاب ، كالنفاقيين على ترجيح الدخول هنا ، وهو نصه في « المختصر » . فعلى
هذا ، إن وقعت اللقطة في نوبة السيد ، عرفها وتملكها . وإن وقعت في نوبة العبد ،
عرفها وتملك . والاعتبار بوقت الالتقاط ، هذا هو الصحيح الدروف . وأشار

الامام إلى وجه : أن الاعتبار بوقت التملك . وإن قلنا : النادر لا يدخل في المهايأة ، فهو كما لو لم يكن مهايأة .

قلت : ونقل إمام الحرمين في باب زكاة الفطر اتفاق العلماء على أن أرش الجناية لا يدخل في المهايأة ، لأنه يتعلق بالرقبة وهي مشتركة . والله أعلم

فرع

المدبر والمعلق عنقه بصفة ، وأم الولد ، كالقن في الالتقاط . لكن حيث حكنا بتعلق الضمان برقبة القن ، ففي أم الولد يجب على السيد ، سواء علم التقاطها ، أم لا ، لأن جنايتها على السيد . وفي الأم ، أنه إن علم سيدها ، فالضمان في ذمته ، وإلا ، ففي ذمتها ، وهذا لم يثبت له الأصحاب ، وقالوا : هذا سهو من كاتب ، أو غلط من قائل ، وربما حاولوا تأويله .

المسألة الرابعة : التقاط الصبي ، فيه طريقان كالفاسق . والمذهب صحته كاحتطابه واصطياده ، فإن صححناه فلم يعلم به الولي وأتلفه الصبي ، ضمن . وإن تلف في يده ، فوجهان . أصحهما : لاضمان عليه كما لو أودع مالا فتلف عنده . وتسليط الشرع له على الالتقاط ، كتسليط المودع . والثاني : يضمن لضعف أهليته ، فإنه لا يقر في يده . فإن علم به الولي ، فينبغي أن ينتزعه من يده ويعرفه . ثم إن رأى المعالجة في تملكه للصبي ، جاز حيث يجوز الاستقراض عليه . وقال ابن الصباغ : عندي يجوز التملك له وإن لم يجوز الاقتراض ، لأنه على هذا القول ملحق بالاكتساب .

قلت : هذا الذي قاله ابن الصباغ ، كما هو شذوذ عن الأصحاب ، فهو ضعيف دليلاً ، فإنه اقتراض . والله أعلم

وإن لم ير التملك له ، حفظه أمانة ، أو سلمه إلى القاضي . وإذا احتاج التعريف إلى مؤنة ، لم يصرفها من مال الصبي ، بل يرفع الأمر إلى القاضي ليبيع جزءاً من اللقطة لمؤنة التعريف . ويحيى وجه مما سنذكره إن شاء الله تعالى في التقاط الشاة : أنه يبيع بنفسه ولا يحتاج إلى إذن الحاكم . ولو تلفت اللقطة في يد الصبي قبل الانتزاع بغير تفريط ، فلا ضمان . وإن قصر الولي بتركها في يده حتى تلفت ، أو أتلّفها ، لزم الولي الضمان من مال نفسه ، وشبهه بما إذا احتطب الصبي وتركه الولي في يده حتى تلف ، أو أتلّفه الصبي ، يجب الضمان على الولي ، لأن عليه حفظ الصبي عن مثله . قال البغوي : ثم يعرف النالف ، وبعد التعريف يملك للصبي إن كان في التملك مصلحة ، ويشبه أن يكون هذا فيما إذا وجد قبض من جهة القاضي ليصير المقبوض ملكاً للملتقط ، أو إفراز من جهة الولي إذا قلنا : إن من التقط شاة وأكلها يفرز بنفسه قيمتها من ماله . فأما الضمان في الذمة ، فلا يمكن تملكه للصبي . أما إذا قلنا : لا يصح التقاط الصبي ، فإذا التقط وتلفت في يده أو أتلّفها ، وجب الضمان في ماله ، وليس للولي أن يقرّها في يده ، بل يسمى في انتزاعها ؛ فإن أمكنه رفع الأمر إلى القاضي ، فعل ، وإن انتزع الحاكم ، ففي براءة الصبي عن الضمان بخلاف المذكور في انتزاع القاضي المنصوب من الغاصب ، وأولى بمحصول البراءة نظراً للطفل . إن لم يمكنه رفع الأمر إلى القاضي ، أخذه بنفسه ، وتبني براءة الصبي عن الضمان على الخلاف في براءة الغاصب بأخذ الآحاد .

فإن لم تحصل البراءة ، ففائدة الأخذ صون عين المال عن التضييع والاتلاف . قال المتولي :
وإذا أخذ الولي ، فإن أمكنه التسليم إلى القاضي فلم يفعل حتى تلف ، لزمه الضمان ،
وإلا ، فقرار الضمان على الصبي . وفي كون الولي طريقاً ، وجهان . وهذا إذا أخذ
الولي لأعلى قصد الانقاط . أما إذا قصد ابتداءً الالتقاط ، ففيه وجهان ، وليكونا
كالخلاف في الأخذ من العبد على هذا القصد إذا لم نصحح التقاطه . ولو قصر
الولي وترك المال في يده ، قال المتولي : لاضمان عليه إذا تلف ، لأنه لم يحصل في يده ،
ولا حق للصبي فيه حتى يلزمه حفظه ، بخلاف ما إذا فرعنا على القول الأول .
وخصص الامام هذا الجواب بما إذا قلنا : إن أخذه لا يبرئ الصبي . أما إذا
قلنا : يبرئ ، فمليه الضمان لتركه الصبي في ورطة الضمان ، ويجوز أن يضمن .
وإن قلنا : إن أخذه لا يبرئ الصبي لأن المال في يد الصبي معرض للضياع ، فحق
أن يصونه .

فرع

المجنون كالصبي في الانقاط ، وكذا المحجور عليه بسفه ، إلا أنه يصح تبريفه ،
ولا يصح تعريف الصبي والمجنون .

الركن الثالث : الشيء الملتقط ، وهو قسبان . مال وغيره ، والمال نوعان ،
حيوان وحماة . والحيوان ضربان ، آدمي وغيره . وغيره صنفان .

أحدهما : ما يمنع من صفار السباع بفضل قوته ، كالابل والخيل والبغال والحمير ،
أو بشدة عدوه كالآرانب والظباء الملوكة ، أو بطيرانه كالحمام ، فإن وجدها في
مفازة ، فللحاكم ونوابه أخذها للحفظ . وفي جواز أخذها للأحاد للحفظ وجهان .
أصحها عند الشيخ أبي حامد والمتولي وغيرهما : جوازه ، وهو المنصوص ، لئلا يأخذها

خائن فتضيع . وأما أخذها للتملك ، فلا يجوز لأحد . فمن أخذها للتملك ، ضمنها ، ولا يبرأ عن الضمان بالرد إلى ذلك الموضع . فإن دفعها إلى القاضي ، برىء على الأصح . وإن وجدها في بلدة أو قرية ، أو في موضع قريب منها ، فوجهات أو قولان . أحدهما : لا يجوز التقاطها للتملك كالمفازة . وأصحها : جوازها ، لأنها في المهارة تضيع بتسلط الخونة . وقيل : يجوز قطعاً . وقيل : لا يجوز قطعاً . فإن منعتنا ، فالتقاطها بقصد التملك كما ذكرنا في التقاطها من الصحراء . وإن جوزناه ، فعلى ما سيأتي في الصنف الثاني إن شاء الله تعالى . هذا كله إذا كان زمان أمن . فأما في زمن النهب والفساد ، فيجوز التقاطها قطعاً . وسواء وجدت في الصحراء أو العمران ، كما سيأتي فيما لا يمتنع ، قاله المتولي .

الصنف الثاني : ما لا يمتنع من صفار السباع ، كالـكـسـير والغنم والمجول والفصلان ، فيجوز التقاطها للتملك ، سواء وجدت في المفازة أو العمران . وفي وجهه : لا يؤخذ ما وجد في العمران . والصحيح المرووف : أنه لا فرق . ثم إذا وجده في المفازة ، فهو بالخيار بين أن يمسكها ويمرّفها ثم يملكها ، وبين أن يبيعها ويحفظ ثمنها ويمرّفها ثم يملك الثمن ، وبين أن يأكلها إن كانت مأكولة ويفرم قيمتها . والخصلة الأولى أولى من الثانية ، والثانية أولى من الثالثة . وإن وجدها في العمران ، فله الإمساك مع التعريف والتملك ، وله البيع والتعريف وتملك الثمن . وفي الأكل قولان . أحدهما : الجواز كالمفازة . وأظهرها عند الأكثرين : المنع ، لأن البيع في العمران أسهل . هذا إذا كانت مأكولة ، فأما الجحش و صفار ما لا يؤكل ، فحكمها في الإمساك والبيع حكم المأكول . وفي جواز تملكها في الحال ، وجهان . أحدهما : نعم ، كما يجوز أكل المأكول . ولو لم نجوز ذلك لأعرض عنها الواجدون ولضاعت . وأصحها : لا يجوز تملكها حتى تمرّف سنة كغيرها .

دبتفرع على الخصال الثلاث مسائل .

إحداها : إذا أمسكها وتبرع بالانفاق ، فذاك . وإن أراد الرجوع ، فلينفق باذن الحاكم . فإن لم يجد حاكماً ، أشهد كما سبق في نظائره .

الثانية : إذا أراد البيع ، فإن لم يجد حاكماً ، استقل به . وإن وجد ، فالأصح أنه يجب استئذانه . وهل يجوز بيع جزء منها لنفقة باقياها ؟ قال الامام : نعم ، كما تباع جميعها . وحكى عن شيخه احتمالاً أنه لا يجوز ، لأنه يؤدي إلى أن تأكل نفسها ، وبهذا قطع أبو الفرج الزاز ، قال : ولا يستقرض على المالك أيضاً ، لهذا المعنى ، لكنه يخالف ما سبق في هرب الجمل ونحوه .

قلت : الفرق بينه وبين هرب الجمل ظاهر ، فإن هناك لا يمكن البيع لتعلق حق المستأجر ، وهنا يمكن ، فلا يجوز الاضرار بالكلها من غير ضرورة .

والله أعلم

فرع

متى حصلت الضائفة في يد الحاكم ، فإن كان هناك حمى ، سرّحها فيه ووسمها بسمه الضوال ، ويسم تاجها أيضاً . وإن لم يمكن ، فالقول في بيع كلها أو بعضها للنفقة على ما سبق ، لكن لو توقع مجيء المالك في طلبها على قرب ، بأن عرف أنها من نَعَم بني فلان ، تأشّى أياماً كما يراه .

الضرب الثاني : الآدمي ، فإذا وجد رقيقاً مميّزاً ، والزمان آمن ، لم يأخذه ، لأنه يستدل على سيده . وإن كان غير مميز أو مميّزاً في زمن نهب ، جاز أخذه كسائر الأموال . ثم يجوز تملك العبد والأمة التي لا تحل كالمجوسية والمحرّم . وإن كانت ممن تحل ، فملى قولين كالاستقراض . فإن منعه ، لم يجب التعريف ، كذا ذكره الشيخ أبو حامد . وينفق على الرقيق مدة الحفظ من كسبه ، وما بقي من الكسب

حفظ معه . فان لم يكن كسب ، فعلى ماسبق في الصنف الثاني . وإذا بيع ثم ظهر المالك وقال : كنت أعتقته ، فقولان . أظهرهما : يقبل قوله ويحكم بفساد البيع .
والثاني : لا ، كما لو باع بنفسه .

النوع الثاني : الجداد ، وينقسم إلى ما يبقى بمعالجة ، كالرطب يجفف ، أو بغيرها ، كالذهب والفضة والثياب ، وإلى ما لا يبقى ، كالحريسة ، وكل ذلك لقطة يؤخذ ويملك ، لكن فيما لا يبقى أو يبقى بمعالجة مزيد كلام نذكره في الباب الثاني إن شاء الله تعالى .
القسم الثاني : ما ليس بمال ، ككلب يقتنى ، فيل الامام والآخذين عنه ، إلى أنه لا يؤخذ إلا على قصد الحفظ أبداً ، لأن الاختصاص به بموضع ممتنع ، وبلا عوض يخالف وضع اللقطة . وقال الأكثرون : يعرفه سنة ثم يختص وينتفع به ، فان ظهر صاحبه بعد ذلك وقد تلف ، فلا ضمان . وهل عليه أجرة المثل لمنفعة تلك المدة ؟ وجهان بناءً على جواز إجارتها .

فصل

يشترط في اللقطة ثلاثة شروط غير ماسبق .

أحدها : أن تكون شيئاً ضاع من ماله لسقوط أو غفلة ونحوها . فأما إذا ألقت الريح ثوباً في حجره ، أو ألقي إليه هارب كيساً ولم يعرف من هو ، أو مات مورثه عن ودائع وهو لا يعرف ملاكها ، فهو مال ضائع يحفظ ولا يملك . ولو وجد دفيناً في الأرض ، فالقول في أنه ركاز أو لقطة سبق في الزكاة .

الثاني : أن يوجد في موات ، أو شارع ، أو مسجد . أما إذا وجد في أرض مملوكة ، فقال المتولي : لا يؤخذ للتملك بعد التعريف ، بل هو لصاحب اليد في

الأرض ، فإن لم يدّعه ، فلمن كانت في يده قبله ، وهكذا إلى أن ينتهي إلى المحي ، فإن لم يدّعه ، حينئذٍ يكون لقطة .

الثالث : أن يكون في دار الاسلام ، أو في دار الحرب وفيها مسلمون . أما إذا لم يكن فيها مسلم ، فما يوجد فيها غنيمة ، خمسها لأهل الخمس ، والباقي للواجد ، ذكره البغوي وغيره .

الباب الثاني

في أحكام الالتقاط الصحيح

وهي أربعة .

[الحكم الأول : في الأمانة والضمان ، ويختلف ذلك بقصده . وله أحوال . أحدها : أن يأخذها ليحفظها أبداً ، فهي أمانة في يده . فلو دفعها إلى الحاكم لزمه القبول . وكذا من أخذ للتملك ثم بدا له ودفعها إلى الحاكم ، لزمه القبول . وهل يجب التعريف إذا قصد الحفظ أبداً ؟ وجهان يأتي بيانها إن شاء الله تعالى . فإن لم يجب ، لم يضمن بتركه . وإذا بدا له قصد التملك ، عرفها سنة من يومئذ ، ولا يعتد بما عرف من قبل . وإن أوجبناه ، فهو ضامن بالترك . حتى لو بدأ بالتعريف بعد ذلك ، فهلك في سنة التعريف ، ضمن .

الثاني : أن يأخذ بنية الخيانة والاستيلاء ، فيكون ضامناً غاصباً . وفي براءته بالدفع إلى الحاكم ، الوجهان في الناصب ، فلو عرف بعد ذلك وأراد التملك ، لم يكن له ذلك على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، كالناصر . وقيل : وجهان ، لوجود صورة الالتقاط .

الثالث : أن يأخذها ليعرفها سنة ويتملكها بعد السنة ، فهي أمانة في السنة ،

وأما بعد السنة ، فإن قلنا : تملك بمضي السنة ، فقد دخلت في ملكه وضمانه، وإلا، فقال الغزالي : تصير مضمونة عليه إذا كان غُرم التملك مطرداً ، ولم يوافق غيرهُ ، فالأصح ما صرح ابن الصباغ والبنغوي : أنها أمانة ما لم يختَر التملك قصداً ، أو لفظاً إذا اعتبرناه ، كما قبل الحول ، لكن إذا اختار وقلنا : لا بد من التصرف، فحينئذٍ يكون مضموناً عليه كالقرض . وإذا قصد الأمانة ثم قصد الخيانة ، فالأصح أنه لا يصير مضموناً عليه بمجرد القصد ، كالودع لا يضمن بنيت الخيانة على المذهب . والثاني : يصير ، لأنه لم يسلطه المالك . ومما صار الملتقط ضامناً في الدوام، إما بحقيقة الخيانة أو بقصدها ، ثم أقنع وأراد أن يعرف ويتملك ، فله ذلك على الأصح .

الحال الرابع : أن يأخذ اللقطة ولا يقصد خيانة ولا أمانة ، أو يقصد أحدهما وينساه ، فلا تكون مضمونة عليه وله التملك بشرطه .

الحكم الثاني : التعريف ، فينبغي للملتقط أن يعرف اللقطة ويعرفها . أما المعرفة، فيعلم عفاصها، وهو الوعاء من جلد وخرقة وغيرها، ووكاءها، وهو الخيط الذي تُشدُّ به ، وجنسها ، أذهب أم غيره ؟ ونوعها ، أهروية أم غيرها ؟ وقدرها ، بوزن أو عدد . وإنما يعرف هذه الأمور لثلاث تخطط بماله ويستدل بها على صدق طالبها، ويستحب تقييدها بالكتابة .

وأما التعريف ، ففيه مسائل .

إحداها : يجب تعريف اللقطة سنة ، وليس ذلك بمعنى استيعاب السنة ، بل لا يعرف في الليل ، ولا يستوعب الأيام أيضاً ، بل على الممتد ، فيعرف في الابتداء في كل يوم مرتين طرفي النهار ، ثم في كل يوم مرة ، ثم في كل أسبوع مرتين أو مرة ، ثم في كل شهر بحيث لا ينسى أنه تكرر لأول . وفي وجوب المبادرة بالتعريف على الفور وجهان . الأصح الذي يقتضيه كلام الجمهور : لا يجب ، بل المعتبر تعريف سنة متى كان . وهل تكفي سنة مفرقة بأن يفرق شهرين مثلاً ويترك شهرين ، وهكذا ؟ فيه وجهان . أحدهما : لا ، وبه قطع الامام ، لأنه لا تظهر فائدة التعريف .

فعلى هذا ، إذا قطع مدة ، وجب الاستئناف . والثاني وبه قطع المراقبون والروائي : نعم . قلت : هذا الثاني أصح ، ولم يقطع به المراقبون بل صححوه ، لأنه عرّف سنة .

والله أعلم

الثانية : ليصف الملتقط بعض أوصاف اللقطة ، فانه أقرب إلى الظنّ بالمالك . وهل هو شرط ، أم مستحب ؟ وجهان . أصحابها : مستحب . فان شرطناه ، فهل يكفي ذكر الجنس بأن يقول : من ضاع منه دراهم ؟ قال الامام : عندي أنه لا يكفي ، ولكن يتعرّض للمقاص والوكاء ومكان الالتقاط وزمنه ، ولا يستوعب الصفات ولا يبلغ فيها اثلاً يمتدداً الكاذب . فان بالغ ، ففي مصيره ضامناً وجهان ، لأنه لا يلزمه الدفع إلا ببينة ، لكن قد يرفعه إلى حاكم يلزمه الدفع بالوصف .

قلت : أصحابها : الضمان . والله أعلم

الثالثة : إن تبرع الملتقط بالتعريف ، أو بذل مؤنته ، فذاك ، وإلا ، فان أخذها للحفاظ أبداً ، فان قلنا : لا يجب التعريف والحالة هذه ، فهو متبرع إن عرّف . وإن قلنا : يجب ، فليس عليه مؤنته ، بل يرفع الأمر إلى القاضي لبيذل أجرته من بيت المال ، أو يقترض على المالك ، أو يأمر الملتقط به ايرجع كما في هرب الجتال . وإن أخذها للتملك واتصل الأمر بالتملك ، فمؤنة التعريف على الملتقط قطعاً . وإن ظهر مالكا ، فهل هي على الملتقط لقصد التملك ، أم على المالك لعود الفائدة إليه ؟ فيه وجهان . أصحابها : أولها . ولو قصد الأمانة أولاً ، ثم قصد التملك ، ففيه الوجهان .

الرابعة : ما ذكرناه من وجوب التعريف ، هو فيما إذا قصد التملك ، أما إذا قصد الحفظ أبداً ، ففي وجوبه وجهان . أحدهما عند الامام والغزالي : وجوبه ، اثلاً يكون كتماناً مفوتاً للحق على صاحبه . والثاني وبه قطع الأكثرون : لا يجب ، قالوا : لأن التعريف إنما يجب لتخصيص (١) شرط التملك .

قلت : الأول أقوى ، وهو المختار . والله أعلم

الخامسة : ليكن التعريف في الأسواق ومجامع الناس وأبواب المساجد عند خروج الناس من الجماعات ، ولا يعرف في المساجد ، كما لا تطلب اللقطة فيها ، قال الشاشي في « المتمد » : إلا أن الأصح جواز التعريف في المسجد الحرام ، بخلاف سائر المساجد . ثم إذا التقط في بلدة أو قرية ، فلا بد من التعريف فيها ، وليكن أكثر تعريفه في البقعة التي وجد فيها ، لأن طلب الشيء في موضع ضياعه أكثر . فإن حضره سفر ، فوَضَّ التعريف إلى غيره ، ولا يسافر بها . وإن التقط في الصحراء ، فمن أبي إسحاق : أنه إن اجتازت به قافلة ، تبعهم وعرف ، وإلا ، فلا فائدة في التعريف في المواضع الخالية ، ولكن يعرف في البلدة التي يقصدها قربت أم بعدت . وإن بدا له الرجوع ، أو قصد بلدة أخرى ، عرف فيها ولا يكلف أن يفتّر قصده ، ويمدل إلى أقرب البلاد إلى ذلك الموضع ، حكاه الامام وتابعه الغزالي . ولكن ذكر المتولي وغيره : أنه يعرف في أقرب البلاد إليه ، وهذا إن أراد به الأفضل فذاك ، وإلا ، فيحصل في المسألة الوجهان .

قلت : الأصح : أنه لا يكلف المدول . والله أعلم

(١) في نسخة الظاهرية : لتحقيق .

فرع

ليس الملتقط تسليم المال إلى غيره ليعرفه إلا باذن الحاكم ، فان فعل ، ضمن ، ذكره ابن كج وغيره .

فرع

يشترط كون المرف عاقلاً غير مشهور بالخلاعة والمجون ، وإلا ، فلا يعتمد قوله ، ولا تحصل فائدة التعريف .

فصل

إنما يجب تعريف اللقطة إذا جمعت وصفين ، أحدهما : كون الملتقط كثيراً . فان كان قليلاً ، نظر ، إن انتهت قِلَّتُهُ إلى حدٍّ يُسقط تموله كحبة الحنطة والزبينة ، فلا تعريف ، ولو اجدته الاستبداد به . وإن كان متمولاً مع قلته ، وجب تعريفه ، وفي قدر تعريفه وجان . أصحابها عند العراقيين : [سنة] كالكثير . وأشبهها باختيار معظم الأصحاب : لا يجب سنة . فعلى هذا أوجه . أحدها : يكفي مرة . والثاني : ثلاثة أيام . وأصحابها : مدة يظن في مثلها طلب فاقده له ، فإذا غلب على الظن إعراضه ، سقط ، ويختلف ذلك باختلاف المال ، قال الروياني : فدائق الفضة يعرف في الحال ، ودائق الذهب يعرف يوماً ، أو يومين ، أو ثلاثة . وأما الفرق بين القليل والمتمول والكثير ، ففيه أوجه . أصحابها : لا يتقدّر ، بل ما غلب على الظن أن فاقده لا يكثر أسفه عليه ولا يطول طلبه له غالباً ، فقليل ، قاله الشيخ أبو محمد وغيره ، وصححه

الغزالي والمتولي . والثاني : القليل : مادون نصاب السرقة . والثالث : الدينار قليل .
والرابع : ما دون الدرهم قليل ، والدرهم كثير .

فرع

قال المتولي : يحل التقاط السنابل وقت الحصاد إن أذن فيه المالك ، أو كان قدراً لا يشق عليه أن يلتقط وإن كان يلتقط بنفسه لو اطلع عليه ، وإلا ، فلا يحل .

الوصف الثاني : أن يكون شيئاً لا يفسد . أما ما يفسد ، فضربان .

أحدهما : أن لا يمكن إبقاؤه كالمريسة ، والرطب الذي لا يتمر ، والبقول .
فإن وجدته في بريئة ، فهو بالخيار بين أن يبيعه ويأخذ ثمنه ، وبين أن يملكه في الحال فيأكله ويغرم قيمته . وإن وجدته في بلدة أو قرية ، فطريقان .

أحدهما : على قولين . أحدهما : ليس له الأكل ، بل يبيعه ويأخذ ثمنه مالم يكن ،
لأن البيع متيسر في العمران . والثاني وهو المشهور : أنه كما لو وجد في بريئة .
والطريق الثاني : القطع بالمشهور . فإذا لم نجوز الأكل فأخذ الأكل ، كان

غاصباً . وإذا جوزناه فأكل ، ففي وجوب التعريف بعده وجهان . أحدهما : الوجوب
إن كان في البلد ، كما أنه إذا باع يعرف . وإن كان في الصحراء ، قال الامام :
فالظاهر أنه لا يجب ، لأنه لا فائدة فيه . وهل يجب إفراز القيمة المخرومة من ماله ؟

وجهان . ويقال : قولان . أحدهما : لا ، لأن ما في الذمة لا يخشى هلاكه ،
وإذا أفرز [كان الفرز] أمانة . والثاني : يجب احتياطاً لصاحب المال ليقدّم بالفرز
لو أفلس الملتقط . وعلى هذا ، فالطريق أنه يرفع الأمر إلى الحاكم ليقبض عن صاحب
المال . فإن لم يجد حاكماً ، فهل الملتقط بساطن الالتقاط أن يستنيب عنه ؟ فيه احتمال

عند الامام . وذكر الامام والنزالي ، أنه إذا أفرزها ، لم تصر ملكاً لصاحب المال ، بل هو أولى بتملكها . ولو كان كما قالوا ، لم يسقط حقه بهلاك المفرز . وقد نصوا على السقوط ، ونصوا أيضاً على أنه لو مضت مدة التعريف ، فله أن يملك المفرز كما يملك نفس اللقطة ، وكما يملك الثمن إذا باع الطعام ، وهذا يقتضي ضرورة المفرز ملكاً لصاحب اللقطة . ولو اختلفت قيمة يومي الأخذ والأكل ، ففي بعض الشروح أنه إن أخذ الأكل اعتبرت قيمة يوم الأخذ . وإن أخذ للتعريف ، اعتبرت قيمة يوم الأكل . وإذا اختار البيع ، ففي الحاجة إلى إذن الحاكم ماسبق في بيع الشاة . وإذا باع أو أكل ، عرف المبيع والمأكول باتفاق الاصحاب ، لا الثمن والقيمة ، سواء أفرزها ، أم لا .

الضرب الثاني : ما يمكن إبقاؤه بالمعالجة والتجفيف . فان كان الحظ لصاحبه في يمه رطباً ، يبيع ، وإلا ، فان تبرع الملتقط بالتجفيف ، فذاك ، وإلا ، يبيع بعضه وأنفق على تجفيف الباقي .

الحكم الثالث : التملك ، فيجبوز تملك اللقطة بعد التعريف ، سواء كان الملتقط غنياً أو فقيراً ، ومتى تملك ؟ فيه أوجه . أصحابها : لا تملك إلا بلفظ ، كقوله : تملك ونحوه . والثاني : لا تملك ما لم يتصرف . وعلى هذا ، يشبه أن يجيء الخلاف المذكور في القرض ، في أن الملك بأي نوع من التصرف يحصل . والثالث : يكفي فيه تجديد قصد التملك بعد التعريف ، ولا يشترط لفظ . والرابع : تملك بمجرد مضي السنة .

فرع

في لقطة مكة وحرما وجهان . الصحيح : أنه لا يجوز أخذها للملك ، وإنما تؤخذ للحفاظ أبداً . والثاني : أنها كالقطة سائر البساع . قال هذا القائل : والمراد

بقول النبي ﷺ : « لا تحل لفظتها إلا لمنشد » (١) أنه لابد من تعريفها سنة كغيرها ،
لئلا يتوهم أن تعريفها في الموسم كافٍ لكثرة الناس وبعده العود في طلبها من الآفاق .
قلت : قال أصحابنا : ويلزم الملتقط بها الإقامة للتعريف ، أو دفعها إلى الحاكم ،
فلا يجيء هنا الخلاف السابق فيمن التقط للحفظ ، هل يلزمه التعريف ؟ بل يجزم
هنا بوجوبه ، لا حديث . والله أعلم

الحكم الرابع : رد عينها أو بدلها عند ظهور مالها . فإذا جاء من يدعيها ،
فإن لم يقم بينة أنها له ، ولم يصفها ، لم تدفع إليه ، إلا أن يعلم الملتقط أنها له ،
فيلزم الدفع إليه . وإن أقام بينة ، دفعت إليه . وإن وصفها ، نظر ، إن لم يظن
الملتقط صدقه ، لم يدفع إليه على المذهب والمعرف . وحكى الامام تردداً في جواز
الدفع . وإن ظن صدقه ، جاز الدفع إليه ، ولا يجب على المذهب ، وبه قطع الجمهور .
ونقل الامام في وجوبه وجهين . فعلى المذهب ، لو قال الواصف : يلزمك تسليمها
إليّ ، فله أن يحلف أنه لا يلزمه . ولو قال : تعلم أنها ملكي ، فله أن يحلف أنه
لا يعلم . ولو أقام الواصف شاهداً ، فالمذهب أنه لا يجب الدفع ، واختار الغزالي وجوبه .
وإذا دفعها إلى الواصف بوصفه ، فأقام غيره بينة أنها له ، فإن كانت باقية ، انتزعت
منه ودفعت إلى الثاني . وإن تلفت عنده ، فهو بالخيار بين أن يضمّن الملتقط
أو الواصف . فإن ضمّن الواصف ، لم يرجع على الملتقط . وإن ضمّن الملتقط ،
رجع على الواصف إن لم يقر بالملك للواصف . وإن أقر ، لم يرجع ، مؤاخذاً له .
هذا إذا دفع بنفسه . أما إذا أئزمه الحاكم الحاكم الدفع إلى الواصف ، فليس لصاحب
البينة تضمينه .

(١) وهو جزء من حديث طويل ، وذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم لما فتح مكة قال :
« لا ينفر صيدها ، ولا يتخلى شوكتها ، ولا تحل ساقطها إلا لمنشد » فقال العباس : ألا الاذخر فانا نجعله
لقبورنا ويبرتنا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إلا الاذخر » ، متفق عليه .
وفي رواية لها : « ولا يلتقط لقطته إلا من عرفها » .

فرع

لو جاء الواصف بعد أن تملك الملتقط اللقطة وألقاها ، فغرمها الملتقط لظنه صدقه ، فأقام آخر بينة بها ، طالب الملتقط دون الواصف ، لأن الحاصل عند الواصف مال الملتقط ، لا ماله . وإذا غرم الملتقط ، هل يرجع على الواصف ؟ ينظر ، هل أقر له بالملك أم لا كما سبق .

فرع

أقام مدّعي اللقطة شاهدين عدلين عنده وعند الملتقط ، وهما فاسقان عند القاضي ، لم يُلزمه القاضي المدعى على الصحيح . وقيل : يلزمه ، لاعترافه بمدّعتها .

فرع

[إذا] ادعاهما اثنان ، وأقام كل واحد بينة أنها له ، ففيه أقوال التعارض .

فصل

إذا ظهر المالك قبل تملك الملتقط ، أخذ اللقطة بزوائدها المتصلة والمنفصلة . وإن ظهر بعد التملك ، فللقطة حالان . أحدهما : أن تكون باقية عنده ، فينظر ، إن بقيت بحالها ، فوجهان . أصحها : له أخذها ، وليس الملتقط أن يلزمه أخذ بدلها . والثاني : المنع ، فلا شك أنه لو ردها الملتقط لزم المالك القبول ، فبلى الأصح :

لو باعها الملتقط فجاء المالك في مدة الخيار ، فهل له فسخ البيع ؟ وجهان حكاهما الشافعي ، ووجه النع بأن الفسخ حق للعائد ، فلا يتمكن منه غيره بغير إذنه . وجعل ابن كج الوجهين في أنه يجبر الملتقط على الفسخ ، ويجوز فرض الوجهين في الانقضاء . فان زادت ، فالمتصلة بقيتها ، والمنفصلة تسلم للملتقط ، ويرد الاصل . وإن نقصت بميب ونحوه قلنا : لو بقيت بحالها لم يكن للمالك أخذها قهراً ، رجع إلى بدلها سليمة . وإن قلنا : له أخذها قهراً ، فكذا هنا ، ويفرمة الأرض ، لأن الكل مضمون عليه . وقيل : لا أرض عليه ، وبه قطع البغوي . ولو أراد بدلها ، وقال الملتقط : أضمت إليها الأرض وأردتها ، أجيب الملتقط على الأصح . وإثاني : يجاب المالك ، فله الخيار بين البدل أو العين الناقصة مع الأرض أو دونه كما سبق .

الحالة الثانية : أن تكون تالفة ، فمليه بدلها : المثل ، أو القيمة . والاعتبار بقيمة يوم التملك . وقال الكرايسي من أصحابنا : لا يطالب بالقيمة ، ولا برد العين عند بقائها . والصحيح المعروف هو الأول . وعلى هذا ، فالضمان ثابت في ذمته من يوم التلف . وعن أبي إسحاق المروزي : أنه لا يثبت ، وإنما يتوجه عند مجيء المالك وطلبه .

فصل

في مسائل تتعلق بالكتاب

أحداها : وجد رجلان لقطة ، يرمقانها ، ويتملكانها ، وليس لأحدهما نقل حقه إلى صاحبه ، كما لا يجوز للملتقط نقل حقه إلى غيره .

الثانية : تنازعا ، فأقام كل واحد بينة أنه الملتقط ، فان تعرضت بينة لسبق ، حكم بها ، وإلا ، فعلى الخلاف في تعارض البينتين .

الثالثة : ضاعت من يد الملتقط، فأخذها آخر ، فالأول أحق بها على الأصح .
وقيل : الثاني .

الرابعة : كانا يتماشيان، فرأى أحدهما اللقطة ، وأخبر بها الآخر، فالأخذ أولى .
فلو أراه اللقطة وقال : هاتها ، فأخذها لنفسه ، فهي للأخذ . وإن أخذها للأمر ،
أو له ولنفسه ، فعلى القولين في جواز التوكيل بالاصطياد ونحوه .

الخامسة : رأى شيئاً مطروحاً على الأرض ، فدفعه برجله ليعرف جنسه أو قدره
ولم يأخذه حتى ضاع ، لم يضمنه ، لانه لم يحصل في يده ، قاله المتولي .

السادسة : دفع اللقطة إلى الحاكم وترك التعريف والتملك ، ثم ندم وأراد أن
يعترف ويتملك ، ففي تمكينه وجهان حكاهما ابن كج .

قلت : المختار المنع ، لانه أسقط حقه . والله أعلم

السابعة : قال في « المذهب » : لو وجد خمرأ أراقها صاحبها ، لم يلزمه تعريفها ،
لان إراقها مستحقة . فان صارت عنده خلاً ، فوجهان . أحدهما : أنها للربق ،
كما لو غصبها فصارت خلاً . والثاني : للواجد ، لانه أسقط حقه ، بخلاف الغصب ، وهذا
الذي ذكره تصويراً وتوجيهاً ، إنما يستمر في الحرة المحترمة ، وحينئذ لا تكون إراقها
مستحقة . أما في الابتداء ، فظاهر . وأما عند الواجد ، فينبغي أن يجوز إمساكها
إذا خلا عن قصد فاسد ، ثم يشبه أن يكون ما ذكره مخصوصاً بما إذا أراقها ، لأنه
معرض . أما إذا ضاعت المحترمة من صاحبها ، فلتعريف كالكلب .

قلت : أما قول الامام الرافعي : يشبه أن يكون ... إلى آخره ، فكذا صرح به
صاحب « المذهب » فقال : وجد خمرأ أراقها صاحبها . وأما قوله : إن الواجد يجوز له إمساكها ،

فغير مقبول ، بل لا يجوز وإن خلا عن القصد الفاسد . والكلام فيما إذا لم يعلم
الواجد أنها محترمة ، وحينئذٍ فقول صاحب « المذهب » : الاراقة واجبة - يعني على
الواجد - كلام صحيح ، لان الظاهر عدم احترامها . والله أعلم

الثامنة : قد سبق أن البعير وما في معناه ، لا يلتقط إذا وُجد في الصحراء ،
واستثنى صاحب « التلخيص » ما إذا وجد بعيراً في أيام منى مقلداً في الصحراء
تقليد الهدايا ، فحكى عن نص الشافعي رضي الله عنه : أنه يأخذه ويعرفه أيام
منى . فان خاف فوت وقت النحر ، فنحره ، والمستحب أن يرفعه إلى الحاكم حتى
يأمره بنحره . وحكى غيره قولاً أنه لا يجوز أخذه . وبنوا القولين على القولين
فيمن وجد بدنة منحورة قد غمس نعلها في دمها وضرب به صفحتها ، هل يجوز
الاكل منها ؟ فان منعاه ، منعنا الاخذ هنا . وإن جوزناه اعتماداً على العلامة ،
فكذا هنا التقليد علامة . والاضحية الميئنة إذا ذبحت في وقت النحر ، وقت
الموقع وإن لم يأذن صاحبها ، قال الامام : لكن ذبح الاضحية إن وقع الموقع ،
لا يجوز الاقدام عليه من غير إذن ، ولهذا الاشكال قال القفال تقريباً على [هذا]
القول : يجب رفع الامر إلى القاضي لينحره ، وأول قول الشافعي رضي الله عنه :
استحب . ثم لك أن تقول : الاستثناء غير منتظم وإن جوزنا الاخذ ، لان
الاخذ الممنوع إنما هو الاخذ للتملك ، ولا شك أن هذا البعير لا يؤخذ للتملك .
قلت : قد سبق في جواز أخذ البعير لآحاد الناس للحفاظ وجهان . فان منعاه ،
ظهر الاستثناء . وإن جوزناه وهو الاصح ، ففائدة الاستثناء جواز التصرف فيه بالنحر .

والله أعلم

كتاب اللقيط

يقال للصبي الملقى الضائع : لقيط ، وملقوطة ، ومنبوذة ، وفيه بابان .

[الباب] الاول : في أركان الالتقاط الشرعي وأحكامه . أما الأركان ، فثلاثة .

أحدها : نفس الالتقاط ، وهو فرض كفاية . ومن أخذ لقيطاً ، لزمه الأشهاد عليه على المذهب لثلا يضييع نسبه . وقيل : في وجوبه قولان أو وجهان كاللقة . وقيل : إن كان ظاهر المدالة ، لم يلزمه . وإن كان مستورها ، لزمه . فإن أوجبنا الأشهاد فتركه ، قال في « الوسيط » : لا تثبت ولاية الحضانة ، ويجوز الانتزاع ، وهذا يشمر باختصاص الأشهاد الواجب بابتداء الالتقاط . وإذا أشهد ، فليشهد على اللقيط ومأممه ، نص عليه .

الركن الثاني : اللقيط ، وهو كل صبي ضائع لا كافل له ، فيخرج بقيد الصبي البالغ ، لأنه مستغن عن الحضانة والتمدد ، فلا معنى للالتقاط . لكن لو وقع في معرض هلاك ، أعين ليتخلص . وفي الصبي الذي بلغ سن التمييز تردد للإمام ، والوافي لكلام الأصحاب : أنه يلتقط ، لحاجته إلى التمدد . والمراد بالضائع : المنبوذة . وأما غير المنبوذة ، فإن لم يكن له أب ولا جد ولا وصي ، فحفظه من وظيفة القاضي ، فيسله إلى من يقوم به ، لأنه كان له كافل معلوم ، فإذا فقد ، قام القاضي مقامه . وقولنا : لا كافل له ، المراد بالكافل : الأب والجد ومن يقوم مقامها . والملة - ط بمن هو في حضانة أحد هؤلاء ، لا معنى للالتقاطه ، إلا أنه لو حصل في مضية أخذ ليُرَدَّ إلى حاضنه .

قلت : معناه : يجب أخذه لردّه إلى حاضنه . ولمتدّ علم

الركن الثالث : الملتقيط ، ويشترط فيه أمور .

أحدها : التكليف ، فلا يصح النقاط الصبي والمجنون .

الثاني : الحرية ، فالعبد إذا التقط يُنتزع منه إن لم يأذن سيده . وإن أذن أو علم به فأقره في يده ، جاز وكان السيد هو الملتقط ، وهو نائبه في الاخذ والتربية ، والمكاتب إذا التقط بغير إذن السيد ، انتزع منه أيضاً . وإن التقط باذنه ، ففيه الخلاف في تبرعائه بالاذن ، لكن المذهب الانتزاع ، لأن في الالتقاط ولاية وليس هو [من] أهلها . فإن قال له السيد : التقط لي صغيراً ، فالسيد هو الملتقط . ومن بعضه حر إذا التقط في يومه ، هل يستحق كفالته ؟ وجهان حكاهما في « المتمد » .

الثالث : الاسلام ، فالكافر يلتقط الطافل الكافر دون المسلم لأنه أولى به (١) ، والمسلم النقاط الصبي المحكوم بكفره .

الرابع : العدالة ، فليس للفاسق الالتقاط . ولو التقط ، انتزع منه ، وأما من ظاهر حاله الامانة ، إلا أنه لم يختبر ، فلا ينتزع من يده ، لكن يوكل القاضي به من يراقبه بحيث لا يعلم إلا بتأذنى . فإذا وثق به ، صار كملوم العدالة . وقبل ذلك لو أراد المسافرة به ، منع وانتزع منه ، لأنه لا يؤمن أن يسترقه .

الخامس : الرشد ، فالبلذر المحجور عليه ، لا يقر اللقيط في يده .

فرع

لا يشترط في الملتقط الذكورة قطعاً ، ولا النقى . وقيل : لا يقر في يد الفقير ، والصحيح الأول .

(١) في نسخة الظاهرية : لأنه ولاه .

فصل

إذا ازدحم اثنان على لقيط ، نظر ، إن ازدحما قبل الأخذ ، وطلب كل واحد أخذه وحضاته ، جعله الحاكم في يد من رآه منها أو من غيرهما ، إذ لاحق لهما قبل الأخذ . وإن ازدحما بعد الأخذ ، فإن لم يكن أحدهما أهلاً للالتقاط ، سلّم اللقيط إلى الآخر . وإن كانا أهليين ، قدّم أسبقهما بالالتقاط . وهل يثبت السبق بالوقوف على رأسه بغير أخذ ؟ وجهان . أصحابها : لا . وإن لم يسبق واحد منهما ، فقد يختص أحدهما بصفة تقدمه ، وقد يستويان ، والصفات المقدمة أربع .

إحداها : الفنى ، فإذا كان أحدهما غنياً والآخر فقيراً ، فقليل : يستويان . والأصح تقديم الفنى . وعلى هذا لو تفاوتوا في الفنى ، فهل يقدم أكثرهما مالاً ؟ وجهان . قلت : الأصح لا يقدم . والله أعلم

الثانية : البلد ، فلو كان أحدهما بليداً والآخر قروياً أو بدوياً ، ففيه كلام نذكره إن شاء الله تعالى في فصل الأحكام .

الثالثة : من ظهرت عدالته بالاختبار ، يقدم على المستور على الأصح .

الرابعة : الحر أولى من المـسـكـاتـب وإن التقط باذن سيده . كان أحدهما عبداً التقط باذن سيده ، فالاعتبار بالسيد والآخر ، ولا تقدم المرأة على الرجل ، بخلاف الأم في الحضنة ، لأن شفقتها أكمل ، ويتساوى المسلم والذمي في اللقيط المحكوم بكفره ، وقيل : يقدم المسلم ، وقيل : الذمي ، والاول أصح . وإذا استويا في الصفات وتشاحا ، أقرع بينهما على الصحيح النصوص وقول الجمهور . وقال ابن خيران : يقدم الحاكم من رآه منها أصلح للقيط ، فإن استويا أو تخير ، أقرع . قال الأصحاب : ولا يخير الصبي بينهما ، وإن كان ابن سبع سنين فأكثر ، بخلاف تخيره بين

الابوين، لان هناك يعول على الميل بسبب الولادة . وقال الامام : يحتمل أن يخيّر ويقدم اختياره على القرعة ، وإذا خرجت القرعة لاحدهما ، فترك حقه للآخر ، لم يجز ، كما ليس المنفرد نقل حقه إلى غيره . ولو ترك حقه قبل القرعة ، فوجهان . أصحابها : ينفرد به الآخر كالشفيعين . والثاني : لا ، بل يرفع الامر إلى الحاكم حتى يقره في يد الآخر إن رآه ، وله أن يختار أميناً آخر فيقرع بينه وبين الآخر . وقال الامام تفريماً على الثاني : إن التارك لا يتركه الحاكم ، بل يقرع بينه وبين صاحبه . فان خرج عليه ، ألزمه القيام بحضاته بناءً على أن المنفرد إذا شرع في الالتقاط ، لا يجوز له الترك ، وسيأتي إن شاء الله تعالى .

فصل

وأما أحكام الالتقاط .

فمنها : أن الذي يلزم الملتقط حفظ اللقيط ورعايته . فأما نفقته ، فلا تلزمه ، وسيأتي بيان محلها إن شاء الله تعالى . فان عجز عن الحفظ لأمر عرض ، سلّمه إلى القاضي ، وإن تبرّم به مع القدرة ، فوجهان بناءً على أن الشروع في فرض الكفاية هل يلزم الاتمام وبصير الشارع متعيناً ؟ وموضع ذكره كتاب السيّر ، والاصح هنا : أن له التسليم إلى القاضي ، واختاره ابن كج ، ولا خلاف أنه يحرم عليه نبذ ورده إلى ما كان . واعلم أنهم يستعملون في هذا الباب لفظ الحضانة ، والمراد منه الحفظ والتربية ، لا الاعمال المفصلة في الاجارة ، لان فيها مشقة ومؤنة كثيرة ، فكيف تلزم من لا تلزمه النفقة ؟ وقد أوضحه البغوي فقال : نفقة اللقيط وحضاته في ماله إن كان له مال ، ووظيفة الملتقط حفظه وحفظ ماله .

فرع

الملتقط البلدي ، إذا وجد لقيطاً في بلدته ، أقر في يده ، وإيس له نقله إلى البادية إن أراد الانتقال [إليها] ، بل ينتزع منه لمعينين . أحدهما : أن عيش البادية خشن ، ويفوته العلم بالدين والصنعة . والثاني : تعريض نسبه للضياع . فلو كان الموضع المنتقل إليه من البادية في بياض البلدة يسهل عليه تحصيل ما يراد منها ، فعلى المعنى الاول : لا يمنع . وعلى الثاني : إن كان أهل البلد يختلطون بهم ، فكذلك ، وإلا ، منع . وكما ليس له نقله إلى البادية ، فليس له نقله إلى قرية . ولو أراد نقله إلى بلدة أخرى ، أو النقطة غريب في تلك البلدة وأراد نقله إلى بلدته ، فعلى المعنى الاول : لا يمنع ، وعلى الثاني : يُمنع وينتزع اللقيط منه . والاول هو المنصوص ، وبه قال الجمهور . قال المتولي : ولا فرق بين سفر النقلة والتجارة والزيارة . ولو وجد القروي لقيطاً في قريته أو قرية أخرى أو [في] بلدة ، يقاس بما ذكرناه في البلدي . ولو وجد الحضري اللقيط في بادية ، نظر ، إن كان في مهلكة ، فلا بد من نقله ، وللملتقط أن يذهب به إلى مقصده . ومن قال في اللقطة : يعرفها في أقرب البلاد ، يشبه أن يقول : لا يذهب به إلى مقصده رعاية للنسب . وإن كان في حِلَّة^(١) أو قبيلة ، فله نقله إلى البلدة والقرية على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وعن القاضي حسين : أنه على وجهين بناءً على المعنيين . ولو أقام هناك ، أقر في يده قطعاً . أما البدوي ، فإذا التقط في قرية أو بلدة وأراد المقام بها أقر في يده . وإن أراد نقله إلى البادية أو قرية أو بلدة أخرى ، فعلى ما ذكرناه في الحضري . وإن وجدته في حِلَّة أو قبيلة في البادية ، فإن كان من أهل حِلَّة مقيمين في موضع راتب ، أقر في يده ، وإن كان ممن ينتقلون من موضع إلى موضع منتجمين ، ففي منعه وجهان .

(١) قال في « المصباح » : الحلة ، بكسر الحاء : القوم النازلون ، وتطلق الحلة على البيوت مجازاً ، تسمية للحل باسم الحال ، وهو مائة بيت فافوقها ، والجمع : حلال بالكسر وحلل ، مثل سدره وسدر .

قلت : أصحابها لا منع . والله أعلم

فرع

لو ازدحم على لقيط في البلدة أو القرية مقيم بها وظاعن ، قال الشافعي رضي الله عنه في « المختصر » : المقيم أولى . قال الأصحاب : إن كان الظاعن يظمن إلى البادية أو إلى بلدة أخرى ، وقلنا : ليس للمنفرد الخروج به إلى بلدة ، فالمقيم أولى ، وإن جوزنا له ذلك ، فهذا سواء . ولو اجتمع على لقيط في القرية قروي مقيم بها وبلدي ، قال ابن كج : القروي أولى ، وهذا يخرج على منع النقل من بلد إلى بلد . فإن جوزناه ، وجب أن يقال : هما سواء .

قلت : المختار الجزم بتقديم القروي مطلقاً ، كما قاله ابن كج ، وإنما نجوز النقل إذا لم يعارضه معارض . والله أعلم

ولو اجتمع حضري وبدوي على لقيط في البادية ، نظر ، إن وجد في حلة أو قبيلة ، والبدوي في موضع راتب ، فهذا سواء . وقال ابن كج : البدوي أولى إن كان مقيماً فيهم . وإن كان متجماً ، فإن قلنا : يقر في يده لو كان منفرداً ، فهذا سواء ، وإلا ، فالحضري أولى . وإن وجد في مهلكة ، قال ابن كج : الحضري أولى . وقياس قوله : تقديم البدوي أو من كان مكانه أقرب إلى موضع الالتقاط ، أقرب .

فرع

اللقيط قد يكون له مال يستحقه بكونه لقيطاً أو بغيره ، فالأول : كالوقف على اللقطاء والوصية لهم ، والثاني : كالوصية لهذا اللقيط والهبة له والوقف عليه ، ويقبل له القاضي من هذا ما يحتاج إلى القبول . ومن الأموال التي يستحقها ، ما يوجد تحت يده واختصاصه ، فإن للصغير يداً واختصاصاً كالبالغ ، والأصل الحرية ما لم يعرف غيرها ، وذلك كثيابه التي هو لابسها والمفروشة تحته والمقفوفة عليه ، وما غطي به من لحاف وغيره ، وما شُدَّ عليه وعلى ثوبه ، أو جعل في جيبه من حلي ودرام وغيرها ، وكذا الدابة التي عنانها بيده ، أو هي مشدودة في وسطه أو ثيابه ، والمهد الذي هو فيه ، وكذا الدنانير المنتورة فوقه والمصبوبة تحته وتحت فراشه . وفي التي تحته ، وجه ضئيف . ولو كان في خيمة أو دار ليس فيها غيره ، فها له . وعن « الحاوي » وجهان في البستان .

قلت : وطرد صاحب « المستظري » الوجهن في الضيعة وهو بعيد ، وينبغي القطع بأنه لا يحكم له بها . والله أعلم

ولو كان بقربه ثياب وأمتعة موضوعة ، أو دابة ، فوجهان . أصحابها : لا تجعل له كما لو كانت بريدة . والثاني : بلى ، لأن هذا يثبت اليد والاختصاص ؛ ألا ترى أن الأمتعة الموضوعة في السوق بقرب الشخص تجعل له . والمال المدفون تحت اللقيط لا يجعل له ، لأنه لا يقصد بالدفن الضم إلى الطفل ، بخلاف ما يئلف عليه ويوضع بقربه . فلو وجدت معه أو في ثيابه رقعة مكتوب فيها : إن تحته دفناً له ، فوجهان . أصحابها عند الغزالي : أنه له بقرينة المكتوب . والثاني : لا أثر للرقعة ، وهو الموافق لكلام

الأكثرين . قال الامام : ومن عوّل على الرقعة ليت شمري ما يقول لو أرشدت الرقعة إلى دفين بالبعد منه ، أو دابة مربوطة بالبعد منه .

قلت : مقتضاه أن نجمله للقيط ، فإن الاعتماد إنما هو على الرقعة ، لا على كونه تحته . والله أعلم

ولو كانت دابة مشدودة بالقيط وعليها راكب ، قال ابن كج : هي بينها . ثم إن ماسوى الدفين من [هذه] الاموال إذا لم يجعل للقيط ، فهو لقطة ، والدفين قد يكون لقطة وقد يكون ركازاً كما سبق .

[فرع]

إذا عرف للقيط مال ، فنفقته في ماله . فإن لم يعرف ، فقولان . أظهرهما : ينفق عليه الامام من بيت المال من سهم المصالح . والثاني : يستقرض له الامام من بيت المال أو بعض الناس . فإن لم يكن في بيت المال شيء ولم يقرض أحد ، جمع الامام أهل الثروة من البلد وقسّط عليهم نفقته وجعل نفسه منهم . ثم إن بان رقيقاً ، رجعوا على سيده . وإن بان حراً أو له مال أو قريب ، فالرجوع عليه . وإن بان حراً لا قريب له ولا مال ولا كسب ، قضى الامام حقهم من سهم الفقراء أو المساكين أو الغارمين كما يراه .

قلت : اعتباره القريب غريب ، قلّ من ذكره ، وهو ضعيف ، فإن نفقة القريب تسقط بمضي الزمان . والله أعلم

أما إذا قلنا بالأظهر : إنه ينفق من بيت المال ، فإن لم يكن فيه مال ، أو كان هناك ما هو أهم ، كسد ثغر يعظم ضرره لو ترك ، قام المسلمون بكفايته ، ولم يجز لهم تضييعه . ثم هل طريقه طريق النفقة ، أم طريق القرض ؟ قولان . أظهرهما والذي يقتضي كلام العراقيين وغيرهم : ترجيحه أنه طريق القرض . فإن قلنا : طريق النفقة ، فقام به بعضهم ، اندفع الحرج عن الباقيين . وإن امتنعوا ، أثموا كلهم ، وطالبهم الامام . فإن أصروا ، قاتلهم ، وعند التعمد يقترض على بيت المال وينفق عليه ، وإن قلنا : طريق القرض ، يثبت الرجوع . وعلى هذا ، إن تيسر الاقتراض ، فذاك ، وإلا ، قسط الامام نفقته على الموسرين من أهل البلد ، [ثم] إن ظهر عبداً ، فالرجوع على سيده . وإن ظهر له مال أو اكتسب ، فالرجوع عليه . فإن لم يكن له شيء ، قضى من سهم المساكين أو الغارمين . وإن حصل في بيت المال مال قبل بلوغه ويساره ، قضى منه . وإن حصل في بيت المال ، أو حصل للقيط مال دفعة واحدة ، قضى من مال القيط كما لو كان له مال وفي بيت المال مال . ولم يتعرض الاصحاب لطرد الخلاف ، في أنه إنفاق أو إقراض ، إذا كان في بيت المال مال وقلنا : نفقته منه ، والقياس طرده .

قلت : ظاهر كلامهم ، أنه إنفاق ، فلارجوع لبيت المال قطعاً ، وهذا هو المختار الظاهر . والله أعلم

وحيث قلنا : يقسطها الامام على الاغنياء ، فذاك عند إمكان الاستيعاب . فإن كثروا أو تعذر التوزيع عليهم ، قال الامام : يضربها السلطان على من يراه منهم باجتهاده . فإن استووا في اجتهاده ، تخير ، والمراد أغنياء تلك البلدة أو القرية .

فصل

إذا كان للقيط مال ، هل يستقل الملتقط بحفظه ؟ وجهان . أحدهما : لا ، بل يحتاج إلى إذن القاضي ، إذ لا ولاية للملتقط . وأرجحها على ما يقتضيه كلام البغوي : الاستقلال .

قلت : رجع [الامام] الرافعي أيضاً في « المحرر » ، هذا الثاني . والله أعلم

ولو ظهر منازع في المال المخصوص بالقيط ، فليس للملتقط خاصيته على الأصح ، ومواء قلنا : له الاستقلال بالحفظ ، أم لا ، فليس له إنفاقه على القيط إلا بأذن القاضي إذا أمكن مراجعته . فإن اتفق ، ضمن ، ولم يكن له الرجوع على القيط كمن في يده مال وديعة ليقيم أنفقها عليه . وحكى ابن كج وجهاً أنه لا يضمن ، [وهو شاذ] ، وإذا رفع الأمر إلى الحاكم ، فليأخذ المال منه ويسلمه إلى أمين لينفق منه على القيط بالمعروف ، أو يصرفه إلى الملتقط يوماً يوماً . ثم إن خالف الأمين وقتر عليه ، منع منه ، وإن أسرف ، ضمن كل واحد من الأمين والملتقط الزيادة ، والقرار على الملتقط إن كان سلم إليه ، لحصول الهلاك في يده وهل يجوز أن يترك المال في يد الملتقط ويأذن له في الانفاق منه ؟ تقدم عليه مسألة ، وهي أنه إذا لم يكن للقيط مال واحتيج إلى الاقتراض له ، هل يجوز للقاضي أن يأذن للملتقط في الانفاق عليه من مال نفسه [ليرجع] ؟ نص أنه يجوز ، ونص في الضائقة ، أنه لا يأذن لواجدها في الانفاق من مال نفسه ليرجع على صاحبها ، بل يأخذ المال منه ويدفعه إلى أمين ، ثم الأمين يدفع إليه كل يوم قدر الحاجة ، فقال جمهور الأصحاب : المسألتان على قولين . أحدهما : المنع فيها . وأظهرهما عند الشيخ أبي حامد : الجواز فيها للحاجة ، لكثرة الشقة ، ويلحق لأمين

بالأب في ذلك ، وسبق مثل هذا الخلاف في إنفاق المالك عند هرب عامل المساقاة والجنّال ، وأجرأه أبو الفرج السرخسي في إنفاق قيم الطفل من مال نفسه . وقالت طائفة بظاهر النصين ، وفرقوا بأن اللقيط لاولي له في الظاهر . رجعنا إلى إذن الحاكم للتلقط في الانفاق من مال اللقيط ، فالأكثرون طردوا الطريقين في جوازه ، والاحسن ما أشار إليه ابن الصباغ ، وهو القطع بالجواز كقيم اليتيم يأذن له القاضي في الانفاق من ماله عليه ، وينبغي أن يجري هذا الخلاف في تسليم ما اقترضه القاضي على الجنّال الهارب إلى المستأجر ، ولا ذكر له هناك . وإذا جوزنا ، فبلغ اللقيط واختلفا فيما أنفق ، فالقول قول الملتقط إذا ادعى قدر الايفاء في الحال ، وقد سبق في هرب الجنّال وجه : أن القول قول الجنّال ، والقياس طرده هنا . وإن ادعى زيادة على اللائق ، فهو مقر بتفريطه ، فيضمن ، ولا معنى للتخفيف . قال الامام : لكن لو وقع النزاع في عين ، فزعم الملتقط أنه أنفقها ، فيصدق لتقطع المطالبة بالعين ، ثم يضمن كالتأصّب إذا ادعى التلف ، هذا كله إذا أمكن مراجعة القاضي . فإن لم يكن هناك قاضٍ ، فهل ينفق من مال اللقيط عليه بنفسه ، أم يدفعه إلى أمين لينفق عليه ؟ قولان . أظهرهما : الاول . فعلى هذا ، إن أشهد لم يضمن على الصحيح ، وإلا ، ضمن على الأصح .

الباب الثاني في أحكام اللقيط

هي أربعة .

الأول : الاسلام ، وإسلام الشخص قد يثبت بنفسه استقلالاً ، وقد يثبت تبعاً . أما القسم الأول ، فالبالغ الماقل ، يصح منه مباشرة الاسلام بالنطق إن كان ناطقاً ،

وبالإشارة إن كان أخرس . وأما المجنون والصبي الذي لايميز، فلا يصح إسلامها مباشرة بلا خلاف ، ولا يحكم بإسلامها إلا بالتبعية . وأما الصبي المميز ، ففيه أوجه . الصحيح النصوص : لا يصح إسلامه . والثاني : يتوقف . فإن بلغ واستمر على كلمة الاسلام ، تبينا كونه مسلماً من يومئذٍ . وإن وصف الكفر ، تبينا أنه كان لغواً . وقد يعبر عن هذا بصحة إسلامه ظاهراً لا باطناً . والثالث : يصح إسلامه حتى يفرق بينه وبين زوجته الكافرة ويورث من قريه المسلم ، قاله الاصطخري . وعلى هذا ، لو ارتد ، صحت رده ، لكن لا يقتل حتى يبلغ . فإن تاب ، وإلا ، قتل . قلت : الحكم بصحة الرده ، بعيد ، بل غلط . والله أعلم

فاذا قلنا بالصحيح ؛ فقد قال الشافعي رضي الله عنه : يحال بينه وبين أبويه وأهله الكفار لئلا يفتنوه . فإن بلغ ووصف الكفر ، هدّد وطولب بالاسلام . فإن أصر ، رد إليهم . وهل هذه الحيلولة مستحبة ، أم واجبة ؟ وجهان . أصحها : مستحبة ، فليتلطف بوالديه ليؤخذ منها . فإن أبيا ، فلا حيلولة . هذا في أحكام الدنيا . فأما ما يتعلق بالآخرة ، فقال الاستاذ أبو إسحاق : إذا أضمر الاسلام كما أظهره ، كان من الفائزين بالجنة ، ويعبر عن هذا بصحة إسلامه باطناً لا ظاهراً . قال الامام : في هذا إشكال ، لأن من يحكم له بالفوز لاسلامه ، كيف لا يحكم بإسلامه ؟ ويجاب عنه بأنه قد يحكم بالفوز في الآخرة وإن لم يحكم بأحكام الاسلام في الدنيا ، كمن لم تبلغه الدعوة .

فصل

للتبعية في الاسلام ثلاث جهات . إحداها : إسلام الأبوين أو أحدهما ، ويتصور

ذلك من وجهين . أحدهما : أن يكون الأبوان أو أحدهما مسلماً يوم الملوq ، فيحكم
باسلام الولد ، لأنه جزء من مسلم ، فإن بلغ ووصف الكفر ، فهو مرتد . والثاني :
أن يكونا كافرين يوم الملوq ، ثم يُسَلِّيا أو أحدهما ، فيحكم باسلام الولد في الحال .
قال الامام : وسواء اتفق الاسلام في حال اجتنبان الولد أو بعد انفصاله ، وسنذكر
إن شاء الله تعالى مايفترق فيه هذان الوجهان باسلامه . وفي معنى الأبوين الأجداد
والجدات ، سواء كانوا وارثين أم لم يكونوا ، فإذا أسلم الجد أبو الأب ، أو أبو الأم ،
تبعه الصبي إن لم يكن الأب حياً قطعاً ، وكذا إن كان على الأصح . ثم إذا بلغ
هذا الصبي ، فإن أفصح بالاسلام ، تأكيد ما حكمتنا به . وإن أفصح بالكفر ،
فقولان . المشهور : أنه مرتد ، لأنه سبق الحكم باسلامه جزماً ، فأشبهه من باشر الاسلام
ثم ارتد ، وما إذا حصل الملوq في حال الاسلام . والثاني : أنه كافر أصلي ، لأنه
كان محكوماً بكفره أولاً وأزلياً تبعاً ، فإذا استقل ، زالت التبعية . ويقال : إن
هذا القول مخرج ، ومنهم من لم يثبت وقطع بالأول . فإن حكمتنا بكونه مرتداً ،
لم ينقض شيئاً مما أمضيناه من أحكام الاسلام . وإن حكمتنا بأنه كافر أصلي ،
فوجهان . أحدهما : إمضاؤها بحالها ، لجرانها في حال التبعية . وأصحها : أنها تنبئ
بطلانها ، ونستدرك مايمكن استدراكه ، حتى يرد ماأخذ من تركه قريبه المسلم ،
ويأخذ من تركه قريبه الكافر ماحرمناه منه ، ونحكم بأن إعناقه عن الكفارة
لم يقع مجزئاً . هذا فيما جرى في الصغر . فأما إذا بلغ ومات له قريب مسلم قبل أن
يفصح بشيء ، أو أعتق عن الكفارة في هذا الحال ، فإن قلنا : لو أفصح بالكفر
كأنه مرتداً ، أمضينا أحكام الاسلام ولا تنقض . وإن جعلناه كافراً أصلياً ، فإن
أفصح بالكفر ، تبييناً أنه لا إرث ولاإجزاء عن الكفارة . وإن فات الانفصاح
بموت أو قتل ، فوجهان . أحدهما : إمضاء أحكام الاسلام كما لو مات في الصغر .

وأصحها : تبين الانتقاض ، لان سبب التبعية الصفر وقد زال، ولم يظهر في الحال حكمه في نفسه ، فيرد الامر إلى الكفر الأصلي . وعن القاضي حسين : أنه إن مات قبل الافصاح وبعد البلوغ ، ورثه قريبه المسلم . ولو مات له قريب مسلم ، فارثه عنه موقوف . قال الامام : أما التورث منه ، فيخرج على أنه لو مات قبل الافصاح ، هل ينقض الحكم ؟ وأما تورثه ، فان أراد بالتوقف أنه يقال : لو أفصح بالاسلام ، فهو قريب ، ويستفاد به الخروج من الخلاف . أما لو مات القريب ، ثم مات هو ، وفات الافصاح ، فلا سبيل إلى الفرق بين تورثه والتورث عنه . ولو قتل بعد البلوغ وقبل الافصاح ، ففي تعلق القصاص بقوله قولان . أحدهما : نعم . كما لو قتل قبل البلوغ . وأظهرهما : لا ، للشبهة وانقطاع التبعية . وأما الدية ، فالذي أطلقوه وحكموه عن نص الشافعي رضي الله عنه : تعلق الدية الكاملة بقتله ، وقياس قولنا : إنه لو أفصح بالكفر كان كافراً أصلياً ، أن لانوجب الدية الكاملة على رأي ، كما أنه إذا فات الافصاح بالموت يرد الميراث على رأي .

قلت : الصواب ما قاله الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم . والله أعلم

فرع

المحكوم بكفره إذا بلغ مجنوناً ، حكمه حكم الصغير ، حتى إذا أسلم أحد والديه تبعه . وإن بلغ عاقلاً ثم جن ، فكذلك على الاصح .

الجهة الثانية : تبعية السابي ، فاذا سبى المسلم طفلاً منفرداً عن أبويه ، حكمه باسلامه ، لأنه صار تحت ولايته كالابوين .

قلت : هذا الذي جزم به ، هو الصواب المقطوع به في كتب المذهب ،

وشذ صاحب « المذهب » فذكر في كتاب السيّر في الحكم بإسلامه وجهين ، وزعم أن ظاهر المذهب : أنه لا يحكم به ، وليس بشيء ، وإنما ذكرته تنبيهاً على ضعفه لئلا يغتر به . والله أعلم

فلو سباه ذمي ، فوجهان . أحدهما : يحكم بإسلامه ، لانه من أهل دار الاسلام . وأصحها : لا ، لأن كونه من أهل الدار لم يؤثر فيه ولا في أولاده ، فغيره أولى . فعلى هذا ، لو باعه الذمي لمسلم ، لم يحكم بإسلامه . ولو سبى ومعه أحد أبويه ، لم يحكم بإسلامه قطعاً . فلو كانا معه ثم ماتا ، لم يحكم بإسلامه أيضاً ، لأن التبعية إنما تثبت في ابتداء السبي .

قلت : معنى « سبى معه أحد أبويه » ، أن يكونا في جيش واحد وغنيمة واحدة ، ولا يشترط كونها في ملك رجل . قال البغوي في كتاب الظهار : إذا سباه مسلم ، وسبى أبويه غيره ، إن كان في عسكر واحد ، تبع أبويه . وإن كان في عسكرين ، تبع السابي . والله أعلم

فرع

حكم الصبي المحكوم بإسلامه تبعاً للسابي إذا بلغ ، حكم المحكوم بإسلامه تبعاً لأبويه إذا بلغ .

فرع

المحكوم بإسلامه تبعاً لأبيه أو للسابي إذا وصف الكفر . فان جعلناه كافراً أصلياً ،

الحقناه بدار الحرب . فان كان كفره مما يُفْرُ عليه بالجزية ، قررناه برضاه . وإن وصف كفراً غير ما كان موصوفاً به ، فهو انتقال من مائة إلى مائة ، وفيه تفصيل وخلاف مذكور في كتاب النكاح . وأما تجييزه والصلاة عليه ودفنه في مقابر المسلمين إذا مات بعد البلوغ وقبل الإفصاح ، فيتفرع على القولين في أنه لو أفصح بالكفر كان كافراً أصلياً أو مرتدّاً ؟ ورأى الامام أن يتساهل في ذلك ويقام فيه شعار الاسلام . قلت : الذي رآه الامام هو المختار أو الصواب ، لأن هذه الأمور مبنية على الظواهر ، وظاهره الاسلام . والله أعلم

الجهة الثالثة : تسمية الدار . فاللقيط يوجد في دار الاسلام أو دار الكفر .

الحال الأول : دار الاسلام ، وهي ثلاثة أضرب .

أحدها : دار يسكنها المسلمون ، فاللقيط الموجود فيها مسلم وإن كان فيها أهل ذمة ، تغلياً للاسلام .

الثاني : دار فتحها المسلمون وأقرّوها في يد الكفار بجزية ، فقد ملكوها ، أو صالحوهم ولم يملكوها ، فاللقيط فيها مسلم إن كان فيها مسلم واحد فأكثر ، وإلا ، فكافر على الصحيح . وقيل : مسلم ، لاحتمال أنه ولد من يكتنم لإسلامه منهم .

الثالث : دار كان المسلمون يسكنونها ، ثم جلسوا عنها وغلب عليها الكفار ، فان لم يكن فيها من يُعرف بالاسلام ، فهو كافر على الصحيح . وقال أبو إسحاق : مسلم ، لاحتمال أن فيها كاتم لإسلامه . وإن كان فيها معروف بالاسلام ، فهو مسلم ، وفيه احتمال للامام . وأما عدد الأصحاب الضرب الثالث دار إسلام ، فقد يوجد في كلامهم ما يقتضي أن الاستيلاء القديم يكفي لاستمرار الحكم ، ورأيت لبعض

التأخرين تنزيل ما ذكروه على ما إذا كانوا لا ينعنون المسلمين منها ، فان منعوم ،
فهي دار كفر .

الحال الثاني : دار الكفر . فان لم يكن فيها مسلم ، فاللقيط الموجود فيها محكوم
بكفره . وإن كان فيها تجار مسلمون ساكنون ، فهل يحكم بكفره تبعاً للدار ،
أو بإسلامه تلقياً للاسلام ؟ وجهان . أصحابها : الثاني ، ويجريان فيما لو كان فيها
أسارى ؛ ورأى الامام ترتيب الخلاف فيهم على التجار ، لأنهم مقهورون . قال :
ويشبه أن يكون الخلاف في قوم ينتشرون ، إلا أنهم ممنوعون من الخروج من البلدة ،
فأما المحبوسون في الطامير^(١) ، فيتجه أن لا يكون لهم أثر كما لا أثر لطروق العابرين
من المسلمين ، وحيث حكمنا بالكفر ، فلو كان أهل البقعة أصحاب ملل مختلفة ،
فالقياس أن يجعل من أصولهم ديناً .

فرع

الصبي المحكوم بإسلامه بالدار ، إذا بلغ وأصبح بالكفر ، فهو كافر أصلي
على المذهب . وقيل : قولان كالسلم تبعاً لأبويه أو السابي . أحدهما : أنه أصلي .
والثاني : أنه مرتد . فاذا قلنا : أصلي ، فهل تتوقف في حال صباه في الأحكام
التي يشترط لها الاسلام ؟ وجهان . أصحابها : لا ، بل غرضها كالمحكوم بإسلامه تبعاً
لأبيه . والثاني : تتوقف حتى يبلغ فيفصح بالاسلام . فان مات في صباه ، لم يحكم
بشيء من أحكام الاسلام ، وهذا ضعيف .

فرع

اللقيط الموجود في دار الاسلام ، لو ادعى ذمي نسبه وأقام عليه بيّنة ، لحقه

(١) الطامير ، جمع مطمورة ، وهي حفرة تخفر تحت الارض .

وتبعه في الكفر، وارتفع ما كنا نظنه . وإن اقتصر على مجرد الدعوى ، فالمذهب أنه مسلم، وهو المنصوص، وبه قطع أبو إسحاق وغيره ، وصححه الأكثرون . وقيل : قولان . ثانيها : يحكم بكفره ، لأنه يلحقه بالاستحقاق . فإذا ثبت نسبه ، تبعه في الدين كما لو أقام البيئة . وحجة المذهب : أننا حكمنا بإسلامه ، فلا نغيّره بمجرد دعوى كافر . وأيضاً فيجوز أن يكون ولده من مسلمة ، وحينئذٍ لا يتبع الدين النسب . وعلى الطرفين ، يحال بينهما كما ذكرنا فيما إذا وصف المميز الاسلام . ثم إذا بلغ ووصف الكفر ، فإن قلنا : يتبعه فيه ، قرّر، لكنه يهدّد، ولعله يسلم ، وإلا ، ففي تقريره ماسبق من الخلاف .

فرع

سبق أن اللقيط المسلم ، ينفق عليه من بيت المال إذا لم يكن له مال . فأما المحكوم بكفره ، فوجهان . أصحها : كذلك ، إذ لا وجه لتضييعه . الحكم الثاني : جناية اللقيط ، والجناية عليه . أما جنايته ، فإن كانت خطأ ، فوجبها في بيت المال، ولا نخرج ذلك على الخلاف في التوقف، كما لا يتوقف في صرف تركته إلى بيت المال . وإن كانت عمداً ، نظر ، إن كان بالغا ، فعليه القصاص بشرطه . وإن جنى قبل البلوغ ، فإن قلنا : عمد الصبي عمد ، وجبت الدية منقّلة في ماله . فإن لم يكن له مال ، ففي ذمته إلى أن يجد . وإن قلنا : خطأ ، وجبت مخفّفة في بيت المال. ولو أتلّف مالاً ، فالضمان عليه، فإن كان اللقيط محكوماً بكفره ، فالتركة في يده، ولا تكون جنايته في بيت المال . وأما الجناية عليه، فإن كانت خطأ ، نظر ، إن كانت على نفسه ، أخذت الدية ووضعت في بيت المال . وقياس من قال بالتوقف في أحكامه : أن لا يوجب الدية الكاملة ، ولم أره .

قلت : الصواب ، الجزم بالدية الكاملة . والله أعلم

وإن كانت على طرفه ، فواجبها حق اللقيط يستوفيه القاضي ، ويعود فيه القياس المذكور . وإن كانت عمداً ، فإن قُتِلَ ، وجب القصاص على الاظهر . وقيل : يجب قطعاً ، وهو نصه في « المختصر » ، لأنه مسلم معصوم . وإن قُتِلَ بعد البلوغ والافصاح بالاسلام ، وجب قطعاً . وقيل : على الخلاف ، لأن القصاص حق للمسلمين ، ولا يتصور رضی كلهم باستيفائه . وإن قُتِلَ بعد البلوغ قبل الافصاح ، فعلى الخلاف . وقيل : لا يجب قطعاً ، لقدرته على الافصاح الواجب . وإن كانت الجناية على الطرف ، وجب القصاص على المذهب . وقيل : قولان . ثانيها : يتوقف . فإن بلغ وأفصح ، تبيّناً وجوبه ، وإلا ، فعدمه . وإن كان الجاني على النفس أو الطرف كافراً رقيقاً ، وجب على المذهب . وقيل : قولان ، لأنه حق للمسلمين ، ولا يتصور رضام .

فرع

إذا أوجبنا له القصاص ، فقصاص النفس يستوفيه الامام إن رآه مصلحة . وإن رأى المدول إلى الدية ، عدل ، وليس له العفو مجاناً ، لأنه خلاف مصلحة المسلمين . وأما قصاص الطرف ، فإن كان اللقيط بالناً عاقلاً ، فالاستيفاء إليه ، وإلا ، فليس للامام استيفاؤه . وقال القفال : يجوز في المجنون ، لأنه ليس لافاقته زمن معين ، وهذا ضعيف عند الاصحاب . وأضعف وجه حكاة السرخي في جواز الاقتصاص ، حيث يجوز له أخذ الأرض . والمذهب : النع قطعاً . وإذا لم يقتص ، فهل له أخذ أرض الجناية ؟ نظر ، إن كان المجني عليه مجنوناً فقيراً ، [فله] ، وإن كان صيباً غنياً ، فلا ، وإن كان مجنوناً غنياً ، أو صيباً فقيراً ، فالأصح النع . وحيث منعنا الأرض ،

أو لم نر المصلحة فيه ، يحبس الجاني إلى البلوغ والافاقة ، وإذا جوزناه فأخذه ، ثم بلغ الصبي أو أفاق المجنون وأراد أن يردّه [ويقتصر] ، ففي تمكّنه وجهان شبيهان بما لو عفا الولي عن الشفعة للمصلحة فبلغ وأراد الأخذ ، وهما مبنيان على أن أخذ المال عفو كلي وإسقاط للقصاص ، أم سببه الحيلولة لتعذر الاستيفاء ؟ وقد يرجح الأول بأن الحيلولة إنما تكون إذا جاءت من قبل الجاني كإباق المفصوب .

قلت : الراجع الأول . والله أعلم

وما ذكرناه في أخذ الأرض للقيط ، جارٍ في كل طفل يليه أبوه أو جده بلا فرق . وحكى الامام عن شيخه ، أنه ليس للوصي أخذه ، قال : وهذا حسن إن جعلناه إسقاطاً . وإن قلنا : للحيلولة ، فينبغي أن لا يجوز [للوصي أيضاً] .

الحكم الثالث : نسب القيط ، وهو كسائر المجهولين ، فإذا استلحقه حر مسلم ، لحقه ، وقد سبق في كتاب الاقرار ما يشترط الاستلحاق ، ولا فرق في ذلك بين الملتقط وغيره ، لكن يستحب أن يقال الملتقط : من أين هو لك ؟ فربما توم أن الالتقاط يفيد النسب . وإذا ألحق بغير الملتقط ، ساءم إليه ، لأنه أحق من الأجنبي . واستلحاق الكافر ، كاستلحاق المسلم في ثبوت النسب ، لاستوائهما في الجهات المثبتة للنسب . وإن استلحقه عبد ، لحقه إن صدّقه السيد ، وكذا إن كذبه على الأظهر . وقيل : لا يلحق قطعاً . وقيل : يلحق قطعاً إن كان مأذوناً له في النكاح ومضى زمان إمكانه ، وإلا ، فقولان . والمذهب : لا حقوق مطلقاً ، ويجري الخلاف في إقرار العبد بأخ أو عم . وقيل بالمنع هنا قطعاً ، لأن الظهور بنسبه طريقاً آخر ، وهو إقرار الأب أو الجد ، ويجري فيما لو استلحق حرّاً عبد غيره وهو بالغ فصدّقه ، لما فيه من قطع الارث المتوهم بالولاء . وقيل : يثبت هنا قطعاً ، ويجري فيما لو استلحق المعتق غيره . والمنع هنا أبعد ، لاستقلاله بالنكاح والسري . وإذا صححنا استلحاق العبد ،

فلا يسلم إليه اللقيط ، لأنه لا يفرغ لحضاته وتربيته ، ولا نفقة عليه ، إذ لا مال له .

فرع

استلحقته امرأة وأقامت بينة ، لحقها ولحق زوجها إن أمكن الملقوق منه ، ولا ينتفي عنه إلا بلعان . هذا إذا قيدت البينة أنها ولدته على فراشه . فإن لم تعرض للفراش ، ففي ثبوت نسبه من الزوج وجهان .

قلت : الأصح المنع . والله أعلم .

وإن لم تقيم بينة واقتصرت على الدعوى ، فهل يلحقها ، أم لا ؟ أم يلحق الخلية دون المزوجة ؟ فيه أوجه . أصحابها : الثاني . فإن ألحقنا ولها زوج ، لم يلحقه على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وقيل : وجهان . وبالحقوق قال ابن سلة . واستلحق الأمة كالحره إن جوزنا استلحاق العبد ، فإن أثبتناه ، لم يحكم برق الولد لمولاها على المذهب ، وبه قطع ابن الصباغ والمتولي ، وذكر البغوي فيه وجهين .

فصل

ادعى نسب اللقيط اثنان ، ففيه صور .

إحداها : ادعاء حر وعبد ، فإن قلنا : يصح استلحاق العبد ، فهي سواء ، وإلا ، فيلحق بالحر .

الثانية : ادعاء مسلم وكافر ، يستويان فيه .

الثالثة : اختص أحدهما بيد ، نظر ، إن كان صاحب اليد هو الملتقط ، لم يقدم ، لأن اليد لا تدل على النسب ، بل إن استلحقاه ممّا ولا بينة، عرض معها على القافة كما سنذكره إن شاء الله تعالى. وإن استلحقه الملتقط أولاً، حكنا بالنسب، ثم ادعاه الآخر ، قال الشافعي رضي الله عنه : يعرض الولد مع الثاني على القائف، فإن نفاه عنه ، بقي لاحقاً بالملتقط باستلحاقه. وإن ألحقه بالثاني ، عرض مع الملتقط عليه ، فإن نفاه عنه ، فهو للثاني ، وإن ألحقه به أيضاً، فقد تعذر العمل بقول القائف فيوقف . وإن كان صاحب اليد غير الملتقط ، فإن كان استلحقه وحكم [له] بالنسب ، ثم جاء آخر وادعى نسبه ، لم يلتفت إليه . وإن لم يسمع استلحاقه إلا بعدما جاء الثاني واستلحقه ، فهل يقدم صاحب اليد، أم يستويان ؟ وجهان . أصحهما : الثاني .

الرابعة : تساوى ولا بينة، عرض الولد على القائف ، فأيها ألحقه لحق . فإن لم يوجد قائف، أو تحيّر ، أو ألحقه بها ، أو نفاه عنها ، ترك حتى يبلغ ، فإذا بلغ ، أمر بالانتساب إلى أحدهما ، ولا ينسب بالنسبي ، بل يعوّل فيه على ميل الطبع الذي يجده الولد إلى الوالد والقريب إلى القريب بحكم الجبلّة . وقيل : لا يشترط البلوغ ، بل يخيّر إذا بلغ سن التمييز كالنخيل بين الأبوين في الحضانة . والصحيح اشتراطه . والفرق أن الاختيار في الحضانة لا يلزم ، بل له الرجوع ، وهنا يلزم ، وعليها النفقة مدة الانتظار . فإذا انتسب إلى أحدهما ، رجع الآخر عليه بما أفق . ولو لم ينتسب إلى واحد منهما ، لفقد الميل ، بقي الأمر موقوفاً . ولو انتسب إلى غيرها وادعاه ذلك الغير ، ثبت نسبه منه . وفيه وجه : أنه إن كان الرجوع إلى انتسابه بسبب إلحاق القائف بها جميعاً ، لم يقبل انتسابه إلى غيرها . والصحيح - الأول . وإذا انتسب إلى أحدهما لفقد القائف ، ثم وجد ، عرضناه عليه . فإن ألحقه بالثاني، قدّمنا قوله على الانتساب ، لأنه حجة أو حكم . وقال أبو إسحاق : يقدم الانتساب .

قال : وعلى هذا ، فمتى ألحقه القائف بأحدهما ، فلاآخر أن ينازعه ويقول : يترك حتى يبلغ فينتسب . ولو ألحقه القائف بأحدهما ، وأقام الآخر بينة ، قدّمت البينة ، لأنها (١) حجة في كل خصومة ، وقيل : لا يُغيّر ما حكمنا به ولا يُعمل بالبينة .

فرع

ادعت امرأتان نسب لقيط أو مجهول غيره ، ولا بينة ، وقبلنا استحقاق المرأة ، ففي عرض الولد معها على القائف وجهان . أحدهما : النسخ . والأصح المنصوص : العرض ، لانه حكم أو حجة ، فأشبه البينة ، فاذا ألحقه بأحدهما وهي ذات زوج ، لحق زوجها أيضاً كما لو قامت البينة . وقيل : لا يلحقه ، وهو ضعيف .

الخامسة : أقام كل واحد بينة بنسبه ، وتمازضا ، ففي التمازض في الاموال قولان . أظهرهما : التساقط . فعلى هذا تسقطان أيضاً هنا على الصحيح ، ويرجع إلى قول القائف . وقيل : لا تسقطان وترجّح إحداها بقول القائف ، ولا يختلف المقصود على الوجهين . والقول الثاني : تستعملان بالوقف ، أو القسمة ، أو القرعة ؛ فيه ثلاثة أقوال معروفة ، ولا يجيء هنا الوقف للاضرار بالطفل ولا القسمة ، فلا مجال لها في النسب ، ولا تحجى القرعة أيضاً على الاصح وقول الاكثرين ، لأنها لا تدخل النسب ، وأثبتها الشيخ أبو حامد . ولو اختص أحدهما باليد ، لم ترجّح بينته بها . وفي د الافصاح ، للمعودي ، ود أمالي ، أبي الفرج الزاز : أنه لو أقام أحدهما بينة بأنه في يده من سنة ، والثاني بينة أنه في يده من شهر ، وتنازعا في نسبه ، فصاحب السنة مقدّم ، لكن هذا كلام غير مهذب ، فان ثبوت اليد لا يقتضي ثبوت النسب . وإن فُرض تعرض البينتين لنفس النسب ، فلا مجال للتقدم والتأخر فيه . وإن شهدتا على الاستلحاق ، فيبنى على أن الاستلحاق من شخص هل يمنع غيره من الاستلحاق بعد ؟ وقد سبق بيانه .

(١) في الاصل : لانه ، والضم . ود على البينة .

فرع

ادعاء امرأتان ، وأقامتا بينتين ، قال الشافعي رضي الله عنه : أريته القائف معهما ، فبأيتها ألحقه لحقها ولحق زوجها . فمن الأصحاب من قال : هذا تفريع على قول الاستمعال ، وترجيح بقول القائف ، كما يرجح في الاملاك بالقرعة ، وهذا يوافق ما سبق عن الشيخ أبي حامد . وعلى هذا ، يلحق الزوج قطعاً ، لأن الحكم بالينة . ومنهم من قال : هذا جواب على قول التساقط ، وكأنه لينة ، فيرجع إلى القائف . وعلى هذا ، ففي لحوقه بالزوج الخلاف السابق .

فرع

ألحقه القائف بأحدهما ، ثم بالآخر ، لم ينقل إليه ، إذ الاجتهاد لا ينتقض بالاجتهاد .

فرع

وصف أحد المتداعيين أثر جراحة أو نحوه بظهره أو بعض أعضائه الباطنة ، وأصاب ، لا يقدم .

فصل

تنازعا في الالتقاط وولاية الحفظ والتمهد ، فإن تنازعا عند الأخذ أو قبله ، فقد سبق بيانه . وإن قال كل واحد : أنا الملتقط فلي حفظه ، فإن اختص يد ، وقال الآخر : أخذه مني ، فالقول قول صاحب اليد مع يمينه . فإن أقاما بينتين ،

قدِّمت بينة صاحب اليد . وإن لم يكن في يد واحد منها ، فهو كما لو وجداه معاً وتشاحاً في حفظه ، فيجمله الحاكم عند من يراه منها أو من غيرهما . وإن كان في يدهما ، فإن حلفاً أو نكلاً ، فحكمه كما ذكرنا إذا ازدحما على الأخذ معاً وهما متساويا الحال . وإن حلف أحدهما فقط ، خُصَّ به . ولو أقام كل واحد بينة وهو في يدهما ، أو لاني يد واحد منها ، فإن كانتا مطلقتين أو مؤرَّختين بتاريخ واحد ، أو إحداها مؤرَّخة والأخرى مطلقة ، فهما متعارضتان . فإن قلنا بالتساقط ، فكأنه لا بينة . وإن قلنا بالاستعمال ، فلا يجيء الوقف ولا القسمة ، وتجيء القرعة ، فيسلم لمن خرجت قرعته . وإن قيِّدتا بتاريخين مختلفين ، قدَّم السابق ، بخلاف المال ، فإنه لا يقدم فيه بسبق التاريخ على الظاهر ، لأن الأموال تنقل ، والممتلك لا يئترع منه مادامت الأهلية . فإذا ثبت السبق ، لزم استمراره . هكذا فرق الأصحاب ، قال أبو الفرج الزاز : هذا إذا قلنا : من التقط اللقيط ثم نبذه لا يسقط حقه . فإن أسقطناه ، فهو على القولين في الأموال ، لأنه ربما نبذه الأول فالنقطه غيره ، وهذا حسن . ويتفرع على تقديم البينة المصرَّحة بالسبق ، ما إذا كان اللقيط في يد أحدهما وأقام من في يده البينة ، وأقام الآخر بينة أنه كان في يده وانتزعه منه صاحب اليد ، فنقدَّم بينة مدعي الانتزاع ، لاثباتها السبق .

الحكم الرابع : الحرية والرق ، وللقبط في ذلك أربعة أحوال .

الأول : أن لا يقر على نفسه بالرق ، ولا يدعي رقه أحد ، فيحكم بحريته ، لأن ظاهر حاله الحرية ، ولأن غالب الناس أحرار ، هذا هو المذهب ، وقد سبق أن من الأصحاب من يتوقف في إسلامه . قال الامام : وذلك التردد يجري هنا وأولى ، لقوة الاسلام واقتضائه الاستتباع للوالد والساي ، بخلاف الحرية . ثم ذكر الامام تفصيلاً متوسطاً فقال : يجزم بالحرية ما لم ينته الأمر إلى إلزام النير شيئاً ،

فان انتهى ، ترددنا إن لم يعترف الملتزم بحريته ، فنحكم له بالملك فيما نصادفه في يده جزماً . وإذا أنلفه متلف ، أخذنا منه الضمان وصرفناه إليه ، لان المال المعصوم مضمون على المتلف ، فليس التضمن بالحرية ، وميراثه لبيت المال قطعاً ، وأرش جنابته الخطأ في بيت المال قطعاً ، قال الامام : ويحتمل أن يخرج على التردد المذكور ، لأن مال بيت المال لا يبذل إلا عن تحقق . ولو قُتل اللقيط ، فقد ذكرنا في وجوب القصاص خلافاً ، وينضم إليه التردد في الحرية ، فن لا يجزم القول بإسلامه وحرية ، لا بوجوب القصاص على الحر المسلم بقتله ، وبوجبه على الرقيق الكافر . ومن يجزم بها ، يخرج وجوب القصاص بكل حال على قولين - بناءً على أنه ليس له وارث معين - ، الأظهر : وجوبه . وإذا قُتل خطأً ، فالواجب الدية على الصحيح ، أخذاً بظاهر الحديث ، وأقل الأمرين من الدية والقيمة في الثاني ، بناءً على أن الحرية غير متيقنة . قال الامام : وقياس هذا أن فوجب الأقل من قيمته عبداً ، ودية مجوسي ، لامكان الحمل على التمجس ، وقد يرتب القصاص على الدية فيقال : إن لم فوجب الدية ، فالقصاص أولى ، وإلا ، فوجهان .

الحال الثاني : أن يدعي شخص رقبته ولا بينة . ومن ادعى رق صغير لا تثبتين حرية ، سمعت دعواه ، لامكانها . فان لم يكن في يده ، لم يقبل قوله إلا بينة ، لأن الظاهر الحرية ، فلا تترك إلا بحجة ، بخلاف النسب ، فان قبوله مصلحة للصبي وثبوت حق له . وإن كان في يده وقد عرفنا استنادها إلى التقاطه ، فقولان . أحدها : يحكم له بالرق كيد غير الملتقط ، وكما لو التقط مالاً وادعاه ولا منازع ، يقبل قوله ويجوز شراؤه منه . وأظهرها : لا يقبل إلا بينة ، لأن الأصل الحرية ، وبخالف المال ، فانه مملوك وليس في دعواه تغيير صفة له ، واللقيط حر ظاهراً ، وفي دعواه تغيير صفة . وإن لم يعرف استنادها إلى الالتقاط ، حكم لصاحبها بالرق الذي يدعيه على الصحيح الذي قطع به الجمهور ، لأن الظاهر بمن في يده يتصرف فيه تصرف

المالكين ، ولا معارض له ، ولا سبب يحال عليه أنه ملكه ، وسواء كان الصغير مميّزاً أو غيره مقرأ أو منكرأ على الأصح . واثاني : إن كان مميّزاً منكرأ ، احتاج المدعي إلى البينة . فعلى الأصح : يحلف المدعي ، واليمين واجبة على الأصح المنصوص . وقيل : مستحبة . ثم إذا بلغ الصبي وأقر بالرق لغير صاحب اليد ، لم يقبل . وإن قال : أنا حر ، لم يقبل أيضاً على الأصح ، إلا أن يقيم بينة بالحرية ، ولكن له تحليف السيد ، قاله البغوي . واثاني : يقبل ، قاله أبو علي الثقفي .

فرع

رأى صغيراً في يد إنسان بأمره وينهاه ويستخدمه ، هل له أن يشهد له بالملك ؟ قال أبو علي الطبري : فيه وجهان . وقال غيره : إن سمعه يقول : هو عبدي ، أو سمع الناس يقولون : إنه عبده ، شهد له بالملك ، وإلا ، فلا .

قلت : هذا أصح . والله أعلم

فرع

صغيرة في يد رجل بدعي نكاحها ، فبلغت وأنكرت ، يقبل قولها ، وعلى المدعي البينة . وهل يحكم في صغرها بالنكاح ؟ قال ابن الخداد : نعم كالرق . والأصح : المنع . وفرق الأصحاب ، بأن اليد في الجملة دالة على الملك ، ويجوز أن يولد وهو مملوك والنكاح طارئ ، فيحتاج إلى البينة .

الحال الثالث : أن يدعي رقه مدعٍ ويقم عليه بينة حيث يحتاج مدعي الرق إلى بينة كما فصلناه . وهل يكفي إقامة البينة على الرق أو المملك مطلقاً ؟ قولان .

أحدهما : نعم كما لو شهد بملك دار أو ثوب وغيرهما ، وهذا اختيار الزني ، وهو نصه في الدعوى وفي القديم . والثاني : لا ، لاحتمال اعتماد الشاهد ظاهر اليد ، ويكون يد التقاط . وإذا احتمل ذلك مع أن اللقيط محكوم بحريته بظاهر الدار ، لم يزل ذلك إلا بيقين ، وأمر الرق خطر ، وهذا نصه [هنا] ، وهو الأصح عند الامام والبغوي والرويانى وآخرين ، ورجح ابن كج وأبو الفرج الزاز الأول ، ويؤيده أن من الأصحاب من قطع به ، وحمل نصه هنا على الاحتياط ، ولأن البينة بمطلق الملك ليست بأقل من دعوى غير الملتقط رق الصغير في يده .

قلت : كل من الترجيحين ظاهر ، وقد رجح الرافعي في « المحرر » الثاني .
واتمه العلم

ويجري القولان ، سواء كان المدعي هو الملتقط أو غيره ، هكذا ذكره الجمهور . وذكر الامام كلاماً يتخرج منه وما ذكره غيره قول : أن البينة المطلقة تكفي في غير الملتقط ، ولا تكفي فيه . والمذهب : أنه لا فرق . وإذا قلنا : لم يكتف بالبينة المطلقة ، شرطنا تعرض الشهود لسبب الملك من الارث أو الشراء أو الاتهاب ونحوها . ومن الاسباب أن يشهدوا أن أمته ولدته مملوكاً له . فان اقتصروا على أن أمته ولدته ، أو أنه ولد أمته ، فطريقان . قال الجمهور : قولان . أظهرهما : يكفي . والثاني : لا . وقيل : يكفي قطعاً ، وهو نصه هنا . وإن شهدوا أنه ملكه ولدته مملوكته ، قال البغوي : يكفي قطعاً ، وإن شهدوا بأن أمته ولدته في ملكه ، قال الأصحاب : يكفي قطعاً . وقال الامام : لا يكتفى به تقريباً على وجوب التعرض لسبب الملك ، فقد تلد في ملكه حراً بالشبهة وفي نكاح النور ، وقد تلد مملوكاً لغيره بأن يوصي بحملها وتكون الرقبة للوارث ، وهذا حق . ويشبه أن لا يكون فيه خلاف ، ويكون قولهم : في ملكه ، مصروقاً إلى المولود - كقولك : ولدته في مشيمة (١) -

(١) يقال لما يكون فيه الوليد : المشيمة ، والكيس ، وانغلاف .

لا إلى الولادة، ولا إلى الوالدة ، وحينئذ يكون قولهم : ولدته مملوكاً له ، ويكفي المدعي في دعواه قوله : هو ملكي ، وإنما يشترط ذكر السبب إن شرطناه في صيغة الشهود .

فرع

تقبل هذه الشهادة من رجل وامرأتين على القولين ، لأن الغرض إثبات الملك . وإذا أكتفينا بالشهادة على أنه ولدته أمته ، قبل من أربع نسوة أيضاً ، لأنها شهادة على الولادة ، ثم يثبت الملك في ضمنها كثبت النسب في ضمن الشهادة على الولادة . ولو شهد أن مملوكه ولدته أمته ، قال القاضي حسين : ثبت الملك والولادة ، وذكر الملك لا يمنع ثبوت الولادة ، ثم يثبت الملك ضمناً لا بتصريحن .

فرع

لو شهدت البينة لمدعي الرق باليد ، قال في « المهذب » : إن كان المدعي الملتقط ، لم يحكم له . وإن كان غيره ، فقولان . والأصح ما ذكره صاحب « الشامل » وغيره : أن المدعي إذا أقام البينة أنه كان في يده قبل التقاط الملتقط ، قبلت وثبتت يده ، ثم يصدق في دعوى الرق ، إما سبق أن صاحب اليد على الصغير إذا لم يعرف أن يده عن التقاط ، يصدق في دعوى الرق ، وبمثله قطع البغوي فيما إذا أقام الملتقط بينة أنه كان في يده ، قبل إن التقطه ، لكن نقل ابن كج في هذه الصورة عن النص ، أنه لا يرق حتى يقيم البينة على سبب الملك .

الحال الرابع : أن يقر على نفسه بالرق وهو بالغ عاقل ، فينظر ، إن كذبه

المقر له ، لم يثبت الرق . فلو عاد بعد ذلك فصدقه ، لم يلتفت إليه ، لأنه لما كذبه ثبتت حرته بالأصل ، فلا يعود رقيقاً . وإن صدقه ، نظر ، إن لم يسبق الاقرار ما يناقضه ، قبل على المشهور كسائر الاقارير . وفي قول حكاه صاحب «التقريب» : لا يقبل ، لأنه محكوم بحريته بالدار ، فلا ينقض ، كالحكوم بإسلامه بالدار ، لو أفصح بالكفر ، لا ينقض ما حكمنا به في قول ، بل يجعل مرتداً . وإن سبقه ما يناقضه ، ففيه صور .

إحداها : إذا أقر بالحرية بعد البلوغ ، ثم أقر بالرق ، لا يقبل على المذهب ، وبه قطع الاصحاب . ونقل الامام وجهين ، ثانيهما القبول .

الثانية : إذا أقر بالرق لزيد ، فكذبه ، ثم أقر لعمرو ، لم يقبل على المذهب والمنصوص والذي قطع به الجمهور ، بل يكون حراً ، وعن ابن سريج قبوله .

الثالثة : إذا وجدت منه تصرفات يقتضي نفوذها الحرية ، كبيع ونكاح وغيرها ، ثم قامت بينة برقه ، نقضت تصرفاته المقتضية للحرية ، وجعلت صادرة عن عبد لم يأذن له سيده ، ويسترد ما قبضه من زكاة أو ميراث وما أنفق عليه من بيت المال ، وتباع رقبته فيها . فلو لم تقم بينة ، لكن أقر بالرق ، فإن قلنا بالقول الذي حكاه صاحب «التقريب» ، فإقراره لاغر . لكن لو كان نكح ، فإقراره اعتراف بتجريعها ، فيؤاخذ به . وإن قلنا بالمشهور ، ففيه طرق ، حاصلها أنه تثبت أحكام الأرقاء في المستقبل على المذهب . وقال ابن سامة : قولان . ثانيهما : أنه يبقى على أحكام الحرية مطلقاً . وقيل : يبقى فيما يضر بغيره ، وكلاهما شاذ ضعيف . وأما الماضي ، فيقبل إقراره فيما يضر به من التصرفات السابقة قطعاً ، ولا يقبل فيما يضر بغيره على الاظهر . ويتفرع على القولين فروع . أحدها : إذا نكح قبل الاقرار ، نظر ، أذكر هو ، أم أنثى ؟ فإن كان أنثى ، فزوجها الحاكم على الحرية ثم أقرت بالرق . فإن قلنا

الاقرار فيما يضر غيره ، فالنكاح فاسد ، ولا شيء على الزوج إن لم يدخل بها ، وإن دخل ، فعليه مهر المثل للمقر له . فان كان سلم المهر إليها ، استرده إن كان باقياً ، وإلا ، رجع عليها بعد العتق ، والاولاد منها أحرار ، لظنه الحرية ، وعلى الزوج قيمتهم للمقر له ، ويرجع عليها بالقيمة إن كانت هي الفارّة . وفي الرجوع بالمهر قولان معروفان . وفي المدة وجهان . أصحابها : يلزمها قرءان ، لان عدة الامة بعد ارتفاع النكاح الصحيح قرءان ، ونكاح الشبهة في المحرمات كالنكاح الصحيح ، وبهذا قطع الشيخ أبو حامد^(١) وصاحب « المهذب » و « الشامل » . والثاني : لعدة عليها ، إذ لانكاح ، ولكن تستبرأ بقرء بسبب الوطء . قال الامام : ويجب طرد هذا الخلاف في كل نكاح شبهة على أمة . وإن قلنا : لا يقبل الاقرار فيما يضر غيره ، فالكلام في أمور .

أحدها : لا يحكم بانفساخ نكاحها ، بل يبقى كما كان . قال الامام : سواء فرقنا بين الماضي والمستقبل ، أم لا ، وبصير النكاح كالمتوفى المقبوض ، واستدرك ابن كج فقال : إن كان الزوج ممن لا يحل له نكاح الامة ، انفسخ نكاحه ، لان الاولاد الذين يلد لهم في المستقبل أرقاء كما سنذكره إن شاء الله تعالى ، فليس له الثبات عليه ، وهذا حسن ، لكن صرح ابن الصباغ بخلافه .

قلت : الاصح : أنه لا ينفسخ كما قال ابن الصباغ ، كالحر إذا وجد الطول بعد نكاح الامة . والله أعلم

ثم أطلق الاصحاب أن للزوج خيار فسخ النكاح ، ونص عليه في « المختصر » . قال الشيخ أبو علي : هذا إذا نكحها على أنها حرة ، فان توهم الحرية ولم يجز شرطها ، ففيه خلاف نذكره في النكاح إن شاء الله تعالى .

الثاني : في المهر ، ومتى ثبت للزوج الخيار ، ففسخ قبل الدخول ، فلا شيء عليه ،

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : أبو محمد .

وإن كان بعده ، لزمه أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل . وإن أجاز ، لزمه المسمى ، قاله البغوي . فإن علقها بعد الاجازة وقبل الدخول ، لزمه نصف المسمى ، وفيه إشكال ، لأن انقر له يزعم فساد النكاح ، فإذا لم يكن دخول ، وجب أن لا يطالب بشيء ، وقد يشعر بهذا إطلاق الغزالي .

قلت : الراجح : أنه لا يلزمه شيء لِمَا ذكره . والله أعلم

فإن كان الزوج أعطاها الصداق ، لم يطالب به ثانياً .
الثالث : أولادها ، فالذين حصلوا قبل الاقرار أحرار ، ولا يلزم للزوج قيمتهم .
والحادثون بعده أرقاء ، لأنه وطئها عالمًا برقتها .

قال الامام : هذا ظاهر إن قبلنا الاقرار فيما يضر بالغير في المستقبل . فإن لم تقبله ، فيحتمل أن يقال بحريتهم لصيانة حق الزوج ، كما أدمننا النكاح صيانة له ، ويحتمل أن يقال برقيتهم ، وهو ظاهر ما أطلقه الأصحاب ، لأن الملوq متوهم فلا يحمل مستحقاً بالنكاح ، بخلاف الوطاء .

الرابع : تردد الامام في أنا إذا أدمننا النكاح ، تسلم إلى الزوج تسليم الاماء ، أم تسليم الحرائير ؟ فالظاهر : الثاني ، وإلا ، لعظم الضرر على الزوج واختلت مقاصد النكاح ، ويؤيده قول الشافعي رضي الله عنه في « المختصر » : لأصدقها على فساد النكاح ، ولا على ما يجب عليها للزوج .

الخامس : في المدة . وأما عدة الطلاق ، فإن كان رجعيًا وطلقها ، ثم أقرت ، فعليها ثلاثة أقراء ، وله الرجعة في جميعها ، لأنه ثبت ذلك بالطلاق . وإن أقرت ثم طلقها ، فكذلك على الصحيح الذي قطع به الأكثرون ، لأن النكاح أثبت له

الرجعة في ثلاثة أقراء . والثاني : تمتد بقرئين ، لأنه أمر يتعلق بالمستقبل كإطلاق أولادها ، وصححه أبو الفرج الزاز ، وحكاه عن ابن سريج . وإن كان الطلاق بائناً ، فهو كالرجعي على الأصح ، لأن المدة فيها لا تختلف . والثاني : تمتد بقرئين مطلقاً ، لأنها رقيقة وليست للزوج رجعة . وأما عدة الوفاة ، فلها شهرين وخمسة أيام ، عدة الاماء ، نص عليه ، سواء أقرت قبل موت الزوج أو بعده في المدة ، لأنها حق الله تعالى ، فقبل قولها في انتقاضها ، وليس فيها إضرار بأحد . وفي وجه : لا يجب عليها عدة الوفاة أصلاً ، لأنها تزعم بطلان النكاح من أصله وقد مات الزوج ، فعلى هذا ، إن جرى دخول ، لزمها الاستبراء . قال الامام : والقول في أنه بقرء ، أم بقرئين ، على ما سبق في التفريع على القول . فإن لم يجر دخول ، فهل تستبرئ بقرء كما لو اشترت من امرأة أو مجبوب ، أم لا استبراء أصلاً لانقطاع حقوق الزوج ؟ فيه احتمالان للامام ، وبالثاني قطع الغزالي . هذا كله إذا كان المقرأتى . فإن كان ذكراً فبلغ ونكح ثم أقر بالرق ، فإن قبلنا إقراره مطلقاً ، فهذا نكاح فاسد فيفرق بينها ، ولا مهر إن لم يقع دخول ، وإن وقع ، فعليه مهر المثل ، كذا قاله الجمهور . وقال في « المذهب » - وأبداه الامام احتمالاً - : أن عليه الاقل من مهر المثل والمسمى . ثم متعلق الواجب ذمته ، أم رقبته ؟ قولان . أظهرهما : الاول . وإن قبلنا إقراره فيما يضره دون غيره ، حكنا بانفساخ النكاح ، ولم نقبل قوله في المهر ، فعليه نصف المسمى إن لم يدخل ، وجميعه إن دخل ، ويؤدي ذلك مما في يده أو من كسبه في الحال أو المستقبل ، فإن لم يوجد ، ففي ذمته إلى أن يعتق .

الفرع الثاني (١) : إذا كانت عليه ديون وقت الاقرار بالرق وفي يده أموال ، فإن قبلنا إقراره مطلقاً ، فالأموال تسلم للمقر له ، والديون في ذمته . وإن قبلناه فيما يضره دون غيره ، قضينا الديون مما في يده . فإن فضل من المال شيء ، فهو للمقر له ، وإن بقي من الدين شيء ، ففي ذمته إلى أن يعتق .

(١) وقد تقدم الفرع الاول في أسفل الصفحة (٤٤٧) فليتنبه له .

الفروع الثالث : إذا باع أو اشترى بمد البلوغ ، ثم أقر بالرق ، فإن قبلنا الاقرار مطلقاً ، فالبيع والشراء باطلان ، فإن كان ماباعه باقياً في يد المشتري ، أخذه المقر له ، وإلا ، طالبه بقيمته . والتمن إن أخذه المقر وأتلفه ، فهو في ذمته إلى أن يعتق ، وإن كان باقياً رده ، وما اشتراه إن كان باقياً في يده ، رده إلى بائعه ، وإلا ، استرد الثمن من البائع ، وحق البائع يتعلق بذمته ، وإن قلنا : لا يقبل فيما يضر غيره ، لم نبطلها ، ثم ماباعه إن لم يستوف ثمنه ، استوفاه المقر له ، وإن كان استوفاه ، لم يطالب المشتري ثانياً ، وما اشتراه إن كان وزن ثمنه ، فقد تم العقد وسلم البيع للمقر له . وإن لم يزن ، فإن كان في يده مال حين أقر بالرق ، وزن الثمن منه ، وإلا ، فهو كافلاس المشتري ، فيرجع البائع إلى عين ماله إن كان باقياً ، وإلا ، فهو في ذمة المقر حتى يعتق .

الفرع الرابع : جنى ثم أقر بالرق ، فإن كانت الجنابة عمداً ، فعليه القصاص ، سواء كان المجني عليه حراً أو عبداً . وإن كانت خطأً ، فإن كان في يده مال ، أخذ الأرض منه ، كذا قاله البغوي ، وهو خلاف قياس القولين ، لأن أرض الخطأ لا يتعلق بها في يد الجاني حراً كان أو عبداً ، وإن لم يكن في يده مال ، تعلق الأرض برقبته على القولين . وقال القاضي أبو الطيب : إن قلنا : لا يقبل إقراره فيما يضر غيره ، فالأرض في بيت المال . فلو زاد الأرض على قيمة الرقبة ، فالزيادة في بيت المال على هذا القول قطعاً .

[الفروع الخامس : جنى عليه فقطع طرفه ، ثم أقر بالرق ، فإن كانت الجنابة عمداً والجاني عبداً ، اقتص منه . وإن كان حراً ، فلا قصاص ، ويكون كالخطأ . وإن كانت خطأً ، فإن قبلنا إقراره مطلقاً ، فعلى الجاني كمال قيمته إن صارت قتلاً ، وإلا ، فما تقتضيه جراحة العبد . وإن قبلناه فيما يضره دون غيره وكانت الجنابة قطع يد ، فإن لم يزد نصف القيمة على نصف الدية ، فالواجب نصف القيمة ، وإن زاد ، فهل يجب

نصف الدية ، أم نصف القيمة ؟ وجهان . أصحها : الاول . هذا كله تفريع على تعلق الدية بقتل اللقيط . وفيه وجه سبق أن الواجب الاقل من الدية والقيمة ، وذلك الوجه مطرد في الطرف .

فرع

لا فرق في جميع ما ذكرناه ، بين أن يقر بالرق ابتداءً ، وبين أن يدعي رقه شخص فيصدقه ، فلو ادعى رجل رقه ، فأنكره ، ثم أقر له ، ففي قبوله وجهان ، لأنه بالانكار لزمه أحكام الأحرار .

قلت : ينبغي أن يفصل ، فإن قال : لست بمبد ، لم يقبل إقراره بعده ، وإن قال : لست بمبد لك ، فالأصح القبول ، إذ لا يلزم من هذه الصيغة الحرية .
والله أعلم

فرع

ادعى مدّح رقه ، فأنكر ولا يئنه ، فإن قبلنا إقراره بالرق ، فله تحليفه ، وإلا ، فلا ، إلا إذا جعلنا اليمين مع النكول كالبيئة ، فله التحليف .

فصل

إذا قذف لقيطاً صغيراً ، عزّر ، وإن كان بالغا ، حدّ إن اعترف بحريته . فإن ادعى رقه ، فقال المقدوف : بل أنا حر ، فالقول قول المقدوف على الأظهر . وقيل :

قطعاً . ويجري الطريقان ، فيما لو قطع حر طرفه وادعى رقه وقال : بل أنا حر .
وقيل : يجب القصاص قطعاً ، لأن الحد يعني عنه التعزير ، لا شتراكهما في الزجر . فإن
لم نوجب القصاص ، أوجبتا الدية في اليدين ، ونصفها في إحداها على الأصح .
وعلى الثاني : القيمة أو نصفها . ولو قذف اللقيط واعترف بأنه [حر] ، حُدَّ حد الأحرار .
وإن ادعى أنه رقيق ، وصدقه المقذوف ، حُدَّ حد العبيد . وإن كذبه ، فأَيُ الحَدَّين
يُحَدُّ ؟ قولان بناءً على إقراره ، إن قبلناه مطلقاً ، فحد العبيد ، وإن منعناه فيما
يضر غيره ، فحد الأحرار . وحكى في «المعتمد» وجهاً : أنه إن أقرا مَين ، قبل إقراره
وحُدَّ حد العبيد ، وإن لم يَسمِين ، حُدَّ حد الأحرار .



تم - بعون الله تعالى وتوفيقه - الجزء الخامس من كتاب
« روضة الطالبين وعمدة المفتين » للإمام النووي
وبليه الجزء السادس ، وأوله : « كتاب الفرائض »

كتاب الفرائض

فيه عشرة أبواب .

[الباب الأول : في بيان أسباب التوريث والورثة وقدر استحقاقهم ، ونقدم عليه أنه يُبدأ من تركة الميت بمؤنة تجهيزه بالمعروف ما لم يتعلق به حق غيره . فان تعلق ، كالرهن ، وما يتعلق به زكاة ، والعبد الجاني ، والمبيع إذا مات المشتري مفلساً ، قدم حق الغير ، ثم تفضى ديونه من تركته ، وللورثة إمساك ماتركه ، وغرامة ماعليه من ما لهم كما سبق في كتاب الرهن ، ثم تنقذ وصاياه من ثلث الباقي ، ثم يقسم الباقي بين الورثة على فرائض الله تعالى .

فصل

أسباب التوريث أربعة : قرابة ، ونكاح ، وولاء ، وجهة الاسلام . والمراد بجهة الاسلام : أن من مات ولم يخلف وارثاً بالأسباب الثلاثة ، وفضل عنه شيء ، كان ماله ليت المال ، يرثه المسلمون بالمصوبة ، كما يحملون دينه . هذا هو الصحيح المشهور . وفي وجه : أنه يوضع في بيت المال على سبيل المصلحة ، لإرثاً ، لأنه لا يخلو عن ابن عم بعيد ، فألحق ذلك بالمال الضائع الذي لا يرجى ظهور مالكة . وحكى ابن اللبان والرويانى هذا قولاً . قال المتولي : فان جملناه إرثاً ، لم يجوز صرفه إلى المكاتبين والكفار . وفي جواز صرفه إلى القاتل وجهان . وجه الجواز : أن تهمة الاستعجال لا تتحقق هنا ، لأنه لا يمتنع مصرفاً لماله .

قلت : الأصح أو الصحيح : المنع . والله أعلم

وفي جواز صرفه إلى مَنْ أوصي له بشيء ، وجهان . أحدهما : لا ، لئلا يجمع بين الوصية والارث ، ويختر بينها . والثاني : يجوز .

قلت : الأصح : الجواز . والله أعلم

ولا خلاف أنه يجوز تخصيص طائفة من السليين ، ويجوز صرفه إلى مَنْ ولد بعد موته ، أو كان كافراً فأسلم بعد موته ، أورقيقاً فعتق .

قلت : قد ضم صاحب « التلخيص » ، إلى هذه الأسباب الأربعة سبباً خامساً ، وهو سبب النكاح ، وهو غير النكاح ، وذلك في المبتوتة في مرض الموت إذا قلنا بالقديم : إنها ترث . والله أعلم

فصل

في بيان المجمع على تووئهم

الرجال الوارثون خمسة عشر : الابن ، وابن الابن وإن سفل ، والأب ، والجد للأب وإن علا ، والأخ للأبوين ، والأخ للأب ، والأخ للأُم ، وابن الأخ للأبوين وابن الأخ للأب ، والمم للأبوين ، والمم للأب ، وابن العم للأبوين ، وابن المم للأب ، والزوج ، والمعتق .

والنساء الوارثات عشر : البنت ، وبنت الابن وإن سفل ، والأُم ، والجددة للأب ، والجددة للأُم - وإن علنا - والأخت للأبوين ، والأخت للأب ، والأخت للأُم ، والزوجة ، والمعتقة . والمراد بالمعتق والمعتقة ، مَنْ أعتق ، أو عسبة أدلى بمعتق .

ويدخل في لفظ المم ، عم الميت ، وعم أبيه ، وعم جده إلى حيث ينتهي ، وكذلك حيث أطلقنا لفظ المم في الورثة ، بخلاف الأخ ، فإن المراد به أخو الميت فقط .

فرع

إذا اجتمع الرجال الوارثون ، ورث منهم الابن ، والأب ، والزوج فقط . وإذا اجتمع النساء ، فالبت ، وبت الابن ، والأم ، والزوجة ، والأخت للأبوين . وإذا اجتمع الصنفان غير أحد الزوجين ، ورث خمسة : الأبوان ، والابن ، والبت ، وأحد الزوجين . ومن انفرد من الرجال ، حاز كل التركة ، إلا الزوج والأخ الأم . ومن قال بالرد ، لا يستثنى إلا الزوج . ومن انفردت من النساء ، لم تحزها إلا المعنقة . ومن قال بالرد ، يثبت لكلهن الحصة إلا الزوجة .

قلت : وليس في الورثة ذكر بدلي بأثني فيرث ، إلا الأخ الأم ، وليس فيهم من يرث مع من بدلي به إلا أولاد الأم . قال صاحب « التلخيص » ، والقفال وغيرهما : ليس لنا من يورث ولا يرث ، إلا الجنين في غرته ، والمعتق بعضه على الأظهر : أنه يورث . والله أعلم

صل

في ذوي الأرحام

هم كل قريب يخرج عن المذكورين في الفصل السابق . وإن شئت قلت : كل قريب ليس بذئ فرض ولا عصبية . وأما تفصيلهم ، فهم عشرة أصناف : أبو الأم ، وكل جد وجدة ساقطين ، وأولاد البنات ، وبنات الأخوة ، وأولاد الأخوات ،

وبنو الاخوة للأُم ، والمعم للأُم ، وبنات الاعمام ، والعمات ، والاخوال ، والخاللات .
ومنهم مَنْ يمدُّهم أحد عشر ، ويفصل الجد عن الجدة . ومنهم من يزيد على ذلك ، والمقصود لا يختلف ، فمؤلاء لا يرثون بالرَّحم شيئاً على الصحيح . وقال الزَّبي وابن سريج : إن لم يختلف الميت إلا ذا فرض لا يستغرق ، رُدُّ الباقي عليه ، إلا الزوج والزوجة ، فلا رد عليها . فإن لم يخلف ذا فرض ولا عصبه ، ورث ذوو الأرحام .

وقولنا : إن الصحيح أنهم لا يرثون ولا يرَدُّ ، هو فيما إذا استقام أمر بيت المال ، بأن ولي إمام عادل . أما إذا لم يكن إمام ، أو لم يكن مستجماً لشروط الامامة ، ففي مال من لاعصبه له ولا ذا فرض مستغرق وجهان . أصحابها عند أبي حامد وصاحب « المذهب » : لا يصرف إلى الرد ، ولا إلى ذوي الأرحام ، لانه للمسلمين ، فلا يسقط بفوات نائبهم . والثاني : أنه يرَدُّ ويصرف إلى ذوي الارحام ، لان المال مصروف إليهم أو إلى بيت المال بالاجماع . فاذا تعذر أحدهما ، تيمن الآخر ، وهذا اختيار ابن كج ، وبه أفق أكابر المتأخرين .

قلت : هذا الثاني ، هو الاصح أو الصحيح عند محققي أصحابنا ، وعن صححه وأفق به الامام أبو الحسن بن سُرَّاقة من كبار أصحابنا ومتقدميهم ، وهو أحد أعلامهم في الفرائض والفقه وغيرها ، ثم صاحب « الحاوي » ، والقاضي حسين ، والتولي ، والخبيري - بفتح الخاء المعجمة وإسكان الباء الموحدة - وآخرون ، قال ابن سُرَّاقة : وهو قول عامة مشايخنا . قال : وعليه الفتوى اليوم في الامصار ، ونقله صاحب « الحاوي » ، عن مذهب الشافعي رضي الله عنه ، قال : وغلط الشيخ أبو حامد في مخالفته ، قال : وإنما مذهب الشافعي منهم إذا استقام بيت المال .

والله أعلم

فان قلنا : لا يصرف إليهم ولا يرده ، فان كان في يد أمين ، نظر ، إن كان في البلد قاضٍ بشروط القضاء مأذون له في التصرف في مال المصالح ، دفع إليه ليصرفه فيها . وإن لم يكن قاضٍ بشرطه ، صرفه الأمين بنفسه إلى المصالح ، وإن كان قاضٍ بشرطه غير مأذون له في التصرف في مال المصالح ، فهل يدفعه إليه ، أم يفرقه الأمين بنفسه ، أم يوقف إلى أن يظهر بيت المال ومن يقوم بشرطه ؟ فيه ثلاثة أوجه .

قلت : الثالث ، ضيف ، والأولان حسان . وأصحهما : الاول . ولو قيل : يتخير بينهما ، لكان حسناً ، بل هو عندي أرجح . والله أعلم

وعلى الثاني ، وقوف مساجد القرى ، بصرفها صلحاء القرية في عمارة المسجد ومصالحه . أما إذا لم يكن في يد أمين ، فيدفع إليه ليفرقه . وإذا قلنا بالصرف إلى ذوى الأرحام ، فوجهان . أحدهما نقله ابن كج : أنه يصرف إلى الفقراء منهم ، يقدم الاحوج فالاحوج . والصحيح الذي عليه الجمهور : يصرف إلى جميعهم . وهل هو إرث ، أم شيء مصلحي ؟ فيه وجهان . أشبهها بأصل المذهب : أنه على سبيل المصلحة ، واختاره الروائي ، قال : ويصرف إليهم إن كانوا محتاجين ، أو إلى غيره من أنواع المصالح . فان خيف على رأس المال من حاكم الزمان ، صرف إلى الاصلح بقول مفتي البلدة .

قلت : الصحيح الذي عليه جمهور من قال من أصحابنا بتوريث ذوي الارحام : أنه يصرف إلى جميعهم على سبيل الميراث ، على تفصيل يأتي إن شاء الله تعالى

في الباب الثامن في كيفية توريثهم والرد . والله أعلم

فصل

في بيان ما يستحقه كل وارث من المجمع عليهم

وقدّم عليه أن من له سهم مقدّر في الكتاب أو السّنة، فهو صاحب فرض. ومن ورث بالاجماع ولا فرض له، فهو عصبه. وقولنا: بالاجماع، احتراز من ذوي الارحام، فإن من ورثهم لا يسميهم عصبه. وأصحاب الفروض قسمان. منهم من لا يرث إلا بالفرضية، وهم: الزوجان، والام، والجدة، وولد الام. ومنهم من يرث بالتعصيب أيضاً. ثم من هؤلاء من لا يجمع الجهتين دفعة، بل يرث إما بهذه، وإما بهذه، وهم البنات، وبنات الابن، والاخوات الأبوين، والاخوات للأب. ومنهم من يرث بها جماً وانفراداً، وهما: الاب، والجد. أما العصبه، فضربان.

عصبه بنفسه، وهو كل ذكر يُدلي إلى الميت بغير واسطة، أو بتوسط محض الذكور، وهؤلاء يأخذ المنفرد منهم جميع المال والباقي بعد أصحاب الفروض، وربما سقطوا.

قلت: هذا الذي قاله في حد العصبه، غير مطرد ولا منعكس، فانه يقتضي دخول الزوج - فان الغزالي وغيره عدّوه بمن يدلي بنفسه - وخروج الممتقة، فينبغي أن يقول: هو كل معتق وذَكَرَ نسيب يدلي إلى آخره. والله أعلم

وعصبه بغيره، وهم البنات، وبنات الابن، والاخوات للأبوين والأب، فيتعصبن باخوتهن، ويتمصّب الاخوات من الجهتين بالبنات وبنات الابن.

وقد يقال: العصبه ثلاثة. عصبه بنفسه، وبغيره، ومع غيره، على الترتيب المذكور. أما قدر المستحق، فللزوج نصف المال إذا لم يكن للينة ولد ولا ولد ابن، وربمة إن كان لها ولد أو ولد ابن منه أو من غيره. وللزوجة الربع إذا لم يكن

للميت ولد ولا ولد ابن ، والتمن إن كان له ولد أو ولد ابن منها أو من غيرها .
والزوجات يشتركن في الربع والتمن بالاجماع .

فصل

وأما الأم ، فلها ثلاثة أحوال . حال ترث ثلث المال إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن ، ولا اثنين من الاخوة والأخوات ، وحال سدسه إذا لم يكن له ولد أو ولد ابن ، أو اثنين من الاخوة والأخوات من أي جهة كانوا ، وحال يكون معها زوج وأب ، أو زوجة وأب ، فلها ثلث ما يبقى على الصحيح المعروف في المذهب . وقال ابن اللبان : لها الثلث كاملاً .

فصل

وأما الجدة ، فترث أم الأم وأمهاتها المدليات بمحض الاناث ، وأم الأب وأمهاتها كذلك ، وفي أم أب الأب ، وأم من فوقه من الأجداد وأمهاتهن قولان . المشهور : أنهن وارثات . والثاني : لا ، نقله أبو ثور . وأما الجدة المدلية بذَكَرَيْنِ أُنثَيْنِ ، كأم أب الأم ، فلا ترث ، بل هي من ذوي الأرحام كما سبق ، فحصل في ضبط الجدات الوارثات على المشهور عبارتان .

إحداهما : أن يقال : هي كل جدة أدات بمحض إناث أو بمحض ذكور ، أو بمحض الاناث إلى محض الذكور .

الثانية : التي لاتدلي بمحض الوارثين غير وارثة ، والباقيات وارثات . وعلى منقول أبي ثور : لاترث جدة تدلي بغير وارث ، ولا من وقع في آخر نسبها أبوان

فصاعداً ، وللجدة الواحدة السدس . وإن اجتمع جدتان فصاعداً وارثات ، اشتركن في السدس ، فلو أدلت إحداها بجنتين ، كأمراة تزوج ابن بنتها بنت بنتها الاخرى ، فولد لها ولد ، فهذه المرأة أم أم أبيه ، وأم أم أمه . فإذا مات الولد وخلف هذه ، وجدة أخرى هي أم أبي أبيه ، أو أدلت بثلاث جهات فأكثر ، بأن نكح الولد في المثال المذكور بنت بنت أخرى لتلك المرأة ، فولد لها ، فالمرأة جدة للولد الثاني من ثلاثة أوجه ، فالصحيح : أن السدس بينها سواء . والثاني : يوزع على الجهات ، قاله ابن سريج ، وابن حربويه .

فرع

في تنزيل الجدات

لك أم وأب ، وهما في الدرجة الأولى من أصولك ، ولأبيك أم وأب ، وكذلك لأمك ، فالاربعة هم الواقفون في الدرجة الثانية من درجات أصولك ، وهذه هي الدرجة الاولى من درجات الاجداد والجدات ، ثم أصولك في الدرجة الثالثة ثمانية ، لان لكل واحد من الاربعة أباً وأماً ، وفي الدرجة الرابعة ستة عشر ، وفي الخامسة اثنان وثلاثون ، والنصف من الاصول في كل درجة ذكور ، والنصف إناث ، وهن الجدات ، ففي الدرجة الثانية من الاصول جدتان ، وفي الثالثة أربع ، وفي الرابعة ثمان ، وفي الخامسة ست عشرة ، وهكذا يتضاعف عددهن في كل درجة . [ثم] منهن وارثات وغير وارثات ، فإذا سئلت عن عدد من الجدات الوارثات على أقرب ما يمكن من النازل ، فأجمل درجن بعدد المسؤول عنه ومحض نسبة الاولى إلى الميت من أمهات ، ثم أبدل من آخر نسبة الثانية أما بأب ، وفي آخر نسبة الثالثة أمين بأبوين ، وهكذا تنقص من الامهات وتزيد في الآباء حتى تتمحض نسبة الاخيرة آباء .

مثاله : سئلت عن أربع جدات ، فقل : هن أم أم أم ، وأم أم أم أب ه
وأم أم أبي أب ، وأم أبي أبي أب ، فالاولى من جهة أم الميت ، والثانية من
جهة أبيه ، والثالثة من جهة جده ، والرابعة من جهة أبي جده . وهكذا إذا
أردت زيادة زدت لكل واحدة أباً . وإذا أردت معرفة من يحاذي الوارثات مع
الساقطات ، فإن كان السؤال عن جدتين على أقرب ما يمكن ، فليس في درجتها
غيرهما . وإن كان السؤال عن أكثر ، فأتى من عدد الوارثات اثنين أبداً ، وضعف
الاثنين بعدد ما بقي منهن ، فما بلغ فهو عدد الجدات في تلك الدرجة الوارثات والساقطات.
فاذا عرفت الوارثات منهن ، فالباقيات الساقطات .

مثاله : خذ من الاربع اثنين وضعفها مرتين ، لان الباقي اثنان ، فيبلغ ثمانية،
فهن الوارثات والساقطات ، وإذا فرضت ثلاث جدات ، فخذ من الثلاثة اثنتين ،
وضعفها مرة ، لان الباقي واحد ، فيبلغ أربعة ، فهو عددهن ، في هذه الدرجة ثلاث
وارثات ، وواحدة ساقطة . واعلم أن الوارثات في كل درجة من درجات الاصول بعد
تلك الدرجة ، ففي الثانية ثنتان ، وفي الثالثة ثلاث ، وفي الرابعة أربع . وهكذا
في كل درجة لا تزيد إلا وارثة واحدة وإن تضاعف عددهن في كل درجة ، وسببه
[أن] الجدات ما بلغن ، فنصفهن من قبل الام ، ونصفهن من قبل الاب ، ولا يرث
من قبل الام إلا واحدة ، والباقيات من قبل الاب . فاذا صعدنا درجة ، تبدلت
لكل واحدة منهن بأما ، وزادت أم الجد الذي صعدنا إليه ، ولا يخفى أن معظم
ما ذكرنا في تنزيل الجدات ، تفريع على المشهور . فأما على منقول أبي ثور ، فلا يرث
إلا جدتان .

فصل

وللأب ثلاثة أحوال ، حال يرث بمحض الفرض ، وهو إذا كان معه ابن ، أو ابن ابن ، فله السدس ، والباقي للابن أو ابن الابن . وحال يرث بمحض المصوبة ، وهو إذا لم يكن ولد ولا ولد ابن ، وحال يرث بهما ، وهو إذا كان معه بنت ، أو بنت ابن ، أو بنات ، فله السدس فرضاً ؛ ولهن فرضهن ، والباقي له بالتمصيب .

فصل (١)

الجد كالأب في الميراث ، إلا في مسائل .
إحداها : الأب يُسقط الاخوة والاخوات مطلقاً ، والجد لا يسقط الاخوة والأخوات الأبوين أو الأب . وميأتي تفصيلهم إن شاء الله تعالى .
الثانية : الأب يرث الأم إلى ثلث ما يقي في صورتني زوج وأبوين [وزوجة وأبوين] كما سبق . ولو كان بدله جد ، كان للأم الثلث كاملاً .
الثالثة : الأب يسقط أم نفسه وأم كل جد ، والجد لا يسقط أم الأب وإن أسقط أم نفسه ، وأبو الجد ومن فوقه كالجد ، لكن كل واحد يحجب أم نفسه ، ولا يحجبها من فوقه .
الرابعة : سبق أن الأب يجمع بين الفرض والتمصيب ، وفي الجد في مثل ذلك الحال وجهان . أحدهما : أنه مثله . والثاني : لا ، بل يأخذ الباقي بعد البنت أو البنات بالتمصيب فقط ، والجمع بينها خاص بالأب . وهذا خلاف في العبارة فقط ، والمأخوذ لا يختلف .

قلت : أصحها وأشهرها : الأول . والله أعلم

فصل في الأولاد

فالابن الواحد يستغرق جميع المال بالاجماع ، وكذا جماعة الابناء يستغرقونه ،
ولبنت النصف ، وللبنتين فصاعداً الثلثان . فان اجتمع الصنفان ، فللذكر مثل
حظ الانثيين .

فرع

إذا اجتمع أولاد الصلب وأولاد ابن أو بنين ، فان كان في أولاد الصلب
ذكر ، لم يرث أولاد الابن ، وإلا ، فان كان ولد الصلب بنتاً ، فلها النصف ، ثم
ينظر ، فان كان ولد الابن ذكراً ، فالباقي له . وإن كانوا ذكوراً ، أو ذكوراً
وإنثاء ، فالباقي بينهم للذكر مثل حظ الانثيين . وإن كان ولد الابن بنتاً ، فلها السدس ،
وإن كن بنات ، فالسدس بينهن . وإن كان ولد الصلب بنتين فصاعداً ، فلهن الثلثان ،
ولا شيء لبنات الابن . فان كان معهن أو أسفل منهن ذكر ، عصبن في الباقي
للذكر مثل حظ الانثيين . وسواء كان الذي في درجتهم أخاهن أو أخابعضهن ،
أو ابن عمهن ، وإنما يعصبن إذا لم يكن لهن فرض كما ذكرنا . فلو خلفت بنت
صلب ، وبنت ابن ، وابن ابن ابن ، وبنت ابن ابن ، فللبنت النصف ، ولبنت الابن السدس فرضاً ،
والباقي بين الأسفلين للذكر مثل حظ الانثيين ، ولا يعصب ابن الابن من كان
أسفل منه ، بل يختص بالباقي . وأولاد ابن الابن مع أولاد الابن ، كأولاد الابن
مع أولاد الصلب في كل تفصيل ، وكذا في كل درجة فاقلة مع درجة عالية ، حتى
إذا خلفت بنت ابن ، وبنت ابن ابن ، فللملأ النصف ، وللأسفل السدس . ولو خلفت

بنتي ابن ، وبنت ابن ابن ، فلبنتي الابن الثلثان ، ولا شيء للسفلى ، إلا أن يكون في درجتها أو أسفل منها من يعصبها .

فرع

ليس في الفرائض من يعصب أخته وعمته ورحمة أبيه . وجده وبنات أعمامه وبنات أعمام أبيه وجده ، إلا المستقل من أولاد الابن .

فصل

في الاخوة والاخوات

أما الاخوة والأخوات من الأبوين إذا انفردوا ، فكأولاد الصلب ، المذكور جميع المال ، وكذا للجماعة ، وللأخت الفردة النصف ، والأختين فصاعداً الثلثان ، فإن اجتمع الاخوة والأخوات ، فالذكر مثل حظ الانثيين بنص القرآن .

فرع

الاخوة والأخوات الأب ، عند انفردام كالاخوة والأخوات الأبوين ، إلا في المشرقة ، وهي زوج ، وأم ، وأخوان لأم ، وأخوان الأبوين ، فالزوج النصف ، والأم السدس ، والأخوين الأم الثالث يشاركون فيه الأخوان الأبوين . هذا هو المشهور والمذهب ، وبه قطع الأصحاب . وحكى أبو بكر بن لال من أصحابنا في المسألة قواين . ثانيها : سقوط الأخوين الأبوين بحسب اختلاف الرواية عن زيد رضي الله عنه ،

والرواية عن زيد رضي الله عنه مختلفة كما ذكر ، لكن لم أجد لغيره نقل قول للشافعي رضي الله عنه ، لكن ذهب ابن اللبان وأبو منصور البغدادي ، إلى الاسقاط ، فعلى المذهب : للتشريك أربعة أركان . أن يكون في المسألة زوج ، وأم أو جدة ، واثنتان فصاعداً من ولد الأم ، وأن يكون من أولاد الأبوين ذكر ، إما وحده ، وإما مع ذكور أو إناث ، أو كليهما ، فإن لم يكن من الأبوين ذكر ، بل كان مع الأركان الثلاثة أخت أو أختان الأبوين أو الأب ، فلا تشريك ، بل يفرض الواحد النصف ، وللاثنتين فصاعداً الثلثان ، وتعال المسألة . ولو كان ولد الام واحداً ، فله السدس ، والباقي للعصبة من أولاد الأبوين ، أو الأب ، ولو كان بدل أولاد الأبوين إخوة أب ، سقطوا بالاتفاق ، لانه ليس لهم قرابة أمّ فيشاركون أولاد الأم ، فافتقر الصنفان في هذه المسألة . وإذا شركنا في الثلث بين أولاد الام وأولاد الأبوين ، تقاسموه سواءً ، ذكرهم كأنثاهم ، لانهم يأخذونه بقرابة الأم .

قلت : قد ذكرنا أنه لو عُدِم في التشريك ولد الأبوين ، وكان هناك أخت الأب ، فلها النصف فرضاً . فلو كان معها أخوها لاب أيضاً ، سقط وأسقطها ، لانه لا يفرض لها معه ، فلا تشريك . والله أعلم

فرع

لو اجتمع أولاد الأبوين وأولاد الأب ، فهو كاجتماع أولاد الصلب وأولاد الابن ، فأولاد الأبوين كأولاد الصلب ، وأولاد الأب كأولاد الابن . فان كان في أولاد الأبوين ذكر ، حجب أولاد الاب ، وإلا ، فان كانت أنثى فقط ، فلها النصف ، الباقي لأولاد الأب إن كانوا ذكوراً ، أو ذكوراً وإناثاً . وإن تحضن إناثاً ، أو أنثى فقط ،

فلن أُولها السدس تكملة الثلثين . وإن كان من أولاد الابوين ثنتان فأكثر ، فلها الثلثان ، ولا نية لأولاد الاب ، إلا أن يكون فيهن ذكر ، فيعصب الأناث . ولا يعصب الاخت إلا مَنْ في درجتها بخلاف بنت الابن ، فانه يعصبها من هو أسفل منها . فلو خَلَفَ اختين لابوين ، وأختاً لاب ، وابن أخ لاب ، فلأختين الثلثان ، والباقي لابن الاخ ، وتسقط الاخت الأب .

فرع

الاخوة والاختوات الأم، لواحد من السدس ذكراً كان أو أنثى ، وللاثنتين فصاعداً الثلث يقسم بين ذكورهم وإناثهم بالسوية .
قلت : أولاد الام يخالفون غيرهم في خمسة أشياء ، فيرثون مع مَنْ يُدُلُّون به ، ويرث ذكورهم المنفرد كأنتاهم المنفردة ، ويتقاسمون بالسوية . والرابع : أن ذكورهم بدلي بأنثى ، ويرث . والخامس : يحبسون من يُدُلُّون به ، وليس لهم نظير . والله أعلم

فرع (١)

بنو الاخوة من الابوين أو الاب يُنَزَّلُ كل واحد منهم منزلة أبيه في حالتي الانفرد والاجتماع ، فيستغرق الواحد [والجماعة] للمال عند الانفرد ، وما فضل عن أصحاب الفروض ، وعند الاجتماع يسقط ابن الاخ الأب ، لكنهم يخالفون الاخوة في أمور .

- أحدها : أن الاخوة يردّون الأم من الثلث إلى السدس ، وبنوم لا يردّونها .
الثاني : أن الاخوة الأبوين والأب يقاسمون الجد ، وبنوم يسقطون به .
الثالث : لو كان بنو الاخوة الأبوين بدل آبائهم في المشرّكة سقطوا .
الرابع : الاخوة الأبوين والأب يعصّبون أخواتهم ، وبنوم لا يعصّبون أخواتهم .
قلت : ويخالفونهم في ثلاثة أشياء آخر .
أحدها : الاخوة للأبوين ، يحبّبون الاخوة الأب ، وأولادهم لا يحبّبونهم .
والثاني : الاخ من الأب ، يحبّب بني الاخ من الابوين ، ولا يحبّبهم ابنه .
الثالث : بنو الاخوة لا يرثون مع الاخوات إذا كن عصبات مع البنات .

والله أعلم

فصل

الأخوات الأبوين والأب ، مع البنات وبنات الابن ، عصبات كالاخوة . حتى لو خلفت بنتاً وأختاً ، فلبنت النصف ، والأخت الباقي . ولو خلفت بنتين فصاعداً ، أو أختاً أو أخوات ، فلبنتان الثلثان ، والباقي للأخت أو الاخوات . ولو كان معهن زوج ، فلبنتين الثلثان ، وللزوج الربع ، والباقي للأخت أو الاخوات . ولو كان معهن [أم] ، عات المسألة ، وسقطت الاخت والاخوات ، كما لو كان معهن أخ . ولو خلف بنتاً وبنت ابن وأختاً ، فلها النصف ، والسدس لبنت الابن ، والأخت الباقي . وإذا اجتمعت الاخت للأبوين والاخت الأب مع البنت وبنت الابن ، فالباقي للأخت للأبوين ، وسقطت الاخت الأب . ولو خلف بنتاً وأختاً لابوين وأختاً لأب ، كان الباقي

للأخت ، وسقط الاخ بها كسقوطه بالاخ للأبوين . ولو خلف بنتاً ، وأخاً وأختاً لأبوين ،
فالباقى بينهما الذكر مثل حظ الانثيين .

فرع

خلف بنتاً ، وثلاث أخوات أو إخوة متفرقين ، فلبنت النصف ، والباقى للأخت
أو للأخ للأبوين ، وسقط الباقرن .

فصل

العم للأبوين أو للأب ، كالأخ من الجهتين ، في أن من انفرد منها يأخذ جميع
المال ، أو مابقى بعد الفرض . وإذا اجتمعا ، أسقط العم للأبوين العم الأب .

الباب الثاني

في بيان العصباء وترتيبهم

فالأقرب منهم يسقط الأبعد . وجملة عصباء النسب : الابن والاب ومن يدلي
بهما ، ويقدم منهم الابناء ، ثم بنوهم وإن سفلوا ، ثم الاب ، ثم الجدة والاخت
للأبوين أو للأب ، وهم في درجة ، ولذلك يتقاسمون على تفصيل يأتي إن شاء الله
تعالى . وأبو الجد وإن علا مع الاخ ، كالجدة مع الاخ ، فيتقاسمان لقوة الجدوة ، ووقوع
الاسم في القريب والبعيد . هذا هو المنصوص والمذهب والمعروف . وقال الامام :
الذي رأيته في ذلك - يعني للأصحاب - أن أبا الجد ، يكون له السدس ، والباقى
للأخ . ثم قال : وفي القلب من هذا شيء ، وأبدي المذهب المنصوص احتمالاً .

وإذا لم يكن أخ ، فالمقدم الجد ، ثم أبوه وإن علا ، ويسقط ابن الاخ بالجد العالي سقوطه بالادنى ، وفي « النهاية » وجه ضعيف : أن أبا الجد وابن الاخ يتقاسمان ، والصحيح المعروف هو الاول ، فانا إذا قدمنا نوعاً على نوع ، لانتظر إلى القرب والبعد . ألا ترى أن ابن الاخ وإن سفل ، مقدم على العم مع قربه . وإذا لم يكن جد ، فالاخ من الابوين ، ثم من الاب ، ثم بنو الاخوة من الابوين ، ثم من الاب ، وكذلك بنوهم وإن سفّلوا ، ثم العم من الابوين ، ثم من الاب ، ثم بنو العم كذلك ، [ثم عمّ الاب من الابوين ، ثم من الاب ، ثم بنوها كذلك ، ثم عم الجد من الابوين ، ثم من الاب ، ثم بنوها كذلك] ، إلى حيث ينتهون . فان لم يوجد أحد من عصبات النسب ، والميت عتيق ، فالمصوبة لمعتقه . فان لم يكن المعتق حياً ، فلمصباته ، فان لم يوجدوا ، فلمعتق المعتق ، ثم لمصباته إلى حيث ينتهون . فان لم يكن عتيقاً ، وأبوه أو جدّه عتيق ، ثبت الولاء عليه لمعتق الاب أو الجد على ما سيأتي في كتاب الولاء إن شاء الله تعالى . فان لم يكن أحد منهم ، فللمال ليت المال .

فرع

البعيد من الجهة المقدمة ، يقدم على القريب من الجهة المؤخّرة .
مثاله : ابن الابن وإن سفل ، يقدم على الاب ، وكذلك ابن الأخ وإن سفل ، يقدم على العم ، وكذلك ابن العم النازل ، يقدم على عم الأب ، وإذا اتحدت الجهة ، قديم الأقرب . فان استويا في القرب ، قدم من يبدلي بالأبوين على من يبدلي بالأب .
مثاله : الاخ الأبوين ، يقدم على الاخ الأب ، وابن الأخ الأب ، يقدم على ابن ابن الاخ للأبوين ، وكذا القول في بني العم وبني عم الاب .

فرع

إذا اشترك اثنان في جهة عصوبة ، واختص أحدهما بقراءةٍ أخرى ، كابني عم أحدهما أخ لام ، نظر ، إن أمكن التوريث بالقراءة الاخرى لفقد الحاجب ، فالتص أنه يورث بها ، فالأخ للأُم يأخذ السدس ، والباقي بينها بالمصوبة . ونص فيما لو ترك ابني عم معتيقه وأحدهما أخو المعتق لأمه : أن جميع المال للذي هو أخوه لأمه . ولالأصحاب فيها طريقان .

أحدهما : جعلها [على] قولين . أحدهما : ترجيح الاخ الأم ، فيأخذ جميع المال في الصورتين ، لأنها استويا في المصوبة وزاد بقراءة الام ، فأشبهه الاخ من الابوين مع الاخ الأب . والثاني : لا ترجيح ، لان مزبئته بجهة تُفرض لها ، فلا يُسقط من يشاركه في جهة المصوبة كابني عم أحدهما زوج . فعلى هذا ، في النسب له السدس فرضاً ، والباقي بينها بالمصوبة . وفي الولاء لا يمكن توريثه بالفرضية ، فالمال بينها سواء بالمصوبة .

والطريق الثاني ، وهو المذهب : القطع بالنصوص في الموضعين . والفرق : أن الاخ الأم في النسب يرث ، فأعطي فرضه ، واستويا في الباقي بالمصوبة ، وفي الولاء لا يرث بالفرض ، فرجّح من يُدلي بقراءة الام . وهذا كله تفريع على أن أخا المعتق من أبويه ، يقدم على أخيه من أبيه ، وفيه خلاف نذكره قريباً إن شاء الله تعالى . ويجري الطريقان ، فيما لو ترك ابني عم أبيه وأحدهما أخوه لأمه . فلو تركت المرأة ابني عم أحدهما زوجها ، والآخر أخ لام ، فعلى المذهب : للزوج النصف ، وللآخر السدس ، والباقي بينها بالنسبة . وإن رجحنا الاخ الأم ، فالباقي كله له . ولو تركت ثلاثة بني أعمام أحدهم زوج ، والثاني أخ لأم ، فعلى المذهب ، للزوج النصف ، والأخ السدس ، والباقي بينهم بالسوية . وإن رجحنا الاخ للأم ، فللزوج النصف ، والباقي

للأخ . هذا كله إذا أمكن توريث المختص بتلك القرابة . أما إذا لم يكن لحاجب ، بأن ترك بنتاً وابني عم أحدهما أخ لام ، فوجهان . أصحها : للبنت النصف ، والباقي بينهما بالسوية ، لأن إخوة الام سقطت بالبنت . والثاني : أن الباقي للأخ وحده ، وبه قال ابن الحداد ، واختاره الشيخ أبو علي ، كما لو اجتمع مع البنت أخ لابوين وأخ لاب . وإذا قلنا بالأصح ، فترك ابن عم لابوين ، وآخر لاب وهو أخ لام ، فللثاني السدس بالإخوة ، والباقي الأول ، وتسقط به عصوبة الثاني . ولو تركت ثلاثة بني أعمام متفرقين ، والذي هو لأم زوج ، والذي هو لأب أخ لأم ، فللزوجة النصف ، وللأخ السدس ، والباقي للآخر . ولو ترك أخوين لأم ، وترك سواهما أخوين لأم أحدهما ابن عم ، فلها الثلث بالإخوة ، والباقي لابن العم منها بلا خلاف . ولو ترك ابني عم ، أحدهما أخ لأم ، وترك سواهما أخوين لأم أحدهما ابن عم ، فلخالص أنه ترك أخوين هما ابنا عم ، وأخاً ليس بابن عم . وابن عم ليس بأخ ، فالثلث للإخوة الثلاثة ، والباقي لبني الأعمام الثلاثة .

فصل

في عصابات المعتق

قد سبق أن من لاعصبة له من النسب ، فماله أو مايفضل عن الفروض لمعتقه إن كان عتيقاً ، سواء كان المعتق ذكراً أو أنثى . فإن لم يوجد المعتق ، فالاستحقاق لعصباته من النسب الذين يتعصبون بأنفسهم دون من يعصبهم غيرهم ، فلا ترث النساء بالولاء ، إلا بمن أعتقن ، أو أعتق من أعتقن ، أو جرّ الولاء اليهن من أعتقن . وإن شئت قلت : لا ترث امرأة بولاء ، إلا معتقها ، أو متمتياً إليه بنسب أو ولاء ، لأن الولاء أضعف من النسب البعيد . وإذا بعُد النسب ، ورث الذكور دون الاناث ،

فيرث ابن الاخ والم وابنه، دون أخواتهم . فإذا لم ترث بنت الاخ ، فبنت المتيق
أولى ، ثم الذين يتعصبون بأنفسهم، ترتيبهم في الولاء كترتيبهم في النسب ، فيقدم
ابن المتيق وابن ابنه على أبيه وجده ، لكن يفرق الترتيبان في مسائل .

إحداها : في الاخ للأبوين مع الاخ الأب طريقان . المذهب : يقدم الاخ
للأبوين كما في النسب . والثاني: على قولين. ثانيها : يتساويان، إذ لامدخل لقراءة الام هنا.

الثانية : في الجد والاخ قولان. أظهرهما عند الشيخ أبي حامد وأبي خلف الطبري
والأكثرين: أن الاخ مقدم . والثاني : يتساويان كالنسب، ورجحه البغوي . فإن قلنا :

يتساويان ، فطريقان . أحدهما نقله الحنطلي وغيره : فيه وجهان . أحدهما : للجد
ما هو خير له من المقاسمة وثالث المال ، كما سيأتي إن شاء الله تعالى في النسب .
وأصحها : أنه يقاسم الاخوة أبداً ، لأنه لامدخل للفرض والتقدير في الولاء .

والطريق الثاني وهو المذهب وبه قطع الجمهور : القطع بالمقاسمة أبداً . ولو اجتمع

مع جد المتيق إخوة لأبوين ، وإخوة لأب ، فوجهان . أحدهما وهو اختيار
ابن اللبان : يمدّ الاخوة من الأب على الجد ، كما في النسب . وأصحهما وبه

قال ابن سريج والأكثر : لا يمدّون، بل الجد والأخ الأبوين يقتسمان ، والفرق
أن الاخوة الأب قد يأخذون شيئاً في النسب، كما إذا كان معهم أخت الأبوين وجدّ،

وهنا لا يأخذون شيئاً بحال ، لانه لا يرث هنا إلا ذكر ، ولا يرث الاخ الأب
مع الاخ الأبوين ، فيبعد أن يدخل في القسمة من لا يأخذ بحال . وعلى هذا القول

الجد أولى من ابن الأخ على الأصح كالنسب . وقيل : يستويان . قال البغوي
تقريباً على هذا القول : الأخ أولى من أبي الجد، وأبو الجد مع ابن الاخ يستويان.

وإذا قلنا بالظاهر : إن الاخ مقدم على الجد، فإن الاخ مقدم أيضاً كابن الابن ،
والقولان في الاخ والجد يجريان في المم مع أبي الجد ، وفي كل عم اجتمع هو

وجدّ إذا أدلى ذلك المم بابن ذلك الجد ، ولا خلاف أن الجد أولى من المم .

المسألة الثالثة : إذا كان للمعتق ابنا عم أحدهما أخ ، فالذهب والمنصوص : أنه مقدّم كما سبق في الفصل قبله .

فرع

إذا لم يوجد أحد من عصبات المعتق، فللال لمعتق المعتق، ثم لعصباته على النسق المذكور في عصبات المعتق ، ثم لمعتق معتق المعتق . وعلى هذا القياس . والقول في معتق الاب والجد وقواعد آخر ومسائل عويصة نذكره إن شاء الله تعالى في كتاب الولاء .

الباب الثالث

في ميراث الجد مع الاخوة

إذا كان مع الجد إخوة وأخوات من الابوين ، أو من الاب ، لم يسقطوا على الصحيح . وقال المزني : يسقطون ، واختاره محمد بن نصر المروزي من أصحابنا ، وابن سريج ، وابن اللبان ، وأبو منصور البغدادي . والتفريع على الصحيح ، فنقول : إذا كان مع الجد إخوة وأخوات من الابوين أو من الاب ، فإن لم يكن معهم ذو فرض ، فللجد الاوفر من مقامتهم وثلاث جميع المال . فإن قاسم ، كان كأخ . وإن أخذ الثلث ، فالباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وقد يستوي الامران ، فلا يكون فرق في الحقيقة ، ولكن الفرضيون يلقطون بالثلث ، لانه أسهل . وإنما تكون القسمة أوفر إذا لم يكن معه إلا أخ ، أو أخت ، أو أخ وأخت ، أو أختان ، أو ثلاث أخوات ، فهي خمس مسائل . وإنما يستويان ، إذا لم يكن معهم إلا أخوان أو أخ وأختان ، أو أربع أخوات . وفيما عدا ذلك ، الثلث أوفر . وضابطه أن

الاخوة والاختوات ، إن كانوا مثليه ، فالقسمة والثلث سواء . وإن كانوا دون مثليه ، فالقسمة أوفر . وإن كانوا فوق مثليه ، فالثلث أوفر . وإن كان معهم صاحب فرض-وأصحاب الفروض الوارثون مع الجد والاخوة ستة: البنت، وبنت الابن، والام، والجدة ، والزوج، والزوجة-فأما أن لا يبقى بعد الفروض شيء، كبنتين وأم وزوج ، فيفرض للجد السدس، ويزاد في المول. وإما أن يبقى السدس فقط، كبنتين وأم ، فيصرف إلى الجد . وإما أن يبقى دون السدس ، كبنتين وزوج ، فيفرض للجد السدس، وتعال المسألة . وعلى هذه التقديرات الثلاثة يسقط الاخوة والاختوات. وإما أن يكون الباقي أكثر من السدس ، فللجد خير الامور الثلاثة ، وهي مقاسمة الاخوة والاختوات ، وثلث ما يبقى ، وسدس جميع المال . أما إذا كان معه إخوة وأخوات لابوين ولاب ، فللجد خير الامرين إن لم يكن هناك ذو فرض ، وخير الامور الثلاثة إن كان ، كما إذا لم يكن إلا أحد الصنفين ، لكن هنا بعدد أولاد الابوين أولاد الاب على الجد في القسمة . ثم إذا أخذ الجد حصته ، نظر، إن كان ولد الابوين عصبه ، إما ذكراً ، وإما ذكوراً ، وإما ذكوراً وإناثاً، فلهم كل الباقي ، ولا شيء لولد الاب. وإن لم يكن عصبه، بل أنثى ، أو إناث ، فالانثتان فصاعداً يأخذون إلى الثلثين ولا يبقى شيء ، فيسقط أولاد الاب ، والواحدة تأخذ إلى النصف . فان بقي شيء ، فلأولاد الاب ذكوراً كانوا أو إناثاً الذكر مثل حظ الانثيين .

فرع

إذا كان الصنفان معه، وكان غير القسمة خيراً له، بأن كان معه أخت الأبوين، وأخوان، أو أربع أخوات فصاعداً الأب ، فللجد الثلث . قال بعض الفرضيين : يجعل الباقي

بين ولد الأبوين وولد الأب ، ثم يرث ولد الأب على ولد الأبوين قدر فرضه .
قال ابن اللبان : والصواب ، أن يفرض للأخت الأبوين النصف ، ويجعل الباقي
لأولاد الأب .

فرع

لا فرق فيما ذكرناه بين أن يتمحض مع الجد إخوة أو أخوات ، أو يتمخلطوا ،
فالجد في الأحوال كلها كأنه ، والأخوات معه كهن مع أخ ، فلا يفرض لهن
[معه] ، ولا تعال مسألة بسبب ، بخلاف الجد حيث فرضنا له وأعلنا ، لأنه صاحب
فرض بالجدودة ، فرجع إليه لضرورة . وهذا أصل مطرد ، إلا في المسألة الأكدرية ،
وهي زوج ، وأم ، وجد ، وأخت للأبوين أو للأب ، فللزوجة النصف ، والأم الثلث ،
وللجد السدس ، ويفرض للأخت النصف ، وتعمل من ستة إلى تسعة ، ثم يجمع
نصيب الأخت والجد ، ويجعل بينهما أثلاثاً . ونصح من سبعة وعشرين ، للزوج
تسعة ، والأم ستة ، والأخت أربعة ، وللجد ثمانية . ويتمحن بها فيقال : وراث
أربعة ، أخذ أحدهم ثلث المال ، والثاني ثلث الباقي ، والثالث ثلث الباقي ، والرابع
الباقي . ولو كان بدل الأخت أخ ، سقط ، إذ لا فرض له . ولو كانت أختان ،
فللزوجة النصف ، والأم السدس ، وللجد السدس ، والباقي لهما ، ولا عول ، [وبالله التوفيق] .

الباب الرابع

في الحجب

هو نوعان ، حجب نقصان - كحجب الولد الزوجة من النصف إلى الربع ،
والزوجة من الربع إلى الثمن ، والأم من الثلث إلى السدس - وحجب حرمان ،

وهو المقصود بالذكور ، فالورثة قسمان . قسم لا يتوسط بينهم وبين الميت غيرهم ، وهم :
الأبوان ، والزوجان ، والأولاد ، فهؤلاء لا يحجبهم أحد . وقسم يتوسط بينهم وبينه غيرهم ،
وهم ثلاثة أضرب .

[الضرب الأول : المنتسبون إلى الميت من جهة الملو ، وهم الأصول . فالجد
لا يحجبه إلا الأب ، وكذلك كل جد يحجب من فوقه . وأما الجدات ، فقد يحجبهن
غيرهن ، وقد يحجب بعضهن بعضاً . فأما الأول ، فالأم تحجب كل جدة ، سواء كان
من جهتها ، أو من جهة الأب ، كما يحجب الأب كل من يرث بالأبوة ، والأب
يحجب كل جدة من جهته ، وكذا كل جد يحجب أم نفسه وأم آباءه ، ولا يحجب
أم من دونه ، والأب والجداد لا يحجبون الجدة من جهة الأم قريبة كانت أو بعيدة
بالاجماع . وأما حجب بعضهن ، فالقربى من كل جهة تحجب البعدي من تلك
الجهة ، وهذا من جهة الأم لا يكون إلا والبعدي مُدلية بالقربى ، ومن جهة الأب
قد يكون كذلك ، فالحكم كمثل ، وقد [لا] يكون ، كأب الأب ، وأم أب الأب ،
ففيه اختلاف عن الفرضيين ، والذي ذكره البغوي وغيره : أن القربى تحجب
البعدي أيضاً .

قلت : هذا هو الصحيح المعروف . والله أعلم

ولو كانت البعدي مدلية بالقربى ، لكن البعدي جدة من جهة أخرى ، فلا تحجب .
مثاله : لزينب بنتان ، حفصة ، وعمرة ، ولحفصة ابن ، ولعمرة بنت بنت ،
فنكح الابن بنت بنت خالته ، فأنت بولد ، فلا تُسقط عمرة التي هي أم أمه أمها ،
لأنها أم أم أبي المولود .

فرع

القريبى من جهة الام ، كأم الام، تحجب البعدى من جهة الاب، كأم أم الاب، كما أن الام تحجب أم الاب. والقريبى من جهة الاب ، كأم الاب، هل تحجب البعدى من جهة الام، كأم أم الام ؟ فيه قولان. أظهرهما : لا ، لان الاب لا يحجبها ، فأمه المدلية به أولى . وعلى هذا القياس نقل البغوي أن القريبى من جهة أمهات الأب، كأم أم الأب ، تسقط البعدى من جهة آباء الأب، كأم أم أبي الاب ، ونم أبي أبي الأب، والقريبى من جهة آباء الاب، كأم أبي الاب، هل تسقط البعدى من جهة أمهات الاب، كأم أم أم الأب ؟ فيه القولان .

الضرب الثاني: المنتسبون إليه من جهة السفلى ، فابن الابن لا يحجبه إلا الابن، وبنت الابن يحجبها الابن ، وكذا بنتا صلب ، إلا أن يكون معها أو أسفل منها ذكر يعصبها ، وكذا بنات ابن الابن [يسقطهن] ابن الابن ، ويسقطن أيضاً إذا استكمل بنات الابن الثلاثين ، إلا أن يكون معهن أو أسفل منهن من يعصبهن ، وكذا إن كانت بنت صلب ، وبنت ابن ، أو بنات ابن ، وعلى هذا القياس .

الضرب الثالث : المنتسبون إليه على الطرف ، فلاخوة والاخوات للأم يحجبهم أربعة : الولد ، وولد الابن ، والأب ، والجد . والاخ للأبوين يحجبه الاب ، والابن ، وابن الابن بالاجماع ، وقد سبق وجهه : أن الجد أيضاً يسقطه. والاخت للأبوين ، لا يحجبها أيضاً إلا هؤلاء . والاخ للأب يحجبه هؤلاء والاخ للأبوين . والاخت للأب يحجبها الاربعة . وكذلك إذا استكملت الاخوات للأبوين الثلاثين ، سقطت الاخوات للأب، إلا أن يكون معهن معصّب. وابن الاخ للأبوين يحجبه ستة: الابن ، وابن الابن ، والاب ، والجد ، والاخ للأبوين ، والاخ للأب . وابن الاخ للأب يحجبه هؤلاء ، وابن الاخ للأبوين . والمم للأبوين يحجبه هؤلاء، وابن الاخ

للأب . والمم للأب يحجبه هؤلاء ، والمم للأبوين . [وابن المم للأبوين] يحجبه هؤلاء ،
والمم للأب . وابن المم للأب يحجبه هؤلاء ، وابن المم للأبوين . والمم يَحْجِبُ
عصبات النسب . وكل عصبة يحجبه أصحاب الفروض المسترفة .

فرع

جميع ما ذكرناه من الحجب ، هو فيما إذا كان الحاجب وارثاً من الميت . فإن
لم يرث ، نظر ، إن كان امتناع الارث لنقص ، كالرق وغيره من الموانع ، فلا يَحْجِبُ ،
لاحجب حرمان ، ولا حجب نقصان . وإن كان لا يرث لتقدم غيره عليه ، فقد
يحجب غيره حجب نقصان ، وذلك في صور .

إحداها : مات عن أبوين وأخوين ، فلأُم السدس ، والباقي للأب ، لأنها
يسقطان به .

الثانية : أم ، وجد ، وأخوان لام ، للأم السدس ، والباقي للجد .

الثالثة : أب ، وأم أب ، وأم أم ، فتسقط أم الاب بالاب ، وفيما ترثه أم الام
وجهان . أصحابها : السدس . والثاني : نصف السدس .

الرابعة : إذا ترك جدًا ، وأخًا لابوين ، وأخًا لاب ، ينقص بالاخ للأب نصيب
الجد ، ولا يأخذ شيئاً .

قلت : وصورة خامسة : أم ، وأخ لابوين ، وأخ لاب . والله أعلم

الباب الخامس في بيان مانع الميراث

هو خمسة .

[المانع] الاول : اختلاف الدين ، وفيه مسائل .

الأولى : لا يرث المسلم الكافر ، ولا الكافر المسلم ، ولا فرق بين النسب والمعتق والزوج ، ولا بين من يُسلم قبل القسمة أم لا .

الثانية : يرث الكفار بعضهم بعضاً ، كاليهودي من النصراني ، والنصراني من المجوسي ، والمجوسي الحربي من الوثني ، وبالمكوس عن ابن خيران وغيره وجهه : أنه لا يرث ملّة منهم من أخرى . والصحيح المعروف ، هو الأول . هذا إذا كان اليهودي والنصراني مثلاً ذميين أو حربيين ، سواء كان الحربيان مختلفي الدار أو متفقَيها ، كالروم والهند . فلو كان أحدهما ذمياً ، والآخر حربياً ، فطريقان . المذهب وبه قطع الأكثرون : لا يتوارثان ، لا تقطاع الموالاة بينهما ، وربما نقل الفرضيون الاجماع على هذا . والثاني : على قولين حكاهما الامام وغيره ، ثانيها : التوارث ، لشمول الكفر . والمعاهد والمستأمن ، هل هما كالذمي ، أم كالحربي ؟ فيه وجهان . أصحها وهو المنصوص : كالذمي ، لأنها معصومان بالمهد والأمان . فعلى هذا ، يتوارث الذمي والمستأمن ، وعلى الآخر : في التوارث بينها الطريقان ، ويتوارث هو والحربي .

فرع

حات يهودي ذمي عن ابن مثله ، وابن نصراني ذمي ، وابن يهودي معاهد ،

وابن يهودي حربي ، فالذهب : أن التركة لجميعهم ، غير الحربي ، ويحجي في الحربي وجهه :
أنه يرث ، وفي الآخرين وجه بالنعم ، سوى الاول .

الثالثة : لا يرث المرتد أحداً ، ولا يرثه أحد ، وماله فيء ، سواء كسبه في
الاسلام أو في الردة ، وسواء في المرتد المعلن والزنديق والمستر ، ولا ينزل
التحاقه بدار الحرب منزلة موته .

المانع الثاني : الرق . فلا يرث رقيق وإن عتق قبل القسمة ، ولا يرث
رقيق ، إذ لا ملك له ، وإذا قلنا : يملك بتمليك السيد ، فملكه غير مستقر ، يعود إلى
السيد إذا زال ملكه عن رقبته . وسواء في ذلك القن والمكاتب والمدبر
وأم الولد ، فلا يرثون ولا يورثون .

فرع

المعتق بعهده ، لا يرث على الصحيح المنصوص الذي قطع به الأصحاب . وعن المزني
وابن سريج : أنه يرث بقدر ما فيه من الحرية . وهل يورث ؟ قولان . القديم : لا ،
والجديد : نعم ، لأنه تام الملك .

قلت : الجديد ، هو الأظهر عند الأصحاب . والله أعلم

فملى القديم : فيما ملكه بجمعيته ، وجهان . أصحها عند الأكثرين وهو نصه
في القديم : أنه للمالك الباقي . والثاني : أنه لبيت المال ، وهو منسوب إلى الاصطخري ،
ونقله الفريسيون عن ابن سريج وقالوا : هو الأصح . وعلى الجديد : يرثه قريبه
أو معتقه .

قلت : وزوجته . والله أعلم

وفي القدر الموروث ، وجهان . أحدهما : جميع مملكه بنصفه الحر . والثاني أنه يقسط مملكه بحريته على مالك الباقي والورثة بقدر رقبته وحرية . فإن كان نصفه حرّاً ، فنصف ذلك للورثة ، ونصفه للمالك باقيه ، لأن الموت حل جميع البدن ، والبدن منقسم إلى رق وحرية .

المنايع الثالث : القتل ، وهو ضربان .

أحدهما : مضمون ، وهو موجب للجرمان ، سواء ضمن بقصاص أو دية أو كفارة ، كمن رمى صف الكفار ولم يعلم [فيهم] مسلماً ، فقتل قريبه المسلم ، نجب الكفارة ، ولا دية ، وسواء كان القتل عمداً أو خطأً . وحكى الحناطي قولاً أن الخطيء يرث مطلقاً ، والمشهور الأول . وسواء كان الخطأ مباشرة ، كمن رمى صيداً فأصاب مورثه ، أو بالسبب ، كمن حفر بئراً عدواناً فسقط فيها مورثه ، أو وضع حجراً في الطريق فتعثر به مورثه . وسواء قصد بالتسبب مصلحته ، كضرب الاب والزوج والمعلم للتأديب ، وكسقيه الدواء وبط جرحه للمعالجة (١) إذامات به الصبي أو غيره ، أو لا يقصد . وفي بط الجرح وسقي الدواء وجه حكاة ابن اللبان وغيره : أنه لا يمنع . وعن صاحب « التقريب » وجه في مطلق القتل بالتسبب : أنه لا يمنع ، والصحيح الذي عليه الاصحاب الاول . وسواء صدر القتل من مكلف أو غيره ، ويحيى في الصبي وجه يتخرج من القول الذي حكاة الحناطي في الخطيء إذا قلنا : عمد الصبي خطأ . وسواء فيه المكره والختار ، وفي المكره خلاف ، والمذهب المنع .

الضرب الثاني : قتل غير مضمون ، وهو قسهان . مستحق مقصود ، وغيره .

والأول نوعان .

(١) يقال : بط الرجل الجرح بطاً ، من باب قتل : شقه .

أحدهما : مالايسوغ تركه . فاذا قتل الامام مورثه حداً بالرجم ، أو في المحاربة ، ففي منعه أوجه . الثالث : إن ثبت بالبينة ، منع . وإن ثبت بالاقرار ، فلا ، لعدم التهمة .

قلت : الاصح المنع مطلقاً ، لانه قاتل . والله أعلم

النوع الثاني : مايسوغ تركه ، كالقصاص ، فيه خلاف مرتب على قتل الامام حداً ، وأولى بالحرمان . ولو شهد على مورثه بما يوجب الحد أو القصاص ، فقتل بشهادته ، أو شهد على إحصائه ، وشهد غيره بالزنا ، أو زكى الشهود بالزنا على مورثه ، فهو كما إذا قتله قصاصاً .

القسم الثاني : مالا يوصف بأنه مستحق مقصود ، كقتل الصائل والباغي ، ففيه خلاف مرتب على القصاص ، وأولى بالحرمان ، والباغي أولى بالحرمان من العادل . والمذهب وظاهر نص الشافعي رضي الله عنه في الصور كليها : منع الارث . قال الروياني : لكن القياس والاختيار : أن ملاضمان فيه لا يمنع .

فرع

قد يرث المقتول من قاتله ، بأن جرح مورثه ثم مات قبل الخروج .
المانع الرابع : استبهام وقت الموت . فاذا مات متوارثان بغرق ، أو حريق ، أو تحت هدم ، أو في بلاد غربة ، أو وجدا قتيلين في معركة ، فله خمس صور .
إحداها : أن نعلم سبق موت أحدهما بعينه ، وحكمه ظاهر .

الثانية : أن نعلم التلاحق ولا نعلم السابق .

الثالثة : أن نعلم وقوع الموتين معاً .

الرابعة : أن لانعلم شيئاً ، ففي هذه الصور الثلاث لانورث أحدهما من صاحبه ، بل نجعل مال كل واحد لباقي ورثته ، لأثنا لانتيقن استحقاق واحد منها ، ولأثنا إن ورثنا أحدهما فقط ، فهو تحكم . وإن ورثنا كلاهما من صاحبه ، نيقننا الخطأ . وقيل : إذا تلاحق الموتان ، ولم يعلم السابق ، أعطي كل وارث لها مايتيقن له ، ويوقف المشكوك فيه ، قاله ابن اللبان ، وحكاه عن ابن سريج . والصحيح المعروف الأول ، وهو أنه لافرق ، وبصرف الجميع إلى الورثة .

الخامسة : أن يعلم سبب موته ، ثم يلبس ، فيوقف الميراث حتى يتبين أو يصطلحا ، لأن التذكير غير مأبوس منه ، هذا هو الصحيح الذي عليه الاصحاب . وفيه وجه : أنه كما لو لم يعلم السابق ، وإليه ميل الامام .

المانع الخامس : الدور ، وهو أن يلزم من التوريث عدمه . ومثاله : أقر الأخ بابن لآخيه الميت ، ثبت نسبه ولا يرث ، وقد سبقت المسألة في كتاب الاقرار . ولو أوصى بعبده لأبي العبد ، فمات الاب قبل القبول ، وقبيلها أخوه ، يعق العبد ولا يرث ، وسيأتي بيانها في كتاب الوصية إن شاء الله تعالى . ولو اشترى المريض أباه ، عتق ولم يرث . ولو ادعى شخص نسباً على ورثة ميت ، فأنكروا ونسكوا عن اليمين ، حلف وورث معهم إن لم يحجبهم . وإن كان يحجبهم ، فوجهان . أصحها : لا يرث ، وإلا ، لبطل نكولهم ويمينه . ولو ملك أخاه ، ثم أقر في مرض موته أنه كان أعتقه في الصحة ، قال البغوي : ينفذ ، ثم إن صححنا الاقرار للوارث ، ورثه ، وإلا ، فلا ، لأن توريثه يوجب إبطال الاقرار بحريته . وإذا بطلت ، بطل الارث .

الباب السادس

في أسباب تمتع صرف المال إليه في الحال للشك في استحقاقه

هي أربعة.

[السبب] الاول : الشك في الوجود، كمن مات وله قريب مفقود لا يعلم حياته ولا موته ، وفيه مسألتان .

إحدهما : في التوريث منه . فالفقود:الذي انقطع خبره وجُهل حاله في سفر أو حضر ، في قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرها ، وله مال - وفي معناه :الأسير الذي انقطع خبره - فإن قامت بينة على موته ، قسم ميراثه ، وإلا ، فوجهاً . أحدهما وهو اختيار أبي منصور وغيره : أنه لا يقسم ماله حتى يتحقق حاله . وأصحها وبه قطع الأكثرون : أنه إذا مضت مدة يحكم الحاكم بأن مثله لا يعيش فيها، قسم ماله ، وهذه المدة ليست مقدرة عند الجمهور . وفي وجه شاذ : تنقذربسمين سنة ، ويكفي مايلقب على الظن أنه لايبقى إليه ، ولايشترط القطع بأنه لايعيش أكثر منها على الصحيح . وقيل : يشترط . ويجوز أن يراد بهذا القطع غلبة الظن . ثم إن كانت القسمة بالحاكم ، فقسمة تتضمن الحكم بالموت ، وإن اقتسموا بأنفسهم ، فظاهر كلام الاصحاب في اعتبار حكمه مختلف ، فيجوز أن يقال : فيه خلاف ، إن اعتبرنا القطع ، فلا حاجة إلى الحكم ، وإلا ، فلا بد منه ، لأنه في محل الاجتهاد . وإذا مضت المدة المعتبرة ، وقسم ماله ، فهل لزوجه أن تتزوج ؟ مفهوم كلام الأصحاب دلالة وصریحاً : أن لها ذلك ، وأن المنع على قوله الجديد مخصوص بما قبل هذه المدة . ألا ترى أنهم ردوا على [القول] القديم حيث قالوا : إذا لم يجوز الحكم بموته في قسمة ماله وعيتق أمهات أولاده ، لم يجوز الحكم به في فراق زوجته ، فأشعر

بأنهم رأوا الحكيم متلازمين . وعلى هذا ، فالمبدأ المنقطع الخبر بعد هذه المدة ، لا تجب فطرته ، ولا يجزىء عن الكفارة بلا خلاف . وموضع القولين ما قبل ذلك . ثم إننا ننظر إلى من يرثه حين حكم الحاكم بموته ، ولا يورث منه من مات قبيل الحكم ولو بلحظة ، لجواز أن يكون موت المفقود بين موته وبين حكم الحاكم . وأشار المأبدي في الرقم ، إلى أنه لا يشترط أن يقع حكم الحاكم بعد المدة ، فقال : يضرب له الحاكم مدة لا يعيش في الغالب أكثر منها ، فإذا انتهت ، فكأنه مات ذلك اليوم .

المسألة الثانية : في توريثه . فإذا مات له قريب قبل الحكم بموته ، نظر ، إن لم يكن له وارث إلا المفقود ، توقفنا حتى يبين أنه كان عند موت القريب حياً أو ميتاً . وإن كان له وارث غير المفقود ، توقفنا في نصيب المفقود ، وأخذنا في حق كل واحد من الحاضرين بالأسول ، فمن يسقط منهم بالمفقود ، لا يعطى شيئاً حتى يبين حاله ، ومن ينقص حقه بحياته ، يقدر في حقه حياته ، ومن ينقص حقه بموته ، يقدر في حقه موته . ومن لا يختلف نصيبه بحياته وموته ، يعطى نصيبه .

مثاله : زوج مفقود ، وأختان لأب وعم حاضرون ، فإن كان حياً ، فللاختين أربعة من سبعة ، ولا شيء للعم . وإن كان ميتاً ، فلها اثنتان من ثلاثة ، والباقي للعم ، فيقدر في حقهم حياته .

أخ لأب مفقود ، وأخ لأبوين وجد حاضران ، فإن كان حياً ، فلأخ الثلثان ، وللجد الثلث . وإن كان ميتاً ، فللأبوين بالسوية ، فيقدر في حق الجد حياته ، وفي حق الأخ موته .

أخ لأبوين مفقود ، وأختان لأبوين وزوج حاضرون ، فإن كان حياً ، فللزوجة النصف ، والباقي بينهم ، فيكون للأختين الربع . وإن كان ميتاً ، فللزوجة ثلاثة من سبعة ، وللأختين أربعة من سبعة ، فيقدر في الزوج موته ، وفي حق الأختين حياته .

ابن مفقود ، وبنت وزوج ، للزوج الربع بكل حال . هذا الذي ذكرناه في كل الصور هو الصحيح وظاهر المذهب . وفي وجه : يقدر موته في حق الجميع ، لان استحقاق الحاضرين معلوم، واستحقاقه مشكوك فيه . فان ظهر خلافه، غيرنا الحكم . وفيه وجه آخر : تقدر حياته في حق الجميع ، لأن الأصل حياته . فان ظهر خلافه ، غيرنا الحكم .

السبب الثاني : الشك في النسب . فاذا أشكل نسب مولود ، بأن وطئ اثنان فصاعداً امرأةً بشبهة ، فأتت بولد يمكن كونه من كل واحد ، أو ادعى اثنان فصاعداً مجهولاً ، فسيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى : أنه لا يلحق إلا بواحد، بأن يُعرض على القائف . فلو مات في زمن الاشكال، وقفنا من ماله ميراث أب . وإن مات أحد الواطئين ، وقفنا من ماله ميراث المولود ، وأخذنا في نصيب كل من يرث معه لو ثبت نسبه بالاسم ، كما سبق في المفقود .

السبب الثالث : الحمل ؛ ونعني به كل حمل لو كان منفصلاً ، لورث منه، إما مطلقاً ، وإما على تقدير . وهذا الحمل ، قد يكون من البت ويرث لا محالة ، وقد يكون من غيره، كما إذا كانت أمه حاملاً من غير أبيه ، أو من أبيه والأب ميت ، أو ممنوع برقٍ ونحوه ، وكذا زوجة ابنه أو أخيه أو جده والحمل من غيره ، قد لا يرث إلا على تقدير الذكورة، كحمل امرأة الأخ والجد ، وقد لا يرث إلا على تقدير الانوثة ، كما إذا ماتت عن زوج وأخت لأبوين وحمل من الأب، وفيه فصلان .

[الفصل] الاول : فيما بعد الانفصال ، وإنما يرث بشرطين .

أحدهما : أن يعلم وجوده عند الموت. فاذا كان الحمل منه ، وانفصل لما بين موته وبين أكثر مدة الحمل ، ورث، لثبوت نسبه ، وإن انفصل لِمَا بعد ذلك ، لم يرث.

وإن كان من غيره ، نظر ، إن لم يكن لها زوج يطؤها ، فالحكم كما لو كان منه قطعاً . وإن كان زوج يطؤها ، فإن انفصل قبل تمام ستة أشهر من وقت الموت ، فقد علم وجوده حينئذٍ . وإن انفصل ستة أشهر فأكثر ، لم يرث ، لاحتمال أن العلوق حصل بعده ، إلا أن يعترف جميع الورثة بوجوده عند الموت . وإذا مات حر عن أب رقيق تحته حرة حامل ، فإن ولدت قبل ستة أشهر من يوم الموت ، ورث المولود من أخيه ، لأن الأب رقيق لا يحجبه . وإن ولدت لستة أشهر فصاعداً ، لم يرث ، لاحتمال حدوث العلوق بعد الموت ، إلا أن يتفقوا على وجوده يومئذٍ ، وينبغي أن يمسك الأب عن الوطاء حتى يظهر الحال . قال الامام : ولا يجرم الوطاء.

الشرط الثاني : أن يتفصل حياً ، فإن انفصل ميتاً ، فكأن لاجل ، سواء كان يتحرك في البطن ، أم لا ، وسواء انفصل ميتاً بنفسه أو بجناية وإن كانت الجناية توجب الفثرة ، وتصرف الفثرة إلى ورثة الجنين ، لأن إيجاب الفرة لا يتعين له تقدير الحياة ، ألا ترى إلى قول الأصحاب : الفرة إنما وجبت لدفع الجاني الحياة مع تهيش الجنين لها ، وبتقدير أن يكون وجوب الفرة بتقدير الحياة ، فالحياة مقدرة في حق الجاني فقط تغليظاً ، فتقدر في توريث الفرة فقط . واعلم أنه تشترط الحياة عند تمام الانفصال . فلو خرج بعضه حياً ، ومات قبل تمام الانفصال ، فهو كما لو خرج ميتاً في الارث ومسائر الأحكام . حتى لو ضرب بطنها بعد خروج بعضه ، وانفصل ميتاً ، فالواجب الفرة دون الدية . هذا هو الصحيح الذي عليه الجماهير . وعن القفال وغيره : [أنه] إذا خرج بعضه حياً ، ورث وإن انفصل ميتاً ، وبه قال أبو خلف الطبري من أصحابنا . ولو مات عقب انفصاله حياً حياة مستقرة ، ورث ، ونصبيه لورثته . وتعلم الحياة المستقرة : بصراخه ، وكذا بالبكاء ، أو العطاس ، أو التأثب ، أو امتصاص الثدي ، لدلائلها على الحياة . وحكى الامام اختلاف قول في الحركة والاختلاج ، ثم قال :

وليس موضع القولين ما إذا قبض اليد وبسطها - فإن هذه الحركة تدل على الحياة قطعاً - ولا الاختلاج الذي يقع مثله لانضغاط وتقلص عصب فيا أظن ، وإنما الاختلاف فيما بين هاتين الحركتين . والظاهر : كيفما قُدِّر الخلاف : أن ما لاتعلم به الحياة ، ويمكن أن يكون مثله لانتشار بسبب الخروج من المضيق ، أو لاستواء عن التواء ، فلا عبرة به ، كما لا عبرة بحركة المذبح .

فرع

لو ذُبح رجل ، فمات أبوه وهو يتحرك ، لم يرثه المذبح على الصحيح . وحكى الروياني وجهاً : أنه يرث . وحكى الحناطي قريباً منه عن المزني . قلت : هذا الوجه غلط ظاهر ، فإن أصحابنا قالوا : من صار في حال النزح ، فله حكم الميت ، فكيف الظن بالمذبح . والله أعلم

الفصل الثاني : فيما قبل الانفصال ، ومتى ظهرت غايل الحمل ، فلا بد من التوقف كما سنفصله إن شاء الله تعالى . وإن لم تظهر غايله ، وادعت المرأة الحمل ، ووصفت علامات خفية ، ففيه تردد للامام . والظاهر : الاعتماد على قولها . وطرد التردد فيما إذا لم تدَّعه لكن لا قرية عهد بالوطء واحتمال الحمل قريب . إذا عرف هذا ، فإن لم يكن للميت وارث سوى الحمل المنتظر ، وقفنا المال إلى أن يفصل . وإن كان له وارث آخر ، ففي وجه حكاة الفوراني ، وحكاة الشيخ أبو خلف قولاً عن رواية الريس : أنه يوقف جميع المال . والصحيح المشهور : أنه لا يوقف الجميع ، بل ينظر في الورثة الظاهرين ، فمن احتمل حجبه بالحمل ، لم يدفع إليه شيء . ومن لا يحجبه الحمل بحال وله مقدر لا ينقص ، دفع إليه . وإن أمكن العول ، دفع إليه ذلك القدر عائلاً .

مثاله : زوجة حامل ، وأبوان ، يدفع إليها ثمن عائل ، وإليها سدسان عائلان ، لاحتمال أن الحمل بنتان . وإن لم يكن له نصيب مقدر كالأولاد ، فالصرف إليهم مبني على أن أقصى عدد الحمل هل له ضبط ؟ وفيه وجهان . الأصح أو الصحيح : أنه لا ضبط [له] ، وبه قال شيخا المذهب : أبو حامد ، والقفال ، والعراقيون ، والصيدلاني ، والقاضي حسين ، لأنه ومُجد خمسة في بطن [واثنا عشر في بطن] . والثاني : أن أقصى الحمل أربعة ، وبهذا قطع ابن كج والغزالي ، وجعله الفرضيون قياس قول الشافعي رضي الله عنه ، وأرادوا أن الشافعي رضي الله عنه ، يتبع في مثل ذلك الوجود ، وأكثر الذي وجد أربعة ، لكن هذا الذي قالوه مشكل بما نقله الاولون . فعلى الأول : لو خلف ابناً وأُم ولد حاملاً ، لم يُصرف إلى الابن شيء . ولو خلف ابناً وزوجة حاملاً ، فلهما الثمن ، ولا يُدفع إلى الابن شيء . وعلى الثاني : له الخمس أو خمس الباقي على تقدير أنهم أربعة ذكور . وعلى هذا ، هل يمكن الذين صرف إليهم حصتهم من التصرف فيها ؟ وجهان . أصحها : نعم ، وإلا ، لم يدفع إليهم . والثاني : المنع ، قال القفال : لأنه قد يهلك الموقوف للحمل ، فيحتاج إلى الاسترداد ، والحاكم وإن كان يلي أمر الأطفال ، فلا يلي أمر الأجنّة ، فلا يمكن حمل ما جرى على قسمه . ثم الموقوف للحمل على الوجه الثاني ، قد يكون بتقدير الذكورة أكثر ، وقد يكون بتقدير الانوثة أكثر ، بأن خلّفت زوجاً وأماً حاملاً من أيها ، فإن كان الحمل ذكراً ، فله سدس المال . وإن كانوا ذكوراً ، فثلث المال . وإن كان أنثيين ، عالت المسألة إلى ثمانية ، فيدفع إلى الزوج ثلاثة من ثمانية ، وإلى الام سهم ، ويوقف أربعة .

فرع

مات كافر عن زوجة حامل ، وقفنا الميراث للحمل ، فأسلمت ، ثم ولدت ، ورث الولد وإن كان محكوماً بإسلامه ، لانه كان محكوماً بكفره يوم الموت .

فرع

مات عن ابن وزوجة حامل ، فولدت ابناً وبناتاً ، فاستهل أحدهما ووجد ميتين ، ولم يعلم المستهل ، أعطي كل وارث أقل ما يصيبه ، ويوقف الباقي حتى يصطلحوا ، أو تقوم بيّنة .

السبب الرابع : [الخنثة] سبق في كتاب الطهارة ، بيان ما تعرف به ذكوره وأنثوته . فلو مات له مورث في مدة إشكاله ، نظر ، إن لم يختلف ميراثه بالذكورة والانوثة ، كولد الام والمعتق ، ورث . وإن اختلف ، أخذ في حق الخنثى ومن معه من الورثة باليقين ، ويوقف المشكوك فيه ، فإن كان يرث على أحد تقديري الأنوثة والذكورة ، دون الآخر ، لم يدفع إليه شيء ، ووقف ما يرثه على ذلك التقدير . وكذا من يرث معه على أحد التقديرين . وإن كان الخنثى يرث على التقديرين ، لكن يرث على أحدهما أقل ، دفع إليه الأقل ، ووقف الباقي ، وكذلك في حق من يرث معه على التقديرين ، ويختلف قدر ما يأخذه . وإن كان من معه يرث على التقديرين ، ولا يختلف حقه ، دفع إليه حقه . ولنا وجه : أنه يؤخذ في حق الخنثى باليقين ، وبصرف الباقي إلى باقي الورثة ، حكاه الاستاذ أبو منصور ، ونسبه ابن اللبان إلى تخريج ابن سريج . وحكى وجهين ، في أنه هل يؤخذ من باقي الورثة ضمن؟

فرع

المال الموقوف بسبب الخنثى، لابد من التوقف فيه مادام الخنثى باقياً على إشكاله.
فإن مات ، فالذهب : أنه لابد من الاصطلاح عليه. وحكى أبو ثور عن الشافعي
رضي الله عنه : أنه يردّ إلى ورثة البيت الاول .

فرع

لو اُصطلح الذين وقف المال بينهم على تساوي أو تفاوت ، جاز ، قال الامام:
ولا بُد أن يجري بينها تواهب ، وإلا لبقى المال على صورة التوقف ، وهذا التواهب
لا يكون إلا عن جهالة ، لكنها تختمل للضرورة. ولو أخرج بعضهم نفسه من البين ،
ووجهه لهم على جهل بالحال ، جاز أيضاً .

فرع

لو قال الخنثى في أثناء الأمر : أنا رجل ، أو قال : أنا امرأة ، قطع الامام
بأنه يقضى بقوله ، ولا نظر إلى التهمة ، فانه لا اطلاع عليه إلا من جهته. وحكى
أبو الفرج السرخسي هذا عن نصه هنا ، قال : ونص فيما إذا جُنّي عليه واختلف
الجاني والخنثى في ذكورة الخنثى : أن القول قول الجاني. ومنهم من نقل وخرّج ،
ومنهم من فرق بأننا عرفنا هناك أصلاً ثابتاً ، وهو براءة ذمة الجاني ، فلا نرفعه
بقوله ، وهنا بخلافه . وإذا قبلنا قوله ، حلفناه عليه .

فرع

في أمثلة مختصرة توضح مسائل الخنثى

بنتان ، وولد ابن خنثى ، وأخ ، للبنتين الثلثان ، ويوقف الباقي .

ولد خنثى ، وأخ أو عم ، للخنثى النصف ، ويوقف الباقي .

ولد خنثى ، وابن ، يعطى الابن النصف ، والخنثى الثلث .

ولد خنثى ، وابنان ، يعطى الخنثى الخمس ، والابنان الثلثين .

ولد خنثى ، وبنت ، وعم ، يعطى الخنثى الثلث ، وكذا البنت .

زوج ، وأب ، وولد خنثى ، للزوج الربع ، وللأب السدس ، وللخنثى النصف .

زوج ، وأم ، وولد أب خنثى ، للزوج النصف عائلاً من ثمانية ، والأم الثلث

عائلاً ، وللخنثى سدس تام . وإذا اجتمع ولدان خنثيان ، فلهما الثلثان ، ويوقف الباقي .

ثلاثة أولاد خنثائي ، وعم ، لكل واحد من الخنثائي خمس المال لاحتمال أنه أنثى

وصاحباها ذكران .

ابن وخنثيان ، يدفع إليه الثلث ، وإلى كل واحد منها الخمس .

ولد خنثى ، وولد ابن خنثى ، وعم ، فللولد النصف .

بنت ، وبنت ابن ، وولد ابن خنثى ، وعم ، للبنت النصف ، ولولدي الابن

السدس بالسوية .

ثلاثة أولاد ابن خنثائي بعضهم أسفل من بعض ، للأول النصف .

وبالباقي في كل هذه الصور يوقف حتى يبين الحال .

الباب السابع

في ميراث ولد الملائنة وولد الزنا والحجوس

فيه ثلاثة فصول .

[الفصل الأول : اللعان يقطع التوارث بين الملائن والولد ، لانقطاع النسب ، وكذا يقطع التوارث بين الولد وكل من يدلي بالملائن ، كإبيه وأمه وأولاده . وفي « السلسلة » للشيخ أبي محمد وجه مخرج : أن اللعان لا يقطع التوارث بين الولد والملائن ، بناءً على الوجهين في أن الملائن هل له نكاح البنت التي نفاها بالملائن إذا لم يدخل بأمرها ؟ [إن قلنا : له ذلك كنكاح بنت الزنا ، فلا يرث ، و] ^(١) إن منعه لأن نسبها يمرض الثبوت ، بأن يكذب نفسه ، ورث ، ولا يعرف هذا الوجه لغيره .

قلت : هذا الوجه غلط ، لأنه في الحال لا نسب . والله أعلم

وأما الولد مع الام ، فيتوارثان توارث سائر الأولاد والامهات . والتوأمان المنفيان باللعان في توارثهما وجهان . الاصح : لا يتوارثان إلا بقراءة الام ، لانقطاع نسب الأب . والثاني : يتوارثان بأخوة الابوين ، لان اللعان يؤثر في حق المتلاعنين فقط ، فاذا قلنا بالاول ، فلا عصبه للعنفي إلا من صلبه ، أو بالولاء بأن يكون عتيقاً أو أمه عتيقة ، فيثبت الولاء لمولاهما عليه ، وعصبه الام لا يكونون عصبه له .

(١) زيادة من إحدى نسخ الظاهرية . وفي هامش نسخة مضبوطة على أصل المؤلف ما نصه : بخط المؤلف على الحاشية ما صورته : سقط هنا شيء ، وبخط ابن المطار يجنبه ما نصه في الشرح (إن قلنا : له ذلك ، كنكاح بنت الزنا ، فلا يرث ، وإن منعه منه لان) اهـ .

فرع

إذا نفاه ثم استلحقه ، لحقه . فإن كان بعد موت الولد ، فكذلك ، وتنقض القسمة إن كانت تركته قسمت . حتى لو كان على أمه ولاء ، فأخذ مولاها ميراثه ، كان للمستلحق استرداده ، ولا فرق في الحقوق بين أن يخلف الميت ولداً ، أم لا .

الفصل الثاني : ولد الزنا كالمنفى بالعمان ، إلا في ثلاثة أشياء . أحدها : أن الوجه المنقول عن « السلسلة » ، لا يجيء هنا قطعاً . والثاني : أن ولد الزنا لا يلحق بالاستلحاق . الثالث : التوأمان من الزنا لا يتوارثان إلا بأخوة الأم قطعاً . وفي وجه حكمه الحناطي وصاحب « الحاوي » : يتوارثان بأخوة الأبوين .

قلت : هذا الوجه غلط فاحش ، قال الامام : ولو علقت بتوأمين من واطيء بشبهة ، ثم جهل الواطيء ، توارثا بأخوة الابوين بلا خلاف . والله أعلم

الفصل الثالث : فيما إذا اجتمع في شخص قرابتان ، منع الشرع من مباشرة سبب اجتماعهما ، كأم هي أخت ، وذلك يقع في الجوس ، لاستباحتهم نكاح المحارم ، وربما أسلموا بعد ذلك ، أو ترافعوا إلينا ، وقد يتفق في المسلمين نادراً بطلط واشتباء ، والحكم أنه لا تورث بالقرابتين ، بل يورث بأقواهما . وفي وجه : يرث بهما إن كانتا بحيث لو كانتا في شخصين ورثا معاً ، وبه قال ابن سريج ، وابن اللبان . والصحيح : الاول ، ويعرف الاقوى بكل واحد من أمرين . أحدهما : أن تحجب أحدهما الاخرى ، كبت هي أخت لأم ، أن يطلأ أمه قتل بنتاً . الثاني : أن لا تحجب أحدهما أصلاً ، أو يكون حبها أقل ، فالأول : كأم هي أخت . والثاني : كأم أم هي أخت ، فترث بالأمومة أو الجدودة ، دون الاخوة ، وعن ابن اللبان [وجه : أنها ترث في الصورة الثانية بالأخوة ، دون الجدودة ، لأن نصيب الاخت أكثر ، وليجبر هذا في

أخوات [الصورة . والصحيح المعروف : الاول ، ولا يرثون بالزوجية بلا خلاف ، لبطلانها .

الباب الثامن

في الرد وذوي الارحام

أصل المذهب فيها وما اختاره الأصحاب لضرورة فساد بيت المال ، ذكرناه في أول الكتاب . فاذا قلنا بالرد ، فمقصود الفتوى منه أنه إن لم يكن ممن يرد عليه من ذوي الفروض إلا صنف ، فإن كان شخصاً واحداً ، دُفع إليه الفرض ، والباقي بالرد . وإن كانوا جماعة ، فالباقي بينهم بالسوية . وإن اجتمع صنفان فأكثر ، ردّ الفاضل عليهم بنسبة سهامهم . وأما الحساب وتصحيح السائل ، فيذكر إن شاء الله تعالى في باب الحساب .

فصل

وأما توريث ذوي الأرحام ، فالذاهبون إليه منا اختلفوا في كيفية ، فأخذ بعضهم بمذهب أهل التنزيل ، وبه قطع ابن كج وصاحب « المذهب » والامام ، لأن القائلين ممن ورثهم من الصحابة فمن بعدهم رضي الله عنهم أكثر ، ومنهم من أخذ بمذهب أهل القرابة ، وهو مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه ، وبه قطع البغوي والمتولي ، وسُمّي الأوّلون : أهل التنزيل ، لتزليلهم كل فرع منزلة أصله ، وسُمّي الآخرون : أهل القرابة ، لأنهم يورثون الاقرب فالأقرب كالمصبات .

قلت : الأصح الأقيس : مذهب أهل التنزيل ، وللقائلين بتوريث ذوي الاحام ، مذاهب غير هذين ، لكن الذي اختاره أصحابنا منها هذان . والله أعلم

والمذهبان متفقان على أن من انفرد من ذوي الارحام ، يحوز جميع المال ذكراً كان أو أنثى ، وإنما يظهر الاختلاف عند اجتماعهم . وبيان ذلك في طرفين .

[الطرف] الاول : فيما إذا انفرد صنف منهم ، فمن الأصناف : أولاد البنات ، [وبنات ابنة الابن ^(١)] ، فأهل التنزيل ينزلونهم منزلة البنات [وبنات الابن ، ويقدمون منهم من سبق إلى الوارث ، فان استووا في السبق إلى الوارث ، قدر كأن الميت خلّف من يُدلون [به] من الورثة واحداً كان أو جماعة ، [ثم] يجعل نصيب كل واحد للدلين به على حسب ميراثهم لو كان هو الميت ، وقال أهل القرابة : إن اختلفت درجاتهم ، فالأقرب إلى الميت أولى ذكراً كان أو أنثى ، فتقدم بنت البنت على بنت بنت البنت ، وعلى ابن بنت البنت . وإن لم تختلف ، فان كان فيهم من يدلي بوارث ، فهو أولى ، فتقدم بنت بنت الابن على بنت بنت البنت . هذا إذا أدلى بنفسه إلى الوارث ، أما إذا أدلى بواسطة ، كبنت [بنت] بنت الابن مع بنت بنت البنت ، فلاصحاب أبي حنيفة رضي الله عنه ، فيه اختلاف . والصحيح عندم : أن لا ترجيح . ومقتضى ما ذكره أصحابنا ، الترجيح ، كما لو أدلى بنفسه . وإن استووا في الادلاء ، ورثوا جميعاً . وكيب يرثون ؟ اختلف فيه أبو يوسف ومحمد ، فقال أبو يوسف : يعتبرون بأنفسهم . فان كانوا ذكوراً أو إناثاً ، سوي بينهم . فان اختلفوا ، فللذكر مثل حظ الانثيين . وقال محمد : ينظر في المتوسطين بينهم وبين الميت من ذوي الارحام . فان اتفقا ذكورة وأنوثة ، فالجواب كذلك . وإن اختلفوا ، فلما أن يكون الاختلاف في بطن واحد ، وإما في أكثر . فان كان في بطن ، قسمنا المال بين بطن الاختلاف ، وجعلنا كل ذكر

(١) في إحدى نسخ الظاهرية المأخوذة عن نسخة المؤلف : « وبنات الابن » تصحيحاً ، وكان أصلها « بنات ابنة الابن » وشطب بخط آخر على كلمة « ابنته » وعلى هامش النسخة ذاتها ما نصه : كذا بخط المؤلف ، وصوابه : بنات بنت الابن . اهـ .

بعدد أولاده الذين يقسم ميراثهم ذكوراً، وكل أنثى بعدد أولادها الذين يقسم ميراثهم إناثاً ، ويقسم المال بين الذكور والاناث الحاصلين من هذا التقدير للذكر مثل حظ الانثيين ، ثم ما أصاب كل واحد من الصنفين ، يقسم بين أولاده الذكر مثل حظ الانثيين . وإن كان الاختلاف في أكثر من بطن ، قسم المال بين أعلى بطون الاختلاف كما ذكرنا ، ثم ما أصاب كل واحد من الصنفين ، قسم على أولاده الذين فيهم الاختلاف على النحو المذكور في البطن الأول، [وهكذا] يفعل حتى تنتهي القسمة إلى الأحياء . قال الناقلون : كل واحد من أبي يوسف ومحمد ، يدعي أن قوله قول أبي حنيفة رضي الله عنه ، والأكثرون صدقوا محمداً، لكن متأخروهم يفتون بقول أبي يوسف ، وكذلك قال البغوي والمتولي : إنه أظهر الروايتين . والمذهبان متفقان على تفصيل الذكر على الانثى في القسمة . وفي « التتمة » وجه آخر : أنه يسوى بين الذكر والانثى ، قال : وهو اختيار الأستاذ أبي إسحاق الاسفراييني .

فرع

في أمثلة توضح الفرض

بنت بنت ، وبنت بنت ابن ، المنزلون يحملون المال بينها أرباعاً بالفرض والرد ، كما يكون بين البنت وبنت الابن، وأهل القرابة يحملون الجميع لبنت البنت ، لقربها . بنت ابن بنت ، وبنت [بنت] ابن ، المال للثانية بالاتفاق. أما على التنزيل، فلأن السبق إلى الوارث هو المعتبر . وأما على القرابة ، فلأنه المعتبر عند استواء الدرجة . بنت بنت ، وابن ، وبنت من بنت أخرى، المنزلون يحملون المال من بنتي الصلب تقديراً بالفرض والرد ، ثم يقولون : نصف البنت الاولى لبنتها ، ونصف الاخرى

لوليها أثلاثاً . وأهل القرابة يحملون المال بين ثلاثتهم ، للذكر مثل حظ الانثيين .
ومحمد لا يخالف في هذه الصورة ، وإنما يخالف فيما إذا اختلفت الأصول الذين هم
من ذوي الأرحام .

ابن بنت ، وبنت بنت أخرى ، وثلاث بنات بنت أخرى ، المنزلون يقولون :
للبن الثلث ، وللبنات الفردة كذلك ، وللاثلاث الثلث أثلاثاً ، وأهل القرابة يحملون
المال بينهم الذكر مثل حظ الانثيين .

بنت بنت بنت ، وبنت ابن بنت ، عند الميزانين وأبي يوسف : المال بينهما بالسوية ،
وعند محمد : ثلث المال للأولى ، وثلثاه للثانية .

بنتا بنت بنت ، وثلاث بنات ابن بنت أخرى ، عند الميزانين : للبنتين النصف
بالسوية ، وللثلاث النصف أثلاثاً ، وعند أبي يوسف : المال بين الخمس بالسوية ،
وعند محمد : يقسم المال بين الذكر والانثى المتوسطين ، ويقدر الذكر ثلاثة ذكور
بعدد فروعه ، والانثى اثنتين (١) بعدد فرعيتها ، فيكون المال على ثمانية ، حصة
الذكر ستة ، وهي لبناته بالسوية ، وحصة الانثى سهران ، هما لبنتيها .

بنت بنت بنت ، وبنت بنت ابن بنت ، وابن ابن بنت ، عند أبي يوسف :
المال بينهم على أربعة ، وعند محمد : يقسم المال أولاً بين أعلى بطني الاختلاف ، وفيه
ابنان وبنت ، فكل واحد منها يعد واحداً ، لأن الفروع آحاد ، فيكون المال بينهم
على خمسة ، حصة البنت سهم هو لبنت بنتها ، وحصة الذكركين أربعة أسهم تقسم
على ولديها للاختلاف ، وهما ابن وبنت على ثلاثة ، وأربعة لا تقسم على ثلاثة ، فتضرب
ثلاثة في خمسة ، تكون خمسة عشر ، كان للبنت في القسمة الاولى سهم ، فلها الآن
ثلاثة ، وكان لكل واحد من الابنين سهران ، فيكون ستة . فيجمع بينهما ، فيكون

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : والانثى اثنتين .

اثني عشر، يقسم بين ولديها للذكر مثل حظ الانثيين . فاذا لبنت بنت البنت ثلاثة من خمسة عشر ، وللأخرى أربعة من خمسة عشر ، وللأين الثمانية الباقية .

فصل

ومن الإصناف ، بنات الاخوة، وبنو الاخوة للأم ، وأولاد الأخوات، فالنزلون ينزلون كل واحد منزلة أبيه ، أو أمه، ويرفعونهم عند التسفل بطناً بطناً، فمن سبق إلى وارث قدموه ، فان استوا في الانتهاء إلى الوارث ، قسم المال بين الأصول، فما أصاب كل واحد ، قسم بين فروعه. وقال أهل القرابة : إن اختلفوا في الدرجة، قدم منهم الاقرب إلى الميت من أي جهة كان ، حتى تقدم بنت الاخت للأب أو للأم على بنت ابن الأخ من الأبوين . وإن لم يختلفوا في الدرجة، فالأقرب إلى الوارث أولى من أي جهة كان ، حتى تقدم بنت ابن الأخ من الأب على بنت ابن الأخت من الأبوين . فان استوا فيه أيضاً ، فمند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما : يقدم من كان من الأبوين ، ثم من كان من الأب ، ثم من كان من الأم، رعاية لقوة القرابة ، ولا ينظر إلى الأصول ومن يسقط منهم عند الاجتماع ومن لا يسقط . وعند محمد : يقدم من كان من الأبوين على من كان من الأب ، ولا يقدم على من كان من جهة الأم ، اعتباراً بالأصول .

فرع

أولاد الاخوة والأخوات من الأم ، يسوئ بينهم في القسمة عند الجمهور

من المنزّلين وأهل القرابة . قال الامام: وقياس المنزّلين تفضيل الذكر، لأنهم يقدّرون أولاد الوارث كأنهم يرثون منه . وأما أولاد الاخوة والاخوات من الابوين ومن الاب، فيفضّل ذكرهم عند المنزّلين . وعن أبي حنيفة رضي الله عنه روايتان . أظهرهما وبها قال أبو يوسف : أن الجواب كذلك . والثانية وبها قال محمد : أنه يقسم المال بين الاصول أولاً ، ويؤخذ عددهم من الفروع ، فما يصيب كل واحد منهم يجعل لفروعه كما سبق في أولاد البنات .

فرع

في أمثله

بنت أخت ، وابنا أخت أخرى ، وهما من الابوين ، أو من الاب ، عند المنزّلين : نصف المال للبنت ، ونصفه للابنين . وقال أهل القرابة : المال بينهم على خمسة . ثلاث بنات إخوة متفرقين . قال المنزّلون ومحمد : السدس لبنت الاخ من الام ، والباقي لبنت الاخ من الابوين ، اعتباراً بالآباء . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما : المال كله لبنت الاخ من الابوين . ثلاث بني أخوات متفرقات . قال المنزّلون ومحمد : المال بينهم على خمسة ، كما يكون بين أمهاتهم بالفرض والرد . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما : المال كله لابن الاخت من الابوين . ولو كان بدلهم ثلاث بنات أخوات متفرقات ، كان جواب الفريقين كذلك . ولو اجتمع البنون الثلاثة والبنات الثلاث . قال المنزّلون : المال بين أمهاتهم على خمسة بالفرض والرد ، فنصيب الاخت من الابوين لولديها أثلاثاً ، ونصيب الاخت من الاب كذلك ، ونصيب الثالثة لولديها بالسوية . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما : الكل لولدي الاخت من الابوين . وقال محمد : يجعل كأن في المسألة ست أخوات ، اعتباراً بعدد الفروع ،

فيكون للأخت من الام الثلث بتقديرها أختين ، وللأخت من الابوين الثلاث بتقديرها أختين، فحصة كل واحدة لولديها ، هذه بالتفضيل ، وتلك بالسوية . قال الامام : قد نظر محمد هنا إلى الاصول الوارثين ، وفي أولاد البنات لم ينظر إلى الوارثين ، وإنما نظر إلى بطون الاختلاف من ذوي الارحام كما سبق .

ابن أخت من الابوين ، وبنت أخ ، كذلك عند المنزليين ومحمد : الثلثان لبنت الاخ ، والثلث لابن الاخت . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنها بالعكس .

فصل

ومن الاصناف ، الاجداد الساقطون ، والجندات الساقطات ، فالمنزلون ينزلون كل واحد منهم منزلة ولده بطناً بطناً ، ويقدمون [منهم] من انتهى إلى الوارث أولاً . فان استويا في الانتهاء ، قسم المال بين الورثة الذين انتهوا إليهم ، وقسمت حصة كل وارث بين المدلين به . وقال أهل القراية : إن اختلفت درجاتهم ، فالأقرب من أي جهة كان ، حتى يقدم أبو الام على أبي أم الاب . وأم أبي الام على أبي أبي أبي الام ، فان استويا في الدرجة ، لم يقدم هنا بالسبق إلى الوارث على المشهور من مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه . ومن أصحابه من قدم به ، فان لم يقدم به ، أو قدم واستوا في السبق إليه ، فنظر ، إن [كان] الكل من جهة أبي الميت ، فرواية الجوزجاني وهي الاظهر : أنه يجعل ثلثا المال لمن هو من جهة أبي الاب ، وثلثه لمن هو من جهة أم الاب . ورواية عيسى بن أبان : كل المال لمن هو من أبيه ، ويسقط به من هو من جهة الام . وإن كان الكل من جهة أم الميت ، اطردت الروايتان في أنه يسقط من هو من جهة أمها ، أم يجعل المال بين من هو من جهة أبيها ومن هو من جهة أمها أثلاثاً ؟ وإن كان بعضهم [من جهة أب الميت ، وبعضهم]

من جهة أمه ، قسم المال بين الجهتين أثلاثاً ، وجعل كل قسم كأنه كل التركة ، وأهل كل جهة كأنهم كل الورثة ، فتجيء فيهم الروايتان. ثم قسمة الثلثين على من هو من جهة الأب للذكر مثل حظ الإناثين ، وقسمة الثلث على من هو من جهة الأم كمثل ذلك ، قاله البغوي في « التهذيب » .

فرع في أمثله

أم أبي الأم ، وأبو أم الأم . عند المتزولين : المال لأبي أم أم الأم ، لأنه أسبق إلى الوارث ، وعلى رواية الجوزجاني : الثلثان لأم أبي الأم ، والثلث لأبي أم الأم ، وعلى رواية عيسى : الكل لأم أبي الأم .

أب أم أب ، وأبو أبي أم . عند المتزولين : المال للأول ، وعلى رواية عيسى : للثاني ، وعلى رواية الجوزجاني : الثلثان للثاني ، والثلث الأول .

أب أبي أم ، وأبو أم أب ، قال المتزولون : المال للثاني ، وكذلك الجواب عند من رجح بالسبق إلى الوارث من أهل القرابة . وأما الظاهر عندهم ، فالثلثان للثاني ، والثلث الأول .

أبو أم أم ، وأبو أم أب . عند المتزولين : المال بينهما نصفان ، كما يكون بين أم الأم وأم الأب فرضاً ورداً . وعند أهل القرابة : الثلث الأول ، والثلثان للثاني .

أبو أبي أم ، وأم أبي أم ، وأبو أم أم . عند المتزولين : المال للثالث ، وعلى رواية عيسى : الأولين . وعلى رواية الجوزجاني : الثلثان بين الأولين للذكر مثل حظ الإناثين ، والثلث للثالث .

أبو أبي أم أب ، وأم أبي أم الأب ، وأبو أبي أبي أم ، وأم أبي أبي الأم ،
قال المنزولون : المال للأوليين . وقال أهل القرابة : الأولان من جهة الأب ، والآخرون
من جهة الأم ، فيجمل المال أثلاثاً بين الجهتين ، ثم على رواية الجوزجاني : الثلاث
بين الأولين أثلاثاً ، والثلاث بين الآخرين كذلك ، وعلى رواية عيسى : الثلاث
للأول من الأولين ، والثلاث للأول من الآخرين .

فصل

ومن الاصناف ، الخالات والاخوال ، والمهات والاعمام من الأم ، نزل المنزلون
الاخوال والخالات منزلة الأم ، وقسموا المال بينهم إذا انفردوا على حسب ما يأخذون
من زكاة الأم لو كانت هي الميتة ، واختلفوا في المهات والاعمام للأم ، فالاصح : أنهم
كأب . والثاني : أنهم كالعم ، واختلف هؤلاء ، فقيل : المهات من الجهات بمنزلة
العم للأبوين . وقيل : كل عم بمنزلة العم الذي هو أخوها ، ثم من جعل المهات
كأب أو كالعم من الأبوين مع افتراقهن ، قال : إذا انفردن ، قسم المال بينهما
على حسب استحقاقهن لو كان الأب هو الميت ، ومن زلهن منزلة الاعمام المفترقين ،
قدم العمة من الأبوين ، ثم العمة من الأب ، ثم العمة من الأم . وإذا اجتمعت
المهات والخالات والاخوال ، فالثلثان للمهات ، والثلث للاخوال والخالات ، ويعتبر
في كل واحد من النصيين ما اعتبر في جميع المال لو انفرد أحد الصنفين ،
وأما أهل القرابة ، فقالوا : إذا انفردت الخالات ، فإن كن من جهة واحدة ،
قسم المال بينهما بالسوية . وإن اختلفت الجهة ، فالخالة من الأبوين مقدمة ، ثم الخالة
من الأب . والاخوال المنفردون ، كالخالات . وإذا اجتمع الاخوال والخالات ،
فإن كانوا من جهة ، قسم المال بينهم المذكور مثل حظ الانثيين وإن كانوا من جهة

الام . وإن اختلفت الجهات ، فمن اختص بقراءة الابوين أولى ، ثم من اختص بقراءة الاب . والمات المفردات كالحالات . وإذا اجتمع المات من الام ، والاعمام من الاب ، فالل مال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين . وإذا اجتمعت المات والحالات ، فللمات الثلثان ، وللحالات الثلث ، سواء اتفقت جهة المات والحالات ، أو اختلفت على المشهور عندهم . وعند أبي يوسف : أنه إذا اختلفت الجهة ، فالل لاقوى الصنفين جهة . ثم إذا قسم المال أثلاثاً ، اعتبر في كل واحد من النصيين ما يعتبر في جميع المال عند انفرد الصنف المصروف اليهم .

فرع

في أمثلته

ثلاث حالات متفرقات . عند المنزلين : المال بينهما على خمسة ، كما لو ورثن من الام . وعند أهل القرابة : هو للحالة من الابوين ، ويمثله قالوا في ثلاثة أخوال متفرقين . وعند المنزلين : للحال من الام السدس ، والباقى للحال من الابوين . ولو اجتمع الاخوال المتفرقون ، والحالات المتفرقات ، قال أهل القرابة : المال كله للحال والحالة من الابوين للذكر مثل حظ الانثيين . وقال المنزلون : ثلثا المال لهما كذلك ، وثلثه للحال والحالة للأُم كذلك . قال الامام : وتفضيل الحال من الام على الحالة من الاب مشكل مخالف للتسوية بين الذكور والاناث من أولاد الاخ للأُم . ثلاثة أخوال متفرقون ، وثلاث عمات متفرقات . عند المنزلين : ثلث المال بين الحال للأبوين والحال للأُم على ستة ، واحد للثاني ، والباقي للأول ، وقسمة الثلثين تخرج على الخلاف في تنزيل المات . إن جُعِلن كالاعمام ، فالثلثان للعممة من الابوين .

وإن زلن منزلة الاب ، فالثلثان بينهما على -نمسة ، كما يرثن من الاب . وقال أهل القرابة : الثلثان للعممة من الابوين ، والثلث للخال من الابوين .

فرع

أولاد الاخوال والخاللات والعمات والاعمام للأم عند الميزلين كتابائهم [وأمهاتهم] عند الانفراد والاجتماع ، ومن تسفل منهم رفع بطناً بطناً . فإن سبق بعضهم إلى وارث ، قدم . وإن استووا فيه ، قسم المال بين الذين يدلي بهم هؤلاء على حسب استحقاقهم من الميت ، فما أصاب كل واحد منهم قسم بين المدلين به على حسب استحقاقهم منه لو كان هو الميت . وقال أهل القرابة : الاقرب يسقط الأبعد بكل حال . فإن استووا في الدرجة ، نظر ، إن انفرد أولاد الاخوال والخاللات ، بأن اختلفت الجهة ، قدم الذين هم من الابوين ، ثم الذين هم من الاب ، ثم يأخذ الذين هم من الام ^(١) ، وإن لم يختلف ، ورثوا جميعاً . ثم النظر عند أبي يوسف إلى أبدانهم . وعند محمد : إلى آبائهم وأجدادهم كما سبق في أولاد الاخوات وبنات الاخوة . وأولاد العمات عند الانفراد كأولاد الخالات والاخوال ، فإن اجتمع الصنفان ، فثلثا المال لأولاد العمات ، وثلثه لأولاد الاخوال والخاللات على ما ذكرنا في آبائهم ، ويعتبر في كل واحد من النصيين ما يعتبر في جميع المال . وإذا اجتمع مع هؤلاء بنات الاعمام من الابوين ، أو من الاب ، ولم تختلف الدرجة ، فبنات الاعمام أولى ، لسبقهن إلى الوارث .

(١) في الاصل وبعض نسخ الظاهرية : ثم يأخذ الذين هم من الاب ، وما أثبتناه من إحدى نسخ الظاهرية ، وفي هامش إحدى نسخ الظاهرية المقابلة على نسخة المؤلف ما نصه : بخط ابن العطار على الحاشية مانصه في الشرح : ثم يأخذ الذين هم من الام . اهـ .

فرع

أخوال الام وخالاتها عند المنزلة الجدة أم الام ، وأعمامها وعماتها بمنزلة الجد أبي الام . وأخوال الاب وخالاته بمنزلة الجدة أم الاب ، وعماته عند من نزل عمه الميت بمنزلة أبيه بمنزلة الجد أبي الاب . وعند من نزل عمه الميت بمنزلة عمه بمنزلة عم الاب ، فيقسم المال بينهم . وما أصاب كل واحد منهم ، يجعل المدلين به على حسب استحقاقهم لو كان هو الميت ، وعلى القياس : يحملون كل خال وخالة بمنزلة الجدة التي هي أختها ، وكل عم وعممة بمنزلة الجد الذي هو أخوها . وأما أهل القرابة ، فيعتبرون في أخوال الميت وخالاتها ما اعتبروه في أخوال الميت وخالاته ، وكذلك في عماتها إذا انفردن . وإن اجتمع أعمامها وعماتها ، فالأصل بينهم المذكور مثل حظ الاثنين على المشهور عندهم . وفي رواية : إن كانوا من الابوين أو من الاب ، قدم الأعمام . ولو اجتمع أعمامها وعماتها وأخوالها وخالاتها ، فالثلث للأخوال والخالات ، والثلثان للأعمام والنمات ، وخوالة الاب وعمومته ، كخوالة الام وعمومتها عند الانفراد والاجتماع . ولو اجتمع القرابتان ، فلقرابة الاب الثلثان ، ولقرابة الام الثلث ، ثم يقسم كل نصيب بينهم ، كما يقسم جميع المال لو انفردوا ، فثلثا الثلثين لعمات الاب ، وثلثه لخالاته وأخواله ، وكذلك الثلث . وسواء كان قرابة الاب من جنس قرابة الام ، أم لم يكن ، حتى لو ترك عم أمه وخالة أبيه ، كان الثلثان للخالة ، والنمات للمم . ولو ترك ثلاث عمات متفرقات ، وثلث خالات متفرقات لأمه ، ومثلين لأمه ، فعلى الصحيح من قول أهل القرابة : ثلثا الاثنين لعمه الاب من الابوين ، وثلثها لخالة الاب من الابوين ، وثلث الثلث لعمه الام من الابوين ، وثلثه لخالة الام من الابوين ، ويسقط البواقي . وعند المنزلة : نصف سدس المال بين خالات الاب ، ومثله بين خالات الام ، ونزولهن بمنزلة الجدتين ، والباقي لعمات

الاب دون عمات الام ، لان عمات الاب كآب الاب ، وعمات الام كآبي الام .
هذا تمام الطرف الاول .

الطرف الثاني : في ترتيب الاصناف . قال المنزلون : كل واحد من ذوي
الارحام ، ينزل منزلة الوارث الذي يدلي به ، ثم ينظر في الورثة لو قدر اجتماعهم ،
فان كانوا يرثون ، يرث المدلون بهم ، وإن حجب بعضهم بعضاً ، جرى الحكم كذلك
في ذوي الارحام . وقال أهل القرابة : ذوو الارحام وإن كثروا يرجعون إلى
أربعة أنواع . المنتمون إلى الميت ، وهم أولاد البنات وأولاد بنات الابن ، والمنتمي
إليهم الميت ، وهم الاجداد والجندات الساقطون ، والمنتمون إلى أبوي الميت ، [وهم]
أولاد الاخوات وبنات الاخوة ، والمنتمون إلى أجداده وجداته ، وهم العمومة
والخوولة . ومذهبهم : الظاهر تقديم النوع الاول ، ثم الثاني ، ثم الثالث ، فإدام
يوجد أحد من فروع الميت وإن سفل ، فلا شيء لاصوله من ذوي الارحام
وإن قربوا ، وعلى هذا القياس . وعن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية بتقديم
النوع الثاني على الاول . وقدم أبو يوسف ومحمد النوع الثالث على الثاني ، واتفقوا
على أن من كان من العمومة والخوولة وأولادهم ومن ولد جد أو جدة أقرب إلى
الميت ، فهو أولى باليراث وإن بعد عن هو من ولد جد أو جدة أبعد منه . وإذا اجتمع
الاجداد والجندات من ذوي الارحام مع الخالات والاخوات والعمات ، فتمت أبي حنيفة
رضي الله عنه : تقدم الجدودة . وعند صاحبيه : إن كانت العمومة أو الخوولة من ولد
جد أو جدة ، تساوى الجد والجدة الموجودين ، أو أبعد ، فالاجداد والجندات أولى .
وإن كلاً من أصل أقرب منها ، فهم أولى . وعن أحمد بن حنبل رضي الله عنه :
تقديم الخال على ذوي الارحام . وفي الباقي مذهب مذهب أهل التنزيل في كل فصل .

فصل

قد يجتمع في الشخص من ذوي الارحام قرابتان بالرحم ، ككبت بنت بنت هي بنت ابن بنت ، وككبت أخت الأب هي بنت أخ الأم ، وككبت خالة هي بنت عمه ، فالمتزولون ينزلون وجوه القرابة . فان سبق بمض الوجوه إلى وارث ، قدم به ، وإلا قدّروا الوجوه أشخاصاً ورثوا بها على ما يقتضيه الحال . وأما أهل القرابة : فمحمد يورثه بجيتي القرابة . وقال أبو يوسف : إن كان ذلك في أولاد البنات ، جملت الوجوه كوجه ولم يورث بها . وإن كان في أولاد الاخوة والاختوات ، ورث بأقوى الجهتين . وإن كان في أولاد العمومة والخؤولة ، ورث بالقرابتين ، لأنها مختلفتان ، وهذا أظهر عندهم . وعلى هذا ، لو خلف بنت أخ لام هي بنت أخت لأب ، وبنت أخت أخرى ، أو بنت أخ أخرى ، ورثت بأقوى القرابتين ، وهي كونها بنت أخت لأب . ولو خلف بنت خال هي بنت عمه ، وبنت عمه أخرى ، فالثلث لبنت الخال ، والثلثان بينها بالسوية . ولو كان معها بنت خال ، فالثلثان للأولى لأنها بنت عمه ، والثلث بينها بالسوية .

فصل

إذا كان مع ذوي الارحام زوج أو زوجة ، قال أهل القرابة : يخرج نصيبه ، ويقسم الباقي على ذوي الارحام كما يقسم الجميع لو انفردوا ، وللمنزولين مذهبان . أصحابها : كذلك . والثاني : أن الباقي يقسم بينهم على نسبة سهام الذين يدلي بهم ذوو الارحام من الورثة مع الزوج أو الزوجة ، ويعرف القائلون بالاول : بأصحاب اعتبار ما بقي ، والقائلون بالثاني : أصحاب اعتبار الاصل .

مثاله : زوجة ، وبنت بنت ، وبنت أخت من الأبوين . عند أهل القرابة :
للزوجة الربع ، والباقي لبنت البنت . وأصحاب القول الاول من المنزلين ، جعلوا
لها الربع ، والباقي بين بنت البنت وبنت الاخت بالسوية . ومن قال بالثاني قال :
إذا زلناها ، فكان في المسألة زوجة وبنتاً وأختاً ، ولو كان كذلك ، لكانت المسألة
من ثمانية ، نصيب الزوجة منها واحد ، يبقى سبعة يخرج منها تمام نصيب الزوجة ،
يبقى ستة تقسم بينها أسباعاً . ولو خلفت زوجاً وبنت بنت ، وخالة ، وبنت عم .
عند أهل القرابة : للزوج النصف ، والباقي لبنت البنت ، وعلى القول الاول
للمنزلين : للزوج النصف ، ولبنت البنت نصف الباقي ، وللخالة سدس الباقي ،
ولبنت العم الباقي . وعلى القول الثاني : إذا زلنا ، حصل مع الزوج بنت وأم وعم ،
وحينئذ يكون من اثني عشر ، يخرج نصيب الزوج ، يبقى تسعة ، ثم يخرج تمام
النصف للزوج ، يبقى ستة يقسمها على التسعة [وبالله التوفيق] .

الباب التاسع

في حساب الفرائض

فيه مقصودان . أحدهما : تصحيح المسائل . والثاني : قسمة التركات .
[المقصود] الاول : التصحيح ، وفيه فصول .
[الفصل] الاول : في مقدّماته ، وهن أربع .
إحداها : الفروض المقدّرة في كتاب الله تعالى ستة : النصف ، والربع ،
والثلث ، والثلثان ، والثلث ، والسدس . وقد سبق بيان مستحقها .
فالنصف فرض خمسة : الزوج ، والبنت ، وبنت الابن ، والأخت للأبوين ،
والأخت للأب .

والربع فرض الزوج ، والزوجة أو الزوجات .

والثمن فرض الزوجة والزوجات .

والثلثان فرض أربعة وهن الاناث التي لواحدتهن النصف .

والثلث فرض ثلاثة : الأم وأولادها ، والجدة .

والسدس فرض سبعة : الأم ، والجدة ، والأب ، والجدة ، وبنت الابن ،

مع بنت الصلب ، والأخت للأب مع الأخت للأبوين، وواحد أولاد الأم .

[المقدمة] الثانية : كل عديدين ، فيها متباينان ، أو متداخلان ، أو متوافقان ، أو متباينان .

فالمتباينان ، كثلاثة وثلاثة .

والمتداخلان ، كثلاثة وستة ، أو تسعة . فالثلاثة داخلية في الستة والتسعة .

والمتوافقان ، كأربعة وستة ، لكل واحد منها نصف صحيح ، وستة وتسعة

لهما ثلث صحيح ، وثمانية واثني عشر ، لهما ربع صحيح ، وواحد وعشرين

وخمسة وثلاثين سبعة صحيح ، ولأثنين وعشرين وثلاثة وثلاثين جزء من

أحد عشر .

والمتباينان ، كثلاثة وأربعة .

وطريق معرفة المداخلية ، أن تسقط الأقل من الأكثر مرتين فصاعداً ، أو زد

على الأقل مثله مرة فصاعداً . فان في الأكثر بالأقل ، أو تساويا بزيادة الأمثال ،

فمتداخلان ، وإلا ، فلا .

وطريق الموافقة والمباينة ، أن تسقط الأقل من الأكثر ما أمكن ، فما بقي ،

فأسقطه من الأقل ، فان بقي منه شيء ، فأسقطه مما بقي من الأكثر ، ولا يزال

يفعل ذلك حتى يفنى العدد المنقوص منه آخراً ، فان بقي بواحد ، فمتباينان . وإن

فني بعدد ، فمتوافقان بالجزء المأخوذ من ذلك العدد . وإن بقي باثنين ، فبالنصف ،

أو بثلاثة ، فبالثلث، أو بشرة ، فبالشرة ، أو بأحد عشر ، فبأجزاء أحد عشر .
وعلى هذا القياس .

مثاله : أحد وعشرون ، وتسعة وأربعون ، تسقط الأقل من الأكثر مرتين ،
يبقى سبعة ، تسقطها من الأقل ثلاث مرات ، يبقى بها ، فيها متوافقان بالاسباع .

[المقدمة] الثالثة : في أصول المسائل ، أصلها العدد الذي يخرج منه سهامها .
ومسائل الفرائض نوعان .

أحدهما : أن يكون كل الورثة عصابات ، بأن كانوا ذكوراً ، أو نسوة اعتقن
عبداً بينهن بالسوية ، فالقسمة بينهم بالسوية . وإن كانت المصبة ذكوراً وإناثاً ، قدرنا
كل ذكر اثنين ، وأعطينا كل ذكر سهمين ، وكل أنثى سهماً ، فعدد الرؤوس
في هذا النوع هو أصل المسألة .

النوع الثاني : المسائل التي ورثتها أصحاب فروض أو بعضهم ذو فرض . فالأصول
في هذا النوع سبعة عند المتقدمين ، ومن المتأخرين من يقول : تسعة . فالسبعة
المتفق عليها : اثنان ، وثلاثة ، وأربعة ، وستة ، وثمانية ، واثنان عشر ، وأربعة وعشرون ،
فكل مسألة فيها نصف وما بقي ، كزوج وأخ ، أو نصفان ، كزوج وأخت ،
فهي من اثنين . وما فيها ثلثان وما بقي ، كبنيتين وعم ، أو ثلث وما بقي ، كأم وأخ .
أو ثلثان وثلث ، كأختين لأب وولدي أم ، فمن ثلاثة ، وما فيها ربع وما بقي ،
كزوج وابن ، أو ربع ونصف وما بقي كزوج وبنت وأخ ، فمن أربعة . وما فيها
سدس وما بقي ، كأم وابن ، أو سدس ونصف وما بقي ، كأم وبنت وأخ ، أو سدس
وثلث وما بقي ، كأم وولد أم وعم ، أو نصف وثلثان ، كزوج وأختين ، أو نصف
وثلث وما بقي ، كزوج وأم وأخ ، فمن ستة . وما فيها ثمن وما بقي ، كزوجة وابن ،
أو ثمن ونصف وما بقي ، كزوجة وبنت وأخ ، فمن ثمانية . وما فيها ربع وثلثان

وما بقي، كزوج وابنتين وأخ، أو ربع وثلاث وما بقي، كزوجة وأم وأخ، فمن ستة، أو ربع
وسدس وما بقي، كزوج وأم وابن، فمن اثني عشر. وما فيها ثمن وثلثان وما بقي،
كزوجة وبنتين وأخ، أو ثمن وسدس وما بقي، كزوجة وأم وابن، فمن
أربعة وعشرين.

قلت : ومن هذا الأخير، ثمن وسدسان وما بقي، كزوجة وأبوين وابن.

والله أعلم

وأما الاصلان الزيدان، فثمانية عشر، وستة وثلاثون في مسائل الجد والاخوة
حيث يكون الثلث خيراً له.

فالأول : في كل مسألة فيها سدس وثلاث ما بقي وما بقي، كجد وأم وإخوة.
والثاني : في كل مسألة فيها ربع وسدس وثلاث ما بقي وما بقي، كزوجة وأم
وجد وإخوة، ومن لم يقل بالزيادة يصحح المسألين بالضرب.
فالأول : من ستة، للأم سهم، يبقى خمسة، يضرب مخرج الثلث في الستة، تبلغ
ثمانية عشر.

والثانية : من اثني عشر، يخرج بالفرضين خمسة، [ثم] يضرب مخرج الثلث
في اثني عشر، تبلغ ستة وثلاثين، واستصوب الامام والمتولي صنيع المتأخرين،
لأن ثلث ما بقي والحالة هذه، مضموم إلى السدس والربع، فلتكن القريضة من
مخرجها. واحتج المتولي بأنهم اتفقوا في زوج وأبوين أنها من ستة، ولولا جعلها
من النصف وثلاث الباقي، لكانت من اثنين، للزوج سهم، يبقى سهم، فيضرب
مخرج الثلث في اثنين، تبلغ ستة. واعلم أنه قد يتفق في صور الجد نصف وثلاث
ما بقي، كبنت وجد وإخوة، فيحتمل أن تكون من ستة قطعاً، كما ذكر في زوج
وأبوين، ويحتمل أن يطرد فيه الخلاف.

قلت : الاحتمال أصح ، والمختار أن الأصح الجاري على القاعدة : طريق المتأخرين ، كما اختاره الامام ، لما سبق ، ولكونها أخصر . والله أعلم

المقدمة الرابعة : في المَوَل .

إذا ضاق المال عن الفروض ، فتمال المسألة ، أي : ترفع سهامها ليدخل النقص على كل واحد بقدر فرضه ، كأصحاب الديون والوصايا إذا ضاق المال . والذي يعول من الاصول التسعة ثلاثة ، وهي : ستة ، واثنان عشر ، وأربعة وعشرون ، فتعول الستة أربع مرات إلى سبعة ، كزوج ، وأختين لأب ، وإلى ثمانية ، كهؤلاء ، وأم ، وإلى تسعة ، كهؤلاء ، وأخ لأم ، وإلى عشرة ، كهؤلاء ، وأخ [آخر] لأم ، وتسمى هذه الأخيرة : الشريحية ، لأن شريحاً القاضي رحمه الله تعالى ، قضى فيها ، وتسمى : أم الفروع ، لكثرة سهامها . ومضى عالت إلى أكثر من سبعة ، لا يكون الميت إلا امرأة .

وأما اثنا عشر ، فتعول ثلاث مرات إلى ثلاثة عشر ، كزوجة وأم وأختين لأب ، وإلى خمسة عشر ، كهؤلاء وأخ لأم . وإلى سبعة عشر ، كهؤلاء وأخ [آخر] لأم . ومن صورها : أم الأرامل ، وهي ثلاث زوجات وجدتان ، وأربع أخوات لأم ، وثمان لأب ، فمن سبع عشرة أتى أنصباؤهن سواء . ولا يعول هذا الاصل إلى سبع عشرة إلا والميت رجل .

وأما أربعة وعشرون ، فتعول مرة فقط إلى سبعة وعشرين ، كزوجة وبنتين وأبوين ، وتسمى : النبرية ، لأن علياً رضي الله عنه مثل عنها وهو على المنبر ، فقال ارتجالاً : صار ثمنها تسعاً . ولا يكون هذا المول إلا والميت رجل ، بل لا تكون المسألة [من] أربعة وعشرين إلا وهو رجل .

الفصل الثاني : في طريق التصحيح ، وفيه نظران . أحدهما : في تصحيح فريضة

الميت الواحد . والثاني : في التصحيح إذا مات وارثان فأكثر قبل القسمة ، وتعرف :
بالمناسخت .

أما [النظر] الأول : فإن كانت الورثة كلهم عصابات ، فأمر القسمة سهل ،
وقد بينا أنه من عدد رؤوسهم . وإن كانوا أصحاب فروض ، أو فيهم صاحب فرض ،
وعرفت المسألة بمولها إن كانت عائلة ، فانظر في السهام وأصحابها ، فإن انقسمت
عليهم [جميعاً] ، حصل الفرض ولا حاجة إلى الضرب ، كزوج وثلاث بنين ، هي من
أربعة ، لكل واحد سهم . وكزوجة وبنت وثلاثة إخوة ، من ثمانية ، للزوجة سهم ،
وللبنت أربعة ، ولهم الباقي .

وإن لم تنقسم ، فلما أن يقع الكسر على صنف ، وإما على أكثر .

القسم الأول : على صنف ، فينظر في سهامهم وعدد رؤوسهم ، إن كانا متباينين ،
ضربت عدد رؤوسهم في أصل المسألة بمولها إن عالت . وإن كانا متوافقين ، ضربت
جزء الوفق من عدد رؤوسهم في أصل المسألة بمولها ، ثم الحاصل على التقديرين ،
تصح منه المسألة .

مثال التباين ، زوج وأخوان ، هي من اثنين ، له سهم ، يبقى سهم لا يصح
عليها ، ولا موافقه ، فيضرب عددهما في أصل المسألة تبلغ أربعة منها تصح .

مثال التوافق ، أم وأربعة أعمام ، هي من ثلاثة ، يبقى اثنان يوافق عددهم
بالنصف ، تضرب وفق عددهم ^(١) في المسألة ، تبلغ ستة منها تصح . وإذا أمكنت
الموافقة بأجزاء ، ضربنا أقلها .

(١) في إحدى نسخ الظاهرية المقابلة على نسخة المزايف بعد التصحيح : « تضرب عددهم » وكانت

في الاصل : « تضرب نصف عددهم » ، وقد شطب بالاهر على كلمة « نصف » ، وفي هامش هذه النسخة

ما نصه : كذا ، وصوابه : « نصف عددهم » . اهـ .

القسم الثاني : الكسر على أكثر من صنف ، فيمكن أن يقع على صنفين أو ثلاثة أو أربعة ، ولا تتصور الزيادة ، لأن الوارثين في الفريضة لا يزيدون على خمسة أصناف كما ذكرنا في أول الكتاب عند اجتماع من يرث من الرجال والنساء ، ولا بد من صحة نصيب أحد الأصناف عليه ، لأن أحد الاصناف الخمسة ، الزوج والابوان ، والواحد يصح عليه نصيبه قطعاً ، فلزم الحصر . فان وقع الكسر على صنفين ، نظرنا في سهام كل صنف وعدد رؤوسهم . والأحوال ثلاثة . أحدها : أن لا يكون بين السهام والرؤوس موافقة في واحد من الصنفين ، فتترك رؤوس الصنفين بحالها . الثاني : أن تكون موافقة فيها ، فتد رؤوس كل صنف إلى جزء الوفق . الثالث : أن يكون الوفق في أحد الصنفين ، فتد رؤوسه إلى جزء الوفق ، وتترك رؤوس الآخر بحالها . ثم الرؤوس - مردودين أو أحدهما أو غير مردودين - إما أن يتأثلا ، فتضرب أحدهما في أصل المسألة بعولها ، وإما أن يتداخلا ، فتضرب أكثرهما في أصل المسألة بعولها ، وإما أن يتوافقا ، فتضرب جزء الوفق من أحدهما في جميع الآخر ، فما بلغ ضربته في أصل المسألة بعولها ، وإما أن يتباينا ، فتضرب أحدهما في الآخر ، فما حصل ضربته في أصل المسألة ، فما بلغ صحت منه . ويخرج من هذه الاحوال اثنا عشرة مسألة ، لأن في كل واحد من الأحوال الثلاثة أربع حالات ، والحاصل من ضرب ثلاثة في أربعة ، اثنا عشر . وإن وقع الكسر على ثلاثة أصناف أو أربعة ، نظرنا أولاً في سهام كل صنف وعدد رؤوسهم ، فحيث وجدنا الموافقة ، رددنا الرؤوس إلى جزء الوفق . وحيث لم نجد ، بقيناه بحاله . ثم يجيء في عدد الاصناف الأحوال الأربعة ، فكل عددين متماثلين ، تقتصر منها على واحد . وإن تماثل الكل ، اكتفينا بواحد وضربناه في أصل المسألة بعولها ، وكل عددين متداخلين تقتصر على أكثرهما ، وإن تداخلت كلها ، اكتفينا بأكثرها وضربناه في أصل المسألة بعولها ، وكل متوافقين

نضرب وفق أحدهما في الآخر ، فما بلغ ضربناه في أصل المسألة . وإن توافق الكل ،
ففيه طريقان للفرّاضين . قال البصريون : نقف أحدهما وزد ماعده إلى جزء وفق ،
ثم ننظر أجزاء وفق ، فنكتفي عند التامثل بواحد ، وعند التداخل بالأكثر ، وعند
التوافق ، نضرب جزء وفق من البعض في البعض . وعند التباين ، نضرب
البعض في البعض ، ثم نضرب الحاصل في العدد الموقوف ، ثم ما حصل في أصل
المسألة بمولها . وقال الكوفيون : نقف أحد الأعداد وتقابل بينه وبين آخر ،
ونضرب وفق أحدهما في جميع الآخر ، ثم تقابل الحاصل بالعدد الثالث ، ونضرب
وفق أحدهما في جميع الآخر ، ثم تقابل الحاصل بالعدد الرابع ، ونضرب وفق أحدهما
في جميع الآخر ، ثم نضرب الحاصل في أصل المسألة بمولها ، وتسمى صورة
توافق الأعداد : المسائل الموقوفة . وإن كانت الأعداد متباينة ، ضربنا عدداً
منها في آخر ، [ثم] ما حصل في ثالث ، ثم ما حصل في الرابع ، ثم ما حصل في
أصل المسألة بمولها . وإن شئت ضربت أحدهما في أصل المسألة بمولها ، ثم ما يحصل
في الثاني ، ثم في الثالث ، ثم في الرابع . وإذا لم يكن بين السهام وعدد الرؤوس ،
ولا بين أعداد الرؤوس موافقة ، سميت المسألة : صماء ، ولا فرق في الأعداد المتوافقة
بين عدد وعدد ، فتقف أيها شئت ، والعدد الذي تصح منه المسألة بعد تمام العمل
لا يختلف . فإن حصل اختلاف ، فاستدلّ به على الغلط ، وإن وافق أحد الأعداد
الثلاثة الآخرَين والآخران متباينان ، لم يجوز أن نقف إلا الذي يوافقها ، ويسمى هذا
الموقوف : المقيّد .

فرع

هذا الذي ذكرناه ، بيان التصحيح . فإذا فرغت منه وأردت أن تعرف نصيب
كل واحد من الصنف ، مما حصل من الضرب ، فله طرق .

أشهرها وأخفها : أن تضرب نصيب كل صنف من أصل المسألة في العدد المضروب في المسألة، ويعرف بعدد المنكسرين، فما بلغ، فهو نصيب ذلك الصنف، فتقسمه على عدد رؤوسهم، فالخارج بالقسمة هو نصيب كل واحد من ذلك الصنف .

مثاله : زوجتان ، وأربع جدات ، وست أخوات لأب ، هي من اثني عشر ، وتعمل إلى ثلاثة عشر ، ويرجع عدد الجدات بالوفاة إلى اثنين ، والأخوات إلى ثلاث ، فيحصل اثنان واثناث وثلاثة ، تسقط أحد المتماثلين ، وتضرب الآخر في ثلاثة ، تبلغ ستة ، تضربها في أصل المسألة بعولها ، تبلغ ثمانية وسبعين ، كان للزوجين من أصل المسألة ثلاثة ، فتضرب في ستة ، تبلغ ثمانية عشر ، فهو نصيبها . وإذا قسم ذلك على رؤوسها ، خرج تسعة ، وكان للجدات سهان ، تضربها في ستة ، تبلغ اثني عشر ، لكل واحدة ثلاثة ، وكان للأخوات ثمانية ، تضرب في ستة ، تبلغ ثمانية وأربعين ، لكل واحدة ثمانية .

الطريق الثاني : تقسم سهام كل صنف من أصل المسألة على عدد رؤوسهم ، فما خرج من القسمة ، يضرب في المضروب في أصل المسألة ، فما حصل ، فهو نصيب كل واحد من الصنف . ففي المثال المذكور ، يقسم نصيب الزوجتين على عدد رؤوسهما ، يخرج بالقسمة سهم ونصف ، يضرب في السنة المضروبة في المسألة ، تبلغ تسعة ، وهو نصيب كل زوجة ، ويقسم نصيب الجدات عليهن ، يخرج نصف سهم ، تضربه في الستة ، تكون ثلاثة ، فهو نصيب كل جدة ، وعلى هذا فقس الأخوات .

[الطريق الثالث : تقسم العدد المضروب في المسألة على عدد رؤوس كل صنف ، فما خرج تضربه في نصيب ذلك الصنف ، فما بلغ فهو نصيب الواحد من ذلك الصنف ، ففي المثال المذكور تقسم الستة على عدد رؤوس الزوجتين ، يخرج ثلاثة ، تضربها في نصيبها من أصل المسألة وهو ثلاثة ، تبلغ تسعة ، وهو نصيب كل زوجة . وعلى هذا القياس .

[الطريق] الرابع : تقابل بين نصيب كل صنف وعدد رؤوسهم ، وتضبطا النسبة بينهما ، وتأخذ بتلك النسبة في العدد المضروب في المسألة ، فهو نصيب كل واحد من ذلك الصنف ، ففي المثال المذكور ، نصيب الزوجتين ثلاثة وهما اثنان . والثلاثة مثل الاثنين ومثل نصفها ، فتأخذ مثل العدد المضروب في المسألة ، ومثل نصفه ، يكون تسعة ، وهو نصيب كل زوجة ، ونصيب الأخوات ثمانية ، وعددهن ستة ، والثمانية مثل الستة ، ومثل ثلثها ، فلكل أخت مثل العدد المضروب ، ومثل ثلثه تكون ثمانية ، ونصيب الجدات اثنان مثل نصف عددهن ، فلكل جدة نصف العدد المضروب .

[الطريق] الخامس : ويعرف به نصيب كل واحد من الورثة قبل الضرب والتصحيح . إن كان الكسر على صنف ، فانظر إن لم يوافق سهامهم عددهم ، فنصيب كل واحد منهم بعدد سهام جميع الصنف من أصل المسألة ، ونصيب كل [واحد] من الأصناف الذين لا كسر عليهم ، بعدد رؤوس المنكسر عليهم إن كان لكل واحد منهم سهم واحد . وإن كان أكثر من سهم ، ضرب مالكل واحد منهم من أصل المسألة في عدد المنكسر عليهم ، فما حصل ، فهو نصيب كل واحد منهم . وإن وافق سهامهم عددهم ، فنصيب كل واحد من المنكسر عليهم بعدد وفق سهامهم من أصل المسألة ، ونصيب كل واحد ممن لم ينكسر عليهم وفق عدد الرؤوس المنكسر عليهم على ما ذكرناه .

مثاله : زوج ، وأخوان لأم ، وخمس أخوات لأب ، تعمل من ستة إلى تسعة ، ونصح من خمسة وأربعين ، ونصيب كل أخت بعدد سهام جميعهن من أصل المسألة ، وهو أربعة ، ونصيب كل أخ خمسة بعدد رؤوس الأخوات المنكسر عليهن ، ونصيب الزوج خمسة عشر ، لأنه كان له أكثر من سهم ، وهو ثلاثة ، فتضرب في عدد رؤوسهن . ولو كان عدد الأخوات عشرة ، وافق سهامهن عددهن بالنصف ، وترد

عددهن إلى النصف ، ويكون نصيب كل أخت بعدد نصف ما لجمعتهن من أصل المسألة ، وهو اثنان ، ويكون لكل أخ خمسة نصف عدد رؤوس الاخوات ، وللزوج ثلاثة مضروبة في نصف عدد رؤوسهن . أما إذا كان الكسر على صنفين ، ولم يكن بين الرؤوس والسهام موافقة ، أو كانت ، ورددت الرؤوس إلى وقفها ، فانظر في عدد الرؤوس ، ولها أحوال .

أحدها : أن يكونا متباينين ، فالحاصل من ضرب كل صنف في سهام الصنف الآخر من أصل المسألة هو نصيب كل واحد من الصنف المضروب في سهامهم ، والحاصل من ضرب عدد أحد الصنفين في الآخر ، إذا ضربته في نصيب الواحد [من] الذين لا كسر عليهم ، كان المبلغ نصيب [ذلك] الواحد من ذلك الصنف .

مثاله : خمس بنات ، وأربع زوجات ، وأربع جدات ، وأخ لأب ، هي من أربعة وعشرين ، وتصح من أربعائة وثمانين ، والكسر في البنات والزوجات ، ولا موافقة . فإذا ضربت رؤوس البنات في سهام الزوجات ، حصل خمسة عشر ، فهو نصيب كل زوجة . وإذا ضربت الزوجات في سهام البنات ، حصل أربعة وستون ، فهو نصيب كل بنت . وإذا ضربت البنات في الزوجات ، حصل عشرون . فإذا ضربته في نصيب كل واحد من الجدات ، كان عشرين ، لأن لكل واحدة واحداً ، فهو نصيب كل جدة . وكذلك نصيب الاخ . ولو كان بدل الأربع جدتان ، ضربت العشرين في اثنين ، فالحاصل نصيب كل جدة .

الحال الثاني : إذا كان عدد الرؤوس متوافقاً ، سواء تداخل ، أم لا ، فإذا ضربت وفق أحد المدينين في سهام الآخر ، كان الحاصل نصيب كل واحد من الصنف المضروب في سهامهم . وإذا ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ولا تداخل بينهما ، وضربت ما حصل في نصيب الواحد ممن لا كسر عليهم ، كان الحاصل نصيب الواحد

من ذلك الصنف ، وإن تداخل ، ضربت أكثرهما في النصيب ، فما حصل ، فهو نصيب الواحد منهم .

مثاله : زوج ، وتسعة إخوة لأم ، وخمسة عشر أخاً لأب ، هي من ستة ، وتعمل إلى تسعة ، وتصح من أربعمائة وخمسة ، تضرب وفق عدد الاخوة في سهام الأخوات ، تبلغ اثني عشر ، فهو نصيب كل أخت ، ووفق عدد الاخوات في نصيب الاخوة ، تبلغ عشرة ، فهو نصيب كل أخ ، ووفق أحدهما في جميع الآخر ، تبلغ خمسة وأربعين ، تضربه في سهام الزوج ، وهي ثلاثة ، تبلغ مائة وخمسة وثلاثين ، فهو نصيب الزوج . فإن كان عدد الاخوة اثني عشر ، وعدد الاخوات ست عشرة ، فالسهم توافق الأعداد ، فترجع الاخوة إلى ستة ، والأخوات إلى أربعة ، للموافقة بالربع ، وبين العددين موافقة بالنصف ، فتصح المسألة من مائة وثمانية . وإذا ضربت وفق الراجع من عدد الاخوة ، وهو ثلاثة ، في وفق سهام الأخوات ، وهو واحد ، كان الحاصل ثلاثة ، وهو نصيب كل أخت . وإذا ضربت وفق الراجع من عدد الاخوات ، وهو اثنان ، في وفق سهام الاخوة ، وهو واحد ، كان الحاصل اثنين ، وهو نصيب كل أخ . وإذا ضربت وفق أحد الراجعين في جميع الآخر ، حصل اثنا عشر ، فإذا ضربته في سهام الزوج من الأصل ، حصل ستة وثلاثون ، وهو نصيب الزوج .

الحال الثالث : إذا كانت عدد الرؤوس متماثلاً ، فنصيب كل واحد من كل صنف بحد ما كان لجيمهم من أصل المسألة ، ونصيب كل واحد ممن لا كسر عليهم ، هو الحاصل من ضرب ما كان له في عدد أحد الصنفين المنكسر عليهم .

مثاله : خمس بنات ، وخمس جدات ، وأخ ، هي من ستة ، وتصح من ثلاثين ، ونصيب كل بنت مثل ما كان [لهن] ، وهو أربعة ، ونصيب كل جدة مثل ما كان لهن ، وهو واحد ، ونصيب الأخ هو الحاصل من ضرب ما كان [له] في خمسة ، وهو خمسة .

أما إذا كان الكسر على ثلاثة أصناف ، فانظر ، إن كانت أعداد الرؤوس متباينة ، فاعزل الصنف الذين تريد أن تعرف نصيبهم ، واضرب عدد أحد الآخرين في الآخر ، فما بلغ فاضربه في نصيب الصنف الذين عزلتهم ، فما بلغ فهو نصيب كل واحد منهم ، واضرب عدد رؤوس الأصناف الثلاثة بعضه في بعض ، فما بلغ فاضربه في نصيب من انقسم عليهم نصيبهم من أصل المسألة ، فما بلغ فهو نصيب كل واحد منهم .

مثاله : أربع زوجات ، وثلاث جدات ، وخمس بنات ، وأخت لأب ، هي من أربعة وعشرين ، وتصح من ألف وأربعمائة وأربعين . فإذا أردت أن تعرف نصيب الزوجات ، فاعزلهن واضرب البنات في الجدات ، تبلغ خمسة عشر ، اضربه في نصيب الزوجات في الاصل ، تبلغ خمسة وأربعين ، فهو نصيب كل زوجة . وعلى هذا القياس حكم البنات . واضرب لمعرفة نصيب الأخت عدد الاصناف المتكسر عليهم بعضهم في بعض ، تبلغ ستين ، اضربه في نصيبها من أصل المسألة ، وهو واحد ، تبلغ ستين ، فهو نصيبها . وإن كانت الأعداد متوافقة أو متماثلة ، فالمعمل على قياس ما ذكرنا في الكسرين . وصورة التماثل هيئة ، وأما التوافق ، فكشع بنات ، وست جدات ، وخمسة عشر أختاً ، هي من ستة ، وتصح من خمسمائة وأربعين . فإذا أردت معرفة نصيب البنات ، فاعزلهن واضرب وفق أحد الصنفين من الجدات والاختوة في وفق الآخر ، تبلغ عشرة ، تضرب في نصيب البنات ، تبلغ أربعين ، فهذا نصيب كل بنت . وكذا تنزل الجدات وتضرب وفق أحد الصنفين الآخرين في وفق الثاني ، تبلغ خمسة عشر ، تضربها في نصيب الجدات ، تبلغ خمسة عشر ، فهو نصيب كل جدة . وتنزل الاختوة ، وتضرب وفق أحد الآخرين في وفق الثاني ، تبلغ ستة ، تضربها في نصيبهم ، تبلغ ستة ، فهو نصيب كل أخ .

النظر الثاني : في التناسخت .

فإذا مات عن جماعة ، ثم مات أحدهم قبل قسمة التركة ، فله مسألة حالان .
أحدهما : أن تنحصر ورثة الميت الثاني في الباقيين ، ويكون إرثهم من الثاني مثل
الارث من الاول ، فتجمل الميت الثاني كأن لم يكن ، وتقسم التركة على الباقيين ،
ويتصور ذلك إذا كان الارث عنها بالمصوبة ، كمن مات عن إخوة وأخوات من
الاب ، ثم مات أحدهم عن الباقيين ، أو عن بنين وبنات ، ثم مات أحدهم عن إخوته
وأخواته . وفيما إذا كان الارث عنها بالفرض في بعض الصور ، كمن ماتت عن زوج ،
وأم ، وأخوات مختلفات الآباء ، ثم نكح الزوج إحداهن ، فماتت عن الباقيين . وفيما إذا
ورث بعضهم بالفرض وبعضهم بالمصوبة ، كمن مات عن أم ، وإخوة لأم ، وممتق ،
ثم مات أحد الاخوة عن الباقيين . ولا فرق بين أن يرث كل الباقيين من الثاني
أو بعضهم ، كمن مات عن زوجة وبنين ، وليست أمهم^(١) ، ثم مات أحد البنين عن الباقيين .
الحال الثاني : أن لا يكون كذلك ، بأن لا ينحصروا ، إما لان الوارث غيرهم ،
وإما لأن غيرهم يشركهم ، وإما لاختلاف مقادير استحقاقهم ، فنصحح مسائلتي الأول
والثاني جميعاً ، وننظر في نصيب الثاني من مسألة الأول . فان انقسم نصيبه على
مسألتيه ، فذاك ، وإلا ، فنقابل نصيبه بمسألتيه المصححة ، إن كان بينها موافقة ، ضرب
أقل جزء الوفق من مسألة الثاني في جميع مسألة الاول . وإن لم يكن ، ضرب جميع
مسألتيه في جميع مسألة الاول ، فما بلغ ، صحت منه المسألتان . وإذا أردت معرفة
نصيب كل واحد من الورثة مما حصل من الضرب ، فقل : كل من له شيء من
المسألة الأولى ، يأخذه مضروباً فيما ضربته في المسألة الاولى ، وهو جميع المسألة
الثانية أو وقفا . ومن له شيء من الثانية ، يأخذه مضروباً في نصيب الميت الثاني
من المسألة الأولى ، أو في وفق النصيب إن كان بين مسألتيه ونصيبه وفق .

(١) أي : وليست الزوجة أم البنين ، بل غيرها .

مثاله : زوج، وأختان لاب ، ماتت إحداهما عن الأخرى وعن بنت ، المسألة

الاولى من سبعة ، والثانية من اثنين ، ونصيب الميت الثاني من الاول اثنان .

زوجة ، وثلاث بنين، وبنت ، ثم ماتت البنت عن أم وثلاثة إخوة ، وهم الباقيون من ورثة الاول ، فالاولى من ثمانية ، والثانية تصح من ثمانية عشر ، ونصيب الميتة من الاول سهم لا يوافق ، فتضرب الثانية في الاولى ، تبلغ مائة وأربعة وأربعين ، للزوجة سهم مضروب في ثمانية عشر ، ولكل ابن سهران في ثمانية عشر ، تبلغ ستة وثلاثين ، وللأم من الثانية ثلاثة مضروبة في سهم الميتة وهو واحد ، ولكل أخ خمسة ، فحصل الأم من المسألين أحد وعشرون ، ولكل أخ أحد وأربعون . جدتان ، وثلاث أخوات متفرقات ، ثم ماتت الاخت الأم عن أخت لام ، وهي الاخت للأبوين في المسألة الاولى ، وعن أختين لابوين ، وعن أم أم وهي إحدى الجدتين ، فالاولى من اثني عشر ، والثانية من ستة ، ونصيب الميتة من الاول سهران ، ونصيبها ومسألتها يتوافقان بالنصف ، فتضرب نصف مسألتها في الاول ، تبلغ ستة [وثلاثين ، كان للجدتين سهران ، تضربها في ثلاثة ، تبلغ ستة ، وكذا الاخت الأب ، وكان الأخت من الابوين ستة] ، تضربها في ثلاثة ، تبلغ ثمانية عشر ، ولها من الثانية سهم مضروب في وفق نصيب الميتة وهو سهم ، والأختين الأبوين أربعة مضروبة في سهم ، وللجدة سهم في سهم ، فحصل للأخت الوارثة في المسألين تسعة عشر ، وللجدة الوارثة فيها أربعة .

فرع

لو مات ثالث قبل قسمة التركة ، فلك طريقان . أحدهما : تصحح المسائل الثلاث ، وتأخذ نصيب الميت الثالث من الاولين ، وتقابله بما صحت منه مسألته ، فإن انقسم

نصيبه على مسألته ، فذاك ، وإلا ، فإن توافقا ، ضربت وفق مسألته فيما صحت منه الاوليان . وإن تباينا ، ضربت مسألته فيه . وعلى هذا القياس تعمل إذا مات رابع وخامس قبل القسمة . ثم من كان له شيء من المسألتين الاولين ، أو من أحدهما ، أخذه مضروباً في الثالثة ، أو في وفقها ، ومن كان له شيء من الثالثة ، أخذه مضروباً في نصيب الثالث من المسألتين الاولين ، أو في وفقه .

الطريق الثاني : أن تصحح كل مسألة برأسها ، وتقابل نصيب كل ميت بمسألته ، فمن انقسم نصيبه على مسألته ، فلا اعتداد بمسألته . ومن لم ينقسم ، [حفظت] مسألته بتمامها إن لم توافق نصيبه ، أو وفقها إن توافقا ، وفعلت بها ما تفعل بأعداد الأصناف المنكسر عليهم سهامهم من المسألة الواحدة ، فما حصل ضربته في المسألة الأولى ، فما حصل قسمته ، فتضرب مالكل واحد من الأولى في العدد المضروب فيها ، فما خرج فهو له إن كان حياً ، ولورثته إن كان ميتاً .

مثاله : زوجة ، وبنت ، وثلاثة بني ابن ، ثم ماتت البنت عن زوج ، وأخ لأم ، وأم وهي الزوجة ، ثم مات أحد ابني الابن عن زوجة ، وبنت ، وابن ابن ، وجدة ، وهي الزوجة في المسألة الأولى ، ثم مات آخر عن هذه الجدة ، وعن خمسة بنين وخمس بنات ، فالأولى ، من ثمانية ، والثانية ، من ستة ، والثالثة ، من أربعة وعشرين ، والرابعة ، من ثمانية عشر ، ونصيب البنت يوافق مسألتها بالنصف ، فترد مسألتها إلى ثلاثة ، فاذاً معنا ثلاثة ، وثمانية عشر ، وأربعة وعشرون ، والثلاثة داخله في أربعة وعشرين ، فتقتصر عليها ، وهي توافق ثمانية عشر بالسدس ، فتضرب سدس أحدهما في جميع الآخر ، تبلغ اثنين وسبعين ، تضربها في مسألة الميت الأول وهي ثمانية ، تبلغ خمسمائة وستة وسبعين ، ومنها تصح المسائل ، فمن له شيء من الأولى ، يضرب نصيبه في اثنين وسبعين ويقسم على ورثته .

زوجة وثلاثة إخوة ، ثم مات أحدهم عن ابنين ، والثاني عن ابنين وبنت ،
والثالث عن ابن وبنت ، فالأولى من أربعة ، والثانية ، من اثنين ، والثالثة ،
من خمسة ، والرابعة ، من ثلاثة ، والسهم لا توافق المسائل ، فتضرب المسائل الثلاث بعضها
في بعض ، تبلغ ثلاثين ، تضربه في المسألة الأولى ، تبلغ مائة وعشرين ، للزوجة
منها سهم في ثلاثين ، ولكل أخ كذلك . فما الأول لابنيه ، لكل واحد خمسة
عشر . ومالثاني لابنيه وبنته ، لكل ابن اثنا عشر ، وللبنت ستة . ومالثالث
ابن ابته وبنته ، له عشرون ، ولها عشرة .

فرع

هذا الذي ذكرنا ، تصحيح النسخات . قال الفرضيون : وقد يمكن اختصار
الحساب بمد الفراغ من عمل التصحيح ، وذلك إذا كانت أنصباء الورثة كلها
متماثلة ، فترد المسألة إلى عدد رؤوسهم ، وكذلك إذا كانت متوافقة بجزء صحيح ،
فيؤخذ ذلك الوفق من نصيب كل واحد ، يقسم المال بينهم على ذلك العدد ، كزوجة ،
وبنت ، وثلاثة بنين منها ، ثم مات أحد البنين عن الباقيين ، فالمسألة الأولى ، من ثمانية ،
والثانية ، من ستة ، ونصيب الميت الثاني سهان يوافقان مسأله بالنصف ، فتضرب نصف
مسأله في الأولى ، تبلغ أربعة وعشرين ، للزوجة ثلاثة ، وللبنت ثلاثة ، ولكل
ابن ستة ، ومن نصيب الثاني ، للأُم سهم ، والأخت سهم ، ولكل أخ سهان ، فمجموع
مال الأُم أربعة ، وللأخت كذلك ، ولكل أخ ثمانية ، فالأنصباء متوافقة بالربيع ،
فتأخذ ربع كل نصيب ، يبلغ المجموع ستة ، فتقسم المال عليها اختصاراً . أما إذا
لم يكن بين الأنصباء موافقة ، أو وافق بعضها فقط ، فلا يمكن الاختصار .
المقصود الثاني : قسمة التركات ، وله أصل وفروع متشعبة . أما الأصل ،

فان كانت التركة دراهم أو دنانير أو غيرهما مما ينقسم بالأجزاء، كالمكيلات والموزونات، قسمت عنها بين الورثة . وإن كان مما لا ينقسم بالأجزاء، كالعبيد والجواري والدواب، قوّم ثم قسم بينهم بالقيمة ، فما أصاب كل واحد من القيمة فله بقدرها من القوّم . وطريقه: أن يُنظر في التركة ، أهى عدد صحيح من الدراهم وغيرها ، أم عدد وكسر ؟ فان كان الأول ، قابلت التركة بالمسألة بعولها إن عالت . فان تماثلا ، فلا اشكال ، وإلا ، فان تباينا، فاضرب نصيب كل وارث من أصل المسألة بعولها، أو بما صحت منه المسألة في عدد التركة ، فما بلغ فاقسمه على أصل المسألة بعولها، أو على ما صحت منه المسألة ، فما خرج من القسمة، فهو نصيب ذلك الوارث . وإن شئت قسمت التركة أولاً على أصل المسألة بعولها ، أو على ما صحت منه ، فما خرج بالقسمة ، فاضربه في سهم كل وارث ، فما بلغ فهو نصيبه . وإن كانا متوافقين ، فان عملت كما عملت في المتباينين ، حصل الغرض ، وإن أردت الاختصار ، فخذ وفقها ، واضرب سهم كل وارث في وفق التركة ، فما بلغ فاقسمه على وفق المسألة ، فما خرج فهو نصيبه من التركة . وإن شئت فاقسم وفق التركة على وفق المسألة ، فما خرج فاضربه في سهم كل وارث ، فما بلغ فهو نصيبه . وإذا فرغت من العمل ، امتحنت صحته ، بأن تجمع ما أصاب كل واحد من الورثة ، وتنظر هل المجموع مثل التركة ، أم لا ؟

الأمثلة :

زوج ، وأم ، وأختان لأب ، وأخوان لأم ، والتركه ستون ديناراً ، فالمسألة من ستة ، وتمول إلى عشرة . فان شئت ضربت سهام الزوج في ستين ، تبلغ مائة وثمانين ، تقسمها على المسألة ، يخرج ثمانية عشر ، فهو نصيب الزوج ، وتضرب نصيب الأم في ستين ، يكون ستين ، تقسمه على المسألة ، يخرج ستة ، فهو نصيبها . وتضرب نصيب الاخوين فيها يكون مائة وعشرين ، تقسمه على المسألة ، يخرج اثنا عشر ،

فهو نصيبها] وتضرب نصيب الاختين ، يكون مائتين وأربعين ، تقسمها على المسألة ، يخرج أربعة وعشرون ، فهو نصيبها] . وإن شئت قسمت التركة على المسألة ، يخرج ستة ، تضربها في سهام كل وارث ، يخرج ما ذكرنا .

زوج ، وأم ، وأخت لاب ، والتركة أربعة دراهم . المسألة تعول إلى ثمانية ، تضرب نصيب الزوج في التركة ، يكون اثني عشر ، تقسمه على سهام المسألة ، يخرج السهم درهم ونصف ، وكذلك نصيب الأخت . وتضرب نصيب الأم وهو سهان في أربعة ، تبلغ ثمانية تقسم على المسألة ، يخرج واحد ، فهو نصيبها .

ثلاث زوجات ، وأربعة إخوة لام ، وخمس أخوات لاب ، والتركة خمسة وسبعون ديناراً . المسألة تعول إلى خمسة عشر ، وتوافق التركة بأجزاء خمسة عشر ، فتردها إلى جزء الوفق ، فتعود التركة إلى خمسة ، والمسألة إلى واحد ، ثم إن شئت ضربت سهام الزوجات ، وهي ثلاثة ، في وفق التركة ، وهو خمسة ، تبلغ خمسة عشر ، فهو للزوجات . وضربت سهام الأخوة ، وهي أربعة ، [في الخمسة] ، تبلغ عشرين ، فهو نصيبهم ، وسهام الأخوات ، وهي ثمانية ، في الخمسة ، تبلغ أربعين ، فهو نصيبهن . وإن شئت قسمت وفق التركة ، وهو خمسة ، على وفق المسألة وهو واحد ، يخرج خمسة ، تضرب في سهام كل وارث ، يكون على ما ذكرنا .

فرع

فإن كانت التركة عدداً وكسراً ، نظر ، إن كان الكسر واحداً ، ضربت مخرج ذلك الكسر في الصحاح ، فما خرج فرداً عليه الكسر ، واقم المجموع على الورثة كما تقسم الصحاح ، ثم اجعل ما خرج بالقسمة بعدد مخرج ذلك الكسر واحداً صحيحاً ، وأضف إليه الباقي .

مثاله : زوج وأختان ، والتركة عشرة دراهم ونصف ، تضرب مخرج النصف ، وهو اثنان ، في العشرة ، تبلغ عشرين ، وتزيد على النصف واحداً ، فكان التركة أحد وعشرون صحاحاً ، تعمل بها عملك بالصحيح ، فيخرج الزوج تسعة أنصاف هي أربعة دراهم ونصف ، ولكل أخت ستة أنصاف وهي ثلاثة دراهم . ولو كانت المسألة بمالها ، والتركة ثمانية وثلاثة أرباع ، ضربت مخرج الربع ، وهو أربعة ، في الثمانية ، تبلغ اثنين وثلاثين ، تزيد عليه الكسر ، وهو ثلاثة ، تبلغ خمسة وثلاثين ، تقسم كقسمة الصحيح ، يخرج للزوج خمسة عشر ، وهو ثلاثة دراهم وثلاثة أرباع درهم ، ولكل أخت عشرة ، وهي درهمان ونصف .

وإن كان مع الصحيح كسران ، كربع وسدس ، أخذت مخرج مجموعها ، وهو اثنا عشر ، وضربته في الصحيح ، وتمت العمل كما ذكرنا .

فصل

وأما الفروع المشعبة ، فتتنوع أنواعاً كثيرة ، نذكر منها مسائل إن شاء الله تعالى .
مسألة : أخذ بعض الورثة قدراً معلوماً من التركة ، وأردت معرفة جملتها ، فأقم سهام المسألة بعولها إن عالت ، ثم إن شئت ضربت المأخوذ في سهام المسألة ، فما بلغ قسمته على سهام الآخذ ، فما خرج بالقسمة فهو جملة التركة . وإن شئت قسمت المأخوذ على سهام الآخذ ، وضربت الخارج من القسمة في سهام المسألة ، فما بلغ فهو التركة .

مثاله : زوج ، وأم ، وأختان لآب ، وأخذ الزوج بحقه ثلاثين ديناراً ، وإن شئت ضربت الثلاثين في سهام المسألة وهي ثمانية ، يكون مائتين وأربعين ، تقسم على سهام الزوج ، وهي ثلاثة ، يخرج ثمانون ، فهو التركة . وإن شئت قسمت الثلاثين على سهامه ،

يخرج عشرة ، تضربها في سهام المسألة تبلغ ثمانين .

ولك طريق آخر ، وهو أن تنظر فيما بين سهام الآخذ وسهام الباقي من النسبة ، وتزيد على المأخوذ مثل نسبة سهامهم من سهامه ، فهو جملة التركة . ففي المثال المذكور ، سهام باقي الورثة مثل سهام الزوج ، ومثل ثلثيها ، فتزيد على الثلاثين مثلها ومثل ثلثيها ، تبلغ ثمانين .

مسألة : زوجة ، وأم ، وثلاث أخوات متفرقات ، والتركة ثلاثون درهماً وثوب ، أخذت الزوجة الثوب بنصيبها برضى الورثة ، كم قيمة الثوب وجملة التركة ؟ فالطريق فيها وفي أخواتها ، أن تقيم أصل المسألة بعولها إن عالت ، وهذه المسألة تقول إلى خمسة عشر . ثم لك طريقان . أحدهما : أن تضرب سهام الزوجة من المسألة في عدد الدراهم فتبلغ تسعين ، فتقسم التسعين على ما بقي من سهام المسألة بعد سهام الزوجة ، وهي اثنا عشر ، يخرج سبعة ونصف ، فهو قيمة الثوب . وإن شئت قسمت الدراهم على باقي سهام الورثة ، وهي اثنا عشر ، يخرج درهماً ونصف ، تضربه في سهام الزوجة ، تبلغ سبعة ونصفاً . وإن شئت نسبت سهامها إلى سهام الباقي ، فإذا هي ربع سهام الباقي ، فتأخذ ربع الثلاثين ، وهو سبعة ونصف ، فهذه ثلاثة أوجه .

الطريق الثاني : طريق الجبر ، تقول : إذا أخذت بخمس التركة ثوباً ، فجملة التركة خمسة أثواب ، وهي تعدل ثوباً وثلاثين درهماً ، فتسقط ثوباً بثوب ، فتبقى أربعة أثواب في مقابلة ثلاثين درهماً ، فتعلم أن الثوب الواحد سبعة ونصف . أو تقول : خمس التركة خمس [ثوب] وستة دراهم ، وقد أخذت بالخمس ثوباً ، فهو يعدل خمس ثوب وستة دراهم ، [تسقط الخمس بالخمس ، يبقى أربعة أخماس ثوب في مقابلة ستة دراهم] ، فتكمل الثوب بأن تزيد على الأخماس الأربعة ربعها ، وتزيد على المعدل ربعه ، وذلك سبعة ونصف . ولو كانت المسألة بحالها ، وأخذت مع الثوب خمسة دراهم ، فعلى الطريق الأول ،

تنقص الخمسة من الثلاثين ، يبقى خمسة وعشرون ، ثم تضرب نصيبها من المسألة في الخمسة والعشرين ، تكون خمسة وسبعين ، تقسم على سهام الباقيين ، وهي اثنا عشر ، يخرج ستة دراهم وربع ، وهو نصيبها من التركة . فإذا نقصت منها الخمسة ، يبقى درهم وربع ، وهو قيمة الثوب . وبالجبر تقول : أخذت بخمس التركة ثوباً وخمسة دراهم ، فجميع التركة خمسة أثواب وخمسة وعشرون درهماً ، تعدل ثوباً وثلاثين درهماً ، فتسقط ثوباً بالثوب ، وخمسة وعشرين بالخمسة والعشرين ، يبقى أربعة أثواب في مقابلة خمسة دراهم ، فالثوب الواحد درهم وربع . ولو كانت المسألة بحالها ، وأخذت الثوب وزدت ستة دراهم ، فعلى الطريق الأول ، تزداد السنة المردودة على الثلاثين ، وتضرب سهام الزوجة في الستة والثلاثين ، تبلغ مائة وثمانية ، تقسم على اثني عشر ، يخرج بالقسمة تسعة ، فهو نصيبها من التركة . فإذا زدت ستة على التسعة ، فهي قيمة الثوب . وعلى طريق الجبر يقال : أخذت بخمس التركة ثوباً إلا ستة دراهم ، فجميع التركة خمسة أثواب إلا ثلاثين درهماً ، تعدل ثوباً وثلاثين درهماً ، فتكمل الثياب بثلاثين درهماً ، ويزاد مثل ذلك على المدبل ، فتصير خمسة أثواب معادلة ستين درهماً وثوب ، تسقط ثوباً بالثوب ، يبقى أربعة أثواب في مقابلة ستين درهماً ، فالثوب الواحد خمسة عشر . ولو كانت بحالها ، والتركة ثلاثون وثوب وعبد وخاتم ، أخذت الزوجة بنصيبها الثوب ، والأم العبد ، والأخت للأم الخاتم ، فعلى الطريق الأول ، تضرب سهام الزوجة ، وهي [ثلاثة] ، في ثلاثين ، تبلغ تسعين ، تقسمها على الثمانية التي للباقيين ، يخرج بالقسمة أحد عشر وربع ، أو تقسم الثلاثين على الباقي من المسألة بعد سهام الزوجة والأم والأخت للأم ، وهو ثمانية ، يخرج ثلاثة وثلاثة أرباع ، تضربها في سهام الزوجة ، تبلغ أحد عشر وربعاً ، فهو قيمة الثوب ، وفي سهمي الأم تبلغ سبعة ونصفاً ، فهو قيمة العبد ، وكذلك قيمة الخاتم . وبالجبر يقال : أخذت الزوجة بالخمسة ثوباً ،

والأم بثاني الخمس عبداً ، والأخت بمثلها خاتماً ، بقي من السهام ثمانية ، وهي خمساً وثلاثاً وخمس ، يكون ثوبين وثلاثي ثوب ، فالجملة ثلاثة أثواب وثلاثا ثوب وعبداً وخاتماً ، وهي تعدل ثوباً وعبداً وخاتماً وثلاثين درهماً ، تسقط ثوباً بالثوب ، والعبداً بالعبداً ، والخاتم بالخاتم ، يبقى ثوبان وثلاثا ثوب في مقابلة ثلاثين درهماً ، فالواحد يعدل أحد عشر ورهماً . ولو كانت بحالها ، والتركة ثلاثون وثوبان يتفاوتان في القيمة بدرهمين ، وأخذت الزوجة بنصيبها الثوب الأدنى على الطريق الأول ، يزيد التفاوت بينها على الدرهم ، فتصير اثنين وثلاثين ، تضرب سهام الزوجة فيها ، يكون ستة وتسعين ، تقسمها على الباقي من سهام المسألة بعد إسقاط نصيب الزوجة وهو ثلاثة ، وبعد إسقاط مثله للثوب الآخر ، فالباقي تسعة يخرج من القسمة عشرة دراهم وثلاثا درهم ، فهو قيمة ما أخذته . وبالجبر تقول : أخذت بالخمسة ثوباً ، فالجميع خمسة أثواب تعدل التركة ، وهي ثوبان واثنان وثلاثون درهماً ، تسقط ثوبين بثوبين ، يبقى ثلاثة أثواب تعدل اثنين وثلاثين درهماً ، فالواحد يعدل عشرة وثلاثين . ولو أخذت الزوجة بنصيبها الثوب الأعلى ، فتزيد الدرهمين على اثنتين ، تصير التركة اثنين وثلاثين درهماً وثوبين متساويين ، أخذت الزوجة بثلاثة أسهم ثوباً ودرهمين ، فيخص ثلاثة أسهم [أخرى] مثل ذلك . فإذا أسقطناها ، بقي من سهام المسألة تسعة ، ومن التركة ثمانية وعشرون درهماً ، تضرب سهام الزوجة في ثمانية وعشرين ، تبلغ أربعة وثمانين ، تقسمها على التسعة الباقية ، يخرج تسعة وثلاث ، فهو قيمة الثوب الأعلى ، وقيمة الأدنى سبعة وثلاث ، وجميع التركة ستة وأربعون درهماً وثلاثان .

مسألة : ابنان والتركة ثوبان بينهما تفاوت دينارين ، أخذ أحدهما ثلاثة أرباع الأعلى ، كم قيمة كل واحد ؟ فطريقه : أن تزيد التفاوت عليها ، فتجعل التركة ثوبين ودينارين ، ولكل ابن ثوب ودينار ، وقد أخذ أحدهما ثلاثة أرباع ثوب وديناراً

ونصفاً ، فتقابل به حقه وهو ثوب ودينار ، وتسقط ثلاثة أرباع ثوب بمثلها ، وديناراً بدينار ، يبقى ربع ثوب في مقابلة نصف دينار ، فالثوب الكامل يعدل دينارين ، فيها قيمة الأدنى ، وقيمة الأعلى أربعة ، وجملة التركة ستة .

مسألة : زوج ، وابن ، أخذ الزوج بميراثه وبدن له على الميتة ثلث المال ، المسألة من أربعة ، تسقط منها سهم الزوج ، يبقى ثلاثة تضربها في مخرج الكسر المذكور ، وهو ثلاثة ، تبلغ تسعة ، منها تخرج المسألة ، للزوج ثلاثة ، وللابن ستة . وإذا كان للابن بثلاثة أسهم ستة ، كان للزوج بسهم اثنان ، فاثنتان إرث ، وواحد دين . ونقول بطريق آخر : المسألة من أربعة ، والدين شيء ، فجملة التركة أربعة أسهم وشيء ، منها سهم وشيء ثلث المال ، وثلاثة أسهم ثلثا ، والثلث يعدل نصف الثلثين . فإذا سهم وشيء يعدل سهماً ونصف سهم ، السهم بالسهم ، يبقى شيء في مقابلة نصف سهم ، فتعلم أن الشيء المضموم إلى السهام الأربعة نصف سهم . فإذا بسطناها أنصافاً كانت تسعة .

مسألة : ابن وبنت ، انتهبا التركة ، ثم رد كل واحد منها على صاحبه ربع ما انتهب ، فوصل كل واحد إلى حقه من الميراث ، يجعل ما انتهبه الابن أربعة أشياء ، وما انتهبه البنت أربعة دنانير . فإذا رد الابن ربع ما انتهبه ، وأخذ منها ربع ما انتهبه ، حصل في يده ثلاثة أشياء ودينار ، وفي يدها ثلاثة دنانير وشيء ، ومعلوم أن حقه ضعف حقها ، فضعف مامعها مثل مامعه ، وضعف مامعها ستة دنانير وشيئان ، تعدل ثلاثة أشياء وديناراً ، فتسقط ديناراً بدينار ، وشيئين بشيئين ، يبقى خمسة دنانير تعدل شيئاً ، ففرغنا أن قيمة الشيء خمسة ، وقيمة الدينار واحد ، وجملة التركة أربعة أشياء وأربعة دنانير ، فيكون أربعة وعشرين ، ما انتهبه الابن عشرون ، وما انتهبه البنت أربعة . فإذا دفع إليها خمسة وأخذ منها واحداً ، كان معه ستة عشر ، ومعها ثمانية . وتعرف هذه المسألة ونظائرهاب «مسألة النسيء» .

فصل

في مسائل [من] الحساب ، تتعلق بأبواب سبقت أحكامها

إحداها : سبق أن المفقود إذا مات له قريب ، [وخلف] ورثة أيضاً حاضرين ،
يؤخذ في حق الجميع بالأسول من حياة المفقود وموته في إسقاطه وفي دفع الأقل إليه .
وطريق معرفة الأقل : أن تصحح المسألة على تقديري حياته وموته ، وتضرب إحداها
في الأخرى إن لم تتوافقا ، فإن توافقتا ، ضربت وفق إحداها في جميع الأخرى ، ثم كل من
ورث على التقديرين تضرب ما يرثه من كل مسألة في الأخرى ، أو [في] وقفها ،
وتصرف إليه الأقل مما حصل من الضربين .

مثاله : أختان لاب ، وعم ، وزوج مفقود . فإن كان حياً ، فهي من سبعة ،
وإلا ، فمن ثلاثة ، ولا موافقة بينهما ، فتضرب أحدهما في الآخر ، يبلغ أحداً وعشرين ،
للأختين [من] مسألة الحياة أربعة في ثلاثة باثني عشر ، ومن مسألة الموت سهان
في سبعة بأربعة عشر ، فيصرف إليهما اثنا عشر ، ويوقف الباقي ، فإن عُرِف حياة
الزوج ، دُفع إليه ، وإن عُرِف موته ، فسهران من الموقوف للأختين ، والباقي للعم .
أم ، وزوج ، وأختان لاب ، وابن مفقود . فإن كان حياً ، فالمسألة من اثني عشر ،
وإن كان ميتاً ، عالت إلى ثمانية ، وهما متوافقان بالربع ، فتضرب ربع أحدهما في
الآخر ، تبلغ أربعة وعشرين ، للأم [من] مسألة الحياة سهان مضروبان في وفق
مسألة الموت ، تكون أربعة ، ومن مسألة الموت سهم في وفق مسألة الحياة ، تكون
ثلاثة ، فتعطى ثلاثة ، والزوج من الحياة ثلاثة في وفق الموت ، تكون ستة ، ومن
الموت ثلاثة في وفق الحياة ، تكون تسعة ، فيعطى ستة ، ويوقف الباقي .

و[المسألة] الثانية : طريق تصحيح مسائل الخنثى على جميع الحالات ،

وطلب الاقل التيقن : أن تقيم المسألة على جميع الحالات . فإن كان الخنثى واحداً ، فله حالان . إما ذكر ، وإما أنثى . وإن كان خنثيان ، فلهما ثلاثة أحوال ، لأنها ذكيران أو أنثيان ، أو ذكر وأنثى ، ولثلاثة خنثائي أربعة أحوال ، وعلى هذا القياس . فإذا ضبطت أصل كل حال ، فخذ اثنين منها ، وانظر أهما متماثلان ، أم متداخلان ، أم متوافقان ، أم متباينان ؟ واعمل فيها عملك عند الانكسار على فريقين ، ثم قابل الحاصل ممك بأصل ثالث ، وهكذا تفعل حتى تأتي على آخرها ، ثم إن لم يكن في المسألة صاحب فرض ، صحت مما عندك ، وإن كان ، ضربته من مخرج الفرض ثم قسمت .

مثاله : ولدان خنثيان ، إن كانا ذكرين ، فالمسألة من اثنين . أو أنثيين ، فمن ثلاثة ، وكذا الذكر والأنثى ، فسقط أحد الثلاثين ، وتضرب الأخرى في اثنين ، تبلغ ستة ، تعطي كل واحد اثنين ، لانه الاقل .

زوج ، وولدان خنثيان ، تضرب الستة التي صحت منها مسائلها عند انفردهما في مخرج الربع ، تبلغ أربعة وعشرين ، للزوج منها ستة ، ولكل واحد منها ستة ، لاحتمال أنوثته وذكره الآخر .

ابن ، وولدان خنثيان ، إن كانا ذكرين ، فمن ثلاثة . أو أنثيين ، فمن أربعة . أو ذكراً وأنثى ، فمن خمسة ، وكلها متباينة ، فتضرب بعضها في بعض ، تبلغ ستين ، للابن عشرون ، ولكل واحد منها اثنا عشر ، لاحتمال أنوثته وذكره الآخر .

قلت : ثلاثة أولاد خنثائي ، إن كانوا ذكوراً ، فمن ثلاثة ، أو إناثاً ، تصح من تسعة ، أو ذكراً وأنثيين ، فمن أربعة ، أو عكسه ، فمن خمسة ، والثلاثة داخلية في التسعة ، فتضرب الأعداد الثلاثة بعضها في بعض ، تبلغ مائة وثمانين ، منها تنقسم ، تعطي كل واحد سهماً من خمسة في أربعة ، ثم في تسعة وستة وثلاثين . فإن بان واحد أنثى ، لم ترده ، لبقاء الاحتمال ، وتزيد صاحبيه كل واحد تمام أربعين إذ أسوأ

أحوالهما أن يكونا أنثيين . فان بان أحد الآخرين أنثى ، لم تزدهما ، وتزيد الأول غلام
الاربعين . فان بان الثالث أنثى ، فلا زيادة لهن . وإن بان ذكراً ، تم له تسعون ،
ولكل واحد منها خمسة وأربعون . والله أعلم

[المسألة] الثالثة : في تصحيح مسائل الحمل تقريباً على أن أكثره أربعة ،
وأن من ليس له فرض مقدّر كالأولاد ، يأخذ مع الحمل شيئاً ، فقسم المسألة
على تقدير ولد واحد ، وله حلال ، لأنه ذكر أو أنثى ، وعلى تقدير ولدين ، ولهما
ثلاثة أحوال ، وعلى تقدير ثلاثة ، ولهم أربعة أحوال ، وعلى تقدير أربعة ، ولهم خمسة
أحوال ، ثم ينظر في الاعداد ، ويكتفى بما تماثل بواحد ، وبما تداخل بالأكثر ،
وبما توافق بجزء الوفق ، وتترك المتباينة بحالها ، وتضرب ما حصل من الأعداد بعضها
في بعض ، فما بلغ ، صحت منه القسمة ، ويعطى الموجود على تقدير الأضر .

[المسألة] الرابعة : في تصحيح مسائل الاستهلال . فاذا مات عن ابن
وزوجة حامل ، فولدت ابناً وبناتاً ، واستهّل أحدهما فوجداً ميتين ، ولم يعلم المستهّل ،
فقد سبق أنه يعطى كل وارث أقل ما يستحقه . وطريق معرفته أن يقال : المسألة
الأولى تصح من ستة عشر إن [كان] المستهّل هو الابن ، للزوجة سهبات ،
ولكل ابن سبعة ، ومسألة الابن المستهّل من ثلاثة ، والسبعة لا تنقسم على الثلاثة ،
ولا توافقها ، فتضرب ثلاثة في ستة عشر ، تبلغ ثمانية وأربعين ، للزوجة الثمن ستة ،
ولكل ابن أحد وعشرون ، للأم منها سبعة ، وللأخ أربعة عشر ، فيجتمع للأم
منها ثلاثة عشر ، وللأخ خمسة وثلاثون . وإن كانت البنت هي المستهّلة ، فالمسألة
الأولى تصح من أربعة وعشرين ، للبنت منها سبعة ، ومسألتها من ثلاثة ، ولا تصح
السبعة على ثلاثة ولا توافقها ، فتضرب ثلاثة في أربعة وعشرين ، تبلغ اثنين وسبعين ،

للرأة الثمن تسعة ، وللابن اثنان وأربعون ، وللبنت أحد وعشرون ، للأُم منها سبعة ، وللأخ الباقي ، فيجتمع للأُم ستة عشر، وللأخ ستة وخمسون وهما متوافقان بالثمن ، فتردّ ما صحت منه مسألة البنت وهو اثنان وسبعون إلى ثمنها وهو تسعة ، للأُم منها مِهران ، وللابن سبعة . فانهى الأمر إلى أن المسألة على تقدير استهلاك الابن صحت من ثمانية وأربعين ، وصحت مسألة البنت من تسعة، وهما متوافقان بالثلث ، فتضرب ثلث أحدهما في الآخر ، تبلغ مائة وأربعة وأربعين ، منها تصح في الحالين ، للأُم بتقدير استهلاك الابن تسعة وثلاثون ، وبتقدير استهلاك البنت اثنان وثلاثون ، فتعطى الأقل ، وللابن بتقدير استهلاك الابن مائة وخمسة ، وبتقدير استهلاك البنت مائة واثنى عشر ، فتعطى الأقل، ويوقف الباقي وهو سبعة أسهم بينها .

فرع

لابن الحداد

مات عن زوجة حامل وأخوين ، فولدت ابناً، ثم صودف ميتاً ، فقالت الزوجة : انفصل حيّاً ثم مات ، نظر ، إن صدّقها ، فهذا رجل خلّف زوجة وابناً، ثم مات الابن وخلّف أمّاً وعمين ، فتصحان من أربعة وعشرين . وإن كذّبها ، فالقول قولها مع يمينها ، وتصح من ثمانية . وإن صدّقها أحدهما وكذّبها الآخر ، حلف المكذّب وأخذ تمام حقه لو كذّبها ، وهو ثلاثة من ثمانية ، والباقي ، وهو خمسة ، يقسم بين المصدّق والزوجة على النسبة الواقعة بين نصيبها لو صدّقها ، وذلك لاتفاقها على أن المكذّب ظالم يأخذ الزيادة ، فكأنها تلفت من التركة ، ونصيب الزوجة لو صدّقها عشرة من أربعة وعشرين ، ثلاثة من الزوج ، وسبعة من الابن ، ونصيب المم سبعة، فالخسة بينها على سبعة عشر ، وهي غير منقسمة ، فتضرب سبعة عشر

في أصل المسألة ، وهو ثمانية ، تبلغ مائة وستة وثلاثين ، للكذب ثلاثة مضروبة فيما ضربناه في المسألة، وهو سبعة عشر ، يكون أحداً وخمسين ، والباقي، وهو خمسة وثمانون، تقسم على سبعة عشر ، يكون لكل سهم خمسة ، فلها بعشرة خمسون ، وله بسبعة خمسة وثلاثون ، وقد زاد نصيب المكذب على نصيب المصدق بستة عشر [سهواً] . ولو كانت المسألة بحالها ، لكن ولدت بنتاً ، قال الشيخ أبو علي تخريجاً على هذه القاعدة : إن صدقاً قاما ، صحت المسائلان من ثمانية وأربعين . وإن كذباها ، فمن ثمانية . وإن صدقها أحدها ، فمن مائتين وثمانية وأربعين .

[المسألة] الخامسة : في حساب مسائل الرد . قال الأئمة : الرد نقيض العول ، لأن الرد ينقص السهام عن سهام المسألة ، والعول يزيد عليها ، ثم للردود عليه حالان . أحدهما : أن لا يكون معه من لا يرد عليه ، فينظر ، إن كان شخصاً واحداً ، فجميع المال له فرضاً ورداً . وإن كانوا جميعاً من صنف ، فالل مال بينهم بالسوية ذكوراً كانوا أو إناثاً . وإن كانوا صنفين أو ثلاثة ، جعل عدد سهامهم من المسألة كأنه أصل المسألة ، ثم ينظر في عدد سهام كل صنف وعدد رؤوسهم ، إن انقسم عليهم ، فذاك ، وإلا ، صُحِّح بطريقه .

مثاله : أم ، وبنت ، وأصل المسألة من ستة ، وسهامها أربعة ، فنجعل المسألة منها . أم ، وبنت ، وبنت ابن ، مجموع سهامهن خمسة ، فنجعلها أصل المسألة . فإن كان مع الأم والبنت ثلاث بنات ابن ، ضربنا عددهن في خمسة ، تبلغ خمسة عشر ، للأم ثلاثة ، وللبنت تسعة ، ولبنات الابن ثلاثة .

الحال الثاني : إذا كان معهم من لا يرد عليه ، دُفع إليه فرضه من مخرجه ، وجعل الباقي لمن يرد عليه إن كان شخصاً أو جماعة من صنف . فإن كانوا صنفين فأكثر ، فخذ مخرج فروضهم وسهامهم منه ، وانظر في الباقي من مخرج [فرض] من لا رد عليه ، فما بلغ جعلته أصل المسألة . فإن وقع كسر ، صُحِّح بطريقه .

مثاله : زوجة ، وأم ، لها الربع ، والباقي للأم .

زوج ، وست بنات ، له الربع ، والباقي لايصح عليهن ، ويتوافقان بالثلث ، فتضرب وفق عددهن في أربعة ، تبلغ ثمانية ، منها تصح .

زوجة ، وأم ، وثلاث بنات ، مخرج فرض الزوجة ثمانية ، ومسألة الام والبنات من ستة ، وسهامهن خمسة ، والسبعة الباقية لاتصح على خمسة ولا توافقها ، فتضرب خمسة في ثمانية ، تبلغ أربعين ، للزوجة خمسة ، والباقي يبينه أخماساً ، الأم سبعة ، يبقى ثمانية وعشرون لاتصح على ثلاثة ، تضرب الثلاثة في أربعين ، تبلغ مائة وعشرين ، منها تصح .

فرع

باع بعض الورثة جميع نصيبه للباقيين على قدر أنصباهم ، قدر كأنه لم يكن ، وقسم المال على الباقيين .

مثاله : زوج ، وابن ، وبنت ، باع الزوج نصيبه لها على قدر حقها ، فكأنه لازوج ، وتقسم التركة بينهما أثلاثاً . ولو باع بعض نصيبه ، جعلت المسألة من عدد يوجد لنصيب البائع منه الجزء المبيع ، وينقسم ذلك على الباقيين .

مثاله : باع الزوج في المثال المذكور نصف نصيبه ، تجعل المسألة من ثمانية ليكون لنصيبه منها وهو الربع نصف ، لكن نصف ربع الثمانية لاينقسم على الابن والبنت أثلاثاً ، فتضرب الثمانية في مخرج الثلث ، تبلغ أربعة وعشرين ، للزوج ثلاثة ، وللبن أربعة عشر ، وللبنت سبعة ، وعلى هذا القياس .

الباب العاشر

في المسائل الملقبات ومسائل المعاياة والقرايات المتشابهات (١)

فيه ثلاثة فصول .

[الفصل الأول : في الملقبات .

منها : المشرقة ، والخرقاء ، والاكدرية ، وأم الفروخ ، وأم الارامل ، والصمائم ، وقد بيناهن .

ومنها : مربعات ابن مسعود رضي الله عنه ، وهن : بنت ، وأخت ، وجد . قال : للبنت النصف ، والباقي بينها مناصفة . وزوجة ، وأم ، وجد ، وأخ ، جمل المال بينهم أرباعاً . وزوجة ، وأخت ، وجد . قال : للزوجة الربع ، والأخت النصف ، والباقي للجد . فالصور كلها من أربعة ، والاخيرة تسمى : مربعة الجماعة ، لانهم جعلوها من أربعة وإن اختلفوا في بعض الانصاء .

ومنها : الثمينة ، وهي : زوجة ، وأم ، وأختان لابوين ، وأختان لام ، وولد لايرث لرقٍ ونحوه ، لان فيها ثمانية مذاهب عند الجمهور ، هي من اثني عشر ، وتعمل إلى سبعة عشر . وعن ابن عباس رضي الله عنهما ، تقريباً على إنكار العول : أن الفاضل عن فرض الزوجة والام وولدي الام ، ولودي الابوين ، فتصح من أربعة وعشرين . وعنه أيضاً رضي الله عنه : أن الفاضل عن الزوجة والام ، بين ولدي الام وولدي الابوين ، فتصح من اثنين وسبعين . وعن معاذ رضي الله عنه : أن للأم الثلث تقريباً على أن الام لا تحجب إلا بأخوة ، فتعمل إلى تسعة عشر . وعن ابن مسعود رضي الله عنه : إسقاط ولدي الام [وعنه : إسقاط ولدي الابوين ، وعنه :

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : والقرايات المتشابهات .

إسقاط الصنفين ، والباقي للعصبة ، وعنه [وهو الاشهر : أن للمرأة الثمن تقريباً على أن من لا يرث من الاولاد ، يحجب الزوجة والام ، فتكون المسألة من أربعة وعشرين، وتؤول إلى أحد وثلاثين ، وتسمى [لذلك]: ثلاثينية ابن مسعود رضي الله عنه .
ومنها : تسعينية زيد رضي الله عنه ، وهي : أم ، وجد ، وأخت لابوين ، وأخوان ، وأخت لاب ، هي من ثمانية عشر أصلاً أو ضرباً ، للأم ثلاثة ، وللجد خمسة ، وللأخت الأبوين تسعة ، يبقى سهم على خمسة ، فتضربهم في ثمانية عشر تبلغ تسعين ، منها تصح .

ومنها : النصفية، وهي: زوج، وأخت لابوين ، أو لاب، لانه ليس في الفرائض شخصان يرثان نصفي المال فرضاً إلاّ هما ، وربما سميت الصورتان : يتيمتين .
ومنها : العُمَرَيَّتان ، وهما : زوج ، وأبوان ، أو زوجة، وأبوان ، لان أول من قضى فيها عمر رضي الله عنه .

ومنها : مختصرة زيد رضي الله عنه ، وهي : أم ، وجد ، وأخت لابوين ، وأخ ، وأخت لاب ، لانها تامل نارة بالبسط، فيقال : هي من ستة ، للأم سهم ، والباقي بين الجد والاخ والاختين على ستة ، فتضرب ستة في أصل المسألة ، تبلغ ستة وثلاثين ، يبقى بعد القسمة سهان لولدي الاب لا يصحان ، فتضرب ثلاثة في ستة وثلاثين ، تبلغ مائة وثمانية ، والسهم بعد القسمة تتوافق بالانصاف ، فتردها إلى أربعة وخمسين .
ونارة بالاختصار فيقال : المقاسمة وثلاث الباقي سواء للجد ، فتقسم من ثمانية عشر ، يبقى سهم لا يصح على ولدي الاب ، فتضرب ثلاثة في ثمانية عشر ، تبلغ أربعة وخمسين .

ومنها : مسألة الامتحان ، وهي : أربع نسوة ، وخمس جدات ، وسبع بنات ، وتسعة إخوة لاب ، هي من أربعة وعشرين ، وتصح من ثلاثين ألفاً ومائتين وأربعين .

قلت : سميت بالامتحان ، لانه يقال : ورثة لاتباغ طائفة منهم عشرة ، لم تصح
مسألهم من أقل من كذا . والله أعلم

ومنها : الغراء ، هي : زوج ، وأختان لاب ، وولدا أم ، وتسمى : مروانية ،
لانه يقال : إنها وقعت في زمن بني أمية ، واشتهرت في الناس فسميت:غراء .
ومنها : المروانية الاخرى ، وهي : زوجة ورثت من زوجها ديناراً ودرهماً ،
والتركة عشرون ديناراً وعشرون درهماً ، يقال : [إن] عبد الملك سئل عنها
فقال : صورتها : أختان لابوين ، وأختان لام ، وأربع زوجات ، للزوجات خمس
الباب بسبب المول ، والخمس أربعة دنانير ، وأربعة دراهم ، لكل زوجة دينار ودرهم .
ومنها : مسائل الباهلة ، وهي مسائل المول ، لأن ابن عباس رضي الله عنها
قال : من شاء بأهله أن السألة لا تمول .

ومنها : الناقضة ، وهي : زوج ، وأم ، وأخوان لأم ، لأنها تنقض أحد أصلي
ابن عباس رضي الله عنها ، إن أعطها الثلث ، لزم المول . وإن أعطها السدس ،
لزم الحجب بأخوين وهو يمنع الحكيم ، لكن قيل : إن الصحيح على قياس قوله
أن الباقي للأخوين .

ومنها : الدينارية ، وهي : زوجة ، وأم ، وبتان ، واثنا عشر أخاً ، وأخت ،
والتركة مائة دينار ، خصّ الاخت دينار منها . يروى أنها جاءت علياً رضي الله عنه
متظلمة فقال : قد استوفيت حقك .

قلت : ويروى أنها قالت له رضي الله عنه : ترك أخي مائة دينار ، أعطيت
ديناراً ، فقال : لعل أخاك ترك زوجة ... ، وذكر الباقي ، وذكر الشيخ نصر المقدسي

رحمه الله تعالى : أنها تسمى : العامرية ، وأن الأخت سألت عامراً الشعبي رحمه الله تعالى [عنها] ، فأجاب بما ذكرنا . والله أعلم

ومنها : المأمونية ، وهي : أبوان ، وبتنان ، لم تقسم التركة حتى مات إحدى البنين ، وتركت الباقيين ، سأل المأمون عنها يحيى بن أكثم رضي الله عنه حين أراد أن يولييه القضاء فقال : الميت الأول رجل ، أم امرأة ؟ فقال المأمون : إذا عرفت الفرق عرفت الجواب ، لأنه إن كان رجلاً ، فالأب وارث في المسألة الثانية ، وإلا ، فلا ، لأنه أبو أم .

الفصل الثاني : في المايعة ، قالت حبلى لقوم يقسمون تركة : لا تمجلوا فاني حبلى ، إن ولدتُ ذكراً ، ورث ، وإن ولدت أنثى ، لم ترث . وإن ولدت ذكراً وأنثى ، ورث الذكر دون الأنثى ، هذه زوجة كل عصة سوى الاب والابن . ولو قالت : إن ولدت ذكراً ، أو ذكراً وأنثى ، ورثا ، وإن ولدت أنثى ، لم ترث ، فهي زوجة الأب ، وفي الورثة أختان لأبوين ، أو زوجة الابن ، وفي الورثة بنتا صلب . ولو قالت : إن ولدت ذكراً ، لم يرث ، وإن ولدت أنثى ، ورثت ، فهي زوجة الابن ، والورثة الظاهرون : زوج ، وأبوان ، وبنت أو زوجة الاب . والورثة الظاهرون : زوج ، وأم ، وأختان لام . ولو قالت : إن ولدت ذكراً أو أنثى ، لم ترث ، وإن ولدتها ، ورثا ، فهي زوجة الاب ، وقدمات الاب قبله . والورثة الظاهرون : أم ، وجد ، وأخت لأبوين .

نوع آخر : قالت : إن ولدتُ ذكراً ، ورث وورثت . وإن ولدتُ أنثى ، لم ترث ولا أرث ، فهي بنت ابن الميت ، وزوجة ابن ابن له آخر ، وهناك بنتا صلب . ولو قالت : إن ولدت ذكراً ، لم يرث ولم أرث ، وإن ولدت أنثى ، ورثت ،

فهي بنت ابن ابن الميتة ، وزوجة ابن ابن آخر . والورثة الظاهرون : زوج ، وأبوان ، وبنت ابن .

ولو قالت : إن ولدت ذكراً ، فلي الثمن وله الباقي ، أو أمتي ، فللال بيني وبينها سواء ، وإن أسقطت ميتاً ، فللال كله لي ، فهي امرأة أعتقت عبداً ثم تزوجته فمات وهي حبلى منه .

نوع آخر : قال رجل : لاتمجلوا ، فامرأتي غائبة ، إن كانت ميتة ، ورثت أنا ، وإن كانت حية ، ورثت° ولم أرث ، فهذا أخو الميت لانيه ، وزوجته الغائبة أخت الميت لأمه ، وله معها أم وأختان لابوين . ولو قال : إن كانت حية ، ورثت° دونها ، أو ميتة ، فلا شيء لنا ، هي امرأة ماتت عن زوج ، وأم ، وجد ، وأخت لام ، وأخ لاب قد نكحها ، وهي الغائبة .

نوع آخر : امرأة وزوجها ، أخذوا ثلاثة أرباع المال ، وأخرى وزوجها أخذوا الربع ، صورته : أخت لاب ، وأخرى لام وابنا عم أحدهما أخ لام ، والذي هو أخ لام ، زوج الأخت الأب ، والآخر زوج الأخت للأم ، فلأخت للأب النصف ، والأخ والأخت للأم الثلث ، والباقي بين ابني العم .

زوجان أخذوا ثلث المال ، وآخران ثلثيه ، صورته : أبوان ، وبنت ابن في نكاح ابن ابن آخر .

رجل وابنته ، ورثا مالاً نصفين ، صورته : ماتت عن زوج هو ابن عم وبنت منه .

رجل وزوجته ، ورثوا المال أثلاثاً ، صورته : بنتا ابنين في نكاح ابن أخ ، أو ابن ابن ابن .

[ابن] زوجة ، وسبعة إخوة لها ، ورثوا مالاً بالسوية ، صورته : نكح ابن

رجل أم امرأته وأولدها سبعة ، ومات الرجل بعد موت الابن عن زوجة وسبعة بني ابن ، هم إخوتها لأم ، فلها الثمن ، ولهم الباقي .

نوع آخر : امرأة ورثت أربعة أزواج ، واحد بعد واحد ، فحصل لها نصف أموالهم ، هم أربعة إخوة لاب ، كان لهم ثمانية عشر ديناراً ، الأول ثمانية ، والثاني ستة ، والثالث ثلاثة ، والرابع دينار .

امرأة ورثت خمسة أزواج ، فحصل لها نصف أموالهم ، هم خمسة إخوة ، لهم ثمانية وأربعون ديناراً ، للأول ستة عشر ، والثاني ثلاثة عشر ، والثالث تسعة ، والرابع ثلاثة ، والخامس سبعة . فلو كانوا ثلاثة ، وورثت النصف ، فهم ثلاثة إخوة ، لهم مائة وثمانية وثلاثون ، للأول مائة وثمانية وعشرون ، والثاني ثمانية ، والثالث ديناران .
نوع آخر : قال صحيح لمريض : أوص ، فقال : إنما يرثني أنت وأخوك وأبوك وعمتك ، فالصحيح ، أخو المريض لأمه وابن عمه ، فأخواه أخوا المريض لأمه ، وأبواه عم المريض وأمه ، وعماه عما المريض ، والحاصل ثلاثة إخوة لام ، وأم ، وثلاثة أعمام . ولو قال : يرثني أبوك وعمك وخالك ، فالصحيح ابن أخي المريض لايه ، وابن أخته لأمه^(١) ، وله أخوان آخران لاب ، وأخوان لام . ولو قال : يرثني جدتك وأختك وزوجتك وبناتك ، فجدتا الصحيح زوجتا المريض ، وأختاه من الأم أختا المريض من الأب ، وزوجتا الصحيح إحداهما أم المريض ، والآخرى أخته الأب ، وبناتا الصحيح أختا المريض من الأم ، ولدتها له أم المريض . والحاصل : زوجتان وثلاث أخوات لاب ، وأختان لام ، وأم . ولو قال : يرثني زوجتك ، وبناتك ، وأخناك ، وعمتك ، وخالناك ، فزوجتا الصحيح أم المريض وأخته لايه ، وبناتا الصحيح أختا المريض لأمه ، وأختا الصحيح لأمه أختا المريض لايه ،

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : ابن أخيه لأمه .

وعمتا الصحيح إحداهما لاب والآخرى لام ، وخالته كذلك ، وأربعهن زوجات المريض ، فالحاصل : أربع زوجات ، وأم ، وأختان لام ، وثلاث أخوات لاب .
نوع آخر : ترك مبعه عشر ديناراً على مبع عشرة أنثى ، أصاب كل واحدة دينار ، هي أم الارامل .

ترك أربعة وعشرين ديناراً على أربع وعشرين أنثى ، أصاب كل أنثى دينار ، هي ثلاث زوجات ، وأربع جدات ، وست عشرة بنتاً ، وأخت لاب .

الفصل الثالث : في القربات المشبهة .

رجلان ، كل واحد عم الآخر ، هما رجلان نكح كل أم صاحبه ، فولد لكل ابن ، فكل ابن عم الآخر لأمه .

رجلان ، كل واحد خال الآخر ، هما رجلان نكح كل واحد بنت الآخر ، فولد لهما ابنان ، فكل ابن خال الآخر .

رجلان ، كل عم أبي الآخر ، صورته : نكح رجلان كل أم أبي الآخر ، فولد لهما ابنان .

رجلان ، كل عم أم الآخر ، نكح كل بنت ابن الآخر ، فولد لهما ابنان .

رجلان ، كل خال أب الآخر ، نكح كل أم أم الآخر فولدا ابنتين .

رجلان ، كل خال أم الآخر ، نكح كل بنت بنت الآخر فولدا ابنتين .

رجلان ، أحدهما عم الآخر ، والآخر خال الاول ، صورته : نكح امرأة وابنته أمها ، فولد لكل ابن ، فابن الاب [عم ابن الابن] وهو خال ابن الاب .

رجل هو عم وخال ، صورته : أن ينكح أحد الاخوين لاب أخت الآخر للأم

قتل ابناً ، فالاخ الآخر عم المولود لآبيه وخاله لأمه .

رجل هو عم آبيه وعم أمه ، صورته : أن ينكح أبو أبي آبيه أم أبي أمه ،

قتل ابناً ، فذلك الابن عم آبيه للأب ، وعم أمه للأم .

رجل هو خال أبيه ، وخال أمه ، صورته : أن ينكح أبو أم أمه أم أبيه ،
فتلد ابناً ، فالابن خال أم الرجل لأبيه ، وخال أبيه لأمه .
رجلان كلُّ ابن عم الآخر وابن خاله ، صورته : أن ينكح رجلان كلُّ أخت
الآخر ، فيولد لهما ابنان .

وعن حرمة : أن رجلاً دفع رقة إلى الشافعي - رضي الله عنه - فيها :
رجل مات وخلّي رجلاً ابن عم ابن أخي عم أبيه
فكتب الشافعي - رضي الله عنه - في أسفلها :

صار مال المتوفى كمالا باتفاق القول لامرية فيه

الذي خبّرت عنه أنّه ابن عم ابن أخي عم أبيه

وذلك لأن ابن أخي عم الأب ، هو الأب ، فإن عمه هو ابن عم الأب .
ويعرف من هذا قول القائل : ورث من الميت خال ابن عمته دون أخيه من الابوين ،
لأن خال ابن العمّة هو الأب والاعمام ، والمراد هنا : الأب .

وقول القائل : ورث الميت عمّة ابن خاله دون الجدة ، لأنها هي الأم .



كتب هنا في الأصل المخطوط بخط الناسخ مانصه :

تم الجزء الثاني من الروضة بحمد الله وعونه، وصلواته على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم
على يد العبد الفقير الراجي عفو ربّه العزيز: عبد العزيز بن أبي بگر بن عبد العزيز

غفر الله له ولوالديه ولجميع المسلمين

في السادس عشر من شهر محرم المكرم

سنة ثلاثين وسبعمائة

كتاب الوصايا

يقال : أوصيتُ لفلان بكذا ، ووصيتُ ، وأوصيت إليه : إذا جعلته وصيًا .
ومنَّ عنده وديعة ، أو في ذمته حق لله تعالى ، كزكاة ، وحج ، أو دين لأدمي ،
يجب عليه أن يوصيَ به إذا لم يعلم به غيره .

قلت : المراد ، إذا لم يعلم به من يثبت بقوله . والله أعلم

ويستحبُّ أن يوصيَ من له مال . وتمجيل الصدقة في الصحة ثم في الحياة
أفضل ، وإذا أَرَادَ أن يوصيَ ، فالأفضل أن يقدم من لا يرث من قرابته ، ويقدم
منهم المحارم ، ثم غير المحارم ، ثم يقدم بالرضاع ، ثم بالمصاهرة ، ثم بالولاء ،
ثم بالجوار ، كما في الصدقة المنجزة . وفي «أمالي» السرخسي : أن من قل ماله ،
وكثر عياله ، يستحب أن لا يفوته عليهم بالوصية . والصحيح المعروف هو الأول .
وبشتم الكتاب على أربعة أبواب .

[الباب الأول : في أركانها ، وهي أربعة .

[الركن الأول : الموصي ، وهو كل مكلف حر ، فلا تصح وصية المجنون ،
والمبرسم^(١) ، والمعتوه الذي لا يعقل ، والصبي الذي لا يميز قطعاً ، ولا تصح وصية
الصبي المميز . وتنديره على الأظهر عند الأكثرين كهبته وإعتاقه ، إذ لا عبارة له .
وتصح وصية المحجور عليه لصفه على المذهب . وقيل : قولان كالصبي .

(١) قال في «التاج» : البرسام ، بالكسر : علة يهذى فيها ، وهو ورم حار يعرض للحجاب الذي
بين الكبد والامعاء ، ثم يتصل إلى الدماغ ، وقد برسم الرجل - بضم الباء وكسر السين - فهو مبرسم .

وأما الببد ، فإن أوصى ، ومات رقيقاً ، فباطلة . وإن عتق ، ثم مات ، فباطلة أيضاً على الأصح . والمكاتب كالقن وكالصي .

فرع

تصح وصية الكافر بما يتمول أو يقتنى ، ولا تصح بخمر ، ولا خنزير ، سواء أوصى لمسلم أو ذمي ، ولا بمصيبة ، كهمارة كنيسة ، أو بنائها ، أو كتب التوراة والانجيل ، أو قراءتها ، وما أشبهها .

الركن الثاني : الموصى له . فإن كانت الوصية لجهة عامة ، فشرطه : أن لا تكون جهة معصية ، وسواء أوصى به مسلم أو ذمي ، فلو وصى مسلم ببناء بقعة لبعض المعاصي ، لم يصح ، كما لو وصى ذمي ببناء كنيسة .

فرع

يجوز للمسلم والذمي الوصية لعمارة المسجد الأقصى وغيره من المساجد ، ولعمارة قبور الأنبياء ، والعلماء ، والصالحين ، لا فيها من إحياء الزيارة ، والتبرك بها ، وكذا الوصية لفك أسارى الكفار من أيدي المسلمين ، لأن المفاداة جائزة ، وكذا الوصية ببناء رباط ينزله أهل الذمة ، أو دار لتصرف غلتها إليهم .

فرع

عَدَدُوا من الوصية بالمعصية ، ما إذا أوصى لدهن سراج الكنيسة ، لكن قيّد

الشيخ أبو حامد المنع بما إذا قصد تعظيم الكنيسة . فأما إذا قصد انتفاع المقيمين أو المجاورين بضوئها ، فالوصية جائزة ، كما لو أوصى بشيء لأهل الذمة .

فصل

وإن كانت الوصية لمعيّن ، فينبغي أن يتصور له الملك . ويتعلق بهذا الضبط مسائل .
إحداها : الوصية للحمل جائزة ، ثم ينظر ، فإن قال : أوصيت لحمل فلانة ، أو لحمل فلانة الموجود الآن ، فلا بد لنفودها من شرطين .

أحدهما : أن يعلم وجوده حال الوصية ، بأن يفصل لأقل من ستة أشهر ، فلو انفصل لستة فصاعداً ، نظر ، إن كانت المرأة فراشاً لزوج أو سيد ، لم يستحق شيئاً ، وإن لم تكن فراشاً ، بل قارقها مستفرشها قبل الوصية . فإن كان الانفصال لأكثر من أربع سنين من وقت الوصية ، لم يستحق شيئاً . وإن انفصل لدون ذلك ، فقولان . وقيل : وجهان . أظهرهما : أنه يستحق ، لأن الظاهر وجوده . ولو قال : أوصيت لحمل فلانة من زيد ، اشترط مع ذلك ثبوت نسبه من زيد ، حتى لو كانت الوصية بعد زوال الفراش ، فأنت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الفراق ، ولأقل من ستة أشهر من يوم الوصية ، لم يستحق شيئاً ، لأن النسب غير ثابت منه . ولو اقتضى الحال ثبوت نسبه من زيد ، فنفاه باللعان ، فالصحيح الذي قاله ابن سريج والجمهور : لاشيء له ، لأنه لم يثبت . وعن أبي إسحاق ، واختاره الأستاذ أبو منصور : يستحق ، لأن النسب كان ثابتاً ، واللعان إنما يؤثر في حق المتلاعنتين ، ويجري الخلاف فيما لو أوصى لحمل أمة من سيدها ، فادعى سيدها الاستبراء ، ورأيناه نافياً للنسب .

الشروط الثاني : أن يفصل حيّاً ، فلو انفصل ميتاً ، فلا شيء له وإن انفصل
بجناية وأوجبنا الفرة ، لما ذكرناه في الميراث .

فرع

أتت بولدين بينها أقل من ستة أشهر ، وبين الوصية والأول أقل من ستة أشهر ،
صحت الوصية لهما وإن زاد ما بين الوصية والثاني على ستة أشهر وكانت المرأة فراشاً ،
لأنها حمل واحد .

فرع

يقبل الوصية للحمل من بلي أمره بعد خروجه حيّاً . وإن قبلها قبل انفصاله ،
نم انفصل حيّاً ، فمن القفال : أنه لا يستدّ بقوله . وقال غيره : فيه قولان .
كن باع مال أبيه على ظن حياته فبان ميتاً .

فرع

هذا الذي ذكرناه ، فيما إذا قال : أوصيت لحملها ، أو لحملها الموجود . أما إذا
قال : لحملها الذي سيحدث ، فأوجه . أصحها عند الأكثرين : بطلان الوصية ، لأنها
تمليك ، وتمليك المدوم ممتنع . والثاني : تصح ، قاله أبو إسحاق ، وأبو منصور ،
كما تصح بالحمل الذي سيوجد . والثالث : إن كان الحمل موجوداً حال الموت ،
صح ، وإلا ، فلا .

المسألة الثانية : العبد الموصى له ، إما أن يكون لأجنبي ، وإما أن يكون للموصي ، وإما للورثة .

القسم الأول : لأجنبي ، فتصح الوصية . ثم لا يخلو ، إما أن يستمر رقبته ، وإما أن لا يستمر .

الحالة الاولى : أن يستمر رقبته ، فالوصية للسيد ، حتى لو قتل الموصي العبد الموصى له ، لم تبطل الوصية ، ولو قتلها سيد العبد ، كانت وصيته للقاتل . وفي افتقار قبول العبد إلى إذن السيد وجهان سبقا في باب «معاملة العبد» . أحدهما : المنع ، ولا يصح من السيد مباشرة القبول بنفسه على الإصح ، لأن الخطاب لم يكن معه ، والوجهان فيما حكى ، مخصوصان بقولنا : إن قبول العبد يفترق إلى إذن السيد . ويجوز أن يُعمما ، لأن الملك للسيد بكل حال ، فلا يبعد تصحيح القبول منه وإن لم يسم في الوصية ؛ ألا ترى أن وارث الموصى له يقبل وإن لم يسم في الوصية . وأما قبول السيد ما وهب لعبد ، فقال قائلون : هو على هذين الوجهين . وقال الامام : هو باطل قطعاً ، لأن القبول في الهبة كالقبول في سائر العقود ، بخلاف قبول الوصية . وإذا صححنا قبول العبد بغير إذن سيده ، فلو منعه من القبول فقبل ، قال الامام : الظاهر عندي الصحة ، وحصول الملك للسيد ، كما لو نهاه عن الخلع فخالع . وإذا قلنا : لا يصح بلا إذن ، فلو رد السيد ، فهو أبلغ من عدم الاذن . فلو بدا له أن يأذن في القبول ، ففيه احتمال عند الامام ، قال : وإذا صححنا القبول من السيد ، فيجب أن يبطل رد العبد لو ردّه .

الحالة الثانية : أن لا يستمر ، بل يمتق . فينظر ، إن عتق قبل موت الموصي ، فالاستحقاق للعبد ، لأنه وقت الملك حر ، وإن عتق بعد موته . فإن قبل ثم عتق ، فالاستحقاق للسيد ، وإن عتق ثم قبل ، فإن قلنا : الوصية تملك بالموت ، أو موقوفة ،

فالملك للسيد . وإن قلنا : تملك بالقبول ، فللمبد . ولو أوصى لمبد هو لزيد، فباعه
لممرو ، فينظر في وقت البيع ، ويجاب بمثل هذا التفصيل .

فرع

أوصى لمن نصفه حر ، ونصفه لأجنبي ، فإن لم تكن بينه وبين سيده مهايأة ،
وقبل باذن السيد ، فالوصى به بينها بالسوية ، كما لو احتش أو احتطب . وإن قبل
بغير إذنه ، وقلنا : يفتقر قبول العبد إلى إذن سيده ، فالقبول باطل في نصف
السيد . وفي نصفه وجهان ، لأن ما يملكه ينقسم على نصفيه ، فيلزم دخول نصفه
في ملك السيد بغير إذنه . وإن كان بينها مهايأة ، بني على أن الاكساب النادرة
هل تدخل في المهايأة ؟ وفيه خلاف سبق في « زكاة الفطر » ، وفي « كتاب اللقطة » .
فإن قلنا : لا تدخل ، فهو كما لو لم تكن مهايأة . وإن قلنا : تدخل ، فلا حاجة
إلى إذن السيد في القبول ، لأن المهايأة إذن له في جميع الاكساب الداخلة فيها . وهل
الاعتبار بيوم موت الموصي ، أم بيوم القبول ، أم بيوم الوصية ؟ فيه أوجه . أصحها : الأول .
ولو وهب لمن نصفه حر ، فعلى القولين في دخول الكسب النادر في المهايأة . فإن أدخلنا
ووقع العقد في يوم أحدهما ، والقبض في يوم الآخر ، بني على أن الهبة المقبوضة
يستند الملك فيها إلى العقد ، أم يثبت عقب القبض ؟ فإن قلنا بالأول ، فالاعتبار
بيوم العقد ، وإلا ، فيوم القبض على الأصح ، وعلى الثاني بيوم العقد .

فرع

قال : أوصيت لنصفه الحر ، أو لنصفه الرقيق خاصة . فمن القفال : بطلان
الوصية . قال : ولا يجوز أن يوصي لـبعض شخص ، كما لا يرث [بعضه] ، وقال غيره :

يصح وينزل بتقييد الموصي منزلة المهايأة ، فيكون الموصي به للسيد إن وصي
لنصفه الرقيق ، وله إن أوصى لنفسه الحر .

قلت : الأصح : الثاني . والله أعلم

فرع

تردد الامام ، فيما إذا صرحا بأدراج الأكساب النادرة في المهايأة ، أنها تدخل
قطماً ، أم تكون على الخلاف ؟ وفيما لو عمت الهبات والوصايا في قطر ، أثنا هل
تدخل قطماً ، أم تكون على الخلاف ؟

قلت : الراجح طرد الخلاف مطلقاً ، لكثرة التفاوت . والله أعلم

القسم الثاني : أن يكون العبد الموصى له للموصي ، فينظر ، إن أوصى لعبد
الغنّ برقبته ، فسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى في القسم الثاني من الباب الثاني .
وإن أوصى له بجزء من رقبته ، نفذت الوصية فيه ، وعق ذلك الجزء . وكذلك
لو قال : أوصيت له بثلث مالي ولأمال له سواء . ولو قال : أوصيت له بثلث ما أملك من رقبته
وغيرها من أموال ، نفذت الوصية في ثلثه ، وبقي باقيه رقيقاً للورثة ، فيكون الثلث من سائر
أمواله وصية لمن بعضه حر وبعضه رقيق لو ارثه . وسنذكره إن شاء الله تعالى . ولو قال :
أوصيت له بثلث ما أملك ، أو بثلث أموال ، ولم ينص على رقبته ، فأوجه . أصحابها وبه
قال ابن الحداد : أن رقبته تدخل في الوصية ، لأنها من أمواله . والثاني :
لا ، لأشماره بغيره . فعلى هذا ، لا يعتق منه شيء ، والوصية له وصية للعبد بغير رقبته ،
وعلى الاول ، هو كما لو قال : أوصيت له بثلث رقبته ، وثلث باقي أمواله . والثالثة :

تجمع الوصية في رقبته ، فان خرج كله من الثلث ، عتق ، وإن كان الثلث أكثر من قيمته ، صرف الفضل إليه ، وإن لم يخرج كله من الثلث ، عتق منه بقدر ما يخرج . ولو أوصى له بعين مال ، أو قال : أعطوه من مالي كذا ، فإن مات وهو ملكه ، فالوصية للورثة . وإن باعه الموصي ، فهو للمشتري . وإن أعتقه ، فهي للعتيق . ولو أوصى له بثلاث جميع أمواله ، وشرط تقديم رقبته ، عتق جميعه ، ودفع إليه ما يتم به الثلث .

فرع

تجوز الوصية لأم ولده ، لأنها تعتق بموته من رأس المال ، وللمكاتب ، لأنه مستقل بالملك . ثم إن عجز ورق ، صارت الوصية الورثة . وكذا المدبر . ثم عتقه والوصية له معتبران من الثلث . فإن وفى بها ، عتق ، ونفذت الوصية . وإن لم يف الثلث بالمدبر ، عتق منه بقدر الثلث ، وصارت الوصية لمن بعضه حر وبعضه رقيق الوارث . وإن وفى بأحد الأمرين من المدبر والوصية ، بأن كان المدبر يساوي مائة ، والوصية بمائة ، وله غيرها مائة ، فوجهان . أحدهما وبه قطع الشيخ أبو علي : تقدم رقبته ، فيعتق كله ، ولا شيء له بالوصية . وأصحها عند البغوي : يعتق نصفه ، والوصية وصية لمن بعضه حر وبعضه رقيق الوارث .

قلت : الأول : أصح . والله أعلم

القسم الثالث : أن يكون العبد لوارث الموصي ، بأن باعه قبل موت الموصي ، فالوصية للمشتري ، وإن أعتقه ، فهي للعتيق ، فإن استمر في ملكه ، فهي وصية لوارث ، وصيأتي حكمها إن شاء الله تعالى . وكذا لو أوصى لعبد أجنبي ، ثم اشتراه

وارثه ، ثم مات الموصي . ولو أوصى لمن نصفه حر ، ونصفه لوارثه ، فإن لم تكن بينه وبين السيد مهايأة ، أو كانت ، وقلنا : لا تدخل الوصية فيها ، فهو كالوصية لوارث . قال الامام : وكان يحتمل أن يمتنع الوصية ، كما لو أوصى بأكثر من الثلث . وإن جرت مهايأة ، وقلنا : يدخل فيها ، فقد سبق أن الاعتبار بيوم موت الموصي على الأصح . فإن مات في يوم العبد ، فالوصية صحيحة له ، وإلا ، فوصية لوارث . وسواء كانت مهايأة يوم الوصية ، أم أحدثها قبل موت الموصي ، قاله الشيخ أبو علي .

فرع

أوصى لمكاتب وارثه . فإن عتق قبل موت الموصي ، نفذت الوصية له ، وكذا لو أعتق بعده بأداء النجوم . فإن عجز ، ورق ، صارت وصية لوارث .
المسألة الثالثة : أوصى لدابة غيره ، وقصد تملكها ، أو أطلق . قال الأصحاب : الوصية باطلة ، لأن مطلق اللفظ للتملك ، والدابة لا تملك . وفرقوا بينه وبين الوصية المطلقة للعبد ، بأن العبد تنتظم مخاطبته ، ويتأثر منه القبول ، وربما عتق قبل موت الموصي ، فثبت له الملك . وقد سبق في الوقف المطلق عليها وجهان في كونه وقفاً على مالها ، فيشبه أن تكون الوصية على ذلك الخلاف . وقد يفرق بأن الوصية تملك مَحْض ، فينبغي أن تضاف إلى من تملك .

قلت : الفرق أصح . والله أعلم

ولو فُتِّرَ بالصرف في علفها ، صحت ، لأن علفها على مالها ، فالتصديق بهذه الوصية المالك . هذا هو ظاهر المنقول ، وبه قطع النزالي ، والبغوي ، وغيرها .

ويحتمل طرد خلاف سبق في مثله ، في الوقف . فعلى الصحة في اشتراط قبول المالك وجهان . اختيار أبي زيد : لا يشترط ، ويجعل وصية الدابة . والأصح : الاشتراط ، وبه قطع صاحب « التلخيص » كسائر الوصايا . وهي وصية للمالكها ، كما لو أوصى لمهارة داره ، فعلى هذا ، يتعين صرفه إلى جهة الدابة على الأصح . وبه قطع صاحب « التلخيص » رعاية لفرض الموصي . فعلى هذا ، يتولى الاتفاق الوصي . فان لم يكن ، فالقاضي ، أو من يأمره من المالك أو غيره . قال القفال : لا يتعين ، بل له إمساكه ، وينفق عليها من غيره .

فرع

لو انتقلت الدابة من مالكها إلى غيره ، فقياس كون الوصية للدابة ، الاستمرار لها . وقياس كونها للمالك ، اختصاصها بالمنتقل عنه . قلت : بل القياس اختصاصها بالمنتقل إليه ، كما سبق في الوصية للمبد . والله أعلم

فرع

أوصى لمسجد ، وفسر بالصرف في عمارته ومصلحته ، صحت الوصية . وإن أطلق ، فهل تبطل كالوصية للدابة ، أم تصح تنزيلاً على الصرف في عمارته ومصلحته عملاً بالمعرف ؟ وجهان . أصحابنا : الثاني ، وبصرفه القيم في الأثم والأصلح باجتهاده . وإن قال : أردت تمليك المسجد ، فقد ذكر بعضهم أن الوصية باطلة . ولك أن تقول : سبق أن للمسجد ملكاً ، وعليه وقفاً ، وذلك يقتضي صحة الوصية .

قلت : هذا الذي أشار الامام الرافعي إلى اختياره هو الأفتق والأرجح .
وانتأعلم

المسألة الرابعة : الوصية الذمي صحيحة بلا خلاف . وكذا للحربي والمرتد
على الأصح المنصوص في « عيون المسائل » .

[المسألة] الخامسة : في صحة الوصية للقائل قولان . أظهرهما عند المراقبين
والامام والروائي : الصحة ، كالهبة . وسواء كان القتل عمداً أو خطأً ، بحقٍ
أم بغيره . وقيل : القولان في القتل ظلماً ، وتصح للقائل بحق قطعاً ، كالتقصاص .
وقال القفال : إن ورثنا القائل بحق ، صحت ، وإلا ، فعلى هذا الخلاف . وقيل :
القولان فيمن أوصى لجارحه ثم مات . أما من أوصى لرجل ، فقتله ، فباطلة
قطعاً ، لأنه مستعجل ، فحرم ، كالوارث . وقيل : تصح في الجارح قطعاً . والقولان
في الآخر . والمذهب الصحة مطلقاً .

فرع

المستولدة إذا قتلت سيدها ، عنت قطعاً وإن استعجلت ، لأن الاحبال كالاتاق ،
ولو أعتق المريض عبداً ، فقتل سيده ، لم يؤثر في حرته . ولو قتل المدبر سيده ،
فإن قلنا : التدبير وصية ، فهو كما لو أوصى لرجل فقتله . وإن قلنا : تعليق عنت بصفة ،
عنت [قطعاً] ، كالمستولدة . وقال البغوي : إن صححنا الوصية للقائل ، عنت المدبر
بقتل سيده ، وإلا ، فلا . ويطلق التدبير ، سواء قلنا : التدبير وصية ، أم تعليق ،
لأنه وإن كان تعليقاً ، ففي معنى الوصية ، لأنه من التلث .

فرع

أوصى لمبد جارحه ، أو لمديره ، أو لمستولده ، فإن عتق قبل موت الموصي ، صحت الوصية للعتيق ، وإن انتقل منه إلى غيره ، صحت لذلك الغير ، وإلا ، فهي وصية لجارح .

فرع

أوصى لمبد زيد بشيء ، فجاء المبد فقتل الموصي ، لم تتأثر به الوصية . فإن جاء زيد وقتله ، فهو وصية للقاتل . ولو أوصى لمكاتب ، فقتل المكاتب الموصي ، فإن عتق ، فهي وصية للقاتل . وإن عجز ، فالوصية صحيحة للسيد . وإن قتله سيد المكاتب ، فالحكم بالعكس . وتجاوز الوصية للمبد القاتل ، لأنها تقع لسيدته .

فرع

مستحق الدين المؤجل إذا قتل من عليه دين ، حل دينه ، لأن الحظ له الآن في تسجيل براءته .

[المسألة السادسة : في الوصية للوارث . يقدم عليها أنه ينبغي أن لا يوصي بأكثر من ثلث ماله . فلو خالف وله وارث [خاص] ، فرد ، بطلت الوصية في الزيادة على الثلث ، وإن أجاز ، دفع المال بالزيادة إلى الموصي له . وهل إجازته تنفيذ لتصرف الموصي ، أم ابتداء عطية من الوارث ؟ قولان . أظهرهما : تنفيذ . وإن لم يكن وارث خاص ، فالزيادة على الثلث باطلة على الصحيح المعروف ، وبه قطع الجمهور ،

لأن الحق للمسلمين ، فلا يجيز . وحكى أبو عاصم العبادي وجهاً في صحتها . وقال المتولي : للامام ردّها . وهل له إجازتها ؟ يبنى على أن الامام ، هل يعطى حكم الوارث الخالص . وفي الوصية للوارث طريقتان . أصحها : أنه كما لو أوصى لأجنبي بزيادة على الثلث ، فتبطل برد سائر الورثة . فإن أجازوا ، فعلى القولين . أحدهما : إجازتهم ابتداءً عطيةً ، والوصية باطلة . وأظهرهما : أنها تنفيذ . والطريق الثاني : القطع ببطالنها وإن أجازت الورثة . والفرق [أن] المنع من الزيادة هناك لحقّ الورثة ، فإذا رضوا أجاز . والمنع هنا لتغيير الفروض التي قدرها الله تعالى سبحانه للورثة ، فلا أثر لرضاهم . فإن قلنا : تنفيذ ، كفى لفظ الاجازة ، ولا يحتاج إلى هبة وتجديد قبول وقبض ، وليس للمجيز الرجوع وإن كان قبل القبض . وإن قلنا : ابتداء عطية ، فلا يكفي قبول الوصية أولاً ، بل لابد من قبول آخر في المجلس ، ولا بد من القبض ، وللمجيز الرجوع قبل القبض ، وهل يشترط لفظ التملك ، أو لفظ الاعتاق إن كان الموصى به إعتاقاً ؟ وجهان . أصحها : نعم ، ولا يكفي لفظ الاجازة ، كما لو تصرف تصرفاً فاسداً من يبيع أو هبة ثم أجازة .

فرع

خلف زوجة هي بنت عمه ، وأباها ، وكان أوصى لها ، فأجاز أبوها الوصية ، فلا رجوع له إن جعلنا الاجازة تنفيذاً ، وإن جعلناها ابتداء عطية ، فله الرجوع .

فرع

أعتق عبداً في مرضه ، أو أوصى بعتقه ، ولا مال له سواء ، أو زادت قيمته

على الثلث ، فإن قلنا : الاجازة ابتداء عطية من الورثة ، فولاء مازاد على الثلث للمجيزين
ذكورهم وإناثهم بحسب استحقاقهم . وإن قلنا : تنفيذ ، فولاء جميعه للميت يرثه
ذكور العصبه . وحكي عن ابن اللبان وجه : أن الولاء للميت على القولين ، وهو
شاذ ضعيف . ولو أعتق المريض عبداً ، فمات قبل سيده ، فهل يموت كله حرّاً ،
أم لا ؟ فيه خلاف مذكور في « باب العتق » .

فروع

تتعلق بالمسألة

إحداها : الهبة في مرض الموت الوارث ، والوقف عليه وإيرائه من دين
كالوصية له ، ففيها الخلاف .

الثاني : لا اعتبار برد الورثة وإجازتهم في حياة الموصي . فلو أجازوا في حياته ،
أو أذنوا له في الوصية ، ثم أرادوا الرد بعد موته ، فلمهم ذلك . فإن أجازوا بعد
الموت وقبل القسمة ، فالصحيح لزومها . وقيل : كالاجازة قبل الموت ، حكاه
أبو منصور .

الثالث : ينبغي أن يعرف الوارث قدر الزائد على الثلث ، وقدر التركة ،
فإن جهل أحدهما ، لم يصح إن قلنا : الاجازة ابتداء عطية . وإن قلنا : تنفيذ ،
فكالابراء عن مجهول ، وهو باطل على الأظهر .

الرابع : أجاز ثم قال : كنت أعتقد التركة قليلة ، فبانت أكثر مما ظننت ،
قال الشافعي رضي الله عنه في « الأم » ، : يحلف وتنفذ الوصية في القدر الذي كان
يتحققه . قال الأصحاب : إنما يحتاج إلى اليمين إذا حصل المال في يد الموصي له .

فان لم يحصل ، فلا حاجة إلى اليمين إن جملناها ابتداء عطية ، فان الهبة قبل القبض لاتنرم . وقال المتولي : التنفيذ في القدر المظنون مبني على أن الاجازة تنفيذ ، فنزل منزلة الابرء . أما إذا قلنا : ابتداء عطية ، فإذا حلف ، بطل في الجميع . واللفظ المحكي عن النص ينازعه فيما ادعاه . ولو أقام الموصى له بينة أنه كان عالماً قدر التركة عند الاجازة ، لزم إن جملناها تنفيذاً ، وإن قلنا : عطية ، فلا ، إذا لم يوجد القبض . ولو كانت الوصية بعبد معين ، فأجاز ، ثم قال : ظننت التركة كثيرة وأن العبد خارج من ثلثها وقد بان خلافه ، أو ظهر دين لم أعلمه ، أو بان لي أنه تلف بعضها ، فإن قلنا : الاجازة عطية ، صحت ، لأن العبد معلوم ، والجهالة في غيره . وإن قلنا : تنفيذ ، فقولان . أحدهما : الصحة ، للعلم بالعبد . والثاني : يحلف ولا يلزم إلا الثلث ، كما في الوصية بالمشاع ، وبهذا قطع المتولي .

الخامس : الاعتبار في كونه وارثاً يوم الموت ، حتى لو أوصى لأخيه ولا ابن له ، فولد له ابن قبل موته ، صحت . ولو أوصى لأخيه وله ابن ، فمات الابن قبل الموصي ، فهي وصية لوارث ، وهذا متفق عليه . وذكرنا في الاقرار للوارث خلافاً في أن الاعتبار بيوم الاقرار ، أم الموت ؟ والفرق أن استقرار الوصية بالموت ، ولا يثبت لها قبله .

السادس : إذا أوصى لكل واحد من ورثته بقدر حصته من تركته ، فوصيته باطلة ، لأنه يستحقه بلا وصية . ويحيى فيه وجه : أنه يصح ، لأن صاحب « التمة » حكى وجبين فيما إذا لم يكن له إلا وارث واحد فأوصى له بماله ، الصحيح منها : أن الوصية باطلة ، ويأخذ التركة بالارث . والثاني : تصح ، فيأخذها بالوصية إذا لم ينفضها ، قال : وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا ظهر دين . إن قلنا : إنه أخذ التركة إرثاً ، فله إمساكها وقضاء الدين من غيرها . وإن قلنا بالوصية ، قضاء منها ولصاحب الدين الامتناع لو قضى من غيرها .

قلت : ومن فوائده لو حدثت من عين التركة زوائد . إن قلنا : وصية ، لم يملكها .
وإن قلنا : إرث ملكها على الصحيح . والله أعلم

ولو أوصى لكل وارث بعين هي قدر حصته ، من ثوب ، وعبد ، وغيرها ،
فهل تحتاج هذه الوصية إلى الاجازة ، أم لا بل يختص كل واحد بما عينه له ؟
وجهان . أصحها : تحتاج ، لاختلاف الأغراض في الأعيان ومنافعها . ولهذا أوصى أن
تباع عين ماله لزيد ، صحت الوصية على الصحيح . وفيه وجه حكاه المتولي
والشاذلي .

السابع : لو باع المريض ماله لوارثه بضمن المثل ، نفذ قطعاً .

الثامن : أوصى بثلث ماله لأجنبي ووارث . إن صححنا الوصية للوارث ،
وأجارت الورثة ، فالثلث بينها . وإن أبطالناها ، أو ردّها سائر الورثة ، بقي السدس
للأجنبي على الصحيح . وقيل : تبطل فيه أيضاً أخذاً من تفريق الصفقة . وإن
أوصى لهذا بالثلث ، ولهذا بالثلث ، فإن صححنا الوصية للوارث ، وأجاز سائر الورثة ،
فلكل واحد منها الثلث . وإن أبطالناها ، أو ردّها ، فلا شيء للوارث . ثم ينظر
في كيفية الردّ ، إن ردّها وصيّة الوارث ، سلم الثلث للأجنبي على الصحيح . وقيل :
لا يسلم له إلا السدس . وإن قالوا : ردّها مازاد على الثلث من الوصيتين ، فالأصح :
أن للأجنبي الثلث . وقيل : السدس .

التاسع : أوصى لأحد ورثته بقدر نصيبه من التركة ، أو بما دونه ، وأجار
الباقيون ، سلم له الموصى به ، والباقي مشترك بينهم . قال الامام : وذلك القدر ،
خرج عن كونه موروثاً باتفاق الورثة . ولو أوصى لبعض الورثة بأكثر من قدر
نصيبه ، فوجهان . أصحها : أن الحكم كذلك . والثاني : أن الباقي لمن لم يوص له ،

لاحتمال أن غرضه من الوصية تخصيصه بتلك الزيادة . ويتخرج على هذا الخلاف ما إذا أوصى لأجنبي بنصف ماله ، ولأحد ابنيه الحائزين بالنصف ، وأجازا الوصيتين ، فلأجنبي النصف . وفيما يستحقه الابن الموصى له وجهان . أصحها : النصف . والثاني : الربع والسدس ، ويبقى نصف سدس الذي لم يوص له . ولو أجاز الابن الذي لم يوص له الوصيتين ، ولم يجز الموصى له وصية الأجنبي ، فالمسألة تصح من اثني عشر ، للأجنبي الثلث أربعة بلا إجازة ، وبأخذ سهم آخر من نصيب الذي أجاز ، فيجتمع له خمسة ، وللابن الموصى له سبعة ، منها ستة بالوصية ، وسهم لأنه لم يجز وصية الأجنبي ، كذا حكاه الأستاذ أبو منصور عن ابن سريج ، وهو قياس الوجه الأول ، وقياس الثاني : أن يأخذ الابن الموصى له ستة أسهم ، ويبقى للابن الآخر سهم . ولو لم يجز الابن الذي لم يوص له وصية الأجنبي ، فللأجنبي خمسة . ثم على قياس الوجه الأول ، للابن الموصى له ستة أسهم ، وللآخر سهم ، وعلى قياس الثاني له خمسة ، وللآخر سهمان .

العاشر : أوصى يزيد بثلث ماله ، ولأحد ابنيه الحائزين بالكل ، وأجازا الوصيتين ، فلزيد الثلث ، والثلثان للابن الموصى له . وليس له زحمة زيد في الثلث ، لأن الوصية للأجنبي مستغنية عن الإجازة ، وفيه احتمال للتأخير . وإن ردّا ، فثلث زيد بحاله ، ولابنيه بالوصية . ولو أوصى يزيد بالثلث ، ولكل واحد من ابنيه بالثلث ، فردّا ، لم يؤثر ردّهما في حق زيد على الصحيح . وقيل : ليس له إلا ثلث الثلث بالشيوع .

الحادي عشر : وقف داراً في مرض موته على ابنه الحائز . فان أبطنا الوصية للوارث ، فهو باطل . وإن صححناها بالإجازة ، فقال ابن الحداد : إن احتملها

ثلث ماله ، لم يكن للوارث إبطال الوقف في شيء منها ، لأن تصرف المريض في ثلث ماله نافذ ، فإذا تمكن من قطع حق الوارث عن الثلث بالكلية ، فتمكثته من وقفه عليه أولى ، وإن زادت على الثلث ، لم يبطل الوقف في قدر الثلث . وأما الزيادة ، فليس للمريض تفويتها على الوارث ، فللوارث ردها وإبطالها . فإن أجاز ، فجازته وقف منه على نفسه إن جملنا إجازة الوارث عطية منه ، وإن جعلناها تنفيذاً ، لزم الوقف . وقال القفال : له رد الكل في الوقف (١) لأن الوصية بالثلث في حق الوارث كهي بالزيادة في حق غير الوارث . والصحيح المعروف قول ابن الحداد ، وعليه تنفرع الصور الآتية إن شاء الله تعالى . ثم ذكر الامام أن صورة المسألة فيما إذا نجَزَ الوقف في مرضه ، وكان الابن طفلاً قبله له ثم مات فأراد الابن الرد أو الاجازة ، لكن لاجابة إلى هذا التصوير ، لانه وإن كان بالناً قبله بنفسه ، لم يمتنع عليه الرد بعد الموت ، إذ الاجازة المعتبرة ، هي الواقعة بعد الموت . ولو كان له ابن ، وبنت ، فوقف ثلثي الدار على الابن ، والثلث على البنت ، فلا رد لها إن خرجت الدار من الثلث . وإن زادت على الثلث ، فلها رد الوقف في الزيادة . وإن وقفها عليهما نصفين ، والثلث يحتملها ، فأت رضي الابن ، فهي كما وقف ، وإلا ، فظاهر كلام ابن الحداد : أن له رد الوقف في ربع الدار ، لانه لما وقف عليه النصف ، كان من حقه أن يقف على البنت الربع ، فإذا زاد ، كان للابن رده ، ثم لا يصير شيء منه وقفاً عليه ، لأن الاب لم يقف عليه إلا النصف ، بل يكون الربع المردود بينها أثلاثاً ملكاً ، وتكون القسمة من اثني عشر ، لحاجتنا إلى عدد لرُبعه ثلث ، فقسمة منها وقف عليها ، وثلاثة ملك ، وكلاهما بالاثلاث . وقال الشيخ أبو علي : عندي أنه ليس لابن إبطال الوقف إلا في سدس الدار ،

(١) في نسخة الظاهرية : له رد الوقف في الكل .

لأنه إنما تعتبر إجازته في حقه ، وحققه منحصر في ثلثي الدار ، وقد وقف عليه النصف ، فليس له إلا تمام الثلثين ، لكن تتخير البنت في نصف السدس ، إن شاءت أجازت ، فيكون وقفاً . وإن شاءت ردت ، فيكون ملكاً .

قلت : قول أبي علي هو الأصح ، أو الصحيح ، أو الصواب . والله أعلم

ولو وقف الدار على ابنه وزوجته نصفين ، ولا وارث سواهما ، قال ابن الحداد : قد نقص الریض من حق الابن ثلاثة أثمان الدار ، وهي ثلاثة أسباع حقه ، فله رد الوقف في حقه وهو الثمن إلى أربعة أسباعه ، ليكون الوقف عليها من نصيبها كالوقف عليه من نصيبه ، ويكون الباقي بينها أثماناً ملكاً ، فتكون القسمة من ستة وخمسين ، لحاجتنا إلى عدد لثمنه سبع ، فتكون أربعة أسباع الدار كلها - وهي اثنان وثلاثون - وقفاً ، ثمانية وعشرون منها وقف على الابن ، وأربعة على الزوجة ، والباقي - وهو أربعة وعشرون - ملكاً ، منها أحد وعشرون للابن ، وثلاثة لها . قال الشيخ أبو علي : ليس له رد الوقف إلا في تمة حقه وهو ثلاثة أثمان الدار ، وأما الثمن ، فالخيار فيه للزوجة . ولو وقف ثلث الدار على أبيه ، وثلثها على أمه ، ولا وارث سواهما ، فالجواب على قياس ابن الحداد : أنه نقص من نصيب الأب ثلث الدار ، لأنه يستحق ثلثها ، ولم يقف عليه إلا الثلث ، وذلك نصف نصيبه ، فله رد الوقف في نصف نصيبها وهو سدس الدار ، والباقي بينها أثماناً ملكاً . وتقع القسمة من ستة ، لحاجتنا إلى عدد لثلثه نصف ، فيكون نصف الدار وقفاً ، ونصفها ملكاً أثماناً . وعلى قياس الشيخ : لا يرد الوقف إلا في تمة حقه ، وهو الثلث ، ولها الخيار في السدس . ولفظ ابن الحداد في المولّدات يمكن تنزيله على ما قاله الشيخ ، فيرتفع الخلاف ، لكنه يحوج إلى ضرب تعسف .

فصل

والوصية لليت باطلة ، سواء علم الموصي بموته ، أم لا .
الركن الثالث : الموصى به ، ويشترط فيه أربعة أمور .
أحدها : كونه مقصوداً ، فيخرج عنه ما لا يقصد . ويلتحق به ما يحرم اقتناؤه
والانتفاع به ، فلا تصح الوصية به . فاللنفعة المحرمة كالمعدومة .
والثاني : أن يقبل النقل من شخص إلى شخص . فما لا يقبله ، لا تصح الوصية
به ، كالقصاص ، وحد القذف ، فلنهما وإن انتقلا بالارث ، لا يتمكن مستحقهما من
تقلها . وكذلك لا تجوز الوصية بالحقوق التابعة للأموال ، كالخيار وحق الشفعة إذا
لم تبطل بالتأخير لتأجيل الثمن .
قلت : فلو أوصى بالشقص الذي يستحق الشفعة بسببه ، كان الشقص للموصى له ،
والشفعة للورثة ، قاله القاضي حسين في « الفتاوى » . والله أعلم

الثالث : أن لا يزيد على الثلث ، على ماسيأتي إن شاء الله تعالى .
الرابع : أن يكون مختصاً بالموصي إذا قلنا : لا تجوز الوصية بمال الغير ، كما سنذكره
إن شاء الله تعالى .

فصل

الوصية بالحمل الموجود ، إن أطلقها فقال : أوصيت بحمل فلانة ، أو قيدها
فقال : بحملها الموجود الآن ، فهي صحيحة بشرط انفصاله حياً ، ولو قد يئلم وجوده
عند الوصية ، كما سبق في الوصية للحمل . فلو انفصل ميتاً مضموناً بجناية ، لم تبطل ،

وتنفذ من الضمان ، لانه انفصل مقوّمًا ، بخلاف ما إذا أوصى بحمل وانفصل ميتاً
بجناية ، فلها تبطل كما سبق ، لان المعتبر هناك المالكية . وهل يصح قبول الموصى له
قبل الوضع ؟ فيه خلاف مبني على أن الحمل هل يعرف ، وإن كانت الوصية بحمل
سيكون ، صحت أيضاً على الأصح .

فرع

الوصية بثمار البستان الحاصلة في الحال صحيحة ، وبإتي سيحدث طريقان .
أصحها : على الوجبين في الحمل الذي سيحدث . والثاني : القطع بالصحة ، كالوصية
بالمنافع ، لأنها تحدث من غير إحداث أمر في أصلها ، بخلاف الولد .

فرع

الوصية بصوف الشاة ولبنها ، كالثمار .

فصل

الوصية بمنافع الدار والمبد صحيحة ، مؤبّدة ومؤقتة ، والاطلاق
يقضي التأييد .

فصل

الوصية بما لا يقدر على تسليمه ، كالآبق ، والمنسوب ، والطير المفلت ، صحيحة ،
وكذا بالمجهول ، كقوله : أعطوه ثوباً أو عبداً .

فرع

لو أوصى بأحد العبدین ، صحت . ولو أوصى لأحد الرجلین ، لم تصح على الأصح ، كسائر التعلیكات . وقد یحتمل في الموصی به ما لا یحتمل في الموصی له ، ثم الابهام في الموصی له إنما یمنع إذا قال : أوصیت لأحد الرجلین . فلو قال : أعطوا العبد أحد الرجلین ، ففي « المذهب » و « التهذیب » و غیرهما : أنه جائز تشبیهاً بما إذا قال لوکیله : به لأحد الرجلین ، وإذا أبهم الموصی [به] ، عینته الوارث ، وإذا أبهم الموصی له ، فسنذكر حکمه إن شاء الله تعالى .

فصل

تصح الوصیة بما یحل الانتفاع به من النجاسات ، كالكلب الملعن ، والزیت النجس ، والزبل ، وجلد الميتة ، والحجر المحترمة ، والخنزیر ، لثبوت الاختصاص فیها وانتقالها من ید إلى ید بالارث أو غیره . قال المتولي : ومن هذا القبیل ، شحم الميتة لدهن السفن ولحمها إذا جوزنا الانتفاع به . وفي الجرو الذي یتوقع الانتفاع به وجهان ، بناءً على جواز إمساكه وتربيته لذلك ، أصحها : الجواز . فأما ما لا یحل اقتناؤه والانتفاع به ، كالخمر ، والخنزیر ، والكلب العقور ، فلا تصح الوصیة به . ونقل الحناطی وجهاً : أنه تصح الوصیة ، كالكلب الذي لا یجوز اقتناؤه ، وقولاً : أنه لا تجوز الوصیة بالقتی ، وهما شاذان ضعیفان .

فصل

تصح الوصیة بنجوم الكتابة . فان عجز ، فلا شیء للموصی له ، وتصح برقة

المكاتب إن جوزنا ييمه ، وإلا ، فقال المتولي : هو كما لو أوصى بـمال الغير ،
وسنذكره إن شاء الله تعالى .

فصل

إذا أوصى بـمال الغير فقال : أوصيت بهذا العبد ، وهو ملك غيره ، أو بهذا
العبد إن ملكته ، فوجهان . أحدهما : تصح ، لأنها تصح بالمعدوم ، فذا أولي .
والثاني : لا ، لأن مالكة يملك الوصية به ، والثيء الواحد لا يكون محلاً
لتصرف شخصين ، وبهذا قطع الغزالي .

قلت : الأول أفقه وأجربى على قواعد الباب . والله أعلم

فصل

الوصية بالأصنام والسلاح للذمي والحربي ، وبالعبد المسلم والمصحف للكافر ،
كبيعهما له .

فرع

إذا قال: أعطوه كلباً من كلابي ، وله كلاب يحل الانتفاع بها ، ككلب صيد،
أو زرع ، أو ماشية ، أعطي واحداً منها . ولو قال : كلباً من مالي ، فكذلك
وإن لم يكن الكلب مالاً ، لأن المنتفع به من الكلاب يقتنى وتمتوره الأيدي ،
كلاموال ، فقد يستعار له اسم المال . ولو قال : أعطوه كلباً من كلابي ، أو من

مالي ، وليس له كلب ينتفع به ، بطلت الوصية ، بخلاف ما إذا قال : [أعطوه] عبداً ، فإنه يشتري ، لأن الكلب يتعذر شراؤه .

قلت : هذا هو الصحيح المرووف . وفي وجه حكاة الجرجاني في « المعاينة » وغيره : أنه تصح الوصية ويعطى قيمة مثل الكلب من الجوارح الظاهرة ، وهذه ليس بشيء . والله أعلم

ولو كان له كلب ، ولا مال له ، فأوصى بكلبه ، لم تنفذ الوصية إلا في ثلثه ، كالمال ، فإن أوصى بيمضه ، أو كان له كلاب فأوصى بيمضها ، ففي وجه : لا يعتبر خروج الموصى به من الثالث ، لأنها غير متقومة ، وبكفي أن يبقى للورثة شيء وإن قل . والصحيح اعتباره كالأموال . فعلى هذا ، إن لم يكن إلا كلب واحد ، لم يخف اعتبار الثالث . وإن كان كلاب ، ففي كيفيته أوجه . أصحابها ومنهم من قطع [به] : أنه ينظر إلى عدد الرؤوس ، وتنفذ الوصية من ثلاثة في واحد . والثاني : ينظر إلى قيمتها بتقدير المالية فيها ، كما يقدر الرق في الحر عند الحاجة ، وتنفذ الوصية في الثلث بالقيمة . والثالث : تقوم منافعها ، وبؤخذ الثالث من قيمة المنافع . ولو لم يملك إلا كلباً ، وطبل لهُو ، وزق خمر محترمة ، فأوصى بواحد منها ، وأردنا اعتبار الثالث ، لم يميز الوجه الأول ولا الثالث ، لأنه لا تناسب بين الرؤوس ولا المنفعة ، فيتعين اعتبار القيمة . أما إذا كان له مال وكناب ، فأوصى بكلها ، أو بيمضها ، فثلاثة أوجه . أصحابها : نفوذ الوصية فيها وإن كثرت وقل المال ، لأن المعتبر أن يبقى للورثة ضعف الموصى به ، والمال وإن قل خير من ضعف الكلب ، إذ لا قيمة له ، وبهذا قال أبو علي ابن أبي هريرة والطبري والشيخ . والثاني قاله الاصطخري : أن الكلاب ليست من جنس الناس ، فيقدر كأنه لا مال له ،

وتنفذ الوصية في ثلاث كلاب على ماسبق . والثالث : تقوّم الكلاب أو منافعها على اختلاف الوجهين السابقين ، وتضم إلى ما يملكه من المال ، وتنفيذ الوصية في ثلث الجميع . ولو أوصى بثلاث ماله لرجل ، وبالكلاب لآخر ، فعلى قول الاصطخري : يعتبر ثلث الكلاب وحدها . وأما على الوجه الأول ، فقال القاضي أبو الطيب : تنفذ الوصية بجميع الكلاب ، لأن ثلثي المال الذي يبقى للورثة ، خير من ضعف الكلاب ، واستبعده ابن الصباغ ، لأن ما يأخذه الورثة من الثلثين هو حصتهم بسبب ما نقلت فيه الوصية ، وهو الثلث ، فلا يجوز أن يحسب عليهم مرة أخرى في وصية الكلاب ، فعلى هذا يلتقي الوجهان .

قلت : قول ابن الصباغ أصح . والله أعلم

وقياس الوجه الثالث : أن تضم قيمة الكلاب أو منافعها إلى المال ، ويدخل المال في حساب الوصية بالكلاب وإن لم تدخل الكلاب في حساب الوصية بالمال .

فصل

اسم الطبل يقع على طبل الحرب الذي يضرب به للتهويل ، وعلى طبل الحجيج والقوافل الذي يضرب به للاعلام بالتزول والارتحال ، وعلى طبل المطارين وهو سبط لهم ، وعلى طبل اللهو ، كالطبل الذي يضرب به المختشون ، وسطه ضيق وطرفاه واسمان . فان أطلق الطبل ، ففيه كلامٌ نذكره في أول الباب الثاني إن شاء الله تعالى . وإن عيّن ما سوى طبل اللهو ، صح . وإن عين طبل اللهو ، نظر ، إن صلح للحجيج ، أو الحرب ، أو منقمة أخرى مباحة ، إما على الهيئة التي هو عليها ، وإما بعد التثيير الذي يبقى منه اسم الطبل ، فالوصية أيضاً صحيحة ، وإلا ، فباطلة ،

ولا نظر إلى النافع التوقعة بعد زوال اسم الطبل ، لأنه إنما أوصى بالطبل ، هكذا ذكر المسألة جماهير الأصحاب . وقال الامام ، والغزالي : إن لم يصلح لفرض مباح مع بقاء اسم الطبل ، وكان لا ينتفع إلا برضاه ، لم تصح الوصية ، لانه لا يقصد منه الرضا إلا إذا كان من شيء نفيس ، كذهب ، أو عود ، فنزل الوصية عليه ، وكأنه أوصى برضاه إذا كسر ، والوصية تقبل التعليق .

واعلم أنه سبق في بيع الملاهي التي يعدّ راضها مالا ثلاثة أوجه . ثالثها : إذا كانت متخذة من شيء نفيس ، صح ، وإلا ، فلا . فان اكتفينا بآلية الرضا لصحة البيع ، فكذا الوصية ، وإلا ، فلا . فإذا ما ذكره الجمهور مع ما ذكره الامام ، وجهان في المسألة . وكما أطلق الجمهور بطلان البيع ، فكذا الوصية ، وكما اختار الامام صحة البيع إذا كان شيئا نفيسا ، فكذا صحح الوصية فيه .

فصل

سبق أن الموصى به ينبغي أن لا يزيد على ثلث المال ، والأحسن أن ينقص من الثلث شيئا . وقيل : إن كان ورثته أغنياء استوفى الثلث ، وإلا ، فيستحب النقص منه . وبأي يوم يعتبر المال؟ وجهان . أحدهما : بيوم الوصية ، كما لو نذر التصديق بماله . وأصحها : بيوم الموت ، إذ يملك بعد الموت . فعلى هذا ، لو زاد ماله بعد الوصية ، تعلقت الوصية به . وكذا لو هلك ثم كسب مالا ، تعلقت به . ولو أوصى بعشرة ، ولا مال له ، ثم كسبه ، تعلقت به . وعلى الوجه الاول ، كل ذلك بخلافه . ومنهم من قطع في اعتبار القدر بيوم الموت وخص الخلاف بمن لم يملك شيئا أصلا ثم ملكه .

ثم انثلث الذي تنفذ فيه الوصية ، هو ثلث الفاضل عن الديون . فلو كان

عليه دين مستغرق ، لم تنفذ الوصية في شيء ، لكن يحكم بانعقادها في الاصل حتى ينفذها لو تبرع شخص بقضاء الدين أو أبرأ المستحق .

فرع

التبرعات الملتقة بالموت - وهي الوصايا - معتبرة من الثلث ، سواء أوصى [بها] في صحته ، أو في مرضه ، وكذا التبرعات المنجزة في المرض الخوف المتصل بالموت معتبرة من الثلث . ولو وهبه في صحته ، وأقبض في مرضه ، فمن الثلث ، لأن الهبة إنما تملك بالقبض . وهذه القاعدة يحتاج فيها إلى معرفة ثلاثة أشياء : أن المرض الخوف ماذا ؟ وأن التبرعات والتصرفات المحسوبة من الثلث ماهي ؟ وأنها كيف تحسب ؟ فنعقد في كل واحدة فصلاً .

الفصل الأول : في بيان المرض الخوف والأحوال التي هي في معناه ، وبيان طريق معرفته عند الاشكال ، وبيان ما يحكم به الخوف وغير الخوف ، فهذه ثلاثة أمور .

[أما] الاول : فما بالإنسان من مرض وعلة ، إما أن ينتهي به إلى حال يقطع فيها بموته منه عاجلاً ، وذلك بأن يشخص بصره عند النزع وتبلغ الروح الحنجرة ، أو يقطع حلقومه ومريئه ، أو يشق بطنه وتخرج حشوته . وقال الشيخ أبو حامد : أو يفرق في الماء ويغمره ، وهو لا يعرف السباحة ، فلا اعتبار بكلامه ووصيته وغيرها في شيء من هذه الأحوال ، حتى لا يصح إسلام الكافر ولا توبة الفاسق والحالة هذه ، لأنه صار في حيز الأموات ، وحركته حركة المذبوح .

قلت : واحتج أصحابنا بأن هذه هي الحال التي قال فيها فرعون : « آمنت » (١) فلم يصح منه . والله أعلم

وإما أن لا ينتهي إليها ، فلما أن يخاف منه الموت عاجلاً ، وهو الخوف الذي يقتضي الحجر في التبرعات ، وإما أن لا يكون كذلك ، فحكم حكم الصحة . هذا ضابطه . ثم تكلم الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم في أمراض خاصة مخوفة ، وغير مخوفة .

فمن المخوفة : القوانج ، وهو أن تنمقد أخلاط الطعام في بعض الأمعاء فلا تنزل ، وبصمد بسببه البخار إلى الدماغ فيؤدي إلى الهلاك .

ومنها : ذات الجنب ، وهي قروح تحدث في داخل الجنب بوجع شديد ، ثم يفتح في الجنب ، ويسكن الوجع ، وذلك وقت الهلاك ، وكذلك وجع الخاصرة . ومنها : الرعاف الدائم ، لأنه يسقط القوة ، وابتدأه ليس بمخوف .

ومنها : الاسهال ، إن كان متواتراً ، فمخوف ، لأنه ينشف رطوبات البدن . وإن كان يوماً ويومين ولم يدم ، فليس مخوفاً ، إلا إذا انضم إليه أحد أمور .

أحدها : أن ينخرق البطن ، فلا يمكنه الإمساك ويخرج الطعام غير مستحيل . الثاني : أن يكون معه زحير ، وهو أن يخرج بشدة ووجع ، أو تقطيع ، وهو أن يخرج كذلك ويكون منقطعاً ، وقد يتوهم انفصال شيء كثير ، فإذا رآه [نظره] كان قليلاً .

الثالث : أن يعجزه ويمنه النوم .

الرابع : إذا كان معه دم ، نقل المزني أنه ليس بمخوف . وفيه الأم ، أنه إن كان يوماً أو يومين ولا يأتي معه دم ، لا يكون مخوفاً . وهذا يشعر بأنه

(١) قال الله تعالى في سورة (يونس : ٩٠) : (وجاوزنا بني إسرائيل البحر فأتبهم فرعون وجنوده بغياً وعدواً حتى إذا أدركه الغرق قال آمنت أنه لا إله إلا الذي آمنت به بنو إسرائيل وأنا من المسلمين) فقال الله تعالى في جواب فرعون حين قال ما قال : (آلآن وقد عصيت قبل وكنت من المفسدين) أي : الآن تقر الله بالمبودية وتستسلم له بالذلة ؟ أم لا آمنت بالله وأقررت بما أقررت به وباب التوبة مفتوح ؟ فلم يقبل إيمانه .

مع الدم خوف . فمن الأصحاب من قال : سها المزني ، وهو مخوف ، لأنه يسقط القوة ، قاله المسمودي . وتأول الأكثرون فحملوا ثقل المزني على دم يحدث من المخرج من البواسير ونحوه . ونص في د الأم ، على دم الكبد وسائر الأعضاء الشريفة ، فهذا مخوف ، وذلك غير مخوف .

ومنها : السل ، وهو داء يصيب الرئة ، ويأخذ البدن منه في النقصان والاصفرار . وقد أطلق في د المختصر ، أنه ليس بمخوف ، فأخذ بهذا الإطلاق آخذون ، حتى قال الحناطي : إنه ليس بمخوف لاني أوله ولا في آخره ، ووجهه بأن السل وإن لم يسلم منه صاحبه غالباً ، فإنه لا يخشى منه الموت عاجلاً ، فيكون كالشيخوخة والهرم ، وذكر صاحب د المذهب ، والغزالي : أنه مخوف في انتهائه دون ابتدائه ، وعكسه البغوي ، والأشبه بأصل المذهب ما قاله الحناطي وموافقه . ومنها : الفالج ، وسببه غلبة الرطوبة والبلغم ، وابتدائه مخوف . فإذا استمر ، فليس بمخوف ، وسواء كان معه ارتعاش ، أم لا ، لأنه لا يخاف منه الموت عاجلاً . وفي وجه : إن لم يكن معه ارتعاش ، فمخوف .

ومنها : الحمى الشديدة ، وهي ضربان : مطبقة ، وغيرها .

فالمطبقة : هي اللازمة التي لا تبرح . فإن كانت حمى يوم أو يومين ، لم تكن مخوفة . وإن زادت ، فمخوفة . وفي وجه : الحمى من أول حدوثها مخوفة . والصحيح : الأول . وعلى هذا ، لو اتصل الموت بحمى يوم أو يومين ، نظر في عطيته ، إن كانت قبل أن يمرض ، فهي من اثالث ، وقد بانت مخوفة ، وإن كانت بعد المرق ، فمن رأس المال ، لأن أثرها زال بالمرق ، والموت بسبب آخر ، ذكره صاحب د التهذيب ، و د التمه .

الضرب الثاني : غير المطبقة . وهو أنواع . الورد ، وهي التي تأتي كل يوم ، والغب ، وهي التي تأتي يوماً وتقلع يوماً ، والثالث . وهي التي تأتي يومين وتقلع يوماً .

وحسب الأخوين ، وهي التي تأتي يومين وتقطع يومين . والرَّبيع ، وهي التي تأتي يوماً وتقطع يومين . فما سوى الربيع والنب من هذه الأنواع ، خوف . والرَّبيع على تجربتها غير مخوفة ، لأن الحموم يأخذ قوته في يوم الاقلاع . وفي النب وجهان . قلت : أصحها : مخوفة ، وبه قطع الراغب في « المحرر » . والله أعلم

وأما الحمى اليسيرة ، فغير مخوفة بحال .

ومنها : الدق ، وهو داء يصيب القلب ، ولا تمتد معه الحياة غالباً ، وهو مخوف . ومنها : قال الشافعي رضي الله عنه : من ساوره الدم حتى تغيَّر عقله ، أو المرار أو البلغم ، كان مخوفاً . وقال أيضاً : الطاعون مخوف حتى يذهب . وقوله : « ساوره » بالسين المهملة ، أي : واثبه وهاج به . والمرار : الصفراء ، فهيجان الصفراء والبلغم ، مخوف . وكذا هيجان الدم ، بأن يثور وينصب إلى عضو ، كيدٍ ، ورجل ، فتحمَّر وتنتفخ ، [وقد يذهب العضو إن لم يتدارك أمره في الحال وإن سلم الشخص] ، وقوله : « حتى تغيَّر عقله » ، ليس مذكوراً شرطاً ، بل هو مخوف وإن لم يتغيَّر العقل ، نص عليه في « الأم » . والطاعون فسرهُ بعضهم بما ذكرناه من انصباب الدم إلى عضو . وقال أكثرهم : إنه هيجان الدم في جميع البدن ، وانتفاخه . قال المتولي : وهو قريب من الجذام ، من أصابه تأكلت أعضاؤه وتساقط لحمه .

ومنها : الجراحة ، إن كانت على مقتل ، أو نافذة إلى جوف ، أو في موضع كثير اللحم ، أو لها ضررٌ بان شديد ، أو حصل معها تأكل ، أو ورم ، فهي مخوفة ، وإلا ، فلا . [وقيل : الورم وحده لا يجعلها مخوفة ، بل يشترط معه التأكل . ومنها : القيء إن كان معه دم أو بلغم أو غيرهما من الأخلاط ، فمخوف ، وإلا ، فلا] إلا أن يدوم .

ومنها : البرسام ، وهو مخوف .

فرع

وأما الجرب ، ووجع الضرس والعين والصداع ، فغير مخوفة .

فرع

هذا الذي ذكرناه ، في الأمراض ، وقد تعرض أحوال تشبه الامراض في اقتضاء الخوف ، وفيها صور .

أحداها : إذا التقى الفريقان والتحم القتال بينهما واختلطوا .

الثانية : إذا كان في سفينة فاشتدت الريح وهاجت الأمواج .

الثالثة : إذا وقع في أسر الكفار وعادتهم قتل الأسارى .

الرابعة : قدّم ليقتل قصاصاً ولم يُجرح بعد ، فالحكاية عن نص الشافعي رحمه الله في الصور الثلاث : الأولى أن لها حكم المخوف . وعن نصه في «الاملاء» : في الرابعة : المنع . والأصحاب فيها طريقان . أصحابها : على قولين . أظهرهما : إلحاقها بالمخوف . والطريق الثاني : العمل بظاهر النصين . والفرق أن مستحق القصاص لا تبعد منه الرحمة والغفو طمأناً في الثواب أو المال . وعن صاحب «التقريب» : أنه إن كان هناك ما يوجب على الظن أنه يقتص من شدة حقد أو عداوة قديمة ، فمخوف ، وإلا ، فلا . ثم موضع الخلاف في صورة التحام القتال ، ما إذا كان الفريقان متكافئين ، أو قرييين من التكافؤ ، وإلا ، فلا خوف في حق الغالبين قطعاً ، ولا خوف أيضاً قطعاً فيما إذا التحم الحرب ولم يختلط الفريقان وإن

كانا يتراميان بالنشاب والحراب ، ولا فيها إذا كانت البحر ساكناً ، ولا في الأسير في أيدي الكفار الذين لا يقتلون الأسارى ، كالروم .

قلت : وسواء في مسألة القتال كان الفريقان مسلمين أو كفاراً ، أو فريقاً مسلمين [وفريقاً] كفاراً ، كذا صرح به القاضي أبو الطيب ، وغيره .

وانتأعلم

الصورة الخامسة : إذا قُدِّم ليقتل رجلاً في الزنا ، أو ليقتل في قطع الطريق ، فهو كالنحام القتال . فعلى طريق : يقطع بأنه مخوف . وعلى طريق : قولان . وقيل : إن ثبت الزنا بالينة ، فمخوف . بخلاف الاقرار ، لاحتمال الرجوع .

السادسة : إذا وقع الطاعون في البلد ، وفشا الوباء ، فهل هو مخوف في حق من لم يُصِبه ؟ وجهان . أصحابها : مخوف .

السابعة : الحامل قبل أن يحضرها الطلق ، ليست في حال خوف . وإن ضربها الطلق ، فقولان . أظهرهما : مخوف . وإذا وضعت ، فالخوف باقٍ إلى انفصال المشيمة ، فإذا انفصلت ، زال الخوف ، إلا إذا حصل من الولادة جراحة ، أو ضربان شديد ، أو ورم . وإلقاء المعلقة والمضغة ، لاخوف فيه ، قاله الشيخ أبو حامد ، وابن الصباغ ، وقال المتولي : هو كالولادة .

قلت : الأصح أو الصحيح : أنه لاخوف فيها ، كذا نقله القاضي أبو الطيب في تعليقه عن الأصحاب . قالوا : لأنه أسهل خروجاً من الولد . وانتأعلم

وموت الولد في الجوف يوجب الخوف .

الامر الثاني : إذا أشكل مرض فلم يدر أخوف هو ، أم لا ؟ فالرجوع فيه إلى أهل الخبرة ، والعلم بالطب . ويشترط في الرجوع إليه : الاسلام ، والبلوغ ،

والمدالة ، والحرية ، والمدد ، وقد ذكرنا وجهاً في جواز المدول من الوضوء إلى التيمم بقول المراهق والفاسق ، ووجهاً : أنه لا يشترط المدد ؛ وعن أبي سليمان الخطابي وجه لم نذكره هناك : أنه يجوز المدول بقول طبيب كافر ، كما يجوز شرب الدواء من يده ولا يدري أنه دواء أم داء ؛ ولا يبعد أن تطرد هذه الأوجه هنا . وقد قال الامام هنا : الذي أراه أن لا يلحق بالشهادات من كل وجه ، بل يلحق بالتقويم وتمديل الأنصاء في القسمة حتى يختلف الرأي في اشتراط العدد . قلت : المذهب : الجزم باشتراط المدد وغيره مما ذكرنا أولاً ، لأنه يتعلق بهذا حقوق الآدميين من الورثة والموصى لهم ، فاشترط شروط الشهادة كغيرها من الشهادات ، بخلاف التيمم ، فإنه حق لله تعالى مبني على المساعدة ، مع أنه ينتقل إلى بدل ، وليس كالتقويم الذي هو تخمين في محسوس يمكن تدارك الخطأ ، إن وقع فيه . . . والله أعلم

فرع

إذا اختلف الوارث والتبرع عليه في كون المرض مخوفاً بعد موت التبرع ، فالقول قول التبرع عليه ، لأن الأصل عدم الخوف . وعلى الوارث اليقينة ، ولا تنبت دعواه إلا بشهادة رجلين ، لأنها شهادة على غير المال وإن كان المقصود المال . لكن لو كانت الملة بامرأة على وجه لا يطلع عليه الرجال [غالباً] ، قبلت شهادة رجلين ، ورجل وامرأتين ، وأربع نسوة . ويعتبر في الشاهدين العلم بالطب ، قاله البغوي .

الامر الثالث : إذا وجدنا المرض مخوفاً ، حجبنا عليه في التبرع فيما زاد على الثالث ، ولم ننفذه . لكنه لو فعل ، ثم برأ من مرضه ، تبين صحة تبرعه وأن ذلك المرض لم يكن مخوفاً . ومن هذا القبيل ما إذا التحم القتال ، وحكنا بأنه مخوف ، ثم انقضت الحرب وسليم .

وأما إذا رأينا المرض غير مخوف ، فاتصل به الموت ، فينظر ، إن كان بحيث لا يحال عليه الموت ، كوجع الضرس ومحوه ، فالتبرع نافذ ، والموت محمول على الفجأة . وإن كان غيره ، كاسهال يوم أو يومين ، تبييناً باتصال الموت به كونه مخوفاً ، وكذلك حمى يوم أو يومين ، قاله في « الوسيط » ، وقد سبق الفرق بين أن يبرق أو لا يبرق في هذه الصورة .

فرع

قال الامام : لا يشترط في المرض الخوف ، كون الموت منه غالباً ، بل يكفي أن لا يكون نادراً ، بدليل البرسام . ولو قال أهل الخبرة : هذا المرض لا يخاف منه الموت ، لكنه سبب ظاهر في أن يتولد منه المرض الخوف ، فالأول مخوف أيضاً . وهذا يُشكّل بالحل قبل أن يأخذها المطلق . فان قالوا : يفضي إلى الخوف نادراً ، فالأول ليس بمخوف .

قلت : وإذا كان المرض مخوفاً ، فتبرع ، ثم قتله إنسان ، أو سقط من سطح فمات ، أو غرق ، حسب تبرعه من اثاث ، كما لو مات بذلك المرض . ذكره البغوي .

والله أعلم

الفصل الثاني : في بيان التبرع المحسوب من الثلث ، وهو إزالة الملك عن مال

مجاناً ، كالهبة ، والوقف ، والصدقة ، وغيرها .

قلت : ينبغي أن يضم إليه ما يتناول التبرع بالكلب وسائر النجاسات ، وبالمنفعة

التي تصح الوصية بها ، فيقال : إزالة الاختصاص عن مال ونحوه . والله أعلم

وفيما يدخل في الضابط ويخرج ، مسائل .

إحداها : ما يستحق عليه من ديون الله تعالى ، كالزكاة ، وحجة الاسلام ،

وديون الآدميين ، تخرج بعد موته ، وتكون من رأس المال أوصى بها أو لم يوص .

وقيل : إذا أوصى بها ، حسبت من الثلث ، وهو ضعيف ، وهذا الذي نوجهه ،

من رأس المال بلا خلاف إذا لم يوص هو فيما وجب بأصل الشرع ، كالزكاة ،

وحجة الاسلام . وأما الكفارات ، والنذور ، ففيها خلاف سيأتي في الباب الثاني

إن شاء الله تعالى .

فرع

لو قضى في مرضه ديون بعض الفرعاء ، لم يزاحمه غيره إن وفي المال بجميع

الديون ، وكذا إذا لم يف على الصحيح المعروف .

[المسألة] الثانية : البيع بثلث نافذ من رأس المال ، سواء باع الوارث ، أم لغيره ،

أم لغيرهما . وإن باع بمحابة ، فإن كانت يسيرة يتسامح بثلها ، كان كالبيع بثلث

الثلث ، وإن كانت أكثر من ذلك ، فإن كانت لوارث ، فهي وصية لوارث ، وإلا ،

فمعتبرة من الثلث . فإن لم تخرج من الثلث ، فإن أجاز الوارث ، نفذ البيع في الكل ،

وإلا ، بطل فيما لا يخرج ، وفيما يخرج ، طريقان سبقا . وإذا لم تبطل ، ففي كيفية صحة البيع قولان . وقد سبق كل هذا في « باب تفريق الصفة » . ثم الحابطة المعتبرة من الثلث ، ما يزيد على ما يتغابن بمثله ، ذكره الحناطي ، وأبو منصور . هذا كله إذا باع بضمن حالٍ ، فإن باع بمؤجل ، ولم يحل حتى مات ، اعتبر من الثلث ، سواء باع بضمن المثل أو أقل أو أكثر ، لا فيه من تقويت اليد على الورثة . وتقويت اليد ملحق بتقويت المال . ألا ترى أن الفاسب يضمن بالخلولة كما يضمن بتقويت المال ، فليس له تقويت اليد عليهم ، كما ليس له تقويت المال . فإن لم يخرج من الثلث ، ورد الوارث مازاد ، فالشترى بالخيار بين فسخ البيع والاجازة في الثلث بثلاث ائمن . فإن أجاز ، فهل يزيد ماصح فيه البيع إذا أدى الثلث ؟ فيه وجهان حكاهما في « التهذيب » . أصحابها : لا ، لانقطاع البيع بالرد . والثاني : نعم ، لأن ما يحصل للورثة ينبغي أن نصحح الوصية في مثل نصفه . فعلى هذا يصحح البيع في قدر نصف المؤدى ، وهو السدس ، بسدس الثمن . فإذا أدى ذلك السدس ، زيد بقدر نصف النصف ، وهكذا إلى أن يحصل الاستيعاب .

[المسألة الثالثة: نكاح المريض صحيح. فإن نكح بمهر المثل أو أقل، فهو من رأس المال، كما لو اشترى شيئاً بضمن مثله ، وإن كان بأكثر من مهر المثل ، استحققت مهر المثل، والزيادة تبرع على الوارث . وقد سبق حكمه . فإن لم تكن وارثة ، كالذمية ، والمكاتب ، فالزيادة محسوبة من الثلث . فإن خرجت منه ، نفذ التبرع بها . ولومات الزوجة قبله ، فإن كانت الزيادة تخرج من الثلث ، سلّمت لها ، لأنه لا يلزم الجمع بين التبرع والميراث . وإن لم تخرج ، دارت المسألة ، ونذكرها في « باب الدور » إن شاء الله تعالى .

فرع

لو نكحت المريضة بأقل من مهر المثل ، فالنقصان تبرع على الوارث ، فللورثة ردة وتكمل مهر المثل . فإن لم يكن وارثاً ، بأن كان عبداً ، أو مسلماناً وهي ذمية ، لم يكمل مهر المثل ، ولم يعتبر هذا النقص من الثلث . وإنما جعل ذلك وصية في حق الوارث ، ولم يجعل وصية في الاعتبار من الثلث ، لأن المريض إنما يمنع من تفويت ماعنده ، وهذا ليس بتفويت ، إنها هو امتناع من الكسب . وأيضاً فإن المنع فيما يتوهم بقاؤه للوارث وانتفاعه به ، والبضع ليس كذلك . هذا هو الصحيح الذي قطع به الجمهور . وفي « التتمة » : أنه يعتبر من الثلث ، وفترق بينه وبين ما إذا أجّر نفسه بأقل من أجره المثل - فإنه لا يعتبر من الثلث مع أن كل واحد منهما لا يبقى للورثة - بفرقين . أحدهما : أن النكاح بغير ذكرٍ مهر يقتضي مهر المثل . فإذا تزوجت بدونه ، فكأنها أسقطته بمد وجوبه ، فصار كالإبراء . والثاني : أن المحابة في المهر فيها نوع عارٍ على الورثة ، فأثبت لهم ولاية رفعها ، بخلاف الاجارة .

قلت : هذان الفرقان ضميغان جداً . وكذا الحكم الذي ادّعاء وشذ به .

والله أعلم

[المسألة الرابعة : إجارة الدواب والمبيد وسائر الأموال بما دون أجره المثل ،

معتبرة من الثلث . وكذلك إعارتها . حتى لو انقضت مدة الاجارة أو الاعارة في مرضه ، واسترد العين ، اعتبر قدر المحابة في مسألة الاجارة وجميع الاجارة في الاعارة من الثلث .

ولو أجر نفسه بمحابة ، أو عمل لغيره متبرعاً ، لم يحسب من الثلث على الأصح .

[المسألة الخامسة : كاتب في مرضه عبداً ، أو أوصى بكتابه ، تعتبر قيمته من الثلث ، سواء كاتبه بقيمته ، أو أقل ، أو أكثر . ولو كاتب في الصحة ، واستوفى النجوم في مرضه ، لم تعتبر قيمته من الثلث . ولو أعتقه في مرضه ، أو أبرأه من النجوم ، اعتبر من الثلث أقل الأمرين من قيمته أو النجوم .

[المسألة السادسة : الاستيلاء في المرض لا يعتبر من الثلث ، كما يستهلكه من الأطعمة الذبيحة ، والثياب النفيسة ، ويقبل إقرار المريض بالاستيلاء ، لقدرته على إنشائه ، ولا تعتبر قيمتها من الثلث .

[المسألة السابعة : قال لمبده : أنت حرٌ قبل مرض موتي يوم أو شهر ، ثم مرض ومات ، لم يعتبر من الثلث . وإن قال : قبل موتي بشهر ، فإن نقص مرضه عن شهر ، فكذلك الجواب ، وإلا ، فهو كما لو علق عتق عبده في الصحة ووجدت الصفة في المرض ، وفيه قولان .

فرع

باع بمحابة ، بشرط الخيار ، ثم مرض وأجاز في مدة الخيار . إن قلنا : الملك في زمن الخيار للبائع ، فقدّر المحابة من الثلث ، وإلا ، فلا ، لأنه ليس بثفويت ، بل امتناع من كسب ، فصار كما لو أفلس المشتري والمبيع قائم عنده ومرض البائع فلم يفسخ ، وكما لو أمكنه فسخ النكاح بعيبها فترك حتى مات واستقر المهر ، فإنه لا يحسب من الثلث . وكذا لو اشترى بمحابة ، ثم مرض ووجد بالمبيع عيباً ، ولم يردّ مع الامكان ، لا يعتبر قدر المحابة من الثلث . ولو وجد العيب ، وتعدّر الرد بسبب ، فأعرض عن الأرض ، اعتبر قدر الارش من الثلث .

وقدر الحساب في الاقالة يعتبر من الثلث ، وخلع المريض لا يعتبر من الثلث ، لأن له أن يطلّق مجاناً ، وخلع المريضة مذكور في «كتاب الخلع» .

الفصل الثالث : في كيفية الاحتساب من الثلث . إذا وُجد تبرعان ، وأكثر ،

وضاق الثلث عنها ، فهي إما منجّزة ، وإما معلقة بالموت ، وإما من النوعين .

القسم الأول ، المنجّزة ، كالاتاق ، والابراء ، والوقف ، والصدقة ، والهبة المقبوضة ، والحساب في العقود ، فان ترتبت ، قدّم الاول فالأول إلى استفراق الثلث . فإذا تم الثلث ، وقف أمر الزائد على إجازة الوارث على ماسبق . وسواء كان المتقدم والمتأخر جنساً أو جنسين ، وسواء تقدم العتق على الحساب ونحوها أو تقدمت عليه ، لان الاول لازم لا يفتقر إلى رضی الورثة ، فكان أقوى . وإن وجدت دفعة واحدة ، واتخذ الجنس ، مثل أن قال لبيد : أعنتكم ، أو أبرأ جماعة من ديونه ، أو وهب لهم ، لم يقدم البعض على البعض . لكن في غير العتق يقسط الثلث على الجميع باعتبار القيمة ، كما يقتضيه الحال من التساوي أو التفاضل . وفي العتق ، يقرع بين العبيد ، ولا توزع الحرية . وإن اختلف الجنس ، بأن وكل في كل تبرع وكيلاً ، فتصرفوا دفعة واحدة ، فان لم يكن فيها عتق ، قسط الثلث على الجميع باعتبار القيمة ، وإن كان ، فهل يقسط ، أم يقدم العتق ؟ قولان كما سنذكره في التبرعات المعلقة بالموت إن شاء الله تعالى .

القسم الثاني : التبرعات المعلقة بالموت ، كالوصايا ، وتعليق العتق ، فلا يقدم عتق على عتق ، ولا تبرع غير العتق على غيره وإن تقدم بعضها على بعض في الإيصاء ، بل في العتق يقرع ، وفي غيره يقسط الثلث على الجميع باعتبار القيمة . وفي العتق هنا وجه : أنه يقسط ، وتخص القرعة بالمنجّز ، لورود الحديث الصحيح فيه (١) ،

(١) عن عمران بن حصين رضي الله عنه أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته ، ولم يكن له مال غيرهم ، فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثاً ، ثم أقرع بينهم ، فأعتق اثنين ، وأرق أربعة ، وقال لقولاً شديداً . رواه مسلم وأصحاب «السنن» . وهذا الحديث نص في اعتبار القرعة شرعاً ، وهو حديث لالك والشافعي وأحمد والجمهور .

والصحيح : الاول . ثم هذا عند إطلاق الوصية . أما إذا قال : اعتقوا سالماً بعد موتي ، ثم غانماً ، أو ادفموا إلى زيد مائة ، ثم إلى عمرو مائة ، فيقدم ما قدمه قطعاً . وإذا اجتمع في هذا القسم عتق وغيره ، فهل يقدم العتق لقوته ، أم يسوى فيه ؟ قولان . أظهرهما : التسوية . هذا في وصايا التملك مع العتق . أما إذا أوصى للفقراء بشيء ، وبتق عبد ، فقال البغوي : هما سواء ، لاشتراكهما في القربة . وقطع الشيخ أبو علي بطرد القولين ، لوجود القوة والسراية .

قلت : الثاني أصح . والله أعلم

وإذا سويتهما ، فما خص المبيد إذا ضاق عنهم ، بقرع . والكتابة مع الهبة وسائر الوصايا ، كالعتق ، فتكون على القولين . وقيل : يسوى [هنا] قطعاً ، إذ ليس لها قوة وسراية . القسم الثالث : إذا صدرت منه تبرعات منجزة ، ومعلقة بالموت ، قدمت المنجزة ، لأنها تفيد الملك ناجزاً ، ولأنها لازمة . ولا يملك المريض الرجوع فيها .

فرع

علق عتق عبد بالموت ، وأوصى بعتق آخر ، فلا يقدم أحدهما على الآخر ، لأن وقت استحقاقها واحد ، وقد اشتركا في القوة . وفي وجه : المدبر أولى بالعتق ، لأنه سبق عتقه ، فإن الآخر يحتاج إلى إنشاء عتقه ، والصحيح الأول .

فرع

لا يؤثر تقدم الهبة وحدها بلا قبض ، لأن ملكها بالقبض ، حتى لو وهب

المريض ثم أعتق ، أو حابي في بيع ثم أقبض الوهوب ، قدم العتق والمحاباة ، ولا تقتصر المحاباة في بيع ونحوه إلى قبض ، لأنها في ضمن معاوضة .

فرع

قال في مرضه : سالم حر ، وغانم حر ، وخالد حر ، فهذا من صور ترتيب التبرعات المنجزة . ولو قال : سالم وغانم وخالد أحرار ، فهو من صور وقوعها دفعة واحدة . ولو علق عتقهم بالموت ، أفرع بينهم ، سواء قال : إذا مت ، فسالم حر ، وغانم حر ، وخالد حر ، أو [قال : فهم أحرار . ولو] قال : إذا مت فسالم حر ، وإث مت من مرضي هذا ، فغانم حر ، فإن مات من ذلك المرض ولم يف الثلث بها ، أفرع [بينها] . وإن برأ ، ومات بعده ، بطل التدبير المقيد ، ويمتق سالم .

فرع

قال : إن أعتقت غانماً ، فسالم حر ، ثم أعتق غانماً في مرض موته ، فإن خرجا من الثلث عتقا ، وإن لم يخرج إلا أحدهما ، فقل : بقرع ، كما لو قال : أعتقتكما . والصحيح : أنه لا قرعة ، بل يتعين غانم للعتق ، لأننا لو أقرعنا ، ربما خرجت على سالم ، فيلزم إرفاق غانم . فإن خرجا من الثلث ، عتقا ، وإن لم يخرج إلا أحدهما ، فقل : بقرع ، كما لو قال : أعتقتكما . والصحيح : أنه لا قرعة ، بل يتعين غانم للعتق ، لأننا لو أقرعنا ، ربما خرجت على سالم ، فيلزم إرفاق غانم . وإذا رق ، لم يحصل شرط عتق سالم . ولو قال : إن أعتقت غانماً ، فسالم حر في حال إعاقتي

غانماً ، ثم أعتق غانماً في مرضه ، فكذلك الجواب بلا فرق . وعلى هذا ، لو قال :
إن أعتقت غانماً ، فسالم وغانم حران ، ثم أعتق غانماً ، والثالث لا يفي إلا بأحدهم ،
عتق غانم ، ولا قرعة . وإن فضل من الثلث شيء ، أقرع بين الآخرين . فمن خرجت
له قرعة الحرية ، عتق كله إن خرج كله ، وبعضه إن لم يخرج إلا بعضه . وإن
كان يخرج أحد الآخرين ، وبعض الثالث ، عتق من خرجت قرعته ، وعتق
من الآخر بعضه .

فرع

قال لمبده : إن تزوجت ، فأنت حر . ثم تزوج في مرض الموت ، فقد ذكرنا
أن مهر الثل محسوب من رأس المال ، والزيادة من الثلث . وإن اقتضى الحال تنفيذ
الزيادة ، نظر ، إن خرجت الزيادة وقيمة العبد من الثلث نفذ ، وإلا ، فيقدم المهر ،
كذا ذكروه توجيهاً بأن المهر أسبق ، فانه يجب بالنكاح ، والعتق يترتب عليه .
لكن مقتضى قولنا : إن المرتب والمرتب عليه يقعان معاً ولا يتلاحقان من
حيث الزمان ، أن لا يقدم أحدهما على الآخر ، بل يوزع الثلث على الزيادة وقيمة
العبد . وقد صرحوا بأنه لو قال : إن تزوجت ، فأنت حر في حال تزوجي : أنه
يوزع الثلث كذلك ، لأنه لا ترتب . والفرق بين هذا وبين مسألة العبدین
- حيث لا يوزع هناك ، كما لا يقرع - أن العتق هنا معلق بالنكاح ، والتوزيع لا يرفع
النكاح ، ولا يقدح فيه ، وهناك عتق سالم معلق بعتق غانم كاملاً . وإذا وزعناه
فلا يكمل عتق غانم ، ولا يمكن إعتاق شيء من سالم .

فرع

قال لأمنه الحامل : إن أعتقت نصف حملك ، فأنت حرة ، ثم أعتق نصف حملها في مرض موته ، فمقتضى عتق نصف الحمل سرايته إلى باقيه وعتق الأم بالتعليق . فان خرجا من الثلث ، عتقا ، وإن لم يخرج من النصف إلا الأم ، أو النصف الآخر ، بأن كان ماله ثلثائة ، والأم منها خمسون ، والولد مائة ، فيقرع بين الأم والنصف الآخر . وإن خرجت على النصف الآخر ، عتق جميع الحمل ، وورقت الأم ، وإن خرج على الأم ، لم يعتق كلها ، لأن الحمل في حكم جزء منها ، يبيع عتقه عتقا ، فتوزع قيمة الثلث وهي خمسون على الأم ، والنصف الباقي بالسوية ، فيعتق من الأم نصفها ، ومن النصف الباقي نصفه ، فيكون ثلاثة أرباعه حرًا . ولو كانت الصورة كما ذكرنا ، إلا أن قيمة الأم مائة ، وخرجت القرعة على الأم ، وزعت الخمسون عليها وعلى النصف الآخر الباقي أثلاثاً ، فيعتق منها ثلثها ، وهو ثلثا الخمسين ، ومن النصف الباقي ثلثه وهو ثلث الخمسين ، وسدس حملته ، فيكون الحر من الأم اثلث ، ومن الولد الثلثين .

فرع

أوصى بعبد أو ثوب يخرج من ثلث ماله ، وباقي ماله غائب ، لا يدفع كله إلى الوصي له ، ولا يسلط على التصرف فيه مالم يحضر من المال الغائب ما يخرج الوصي به من ثلثه ، لأن ما يحصل للوصي له ينبغي أن يجعل للوارث مثله ، وربما تلف النائب . وهل يتسلط على التصرف في ثلثه ؟ وجهان . أصحابنا : النسخ ، لأن تسلطه يتوقف على تسلط الورثة على مثلي ما تسلط عليه . ولا يمكن تسلطهم ، لاحتمال سلامة النائب . فيخلص جميع الوصي به للوصي له . فلو تصرفوا في ثلثي

الحاضر ، قال أبو الفرج السرخسي : إن بان هلاك الغائب ، تبيّنًا نفوذ تصرفهم ،
ولك أن تقول : ينبغي تخريجه على وقف العقود .
قلت : بل ينبغي تخريجه على القولين فيمن باع مال أبيه ظانًا حياته فبان ميتًا .
والله أعلم

قال السرخسي : وإن سلم وعاد إليهم ، تبيّنًا بطلان التصرف على الصحيح .
وقيل : يضي على الصحة ، ويغرم للموصي له الثلثين ، وهو ضعيف . ولو أعتق
عبدًا هو ثلث ماله ، أو دبّره ، وبقي ماله غائب ، ففي نفوذ المتق والتدبير في ثلثه
الخلافاً المذكور في الوصية . كذا ذكره ، وقد يستبعد التردد في المتق في الثلث ،
فانه حر على كل تقدير . بل الوجه : الجزم بحصول الملك في الثلث ، وفي الوصية
أيضاً . وردّ الخلاف إلى أنه هل ينفذ تصرفه فيه ، أم يمنع [من] التصرف
إلى أن يتسلط الوارث على مثليه ؟ .

الركن الرابع : الصيغة ، فتكلم في طرف الإيجاب ، ثم طرف القبول ،
أما الإيجاب ، فلا بد منه ، بأن يقول : أوصيت له بكذا ، أو أعطوه ، أو ادفوا
إليه بد موتي كذا ، أو هو له ، أو جعلته له بعد موتي ، أو ملكته ، أو وهبته له
بعد موتي . أما إذا اقتصر على قوله : وهبته له ، ونوى الوصية ، فالأصح أنه
لا يكون وصية ، لانه أمكن تنفيذه في موضوعه الصريح ، وهو التملك الناجز .
ولو قال : هذا له ، فهو إقرار يؤاخذ به ، ولا يجعل كناية عن الوصية ، إلا أن
يقول : هو له من مالي ، أو يقول : عبدي هذا فلان ، فيصح كناية عن الوصية ،
لأنه لا يصلح إقراراً . ولو قال : عيّنته له ، فهذا كناية ، لأنه يحتمل التمين للتمليك بالوصية ،
والتمين للاعارة ، وتصح الوصية بالكتابة مع النية بلا خلاف ، لما سبق
في « كتاب البيع » : أن ما قبل مقصوده التملك بالاقرار ، كالكتابة ، والخلع ، ينقذ

بالكتابة مع النية ، والوصية تقبل التطليق بالاقرار ، فأولى أن تنعقد بالكتابة . ولو كتب :
إني أوصيت لفلان بكذا ، قال المتولي : لا ينعقد إذا كان الشخص ناطقاً ، كما
لو قيل له : أوصيت لفلان بكذا ؟ فأشار : أن نعم . ولو وجد له كتاب وصية بعد موته ،
ولم تقم بيئته على مضمونه ، أو كان قد أشهد جماعة أن الكتاب خطي ، وما فيه
وصيتي ، ولم يطلعهم على ما فيه ، فقال جمهور الأصحاب : لا تنفذ الوصية بذلك ،
ولا يعمل بما فيه حتى يشهد الشهود به مفصلاً . ونقل الامام ، والمتولي : أن محمد
ابن نصر المروزي من أصحابنا قال : يكفي الاشهاد عليه مبهاً . وروى أبو الحسن
المباذلي أنه قال : يكفي الكتاب من غير إشهاد ، واحتج بقول النبي ﷺ :
« إلا » ووصيته مكتوبة عنده ، ^(١) أشعر ذلك باعتبار الكتابة . واعلم أن انعقاد
الوصية بالكتابة ليس يبعد وإن استبعدوه ، لأن الكتابة ككنايات الألفاظ .
وقد سبق في البيع ذكر الخلاف في انعقاد البيع ونحوه بالكنايات . وذكرنا
الآن أن الوصية أشد قبولاً للكنايات . فإذا كتب ، وقال : نويت الوصية لفلان ،
أو اعترف ورثته به بعد موته ، وجب أن يصح .

فرع

لو اعتقل لسانه ، صحت وصيته بالإشارة والكتابة .

فصل

وأما القبول ، فإن كانت الوصية لغير معين ، كالفقراء ، لزم الموت ، ولم يشترط

(١) روى البخاري ومسلم في « صحيحهما » عن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ما حق امرئ مسلم له شيء يريده أن يوصي فيه يبيت ليلتين
إلا ووصيته مكتوبة عنده » .

فيها القبول . وإن كانت لمعين ، فالمذهب اشتراط القبول ، ولا يصح قبول ولا رد في حياة الموصي ، فله الرد وإن قبِل في الحياة ، وبالعكس ، لأنه لاحق له قبل الموت ، فأشبه إسقاط الشفعة قبل البيع ، ولا يشترط الفور في القبول بعد الموت . قلت : هذا هو الصحيح الذي قطع به الجمهور . وفيه وجه : يشترط الفور . حكاه صاحب « المستظري » ، وليس بشيء . والله أعلم

فإن رد بعد الموت ، فله أحوال .

أحاديثها : أن يقع قبل القبول ، فترد الوصية ، ويستقر الملك للورثة في الموصى به . ولو أوصى بالمعين لواحد ، وبالمنفعة لآخر ، فرد الموصى له بالمنفعة ، فهل هي للورثة ، أم للموصى له بالمعين ؟ وجهان . أصحها : الأول . ولو أوصى بخدمة عبد لرجل سنة ، وقال : هو حر بعد سنة ، فرد الموصى له ، لم يعتق قبل السنة .

الثاني : أن يقع بعد القبول ، وقبِل الموصى له ، فلا يصح رده ، فإن راضى الورثة ، فهو ابتداء تمليك منه لهم .

الثالث : أن يقع بعد القبول ، وقبل القبض ، فلا يصح الرد على الأصح . ولو قال : رددت الوصية لفلان ، يعني أحد الورثة ، قال في « الأم » : إن قال : أردت لرضاء ، كان ردّاً على جميع الورثة . وإن قال : أردت تخصيصه بالرد عليه ، فهو هبة له خاصة . قال الأصحاب : هذا تفريع على تصحيح الرد بعد القبول ، [وإلا ، فما لا يملكه] لا يمكنه أن يملكه غيره . ثم لم يعتبر لفظ الهبة والتمليك . وقال القاضي أبو الطيب : لا بد منه ، وهو القياس . ولو مات ولم يبين ما أراد ، جعل ردّاً على جميع الورثة .

فرع

إذا لم يقبل الموصى له ، ولم يرد ، فللوارث مطالبته بأحد الأمرين . فان امتنع ، حكم عليه بآرد .

فرع

لو مات الموصى له قبل موت الموصي ، بطلت الوصية . وإن مات بعد موته ، قام وارثه مقامه في القبول والرد .

فصل

متى يملك الموصى له الموصى به ؟ فيه ثلاثة أقوال . أحدها : بالموت . والثاني : بالقبول . وعلى هذا ، هل الملك قبل القبول للوارث ، أم للميت ؟ وجهان . أصحابها : الأول . والثالث - وهو الأظهر - : أنه موقوف . فان قبل ، تبين أن ملك بالموت ، وإلا ، بان أنه كان للوارث . ولو أوصى باعتاق عبد معين بعد موته ، فالملك في العبد إلى أن يمتق للوارث بلا خلاف ، لأنه ليس تمليكاً . ويتفرع على الأقوال مسائل .

إحداها : كسب العبد ، وغرة الشجرة ، وسائر زوائد الموصى به ، إن حصلت قبل موت الموصي ، فهي له ، ولا تتناولها الوصية ، وإن حصلت بعده وبعد قبول الموصى له ، فهي للموصى له ، وإن حصلت بعد موته ، وقبل القبول ، فان قلنا : يملك بالموت ، فهي للموصى له ، قبيل الوصية أو ردّها . وفيما إذا ردها وجه : أن الزوائد ترتد

أيضاً . وإن قلنا : يملك بالقبول ، لم تكن الزوائد الموصى له ، قبيل الوصية أو ردها . وفيما إذا قبل وجه : أنها له ، لأن له حق التملك من حين الموت ، فهي حادثة في محل حقه . وإن قلنا بالوقف ، فهي موقوفة . فإن قبل ، فله ، وإلا ، فلا . وحيث قلنا : ترد الزوائد ، فإلى من ترد ؟ وجهان . أحدهما : إلى الموصي ، فتكون من جملة تركته يقضى منها دينه ، وتنفذ وصاياه كالأصل . وأصحابها : أنها للوارث ، لأنها حدثت بعد زوال ملك الموصي . وعلى هذا الخلاف ولد الجارية والبيمة الموصى بها ، ويتعلق بها تفصيل وأحوال نذكرها إن شاء الله تعالى على الأثر موضحة .

الثانية : فطرة العبد الموصى به ، إذا وقع وقت وجوبها بين القبول والموت على من تجب ؟ يخرج على هذه الأقوال . وقد ذكرناه في « زكاة الفطر » . والنفقة والمؤن المحتاج إليها بين القبول والموت ، حكمها حكم الفطرة . وقال في « الوسيط » : إنها على الموصى له إن قبيل على كل قول ، وعلى الوارث إن رد على كل قول ، والمعتمد ما نقلناه عن الأصحاب من طرد الخلاف . وإذا توقف الموصى له في القبول والرد ، أزم النفقة ، فإن أراد الخلاص ، رد .

الثالثة : إذا زوّج أمته حرّاً ، وأوصى له بها ، فإن رد الوصية ، استمر النكاح ، إلا إذا قلنا : يملك بالموت ، فيفسخ النكاح من يوم الموت وإن كان الملك ضعيفاً . وإن قبل ، انفسخ النكاح ، ويكون الانفساخ من يوم القبول إن قلنا : يملك بالقبول ، ومن يوم الموت على سبيل التبين إن قلنا بالتوقف . وإن كان زوجها وارثه ، ثم أوصى بها لغيره ، فإن قبيل الموصى له الوصية ، استمر النكاح ، إلا إذا قلنا : الملك يحصل بالقبول ، وإنه قبل القبول للوارث ، فانه يفسخ على الأصح . وقيل : لا ، لضعف الملك ، وإن رد ، انفسخ النكاح . وفي استناد الفسخ إلى حالة الموت لضعف الملك هذا الخلاف . هذا إذا خرجت الأمة من الثلث ، فإن لم تخرج

ولم يحجز الورثة ، انفسخ النكاح ، لدخول شيء مما يزيد على الثلث في ملك الزوج .
وإن أجازوا وقلنا : يملكه بالموت ، أو موقوف ، فهل ينفسخ ؟ إن قلنا : إجازتهم
تنفيذ لما فعله الموصي ، فلا . وإن قلنا : ابتداء عطية ، ف نعم .

الرابعة : أوصى بأتمته الحامل من زوجها لزوجها ، ولابن لها حر ، ومات ،
وخرجت كلها من الثلث ، وقبل الوصية وهما موسران ، نظر ، إن قبلا معاً ،
عتقت الأمة كلها على ابنها ، نصفها بالملك ، والباقي بالسراية ، وعليه للزوج نصف
قيمتها ، ويمتق الحمل عليها بالسوية . أما نصيب الزوج ، فلأنه ولده . وأما نصيب
الابن ، فلأن الأم عتقت عليه . والعتق يسري من الحامل إلى ما يملكه العتق من
حملها . ولا يقوّم نصيب واحد منها على الآخر ، لأن العتق عليها حصل دفعة واحدة ،
فأشبه ما إذا اشترى ابنان أباهما ، فانه يمتق عليها ولا تقويم ، وإن قبل أحدهما
قبّل الآخر ، فان قلنا : يحصل الملك بالموت ، أو قلنا : بالوقف ، فالجواب كذلك ،
لأن وقت الملك واحد وإن اختلف وقت القبول . وإن قلنا : يحصل بالقبول ،
فان تقدم قبول الابن ، عتقت الأمة والحمل عليه . أما الأم ، فبالملك والسراية ، وأما
الحمل ، فبسراية عتق الأم اليه ، وعليه للزوج نصف قيمتها . وإن تقدم قبول
الزوج ، عتق جميع الحمل عليه ، النصف بالملك ، والباقي بالسراية ، فيغرم نصف
قيمه يوم الولادة للابن ، ولا يمتق عليه من الأمة شيء . فاذا قبل الابن ، عتق عليه
جميعها بالملك والسراية ، وغرم للزوج نصف قيمتها .

قلت : ويحيى وجه : أن الأمة تمتق على الزوج تقريباً على قول الاستاذ
أبي إسحاق : إن عتق الجنين يسري إلى عتق الأم . والله أعلم

وأما إذا قبل الزوج وحده ، فيمتق عليه الحمل ، ونصفه بالملك ، ونصفه بالسراية ، فيغرم نصف قيمته لورثة الموصي ، ولا يسري العتق من الحمل إلى الأم ، لأن الحمل تبع لها ، وليست تبعاً له .

قلت : وفيه وجه أبي إسحاق . والله أعلم

وإن قبل الابن وحده ، عتقا عليه [جميعاً] ، وغرم نصف قيمتها لورثة الموصي . قلت : قد كرر الامام الرافعي نصف القيمة في هذه المسألة كما قاله غيره . والقياس : أنه يجب قيمة النصف ، وهي أقل ، لأنه إنما أئلف نصفاً . والله أعلم

الخامسة : أوصى لانسان بمن يمتق عليه ، [كأبيه وابنه] ، لم يجب عليه قبول الوصية ، كما لا يجب شرائه [إذا قدر عليه] ، بل له الرد على الصحيح . وقيل : يمنع الرد إن قلنا : يملك بالموت ، لأنه يمتق عليه ، وبه قطع المتولي تقريباً على هذا القول ، والجمهور على خلافه ، وأنه لا يمتق عليه قبل قبوله . ثم إن رد ، فذاك ، وإن قبل وقلنا : يملك بالقبول ، عتق عليه حينئذٍ . وإن قلنا : بالموت ، أو موقوف ، تبين أنه عتق عليه يوم الموت . ولو ملك ابن أخيه ، وأوصى به لأجنبي ، ووارثه أخوه ، فقبل الموصي له الوصية ، فهو للأجنبي إن قلنا : يملك بالموت أو موقوف . وإن قلنا : يملك بالقبول ، وأنه قبل القبول الوارث ، فمقتضاه العتق على الوارث يوم الموت ، لكن المنقول عن الأصحاب أنه لا يمتق عليه كي لا تبطل الوصية .

ولو أوصى لشخص بابنه ، ومات الموصي له بعد موت الموصي وقبل القبول ، فأوجه .

أحدها : أن الرد يمنع ، لعتقه عليه بالموت إذا قلنا : يملك به .

والثاني : ليس للوارث قبوله ، لما فيه من العتق على الميت بغير إذنه وإثبات

الولاء له . هذا إذا قلنا : إن العتق إذا حصل وقع على الميت ، وسنذكر الخلاف فيه إن شاء الله تعالى . وهذان الوجهان ضيقان جداً .

والثالث وهو الصحيح : أن الوارث يقوم مقامه في الرد والقبول ، لنيابته عنه في حقوقه . فإن قبل ، فهو كقبول الموصى له بنفسه إن قلنا : يملك بالموت ، أو موقوف . وإن قلنا : يملك بالقبول ، [نُنظر] ، فإن لم يكن بين الموصى به ، ووارث الموصى له قرابة تقتضي عتقه عليه ، بأن كان الوارث أخا الموصى له ، فهل نحكم بعتقه ؟ وجهان . أحدهما : لا ، وبه قطع ابن الصباغ وآخرون . وأصحها : نعم ، لأن الموصى إما أن أوجب الملك للموصى له فلا يثبت لغيره ، وإما اعتبرنا قبول وارثه نيابة ، وهذا كما لو نصب شبكة في حياته وتعلق بها صيد بعد موته ، فإنا نحكم بثبوت الملك له . وإن كان بين الموصى به ووارث الموصى له قرابة تقتضي العتق ، بأن كان الوارث أباً الموصى له ، حكم بعتق الموصى به قطعاً . ويعود الوجهان ، في أنه يعتق على الموصى له ، أم على وارثه ؟ وأن الولاء إن يثبت ؟ فإن قلنا : عن الموصى له ، قال الامام : يسند العتق إلى أطف زمان قبل موت الموصى له . وإذا لم نحكم بالعتق فيما إذا لم يكن بينها قرابة ، فهل تقضى منه ديون الموصى له ؟ وجهان . أصحها : نعم كديته ، فإنه تقضى منها ديونه وإن قلنا : إنها تثبت للورثة ابتداءً . هذا حكم العتق . وهل يرث الذي عتق من الموصى ؟ أما إذا قبل بنفسه ، فينظر ، إن قبل في صحته ، فنعم . وإن قبل في مرض موته ، فارثه مبني على أن عتقه إذا حصل الملك فيه لا بموضع ، بل بآثر ، أو هبة ، أو قبول وصية ، هل يعتبر من الثلث ، أم من رأس المال ؟ وفيه وجهان مذكوران في كتاب العتق . إن قلنا : من الثلث ، لم يرثه ، وإلا ، ورث ، وهو الأصح . وإن مات قبل القبول ، وقبل وارثه ، فإن حكمنا بالحرية عند القبول ،

لم يرث ، لرقه . وإن حكمتنا بها عند الموت ، فإن كان القابل ممن يحجبه الوصى به ، كالأخ ، لم يرث ، لأنه لو ورث لحجب الأخ وأخرجه عن كونه وارثاً ، ولبطل قبوله . وإن كان لا يحجبه ، كابن الأخ ، فالصحيح : أنه لا يرث أيضاً ، للدور في نصفه . وقيل : يرث . وقال الداركي : إن ثبت القبول للوصى له وهو مريض ، لم يرث ، لأن قبول ورثته كقبوله ، ولو قبل لكان وصية ، والارث لا يجامعها .

فرع

أوصى له بمن يمتق عليه ، فمات الوصى له عن ابنين ، فالقول في قبولهما تقريباً على الأقوال في وقت الملك كما سبق . والمذهب صحته ووقوع المتق عن الميت . وإن قبل أحدهما فقط ، صح القبول في النصف ، وعق على الميت . ثم قال ابن الحداد وآخرون : ينظر ، إن ورث القابل من الوصى له ما يفي بباقي قيمة الوصى به ، قوم عليه الباقي فيما ورثه ، وإلا ، فلا يقوم عليه ، ولا اعتبار بيسار القابل في نفسه ، ولا يثبت التقويم في نصيب الذي لم يقبل من التركة . أما عدم اعتبار يساره ، فلأن المتق وقع عن الميت ، فلا يكون التقويم على غيره . وأما عدم ثبوته في نصيب الذي لم يقبل ، فلأن سبب المتق القبول ، فالذي لم يقبل لم ينسب إليه . ولك أن تقول : وإن لم ينسب إليه ، فهو معترف بمتق نصيب القابل واقتضائه التقويم ، فالتقويم كدين يلحق التركة . وقال الشيخ أبو علي : يجب أن لا يقوم على الميت ، ويقصر المتق على القدر المقبول لمعنيين . أحدهما : أن الملك حصل للميت بغير اختياره ، بل بقبول الوارث ، فأشبه ما إذا ورث شقصاً من عبد عمتق عليه ، لا يقوم الباقي . والثاني : أن المتق يحصل بعد موته ، ولا مال له حينئذٍ ، فأشبه ما إذا أعتق شقصاً بعد الموت ، لا يقوم الباقي . قال : ورأيت

هذا لبعض الأصحاب ، وللأولين أن يقولوا : إننا حكمنا بالمتق على الميت لجلنا الوارث نائباً عنه ، فكيف ينتفي اختياره مع النيابة ؟! لكنها حكيان . وأما الثاني : فلا يسلم أن المتق يحصل بعد الموت ، بل يستند إلى قبيل الموت كما سبق . ثم ولاء ما عتق منه ، للميت . وهل يشترك فيه الابن ، أم ينفرد به القابل ؟ وجهان . ولو أوصى لانسان يبعث من يعتق عليه ، ومات الموصى له ، وقبل وارثه ، فالقول في عتقه على الميت وتقويم الباقي عليه على ما ذكرناه في هذه المسألة .

السادسة : أوصى بأمة لابنها من غيره ، فإن خرجت من الثلث ، وقبل الابن الوصية ، عتقت عليه . وإن ردّ ، بقيت للوارث . وإن لم تخرج ، فالجواب في قدر الثلث كذلك . وأما الزائد ، فإن أعتقه الوارث وهو موسر ، عتق عليه . ثم إن لم يقبل ابنها الوصية ، فقد تبين أن جميعها للوارث ، فيسري المتق من البعض الذي أعتقه إلى الباقي . وإن قبل ، عتق عليه ما قبل . قال ابن الحداد : ولا يقوّم نصيبه على الوارث ، لأننا تبيننا بالقبول حصول ملكه بالموت وتقدمه على إعتاق الوارث الزيادة ، ولا يقوّم نصيب الوارث عليه ، لأنه أعتق نصيبه قبل قبوله . قال الشيخ أبو علي : الصواب عند الأصحاب أن يقال : إن قلنا : يملك بالموت ابتداءً ، وتبيناً ، قوّم نصيب الوارث عليه . وإن قلنا : يملك بالقبول ، عتق الكل على الوارث ، لأنه يسري من نصيبه إلى قدر الثلث . والقبول بدمه كاعتاق الشريك الثاني بعد إعتاق الأول وهو موسر . هذا إذا حكمنا بحصول السراية بنفس الاعتاق . فإن قلنا : لا تحصل إلا بأداء القيمة ، فقبوله كاعتاق الشريك الثاني نصيبه قبل أخذ القيمة . وفيه وجهان . أحدهما : ينفذ ، لأنه ملكه . وأصحها : لا ، لأن الأول استحق تقويمه عليه . فعلى هذا ، له قيمة نصيبه على الوارث . فلو كانت المسألة بحالها ، ووارث الموصي ابن له من هذه الأمة بنكاح ، فإن رد الموصى له ، عتقت على الابن الذي

هو وارث السيد . وإن قبلها ، فظهر ، إن خرجت من الثلث ، عتقت على الموصى له . وإن لم تخرج ، فالزائد منها على الثلث . أطلق ابن الحداد : أنه يعتق في الحال على الوارث ، وفصل الشارحون ، فقالوا : إن لم يحز الوارث الزيادة على الثلث ، فالجواب كذلك ، وإن أجاز ، فمقه مبني على أن الاجازة ابتداء عطية ، أم تنفيذ ؟ إن قلنا بالأول ، فقد حكنا للوارث بالملك قبل أن يعطى ، فيعتق عليه . وإن قلنا : تنفيذ ، لم يعتق ، لأننا على هذا القول لانجمل الزائد للوارث ، بل تقفه على الرد والاجازة . فاذا أجاز ، تبين أنه لم يملكه . وأما قدر الثلث ، فانه يعتق على الموصى له ، ولا يقوم نصيب أحدهما على الآخر .

السابعة : أوصى بمبدل شخصين ، أحدهما قريبه الذي يعتق عليه . فان قبلأ مآ ، عتق جميعه على القريب إن كان موسراً ، النصف بالملك ، والنصف بالسراية ، وبغرم للأجنبي نصف قيمته . وإن قبل القريب أولاً ، فكذلك حكم العتق ، ويكون غرم النصف للأجنبي إن قبل بعد ذلك ، ولوارث الموصى إن لم يقبل . وإن قبل الأجنبي أولاً ، ملك نصيبه ، [ويبقى نصيب القريب موقوفاً إلى أن يقبل أو يرد ، فان أعتق الأجنبي نصيبه قبل قبول القريب ، ثم قبل ، فان قلنا : يملك بالقبول ، قوم نصيبه على الأجنبي ، وكان كما لو أعتق الشريك نصيبه وهو موسر ثم أعتق الثاني نصيبه] ، وإن قلنا : يملك بالموت ، تبين أن عتق الأجنبي غير نافذ ، وأنه عتق جميعه على الوارث ، وعليه نصف القيمة للأجنبي .

الثامنة : أوصى بحارية فولدت ، فلها أحوال .

أحدها : أن تلد قبل موت الموصي ، فينظر ، إن انقضى أقل مدة الحمل من يوم الوصية ، وهو ستة أشهر ، ثم ولدت ، لم يدخل الولد في الوصية ، لانه يحتمل حدوثه بعد الوصية . والأصل عدم الحمل يومئذ ، فلا يجعل للموصى له بالشك .

وإن لم ينقض أقل مدة الحمل ، علمنا وجوده يوم الوصية ، فيبنى على الخلاف في أن الحمل [هل] يعرف ويمطى حكماً قبل الانفصال ، أم لا ؟ إن قلنا بالثاني ، فالولد غير داخل في الوصية ، بل هو زيادة حدثت في ملك الموصي ، فيكون لورثته . وإن قلنا بالأول ، فهو كما لو أوصى بالجارية وولدها بعد الانفصال ، فينظر ، أقبليها الموصى له ؟ أم يرد لها ؟ أم يقبل أحدهما دون الآخر ؟ وفي هذا زيادة بحيث نذكره في أول الباب الثاني إن شاء الله تعالى . فإن كان الموصى له زوج الجارية ، وقبل الوصية في الولد ، عتق [كله] عليه بالملك ، وله ولاؤه ، ولاتصير الجارية أم ولد له ، لأنها علفت منه برقيق .

الحال الثاني : أن تلد بعد موت الموصي ، وقبل قبول الموصى له ، فهذا ثلاثة أقسام .

[القسم الأول : ولدت بعد مضي أقل مدة الحمل من يوم الموت ، فالولد غير موصى به ، لاحتمال حدوثه بعد الموت . ثم إن كان الموصى له زوج الجارية ، بني حكم الولد على أن الوصية متى تملك ؟ إن قلنا بالقبول ، وأنها قبل القبول لورثة الموصي ، فالولد لهم ، لا إرثاً من الميت ، بل لحدوثه في ملكهم . وإن قلنا : تملك بالموت ، أو موقوف ، فقبل ، فالعلق في ملكه ، فينمق الولد حرّاً لا ولاؤه عليه ، والجارية أم ولد له .

[القسم الثاني : ولدت قبل أقل مدة الحمل من يوم الموت ، وبعدها من يوم الوصية ، فيجمل كأنه حدث بعد الوصية . فإن قلنا : الحمل يعرف ، فالولد زيادة حدثت في ملك الموصي ، فهو له ، ولورثته بعده . وإن قلنا : لا يعرف ، ولا يمتطى حكماً ، بني على أن الوصية متى تملك ؟ إن قلنا بالقبول وأنها الورثة قبل القبول ، فالولد لهم ، حدوثه في ملكهم . وإن قلنا : بالموت ، أو موقوف ، وكان الموصى له

زوج الجارية ، وقبل ، عتق الولد عليه بالملك ، وله عليه الولاء ، ولاتصير الجارية أم ولده .
[القسم] الثالث : أن تلد قبل مضي أقل مدة الحمل من يومي الموت والوصية جميعاً . فإن قلنا : الحمل يعرف ، فكأنه أوصى بالجارية والحمل جميعاً ، وإلا ، فعلى الخلاف في أن الوصية متى تملك ؟ على ما ذكرناه في القسم الثاني .

الحال الثالث : [أن] تلد بعد الموت والقبول ، وله صور .
أحدها : تلد بعد مضي أقل مدة الحمل من وقت القبول ، فالولد للموصى له .
فلو كان زوج الجارية ، انعقد الولد حرّاً ، وصارت أم ولد له .
الثانية : تلد قبل مضي هذه المدة من وقت القبول ، وبمدها من وقت الموت .
فإن قلنا : الوصية تملك بالموت ، أو موقوف ، فقبل ، فحكمه حكم الصورة الأولى .
وإن قلنا : تملك بالقبول ، وأنها قبل القبول للورثة . فإن قلنا : الحمل يعرف ، فهو زيادة للورثة ، وإلا ، فللموصى له ، وإذا كان الموصى له زوج الجارية ، عتق الولد عليه ، وثبت له الولاء عليه ، ولاتصير أم ولد .

الثالثة : تلد قبل مضي هذه المدة من وقت القبول والموت جميعاً ، وبمدها من يوم الوصية . فإن قلنا : الحمل يعرف ، فالولد غير داخل في الوصية . وإن قلنا : لا ، واعتبرنا حالة الانفصال ، فالانفصال حصل في ملك الموصى له ، فيكون الولد له ، ويسبق عليه إن كان زوجها ، ولا استيلاد .

الرابعة : تلد قبل مضيها من يوم الوصية أيضاً . فإن قلنا : الحمل يعرف ، فهو داخل في الوصية ، وإلا ، فهو حاصل في ملك الموصى له ، فيكون له ، فإن كان زوجها ، عتق عليه بالملك ، ولا استيلاد .

فرع

تتاج باقي الحيوان يقاس بما ذكرناه في الجارية ، ويرجع في مدة حملها إلى أهل الخبرة ، فانها تختلف .

فرع

قال أبو الفرج الزاز : حيث حكمنا بمصير الجارية أم ولد ، هل تعتبر حقيقة الإصابة من يوم الملك ، أم يكفي إمكان الإصابة ؟ وجهان . والثاني هو مقتضى كلام الجمهور . قال : وحيث بقيت الولد على ملك الوارث ، فالمعتبر من الثلث قيمة الجارية وحدها . وإذا لم نبقه ، فالمعتبر من الثلث ما كان يوم موت الموصي موجوداً . فإن كانت حائلاً ، اعتبر قيمتها وحدها . وإن كانت حاملاً ، فقيمتها مع قيمة الحمل ، وحيثئذٍ ، فالنظر إلى قيمتها حاملاً يوم موت الموصي عند جماهير الأصحاب . وقال ابن سريج : تعتبر قيمتها يومئذٍ لو كانت حائلاً ، وتعتبر قيمة الحمل في أول حال الانفصال . وإذا قومتها فخرجنا من الثلث ، فذاك ، وإلا ، فلا يفرع ، بل تنفذ الوصية في القدر الذي يحتمله الثلث منها على نسبة واحدة .

فرع

قلل المزني في المختصر : أنه لو أوصى بأمة لزوجها ، فلم يعلم حتى وضعت له بعد موت سيدها أولاداً . فإن قبل ، عتقوا ولم تكن أهم أم ولد حتى تلد منه بعد قبوله بستة أشهر . وفيه إشكال من وجهين .

أحدهما : [أنه] لم اعتبر عدم الحمل بالوصية؟ وهل يفترق الحال بين العلم وعدمه؟
والثاني : أنه حكم بحرية الأولاد ، وأنها لاتصير أم ولد . فان فرع على حصول
الملك بالموت ، أو على الوقف ، فلم اعتبر مضي الأشهر في مصيرها أم ولد ؟ وإن فرع
على الملك بالقبول ، فلم حكم بحرية الأولاد في الحال ؟! أما الأول ، فمن الحضري
ما يقتضي الفرق بين العلم وعدمه ، واحتج بأن الشافعي رضي الله عنه قال : لو وطئ
أمة غيره يظن أنها زوجته الحرة ، فالولد حر ، ولو ظنها زوجته الرقيقة ، فالولد
رقيق . والصحيح : أنه لا فرق في ثبوت أميئة الولد في أميئة بين علمه وعدمه ،
حتى لو وطئ أمته يظنها أمة غيره ، أو حرة فأحبلها ، ثبتت أمية الولد .
فاذاً قوله : « ولم يعلم » ليس بقيد ، بل خرج على الغالب ، فان الغالب أن الوصية
لا تبقى مدة طويلة ، لا مقبولة ، ولا مردودة ، إلا إذا لم يعلم الموصى له ، لغيبته
أو نحوها .

وأما الثاني : فقيل : هو تخليط من الزني . فقوله : « عتقوا » ، تفريع على حصول
الملك بالموت . وقوله : « ولاتصير أم ولد » ، تفريع على حصوله [بالقبول] . وقال
الأكثرون : بل هو تفريع على قول الوقف . وأراد بالقبول ، في قوله : « بعد قبوله »
الموت ، فسماه قبولا ، لأنه وقت القبول . وقال بعضهم : لفظ الشافعي « الموت »
لكن الزني سها فيه . ولو كانت الجارية الموصى بها زوجة الموصى له ، ومات
الموصى له قبل القبول والرد ، فقد سبق أن ورثته يقومون مقامه في الرد والقبول ،
فان قبلوا ، فبلى الخلاف في أن الملك متى يحصل ؟ إن قلنا : بالموت ، أو موقوف ،
فقبولهم كقبول الموصى له في عتق الأولاد بالملك ، وفي انمقادم على الحرية
ومصير الجارية أم ولد وفي بقائهم ممالك لورثة الموصي ، على اختلاف الأحوال
السابقة بلا فرق ، إلا أنهم إذا عتقوا بقبول الموصى له ، ورثوه . وإذا عتقوا
بقبول الورثة ، لم يرثوا كما سبق . وإن قلنا : يملك بالقبول . فان كان بين

الوارث والأولاد قرابة تقتضي المتق ، بأن كان وارث الموصى له أباه ، عتقوا عليه ، وإلا ، ففيه الوجهان السابقان ، وإذا لم يحصل المتق ، فهل تقتضى ديون الموصى له منها ؟ أم تسلم للورثة ؟ فيه الوجهان السابقان أيضاً ، وبالله التوفيق .

الباب الثاني

في أحكام الوصية الصحيحة

إذا جمعت الوصية شروط صحتها ، صحت ، ثم ينظر في أحكامها ، وهي ثلاثة أقسام : لفظية ، ومعنوية ، وحسائية .

[القسم الأول : اللفظية ، وفيه طرفان .

[الطرف الأول : في اللفظ المستعمل في الموصى به ، وفيه مسائل .

[المسألة الأولى : إذا أوصى بجارية حامل ، وامتننى حملها لنفسه ، صح ،

بخلاف البيع . وكذلك تصح الوصية بالحل وحده ، بشرطه التقدم ، بخلاف بيعه .

ولو أوصى بالحل لرجل ، وبالألم لآخر ، صحت الوصيتان . ولو أطلق الوصية بالجارية ،

ففي دخول الحل فيها وجهان ، أصحها على ما دل عليه كلام الأصحاب :

الدخول ، كالبيع ، ولا يبعد الفتوى ، بخلاف البيع ، لأن الحل لا ينفرد بالبيع ، فجعل

تبعاً ، وبفرد بالوصية ، فلا يتبع ، ولأن الأصل تنزيل الوصية على المتيقن ، ولأنها

عقد ضيف ، فلا يستتبع . فان قلنا بدخوله ، لم تقطع الوصية بانفصال الحل ،

بل يبقى موصى به ، والانفصال زيادة حدثت فيه . ولو أوصى له بالحل والجارية معاً ،

صح فيها قطعاً كما لو أوصى بهما لرجلين .

[المسألة الثانية : الطبل أنواع سبق بيانها . وذكرنا أن طبل اللهو

إن صلح لمنفعة مباحة ، إما على هيئته ، وإما بعد التنوير الذي لا يبطل اسم الطبل ،

صحت الوصية به ، وإلا ، فلا . إذا عرفت هذا ، فإن أطلق وقال : أعطوه طبلاً من مالي ، ولم يكن له طبل يحل الانتفاع به ، اشترى ودفع إليه . وإن قال : طبلاً من طبولي ، فإن كان له طبل يحل الانتفاع [به] ، كطبل الحرب ، وكان له أيضاً طبل لمو لانصح الوصية به ، صحت [الوصية] ونزل على طبل الحرب ونحوه . وإن لم يكن له إلا طبول لانصح الوصية بها ، فالوصية باطلة . وإذا صحت الوصية بالطبل ، دفع إلى الموصى له منه الجلد الذي عليه إن كان لا يقع عليه اسم الطبل دون الجلد .

فرع

تجوز الوصية بالدف ، فإن كان عليه جلاجل ، وحرثناها ، نزعت ، ولم تدفع إليه إلا أن ينص عليها .

[المسألة] الثالثة : اسم المود يقع على عود اللهو الذي يضرب به ، وعلى واحد الأخشاب التي تستعمل في البناء والتي تصلح للسقي والمعي . والوصية بمود اللهو كهي بطبل اللهو ، فينظر ، هل يصلح على هيئته لمنفعة مباحة أو بعد التغير الذي لا يبطل اسم المود ، أم لا يصلح ؟ وإذا صحت الوصية به لم يدفع الوتر والمضرب ، لأنه يسمى عوداً دونها . وإذا قال : أعطوه عوداً من عيداني ، نظر ، إن لم يكن [له] إلا عيدان القسي والبناء ، أعطي واحداً منها . وكذا لو كان معها عيدان اللهو الصالحة لمنفعة مباحة ، أعطاه الوارث ما شاء من الجميع . ولو كان له عيدان لمو غير صالحة لبساح ، وعيدان قسي وبناء ، فوجهان . أحدهما : تنزل الوصية على عيدان القسي والبناء كمثله في الطبل ، وكما لو لم يكن له إلا عيدان القسي والبناء ، فيعطى واحداً منها . وأصحها وهو المنصوص : أن الوصية باطلة ، تنزيلاً على عيدان اللهو ، لأن اسم المود عند الإطلاق لهذا الذي يضرب ، واستعماله

في غيره مرجوح ، والطبل يقع على الجميع وقوعاً واحداً . وللقائل الأول أن
ينع ظهور اسم المود فيما يضرب به ، ويقول : هو مشترك بينه وبين الذي ينبخر به
وفي واحد الأخشاب بحسب الحاجة ، ولا ترجيح .

فرع

أوصى بمود ، ولاعود له ، فتمتنى تنزيل مطلق المود على عود اللهو
إبطال الوصية ، وأن يشتري له عود لهو يصلح لمباح ، وأطلق المتولي أنه يشتري
ما لو كان موجوداً في ماله أمكن تنفيذ الوصية بالمود به . ولو أوصى بمود
من عيدانه ، وليس له إلا عود لهو ، وعود بناء ، وعود قسي . فإن حملنا لفظ
العيدان على هذه الآحاد ، فقد حملنا اللفظ المشترك على معانيه مما ، وفيه خلاف
لأهل الأصول . فإن منع ، فهذه الصورة ، كما لو أوصى بمود من عيدانه وليس له
إلا عود لهو ، أو لاعود له .

قلت : مذهب الشافعي رحمه الله حمل اللفظ المشترك على معانيه ، وواقفه عليه
جماعة من أهل الأصول . والله أعلم

فرع

الوصية بالزمارة كالوصية بمود اللهو . وإذا صحت ، لم يلزم تسليم الجميع ،
وهو الذي يحمل بين شفتيه ، لأن الاسم لا يتوقف عليه .

[المسألة] الرابعة : اسم القوس يطلق على المرية ، وهي التي يرمى بها النبل ،

وهي السهام العربية . وعلى الفارسية ، وهي التي يرمى بها الشباب . وعلى القسي التي لها مجرى تفقد فيه السهام الصغار ، ويسمى : الحسبان . وعلى الجلاهيق ، وهو ما يرمى به البندق . وعلى قول : الندف . والسابق إلى الفهم من لفظ القوس أحد الأنواع الثلاثة الأول . فاذا قال : أعطوه قوساً ، حمل على أحدهما ، دون الجلاهيق وقوس الندف . ولو قال : أعطوه ما يسمى قوساً ، ففي « التتمة » أن للوارث أن يعطيه ماشاء من الأنواع الثلاثة وغيرها . ويشبه أن يكون كما لو قال : أعطوه قوساً ، إلا أن يقول : ما يسمى قوساً غالباً أو نادراً وما أشبهه .

قلت : الذي قاله في « التتمة » هو الصواب . والله أعلم

ولو قال : أعطوه قوساً من قسي ، وله قسي من كل نوع ، أعطي ما يرمى به النبل أو الشباب أو الحسبان ، دون البندق والجلاهيق ، وكذا لو كان له شيء من الأنواع الثلاثة . فلو لم يكن له إلا قوس ندف ، أو جلاهيق ، حمل عليه ، للتقييد بالإضافة ، ولو كان له قوس ندف وجلاهيق ، أعطي الجلاهيق ، لأن الاسم إليه أسبق . وهذا كله عند الإطلاق . فلو قال : أعطوه قوساً يقاتل بها ، أو يرمى الطير ، أو يندف بها ، فقد أبان الفرض .

فرع

لا يدخل الوتر في الوصية بالقوس على الأصح ، لخروجه عن اسم القوس . وكما لا يدخل السرج في الوصية بالدابة . ويشبهه أن يجري الوجهان في بيع القوس . وأما الريش ، والنصل ، فيدخلان في السهم لثبوتها .

[المسألة] الخامسة : اسم الشاة يقع على صغيرة الجنة ، وكبيرتها ، والسليمة ،

والعمية ، والصحيحة ، والمربضة ، والضائنة ، والماعزة . وهل يدخل الذكر فيها؟ قال الشافعي رضي الله عنه في « الأم » : لا يدخل ، وإنما هو للأنثى بالعرف . ومن الأصحاب من قال : يدخل ، لأنه اسم جنس كالإنسان ، وليست الناء فيه للأنثى ، بل للواحد . قال الحنطاطي : وبهذا قال أكثر الأصحاب ، ويؤيده أنه لو أخرج عن خمس من الأبل في الزكاة ذكراً ، أجزأه على الأصح . وفي السخلة ، والمنق وجهان . أصحابها : لا يقع عليها اسم الشاة . والثاني : يقع . فإذا عرف هذا ، فلو قال : أعطوه شاة من شيامي ، أو من غنمي ، فإن لم يكن له غنم ، فالوصية باطلة وإن كان أعطى واحدة منها سليمة ، أو معيبة من الضأن ، أو المعز ، وإذا كانت كلها ذكوراً ، أعطى ذكراً . وإن كانت كلها إناثاً ، أعطى أنثى . وإن كانت ذكوراً وإناثاً ، جاز أن يعطي أنثى . وفي جواز الذكر الخلف المذكور في تناول الشاة الذكر . ولو قال : أعطوه شاة من مالي ، أعطى واحدة يتناولها الاسم . فإن ملك غنماً ، فلوارث أن يعطي على غير صفة غنمه . فإن لم يكن غنماً ، اشترى له شاة ، بخلاف ما إذا قال : من غنمي ، ولا غنم له . ولو قال : اشترؤا له شاة ، حكى البغوي : أنه لا يجوز أن يشتري معيبة ، لأن إطلاق الأمر بالشراء يقتضي التسليم كما في التوكيل بالشراء ، وأبدى فيها حكاه احتمالاً ، ولو قال : كبشاً أو تيساً ، أو شاة لينزبها عن غنمه ، فالوصية بالذكر . ولو قال : نجعة ، أو شاة يحلبها ، أو ينتفع بدها ونسلها ، فهي بالأنثى .

قلت : لم يفسح الامام الرافعي بالغرض في هذه المسألة . فإن قال نجعة : فهي للأنثى من الضأن بلا خلاف عند الفقهاء وأهل اللغة . وقد أوضحت هذا في « تهذيب الأسماء واللغات » . وإن قال : شاة يحلبها ، أو ينتفع بدها ونسلها ، فهي

للأنثى من الضأن ، أو المعز . والله أعلم

فرع

الظباء قد يقال لها : شياه البر ، والثور الوحشي قد يسمى شاة في اللغة ، لكن مطلق الوصية بالشاة لا يطلق عليها . لكن لو قال : أعطوه شاة من شياهي ، وليس له إلا ظباء ، ففيه وجهان حكاهما في « المتعمد » .

قلت : ينبغي أن يكون الأصح تنزيل الوصية على واحد منها . والله أعلم

[المسألة السادسة : البعير ، والجل ، والناقة ، أسماء تشتمل السليم ، والمعيب ، والبخاتي ، والعراب . ولا يتناول الجل الناقة ، ولا الناقة الجل . وفي تناول البعير الناقة مثل الخلاف المذكور في تناول الشاة الذكر ، والحكاية عن النص المنع ، وتنزيل البعير منزلة الجل . والأصح عند الأصحاب التناول ، لانه اسم جنس عند أهل اللغة . وسمع من العرب : حلب فلان بعيره ، وصرعتي بعيري . وربما أفهمك كلام الاصحاب توسطاً بينها ، وهو تنزيل النص على ما إذا عم العرف باستعمال البعير بمعنى الجل ، والعمل بمقتضى اللغة إذا لم يعم .

فرع

اسم الثور الذكر . وفي البقرة وجهان . أصحابها : اختصاصها بالانثى . والثاني : يتناول الذكر ، والهاء للواحد ، كقولنا : ثمرة ، وكذا الخلاف في اسم البغلة .

فرع

قال : أعطوه عشراً من الابل ، أو الفم ، جاز الذكر والانثى . ولو قال :

عشر أبنق ، أو بقرات ، لم يمسط إلا الاناث . ولا فرق بعد التصريح بالأبنق والبقرات بين أن يقول : عشرأ وعشرة . وهذا تفريع على الأصح ، وهو أن البقرة للأنتى . ولو قال : أعطوه عشرأ من الابل ، أو عشرة ، جاز الذكر والأنتى ، لتناول الابل النوعين ، وفي وجه حكاه السرخسي : إن قال : عشرة ، فللذكور ، وعشر ، للاناث . ولو قال : أعطوه رأساً من الابل ، أو البقر ، أو النعم ، جاز الذكر والأنتى .

فرع

أوصى بكلب ، أو حمار ، قال الغزالي وغيره : لا يدخل فيه الأنتى ، لأنهم ميّزوا ، فقالوا : كلب وكلبة ، وحمار وحمارة . ويشبه أن يقال : إنها للجنس ، لأن التمييز ليس مستمراً في اللغة ، وبتقدير استمراره ، فلا شك في استمرار العرف بخلافه . وقد قال بعض الأصحاب لهذا : يتبع العرف . قلت : الصواب ما قاله الغزالي وغيره . والله أعلم

فرع

قياس تكيل البقر بالجواميس في نصب الزكاة ، دخول الجواميس في البقر ، وكونها نوعي جنس واحد . وقال في « المتمد » : لا تدخل في البقر ، إلا اذا قال : من بقري وليس له إلا الجواميس ، فوجهاً كما ذكر في الظاء .

[المسألة] السابعة : الدابة في اللغة : اسم لما يدب على الارض ، ثم اشتهر استعماله فيما يركب من البهائم . والوصية تنزل على هذا الثاني . فاذا قال : أعطوه دابة ، تناول الخيل ، والبغال ، والحمير . هذا نص الشافعي رضي الله عنه . فقال ابن سريج رحمه الله : هذا ذكره الشافعي رحمه الله على عادة أهل مصر في ركوبها جميعاً واستعمال لفظ الدابة فيها . فأما سائر البلاد ، فحيث لا يستعمل اللفظ إلا في الفرس ، لا يعطى إلا الفرس . وقال أبو إسحاق وابن أبي هريرة وغيرهما : الحكم في جميع البلاد كما نص عليه الشافعي رحمه الله ، وهذا أصح عند الأصحاب . فعلى هذا ، لو قال : دابة من دوابي ، وله جنسان من الثلاثة ، تخيير الوارث . فان لم يكن له إلا جنس ، تعيّن . وإن لم يكن [له] شيء منها ، فالوصية باطلة . ويدخل في لفظ الدابة ، الذكر والأنثى ، والصغير والكبير ، والسليم والمعيب . هذا كله إذا أطلق . فلو قال : دابة للكر والفر ، أو للقتال ، حمل على الفرس . ولو قال : لينتفع بدرها وظهرها ، فكذلك . ولو قال : بظهرها ونسلها ، حمل على الفرس ، والجل ، والحجارة (١) . ولو قال : للحمل ، حمل على البغال والحمير ، إلا أن يكون في بلد جرت عادتهم بالجل على البراذين ، فيدخل الجميع . قال المتولي : بل لو كان عرف بلدهم الجل على الجمال والبقر ، جاز أن يعطى جملاً ، أو بقرة . وهذا الذي قاله ضيف ، لأننا إذا حملنا الدابة على الأجناس الثلاثة لا يصح الحمل على غيرها لقيد أو صفة .

قلت : قول المتولي قوي . والله أعلم

[المسألة] الثامنة : اسم الرقيق بالوضع يتناول الصغير والكبير ، والسليم والمعيب ، والمسلم والكافر ، والذكر والأنثى والخنثى .

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : والحمار .

فرع

إذا قال : أعطوه رأساً من رقيقي ، أو أوصيت له برأس من رقيقي ، فإن لم يكن له رقيق يوم الوصية ، ولا حدث بعد ذلك ، فالوصية باطلة . وكذا لو قال : أعطوه عبدي الحبشي ، أو العبد الذي صفته كذا ، ولا عبد له بتلك الصفة يوم الوصية ، ولا حدث ، فهي باطلة . فلو حدث له أرقاء بعد الوصية ، ففيه الوجهان السابقان في أن الاعتبار بيوم الوصية ، أم بيوم الموت ؟ وعليها يخرج ما إذا كان له أرقاء يوم الوصية وحدث آخرون بعده ، وهل للوارث أن يملكه رقيقاً من الحادين ، أم يتعين الأولون ؟ ولو لم يملك إلا رقيقاً واحداً وقال : أعطوه رأساً من رقيقي ، فهل تصح الوصية ويدفع إليه ذلك الواحد ، أم تبطل ؟ وجهان . أصحهما : الأول . وإن كان له أرقاء ، أعطاه الوارث منهم من شاء ، ويجوز الخنثى على الأصح ، لشمول الاسم . وقيل : لا ، لانصراف اللفظ إلى الممهود . ولا يجوز أن يعطى من غير أرقائه ولو تراضيا ، لأن حقه غير متعين ، والمصالحة عن المجهول باطلة .

فرع

له أرقاء أوصى بأحدهم ، فماتوا ، أو قتلوا قبل موت الموصي ، بطلت الوصية . وإن بقي واحد ، تعين . وكذا لو اعتقهم إلا واحداً . وليس للوارث أن يمسك الذي بقي ويدفع إليه قيمة مقتول . وإن قتلوا بعد موته وبعد قبول الموصي له ، انتقل حقه إلى القيمة ، فيصرف الوارث من شاء منهم إليه . وإن قتلوا بعد موته وقبل القبول ، فكذلك إن قلنا : تملك الوصية بالموت ، أو موقوفة . وإن قلنا : تملك بالقبول ، بطلت الوصية . وإن مات واحد منهم ، أو قتل بعد موت الموصي

وقبول الوصى له ، فالوارث التمين فيه ، حتى يجب التجهيز على الوصى له في صورة الموت ، وتكون القيمة له في صورة القتل . وإن كان ذلك بعد موت الوصى وقبل القبول ، فكذلك إن قلنا : تملك الوصية بالموت ، أو موقوفة . وإن قلنا : تملك بالقبول ، فيعطى واحداً من الباقيين ، كما لو كان ذلك قبل موت الوصى .

فرع

أوصى برقيق من ماله ، ولم يضيف إلى أرقائه ، فإن لم يكن له رقيق ، اشترى من ماله . وإن كان ، فالوارث يعطيه واحداً منهم ، أو يشتري له كما يشاء . وإن قال : اشترؤا له [مملوكاً ، فكما ذكرنا في قوله : اشترؤا له] شاء . ولو قال : أعطوه رقيقاً ، ولم يقل : من مالي ، قال البموي : لا يكون وصية . وحكى التولي وجهين . أحدهما : هذا ، والثاني - قال : وهو المذهب - : تصحيح الوصية ، وجعلها ، كقوله : من مالي ، لأنه المراد ظاهراً .

فرع

قال : أعطوه عبداً ، لم يعط أمة ، ولا خنثى مشكلاً . ولو قال : أمة ، لم يعط عبداً ، ولا خنثى مشكلاً . وفي « الواضح » الوجهان السابقان . ولو قال : رقيقاً يقاتل ، أو يخدمه في السفر ، تميّن المبد . ولو قال : رقيقاً يستمتع به ، أو يحضن ولده ، تميّن الأمة . ولو قال : رقيقاً يخدمه ، فهو كما لو أطلق .

فرع

[لو] أوصى باعتاق عبد، أعتق مايقع عليه الاسم على الاصح . وقيل : يتعين مايجزىء في الكفارة ، لأنه المعروف في الاعتاق ، بخلاف : أعطوه عبداً ، فلا عرف فيه .

فرع

قال : اشتروا بثلاثي عبداً واعتقوه عني ، فامثل الوارث ، ثم ظهر عليه دين مستغرق ، قال الأصحاب : إن اشتراه في الذمة ، وقع عنه ولزمه الثمن ، ويكون العتق عن الميت ، لأنه أعتق عنه . وإن اشتراه بعين التركة ، بطل الشراء والعتق . كذا ذكروه بلا خلاف . وقد سبق في تصرف الورثة في التركة مع قيام الدين تفصيل ، وذكرنا على تقدير البطلان خلافاً في أنه إذا تصرف ثم ظهر دين ، هل يتبين البطلان ، أم لا ؟ وهذا ينبغي أن يكون على ذلك الخلاف .

فرع

قال : اعتقوا عني رقاباً ، أو قال : اشتروا بثلاث مالي رقاباً واعتقوهم ، فأقل عدد يقع عليه اسم الرقاب ثلاثة . فإن تيسر شراء ثلاث فصاعداً بثلاثة ، فصل . قال الشافعي رحمه الله : الاستكثار مع الاسترخاس أولى من الاستقلال مع الاستفلاء ، ومعناه : أن إعتاق خمس رقاب قليلة القيمة أفضل من إعتاق أربعة كثيرة القيمة . ولا يجوز صرف الثلث والحالة هذه إلى رقبتين . فإن صرفه إليهما ،

قال الشيخ أبو الفرج الزاز : يضمن الوصي الرقبة الثالثة . وهل يضمن ثلث ما نفذت فيه الوصية ، أم أقل ما يجد به رقبة ؟ فيه الخلاف ، كمن دفع نصيب أحد أصناف الزكاة إلى اثنين . أما إذا لم يتيسر [شراء] ثلاث رقاب بالثلث ، فينظر ، إن لم يوجد به إلا رقتان ، اشتريتهما وأعتقتهما . وإن وجدنا رقتين ، وفضل شيء ، فهل يشتري بالفاضل شقصاً ؟ وجهان . أحدهما : نعم واختاره الفزالي . وأصحابها عند جماهير الأصحاب وهو ظاهر النص : المنع ، لأن الشقص ليس برقبة ، فصار كقوله : اشترؤا بثلاثي رقبة ، فلم يجد رقبة ، لا يشتري شقصاً قطعاً . فعلى هذا ، يشتري رقتين نفيستين يستغرق ثمنها الثلث . فإن فضل عن أنفس رقتين وجدناهما ، بطلت الوصية في الفاضل ، ورُدَّ على الورثة . وإذا قلنا : يشتري شقصاً ، فذاك إذا وجد شقص يشتري بالفاضل وزاد على ثمن أنفس رقتين شيء . فأما إذا لم يمكن شراء شقص بالفاضل ، إما لقلته ، وإما لعدم الشقص ، فيشتري رقتان نفيستان . فإن فضل شيء عن أنفس رقتين وجدناهما ، بطلت الوصية في الفاضل على الأصح . وقيل : يوقف إلى أن يوجد شقص ، فإن لم يزد على ثمن أنفس رقتين شيء ، بل أمكن شراء رقتين نفيستين ، وأمكن شراء خسيتين وشقص من ثالثة ، فأَي الأمرين أولى ؟ وجهان . أشبهها بالوجه الذي تفرع عليه ، الثاني . ولو كان لفظ الموصي : اصرفوا ثلثي إلى المتق ، اشترينا الشقص بلا خلاف . ولو قال : اشترؤا عبداً بألف واعتقوه ، فلم يخرج الألف من ثلثه ، وأمكن شراء عبد بالقدر الذي يخرج ، فيشتري ويعتق .

الطرف الثاني : في اللفظ المستعمل في الموصي له ، وفيه مسائل .

[المسألة الأولى : في الوصية للحمل ، وقد سبق شرط صحتها . فالمقصود الآن بيان ما يقتضي اللفظ من حيث المدد والذكورة والأنوثة . فإذا قال : أوصيت

لحل هند بكذا ، فأنت بولدين ، وزرع عليها بالسوية ، ولا نفضل الذكر على الأنثى ، كما لو وهب لرجل وامرأة شيئاً ، إلا أن يصرح بالتفضيل . ولو خرج حي وميت فالأصح أن الجميع للحي ، لأن الميت كالمدوم . وقيل : للحي النصف ، والباقي لوارث الموصي .

فرع

قال : إن كان حملها غلاماً ، فأعطوه كذا ، وإن كان جارية ، فكذا ، واقتصر على أحد الطرفين ، فإن ولدت ذكراً أو أنثى ، فعل ما ذكر . وإن ولدت ذكراً وأنثى جميعاً ، فلا شيء لواحد منها ، لأنه شرط صفة الذكورة [أو] الأنوثة في جملة الحمل ، ولم يحصل . وإن ولدت ذكرين ، قال الفزالي : لا شيء لهما ، لأن التنكير يشعر بالتوحيد . ويصدق أن يقال : إن حملها غلامين لا غلاماً . لكنه ذكر في الطلاق في قوله : إن كان حملك ذكراً ، فأنت طالق طلقة ، وإن كان أنثى ، فطقتين ، فولدت ذكرين ، فيه وجهان . أحدهما : لا تطلق ، لهذا المعنى . والثاني : تطلق طلقة . والمعنى : إن كان جنس حملك ذكراً . ولا فرق بين البابين ، فيجبيء هنا وجه : أنه يقسم المذكور للغلام بينهما . وبهذا قطع الشيخ أبو الفرج الزاز . قال : وبمنه لو قال : إن كان حملها ابناً ، فله كذا ، وإن كان بنتاً ، فكذا ، فولدت ابنتين ، لا شيء لهما ، وفرق بأن الذكر والأنثى أسماء جنس ، فتقع على الواحد والعدد ، بخلاف الابن والبنت ، وهذا ليس بواضح ، والقياس أن لا فرق .

قلت : بل الفرق واضح ، والمختار ما قاله أبو الفرج ، فيقسم بين الذكرين في الصورة الأولى ، دون الثانية ، لما ذكرناه من الفرق . والله أعلم

ولو قال : إن كان مافي بطنها غلاماً ، أو الذي في بطنها ، فهو كما لو قال :
إن كان حملها غلاماً . ولو قال : إن كان في بطنها غلام ، فأعطوه كذا ، فولدت
غلاماً وجارية ، استحق الغلام ماذكر . وإن ولدت غلامين ، فوجهان . أحدهما :
بطلان الوصية ، بناءً على أن التنكير يقتضي التوحيد . وأصحها : صحتها . فعلى هذا
هل يوزع بينهما ، أم يوقف إلى أن يبلغا فيصطلحا عليه ، أم يصرفه الوارث إلى
من شاء منهما كما لو وقع الإبهام في الموصى به ؟ فيه أوجه . أصحها : الثالث .
وتجري [الأوجه] فيما لو أوصى لأحد شخصين وجوزنا الإبهام في الموصى له
فمات قبل البيان ، ففي وجهه : يعين الوارث . وفي وجهه : يوزع . وفي وجهه :
يوقف حتى يصطلحا . ولو قال : إن كنت حاملاً بغلام ، أو إن ولدت غلاماً ،
فهو كما لو قال : إن كان في بطنها غلام . ولو قال : إن ولدت ذكراً ، فله مائتان ،
وإن ولدت أنثى ، فمائة ، فولدت خثى ، دفع إليه الأقل . وإن ولدت ذكراً وأنثى ،
فلكل واحد منهما ما ذكر . وإن ولدت ذكرين وأنثيين ، جاء الوجهان . ثم الأوجه
الثلاثة في كل واحد من الصنفين .

المسألة [الثانية] : أوصى لجيرانه ، صرف إلى أربعين داراً من كل جانب من
جوانب داره الأربعة ، هذا هو الصحيح المعروف الأصحاب . وقيل : هو الذي
تلاصق داره داره .

قلت : ويقسم المال على عدد الدور ، لأعلى عدد سكانها . والله أعلم

[المسألة [الثالثة] : أوصى للقراء ، لا يصرف إلا إلى الذين يقرؤون جميع القرآن ،
وهل يدخل فيه من يقرأ من المصحف ولا يحفظ ؟ وجهان . ينظر في أحدهما إلى
الوضع . والثاني : إلى العرف . والأصح : المنع . ولك أن تقول : اسم القراء والمقرئين
في هذه الأعصار يطلق على الحفاظ وعلى الذين يقرؤون بالاحسان ، وبالمعنى الثاني

لا يشترط لاطلاق اللفظ الحفظ ، ولا قراءة جميع القرآن ، فيجوز أن يقال : إن كان هناك قرينة تفهم أحد المعنيين ، فذاك ، وإلا ، فهو كما لو أوصى للموالي . قلت : الصواب ما رجحه الاصحاب : أنه لا يعطى إلا من يحفظ الجميع .

والله أعلم

[المسألة] الرابعة : أوصى للعلماء ، أو لاهل العلم ، صرف إلى العلماء بعلوم الشرع ، وهي : التفسير ، والفقه ، والحديث . ولا يدخل فيه الذين يسمعون الحديث ولا علم لهم بطرقه ، ولا بأسماء الرواة ولا بالمتون ، فإن السماع المجرد ليس بعلم . ولا يدخل أيضاً المقرئون وعابرو الرؤيا ، ولا الادباء ، والاطباء ، والمنجمون ، والحساب ، والمهندسون ، وقال أكثر الاصحاب : ولا يدخل فيه المتكلمون أيضاً ، وقال التتولي : الكلام يدخل في العلوم الشرعية ، وهذا قريب .

فرع

أوصى للفقهاء أو المتفقهة أو الصوفية ، فهو على ما ذكرناه في الوقف . لكن في لفظ البغوي : أنه لا يقتنع بما سبق في تفسير الفقهاء ، لأنه قال : لو أوصى للفقهاء ، فهو لمن يعلم علم أحكام الشرع في كل نوع شيئاً . وفي « التتمة » : أن الرجوع فيه إلى المادة . ثم ذكر وجهاً أن من حفظ أربعين مسألة ، فهو فقيه وهو ضيف جداً .

[المسألة] الخامسة : أوصى لأعقل الناس في بلده ، صرف إلى أزهدهم في الدنيا ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه . ولو أوصى لأجهل الناس ، حكى الروياني : أنه يصرف إلى عبدة الأوثان . فان قال : من المسلمين ، قال : من يسب

الصحابة رضي الله عنهم . وقال المتولي : يصرف إلى الامامية المنتظرة للقائم ، وإلى المجسمة .

قلت : وقيل : يصرف إلى مرتكي الكبائر من المسلمين ، إذ لاشبهة لهم .

[المسألة] السادسة : يدخل في الوصية للفقراء المساكين ، فيجوز الصرف إلى هؤلاء وإلى هؤلاء ، وكذلك يدخل في الوصية للمساكين الفقراء ، ويجوز الصرف إلى الصنفين ، لأن كل واحدٍ من الاسمين يقع على الفريقين عند الانفراد . وفي قول : ما أوصى به للفقراء ، لا يصرف إلى المساكين ، ويجوز عكسه ، رواه عصام بن يوسف عن الشافعي رضي الله عنه ، والمشهور الأول . ولو جمع بينهما ، فأوصى للفقراء والمساكين ، وجب الجمع بينهما ، كما في الزكاة . ولو أوصى لسبيل الله ، أو قال : ضعوا ثلثي في سبيل الله ، فهو للغزاة المساكين . المستحقين للزكاة . ولو أوصى الرقاب ، أو قال : ضعوا ثلثي في الرقاب ، فلمكاتبين . فان دفع إلى مكاتب ، فعاد إلى الرق والمال باقٍ في [يده أو في] يد سيده ، استرد . ولو أوصى للغارمين أو لابن السبيل ، فلمن تصرف إليه الزكاة منهم . وبالجملة فالحكم في هذه المسائل كما في الزكاة ، أخذاً بمرق الشرح فيها . حتى إذا أوصى للفقراء والمساكين ، جمل المال بين الصنفين نصفين . ولا يجعل على عدد رؤوسهم ، بخلاف ما إذا أوصى لبني زيد ، وبني عمرو . ولا يجب أيضاً الاستيعاب ، بل يكفي الصرف إلى الثلاثة من كل صنف . ولا تجب التسوية بين الثلاثة . ولو دفع إلى اثنين ، غرم ، إما الثلث ، وإما أقل ما يتمول كما سبق في « قسم الصدقات » . ثم ليس له دفع ما يغرمه إلى ثالث ، بل يسلمه إلى القاضي ليدفعه بنفسه ، أو يرده إليه ويأتمنه بالدفع .

فرع

الوصية للعلماء وسائر الموصوفين ، كالوصية لاصناف الزكاة في أنه لا يجب الاستيعاب ، ويقتصر على ثلاثة ، والأفضل استيعاب الموجودين عند الامكان .
كما في الزكاة .

فرع

لو أوصى لفقراء بلد بميته ، وم عدد محصورون ، اشترط استيعابهم والتسوية بينهم ، لتعيشهم . بل يشترط القبول في هذه الوصية ، بخلاف الوصية لمطلق الفقراء . ذكره صاحب « التهذيب » وغيره . وفي جواز نقل ما أوصى به للفقراء أو المساكين من بلد إلى بلد ، خلاف سبق في « قسم الصدقات » ، والمذهب الجواز . فاذا قلنا : لا يجوز ، وجب أن يكون قوله : أوصيت للفقراء - وفقراء البلد محصورون - كقوله : أوصيت لفقراء هذه البلدة - وم محصورون - ، وبدل عليه أن الاستاذ أبا منصور ذكر في الوصية للفقراء ، أنه يمطى لثلاثة منهم إن كانوا غير محصورين ، فإن كانوا محصورين ، استوعبوا . فإن اقتصر الوصي على ثلاثة ، فهل يجزئه ، أم يضمن حصة الباقيين ؟ فيه جوابان . فإن قلنا بالثاني ، فالحساب على قدر ديونهم ، أم على رؤوسهم ؟ وجهان .

قلت : الصحيح المعتمد ما قاله الأصحاب ؛ وهو ما سبق . والله أعلم

فرع

لو أوصى لثلاثة معينين ، وجب التسوية بينهم ، بخلاف الثلاثة المصروف إليهم من الفقراء وسائر الأصناف ، لأننا عرفنا ذلك من معهود الشرع في الزكاة ، والاستحقاق هنا مضاف إلى أعيانهم .

فرع

[لو] أوصى لسبيل البير" ، أو الخير ، أو الثواب ، فعلى ما ذكرناه في الوقف .

فرع

لو قال : ضع ثلثي حيث رأيت ، أو فيما أراك الله ، ليس له وضعه في نفسه ، كما لو قال : بع ، لا يبيع لنفسه . والآولى صرفه إلى أقارب الموصي الذين لا يرثونه ، ثم إلى محارمه من الرضاع ، ثم إلى جيرانه .

[المسألة] السابعة : أوصى لأقارب زيد ، دخل فيه الذكر والانثى ، والفقير والفتي ، والوارث وغيره ، والمحرم وغيره ، والقريب والبعيد ، والمسلم والكافر ، لشمول الاسم . ولو أوصى لأقارب نفسه ، ففي دخول ورثته وجهاً . أحدهما : المنع ، لأن الوارث لا يوصى له . فعلى هذا ، يختص بالباقيين ، وبهذا قطع التولي ، ورجحه النزالي ، وهو محكي عن الصيدلاني . والثاني : الدخول ، لوقوع الاسم ، ثم يطل نصيبهم ويصح الباقي لغير الورثة . ولك أن تقول : يجب اختصاص الوحيين بقولنا : الوصية للوارث باطلة . فلما إن وقفناها على الاجازة ، فليقطع بالوجه الثاني .

قلت : الظاهر أنه لافرق في جريانها ، لان مأخذها أن الاسم يقع ، لكنه خلاف المادة . والله أعلم

وهل يدخل في الوصية لأقارب زيد أصوله وفروعه ؟ فيه أوجه ، أصحها عند الأكثرين : لا يدخل الابوان والاولاد ، ويدخل الاجداد والاحفاد ، لان الوالد والولد لا يعرفان بالقرب في العرف ، بل القريب من ينتمي بواسطة . والثاني : لا يدخل أحد من الاصول والفروع . والثالث : يدخل الجميع ، وبه قطع المتولي . وقد ادعى الاستاذ أبو منصور الاجماع على أنه لا يدخل الابوان والاولاد ، ويعتبر أقرب جد ينسب إليه الرجل ، وبعداً أصلاً وقبيلة في نفسه ، فيرتقي في بني الأعمام إليه ، ولا يعتبر من فوقه . حتى لو أوصى لأقارب حسني ، أو أوصى حسني لأقارب نفسه ، لم يدخل الحسينيون ، وكذلك وصية المأموني لأقاربه . والوصية لأقارب المأموني لا يدخل فيها أولاد المتعم وسائر العباسية . والوصية لأقارب الشافعي رضي الله عنه في زمانه ، تصرف إلى أولاد شافع ، ولا يدخل فيها أولاد علي والعباس رضي الله عنها وإن كان شافع وعلي والعباس كلهم أولاد السائب بن عبيد . والشافعي هو محمد بن إدريس ، بن العباس ، بن عثمان ، ابن شافع ، بن السائب ، بن عبيد ، بن عبد يزيد ، بن هاشم ، بن عبد المطلب ، ابن عبد مناف . ولو أوصى رجل لأقارب بعض أولاد الشافعي في هذه الأزمنة ، دخل فيه أولاد الشافعي دون غيرهم من أولاد شافع . وعلى هذا القياس .

فرع

إذا أوصى لأقاربه ، فإن كان أعجبياً ، دخل قرابة الاب والام . وإن كان

عريباً ، فوجهان . أصحابها وبه قطع المراقبون وهو ظاهر نصه في « المختصر » :
دخولهم من الجهتين كالمجم . والثاني : لاتدخل قرابة الأم ، ورجحه الفزالي ،
و [البغوي] ، لأن العرب لاتفتخر بها .

فرع

لافرق في جميع مذكرناه بين قوله : أوصيت لأقاربي ، أو لقرايتي ، أو لذي
قرايتي ، أو ذي رحمي ، أو ذوي قرايتي ، أو ذوي رحمي ، لكن قرابة الأم
تدخل في لفظ الرحم بلا خلاف في [وصية] العرب والمجم جميعاً .

فرع

إذا لم يوجد قرب واحد ، صرف المال إليه إن أوصى لذي قرابته ، أو ذي رحمه ،
أو لقربته ، لأنه يوصف به الواحد والجمع . فان كان اللفظ : لأقاربي ،
أو أقربائي ، أو ذوي قرايتي ، أو ذوي رحمي ، فثلاثة أوجه . الأصح : أنه
يعطى كل المال . والثاني : نصفه . والثالث : ثلثه ، وتبطل الوصية في الباقي . وإن
كان هناك جماعة محصورة ، قسم المال بينهم بالسوية ، ويجب استيعابهم على الصحيح .
وحكى الخناطي وجهاً : أنه يجوز صرفه إلى ثلاثة منهم . وإن كانوا غير محصورين ،
فهو كالوصية للعوية والقبائل العظيمة ، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى قريباً .

[المسألة] الثامنة : أوصى لأقرب أقارب زيد ، دخل فيها الأبوان والأولاد .
فإن اجتمع أب وابن ، فوجهان . وقيل : قولان . أحدهما : يسوى بينهما ،
لاستوائهما في الرتبة ، فعلى هذا يقدم الأب على ابن الابن . وأصحابها وبه قطع

طوائف : يقدم الابن لقوته وعصوبته . فعلى هذا، الأولاد مقدمون على من سواهم ، ثم يليهم البطن الثاني ، ثم الثالث ، إلى حيث ينتهون . ويستوي أولاد البنين والبنات . فان لم يكن أحد من الأولاد والأحفاد ، قدم الابوان ، ثم بعدهما الأجداد والجندات ، إن لم يوجد الاخوة والأخوات ، يقدم الأقرب فالأقرب منهم . أو الاخوة والاخوات ، إن لم يوجد الاجداد والجندات ، فان اجتمع جد وأخ ، قدم الاخ على الاظهر . والثاني : يستويان . وقيل : يقدم الاخ قطعاً . ويجري هذا الخلاف في الجد أبي الاب ، والجد أبي الام ، مع الاخ للأب والاخ لاب . فان قلنا بالتسوية ، فالجد أولى من ابن الاخ . وإن قدمنا الاخ ، فكذا ابنه وإن سفل . والمذهب تقديم ابن الاخ على أبي الجد . وقيل بطرد الخلاف . ثم يقدم بعدهم أولاد الاخوة والاخوات ، ثم الاعمام والعمات ، ويساويهم الاخوال والخالات ، ثم أولاد هؤلاء . والاخ من الجهتين ، يقدم على الاخ من إحداها ، لزيادة قرابته . كذا قطع به الجمهور ، وهو المذهب ، وحكى الحناطي والامام عن بعضهم في تقديمه قولين كولاية النسكاح . والاخ من الاب ، والاخ من الام ، يستويان . وكذا القول في أولاد الاخوة ، والاعمام ، والاخوال ، وأولادهم . وفي تقديم الجدة من جهتين على الجدة من جهة ، وجهان كالوجهين ، ترجيحها في الميراث . ويحصل مما ذكرناه أنه إذا اجتمع أولاد إخوة مفترقين وأولاد أخوات مفترقات ، فللأولاد الأخ من الابوين وولد الأخت من الابوين ، فان لم يوجد أولاد الاخوة والاخوات من الابوين ، فأولادهم من الاب وأولادهم من الام سواء . هذا إذا استوت الدرجة . فان اختلفت ، قدم الأقرب من أي جهة كان . فيقدم الاخ من الاب على ابن الاخ للأبوين ، ويقدم ابن الاخ للأب وابن الاخ للأُم على ابن ابن الاخ للأبوين ، لان جهة الاخوة واحدة . فروع

قرب الدرجة . فأما إذا اختلفت الجهة ، فالبعيد من الجهة القريبة يقدم على القريب من الجهة البعيدة . فيقدم ابن ابن الابن على الاخ . ويقدم ابن ابن الاخ وإن سفل على المم . ولا يرجح [في] هذا الباب بالذكورة ، ولا ينظر إلى الورثة ، بل يستوي في الاستحقاق ، الأب ، والام . وكذا الابن والبنت ، وكذا الاخ والاخت ، كما يستوي المحرم والكافر ، ويقدم ابن البنت على ابن ابن الابن . وكل ذلك لان الاستحقاق منوط بزيادة القرب .

فرع

أوصى جماعة من أقرب أقارب زيد ، فلا بد من الصرف إلى ثلاثة ، فان كان [له] في الدرجة القربى ثلاثة ، دفع إليهم . وإن كانوا أكثر ، وجب تميمهم على الاصح ، لثلا تصير وصية لغير معين ، بخلاف الفقراء ، لان المراد بهم الجهة . وقيل : لا ، فيختار الوصي ثلاثة منهم . فان كانوا دون الثلاثة ، تممنا الثلاثة بمن يليهم ، فان كان له ابنان ، وابن ابن ، دفع إليهم . وإن كان ابن ، وابن ابن ، وابن ابن ابن ، دفع إليهم . وإن كان ابن ، وابنا ابن ، فكذلك . وإن كان ابن ، وابن ابن ، وبنو ابن ابن ، دفع إلى الابن وابن الابن . وهل يدفع معها إلى واحد من الدرجة الثالثة ، أم يعممون ؟ فيه الوجهان . وإذا قلنا : يعممون ، فالقياس التسوية بين كل المدفوع إليهم . وفي تعليق الشيخ أبي حامد : أن الثلث لمن في الدرجة الاولى ، والثلث لمن في الثانية ، والثلث لمن في الثالثة . هذا مانص عليه الشافعي ، وقال الاصحاب في هذا الفرع : وكان الاشبه أن يقال : إنها وصية لغير معين .

قلت : الصواب ، مانص عليه ، وقاله الأصحاب . والله أعلم

فرع

أوصى لأقرب أقرب نفسه ، فالترتيب كما ذكرنا ، لكن لو كان الأقرب وارثاً ، صرفنا إلى من يليه من ليس بوارث ، إن لم نصحح الوصية الوارث ، أو صححناها فلم يجرها سائر الورثة ، كذا نقله البغوي وغيره ، وهو تفريع على أنه لو أوصى لأقرب نفسه ، لم تدخل الورثة بقرينة الشرع . أما إذا قلنا : يدخلون ، ويوزع عليهم وعلى من ليس بوارث ، فهنا تبطل الوصية ، إلا أن يتمدد الأقربون ويكون فيهم وارث وغير وارث .

[المسألة] التاسعة : آل رسول الله ﷺ : هل هم بنو هاشم وبنو المطلب فقط ، أم جميع أمته ؟ فيه وجهان ذكرناهما في « كتاب الصلاة » . أصحها : الأول . ولو أوصى لآل غيره ﷺ ، فوجهان . أحدهما : بطلان الوصية ، لابهام اللفظ وتردده بين القرابة وأهل الدين وغيرها . وأصحها : الصحة ، لظهور أصل له في الشرع . وعلى هذا قال الاستاذ أبو منصور : يحتمل أن يكون كالوصية للقرابة ، ويحتمل أن يفوض إلى اجتهاد الحاكم . فإن كان هناك وصي ، فهل المتبع رأي الحاكم ، أم الوصي ؟ حكى الامام فيه وجهين ، ولم يذكرهما أن الحاكم والوصي يتحريان مراد الوصي أم أظهر معاني اللفظ بالوضع أو الاستعمال . وينبغي أن يقال : الرعي مراده إن أمكن العثور عليه بقرينة ، وإلا ، فأظهر المعاني .

قلت : وهذا الذي اخساره الرافعي هو الراجح المختار . والله أعلم

فرع

في أهل بيت الرجل وجهان : أحدهما : الحمل على ما يحمل عليه الآل . وأصحابه : دخول الزوجة أيضاً . وفي أهله دون لفظ البيت وجهان . أحدهما : الحمل على الزوجة فقط . والثاني : على كل من تلزمه نفقته . فعلى الأول لو صدرت الوصية من امرأة ، بطلت .

قلت : ينبغي أن لا تبطل ، بل يتعين الوجه الثاني ، أو يرجع فيه إلى العرف . والأرجح من الوجهين الثاني . والله أعلم

[المسألة] العاشرة : آباء فلان : أجداده من الطرفين . وأمها : جداته من الطرفين . هكذا ذكره أبو منصور وغيره . وحكى الامام وجهين . أحدهما : هذا . وأصحابه عنده : لا يدخل الأجداد من جهة الأم في الآباء ، ولا الجدات من جهة الأب في الامهات . ولا خلاف في شمول الاجداد والجدات الطرفين ، ولا يدخل في الاخوة والاخوات .

[المسألة] الحادية عشرة : الأختان : أزواج البنات ، ولا يدخل فيه أزواج الممات والمخالات . وفي أزواج الاخوات وجهان . أصحابها عند الامام : المنع . ويدخل أزواج الحوافد إن قلنا بدخول الاحفاد في الوصية الأولاد . وفي وجه : يدخل زوج كل ذات رحم محرم . ثم الاعتبار بكونه زوجها عند الموت . فلو كانت خلية يوم الوصية ، منكوحه يوم الموت ، استحق زوجها . وإن كانت مزوجة يوم الوصية ، مطلقة يوم الموت ، فإن كان الطلاق رجعياً ، استحق ، وإلا ،

فلا . وإن أبانها بين الموت والقبول ، استحق إن قلنا : يستحق الوصية بالموت .
أو موقوفة . وإن قلنا : بالقبول ، فوجهان . ويجري الخلاف فيمن تزوجت بعد
الموت وقبل القبول .

فرع

أحماء الرجل أبوا زوجته . وفي دخول أجدادها وجداتها تردد حكاة الامام ،
ولا يدخل أبوا زوجة الاب ، وأبوا زوجة الابن ، والاصهار كالأحماء ، كذا نقله
الاستاذ أبو منصور ، وإمام الحرمين . وفي « أمالي » السرخسي : أن كل رجل
من المحارم ، فأبو زوجته ، حمو . وأن الاصهار يشمل الأختان والأحماء .
قلت : هذا الذي قاله السرخسي هو المعروف عند أهل اللغة . والله أعلم

فرع

يدخل في المحارم ، كل محرم بالنسب ، أو بالرضاع ، أو بالمصاهرة .

فرع

الاولاد ، والذرية ، والعقب ، والنسل ، والعترة ، على ما ذكرناه في الوقف .

فرع

قال : لورثة فلان ، فلن ورثه من ذكر أو أنثى بنسب أو سبب بالسوية ،

لا على مقادير الارث . فان لم يكن له وارث خاص ، وصرف ماله إلى بيت المال ، بطلت الوصية . وإن ورثه بنت واحدة ، ولم يحكم بالرد ، استحققت جميع الوصية على الاصح ، وقسطها في الآخر . ولو مات الموصي ، وبقي الذي أوصى لورثته أو عقبه حياً ، فالمنقول عن الاصحاب : بطلان الوصية ، لانه لا يرث ، ولا يعقبه أحد في حياته . وقال الامام : الظاهر عندي صحتها في لفظ العقب إن كان له أولاد ، لانهم يسمون عقبه في حياته . قال : ومثل هذا محتمل في لفظ الورثة . وعلى هذا ، فيوقف إلى أن يموت فيتين من يرثه .

قلت : هذا الذي اختاره الامام في العقب ، هو الذي قطع به صاحب العدة ، وجعله مذهبنا ، وجعل البطلان مذهب أبي حنيفة . وهذا هو الراجح إن شاء الله تعالى .

والله أعلم

ولو أوصى لمصبة فلان ، لم يشترط في الاستحقاق كون فلان ميتاً يوم [موت] الموصي قطعاً ، بخلاف مذكروه في لفظ الورثة والعقب . ثم أولادهم بالتصيب ، أولادهم بالوصية .

[المسألة] الثانية عشرة : الوصية للموالي على مذكرناه في الوقف . فان كان له موالٍ من أعلى ، وموالٍ من أسفل ، ففيه الأوجه السابقة ، وفي قول عن رواية البويطي : يوقف إلى الاصطلاح . أما إذا لم يكن إلا أحدهما ، فيصرف المال إليه . فان اقتضى الحال الحل على الاسفل ، أو صرح به ، استحق كل من عتق عليه بترثه ، أو ملك ، أو نذر ، أو كفارة . وفي أم الولد والمذبر وهما يتفقان بموته وجهان .

قلت : الاصح : لا يدخلان ، إذ ليسا من الموالي ، لا حال الوصية ، ولا حال الموت
وانتأعلم

[المسألة] الثالثة عشرة : يتامى القبيلة ، هم الصبيان الفاقدون لآبائهم .
وفي اشتراط الفقر فيهم ، وجهان . أشبهها ما قيل في النسيئة : نعم ، وبه قطع
أبومنصور . ثم إن انحصروا ، وجب تعميمهم ، وإلا ، جاز الاقتصار على ثلاثة .

فرع

العميان ، والزمنى ، كالإيتام في التفصيل والخلاف .

قلت : قطع صاحب « العدة » بعدم اشتراط الفقر في الزمنى ، قال : ومثله
الوصية لأهل السجون ، وللغارمين ، وتكفين الموتى ، وحفر القبور ، ويدخل في
كل ذلك النفي ، والفقير . والخيار طرد الخلاف . وانتأعلم

[المسألة] الرابعة عشرة : اسم الأرامل ، يقع على من مات زوجها ،
والمتلمة ، والمبتوتة ، دون الرجعية ، والآيى غير ذوات الأزواج ، هذه عبارة
الاستاذ ، وبها أخذ الامام وقال : الفرق ، أن الارملة : من كان لها زوج ، والأيم
لا يشترط فيها تقدم زوج ، ويشتركان في اشتراط الخلو عن الزوج في الحال . وعبارة
صاحبي « المذهب » ، والتهذيب : لا يمتبر تقدم زوج في الأرملة . وفي اشتراط الفقر ،
الوجهان المذكوران في الإيتام . وقطع الامام بالاشتراط هنا . وفي دخول رجل لازوجة له
في الارامل وجهان .

قلت : الاصح تخصيص الارملة بمن فارقتها زوجها ، ونقله إمام الحرمين
عن نص الشافعي ، وهو المفهوم في المرف . والاصح : أن الرجل لا يدخل
في الارامل . والله أعلم

فرع

يُتَبَّ القبيلة : النساء دون الرجال على الاصح . وعلى الثاني : يدخل الرجال الذين
أصابوا . وفي الابكار هذا الخلاف .

[المسألة] اغنامة عشرة : المتبرون من الاقارب ، هم الذين يتمرّضون
ولا يسألون ، وذوو القنوع : الذين يسألون .

[المسألة] السادسة عشرة : غلمان القبيلة ، وصبيانهم ، والاطفال ، والذراري :
هم الذين لم يبلغوا . واختلفوا في الشيوخ ، والشبان ، والفتيان ، ففي « المذهب »
و « التهذيب » : أن الشيوخ : من جاوزوا أربعين سنة . والفتيان والشبان :
من جاوز البلوغ إلى الثلاثين . والمفهوم منه ، أن الكهول : من الثلاثين إلى الأربعين .
ونقل الاستاذ عن الاصحاب أنهم قالوا : إن الرجوع في ذلك إلى اللغة ، واعتبار
لون الشعر في السواد والبياض والاختلاط ، ويختلف ذلك باختلاف أمزجة الناس .

قلت : هذا المنقول عن « المذهب » و « التهذيب » ، قاله أيضاً آخرون ، وهو
الاصح المختار . وصرح الروياني وغيره بأن الكهول : من جاوز ثلاثين إلى
أربعين . وكذا قال أهل اللغة : إنه من جاوز الثلاثين . لكن قال ابن قتيبة :
إنه يبقى حتى يبلغ خمسين . وقد أوضحت هذه الاسماء مع اختلاف العلماء فيها
وما يتعلق بها في « تهذيب الاسماء » . ومن المسائل المتعلقة بما سبق ، لو أوصى للحجيج ،

قال صاحب « المدة » : يستحب دفعه إلى فقرائهم ، فإن صرف إلى فقرائهم وأغنيائهم ،
جاز . لشمول الاسم . وينبغي أن يطرد فيه الوجهان ، كالإتسام ، والارامل .
واشتراط الفقر هنا أرجح . والله أعلم

فصل

إذا أوصى لزيد وجماعة معه . فاما أن يكونوا موصوفين ، أو مميّنين .
الحال الأول : موصوفون ، غير محصورين ، كالفقراء ، والمساكين . وفي زيد
أوجه . أصحها : أنه كأحدهم ، فيجوز أن يعطى أقل ما يتموّل ، ولكن لا يجوز
حرمانه وإن كان غنياً . والثاني : أنه يعطى سهماً من سهام القسمة . فإن قسم
المال على أربعة من الفقراء ، أعطي زيد الخمس . وإن قسمه على خمسة ، فالسدس ،
وعلى هذا القياس . والثالث : لزيد ربع الوصية ، والباقي للفقراء ، لأن أقل من
يقع عليه اسم الفقراء ثلاثة . والرابع : له النصف ، ولهم النصف . والخامس :
إن كان فقيراً ، فهو كأحدهم ، وإلا ، فله النصف . والسادس : إن كان غنياً ،
فله الربع ، لأنه لا يدخل فيهم ، وإلا ، فالثالث ، لدخوله فيهم . والسابع : أن الوصية
في حق زيد باطلة ، لجهالة من أضيف إليه ، حكاه الرخسي في « الامالي » ،
وهو ضعيف جداً . ولا بد على اختلاف الأوجه من الصرف إلى ثلاثة من الفقراء .
هذا كله إذا أطلق ذكر زيد . أما إذا وصفه بصفة الجماعة ، فقال : لزيد
الفقير ، وللفقراء ، فيجري الخلاف فيما لزيد إن كان فقيراً . ومنهم من خص
الأوجه بهذه الحالة . وبقي القول بكونه كأحدهم عند الإطلاق . وإن كان غنياً ،
فلا شيء له ، ونصيبه للفقراء إن قلنا : إنه كأحدهم ، وإلا ، فهو لورثة الموصي .
وإن وصف زيداً بغير صفة الجماعة ، فقال : لزيد الكاتب ، وللفقراء ، قال الاستاذ

أبو منصور : فله النصف بلا خلاف . ويشبه أن يجيء القول بأن له الربع إن لم يجيء باقي الأوجه . ولو أوصى يزيد بدينار ، وللفقراء بثلاث ماله ، لم يصرف إلى زيد غير الدينار وإن كان فقيراً ، لأنه قطع اجتهد الوصي بالتقدير ، ويحتمل الجواز . ولو أوصى يزيد ، وللفقراء والمساكين ، فإن جعلناه في الصورة السابقة كأحدهم ، فكذا هنا . وإن قلنا : له النصف ، فهنا الثالث . وإن قلنا : الربع ، فهنا السبع .

الحال الثاني : إذا كانوا معينين ، نظر ، إن لم يكونوا محصورين كالملوكيين ، فسنذكر الخلاف في صحة الوصية لهم إن شاء الله تعالى . فإن صححنا ، فالحكم كما إذا كانوا موصرفين . وإن لم نصحح ، قال المسعودي : هو كما لو أوصى يزيد وللملائكة ، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى . وإن كانوا محصورين ، فهل هو كأحدهم ، أم له النصف ؟ قال أبو منصور : فيه احتمالان ، أحدهما : الثاني . ثم حكى خلافاً في أن النصف الذي لهم ، يقسم بين جميعهم ، أم يجوز صرفه إلى ثلاثة منهم ؟ والصحيح وجوب القسمة بين الجميع .

فرع

له ثلاث أمهات أولاد ، فأوصى لأمهات أولاده ، وللفقراء والمساكين ، قال ابن توملي : الصحيح : أنه يقسم على الأصناف الثلاثة . وعن أبي علي الثقفي : أنه يقسم على خمسة ، لأن أمهات الأولاد محصورات يجب استيعابهن ، والفقراء والمساكين غير محصورين ، فيجعل كل واحد من الصنفين مصرفاً ، وكل واحدة منهن مصرفاً .

فصل

الوصية لجماعة معينين غير محصورين ، كالمهاشمية ، والطالبيّة ، والمלוئية ، صحيحة على الأظهر ، كالفقراء . فعلى هذا ، يجوز الاقتصار على ثلاثة منهم ، ولا تجب التسوية بينهم ، ولا يشترط القبول ، كالفقراء . ومتى أوصى لبني فلان ، فإن عُدّوا قبيلة ، كبني هاشم ، وبني تميم ، فهي كالوصية للملوية . وفي جواز الصرف إلى إناثهم وجهان ، أصحها : الجواز . وإن لم يُعَدّوا قبيلةً ، كبني زيد وعمرو ، اشترط القبول والاستيعاب والتسوية . ولا يجوز الصرف إلى الإناث .

قلت : ونصح الوصية هنا قطعاً . والله أعلم

فصل

أوصى زيد وجبريل ، فوجهان . أصحها : لزيد النصف ، وتبطل الوصية في الباقي . كما لو أوصى لابن زيد ، وابن عمرو ، ولم يكن لعمرو ابن ، أو لزيد وعمرو وابني بكر ، فلم يكن له إلا ابن اسمه زيد ، يكون النصف للموجود ، ويبطل الباقي . والثاني : أن زيد الكل ، ويلغو ذِكْرُ من لا يملك ، بخلاف ما إذا ذكر معه من يملك . ويجري الوجهان في كل صورة أوصى لزيد ولمن لا يوصف بالملك ، كالشيطان ، والريح ، والحائط ، والبهيمة ، وغيرها . ولو أوصى لزيد ، وللملائكة ، أو للرياح ، أو للحيطان ، فإن جعلنا الكل لزيد ، فذاك ، وإلا ، فهل له النصف ، أم الربع ، أم الموصي أن يعطيه أقل ما يتمول ؟ فيه الخلاف السابق في الوصية لزيد وللفقراء . ولو أوصى لزيد والله تعالى ، فهل يكون لزيد الجميع وذِكْرُ الله تعالى للتبرك ؟ أم له النصف والباقي للفقراء ؟ أم له النصف والباقي

بصرف في وجوه القُرب لأنها مصرف الحقوق المضافة إلى الله تعالى ؟ أم يرجع النصف الثاني إلى ورثة الموصي ؟ فيه أربعة أوجه ، أصحابها : الثالث . وقدّمنا وجهاً فيها إذا أوصى لاجنبي ووارث ، وبطلت في حق الوارث : أنها تبطل في حق الأجنبي أيضاً ، بناءً على تفريق الصفقة . وذلك الوجه مع ضعفه ، يلزم طرده في نصيب زيد في هذه الصور .

قلت : فلو قال : أوصيت بثلاث مالي لله عز وجل ، صرف في وجوه البر ، ذكر صاحب « المدة » وقال : هو قياس قول الشافعي رحمه الله . والله أعلم

القسم الثاني من أقسام الباب في الاحكام المعنوية . قد سبق أن الوصية بمنافع العبد والدار صحيحة مؤبدة ومؤقتة ، وكذا بفضة الدار والحيوانات ، وكذا بثمار البستان التي تحدث على الاصح . ولو أوصى بخدمة عبد سنة ، ولم تعين صحت الوصية ، والتعيين للوارث . ويجوز أن يجعل له ثمرة بستانه العام ، فان لم يثمر ، فثمرة العام القابل ، أو خدمة عبده العام ، فان مرض ، فخدمة العام الثاني . ويجوز أن يوصي بخدمة عبده لرجل مدة حياة زيد . إذا تقرر هذا ، فالغرض الآن الكلام في مسائل الوصية بالمنافع ، وهو مبني على أصل ، وهو أن هذه الوصية تمليك للمنافع بعد الموت ، وليست مجرد إباحة ، كما أن الوصية بالأعيان تمليك لها بعد الموت . فلو مات الموصي له ، ورثت عنه كسائر حقوقه ، وله الاجارة والاعارة والوصية بها . ولو تلف العبد في يده ، لم يضمه ، كما لا يضمن المستأجر . قال البغوي : وليس عليه مؤنة الرد . هذا كله إذا أطلق الوصية ، أو قيدها بالتأييد . والمراد بالتأييد : استيعاب الوصية منفعة العبد مدة حياته . وكذا الحكم فيما لو أوصى بمنفعته مدةً مقدرة ، ككشهر وسنة . وحكي وجه : أنها لا تنتقل إلى وارث

الموصى له ، [لا] عند الاطلاق ، ولا إذا قدر مدة ومات الموصى له قبل انقضاءها . والصحيح المعروف الأول .

أما إذا قال : أوصيت لك بمنافعة حياتك ، فهو إباحة ، وليس بتمليك ، فليس له الاجارة . وفي الاعارة وجهان . وأما إذا مات الموصى له ، رجع الحق إلى ورثة الموصي . ولو قال : أوصيت لك بأن تسكن هذه الدار ، أو بأن يخدمك هذا العبد ، فهو إباحة أيضاً ، لا تمليك ، بخلاف قوله : أوصيت لك بسكنائها ، وخدمته . هكذا ذكره القفال وغيره . وفي « فتاوى » القفال أنه لو قال : أطعموا زيدا كذا رطلاً من الخبز من مالي ، اقتضى تملكه ، كما في إطعام الكفارة . ولو قال : اشترؤا خبزاً واصرفوه إلى أهل محلي ، فسبيله الإباحة . هذا هو الأصل .

أما المسائل ، فاحداها : فيما يتعلق بجانب الموصى له ، فيملك إثبات اليد على العبد الموصى بمنفعته ، ويملك منافعه وأكسابه المتأداة ، من الاحتطاب ، والاحتشاش ، والاصطياد ، وأجرة الحرفة ، لأنها أبدال منافعه . ولا يملك الكسب النادر ، كالطبة واللقطة على الأصح ، لأنه لا يقصد بالوصية . وحكى الحناطي وأبو الحسن العبادي وجهاً في كل الأكساب ، وهو ضيف ، وسيأتي دليله إن شاء الله تعالى . ولو أتت الجارية الموصى بمنفعتها بولد من نكاح أو زنا ، فثلاثة أوجه . أصحها وبه قطع المراقبون والبنوي : حكم الولد حكم أمه ، رقبته للورثة ، ومنفعته للموصى له ، لأنه جزء منها . والثاني : أنه للموصى له ، ككسبها . والثالث : لورثة الموصي ، لأنه غير المنفعة . وإذا وطئت بشبهة ، أو زوجت ، ففي المهر وجهان . قطع المراقبون والبنوي بأنه للموصى له ، كالكسب . والنسوب إلى المراوذة : أنه لورثة الموصي ، وبه قطع المتولي ، وصححه القزالي ، وهو الأشبه ،

لأنه بدل منفعة البضع ، ومنفعة البضع لاتبجوز الوصية بها ، فكان تابياً للرقبة . ولا يجوز للموصى له وطؤها بلا خلاف . فان وطئ ، لم يحدّ على الصحيح ، للشبهة . وقيل : يحدّ ، كالمستأجر . ولو أولدها بالوطء ، لم تصر أم ولد له ، لكن الولد حر على الصحيح ، للشبهة . وقيل : رقيق . وإذا قلنا : حر ، فان قلنا : الولد المملوك كالكسب ، فلا قيمة عليه ، وإلا ، ف عليه القيمة . ثم هل هي لمالك الرقبة ؟ أم يشتري بها عبد تكون رقبته لمالك العبد ومنفعته للموصى له ؟ وجهان . هذا ما ذكره في هذه الصور ، ولم يفرّقوا بين قوله : أوصيت بمنفعة العبد ، أو غلته ، أو خدمته ، أو كسبه ، ومنفعة الدار ، أو سكنها ، أو غلتها . وكان الأحسن أن يقال : الوصية بالمنفعة تفيد استحقاق الخدمة في العبد ، والسكنى في الدار . والوصية بالخدمة والسكنى لاتفيد استحقاق سائر المنافع . ألا ترى أنه إذا استأجر عبداً للخدمة ، لا يملك تكليفه البناء ، والفراش ، والكتابة . وإذا استأجر داراً للسكنى ، لم يكن له أن يعمل فيها عمل الحدادين والقصاصين ، ولا أن يطرح الزبل فيها ، ولا يمد أن يكون هذا مرادهم وإن أطلقوا ، بل ينبغي أن يقال : الوصية بالغلة والكسب لاتفيد استحقاق السكنى والركوب والاستخدام . وبواحد منها لا يفيد استحقاق [الغلة والكسب] . وهذا يوافق الوجه السابق عن الحناطي والعبادي .

فرع

هل يتفرد الموصى له بالسفارة بالموصى بمنفعته ؟ وجهان . أحدهما : لا ، كزوج الأمة . وأصحها : نعم ، لاستغراقه المنافع .

المسألة الثانية فيما يتعلق بجانب وارث الموصى ، وفيه أربعة فروع .

الأول : الوارث يملك إعتاق الموصى بمنفتمه ، لأن رقبته له ، وأشار صاحب
« الرقم » وغيره إلى خلاف فيه . والمذهب الاول ، لكن لايجري إعتاقه
عن الكفارة على الأصح ، لمجزئه عن الكسب . وإذا أعتق ، فالصحيح الذي قطع
به الجمهور : أن الوصية تبقى بحالها ، وتكون المنافع مستحقة للموصى له كما كانت ،
كما إذا أعتق المستأجر . ولا يرجع العتيق بقيمة المنفعة قطعاً . وقيل : تبطل الوصية ،
نقله أبو الفرج الزاز ، لأنه يبعد أن تكون منفعة الحر مستحقة أبداً . فعلى هذا
في رجوع الموصى له على العتيق بقيمة النافع وجهان .

قلت : لعل أصحاب الرجوع . والله أعلم

وليس للوارث كتابة هذا العبد على الاصح ، لأن أكسابه مستحقة . ووجه
الجواز توقع الزكاة ونحوها .

الفروع الثاني : إذا كانت الوصية بمنفعة مدّة معلومة ، فنفتته على الوارث ،
كالمتأجر . وإن كانت على التأيد ، فثلاثة أوجه . أصحابها : كذلك . والثاني :
على الموصى له . والثالث : في كسبه . فإن لم يكن كسب ، أو لم يف بها ، ففي بيت
المال . والفطرة كالنفقة ، ففيها الأوجه ، كذا قاله السرخسي وطائفة ، وقطع
البغوي بأنها على مالك الرقبة . وعلف البيمة ، كنفقة العبد . أما عمارة الدار
الموصى بمنافعها ، وسقي البستان الموصى بثاره ، فإن تراضيا عليه ، أو تطوع أحدهما
به ، فذاك ، وليس للآخر منه . وإن تنازعا ، لم يجبر واحد منها ، بخلاف النفقة ،
لحرمة الزوج . وأشار بعضهم إلى طرد الخلاف في العمارة وسائر المؤن .

الفروع الثالث : بيع الموصى بمنفتمه مدة ، كبيع المتأجر . وأما الموصى
بمنفتمه على التأيد ، ففي بيع الوارث رقبته أوجه . أصحابها : يصح [بيعها]

للموصى له بالمنفعة دون غيره . والثاني : يصح مطلقاً . والثالث : لا . والرابع : يصح بيع العبد والأمة ، لأنها يتقرب باعنائها ، ولا يصح بيع البهائم والجمادات . والماشية^١ الموصى بنتاجها يصح بيعها ، لبقاء بعض المنافع والفوائد ، كالصوف ، والظفر . وإنما الخلاف فيما استغرقت الوصية منافعه .

الفرع الرابع : هل للوارث وطء الموصى بمنفعتها ؟ فيه أوجه . أصحها : نائها : يجوز إن كانت ممن لا تحبل ، وإلا ، فلا . فإن منعت فوطئ^٢ ، فلا حد ، للشبهة ، وأما المهر ، فيبنى على أنها لو وطئت بشبهة لمن المهر ؟ فإن قلنا : للوارث ، فلا مهر عليه ، وإلا ، فعليه . فإن أولدها ، فالولد حر ، وعليه قيمته . وهل تكون القيمة للموصى له ؟ أم يشتري بها عبد يخدم الموصى له وتكون رقبته للوارث ؟ فيه الوجهان فيما إذا ولدت رقيقاً . وتصير الجارية أم ولد يمتق بموته مسلوقة بالمنفعة . وقيل : لانصير ، وهو ضعيف .

المسألة الثالثة : في الجناية على العبد الموصى بمنفعته ، فإن قُتِل ، نظر ، إن كان قتلاً يوجب القصاص ، فلذلك الرقبة الاقتصاص ، فإذا اقتص ، بطل حق الموصى له . كما لو مات ، أو انهدمت الدار ، وبطلت منافعها . وإن كان مما يوجب المال ، أو رجع إليه ، ففي القيمة المأخوذة أوجه . أصحها : يشتري بها عبد يقوم مقامه ، فتكون رقبته للوارث ، ومنافعه للموصى له . والثاني : أنها للوارث ، ولا شيء للموصى له ، كما لاحق^٣ لزواج الأمة في بدلها . والثالث : أنها للموصى له خاصة . والرابع : توزع على الرقبة مسلوقة بالمنفعة ، وعلى المنفعة وحدها ، فتقوم الرقبة بمنافعها ، ثم بلا منفعة ، فيكون لها قيمة ، لها في إعتاقها من الثواب وجلب الولاء . فقدر التفاوت هو قيمة المنفعة ، فيكون للموصى له ، والباقي للوارث . ويخرج على هذا الخلاف ما إذا قتل الوارث أو الموصى له ، فلا شيء على من لو كان القاتل غيره ،

كانت القيمة مصروفة إليه . وإن جني عليه بقطع طرفه ، فطريقان . أحدهما : طرد الأوجه ، سوى الثالث . ولا يبعد تخريج الثالث أيضاً على هذه الطريقة ، تشبيهاً له بالولد . والطريق الثاني : القطم بأن الأرض للوارث ، وانفقوا على ترجيحه وإن ثبت الخلاف ، [وكان سببه أن العبد بقي منتفعاً به ، ومقادير المنفعة لا تنضب ، وتختلف بالمرض والكيسر ، وكان حق الموصى له باقٍ بحاله] .

المسألة الرابعة : في جنايته ، فإن اقتصر منه ، بطل حقها كموته . وإن وجب مال ، تعلق برقبته . فإن لم يفديه ، بيع في الجناية ، وبطل حقها . فإن زاد الثمن على الأرض ، قال أبو الفرج السرخسي : يقسم بينهما على نسبة حقها . وينبغي أن يجيء فيه الخلاف السابق .

قلت : يجيء الخلاف هو الوجه . والله أعلم

وإن فديه ، استمر الحقان . وإن فداه مالك الرقبة ، فكذلك . وإن فداه الموصى له ، ففي وجوب الاجابة على المجيز عليه وجهان . أحدهما : لا ، لأنه أجنبي عن الرقبة . وأصحها : الوجوب ، لظهور غرضه . وهذا فيما إذا فدى أحدهما العبد بمنافعه . فلو فدى حصته ، قال الخناطي : يباع نصيب صاحبه . وفيه إشكال ، لأنه إن فدى الوارث ، فكيف تباع المنافع وحدها ؟ وإن فدى الموصى له واستمر حقه ، فبيع الرقبة يكون على الخلاف السابق .

المسألة الخامسة : في كيفية حساب المنفعة من الثلث . فإن أوصى بالمنفعة أبداً ، فوجهان . ويقال : قولان . أصحها عند الجمهور وهو نصه في اختلاف المراقين وفي الاملاء ، وبه قال ابن الحداد : [أنه] تعتبر الرقبة بتمام منافعتها من الثلث ، لأنه حال بين الوارث وبينها ، ولأن المنفعة المؤبدة لا يمكن تقويمها ، لأن مدة

[عمره] غير معلومة وإذا . تمذر تقويم المنافع ، تَعَيَّن تقويم الرقبة . والثاني خرجه ابن سريج : أن المعتبر ما بين قيمتها بمنافعها ، وقيمتها مسلوبة المنافع ، واختاره الغزالي وطائفة . فعلى هذا ، هل تحسب قيمة الرقبة من التركة ؟ أم لا كما لا تحسب على الموصى له ؟ وجهان . أصحابها : الأول .

مثاله : أوصى بعبد قيمته بمنافعه ، مائة . ودون المنافع ، عشرة . فعلى المنصوص : تعتبر المائة من الثالث . ويشترط أن يكون له مائتان سوى العبد . وعلى الثاني المعتبر تسعون . فيشترط أن يبقى الورثة ضعف التسعين مع العشرة على وجه ، ودونها على وجه . أما إذا أوصى بمنفعته مدة ، كسنة ، أو شهر ، ففيه طرق . أحدها : طرد الخلاف ، كالوصية المؤبدة . والثاني : إن اعتبرنا هناك ما بين القيمتين ، فهنا أولى ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : التفاوت . والثاني : الرقبة . والطريق الثالث : أن المعتبر من الثلث أجرة مثل تلك المدة . والرابع وهو أصحابها : يقوّم العبد بمنافعه ، ثم مسلوب منفعته تلك المدة ، فما نقص حسب من الثلث . وقيمة الرقبة في هذه الحالة ، محسوبة من التركة بلا خلاف . ويتفرع على الخلاف صور .

إحداها : أوصى بمنفعة عبده ثلاث سنين ، ولأمال سواء ، إن اعتبرنا قيمة الرقبة من الثلث ، صحت الوصية في منافع الثلث ، وردّت في الباقي . وإن اعتبرنا ما نقص ، وكان النقص نصف القيمة ، فهل تردّ الوصية في سدس العبد ؟ أم ينقص من آخر المدة سدسها ؟ وجهان . أصحابها الأول ، لأن قيمة المنافع تختلف بالأوقات .

الصورة الثانية : أوصى لرجل برقبته ، ولآخر بمنفعته . إن قلنا : [يعتبر من] الثلث تمام القيمة ، نظر فيما سواه من التركة ، وأعطى كل واحد حقه كاملاً أو غير كامل . وإن قلنا : المعتبر التفاوت ، فإن حسبنا الرقبة على الوارث ، إذا بقيت له ،

حُسب هنا كمال القيمة عليها ، وإلا ، لم تحسب أيضاً على الموصى له بها . وتصح وصيته من غير اعتبار الثلث . كذا ذكره المتولي .

[الصورة] الثالثة : أوصى بالرقبة لرجل ، وأبقى المنفعة للورثة ، فإن قلنا : المعتبر من الثلث كمال القيمة ، لم تعتبر هذه الوصية من الثلث ، لجعلنا الرقبة الخالية عن المنفعة كالتالفة . وإن قلنا : المعتبر التفاوت ، فإن حسبنا قيمة الرقبة على الوارث ، حسبت هنا قيمة الرقبة على أهل الوصايا ، وتدخل في الثلث ، وإلا ، فهذا يحسب قدر التفاوت على الوارث ، ولا تحسب قيمة الرقبة على أهل الوصايا .

[الصورة] الرابعة : العبد الموصى بمنفعته ، لو غصبه غاصب ، فلن تكون أجرة المدة التي كانت في يد الغاصب ؛ قال في « التتمة » : إن قلنا : المعتبر من الثلث جميع القيمة ، فهي للموصى له ، وكأنه فوت الرقبة على الوارث ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : أنها للوارث ، كما لو غصب المستأجر . والصحيح : أنها للموصى له ، لأنه بدل حقه ، بخلاف الاجارة ، فانها تنفسخ في تلك المدة فتعود المنافع إلى مالك الرقبة .

[الصورة] الخامسة : أوصى بشمرة بستانه ، يخرج على الخلاف . ففي وجه : تعتبر جميع قيمة البستان من الثلث . وفي وجه : ما بين قيمته بمنافعه وفوائده ، وبين قيمته مسلوب الفوائد . فإن احتمله الثلث ، فذاك ، وإلا ، فلموصى له القدر الذي يحتمله ، والباقي للوارث . فان لم يحتمل إلا نصفه ، فله من ثمره كل عام النصف . والباقي للوارث .

فرع

لابن الحداد

أوصى لرجل بدينار كل شهر من غلة داره ، أو كسب عبده ، وجمله بعده لوارث الرجل ، أو للفقراء والمساكين ، والغلة والكسب عشرة مثلاً ، فاعتبار هذه الوصية من الثلث كاعتبار الوصية بالمنافع مدة معلومة ، لبقاء بعض المنافع لمالك الرقبة ، فيكون المذهب فيها : أن المعتبر من الثلث قدر التفاوت بين القيمتين . ثم ينظر ، فإن خرجت الوصية من الثلث ، قال ابن الحداد : ليس للورثة أن يبيعوا بعض الدار ويدعوا ما يحصل منه دينار ، لأن الاجرة تختلف ، فقد تنقص فتعود إلى دينار أو أقل ، فيكون الجميع للموصى له . وهذا إذا أرادوا بيع بعضها على أن تكون الغلة للمشتري . فأما بيع مجرد الرقبة ، فعلى ما سبق من الخلاف في بيع الوارث الموصى بمنفعته . وإن لم يخرج من الثلث ، فالزائد على الثلث رقبة وغلة للوارث يتصرف فيه كيف شاء . ولو كانت الوصية بعشر الغلة كل سنة ، فما سوى العشر للوارث يتصرف فيه كيف شاء .

فرع

أوصى لشخص بدينار كل سنة ، حكى الامام : أن الوصية صحيحة في السنة الأولى بدينار . وفيما بعدها قولان . أحدهما : الصحة ، لأن الجاهالة لا تمنع صحة الوصية ، ولأن الوصية بالمنافع صحيحة لا إلى غاية . وأظهرها : الأبطالان ، لأنه لا يعرف قدر الموصى به ليخرج من الثلث . فان صححنا ، فان لم يكن هناك وصية أخرى ، فللورثة التصرف في ثلثي التركة قطعاً . وفي ثلثها وجهان . أحدهما : ينفذ التصرف

بعد إخراج الدينار الواحد ، لأننا لانعلم استحقاق الوصى له في المستقبل . والثاني : أنه يوقف ، لأن الاستحقاق ثبت إلى أن يظهر قاطع . فان قلنا بالتوقف ، وبقي الوصى له إلى أن استوعبت دنانيره الثلث ، فذاك . وإن مات ، فمن صاحب « التقريب » : أن بقية الثلث تسلم لورثة الوصى . قال الامام : وفيه نظر ، لأن هذه الوصية إذا صححناها ، كالوصية بالثمار بلانهاية ، فوجب انتقال الحق إلى ورثة الوصى له . وإن نفقذنا تصرفهم ، فكلما انقضت سنة ، طالب الوصى له الورثة بدینار ، وكان ذلك كوصية تظهر بعد قسمة التركة . وإن كان هناك وصايا آخر ، قال صاحب « التقريب » : يوزع الثلث بعد الدينار الواحد على أصحاب الوصايا ، ولا يتوقف . فإذا انقضت سنة أخرى ، استرد منهم بدینار ما يقتضيه التقييط . قال الامام : هذا يبين إذا كانت الوصية مفيدة بحياة الوصى له . فأما إذا لم نقيّد ، وأقمنا ورثته مقامه ، فهو مشكل لانهتدى إليه .

فرع

لو انهدمت الدار الموصى بمنافعها ، فأعادها الوارث بآلتها ، هل يعود حق الوصى له ؟ وجهان . ولو أراد الوصى له إعادتها بآلتها ، فعلى الوجهين . قلت : أصحابها العود . والله أعلم

المسألة السادسة : الوصية بالحج . الحج ضربان ، متطوع به ، ومفروض . فالتطوع تصح الوصية به على الأظهر تفریماً على صحة النيابة فيه . ثم هو محسوب من الثالث ، ويحج عنه من بلده إن قيّد به ، ومن الميقات إن قيّد به . فان أطلق ، فعلى أيها يحمل ؟ وجهان . أصحابها : من الميقات ، وإليه ميل أكثرهم . وهل يقدم حج التطوع

في الثلث على سائر الوصايا ؟ قال القفال : هو على القولين في تقديم المتق على غيره من الوصايا . قال الشيخ أبو علي : لم أر هذا لأحد من الأصحاب ، بل جعلوا الوصية به مع غيره على الخلاف فيما إذا اجتمع حق الله تعالى وحقوق الآدميين . وإذا لم يف الثلث ، أو حصّة الحج منه بالحج ، بطلت الوصية ، وكذا لو قال : أحجوا عني بمائة من ثلثي ولم يمكن أن يحج بها . ولو قال : أحجوا عني بثلثي ، صرف ثلثه إلى ما يمكن من حجّين وثلث فصاعداً . فإن فضل ما لا يمكن أن يحج به ، فهو للورثة . ولو قال : أحجوا عني بثلثي حجة ، صرف ثلثه إلى حجة واحدة . ثم إن كان الثلث أجرة المثل فما دونها ، جاز أن يكون الأخير أجنبياً ووارثاً . وإن كان أكثر ، لم يستأجر إلا أجنبي ، لأن الزيادة محاباة [فلا تجوز للوارث] .

الضرب الثاني : المفروض ، وهو حجة الاسلام وغيرها .

أما حجة الاسلام ، فمن مات وهي في ذمته ، قضيت من رأس ماله وإن لم يوص بها ، كالزكاة ، وسائر الديون . وإن أوصى بها ، نظر ، إن أضافها إلى رأس المال ، فهي تأكيد . وإن أضاف إلى الثلث ، قضيت منه ، كما لو أوصى بقضاء دينه من ثلثه . وتنضمن هذه الوصية ترفيه الورثة بتوفير الثلثين . وفي تقديم الحج على سائر الوصايا وجهان - وقال الشيخ أبو علي : قولان - بحريان فيما لو أوصى بقضاء دينه من الثلث . أحدهما : يقدم ، كما لو لم يوص فانه يقدم ، وأصحابها : لا يقدم ، بل يزاحمها بالمضاربة ، لأنه وصية . ثم إن لم يف الثلث بالحج على الوجه الأول ، أو الحاصل من المضاربة على الثاني ، كمل من رأس المال ، كما لو قال : اقضوا ديني من ثلثي فلم يوف الثلث به ، وحينئذٍ تدور المسألة ، وستوضح مثالها قريباً إن شاء الله تعالى . وإن أطلق ، فلم يضاف إلى الثلث ، ولا إلى رأس المال ، حُج عنه من رأس المال على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، سواء قرن به ما يعتبر من الثلث ، أم [لا ، وأقيل :

قولان . ثانيها : أنه من الثلث . وقيل : إن قرن ، فمن الثلث ، وإلا ، فمن رأس المال . ثم متى جعلنا الحج من رأس المال ، حج عنه من الميقات ، لأنه لو كان حياً ، لم يلزمه إلا هذا . وإذا جعلناه من الثلث ، إما لتصريحه ، وإما عند الإطلاق ، فوجهان . أصحها : من الميقات أيضاً . فعلى هذا ، لو أوصى أن يحج عنه من بلده ، فلم يبلغ ثلثه حجة من بلده ، حج من حيث أمكن . وإن لم يبلغ الحج من الميقات ، تميم من رأس المال ما يتم به الحج من الميقات . والثاني : من بلده . فعلى هذا قال أبو إسحاق : إن أوصى بالحج من الثلث ، فجميعه من الثلث . فإن أطلق ، وجعلناه من الثلث ، فالذي من الثلث مؤنة ما بين البلد إلى الميقات . فأما من الميقات ، فهو من رأس المال . وأما الحجة المنذورة ، ففيها وجهان . أصحها : أنها كحجة الاسلام ، إلا أن هاهنا وجباً أنها إذا لم يوص بها ، قضيت من الثلث ، وهو شاذ . والثاني : كالتطوعات ، لأنها لا تلزم بأصل الشرع . فعلى هذا ، إن لم يوص بها ، لم تقض . وإن أوصى بها ، كانت من الثلث . ويجري الخلاف في الصدقة المنذورة والكفارات .

فرع

أوصى بحجة الاسلام من الثلث ، ولزيد بمائة ، والتركه ثمانمائة ، وأجرة الحج مائة . فإن قدمنا الحج على سائر الوصايا ، صرف الثلث إلى الحج . وإن لم تقدم ، ووزعنا الثلث ، دارت المسألة ، لأن حصة الحج تكفل من رأس المال ، وإذا أخذنا شيئاً من رأس المال ، نقص الثلث . وإذا نقص ، نقصت حصة الحج ، [فلا تعرف حصة الحج ما لم يعرف الثلث] ولا يعرف الثلث [ما لم يعرف المأخوذ من رأس المال ، ولا يعرف المأخوذ] ما لم تعرف حصة الحج .

فالطريق أن نأخذ من التركة شيئاً [لا يكال حصة الحجج] ، يبقى ثلثمائة إلا شيئاً بقدر ثلثه ، وهو مائة إلا ثلث شيء ، يقسم بين الحجج والوصى له نصفين ، فنصيب الحج خمسون إلا سدس شيء ، فيضم الشيء المفروض إليه ، تبلغ خمسين وخمسة أسداس شيء تعدل مائة ، وذلك تمام الاجرة ، فيسقط خمسين بخمسين ، تبقى خمسة أسداس شيء في مقابلة خمسين . وإذا كان خمسة أسداس الشيء خمسين ، كان الشيء ستين ، فمرفذاً أن ما أفرزناه ستون ، فنأخذ ثلث الباقي بعد الستين ، وهو ثمانون ، ونقسمه بين الوصيتين ، تخص كل واحدة أربعون ، والأربعون مع الستين ، تمام أجرة الحج .

فرع

أوصى أن يحج عنه تطوعاً ، أو حجة الاسلام من ثلثه بمائة ، وأوصى بما يبقى من الثلث بعد المائة لزيد ، وبثلث ماله لعمرو ، ولم تجز الورثة ما زاد على الثلث ، فيقسم الثلث بين عمرو والوصيتين الآخرين نصفين . فإذا كانت ثلث المال ثلثمائة ، كان لعمرو مائة وخمسون ، والباقي بين الحج وزيد . وفي قسمته وجهان . أحدهما قاله ابن خيران : تصرف خمسون إلى الحج ، ومائة إلى زيد ، لأن الوصيتين لو نفذتا يخص زيداً ثلثا الثلث . وأصحها : تصرف مائة إلى الحج ، وخمسون لزيد . ولو كان الثلث مائتين ، فلمعمرو مائة ، والمائة الباقية للحج على الأصح ، ولا شيء لزيد . وعلى الثاني : هي بين زيد والحج نصفان . ولو كان الثلث مائة ، قسمت بين الحج وعمرو نصفين ، ولا شيء لزيد في هذا الحال . وكذا لو لم توجد الوصية لعمرو ، بخلاف ما إذا كان الثلث فوق المائة . ولو أوصى أولاً بالثلث لعمرو ، ثم بالحج بمائة من الثلث ، ثم لزيد بما يبقى من الثلث بعد المائة ،

فن أبي إسحاق : أن الوصية لزيد باطلة ، لأن وصية عمرو استغرقت الثلث .
وقال الجمهور : لافرق بين التقديم والتأخير ، والوصية بالحج ولزيد وصية بثلث آخره ،
وهذا شخص أوصى بالثلثين ، كمن أوصى لشخص بالثلث ، ثم أوصى لآخر بالثلث ،
فانه يوزع الثلث عليها .

هذا كله تفريع على أن الحج لا يقدم في الثلث على سائر الوصايا . فأما إذا
قدمناه ، فإن كان الثلث ثلثمائة ، والمائة المقدرة للحج أجرة مثل الحج ، أخذت
المائة من رأس الثلث . وكيف يقسم الباقي بين زيد وعمرو ؟ قال ابن الحداد :
نصفين ، لأن كل واحد منهما لو انفرد مع الحج لأخذ مازاد على المائة . وغلظه
جماهير الأصحاب وقالوا : يقسم الباقي بينها على قدر وصيتهما . والوصية لزيد
بالباقى ، وهو مائتان ، ولعمرو بالثلث ، وهو ثلثمائة ، فيقسم الباقي بينهما على خمسة ،
لزيد ثمانون ، ولعمرو مائة وعشرون . ولو كانت الصور بحالها ، وأجرة مثل الحج
خمسون ، أخذ من الثلث خمسون أولاً ، ثم قال ابن الحداد : يجعل الباقي نصفين ،
نصفه لعمرو ، ونصفه الآخر ، للحج منه خمسون ، وباقيه لزيد . وقال الجمهور :
بل يقسم الباقي بعد أجرة مثل الحج على أحد عشر سهماً ، لأن وصية عمرو
في هذه الحالة بثلثمائة ، وللحج وزيد مائتين وخمسين ، والنسبة بينهما ما ذكرنا ،
فلمعمرو ما يخص ستة ، والباقي يقدم الحج منه بخمسين ، وباقيه لزيد . ولو كان
الثلث مائتين ، فإن كانت أجرة مثل الحج مائة ، أخذت من رأس الثلث ، ثم على
قول ابن الحداد : الباقي بينها نصفان ، وعند الجمهور : يجعل بينهما على ثلاثة أسهم ،
لأن الوصية لزيد بمائة ، ولعمرو بمائتين . وإن كان أجرة مثله خمسين ، أخذت خمسون
أولاً ، والباقي على قول ابن الحداد بين عمرو والوصيتين الآخرين نصفين ، ثم يقدم
الحج بخمسين من حصتها ، وعند الجمهور : يقسم المال بعد الخمسين على سبعة أسهم ،

لأنه أوصى لعمرو بمائتين ، وللحج وزيد بمائة وخمسين . فلمعمرو ما يخص أربعة ، والباقي يؤخذ منه ، خمسون للحج ، والباقي لزيد . ولو كان الثلث مائة ، فإن كان أجرة مثل الحج مائة ، فلا شيء لزيد وعمرو . وإن كان خمسين ، أخذ للحج خمسون . ثم على قول ابن الحداد : الباقي بين الحج وعمرو نصفان . وعند الجمهور : للحج ثلث الباقي ، ولعمرو ثلثاه ، لأن الوصية في هذه الحالة ، للحج بخمسين ، ولعمرو بمائة . وإذا لم تف حصه الحج في هذه الصورة بالحج . فإن كانت لحجة تطوع ، بطلت . وإن كانت لحجة الاسلام ، كمثلنا من رأس المال . وقد ذكرنا طريقه .

فصل

جرت العادة بذكر ما يقع عن الميت بفعل غيره في هذا الموضع لمناسبته الحج عنه فالحج يؤدي عنه إن كان فرضاً . ثم إن عين شخصاً وأوصى إليه فيه ، فعله عنه ، وارثاً كان أو غيره . وإن قال : أحجوا عني ، ولم يعين ، فللوارث أن يحج عنه بنفسه ، وله أن يأمر به أجنبياً . وإن لم يوص به أصلاً ، فللوارث أن يحج عنه ، وكذا للأجنبي إن أذن له الوارث ، وكذا إن لم يأذن على الأصح ، كقضاء الدين . ووجه المنع : افتقاره إلى النية ، فلا بد من استنابة . وأما حج التطوع ، فالنيابة جائزة على الأظهر كما سبق . فإن جوزناها ، فقال المراقبون : إن لم يوص به ، لا يصح الحج عنه . وفي دألي ، السرخسي : أن للوارث أن يستتيب ، وأنه إذا أوصى الميت إلى مميئن ، فعل . ولو استقل به أجنبي ، فوجهان . أصحها : المنع . وفي هذا الكلام تجوز الاستنابة للوارث ، وتجوز فعله بنفسه وإن لم يوص الميت . وأما أداء الزكاة عنه ، فالحج الواجب ، فيجوز للأجنبي أن يؤدي عنه زكاة المال وزكاة الفطر على الأصح المنصوص . وأما الكفارة ، فإن كانت مالية ،

فلوارث أن يؤدي الواجب من التركة ، ويكون الولاء للميت إذا أعتق . وإن كانت مخيثة ، فله أن يطعم ، ويكسو . وفي الاعتناق وجهان . أحدهما : المنع ، إذ لا ضرورة إليه . وأصحها : الجواز ، لأنه نائبه شرعاً ، فاعتاقه كاعتاقه . ولو أدى الوارث من مال نفسه ، ولا تركه ، فالصحيح الجواز . وقيل بالمنع ، لبعد العبادة عن النيابة . وقيل : يمنع الاعتناق فقط ، لبعد إثبات الولاء للميت . فاذا جوزنا ، فلو تبرع أجنبي بالطعام ، أو الكسوة ، أجزأ على الأصح ، كقضاء الدين . واحتج [له] الامام بأنه لو اشترطت الورثة ، لا يشترط صدوره من جميعهم ، كالأقرار بالنسب ، ولا يعتبر ذلك ، بل يستبدّ به كل واحد من الورثة . ولو تبرع الأجنبي بالعتق ، فقيل : على الوجهين . وقيل بالمنع قطعاً . وأما إذا لم يكن على الميت عتق أصلاً ، فأعتق عنه وارث أو غيره ، فلا يصح عن الميت ، بل يقع العتق والولاء للمعتق . ولو أوصى بالعتق في الكفارة المخيثة ، وزادت قيمة الرقبة على قيمة الطعام والكسوة ، فوجهان . أحدهما : يعتبر من رأس المال ، لأنه أداء واجب . وأصحها : الاعتبار من الثلث ، لأنه غير متجتم ، وتحصل البراءة بدونه . وعلى هذا وجهان . وقيل : قولان . أحدهما : تعتبر جميع قيمته من الثلث ، فإن لم يف به ، عدل إلى الاطعام . وأقيسها : أن المعتبر من الثلث ما بين القيمتين ، لأن أقل القيمتين لازم لاحتالة . ويجري الخلاف فيما إذا أوصى أن يكسّى عنه - والكسوة أكثر من الطعام - وسنميد المسألة في كتاب الأيمان ، بزيادة إيضاح إن شاء الله تعالى . ولو أعتق من عليه كفارة مخيثة في مرض الموت ، قال المتولي : لا تعتبر قيمة العبد من الثلث ، لأنه مؤدّر فرضاً ، وهذا كأنه تفريع على الوجه القائل بأنه إذا أوصى به ، أعتق من رأس المال .

فرع

وأما الدعاء الميت ، والصدقة عنه ، فينفعا به بلا خلاف . وسواء في الدعاء والصدقة ، الوارث والأجنبي . قال الشافعي رحمه الله : وفي وسع الله تعالى أن يليب المتصدق أيضاً . قال الأصحاب : فيستحب أن ينوي المتصدق الصدقة عن أبيه ، فإن الله تعالى ينيلها الثواب ، ولا ينقص من أجره شيئاً . وذكر صاحب « المدة » : أنه لو أنبط عيناً ، أو حفر نهراً ، أو غرس شجرة ، أو وقف مصحفاً في حياته ، أو فعله غيره عنه بمدموته ، يلحق الثواب الميت . واعلم أن هذه الأمور إذا صدرت من الحي ، فهي صدقات جارية ، يلحقه ثوابها بعد الموت كما صح في الحديث (١) ، وإذا فعل غيره عنه بمدموته ، فقد تصدق عنه . والصدقة عن الميت تنفعه ، ولا يختص الحكم بوقف المصحف ، بل يجري في كل وقف . وهذا القياس يقتضي جواز التضحية عن الميت ، لأنها ضرب من الصدقة . وقد أطلق أبو الحسن البادي جواز التضحية عن النير ، وروى فيه حديثاً (٢) . لكن في « التهذيب » أنه لا تجوز التضحية عن الغير بنير إذنه ، وكذلك [عن] الميت ، إلا أن يكون أوصى به .

فرع

وما عدا هذه القُرْب ، ينقسم إلى صوم ، وغيره ، فأما الصوم ، فلا يتطوع به عن الميت . وفي قضاء واجبه عنه قولان سبقا في الصيام . الجديد : المنع .

(١) روى مسلم في « صحيحه » ١٢٥٥/٣ عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة : إلا من صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له » .

(٢) وهو ما رواه أبو داود والترمذي والبيهقي من حديث شريك عن أبي الحسناء عن الحكم بن حنش عن علي رضي الله عنه أنه كان يضحى بكبشين ، أحدهما عن النبي صلى الله عليه وسلم ، والآخر عن نفسه ، وقال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرني أن أضحي عنه أبداً ، فأنا أضحي عنه أبداً . قال الترمذي ١٨٠/١ : هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث شريك ، وقال البيهقي ٢٨٨/٩ : تفرد به شريك بن عبد الله بإسناده ، وهو إن ثبت يدل على جواز التضحية بمن خرج من دار الدنيا من المسلمين ، والله أعلم .

والقديم : أن أوليه أن يصوم عنه . وعلى هذا ، لو أوصى إلى أجنبي ليصوم ، كان كالولي . ولو مرض بحيث لا يرجى برؤه ، ففي الصوم عنه وجهان تشبيهاً بالحج . وأما غير الصوم ، كالصلاة عنه قضاءً أو غيره ، وقراءة القرآن ، فلا ينفعه . واستثنى صاحب « التلخيص » من الصلاة ركعتي الطواف ، وقال : يأتي بها الأجير عن المحجوج عنه تبعاً للطواف . فوائقه بعض الأصحاب ، وقال بعضهم : يقع عن الأجير وتبرأ ذمة المحجوج عنه بما يفعل ، والأول أصح .

فرع

الذي يُستاد من قراءة القرآن على القبر ، قد ذكرنا في كتاب الاجارة طريقين لعود قائدهما إلى الميت . وعن القاضي أبي الطيب طريق ثالث ، وهو أن الميت كالحَي الحاضر ، فترجى له الرحمة ووصول البركة إذا وصل الثواب إلى القاريء .

فصل

إذا ملك في مرض موته من يمتق عليه ، فإن ملكه بالارث ، فهل يمتق من الثلث ، أم من رأس المال ؟ وجهان ، رجح البغوي والمتولي كونه من الثلث ، والأصح : كونه من رأس المال ، وبه قطع الاستاذ أبو منصور . وفي كلام الشيخ أبي علي وغيره : ما يقتضي الجزم به ، لأنه [لم يقصد] غلثكه ، ولا تضرر به الورثة . وإن ملكه بالهبة ، أو الوصية ، فإن قلنا في الموروث : يمتق من الثلث ، فبنا أولى ، لأنه مختار ، وإلا ، فوجهان . أصحها : من رأس المال ، وبه قطع

ابن الحداد وأبومنصور ، لأنه لم يسذل مالاً ، وزوال الملك حصل بغير رضا .
فإن قلنا : من رأس المال ، عتق وإن لم يكن له مال سواه . وكذا لو كان عليه
دين مستغرق ، وكذا المفلس المحجور عليه إذا قبله ولا سبيل للفرماء عليه .
وإن قلنا : يعتق من الثلث ، فلم يكن مال سواه ، عتق ثلثه فقط . وإن كان
عليه دين ، لم يعتق ، ويبيع في الدين ، وكذا في المحجور عليه بالفلس . ولو اشترى
المريض من يعتق عليه ، وعليه دين ، ففي صحة الشراء وجهان . ويقال : قولان .
أصحها : الصحة ، إذ لا خلل في الشراء ، فيثبت الملك ، ولا يعتق ، لحق الفرماء .
فإن لم يكن دين ، اعتبر عتقه من الثلث . فإن خرج كله ، صح الشراء ، وعتق
كله ، وإلا ، ففي صحة الشراء فيما زاد على الثلث الخلاف فيما إذا كان عليه دين .
فإن قلنا : لا يصح ، ففي قدر الثلث الخلاف المذكور في تفريق الصفقة . وإن قلنا :
يصح ، عتق الثلث فقط . وفي وجهه : شراء المريض أباه باطل مطلقاً ، لأنه وصية ،
وهي موقوفة على الخروج من الثلث ، والبيع لا يوقف ، وهذا ضعيف . هذا كله
إذا لم يكن محاباة . أما إذا اشتراه بخمسين ، وقيمه مائة ، فقدر المحاباة هبة ،
فيجيء فيه الوجهان في أنه من الثلث ، أو رأس المال ؟ فإن قلنا : من الثلث ،
فجميع المائة من الثلث ، وإلا ، فالعبر منه خمسون . ثم متى حكنا بعتقه من الثلث ،
لا يرثه ، لأنه وصية ، ولا سبيل إلى الجمع بينها وبين الارث . هكذا أطلقوه وعللوه ،
وكأنه تفريع على بطلان الوصية لو ارث . فإن قلنا : يقف على إجازة الوارث ،
لم يمتنع الجمع بينها وبين الارث ، فيحتمل توقف الأمر على الإجازة ، ويحتمل خلافه .
وحكى الأستاذ أبومنصور وجهاً : أنه يرث ، لأنه لا [يملك] رقبته حتى يقال :
أوصى له بها . والصحيح الأول . ومتى عتق من رأس المال ، ورث على الصحيح .
وقال الاصطخري : لا يرث ، وجعل عتقه وصية في حقه . وإن لم تكن وصية
في حق الوارث ، كما لو نكحت المريضه بدون مهر المثل ، تصح المحاباة من رأس

المال إن كان الزوج أجنبياً . فإن كان وارثاً ، جعل وصية ، فبطل ويجب مهر المثل .

فصل

إذا قال : أعتقوا عبدي بعد موتي ، لم يفتقر إلى قبول العبد ، لأن الله تعالى حقاً مؤكداً في العتق ، فكان كالوصية للجهات العامة . ولو قال : أوصيت له برفقته ، فهي وصية صحيحة ، ومقصودها الاعناق ، ويشترط قبوله على الأصح ، لاقتضاء الصيغة ذلك ، كقوله لبعده : ملكك نفسك ، أو وهبت لك نفسك ، فإنه يشترط فيه القبول في المجلس . ولو قال : وهبتك نفسك ، ونوى به العتق ، عتق بلا قبول .

فصل

قال : إذا مات ، فاعتقوا ثلث عبدي ، أو قال : ثلث عبدي حر إذا مات ، لم يعتق إذا مات إلا ثلثه ، ولا يسري ، لأنه ليس بمالك للباقي في حال العتق ، ولا موسر بقيمته ، بخلاف ما لو أعتق المريض بمض عبده ، فإنه يسري إذا وفي به الثلث ، لأنه مالك للباقي . ولو ملك ثلاثة أعبد قيمتهم سواء ، لأمال سوام ، فأعتق في مرضه ثلث كل واحد منهم ، فقال : ثلث كل واحد منهم حر ، أو أثلاثهم أحرار ، فهل يعتق من كل عبد ثلثه كما ذكر ؟ أم بقرع بينهم فيعتق واحد بالقرعة لتجتمع الحرية كما لو قال : أعتقت هؤلاء ؟ فيه وجهان . أصحها : الثاني . ولو قال : أعتقت ثلثكم ، أو ثلثكم حر ، أقرع قطعاً . وقيل : فيه الوجهان . ولو قال : أثلاث هؤلاء أحرار بعد موتي ، أو ثلث كل واحد ، عتق من كل عبد ثلثه ، ولا قرعة ،

لما ذكرنا أن المتق بعد الموت لا يسري ، لكن لو زاد ما أعتق على الثلث ، أقرع لرد الزيادة ، لالسرابة . وفي « التهذيب » وغيره وجه : أنه يقرع ، كما لو نجز في المرض ، فمن خرجت له القرعة ، عتق ، ورق الآخران . والصحيح الأول ، وبه قال ابن الحداد ، وفرع عليه فقال : لو قال للثلاثة : النصف من كل عبد منكم حر ، فقد أعتق نصف ماله . فإن لم تجز الورثة ، أقرع بين السيد بسهم رق وسهمي حرية ، فمن أصابه سهم الرق ، رق ، وبعث من كل واحد من الآخرين نصفه ، ولا يسري . ولو أعتق الأنصاف في مرضه ، فمن عتق منه شيء ، سرى إلى باقيه إلى أن يتم الثلث ، فيقرع بينهم بسهمي رق ، وسهم عتق . فمن خرج له سهم المتق ، عتق كله ، وهو ثلث المال . ولو لم يملك إلا عبيد قيمتها سواء ، فقال : نصف غانم حر بعد موتي ، وثلث سالم حر بعد موتي ، فقد أعتق خمسة أسداس ، وليس له إلا أربعة أسداس ، فيقرع لرد الزيادة ، فإن خرج المتق لغانم ، عتق نصفه ، وعتق سدس سالم ليتم الثلث . فإن خرج المتق لسالم ، عتق ثلثه وثلث غانم . وإن أعتق نصف كل واحد منها في مرضه ، أقرع ، فمن خرج له سهم المتق ، عتق ثلثاه ، ورق باقيه مع جميع الآخر .

هذا كله ، إذا أعتق الأبعاض في المرض ممّا ، بأن قال : أثلاث هؤلاء أحرار ، أو نصف كل عبد حر . فأما إذا قدم وآخر ، فيقدم الأسبق فالأسبق ، حتى لو قال : نصف غانم حر ، وثلث سالم حر ، عتق ثلثا غانم ، ولا قرعة .

فصل

أعتق جاريته بعد الموت وهي حامل ، ففي الحمل وجهان . أحدهما : لا يعتق ، لما سبق أن إعتاق الميت لا يسري . وأصحها : يعتق ، لانه كعضوها . ولو قال :

هي حرة بعد موتي إلا جنينها ، أو دون جنينها ، لم يصح الاستثناء على الأصح .
ولو نجز عتقها في الحياة ، عتق الحمل ، ولم يصح استثناءه بلا خلاف . ولو كانت
لشخص ، وحملها لآخر ، فأعتقها مالکها ، لم يعتق الحمل قطعاً ، لأن اختلاف الملك
يمنع الاستتباع .

فصل

أوصى بثلاث عبد معين ، أو دار ، أو غيرها ، فاستحق ثلثاه ، نظر ، إن
لم يملك شيئاً آخر ، فلموصى له ثلث الثلث الباقي . وإن ملك غيره ، واحتمل ثلث
ماله الثلث الباقي ، فطريقان . أصحهما : على قولين . أظهرهما : يستحق الثلث الباقي .
والثاني : ثلث الثلث . والطريق الثاني : ثلث الثلث قطعاً . ثم عن ابن سريج :
أن هذا فيما إذا قال : أوصيت له بثلاث هذا العبد . فأما إذا قال : أعطوه ثلثه ،
فيدفع إليه الثلث الباقي قطعاً . ولو قال : أوصيت له بثلاث هذه الثلاث ، أو بأحد
أثلاث هذا العبد ، أو بثلاث هذه الدار ، فاستحق الثلثان ، أو اشترى من زيد
ثلثها ، ومن عمرو ثلثها ، وأوصى بما اشتراه من زيد ، فاستحق ما اشتراه من
من عمرو ، نفذت الوصية في الثلث الباقي في هذه الصور قطعاً . ولو أوصى
بأثلاث الأعبد الثلاثة ، فاستحق اثنان منهم ، نفذت في الثلث الباقي . ولو أوصى
بثلاث صبرة ، فتلّف ثلثاها ، فله ثلث الباقي قطعاً .

فصل

ما أوصى به للمساكين ، هل يجوز نقله إلى مساكين غير بلد المال ؟ فيه طريقان .

أصحابها وبه قال الأكثرون : على قولين ، كالزكاة . وإثباتي : الجواز قطعاً .
فإن منعنا فلم يكن في البلد مسكين ، فهل ينقل كالزكاة ، أم تبطل
الوصية ؟ وجهان .

قلت : أصحابها النقل . والله أعلم

ولو عين فقراء بلد ، ولم يكن فيه فقير ، بطلت الوصية . كما لو أوصى لولد
فلاز ولا ولد له . وبالله التوفيق .

القسم الثالث من الباب : في المسائل الحسائية .

هذا فنٌ طويل ، ولذلك جعلوه علماً برأسه ، وأفردوه بالتدريس والتصنيف .
وفيه أطراف .

الأول : فيما إذا أوصى بجزء ، وفيه مسائل .

إحداها : إذا أوصى بمثل نصيب ابنه ، وله ابن واحد لا يرثه غيره ،
فالوصية بالنصف ، فإن لم يجز ، ردت إلى الثلث . وكذا لو كان له ابنان ، أو بنون
فأوصى بمثل نصيبها ، أو نصيبهم ، فهو كابن . ولو لم يكن له ابن ، أو لم يكن
وارثاً لرق وغيره ، فالوصية باطلة . ولو قال : أوصيت له بنصيب ابني ، فوجهان .
أصحابها عند المراقين والبغوي : بطلان الوصية . وأصحابها عند الامام والروائي
وغيرهما وبه قطع أبو منصور : صحتها . والمعنى : بمثل نصيب ابني . ويجري
الوجهان فيما لو قال : بعتك عبدي بما باع به فلان خرمه وهما يملكان قدره .
فإن صححنا ، فهو وصية بالنصف على الصحيح . وقيل : بالكل ، حكاه البغوي .
ولو كان له ابنان ، فأوصى بمثل نصيب أحدهما ، أو بمثل نصيب ابن ، فالوصية
بالثلث . وإن كانوا ثلاثة ، فالربع ، أو أربعة ، فالحمس . وعلى هذا القياس . ويجعل
الموصى له كابن آخر معهم . وضابطه : أن تصحح فريضة الميراث ، ويزاد عليها

مثل نصيب الموصى له بمثل نصيبه ، حتى لو كان له بنت ، وأوصى بمثل نصيبها ، فالوصية بالثلث ، لأن المسألة من اثنين لو لم تكن وصية ، فتزید على الاثنين سهماً ، وتعطيه سهماً من ثلاثة [أسهم] . ولو كان بنتان ، فأوصى بمثل نصيب أحدهما ، فالوصية بالربع ، لأن المسألة من ثلاثة لولا الوصية ، لكل واحدة سهم ، فتزید للموصى له سهماً ، فتبلغ أربعة . ولو أوصى بمثل نصيبها [معاً] ، فالوصية بخمسي المال ، لأنها من ثلثه ، ونصيبها منها اثنان ، فتزید على الثلاثة سهمين . ولو أوصى وله ثلاث بنات وأخ بمثل نصيب واحدة ، فالوصية بسهمين من أحد عشر ، لأنها من تسعة لولا الوصية . ونصيب كل بنت منها سهات ، فتزیدهما على التسعة . وكذا لو أوصى وله ثلاثة بنين ، وثلاث بنات بمثل نصيب ابن ، فالوصية بسهمين من أحد عشر . ولو كان له ثلاثة بنين ، وبنت ، وأوصى بمثل نصيبها ، فالوصية بالثمن . ولو كان ابن ، وثلاث بنات ، وأبوان ، وأوصى بمثل نصيب الابن ، فالوصية بثمانية أسهم من ثمانية وثلاثين .

فرع

أوصى وله ابن بمثل نصيب ابن ثان لو كان ، أو أوصى وله ابنان بمثل نصيب ابن ثالث لو كان ، فالوصية في الأولى ، بالثلث . وفي الثانية ، بالربع . وقال الأستاذ أبو إسحاق : في الأولى ، بالنصف . وفي الثانية ، بالثلث . والصحيح الأول . وهل يفرق بين قوله : بمثل نصيب ابن ثان ، أو ثالث لو كان ؟ وبين أن يحذف لفظة « مثل » ، فيقول : بنصيب ابن ثالث ؟ القياس أنه على الوجهين فيما إذا أضاف

إلى الوارث الموجود . وحكى الأستاذ أبو منصور عن الأصحاب : أنهم فرقوا فقالوا : إذا أوصى بمثل نصيبه ، دفع إليه نصيبه لو كان زائداً على أصل الفريضة ، وإذا أوصى بنصيبه ، دفع إليه لو كان من أصل الفريضة . فعلى هذا ، لو أوصى وله ابنان بنصيب ثالث لو كان ، فالوصية بالثالث . ولو قال : بمثل نصيب ابن ثالث لو كان ، فبالربع كما سبق . ولو أوصى وله ثلاثة بنين ، بمثل نصيب بنت لو كانت ، فالوصية بالثمن ، وعلى قول الأستاذ أبي إسحاق : بالسبع .

فرع

لابن سريج

له ابنان ، وأوصى لزید بمثل نصيب ابن رابع لو كان ، ولمرو بمثل نصيب خامس لو كان ، فللحساب طريقان .

أحدهما : أن يقال : المسألة من اثنين لو لم يكن وصية ، ومن أربعة لو كانوا أربعة ، ومن خمسة لو كانوا خمسة ، فهنا اثنان ، وأربعة ، وخمسة ، [والاثنان والأربعة متداخلان] ، فتسقط الاثنين لدخولهما في الأربعة ، وتضرب أربعة في خمسة ، تبلغ عشرين ، وهذا العدد ينقسم على الاثنين بلا وصية ، وعلى الأربعة [لو كانوا] ، ونصيب كل واحد خمسة ، وعلى الخمسة [لو كانوا] ، ونصيب كل واحد أربعة ، فتزيد الأربعة والخمسة على العشرين ، تبلغ تسعة وعشرين ، تزيد منها خمسة ، ولمرو أربعة ، والباقي الاثنين .

الطريق الثاني : أن يقال : لو لم يكن إلا وصية زيد ، لكان له سهم من خمسة ، فتقسم الباقي على خمسة ، لوचितه لمرو بمثل نصيب [ابن] خامس ، فيخرج [من] القسمة أربعة أخماس ، وهو نصيب كل ابن لو كانوا خمسة ، فتزيد على الخمسة

لمعرو أربعة أخماس ، تكون خمسة وأربعة أخماس ، يزيد منها واحد ، ولمعرو أربعة أخماس ، والباقي للاثنين ، فإذا بسطناها أخماساً ، كانت [تسعة] وعشرين .

المسألة الثانية : أوصى يزيد بمثل نصيب أحد ورثته ، أعطي مثل أقلهم نصيباً ، وطريقه : أن تصحح المسألة بلا وصية ، وتزيد عليها مثل سهم أقلهم ، ثم تقسم ، فإذا كان ابن وبنت ، فالوصية بالربع ، أو زوج وأم وأختان ، فبالسبع ، لأن نصيب الأم واحد من ثمانية ، فتضمه إليها تصير تسعة ، أو بنتان وثلاث زوجات وأخ ، فبسهم من خمسة وعشرين ، أو بنت وبنت ابن وأخ ، فبالسبع . وإن أوصى بمثل نصيب أكثرهم نصيباً ، فطريقه : أن تصححها بلا وصية ، وتضم إليها مثل نصيب ذلك . فان كان ابن وبنت ، فله خمسان .

فرع

له ابنتان ، أوصى يزيد بمثل نصيب أحدهما ، ولمعرو بمثل نصيب الآخر ، فأجازا لهما ، قسم المال بين الأربعة أرباعاً ، وإن ردّا الوصيتين ، ارتدتا إلى الثلث وكان الثلث بينهما بالسوية ، وإن أجازا إحدهما وردّا الأخرى ، فالصحيح : أن كل واحد منها يأخذ سدس المال ، والمجاز له مع ذلك نصف سدس . وتصح من أربعة وعشرين ، للمجاز له ستة ، وللمردود أربعة ، والباقي للاثنين . وعن ابن سريج : أنه يضم سهم المجاز له إلى سهم الابنتين ويقسم بينهما أثلاثاً . وتصح من ثمانية عشر ، للمردود ثلاثة ، وللباقيين خمسة خمسة . وإن أجاز أحدهما لأحدهما ، وردّها الآخر ، فعلى الصحيح : المسألة من أربعة وعشرين ، للمردود أربعة ، والمجاز خمسة ، وللمجيز سبعة ، والراد ثمانية . وعلى الحكمي عن ابن سريج : تصح من ثمانية عشر ، وللمردود ثلاثة ، والمجاز أربعة ، وللمجيز خمسة ، والراد ستة .

المسألة الثالثة : الضعف ، وهو الشيء ومثله ، فإذا أوصى بضعف نصيب ابنه ، وله ابن واحد ، فهي وصية بالثلثين . ولو قال : بضعف نصيب أحد أولادي أو ورتني ، أعطي مثلي نصيب أقلهم [نصيباً] ، فإن كان ثلاثة بنين ، فله خمسان . ولو أوصى لزيد بمائة ، ولمرو بضعفها ، فالثانية مائتين ، وضعفا الشيء ثلاثة أمثاله ، فإذا قال : ضعفي نصيب ابني ، وله ابن واحد ، فالوصية بثلاثة أرباع المال . ولو قال : ضعفي نصيب أحد بنيّ وم ثلاثة ، فله ثلاثة أسهم من ستة ، ولكل ابن سهم . ولو أوصى لزيد بمائة ، ولمرو بضعفها ، فلمرو ثلثمائة ، وثلاثة أضعاف الشيء أربعة أمثاله ، وأربعة أضعافه خمسة أمثاله .

[المسألة] الرابعة : أوصى بنصيب من ماله ، أو جزءً ، أو حظ ، أو قسط ، أو شيء ، أو قليل ، أو كثير ، أو سهم ، يرجع في تفسيره إلى الورثة ، ويقبل تفسيرهم بأقل ما يتموّل ، لأن هذه الألفاظ تقع على القليل والكثير . فان ادعى الموصى له أن الموصي أراد أكثر من ذلك ، قال الأكثرون منهم أبو منصور والخنطاطي والمسمودي : يحلف الوارث أنه لا يعلم إرادة الزيادة . وحكى البغوي : أنه لا يتعرض للإرادة ، بل يحلف أنه لا يعلم استحقاق الزيادة ، وسلم أنه لو أقر لمبهم ومات وجرى مثل هذا النزاع بين المقر له والوارث ، حلف الوارث على نفى إرادة المورث ، وفرق بأن الاقرار بإخبار ، والوصية لإنشاء أمر على الجهالة . ورد المتولي افتراق البابين إلى شيء آخر فقال : انوارث هنا يحلف أنه لا يعلم الموصي أراد الزيادة ، ولا يحلف أنه أراد هذا القدر ، وفي الاقرار ، يحلف أنه لا يعلم الزيادة ، وأنه أراد هذا القدر .

فرع

أوصى بثلاث ماله إلا شيئاً ، قبل التفسير وتنزيله على أقل ما يتموّل وحمله الشيء

المستثنى على مال كثير . وقال الاستاذ أبو منصور : يعطى زيادة على السدس . قال : وكذا لو قال : أعطوه ثلث مالي إلا قليلا . ولو قال : أعطوه الثلث إلا كثيراً ، جاز أن يعطيه أقل من السدس . والصحيح المعروف هو الأول .

فرع

قال : أعطوه من واحد إلى عشرة ، ففيه الأوجه المذكورة في الاقرار . وقال الاستاذ أبو منصور عن بعض الأصحاب : إن أراد الحساب ، فلاموصى له خمسة وخمسون ، وهو الحاصل من جمع واحد إلى عشرة على قوالي العدد . وإن لم يرد الحساب ، فله التيقن ، وهو ثمانية ، ولا شك في اطراد هذا في الاقرار . ولو قال : أعطوه واحداً في عشرة ، أو ستة في خمسة ، أطلق الاستاذ ثبوت ما يقتضيه الضرب ، وذكرنا فيه تفصيلاً في الاقرار .

فرع

قال : أعطوه أكثر مالي ، فالوصية بما فوق النصف . ولو قال : أكثر مالي ومثله ، فالوصية بجميع ماله . ولو قال : أعطوه زهاء ألف درهم ، أو معظم الألف أو عامته ، فالوصية بما فوق النصف . قلت : هذا في «زهاء» مشكل ، لأن زهاء ألف ، معناه في اللغة : قدر ألف ، ولا يصدق ذلك على خمسمائة ودرهم . والله أعلم

ولو قال : أعطوه دراهم أو دنائير ، فأقل ما يعطى ثلاثة . ولفظ الدراهم والدنانير

عند الإطلاق يحمل على نقد البلد الغالب ، وليس للوارث التفسير بغيره . فإن لم يكن غالب ، رجع إلى الوارث . ولو قال : أعطوه كذا ، أو قال : كذا وكذا ، أو قال : كذا درهم ، أو قال : كذا وكذا درهم ، فملى ما ذكرناه في الاقرار . ولو قال : مائة ودرهما ، أو ألفاً ودرهما ، لم يلزم أن تكون المائة والألف دراهم . ولو قال : مائة وخسين درهما ، أو مائة وخمسة وعشرين درهما ، فملى الخلاف المذكور في الاقرار . قال البغوي : لو قال : كذا وكذا من دنانيري ، يعطى ديناراً . ولو قال : كذا وكذا من دنانيري ، يعطى دينارين . ولو قال : كذا وكذا من دنانيري ، يعطى حبة ، ولو قال : كذا وكذا من دنانيري فجبтан . ولك أن تقول : ينبغي أن يعطى حبة أيضاً إذا قال : كذا وكذا من دنانيري .

الطوف الثاني : في طريق تصحيح مسائل الوصية بالأجزاء . فإذا أوصى من له ورثة بجزء شائع ، وأردنا قسمة التركة بين الورثة والموصى له ، فلما أن يوصى بالثالث فما دونه ، وإما بأكثر .

القسم الأول : إذا أوصى بالثلث فما دونه ، فله حالان .

أحدهما : أن تكون الوصية بجزء واحد ، فتصح مسألة الميراث عائلة أو غير عائلة ، وينظر في مخرج جزء الوصية ، ويخرج منه جزء الوصية . ثم إن انقسم الباقي على مسألة الورثة ، صحت المسألتان ، وذلك كمن أوصى بربع ماله ، وترك ثلاثة بنين [فخرج جزء الوصية أربعة ، والباقي بمد لإخراج الربع ينقسم على البنين] ، وإن لم ينقسم ، فلك طريقان .

أحدهما : أن تنظر في الباقي وفي مسألة الورثة ، فإن تباينا ، ضربت مسألة الورثة في مخرج الوصية ، وإن توافقا ، ضربت وفق مسألة الورثة في مخرج الوصية ، فما بلغ صحت منه القسمة . ثم من له شيء من مخرج الوصية ، أخذه مضروباً فيما ضربته في مخرج الوصية ، ومن له شيء من مسألة الورثة ، أخذه مضروباً

فما بقي من مخرج الوصية بعد إخراج جزء الوصية إن كان الباقي مع مسألة الورثة متباينين . وإن كانا متوافقين ، ففي وفق الباقي .

الطريق الثاني : أن تنسب جزء الوصية إلى الباقي من مخرجها بعد الجزء ، وتزيد مثل تلك النسبة على مسألة الورثة ، فما بلغ ، فنه القسمة . فإن كان فيه كسر ، ضربته في مخرج الكسر ، فما بلغ ، صحت منه القسمة .

مثاله : ثلاثة بنين ، أوصى بثلث ماله ، مسألة الورثة من ثلاثة ، ومخرج الوصية أيضاً ثلاثة ، والباقي بعد جزء الوصية اثنان لا ينقسمان على ثلاثة .

فعلى الطريق الأول : تضرب ثلاثة في مخرج الوصية ، تبلغ تسعة منها القسمة ، كان للموصى له سهم يأخذه مضروباً في الثلاثة المضروبة في مخرج الوصية ، ولكل ابن سهم من مسألة الورثة مضروب في الباقي من مخرج الوصية بعد إخراج جزء الوصية وهو اثنان .

وعلى الطريق الثاني تقول : جزء الوصية نصف الباقي من مخرجها ، فتزيد على مسألة الورثة نصفها تكون أربعة ونصف ، تبسطها أنصافاً تبلغ تسعة .

أبوان وخمس بنات ، وأوصى بخمس ماله ، مسألة الورثة من ستة ، وتصح من ثلاثين ، ومخرج جزء الوصية خمسة ، والباقي بعد إخراج جزء الوصية أربعة لا تصح على الثلاثين .

فعلى الطريق الأول ، هما متوافقان بالنصف ، فتضرب نصف مسألة الورثة وهو خمسة عشر في مخرج الوصية ، تبلغ خمسة وسبعين ، كان للموصى له سهم يأخذه مضروباً في خمسة عشر ، ولكل واحد من الأبوين خمسة في نصف الأربعة تكون عشرة ، ولكل بنت أربعة في اثنين ثمانية .

وعلى الثاني تقول : الجزء المخرج مثل ربع الباقي ، فتزيد على الثلاثين ربعها وتبسطها أنصافاً ، تبلغ خمسة وسبعين .

ابنان وبناتان ، وأوصى بالثلث ، مسألة الورثة من ستة ، والوصية من ثلثه ، والباقي بعد جزء الوصية لا ينقسم على ستة .

فعلى الطريق الأول : يتوافقان بالنصف ، فتضرب نصف الستة في مخرج الوصية ، تبلغ تسعة ، الموصى له سهم في ثلاثة ، ولكل ابن سهمان في واحد .
وعلى الثاني نقول : جزء الوصية نصف الباقي من مخرجها ، فتزيد على مسألة الورثة نصفها تكون تسعة .

الحال الثاني : أن تكون الوصية بجزءين فصاعداً ، فيؤخذ مخرج الجزئين بالطريق المذكور في أصول مسائل الفرائض ، ثم العمل على ما تبين في الحال الأول .
مثاله : أبوان ، وأوصى بثمان ماله لزيد ، وبخمس لعمرو ، مسألة الورثة من ثلاثة ، ومخرج الجزئين أربعون . لزيد خمسة ، وعمرو ثمانية ، ويبقى سبعة وعشرون تصح على ثلاثة بنين . وأوصى بربع ماله لزيد ، وبنصف سدسه لعمرو ، مسألة الورثة ثلاثة ، ومخرج الوصيتين اثنا عشر ، وبمجموع الجزئين أربعة ، إذا أخرجناها ، يبقى ثمانية لاتصح على ثلاثة .

فعلى الطريق الأول : لاموافقة ، فتضرب ثلاثة في اثني عشر ، فتبلغ ستة وثلاثين منها تصح .

وعلى الثاني : الخارج بالوصيتين ، نصف الباقي من مخرجها ، وتزيد على مسألة الورثة نصفها ، تبلغ أربعة ونصف ، تبسطها أنصافاً تكون تسعة ، لكن نصيب الموصى لهما من مخرج الوصيتين أربعة ، وحصلتها من التسعة ثلاثة لاتنقسم على أربعة ، فتضرب أربعة في تسعة ، تبلغ ستة وثلاثين .

ولو كانت البنون ستة ، والوصيتان بمالهما .

فعلى الطريق الأول ، تبقى ثمانية لاتصح على ستة ، لكن توافق بالنصف ، فتضرب نصف الستة في اثني عشر ، تبلغ ستة وثلاثين .

والطريق الثاني كما سبق .

القسم الثاني : إذا أوصى بأكثر من اثلاث ، فينظر إن كانت الوصية لشخص أو جماعة يشتركون فيه ، إما بجزء ، كالنصف ، وإما بجزءين كالنصف والرابع ،

فمدار المسألة على إجازة الورثة وردم ، وقد سبق بيان الحكم والحساب . وإن أوصى لشخص بجزء وآخر بجزء ، فإن أجاز الورثة ، أعطي كل واحد ما سمي له ، وقسم الباقي بين الورثة . وطريق القسمة ماسبق في القسم الأول . وإن ردوا الزيادة على الثلث ، قسم الثلث بينهم على نسبة أنصباهم بتقدير الإجازة ، وسواء زاد الجزء الواحد ، كالنصف والثلث ، أو لم يزد واحد منها ، كالربع والثلث .

مثاله : أبوان وابنان ، وأوصى لزيد بنصف ماله ، ولعمرو بثلثه ، وأجازوها ، فمسألة الورثة ستة ، وكذا خرج الوصيتين ، والباقي بعد جزأي الوصيتين لا ينقسم على ستة . فعلى الطريق الأول : تضرب الستة في مخرج الوصيتين ، تبلغ ستة وثلاثين .

وعلى الثاني تقول : جزء الوصيتين خمسة أمثال الباقي من مخرجها ، فيزداد على مسألة الورثة خمسة أمثالها ، تبلغ ستة وثلاثين ، منها تصح القسمة . وإن ردوا الوصيتين ، قسمنا الثلث بينها على خمسة ، لأن نصيبها بتقدير الإجازة خمسة من ستة . ولذلك طريقان .

أحدهما : أن ينظر إلى مازاد من الوصايا على الثلث ، وينقص بذلك النسبة من نصيب كل واحد من الموصى لهم ، فنسبة مازاد هنا ثلاثة أخماس ، لأن مجموع الوصية بخمسة من ستة ، ولا خمس لمخرج الوصيتين ، فنضرب مخرج الخمس في ستة ، تبلغ ثلاثين ، منها خمسة عشر للموصى له بالنصف ، وعشرة للموصى له بالثلث ، فينقص من كل واحد ثلاثة أخماسه ، يبقى للأول ستة ، وللثاني أربعة ، والباقي عشرون للورثة . وهذه الانصاء متوافقة بالنصف ، فترد للاختصار إلى أنصافها ، وتقسّم من خمسة عشر .

الطريق الثاني : أنا نطلب مالاً لثلثه خمس ، فنضرب مخرج الثلث في مخرج الخمس ، تبلغ خمسة عشر ، للموصى له بالنصف ثلاثة ، وللآخر اثنان ، يبقى عشرة للورثة لا تنقسم على مسائلهم وهي ستة ، لكن توافقها بالنصف ، فنضرب نصف الستة في الخمسة عشر ، تبلغ خمسة وأربعين ، منها تصح القسمة .

فرع

هذا الذي ذكرناه ، إذا لم تستغرق الوصية المال . فإن استغرقت وأجيزت ، قسم المال بين أصحاب الوصايا . وإن ردّوا ، قسم الثلث بينهم على نسبة أنصبتهم بتقدير الاجازة . وإن زادت الوصايا على المال ، بأن أوصى لزيد بماله كله ، ولمرو بثلثه ، فإن أجازوا ، فقد عالت إلى أربعة ، لزيد ثلاثة ، ولمرو سهم . وإن ردّوا ، قسم الثلث بينهم على أربعة ، وتكون قسمة الوصية من اثني عشر . ولو أوصى لزيد بنصف ماله ، ولمرو بثلثه ، ولبكر بربعه ، قسم المال بينهم على ثلاثة عشر سهماً إن أجازوا ، وإلا ، قسم ثلثه على ثلاثة عشر .

فرع

أوصى لزيد بمبد قيمته مائة ، ولمرو بدار قيمتها ألف ، ولبكر بخمسة ، وكان ثلث ماله ثمانمائة ، فقد أوصى بثلاثي ماله . فإن أجازوا ، فذاك ، وإلا ، فالزائد على الثلث مثل جميع الوصايا ، فتردّ كل وصية إلى نصفها ، ويخص كل واحد بنصف ما عين له . ولو أوصى لزيد بمشرة ، ولمرو بمشرة ، ولبكر بخمسة ، وثلثه عشرون ، ولم يجيزوا ، قسمت المشرون على خمسة ، لكل واحد من الاثنين ثمانية ، ولبكر أربعة . ولو كانت بحالها وقال : قدموا بكرأ على عمرو ، قال ابن الحداد : لزيد ثمانية ، ولمرو سبعة ، ولبكر خمسة . ولو قال : قدموا بكرأ عليها ، أعطي خمسة ، ودخل النقص عليها بالسوية ، فيكون لكل منها سبعة ونصف .

فرع

أوصى زيد ببدر ، ولمرو بباقي من ثلث ماله ، اعتبر ماله عند الموت .
فإن خرج العبد من ثلثه ، دفعناه إلى زيد ، وأعطينا عمرًا باقي الثلث إن بقي شيء ،
وإلا ، بطلت وصية عمرو . وإن مات العبد قبل موت الموصي ، لم يحسب من التركة ،
وينظر في باقي أمواله ، فيحط من ثلثها قيمة العبد ، ويدفع باقيه إلى عمرو . فإن لم
يبق شيء ، بطلت أيضًا وصيته . وإن مات بعد موت الموصي ، حسب من التركة ،
وحسبت قيمته من الثلث . فإن بقي شيء من الثلث ، فهو لعمرو . ولو لم يكن له
مال سوى العبد ، فأوصى زيد به ، ولمرو بثلثه ، أو بثلث ماله ، ولم يجز لفظ
يقضي الرجوع عن الوصية الأولى . فإن أجازوا ، قسم العبد بينها ، لزيد ثلاثة أرباعه ،
ولعمرو ربه . وإن لم يجزوا ، قسم الثلث كذلك . وإن أوصى زيد بالعبد . وقيمه
آلف ، ولمرو بثلث ماله ، وله ألفان سوى العبد ، فإن أجازوا ، جمل العبد بينها
أربعاً كما ذكرنا ، ولمرو مع ربه ثلث الألفين . وإذا كان العبد الذي هو ثلث
المال أربعة ، كان الألفان وهما ثلثاه ثمانية ، لكن [ليس] لثمانية ثلث ، فغضب مخرج
الثلث في اثني عشر ، تبلغ ستة وثلاثين ، العبد منها اثنا عشر ، تسعة منها لزيد ،
وثلاثة منها مع ثمانية من الباقي لعمرو ، والباقي للورثة . وإن ردوا الوصية ، قسم
الثلث بينها على عشرين ، لأن حصة سهام الوصايا عند الإجازة عشرون . وإذا كان
العبد وهو ثلث المال عشرين ، كان الجميع ستين ، لزيد تسعة من العبد ، ولمرو
ثلاثة منه وثمانية أسهم من الباقي كما كان في حال الإجازة ، يبقى للورثة ثمانية أسهم
من العبد ، وثمان وثلاثون سهماً من الباقي ، وجميع ما ذكرناه فيها إذا أجاز جميع
الورثة جميع الوصايا ، أورد جميعهم جميعاً إلى الثلث . فلو أجازوا بعضها ، أو أجاز
بعضهم بعضها ، وبعضهم كلها ، أو أجاز بعضهم بعضها ، وبعضهم بعضاً آخر ، أو أجاز

بعضهم جميعها ، ورد بعضهم جميعها ، [أو ردّ بعضهم جميعها] وبعضهم بعضها ،
فالتاريخ في هذه الأحوال أن تصحح المسألة على تقدير الاجازة المطلقة وعلى تقدير
الردّ المطلق. فإن تماثلت المسألتان ، اكتفيت بإحداها . وإن تداخلتا ، اكتفيت بالأكثر
وامتنعت عن الضرب . وإن تباينت ، ضربت إحداها في الأخرى . وإن توافقتا ،
ضربت وفق إحداها في الأخرى ، ثم يقسم المال بينها على تقديري الاجازة والرد
من ذلك العدد ، وينظر في الحاصل لكل مجيز على التقديرين ، فيكون قدر التفاوت
بينهما لمن أجاز له .

مثاله : ابنان ، وأوصى يزيد بنصف ماله ، ولمعرو بثلثه ، المسألة على تقدير الاجازة
من اثني عشر ، وعلى تقدير الرد من خمسة عشر ، وهما متوافقان بالثلث ، فتضرب
ثلث إحداها في الأخرى ، تبلغ ستين ، لزيد منها على تقدير الاجازة المطلقة ثلاثون ،
ولمعرو عشرون ، ولكل ابن خمسة ، ولزيد على تقدير الردّ المطلق اثنا عشر ،
ولمعرو ثمانية ، ولكل ابن عشرون ، فالتفاوت في نصيب كل ابن خمسة عشر .
فإن أجازا وصية زيد ، فقد ساعه كل ابن بتسعة ، فيتم له ثلاثون ، ويبقى لكل ابن
[أحد] عشر . وإن أجازا وصية عمرو ، فقد ساعه كل ابن بستة ، فيتم له
عشرون ، ولكل ابن أربعة عشر . وإن أجاز أحدهما الوصيتين وردّهما الآخر ،
فقد ساع المجيز زيداً بتسعة ، وعمراً بستة ، فيكون لزيد أحد وعشرون ،
ولمعرو أربعة عشر ، وللمجيز خمسة ، وللرّادّ عشرون . وإن أجاز أحدهما الوصيتين ،
وأجاز الآخر وصية زيد ، تم لزيد ثلاثون . وإن أجاز الآخر وصية عمرو ، تم
له عشرون . وإن أجاز أحدهما وصية زيد ، والآخر وصية عمرو ، فهذا ساع زيداً
بتسعة ، وذلك ساع عمراً بستة ، فيكون لزيد أحد وعشرون ، ولحيزه أحد عشر ،
ولمعرو أربعة عشر ، ولحيزه مثلاً .

الطرف الثالث : في الدوريات من الوصايا .

فصل

في الوصية بمثل نصيب وارث ، وبجزء شائع

الجزء الشائع ، قد يكون مضافاً إلى ما يبقى من المال بعد النصيب ، وقد يكون مضافاً إلى جميع المال . فإن كان مضافاً إلى جميع المال ، نظر ، إن لم ترد جملة المال الموصى به على الثلث ، جعل الموصى له بالنصيب كأحد الورثة ، فتصح مسألة الورثة ، ثم يؤخذ مخرج الوصية ويخرج منه جزء الوصية ، وينظر هل ينقسم الباقي على مسألة الورثة ؟ إن انقسم ، فذاك ، وإلا ، فطريق التصحيح ماسبق . وإن زادت على الثلث وأجاز الورثة ، فكذلك الحكم والحساب . وإن لم يميزوا ، قسم الثلث على نسبة القسمة عند الاجازة .

مثاله : ثلاثة بنين ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أعدم ، ولمعرو بعشر المال ، فمسألة الورثة وزيد من أربعة ، ومخرج الجزء عشرة ، يبقى منها بعد إخراج الجزء تسعة لا تنقسم على أربعة ، ولا توافق ، فتضرب أربعة في عشرة ، تبلغ أربعين ، ولمعرو أربعة ، ولزيد وكل ابن تسعة ، وجملة الوصيتين ثلاثة عشر . وإن كان الجزء مضافاً إلى ما تبقى من المال بعد النصيب ، مثل أن ترك ثلاثة بنين ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أعدم ، ولمعرو بسدس ما تبقى من المال بعد النصيب ، فالقصود في هذه المسألة ونظائرها ، يعرف بطرق .

منها : طريقة الجبر ، ولها وجوه . أسهلها : أن تأخذ مالاً وتسقط منه نصيباً لزيد ، يبقى مال سوى نصيب ، تسقط سدسه لمعرو ، يبقى خمسة أسداس مال إلا خمسة أسداس نصيب تعدل أنصاء الورثة ، وهي ثلاثة ، فتجبر وتقابل ، فتكون خمسة أسداس مال معادلة لثلاثة أنصاء وخمسة أسداس نصيب ، تضرب ثلاثة وخمسة

أسداس مال في أقل عدد له سدس وهو ستة ، تكون ثلاثة وعشرين ، النصيب من ذلك خمسة ، يبقى ثمانية عشر ، سدسها لعمر ، يبقى خمسة عشر ، لكل خمسة . ومنها : أن تجعل المال كله ديناراً وستة دراهم ، فالوصية بالسدس ، فتجعل الدينار نصيب زيد ، ودرهماً من الستة لعمر ، يبقى خمسة دراهم للبنين ، لكل ابن درهم وثلاثان ، فعلنا أن قيمة الدينار درهم وثلاثان ، [وكنا جعلنا المال ديناراً وستة دراهم ، فهو إذن سبعة دراهم وثلاثان] ، فتبسطها أثلاثاً ، فتبلغ ثلاثة وعشرين ، وتسمى هذه : طريقة الدينار والدرهم .

ومنها : أن تقول : مسألة الورثة من ثلاثة ، فيكون لزيد سهم مثل أحدهم ، فتزيد على كل واحد من سهام البنين مثل خمسة ، لأنه أوصى بسدسها ، وسدس كل شيء مثل خمس الباقي بعد إخراج السدس ، فيكون جميع المال أربعة أسهم وثلاثة أخماس ، تبسطها أخماساً ، تبلغ ثلاثة وعشرين ، وتسمى هذه : طريقة القياس . ومنها : أن تقسم سهام الورثة وهي ثلاثة ، وتضيف إليها سهماً لزيد ، تكون أربعة ، تضربها في مخرج السدس ، تبلغ أربعة وعشرين ، تسقط منها الحاصل من ضرب الجزء الموصى به بعد النصيب في النصيب وهو واحد ، يبقى ثلاثة وعشرون ، وهو المال ، فإذا أردت النصيب ، أخذت سهماً ، فتضربه في مخرج السدس ، تكون ستة ، تسقط منها ما أسقطته من المال ، يبقى خمسة ، فهي النصيب ، وهذه تسمى : طريقة الحشو ، ويسمى هذا الذي يسقط : سهم الحشو . ويقال : كان محمد بن الحسن رحمه الله يعتمدها .

ومنها : أن تأخذ سهام الورثة ، وتضربها في مخرج السدس ، تكون ثمانية عشر ، تصرف سدسها إلى عمر ، يبقى خمسة عشر ، لكل ابن خمسة . وإذا بان [أن] النصيب خمسة ، فزد خمسة على ثمانية عشر ، تكون ثلاثة وعشرين .

ومنها : أن يقال : المال كله ستة ونصيب ، النصيب لزيد ، وسهم من الستة لعمرو ، يبقى خمسة لاتصح على ثلاثة ، فتضرب ثلاثة في ستة ، تبلغ ثمانية عشر مع النصيب المجهول ، فسدس الثمانية عشر لعمرو ، والباقي بين البنين ، لكل ابن خمسة . فعرفنا أن النصيب المجهول خمسة ، والمال ثلاثة وعشرون .

مسألة : ثلاثة بنين ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ، ولعمرو بثل باقي المال بعد النصيب ، استخراجها بطريق الخطائن أن يقدر المال أربعة ، لعلنا أن هنا نصيباً وثلاثاً بعد النصيب ، فتجعل النصيب واحداً ، وتدفع ثل الباقي إلى عمرو ، يبقى اثنان ، ونحن نحتاج إلى ثلاثة ليكون لكل ابن مثل النصيب المفروض ، فقد نقص عن الواجب واحد ، وهذا هو الخطأ الأول ، ثم تجعل المال خمسة ، وتجعل النصيب منها اثنين ، وتدفع ثل الباقي إلى عمرو ، يبقى اثنان ، ونحن نحتاج إلى ستة ليكون لكل ابن مثل النصيب المفروض ، فقد نقص عن الواجب أربعة ، وهذا هو الخطأ الثاني ، والخطآن جميعاً ناقصان ، فتسقط أقلها من أكثرهما ، يبقى ثلاثة ، فتحفظها ، ثم تضرب المال الأول في الخطأ الثاني ، فيكون ستة عشر ، وتضرب المال الثاني في الخطأ الأول ، يكون خمسة ، تسقط الأقل من الأكثر ، يبقى أحد عشر ، تقسمها على الثلاثة المحفوظة ، يخرج بالقسمة ثلاثة وثلثان ، تبسطها أثلاثاً ، تكون أحد عشر ، فهو المال ، ثم تضرب النصيب الأول في الخطأ الثاني ، يكون أربعة ، وتضرب النصيب الثاني في الخطأ الأول ، يكون اثنين ، تسقط الأقل من الأكثر ، يبقى اثنان ، تقسمها على الثلاثة المحفوظة ، يخرج بالقسمة ثلثان ، إذا بسطاً كانا اثنين ، فها النصيب ، فتدفع اثنين من أحد عشر إلى زيد ، وثلث الباقي ثلاثة إلى عمرو ، يبقى ستة ، لكل ابن سهمان ، وهذا إذا أجاز الورثة ، لأن الوصيتين زائدتان على الثالث ، وتسمى هذه الطريقة : الجامع الكبير من طرق الخطائن . وبطريقة الباب نقول : سهام البنين ثلاثة ، وقد

أوصى بثلثها، فيبقى لكل ابن ثلثا سهم ، فإن أن النصيب الموصى به لزيد ثلثا سهم ،
ثم تضم الثلث المخرج إلى أنصائبهم ، تبلغ جملة المال ثلاثة أسهم وثلثي سهم ، تبسطها
أثلاثاً ، تكون أحد عشر . وبطريقة المقادير تعطي الموصى له بمثل النصيب نصيباً من
المال ، يبقى منه مقدار ، تدفع ثلثه إلى عمرو ، ويبقى ثلثا مقدار ، تقسمها بين البنين ،
يحصل لكل ابن تسعا مقدار ، فتعلم أن ما أخذه الموصى له بالنصيب تسعا مقدار ،
فالل مال كله مقدار وتسعا مقدار ، تبسطها أنساعاً ، يكون أحد عشر ، وتخرج المسألة
السابقة بهذه الطرق الثلاث خروج هذه المسألة بتلك الطرق الست .

فصل

وقد تكون الوصية بجزء من جزء من المال يبقى بعد النصيب أو بمضه .
مثاله : ثلاثة بنين ؛ وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ، ولمعرو بمثل ما تبقى
من ثلث المال بعد النصيب ، تقدر ثلث المال عدداً له ثلث ، لقوله : بثلث الباقي من
الثلث . وليكن ثلاثة ، تزيد عليه واحداً للنصيب ، فيكون أربعة . وإذا كان
الثلث أربعة ، فالثلثان ثمانية ، والجملة اثنا عشر ، تعطي زيدا سهماً ، وعمراً سهماً ،
وهو ثلث الثلاثة الباقية من ثلث المال الباقي ، يبقى سهان ، تضمها إلى ثلثي المال ،
تكون عشرة ، وكان ينبغي أن يكون ثلاثة ، ليكون لكل ابن مثل النصيب المفروض ،
فقد زاد على ما ينبغي سبعة ، وهو الخطأ الأول ، ثم تقدر الثلث خمسة ، وتجعل النصيب
اثنين ، وتعطي عمراً واحداً ، يبقى سهان ، تزيدهما على ثلثي المال وهو عشرة
على هذا التقدير ، تبلغ اثني عشر ، وكان ينبغي أن يكون ستة ، ليكون لكل ابن
سهان ، فزاد على ما ينبغي ستة ، وهو الخطأ الثاني ، ثم نقول : لما أخذنا أربعة ؛ زاد
على الواجب سبعة ، ولما زدنا سهماً نقص عن الخطأ سهم ، فعملنا أن كل سهم يزيد

ينقص به من الخطأ سهم ، وقد بقي من الخطأ ستة أسهم ، فزيد لها ستة أسهم ، يكون أحد عشر ، فهو ثلث المال ، النصيب منها ثمانية ، وجميع المال ثلاثة وثلاثون ، ونسمي هذه الطريقة : الجامع الصغير من طرق الخطائن .

مسألة : ثلاثة بنين ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ، ولعمرو بثلث ما تبقى من الثلث بعد نصف النصيب ، خذ ثلث مال ، وأسقط منه نصيباً ، يبقى ثلث مال سوى نصيب ، أسقط منه ثلث الباقي بعد نصف النصيب ، وهو تسع مال إلا سدس نصيب ، يبقى تسع مال إلا خمسة أسداس نصيب ، زده على ثلثي المال ، يكون ثمانية أتساع مال ، [إلا خمسة أسداس نصيب ، تعدل [ثلاثة أنصاء ، [فاجبر وقابل ، تعدل ثمانية أتساع مال ، ثلاثة أنصاء] وخمسة أسداس نصيب ، فاضرب ثلاثة وخمسة أسداس في تسعة ، تبلغ أربعة وثلاثين ونصفاً ، ابسطها أنصافاً ، تكون تسعة وستين ، فهي المال ، لزيد منها ستة عشر ، ولعمرو خمسة .

فصل

في الوصية بنصيب أحد الورثة مع الوصية بجزأين أحدهما من جميع المال ، والآخر ما تبقى

مثاله : بنت وأخ ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهما ، ولعمرو بربع المال ، ولبكر بنصف الباقي بعد ذلك ، فعلى طريق القياس ، نعلم أنه إذا أخذ عمرو ربع المال ، وزيد نصيباً ، ينبغي أن يكون للباقي نصف ، وأقل عدده نصف اثنان ، لبكر منها سهم ، يبقى سهم ، لكل واحد من الورثتين نصف سهم ، فعلمنا أن النصيب

نصف سهم ، فيكون الباقي من المال بعد الربع سهمين ونصف سهم ، وذلك ثلاثة أرباع المال ، نزيد عليه ثلاثة ، وهو خمسة أسداس ، يبلغ ثلاثة وسدسين ، بنسبتها أسداساً ، تبلغ عشرين ، نزيد ثلاثة ، ولعمرو خمسة ، يبقى اثنا عشر ، لبكر نصفها ، ولكل واحد من الوارثين ثلاثة كالنصيب . ولو كانت المسألة بحالها ، إلا أن وصية عمرو بخمس المال ، ووصية بكر بثلث الباقي ، فالمال خمسة ، والنصيب واحد .

فصل

فيما إذا كان الجزءان مع النصيب أحدهما بعد الآخر

مثاله : أم ، وعمَّان ، أوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ، ولعمرو بربع ما تبقى من [المال] بعد النصيب ، ولبكر بثلث ما تبقى من المال بعد ذلك ، ونحو ذلك بنصف ما تبقى بعد ذلك ، تأخذ مالاً ، وتلقي منه نصيباً ، يبقى مال إلا نصيباً ، تلقي من هذا الباقي ربعه ، يبقى ثلاثة أرباع من المال إلا ثلاثة أرباع نصيب ، تلقي من الباقي ثلثه ، يبقى نصف مال إلا نصف نصيب ، تلقي من الباقي نصفه ، يبقى ربع مال إلا ربع نصيب تمدل ثلاثة أنصباء ، تحير وتقابل ، فربع مال يعدل ثلاثة أنصباء وربع نصيب ، فتضربها في أربعة ، تبلغ ثلاثة عشر ، النصيب منه واحد ، يبقى اثنا عشر ، لعمرو ربعها ، يبقى تسعة ، لبكر ثلثها ، يبقى ستة ، ونحو ذلك بنصف ما يبقى يبقى ثلاثة ، لكل واحد من الورثة واحد كالنصيب .

فصل

في الوصية بنصيبين مع الوصية بجزء بعد كل نصيب

مثاله : ثلاثة بنين ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ، ولعمرو بثلث ما تبقى من الثلث ، ولبكر بمثل نصيب أحدهم ، ونحو ذلك بنصف ما تبقى من الثلث بعد النصيب ،

فخذ أحد أثلاث المال ، وادفع منه نصيباً إلى زيد ، يبقى منه مقدار ، تدفع ثلثه إلى عمرو ، يبقى معنا ثلثا مقدار ، ونأخذ ثلثاً آخر وتدفع منه نصيباً إلى بكر ، يبقى مقدار ، تمطي منه خالداً نصفه ، يبقى نصف مقدار ، فتنضم الباقي من الثلثين وهو مقدار وسدس مقدار إلى اثنتي الثالث وهو نصيب ، ومقدار يكون نصيباً ومقدارين وسدس مقدار ، وذلك ببدل أنصاء الورثة وهو ثلاثة ، تسقط نصيباً بنصيب ، يبقى مقداران وسدس مقدار في معادلة نصيبين ، فالنصيب الواحد مقدار ونصف سدس مقدار ، وكنا فرضنا كل ثلث نصيباً ومقداراً ، فهو إذاً مقداران ونصف سدس ، تبسطها بالضرب في اثني عشر ، تكون خمسة وعشرين ، وجملة المال خمسة وسبعون ، والنصيب ثلاثة عشر ، فلزيد ثلاثة عشر ، ولعمرو أربعة ، ولبكر ثلاثة عشر ، وخالداً ستة ، ولكل ابن ثلاثة عشر كالنصيب .

فصل

في الوصية بنصيب وبجزء شائع ، على شرط أن لا يضم
بعض الورثة ، أي : لا يدخل النقص عليه

مثاله : ابنان ، وأوصى لزيد بربع المال ، ولعمرو بنصيب أحد الابنين ، على أن لا يضم الثاني بالوصيتين ، هي من أربعة لذِكْره الربع ، لزيد سهم ، وللابن الذي شرط أن لا يضم سهمان ، يبقى سهم لعمرو وللبن الآخر لا يصح عليها ، فتضرب اثنين في أربعة .

مسألة : ثلاثة بنين ، أحدهم بكر ، وأوصى من ثلث ماله لزيد بنصيب أحدهم ، ولعمرو بثلث ما تبقى من الثلث ، وشرط أن لا يضم بكر ، فخذ ثلث المال ، وادفع إلى زيد منه نصيباً ، يبقى مقدار ، تدفع ثلثه إلى عمرو ، يبقى ثلثا مقدار تضمها

إلى الثلثين وهما نصيبان ومقداران ، وذلك كله يعدل ثلث المال ونصيبين . أما ثلث المال ، فهو الذي توفيه بكرأ غير منقوص . وأما النصيبان ، فهما نصيبا الابنين الآخرين ، وذلك ثلاثة أنصباء ومقدار ، فتسقط نصيبين بنصيبين ، ومقداراً بمقدار ، يبقى نصيب في معادلة مقدار وثلثين ، ففرغنا أن النصيب مقدار وثلثان ، وأن الثلث مقداران وثلثان ، فبسطها أثلاثاً ، فيكون ثمانية ، فهي ثلث المال ، والنصيب منها خمسة ، وجملة المال أربعة وعشرون ، لزيد خمسة ، ولعمرو سهم ، ولبكر ثمانية ، ولكل واحد من الآخرين خمسة كالنصيب .

فصل

في الوصية بالنصيب مع استثناء جزء من المال عنه

مثاله : ثلاثة بنين ، أوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع جميع المال ، تأخذ مالا ، وتسقط منه نصيباً ، يبقى مال ينقص نصيباً ، تزيد عليه ربع المال المستثنى ، يبلغ مالا وربع مال إلا نصيباً ، وذلك يعدل ثلاثة أنصباء ، وهي أنصباء الورثة ، تجبر وتقابل ، فإذا مال وربع يعدل أربعة أنصباء ، تبسطها أرباعاً ، وتقلب الاسم ، فالمال ستة عشر ، والنصيب خمسة ، تدفع إلى الموصى له خمسة ، وتسترجع منه ربع المال وهو أربعة ، يبقى معنا خمسة عشر ، لكل ابن خمسة كالنصيب .

مسألة : ابن ، وأوصى بمثل نصيبه إلا نصف المال ، تأخذ مالا ، وتسقط منه نصيباً ، ثم تسترجع من النصيب نصف مال ، يحصل معنا مال ونصف سوى نصيب ، يعدل نصيباً واحداً ، تجبر وتقابل ، فيكون مال ونصف يعدل نصيبين ، تبسطها أنصافاً ، وتقلب الاسم ، فيكون المال أربعة ، والنصيب ثلاثة ، [تدفع إلى الموصى له ثلاثة] ، وتسترجع منه اثنين ، يبقى منه سهم ، وهو مثل نصيب الابن ناقصاً بنصف المال .

مسألة : ابن ، وأوصى بنصيب ابن رابع لو كان إلا عشر المال ، نقول : لو كان البنون أربعة ، قسم المال بينهم على أربعة ، تأخذ مالا ، وتلقي منه نصيباً ، وتسترجع منه عشر المال ، يكون معنا مال وعشر مال سوى نصيب ، يعدل أربعة أنصباء ، تجبر وتقابل ، فإذا مال وعشر مال تقابل خمسة أنصباء ، تبسطها أعشاراً ، وتقلب الاسم ، فاللـ خمسون ، والنصيب أحد عشر ، تدفع إلى الموصى له أحد عشر ، وتسترجع منه عشر المال وهو خمسة ، يبقى للموصى له ستة ، ويأخذ الابن أربعة وأربعين ، ولو كانوا أربعة لأخذ كل ابن أحد عشر كالنصيب .

فصل

في الوصية بالنصيب مع استثناء جزء مما تبقى من المال

فهذا ، إما أن يكون مع تقييد الموصي الاستثناء بجزء مما تبقى من المال بعد النصيب ، وإما مع التقييد بجزء مما تبقى من المال بعد الوصية ، وإما مطلقاً ، فهذه ثلاثة أقسام . [القسم الأول : مثاله : ثلاثة بنين ، وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع الباقي من المال بعد النصيب ، تأخذ مالا ، وتسقط منه نصيباً ، يبقى مال ناقص بنصيب ، زيد عليه ربه وهو الذي يسترده من حصة النصيب ، وربه ربع مال إلا ربع نصيب ، فيبلغ مالا وربع مال إلا نصيباً ، وربع نصيب يعدل ثلاثة أنصباء ، فتجبر وتقابل ، فإذا مال وربع مال يعدل أربعة أنصباء وربع نصيب ، تبسطها أرباعاً وتقلب الاسم ، فاللـ سبعة عشر ، والنصيب خمسة ، تعطي الموصى له خمسة ، يبقى اثنا عشر ، تسترجع من الخمسة ربع الباقي وهو ثلاثة ، يبقى مع الموصى له سهران ، ومع البنين خمسة عشر ، لكل ابن خمسة .

القسم الثاني : أن يقيد الاستثناء بجزء مما تبقى من المال بعد الوصية ، فالجزء من

بأقي المال بعد الوصية ، كالجاء الواقع تحته من بأقي المال بعد النصيب ، فمشر البأقي بعد الوصية كنسع البأقي بعد النصيب ، وتسع البأقي بعد الوصية كنثن البأقي بعد النصيب ، وعلى هذا القياس ، حتى ينتهي إلى ثلث البأقي بعد الوصية ، فهو كنصف البأقي بعد النصيب ، وخرّجوا صور هذا القسم بطريقتين .

أحدهما : البناء على القاعدة المذكورة . فإذا أوصى - وله ثلاثة بنين - بنصيب أحدم إلا ربع ماتبقى من المال بعد الوصية ، فهو كما لو أوصى بنصيب أحدم إلا ثلث ماتبقى بعد النصيب ، فتأخذ مالاً ، وتلقي منه نصيباً ، يبقى مال ناقص بنصيب ، تزيد ثلثه للاستثناء . وهو ثلث مال إلا ثلث نصيب ، يبلغ مالاً وثلث مال إلا نصيباً ، وثلث نصيب يعدل ثلاثة أنصباء ، فتجبر وتقابل ، فإذا مال وثلث مال يعدل أربعة أنصباء وثلث نصيب ، فتبسطها أثلاثاً ، وتقلب الاسم ، فالمال ثلاثة عشر ، والنصيب أربعة ، تعطي الموصى له أربعة ، يبقى تسعة ، تسترد من الأربعة ثلث التسعة الباقية ، يبقى معه سهم ، ويحصل للبنين اثنا عشر ، ولكل ابن أربعة ، فالذي أخذ الموصى له مثل النصيب إلا ثلث البأقي بعد النصيب ، ومثل النصيب إلا ربع البأقي بعد الوصية ، لأن البأقي بعد الوصية اثنا عشر .

الطريق الثاني : إذا نعلم أن بأقي المال في الصورة المذكورة بعد الوصية أنصباء البنين ، وهي ثلاثة ، وربعا ثلاثة أرباع نصيب ، فهو المستثنى من نصيب أحد البنين ، يبقى ربع نصيب وهو الوصية ، فتزیده على أنصباء البنين ، تبلغ ثلاثة أنصباء وربع نصيب ، تبسطها أرباعاً بالضرب في أربعة ، تكون ثلاثة عشر ، والوصية سهم .

القسم الثالث : أن يطلق فيقول : أوصيت له بمثل نصيب فلان إلا ربع ماتبقى من المال ، ولم يقل : بعد النصيب ، ولا بعد الوصية ، ففيه وجهان لأصحابنا . أحدهما : يحمل على البأقي بعد النصيب ، لأن المذكور هو النصيب فانصرف الاستثناء إليه .

والثاني وهو قول أكثرهم : يحمل على الباقي بعد الوصية ، لأن الباقي بعد الوصية أكثر من الباقي بعد النصيب ، فيكون المستثنى أكثر ، وبقي نصيب الموصى له ، وقد تقرر تنزيل الوصايا على الأقل المتيقن ، ثم طريق الحساب على الوجهين ماسبق.

فصل

في الوصية بالنصيب مع استثناء جزء مما تبقى من جزء من المال

هذا يجيء فيه الأقسام المذكورة في الفصل الذي قبله . والقسم الثالث فيه الوجهان . فإن صرح بذكر النصيب ، فأوصى - وله ثلاثة بنين - بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث ما تبقى من الثلث بعد النصيب ، فتأخذ ثلث مال ، وتلقي منه نصيباً ، يبقى ثلث مال سوى نصيب ، تزيد على ثلثه وهو تسع مال إلا ثلث نصيب للاستثناء ، تبلغ أربعة أتساع مال سوى نصيب وثلث نصيب تعدل أنصاء الورثة وهي ثلاثة ، فتجبر وتقابل ، فمال وتسع مال يعدل أربعة أنصاء وثلث نصيب ، تسطها أتساعاً ، وتقلب الاسم ، فمال تسعة وثلاثون ، والنصيب عشرة ، تأخذ الثلث ثلاثة عشر ، فتسقط منه نصيباً وهو عشرة ، يبقى ثلاثة ، تسترجع ثلثها بالاستثناء ، يبقى تسعة ، تسقطها من المال ، يبقى ثلاثون ، لكل ابن عشرة .

مسألة : أربعة بنين ، وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع ما تبقى من الثلث بعد ثلث النصيب ، تأخذ ثلث مال ، وتسقط منه نصيباً ، يبقى ثلث مال سوى نصيب ، ثم تسترجع من النصيب ربع الباقي من الثلث بعد ثلث النصيب ، وهو نصف سدس مال إلا سدس نصيب ، وتضمه إلى ماله ، تبلغ خمسة أجزاء من اثني عشر جزءاً من مال إلا نصيباً ، وجزءاً من اثني عشر جزءاً من نصيب ، تزيد على ثلثي المال ، يبلغ مالا وجزءاً من اثني عشر جزءاً من مال إلا نصيباً ، وجزءاً من اثني عشر جزءاً من نصيب يعدل أنصاء الورثة وهي أربعة ، تجبر وتقابل ، فإذا

مالاً وجزءاً من اثني عشر جزءاً من مال ، يمدل خمسة أنصباء وجزءاً من اثني عشر جزءاً من نصيب ، ثم أبسطها بأجزاء اثني عشر ، واقلب الاسم ، فالنصيب ثلاثة عشر ، والمال أحد وستون ، ولكن ليس لأحد وستين ثلث ، فتضربها في ثلاثة ، تبلغ مائة وثلاثة وثمانين ، فهو المال ، والنصيب تسعة وثلاثون ، تأخذ ثلث المال وهو أحد وستون ، تمزل منه تسعة وثلاثين للنصيب ، ثم تسترجع منه اثني عشر ، لأن الباقي من الثلث بعد ثلث النصيب ثمانية وأربعون ، وربها اثنا عشر ، فيبقى للموصى له سبعة وعشرون ، تسقطها من المال ، يبقى مائة وستة وخمسون ، لكل ابن تسعة وثلاثون .

فرع

أوصى بمثل نصيب أحد ورثته إلا ثلث ما تبقى ، ولم يزد على هذا ، فكأنه قال : إلا ثلث ما تبقى من المال بعد الوصية ، لأنه الأقل المتيقن . فإذا كان له ابنان والحالة هذه ، فلهم سهم من تسعة ، لأن لكل واحد من الابنين والموصى له ثلاثة ، ثم تسترجع منه بقدر ثلث الباقي وهو سهوان ، فيبقى سهم .

فرع

وأما إن صرح بذكر الوصية والباقي من الجزء فقال - وله ثلاثة بنين - : أوصيت بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث ما تبقى من الثلث بعد الوصية ، فطرق الحساب فيه على قياس ماسبق ، لكن يستعمل بدل ثلث الباقي من الثلث بعد الوصية ، نصف الباقي من الثلث بعد النصيب كما سبق في الفصل السابق ، ويكون المال في الصورة المذكورة

سبعة وعشرين ، والنصيب سبعة . فإذا أخذنا ثلث المال ، وعزلنا منه سبعة ، بقي اثنين ، نسترجع نصفها من النصيب وهو واحد ، يبقى مع الوصي له ستة ، ومع البنين أحد وعشرون ، مع كل ابن سبعة كالنصيب .

فصل

❦ في الوصية بجزء من المال وبالنصيب مع استثناء جزء من باقي المال

الباقى من المال ، قد يقيّد بما بعد النصيب ، وقد يقيّد بما بعد الوصية ، وقد يطلق كما سبق ، فإن جرى ذكر النصيب ، بأن أوصى - وله ابنان - لزيد ربع المال ، ولمرو بمثل نصيب أحدهما إلا ثلث ما تبقى من المال بعد النصيب ، فخذ مالاً ، واجعل ربه لزيد ، يبقى ثلاثة أرباع مال ، تعطي عمراً منها نصيباً ، يبقى ثلاثة أرباع مال إلا نصيباً ، نسترجع من النصيب مثل ثلث هذا الباقي وهو ربع مال إلا ثلث نصيب ، تزيد على مامك ، يباخ مالاً إلا نصيباً وثلث نصيب ، وذلك يعدل نصيبين ، فتجبر وتقابل ، فإذا مال يعدل ثلاثة أنصاء وثلث نصيب ، فتبسطها أثلاثاً ، وتقلب الاسم ، فالمال عشرة ، والنصيب ثلاثة ، تعطي زيدا ربع العشرة ، يبقى سبعة ونصف ، تنزل منها ثلاثة لمرو ، يبقى أربعة ونصف ، نسترجع ثلثها من الثلاثة وهو واحد ونصف ، فنضمه إلى مامك ، تبلغ ستة ، لكل واحد ثلاثة كالنصيب ، فإن أردت إزالة الكسر ، بسطت العشرة أيضاً أنصافاً وقلت : المال عشرون ، والنصيب ستة . وإن جرى ذكر الوصية ، بأن أوصى - وله ابنان - لزيد ربع المال ، ولآخر بمثل نصيب أحدهما إلا ثلث ما تبقى من المال بعد الوصية ، فهو كقوله : إلا نصف ما تبقى من المال بعد النصيب كما سبق ، فتأخذ مالاً ، وتجعل لزيد ربه ، يبقى ثلاثة أرباع مال ، تعطي عمراً منها نصيباً ، يبقى ثلاثة أرباع سوى نصيب ، نسترجع

منه نصف هذا الباقي، وهو ثلاثة أثمان مال سوى نصف نصيب، وتزیده على مامك، يبلغ مالاً وثمان مال إلا نصيباً ونصف نصيب، [وذلك يعدل نصيبين، فإذا جبرت وقابلت، فال وثمان مال يعدل ثلاثة أنصباء ونصف نصيب] تبسطها أثماناً، فالمال ثمانية وعشرون، والنصيب تسعة، تعطي زیداً ربع المال، يبقى أحد وعشرون، تفرز منها تسعة لعمرو، يبقى اثنا عشرة، تسترجع نصفها من تسعة عمرو، وتضمه إليها، تبلغ ثمانية عشر، لكل ابن تسعة كالنصيب.

فصل

في الوصية بجزء شائع من المال وبالنصيب مع استثناء جزء
ما [يبقى] من جزء [من] المال

مثاله : خمسة بنين، وأوصى لزید بثمان ماله، واعمرو بثلث ما تبقى من الثلث بعد الثمن والنصيب، تأخذ ثلث مال، وتلقي منه ثمن جميع المال، يبقى خمسة من أربعة وعشرين جزءاً من المال، تفرز منه نصيباً لعمرو، يبقى خمسة من أربعة وعشرين جزءاً سوى نصيب، تسترجع من النصيب ثلث هذا الباقي، وليس للخمسة ثلث صحيح، فتضرب المال في ثلاثة، تكون اثنين وسبعين، ويكون معك خمسة عشر جزءاً من اثنين وسبعين جزءاً من المال سوى نصيب، تزيد ثلث هذا المبلغ عليه، فيصير عشرين جزءاً من اثنين وسبعين جزءاً سوى نصيب وثلث [نصيب] يعدل أنصباء الورثة وهي خمسة، فإذا جبرت وقابلت، ثمانية وستون تعدل ستة أنصباء وثلث نصيب، فتبسطها بأجزاء اثنين وسبعين، وتقلب الاسم، فإذا المال أربعةائة وستة وخمسون، والنصيب ثمانية وستون، تأخذ ثلث المال وهو مائة واثنان وخمسون، وتلقي منه ثمن المال، وهو سبعة وخمسون، يبقى خمسة وتسعون، تلقي منها نصيباً وهو ثمانية وستون، يبقى سبعة وعشرون، تسترجع من النصيب ثلثها، وتزيدها

على السبعة والعشرين ، تبلغ ستة وثلاثين ، تزيد بها على ثلثي المال ، وهو ثلثاثة وأربعة أسهم ، تبلغ ثلثاثة وأربعين ، لكل ابن ثمانية وستون كالنصيب ، فان كانت المسألة بحالها ، إلا أنه أوصى لعمرو بثلث مايبقى من الثلث بعد الثمن وبعد وصيته ، فالحساب كما مضى ، لكن تجعل بدل استثناء ثلث الباقي من الثلث بعد الوصية ، نصف الباقي من الثلث بعد النصيب . وإذا عملتها ، كان المال ثلثاثة وإثني عشر ، والنصيب سبعة وأربعين ، تأخذ ثلث المال ، وهو مائة وأربعة ، وتسقط منه ثلثي المال ، وهو تسعة وثلاثون ، يبقى خمسة وستون ، تسقط منه النصيب سبعة وأربعين ، يبقى ثمانية عشر ، تسترجع من النصيب نصفها تسعة ، وتزيد بها عليها ، تصير سبعة وعشرين ، تزيد بها على ثلثي المال ، وهو مائتان وثمانية ، تبلغ مائتين وخمسة وثلاثين ، لكل ابن سبعة وأربعون .

تصل

في الوصية بمثل نصيب وارث أو عدد من الورثة ، إلا مثل نصيب وارث آخر أو عدد منهم

هذه الوصية ، إما أن تتجرد عن الوصية بجزء شائع من المال والوصية بجزء مما تبقى من المال ، أو بجزء من جزء مما تبقى ، وإما أن لا تتجرد .
فالحالة الأولى لاجابة فيها إلى الطرق الجبرية ، بل تقام مسألة الورثة ، وتؤخذ سهام من أوصى بمثل نصيبه ، فينقص منها نصيب من استثنى مثل نصيبه ، ويزاد ما بقي على مسألة الورثة ، فتمت تصح .

مثاله : زوجة وأخت وعم ، وأوصى بمثل نصيب الأخت إلا مثل نصيب الزوجة ، هي من أربعة ، ونصيب الأخت سهان ، ينقص منها نصيب الزوجة وهو سهم ، يبقى سهم ، تزيد على الأربعة ، يكون خمسة ، واحد منها للموصي له ، والباقي للورثة .

الحالة الثانية : إذا لم تتجرد ، وفيها صور .

إحداها : أن يوصيَ مع ذلك بجزءٍ شائعٍ من المال .

مثاله : أبوان ، وأوصى لزيد بربع ماله ، ولعمرو بمثل نصيب الأب إلاّ مثل نصيب الأم ، فالطريق أن ننظر في مسألة الورثة وهي من ثلاثة ، ثم تأخذ مالا ، وتلقي ربعه لزيد ، يبقى ثلاثة أرباع ، تلقي منها نصيبين كنصيب الأب ، وتسترجع نصفها كنصيب الأم ، يبقى ثلاثة أرباع مال سوى نصيب يعدل ثلاثة أنصاء هي سهام الورثة ، فتجبر وتقابل ، فثلاثة أرباع مال تعدل أربعة أنصاء ، تبسطها أرباعاً ، وتقلب الاسم ، فالمال ستة عشر ، والنصيب ثلاثة . فإذا أخذنا ستة عشر ، وأسقطنا ربعها ، بقي اثنا عشر ، تسقط منها نصيبين وهما ستة ، وتسترجع نصيباً وهو ثلاثة ، يبقى للوصى له ثلاثة . فإذا أسقطنا الوصيتين من المال ، بقي تسعة ، للأب ستة ، والأم ثلاثة .

الصورة الثانية : أن يوصيَ مع ذلك بجزءٍ مما تبقى من المال .

مثاله : أبوان ، وأوصى لزيد بمثل نصيب الأب إلاّ مثل نصيب الأم ، ولعمرو بربع ما تبقى من المال ، تأخذ مالا ، وتلقي منه نصيبين ، هما نصيب الابن من مسألة الورثة ، وتسترجع نصيباً وهو نصيب الأم ، يبقى مال سوى نصيب ، تعطى عمراً أربعة ، وهو ربع مال إلاّ ربع نصيب ، تلقي ثلاثة أرباع مال إلاّ ثلاثة أرباع نصيب ، تعدل ثلاثة أنصاء ، هي سهام المسألة ، فتجبر وتقابل ، فثلاثة أرباع مال تعدل ثلاثة أنصاء وثلاثة أرباع نصيب ، فتبسطها أرباعاً ، وتقلب الاسم ، فالمال خمسة عشر ، والنصيب ثلاثة ، تأخذ خمسة عشر ، وتسقط منها نصيبين وهما ستة ، وتسترجع نصيباً وهو ثلاثة ، يبقى اثنا عشر ، ربعها لعمرو ، يبقى تسعة ، ستة الأب ، وثلاثة الأم .

الصورة الثالثة : أن يوصيَ بعد ذلك بجزءٍ من جزءٍ مما تبقى من المال .
مثاله : أبوان ، وأوصى لزيد بمثل نصيب الأب إلاّ مثل نصيب الأم، ولمعرو
بربع ما تبقى من ثلثي المال ، تأخذ ثلثي مال وتسقط منه نصيبين ، وتسترجع منه نصيباً ،
يبقى ثلثا مال سوى نصيب ، تسقط ربه لعمر ، وهو سدس مال إلاّ ربع نصيب ،
يبقى نصف مال إلاّ ثلاثة أرباع نصيب ، تعدل ثلاثة أنصباء ، هي سهام المسألة ،
فتجبر وتقابل بخمسة أسداس مال ، تعدل ثلاثة أنصباء وثلاثة أرباع نصيب ، تبسطها
بأجزاء اثني عشر ، وتقلب الاسم ، فالmaal خمسة وأربعون ، والنصيب عشرة ، تأخذ
ثلثي المال وهو ثلاثون ، وتسقط منها نصيبين وهما عشرون ، وتسترجع نصيباً ، يبقى
مئك عشرون ، تسقط ربهما لعمر ، يبقى خمسة عشر ، تزيدها على ثلث المال ،
يكون ثلاثين ، للأب عشرون ، وللأم عشرة .

فصل

في الوصية بالنصيب مع استثناء نصيب وارث آخر منه وجزء شائع أيضاً

الجزء المستثنى مع النصيب ، قد يكون من جميع المال ، وقد يكون من جزءٍ
من الباقي .

مثال الأول : أبوان ، وأوصى بمثل نصيب الأب إلاّ مثل نصيب الأم وإلاّ عشر
جميع المال ، [تأخذ مالاً ، وتلقي منه نصيبين ، وتسترجع نصيباً وعشر جميع المال] ،
يبقى مال وعشر مال إلاّ نصيباً ، يعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة ، فتجبر وتقابل ،
تقال وعشر مال يعدل أربعة أنصباء ، تبسطها أعشاراً ، وتقلب الاسم ، فالmaal أربعون ،
والنصيب أحد عشر ، تأخذ أربعين ، فتسقط منها نصيبين ، وهما اثنان وعشرون ،

وتسترجع منها نصيباً وهو أحد عشر، [وعشر جميع المال وهو أربعة ، فيحصل للموصى له سبعة ، وللأب اثنان وعشرون ، وللأم أحد عشر] .

مثال الثاني : المسألة بحالها ، إلا أنه يستثنى مثل نصيب الأم وعشر ما تبقى من المال بعد نصيب الأم ، فتأخذ مالا ، وتلقي منه نصيب الأم وهما سهان من ثلاثة هي سهام المسألة ، وتسترجع منه نصيباً ، يبقى مال إلا نصيباً ، تزيد عليه مثل عشره وهو عشر مال إلا عشر نصيب ، تبلغ مالا وعشر مال إلا نصيباً وعشر نصيب تعدل ثلاثة أنصباء هي سهام المسألة، فتجبر وتقابل، وتبسطها أعشاراً، وتقلب الاسم، فاللأب أحد وأربعون ، والنصيب أحد عشر ، تأخذ أحداً وأربعين ، وتسقط منها نصيبين وهما اثنان وعشرون ، وتسترجع نصيباً ، فيكون معك ثلاثون ، وتسترجع عشر الثلاثين من ذلك النصيب وهو ثلاثة ، وتزيده على مامك ، تبلغ ثلاثة وثلاثين، للأب اثنان وعشرون ، وللأم أحد عشر .

مثال الثالث : المسألة بحالها ، إلا أنه استثنى مثل نصيب الأم وثن ما تبقى من ثلثي المال بعد نصيب الأم، فتأخذ ثلثي مال ، وتسقط منه نصيبين ، وتسترجع نصيباً ، يبقى ثلثا مال سوى نصيب ، تسترجع ثمن هذا المبلغ [أيضاً من النصيب وهو نصف سدس مال إلا ثمن نصيب ، وتزيده على المبلغ] ، يكون ثلاثة أرباع مال إلا نصيباً وثن نصيب ، تزيده على ثلث مال ، يبلغ مالا ونصف سدس مال إلا نصيباً وثن نصيب ، وذلك يعدل أنصباء الورثة وهي سهام المسألة ، فتجبر وتقابل، فمال ونصف سدس مال يعدل أربعة أنصباء وثن [نصيب] ، فتبسطها بأجزاء أربعة وعشرين ، وتقلب الاسم ، فاللأب تسعة وتسعون ، والنصيب ستة وعشرون ، تأخذ ثلثي المال وهو ستة وستون ، وتسقط منها نصيبين وهما اثنان وخمسون ، وتسترجع نصيباً ، يبقى معك أربعون ، تسترجع ثمنها من النصيب أيضاً وهو خمسة ، وتزيده

على الأربعين ، يكون خمسة وأربعين ، تزيد على ثلث المال وهو ثلاثة وثلاثون ، تبلغ ثمانية وسبعين ، للأب بنصيبين اثنان وخمسون ، والأم بنصيب ستة وعشرون .

فصل

في الوصية بالتكملة

والمراد بها : البقية التي يبلغ بها الشيء حداً آخر ، وهي إما مجردة عن الوصية بغيرها والاستثناء [منها] ، وإما غير مجردة .

أما القسم الأول : فالوصية إما أن تكون بتكملة واحدة ، وإما بتكلمتين فصاعداً .
مثال الأول : أربعة بنين ، وأوصى بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم ، فتأخذ مالا ، وتصرف ثلثه إلى الموصى له ، وتسترجع منه نصيباً ، فيحصل مئة ثلثا مال ونصيب ، وذلك يعدل أنصباء الورثة وهي أربعة ، فتلقي نصيباً بنصيب ، يبقى ثلثا مال في معادلة ثلاثة أنصباء ، فتبسطها أثلاثاً ، وتقلب الاسم ، فالل تسعة ، والنصيب اثنان ، والتفاوت بين الثلث والنصيب سهم ، فهو التكملة ، تدفعه [إلى] الموصى له ، يبقى ثمانية ، لكل ابن سهان . وبطريق الدينار والدرهم ، تجعل ثلث المال ديناراً ودرهماً ، وتجعل الدينار نصيباً ، والتكملة درهماً ، تدفعه إلى الموصى له ، يبقى من المال ثلاثة دنانير ودرهمان ، يأخذ ثلاثة بنين ثلاثة دنانير ، يبقى درهمان يأخذها الابن الرابع ، فعلنا أن قيمة الدينار درهمان ، وأن ثلث المال ثلاثة دراهم ، والنصيب درهمان .

مثال التكلمتين ، أربعة بنين وبنات ، وأوصى بتكملة ثلث ماله بنصيب ابن ، وآخر بتكملة ربع ماله بنصيب البنات ، فالوصية الأولى ثلث مال سوى نصيبين ، والثانية ربع مال سوى نصيب ، فتأخذ مالا ، وتسقط منه الوصيتين ، يبقى خمسة أسهم من اثني عشر سهماً من مال وثلاثة أنصباء ، تعدل أنصباء الورثة وهي تسعة ،

تسقط ثلاثة أنصاء بثلاثة أنصاء، يبقى خمسة أسهم من اثني عشر سهماً من مال في معادلة ستة أنصاء الورثة وهي تسعة ، تسقط ثلاثة أيضاً بثلاثة أنصاء ، يبقى خمسة أسهم من اثني عشر سهماً من مال في معادلة ستة أنصاء . ثم إن شئت بسطتها بأجزاء اثني عشر، وقلبت الاسم ، فللأل اثنا عشر وسبعون ، والنصيب خمسة . وإن شئت قلت : إذا كانت خمسة من اثني عشر تعدل ستة ، فللأل بتمامه يعدل أربعة عشر وخمسين ، تبسطها أخماساً تبلغ اثنين وسبعين ، تأخذ ثلث المال وهو أربعة وعشرون ، وتسقط منه نصيبين وهما عشرة ، يبقى أربعة عشر ، فهي الوصية الأولى ، وتأخذ ربه وهو ثمانية عشر ، تسقط منه نصيباً واحداً وهو خمسة ، يبقى ثلاثة عشر، فهي الوصية الثانية ، فتسقط الوصيتين من المال ، يبقى خمسة وأربعون ، لكل ابن عشرة ، ولابنت خمسة .

أما القسم الثاني ، فيتصور على وجوه . منها الوصية بالتكاملة مع الوصية بجزء شائع من المال .

مثاله : ثلاثة بنين ، وأوصى لزبد ربع ماله ، ولعمرو بتكاملة النصف بنصيب ابن ، فتأخذ مالاً ، وتلقي منه ربه لزبد ، ثم تلقي نصفه لعمرو ، وتسترجع منه نصيباً ، يبقى معك ربع مال ونصيب ، وذلك يعدل ثلاثة أنصاء ، فتسقط نصيباً بنصيب ، يبقى ربع مال في معادلة نصيبين ، تبسطها أربعاً ، وتقلب الاسم ، فللأل ثمانية ، والنصيب واحد ، تأخذ ثمانية ، فتعزل ربعها لزبد، ثم تأخذ نصف الثمانية لعمرو ، وتسترجع منه واحداً ، يبقى معك ثلاثة ، لكل ابن واحد . وبطريق القياس تقول : ربع المال ونصفه يستحقها زيد وعمرو وأحد البنين ، فتأخذ مالاً له ربع ونصف وهو أربعة ، فتسقط منه الربع والنصف ، يبقى واحد تقسمه بين الابنين الآخرين ، فلكل واحد منها نصف ، فتعلم أن النصيب نصف سهم ، فتسقطه من الثلاثة التي أسقطتها من المال،

يبقى اثنان ونصف ، تسقط منها ربع جميع المال ، يبقى واحد ونصف ، فهو التكملة ،
تبسط الجميع أنصافاً ليزول الكسر ، فالنصيب واحد ، والتكملة ثلاثة ، والربع اثنان ،
والمال ثمانية .

وبطريق الدينار والدرهم ، تجمل نصف المال ديناراً ودرهماً ، وتدفع الدرهم
بالتكملة إلى عمرو ، يبقى ديناران ودرهم ، تسقط منها ربع المال وهو نصف دينار
ونصف درهم ، يبقى دينار ونصف دينار ونصف درهم ، وذلك يعدل ثلاثة دنائير ،
تسقط الجنس بالجنس ، يبقى دينار ونصف في معادلة نصف درهم ، تبسطها أنصافاً ،
وتقلب الاسم ، فالدينار واحد ، والدرهم ثلاثة وهو التكملة .

ومنها : الوصية بالتكملة مع الوصية بجزء مما بقي من المال .

مثاله : أربعة بنين ، وأوصى لزيد بتكملة ثلث ماله بنصيب ابن ، ولعمرو ربع
ماتبقى من المال ، تأخذ مالاً ، وتدفع ثلثه إلى زيد ، وتسترجع منه نصيباً ، وتزيده
على باقي المال ، فيحصل معك ثلثا مال ونصيب ، يخرج ربعه لعمرو وذلك سدس
مال وربع نصيب ، يبقى نصف مال وثلاثة أرباع نصيب تعدل أنصاء الورثة وهي
أربعة ، فتسقط ثلاثة أرباع نصيب بثلاثة أرباع نصيب ، يبقى نصف مال في معادلة
ثلاثة أنصاء وربع نصيب ، فتبسطها أرباعاً ، وتقلب الاسم ، فالمال ثلاثة عشر ، والنصيب
سهان ، لكن ليس للثلاثة عشر ثلث ، فتضربها في ثلاثة ، تبلغ تسعة وثلاثين ، فهي
المال ، والنصيب ستة ، تأخذ ثلثها وهو ثلاثة عشر ، تسقط منه نصيباً ، يبقى سبعة ،
فهي التكملة ، تدفعها إلى زيد ، يبقى من المال اثنان وثلاثون ، تدفع ربعها إلى عمرو
وهو ثمانية ، يبقى أربعة وعشرون للبنين ، لكل ابن ستة .

ومنها : الوصية بالتكملة مع الوصية بجزء مما تبقى من جزء المال .
مثاله : ثلاثة بنين ، وأوصى لزيد بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم ، ولمعرو
بثلث ما بقي من الثلث ، تأخذ ثلث مال ، وتلقي منه نصيباً ، يبقى ثلث مال إلا نصيباً
تدفعه إلى زيد فإنه التكملة ، يبقى من الثلث نصيب ، تدفع ثلثه إلى عمرو ، يبقى
ثلثا نصيب تضمها إلى ثلثي المال ، وذلك يعدل أنصاء الورثة وهي ثلاثة ، تسقط
ثلثي نصيب بثلثي نصيب ، يبقى ثلثا مال تعدل نصيبين وثلث نصيب . ثم إن شئت
بسقطها أثلاثاً ، وقلبت الاسم ، فاللأل سبعة ، والنصيب اثنان . وإن شئت قلت : إذا عادل
ثلثا مال نصيبين وثلث نصيب ، فاللأل الكامل يعادل ثلاثة أنصاء ونصف نصيب ،
تبسطها أنصافاً ، يكون سبعة ، وليس لها ثلث صحيح ، فتضربها في ثلاثة ، تبلغ
أحداً وعشرين ، فهو المال ، والنصيب ستة ، تأخذ ثلث المال وهو سبعة ، وتلقي
منه النصيب ، يبقى واحد فهو التكملة ، وتدفع ثلث الستة إلى عمرو ، يبقى أربعة ،
تضمها إلى ثلثي المال ، يكون ثمانية عشر ، لكل ابن ستة . قال إمام الحرمين :
كذاذكروهم ، لكن لو تجردت الوصية الأولى في هذه الصورة ، فأوصى وله ثلاثة
بنين بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم ، فالوصية باطلة ، لأن نصيب كل ابن
يستغرق الثلث ، فلا تكملة ، وحينئذ يمكن أن يقال : الوصية الأولى هنا باطلة ،
والثانية فرعها فتبطل أيضاً ، قال : ووجه ماذكروه ، أن الوصية الثانية تنقص
النصيب عن الثلث ، فتظهر بها التكملة ، قال : ويجب أن تخرج المسألة وأخواتها
على الوجهين ، في أن العبرة باللفظ أو المعنى ، كما إذا قال : بعتك بلا ثمن ونحوه ؟
قلت : الصحيح المختار صحة الوصيتين هنا قطعاً ، والفرق بين باب الوصية
وغيرها من العقود ظاهر . والله أعلم

ومنها : الوصية بالتكملة مع الوصية بمثل النصيب .
مثاله : ثلاثة بنين ، وأوصى يزيد بمثل نصيب أحدهم ، ولمعرو بتكملة ثلث ماله ،
تأخذ ثلث مال ، تدفع منه نصيباً إلى زيد ، والباقي إلى عمرو ، يبقى معك ثلثا مال
تعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة ، تبسطها أثلاثاً ، وتقلب الاسم ، فاللال تسعة ، والنصيب
اثنان ، تأخذ ثلث التسعة ثلاثة ، تدفع منه اثنين إلى زيد ، ومهماً إلى عمرو
وهو التكملة ، يبقى ستة للبنين .

فرع

أوصى - وله ابنان - بمثل نصيب أحدهما زيد ، ولمعرو بتكملة الثلث ، فالوصية
الثانية باطلة ، لأنه لم يبق شيء من الثلث . وكذا لو أوصى - وله ثلاثة بنين - بمثل
نصيب أحدهم زيد ، ولمعرو بتكملة الربع .
ومنها : الوصية بالتكملة مع استثناء جزء من المال .
مثاله : ثلاثة بنين ، وأوصى بتكملة نصف ماله بنصيب أحدهم إلا ثمن
جميع المال .

طريقه أن يقال : نصف مال نصيب وتكملة ، والتكملة شيء وثمان جميع
المال ، تدفع الشيء إلى الموصى له ، يبقى بعد النصف نصيب وثمان جميع المال ،
تضمها إلى النصف الثاني ، يحصل معك خمسة أثمان المال ونصيب تعدل أنصباء الورثة
وهي ثلاثة ، تسقط نصيباً بنصيب ، يبقى خمسة أثمان المال تعدل نصيبين ، فتبسطها
أثماناً ، وتقلب الاسم ، فاللال ستة عشر ، والنصيب خمسة ، تأخذ نصف المال وهو
ثمانية ، تسقط منه النصيب خمسة ، يبقى ثلاثة ، تسقط منها ثمن جميع المال وهو اثنان ،
يبقى واحد وهو التكملة ، تسقطه من جميع المال ، يبقى خمسة عشر للبنين .

ومنها : الوصية بالتكملة مع استثناء جزء مما تبقى من المال .
 ستة بنين ، وأوصى بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم إلا " ثمن ما تبقى من المال ، تأخذ ثلث
 المال ، وتسترجع منه نصيباً ، يبقى ثلث مال إلا نصيباً ، فهو التكملة ، يبقى معك ثلثا
 مال ونصيب ، تسترجع من التكملة ثمنه ، وينتظم الحساب من أربعة وعشرين لذكر
 الثلث والثلثين ، فالذي معك ستة عشر ونصيب وثلث ذلك وهو اثنان وثلثون نصيب ،
 تزيد عليه ، تبلغ ثمانية عشر جزءاً من أربعة وعشرين جزءاً من مال ونصيباً وثلث
 نصيب تعدل أنصاء الورثة وهي ستة ، تسقط المثل بالمثل ، يبقى ثمانية عشر جزءاً
 من أربعة وعشرين [جزءاً] من مال تعدل أربعة أنصاء وسبعة أثمان نصيب ،
 تبسطها بأجزاء المال وهي أربعة وعشرون ، وتقلب الاسم ، فالمال مائة وسبعة عشر ،
 والنصيب ثمانية عشر ، تأخذ ثلث المال وهو تسعة وثلاثون ، وتسقط منه نصيباً ،
 يبقى أحد وعشرون وهو التكملة ، فإذا أسقطناه من جميع المال ، بقي ستة وتسعون
 ثمنها اثنا عشر ، تسقطه من التكملة ، يبقى تسعة ، فهي التي يأخذها الموصى له ، يبقى
 مائة وثمانية للبنين ، لكل ابن ثمانية عشر .

ومنها : الوصية بالتكملة مع استثناء جزء مما تبقى من المال .
 سبعة بنين ، وأوصى بتكملة ربع ماله بنصيب أحدهم إلا " ثلث ما تبقى من الثلث ،
 تأخذ ربع مال ، وتلقي منه نصيباً ، يبقى ربع مال سوى النصيب وهو التكملة ،
 تلقيها من الثلث ، يبقى نصف سدس مال ونصيب ، تلقي ثلث ذلك من التكملة ،
 وينتظم الحساب من ستة وثلاثين ، فانه أقل عدد لنصف سدسه ثلث ، فإذا الذي
 معك من الثلث ثلاثة ونصيب ، تسترجع ثلاثة من التكملة وهو واحد وثلث نصيب ،
 يبقى للوصية ثمانية أجزاء من ستة وثلاثين جزءاً من مال إلا نصيباً وثلث نصيب ،
 تسقطها من المال ، يبقى ثمانية وعشرون جزءاً من ستة وثلاثين جزءاً من مال ونصيب
 وثلث نصيب ، وذلك يعدل سبعة أنصاء ، تسقط المثل بالمثل ، يبقى ثمانية وعشرون

جزءاً من ستة وثلاثين جزءاً من مال في معادلة خمسة أنصباء وثلاثي نصيب ، تبسطها بأجزاء سنة وثلاثين ، وتقلب الاسم ، فالمال مائتان وأربعة ، والنصيب ثمانية وعشرون ، تأخذ ربع المال وهو أحد وخمسون ، وتسقط منه النصيب ، يبقى ثلاثة وعشرون هي التكملة ، تلقىها من ثلث المال وهو ثمانية وستون ، يبقى خمسة وأربعون ، تسترجع ثلثها وهو خمسة عشر من التكملة ، يبقى ثمانية فهي الوصية ، تسقطها من المال ، يبقى مائة وستة وتسعون للبنين ، لكل ابن ثمانية وعشرون .

ومنها : الوصية بالتكملة مع استثناء تكملة أخرى .

ثلاثة بنين ، وأوصى بتكملة نصف ماله بنصيب أحدهم إلا تكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم ، تأخذ نصف مال ، وتسقط منه نصيباً ، فالباقي هو تكملة النصف ، وتأخذ ثلث مال وتسقط منه نصيباً ، فالباقي هو تكملة الثلث ، تسقط تكملة الثلث من تكملة النصف ، يبقى سدس مال بلا استثناء ، فالوصية إذاً بسدس المال ، يبقى خمسة أسداس مال تعدل ثلاثة أنصباء ، فتبسطها أسداساً ، وتقلب الاسم ، فالمال ثمانية عشر ، والنصيب خمسة ، تأخذ نصف المال تسعة ، وتسقط منه النصيب ، يبقى أربعة فهي تكملة النصف ، ثم تأخذ ثلثه وهو ستة ، وتسقط منها نصيباً ، يبقى واحد فهو تكملة الثلث ، تسقط واحداً من أربعة ، يبقى ثلاثة فهي الوصية ، تسقطها من جميع المال ، يبقى خمسة عشر للبنين ، لكل ابن خمسة .

ومنها : الوصية بالتكملة مع الوصية بالنصيب وبجزءٍ مما تبقى من المال .

خمسة بنين ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ، ولعمرو بتكملة ربع ماله بنصيب أحدهم ، ولثالث بمثل ما تبقى بعد ذلك ، تأخذ ربع مال ، وتنقص منه نصيباً ، فالباقي هو تكملة الربع ، تدفعه إلى عمرو ، وتدفع النصيب إلى زيد ، فانصرف الربع إلى الوصيتين ، يبقى ثلاثة أرباع المال ، تدفع منه واحداً إلى الثالث ، يبقى ربعمان يعدلان أنصباء

البنين وهي خمسة ، تبسطها أرباعاً ، وتقلب الاسم ، فالمال عشرون ، والنصيب اثنان ،
تأخذ ربع المال خمسة ، تدفع منها اثنين إلى زيد ، وثلاثة إلى عمرو ، يبقى خمسة عشر ،
ثلثها [خمسة] للثالث ، والباقي للبنين .

ومنها : الوصية بالتكاملة مع الوصية بالنصيب وبجزء مما تبقى من المال .

خمس بنين ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ، ولمعرو بتكاملة الربع
بالنصيب ، ولثالث بثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصيتين ، يحتاج إلى ماله ربع
وثلث ، والباقي من الثلث بعد إسقاط الربع ثلث ، وأقله ستة وثلاثون ، تأخذ ربه
وهو تسعة ، فتصرفها إلى الوصية بالتكاملة والنصيب ، وإذا أسقطت تسعة من الثلث ،
يبقى ثلاثة ، تصرف منها واحداً إلى الثالث ، يبقى اثنان ، تزيدها على ثلثي المال ، تبلغ
سنة وعشرين تمدل أنصاء الورثة وهي خمسة ، تبسطها بأجزاء ستة وثلاثين ،
وتقلب الاسم ، فالمال مائة وعشرون ، والنصيب ستة وعشرون ، تأخذ ثلث المال
وهو ستون ، فتلقي منه ربه وهو خمسة وأربعون بالوصيتين الأوليين ستة وعشرين
بالوصية بالنصيب ، والباقي بالوصية الأخرى ، يبقى من الثلث خمسة عشر ، تصرف
ثلثها إلى الوصية الثالثة ، يبقى عشرة ، تزيدها على ثلثي المال ، تبلغ مائة وثلاثين للبنين ،
لكل ابن ستة وعشرون .

ومنها : الوصية بالتكاملة مع الوصية بالنصيب مستثنى منه جزء مما تبقى من المال .
أربعة بنين ، فأوصى لزيد بتكاملة الثلث بنصيب أحدهم ، ولمعرو بمثل نصيب أحدهم
إلا خمس ما تبقى من المال ، تأخذ ثلث المال ، وتصرفه إليها بالنصيب والتكاملة ،
وتسترجع من النصيب خمس الباقي ، واجعل المال خمسة عشر ليكون للباقي بعد
الثلث خمس ، فالثلث المخرج بالنصيب والتكاملة إذا خمسة ، تسترجع من النصيب
خمس الباقي وهو اثنان ، فالحاصل اثنا عشر جزءاً من خمسة عشر جزءاً من مال ، وذلك

يعدل أنصاء الورثة وهي أربعة ، تبسطها بأجزاء خمسة عشر ، وتقلب الاسم ، فالمال مستون ، والنصيب اثنا عشر ، تأخذ ثلث المال وهو عشرون ، تلقي منه النصيب اثني عشر ، يبقى ثمانية هي التكملة ، تدفعها إلى زيد ، وتسترجع من النصيب خمس الباقي وهو ثمانية ، يبقى لعمرو أربعة ، فالوصيتان جميعاً اثنا عشر ، يبقى ثمانية وأربعون للبنين ، لكل ابن اثنا عشر .

ومنها : الوصية بالتكملة مع الوصية بالنصيب مستثنى منه جزء ما تبقى من جزء من المال . خمسة بنين ، وأوصى لزيد بتكملة الربع بنصيب أحدهم ، ولعمرو بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث ما تبقى من الثلث بعد ذلك ، يحتاج إلى مال له ربع وثلث ، والباقي من الثلث بعد إسقاط الربع ثلث ، وأقله ستة وثلاثون ، تأخذ ربه وهو تسعة ، فتصرفها في الوصيتين ، وتسترجع من النصيب ثلث ما تبقى من ثلث المال وهو واحد ، وتزيده على الباقي من الثلث ، تبلغ أربعة ، تزيدها على ثلثي المال ، تبلغ ثمانية وعشرين جزءاً من ستة وثلاثين جزءاً من مال ، وذلك يعدل أنصاء الورثة وهي خمسة ، تبسطها بأجزاء ستة وثلاثين ، وتقلب الاسم ، فالمال مائة وثمانون ، والنصيب ثمانية وعشرون ، يبقى سبعة عشر فهي التكملة ، ثم تلقي الربع من ثلث جميع المال وهو مستون ، يبقى خمسة عشر ، تسقطها ثلثها من النصيب ، يبقى لعمرو ثلاثة وعشرون ، والوصيتان معاً أربعون ، يبقى مائة وأربعون للبنين ، لكل ابن ثمانية وعشرون .

فصل

في الوصية بالنصيب مستثنى من التكملة

ثلاثة بنين ، وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا تكملة ثلث ماله بالنصيب ، تجعل

ثلث المال ديناراً ودرهماً ، وتجمل النصيب ديناراً ، تدفعه إلى الموصى له ، وتسترجع منه درهماً ، لأن التكملة درم ، يبقى من الثلث درهمان ، تزيدهما على الثلثين ، تبلغ دينارين وأربعة دراهم تعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة دنانير ، تسقط الثل بالمثل ، يبقى أربعة دراهم في معادلة دينار ، فتقلب الاسم وتقول : الدينار أربعة ، والدرهم واحد ، فالثلث خمسة ، والمال خمسة عشر ، تأخذ ثلث المال خمسة ، تدفع منه إلى الموصى له نصيباً وهو أربعة ، وتسترجع واحد وهو التكملة ، يبقى للموصى له ثلاثة ، تسقطها من المال ، يبقى اثنا عشر ، لكل ابن أربعة .

فصل

في الوصايا المتعوضة للجذور والكعاب

الجذر : كل مضروب في نفسه ، والحاصل من الضرب يسمى : مالاً ومجذوراً ومربعاً . والكعب : كل ماضرب في مثله ثم ضرب مبلغه فيه ، والحاصل من الضربين يسمى مكعباً ، فالواحد جذره وكعبه الواحد .

والأعداد ضربان .

أحدهما : ماله جذر صحيح ينطق به ، كالأربعة ، جذرها اثنان ، والتسعة ، جذرها ثلاثة ، والمائة ، جذرها عشرة .

والثاني : ماله ليس له جذر ينطق به ، وإنما يستخرج جذره بالتقريب ، كالعشرة والعشرين ، ويقال له : الأصم . وكذلك من الأعداد ماله كعب ينطق به كالثمانية ، كعها اثنان ، والسبعة والعشرين ، كعها ثلاثة . ومنها ماله ليس له كعب ينطق به ، كالعشرة والمائة ، وإنما يستخرج كعبه بالتقريب ، وقد يكون المدد منظوقاً بجذره وكعبه كالأربعة والستين ، جذرها ثمانية ، وكعها أربعة . وقد يكون أصم في الجذر دون الكعب ، كالسبعة والعشرين .

أو في كعب دون الجذر ، كالأربعة والتسعة ، أو فيها ، كال عشرة . إذا عرف ذلك ،
فتعرض الوصية للجذر والكعب بفرض من وجوه .

منها : الوصية بجذر المال . قال الأستاذ أبو منصور : تفرض المسألة من عدد
مجذور إذا أسقط منه جذره انقسم الباقي صحيحاً على سهام الورثة . فإذا أوصى
بجذر ماله وله ثلاثة بنين ، فإن جعلت المال تسعة ، فللموصى له ثلاثة ، والباقي للبنين ،
لكل ابن سهان . وإن جعلته ستة عشر ، فللموصى له أربعة ، والباقي للبنين ،
لكل ابن أربعة . ولو أوصى بكعب ماله والورثة هؤلاء - يجعل المال عدداً مكعباً ،
فإذا أسقط منه كعبه انقسم الباقي على سهام الورثة بلا كسر . فإن جعلت المال
ثمانية ، فاثنتان للموصى له ، والباقي للبنين . وإن جعلته سبعة وعشرين ، فثلاثة
للموصى له ، والباقي للبنين . هذا كلام الأستاذ ، وتعجب الامام من إرساله الكلام
هكذا ، لاستحالة أن يكون الأمر في ذلك على التخيير ، والفرض كيف شاء
الفارض ، فإن الاقدار تختلف باختلاف العدد المفروض . فإذا كان المال تسعة ،
فالجذر ثلاثة . وإذا كان ستة عشر ، فالجذر أربعة . وفيه إشكال آخر ، وهو
أن كل عدد ، مجذور ، إلا أن من الأعداد ما ينطق بجذره ، ومنها ما لا ينطق ، كما سبق ،
وليس في اللفظ إلا جذر المال ، فلم حمل على مجذور صحيح ؟ ولم شرط أن ينقسم الباقي صحيحاً
على الورثة ؟ فإذا كلام الأستاذ على ما ذكره الامام ، محمول على ما إذا قيد الموصي وصيته بما يقتضي
الحمل على عدد معين من الأعداد المجذورة . فإذا قال : نزلوا مالي على أول مجذور صحيح إذا
طرح جذره انقسم الباقي على سهام ورثتي بلا كسر ، تعين الحمل على الصورة
المذكورة على تسعة ، وكانت الوصية بثلث المال . وإن عين مرتبة أخرى ، تعينت .
قال الامام : فإن أطلق الوصية بالجذر ، ولم يقيد بشيء من ذلك ، لكن أراد بالجذر
ما يريد الحساب ، فإن كان ماله مقدراً بكيل ، أو وزن ، أو ذرع ، كالأرض ،

أو عدد، كالجزء ، نزل عليه . ثم إن كان جذره مما ينطق به ، فذاك ، وإلا ، فالقدر المتيقن بسلام الوصى له ، والقدر المشكوك فيه ، يفصل أمره بالتراضي . وإن لم يكن المال مقدراً بشيء من ذلك ، كمبد وجارية ، قوم ودفع جذر القيمة إلى الوصى له .

ومنها : الوصية بجذر النصيب . فلو أوصى وله ثلاثة بنين بجذر نصيب أحدهم ، قال الأستاذ : يجعل نصيب كل ابن عدداً مجذوراً ، ثم يجمع أنصاء البنين ، ويزاد عليهم جذر نصيب أحدهم ، فما بلغ صحت منه القسمة . فإن جعلنا نصيب كل ابن واحداً ، فأنصباؤهم ثلاثة ، تزيد عليها واحداً ، تبلغ أربعة تصح منها القسمة . وإن جعلنا النصيب أربعة ، فأنصباؤهم اثنا عشر ، تزيد عليها اثنين ، تبلغ أربعة عشر تصح منها القسمة . ولو أوصى بجذري نصيب أحدهم ، وفرضنا النصيب أربعة ، فأنصباؤهم اثنا عشر ، تزيد عليها جذري النصيب ، تبلغ ستة عشر منها تصح القسمة . ولو أوصى بكعب نصيب أحدهم ، جعلنا النصيب مكعباً ، وجمعنا الأنصاء ، وزدنا عليها كعب نصيب . قال الامام : وليكن هذا الجواب فيما إذا تقيدت الوصية كما ذكرنا ، أو فيما إذا قال السائل : كيف يصور عدد تصح منه الوصية والميراث ؟ فيجيب بأنه يمكن فيه وجوه .

منها : كيت وكيت . أما إذا أطلق الوصية بجذر النصيب ، فذكر فيه احتمالين . أظهرهما : أنه ينظر في حصة ابن من التركة ، فيؤخذ جذره منطقاً به أو أصم ، كما ذكرنا في جذر جميع المال ، فيزاد على مسألة الورثة . والثاني : أنه ينظر في نصيب كل واحد من سهام المسألة ، فيؤخذ جذره ، ويزاد على مسألة الورثة . وعلى هذا ، فنصيب كل ابن هنا واحد ، فيزاد على السهام الثلاثة واحد ، ويصير الحكم كما لو أوصى بنصيب أحدهم .

ومنها : الوصية بجذر النصيب وجذر المال معاً ، فلو أوصى وله ثلاثة بنين بجذر نصيب أحدهم يزيد ، وأوصى لعمرو بجذر جميع المال ، فالمفهوم من كلام الأستاذ أن يقال : إذا كانت وصية زيد جدر نصيب ابن ، فنصيب كل ابن مال ، ثم يجمع المال أموالاً لها جذور صحيحة ، فإن شئت جعلتها أربعة أموال ، فتكون وصية عمرو جذرين ، كما أن جدر أربعة من العدد اثنين ، فتكون الوصيتان ثلاثة أجذار ، وتسقطها من المال ، يبقى أربعة أموال إلا ثلاثة أجذار تعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة أموال ، فتجبر وتقابل ، فأربعة أموال تعدل ثلاثة أموال وثلاثة أجذار ، تسقط الجنس بالجنس ، فال يعدل ثلاثة أجذار ، فالجذر ثلاثة ، والمال تسعة ، وتقدير الكلام : مال يعدل ثلاثة أجذاره ، وجينذر فالتركة ستة وثلاثون ، لأنها أربعة أموال ، ونصيب كل ابن تسعة ، يأخذ زيد جدر النصيب وهو ثلاثة ، وعمرو جدر المال وهو ستة ، يبقى سبعة وعشرون للبنين . قال الامام : وهذه المسألة وضعية ، وطريق تطبيقها على الفقه على ما سبق .

ومنها : الوصية بالجذر والنصيب . فإذا أوصى وله ثلاثة بنين بمثل نصيب أحدهم لزيد ، ولمعرو بجذر المال ، يقدر كأن البنين أربعة وأوصى بجذر المال وحده ، وقد بان طريقه .

ومنها : الوصية بالجزء والنصيب مع استثناء الجذر منها .

مثاله : أوصى وله ثلاثة بنين بثلث ماله إلا جدر جميع المال ، تدفع إلى الموصى له ثلث المال ، وتسترجع جذراً ، فيكون مملك ثلثا مال وجذر تعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة ، فتجعل المال عدداً له ثلث صحيح ، بشرط أن يتقسم ثلثاه مزيداً عليه جذره على ثلاثة ، وليكن ذلك ستة وثلاثين ، فتدفع ثلثها إلى الموصى له ، وتسترجع منه جدر المال وهو ستة ، يبقى عنده ستة ، فقد أخذ ثلث المال إلا جدر [المال] ،

يبقى ثلاثون للبنين . ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم إلا جذر جميع المال ، فخذ مالاً ، وأسقط منه نصيباً ، واسترجع من النصيب جذر المال ، يبقى مال وجذر إلا نصيباً تمدل أنصباء البنين ، فتجبر وتقابل ، فمال وجذر تمدل أربعة أنصباء ، فتجعل المال عدداً مجذوراً إذا زيد عليه جذره انقسم على أربعة ، وليكن ستة عشر ، إذا زيد عليه جذره كانت عشرين ، إذا قسم على أربعة ، خرج من القسمة خمسة ، فإذا نقصت من النصيب جذر المال ، بقي واحد تدفعه إلى الموصى له ، يبقى خمسة عشر للبنين . ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم إلا جذر نصيب أحدهم ، فالنصيب عدد مجذور . فان جعلته أربعة ، فالوصية اثنان ، والأنصباء اثنا عشر ، وجملة المال أربعة عشر ، إذا دفعت إلى الموصى له اثنين فقد أخذ مثل نصيب أحدهم إلا جذر نصيب أحدهم ، وإن جعلته تسعة ، فالأنصباء سبعة وعشرون ، والوصية ستة .

ومنها : الوصية بالجذور المضافة إلى الجذور .

مثاله : ثلاثة بنين ، أوصى لزيد بجذر نصيب أحدهم ، ولعمرو بجذر وصية زيد ، ولبكر بجذر وصية عمرو ، فأجعل وصية بكر ماشئت من الأعداد ، فان جعلته اثنين ، فوصية عمرو أربعة ، ووصية زيد ستة عشر ، ونصيب كل ابن مائتان وستة وخمسون ، وجملة المال سبعمائة وتسعون .

ومنها : الوصية الجامعة بين الجذر والتكملة .

مثاله : أوصى بتكملة ثلث ماله بجذر نصيب أحدهم ، تجعل ثلث المال مالاً وجذراً ، وتدفع المال إلى الموصى له ، يبقى جذره ، تزيده على ثلثي المال ، يبلغ مائتين وثلاثة أجزار وذلك يعدل أنصباء البنين وهي ثلاثة أموال ، فتسقط مائتين مائتين ، يبقى ثلاثة أجزار في معادلة مال ، فالجذر ثلاثة ، والمال تسعة ، فثالث المال

اثنا عشر ، والوصية تسعة ، تسقطها من المال ، يبقى سبعة وعشرون للبنين ، وقد أخذ الموصى له ثلث المال إلا جذر نصيب أحدهم .

فصل

في الوصايا المتعرضة لمقدر من المال من درهم ودينار وغيرها

منها : الوصية بالنصيب وبدرهم .

مثاله : أربعة بنين ، وأوصى بمثل نصيب أحدهم وبدرهم ، قال الأستاذ : اجعل التركة أي عدد شئت بعد أن تكون بحيث إذا عزلت منها درهما وقسمت الباقي بين البنين والموصى له على خمسة كان النصيب الواحد مع الدرهم مثل [ثلث] التركة أو أقل . فإن جمعت التركة أحد عشر درهما ، فأسقط منها درهما ، يبقى عشرة ، لكل واحد سهران . وإن جمعتها ثلاثة عشر ، فأسقط درهما ، واقم الباقي بينهم ، تخرج القسمة اثنان وخمسان ، فترد على الخارج الدرهم المسقط ، يكون ثلاثة وخمسين للموصى له . فإن أردت زوال الكسر ، فأسقط الدرهم من ثلاثة عشر ، واضرب الباقي بخمسة ، تبلغ ستين ، لكل ابن اثنا عشر ، والموصى له مثل ذلك بزيادة درهم . واستدرك الامام فقال : المدفوع إلى الموصى له يختلف باختلاف الأعداد المفروضة ، والفتوى لا تحتمل التأخير بين القليل ، فليحمل ما قاله الحسّاب على مثل ما سبق في الماضي . أما إذا أطلق الوصية ، فنزّل على ما يوجد في التركة ، تنزل منها درهما ، ثم تقسم الباقي بين البنين والموصى له . ثم إن انحصرت الوصية في الثالث ، نفذت ، وإلا ، فتمتع بالاجازة . وهذا الاستدراك لا بد منه في أكثر أنواع الفصل .

ومنها : الوصية بالنصيب مع استثناء درهم . فإذا أوصى وله أربعة بنين بمثل نصيب أحدهم إلا درهما ، فإن جمعت للموصى له درهمن ، فاجعل لكل ابن ثلاثة ،

واجعل التركة أحداً وعشرين . وإن جعلت له ثلاثة ، فاجعل لكل ابن أربعة ،
واجعل التركة خمسة عشر .

ومنها : الوصية بجزء شائع وبدرهم .

فإذا أوصى وله ثلاثة بنين بسدس ماله وبدرهم ، فيخرج سدس التركة وبدرهم ،
ويقسم الباقي بين الورثة . وبطريق الجبر ، تأخذ مالا ، وتسقط منه سدسه ودرهما ،
يبقى خمسة أسداس مال إلا درهما تعدل ثلاثة أنصباء ، [فتجبر وتقابل ، فخمسة
أسداس المال تعدل ثلاثة أنصباء] ودرهما ، فتكمل أجزاء المال ، بأن تزيد عليها
مثل خمسها ، وتزيد على المديل خمسة ، فالمدل ثلاثة أنصباء وثلاثة أخماس
نصيب ودرهما وخمس درهم ، فاضرب الأنصباء الثلاثة وأخماس النصيب في عدد ،
يلغ الحاصل منه مزيداً عليه الدرهم والخمس عدداً صحيحاً ، وذلك بأن تضربها
في ثلاثة ، فيحصل عشرة دراهم وأربعة أخماس درهم ، إذا زدت عليها الدرهم
والخمس ، بلغ اثني عشر درهماً منها تصح القسمة ، لصاحب السدس والدرهم ثلاثة ،
ولكل ابن ثلاثة .

ومنها : الوصية بجزء شائع مع استثناء درهم .

فإذا أوصى وله ثلاثة بنين بسدس ماله إلا درهماً ، فخذ مالا ، وأسقط منه سدسه ،
واسترجع من السدس درهماً ، يحصل معك خمسة أسداس مال ودرهم ، تعدل ثلاثة أنصباء ،
فتكمل أجزاء المال ، بأن تزيد عليها خمسها ، وتزيد الخمس على كل مافي المعادلة ، فال درهم
وخمس درهم تعدل ثلاثة أنصباء وثلاثة أخماس نصيب ، فتضرب هذه الأنصباء
والأخماس في عدد إذا نقص من الحاصل من المضرب درهم وخمس كان الباقي
عدداً صحيحاً وهو سبعة ، فإذا ضربت سبعة في ثلاثة وثلاثة أخماس ، حصل
خمسة وعشرون وخمس ، فإذا نقص منها درهم وخمس ، بقي أربعة وعشرون
منها تصح المسألة ، للموصى له سدسها ، يسترجع منه درهم ، يبقى أحد وعشرون للبنين .

ومنها : الوصية بالنصيب وبجزءٍ وبدرهم أو دراهم ، أو مع استثناء درهم أو دراهم .

مثاله : خمسة [بنين] ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ودرهم ، ولممرو بنثل ما بقي من ثلثه ودرهم ، تأخذ ثلث مال ، وتسقط منه نصيباً ودرهماً ، يبقى ثلث مال إلا نصيباً ودرهماً ، تسقط لممرو من هذا الباقي ثلثه ودرهماً ، يبقى تسماً مال إلا ثلثي نصيب وإلا درهماً وثلثي درهم ، زیده على ثلثي المال ، يكون ثمانية أنساع مال إلا ثلثي نصيب ، وإلا درهماً وثلثي درهم تعدل خمسة أنصباء ، فتجبر وتقابل ، فثمانية أنساع مال تعدل خمسة أنصباء وثلثي نصيب ودرهماً وثلثي درهم ، تكمل أجزاء المال ، بأن تزيد عليها ثمنها ، وتزيد على كل مافي المعادلة ثمنه ، فمال يعدل ستة أنصباء وثلاثة أثمان نصيب ودرهماً وسبعة أثمان درهم ، فتطلب عدداً إذا ضرب في ستة وثلاثة أثمان يكون الحاصل منه زيداً عليه درهم وسبعة أثمان عدداً صحيحاً ، وهو ثلاثة إذا ضربتها بستة وثلاثة أثمان حصل تسعة وعشرون ، إذا زيد عليه درهم وسبعة أثمان كان أحداً وعشرين ، فثمة القسمة ، والنصيب ثلاثة ، تضرب الأنصباء في الثلاثة ، تأخذ ثلث المال وهو سبعة ، فتدفع منها إلى زيد أربعة بالنصيب والدرهم ، يبقى ثلاثة ، تدفع ثلثها ودرهماً إلى عمرو ، يبقى درهم ، تزيد على ثلثي المال ، يكون خمسة عشر للبنين الخمسة .

مسألة : ستة بنين ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ، ولممرو بسدس مال إلا درهماً ، تأخذ مالاً ، وتسقط منه نصيباً لوصية زيد ، وسدسه إلا درهماً لوصية عمرو ، يبقى خمسة أسداس مال ودرهم إلا نصيباً تعدل ستة أنصباء ، فتجبر وتقابل ، وتكمل أجزاء المال بزيادة خمسها ، وتزيد على مافي المعادلة خمسة ، فمال ودرهم وخمس درهم تعدل ثمانية أنصباء وخمسي نصيب ، فتضرب الأنصباء الثمانية والخمسين في عدد إذا نقص مما يحصل من الضرب درهم وخمس كان الباقي عدداً صحيحاً ،

وهو ثلاثة ، إذا ضربتها في ثمانية وخمسين ، حصل خمسة وعشرون وخمس درهم ،
إذا نقص منه درهم وخمس ، بقي أربعة وعشرون منها القسمة ، والنصيب ثلاثة ،
فتمطي عمراً السدس إلاّ درهماً وهو ثلاثة ، وزيداً ثلاثة ، بقي ثمانية عشر للبنين الستة .
مسألة : ابنان ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهما ، ولعمرو بمثل ما بقي من
النصف وبدرهم ، والتركة عشرون درهماً ، تأخذ نصف التركة عشرة ، وتسقط
منه نصيباً لزيد ، يبقى عشرة إلاّ نصيباً ، تسقط من هذا الباقي نصفه ودرهماً لعمرو
وهو ستة إلاّ نصف نصيب ، يبقى من العشرة أربعة إلاّ نصف نصيب ، تزيدها
على نصف المال ، تبلغ أربعة عشر درهماً إلاّ نصف نصيب تعدل نصيب الابن ،
تخير وتقابل ، وأربعة عشر تعدل نصيبين ونصف نصيب ، تبسطها أنصافاً ، فالمال
ثمانية وعشرون ، والنصيب خمسة ، تقسم المال على النصيب ، يخرج من القسمة خمسة
دراهم وثلاثة أخماس درهم ، فهو النصيب ، تأخذ عشرة ، وتدفع إلى زيد منها خمسة
دراهم وثلاثة أخماس درهم ، يبقى أربعة دراهم وخمسان ، تدفعها نصفها ودرهماً
آخر إلى عمرو ، يبقى من العشرة درهم وخمس ، تزيد على العشرة الأخرى ،
يكون أحد عشر وخمساً للبنين ، لكل ابن خمسة دراهم وثلاثة أخماس درهم .

فصل

في نواذر الفصول المتقدمة

مسألة : ثلاثة بنين و بنت ، أوصى لزيد بمثل نصيب البنت وثلاث ما أوصى به
لعمرو ، ولعمرو بمثل نصيب أحد البنين ورابع ما أوصى به لزيد ، فتجعل وصية
زيد عدداً له ربع يكون أربعة دنانير ، ووصية عمرو عدداً له ثلث ، وليكن
ثلاثة دراهم ، وتعلم أنك إذا نقصت من وصية زيد ثلث وصية عمرو وهو درهم ،

بقي أربعة دنانير إلا درهماً ، وذلك نصيب البنت ، لأن جملة وصية زيد مثل نصيب البنت وثلاث وصية عمرو ، وإذا نقصت من وصية عمرو ربع وصية زيد وهو دينار ، بقي ثلاثة دراهم إلا ديناراً وهو نصيب الابن ، وإذا بان أن نصيب البنت أربعة دنانير إلا درهماً ، ونصيب الابن ثلاثة دراهم إلا ديناراً ، قابلت بين الجملتين ، وضعفت نصيب البنت ليعادل نصيب الابن ، وضعفه ثمانية دنانير إلا درهمن تعدل ثلاثة دراهم إلا ديناراً ، فتجبر كل واحد من الاستثنائين وتقابل ، فتسعة دنانير تقابل خمسة دراهم ، فالدينار خمسة أسهم ، والدرهم تسعة أسهم ، وكانت وصية زيد أربعة دنانير ، فهي إذاً [عشرون ، ووصية عمرو ثلاثة دراهم ، فهي إذاً] سبعة وعشرون ، ونصيب كل ابن اثنان وعشرون ، لأنه ثلاثة دراهم وهي سبعة وعشرون إلا ديناراً ، وهو خمسة ، ونصيب البنت أحد عشر ، لأنه أربعة دنانير ، وهو عشرون إلا درهماً ، وهو تسعة ، فوصية زيد مثل نصيب البنت وهو أحد عشر ، ومثل ثلث وصية عمرو وهو تسعة ، ووصية عمرو مثل نصيب ابن وهو اثنان وعشرون ، مثل ربع وصية زيد ، وهو خمسة .

مسألة : ثلاثة بنين ، وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ما انتقص من أحدهم بالوصية ، فنقول : لو لم يكن وصية ، لكان لكل ابن ثلث المال وقد انتقص منه بالوصية شيء ، فثلث المال نصيب وشيء ، والمال كله ثلاثة أنصاء وثلاثة أشياء ، يعطى الموصى له نصيباً إلا شيئاً ، يبقى نصيبان وأربعة أشياء تعدل ثلاثة أنصاء ، تسقط نصيبين بنصيبين ، يبقى نصيب يعدل أربعة أشياء ، والتركة ثلاثة أنصاء وثلاثة أشياء ، فهي إذاً خمسة عشر سهماً ، والوصية نصيب إلا شيئاً ، وهي ثلاثة أسهم ، يبقى اثنا عشر سهماً للبنين ، وقد أخذ الموصى له مثل نصيب أحدهم إلا ما انتقص بالوصية وهو

مهم من خمسة عشر ، لأنه لولا الوصية لكان لكل واحد منهم خمسة من خمسة عشر .

مسألة : ثلاثة بنين ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم إلا ربع ما تبقى من ماله بعد الوصايا كلها ، ولمعرو بمثل نصيب أحدهم إلا خمس ما تبقى من ماله بعد الوصايا ، [ولثالث بمثل نصيب أحدهم إلا سدس ما يبقى بعد الوصايا] ، فاعلم أن الباقي من المال بعد الوصايا كلها ثلاثة أنصاء ، فوصية زيد نصيب إلا ربع ثلاثة أنصاء وهو ثلاثة أرباع نصيب ، تبقى وصيته ربع نصيب ، ووصية عمرو بنصيب إلا خمس ثلاثة أنصاء وهو ثلاثة أخماس نصيب ، تبقى وصيته بخمسي نصيب ، ووصية الثالث بنصيب إلا سدس ثلاثة أنصاء وهو نصف نصيب ، فجعل الوصايا ربع نصيب وخمسا نصيب ونصف نصيب ، فهي نصيب وثلاثة أجزاء من عشرين جزءاً من نصيب ، فيبقى مال إلا نصيباً وثلاثة أجزاء من عشرين جزءاً من نصيب ، وذلك يعدل ثلاثة أنصاء ، فتجبر وتقابل ، فمال يعدل أربعة أنصاء وثلاثة أجزاء من عشرين جزءاً من نصيب ، فتبسطها بأجزاء عشرين ، وتقلب الاسم ، فمال ثلاثة وثمانون ، والنصيب عشرون ، تبقى الوصايا كلها وهي ثلاثة وعشرون ، يبقى ستون للبنين ، ولزيد نصيب إلا ربع ما تبقى من المال بعد الوصايا وهو خمسة عشر ، فله خمسة ، ولمعرو نصيب إلا خمس ما تبقى بعد الوصايا وهو اثنا عشر ، فله ثمانية ، ولثالث نصيب إلا سدس ما يبقى بعد الوصايا وهو عشرة ، فله عشرة .

مسألة : خمسة بنين ، فأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا سدس ما تبقى من ماله بعد الوصية ، وإلا ثلث ما تبقى من ثلثه بعد الوصية ، فجعل الوصية شيئاً ، والباقي أنصاء الورثة ، فلان شيء وثلاثة أنصاء ، فتسقط الوصية ، وتأخذ سدس الباقي وهو نصف نصيب ، فتعزفله ثم تأخذ ثلث المال وهو نصيب وثلاث شيء ، فتسقط

منه الوصية وهي شيء ، يبقى نصف نصيب إلا ثلثي شيء ، تأخذ ثلثه وهو ثلث نصيب إلا تسمى شيء [وهو المستثنى من النصيب] ، فتضمه إلى نصف النصيب المحفوظ ، يصير خمسة أسداس نصيب إلا تسمى شيء وهو المستثنى من النصيب ، فتضمه إلى الوصية وهي شيء ليكمل النصيب ، فيبلغ خمسة أسداس نصيب وسبعة أنساع شيء ، وذلك بعدل نصيباً ، تسقط خمسة أسداس نصيب بمثلها ، يبقى سدس نصيب في معادلة سبعة أنساع شيء ، فالنصيب الكامل يعدل أربعة أشياء وثلثي شيء ، تبسطها ثلاثاً ، وتقلب الاسم ، فالنصيب أربعة عشر ، والشئ ثلاثة ، والمال كله خمسة وأربعون ، لأنه ثلاثة أنصباء وشئ ، تلقي الوصية من المال ، يبقى اثنان وأربعون ، تأخذ سدسها سبعة وتحفظها ، ثم تلقي الوصية من ثلث المال أيضاً وهو خمسة عشر ، يبقى اثنان عشر ، تأخذ ثلثها وهو أربعة ، وتضمها إلى السبعة المحفوظة ، تبلغ أحد عشر ، تلقيها من النصيب ، يبقى ثلاثة .

مسألة : ثلاثة بنين و بنت ، وأوصى لزيد بمثل نصيب البنت إلا ثلث ما أوصى به لعمرو ، ولعمرو بمثل نصيب أحد البنين إلا ربع ما أوصى به لزيد ، فتجمل وصية زيد عدداً له ربع ، وليكن أربعة دنانير ، ووصية عمرو عدداً له ثلث ، وليكن ثلاثة دراهم . فإذا أخذت ثلث وصية عمرو ، وضمته إلى وصية زيد ، صار أربعة دنانير ودرهماً ، وذلك مثل نصيب البنت ، فنصيب كل ابن ضعفه وهو ثمانية دنانير ودرهماً . وإذا أسقطت من ذلك ربع وصية زيد وهو دينار ، بقي سبعة دنانير ودرهماً وهي وصية عمرو ، وتقابل بها الدراهم التي جملناها وصية أولاد ، فتسقط درهمين بمثلها ، [يبقى] سبعة دنانير في مقابلة درهم واحد ، فالدينار واحد ، والدرهم سبعة ، كانت وصية زيد أربعة دنانير ، فهي إذاً أربعة ، وكانت وصية عمرو ثلاثة دراهم ، فهي إذاً أحد وعشرون ، ونصيب البنت أربعة دنانير ودرهم ، فهو أحد عشر ،

ونصيب كل ابن اثنان وعشرون ، فما أخذه زيد مثل نصيب البنت إلا ثلث وصية عمرو ، وما أخذه عمرو مثل نصيب ابن إلا ربع وصية زيد .

مسألة : ابن وبنت ، وأوصى بوصية إذا زدت عليها أربعة دراهم كانت مثل نصيب البنت . وإذا زدت عليها تسعة كانت مثل نصيب الابن ، فاجعل نصيب البنت شيئاً وأربعة دراهم ، ونصيب الابن شيئاً وتسعة دراهم ، ثم تضعف نصيب البنت بصير شيئين وثمانية دراهم ، وذلك يعدل نصيب الابن ، فنسقط شيئاً بشيء ، وثمانية دراهم بثمانية ، يبقى شيء يعدل درهماً وهو الوصية . فإذا زدت درهماً على أربعة ، صارت خمسة وهي نصيب البنت ، وإذا زدت درهماً على تسعة ، صارت عشرة وهي نصيب الابن ، وجملة التركة ستة عشر .

مسألة : ابنان وبنت ، وأوصى لكل واحد من زيد وعمرو بوصية إذا زدت على وصية زيد أربعة دراهم كانت مثل نصيب البنت ، وإذا زدت على وصية عمرو تسعة دراهم كانت مثل نصيب ابن ، والوصيتان معاً عشرون ، كم كانت التركة ؟ وكم [كانت] الأنصاء وكل وصية ؟ فاجعل نصيب البنت شيئاً ، يكون نصيب الابن شيئين ، وتكون وصية زيد شيئاً إلا أربعة دراهم ، ووصية عمرو شيئين إلا تسعة ، فالوصيتان ثلاثة أشياء إلا ثلاثة عشر درهماً ، وذلك يعدل عشرين درهماً ، فتجبر وتقابل ، فثلاثة أشياء تعدل ثلاثة وثلثين ، فيكون الشيء أحد عشر ، فهو نصيب البنت ، ونصيب كل ابن اثنان وعشرون . فإذا نقصت من أحد عشر أربعة ، بقي سبعة ، فهي وصية زيد ، وإذا نقصت من اثنين وعشرين تسعة ، بقي ثلاثة عشر ، فهي وصية عمرو ، فالوصيتان معاً عشرون ، والتركة خمسة وسبعون .

مسألة : ثلاثة بنين ، وأوصى لزيد وعمرو وبكر بوصايا هي مثل نصيب ابن ، ووصية زيد وعمرو معاً أكثر من وصية بكر بثلاثة دراهم ، ووصية عمرو وبكر

مما أكثر من وصية زيد بسبعة دراهم ، ووصية زيد وبكر مما أكثر من وصية عمرو باتني عشر درهماً ، كم التركة ؟ وكل كل وصية ؟ فاجعل نصيب كل ابن شيئاً ، تكون الوصايا كلها شيئاً ، تسقط منه فضل وصية زيد وعمرو على وصية بكر وهو ثلاثة دراهم ، يبقى شيء إلا ثلاثة دراهم ، تأخذ نصفه وهو نصف شيء إلا درهماً ونصفاً ، فهو وصية بكر ، ثم تسقط منه فضل وصية عمرو وبكر على وصية زيد وهو سبعة ، يبقى شيء إلا سبعة دراهم ، تأخذ نصفه وهو نصف شيء إلا ثلاثة دراهم ونصف درهم ، فهو وصية [زيد] ، ثم تسقط منه فضل وصية زيد وبكر على وصية عمرو وهو اثني عشر ، يبقى شيء إلا اثني عشر ، تأخذ نصفه وهو نصف شيء إلا ستة ، فهي وصية عمرو ، وجميعها عند الضم شيء ونصف شيء إلا أحد عشر درهماً ، وذلك يعدل شيئاً ، فتجبر وتقابل ، فشيء ونصف شيء يعدل شيئاً وأحد عشر ، تسقط الشيء بالشيء ، فالنصف يعدل أحد عشر ، والشيء الكامل يعدل اثنين وعشرين ، فمرفت أن نصيب كل ابن اثنان وعشرون ، وكذلك جميع الوصايا . فاذا أردت معرفة كل وصية ، فأسقط من مبلغ الجميع فضل وصيتي زيد وعمرو على وصية بكر وهو ثلاثة ، تبقى تسعة عشر ، تأخذ نصفها وهو تسعة ونصف ، فهي وصية بكر ، ثم أسقط منه فضل وصيتي عمرو وبكر على وصية زيد وهو سبعة ، يبقى خمسة عشر ، تأخذ نصفها وهو سبعة ونصف ، فهي وصية زيد ، ثم أسقط منه فضل وصيتي زيد وبكر على وصية عمرو وهو اثنا عشر ، يبقى عشرة ، تأخذ نصفها خمسة ، فهي وصية عمرو ، وجملتها اثنان وعشرون .

ولما كانت الوصايا في هذه الصورة ثلاثاً ، وكانت كل اثنتين منها تفضل الثالثة بمقدد ، كانت كل مفضولة نصف الباقي من جملة الوصايا بعد إسقاط الفضل . ولو كانت الوصايا أربعاً ، وكل ثلاث تفضل الرابعة بمقدد ، كانت المفضولة ثلث الباقي من جملة الوصايا بعد إسقاط الفضل . ولو كانت خمساً ، وكل أربع منها تفضل الخامسة بمقدد ،

كانت المفضولة ربع الباقي من جملة الوصايا بعد إسقاط الفضل ، وعلى هذا القياس .
مسألة : ابنان ، وأوصى لزبد بمثل نصيب أحدهما ، ولعمرو بثلث ما تبقى من
النصف وبدرهم ، وترك ثلاثين درهماً ، فنجعل الوصيتين شيئاً ، ونلقيه من التركة ،
يبقى ثلاثون درهماً إلا شيئاً ، لكل ابن خمسة عشر إلا نصف شيء ، فهو النصيب ،
ثم نأخذ نصف المال وهو خمسة عشر ، فنسقط منه نصيباً وهو خمسة عشر
إلا نصف شيء ، يبقى نصف شيء ، نأخذ لعمرو ثلاثة وهو سدس شيء ، ونضم
إليه درهماً ، فالوصيتان معاً ستة عشر إلا ثلث شيء ، وذلك يعدل شيئاً ، فتجبر
وتقابل ، ف ستة عشر درهماً تعدل شيئاً وثلث شيء ، فالشيء يعدل اثني عشر درهماً
وهي تعدل جملة الوصيتين ، يبقى ثمانية عشر للابنين ، نأخذ نصف المال وهو خمسة عشر
درهماً ، تسقط منه نصيباً وهو تسعة ، تدفعه إلى زيد ، يبقى ستة ، نأخذ ثلثها
ودرهاً لعمرو ، يبقى ثلاثة ، تزيدها على النصف الآخر ، تصير ثمانية عشر ، لكل
ابن تسعة .

الطوف الرابع : في المسائل الدورية من سائر التصرفات الشرعية . ولنوردها
على ترتيب أبوابها في الفقه .

فمنها : البيع ، وقد ذكرنا في « تفريق الصفقة » مسائل منه ، منها : باع
مريض قفيزاً جيداً قيمته عشرون بقفيز قيمته عشرة ، وذكرنا أن هذا
البيع باطل في قول ، فتبطل الحاباة التي في ضمنه . وفي قول : يصح البيع في بعض
القفيز ببعض القفيز ، واستخرجنا بالجبران ذلك البعض هو الثلثان . ولو باع
كثراً قيمته خمسون ، بكثراً قيمته ثلاثون وله سواء عشرة دراهم ، صح البيع
في جميع الكثر ، لأنه رجع إليه ثلاثون ، وعنده عشرة ، فيبقى لورثته أربعون ، ولم
يحجب إلا بمشرين . ولو كانت قيمة كثر المريض خمسين ، والذي يقابله خمسة عشر ،

وله عشرة ، فتقول : صح البيع في شيء من الكرّ الجيد ، وقابله من الثمن ثلاثة
أعشار ذلك الشيء ، فبقيت الحاباة وسبعة أعشار شيء ، ومع الورثة عشرة دراهم
وهي عشرا كُرّ ، فيجتمع معهم كُرّ وعشرا كُرّ إلا سبعة أعشار شيء ،
وذلك يمدل ضعف الحاباة وهو شيء وأربعة أعشار شيء ، لأن الحاباة سبعة أعشار
شيء ، فتجبر وتقال ، فكرّ وعشرا كُرّ تمدل شيئين وعشر شيء ، تبسطها
أعشاراً ، فيكون الكرّ أحداً وعشرين ، والشيء اثني عشر ، فيصح البيع في اثني عشر
جزءاً من أحد وعشرين جزءاً من الكرّ ، وذلك أربعة أسباعه بأربعة أسباع الكرّ
الرديء ، وهي بالقيمة ثلاثة أعشار المبيع من الجيد ، فتجعل الكرّ عدداً له سُبْع
وعشر ، وأقله سبعون ، فيصح البيع في أربعة أسباعه وهي أربعون بثلاثة أعشار
الأربعين وهي اثنا عشر ، فبقيت الحاباة ثمانية وعشرين ، ومع الورثة مما بطل
البيع فيه ثلاثون وعشرا كُرّ وهما أربعة عشر بأجزاء السبعين ، فيجتمع معهم
مئة وخمسون ضعف الحاباة ، وبطريق النسبة والتقدير نقول : ثلثنا الكرّ والعشرة
المتروكة عشرون ، والحاباة بخمسة وثلاثين ، والعشرون أربعة أسباع الخمسة والثلاثين ،
فيصح البيع في أربعة أسباع الكرّ .

مسألة : باع كُرّاً قيمته مائة بكرّ قيمته خمسون ، وعليه عشرة دراهم ديناً ،
فيحط العشرة من ماله ، ويقدر كأنه لا يملك إلا تسعين ، وثلثها ثلاثون ، والحاباة بخمسين ،
والثلاثون ثلاثة أخماس الخمسين ، فيصح البيع في ثلاثة أخماس الجيد بثلاثة أخماس
الرديء ، فيخرج من ملكه ستون ، ويعود إليه ثلاثون ، ويبقى مما بطل فيه ثلاثون ،
وذلك ضعف الحاباة .

فرع

إذا كان على المريض دين وله مال سوى ما باع ، فقابل الدين بالتركة ، فإن تساوى ، فكأنه لادّين ولا تركة ، وإن زاد أحدهما ، اعتبرنا الزائد على ما ذكرناه .

فرع

هذا المذكور [هو] في بيع الجنس بجنسه الربوي . فلو باع كُرّاً حنطة قيمته عشرون ، بـكُرٍّ شعير قيمته عشرة ، فإن قلنا : يصح البيع في بعض بقسطه من الثمن ، فهو كبيع الحنطة الجيدة بالرديئة ، فيصح البيع في ثلثي الحنطة بثلثي الشعير . وإن قلنا : يصح فيما يحتمله الثالث ، وفيما يوازي الثمن بجميع الثمن ، صح البيع في خمسة أسداس الحنطة بجميع الشعير ، لأنه يصح في قدر الثلث ، وفيما يوازي الشعير بالقيمة وهو النصف ، ولا بأس بالمفاضلة في الكيل .

فصل

في بيع المريض بالمحاباة مع حدوث زيادة أو نقص

أما الزيادة ، فالاعتبار في القدر الذي يصح فيه البيع ، يوم البيع ، وزيادة المشتري غير محسوبة عليه . والاعتبار في القدر الذي يبطل فيه البيع ويبقى للورثة ، بيوم الموت ، ولا فرق بين أن تكون الزيادة بمجرد ارتفاع السوق أو بصفة تزيد في القيمة . فإذا باع عبداً قيمته عشرون بعشرة ، ثم بلغت قيمته أربعين ، وصححنا البيع في بعضه على ما بيناه في تفريق الصفقة ، فإن صححناه في بعضه بكل

الثلث ، فلمشتري بالمشرة نصف العبد وهي قيمته يوم الشراء ، يبقى نصف العبد وقيمه يوم الموت عشرون ، يضمه إلى الثلث ، يبلغ ثلاثين ، فله من ذلك شيء بالمحاباة ، وشيء يتبع المحاباة بسبب زيادة القيمة غير محسوب عليه ، يبقى ثلاثون درهماً إلا شيئين تعدل ضعف المحاباة وهو شيئان ، فتجبر وتقابل ، فتلاثون درهماً تعدل أربعة أشياء ، فالشيء ربع الثلاثين وهو سبعة دراهم ونصف ، وهذا مايجوز التبرع فيه وهو ثلاثة أثمان العبد يوم البيع ، فيضم إلى النصف الذي ملكه المشتري بالثلث ، فيحصل له بالثلث والتبرع سبعة أثمان العبد ، يبقى للورثة ثلثه وهو خمسة يوم الموت ، والثلث وهو عشرة ، وهما ضعف المحاباة . وإن صححنا البيع في بعضه بقسطه من الثلث ، فنقول : يصح البيع في شيء من العبد بنصف شيء من الثلث ، فتكون المحاباة بنصف شيء ، ويبطل البيع في عبد إلا شيء ، وقيمه عند الموت أربعون درهماً إلا شيئين . وإنما استثنى شيئين ، لأن الاستثناء يزيد بحسب زيادة المستثنى منه ، فيضم إليه الثلث وهو نصف شيء ، يبقى أربعون درهماً شيئاً ونصف شيء ، وذلك يعدل ضعف المحاباة وهو شيء ، فتجبر وتقابل ، أربعون تعدل شيئين ونصف شيء ، فالشيء خمساً الأربعين ، وهما ستة عشر ، وهي أربعة أخماس العبد يوم البيع ، فلمشتري أربعة أخماس العبد بأربعة أخماس الثلث وهي ثمانية ، فتكون المحاباة ثمانية ، والورثة أربعة أخماس الثلث وهي ثمانية ، وخمس العبد وقيمه يوم الموت ثمانية ، فالبلغ ستة عشر ضعف المحاباة ، ولا اعتبار بالزيادة الحادثة بعد موت المريض ، بل وجودها كعدمها .

وأما النقص ، فاما أن يحدث في يد المشتري ، وإما في يد البائع المريض .

القسم الأول : إذا حدث النقص في يد المشتري ، فاما أن يحدث قبل موت

البائع ، وإما بعده .

فالحالة الأولى ، مثالها : أن يبيع عبداً قيمته عشرون بعشرة ، ثم تعود قيمته إلى عشرة ، ثم يموت البائع ، فإن صححنا البيع في بعض العبد بجميع الثمن ، قلنا : ملك المشتري نصف العبد بالعشرة ، ونضم نصفه الآخر يوم الموت وهو خمسة إلى الثمن ، يبلغ خمسة عشر ، للمشتري شيء من ذلك الحاباة ، وذلك الشيء محسوب عليه بشئين ، لأن النقص بالقسط محسوب على المتبرع عليه ، فيبقى الورثة خمسة عشر إلا شيئاً يعدل ضعف المحسوب عليه من الحاباة وهو أربعة أشياء ، فتجبر وتقابل ، فخمسة عشر تعدل خمسة أشياء ، فالشيء ثلاثة ، وهي ثلاثة أعشار العبد يوم الموت . وإذا انضم إليها النصف الذي ملكه بالثمن وهو خمسة يوم الموت ، كان المبلغ ثمانية وهي أربعة أخماس العبد يوم الموت ، فيصح البيع في أربعة أخماس العبد وهو ستة عشر بجميع الثمن وهو عشرة ، يبقى التبرع بستة ، وللورثة خمس العبد وهو درهمان ، والثلث وهو عشرة ، فالجملة اثنا عشر ضعف الحاباة . وإن صححنا البيع في بعضه بالقسط ، قلنا : يصح البيع في شيء من العبد بنصف شيء من الثمن ، ويبطل في عبد ناقص بشيء ، وقيمه يوم الموت عشرة إلا نصف شيء ، فتنضم الحاصل من الثمن وهو نصف شيء إليه ، فيكون عشرة دراهم بلا استثناء ، وهي تعدل ضعف الحاباة ، وهي شيء ، فالشيء عشرة دراهم ، وهي نصف العبد يوم البيع ، فيصح البيع في نصفه وهو عشرة بنصف الثمن وهو خمسة ، فالحاباة بخمسة دراهم ، وللورثة نصف العبد يوم الموت وهو خمسة ، ونصف الثمن وهو خمسة ، وجمعتها ضعف الحاباة . وفقه هذه الحالة : أن ما صح فيه البيع ، فحصلته من النقص محسوبة على المشتري ، لأنه مضمون عليه بالقبض . وما بطل فيه البيع ، فحصلته من النقص غير مضمونة على المشتري ، لأنه أمانة في يده ، لأنه لم يتعد بائناً اليد عليه ، ولا قبضه لمنفعة نفسه . واستدرك إمام الحرمين فقال : إن كان النقص بانخفاض السوق ، فهذا صحيح ، لأن نقص السوق لا يضمن باليد مع بقاء العين . فإن كان

النقص في نفس العبد ، فيحتمل أن يقال : إنه مضمون على المشتري ، لأنه مقبوض على حكم البيع . حتى لو برأ المريض ، كان البيع لازماً في الجميع . فعلى هذا ، يصير المشتري غارماً لقدر من النقصان مع الثمن ، ويختلف القدر الخارج بالحساب .

الحالة الثانية : أن يحدث النقص بعد موت البائع ، فظاهر ما ذكره الأستاذ أبو منصور ، أنه كما لو حدث قبل الموت ، حتى يكون القدر البيع هنا كالقدر المبيع فيما إذا حدث قبل موته . قال الامام : وهذا خطأ إن أراد هذا الظاهر ، لأن النظر في التركة وحساب الثلث والثلثين إلى حالة الموت ، ولا معنى لاعتبار النقص بعده ، كما لا تعتبر الزيادة .

القسم الثاني : إذا حدث النقص في يد البائع ، بأن باع مريض عبداً يساوي عشرين بعشرة ، ولم يسلمه حتى عادت قيمته إلى عشرة ، ذكر الأستاذ : أنه يصح البيع في جميعه ، لأن التبرع إنما يتم بالتسليم ، وقد بان قبل التسليم أنه لا تبرع . قال : وكذا لو عادت قيمته إلى خمسة عشر ، لأن التبرع يكون بخمسة ، والثلث وافٍ بها . واعترض الامام بأن التبرع الواقع في ضمن البيع لا يتوقف نفوذه وانتقال الملك فيه على التسليم ، فوجب أن ينظر إلى وقت انتقال الملك ، وأن لا يفرق بين النقص قبل القبض وبعده ، وهذه الاعتراضات بيّنة .

فرع

الحادث في يد المشتري ، إن كان بانخفاض السوق ، لم يدفع خيار المشتري بتمض الصفقة عليه . وإن كان لمعنى في نفس المبيع ، فقد شبهوه بالميب الحادث مع الاطلاع على الميب القديم .

فصل

محاباة المشتري تعتبر من الثلث كمحاباة البائع . فإذا اشترى مريض عبداً قيمته عشرة بعشرين لايملك غيرها ، فثلث ماله ستة وثلثان ، والمحاباة عشرة ، والستة والثلثان ثلثا العشرة ، فيصح الشراء في ثلثي العبد وهو ستة وثلثان بثلاثي الثمن وهو ثلاثة عشر وثلث ، يبقى مع الورثة ثلث الثمن وهو ستة وثلثان ، وثلثا العبد وهو ستة وثلثان ، وذلك ضعف المحاباة. هذا إن أجاز البائع البيع ، وله أن يفسخ ويسترد العبد لتبعض الصفقة عليه. ولو اشترى عبداً قيمته عشرة بعشرين ، فزادت قيمة العبد في يده ، أو في يد البائع ، فصارت خمسة عشر ، فقد زادت خمسة في تركته . فان قلنا : يصح الشراء في بعض ما حابي فيه بجميع ما يقابله ، فتضم الحصة الزائدة إلى الثمن ، فيصير جميع التركة خمسة وعشرين ، وثلثا ثمانية وثلث ، فيقال للبائع : ثلث ماله ثمانية وثلث ، وقد حاباك بعشرة ، فاما أن تفسخ البيع وتسترد العبد ، وإما أن ترد ما زاد على الثلث وهو درهم وثلثان . فان ردد ، [فع] الورثة العبد ، وقيمه يوم الموت خمسة عشر ، ومعهم درهم وثلثان ، والجملة ضعف المحاباة . وإن قلنا : يصح الشراء في بعضه ببعض ما يقابله ، قلنا : يصح الشراء في شيء من العبد بشيئين من الثمن ، فتكون المحاباة بشيء ، يبقى عشرون درهماً إلا شيئين ، تضم إليها المشتري من العبد وكان شيئاً ، فصار شيثان ونصف شيء ، تبلغ عشرين إلا نصف شيء ، وذلك يمدل ضعف المحاباة وهو شيثان ، فتجبر وتقابل ، فالمشرون تعدل شيئين ونصف شيء ، فالشيء ثمانية وهي خمسا العشرين وأربعة أخماس [العبد] ، فيصح البيع في أربعة أخماس العبد وهي ثمانية بأربعة أخماس وهي ستة عشر ، فتكون محاباة المشتري بثمانية ، يبقى للورثة خمس الثمن وهي أربعة ، وأربعة أخماس العبد وهي اثنا عشر يوم الموت ، فالجملة ستة عشر ضعف المحاباة . ولو اشترى كما ذكرناه

ثم تقص العبد في يد المريض فعادت قيمته إلى خمسة ، فإن قلنا بالأول من القولين ، فقد كانت تركته عشرين ، وصارت بالآخرة خمسة عشر ، وثلاثها خمسة ، فيقال للبائع : إما أن تردّ على الورثة خمسة ليكون معهم العبد وهو خمسة والدرهم الخمسة فيكون لهم ضعف الخمسة ، وإما أن تفسخ البيع وتردّ الثمن بتمامه وتسترد العبد ناقصاً ولا ضمان . وإن قلنا بالتقسيم ، فقال الأستاذ أبو منصور : يضمن المشتري قسط ما بطل فيه البيع من النقصان ، وينقص ذلك من التركة كدين يلزم قضاؤه . قال الامام : هذا رجوع إلى ما قدمناه أن المأخوذ على أنه مبيع يكون مضموناً عليه ، ومناقض لما ذكر الاستاذ أن ما لا يصح فيه البيع أمانة في يد المشتري ، ثم حسابه أن يقال : صح الشراء في شيء من العبد بشئين من الثمن ، وبطل في عبد ناقص بشيء قيمته بالتراجع خمسة دراهم إلا نصف شيء ، فينقص القدر الذي نقص من التركة ، يبقى خمسة عشر درهماً إلا شيئاً ونصف [شيء] ، يضم إليه الشيء المشتري من العبد وقد رجع إلى نصف ، فيكون الحاصل خمسة عشر درهماً إلا شيئاً تعدل ضعف المحاباة وهو شيئان ، فتجبر وتقابل ، فخمسة عشر تعدل ثلاثة أشياء ، فالشيء ثلث الخمسة عشر وهو نصف العبد ، فيصح الشراء في نصف العبد بنصف الثمن ، فتكون المحاباة بخمسة ، يبقى للورثة نصف الثمن وهو عشرة ، ونصف العبد وهو اثنان ونصف ، تسقط من المبلغ قسط ما بطل العقد فيه من النقصان وهو اثنان ونصف ، يبقى في أيديهم عشرة ضعف المحاباة .

قرع

اشترى مريض عبداً يساوي عشرة بعشرين ، وله ثلاثون درهماً ، وقبض العبد وأعتقه ، فالمحاباة بعشرة وهي ثلث ماله ، قال ابن الحداد : إن كان ذلك قبل توفية

التمن على البائع ، نفذ العتق وبطلت المحاباة ، والبائع يأخذ قدر قيمة العبد بلا زيادة ، لأن المحاباة في الشراء كالحبة ، فإذا لم تكن مقبوضة حتى جاء ما هو أقوى منها وهو العتق ، أبطها . وإن كان بمد توفية الثمن ، بطل العتق ، لأن المحاباة المقبوضة استغرقت الثلث . قال الشيخ أبو علي : قد أكثر ابن الحداد التبجح بهذه المسألة ، وهو غالط فيها عند الأصحاب كلهم ، وقالوا : لا فرق في المحاباة بين أن تكون مقبوضة أو لا تكون ، لأنها متعلقها بالمعاوضة ، والممارضات تلزم بنفس العقد ، ولهذا يتمكن الواهب من إبطال الهبة قبل القبض ، ولا يتمكن من إبطال المحاباة ، والحكم في الحالتين تصحيح المحاباة المتقدمة وإبطال العتق المتأخر . قال : وأما قوله : يأخذ البائع قيمة العبد بلا زيادة ، فهذا لا يجوز أن يلزم ويكلف به ، لأنه لم يزل ملكه إلا بعشرين ، لكن يخير بين مذكروه وبين أن يفسخ البيع ويبطل العتق .

فرع

باع مريض قفيز حنطة قيمته خمسة عشر لأخيه بقفيز قيمته خمسة ، فمات أخوه قبله ، وخلف بنتاً وأخاه البائع ، ثم مات البائع ولأمال لها سوى القفيزين ، صح البيع في شيء من القفيز الجيد ، ويرجع بالموض ثلث شيء ، يبقى معه قفيز إلا شيء ، فالحاباة بثاني شيء ، ويحصل مع المشتري [شيء] من القفيز الجيد ، والباقي من قفيزه وهو قيمة القفيز الجيد ثلث قفيز إلا شيء ، فمما ثلث قفيز وثلثا شيء ، يرجع نصفه بالارث إلى البائع وهو سدس قفيز وثلث شيء ، فتزبد على ما كان للبائع ، فالبلغ قفيز وسدس قفيز إلا شيء ، وهذا يعدل ضعف المحاباة ، وهو شيء وثلث شيء ، فتجبر وتقابل ، فقفيز وسدس قفيز تعدل شيئاً وثلثا شيء ، فتبسطها أسداساً ، وتقلب الاسم ، فالقفيز

عشرة ، والشيء سبعة ، فيصح البيع في سبعة أعشار الجيد ، وهي عشرة ونصف ، بسبعة أعشار الرديء ، [وهو ثلاثة ونصف ، فتكون المحاباة بسبعة] ، يبقى مع البائع من قفيزه أربعة ونصف ، وقد أخذ بالعوض ثلاثة دراهم ونصفاً ، فالمجموع ثمانية ، والمشتري من قفيزه درهم ونصف ، ومن القفيز الجيد عشرة ونصف ، تكون اثني عشر درهماً ، يرجع نصفه إلى البائع وهو ستة ، يبلغ ماعنده أربعة عشر وهو ضعف المحاباة . ولو كان القفيز الرديء نصف قيمة الجيد ، والجيد يساوي عشرين ، صح البيع في الجميع ، لأنه تكون المحاباة بعشرة ، فيبقى عنده عشرة ، ويرجع إليه بالارث عشرة .

فرع

باع مريض عبداً يساوي عشرين بعشرة ، فاكسب العبد عشرين في يد البائع أو في يد المشتري ، ثم مات المريض ، فإن ترك عشرة سوى ثمن العبد ، نفذ البيع في جميع العبد ، وكان الكسب للمشتري ، وإن لم يترك شيئاً آخر ، بطل البيع في بعض العبد ، لأن المحاباة لم تخرج من الثلث . ثم حكى الامام عن الأستاذ ، أن جميع الكسب للمشتري ، لأنه حصل في ملكه ثم عرض الفسخ والرد كاطلاع المشتري على عيب قديم ، فانه رد ويبقى له الكسب ، قال : وهذا زائدٌ عظيم ، بل الوجه القطع بأن الكسب يتبع بعض العبد كما في المتق ، وليس هذا فسخاً ورداً للبيع في بعض العبد ، بل يتبين صحة البيع وحصول الملك للمشتري في بعض العبد دون بعضه ، وهذا حق ، لكن الأستاذ لم يقل هذا عن نفسه حتى يشنع عليه ، وإنما نقله عن ابن مريج وأكثر الأصحاب ، ثم حكى عن بعضهم أن الكسب كالزيادة الحادثة في قيمته . وعلى هذا ، فحكمه التمييز كالزيادة . ولو اشترى المريض عبداً قيمته عشرة بعشرين [فاكسب] ، فالكسب كالزيادة في القيمة ، لكن التركة تزداد به ، وحكم الزيادة ما سبق .

فرع

اشترى مريض عبداً بعشرة ، وترك سواء بعشرين ، وأوصى لزبد بعشرة ، ثم وجد بالعبد عيباً ينقصه خمسة ، فاختر إمسأكه ، جاز ، وكأنه حاباه بخمسة ، والمحابة مقدمة على الوصية ، والموصى له باقي الثلث وهو خمسة . وإن وجد الورثة العبد معيباً وأمسكوه ، فلزبد العشرة ، وما نقص بالعب كأنهم أتلّفوه ، لأنهم لو شأؤوا لفسخوا أو استردوا الثمن . ولو اشترى عبداً بثلاثين فأعتقه ، وخلف ستين درهماً ، ثم وجد الورثة به عيباً ينقصه خمسة دراهم ، رجعوا على البائع بالأرش . ولو وهبه وأقبضه ، لم يرجعوا به ، لأنه ربما عاد إليهم فيردونه . هذا جواب الأستاذ ، وفيه وجه مشروح في موضعه . ولو لم يخلف غير العبد وكان قد أعتقه ، عتق منه خمسه وهو عشرة دراهم ، ويرجع الورثة بالأرش وهو خمسة على البائع ، ولهم مع ذلك ثلاثة أخماس العبد وهي خمسة عشرة ، فيكون عشرين ضعف المحابة . قال الأستاذ : وللبائع أن يأخذ ثلاثة أخماس العبد ، ويرد ثلاثة أخماس الثمن ، ويفرم أرش خمسيه وهو درهمان . ولو كان قد وهبه وأقبضه بدل الاعتاق ، فالخمس الناقصة تحسب من الثلث ، لأن المريض هو الذي فوت الرجوع بالأرش بما أنشأ من الهبة ، والموهوب له خمسُه وهو خمسة ، وللورثة أربعة أخماسه وهي عشرون .

فرع

ترك عبداً قيمته ثلاثون ، وأوصى ببيعه لزبد بعشرة ، فثلث ماله عشرة ، وأوصى بالمحابة بعشرين ، فإن لم تجز الورثة ، بيع منه على قول ثلثا العبد بجميع العشرة لتحصل له المحابة بقدر الثلث ، وللورثة ضعفه . وعلى قول التقيسيط ، يساع منه نصف العبد بنصف الثمن . ولو أوصى مع ذلك بثلث ماله لعمرو ، فالثلث بينها على ثلاثة ، لزبد سهران ، ولعمرو سهم .

فصل

ومن التصرفات الدورية السِّلَم . فاذا أسلم المريض عشرة في قدر من الخنطة مؤجلاً يساوي عشرة ، ومات قبل حلول الأجل ، فللوارث الخيار . فان أجاز ، فالسِّلَم بحاله . وإن قالوا : لازمى بالأجل في محل حقنا وهو الثلاثان ، فلم ذلك كما ذكرنا في « بيع الأعيان بثمن مؤجل » ، وحينئذٍ فالسِّلَم إليه بالخيار ، إن شاء فسخ السِّلَم وردَّ رأس المال بتمامه ، وإن شاء ردَّ ثلثي رأس المال وفسخ المقد في الثلثين وبقي الثلث عليه مؤجلاً ، وإن شاء عجل ثلثي ماعليه وبقي الثلث عليه مؤجلاً ، وأيهما اختار سقط حق الورثة من الفسخ . ولو أسلم عشرة في قدر يساوي ثلاثين ، فللورثة الخيار أيضاً مع الغبطة بسبب الأجل ، وللسِّلَم إليه الخيار كما ذكرنا ، وبكفيه أن يجعل مما عليه ثلثي العشرة وذلك نُسعا ماعليه من الخنطة ، ويكون الباقي عليه إلى انقضاء الأجل . ولو أسلم الثلاثين في قدر يساوي عشرة ، فللورثة الاعتراض هنا بسبب الأجل وبسبب التبرع . فاذا لم يميزوا ، فالسِّلَم إليه بالخيار ، إن شاء فسخ السلم وردَّ رأس المال ، وإن شاء فسخه في الثلاثين وردَّ ثلثي رأس المال ، ويكون الباقي عليه إلى أجله ، فان شاء عجل ماعليه مع ما زاد من الحباة على الثلث ، ولايكفيه تمجيل ماعليه هنا ، لأنه لا يحصل للورثة ثلثا المال ، ولو عجل نصف ماعليه مع نصف رأس المال وفسخ السلم في النصف ، كفى . ولو أسلم مريض إلى رجلين ثلاثين درهماً في قفيز من الخنطة قيمته عشرة إلى أجل ، ولم يجز الورثة ، واختار السِّلَم إليهما إمضاء السلم فيما يجوز فيه السلم ، فان قلنا: يصح المقد

في بعض ما حابي فيه بقسطه ، صح لها السلم في نصف السلم فيه ، وقيمته خمسة دراهم ،
بنصف رأس المال وهو خمسة عشر ، فتكون المحاباة بعشرة ، وللورثة نصف السلم
فيه وهو خمسة ، ونصف رأس المال وهو خمسة عشر ، وذلك ضعف المحاباة .
وإن قلنا : يصح القدر في بعض ما حابي به بجميع الثمن ، فإذا أمضيا العقد ، صح
السلم في جميع القفيز بثائي رأس المال ، فيؤديان القفيز ويردّان عشرة دراهم .

فصل

ومنها الضمان ، والاقرار ، والشفعة . وقد ذكرنا مثال الدور فيها في أبوابها .
ومن صوره في الاقرار ، قال زيد لمرو : عليّ عشرة إلا نصف ماعلى بكر ،
وقال بكر لمرو : عليّ عشرة إلا نصف ماعلى زيد ، فعلى كل واحد من زيد
وبكر عشرة إلا شيئاً ، تأخذ نصف ماعلى أحدهما وهو خمسة إلا نصف شيء ،
وذلك يعدل الشيء الناقص من العشرة ، فخمسة إلا نصف شيء تعدل شيئاً ،
فتجبر وتقابل ، فخمسة تعدل شيئاً ونصفاً ، فالشيء ثلثا الخمسة وهو ثلاثة وثلث ،
فهي الشيء ، تسقطها من العشرة ، يبقى ستة وثلثان ، فهي الواجب على كل واحد منهما .
ولو قال : كل واحد منهما عشرة إلا ربع ماعلى الآخر ، قلنا : على كل واحد عشرة
إلا شيئاً ، تأخذ ربع ماعلى أحدهما وهو درهمان ونصف إلا ربع شيء ، وذلك
يعدل الشيء الناقص ، فتجبر وتقابل ، فيقع درهمان ونصف في معادلة شيء وربع شيء ،
فالشيء درهمان ، تسقطها من العشرة ، يبقى ثمانية ، فهي الواجب على كل واحد منهما .
ولو قال : كل واحد عشرة ونصف ماعلى الآخر ، قلنا : على كل واحد عشرة وشيء ،
تأخذ نصف ماعلى أحدهما وهو خمسة ونصف شيء ، وذلك يعدل الشيء الزائد على
العشرة ، فتسقط نصف شيء بنصف شيء ، يبقى نصف شيء في معادلة خمسة دراهم ،

فالشيء عشرة دراهم ، فعلى كل واحد عشرون . ولو قال : كل واحد عشرة
وثلاث ما على الآخر ، فيزداد على العشرة نصفها ، تبلغ خمسة عشر ، فهي الواجب على
كل منها . ولو قال : وربيع ما على الآخر ، فيزداد على العشرة ثلثها ، فعلى كل واحد
ثلاثة عشر وثلاث ، وعلى هذا التنزيل .

فصل

ومنها الهبة ، فإذا وهب مريض عبداً ، ثم رجع العبد أو بعضه إلى الواهب
بهية أو غيرها ، دارت المسألة ، لأن التركة تزيد بقدر الراجع . وإذا زادت ،
زاد الثلث . وإذا راد الثلث ، زاد الراجع فزادت التركة ، فإذا وهب مريض
لزيد عبداً ، وأقبضه ، ثم وهبه زيد للأول وهو مريض أيضاً ، وماتا ولأمال لهما سوى
العبد ، فبالجبر نقول : صحت هبة الأول في شيء من العبد ، فبقي عبد إلا شيئاً ،
وصحت هبة زيد في ثلث ذلك الشيء ، فيرجع إلى الأول ثلث شيء ، فيكون معه
عبد إلا ثلثي شيء ، وذلك يعدل ضعف ما صحت هبته فيه وهو شيئان ، فبعد الجبر :
عبد يعدل شيئين وثلثي شيء ، تبسطها أثلاثاً ، وتقلب الاسم ، فالعبد ثمانية ، والشيء ثلاثة ،
فتصح هبة الأول في ثلاثة أثمان العبد ، وتبطل في الباقي ، وتصح هبة زيد في ثمن
من الأثمان الثلاثة ، فيبقى مع ورثة زيد ثمانان وهما ضعف هبته ، ومع ورثة الأول
سنة أثمان العبد وذلك ضعف هبته .

وبطريق السهام ، تطالب عدداً له ثلث ، وثلثه ثلث بسبب الهبتين ، وأقله تسعة ،
فتصح هبة الأول في ثلاثة ، ويرجع من الثلاثة سهم وهو سهم الدور ، تسقطه من
التسعة ، يبقى ثمانية ، تصح الهبة في ثلاثة منها كما سبق . ولو وهب زيد لمريض ثالث
وأقبضه ، ثم وهب الثالث الأول ، صحت هبة الأول في شيء من العبد ، وهبة زيد

في ثلث ذلك الشيء ، وهبة الثالث في ثلث ثلثه وهو تسع ، فيرجع إليه تسع ذلك الشيء ، يبقى معه عبد إلا ثمانية أنساع شيء تعدل شيئين ، فبعد الجبر : عبد يعدل شيئين وثمانية أنساع شيء ، فتبسطها أنساعاً ، وتقلب الاسم ، فالعبد ستة وعشرون ، والشيء تسعة ، فتصح هبة الأول في تسعة أجزاء من ستة وعشرين جزءاً من العبد ، وهبة زيد في ثلاثة منها ، يبقى مع ورثته ستة هي ضعف هبته ، وهبة الثالث في واحد ، يبقى مع ورثته سهمان ، وينضم جزء إلى ما بقي مع ورثة الأول ، تكون ثمانية عشر هي ضعف ما صحت فيه هبته . وبالسهم تطلب عدداً له ثلث ، وثلثه ثلث ، وثلث ثلثه ثلث ، وأقله سبعة وعشرون ، يسقط منه سهم الدور ، يبقى ستة وعشرون على ما ذكرنا .

مسألة : كان للواهب تركة سوى العبد ، بأن وهب لزيد عبداً قيمته مائة ، وأقبضه ، ثم وهبه زيد - وهو مريض أيضاً - للأول ، ثم ماتا والأول خمسون سوى العبد ، فبطريق الدينار والدرهم تقول : العبد دينار ودرهم ، تصح هبة الأول في درهم ، ويرجع إليه بهبة زيد ثلث درهم ، يبقى معه من العبد دينار ، ومما سواه نصف دينار ونصف درهم ، فانه مثل نصف العبد ، ومما رجع إليه ثلث درهم ، فالبلغ دينار ونصف دينار وخمسة أسداس درهم ، وذلك يعدل ضعف المحابة وهو درهمان ، تسقط خمسة أسداس بخمسة أسداس درهم ، يبقى دينار ونصف دينار في معادلة درهم وسدس درهم ، تبسطها أسداساً ، وتقلب الاسم ، فالدرهم تسعة ، والدينار سبعة ، وكان العدد درهماً وديناراً ، فهو إذا ستة عشر ، تصح الهبة في تسعة منها ، ويرجع إليه بهبة زيد ثلاثة ومعه تركة مثل نصف العبد ، فالبلغ ثمانية عشر ضعف التسعة .

ولو كان على الواهب الأول دين ولا تركة سوى العبد ، فإن كان الدين مثل العبد أو أكثر ، فالهبة باطلة . وإن كان أقل ، بأن وهب عبداً قيمته مائة وعليه عشرون ديناً ، صحت هبة الأول في شيء ، ويرجع إليه ثلث شيء ، فيبقى عبد إلا ثلثي شيء يعدل شيئين ، فبعد الجبر : أربعة أخماس عبد تعدل شيئين وثنائي شيء ، فتبسطها بأجزاء

الثالث والخميس بأن تضربها في خمسة عشر، وتقلب الاسم، فالعبد أربعون، والشيء اثنا عشر، تصح هبة الأول في اثني عشر من أربعين من العبد، ويعود إليه أربعة، يبقى اثنان وثلاثون، يقضى منها الدين وهو ثمانية أجزاء مثل خمس العبد، يبقى أربعة وعشرون ضعف الهبة. ولو كان للمريض الثاني تركة سوى العبد، بأن كان العبد مائة، ولثاني خمسون سواء، وهب جميع ماله، فتصح هبة الأول في شيء من العبد ويكون مع الثاني نصف عبد وشيء، يرجع ثلثه إلى الأول وهو سدس عبد وثلاث شيء، فيجتمع عنده عبد وسدس عبد إلا ثلثي شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: عبد وسدس عبد يعدل شيئين وثلثي شيء، فتبسطها أسداساً، وتقلب الاسم، فالعبد ستة عشر، والشيء سبعة، ومع الثاني نصف عبد وهو ثمانية مع الشيء وهو سبعة، فالمبلغ خمسة عشر، ويرجع إلى الأول من هبته خمسة، فيصير معه أربعة عشر ضعف الهبة.

مسألة: وهب مريض عبداً قيمته مائة، فمات في يد المتهب، ثم مات الواهب ولأمال له، فمن ابن سريج وجهان. أحدهما: تصح الهبة في جميع العبد، لأنه لم يبق شيء يورث، فتكون هبته كهبه الصحيح. وأصحها: أنها باطلة، لأنها في معنى الوصية. فإن أبطالناها، ففي وجوب الضمان على المتهب وجهان. أحدهما: نعم، لأنه قبضه لنفسه فأشبهه المستعير. وأصحها: لا، بخلاف المستعير، فإنه قبض ليرده. فإن أوجبنا الضمان، قال الأستاذ: يضمن ثلثي قيمته لورثة الواهب، وقياس بطلان الهبة أن يضمن جميع القيمة. ولو اكتسب العبد في يد المتهب مائة، ثم مات، فإن صححنا الهبة في الجميع، فالكسب المتهب. وإن أبطالناها في الجميع إذا لم يكن كسب، فهذا تصح الهبة في شيء من العبد، ويكون المتهب شيء من الكسب غير محسوب عليه من الوصية، وللورثة باقي الكسب وهو مائة إلا شيئاً تعدل شيئين، فبعد الجبر والمقابلة: مائة تعدل ثلاثة أشياء، فالشيء ثلث المائة، فتصح

الهبة في ثلث العبد، وتبطل في ثلثه ، ولورثة الواهب ثلثا كسبه ، وذلك ضنف ماصحت فيه الهبة ، ولم يحسب ثلثا العبد على ورثة الواهب ، لأنه تلف قبل موت الواهب ، وحسبنا على المتهب ماتلف من وصيته ، لأنه تلف تحت يده .

مسألة : وهب لأخيه مالا لا مال له سواء ، فمات الأخ قبله وخلف بنتا وأخاه الواهب ، ثم مات الواهب ، فتصح الهبة في شيء من العبد ، ويرجع باليراث نصفه ، فالباقى عبد إلا نصف شيء ، وذلك يعدل شيئين ، فتجبر وتقابل ، فبعد يعدل شيئين ونصف شيء ، فالشيء خمسا العبد ، فتصح الهبة في خمسة ، وتبطل في ثلاثة أخماسه ، ويرجع باليراث أحد الخمسين ، فيحصل للورثة أربعة أخماسه وهي ضنف ماصحت فيه الهبة .

مسألة : أخ وأخت مريضان ، وهب كل للآخر عبداً لا يملك سواء وهما متساويا القيمة ، ثم مات الأخ وخلف بنتين والأخت الواهبة ، أو ماتت الأخت وخلفت زوجاً والأخ الواهب ، فإن ماتت الأخت أولاً ، صارت هبتها للأخ وصية للوارث . وأما هبة الأخ ، فتصح في شيء ، ويرجع إليه بالارث نصف شيء مع نصف العبد الذي كان لها ، فيجتمع لورثته عبد ونصف عبد إلا نصف شيء ، وذلك يعدل شيئين ، فبعد الجبر : عبد ونصف عبد تعدل شيئين ونصف شيء ، فتبسطها أنصافاً ، وتقلب الاسم ، فالعبد خمسة ، والشيء ثلاثة ، تصح الهبة في ثلاثة أخماس العبد ، ويرجع إليه بالارث نصفها ونصف العبد الذي لها وهو أربعة أخماس ، فيضم إلى الخمسين الباقيين له ، يكون ستة أجزاء ضعف الهبة . وإن مات الأخ أولاً ، صارت هبته للأخت وصية لوارث ، وتصح هبة الأخت في شيء من العبد ، ويرجع إليها ثلثها مع ثلث العبد الذي كان له ، فيجتمع لورثتها عبد وثلث عبد إلا ثلثي شيء يعدل شيئين ، فبعد الجبر : عبد وثلث عبد يعدل شيئين وثلثي شيء ، فتبسطها أثلاثاً ، وتقلب الاسم ، فالعبد ثمانية ، والشيء أربعة وهي نصفها ، تصح الهبة في نصف العبد ، وينضم إليه

ماله وهو عبد ، فالمبلغ عبد ونصف يعود ثلثه إلى الأخت وهو نصف عبد ، فيجتمع لورثتها عبد ضعف الهبة . ولو عمي موتها ولم يرث أحدهما الآخر ، صحت هبة كل واحد في نصف عبده .

مسألة ، وهب لزوجته مائة لا يملك غيرها ، وأقبضها ، فأوصت هي بثلث مالها ، ثم ماتت قبل الزوج ، صحت هبته في شيء من المائة ، وصحت وصيتها في ثلث ذلك الشيء ، ويرجع إلى الزوج بالارث نصف ذلك الباقي وهو ثلث شيء ، فيحصل عند الزوج مائة إلا ثلثي شيء وذلك يعدل شيئين ، فبعد الجبر : مائة تعدل شيئين وثلثي شيء ، فتبسطها أثلاثاً ، وتقلب الاسم ، فالمائة ثمانية ، والشيء ثلاثة ، فتصح الهبة في ثلاثة أثمان المائة ، وتصح الوصية في ثمن ، ويرجع بالارث ثمن إلى الزوج ، فيحصل عند ورثته ستة أثمان وهو ضعف الهبة .

مسألة : وهب مريض لمريض عبداً ، وأقبضه ، ثم وهبه الثاني للأول وأقبضه ، ولأمال لها غيره ، ثم أعتقه الأول وماتا ، قال ابن سريج : المسألة تصح من أربعة وعشرين ، لورثة الواهب الأول ثلثاه ، ولورثة الثاني ربه ، ويمتق منه باقي الثلث وهو نصف سدسه ، قال الأستاذ : هذا خطأ عند حذائق الاصحاب ، والعتق باطل ، لأنه قدم الهبة على العتق وهي تستغرق الثلث . وإذا بطل العتق ، صحت هبة الأول في ثلاثة أثمان العبد ، ويرجع إليه بالهبة اثنان ثمنه ، فيجتمع مع ورثته ستة أثمانه وهي ضعف الهبة . وصوب الإمام ابن سريج فقال : إذا اجتمع الأول ستة أثمانه ، ثم أعتق ، فتنفذ العتق في تمام الثلث لا ينقص حق ورثته من الثلثين ، ولاحق الموهوب له ، فيتعين المصير إليه ، وحينئذ لا بد من تعديل الثلث والثلثين ورعاية الأثمان ، فتضرب ثلاثة في ثمانية ، تبلغ أربعة وعشرين كما ذكره . فلو أعتقه قبل هبة الثاني ، ثم وهبه الثاني ، لنا العتق ، إذ لم يصادف محلاً ، إلا أن يحتمل الوقف .

فرع

زيادة الموهوب ونقصه ، كزيادة العبد المعتق ونقصه ، لكن ما يحسب هناك للعبد المعتق أو عليه ، بحسب هنا على ورثة الواهب ، وسنوضحه في العتق إن شاء الله تعالى .

مسألة : وهب مريض لأخيه عبداً ، ثم وهبه المتهب نصفه وهو صحيح ، ومات قبل المريض وخلف بنتاً وأخاه الواهب ، فقولان .

أظهرها عند الأستاذ : أن هبة الثاني تنحصر فيما ملكه بهبة الأول ، وتصح في جميعه ، وحسابه أن هبة المريض تصح في شيء ، ويرجع إليه بهبة الثاني ذلك الشيء كله ، فمعه عبد يعدل شيئين ، فالشيء نصف عبد ، فتصح الهبة في نصف العبد ، ثم يرجع إليه ، فيكون لورثته عبد تام ضعف الهبة .

والقول الثاني : أنها تشيع ، لمصادفتها ما ملكه وغيره ، فتصح في نصف ماملوك . وحسابه : أن هبة المريض تصح في شيء من العبد ، ويرجع بهبة الثاني نصف ذلك الشيء ، ثم يرجع بالارث نصف ما بقي وهما ثلاثة أرباع شيء ، يبقى عبد إلا ربع شيء يعدل شيئين ، فبعد الجبر : عبد يعدل شيئين وربع شيء ، فتبسطها أربعاً ، وتقلب الاسم ، فالعبد تسعة ، والشيء أربعة ، فتصح الهبة في أربعة أضعاف العبد ، ويرجع إليه بالهبة ثمان ، وبالارث تسع آخر ، فيجتمع لورثته ثمانية أضعاف ضعف الهبة .

فرع

فما إذا وطئت الموهوبة وطءاً يوجب المهر

إن وطئها أجنبي بشبهة قبل موت الواهب ، فالمر كالكسب يقسم على ما تصح

فيه الهبة، وعلى ما لاتصح، فحصة ماتصح هبته لانتحسب على التهب ، وحصة ما لاتصح
تحسب على ورثة الواهب . وإن وطئها الواهب في يد التهب ومهرها مثل قيمتها ،
صحت الهبة في شيء ، ويستحق التهب على الواهب مثل ذلك الشيء من المهر ، فيقضى
مما بقي ، ببقسى جارية إلا شيئين تعدل شيئين ، فبعد الجبر : جارية تعدل أربعة
أشياء ، فالشيء ربع الجارية ، تصح الهبة في ربع الجارية ، ويثبت على الواهب
مثل ربعها يقضى من الجارية ، يبقى مع الورثة نصفها وهو ضعف الموهوب . وإن
وطئها التهب ومهرها مثل قيمتها ، صحت الهبة في شيء ، وتبطل في جارية سوى
شيء ، وثبت للواهب على التهب مثل ما بطلت فيه الهبة وهو جارية إلا شيئاً ،
فيحصل له جارتان إلا شيئين يعدلان شيئين ، فبعد الجبر : جارتان تعدلان أربعة
أشياء ، فالشيء نصف جارية ، فتصح الهبة في نصفها ، ويستحق بالوطء مثل نصفها ،
فيحصل للورثة جارية تامة وهي ضعف الموهوب . وإن كان مهرها نصف قيمتها ،
صحت الهبة في شيء ، وبطلت في جارية سوى شيء ، ويستحق الواهب على التهب
مثل نصف ما بطلت فيه الهبة ، وهو نصف جارية إلا نصف شيء ، فيجتمع عند
الواهب جارية ونصف إلا شيئاً ، ونصف شيء يعدل شيئين ، فبعد الجبر : جارية
ونصف تعدل ثلاثة أشياء ونصف شيء ، فتبسطها أنصافاً ، وتقلب الاسم ، فالجارية
سبعة ، والشيء ثلاثة ، تصح الهبة في ثلاثة أسباع الجارية ، وتبطل في أربعة أسباعها ،
ويغرم التهب من مهرها مثل سبعي قيمتها ، فيجتمع مع ورثة الواهب ستة أسباعها
ضعف الموهوب . وإن وطئها الواهب والتهب ومهرها مثل قيمتها ، صحت الهبة في شيء
وثبت للتهب على الواهب مثل ذلك الشيء ، يبقى جارية إلا شيئين ، وثبت للواهب
على التهب مثل ما بطلت فيه الهبة وهو جارية إلا شيئاً ، فتضم إلى ما بقي الواهب ،
تبلغ جارتين إلا ثلاثة أشياء تعدل شيئين ، فبعد الجبر : جارتان تعدلان خمسة أشياء ،
فالشيء خمس الجارتين وهو خمسا جارية ، فتصح الهبة في خمسيها ، ويثبت للتهب على

الواهب خمسان آخران ، فالبلغ أربعة أخماس ، ثم يسترجع الواهب مثل ما بطلت فيه الهبة وهو ثلاثة أخماس ، فيجتمع لورثته أربعة أخماس وهو ضعف الموهوب . ولو كان مهرها مثل نصف قيمتها ، صحت الهبة في ثلاثة أثمانها ، وبطلت في خمسة أثمانها ، ويثبت للتهب على الواهب ثمن ونصف ثمن ، فيجتمع له أربعة أثمان ونصف ثمن ، ثم يسترجع الواهب نصف ما بطلت فيه الهبة وهو ثمان ونصف ، فيجتمع لورثته ستة أثمان وهو ضعف الموهوب .

فصل

ومنها : الصداق والخلع ، وقد سبق أن المريض إذا نكح بمهر المثل ، جعل من رأس المال . وإن نكح بأكثر ، فالزيادة من الثلث . فإن كانت وارثة ، فالتبرع على وارث ، وذكرنا أنه إن ماتت الزوجة قبله وورثها الزوج ، وقع الدور ، فيخرج على هذا مسائل .

إحداها : أصدقها مائة ، ومهر مثلها أربعون ، فمات قبله ولا مال لها سوى الصداق ، فلها أربعون من رأس المال ، ولها شيء بالحابة ، يبقى مع الزوج ستون إلا شيئاً ، ويرجع إليه بالارث نصف ما للمرأة وهو عشرون ونصف شيء ، فالبلغ ثمانون إلا نصف شيء يعدل شيئين ضعف الحابة ، فبعد الجبر تعدل ثمانون شيئين ونصف شيء ، فالشيء خمساً الثمانين وهو اثنان وثلاثون ، فلها اثنان وسبعون ، أربعون مهر ، والباقي عاباة ، يبقى مع الزوج ثمانية وعشرون ، ويرجع إليه بالارث ستة وثلاثون ، فيجتمع لورثته أربعة وستون ضعف الحابة . فإن كان لها ولد ، فالراجع إليه بالارث ربع مالها وهو عشرة وربع شيء ، فيحصل للزوج سبعون

إلا ثلاثة أرباع شيء وذلك يعدل شيئين ، فبعد الجبر : سبعون تعدل شيئين وثلاثة أرباع شيء ، تبسطها أرباعاً ، فتكون الدراهم مائتين وثمانين ، والأشياء أحد عشر ، تقسم الدراهم على الأشياء ، يخرج من القسمة خمسة وعشرون وخمسة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم ، فهذا قدر المحابة ، فلها بالمهر والمحابة خمسة وستون درهماً وخمسة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم ، يرجع إلى الزوج ربع ذلك وهو ستة عشر درهماً وأربعة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم ، وذلك ضعف المحابة .

[المسألة] الثانية : أعتق مريض جارية ونكحها على مهر مسمى ، نظر ، إن لم يملك غيرها ، فالنكاح باطل ، لأنه لا ينفذ عتق جميعها ، والنكاح والمالك لا يجتمعان . ثم إن لم يدخل بها ، فلا مهر . وإن دخل ، فهو وطء شبهة ، فلها من المهر بقسط ماعتق منها ، ويقع فيه الدور . فإذا كانت قيمتها مائة ، والمهر خمسين ، عتق منها شيء ولها بالمهر نصف شيء ، لأن المهر نصف القيمة ، يبقى جارية إلا شيئاً ونصف شيء يعدل شيئين ، فبعد الجبر : جارية تعدل ثلاثة أشياء ونصف شيء ، فالشيء سبعمائة الجارية ، فينفذ العتق في سبعمائة ، ويبطل في خمسة أسباعها ، فيصرف سبع منها إلى مهر السبعين ، يبقى للورثة أربعة أسباعها ضعف ماعتق ، ثم السبع المصروف إلى المهر ، إن رضيت به بدلاً عما لها من المهر ، فذاك ، ويعتق عليها حين ملكته لا بالاعتاق الأول وإن أبت بيع سبعمائة في مهرها . هذا إذا لم يملك غيرها .

فإن ملك ، و [كانت] الجارية قدر الثلث ، بأن خلف مائتين سواها ، فإن لم يدخل بها ، فلا مهر ، لأنها لو استحققت مهرأً لاحق [التركة] دين ، فلا تخرج كلها من المثلث ، ولبطل النكاح وسقط المهر ، وإن دخل بها ، قال الشيخ أبو علي : لها الخيار ، فإن عفت عن مهرها ، عتقت وصح النكاح ، وإلا ، فلها ذلك ، ويدين أن جميعها لم يعتق ، وأن النكاح فاسد ولها مهرها ماعتق منها . فيقال : عتق شيء ، ولها بالمهر نصف شيء ، يبقى للورثة ثلثمائة إلا شيئاً ونصف شيء يعدل شيئين ،

فبعد الجبر : ثمانية تعدل ثلاثة أشياء ونصف شيء ، فمائة تعدل شيئاً وسدس شيء ، تبسطها أسداساً ، وتقلب الاسم ، فالشيء ستة ، والمائة سبعة ، فالشيء ستة أسباع الجارية .
[المسألة] الثالثة : قد علم أن خلع المريض بأقل من مهر المثل ، لا يمتد من الثلث ، وأن المريضة [لو نكحت بأقل من مهر المثل جاز ، ولا اعتراض للورثة إذا لم يكن الزوج وارثاً ، وأن المريضة] لو اختلعت بأكثر من مهر المثل ، اعتبرت الزيادة من الثلث . فإذا نكح مريض امرأة بمائة ، ومهرها أربعون درهماً ، ثم خالعه في مرضها بمائة ، وماتا من مرضها ولا مال لهما إلا المائة ، فلما أن يكون الخلع قبل الدخول ، وإما بعده .

الحالة الأولى : بعده ، فللمرأة أربعون من رأس المال ، ولها شيء بالحابة ، ثم يرجع إلى الزوج أربعون بالخلع ، وله ثلث شيء بالحابة ، فيحصل لورثة الزوج مائة إلا ثلثي شيء تعدل شيئين ، فبعد الجبر : مائة تعدل شيئين وثلثي شيء ، فالشيء ثلاثة أثمان المائة وهو سبعة وثلاثون درهماً ونصف درم وهي الحابة ، فللمرأة بالمهر والحابة سبعة وسبعون درهماً ونصف درم ، ثم يأخذ الزوج من ذلك أربعين درهماً بموض الخلع ، وبالحابة ثلث الباقي وهو اثنا عشر ونصف ، وكان [بقي] له اثنان وعشرون ونصف ، فالبلغ خمسة وسبعون ضعف الحابة . هذا إذا جرى الخلع بمائة في ذمتها ، فلو جرى بعين المائة التي أصدقها ، فقد خالعه على مملوك وغير مملوك . قال الأستاذ تقريباً على أن المسمى يسقط ويرجع إلى مهر المثل : لها أربعون من رأس المال ، وشيء بالحابة ، وللزوج عليها أربعون بالخلع ، ولا شيء له بالحابة ، لأن المسمى إذا بطل بطل ما في ضمنه من الحابة ، فيكون لورثة الزوج مائة إلا شيئاً يعدل شيئين ، فبعد الجبر يتبين أن المسمى ثلث المائة ، فلها بالمهر والحابة ثلاثة وسبعون

درهماً وثلاث درم ، يأخذ الزوج من ذلك أربعين ، يجتمع لورثته ستة وستون وثلاثون
ضعف المحابة .

الحالة الثانية : إذا جرى الخلع قبل الدخول ، فينشطر الصداق ، والحاصل
للرأة نصف مهر المثل من رأس المال وهو عشرون درهماً ، وشيء بالمحابة ، للزوج
من ذلك أربعون مهر المثل ، يبقى شيء إلا عشرين درهماً له ثلاثة بالمحابة وهو
ثلاث شيء إلا ستة دراهم وثلاثي درم ، يبقى لورثتها ثلثا شيء إلا ثلاثة عشر
درهماً وثلاث درم ، فيجتمع لورثة الزوج مائة وثلاثة عشر درهماً وثلاث درم
إلا ثلثي شيء ، وذلك يعدل ضعف المحابة شيئين ، فبعد الجبر : مائة وثلاثة عشر وثلاث
تعديل شيئين وثلاثي شيء ، فالشيء ثلاثة أثمان هذا المبلغ وهي اثنان وأربعون درهماً
ونصف درم [وهي المحابة ، فللرأة المحابة ونصف المهر اثنان وستون درهماً
ونصف درم] يبقى للزوج سبعة وثلاثون درهماً ونصف درم ، ويأخذ بما صار لها
بموض الخلع أربعين ، ويأخذ أيضاً ثلث الباقي وهو سبعة دراهم ونصف ، فالمبلغ
خمس وثمانون ضعف المحابة . هذا كلام الأستاذ ، واعترض الامام ، بأن مهر المثل
مع المحابة الصداق ، فوجب أن يرجع إلى الزوج نصف الجميع ، وعلى هذا طريق
الحساب أن يقال : لها من رأس المال أربعون ، وبالمحابة شيء ، يبقى الزوج ستون
إلا شيئاً ، ويرجع إليه نصف ماملكتة صداقاً وهو عشرون ونصف شيء ،
فللزوج ثمانون إلا نصف شيء ، ثم تأخذ بما بقي لها أربعين ، يبقى نصف شيء
إلا عشرين درهماً ، تأخذ بالمحابة ثلث هذا الباقي وهو سدس شيء إلا ستة دراهم وثلاثي
درم ، فيجتمع لورثته مائة وثلاثة عشر درهماً وثلاث درم إلا ثلث شيء يعدل
شيئين ، فبعد الجبر يتبين أن الشيء ثلاثة أسباع مائة وثلاثة عشر درهماً وثلاث درم ،
وهو ثمانية وأربعون درهماً وأربعة أسباع درم ، يبقى للزوج أحد عشر درهماً
وثلاثة أسباع ، ويرجع بالشر أربعة وأربعون درهماً وسبعان ، ويأخذ من الشر

الآخر قدر مهر المثل وهو أربعون وثلاث الباقي وهو درهم وثلاثة أسباع ، فالبلغ سبعة وتسعون درهماً وسبع درم ، وذلك ضعف الحباة ، يبقى لورثة المرأة درهمان وستة أسباع درم . وعلى قول الأستاذ ، يبقى لهم خمسة عشر ، ثم لافرق في المسألة بين موته أو لا وعكسه ، وموتها مماً ، لاقطاع الارث بالخلع ، والدور إنا يقع في جانبه دونها ، إذ لا يعود إليها شيء مما يخرج منها .

فصل

ومنها الجنايات ، فاذا جنى عبد على حرّ خطأً ، وعفا المجني عليه ومات ، لم يكن المغو وصية لقاتل ، لأن فائدته تعود إلى السيد ، فإن أجاز الورثة ، فذاك ، وإلا ، نفذ في الثلث ، وانفك ثلث العبد عن تعلق أرش الجناية . وأشار الامام إلى وجه : أنه لا ينفك ، كما أنه لا ينفك شيء من المرهون ما بقي شيء من الدين . والصحيح الأول . ثم للسيد بالخيار بين أن يسلم ثلثيه للبيع ، وبين أن يفديه . فإن سلمه ، فلا دور ، بل يباع ويؤدى من ثمنه ثلثا الأرض ، أو ماتيسر . وإن فداء ، يفدي الثلثين بثاني الأرض ، كم كان ، أم بالأقل من ثلثي القيمة وثلثي الدية ؟ فيه قولان . فإن كان الفداء بثاني القيمة ، فلا دور ، وإن كان بالدية ، فيقع الدور ، فيقطع بالحساب . مثاله : قيمة العبد ثمانمائة ، وقومنا الابل فكانت ألفاً ومائتين ، فيصح المغو في شيء من العبد ، ويبطل في عبد ناقص بشيء يفديه السيد بأربعة أمثاله ، لأن الدية أربعة أمثاله ، وأربعة أمثاله أربعة أعبد إلا أربعة أشياء ، فيحصل لورثة الماني أربعة أعبد إلا أربعة أشياء ، وذلك بمدل شيئين ، فتجبر وتقابل ، فأربعة أعبد تمدل ستة أشياء ، فتقلب الاسم وتقول : العبد ستة ، والشيء أربعة وهي ثلثا الستة ، فيصح المغو في ثلثي العبد وهو مائتان ، ويفدي السيد ثلثه بثلث الدية وهو أربعمائة ، فيحصل لورثة الماني ضعف المائتين . هذا إذا لم يترك

العافي سوى ما يستحقه من الدية . فإن ترك مالا ، نظر ، إن كانت القيمة أقل من الدية ، وكان متركه ضعف القيمة ، صح العفو في جميع العبد . وإن كان متركه دون ضعف القيمة ، ضمت التركة إلى قيمة العبد ، وصح العفو في ثلث الجملة من العبد . وإن كانت القيمة أكثر من الدية ، جمع بين التركة والدية ، وصح العفو في ثلث الجملة من الدية .

فروع

أحدها : لو لم يترك سوى ما يستحق من الدية وعاليه مائتان ديناً ، وسلمه للبيع ، واختار الفداء ، وقلنا : الفداء بأقل الأمرين ، سقط الدين من قيمة العبد ، يبقى مائة للسيد ، ثلثها وهو تسع العبد ، فيصح العفو في تسعة ، ويبيع ثمانية أتساعه ، أو يفديها السيد بثمانية أتساع قيمته ، وهو مائتان وستة وستون درهماً وثلثان ، يقضى منها دينه ، يبقى ستة وستون وثلثان ضعف ماصح فيه العفو . وإن قلنا بالدية ، صح العفو في شيء ، وفدى السيد الباقي بأربعة أمثاله وهي أربعة أعبد إلا أربعة أشياء ، تحط منها قدر الدين وهو ثلثا عبد ، يبقى ثلاثة أعبد وثلث عبد إلا أربعة أشياء تعدل شيئين ، فتجبر وتقابل وتبسطها أثلاثاً ، وتقلب الاسم ، فالعبد ثمانية عشر ، والشيء عشرة وهو خمسة أتساعها ، فيصح العفو في خمسة أتساع العبد وهي مائة وستة وستون درهماً وثلثان ، ويفدي السيد بأكيه وهو مائة وثلاثة وثلثون درهماً وثلث درهم بأربعة أمثاله وهي خمسمائة وثلاثة وثلثون ، يقضى منها الدين ، يبقى ثمانمائة وثلاثة وثلثون وثلث درهم ضعف ماصح العفو فيه .

[الفروع] الثاني : جنى عبدان خطأً على حر ، فعفا عنها ، ومات ولأمال له سوى الدية ، فإن اختار السيدان تسليمها أو اختارا الفداء ، وقلنا : انفداء بأقل الأمرين ،

صح العفو في ثلث كل عبد، ويبيع ثلثاه ، أو فدى سيده ثلثيه بثاني القيمة . وإن قلنا : الفداء بالدية ، وكانت قيمة كل عبد ثلثمائة ، وقيمة الدية ألفاً ومائتين ، صح العفو في شيء من كل عبد ، وفدى سيده ببقية بضغفه ، لأن نصف الدية هو الذي تعلق بكل عبد ، ونصف الدية ضعف كل عبد ، فيحصل لورثة الماني أربعة أعبد إلا أربعة أشياء ، وذلك يمدل ضعف ماجاز العفو فيه وهو أربعة أشياء ، فبمد الجبر : أربعة أعبد تعدل ثمانية أشياء ، فتقلب الاسم ، وتجعل العبد ثمانية ، والثيء أربعة وهو نصفها ، فيصح العفو في نصف كل عبد ، ويفدي كل سيد نصف عبده بمبد ، فيحصل الورثة عبدان ضعف ماصح العفو فيه .

[الفرع] الثالث : قتل عبد حرين خطأ ، تعلق برقبته الديتان . فإن سلمه سيده ، يبيع ووزع عليها . وإن فداه وقلنا : الفداء بالقيمة ، وزعت القيمة . وإن قلنا بالدية ، فداه بالديتين . فإن عفا أحدهما في مرضه ، قال ابن سريج : يدفع إلى ورثة الماني ثلثا نصفه ، وإلى ورثة الذي لم يمف جميع النصف ، كأن كل واحد متعلق بنصف منه ، فينفذ عفو الماني في ثلث محل حقه . قال الأستاذ : هذا لا يستقيم على أصل الشافعي رضي الله عنه ، بل الديتان متعلقتان بجميع العبد ، فإذا عفا أحدهما ، سقط [ثلث] الدية ، فورثته وورثة الآخر يتضاربون هؤلاء بثاني دية مورثهم ، وهؤلاء بكل دية مورثهم .

فصل

ومنها المتق ، فإذا أعتق مريض عبداً ، فاكنسب مالاً قبل موت المتق ، ووزع الكسب على ما يمتق و[ما] برق ، وحصة المتق لا تحسب عليه ، وحصة مارق تزداد في التركة ، وإذا زادت التركة ، زاد ما عتق ، فتزيد حصته من الكسب ، وإن زادت

حصة ماعتق ، نقصت التركة ، فينقص ماعتق ، فيزيد المال ، فيزيد ماعتق ، وهكذا تدور زيادته على نقصه ، ونقصه على زيادته ، فيقطع الدور بالطرق الحسابية ، وفيه مسائل .

مسألة : اكتسب العبد مثل قيمته ، فيعتق منه شيء ، ويتبعه من الكسب شيء غير محسوب عليه ، يبقى للورثة عبدان إلا شيئين ، وذلك يعدل ضعف ماعتق وهو شيان ، فبعد الجبر : عبدان يعدلان أربعة أشياء ، فتقلب الاسم ، فالعبد أربعة ، والثي اثنان ، والاثنان ضعف الأربعة ، فعلنا أنه يعتق من العبد نصفه ، ويتبعه نصف الكسب غير محسوب عليه ، يبقى للورثة نصف العبد ونصف الكسب ، وذلك ضعف ماعتق . وبطريق السهام : تأخذ للعتق سهماً ، ولا يتبعه من الكسب سهماً ، وتأخذ للورثة ضعف ماأخذت للعتق وهو سهان ، يجتمع أربعة أسهم ، ثم تأخذ الرقة والكسب وهما مثلان ، فتقسمها على الأربعة ، يخرج من القسمة نصف ، فعلنا أن الذي عتق نصف الرقة . ولو اكتسب العبد - وقيمه تسعون - مثل قيمته ومثل نصفها ، عتق منه شيء ، وتبعه من الكسب شيء ونصف غير محسوب عليه ، يبقى للورثة عبدان ونصف إلا شيئين ونصف شيء يعدل شيئين ، فبعد الجبر : عبدان ونصف يعدل أربعة أشياء ونصف شيء ، فتبسطها أنصافاً ، وتقلب الاسم ، فالعبد تسعة ، والثي خمسة ، فيعتق منه خمسة أتساعه وقيمتها خمسون ، ويتبعها خمسة أتساع الكسب وهي خمسة وسبعون ، يبقى للورثة أربعة أتساع العبد وهي أربعون وهي أربعة أتساع الكسب وهي ستون ، وهما مائة ضعف ماعتق . ولو كانت الصورة الثانية بحالها ، وعلى السيد مثل قيمة العبد ديناً ، عتق منه شيء ، وتبعه من الكسب شيء ونصف ، يبقى عند الورثة عبدان ونصف عبد إلا شيئين ونصف شيء ،

تسقط منه عبد الدين ، يبقى عبد ونصف إلا شيئين ونصف يعدل ضعف ماعتق وهو شيان ، فبعد الجبر : عبد ونصف تعدل أربعة أشياء ونصف شيء ، تبسطها أنصافاً ، وتقلب الاسم ، فالعبد تسعة ، والشيء ثلاثة ، يعتق من العبد ثلاثة أتساعه ، ويتبعه من الكسب ثلاثة أتساعه ، يقضى الدين من الباقي ، يبقى مع الورثة ضعف ماعتق .

ولو كانت بحالها ، إلا أنه لادين على السيد ، وله سوى العبد وكسبه تسعون ، عتق منه شيء ، وتبعه من الكسب شيء ونصف ، يبقى مع الورثة عبدان ونصف إلا شيئين ونصف شيء ، ومعهم مثل قيمة العبد ، فيجتمع معهم ثلاثة أعبد ونصف عبد إلا شيئين ونصف شيء يعدل شيئين ، فبعد الجبر : ثلاثة أعبد ونصف عبد تعدل أربعة أشياء ونصف شيء ، تبسطها أنصافاً ، وتقلب الاسم ، فالعبد تسعة ، والشيء سبعة ، فيعتق منه سبعة أتساعه وهو سبعون ، ويتبعه من الكسب سبعة أتساعه وهو مائة وخمسة ، يبقى الورثة تسعاً وعشرون ، وتسعاً الكسب ثلاثون ، ومعهم تسعون أيضاً ، فالمبلغ مائة وأربعون ضعف ماعتق .

فرع

مق ترك السيد ضعف قيمة العبد ، عتق كلّه ، وتبعه كسبه ولا دور . وإذا كان عليه دين ، وله سوى العبد وكسبه مال ، قوبل بذلك المال . فإن تساوى ، فكأن لادين ولأمال ، وإن زاد الدين ، فكأن القدر هو الدين . وإن زاد المال ، فكأن القدر الزائد هو المتروك .

فرع

الموهوب للعبد وأرش الجناية عليه ، كالكسب .

فرع

قيمته تسمون ، واكتسب بعد العتق تسمين ، فاستقرضها السيد منه وأتلفها ، ثم مات السيد ، عتق منه شيء واستحق على السيد شيئاً هو دين عليه ، يبقى للورثة عبد إلا شئئين تعدل ضعف ماعتق ، فبعد الجبر : عبد يعدل أربعة أشياء ، فتقلب الاسم ، وتقول : عتق منه ربه ، ويتبعه ربه كربع كسبه ، يبقى للورثة نصفه وهو ضعف ماعتق ، ثم ربع الكسب الذي هو دين ، إن أداه الورثة من عندهم ، جاز واستمر ملكهم على ثلاثة أرباعه ، وملك هو ماسلّموه إليه بربه الحر ، وإن تراضوا هم والعبد على أن تكون رقبته بدلاً عن ربع الكسب ، جاز وعتق ربه على نفسه . قال ابن سريج : ويكون ولاء هذا الربع لبيت المال . وقال غيره : لا ولاء عليه . وإن أراد الورثة بيعه لغيره ، وقال العبد : آخذه بدلاً عن الدين ، فقد ذكر الأستاذ ، أنه أحق بنفسه من الأجانب . قال الامام : هذا محمول على الأولوية دون الاستحقاق .

فرع

مات العبد المعتق قبل موت السيد ، فهل يموت حرّاً ، أم رقيقاً ؟ أم ثلثه حرّاً وثلاثه رقيقاً ؟ فيه ثلاثة أوجه ، قال الأستاذ : والصحيح هو الأول . فان كان العبد اكتسب ضعف قيمته ، ولم يخلف إلا السيد ، مات حرّاً بلا خلاف ، لأن السيد

يرث هنا بالولاء كسبه ، فيحصل لورثته ضعف العبد . وإن كان الكسب مثل قيمته ، فإن قلنا : لو لم يخلف كسباً مات حرّاً ، فهذا أولى ، وإن قلنا : يموت رقيقاً ، فهذا لا يرث جميعه ، لأنه خلف شيئاً ، ولا يعتق جميعه ، لأن الكسب ليس ضعفه . فإن قلنا : من بعضه حر يورث ، عتق نصفه ، وكان جميع كسبه لسيده ، نصفه بالملك ، ونصفه بالارث بالولاء ، فيحصل لورثته ضعف ماعتي . وإن قلنا : لا يورث ، قال الامام : يعتق منه شيء ، ويتبعه من الكسب شيء ، يصرف ذلك الشيء إلى بيت المال ، فيبقى عبد ناقص بشيء يعدل ضعف ماعتي وهو شيئان ، فبعد الجبر : عبد يعدل ثلاثة أشياء ، فالشيء ثلث العبد ، فيعتق ثلثه ، ويتبعه من الكسب ثلثه ، يبقى للسيد ثلثا كسبه بالملك وهو ضعف ماعتي . ولو كان الكسب ضعف القيمة ، وخلف العتيق مع السيد بنتاً ، فإن قلنا : لو لم يخلف بنتاً مات حرّاً ، فكذا هنا ، والكسب بين البنت والسيد سواء . وإن قلنا : يموت رقيقاً . فإن قلنا : من بعضه حر يورث ، عتق منه شيء ، ويتبعه من الكسب شيئان ، ترث البنت أحدهما ، والسيد الثاني ، فيحصل لورثة السيد ضعف العبد إلا شيئاً ، وذلك يعدل شيئين ، فبعد الجبر : عبدان يعدلان ثلاثة أشياء ، والشيء ثلث العبد ، وهو ثلثا عبد ، فيعتق من العبد ثلثاه ، ويتبعه ثلثا الكسب ، ثم يرجع أحدهما إلى السيد بالارث ، فيحصل لورثة السيد ثلثا الكسب وهو ضعف ماعتي . وإن قلنا : من بعضه حر لا يورث ، لم ترث البنت ، لأنها لو ورثت لما خرج جميعه من الثلث ، وإذا لم يعتق كله لا يورث ، فيؤدي تورثها إلى منع تورثها ، وهذه من الدوريات الحكيمة ، وإذا لم ترث ، كأنه لم يخلف إلا السيد ، فيموت حرّاً ، وجميع الكسب للسيد كما سبق . ولو لم يمت العتيق ، لكن [كان] له ابن حر ، مات قبل موت السيد ، وترك أضعاف قيمة أبيه وليس له إلا أبوه وسيد أبيه ، فلا يرث منه أبوه ، لأنه لو ورث لاستغرق ولم يحصل للسيد شيء ، وحينئذ فلا يعتق جميعه ، فلا يرث . وإذا لم يرث ، حكم بحريته ، وورث السيد مال ابنه

بالولاء. ولو كانت تركة الابن مثل قيمة الصديق ، عتق منه شيء، وثبت للسيد الولاء على الابن بقدر ماعتق ، فيرث من تركته شيئاً ، ولا يرث أبوه ، فيحصل لورثة السيد عبد إلا شيئاً والشئ الذي ورثه السيد بالولاء ، فيتم لهم عبد ، لأن تركته مثل العبد ، وذلك يعدل شيئين ، فالشيء نصف العبد ، فيعتق نصفه ، ويكون للورثة نصفه ونصف تركة ابنه وهما ضعف ماعتق منه .

مسألة: من الأصول المقررة ، أن المريض إذا أعتق عبداً لآمال له غير مأم ، أقرع بينهم . وإن أعتقهم على الترتيب ، بديء بالأول فالأول . فإن زاد الأول على الثلث ، عتق منه قدر الثلث . فلو أعتق عبداً فاكتسب مثل قيمته ، ثم أعتق آخر ، ولآمال له سواهما وهما متساويا القيمة ، عتق من الأول شيء ، وتبعه من كسبه شيء غير محسوب عليه ، يبقى للورثة ثلاثة أعبد إلا شيئين ، فبعد الجبر : ثلاثة أعبد تعدل أربعة أشياء ، فالشيء ثلاثة أرباع العبد ، فيعتق من الأول ثلاثة أرباعه ، ويتبعه ثلاثة أرباع كسبه ، يبقى عبد ونصف ، وهما ضعف ماعتق . ولو اكتسب الثاني مثل القيمة دون الأول ، عتق الأول ، وبقي الثاني وكسبه للورثة . وإن اكتسب كل واحد قدر قيمته ، عتق ، وتبعه كسبه ، وبقي الثاني وكسبه للورثة . وإن اكتسب الأول مثل قيمتها ، عتق منه شيء ، وتبعه من الكسب شيان ، يبقى للورثة أربعة أعبد إلا ثلاثة أشياء تعدل شيئين ، فبعد الجبر يكون الشيء خمس أربعة أعبد وهو أربعة أخماس عبد ، يمتق من الأول أربعة أخماسه ، ويتبعه أربعة أخماس كسبه ، يبقى للورثة خمسة وخمس كسبه والعبد الآخر . وإن اكتسب الثاني مثل قيمتها ، عتق الأول ، ومن الثاني شيء ، ويتبعه من الكسب شيان ، يبقى للورثة من الثاني وكسبه ثلاثة أعبد إلا ثلاثة أشياء تعدل ضعف ماعتق وهو عبدان وشيئان ، لأن الذي عتق عبد وشيء ، فبعد الجبر : ثلاثة أعبد تعدل عشرين وخمسة

أشياء، تسقط عيدين بعيدين ، يبقى عبد في معادلة خمسة أشياء ، فالشيء خمس سبد ، فالذي عتق من الثاني خمسة ، وكذا الحكم لو اكتسب كل واحد منها مثل قيمتها . أما إذا أعتق العيدين معاً ، فيقرع بينهما ، فمن خرجت قرعته ، فكان السيد قدّمه . والحساب في الصور كما ذكرنا . ولو أعتق المريض ثلاثة أعبد معاً لا يملك غيرهم ، فاكسب أحدهم قبل موته كقيمته ، وقسمهم متساوية ، أقرع بينهم بسهم عتق وسهمي رق ، فإن خرج سهم العتق على المكتسب ، عتق ، ويتبعه كسبه ، وبقي الآخرون للورثة . وإن خرج لأحد الآخرين ، عتق ، ثم تعاد القرعة لاستكمال الثلث ، فإن خرج للآخر ، عتق ثلثه ، وبقي ثلثاه مع المكتسب ، وكسبه للورثة ، ولا دور . وإن خرج سهم العتق والقرعة الثانية للمكتسب ، دخل الدور ، فقول : يعتق منه شيء ، ويتبعه من الكسب شيء ، يبقى للورثة ثلاثة أعبد إلا شيئين ، يعدل ضعف ما عتق وهو عيذان وشيخان ، فبعد الجبر : ثلاثة أعبد تعدل عيدين وأربعة أشياء ، تسقط عيدين بعيدين ، يبقى عبد في معادلة أربعة أشياء ، فالشيء ربع العبد ، فيعتق منه ربعه ، ويتبعه ربع كسبه ، يبقى للورثة ثلاثة أرباعه وثلثه أرباع كسبه والعبد الآخر ، وذلك عيذان ونصف وهو ضعف ما عتق .

ولو كانت الصورة بحالها ، على السيد دين كقيمة أحدهم ، أقرع بين العبيد بسهم دين وسهمي تركة ، ولسهم الدين حالان .

أحدهما : أن يخرج لأحد الذين لم يكتسبوا ، فيباع في الدين ، ثم يقرع بين الآخرين ، لا عتاق الثلث بعد قضاء الدين بسهم عتق وسهم رق ، فإن خرج سهم العتق الذي لم يكتسب ، عتق ، وبقي المكتسب وكسبه للورثة . وإن خرج للمكتسب ، دخل الدور ، فيعتق منه شيء ، ويتبعه من الكسب شيء ، يبقى للورثة ثلاثة أعبد إلا شيئين تعدل شيئين . فبعد الجبر : ثلاثة أعبد تعدل أربعة أشياء ، فالشيء ربع العبيد وهو ثلاثة أرباع عبد .

الحال الثاني : أن يخرج سهم الدين المكتسب ، فيباع منه ومن كسبه بقدر الدين، والدين مثل نصفها ، فيباع في الدين نصف رقبته ونصف كسبه ، ثم يقرع بين باقيه وبين الآخرين بسهم عتق وسهمي رق . فإن خرج سهم العتق لأحد الآخرين ، عتق ، وبقي الآخر ونصف المكتسب وكسبه للورثة . وإن خرج المكتسب ، عتق نصفه الباقي ، وتبعه الكسب غير محسوب ، ثم تعاد القرعة بين الآخرين لاستكمال الثلث ، فأبها خرج عليه ، عتق ثلثه ، فيكون جميع ماعتق خمسة أمداً عبد ، يبقى للورثة عبد وثلثا عبد ضعف ماعتق . ولو كانت الصورة بحالها ، إلا أن قيمة أحدهم مائة ، والثاني مائتين ، وثلثا ثلثمائة ، واكتسب كل عبد كقيمته ، أقرع ، فإن خرج سهم العتق على الأعلى ، عتق ، وتبعه كسبه ، وبقي الآخران وكسبهما للورثة ، وذلك ضعف الأعلى ، وإن خرج على الأدنى ، عتق ، وتبعه كسبه ، وتعاد القرعة لاستكمال الثلث . فإن خرج العتق الأوسط ، عتق ، وتبعه كسبه ، وبقي الأعلى وكسبه للورثة ، وذلك ضعف العتيقين ، وإن خرج للأعلى ، عتق منه شيء ، وتبعه من كسبه مثله ، يبقى للورثة باقيه وباقي كسبه والعبد الأوسط وكسبه ، وجملة ذلك ألف إلا شيئين تعدل ضعف ماعتق وهو مائتان وشيئان ، فبعد الجبر : ألف تعدل مائتين وأربعة أشياء ، تسقط مائتين بمائتين ، يبقى ثمانمائة تعدل أربعة أشياء ، فاشيء مائتان ، وذلك ثلثا الأعلى ، فيمتق منه ثلثاه ، ويتبعه ثلثا كسبه ، يبقى للورثة ثلثه وثلث كسبه والأوسط وكسبه ، وذلك ستمائة ضعف الأدنى وماعتق من الأعلى . وإن خرج على الأوسط ، عتق ، وتبعه كسبه ، وتعاد القرعة ، فإن خرج الأدنى ، [عتق ، وتبعه كسبه ، وبقي الأعلى وكسبه للورثة ، وإن خرج للأعلى] ، عتق [ثلثه] ، وتبعه ثلث كسبه ، وباقيه مع الأدنى للورثة .

مسألة : إذا زادت قيمة العتق قبل موت سيده ، دارت المسألة ، لأن الزيادة كالكسب ، فقسط ماعتق لا يحسب على العبد ، وقسط مارق تزيد به التركة ، وكذا نقصان القيمة يوزع ، فقسط ماعتق يحسب على العبد كأنه قبضه وأتلفه ، وقسط مارق كأنه تلف من مال السيد . فإذا نقص المال ، نقص ما يعتق واحتيج إلى الحساب .

مثال الزيادة : أعتق عبداً قيمته مائة لا يملك غيرها ، فصارت قيمته قبل موت سيده مائة وخمسين ، تقول : عتق منه شيء ، وذلك الشيء محسوب بثاني شيء ، يبقى مع الورثة عبد إلا شيئاً يعدل ضعف المحسوب على العبد وهو شيء وثلاث شيء ، فبعد الجبر : عبد يعدل شيئين وثلاث شيء ، فتبسطها أثلاثاً ، وتقلب الاسم ، فالعبد سبعة ، والشيء ثلاثة ، فيعتق ثلاثة أسابيع ، وقيمتها يوم الموت أربعة وستون وسبعان ، والمحسوب عليه منها [قيمة] يوم الاعتاق وهو اثنان وأربعون وستة أسابيع ، يبقى للورثة أربعة أسابيع العبد ، وقيمتها خمسة وثمانون وخمسة أسابيع وهي ضعف المحسوب على العبد .

ومثال النقص ، قيمته مائة ، صارت خمسين ، يعتق منه شيء وهو محسوب عليه بشيئين ، فالباقي وهو عبد إلا شيئاً يعدل ضعف المحسوب وهو أربعة أشياء ، فبعد الجبر : عبد يعدل خمسة أشياء ، فالشيء خمس العبد ، فيعتق خمسة ، وقيمتها يوم الموت عشرة ، ويحسب عليه بهشرين ، لأن قيمته يوم الموت عشرون ، يبقى للورثة أربعة أخماسه ، وقيمتها أربعون ضعف المحابة .

فصل

ومنها الكتابة ، فإذا كاتب في مرضه عبداً لا يملك غيره ، ولم يؤد شيئاً من النجوم في حياة سيده ، فتلته مكاتب . فإذا أدنى نجوم اثنان ، عتق . وهل يزداد في الكتابة

لكون التركة زادت بما أدى؟ فيه خلاف مذكور في «باب الكتابة»، فإن زيدت، فطريق الحساب، أن الكتابة تصح في شيء من العبد، وبؤدي المكاتب عنه شيئاً، والفرض فيما إذا كانت النجوم مثل القيمة، فيحصل للورثة من الرقبة ومال الكتابة مثل عبد، وذلك يعدل ضعف ما صحت فيه الكتابة وهو شيان، فالشيء نصف العبد، فإذا أدى نجوم النصف، عتق [نصفه]، واسترد من الورثة كسب سدسه، فيحصل للورثة نصف الرقبة ونصف النجوم، وذلك ضعف ما صحت فيه الكتابة. ولو كاتب في الصحة، ثم أعتقه في المرض، أو أبرأه عن النجوم، نظر، إن عجز نفسه، عتق ثلثه، ورق ثلثاه. وإن استدأماً الكتابة، فإن كانت النجوم مثل القيمة، فوجهان. أصحابها: يعتق ثلثه، وتبقى الكتابة في ثلثيه. والثاني: لا يعتق ثلثه حتى يسلم الثلثان للورثة، إما بالجزء، وإما بأداء نجوم الثلثين. وإن كان بين النجوم والقيمة تفاوت، فقد سبق أن المتبر من الثلث أقل الأمرين، فإن كانت النجوم أقل، عتق ثلثه، وسقط ثلث النجوم، ويبقى للورثة ثلثا النجوم إن أدى، وإلا، فثلثا الرقبة. وإن كانت الرقبة أقل، بأن كانت مائة، والنجوم مائتين، حصل الدور، فيقال: عتق شيء، وسقط من النجوم شيان، يبقى للورثة من النجوم مائتا درهم إلا شيئين، وذلك يعدل ضعف ما عتق وهو شيان، فبعد الجبر: مائتان تعدلان أربعة أشياء، فالشيء ربع المائتين وهو نصف العبد، فملنا أن الذي عتق نصف العبد، وأنه يسقط نصف النجوم. قال الأستاذ: فإن عجل ماعليه من النجوم، عتق نصفه، وإن لم يؤدي شيئاً، لم يحكم بعتق شيء. ثم كلما أدى شيئاً، حكم بعتق نصف ما أدى حتى يؤدي نصف الكتابة ويستوفي وصيته.

فصل

في مسائل يتولد الدور فيها من أصلين

مسألة : أعتق مريض عبداً لا يملك غيره ، ثم قتله السيد ، فهل ينفذ العتق في جميعه إذ لا تركه ، أم لا يعتق شيء منه لأنه لا يبقى الورثة ضعف المحكوم بمقتقه؟ فيه خلاف سبق في نظائره . قال الأستاذ : قياس مذهب الشافعي رحمه الله هو الثاني ، فإن ترك السيد مالاً إذا قضيت الدية منه كان الباقي ضعف قيمته ، فهو حر ، وإن ترك من المال دون ذلك ، عتق بعضه ، ولزم السيد قسط ماعتق من الدية ، ولا يرث السيد من ديته ، لأنه قاتل ، بل إن كان له وارث أقرب من سيده ، فهي له ، وإلا ، فأقرب عصابات السيد .

مثاله : قيمته مائة ، وقيمة إبل الدية ثلثمائة ، ولو ترك السيد ثلثمائة ، فعتق شيء ، وعلى السيد من الدية ثلاثة أمثاله ، وباقي العبد الذي بطل العتق فيه قد أتلغه بالقتل ، فلم يترك إلا ثلثمائة وهي مثل ثلاثة أعبد ، يقضى منها ماوجب من الدية ، يبقى ثلاثة أعبد إلا ثلاثة أشياء تعدل ضعف ماعتق وهو شيثان ، فتجبر وتقابل ، فثلاثة أعبد تعدل خمسة أشياء ، فتقلب الاسم ، فالعبد خمسة ، والشيء ثلاثة ، يعتق منه ثلاثة أخماسه وهو ستون ، ويجب عليه ثلاثة أخماس الدية وهي مائة وثمانون ، يبقى مائة وعشرون ضعف ماعتق .

مسألة : أعتق المريض عبداً ، فجنى العبد على أجنبي بقطع أو قتل ، ولأما للسيد غيره ، فإن كان أرض الجناية مثل قيمته فأكثر ، لم يعتق منه شيء ، لأن الأرض دين ، فيقدم على الوصية . وإن كان دونها ، بأن كانت قيمته مائة ، والأرض خمسة وسبعين ، عتق شيء ، ورق الباقي ، والأرض يتوزع عليها ، فحصة ماعتق بتعلق بذمة العبد ، وحصة مارق تؤدي منه إن أراد السيد التسليم والأرض ثلاثة أرباع القيمة ، فعلى

السيد تسليم ثلاثة أرباع مارق وهو ثلاثة أرباع عبد إلا ثلاثة أرباع شيء ، يبقى مع ورمته ربع عبد إلا ربع شيء يعدل شيئين ، فبعد الجبر : ربع عبد يعدل شيئين وربع شيء ، فتبسطها أربعاً ، وتقلب الاسم ، فالبعد تسعة ، والشئ واحد ، فينتق منه سبعة ^(١) ، ويرق الباقي ، فيسلم في الجناية ثلاثة أرباعه وهي ستة أضعاف ، يبقى مع الورثة تسعان ضف ماعتق .

الطرف الخامس : في مسائل العين والدين .

مقصوده ، أن يخلف الميت عيناً وديناً على بعض الورثة ، أو على أجنبي ، فنصيب الوارث بعض ماعليه بالارث ، أو الأجنبي بعض ماعليه بوصية .
وأول ما تقدمه أن الميت إذا لم يخلف إلا ديناً على بعض الورثة ، برىء من عليه من حصته ، ولا تتوقف برأءه على توفير حصة الباقيين ، لأن الملك بالارث لا يتأخر ، والانسان لا يستحق على نفسه شيئاً . ولو خلف عيناً وديناً على بعض الورثة ، نظر ، إن كان الدين من غير جنس العين ، أو من غير نوعه ، قسمت العين بين الورثة ، فما أصاب من لادين عليه ، دفع إليه ، وما أصاب المدين ، دفع إليه إن كان مقرراً مليئاً . وإن كان جاحداً أو مصرراً ، فالآخر مستحق ظفر بغير جنس حقه . وحكمه المذكور في موضعه . وإن كان الدين من نوع العين ، بأن خلف عشرة عيناً [وعشرة ديناً] على أحد ابنيه الخائزين ، قال الأستاذ : يأخذ من لادين عليه العشرة نصفها إرثاً ، ونصفها قصاصاً بما يصيبه من الدين . وفي كيفية القصاص الخلاف المعروف . قال الامام : هذا بعيد ، والخلاف إنما هو في تقاص الدينين ، لافي تقاص الدين والعين ، بل المذهب أن الارث يثبت شائماً في العين والدين ، وليس لمن لادين عليه الاستعداد بالشرة إن كان المدين مقرراً مليئاً ، فان تراضيا ، أنشأ عقداً ، وإن كان جاحداً أو مصرراً ، فله أن يأخذها على قصد التملك ، لأنه ظفر بجنس حقه المتوفر تحصيله . ولو خلف ديناً وعيناً ، وأوصى بالدين لانسان وهو ثلث ماله أو أقل ،

(١) في نسخة الظاهرية : تسعة .

فحقه منحصر فيه ، فما نضّ دفع إليه . ولو أوصى بثلاث الدين ، فوجهان . أحدهما : أن مانضّ منه يضم إلى العين . فإن كان مانضّ ثلاث الجميع أو أقل ، دفع إلى الموصى له . وأصحها : أنه كلما نضّ منه شيء ، دفع ثلثه إلى الموصى له وثلاثاه إلى الورثة ، لأن الوصية شائعة في الدين .

إذا تقرر هذا ، فالدين الخلف مع العين من جنسه ونوعه ، إما أن يكون على وارث ، [وإما على أجنبي ، وإما عليها .

أما القسم الأول : على وارث] ، فنصيبه من جملة التركة ، إما أن يكون مثل ماعليه من الدين ، وإما أكثر ، وإما أقل .

الحالة الأولى : أن يكون مثله ، فتصح المسألة ، وبطرح مما صحت منه نصيب الدين ، وتقسّم العين على سهام الباقيين ، ولا يدفع إلى المدين شيء ، ولا يؤخذ منه شيء .

مثاله : زوج وثلاثة بنين ، وترك خمسة ديناً على ابن ، وخمسة عشر ديناً ، فجملة التركة عشرون ، نصيب كل ابن خمسة ، وما على المدين مثل نصيبه ، فتصح المسألة من أربعة ، وبطرح منها نصيب ابن ، يبقى ثلاثة ، تقسم العين عليها ، نصيب كل واحد خمسة ، ونصيب المدين يقع قصاصاً ، كذا أطلقوه . قال الامام : هذا محمول على ما إذا رضي المدين بذلك ، أو كان جاحداً ، أو معسراً . وعلى هذا ينزل الجواب المطلق في جميع هذه المسائل .

الحالة الثانية : أن يكون نصيبه أكثر مما عليه ، فتقسم التركة بينهم ، فما أصاب المدين ، طرح منه ماعليه ، ويمطى الباقي من العين .

الثالثة : أن يكون نصيبه أقل ، فيطرح من المسألة نصيبه ، وتقسّم العين على الباقي ، فما خرج من القسمة ، يضرب في نصيب المدين الذي طرح ، فما بلغ ، فهو

الذي حَيَّيَ من الدين ، والمراد بهذه اللفظة أن ما يقع في مقابلة المين من الدين ، كالستوفى بالمقاصة ، فكأنه حَيَّيَ من الدين ، ولولا المقاصة ، فالدين على المفلس ميت فائت ، ثم الباقي من الدين بعد الذي حَيَّيَ يسقط منه شيء ، ويبقى شيء يؤديه المدين إلى سائر الورثة . وطريق معرفة الساقط والباقي ، أن تقسم كل التركة بين الورثة ، فما أصاب المدين ، طرح مما عليه من الدين ، فما بقي ، فهو الذي يؤديه المدين ، فيقسمه سائر الورثة على ما بقي من سهام الفريضة بعد إسقاط نصيب المدين . مثاله : الدين في الصورة المذكورة ثمانية ، والعين اثنا عشر ، فسهم الفريضة أربعة ، يطرح منها نصيب المدين ، وتقسم العين على الباقي ، يخرج من القسمة أربعة ، تضر بها في نصيب المدين وهو واحد ، يكون أربعة ، فذلك هو الذي حَيَّيَ من الدين ، يبقى منه أربعة ، تأخذ منه نصيب المدين من التركة وهو خمسة ، تطرحها مما عليه ، يبقى ثلاثة ، فالثلاثة هي التي تبقى من الدين ، ويسقط واحد ، وتلك الثلاثة مقسومة على سهامهم مما صحت منه المسألة وهي ثلاثة . هذا إذا لم يكن وصية ، فان كانت ، بأن خلف ابنين وترك عشرة عيناً وعشرة ديناً على أحدهما ، وأوصى بثلث ماله لزيد ، فوجهان .

أصحها وينسب إلى ابن مريج وبه قطع الجمهور : أننا ننظر إلى الفريضة الجامعة للوصية والميراث وهي ثلاثة ، للموصى له سهم ، ولكل ابن سهم ، يأخذ المدين سهمه مما عليه ، ويقسم الابن الآخر وزيد المين نصفين ، وقد حَيَّيَ من الدين خمسة ، يبقى خمسة ، للمدين ثلاثة ، يبقى [ثلاثة] وثلاث ، إذا أداها اقتسمها الابن الآخر وزيد نصفين .

والوجه الثاني وينسب إلى أبي ثور : يأخذ الموصى له ثلث المين ، والابن

الذي لادين عليه ، يأخذ ثلثا إرثاً ، والثلث قصاصاً ، فيبرأ الدين من ثلثي الدين بالارث والمقاصة ، يبقى عليه ثلث الدين ، يأخذه الموصى له .

القسم الثاني : أن يكون الدين على أجنبي ، فينظر - ، إن لم يكن وصية ، اشتركت الورثة في العين والدين ، وإن كانت ، فاما أن يكون لغير المدين ، وإماله ، وإما لها . فان كانت لغيره ، بأن خلف ابنين ، وترك عشرة عيناً وعشرة ديناً على زيد ، وأوصى لمرو بثلث ماله ، فالابنان وعمرو يقسمون العين أثلاثاً ، وكلما حصل من الدين شيء اقتسموه كذلك . ولو قيد الوصية بثلث الدين ، اقتسم الابنان العين . وأما الدين ، فقد ذكرنا فيه وجهين . أحدهما : أن الحاصل منه الدين ، يضم إلى العين ويدفع ثلث الدين مما حصل إلى زيد ، ويسمى : وجه الحصر ، لأنه حصر حق الموصى له فيما يتجز من الدين . وأصحها : أن ما يحصل من الدين يدفع إلى زيد ثلثه ، ويسمى : وجه الشيوخ . وإن كانت الوصية للمدين ، نظر فيما يستحقه بالوصية ، أهو مثل الدين ، أم أقل ، أم أكثر ؟ ويقاس بما ذكرنا فيما إذا كان الدين على وارث . وإن كانت الوصية لها ، بأن أوصى - والصورة ماسبق - لمرو بثلث العين ، ولزيد بما عليه ، ورد الابنان الوصيتين إلى الثلث ، فيكون الثلث بينها على أربعة ، لمرو سهم ، ولزيد ثلاثة ، فعلى قول ابن سريج : الفريضة الجامعة من اثني عشر ، للوصيتين أربعة ، وللابنين ثمانية ، فيقسم عمرو والابنان العين على قدر سهامهم وهي تسعة ، لمرو سهم وتسع ، ولكل ابن أربعة وأربعة أنساع ، وبرأ زيد من ثلاثة أرباع الثلث وهي خمسة دراهم ، يبقى عليه خمسة ، كلها أدى شيئاً كان بين عمرو والابنين على تسعة ، فيحصل لمرو خمسة أنساع درم ، فيتم له ربع الثالث وهو درم وثلثان ، وللابنين الباقي . ثم ليكن المصروف إلى عمرو عند خروج الدين من نفس العين إن كانت باقية . وعلى الوجه المنسوب إلى أبي ثور : لمرو ربع الثلث

وهو درهم وثلثان يأخذه من العين ، والباقى من العين الابنين ، فيبرأ الغريم من خمسة ، ببقى [عليه] خمسة ، إذا أداها اقتسمها الابنان . ولو خلف ابنين وعشرين درهماً عيناً وعشرة ديناً على رجل ، وأوصى للغريم بما عليه ، ولزيد بعشرة من العين ، ولم يجز الابنان مازاد على الثلث ، فيجعل الثلث بينهما نصفين . ثم عن ابن سريج رحمه الله وجهان . أصحها : أن الفريضة الجامعة من ستة ، للصيتين اثنان ، وللأبنين أربعة ، فلزيد من المشرب أربعة ، ولكل ابن ثمانية ، ويبرأ الغريم عن نصف الثلث وهو خمسة ، يبقى عليه خمسة ، إذا حصل منها شيء جعل بينهم أخماساً حتى يتم لزيد خمسة ، ولكل ابن عشرة . والثاني : أنه يدفع إلى زيد من العين نصف وصيته وهو خمسة ، ويبرأ الغريم من نصف ما عليه وهو خمسة ، وللأبنين باقى العين خمسة عشر ، ويقتصان باقى الدين وهو خمسة . قال الامام : هذا الوجه على ضعفه يجري فيما سبق .

القسم الثالث : أن يكون الدين على وارث وأجنبي ، بأن ترك ابنين وعشرة عيناً وعشرة [ديناً] على أحدهما وعشرة [ديناً] على أجنبي ، وأوصى بثلث ماله ، فعلى قياس ابن سريج والجمهور : الفريضة الجامعة من ثلاثة ، يجعل سهم المدين ما عليه ، ويقتسم [الابن] الآخر والموصى له العين نصفين ، وما حصل مما على الأجنبي اقتسمه نصفين . وعلى الوجه الثاني : يأخذ الموصى له ثلث العين ، والباقى للابن الذي لادبن عليه ، ويبرأ الابن المدين مما عليه ، وإذا حصل ما على الأجنبي ، أخذ الموصى له ثلثيه ، والابن الذي لادبن عليه ثلثه ، وبالله التوفيق .

الباب الثالث في الرجوع عن الوصية

يجوز الرجوع عن الوصية وعن بعضها ، كمن أوصى بعبد ثم رجع عن نصفه ، ويجوز الرجوع في كل تبرع معلق بالموت ، كقوله : إذا مت فلفلان كذا ، أو فادفعوا إليه ، أو فاعتقوا عبدي ، أو فهو وقف . وفي الرجوع عن التدبير صريحاً خلاف يذكر في بابه إن شاء الله تعالى ، ولا يصح الرجوع عن التبرعات المنجزة في مرض الموت .

فصل

يحصل الرجوع بطرق ، منها أن يقول : نقضت وصيتي ، أو أبطلتها ، أو رددتها ، أو رفعتها ، أو فسختها ، أو رجعت عنها . ولو سئل عن الوصية فأنكرها ، فهو رجوع . ولو قال : لا أدري ، فليس برجوع . ولو قال : هو حرام على الموصى له ، فرجوع على المذهب . ولو قال : هذا لوارثي بعد موتي ، أو هو ميراث عني ، فرجوع . ولو قال : هو تركتي ، فليس برجوع على الأصح . ومنها إزالة الملك عن الموصى به ببيع أو إعتاق ، أو صداق ، أو جعله أجرة ، أو عوض خلع ، فهو رجوع . والهبة مع الإقباض ، رجوع ، ودونه أيضاً على الأصح . والرهن كالهبة . وقيل : ليس برجوع ، لأنه لا يزيل الملك ، فأشبهه الاستخدام . والكتابة رجوع ، والتدبير رجوع على المذهب ، وقيل : إن جعلناه وصية ، فهو كما لو أوصى به لزيد ثم عمرو ، فيكون نصفه مدبراً . ولو أوصى بالبيع أو غيره مما هو رجوع ، فالصحيح المنصوص أنه رجوع وقيل : هو كما لو أوصى لزيد ثم عمرو . وذكر صاحب «المعتمد» ،

الوجهين ، فيما لو أوصى بعبد لرجل ، ثم أوصى بعتقه ، ففي وجه : يمتق وتبطل الوصية الأولى . وفي وجه : يمتق نصفه ، ويدفع إلى الموصى له نصفه . ولو أوصى بعتقه ، ثم أوصى به لرجل ، فالقياس أنه يصرف إلى الموصى له على الأول ، وأن ينصف على الثاني ، لكنه قال : أحدهما : يمتن [المتق] ، وتبطل الوصية الثانية . والثاني : التنصيف ، والتوكيل بالتصرفات المذكورة كالوصية بها ، والاستيلاد رجوع . ولو أقر بأن العبد الموصى به مغضوب أو حر الأصل ، أو قال : كنت أعتقته ، قال الأستاذ أبو منصور : تبطل الوصية ، وذكر أنه لو باعه ثم فسخ بخيار المجلس ، فإن قلنا : الملك يزول بنفس المقد ، حصل الرجوع . وإن قلنا : يحصل بانقطاع الخيار ، فلا ، ولك أن تقول : هو على كل حال أقوى من الرهن والهبة قبل القبض . فإذا كان الأصح فيها حصول الرجوع ، فهنا أولى ، وتعليق المتق رجوع ، قاله المبادي في « الرقم » ، ويشبه أن يجيء فيه الخلاف فيما لايزيل الملك .

فرع

أوصى بيمين يزيد ، ثم أوصى بها لعمرو ، فوجهان . أحدهما : أنه رجوع عن الأولى ، فتصح وصية عمرو ، كما لو وهب لزيد مالا ثم وهبه قبل القبض لعمرو . والصحيح المنصوص أنه ليس برجوع ، لاحتمال إرادة التثريب ، فيشرك بينهما ، كما لو قال دفعة واحدة : أوصيت لكما ، قال الأصحاب : ولو قال : أوصيت به لكما ، فرد أحدهما ، لم يكن الآخر إلّا نصفه ، لأنه لم يوجب له إلّا النصف . ولو أوصى به لزيد ، ثم أوصى به لعمرو ، فرد أحدهما ، كان للآخر الجميع . ولو أوصى به لأحدهما ، ثم أوصى

بنصفه الآخر، فان قبلاه ، فثلثاه للأول ، وثلثه للثاني . وإن ردّ الاول ، فنصفه للثاني . وإن ردّ الثاني ، فكلّهُ للأول .

فرع

قال : الذي أوصيت به لزيد، قد أوصيت به لعمرو ، أو قال لعمرو : أوصيت لك بالبعد الذي أوصيت به لزيد ، فهو رجوع على الصحيح، لاشعاره به . وقيل : ليس برجوع كالصورة السابقة . والفرق على الصحيح ، أن هناك يجوز أنه نسي الوصية الاولى ، فاستصحبناها بقدر الامكان ، وهنا بخلافه . ولو أوصى ببيعه وصرف ثمنه إلى الفقراء ، ثم قال : بيعوه واصرفوا ثمنه إلى الرقاب ، جعل الثمن بين الجهتين، لان الوصيتين متفقتان على البيع ، وأن الزحمة في الثمن . ولو أوصى له بدار ، أو بخاتم ، ثم أوصى بأبنية الدار ، أو بفص الخاتم لآخر ، فالدار والخاتم للأول ، والابنية والفص بينهما تفريماً على الصحيح المنصوص . ولو أوصى له بدار، ثم أوصى لآخر بسكنائها ، أو ببعد، ثم أوصى بخدمته لآخر ، نقل الاستاذ أبو منصور أن الرقة للأول، والمنفعة للثاني، وكان يحتمل أن يشتركا في المنفعة كالابنية والفص.

فرع

هذا كله في الوصية بجمعين ، فاذا أوصى بثلاث ماله ، ثم تصرف في جميع ما يملكه ببيع أو إعتاق أو غيرهما ، لم يكن رجوعاً . وكذلك لو هلك جميع ماله ، لم تبطل الوصية ، لان ثلث المال مطلقاً لا يختص بما عنده من المال حال الوصية ، بل المعتبر ما يملكه عند الموت زاد أم نقص أم تبدل .

فرع

التوصل إلى أمر يحصل به الرجوع ، كالعرض على البيع والهبة والرهن ، رجوع على الأصح . ويجري الوجهان في مجرد الإيجاب في الرهن والهبة والبيع .

فرع

أوصى بمنطة فطحنها ، أو جعلها سويقاً ، أو بذرها ، أو بدقيق فمجنه ، بطلت الوصية ، وكان مأتى به رجوعاً لمعنيين . أحدهما : زوال الاسم . والثاني : إشعاره بأعراضه عن الوصية . ونسب الشيخ أبو حامد المعنى الأول إلى الشافعي رحمه الله ، والثاني إلى أبي إسحاق . فلو حصلت هذه الأحوال بغير إذن الموصي ، فقياس المعنى الأول بطلان الوصية ، وقياس الثاني بقاؤها ، ونقل بعضهم وجهين في بعضها ، والباقي ملحق به ، وألحقوا بهذه الصور ما إذا أوصى بشاة فذبحها ، أو بمجبن فخبزه ، لكن خبز المجبن ينبغي أن لا يلحق بمجن الدقيق ، فإن المجبن يفسد لو ترك ، فلعله قصد إصلاحه وحفظه على الموصي له ، وألحق العبادي في الرقم بها ما إذا أوصى بجلد فدبغه ، أو بيض فأحضره دجاجة ، ولك أن تقول : قياس المعنى الأول أن لا يكون الدبغ رجوعاً ، لبقاء الاسم ، وكذا الاحضان إلى أن يتفرخ . ولو أوصى بنخز فجعله فتيتاً ، فرجوع على الأصح كما لو رده . ويجري الوجهان فيما لو أوصى بلحم ثم قده . ولو طبخه أو شواه ، فرجوع قطعاً . ولو أوصى برطب فتمثره ، فوجهان . الأشبه أنه ليس برجوع ، وكذا تقديد اللحم إذا تعرض للفساد . ولو أوصى بقطن فنزله ، فرجوع ، أو بنزل فنسجه ، فرجوع على الصحيح . ولو حشا بالقطن فراشاً أو جبة ، فرجوع على الأصح .

فرع

أوصى بدار فهدمها حتى بطل اسم الدار ، فهو رجوع في الأخشاب والنقض ، وكذا في العرصة على الأصح . ولو انهدمت ، بطلت الوصية في النقض على الصحيح ، لزوال اسم الدار ، وتبقى في العرصة على الصحيح ، لأنه لم يوجد منه فعل . وإن كان الانهدام بحيث لا يبطل اسم الدار بقيت الوصية فيما بقي بحاله . وفي المنفصل وجهان . وإذا قلنا في الانهدام : تبطل الوصية في النقض ، فكان الانهدام بعد الموت وقبل القبول ، فطريقان . أحدهما : تخريجه على أقوال الملك . وأصحها : القطم بأنه للموصى له ، لأن الوصية تستقر بالموت وكان اسم الدار باقياً يومئذ .

فرع

أوصى بثوب فقطعه قيصاً ، أو صبغه ، فرجوع على الأصح ، وغسله ليس برجوع . ولو قصره وقلنا : القصاراة أثر ، فكالفصل . وإن قلنا : عين ، فكالصبغ . ولو أوصى بثوب مقطوع فخاطه ، فليس برجوع ، واتخاذ الباب من الخشب الموصى به كاتخاذ القميص من الثوب .

فرع

أوصى بشيء ، ثم نقله من بلد الموصى له إلى مكان بعيد ، فليس برجوع على الأصح ، ويشبه أن يكون الخلاف مخصوصاً بما إذا أشعر التبعيد بتغير القصد . فأما إذا أوصى صحيح البدن بدابة ، ثم أركبها غلامه ، أو حمل عليها إلى مكان بعيد ، فلا إشعار .

فرع

أوصى بصاع حنطة بمينه ، ثم خلطه بحنطة ، فرجوع . قال أبو زيد : إن خلطه بأجود ، فرجوع ، وإلا ، فلا . والأول هو الصحيح المنصوص . ولو أوصى بصاع من صبرة ، ثم خلطها ببثها ، فليس برجوع ، لأن الموصى به كان مخلوطاً شائعاً . فلا تضر زيادة الخلط . وإن خلط بأجود ، فرجوع ، وبالأردل ، ليس برجوع على الأصح . ولو اختلقت بنفسها بالأجود ، فعلى الخلاف السابق في نظائره . وإذا أبقينا الوصية ، فالزيادة الحاصلة بالجودة غير متميزة ، فتدخل في الوصية . ولو أوصى بصاع من حنطة ، ولم يعين الصاع ، ولا وصف الحنطة ، فلا أثر للخلط ، ويمطيه الوارث بما شاء من حنطة التركة . ولو وصفها وقال : من حنطي القلانية ، فالوصف مرعي . فان بطل بالخلط ، بطلت الوصية . وإن قال : من مالي ، حصّله الوارث .

فرع

أوصى بمنفعة عبد أو دار سنة ، ثم أجر الموصى به سنة مثلاً ، فان مات بعد انقضاء مدة الاجارة ، فالوصية بحالها . وإن مات قبله ، فوجهان . أصحها : أنه إن انقضت مدة الاجارة قبل سنة من يوم الموت ، كانت المنفعة بقية السنة للموصى له ، وتبطل الوصية فيما مضى . وإن انقضت بعد سنة من يوم الموت ، بطلت الوصية ، لأن المستحق للموصى له منفعة السنة الأولى ، فاذا انصرفت إلى جهة ، بطلت الوصية . والثاني : أنه يستأنف للموصى له سنة من يوم انقضاء الاجارة ، فان كان الموصي قيّد وصيته بالسنة الأولى ، وجب أنه لا يبيح الخلاف . ولو لم يسلّم الوارث حتى انقضت سنة بلا عذر ، فمقتضى الوجه الأول أنه يفرم قيمة المنفعة ، ومقتضى الثاني تسليم سنة أخرى .

فرع

توزيع العبد والأمة الموصى بهما ، وإجارتها ، وختانها ، وتعليمها ، والاعارة ، والاذن في التجارة ، والاستخدام ، وركوب الدابة ، وإبس الثوب ، ليس برجوع ، ووطء الجارية مع العزل ، ليس برجوع ، وكذا مع الانزال على الصحيح وقول الأكثرين . وقال ابن الحداد : رجوع .

فرع

أوصى بعصرة ثم زرعها ، فليس برجوع كلبس الثوب . ولو بنى فيها أو غرس ، فرجوع على الأصح . فإن لم نجعله رجوعاً ، فموضع البناء والفراش هل هو كالبياض المتخلل حتى يأخذه الموصى له إن زال البناء والفراش يوماً ؟ أم تبطل الوصية فيه تبعاً للبناء ؟ فيه وجهان . ومطلق عمارة الدار ، ليس برجوع . فإن بطل الاسم ، بأن جعلها خاناً ، فرجوع . وإن لم يبطل ، ولكن أحدث فيها بناءً وباباً من عنده ، فعلى الوجهين فيما لو بنى في الأرض . فإن لم نجعله رجوعاً ، فالبناء الجديد لا يدخل في الوصية على الصحيح .

فصل

أوصى بمائة معينة ، ثم بمائة معينة ، فله المائتان . وإن أطلق إحداها ، حلت المطلقة على المعينة ، وكذا لو أطلقها ، لم يكن له إلا مائة . ولو أوصى بخمسين ، ثم بمائة ، فله مائة . ولو أوصى بمائة ، ثم بخمسين ، فوجهان . أحدهما : ليس له إلا خمسون . والثاني : له مائة وخمسون .

الباب الرابع في الأوصياء

الوصاية مستحبة في رد المظالم، وقضاء الديون ، وتنفيذ الوصايا، وأمور الأطفال .
قلت : هي في رد المظالم وقضاء الديون التي يعجز عنها في الحال واجبة .

فإن لم يوص إلى أحد ، نصب القاضي من يقوم بها . وأغرب الأستاذ أبو منصور
فحكى وجهاً ، أنه إذا كان في الورثة رشيد ، قام بهذه الأمور وإن لم ينصبه القاضي .
وللوصاية أركان وأحكام . أما أركانها ، فأربعة .

[الركن الأول : الوصي، وله خمسة شروط ، وهي : التكليف ، والحرية ، والاسلام ،
والعدالة ، والكفاية في التصرفات . فالصبي والمجنون ومن بعضه رقيق، والمكاتب
والمدبر وأم الولد ، لا تصح الوصية إليهم . وفي مستولده ومديره خلاف مبني على
أن صفات الوصي تعتبر حالة الوصاية والموت، أم حالة الموت ؟ ولا تجوز وصاية مسلم
إلى ذمي ، ويجوز عكسه ، وتجوز وصاية الذمي إلى الذمي على الأصح بشرط العدالة
في دينه ، ولا تجوز إلى فاسق ولا إلى عاجز عن التصرف لا يهتدي إليه لسفه أو هرم
أو غيرها ، هذا هو الصحيح . وربما دل كلام بعض الأصحاب على أن هذا الشرط
الأخير غير معتبر . وتجوز الوصاية إلى أعمى على الأصح . وقيل : لا ، فتكون
الشروط ستة . وزاد الروياني وآخرون شرطاً سابعاً ، وهو أن لا يكون الوصي عدواً
للطفل الذي يفوض أمره إليه ، وحصروا الشروط كلها بلفظ مختصر فقالوا : ينبغي
أن يكون الوصي بحيث تقبل شهادته على الطفل . وكل ما اعتبر من الشروط ، ففي
وقت اعتباره ثلاثة أوجه . أصحابها : يعتبر حاله عند الموت . والثاني : عند الوصاية
والموت جميعاً . والثالث : يعتبر في الحالتين وفيما بينها .

فرع

لا يشترط في الوصي الذكورة ، بل يجوز التفويض إلى المرأة ، وإذا حصلت الشروط في أم الأطفال ، فهي أولى من غيرها . وحكى الخناطي وجهاً ، أنه لا تجوز الوصاية إليها ، لأنها ولاية ، ومقتضاه الطرد في جميع النساء .

فرع

إذا تغير حال الوصي ، فإن كان قبل موت الموصي ، بني على أن الشروط متى تعتبر ؟ وإن تغير بعد موته ، نظر ، إن فسق ، إما بتعدي في المال ، وإما بسبب آخر ، بطلت ولايته . وقيل : لا تبطل حتى يزلها الحاكم ، والصحيح الأول ، وبه قطع الجمهور ، وفي معناه قيم القاضي . وفي بطلان ولاية القاضي بالفسق وجهان . أصحهما : البطلان . والثاني : لا ، كالإمام الأعظم . والآب ، والجد ، إذا فسقا ، انتزع الحاكم مال الطفل منها . ولا تبطل ولاية الإمام الأعظم بالفسق ، لتعلق المصالح الكلية بولايته ، بل تجوز ولاية الفاسق ابتداءً إذا دعت إليها ضرورة ، لكن لو أمكن الاستبدال به إذا فسق من غير فتنة ، استبدل . وفيه وجه ، أنها تبطل أيضاً ، وبه قطع الماوردي في « الأحكام السلطانية » ، والصحيح الأول . وإذا تاب الفاسق وصلحت حاله ، فهل تعود ولايته ؟ أما الوصي والقيم ، فلا تعود ولايتهما على الصحيح . والآب ، والجد ، تعود ولايتهما ، والقاضي كالوصي . وإذا كان الوصي قد أتلّف مالاً ، لم يبرأ عن ضمانه حتى يدفعه إلى الحاكم ، ثم يرده الحاكم إليه إن ولّاه . فإن كان أباً ، قبض المضمون من نفسه لولده ، وليس من التعدي أكل الآب والوصي مال الطفل لضرورة ، لكن إذا وجب الضمان ، فطريق البراءة ماذكرنا .

فرع

تصرفات الوصي بعد الانعزال باطله . قال الفقهاء : لكن رد المنصوب والمواري والودائع وقضاء الديون من جنسها في التركة ، لا ينقض ، لأن أخذ المستحق فيها كاف .

فرع

إذا جن الوصي ، أو أغمى عليه ، أقام الحاكم غيره مقامه . فإن أفاق ، فهل يبقى على ولايته كالأب والجد والامام الأعظم إذا أفاقوا ؟ أم تبطل لأنه يلي بالتفويض كالتوكيل بخلاف الأب وبخلاف الامام المصاحبة الكلية ؟ فيه وجهان . أصحابنا : الثاني ، ويجريان في القاضي إذا أفاق . وإذا أفاق الامام الأعظم بعدما ولي غيره ، فالولاية للثاني ، إلا أن تشور فتنة ، فهي للأول ، ذكره البغوي .

فرع

لو اختلفت كفاية الوصي ، بأن ضعف عن الكتابة والحساب ، أو ساء تدبيره لكبر أو مرض ، ضم القاضي إليه من يعينه ويرشده . ولو عرض ذلك لقيم القاضي ، عزله ، لأنه الذي ولاه .

الركن الثاني : الوصي ، فإن كانت الوصاية في قضاء الديون وتنفيذ الوصايا ، صحت من كل حر مكلف . وإن كانت في أمور الأطفال ، اشترط مع ذلك أن يكون الموصي ولاية على الموصى في حقه من الصبيان والمجانين ابتداءً من الشرع ، لا بتفويض ، وفيه مسائل .

إحداها : أن الوصي هل يوصي ؟ فيه صور .

إحداها : ليس للوصي في الوصاية المطلقة أن يوصي .

الثانية : قال : أوصيت إليك إلى أن يبلغ ابني فلان ، أو يقدم من سفره ، فإذا بلغ أو قدم ، فهو الوصي . أو قال : أوصيت إليك سنة وبمدها وصي فلان ، فالذهب صحته ، وبه قطع الجمهور ، وتحتمل الوصية التعليق كما تحتمل الجهالات والأخطار . وحكى الحناطي وآخرون فيه خلافاً ، كتعليق الوكالة ، وبالمع أجاب الروياني فقال : لو قال : إذا مت فقد أوصيت إليك ، لا يجوز ، بخلاف قوله : أوصيت إليك إذا مت . ولو قال : أوصيت إليك ، فإذا حضر الموت فقد أوصيت [إلى من أوصيت] إليه ، أو فوصيتك وصي ، فباطلة على الأظهر . وقيل : قطعاً . وقيل : صحيحة قطعاً .

الثالثة : أوصي إلى زيد ، وأذن له في الوصاية ، نظر ، إن لم يمين ، بل قال : أوص بتركي إلى من شئت ، فأوصى بها إلى شخص ، صح على الأظهر . وقيل : قطعاً . وإن عين فقال : أوص بها إلى فلان ، فكذلك . وقيل : تصح قطعاً ، لأنه قطع اجتهداه ، فصار كقوله : أوصيت بعه إلى فلان .

فرع

لو أطلق فقال : أوص إلى من شئت ، أو إلى فلان ، ولم يصف إلى نفسه ، فهل يحمل على الوصاية عنه حتى يجيء فيه الخلاف ؟ أم يقطع بأنه لا يوصي عنه ؟ فيه وجهان حكاهما البغوي ، وقال : الأصح الثاني .

المسألة الثانية : لا يجوز نصب وصي على الأولاد البالغين العقلاء ، لأنه لا يلي أمرهم . وأما المجانين ، فتجوز الوصاية في أمرهم كالصبيان ، وله نصب الوصي لقضاء

الدين والوصايا . وإذا نصبه لذلك ، لم يتمكن من إلزام الورثة تسليم التركة لتباع في الدين ، بل لهم إمساكها وقضاء الدين من مالهم . فلو امتنعوا من التسليم والقضاء من عديم ، ألزمهم أحد الامرين . هذا إذا أطلق الوصاية بقضاء الدين . فان قال : ادفع هذا الجبد إليه عوضاً عن دينه ، فينبغي أن لا يكون للورثة إمساكه ، لان في أعيان الاموال أغراضاً . ولو قال : به واقض الدين من ثمنه ، فيجوز أن لا يكون لهم الامساك أيضاً ، لانه قد يكون أطيب .

المسألة الثالثة : لا يجوز لأب نصب الوصي في حياة الجد على الصحيح ، لان ولايته ثابتة شرعاً كولاية التزويج . هذا في أمر الأطفال ، فأما في قضاء الديون والوصايا ، فله ذلك ، ويكون الوصي أولى من الجد . ولو لم ينصب وصياً ، فأبوه أولى بقضاء الدين وأمر الأطفال ، والحاكم أولى بتنفيذ الوصايا ، كذا نقله البغوي وغيره .

الرابعة : ليس لنير الأب والجد الوصاية في أمر الأطفال ، ولا الأم إلا على قول الاصطخري في أنها تلي فتوصي .

الركن الثالث : الوصى فيه ، وهو التصرفات المالية المباحة ، فيدخل فيه الوصاية بقضاء الديون ، وتنفيذ الوصايا وأمور الأطفال ، ولا تجوز في تزويج الأطفال ، ولا في معصية ، كبناء كنيسة وكتب التوراة . وذكر طائفة منهم الامام ، أن الوصاية لا تجري في رد المنصوب والودائع ، ولا في الوصية بعين لميتن ، لأنها مستحقة بأعيانها فيأخذها أصحابها ، وإنما يوصي فيما يحتاج إلى نظر واجتهاد ، كالوصية للفقراء ، وهذا الذي قالوه موضع توقف نقلاً ومعنى . أما النقل ، فما سيأتي في بقية الباب وفي كتاب الوديعة ، إن شاء الله تعالى حيث قالوا : إن أوصى إلى فاسق ، ضمن . وأما المعنى ، فلأنه قد يخاف خيانة الوارث .

الركن الرابع : الصيغة ، فلا بد في الوصاية من الإيجاب ، بأن يقول : أوصيت إليك ، أو فوضت ، أو أفتك مقامي ، ونحو ذلك ، ويجوز فيها التوقيت كما سبق من جواز التعليق ، وذلك كقوله : أوصيت إليك سنة ، أو إلى أن يبلغ ابني فلان ، أو أوصى إلى زوجته إلى أن تتزوج . وأما القبول ، فالمذهب اشتراطه ، وأشار بعضهم إلى خلاف [فيه] . وهل يقوم عمل الوصي مقام لفظ قبوله ؟ وجهان . وكل هذا مأخوذ من الوكالة ، ولا يشترط القبول في حياة الموصي . فلو قيل في حياته ، لم يمتدّ به على الأصح . كما لو أوصى بمال ، يشترط القبول بعد الموت . وقيل : يمتدّ به ، كما لو وكله بعمل يتأخر ، يصح القبول في الحال . والرد في حياة الوصي على هذين الوجهين . فعلى الأول ، لو ردّ في حياته ، ثم قبل بعد موته ، جاز ، ولو رد بعد الموت ، لفت الوصاية .

فرع

إن فصل فقال : أوصيت إليك في قضاء ديوني وتنفيذ وصاياي والتصرف في أموال أطفالي والقيام بمصالحهم ، أو ذكر بمض هذه الأعمال ، فذاك ، وإن اقتصر على قوله : أوصيت إليك ، أو أفتك مقامي في أمر أطفالي ، ولم يذكر التصرف ، فثلاثة أوجه . أصحها : له التصرف والحفظ اعتماداً على المرف . والثاني : ليس له إلا الحفظ تنزيلاً على الأقل . والثالث : لا تصح الوصاية حتى يبين ما فوضه إليه . ولو اقتصر على قوله : أوصيت إليك ، فباطلة قطعاً .

فرع

لو اعتقل لسانه ، فأوصى بالإشارة المفهمة ، أو قرئ عليه كتاب الوصاية ، فأشار برأسه أن «نعم» ، صحت الوصاية كالآخرس .

فرع

أوصى إليه في تصرف ، لا يتعداه .

فرع

يجوز أن يوصيَ إلى اثنين فصاعداً ، وأن يوصيَ إلى واحد وينصب عليه مشرفاً ، ولا يتصرف الوصي إلاً بذنه . ثم إذا أوصى إلى اثنين ، إن كانت في رد الودائع أو النُصوب والمواري وتنفيذ الوصية المينة وقضاء الدين الذي في التركة من جنسه ، فلكل منها الانفراد به ، لأن صاحب الحق مستقل في هذه الصور بالأخذ . هكذا نقل البغوي وغيره ، وهذا أحد المواضع التي صرّحوا فيها بجريان الوصاية في ردّ النُصوب والمواري ، خلاف ما قالته تلك الطائفة . ثم وقوع المدفوع موقعه ، وعدم الردّ والنقص عند انفراد أحدهما ، يتن ، لكن تجوز الانفراد ليس يبين ، فإن تصرفها في هذه الأموال مستفاد بالوصاية ، فليكن بحسبها ، ولنجيء فيه الأحوال التي سنذكرها إن شاء الله تعالى في سائر التصرفات ، وستجد في كلام الأصحاب ما هو كالصريح فيما ذكرته .

وإن كانت الوصاية في تفرقة الثلث وأمور الاطفال والتصرف في أموالهم ، فلها أحوال .

أحدها : أن يثبت الاستقلال لكل واحد فيقول : أوصيت إليك، أو إلى كل منكما ، أو يقول : كل واحد منكما وصي في كذا ، قال أبو الفرج الزاز : أو يقول : أنما وصيائي في كذا ، فلكل منها الانفراد بالتصرف . وإذا مات أحدهما أو جن أو فسق ، أو لم يقبل الوصاية ، كانت للآخر الانفراد . وإن ضف نظر أحدهما ، فلاآخر الانفراد ، وللحاكم أن يضم إلى ضعيف النظر من يمينه .

الثاني : أن يشترط اجتماعها على التصرف ، فليس لواحد منها الانفراد . فإن انفرد ، لم ينفذ البيع والشراء والاعتاق ، ويضمن ما أنفق . فإن مات أحدهما ، أو جن ، أو فسق ، أو غاب ، أو لم يقبل الوصية ، نصب الحاكم بدلاً عنه ليتصرف مع الآخر . وهل له إثبات الاستبداد للآخر ؟ وجهان . أصحها : لا . ولو ماتا جميعاً ، فهل للحاكم نصب واحد ؟ أم لابد من اثنين ؟ فيه الوجهان . قال إمام الحرمين : وليس المراد من اجتماعها على التصرف تلفظها بصيغ المقود معاً ، بل المراد صدوره عن رأيها ، ثم لافرق بين أن يباشر أحدهما أو غيرها بانفرد . الثالث : أن يطلق قوله : أوصيت إليك ، فهو كالنقيض بالاجتماع ، لانه المتيقن .

فصل

قال : أوصيت إلى زيد ، ثم قال : [أوصيت] إلى عمرو ، لم يكن عزلاً لزيد ، ثم إن قبلا ، فيها شريكان ، وليس لاحدهما الانفراد بالتصرف على الصحيح ، وبه قطع المتولي . وقال البغوي : بنفرد ، وهو ضعيف . ولو قبل أحدهما فقط ، انفرد بالتصرف . ولو قال لعمرو : ما أوصيت به إلى زيد قد أوصيت به إليك ، فهو رجوع . ولو قال لزيد : ضمت إليك عمراً ، أو قال لعمرو : ضمنتك إلى زيد ، فإن قبل عمرو دون زيد ، لم ينفرد بالتصرف ، بل يضم القاضي إليه أميناً ، وينبغي أن يجيء

في استقلاله الوجهان . وإن قبل زيد دون عمرو ، فالذي ذكره الغزالي والمتولي ، أنه يتفرد بالتصرف ، وفيه نظر ، وإن قبل جميعاً ، فقال الغزالي : هما شريكان ، ويشبه أن يقال : زيد وصيي ، وعمرو مشرف .

فرع

أوصى إلى شخصين ، فاختلفا في التصرف ، نظر ، إن كانا مستقلين ، وقال كل واحد : أنا أتصرف ، حكى الشيخ أبو حامد أنه يقدم ، فيتصرف كل واحد في نصفه ، فإن كان مما لا ينقسم ، ترك بينهما حتى يتصرفا فيه . وقال غيره : لا حاصل لهذا الاختلاف ، ومن سبق نفذ تصرفه . وإن لم يكونا مستقلين ، أمرها الحاكم بما رآه مصلحة . فإن امتنع أحدهما ، ضم القاضي إلى الآخر أميناً . وإن امتنعا ، أقام مقامهما أمينين ، ولا ينزولان بالاختلاف ، بل الآخران نائبان عنها . وإن اختلفا في تعيين من يصرف إليه من الفقراء ، عين القاضي من يراه . وإن اختلفا في الحفظ ، قسم ، ولكل واحد التصرف فيما في يده وبد صاحبه . وقيل : إن لم يكونا مستقلين ، لم يتفرد أحدهما بحفظ شيء . والصحيح المنصوص الذي عليه الجمهور : أنه لا فرق . ثم إذا قسم ، وتنازعا في عين النصف المحفوظ ، أقرع على الأصح . وقيل : يعين القاضي . هذا إذا كان المتاع منقسماً ، وإلا فيحفظانه معاً بجعله في بيت يقفلانه ، أو برضاها بنائب يحفظه من جهتها ، وإلا ، فيتولى القاضي حفظه ، وكذا لو كان منقسماً وقلنا : لا ينقسم عند عدم الاستقلال . ثم ذكر البغوي ، أن هذا التفصيل فيما إذا جعل إليهما التصرف واختلفا في الحفظ إلى التصرف . فأما إذا جعل الحفظ إلى اثنين ، فلا يتفرد أحدهما بحال .

فصل في أحكام الوصاية

فمنها الجواز ، فلموصي الرجوع متى شاء ، ولموصي عزل نفسه متى شاء .
قلت : إلا أن يتعين عليه ، أو يغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم من
قاصر وغيره . والله أعلم

ومنها : أن الوصي يقضي الديون التي على الصبي من الغرامات والزكوات وكفارة
القتل . وفي الكفارة وجه ، لأنها ليست على الفور ، وينفق عليه وعلى من عليه
نفقته ، ولينفق بالمعروف ، وهو ترك الاسراف والتقتير . فإن أسرف ، ضمن الزيادة ،
ويشتري له الخادم عند الحاجة إذا كان مثله يخدم .

فرع

إذا بلغ الصبي ، ونازعه في أصل الانفاق ، صدق الوصي بيمينه . ولو قال :
أسرفت في الانفاق ، فإن كان بعد تعيينها قدرأ ، نظر فيه ، وصدق من يقتضي الحال
تصديقه . وإن لم يعينا ، فالمصدق الوصي على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وحكى البغوي
عن بعضهم فيه وجهين . وهذا على غرابته يحجى في أصل الانفاق .

فرع

ادعى أن الوصي خان في بيع ماله ، فباعه بلا حاجة ولا غبطة ، ففيه خلاف قدمناه
في « باب الحجر » . والمذهب أن القول قول المدعي .

فرع

تنازعا في تاريخ موت أبيه ، فقال : من خمس سنين ، فقال الوصي : من ست ،
واتفقا على إنفاقه من يوم الموت ، لم يقبل قول الوصي على الأصح .

فرع

ادّعى دفع المال إليه بعد البلوغ ، لا يقبل بعير بينة على الصحيح .

فرع

يقبل قول الوصي في ائتلف بالغصب والسرقة .

فرع

قيّم الحاكم ، كالوصي فيما ذكرناه ، والمجنون بعد إفاقته كالصبي بعد بلوغه في
كل ذلك .

فصل

إذا بلغ الصبي مجنوناً أو سفياً ، استمرت ولاية الصبي كما سبق في باب الحجر ،

ثم إن رأى أن يدفع إلى المبذر نفقة أسبوع أسبوع ، ففعل ، فإن لم يثق به ، دفنها إليه يوماً يوماً ، ويكسوه كسوة مثله ، فإن كان يخرقها ، هددته ، فإن لم يمتنع ، اقتصر في البيت على إزار . وإذا خرج ، كساه وجعل عليه رقيباً .

فصل

ليس له تزويج الأطفال وإن ذكره الوصي ، ولا بيع مال الصبي لنفسه ولا عكسه ، ولا بيع مال صبي لصبي ، وتجاوز شهادة الوصي على الأطفال ، ولا تجاوز شهادته لهم بمال وإن كان وصياً في تفرقة الثلث فقط ، لأنه يثبت لنفسه ولاية ، ويجوز لمن هو وصي في مال معين أن يشهد بغيره .

فصل

في مسائل منتورة

يجوز للوصي أن يوكل فيما لم تجر العادة بمباشرته مثله ، ولا يجوز أن يبيع شيئاً من مال كبار انورثة بغير إذنه . وإذا أوصى بثلاث ماله وليس له إلاّ عبد ، لم يبيع الوصي إلاّ ثلثه . ولو كان الوصي والصبي شريكين ، لم يستقل بالقسمة ، سواء قلنا : هي بيع أو إفراز . وفي د فتاوي ، القفال : ليس له خلط حنطته بحنطة الصبي ، ولا دراهمه بدراهمه ، وقول الله تعالى : (وإن تخالطوهم) [البقرة: ٢٢٠] محمول على ما لا بد منه للارفاق ، وهو خلط الدقيق بالدقيق واللحم باللحم للطبخ ونحوه ، ولا يلزم الوصي الاشهاد في بيع مال اليتيم على الأصح . وفي د الجرجانيات ، لأبي العباس الروباني وجهان في أن الولي لو فسق قبل انبرام البيع ، هل يبطل البيع ؟ وجهان في أن الوصاية هل تنعقد بلفظ الولاية ، كقوله : وليتك كذا بعد موتي ؟ ويجوز للوصي

أن يدفع مال اليتيم مضاربة إلى من يتصرف في البلد ، ويجوز إلى من يسافر به إذا جازنا المسافرة به عند أمن الطريق، وهو الأصح كما سبق في « الحجر ». ولو أوصى إلى الله تعالى ، وإلى زيد، فقياس ما سبق فيما إذا أوصى الله تعالى ولزيد مجيء وجهين . أحدهما: أن الوصاية إلى زيد . والثاني : إلى زيد والحاكم . ولو أوصى بشيء لرجل لم يذكره ، وقال : قد سميت له وصيي ، فللورثة أن لا يصدّقوه . وفي نرح « أدب القاضي » لأبي عاصم البادي ، أنه لو قال : سميت له وصيي " زيد وعمرو ، فميتنا رجلاً ، استحقه . وإن اختلفا في التعيين ، فهل تبطل الوصية ، أم يحلف كل منهما مع شاهده ؟ قولان . وفي « الزيادات » لأبي عاصم : أنه لو خاف الوصي أن يستولي غاصب على المال ، فله أن يؤدي شيئاً لتخليصه ، والله يعلم الفساد من المصلح .

وفي « فتاوى » القفال : أنه لو أوصى إلى رجل فقال : بع أرضي الفلانية ، واشتر من ثمنها رقبة فاعتقها عني ، وأحج عني ، واشتر مائة رطل خبز فأطعمها الفقراء ، فباع الأرض بعشرة ، وكان لا توجد رقبة إلاّ بعشرة ، ولا يحج إلاّ بعشرة ، ولا يباع الخبز بأقل من خمسة ، فتوزع العشرة عليها على خمسة أسهم ، ولا يحصل الاعتاق والحج بحصتها ، فيضم إلى حصة الخبز تمام الخمسة ، فينفذ فيه الوصية ، ويرد الباقي على الورثة ، كما لو أوصى لكل واحد من زيد وعمرو بعشرة ، وكان ثلاثة عشر ، فرد أحدهما ، دفعت العشرة إلى الآخر . ولو قال : اشتر من ثائي رقبة فاعتقها ، وأحج عني ، واحتاج كل منهما إلى عشرة ، فإن قلنا : يقدم العتق ، صرفت العشرة إليه ، وإلا ، فينبغي أن يقرع بينهما ولا يوزع ، إذ لو وزع ، لم يحصل واحد منهما . وبالله التوفيق .

كتاب الودعة^(١)

هي المال الموضوع عند أجنبي ليحفظه . واستودعته الودعة : استحفظته إياها . ومن أودع وديعة يمجز عن حفظها ، حرم عليه قبولها ؛ وإن كان قادراً ، لكن لا يثق بأمانة نفسه ، فهل يحرم قبولها ، أم يكره ؟ وجهان . وإن قدر ، ووثق بأمانة نفسه ، استحجب القبول . فإن لم يكن هناك غيره ، فقد أطلق مطلقون أنه يتعين عليه القبول ، وهو محمول على ما بينه السرخسي في « الأمالي » ، وهو أنه يجب أصل القبول دون أن يتلف منفعة نفسه وحرزه في الحفظ من غير عوض .

فرع

لا يصح إيداع الخمر ونحوها .

فصل

الإيداع ، توكيل خاص ، وأركانه ، كأركانها أربعة : الحفظ ، والمأقدان ، والصينة . فلا بد من صيغة من المودع دالة على الاستحفاظ ، كقوله : استودعك هذا المال ، أو أودعك ، أو استحفظتك ، أو أنبتك في حفظه ، أو احفظه ، أو هو وديعة عندك ، أو مافي منهاها . وفي اشتراط القبول باللفظ ثلاثة أوجه . أصحها : لا يشترط ، بل يكفي القبض في المقار والمنقول . والثاني : يشترط . والثالث : يشترط

(١) في الأصل باب الودعة ، وما أقتناه من نسخ الظاهرية .

إن كان بصيغة عقد ، كأودعتك ، ولا يشترط إن قال : احفظه ، أو هو وديعة عندك . ولو قال : إذا جاء رأس الشهر ، فقد أودعتك هذا ، فقطع الروايات في الحلية ، بالجواز ، والقياس تخريجه على الخلاف في تعليق الوكالة . ولو جاء بماله ، ووضعه بين يدي غيره ، ولم يتلفظ بشيء ، لم يحصل الإيداع . فلو قبضه الموضوع عنده ، ضمنه . وكذا لو كان قد قال قبل ذلك : أريد أن أودعك ، ثم جاء بالمال ، فإن قال : هذا وديعتي عندك ، أو احفظه ، ووضعه بين يديه ، فإن أخذه الموضوع عنده ، تمت الوديعة إن لم يشترط القبول لفظاً . وإن لم يأخذه ، نظر ، إن لم يتلفظ ، لم يكن وديعة ، حتى لو ذهب وتركه ، فلا ضمان عليه ، لكن يأثم إن كان ذهابه بعدما غاب المالك . وإن قال : قبلت ، أو ضمه ، فوضعه ، كان إيداعاً ، كما لو قبضه بيده ، كذا قال البغوي . وقال التولي : لا يكون وديعة ما لم يقبضه . وفي « فتاوى » الغزالي : أنه إن كان الموضع في يده ، فقال : ضمه ، دخل المال في يده ، لحصوله في الموضع الذي هو في يده . وإن لم يكن ، بأن قال : انظر إلى متاعي في دكانك ، فقال : نعم ، لم يكن وديعة . وعلى الأول ، لو ذهب الموضوع عنده وتركه ، فإن كان المالك حاضراً بعد ، فهو رد الوديعة . وإن غاب المالك ، ضمنه .

فصل

لا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف . فلو أودع صبي أو مجنون مالاً ، لم يقبله . فإن قبله ، ضمنه ، ولا يزول الضمان إلا بالرد إلى الناظر في أمره . لكن لو خاف هلاكه في يده ، فأخذه على وجه الحسبة صوتاً له ، لم يضمنه على الأصح . ولا يصح الإيداع إلا عند جائز التصرف ، فلو أودع مالاً عند صبي ، فتلف ، لم يضمنه ، إذ ليس عليه حفظه ، فهو كما لو تركه عند بالغ من غير استحفاظ فتلف . وإن ألقاه الصبي ،

فقولان . ويقال : وجهان . أحدهما : لاضمان ، لان المالك سلطه عليه ، فصار كما لو باعه أو أقرضه وأقبضه فأتلفه ، فلا ضمان قطعاً . وأظهرها : يضمن ، كما لو أتلف مال غيره من غير استحفاظ . ولا تسليط على الائتلاف هنا ، بخلاف البيع والقرض . ولو أودع ماله عند عبد فأتلف عنده ، فلا ضمان . وإن أتلفه ، فهل يتعلق الضمان برقبته كما لو أتلف ابتداءً ، أم بذمته كما لو باعه ؟ فيه الخلاف المذكور في الصبي . وإيداع السفينة والإيداع عنده ، كإيداع الصبي والإيداع عنده .

فرع

استنبطوه من الخلاف المذكور في الصبي والعبد أصلاً في الباب

وهو أن الوديعة عقد برأسه ، أم إذن مجرد ؟ إن قلنا : عقد ، لم يضمنه الصبي ، ولم يتعلق برقبة العبد . وإن قلنا : إذن ، فبالعكس . وخرجوا عليه ولد الجارية المودعة ، وتنازع البيهية . إن قلنا : عقد ، فالولد وديعة كالأم ، وإلا ، فليس بوديعة ، بل أمانة شرعية في يده يجب ردّها في الحال ، حتى لو لم يؤد مع التمكن ، ضمن على الأصح ، كذا قاله البغوي . وقال المتولي : إن قلنا : عقد ، لم يكن وديعة ، بل أمانة ، اعتباراً بعقد الرهن والإجارة ، وإلا ، فهل يتعدّى حكم الأم إلى الولد كالأضحية ، أم لا كالمارية ؟ وجهان ، والموافق لاطلاق الجمهور كون الوديعة عقداً .

فصل

في أحكام الوديعة

هي ثلاثة .

أحدها : الجواز من الجانبين ، وتنفسخ بموت أحدهما أو جنونه أو إغمائه .

ولو عزل المودع نفسه ، ففي انزاله وجهان ، بناءً على أن الوديعة إذن ، أم عقد ؟
إن قلنا : إذن ، فالعزل لنؤم ، كما لو أذن للضيفان في أكل طعامه ، فقال بعضهم :
عزلت نفسي ، بلغوا قوله ، وله الأكل بالأذن السابق . فعلى هذا ، تبقى الوديعة بحالها .
وإن قلنا : عقد ، انفسخت وبقي المال في يده أمانة شرعية ، كالريح تطير الثوب
إلى داره ، فعليه الرد عند التمكن وإن لم يطلب على الأصح . فإن لم يفعل ، ضمن .
[الحكم] الثاني : أنها أمانة ، فلا يضمن إلا عند التقصير ، وأسباب التقصير تسعة .

أحدها : أن يودعها المودع عند غيره بلا عذر من غير إذن المالك ، فيضمن ،
سواء أودع عند عبده وزوجته وابنه ، أو أجنبي . والكلام في تضمين المالك المودع
الثاني قد سبق في بابي الرهن والغصب . وإن أودعها عند القاضي ، فوجهان
- سواء كان المالك حاضراً أو غائباً - أصحابها عند الجمهور : يضمن . فإن جوزنا
الدفع إلى القاضي ، لم يجب عليه القبول إن كان المالك حاضراً والدفع عليه متيسراً ،
وإن لم يكن كذلك ، لزمه القبول على الأصح ، لأنه نائب القاتنين . وإذا حمل الغاصب
المنصوب إلى القاضي ، ففي وجوب القبول الوجهان ، لكن هذا أولى بالمنع ليقى
مضموناً للمالك . ومن عليه دين لو حمله إلى القاضي ، نظر ، إن كان بحيث لا يجب
على المالك قبوله ، فالقاضي أولى ، وإلا ، فوجهان وأولى بالمنع وهو الأصح ،
لأن الدين في الذمة لا يترض للتلف ، وإذا تمين ، تعرض له . وجميع ما ذكرناه هو
فيما إذا استحفظ غيره وأزال يده ونظره عن الوديعة . أما إذا استعان به في حملها
إلى الخرز ، فلا بأس ، كما لو استعان في سقي البهيمة وعلفها . قال القفال : وكذا
لو كانت خزائنه وخزانة ابنه واحدة فدفعها إلى ابنه ليضعها في الخزانة . وذكر
الامام أن المودع إذا أراد الخروج لحاجاته ، فاستحفظ من يثق به من متصليه ، وكان
يلاحظ الخزن في عوداته ، فلا بأس . وإن فوض الحفظ إلى بعضهم ، ولم يلاحظ الوديعة

أصلاً، ففيه تردد. وإن كان الخزن خارجاً عن داره التي يأوي إليها، وكان لا يلاحظه، فالظاهر تضمينه .

فرع

هذا الذي ذكرناه ، إذا لم يكن عذر . فإن كان ، بأن أراد سفرأ ، فينبني أن يردّها إلى مالكيها أو وكيله . فإن تمذر وصوله إليها ، دفعها إلى القاضي، وعليه قبولها . فإن لم يجد قاضياً ، دفعها إلى أمين ، ولا يكلف تأخير السفر . فإن ترك هذا الترتيب فدفعها إلى الحاكم أو أمين مع إمكان الدفع إلى المالك أو وكيله، ضمن، ويحيى في هذا الخلاف السابق . وإن دفع إلى أمين مع القدرة على الحاكم، ضمن على المذهب . ولو دفن الوديعة عند سفره ، ضمن إن دفعها في غير حرزه [أو في حرز] ولم يعلم بها أميناً ، أو أعلمه حيث لا يجوز الإيداع عند الأمين ، أو حيث يجوز إلا أن الذي أعلمه لا يسكن الموضع . فإن سكنه ، لم يضمن على الأصح . كذا فصله الجمهور، وجعل الامام في معنى السكنى ، أن يراقبها من الجوانب ، أو من فوق مراقبة الحارس . وقيل : أن الاعلام كالإيداع سواء سكن الموضع ، أم لا . ونقل صاحب « المتمد » وغيره وجهين ، في أن سبيل هذا الاعلام سبيل الشهداء، أم الائتمان ؟ أصحابها : الثاني . فعلى الأول ، لا بد من إعلام رجلين ، أو رجل وامرأتين . وكما يجوز الإيداع بمذر السفر كما تبين ، فكذا سائر الاعذار، كما إذا وقع في البقعة حريق أو نهب أو غارة ، أو خفاف الفرق ، وليكن في معناها إذا أشرف الحرز على الخراب ولم يجد حرزاً ينقلها إليه .

السبب الثاني : السفر بها ، فإذا أودع حاضراً ، لم يجوز أن يسافر بها ، فإن فعل ، ضمن . وقيل : لا يضمن إذا كان الطريق آمناً ، أو سافر في البحر والغالب فيه

السلامة ، والصحيح الأول . ولو سافر بها لعذر ، بأن جلا أهل البلد ، أو وقع حريق ، أو غارة ، فلا ضمان بشرط أن يعجز عن ردها إلى المالك ووكيله والحاكم وعن ابداع أمين ، ويلزمه السفر بها في هذه الحالة ، والا ، فهو مضئع . ولو عزم على السفر في وقت السلامة ، وعجز عن المالك ووكيله ، والحاكم ، والأمين ، فسافر بها ، لم يضمن على الأصح عند الجمهور ، لثلا ينقطع عن مصالحه وينفّر الناس عن قبول الودائع . وشروط الجواز ، أن يكون الطريق آمناً ، والا ، فيضمن ، وهذا ظاهر في مسألة الوجهين . فأما عند الحريق ونحوه ، فكان يجوز أن يقال : إذا كان احتمال الهلاك في الحضر أقرب منه في السفر ، فله السفر بها . قال في «الرقم» : وإذا كان الطريق آمناً ، فحدث خوف ، أقام . ولو هجم قطاع الطريق ، فأنقذ المال في مضئمة إخفاء له فضاع ، ضمن .

فرع

إذا أودع مسافراً ، فسافر بالوديعة ، أو منتجعاً ، فأتجّع بها ، فلا ضمان ، لأن المالك رضي حين أودعه .

السبب الثالث : ترك الإيباء ، فإذا مرض المودع مرضاً مخوفاً ، أو حبس للقتل ، لزمه أن يوصي بها . فإن سكت عنها ، ضمن ، لانه عرضها للفوات ، إذ الوارث يستمد ظاهر اليد ويدينها لنفسه . والمراد بالوصية : الاعلام والأمر بالرد من غير أن يخرجها من يده ، وهو خير في هذه الحالة بين الإبداع والاقتصار على الاعلام والأمر بالرد . ثم يشترط في الوصية بها أمور .

أحدها : أن يعجز عن الرد إلى المالك أو وكيله ، وحينئذ يودع عند الحاكم أو يوصي إليه . فإن عجز ، فيودع عند أمين ، أو وصي إليه . كذا رتب الجمهور ،

كما إذا أراد السفر . وفي « التهذيب » : أنه يكفيه الوصية وإن أمكن الرد إلى المالك ، لأنه لا بدري متى يموت .

الثاني : أن يوصي إلى أمين . فإذا أوصى إلى فاسق ، كان كما لو لم يوص ، فيضمن ، ولا بأس بأن يوصي إلى بعض ورثته ، وكذا الإيداع حيث يجوز أن يودع أميناً .

الثالث : أن يبين الوديعة ويميزها عن غيرها بإشارة إليها ، أو ببيان جنسها وصفها . فلو لم يبين الجنس ، بل قال : عندي وديعة ، فهو كما لو لم يوص .

فرع

لو ذكر الجنس فقال : عندي ثوب لفلان ، نظر إن لم يوجد في تركته ثوب ، فهل يضمن ؟ وجهان . أصحابها عند جماهير الأصحاب : يضمن ، لتقصيره في البيان ، فيضارب صاحب الوديعة بقيمتها مع الفرعاء . وإن وجد في تركته أثواب ، ضمن قطعاً ، لأنه إذا لم يميز ، فكأنه خلط الوديعة . وإن وجد ثوب واحد ، ضمن أيضاً على الأصح ، ولا يدفع إليه الثوب الموجود . وقيل : يتعين الثوب الموجود ، وبه قطع البغوي والمتولي . وفي أصل المسألة وجه : أنه إنما يضمن إذا قال : عندي ثوب لفلان وذكر منه ما يقتضي الضمان . فأما إذا اقتصر عليه ، فلا ضمان .

فرع

قال الامام : إذا لم يوص أصلاً ، فادعى صاحب الوديعة أنه قصر ، وقال الورثة : لعلها تلفت قبل أن ينسب إلى التقصير ، فالظاهر براءة الذمة .

فرع

جميع مآذكرناه إذا تمكن من الابداع ، أو الوصية ، فإن لم يتمكن ، بأن قتل غيلة ، أو مات فجأة ، فلا ضمان .

فرع

إذا مات ولم يذكر أن عنده وديعة ، فوجد في تركته كيس مختوم ، أو غير مختوم مكتوب عليه : وديعة فلان ، أو وجد في جريدته : لفلان عندي كذا وديعة ، لم يلزم الورثة التسليم بهذا الاحتمال أنه كتب هو أو غيره تليساً ، أو اشترى الكيس وعليه الكتابة فلم يحجها ، أو ردّ الوديعة بعد كتابتها في الجريدة ولم يحجها ، وإنما يلزم التسليم ، باقراره أو إقرار المورث ووصيته أو بيئته .

السبب الرابع : نقلها ، فإذا أودعه في قرية ، فنقل الوديعة إلى قرية أخرى ، فإن كان بينها مسافة القصر ، ضمن ، وكذا إن كان بينها ما يسمى سفراً على الصحيح . وإن لم يسم سفراً ، ضمن إن كان فيها خوف ، أو كانت المنقول عنها أحرز ، وإلا ، فلا على الأصح . وحيث منعا النقل ، فذاك إذا لم يكن ضرورة . فإن وقعت ضرورة ، حكماً ذكرنا في المسافرة . وإذا أراد الانتقال بلا ضرورة ، فالطريق ماسبق فيما إذا أراد السفر . والنقل من محلة إلى محلة ، أو من دار إلى دار ، كالتقل من قرية إلى قرية متصلتي المهارة ، فإن كانت المنقول عنها أحرز ، ضمن ، والا ، فلا . ولو نقل من بيت إلى بيت في دار واحدة ، أو خان واحد ، فلا ضمان . وإن كان [الأول أحرز منها ، كان الثاني حرزاً أيضاً ، قاله البغوي . وجميع مسائل

الفصل فيما اذا أطلق الابداع ، فأما اذا أمر [بالحفظ في موضع معين ، فسنذكره ان شاء الله تعالى .

السبب الخامس : التقصير في دفع المهلكات ، فيجب على المودع دفع المهلكات على المتاد . فلو أودعه ، فله أحوال .

أحدها : أن يأمره باللف والسقي ، فمليه رعاية الأمور . فان امتنع حتى مضت مدة يموت مثلها في مثلها ، فان ماتت ، ضمنها ، وإلا ، فقد دخلت في ضمانه . وإن نقصت ، ضمن نصفها . وتختلف المدة باختلاف الحيوانات . وإن ماتت قبل مضي هذه المدة ، لم يضمن إن لم يكن بها جوع وعطش سابق . وإن كان وهو عالم به ، ضمن ، وإلا ، فلا على الأصح . فان ضمناه ، فيضمن الجميع ، أم بالقسط ؟ وجهان ، كما لو استأجر بهيمة فحملها أكثر مما شرط .

الثانية : أن ينهيه عن اللف والسقي ، فيعصي إن ضيئها لحزمة الروح . والصحيح الذي قاله الجمهور ، أنه لاضمان ، وضمنه الاصطخري .

الثالثة : أن لا يأمره ولا ينهيه ، فيأثم القيام بها ، لأنه التزم حفظها . ثم الكلام في أمرين .

أحدهما : المودع لا يلزمه اللف من ماله ، فان دفع إليه المالك علفها ، فذاك . ولو قال : اعلفها من مالك ، فهو كقوله : اقض ديني . والاصح الرجوع عليه . فان لم يذكر شيئاً ، راجع المالك أو وكيله ليستردها ، أو يعطي علفها . فان لم يظفر بها ، رفع الأمر إلى الحاكم ليقترض عليه ، أو يبيع جزءاً منها ، أو يؤجرها ويصرف الأجرة في مؤثتها . والقول فيه وفي تفاريهه ، كما سبق في هرب الجمال وعلف الضالة ، ونفقة اللقيط ونحوها .

الأمر الثاني : إن علفها وسقاها في داره ، أو اصطبله ، حيث تعلق وتسقى دوابه ، فقد وفى بالحفظ . وإن أخرجها من الموضع ، فإن كان يفعل كذلك مع دوابه لضيق وغيره ، فلا ضمان . وإن كان ليسقي دوابه فيه ، فقد قال الشافعي رضي الله عنه في « المختصر » : وإن أخرجها إلى غير داره وهو يسقي في داره ، ضمن . وقال الاصطخري بظاهره وأطلق وجوب الضمان . وقالت طائفة . هذا إذا كان الموضع أحرز . فإن تساوى ، فلا ضمان . وقال أبو إسحاق وآخرون : هذا إذا كان في الإخراج خوف . فإن لم يكن ، لم يضمن ، لا طراد العادة ، وهذا هو الأصح . ثم إن قولى السقي والعلف بنفسه - أو أمر به صاحبه وغلّامه وهو حاضر لم يزل يده - فذاك ، وإن بعثها على يد صاحبه ليسقيها ، أو أمره بعلفها وأخرجها من يده ، فإن لم يكن صاحبها أميناً ، ضمن ، وإلا ، فلا على الأصح ، للمادة . قال في « الوسيط » : والوجهان فيمن يتولى بنفسه في العادة ، فأما غيره ، فلا يضمن قطعاً .

فرع

إذا كان النهي عن العلف لملة تقتضيه ، كالفولنج ، فملفها قبل زوال الملة بجماعات ، ضمن .

فرع

المبد المودوع ، كالهيئة في الأحوال المذكورة . ولو أودعه نخيلاً ، فوجهان . أحدهما : سقيها كسقي الدابة . والثاني : لا يضمن بترك السقي إذا لم يأمره به .

فرع

ثياب الصوف التي يفسدها الدود ، يجب على المودع نشرها وتعريضها للريح . بل يلزمه لبسها إذا لم يندفع إلا " بأن تلبس وتبقى بها رائحة الآدمي ، فان لم يفعل ففسدت ، ضمن ، سواء أمره المالك أو سكت . فان ناه عنه ، فامتنع حتى فسدت ، كره ولا يضمن . وأشار في " التتمة " إلى أنه يجيء فيه وجه الاصطخري ولو كان الثوب في صندوق مقفل ، ففتح القفل ليخرجه وينشره ، قال البغوي : لا يضمن على الأصح . هذا كله اذا علم المودع . فان لم يعلم ، بأن كان في صندوق أو كيس مشدود ولم يلمسه المالك ، فلا ضمان .

السبب السادس : الانتفاع ، فالتعدي باستعمال الوديعة والانتفاع بها ، كلبس الثوب ، وركوب الدابة ، خيانة مضمنة . فان كان هناك عذر ، بأن لبس لدفع الدود كما سبق ، أو ركب الدابة حيث يجوز إخراجها للسقي وكانت لا تنقاد إلا " بالركوب ، فلا ضمان . وان اتقادت بمن غير ركوب فركب ، ضمن . ولو أخذ الدرهم ليصرفها إلى حاجته ، أو الثوب ليلبسه ، أو أخرج الدابة ليركبها ، ثم لم يستعمل ، ضمن ، لأن الإخراج على هذا القصد خيانة . ولو نوى الأخذ لنفسه فلم يأخذ ، لم يضمن على الصحيح وقول الأكثرين ، وضمنه ابن سريج . ويجري الخلاف ، فيما لو نوى أن لا يرد الوديعة بعد طلب المالك . وقيل : يضمن هنا قطعاً ، لأنه يصير ممسكاً لنفسه ، قاله القاضي أبو حامد والماوردي . ويجري الوجهان ، فيما إذا كان الثوب في صندوق غير مقفل وفرغ رأسه ليأخذ الثوب ويلبسه ، ثم بدا له . ولو كان الصندوق مقفلاً والكيس مختوماً ، ففتح القفل وفض الختم ولم يأخذ مافيه ، فوجهان . أحدهما : لا يضمن مافيه ، وإنما يضمن الختم الذي تصرف فيه . وأصحابها : يضمن مافيه ، لأنه هتك الحرز . وعلى هذا ، ففي ضمان الكيس والصندوق . وجهان ، لأنه لم يقصد الخيانة في الظرف .

ولو خرق الكيس [نظر، إن كان الخرق] تحت موضع الختم، فهو كفض الختم، وإن كان فوقه ، لم يضمن إلا "تقصان الخرق. ولو أودعه شيئاً مدفوناً فنشبهه، فهو كفض الختم. ولا يلتحق بالفض وفتح القفل حل* الخيط الذي يشد به رأس الكيس ، أو رزمة الثياب ، لأن القصد منه النع من الانتشار ، لا أن يكون مكتوماً عنه . وعن « الحاوي» وجهان فيما إذا كانت عنده دراهم فوزنها - أودعها - أو ثياب فذرعها ليعرف طولها ، أنه هل يضمن ؟ ويشبه أن يجيء هذا الخلاف في حل الشد* .

قلت : ليس هو مثله . والله أعلم

فرع

إذا صارت الوديعة مضمونة على المودع بانتفاع أو إخراج من الحرز أو غيرها من وجوه التقصير ، ثم ترك الخيانة ورد الوديعة إلى مكانها ، لم يبرأ ولم تعد أمانته . فلو ردها إلى المالك ثم أودعه ثانياً ، فلا شك في عود أمانته . فلو لم يردها ، بل أحدث له المالك استئثاناً فقال : أذنت لك في حفظها ، أو أودعتكها ، أو استأمتك ، أو أبرأتك من الضمان ، فوجهان . ويجوز أن يقال : قولان . أصحابنا : بصير أميناً ويبرأ . ولو قال في الابتداء : أودعتك ، فإن خنت ثم تركت الخيانة ، عدت أميناً لي ، فخان ثم ترك الخيانة ، قال المتولي : لا يعود أميناً بلا خلاف ، لأنه إسقاط مالم يجب ، وتعليق للوديعة .

فرع

قال : خذ هذه وديعة يوماً ، وغير وديعة يوماً ، فهو وديعة أبداً . ولو قال :

وديعة يوماً ، وعارية يوماً ، فهو وديعة في اليوم الأول ، وعارية في اليوم الثاني ،
ثم لاتعود وديعة أبداً ، حكاه الروياني في كتابه « البحر » عن اتفاق الأصحاب .

فصل

إذا خلط الوديعة بمال نفسه ، وفقد التمييز ، ضمن ، وإن خلطها بمال آخر للمالك ،
ضمن أيضاً على الأصح ، لأنه خيانة . ولو أودعه دراهم فأنفق منها درهماً ، ثم رده مثله
إلى . وضعه ، لا يبرأ من ضمانه ، ولا يملكه المالك إلا بالدفع إليه ، ثم إن كان المردود
غير متميز عن الباقي ، صار الجميع مضموناً ، لخلطه الوديعة بمال نفسه . فإن تميز ،
فالباقي غير مضمون ، وإن لم ينفق الدرهم المأخوذ ، وردّه بعينه ، لم يبرأ من ضمان
ذلك الدرهم ، ولا يصير الباقي مضموناً عليه إن تميز ذلك الدرهم عن غيره ، وإلا ،
فوجهان . ويقال : قولان . أحدهما : يصير الباقي مضموناً لخلطه المضمون بغيره .
وأصحها : لا ، لأن هذا الخلط كان حاصلًا قبل الأخذ . فعلى هذا ، لو كانت
الجملة عشرة قنطريون ، لم يلزمه إلا درهم ، ولو تلفت خمسة ، لزمه نصف درهم .
هذا كله إذا لم يكن على الدراهم ختم ولا قفل ، أو كان وقلنا : مجرد الفتح والفض
لا يقتضي الضمان . أما إذا قلنا : يقتضيه وهو الأصح ، فبالفض والفتح يضمن الجميع .

فرع

إذا أُلِف بعض الوديعة ، ولم يكن له اتصال بالباقي ، كأحد اثنتين ، لم يضمن
إلا المتلف . وإن كان له اتصال ، كتحريق الثوب ، وقطع طرف العبد والبهيمة ، نظر
إن كان عاملاً ، فهو جانٍ على الكل ، فيضمن الجميع . وإن كان مخطئاً ، ضمن
المتلف ، ولا يضمن الباقي على الأصح .

السبب السابع : المخالفة في الحفظ . فإذا أمره بحفظها على وجه مخصوص ، فعدل إلى وجه آخر وتلفت ، فإن كان التلف بسبب الجهة المدول إليها ، ضمن ، وكانت المخالفة تقصيراً . وإن تلفت بسبب آخر ، فلا ضمان .
هذه جملة السبب ، ولتفصيلها صور .

إحداها : أودعه مالا في صندوق وقال : لاترقد ، فترقد عليه ، نظر، إن خالف بالرقود ، بأن انكسر رأس الصندوق بثقله ، أو تلف مافيه ، ضمن ، وإلا ، فإن كان في بيت محرز ، أو في صحراء فأخذه لص ، فلا ضمان على الصحيح ، لانه زاده خيراً . وإن كان في صحراء وأخذه لص من جانب الصندوق ، ضمن على الاصح . وإنما يظهر هذا ، إذا سرق من جانب لو لم يترقد عليه لرقد هناك ، وقد تمرض بعضهم لهذا القيد . ولو قال : لاتقفل عليه ، فأقفل ، أو لاتقفل إلا قفلاً ، فأقفل قفلين ، أو لاتغلق باب البيت ، فأغلقه ، فلا ضمان على الصحيح . ولو أمره بدفنها في بيته وقال : لاتبن ، فبنى ، فهو كما لو قال : لاترقد عليه ، فترقد ، ثم هو عند الاسترداد منقوص غير مفروم على المالك ، كما لو نقل الوديعة عند الضرورة لايرجع بالاجرة على المالك ، لانه متطوع ، نص عليه في « عيون المسائل » .

[الصورة] الثانية : أودعه دراهم أو غيرها وقال : اربطها في كرك ، فأمسكها ، نقل المزي : أنه لا ضمان . ونقل الربيع : أنه بضمن . وللاصحاب ثلاثة طرق . أحدها : إطلاق قولين . والثاني : أنه إن لم يربطها في الكرك واقتصر على الإمساك ، ضمن ، وإن أمسك باليد بعد الربط ، لم بضمن . والثالث وهو أصحها : إن تلفت بأخذ غاصب ، فلا ضمان ، لأن اليد أحرز بالنسبة إليه . وإن سقطت بنوم أو نسيان ، ضمن ، لأنها

لو كانت مربوطة لم تضع بهذا السبب ، فالتلف حصل بالخالفة . ولفظ النص في «عيون المسائل» مصرح بهذا التفصيل . ولو لم يربطها في الدكم وجعلها في جيبه ، لم يضمن ، لانه أحرز، إلا إذا كان واسماً غير مزور . وفي وجه ضعيف: يضمن ، وبالعكس يضمن قطعاً . أما إذا امتثل فربطها في كفه ، فلا يكلف معه الإمساك باليد ، ثم ينظر إن جعل الخيط الرابط خارج الدكم فأخذها الطرار ، ضمن ، لان فيه إظهار الوديمة وتنبية الطرار ، لانه أسهل عليه في قطعه وحله . وإن ضاع بالاسترسال وانحلال العقدة ، لم يضمن إذا كان قد احتاط في الربط ، لانها إذا انحلت بقيت الدرهم في الدكم . وإن جعل الخيط الرابط داخل الدكم ، انمكس الدكم . فان أخذها الطرار ، لم يضمن . وإن ضاعت بالاسترسال ، ضمن ، لان العقدة إذا انحلت تناثرت الدرهم ، هكذا قاله الاصحاب، وهو مشكل ، لان المأمور به مطلق الربط . فاذا أتى به ، وجب أن لا ينظر إلى جهات التلف ، بخلاف ما إذا عدل عن المأمور به إلى غيره فحصل به التلف .

فرع

لو أودعه درهم في سوق أو طريق، ولم يقل : اربطها في كحك ، ولا أمسكها في يدك ، فربطها في الدكم وأمسكها باليد ، فقد بالغ في الحفظ . وكذا لو جعلها في جيبه وهو ضيق ، أو [واسع] مزور . فان كان واسماً غير مزور ، ضمن ، لسهولة تناولها باليد . ولو أمسكها بيده ولم يربطها ، لم يضمن إن تلفت بأخذ غاصب ، ويضمن إن تلفت بفلة أو نوم . فلو ربطها ولم يمسكها بيده ، فقياس ما سبق أن ينظر إلى كيفية الربط وجهة التلف . ولو وضعا في الدكم ولم يربطها فسقطت ، فان كانت خفيفة لا يشعر بها ، ضمن ، انفرطه في الاحراز . وإن كانت ثقيلة يشعر بها ،

لم يضمن، ذكره في « المذهب » وقياس هذا ، يلزم طرده فيما سبق من صور الاسترسال كلها . ولو وضعها في كسور عمامته ولم يشد ، ضمن .

فرع

أودعه في سوت وقال : احفظها في بيتك ، فينبغي أن يمضي إلى بيته ويحفظها فيه . فإن آخر من غير عذر ، ضمن . وإن أودعه في البيت وقال : احفظها في البيت فربطها في السلم وخرج بها ، جارت مضمونة عليه . وكذا لو لم يخرج بها وربطها في السلم مع إمكان إحرازها في الصندوق ونحوه . وإن كان ذلك لقفل تمذر فتحه ونحوه ، لم يضمن . قال في « المتمد » : وإن شدها في عضده وخرج بها ، فإن كان الشد مما يلي الأضلاع ، لم يضمن ، لأنه أحرز من البيت ، وإن كان من الجانب الآخر ، ضمن ، لأن البيت أحرز منه . وفي تقييد الصورة بما إذا قال : احفظها في البيت ، إشعار بأنه لو أودعه في البيت ولم يقل شيئاً ، يجوز له أن يخرج بها مربوطة ، وبشبه أن يكون الرجوع إلى العادة .

الصورة الثالثة : إذا عين الوديعة مكاناً فقال : احفظها في هذا البيت أو في هذه الدار ، فاما أن يقتصر عليه ، وإما أن ينهيه مع ذلك عن النقل ، فإن اقتصر عليه فنقلها إلى مادونه في الحرز ، ضمن على الصحيح وإن كان المنقول إليه حرزاً مثلها . وإن نقلها إلى بيت مثل الأول ، لم يضمن ، إلا أن يتلف بسبب النقل ، كأنهدم البيت المنقول إليه ، فيضمن ، لأن التلف حصل بالخالفة . والسرقة من المنقول إليه كالأنهدام ، قاله البغوي والتولي . وفي كلام الغزالي ما يقتضي إلحاق السرقة والنصب بالموث ، وكذا صرح به بعضهم . وإن نهى فقال : احفظ في هذا البيت ولا تنقلها ، فإن نقلها من غير ضرورة ، ضمن ، لصريح مخالفة من غير حاجة ، سواء كان

المنقول إليه أحرز أو لم يكن. قال الاصطخري: إن كان أحرز من الأول أو مثله، لم يضمن، والصحيح الأول. وإن نقل لضرورة غارة، أو غرق، أو حريق، أو غلبة لصوص، لم يضمن وإن كان المنقول إليه حرزاً لمثلها. ولا بأس بكونه دون الأول إذا لم يجد أحرز منه. ولو ترك النقل والحالة هذه، ضمن على الأصح، لأن الظاهر أنه أراد بالنهاي تحصيل الاحتياط. ولو قال: لا تنقلها وإن حدثت ضرورة، فإن لم ينقلها، لم يضمن على الصحيح، كما لو قال: أئلف مالي، فألفه، لا يضمن، وإن نقل، لم يضمن على الأصح، لأنه قصد الصيانة. وحيث قلنا: لا يجوز النقل إلا لضرورة، فاختلفاً في وقوعها، فإن عرف هناك ما يدعيه المودع، صدق يمينه، وإلا، طوب باليمين، فإن لم تكن بينة، صدق المالك يمينه. وحكى أبو الفرج الزاز وجهاً، أن ظاهر الحال يغني عن اليمين، ثم ذكر الأئمة أن جميع هذا فيما إذا كان البيت أو الدار المئنة للمودع. أما إذا كان للمالك، فليس المودع بإخراجها من ملكه بحال، إلا أن تقع ضرورة.

الصورة الرابعة: إذا نقلها من ظرف إلى ظرف، كخريطة إلى خريطة، وصندوق إلى صندوق، فالتلخص من كلام الأصحاب على اضطرابه، أنه إن لم يجر فتح قفل ولا فض ختم ولا خلط، ولم يمين المالك ظرفاً، فلا ضمان للمجرد النقل، سواء كانت الصناديق للمودع أو للمالك. وإذا كانت للمالك، فحصولها في يد المودع قد يكون بجهة كونها ودبة أيضاً، إما فارغة، وإما مشغولة بالودبة، وقد تكون بجهة العارية. وإن جرى شيء من ذلك، فالفض والفتح والخلط، سبق أنها مضمنة. وإن عين ظرفاً، نظر، إن كانت الظروف للمالك، فوجهان. أحدهما: يضمن. وأصحها: لا، لأنها ودبتان، وليس فيه إلا حفظ أحدهما في حرز والآخرى في آخر. فعلى هذا إن نقل إلى مادون الأول، ضمن، وإلا، فلا. وإن كانت الظروف للمودع، فهي كالبيوت بلا خلاف.

الصورة الخامسة : قال : احفظ وديتي في هذا البيت ، ولا تدخل اليها أحدًا .
أو لا تستمن على حفظها بالحارسين ، فخالف ، فان حصل التلف بسبب المخالفة ، بأن
سرقها الذين أدخلهم ، أو الحارسون ، ضمن . وان سرق غيرهم أو وقع حريق ،
فلا ضمان .

[الصورة] السادسة : أودعه خاتمًا وقال : اجمله في خنصر ك ، فجمله في بنصره ،
فهو أحرز ، لكن لو انكسر لفظها ، أو جملة في الأثلة العليا ، ضمن . وان قال : اجمله في
البنصر ، فجمله في الخنصر ، فان كان لا ينتهي الى أصل البنصر ، فالذي فعله أحرز ،
ولا ضمان . وان كان ينتهي اليه ، ضمن . وان أودعه الخاتم وام يقل شيئًا ، فان
جمله في غير الخنصر ، لم يضمن ، الا أن غير الخنصر في حق المرأة كالخنصر .
وان جملة في الخنصر ، ففيه احتمالان عن القاضي حسين وغيره . أحدهما : يضمن ،
لانه استعمال . والثاني : إن قصد الحفظ ، لم يضمن . وإن قصد الاستعمال ، ضمن
وفي الرقم ، للعبادي : أنه ان جمل قصه الى ظهر الكف ، ضمن . والا ، فلا .

قلت : المختار أنه يضمن مطلقاً ، الا اذا قصد الحفظ . والله أعلم

[الصورة] السابعة : أودعه وقال : لا تخبر بها ، فخالف ، فسرقها من أخبره ، أو من أخبره
من أخبره ، ضمن . ولو تلفت بسبب آخر ، لم يضمن . وقال العبادي : لو سأله رجل
فقال : هل عندك لفلان وديعة ؟ فأخبره ، ضمن ، لأن كتمانها من حفظها .

السبب الثامن : التضييع ، لان المودع مأمور بحفظها في حرز مثلها بالتحرز عن
أسباب التلف . فلو أخر إحرازها مع اتتمكن ، أو جملها في مضيعها ، أو في غير
حرز مثلها ، ضمن . ولو جملها في أحرز [من حرز] مثلها ، ثم نقلها الى حرز
مثلها ، فلا ضمان . ثم هنا صور .

[الصورة الأولى: إذا أعلم بالوديعة من يصادر المالك ويأخذ أمواله، ضمنها بخلاف ما إذا أعلمه غير المودع ، لأنه لم يلتزم الحفظ . ولو أعلم المودع اللصوص بالوديعة ، فسرقتها ، إن عين الموضع ، ضمن ، والا ، فلا . كذا فصله البغوي .

[الصورة الثانية: ضيع بالنسيان ، ضمن على الأصح ، ويؤيده نص الشافعي رضي الله عنه في «عيون المسائل» ، أنه لو أودعه إناءً من قوارير ، فأخذه المودع بيده ليحرقه في منزله ، فأصابه شيء من غير فعله فانكسر ، لم يضمن ، ولو أصابه بفعله خطأً أو عامداً قبل أن يصل إلى البيت أو بعدما وصله ، فهو ضامن . والخطأ والنسيان يجريان مجرى واحداً ، ولأنهم قالوا : [لو] انتفع بوديعة ثم ادعى غلطاً وقال : ظننته ملكي ، لا يصدق مع أنه احتمال قريب ، فدل على أن الغلط لا يدفع الضمان .

[الصورة الثالثة: إذا أخذ الظالم الوديعة قهراً ، فلا ضمان على المودع ، كما لو سرقته منه . وإن أكرهه حتى يسلمها بنفسه ، فلذلك مطالبة الظالم بالضمان ، ولا رجوع له إذا غرم ، وله أيضاً مطالبة المودع على الأصح ، ثم يرجع على الظالم ، وهما كالوجهين في أن المكروه على إتلاف مال الغير ، هل يطالب ؟ ومهما طالبه الظالم بالوديعة ، لزمه دفعه بالانكار والإخفاء والامتناع ما قدر . فإن ترك الدفع مع القدرة ، ضمن . وإن أنكر فحلفه ، جاز له أن يحلف لمصلحة حفظ الوديعة ، ثم تلزمه الكفارة على المذهب . وإن أكرهه على الحلف بطلاق أو عتاق ، فحاصله التحيز بين الحلف وبين الاعتراف والتسليم . فإن اعترف وسلم ، ضمن على المذهب ، لأنه فدى زوجته بالوديعة . و[إن] حلف بالطلاق ، طلقت زوجته على المذهب ، لأنه فدى الوديعة بزوجه .

السبب التاسع : الجحود . فإذا قال المودع : لا وديعة لأحد عندي ، إما ابتداءً ، وإما جواباً لسؤال غير المالك ، فلا ضمان ، سواء جرى ذلك بحضرة المالك أو في غيبته ، لأن إخفاءها أبلغ في حفظها . وإن طلبها المالك فجحدها ، فهو خائن ضامن .

وإن لم يطلبها ، بل قال : لي عندك ودیعة ، فسكت ، لم یضمن . وإن أنكر ، لم یضمن . أيضاً على الأصح ، لأنه قد یكون فی الاخفاء غرض صحیح ، بخلاف ما بعد الطلب . فلو جحد ثم قال : كنت غلطت أو نسیت ، لم یبرأ إلا أن یردقه المالك .

فرع

مَنْ أنكر ودیعة ادعیة ، صدق بیمينه . فلو أقام المدعی بینة بالایداع ، أو اعترف بها المدعی علیه ، طوبى بها . فإن ادعی ردها أو تلفها قبل الجحد أو بعده ، نظر فی صیفة جحوده . فإن أنكر أصل الایداع ، لم تقبل دعواه الرد ، لتناقض كلامه وظهور خیائته . وأما فی دعوى التلف ، فیصدق ، لكنه كالتعاصب فیضمن . وهل یتمكن من تحلیف المالك ؟ وهل تسمع بیئته على ما بدعیه من الرد أو التلف ؟ وجهان . أصحابها : نعم ، لاحتمال أنه نسی فصار كمن ادعی وقال : لا بینة لی ، ثم جاء بیئته تسمع . فعلى هذا ، لو قامت بینة بالرد أو الهلاك قبل الجحد ، سقطت المطالبة . وإن قامت بالهلاك بعد الجحد ، ضمن ، لخیائته . وقد حکینا فی ألفاظ المراجعة إذا قال : اشتریت بمائة ، ثم قال : بمائة وخمسين ، أن الأصحاب فرقوا بین أن یذكر وجهاً محتملاً فی الغلط ، وین أن لا یذكره ، ولم یعرضوا لمشله هنا ، والتسوية بینها متعجبة . وإن كانت صیفة جحوده : لا یلزمی تسليم شیء إلیك ، أو مالک عندي ودیعة أو شیء ، صدق فی دعوى الرد والتلف ، لأنها لاتناقض كلامه الأول . فإن اعترف بأنه كان باقیاً یوم الجحد ، لم یصدق فی دعوى الرد إلا بیئته . وإن ادعی الهلاك ، فكالتعاصب إذا ادعاه . والمذهب أنه یردقه بیمينه ویضمن .

الحکم الثالث من أحكام الودیعة : ردها عند بقائها ، فاذا كانت الودیعة باقیة ، لزم المودع ردها إذا طلبها المالك ، ولیس المراد أنه یجب علیه مباشرة الرد وتحمل

مؤنته ، بل ذلك على المالك ، وإنما على المودع رفع اليد والتخليّة بين المالك وماله ، فإن آخر من غير عذر ، دخلت الوديعة في ضمانه . وإن كان هناك عذر بصر قطعه ، بأن طالبه في جنح الليل والوديعة في خزانة لا يتأثّر فتح بابها في الوقت ، أو كان مشغولاً بصلاة أو قضاء الحاجة ، أو في حمام أو على طعام فأخرج حتى يفرغ ، أو كان ملازماً لغريم يخاف هربه ، أو كان المطر واقماً والوديعة في البيت فأخرج حتى ينقطع ويرجع إلى البيت ، وما أشبه ذلك ، فله التأخير قطعاً . فلو تلفت الوديعة في تلك الحال ، فقطع المتولي بأنه لاضمان ، لعدم تقصيره ، وهذا مقتضى كلام البهوي أيضاً . وافظ الغزالي في « الوسيط » يشمر بتفصيل ، وهو أنه إن كان التأخير لتعذر الوصول إلى الوديعة ، فلا ضمان . وإن كان لسر ياحقه ، أو غرض يفوته ، ضمن قلت : الراجع أنه لا يضمن مطلقاً ، وصرح به كثيرون . والله أعلم

فرع

قال المودع : لا أرد حتى تشهد أنك قبضتها ، فهل له ذلك ؟ فله ثلاثة أوجه سبق ذكرها في « كتاب الوكالة » ، ووجه رابع ، أنه إن كان المالك أشهد بالوديعة عند دفعها ، فله ذلك ، وإلا ، فلا .

فرع

يشترط كون المردود عليه أهلاً للقبض . فلو حجب عليه بسفه ، أو كان نائماً فوضعا في يده ، لم يجوز .

فرع

أودعه جماعة مالا ، وذكر أنه مشترك بينهم ، ثم جاء بعضهم يطلبه ، لم يكن للدودع القسمة ولا تسليم الجميع ، بل يرفع الأمر الى الحاكم ليقسمه ويدفع إليه نصيبه .

فرع

قال له : ردها على فلان وكيلى ، فطلب الوكيل فلم يرد ، فهو كما لو طلب المالك فلم يرد ، لكن له التأخير ليشهد المدفوع اليه على القبض ، لأنه لو أنكر ، صدق يمينه . وان لم يطلب الوكيل ، فان لم يتمكن من الرد ، لم تصر مضمونة ، والا ، فوجهان ، لأنه لما أمره بالدفع الى وكيله ، عزله ، فيصير مافي يده كالأمانة الشرعية ، مثل الثوب تطيره الريح الى داره . وفيها وجهان . أحدهما : تمتد الى المطالبة . وأصحها : تنتهي بالتمكن من الرد . قال ابن كج : ويجري الوجهان فيمن وجد ضالة وهو يعرف مالكا . وذكر إمام الحرمين في الأساليب ، أنه لو قال : رد اوديعة على من قدرت عليه من وكلائي هؤلاء ولا تؤخر ، فقد رد على الرد على بعضهم ، وأخر ليرد على غيره ، فهو ضامن عاص بالتأخير ، وأنه لو لم يقل : ولا تؤخر ، بضمن بالتأخير ، وفي العصيان وجهان . وإنه لو قال : ردها على من شئت منهم ، فلم يرد على واحد ليرد على آخر ، لا يصح ، وفي الضمان وجهان .

فسر

هل يجب على الدودع الاشهاد عند الدفع الى الوكيل ؟ وجهان جاريان فيما لو دفع إليه مالا ابتداءً وأمره بإيداعه ، أصحها عند البغوي : يجب ، كما لو أمره بقضاء

دينه يلزمه الاشهاد ، وأصحها عند الغزالي : لا ، لأن قول المودع مقبول في الرد والتلف ، فلا ينفي الاشهاد ، لأن الودائع حقها الاخفاء ، بخلاف قضاء الدين . فاذا قلنا : يجب ، فالحكم كما ذكرناه في كتاب الوكالة : أنه إن دفع في غيبة الموكل من غير إشهاد ، ضمن . وإن دفع بحضرته ، لم يضمن على الأصح .

فصل

طالبه المالك بردها ، فادعى التلف بسبب خفي كالسرقة ، صدق يمينه . وإن ادعاه بسبب ظاهر كالخريق والغارة والسييل ، فإن لم يعرف ما ادعاه بتلك البقعة ، لم يقبل قوله في الهلاك به . وإن عرف بالمشاهدة أو الاستفاضة ، نظر ، إن عرف عمومه ، صدق بلا يمين . وإن لم يعرف عمومه ، واحتمل أنه لم يصب الوديعة ، صدق باليمين . وإن لم يذكر سبب التلف ، صدق يمينه ، ولا يكف بيان سببه . وإذا نكل المودع عن اليمين ، حلف المالك على نفي العلم بالتلف واستحق ، وعده المتولي موت الحيوان والنصب من الأسباب الظاهرة . وفي التهذيب ، إلحاق النصب والسرقة ، وهو الأقرب .

فصل

إذا ادعى رد الوديعة على الذي ائتمنه وهو المالك ، صدق يمينه . فإن مات قبل الحلف ، ناب عنه وارثه وانقطعت المطالبة بحلفه . وإن ادعى الرد على غير من ائتمنه ، لم يقبل إلا بينة . وتفصيله بصور .

إحداها : إذا مات المالك ، لزم المودع الرد على ورثته . حتى لو تلف في يده

بعد التمكن من الرد ، ضمن على الاصح . فان لم يجد الورثة ، ردّ إلى الحاكم .
وقيد في « العدة » هذا الجواب بما إذا لم تعلم الورثة بالوديعة ، أما إذا علموا ،
فلا يجب الردّ إلاّ بعد طلبهم . ولو طالبه الوارث فقال : رددته على المالك ، أو تلف
في يدي في حياته ، صدق بيمينه . وإن قال : رددته عليك ، فأنكر ، فالمصدق الوارث .
وإن قال : تلف في يدي قبل تمكني من الرد ، فهل الصدق الوارث كدعوى الرد ؟
أم المودع لأن الاصل براءته ؟ وجهان .

قلت : ينبغي أن يكون الثاني أصح . والله أعلم

[الصورة] الثانية : مات المودع ، فعلى وارثه ردها . فان تلفت في يده بعد التمكن ،
ضمن على الاصح . فان كان المالك غائباً ، سلمها إلى الحاكم . فلو تنازعا ، فقال وارث
المودع : ردّ عليك مورثي ، أو تلفت في يده ، قال المتولي : لم يقبل إلاّ ببينة .
وقال البغوي : يصدق بيمينه ، وهو الوجه ، لأن الاصل عدم حصولها في يده .
ولو قال : رددتها عليك ، فالمصدق المالك . ولو قال : تلفت في يدي قبل التمكن ،
فعلى الوجهين .

[الصورة] الثالثة : [لو] قال من طيرت الريح ثوباً إلى داره : رددت على المالك ،
وادعاه الملتقط ، لم يصدق إلاّ ببينة .

[الصورة] الرابعة : إذا أراد المودع سفراً ، فأودعها أميناً ، فادعى الامين تلفها ، صدق .
وإن ادعى الرد على المالك ، لم يقبل ، لأنه لم يأتّمه . وإن ادعى الرد على المودع ،
صدق ، لأنه أمينه . كذا ذكره الفزالي والمتولي ، وهذا ذهاب إلى أن للمودع إذا عاد
من السفر أن يستردها ، وبه صرح المبادي وغيره . وحكي عن الامام أن اللائق
يجذب الشافعي رحمه الله ، منعه من الاسترداد ، بخلاف المودع يسترد من الفاصب

على وجهه ، لانه من الحفظ .المأمور به . ولو كان المالك عيّن أميناً فقال : اذا سافرت فاجعلها عند فلان ، ففعل ، فالحكم بالمكس ، ان ادعى الرد على المالك ، صدق . وان ادعاء على المودع الاول ، لم يصدق .

[الصورة] الخامسة : قال المودع للمالك : أودعتها عند وكيلك فلان بأمرك ، فللمالك أحوال .

أحدها : ينكر الاذن ، فيصدق يمينه . فاذا حلف ، نظر ان كان فلان مقراً بالقبض والوديعة باقية ، ردها على المالك . فان غاب المدفوع اليه ، فللمالك تغريم المودع . فاذا قدم ، أخذها وردّها على المالك واسترد البذل . وان كانت تالفة ، فللمالك تغريم أبيهم شاء ، وليس لمن غرم الرجوع على صاحبه لزعمه أن المالك ظالم بما أخذ . وان كان فلان منكراً ، صدق يمينه ، واختص الغرم بالمودع .

[الحالة] الثانية : يمتز بالاذن وينكر الدفع ، فوجهان . أحدهما : يصدق المودع وتجعل دعوى الرد على وكيل المالك كدعواه على المالك . وأصحها : تصديق المالك ، لأنه يدعي الرد على من لم يأتمنه . ولو وافق فلان المودع وقال : تلفت في يدي ، لم يقبل قوله على المالك ، بل يحلف المالك ويغرم المودع .

[الحالة] الثالثة : يمتز بالاذن والدفع معاً ، لكنه يقول : لم تشهد ، والمدفوع إليه منكراً ، فينبى على وجوب الاشهاد على الابداع . فان لم نوجبه ، فليس له تغريمه . وإن أوجبناه ، فعلى الخلاف السابق في الوكالة في نظير هذه الصورة . ولو اتفقوا جميعاً على الدفع إلى الأمين ، وادعى الأمين ردها على المالك ، أو تلفها في يده ، صدق يمينه . هذا إذا عيّن المالك الأمين ، أما لو قال : أودعها أميناً ، ولم يمينه ، فادعى الأمين التلف ، صدق . وإن ادعى الرد على المالك ، فالصدق للمالك ، لأنه لم يأتمنه ، كذا ذكره . ولو قيل : أمين أمينه أمينه ، كما تقول على رأي : وكيل وكيله ، لم يبعد .

قلت : بل هو بعيد ، والفرق ظاهر .

فصل

في يده مال ، جاء رجلان ادعى كلُُّ أنه مودعه ، فجوابه يفرض بصيغ .
إحداها : أن يكنسها ويقول : المال لي ، فيحلف لكل أنه لا يلزمه تسليمه إليه .
[الصيغة] الثانية : أن يقر لأحدهما بعينه ، فيمطاه ، وهل يحلف للآخر ؟ يبنى على أنه
لو أقر لزيد بشيء ، ثم أقر به لعمرو ، هل يفرم لعمرو ؟ إن قلنا : لا ،
فلا . وإن قلنا : نعم ، عرضت اليمين عليه . فإن حلف ، سقطت دعوى الآخر .
وإن نكل ، حلف الآخر . ثم هل يوقف المال بينهما إلى أن يصطلحا ، أم يقسم
بينهما كما لو أقر لها ، أم يفرم المدعى عليه القيمة له ؟ فيه ثلاثة أوجه عن ابن سريج ،
قال ابن الصباغ : المذهب هو الثالث .

[الصيغة] الثالثة : قال : هو لكما ، فهو كمالٍ في يد شخصين بتداعيانه . فإن حلف
أحدهما ، قضى له ، ولا خصومة الآخر مع المودع ، لنكوله . وإن نكلا أو حلفا ، جمل
بينهما ، وحكم كل واحد منها في النصف الآخر كالحكم في الجميع في حق غير المقر له ،
وقد بيناه .

[الصيغة] الرابعة : قال : هو لأحدكما . نسيت عينه ، فإن ضمنا المودع بالنسيان ،
فهو ضامن ، وإلا ، نظر ، إن صدقاه ، فلا خصومة لها معه ، وإنما الخصومة بينهما .
فإن اصطحا في شيء ، فذاك ، وإلا ، فيجمل المال كأنه في أيديهما بتداعيانه ،
هذا هو الصحيح . وقيل : هو كمالٍ في يد ثالث بتداعيانه ، لأنه لم يثبت لأحدهما يد .
فعلى الأول ، لو أقام كل واحد منها بيته ، [أو حلفا أو نكلا ، فهو بينهما . وإن

أقام أحدهما بيعة أو حلف، ونكل صاحبه، قضي له. وعلى الثاني، لو أقام كل بيعة، فعلى الخلاف في تعارض البيعتين. وإن نكلا أو حلفا، وقف المال بينهما. وسواء قلنا بالأول أم بالثاني، هل يترك المال في يد المدعى عليه إلى أن تنفصل خصومتها، أم ينزع منه؟ فيه قولان. أظهرهما: الثاني، وبه قطع البغوي وغيره. قال المتولي: والقولان فيما إذا طلب أحدهما الانتزاع والآخر الترك، أما إذا اتفقا على أحد الأمرين، فيدفع الحاكم رأيها. أما إذا كذبه في دعوى النسيان وادعى عليه، فهو المصدق يمينه، ويكفيه يمين واحدة على نفي العلم، لأن المدعى شيء واحد وهو علمه. وهل للحاكم تخليفه على نفي العلم إذا لم يدعه الخصمان؟ وجهان. ثم إذا حلف، فالحكم كما إذا صدقه في النسيان. وقيل: ينتزع المال من يده هنا وإن لم ينتزع هناك، لأنه خائن عندهما بدعوى النسيان، وإن نكل، ردت اليمين عليها. فإن نكلا، فالمال مقسوم بينهما أو موقوف حتى يصطلحا على ماسبق. وإن حلف أحدهما فقط، قضي له. وإن حلفا، فقولان. ويقال: وجهان. أحدهما: يوقف حتى يصطلحا. وأظهرهما: يقسم، لأنه في أيديهما. وعلى هذا، يفرم القيمة وتقسم بينهما أيضاً، لأن كل واحد منهما أثبت يمين الرد كل المين، ولم يأخذ إلا نصفها. هذا هو الصحيح الأشهر فيما إذا نكل المودع. وقيل: لا يفرم القيمة مع المين إذا حلفا. وقيل: لا ترد اليمين عليها بنكوله، بل يوقف بناءً على أنهما لو حلفا وقف المال بينهما، فلامنى لمرض اليمين. وإذا رددنا اليمين، فهل يقرع بينهما؟ أم يبدأ الحاكم بمن رأى؟ وجهان، أصحهما الثاني، حكاه السرخسي في «الأمالي»، وإذا حلفا وقسم بينهما المين والقيمة، فإن لم ينازع أحدهما الآخر، فلا كلام. وإن نازعه وأقام أحدهما البيعة أن جميع المين له، سلمناها إليه ورددنا القيمة إلى المودع. وإن لم يكن بيعة، ونكل صاحبه عن اليمين فخاف واستحق المين، رد نصف القيمة

الذي أخذه ، ولا يرد الناكل ما أخذه ، لأنه استحقه يمينه على المودع ، ولم يعد إليه المبدل ، ونكوله كان مع صاحبه ، لامع المودع . وصرح في « الوسيط » بأن الناكل لا يرد ، سواء سلمت العين بالينة أو باليمين .

فرع

ادعى اثنان غصب مال في يده ، كلٌّ يقول : غصبته مني ، فقال : غصبته من أحدهما ولا أعرفه ، حلف لكل منهما على البت أنه لم يغصبه . فإذا حلف لأحدهما، تعين المفسوب للثاني ، فلا يحلف له .

[الحالة] الخامسة : قال : هو وديعة عندي ولا أدري أهو لكما ، أم لأحدهما ، أم لغيرهما ؟ وادعيا علمه ، فحلف على نفي علمه ، ترك في يده حتى تقوم بيئته ، وليس لأحدهما تحليف الآخر ، لأنه أم يثبت لواحد منها يد ولا استحقاق ، بخلاف الصورة السابقة.

فصل

في مسائل منشورة

إحداها : تعدى في الوديعة ، ثم بقيت في يده مدة ، لزمه أجرة مثلها .
[المسألة] الثانية : في فتاوى الفقهاء ، أنه لو ترك حماره في صحن خان وقال للخاني : احفظه كيلا يخرج ، فكان الخاني ينظره ، فخرج في بعض غفلاته ، فلا ضمان ، لأنه لم يقصر في الحفظ المتاد .

[المسألة] الثالثة : المودع إذا وقع في خزانته حريق ، فبادر إلى نقل الامتعة ، وقدم أمتعه

على الوديمة ، فاحترقت الوديمة ، لم يضمن ، كما لو لم يكن فيها إلا ودائع فأخذ في نقلها فاحترق ما تأخر نقله .

[المسألة الرابعة : لو ادعى ابن المالك موت أبيه ، وعلم المودع بذلك ، وطلب الوديمة ، فله تحليف المودع على نفي العلم . فإن نكل ، حلف المدعي .

[المسألة الخامسة : مات المالك وطلب الوارث الوديمة ، فامتنع المودع ليفحص هل في التركة وصية ؟ فهو متمدد ضامن .

[المسألة السادسة : من وجد لقطة وعلم مالكتها فلم يخبره حتى تلفت ، ضمن ، وكذا قيم الصبي والمسجد إذا كان في يده مال فمزل نفسه ولم يخبر الحاكم حتى تلف المال في يده ، ضمن ، وهذا كما قدمنا أنه يجب الرد عند التمكن أو هو هو .

[المسألة السابعة : من صور تمدي الامناء ، أن لا يبيع قيم الصبي أوراق فرصاده حتى يمضي وقتها ، فيلزمه الضمان ، وليس من التمدي أن يؤخر لتوقع زيادة فيتفق رخص ، وكذا قيم المسجد في أشجاره ، وهذا شبيه بتعريض الثوب الذي يفسده الدود للريح ، وهذه المسائل سوى الاولى في فتاوى القفال .

[المسألة الثامنة : بث رسولاً إلى حانوته ، ودفع خاتمه معه علامة وقال : رُدّه عليّ إذا قبضت الأمور بقبضه ، فقبضه ولم يرد الخاتم ، ووضع في حرزه ، فلا ضمان ، ذكره العبادي في « الزيادات » كأن المعنى أنه ليس عليه الرد ولا مؤنته وإنما التخليه .

[المسألة التاسعة : في « فتاوى » القاضي حسين ، أن الثياب في مسلخ الحمام إذا سرت ، والحمامي جالس في مكانه مستيقظ ، فلا ضمان عليه . وإن نام أو قام من مكانه ، ولانائب له هناك ، ضمن . ويجب على الحمامي الحفظ إذا استحفظ . وإن لم يستحفظ ، حكى القاضي عن الاصحاب ، أنه لا يجب عليه الحفظ ، قال : وعندي يجب ، للعادة .

[المسألة العاشرة : عن بعضهم : لو أودعه قَبَّالة (١) وقال له : لا تدفعها إلى زيد حتى يمطيك ديناراً ، فدفعها إليه قبل أن يمطيه ، فمليه قيمة القبالة مكتوبة ، الكاغد وأجرة الوراق . قلت : ومن مسائل الباب قال أصحابنا : لو أكرهه على قبول ودیمة وحفظها ، فأخذها ، لم تكن مضمونة عليه كما لو قبضها مختاراً وأولى . ولو تعین عليه قبول ودیمة ، فلم يقبلها ، وتلفت ، فهو عاصٍ ، ولا ضمان ، لانه لم يلتزم الحفظ . والله أعلم



(١) قال في « المصباح » : تقبلت العمل من صاحبه : إذا التزمته بعقد ، والقبالة ، بفتح الفاف : اسم المكتوب من ذلك لما يلتزمه الانسان من عمل ودين وغير ذلك . اهـ .

كتاب قسم الفئ والغنيمة

المال المأخوذ من الكفار ، منقسم إلى ما يحصل بنير قتال وإيجاف خيل وركاب ، وإلى حاصل بذلك ، ويسمى الأول : فيةً . والثاني : غنيمة . ثم ذكر المسودي وطائفة أن اسم كل واحد من المالين يقع على الآخر إذا أفرد بالذكر ، فإذا جمع بينهما ، افترقا ، كاسمي الفقير والمسكين . وقال الشيخ أبو حاتم القزويني وغيره : اسم الفية يشمل المالين ، واسم الغنيمة لا يتناول الأول . وفي لفظ الشافعي رضي الله عنه في المختصر ، ما يشعر به .

وبيان قيمة المالين يقع في بابين .

[الباب الأول]

في الفية

فمنه ما جلا عنه الكفار خوفاً من المسلمين إذا سمعوا خبرهم أو لضرر أصابهم ، وجزية أهل الذمة وما صولح عليه أهل بلد من الكفار ، وعشور تجارتهم المشروطة عليهم إذا دخلوا دار الاسلام ، ومال من مات أو قتل على الردة ، ومال من مات من أهل الذمة عندنا ولا وارث له ، وكل ذلك يخمس على ما سنه فصله إن شاء الله تعالى . هذا هو المذهب . وحكي عن القديم : أن مال المرتد لا يخمس . فقيل : يختص هذا القول بالمرتد ، ويخمس ما سواه قطعاً ، لأن المرتد يستصحب به حكم الاسلام ، كما يؤمر بقضاء العيالات وتلزمه الحدود . وقيل : ما تركوه خوفاً من المسلمين يخمس قطعاً ، وفيما سواه يطرد القول القديم ، وبهذا الطريق قال الأكثرون . ومنهم من طرد في جميع مال الفية قولين . الجديد : يخمس كالغنيمة . والقديم : المنع ، لأنه لم يقاتل عليه ، كما لو صولحوا على الضيافة ، فإنه لاحق لأهل الخمس في مال الضيافة ، بل يختص به الطارقون . قال البغوي : وحيث قلنا : لا يخمس ،

فحكم جميع المال حكم الأخماس الأربعة على قولنا بالتخمين ، وفي مصرفها خلاف يأتي إن شاء الله تعالى . قال الروياني في « الحلية » : لو صالحونا على مال عند القتال ، فهو غنيمة .

فصل

مال الفريه يقسم خمسة أسهم ، فأربعة يأتي بيان مصرفها ، والخمس الآخر يقسم على خمسة أسهم متساوية .

أحدها : السهم المضاف إلى الله عز وجل وإلى رسول الله ﷺ ، وكان لرسول الله ﷺ ، يتفق منه على نفسه وأهله ومصلحه ، وما فضل جعله في السلاح عدّة في سبيل الله تعالى وفي سائر المصالح . وأما بعده ﷺ ، فيصرف هذا السهم في مصالح المسلمين ، كسد الثغور ، وعمارة الحصون والقناطر والمساجد ، وأرزاق القضاة والأئمة ، ويقدم الأم فالأم . ونقل الشافعي رحمه الله عن بعض العلماء ، أن هذا السهم يرد على أهل الشهبان الذين ذكرهم الله تعالى ، فذكر أبو الفرج الزاز : أن بعض الأصحاب جمل هذا قولاً للشافعي ، لأنه استحسنه . وحكى في « الوسيط » وجهاً : أن هذا السهم يصرف إلى الامام ، لانه خليفة رسول الله ﷺ ، وهذان النقلان شاذان مردودان .

السهم الثاني : لذوي القربى ، وهم بنو هاشم ، وبنو المطلب ، يشترك فيه فقيرهم وغنيهم وكبيرهم وصغيرهم وذكرهم وأنتام ، بشرط كون الانتساب بالآباء ، فلا يعطى أولاد البنات .

قلت : وحكى ابن المنذر وابن كج وجهاً في اختصاصه بفقرائهم ، وهو شاذ متروك . والله أعلم

ولا يفضل أحد منهم على أحد إلا بالذكورة ، فلذلك رسمان ، ولأثنى سهم .
وقال المزني : يسوئى بينها . وقال القاضي حسين : المدلي بجنتين يفضل على
المدلي بمجة .

فرع

يعم بالمطاء الحاضر في موضع حصول الفیء والغائب عنه على الصحيح . وقال
أبو إسحاق : ما حصل في إقليم ، دفع إلى من فيه ، لمشقة النقل . واحتجوا للصحيح
بظاهر الآية ، وبالمقاس على الارث . وأما المشقة ، فيأمر الامام أمناءه في كل إقليم
بضبط من فيه ، ولا يلزمه نقل ما في كل إقليم إلى جميع الأقاليم ، بل الحاصل في
كل إقليم يضبط ، يفرق على ما كفيه . فان لم يكن في بعضها شيء ، أو لم يف بمن فيه ،
نقل قدر الحاجة . قال الامام : ولو كان الحاصل قدراً لو وزع لم يسد مسداً ،
قدّم الأوج ، ولا يستوعب للضرورة .

السهم الثالث : لليتامى . واليتيم : الصغير الذي لا أب له ، قيل : ولا جد . ويشترط
فيه الفقر على المشهور . وقيل : على الصحيح .

السهم الرابع والخامس : المساكين وابن السبيل ، وقد سبق بيانها في الزكاة .

فرع

في تعميم اليتامى والمساكين وابن السبيل ، وتخصيص الحاصل في كل إقليم
وناحية بأهله ، الخلاف في أهل القربى ، حكاه الشيخ أبو حامد وغيره .

فرع

سبق في باب الوصية : أن عند الانفراد [يدخل الفقراء] في اسم المساكين ، وعكسه ، ولفظ المساكين هنا مفرد ، فيدخل فيه الفقراء ، وحينئذ مقتضى القول بوجوب تعميم مساكين الاقليم أو المالم تناول الفقراء أيضاً ، وهذا مقتضى كلام بعضهم . ومنهم من يقول : يجوز الصرف إلى الفقراء ، لأنهم أشد حاجة ، وهذا لا يقتضي تناولهم .

قلت : الصحيح الأول ، وأنها داخلان في الاسم . ومن صرح به القاضي أبو الطيب في تعليقه . والله أعلم

فرع

يجوز أن يفاوت بين اليتامى ، وكذا في المساكين وأبناء السبيل ، لأن هؤلاء يستحقون بالحاجة ، فتراعى حاجاتهم ، بخلاف ذوي القربى ، فإنهم يستحقون بالقرابة .

فرع

لا يشترط أن يكون هؤلاء الأصناف الثلاثة من المرتزة على الصحيح المروف . وعن القفال اختصاصه بيتامى المرتزة ، وذكر الماوردي مثله في المساكين وأبناء السبيل .

فرع

إذا فقد بعض الأصناف ، وزُعم نصيبه على الباقيين كالزكاة ، إلا سهم رسول الله ﷺ ، فإنه للمصالح كما ذكرنا .

فرع

لا يجوز الصرف إلى كافر .

فرع

لا يجوز الاقتصار على إعطاء ثلاثة من يتامى ، ولا من المساكين ، ولا من أبناء السبيل ، كما قلنا في الزكاة إذا فرقها الامام .

قلت : لا يجوز دفع شيء من سهم ذوي القربى إلى مواليتهم ، قال صاحب « التلخيص » : لو ادعى أنه مسكين أو ابن سبيل ، قبل بلا يئنة ، ولا يقبل اليتيم والقراة إلا بينة . والله أعلم

فصل

وأما أربعة أخماس الفيء ، ففي مصرفها ثلاثة أقوال . أظهرها : أنها للمرزقة المرصدين للجهاد . والثاني : للمصالح . والثالث : أنها تقسم كما يقسم الخمس ، فيقسم جميع الفيء على الخمسة الذين ذكرناهم ، وهذا غريب . فعلى الثاني : نبدأ بالأهم

فالأم . وأمها تمهد المرتزة . وكذا حكم خمس الخمس . فالقولان الأولان متفقان على أن المصرف المرتزة ، وإنما يختلفان فيما فضل عنهم .

فرع

وللامام في القسمة على المرتزة وظائف .

أحداها : يضع ديواناً . قال في « الشامل » : وهو دفتر الذي يثبت فيه الاسماء . فيحصى المرتزة بأسمائهم ، وينصب لكل قبيلة أو عدد يراه عريفاً ليعرض عليه أحوالهم ، ويجمعهم عند الحاجة ويثبت [فيه] قدر أرزاقهم .

قلت : نصب العريف مستحب . والله أعلم

الثانية : يمطي كل شخص قدر حاجته ، فيعرف حاله وعدد من في نفقته وقدر نفقتهم وكسوتهم وسائر مؤنتهم ، ويراعي الزمان والمكان ، وما يعرض من رخص وغلاء ، وحال الشخص في مروءته وضدّها ، وعادة البلد في الطعام ، فيكفيه المؤونات ليتفرغ للجهاد ، فيمطيه لأولاده الذين هم في نفقته أطفالاً كانوا أو كباراً ، وكلما زادت الحاجة بالكبر ، زاد في حصته . وهل يدفع إليه ما يمتد منه الأولاد ؟ أم يتولى الامام تعهدهم بنفسه ؟ أو بنائب له ؟ فيه قولان . أظهرهما : الأول . وحكى الحناطي وأبو الفرج الزاز وجهاً أنه لا يمطي الأولاد شيئاً ، لأنهم لا يقاتلون ، وهذا شاذ ضعيف . وإذا كان له عبد يقتنيه للزينة أو للتجارة ، لم يطل له . وإن كان يقاتل معه أو يحتاج إليه في الغزو لسياسة الدواب ونحوها ، أعطي له ، وكذا لو كان له عبد يخدمه وهو ممن يخدم ، بل لو لم يكن [له] عبد واحتاج إليه ، أعطاه الامام عبداً ، ولا يمطي إلا لمبد واحد . وفي الزوجات ، يمطي للجماعة .

وإذا نكح جديدة ، زاد في العطاء، لأن نهايتن أربع ، والعبيد لاحصر لهم ، وكان هذا في عبيد الخدمة . فأما الذين يتعلق بهم مصلحة الجهاد ، فينبغي أن يعطي لهم وإن كثروا .

قلت : كذا هو منقول ، وإنما يقتصر في عبيد الخدمة على واحد إذا حصلت به الكفاية . فأما من لا تحصل كفايته إلا بخدمة عبيد ، فيعطي لمن يحتاج إليه ، ويختلف باختلاف الأشخاص . والله أعلم

والوجه الشاذ في الاولاد يجري في الزوجات والعبيد .

فرع

يعطى المرتزق مؤنة فرسه ، بل يعطى الفرس إذا كان يقاتل فارساً ولا فرس له ، ولا يعطى الدواب التي يتخذها زينة ونحوها .

فرع

يعطى كل منهم بقدر حاجتهم ، ولا يفضل أحد منهم بشرف نسب أو سبق في الاسلام أو الهجرة وسائر الخصال الرضية ، بل يستوون كالارث والفتيمة . وفي وجه : يفضل إذا اتسع المال .

الثالثة : يستحب أن يقدم في الاعطاء وفي إثبات الاسم في الديوان قريشاً على سائر الناس ، وهم ولد النضر بن كنانة ، بن خزيمه ، بن مدركة ، بن الياس ، ابن مضر ، بن زار ، بن معد ، بن عدنان . قال الأستاذ أبو منصور : هذا قول أكثر النسابين ،

وبه قال الشافعي وأصحابه ، وهو أصح ما قيل . وقيل : هم ولد إلياس . وقيل :
ولد مضر . وقيل : ولد فهر بن مالك بن النضر بن كنانة . ثم يقدم من قريش
الأقرب فالأقرب إلى رسول الله ﷺ ، وهو : محمد ، بن عبد الله ، بن عبد المطلب ،
ابن هاشم ، بن عبد مناف ، بن قصي ، بن كلاب ، بن مرة ، بن كعب ، بن لؤي ،
ابن غالب ، بن فهر ، بن مالك ، بن النضر ، بن كنانة ، فيقدم بني هاشم ، وبني
المطلب على سائر قريش ، ثم بني عبد شمس وبني نوفل أخوي هاشم ، ويقدم منها
بني عبد شمس ، لأنه أخو هاشم لأبويه ، ونوفل أخوه لأبيه ، ثم بني عبد العزى
وبني عبد الدار ابني قصي يقدم منها بني عبد العزى ، لأنهم أصهار رسول الله
ﷺ ، فإن خديجة رضي الله عنها بنت خويلد بن أسد بن عبد العزى ، ثم بني زهرة
ابن كلاب أخو قصي ، ثم بني تيم وبني مخزوم أخوي كلاب ، ويقدم منها بني تيم ،
لما كان أبي بكر الصديق رضي الله عنه وعائشة رضي الله عنها من رسول الله
ﷺ ، ثم بني جمح وبني سهم ، وهما [من] ولد هصيص بن كعب ، وبني عدي
ابن كعب - وهصيص وعدي أخوا مرة بن كعب - وقدم عمر رضي الله عنه من
هؤلاء القبائل الثلاث بني جمح ؛ وسوءى بين بني سهم وبني عدي ، كما يسوءى
بين بني هاشم وبني المطلب . قال الشافعي رحمه الله : وقدم المهدي أمير المؤمنين في
زمانه بني عدي على بني جمح وبني سهم ، لما كان عمر رضي الله عنه ، والذي فعله عمر رضي الله عنه
كان تواضعاً منه . ثم يقدم بني عامر بن لؤي ، ثم بني الحارث بن فهر . فإذا فرغ من قريش ،
بدأ بالأنصار ، ثم بعطي سائر العرب . هكذا رتب الأصحاب ، وهو ظاهر نص الشافعي
رحمه الله . وفي «أمالى» السرخسي : أن هذا محمول على الذين هم أبعد من الأنصار ،
فأما سائر العرب الذين هم أقرب إلى رسول الله ﷺ من الأنصار ، فيقدمون
عليهم . ومتى استوى اثنان في القرب ، قدم أسنثها . فإن استويا في السن ، فأقدمها
إسلاماً وهجرة .

قلت : قد عكس أقصى القضاء الماوردي هذا ، فقال في « الاحكام السلطانية » :
يقدم بالسابقة في الاسلام . فان تقارباً فيه ، قدم بالدين . فان تقارباً فيه ، قدم بالسن ،
فان تقارباً فيه ، قدم بالشجاعة . فان تقارباً فيه ، فولي الامر بالخيار بين أن يرتبهم
بالقرعة ، أو برأيه واجتهاده ، وهذا الذي قاله هو المختار . والله أعلم

ثم بعد العرب ، يعطى العجم . وفي « المذهب » و « التهذيب » : أن الترتيب
فيهم بالسن والفضائل ، ولا يقدم بعضهم على بعض بالنسب . وفيه كلامان .
أحدهما : أن العجم قد يعرف نسبهم ، فينبغي أن يعتبر فيمن عرف نسبه
القرب والبعد أيضاً .

الثاني : أنا قدمنا في صفة الأئمة في الصلاة عن إمام الحرمين : أن الظاهر
رعاية كل نسب يعتبر في الكفاءة في النكاح ، وسنذكر إن شاء الله تعالى ، أن نسب
العجم مرعي في الكفاءة على خلاف فيه ، فليكن كذلك هنا .

قلت : قد أشار الماوردي إلى اعتبار نسب العجم فقال : إن كانوا عجماً
لا يجتمعون على نسب ، جمعهم بالأجناس ، كالترك ، والهند ، وبالبلدان . ثم إن كانت
لهم سابقة في الاسلام ، ترتبوا عليها ، وإلا ، فبالأقرب من ولي الأمر . فان تساؤوا ،
فبالسبق إلى طاعته . والله أعلم

قال الأئمة : وجميع الترتيب المذكور في هذه الوظيفة ، مستحب لامستحق .

الرابعة : لا يثبت في الديوان اسم صبي ، ولا جنون ، ولا امرأة ، ولا عبد ،
ولا ضعيف لا يصلح للغزو ، كالأعمى ، والزمن ، وإنما هم تبع للمقاتل إذا كانوا
في عياله ، يعطى لهم كما سبق ، وإنما يثبت في الديوان الرجال المكلفين المستعدين للغزو ،
وإذا طرأ على المقاتل مرض أو جنون ، فان رجي زواله ، أعطي ولم يسقط اسمه ،

وإلا أسقط اسمه . وفي إعطائه الخلاف الآتي في زوجة المقاتل بعد موته ،
وأولى بالاعطاء .

قلت : ترك من شروط من يثبت في الديوان الاسلام ، وذكر الماوردي في
« الأحكام السلطانية » شرطاً آخر ، وهو أن يكون فيه إقدام على القتال ومعرفة
به . فان اختلف ذلك ، لم يجوز إثباته ، لمجزه عمداً هو مرصد له . قال : ولا يجوز
إثبات الأقطع ، ويجوز إثبات الأعرج إن كان فارساً . وإن كان راجلاً ، فلا .
ويجوز إثبات الأخرس والأصم . قال : وإذا كتبه في الديوان ، فان كان مشهور
الاسم ، لم يحسن تحليته . وإن كان مضموراً وصف وحلي ، فيذكر سته وقده
ولونه وحلي وجهه ، بحيث يتميز عن غيره . والله أعلم

فرع

من مات من المرتزة ، هل ينقطع رزق زوجته وأولاده لزوال التبوع ؟ أم
يستمر ترغيباً للمجاهدين ؟ قولان . وقيل : وجهاً . أظهرهما : الثاني . فعلى هذا ،
ترزق الزوجة إلى أن تتزوج ، والأولاد إلى أن يبلغوا ويستقلوا بالكسب ، أو يرغبوا
في الجهاد فيثبت اسمهم في الديوان . ومن بلغ منهم وهو أعمى أو زمن ، [رزق]
على هذا القول كما كان يرزق قبل البلوغ ، هذا في ذكور الأولاد . وأما الإناث ،
فمنقضى كلامه في « الوسيط » أنهن يرزقن إلى أن يتزوجن .

الخامسة : يفرق الأرزاق في كل عام مرة ، ويجعل له وقتاً [معلوماً]
لا يختلف . وإذا رأى مصلحة أن يفرق مشاهرة ونحوها ، فعل . وإذا اقتصر في
السنة على مرة ، فيشبه أن يقال : يجتهد ، فما اقتضته الحال وتمكن فيه من الاعطاء

في أول السنة أو آخرها، فله، وعلى هذا ينزل قوله في «الوجيز» : يفرق في أول كل سنة ، وقوله الآخرين : يفرق في آخر كل سنة .

فرع

إذا مات واحد من المرتقة بعد جمع المال وانقضاء الحول ، صرف نصيبه إلى ورثته، ولا يسقط هذا الحق بالاعراض عنه على الظاهر ، كذا قاله الامام . وإن مات بعد جمع المال وقبل تمام الحول ، فقولان . ويقال : وجهان . أظهرهما : يصرف قسط مامضى إلى ورثته كالاجرة . والثاني : لا شيء لهم، كالجمل في الجمالة، لا يستحق قبل تمام العمل . وإن مات قبل جمع المال وبعد الحول ، فظاهر النص : أنه لا شيء للورثة، وبه قال القاضي أبو الطيب وآخرون، وبه قطع البغوي . وقال الشيخ أبو حامد : يصرف نصيبه مما سيحصل إلى ورثته . وإن مات قبل جمع المال وقبل انقضاء الحول ، فإن قلنا : إذا مات بعد الحول لا يستحق ، فهنا أولى ، وإلا ، ففي قسط مامضى الخلاف فيما إذا مات قبل الحول وبعد جمع المال . هذا كله إذا كان المطاء مرة في السنة . فإن رأى الاعطاء في السنة مرتين فصاعداً ، فالاعتبار بمضي المدة المضروبة.

فصل

جميع ما ذكرناه في المنقولات من أموال الفيء . فأما الدور والارض ، فقد قال الشافعي رضي الله عنه : هي وقف للمسلمين تستغل وتقسم غلتها في كل عام كذاك أبداً . هذا نصه . فأما أربعة أخماس الفيء ، فمن الاصحاب من يقول : الحكم بأنها وقف مفرع على أنها للمصالح ، فأما إن جملناها للمرتقة ، فتقسم بينهم كالمنقولات.

وكالفنمية . والاصح جريان هذا الحكم ، سواء قلنا : للمصالح أو المرتزقة ،
لتبقى الرقبة مؤبّدة ، ويتنفع بملتها المستحق كل عام ، بخلاف النقولات ، فاتها
معرضة للهلاك ، والنفية بعيدة عن نظر الامام واجتهاده ، لتأكد حق الفانين . فاذا
قلنا بالوقف ، فوجهان . أحدهما : المراد به التوقف عن قسمة الرقبة ، دون الوقف
الشرعي . وأصحها : أن المراد الوقف الشرعي للمصلحة . فعلى هذا ، وجهان .
أحدهما : يصير وفقاً بنفس الحصول ، كما يرق النساء والصبيان بالاسر . وأصحها :
لا ، لكن الامام يقفها . وإن رأى قسمتها أو بيعها وقسمة ثمنها ، فله ذلك . وقول
الشافعي رحمه الله : هي وقف ، أي : تجمل وفقاً . وأما خسه ، فسيم المصالح
لا سبيل إلى قسمته ، بل يوقف وتصرف غائه في المصالح ، أو يباع ويصرف ثمنه
إليها ، والوقف أولى . ويجيء الوجه السابق ، أنه يصير وفقاً بنفس الحصول . ومهم
ذوي القربى ، فيه الخلاف المذكور في الاخماس الاربعة ، تفرعاً على أنها المرتزقة .
ومهم اليتامى والمساكين وابن السبيل ، يرتب على سهم ذوي القربى . إن قلنا :
إنه وقف ، فمنها أولى ، لأن ذوي القربى متمتعون ، وإلا ، فالاصح أنه وقف .
وقيل : لا . وإذا تأملت هذه الاختلافات في الاخماس الاربعة ، ثم في الخمس ،
علت أن المذهب أن الجميع وقف ، وهو الموافق لنص الشافعي رضي الله عنه .

فصل

إذا زادت الاخماس الأربعة على حاجات المرتزقة ، فإن قلنا : إنها المرتزقة ، وهو
الأظهر ، صرف الفاضل إليهم أيضاً على قدر مؤوناتهم . وفي جواز صرف شيء منه
إلى إصلاح الحصون وإلى الكراع والسلاح ليكون عدة لهم ، وجهان . أصحها :
نعم . فإن قلنا : إنها للمصالح ، صرف الفاضل إلى باقي المصالح ، كإصلاح الحصون

والكراع والسلاح . وإن فضل شيء ، ففي جواز صرفه إليهم وجهان . ويجوز صرفه إليهم عن كفاية السنة القابلة للاخلاف .

فصل

في مسائل منثورة

أحداها : جاء رجل فطلب إثبات اسمه في الديوان ، أجابه الامام إن وجد في المال سمة وفي الطالب أهلية ، وإلا ، فلا .

[المسألة الثانية : لا يحبس شيء من مال الفيء خوفاً أن ينزل بالمسلمين نازلة، بل يفرغ الجميع في الوقت المعين^(١) . ثم إن نزلت نازلة ، فعلى جميع المسلمين القيام بأمرها . فان غشيه العدو ، فعلى جميعهم أن ينفروا .

[المسألة الثالثة : قال الشافعي رضي الله عنه : يرزق من مال الفيء الحكام وولاة الأحداث والصلاة ، وكل من قام بأمر الفيء من والٍ وكاتب وجندي لا يستغني أهل الفيء عنهم . والمراد بالحكام : الذين يحكمون بين أهل الفيء في منازمهم . وولاة الأحداث ، قيل : هم الذين يملئون أحداث أهل الفيء الفروسية والرمي ، وقيل : هم الذين ينصبون في الأطراف لتولية القضاة وسعاة الصدقات وعزلهم وتجهيز الجيوش إلى الثغور وحفظ البلاد من أهل الفساد ونحوها من الأحداث . وولاة الصلاة : الذين يقيمون لهم الجمعات والجماعات ، وكذلك يرزق عرفاء أهل الفيء . وإذا وجد من يتطوع بهذه الأعمال ، لم يرزق عليها غيره .

[المسألة الرابعة : يجوز أن يكون عامل الفيء من ذوي القربى . قال الماوردي رحمه الله : عامل الفيء ، إن وُلّي وضع أموال الفيء وتقديرها وتقريرها اشترط كونه مسلماً حراً مجتهداً عارفاً بالحساب والمساحة . وإن ولي جباية أمواله بعد تقريرها ، سقط

(١) كذا الأصل : بل يفرغ ، ولعل الأصوب أن يقال : بل يفرق الجميع في الوقت المعين .

الشرط الثالث . وإن ولي جباية نوع خاص من الفيء ، نظر ، إن لم يستغن فيه عن استنابة ، اشترط إسلامه وحرية واطلاعه بشرط ماولي من حساب ومساحة ، لما فيه من معنى الولاية . وإن استغنى عن الاستنابة ، جاز أن يكون عبداً ، لأنه كالرسول المأمور . وأما تولية الذمي ، فإن كانت جباية من أهل الذمة كالجزية وعشر التجار ، جازت . وإن كانت من المسلمين ، ففي جوازها وجهان .

قلت : الأصح المنع . والله أعلم

وإذا فسدت ولاية العامل ، وقبض المال مع فسادها ، [برىء الدافع ، لبقاء الاذن . فلو نهي عن القبض بعد فسادها] لم يبرأ الدافع إليه إن علم النهي . وإن جهله ، فوجهان ، كالوكيل .

قلت : قال الماوردي : إذا تأخر العطاء عن المثبتين في الديوان عند استحقاقهم ، وكان المال حاصلًا ، فلهم المطالبة كالديون . وإن أعوز بيت المال ، كانت أرزاقهم دينًا على بيت المال ، وليس لهم مطالبة ولي الأمر به . قال : وإذا أراد ولي الأمر إسقاط بعضهم لسبب ، جاز ، وبغير سبب ، لا يجوز . وإذا أراد بعضهم إخراج نفسه من الديوان ، جاز إن استغنى عنه ، ولا يجوز مع الحاجة ، إلا أن يكون معذوراً . قال : وإذا جرد الجيش للقتال ، فامتنعوا وهم أكفاء من حاربهم ، سقطت أرزاقهم . وإن ضعفوا عنه ، لم تسقط . وإذا جرد أحدكم لسفر ، أعطي نفقة سفره إن لم يدخل في تقدير عطائه ، ولم يخط إن دخل فيه . وإذا تلف سلاحه في الحرب ، أعطي عوضه إن لم يدخل في تقدير عطائه ، والا ، فلا . والله أعلم

الباب الثاني

في الغنيمة

وقد ذكرنا ، أنها المال الذي يأخذه المسلمون من الكفار بإحلاف الخيل والركاب .
قال البغوي : سواء ما أخذناه من أيديهم قهراً وما استوائنا عليه بعدد هزمناه
في القتال وتركوه .

وحيل الغنيمة مختص بهذه الأمة زادها الله شرفاً ، وكانت في أول الإسلام
لرسول الله ﷺ خاصة ، يصنع فيها ما يشاء ، وعليه يحمل إعطاؤه ﷺ من
لم يشهد بدرأ ، ثم نسخ ذلك ، فجعل خمسها مقسوماً خمسة أسهم كالف ، قال الله تعالى :
(واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن الله خمسه ، والرسول ، ولذي القربى ، واليتامى
والمساكين ، وابن السبيل ...) (١) وجعل أربعة أخماسها للفاغين .

ويمرض في أموال الغنيمة النفل والرضخ والسلب والقسمة ، ويحصل بيانها
في أربعة أطراف .

الأول : النفل بفتح النون والفاء ، وهو زيادة مال على سهم الغنيمة ، بشرطه
الامام أو أمير الجيش لمن يقوم بما فيه نكابة زائدة في العدو ، أو توقّع ظفر ،
أو دفع شر ، وذلك كالتقدم على طليعة ، أو التهجم على قلعة ، أو الدلالة عليها ،
وكمحفظ مكن ، وتجسس حال وشبهها . وإنما ينقل إذا مست حاجة لكثرة العدو
وقيلة المسلمين ، واقتضى الحال بث السرايا وحفظ المكن ، ولذلك نفّل رسول الله
ﷺ في بعض الغزوات دون بعض . ثم الكلام فيمن شرطه ، وفي محل الشروط وقدره .

(١) الأنفال : ٤١ .

أما الأول ، فيجوز كونه شخصاً معيناً وجماعة ، ويجوز أن يطلق فيقول : من فعل كذا فله كذا .

وأما محله ، فيجوز أن بشرط النفل من مال المصالح المرصدة بيت المال ، وحينئذٍ يشترط كونه معلوماً ، ويجوز أن بشرطه مما سيفهم ويؤخذ من الكفار في هذا القتال ، وحينئذٍ يذكر جزءاً كثلث أو ربع وغيرها ، ويحتمل الجهالة للحاجة . وإذا نفّل من الغنيمة ، فهم ينفل ؟ فيه أوجه ، ويقال : أقوال . أصحها : من خمس خمسها . والثاني : من أصلها . والثالث : من أربعة أخماسها .

وأما قدره ، فليس له حد مضبوط ، فيجتهد الإمام ويجعله بقدر العمل وخطره ، وقد صح في كتاب الترمذي وغيره ، أن النبي ﷺ كان ينفل في البداية الربع ، وفي الرجعة الثلث (١) ، وفي رواية الترمذي « القفول » بدل « الرجعة » ، وقيل : البداية السرية الأولى ، والرجعة الثانية . وقال الجمهور : البداية : السرية التي يبعثها الإمام قبل دخوله دار الحرب مقدمة له ، والرجعة : التي يأمرها بالرجوع بعد توجه الجيش إلى دار الاسلام . ونقص البداية ، لأنهم مستريحون لم يبال بهم السفر ، ولأن الكفار في غفلة ، ولأن الإمام من ورائهم يستظفرون به ، والرجعة بخلافهم في كل ذلك . واختلفوا في المراد بالحديث بحسب اختلافهم في محل النفل ، فقيل : المراد ثلث خمس الخمس ، أو ربه . وقيل : ثلث الجميع ، أو ربه . وقيل : ثلث أربعة أخماسها ، أو ربهما . وقيل : المراد : أنه يزداد نصيب كل شخص من الغنيمة مثل ثلثه أو ربه ، ويجوز الزيادة على الثلث ، والنقص عن الربع بالاجتهاد .

(١) عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينفل في البداية الربع ، وفي الرجعة الثلث . رواه أحمد ، والترمذي ، وابن ماجه ، قال الترمذي : وفي الباب عن ابن عباس ، وحبيب بن مسلمة ، وممن بن يزيد ، وابن عمر ، وسلفه بن الأكوع ، قال : وحديث عبادة حديث حسن .

فرع

إذا قال الأمير : من أخذ شيئاً فهو له ، لم يصح شرطه على الاظهر .

فرع

من ظهر منه في الحرب مبارزة وحسن إقدام وأثر محمود ، أعطي سهمه ، وزيد من سهم الصالح ما يليق بالحال .

الطوف الثاني : في الرضخ .

قالصي ، والبد ، والمرأة ، والخنثى ، والزمن ، والذمي ، لا يسهم لهم ، لكن يرضخ لهم ، وهذا الرضخ مستحق على المشهور . وفي قول : مستحب . ويجتهد الامام في قدره ، ولا يبلغ به سهم راجل إن كان من يرضخ له راجلاً . وإن كان فارساً ، فوجهان بناءً على أنه هل يجوز أن يبلغ تزيير الحرّ حد العبيد ؟ وبالمنع قطع الماوردي . وسواء حضر العبد باذن سيده ، والصبي باذن وليه ، والمرأة باذن زوجها ، أم بغير إذنهم . وإن حضر الذمي بغير إذن الامام ، لم يستحق شيئاً على الصحيح ، بل يمزّره الامام آن ذلك . وإن حضر باذنه ، فإن كان استأجره ، فله الأجرة فقط ، [وإلا] ، فله الرضخ على الصحيح . وقيل : لاشيء له . وقيل : إن قاتل ، استحق ، وإلا ، فلا . وإذا حضر نساء أهل الذمة باذن الامام ، فلهن الرضخ على الاصح .

فرع

يفاوت الامام بين أهل الرضخ بحسب نفهم ، فيرجّح المقاتل ومن قتاله

أكثر على غيره ، والفارس على الراجل ، والمرأة التي تداوي الجرحى وتسقي العطاش على التي تحفظ الرجال ، بخلاف سهم النخبة ، فإنه يستوي فيه المقاتل وغيره ، لانه منصوب عليه . والرضخ بالاجتهاد ، كدية الحر وقيمة العبد .

فرع

في محل الرضخ للمبيد والصبيان والنساء ، ثلاثة أقوال . أظهرها : من أربعة أخماس النخبة . والثاني : من أصلها . والثالث : من خمس الخمس ، وأهل الذمة كالعبيد على المذهب . وقيل : يرضخ لهم من خمس الخمس قطعاً . وحيث رخصنا من أصل النخبة يبدأ به كالسلب ، ثم يقسم الباقي خساً وأربعة أخماس .

فرع

إذا انفرد العبيد والنساء والصبيان بفرقة وعنمو ، خُصت وفي الباقي أوجه . أصحابها : يقسم بينهم كما يقسم الرضخ على ما يقتضيه الرأي من تسوية وتفضيل . والثاني : يقسم كالنخبة ، للفارس ثلاثة أسهم ، والمرجل سهم . والثالث : يرضخ لهم منه ، ويجعل الباقي لبيت المال . وخصص البغوي هذا الخلاف بالصبيان والنساء ، وقطع في العبيد بكونه لساكنهم . وحكى أنه لو سبى مراهقون أو مجانين صفاراً ، حكم بإسلامهم تبعاً لهم . أما إذا كان مع أهل الرضخ واحد من أهل الكمال ، فيرضخ لهم ، والباقي لذلك الواحد .

فرع

لايخمس ماأخذه الذميون من أهل الحرب ، لان الخمس حق يجب على المسلمين كالزكاة .

فرع

من قاتل من أهل الكمال أكثر من غيره ، رضى له مع السهم، كذا ذكره السمودي والبعوي ، ومنهم من ينازع كلامه فيه . وقيل : يزداد من سهم المصالح مايليق بالحال .

فرع

لو زال نقص أهل الرضى،فتق العبد، وأسلم الكافر ، وبلغ الصبي قبل انقضاء دار الحرب ، أسهم لهم . وإن كان بعد انقضائها ، فقد أطلق الماوردي أنه ليس لهم إلا الرضى ، وينبغي أن يجيء فيما بين انقضاء الحرب وحياسة المال ، الخلاف الآتي فيمن حضر في هذا الحال .

الطرف الثالث : في السلب .

هو للقتال ، والكلام في سبب استحقاقه ومستحقه ونفسه وكيفيه إخراجها من الغنيمة. أما سبب استحقاقه ، فقال في « الوسيط » في ضبطه : هو ركوب الفرر في قهر كافر مقبل على القتال بما يكفى شره بالكلية ، وفيه قيود .

أحدها : ركوب الفرر . فلو رمى من حصن أو من وراء الصف كافرأ، وقتله، لم يستحق سلبه ، وكذا لو رمى من صف المسلمين إلى صف الكفار، فقتل رجلاً .

[الفيد] الثاني : إقبال الكافر على القتال، وليس المراد اشتغاله بالقتال حين قتله ، لأنها لو تقاتلا زماناً ثم هرب فقتله المسلم في إدباره ، قال الأصحاب : استحق سلبه . ولا يشترط أيضاً أن تكون مقاتلته مع قاتله ، بل لو قصد كافر مسلماً ، فجاء مسلم آخر من ورائه فقتله ، استحق سلبه ، بل المرعي مذكروه أصحابنا العراقيون ، أن يقتله مقبلاً أو مدبراً والحرب قائمة . فأما إذا انهمز جيش الكفار فأتبهم فقتل كافراً ، فلا يستحق سلبه ، لأن هزيمتهم اندفع شرهم ، وما دامت الحرب قائمة فالشر متوقع ، والمولي لا تؤمن كرمته . ولو قتل كافراً وهو أسير في يده ، أو نائم ، أو مشغول بأكل أو نحوه ، أو مشغول زائل الامتناع ، لم يستحق سلبه .

الفيد الثالث : قهره بما يكفي شره بالكلية [بقتل] ، أو إئخان ، أو إزالة امتناع ، بأن يعميه ، أو يقطع يديه ورجليه . ولا يلحق به قطع يد أو رجل . فلو قطع يديه أو رجليه ، أو يداً ورجلاً ، فهو إئخان على الأظهر ، وهو رواية المزني ، وبه قطع جماعة . ولو اشترك جماعة في قتله أو إئخانه ، فالسلب لهم . وفي وجه : أنه لو وقع بين جماعة لا يرجى نجاته منهم ، لم يختص قاتله بسلبه ، لأنه زال شره بالوقوع بينهم . قال أبو الفرج الزاز : لو أمسكه واحد وقتله آخر ، فالسلب بينهما ، لاندفاع شره بهما ، وكأن هذا فيما إذا منعه الحرب ولم يضبطه . فأما الامساك الضابط ، فانه أسر ، وقتل الأسير لا يستحق به السلب . ولو أئخنه ، فقتله آخر ، فالسلب للمئخن . ولو جرحه فلم يشخه ، فقتله آخر ، فالسلب للثاني . ولو أسره ، ففي استحقاقه سلبه قولان . أحدهما : لا ، لأنه لم يدفع كل شره . وأظهرهما : نعم ، لأنه أصعب من القتل وأبلغ في القهر ، ولأن الامام يتمكن فيه من القتل وغيره . ثم الامام يتخير في الأسير الذي ليس من الذرية بين القتل والاسترقاق والمن والفداء كما يأتي إن شاء الله تعالى . فان أرقه ، فهل لمن أسره رقبة ؟

أو فاداه ، هل له مال الفداء ؟ اطرده فيه القولان . وقيل : وجهان . ويشبه أن يكون الأظهر هنا المنع ، لأن اسم السلب لا يقع عليه .

فرع

لو كان الكافر المقتول امرأة أو صبياً ، إن كان لا يقاتل ، لم يستحق سلبه ، لأن قتله حرام . وإن كان يقاتل ، استحق سلبه على الأصح ، والمبدي كالصبي . وقيل : بالاستحقاق قطعاً .

فصل

فأما استحقاق السلب ، فكل من يستحق سهم الفدية ، يستحق السلب . والمذهب أن المبدي والمرأة والصبي يستحقونه ، ولا يستحقه الذمي على المذهب ، وإذا قلنا : لا تستحق المرأة ، فكان القاتل خنثى ، وقف السلب حتى يتبين . وإذا حضر الذمي بغير إذن الامام ، فلا سلب له قطعاً ، ولا سلب للمخذل قطعاً . والتاجر إذا قلنا : لا سهم له ، كالصبي .

فصل

وأما نفس السلب ، فما عليه من ثياب بدنه والخف والرائيتين^(١) ، وما عليه من آلات الحرب ، كالدرع والمفر والسلاح ، ومركوبه الذي يقاتل عليه ، وما عليه من سرج ولجام ومقود وغيرها ، وكذا لو كان ممسكاً بعنانه وهو يقاتل راجلاً .

(١) الراتن : الخف ، إلا أنه لا قدم له ، وهو أطول من الخف .

وفيا عليه من الزينة ، كالطوق ، والسوار ، والمنطقة ، والخاتم ، والهميان ، وما فيه من النفقة ، فقولان . ويقال : وجهان . أحدهما : ليست سلباً ، كشيابه وأمتعته المخلقة في خيمته . وأظهرهما : أنها سلب ، لأنها مسلوكة . والجنية التي تقاد بين يديه ، فيها هذا الخلاف . وقيل بالذبح . والاصح ، أنها سلب ، صححه الروياني وغيره . قال أبو الفرج الزاز : فعلى هذا ، لا يستحق إلاّ جنية واحدة ، فعلى هذا يبقى النظر إذا قاد جنائب في أن السلب ، أيّنها ، يرجع إلى تعيين الامام ، أم يقرع ؟ قلت : تخصيص أبي الفرج بجنييه فيه نظر . وإذا قيل به ، فينبغي أن يختار القاتل جنية قتيله ، فهذا هو المختار بل الصواب ، بخلاف ما أبداه الرافعي .

والله أعلم

والحقية المشدودة على فرسه ، وما فيها من الدرام والامتعة ليست سلباً على المذهب . وقيل : كالمنطقة .

فصل

وأما كيفية إخراج السلب ، ففي تخميسه قولان . المشهور : لا يخمس . والثاني : يخمس ، فيدفع خمسة لأهل الخمس ، وباقيه للقاتل ، ثم يقسم باقي الغنيمة .

فرع

لا فرق في استحقاق السلب ، بين أن يقتل كافراً مبارزة ، وبين أن ينغمر في

صف المدو فيقتله ، ولايين أن يقول الامام : من قتل فله السلب وبين أن لايقول .

الطرف الرابع : في قسمة الغنيمة . من أحكام قسمتها مايتعلق بهذا الموضع ، ومنها مايتعلق بكتاب السيّر .

فما يتعلق بهذا الباب ، أنه إذا أراد الامام أو أمير الجيش القسمة ، بدأ بالسلب فأعطاه للقاتل تفريراً على المشهور أن السلب لاينقسم ، ثم يخرج المؤن اللازمة ، كأجرة حمال وحافظ وغيرها ، ثم يجعل الباقي خمسة أقسام متساوية ، ويأخذ خمس رفاع ، فيكتب على واحدة : لله تعالى أو للمصالح ، وعلى أربع : للفاغين ، ويدرجها في بنادق متساوية ويحفظها ، ويخرج لكل قسم رقعة ، فماخرج عليه : سهم الله تعالى ، جملة بين أهل الخمس على خمسة [أسهم] ، ومنه يكون النفل على الأصح ، ويقسم الباقي على الفاغين ، ويقدم القسمة بين الفاغين على قسمة الخمس ، لأنهم حاضرون محصورون ، ومنها يكون الرضخ على الأظهر . وسواء في القسمة ، المنقول والعقار ، لعموم الآية (١) . ولا تكرر قسمة الغنائم في دار الحرب .

قلت : هذه العبارة ناقصة ، فالصواب أن يقال : يستحب قسمتها في دار الحرب ، كما قاله أصحابنا ، بل قد ذكر صاحب « المذهب » ، وغيره : أنه يكره تأخيرها إلى دار الاسلام من غير عذر . والله أعلم

(١) وهي قوله تعالى : (واعلموا أننا غنمتم من شيء فأنت لله خمسة وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل إن كنتم آمنتم بالله وما أنزلنا على عبدنا يوم الفرقان يوم التقى الجمعان والله على كل شيء قدير) .

فصل فيمن يستحق السهم

من شهد الواقعة بنية الجهاد ، استحقه ، قاتل أو لم يقاتل ، إذا كان ممن يسهم له ،
ويتعلق بهذا الأصل صور .

إحداها : من حضر قبل انقضاء القتال ، استحق . وإن حضر بعد حيازة
المال ، فلا . وإن حضر بعد انقضائه ، وقبل حيازة المال ، فقولان . وقيل :
وجهان . أظهرهما : لا يستحق . والثاني : بلى . وقيل : إن خيف رجعة الكفار ،
استحق . وإلا ، فلا . ولو أقاموا على حصن وأشرفوا على فتحه ، فلاحق مدد قبل
الفتح ، شاركهم . وإن فتحوا ودخلوا آمنين ، ثم جاء المدد ، لم يشاركهم .
[الصورة] الثانية : غاب في أثناء القتال منهزماً ولم يعد حتى انقضى القتال ، فلاحق له .
وإن عاد قبل انقضائه ، استحق من المحوز بعد عوده دون المحوز قبل عوده ، كذا ذكره
البغوي ، وقياسه أن يقال فيمن حضر قبل انقضاء القتال : لاحق له في المحوز قبل حضوره . كذا
نقله أبو الفرج الزاز عن بعض الأصحاب ، وإن كنا أطلقناه في الصورة السابقة .
قلت : هذا الذي نقله أبو الفرج متعين ، وكلام من أطلقه محمول عليه .

والله أعلم

وإن ولي متحرراً فاق لقتال أو متحيزاً إلى فئة ، استحق على تفصيل مذكور في
« كتاب السير » ومن هرب ثم ادعى أنه كان متحرراً أو متحيزاً ، قال الفرالي : يصدق
بيمينه . وقال البغوي : إن لم يعد إلا بعد انقضاء القتال ، لم يصدق ، لأن الظاهر
خلافه . وإن عاد قبله ، صدق بيمينه . فإن حلف ، استحق من الجميع . وإن
نكل ، لم يستحق إلا من المحوز بعد عوده .

قلت : الذي قاله البغوي أرجح . والله أعلم

[الصورة الثالثة : مات بعضهم قبل الشروع في القتال ، فلاحق له . ولو مات فرسه أو سرق أو عار أو خرج من يده يبيع أو هبة ونحوهما ، لم يستحق سهم الفرس . وفيما إذا عار وجهه ضعيف . ولو مات رجل بعد انقضاء الحرب وحيازة المال ، انتقل حقه إلى ورثته . ولو مات فرسه في هذه الحال ، استحق سهم الفرس . ولو مات الرجل بعد انقضاء الحرب وقبل الحيازة ، انتقل حقه إلى ورثته على الأصح . ولو مات فرسه في هذا الحال ، استحق سهم الفرس على الأصح . ولو مات في أثناء القتال ، سقط حقه على المنصوص . ونص في موت الفرس في هذا الحال أنه يستحق سهم الفرس . ولأصحاب طرق . أصحابنا : تقرير النصين ، لأن الفارس متبوع ، والفارس تابع . وقيل : قولان فيها . وقيل : إن حيز المال بقتال جديد ، فلا استحقاق فيها . وإن أفضى ذلك القتال إلى الحيازة ، استحق فيها .

[الصورة الرابعة : إذا شهد الواقعة صحيحاً ، ثم مرض مرضاً لا يمنع القتال ، كالحمى الخفيفة والصداع ، أو مرضاً يرجى زواله ، لم يبطل حقه . وإن كان غير ذلك ، كالزمانة والفالج ، ففي بطلان حقه قولان أو وجهان . أظهرهما : لا يبطل . ولو خرج في الحرب ، استحق على المذهب . ثم الأكثرون أطلقوا القول في رجاء الزوال وعدمه . وحكي عن بعض أصحاب الإمام أن المعتبر رجاء الزوال قبل انجلاء القتال . وإذا لم يستحق المريض ، رضخ له . والمرض بعد انقضاء القتال وقبل حيازة المال ، على الخلاف السابق .

[الصورة الخامسة : الخذل للجيش ، يمنع الخروج مع الناس وحضور الصف . فإن حضر ، لم يعط سهماً ولا رضخاً . ولا يلحق الفاسق بالخذل على الصحيح ، وقيل : يلحق ، لانه لا يؤمن تخبذه .

قلت : كذا قطع الجمهور ، أن الخذل لا رضى له . وقال الجرجاني في التحرير :
إن حضر باذن الامام ، رضى له . والله أعلم

فصل

بث الامام أو أمير الجيش سرية إلى دار الحرب وهو مقيم ببلده ، فنظمت ،
لم يشاركها الامام ومن معه من الجيش .
قلت : سواء كانت دار الحرب قريبة من الامام ، أم لا . حتى لو بث سرية ،
وقصد الخروج وراءها ، فنظمت السرية قبل خروجه ، لم يشاركها وإن قربت دار
الحرب ، لان النية للمجاهدين ، وقبل الخروج ليسوا بمجاهدين . والله أعلم

ولو بث سريتين إلى جهتين ، لم تشارك إحداها الاخرى . فلو أوغلنا في ديار
الكفار ، والتقتا في موضع ، اشتركتا فيما غنمتا بعد الاجتماع . ولو بشها إلى جهة واحدة ،
فان أمر عليها أميراً واحداً ، أو كانت إحداها قريبة من الاخرى ، بحيث تكون
كل واحدة عوناً للأخرى ، اشتركتا ، وإلا ، فلا . ولو دخل الامام أو الامير
دار الحرب ، وبث سرية في ناحية ، فنظمت ، شاركهم جيش الامام . ولو غنم الجيش ،
شاركته السرية ، لاستظهار كل بالآخر . ولو بث سريتين إلى جهة ، اشترك الجميع
فيما يغنم كل منهم . ولو بشها إلى جهتين ، فكذلك على الصحيح . وقيل : لاشركة
بين السريتين هنا . ثم ذكر ابن كج والامام أن شرط الاشتراك أن يكونوا
بالقرب مترصدين للنصرة . وحد القرب : أن يبلغهم النوث والممد منهم إن احتاجوا ،
ولم يتعرض أكثر الاصحاب لهذا ، واكتفوا باجتماعهم في دار الحرب .

قلت : هذا المنقول عن الأكثرين ، هو الأصح أو الصحيح . والله أعلم

فملى الاول ، لو كانت إحداها قريبة ، والاخرى بعيدة ، اختصت القرية بالمشاركة.

فرع

بعث الامام جاسوساً ، ففتم الجيش قبل رجوعه ، شاركهم على الأصح ، وبه قال الداركي ، لأنه فارقه لمصلحتهم ، وخاطر بما هو أعظم من شهود الوقعة .

فصل

إذا شهد الأجير مع المستأجر الوقعة ، نظر ، إن كانت الاجارة لعمل في الذمة بغير تعيين مدة ، كخياطة ثوب وبناء حائط ، استحق السهم قطعاً . وإن تملقت بمدة معينة ، بأن استأجره لسياسة الدواب وحفظ الأمتعة شهراً ، فنقل النزالي والبغوي : أنه إن لم يقاتل ، فلا سهم له ، وإن قاتل فثلاثة أقوال . وأطلق المسعودي وآخرون الأقوال من غير فرق بين أن يقاتل ، أو لا . وكذلك أطلقها الشافعي رضي الله عنه في « المختصر » . أظهرها : له السهم ، لحضور الوقعة . والثاني : لا . وعلى هذين ، يستحق الاجرة بمقتضى الاجارة . والثالث : يخير بين الاجرة والسهم . فإن اختار الاجرة ، فلا سهم . وإن اختار السهم ، فلا أجرة . قال صاحب « الافصاح » : هذا الثالث هو فيما إذا استأجر الامام لسقي الفزاة وحفظ دوابهم من سهم الفزاة من الصدقات ، فيخيره الامام . أما أجير آحاد الناس ، فلا يجيء فيه هذا القول ، لان الاجارة لازمة ، إلا أن يكون الجاري بينها صورة جمالة . وقال الأكثرون :

يجري القول الثالث في كل أ ر ، كما أطلقه الشافعي رحمه الله ، لأن لزوم الاجارة لا يختلف . ثم على الثالث ، إذا اختار السهم ، ففيما يسقط من الاجرة وجهان . أحدهما : قسطها من وقت دخول دار الحرب . وأصحها : من وقت شهود الوقعة . وأما وقت تخييره ، فنقل في « الشامل » عن الأصحاب أنهم قالوا : يخيّر ، إما قبل القتال ، وإما بعده . فيقال قبله : إن أردت القتال ، فاطرح الاجرة ، وإن أردت الأجرة فاطرح الجهاد . ويقال بعده : إن كنت قصدت الجهاد ، فلا أجرة لك ، وإن كنت قصدت الأجرة ، فخذها ولاسهم لك . والمراد أنه يحصل الغرض بكل واحد منها ، إلا أنه يخيّر في الحالتين جميعاً .

فرع

إذا أسهمنا للأجير ، فله السلب إذا قتل . وإن لم نسهم ، فوجهان . وعلى هذا ، يرضخ له على الصحيح كالمبد . وقيل : لا ، لانه لم يسهم له ، وهو من أهله ، بخلاف المبد .

فرع

هذا المذكور في الاجير لنير الجهاد . فأما الاجير للجهاد ، ففي صحة استئجار الذمي والسلم كلام يأتي في « الميّر » إن شاء الله تعالى . فان صحت الاجارة ، فله الاجرة ، ولاسهم ولارضخ ، وإلا ، فلا أجرة . وفي سهم الغنيمة وجهان . أحدهما : يستحقه ، لشهوده الوقعة . والثاني : المنع ، وبه قطع البغوي ، قاتل ، أم لا ، لانه أعرض عنه بالاجارة .

فصل

تجار السكر وأهل الحرف، كالخياطين، والسراجين ، والبزازين ، والبغاليين ، وكل من خرج لنرض تجارة أو معاملة ، إذا شهدوا الوقعة ، ففي استحقاقهم السهم طرق . المذهب أنهم إن قاتلوا ، استحقوا ، وإلا ، فلا ، وهو ظاهر نصه في « المختصر » . وقيل : بالاستحقاق مطلقاً، وهو الأصح عند الروائي، وبالنع مطلقاً . وإذا لم يسهم لهم ، فلم يرضخ على الأصح .

فصل

إذا أفلت أسير من الكفار، وشهد الوقعة مع المسلمين ، فإن كان من هذا الجيش، استحق السهم ، قاتل ، أم لا ؟ وإن أسر من جيش آخر ، فهل يستحق لشهوده الوقعة ، أم لا لدم قصده الجهاد ؟ قولان . ثم قيل بطرد القوانين ، قاتل ، أم لا . والمذهب والمنصوص في « المختصر » أنها إذا لم يقاتل ، فإن قاتل ، استحق قطعاً . هذا إذا أفلت قبل انقضاء الحرب وحيازة الغنيمة . فإن أفلت بعد الحرب وقبل الحيازة ، فعلى ما سبق في حقوق المدد . وإن أفلت بعد الحيازة ، قال في « الشامل » : إن قلنا: تملك الغنيمة بالحيازة ، فلا سهم له ، وإلا ، فهو كما لو أفلت قبل الحيازة ولم يقاتل . وإذا لم يسهم له ، ففي الرضخ الخلاف السابق .

فصل

أسلم كافر، والتحق بجيش الاسلام ، فشهد الوقعة ، يسهم له إن قاتل قطعاً ،

وكذا إن لم يقاتل على الصحيح ، لأنه قصد إعلاء كلمة الاسلام ، وشهد الواقعة .
وفي « الرقم » للمبادي : أنه لا يستحق .

فصل

سبق أن النخبة يبدأ منها بالسلب والمؤن ، ثم يقسم الباقي خمسة أقسام، ويحمل أربعة أخماسها للفاخين ، فيسومى بينهم في ذلك ، ولا يفضل بعضهم إلا بشيئين .
أحدهما : النقصان المقتضي الرضخ ، تقريباً على الاظهر : أنه من أربعة أخماسها .
والثاني : أن الفارس يفضل على الراجل ، فيعطى الفارس ثلاثة أسهم ، سهمين لفرسه ، وسهماً له ، ويعطى الراجل سهماً . ويتعلق بهذا الاصل مسائل .

إحداها : راكب البعير ، والفيل ، والحمار ، والبغل ، لا يلحق بالفارس ، لكن يعطى الراكب سهمه ، ويرضخ لهذه الدواب ، ويكون رضخ الفيل أكثر من رضخ البغل ، ورضخ البغل أكثر من رضخ الحمار ، ولا يبلغ رضخها سهم فرس ، ويرضخ للصبي والذمي الفارسين أكثر مما يرضخ لو كانا راجلين .

[المسألة الثانية : سواء في الخيل المتيق ، وهو الذي أبواه عرييان ، والبرذون ، وهو الذي أبواه أعجميان ، والمهجين ، وهو الذي أبوه عربي وأمه عجمية ، والمقرف ، وهو الذي أبوه عجمي وأمه عربية ، لان الكر والفر يقع منها كلها ، ولا يفر تفاوتها ، كالرجال . وفي قول شاذ : لا يسهم للبرذون ، بل يرضخ له .

[المسألة الثالثة : ليعتمد الامام الخيل إذا أراد دخول دار الحرب ، فلا يدخل إلا فرساً شديداً ، ولا يدخل حطماً ، وهو الكسير ، ولا قحجاً ، وهو الهرم ، ولا ضرعاً ، وهو الصغير الضعيف ، ولا أعرج رازحاً . ولا أعرج : المهزول . والرازح : هو ميتن الهزال .

قلت : القحم ، بفتح القاف وإسكان الحاء المهملة ، والضرع ، بفتح الضاد المعجمة وفتح الراء أيضاً ، والرازح ، بالراء وبعد الالف زاي مكسورة ثم حاء مهملة ، وضبطت هذه الالفاظ ، لأنها في كلام الشافعي وكتب الاصحاب رحمهم الله ، ورأيت من صحفها فأردت السلامة . والله أعلم

فلو أدخل بعضهم شيئاً منها ، نظر إن نهى الامام عن إدخاله وبلغه النهي ، لم يسهم لفرسه ، وإن لم ينه ، أو لم يبلغه النهي ، فقولان . أحدهما : يسهم له كالشيخ الضميف . وأظهرهما : لا ، لأنه لافائدة فيه ، بل هو كـل ، بخلاف الشيخ فإنه ينتفع برأيه ودعائه . وقال الشيخ أبو إسحاق : لاخلاف في المسألة ، بل القول الاول محمول على ما إذا أمكن القتال عليه ، والثاني . إذا لم يمكن .

[المسألة الرابعة : من حضر بفرسين ، لم يسهم إلا لواحد على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وحكى بعضهم قولاً أنه يسهم لفرسين ولايزاد .

[المسألة الخامسة : يسهم للفرس الستعار والمستأجر ، فيكون السهم للمستعير والمستأجر . وحكى وجه : أنه للمير . وأما الفرس المنصوب ، فالذهب أنه يسهم له ، ويكون سهمه للناسب . وقيل : للمنصوب منه . وقيل : لايسهم له ، لان إحضاره حرام ، فهو كالمردوم .

[المسألة السادسة : إذا كان القتال في ماء أو حصن وقد أحضر فرسه ، أسهم لفرسه ، لأنه قد يحتاج إلى الركوب ، نص عليه ، وحمله ابن كج على ما إذا كانوا بالقرب من الساحل ، واحتمل أنه يخرج ويركب . فان لم يحتمل الحال الخروج ، فلامنى لاعطاء سهم الفرس .

[المسألة السابعة : حضر اثنان بفرس مشترك بينهما ، فهل يعطى كل منهما سهم فرس ،

لأن معه فرساً قد يركبه ، أم يعطيان سهم فرس واحد مناصفة ، أم لا يعطيان للفرس شيئاً لأنه لم يحضر واحد منها بفرس تام ؟ فيه أوجه .

قلت : لعل الأصح المناصفة . والله أعلم

ولو ركب اثنان فرساً ، وشهدا الوقعة ، فهل لهما ستة أسهم لأنها فارسان ؟ أم سهمان لأنها راجلان لتعذر الكرّ والفرّ ؟ أم أربعة أسهم ، سهمان لهما وسهمان للفرس ؟ فيه ثلاثة أوجه ، وبالله التوفيق .

قلت : اختار ابن كج في « التجريد » وجهاً رابعاً حسناً أنه [إن] (١) كان فيه قوة الكرّ والفرّ مع ركوبها ، فأربعة أسهم ، وإلا ، فسهان .

ومن مسائل الباب : لو دخل دار الحرب راجلاً ، ثم حصل فرساً يبيع أو إعارة أو غيرها ، وحضر به الحرب ، أسهم له . قال صاحب « العدة » : ولو حضر فارساً ، فضاع فرسه ، فأخذه رجل وقاتل عليه ، فأسهم المقاتل [له] وللفرس ، كان سهما الفرس للمالك ، لأنه شهد الوقعة وفرسه حاضر ولم يوجد منه اختيار إزالة يد ، فصار كما لو كان معه ولم يقاتل عليه ، ويفارق المنصوب حيث قلنا : سهم الفرس للغاصب على المذهب ، لأن المالك لم يشهد الوقعة .

ومنها : الأعمى ، والزّمين ، ومقطوع اليدين والرجلين ، المذهب : أنه لا يسهم لهم ، لكن يرضخ . وحكى الجرجاني في استحقاقهم السهم قولين .

ولو شرط الامام للجيش أن لا يخمس عليهم ، فشرطه باطل ، ويجب تخميس ماغنموا ، وسواء شرط ذلك لضرورة ، أم لا . وحكى ابن كج وجهاً أنه

(١) زيادة ليست في الاصل .

إن شرطه لضرورة ، لم يخمس ، وهذا شاذ باطل . ولو غزت طائفة بنير إذن الامام
فضمت ، خمّس على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وحكى ابن كج وجهاً : أنه
لا يخمس ، وهو باطل . ولو كان معه فرس فلم يركبه ولم يعلم به ، قال ابن كج :
لم يسهم له بخلاف . قال : ولو علم به ولم يركبه بحال ، فلا سهم له . قال :
وعندي يسهم له إذا كان يمكنه ركوبه ولم يحتاج إليه . والله اعلم



تم - بعون الله تعالى وتوفيقه - الجزء السادس من كتاب
« روضة الطالبين وعمدة المفتين » للامام النووي ، ويليه
الجزء السابع ، وأوله « كتاب النكاح »

كتاب النكاح

وفيه أبواب .

[الباب الأول : في خصائص رسول الله ﷺ في النكاح وغيره . قال الأئمة : هي أربعة أضرب .

أحدها : ما اختص به رسول الله ﷺ من الواجبات ، والحكمة فيه زيادة الزلفى والدرجات ، فلن يتقرب المتقربون إلى الله تعالى بمثل أداء ما افترض عليهم . قلت : قال إمام الحرمين هنا : قال بعض علمائنا : الفريضة يزيد ثوابها على ثواب النافلة بسبعين درجة ، واستأنسوا فيه بحديث . والله أعلم

فمن ذلك ، صلاة الضحى ، ومنه الأضحية ، والوتر ، والتهجد ، والسواك ، والمشاورة على الصحيح في الحصة .

والأرجح : أن الوتر غير التهجد .

قلت : جمهور الأصحاب ، على أن التهجد كان واجباً عليه ﷺ . قال القفال : وهو أن يصلي في الليل وإن قل .

وحكى الشيخ أبو حامد : أن الشافعي رحمه الله نص على أنه نسخ وجوبه

في حقه ﷺ ، كما نسخ في حق غيره ، وهذا هو الأصح أو الصحيح . وفي

« صحيح مسلم » عن عائشة رضي الله عنها ما يدل عليه (١) . والله أعلم

وكان عليه عليه السلام ، إذا رأى منكراً أن يغيره ، لأن الله تعالى وعده بالعصمة . قلت : قد يقال : هذا ليس من الخصائص ، بل كل مكلف تمكن من إزالته ، لزمه تغييره ، وبجواب عنه بأن المراد أنه لا يسقط عنه للخوف ، فإنه معصوم ، بخلاف غيره . والله أعلم

وكان عليه عليه السلام ، مصابة المدوّ وإن كثر عددهم . وكان عليه عليه السلام ، قضاء دين من مات من المسلمين معسراً . وقيل : كان يقضيه تكرماً . وفي وجوب قضاء دين المصّر على الإمام من مال المصالح ، وجهان . وقيل : كان يجب عليه عليه السلام إذا رأى شيئاً يعجبه أن يقول : ليك إن العيش عيش الآخرة .

وأما في النكاح ، فأوجب الله سبحانه وتعالى عليه عليه السلام تخيير نسائه بين مفارقه واختياره . وحكى الخطاطي وجهاً أن هذا التخيير كان مستحباً ، والصحيح الأول . ولما خيرهن ، اخترنه والدار الآخرة ، فحرّم الله تعالى عليه عليه السلام التزويج عليهن والتبدل بهن مكافأة لهن على حسن صنيعهن ، فقال تعالى : (لا يجعل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج) [الأحزاب: ٥٢] ثم نسخ ذلك لتكون النّنة لرسول الله عليه السلام بترك التزويج عليهن ، بقوله تعالى : (إنا أحلّلنا

(١) هو ما رواه مسلم في « صحيحه » عن عائشة رضي الله عنها قالت : إن الله افترض قيام الليل في أول هذه السورة (تعني « يا أيها المزمل ») فقام نبي الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه حولا حتى أنزل الله في آخر هذه السورة التخفيف ، فصار قيام الليل تطوعاً بعد فرضيته .

لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن...) الآية [الأحزاب: ٥٠] وهل حرّم عليه ﷺ طلاقهن بعدما اخترنه ؟ فيه أوجه . أصحابها : لا ، والثاني : نعم . والثالث : يحرم عقيب اختيارهن ، ولا يحرم إن انفصل . ولو فرض أن واحدة منهن اختارت الدنيا ، فهل كان يحصل الفراق بنفس الاختيار ؟ وجهان . أصحابها : لا . وهل كان جوابهن مشروطاً بالفور ؟ وجهان . أصحابها : لا . فإن قلنا بالفور ، فهل كان يمتدّ بامتداد المجلس ، أم المعتبر ما يمدّ جواباً في العرف؟ وجهان . وهل كان قولها : اخترت نفسي ، صريحاً في الفراق ؟ فيه وجهان .

وهل كان يحلّ له ﷺ التزويج بها بعد الفراق ؟ وجهان .

الضرب الثاني : ما اختص به من المحرمات ، وهي قسمان .

أحدهما : المحرمات في غير النكاح ، فمنها الزكاة ، وكذا الصدقة على الأظهر . وأما الأكل متكثراً ، وأكل الثوم والبصل والكراث ، فكانت مكروهة له ﷺ على الأصح . وقيل : محرّمة . وبما عدّ من المحرمات ، الخط والشعر ، وإنما يتجه القول بتحريمها من يقول : إنه ﷺ كان يحسنها . وقد اختلف فيه ، فقيل : كان يحسنها لكنه يمتنع منها ، والأصح أنه كان لا يحسنها .

قلت : ولا يمتنع تحريمها وإن لم يحسنها . والمراد تحريم التوصل إليهما .

وانتأعلم

وكان يحرم عليه ﷺ ، إذا لبس لأمنته أن ينزعها حتى يلقى العدو ويقاتل ، وقيل : كان مكروهاً لا محرّماً . والصحيح الأول . وقيل : بناءً عليه أنه كان لا يبتدىء تطوعاً إلاّ لزمه إقامته .

وكان يحرم عليه ﷺ مدّ العين إلى ما مشّع به الناس ، ويحرم عليه خائنة

الادين ، وهي الايما إلى مباح من قتل أو ضرب ، على خلاف ما يظهره ويشعر به الحال . وقال صاحب « التلخيص » : ولم يكن له أن يندع في الحرب ، وخالفه الجمهور . وفي « الجرجانيات » ذكر وجهين ، في أنه هل كان يجوز له أن يصلي على من عليه دين ؟ وهل كان يجوز أن يصلي مع وجود الضامن ؟

قلت : الصواب الجزم بجوازه مع الضامن ، ثم نسخ التحريم ، فكان صلى الله عليه وسلم بعد ذلك يصلي على من عليه دين ولا ضامن له ، ويوفيه من عنده . والأحاديث الصحيحة مصرحة بما ذكرته (١) . والله أعلم

القسم الثاني : المحرمات المتعلقة بالنكاح . فمنها : إمساك من كرهت نكاحه على الصحيح . وقيل : إنما كان يفارقها تكرهاً . ومنها : نكاح الكناية على الأصح ، وبه قال ابن سريج والقاضي أبو حامد والاصطخري . وقال أبو إسحاق : ليس بمحرم ، ويمجرى الوجهان في التسري بالأمّة الكناية ونكاح الأمّة المسلمة ، لكن الأصح في التسري بالكناية ، الحيل . وفي نكاح المسلمة ، التحريم . قالوا : ولو قدر نكاح أمّة ، كان ولده منها حراً على الصحيح مع تجويزنا جريان الرق على العرب . وفي لزوم قيمة هذا الولد وجهان . قال أبو عاصم : نعم . وقال القاضي حسين : لا ، بخلاف ولد المورور بحرية أمه ، لأنه فوت الرق بظنه ، وهن الرق متعذر . وأما الأمّة الكناية ، فكان نكاحها محرماً عليه على المذهب . وطرّد الحنطاي فيه الوجهين .

(١) روى مسلم عن أبي هريرة رضي الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يؤتى بالرجل الميت عليه الدين ، فيسأل : هل ترك لدينه من قضاء ، فإن حدث أنه ترك وفاء ، صلى عليه ، وإلا قال : « صلوا على صاحبكم » فلما فتح الله عليه الفتوح قال : « أنا أول المؤمنين من أنفسهم . فن توفي وعليه دين فبلى قضاؤه ، ومن ترك مالا فهو لورثته » .

الضرب الثالث : التخفيفات والمباحات . وما أيسر له ﷺ دون غيره قسمان . أحدهما : متعلق بغير النكاح ، فنه الوصال في الصوم ، واصطفاء ما يختاره من الغنيمة قبل القسمة من جارية وغيرها ، ويقال لذلك المختار : الصفي والصفية ، والجمع : الصفايا .

ومنه ، خمس خمس الفية والغنيمة ، وأربعة أخماس الفية ، ودخول مكة بغير إحرام ، قتله صاحب « التلخيص » وغيره . ومنه ، أنه لا يورث ماله . ثم حكى الامام وجهين . أحدهما : أن متركه باقٍ على ملكه ، ينفق منه على أهله كما كان ينفق في حياته . قال : وهذا هو الصحيح . والثاني : أن سبيل ما خلفه سبيل الصدقات ، وبهذا قطع أبو العباس الروياني في « الجرجانيات » . ثم حكى وجهين في أنه هل يصير وقفاً على ورثته ؟ وأنه إذا صار وقفاً ، هل هو للواقف لقوله ﷺ : « متركنا صدقة » (١) ؟ وجهان .

قلت : كل هذا ضعيف ، والصواب الجزم بأنه زال ملكه ﷺ ، وأن متركه فهو صدقة على المسلمين لا يختص به الورثة . وكيف يصح غير ما ذكرته مع قوله ﷺ : « لانورث متركناه فهو صدقة » ؟ فهذا نص على زوال الملك .

والله أعلم

وهذه الخصلة ، عدها الغزالي من هذا الضرب ، وعدها الأكثرون من الضرب الرابع . ومنه ، أنه ﷺ كان له أن يقضي بعله ، وفي غيره خلاف . وأن يحكم لنفسه ولولده على المذهب ، وأن يشهد لنفسه ولولده ، وأن يقبل شهادة من يشهد له ،

(١) رواه البخاري ١٢/٤ ، ومسلم ١٣٧٩/٣ بلفظ « لانورث متركنا صدقة » ورواه الترمذي بلفظ « نحن معاشر الانبياء لانورث متركناه صدقة » وقال : هذا حديث حسن صحيح .

وأن يحمي الموات لنفسه ، وأن يأخذ الطعام والشراب من مالهما المحتاج إليهما إذا احتاج إليهما ، وعلى صاحبها البذل ، ويفدي بجهته مهجة رسول الله ﷺ ، قال الله تعالى : (النبي أولى بالؤمنين من أنفسهم) [الأحزاب : ٦] .

قلت : ومثله ما ذكره الفوراني وأبرهيم الروادي وغيرهما ، أنه لو قصده ظالم ، وجب على من حضره أن يبذل نفسه دونه ﷺ . والله أعلم

وكان لا يتنقض وضوؤه ﷺ بالنوم مضطجاً ، وحكى أبو البلس فيه وجهاً غريباً ضعيفاً ، وحكى وجهين في انتقاض طهره باللمس .

قلت : المذهب الجزم بانتقاضه باللمس . والله أعلم

وحكى أيضاً صاحب « التلخيص » : أنه كان يحمل له ﷺ دخول المسجد جنباً ، ولم يسلمه القفال له ، بل قال : لا أظنه صحيحاً .

قلت : هذا الذي قاله صاحب « التلخيص » ، قد يحتج له بما رواه الترمذي عن عطية عن أبي سعيد [الخدري] رضي الله عنه قال : قال النبي ﷺ يا علي لا يحمل لأحد يجنب في هذا المسجد غيري وغيرك ، قال الترمذي : حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه . قال الترمذي : قال ضرار بن مرد ، معناه : لا يحمل لأحد يستطرقة جنباً غريباً وغيرك ، وهذا التأويل الذي قاله ضرار ، غير مقبول . وقال إمام الحرمين : هذا الذي قاله صاحب « التلخيص » ، هوس لا يدرى من أين قاله ، وإلى أي أصل أسنده . قال : فلوجه : القطع بتخطئته ، وهذا كلام من لم يلم الحديث المذكور ، لكن قد يقدح قادح في الحديث بسبب عطية ، فإنه ضعيف عند جمهور الحديثين ، لكن قد حسنه الترمذي ، فعمله اعتضد بما اقتضى حسنه

كما تقرر لأهل هذا الفن ، فظهر ترجيح قول صاحب « التلخيص » (١) .
واعلم أن معظم هذه المباحات ، لم يفعلها ﷺ وإن كانت مباحة له .

القسم الثاني : المتعلق بالنكاح ، فمنه الزيادة على أربع نسوة . والأصح أنه لم يكن منحصراً في تسع ، وقطع بمضهم بهذا ، وينحصر طلاقه ﷺ في اثلاث ، وينعقد نكاحه - بلفظ الهبة - ﷺ على الأصح فيها . وإذا انعقد بلفظ الهبة ، لم يجب مهر بالمقد ولا بالدخول ، ويشترط لفظ النكاح من جهته ﷺ على الأصح . قال الأصحاب : وينعقد نكاحه ﷺ بمعنى الهبة ، حتى لا يجب المهر ابتداءً ولا انتهاءً ، وفي « المجرّد » للحناطى وغيره وجه غريب : أنه يجب المهر . ومنه ، أنه ﷺ لو رغب في نكاح امرأة ، فإن كانت خلية ، لزمها الاجابة على الصحيح ، ويحرم على غيره خطبتها . وإن كانت مزوجة ، وجب على زوجها طلاقها لينكحها على الصحيح . ومنه انعقاد نكاحه ﷺ بغير ولي ولا شهود ، وفي حال الاحرام

(١) حديث علي هذا ضعيف السند من أجل عطية العوفي ، وهو في « مصابيح السنة » للبغوي ، و « مشكاة المصابيح » للخطيب التبريزي ، وقد قال الحافظ ابن حجر في أجوبته عن أحاديث وقعت في « مصابيح السنة » ووصفها أبو حفص عمر بن علي بن عمر القزويني بالوضع ، وقد قام بطبعها المكتب الاسلامي وجعلها في آخر « مشكاة المصابيح » : وقد ورد من طرق كثيرة صحيحة أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أمر بسد الابواب الشارعة في المسجد ، إلا باب علي ، فشق على بعض الصحابة ، فأجابهم بعذره في ذلك . قال : وقد ورد ذلك في حديث طويل لابن عباس أخرجه أحمد والطبراني بسند جيد . قال : وقد وقع في بعض الطرق من حديث أبي هريرة أن سكتى علي كانت مع النبي صلى الله عليه وسلم في المسجد ، يعني محاورة المسجد . أخرجه أبويعلى في « مسنده » ، قال : وورد لحديث أبي سعيد (يريد هذا الحديث) شاهد نحوه من حديث سعد بن أبي وقاص ، أخرجه البزار من رواية خارجة بن سعد عن أبيه ، ورواية ثقات ، والله أعلم .
انظر « مشكاة المصابيح » ٣/ ٣١٥ ، ٣١٦ طبع المكتب الاسلامي .

على الأصح في الجميع . وفي وجوب القسم بين زوجاته ، وجهان . قال الاصطخري : لا .
والأصح عند الشيخ أبي حامد والمرايين والبنوي : الوجوب ، وأكثر هذه المسائل
وأخواتها ، تخرج على أصل اختلف فيه الأصحاب ، وهو أن النكاح في حقه ﷺ ،
هل هو كالتسري في حقنا ؟ إن قلنا : نعم ، لم ينحصر عدد المنكوحات والطلاق ،
وانعقد بالهبة ومعناها ، وبلا ولي وشهود ، وفي الاحرام ، ولم يجب القسم ، وإلا
انعكس الحكم .

وكان له ﷺ تزويج المرأة بمن شاء بغير إذنها ولا إذن وليها ، وتزوجها
لنفسه ، وتولي الطرفين بغير إذنها و [لا] إذن وليها . قال الحناطي : ويحتمل
أنه إنما كان يحل باذنها ، وكان يحل له نكاح المعتدة على أحد الوجهين .
قلت : هذا الوجه حكاه البنوي ، وهو غلط لم يذكره جمهور الأصحاب ،
وغلطوا من ذكره . بل الصواب القطع بامتناع نكاح المعتدة من غيره .

والله أعلم

وهل كان يلزمه نفقة زوجاته ؟ فيه وجهان بناءً على المهر .

قلت : الصحيح الوجوب . والله أعلم

وكانت المرأة تحل له ﷺ بتزويج الله تعالى ، لقوله في قصة زينب امرأة زيد :
(فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكمها) [الاحزاب : ٣٧] وقيل : بل نكحها بنفسه .
ومعنى الآية : أحللنا لك نكاحها . وهل كان يحل له الجمع بين امرأة وعمتها أو خالتها ؟
وجهان بناءً على أن المخاطب هل يدخل في الخطاب ؟ ولم يكن يحل الجمع بينها وبين
أختها وأما وبنتها على المذهب . وحكى الحناطي فيه وجهين ، وأعتق ﷺ صفة
وتزوجها ، وجعل عتقها صداقها . فقيل : معناه : أعتقها وشرط أن ينكحها ، فلزمها

الوفاء ، بخلاف غيره . وقيل : جعل نفس المتق صداقاً ، وجاز ذلك ، بخلاف غيره .
قلت : وقيل : معناه : أعتقها بلا عوض ، وتزوجها بلا مهر لافي الحال ولا في
ما يمد ، وهذا أصح . والله أعلم

الضرب الرابع : ما اختص به ﷺ من الفضائل والاكرام ، فمنه أن
زوجاته اللاتي توفي عنهن - رضي الله عنهن - محرمات على غيره أبداً ، وفيمن فارقتها
في الحياة أوجه . قال ابن أبي هريرة : يحرم ، وهو المنصوص في أحكام القرآن ،
لقول الله تعالى : (وأزواجه أمهاتهم) [الاحزاب : ٦] . والثاني ، يحل . والثالث :
يحرم الدخول بها فقط . قال الشيخ أبو حامد : هو الصحيح .

قلت : الأول أرجح . والله أعلم

فان حرمتنا ، ففي أمة يفارقها بالموت أو غيره بمد وطئها وجهان . ولو فرض
أن بعض الخيِّرات اختارت الفراق ، ففي حلها لغيره طريقان . قال المراقبون :
فيها الأوجه ، وقطع أبو يعقوب الأبيوردي وآخرون بالحل ، لتحصل فائدة التخيير ،
وهو التمكن من زينة الدنيا ، وهذا اختيار الامام ، والغزالي . ومنه ، أن أزواجه
أمهات المؤمنين ، سواء من ماتت تحته ﷺ ، ومن مات عنها وهي تحته ، وذلك
في تحريم نكاحهن ورجوب احترامهن وطاعتهن ، لافي النظر والخلوة ، ولا يقال :
بناتهن أخوات المؤمنين ، ولا آبائهن وأمهاتهن أجداد وجدات المؤمنين ، ولا إخوتهن
وأخواتهن أخوال المؤمنين وخالاتهم . وحكى أبو الفرج الزاز وجهاً أنه يطلق
اسم الاخوة على بناتهن ، واسم الخؤولة على إخوتهن وأخواتهن ، لثبوت حرمة الأمومة
لهن ، وهذا ظاهر لفظ المختصر .

قلت : قال البغوي : كن أمهات المؤمنين من الرجال دون النساء ، روي ذلك

عن عائشة رضي الله عنها (١) ، وهذا جارٍ على الصحيح عند أصحابنا وغيرهم من أهل الأصول ، أن النساء لا يدخلن في خطاب الرجال . وحكى الماوردي في تفسيره خلافاً في كونهن أمهات المؤمنات ، وهو خارج على مذهب من أدخلهن في خطاب الرجال . قال البغوي : وكان النبي ﷺ أباً للرجال والنساء جميعاً . وقال الواحدي من أصحابنا: قال بعض أصحابنا : لا يجوز أن يقال : هو أبو المؤمنين ، لقول الله تعالى : (ما كان محمد أباً أحد من رجالكم) [الاحزاب: ٤٠] قال: نص الشافعي على أنه يجوز أن يقال : هو أبو المؤمنين ، أي: في الحرمة . ومعنى الآية : ليس أحد من رجالكم ولد صلبه . والله أعلم

ومنه ، تفضيل زوجاته على سائر النساء ، وجعل ثوابهن وعقابهن مضاعفاً ، ولا يحمل أن يسألن أحد شيئاً إلا من وراء حجاب ، ويجوز أن يسأل غيرهن مشافهة . قلت : وأفضل زوجاته ﷺ ، خديجة ، وعائشة رضي الله عنها قال المتولي: واختلفوا أيها أفضل . والله أعلم

ومنه ، في غير النكاح ، أنه خاتم النبيين ، صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين ، وأمه خير الأمم ، وشريعته مؤبدة وناسخة لجميع الشرائع ، وكتابه معجز محفوظ عن التحريف والتبديل ، وأقيم بدمه حجة على الناس ، ومعجزات سائر الأنبياء

(١) قال ابن كثير في التفسير : وهل يقال لمن : أمهات المؤمنات فدخل النساء في جمع المذكر السالم تظليماً ؟ فيه قولان ، صح عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : لا يقال ذلك ، قال : وهذا أصح الوجهين في مذهب الشافعي رضي الله عنه .

انقرضت ، ونصر بالربح مسيرة شهر ، وجعلت له الأرض مسجداً، وتربها ظهوراً ، وأحلت له الفنائم ، ويشفع في أهل الكبائر .

قلت : هذه العبارة ناقصة أو باطلة ، فإن شفاعته ﷺ التي اختص بها ليست الشفاعة في مطلق أهل الكبائر ، فإن لرسول الله ﷺ في القيامة شفاعات خمساً .
أولاهن : الشفاعة العظمى في الفصل بين أهل الموقف حين يفزعون إليه بعد الأنبياء ، كما ثبت في الحديث الصحيح ، حديث الشفاعة (١) .

والثانية : في جماعة ، فيدخلون الجنة بغير حساب .

والثالثة : في ناس استحقوا دخول النار فلا يدخلونها .

والرابعة : في ناس دخلوا النار ، فيخرجون .

والخامسة : في رفع درجات ناس في الجنة ، وقد أوضحت ذلك [كله] في « كتاب الايمان » من أول « شرح صحيح مسلم » رحمه الله ، والشفاعة المختصة به ﷺ ، هي الأولى والثانية ، ويجوز أن تكون الثالثة والخامسة أيضاً .

وانت اعلم

وبعث ﷺ إلى الناس كافة ، وهو سيد ولد آدم ، وأول من تنشق عنه الأرض ، وأول شافع ومشفّع ، وأول من يقرع باب الجنة ، وهو أكثر الأنبياء أتباعاً ، وأمه معصومة لا تجتمع على ضلالة ، وصفوفهم كصفوف الملائكة . وكان لا ينام قلبه ، ويرى من وراء ظهره كما يرى من قدومه ، وتطوّعه بالصلاة قاعداً كطوّعه قائماً وإن لم يكن عنده ، وفي حق غيره ثواب القاعد النصف .

(١) انظر حديث الشفاعة العظمى بطوله في « صحيح البخاري » ٨ / ٣٠٠ و « صحيح مسلم »

١٨٤/١ من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

قلت : هذا قد قاله صاحب « التلخيص » ، وتابعه البغوي ، وأنكره القفال ، وقال : لا يعرف هذا ، بل هو كغيره ، والمختار الأول ، لحديث عبد الله بن عمرو ابن العاص رضي الله عنهما قال : « أتيت رسول الله ﷺ فوجدته يصلي جالساً ، فقلت : حدثت يا رسول الله أنك قلت : « صلاة الرجل قاعداً على نصف الصلاة » وأنت تصلي قاعداً : قال : « أجل ولكني لست كأحدكم » رواه مسلم في « صحيحه » ، (١).

والله أعلم

ويخاطبه ﷺ المصلي بقوله : السلام عليك أيها النبي ورحمة الله ، ولا يخاطب سائر الناس ، ولا يجوز لأحد رفع صوته فوق صوته ، ولا أن يناديه من وراء الحجرات ، ولا أن يناديه باسمه فيقول : يا محمد ، بل يقول : يا رسول الله ، يا نبي الله ، ويجب على المصلي إذا دعاه ، أن يجيبه ، ولا تبطل صلاته . وحكى أبو العباس الروياني وجهاً أنه لا يجب ، وتبطل به الصلاة ، وكان يتبرك ويستشفى ببوله ودمه ، ومن زنا بمحضرتة أو استهان به ، كفر .

قلت : في الزنا ، نظر . والله أعلم

وأولاد بناته ينسبون إليه ، وأولاد بنات غيره ، لا ينسبون إليه في الكفاءة وغيرها.

(١) روى مسلم في « صحيحه » عن عبد الله بن عمرو قال : حدثت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « صلاة الرجل قاعداً نصف الصلاة » قال : فأتيت فوجدته يصلي جالساً ، فرضت يدي على رأسه ، فقال : « مالك يا عبد الله بن عمرو ؟ » قال : حدثت يا رسول الله أنك قلت : « صلاة الرجل قاعداً على نصف الصلاة » وأنت تصلي قاعداً ؟! قال : « أجل ولكني لست كأحد منكم » .

قلت : كذا قال صاحب « التلخيص » ، وأنكره القفال وقال : لا اختصاص في انتساب أولاد البنات . والله أعلم

وقال عليه السلام : « كل سبب ونسب منقطع يوم القيامة ، إلا سبي ونسي » (١) قيل : معناه : أن أمته ينتسبون إليه يوم القيامة ، وأمم سائر الأنبياء لا ينسبون إليهم . وقيل : ينتفع يومئذ بالنسبة إليه ، ولا ينتفع بسائر الأنساب . وقال عليه السلام : « تسموا باسمي ، ولا تكتنوا بكنتي » (٢) وقال الشافعي رضي الله عنه : ليس لأحد أن يكتني بأبي القاسم ، سواء كان اسمه محمداً ، أم لا ، ومنهم من حمّله على كراهة الجمع بين الاسم والكنية ، وجوز الافراد ، وبشبهه أن يكون هذا أصح ، لأن الناس عازالوا يكتنون به في جميع الاعصار من غير إنكار .

قلت : هذا الذي تأوله الرافعي واستبدل به فيها ، ضعيف ، وهذه المسألة فيها ثلاثة مذاهب . أجدها : مذهب الشافعي ، وهو ما ذكره . والثاني : مذهب مالك : أنه يجوز التكني بأبي القاسم إن اسمه محمد وغيره . والثالث : يجوز لمن اسمه محمد دون غيره . ومن جوز مطلقاً ، جعل النهي مختصاً بحياة رسول الله عليه السلام ، وقد يستدل له بما ثبت في الحديث من سبب النهي ، وأن اليهود تكتنوا به ، وكانوا ينادون : يا أبا القاسم ، فإذا التفت النبي عليه السلام قالوا : لم نعمك ، إظهاراً للابذاء ، وقد زال ذلك

(١) رواه الطبراني ، والحاكم ، والبيهقي ، عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، ورواه الطبراني عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وعن المسور بن مخرمة رضي الله عنه قال الحاكم : صحيح ، وقال الذهبي : يل منقطع ، وقال الهيثمي : رواه الطبراني ورجاله ثقات . (٢) رواه أحمد ، والبخاري ، ومسلم ، والنسائي ، وابن ماجه عن أنس بن مالك رضي الله عنه ، ورواه أحمد ، والبخاري ، ومسلم ، وابن ماجه عن جابر رضي الله عنه .

المعنى ، وهذا المذهب أقرب ، وقد أوضحته مع ما يتعلق به في كتاب « الأذكار » ، وكتاب « الأسماء » (١) .

وما يتعلق بهذا الضرب ، أن شمره رضي الله عنه طاهر على المذهب وإن نجسنا شمر غيره ، وأن بوله ودمه وسائر فضلاته ، طاهرة على أحد الوجهين كما سبق ، وأن الهدية له حلال ، بخلاف غيره من الحكماء وولاة الأمور من رعائهم . وأعطي جوامع الكلم . ومن خصائصه رضي الله عنه ، ما ذكره صاحب « التلخيص » ، والقفال قال : كان النبي ﷺ يؤخذ عن الدنيا عند تلقي الوحي ، ولا تسقط عنه الصلاة ولا غيرها . وفاته ﷺ ركعتان بعد الظهر ، فقضاها بعد العصر ، ثم واظب عليها بعد العصر . وفي اختصاصه بهذه المداومة ، وجهان . أحدهما : الاختصاص . ومنها : أنه لا يجوز الجنون على الأنبياء ، بخلاف الأغماء . واختلفوا في جواز الاحتلام ، والأشهر امتناعه . ومنها ، أنه من رآه ﷺ في المنام فقد رآه حقاً . وأن الشيطان لا يتمثل في صورته (٢) ، ولكن لا يعمل بما يسمعه الرائي منه في المنام مما يتعلق بالأحكام ، لعدم ضبط الرائي ، لا للشك في الرؤية ، فإن الخبر لا يقبل إلا من ضابط مكلف ، والنائم بخلافه . ومنها ، أن الأرض لا تأكل لحوم الأنبياء ، للحديث الصحيح في ذلك (٣) .

(١) يريد به « تهذيب الأسماء والقبات » .

(٢) روى أحمد ، والبخاري ، والترمذي عن أنس بن مالك رضي الله عنه ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من رآني ، فقد رآني ، فإن الشيطان لا يتمثل بي » وروى أحمد ، والبخاري ، ومسلم عن أبي قتادة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من رآني فقد رأى الحق ، فإن الشيطان لا يتمثل بي » . أي : لا يظهر في زبي ، وفي رواية « فإن الشيطان لا يكتوي » أي : لا يتكاف كوناً مثل كوني . (٣) روى أبو داود بسند صحيح ، وأحمد ، والنسائي ، والدارمي ، وابن ماجه ، =

ومنها قوله ﷺ في الحديث : « إن كذباً عليّ ليس ككذب علي أحد » (١) .
فالكذب عمداً عليه من الكبائر ، ولا يكفر فاعله على الصحيح وقول الجمهور .
وقال الشيخ أبو محمد : هو كفر . وانختم الباب بكلامين .

أحدهما : قال إمام الحرمين : قال المحققون : ذكر الاختلاف في مسائل الخصائص
خبط غير مفيد ، فانه لا يتعلق به حكم ناجز تمس إليه حاجة ، وإنما يجري الخلاف
فيها لانجذ بدءاً من إثبات حكم فيه ، فان الأقيسة لاجمال لها ، والأحكام الخاصة
تتبع فيها النصوص ، وما لانص فيه ، فتقدير اختيار فيه ، هجوم على الغيب من
غير فائدة .

والكلام الثاني : قال الصيمري : منع أبو علي بن خيران الكلام في الخصائص ،
لأنه أمر انقضى ، فلا معنى للكلام فيه . وقال سائر أصحابنا : لا بأس به ، وهو
الصحيح ، لما فيه من زيادة العلم ، فهذا كلام الأصحاب ، والصواب الجزم بجواز
ذلك ، بل باستحبابه . بل لو قيل بوجوبه ، لم يكن بعيداً ، لأنه ربما رأى جاهل بعض
الخصائص ثابتة في الحديث الصحيح فعمل به أخذاً بأصل التأسي ، فوجب بيانها

= والحاكم عن أوس بن أوس رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :
« إن من أفضل أيامكم يوم الجمعة ، فيه خلق آدم ، وفيه قبض ، وفيه النفخة ، وفيه الصمعة ،
فأكثروا علي من الصلاة فيه ، فان صلاتكم معروضة علي » قالوا : يا رسول الله وكيف
تعرض صلاتنا عليك وقد أومت ؟ قال : « يقولون : بليت » قال : « إن الله حرم على الأرض
إن تأكل أجساد الانبياء » .

(١) روى البخاري ومسلم في « صحيحهما » عن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال : « إن كذباً عليّ ليس ككذب علي أحد ، فمن كذب علي متعمداً فليتبوأ مقعده من النار » .

لتعرف فلا يعمل بها ، وأي فائدة أم من هذه ؟! وأما مايقع في ضمن الخصائص
بما لافائدة فيه اليوم ، فقليل لا تخلو أبواب الفقه عن مثله للتدرب ومعرفة الأدلة
وتحقيق الشيء على ما هو عليه . والله أعلم

الباب الثاني في مقدمات النكاح

وفيه فصول .

[الفصل الأول : فيمن يستحب له النكاح .

الناس ضربان ، تائق إلى النكاح ، وغيره .

فالتائق ، إن وجد أهبة النكاح ، استحب له ، سواء كان مقبلاً على العبادة ، أم لا .
وإن لم يجدها ، فالاولى أن لا يتزوج ويكسر شهوته بالصوم ، فإن لم تنكسر به ،
لم يكسرها بالكافور ونحوه ، بل يتزوج .

وأما غير التائق ، فإن لم يجد أهبة ، أو كان به مرض أو عجز ، بحب أو تمنين
أو كبر ، كره له النكاح لما فيه من التزام ما لا يقدر على القيام به من غير حاجة .
وإن وجد الأهبة ، ولم يكن به علة ، لم يكره له النكاح ، لكن التحلي للعبادة
أفضل . فإن لم يكن مشتغلاً بالعبادة ، فوجهان حكاهما ابن القطان وغيره ، وأصحها :
النكاح أفضل كيلا تقضي به البطالة والفراغ إلى الفواحش . واثاني : تركه أفضل ،
لما فيه من الخطر بالقياس بواجبه . وحكي وجه : أن النكاح أفضل من التحلي
للمعبادة . وفي شرح « مختصر » الجويني وجه : أنه إن خاف الزنا ، وجب عليه
النكاح . وقال القاضي أبو سعد الهروي : ذهب بعض أصحابنا بالعراق ، إلى أن
النكاح فرض كفاية ، حتى لو امتنع منه أهل قطر ، أجبروا عليه .

قلت : الوجه المحكي عن شرح الجويني ، لا يحتم النكاح ، بل يختار بينه وبين التبرّي ، ومعناه ظاهر . والله أعلم

الفصل الثاني : إذا أراد النكاح ، فالبكر أولى من الثيب إذا لم يكن عذر ، واولود أولى ، والنسية أولى ، والتي ليست بقربة قريبة أولى ، وذات الدين أولى . قلت : وبعد الدين ، ذات الجمال والعقل أولى ، وقربته غير القربة أولى من الأجنبية ، والمستحب أن لا يزيد على امرأة من غير حاجة ظاهرة ، ويستحب أن لا يتزوج من معها ولد من غيره لغير مصلحة ، قاله المتولي . وإنما قيدت لغير المصلحة ، لأن رسول الله ﷺ تزوج أم سلمة رضي الله عنها ومعه ولد أبي سلمة رضي الله عنهم . قال أصحابنا : ويستحب أن يتزوج في شوال ، للحديث الصحيح عن عائشة رضي الله عنها [في ذلك] (١) . والمستحب ، أن لا يتزوجها إلا بعد بلوغها ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه ، وهذا إذا لم يكن حاجة أو مصلحة .

والله أعلم

فرع

إذا رغب في نكاحها ، استحب أن ينظر إليها ثلاثاً يتدم . وفي وجهه لا يستحب

(١) روى أحمد ، ومسلم ، والنسائي عن عائشة رضي الله عنها قالت : تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم في شوال ، وبني بي في شوال ، فأني نساء رسول الله صلى الله عليه وسلم . كان أحظى عنده مني ؟ وكانت عائشة تستحب أن تدخل نساءها في شوال .

هذا النظر ، بل هو مباح . والصحيح الاول ، للأحاديث (١) . ويجوز تكرير هذا النظر ليتبين هيئتها ، وسواء النظر بأذن وبغير إذن . فإن لم يتيسر النظر ، بحث امرأة تأملها وتصفها له ، والراءة أيضاً تنظر إلى الرجل إذا أرادت تزوجه ، فانه يجيبها منه مايجبه منها ، ثم المنظور إليه الوجه والكفان ظهراً وبطناً ، ولا ينظر إلى غير ذلك . وحكى الحناطي وجيهين في الفصل الذي بين الكف والمصم . وفي « شرح مختصر الجويني » وجه : أنه ينظر إليها نظر الرجل إلى الرجل . والصحيح الاول . قال الامام : ويباح هذا النظر وإن خاف الفتنة لمرض التزوج ، ووقت هذا النظر ، بعد المزم على نكاحها ، وقبل الخطبة ، إلا يتركها بعد الخطبة فيؤذيها ، وهذا هو الصحيح . وقيل : ينظر حين تأذن في عقد النكاح . وقيل : عند ركون كل واحد منها إلى صاحبه ، وذلك حين تحرم الخطبة على الخطبة .

(١) روى مسلم في « صحيحه » عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : كنت عند النبي صلى الله عليه وسلم ، فأناه رجل فأخبره أنه تزوج امرأة من الانصار ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أنظرت إليها ؟ » قال : لا ، قال : « فاذبح فانظر إليها فان في عين الانصار شيئاً » .

وروى أحمد ، والترمذي ، والنسائي ، وابن ماجه ، والدارمي عن المغيرة بن شعبه رضي الله عنه قال : خطبت امرأة ، فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم : « هل نظرت إليها ؟ » قلت : لا ، قال : « فانظر إليها ، فانه أحرى أن يؤدم بينكما » .

وروى أحمد بسند حسن ، وأبو داود في « سننه » عن جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا خطب أحدكم المرأة ، فان استطاع أن ينظر إلى مايدعوه إلى نكاحها فليفعل » .

قلت : وإذا نظر فلم تعجبه ، فليسكت ، ولا يقل : لا أريدها ، لأنه إيذاء .
وانتدأعلم

الفصل الثالث : في أحكام النظر .

جرت العادة بذكره هنا ، وله حالان . أحدهما : أن لاتمس الحاجة إليه .
والثاني : أن تمس .

و[الحال]الاول : أربعة أضرب ، نظر الرجل إلى المرأة ، وعكسه ، والرجل إلى
الرجل ، والمرأة إلى المرأة .

[الضرب] الاول : نظر الرجل إلى المرأة ، فيحرم نظره إلى عورتها مطلقاً ،
وإلى وجهها وكفيها إن خاف فتنة . وإن لم يخف ، فوجهان ، قال أكثر الأصحاب
لا سيما المتقدمون : لا يحرم ، لقول الله تعالى : (ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها)
[الأحزاب: ٣١] وهو مفسر بالوجه والكفين ، لكن يكره ، قاله الشيخ أبو حامد وغيره .
والثاني : يحرم ، قاله الاصطخري وأبو علي الطبري ، واختاره الشيخ أبو محمد ، والامام ،
وبه قطع صاحب د المذهب ، والروائي ، ووجه الامام باتفاق المسلمين على منع
النساء من الخروج سافرات ، وبأن النظر مظنة الفتنة ، وهو محرك للشهوة ،
فاللائق بحاسن الشرع ، سد الباب فيه ، والاعراض عن تفاصيل الأحوال ، كالخلوة
بالاجنية . ثم المراد بالكف ، اليد من رؤوس الأصابع إلى المعصم . وفي وجه :
يختص الحكم بالراحة . وأما أخمصا القدمين ، فعلى الخلاف السابق في ستر المورة .
وصوتها ليس بمورة على الأصح ، لكن يحرم الاصفاء إليه عند خوف الفتنة .
وإذا قرع بابها ، فينبغي أن لاتجيب بصوت رخيم ، بل تملظ صوتها .
قلت : هذا الذي ذكره من تفلظ صوتها ، كذا قاله أصحابنا . قال إبراهيم
المروزي : طريقها أن تأخذ ظهر كفها بفيها وتجب كذلك . وانتدأعلم

هذا كله إذا كان الناظر بالغاً فحلاً ، والمنظور إليها حرة كبيرة أجنبية . ثم الكلام في ست صور .

إحداها : الطفل الذي لم يظهر على عورات النساء ، لاحتجاب منه . وفي المراهق وجهان . أحدهما : له النظر ، كما له الدخول بلا استئذان إلا في الأوقات الثلاثة (١) ، فعلى هذا ، نظره كنظر المحارم البالغين . وأصحابها : أن نظره كنظر البالغ إلى الأجنبية ، لظهوره على العورات . ونزل الامام أمر الصبي ثلاث درجات . إحداها : أن لا يبلغ أن يحكي ما يرى . والثانية : يبلغه ولا يكون فيه توران شهوة وتشوف . والثالثة : أن يكون فيه ذلك . فالأول حضوره كغيبته ، ويجوز التكشف له من كل وجه . والثاني : كالحرم . والثالث : كالبالغ . واعلم أن الصبي لا تكليف عليه ، وإذا جملناه كالبالغ ، فمعتاه يلزم المنظور إليها الاحتجاب منه ، كما يلزمها الاحتجاب من المجنون قطعاً .

قلت : وإذا جملناه الصبي كالبالغ ، لزم الولي أن يمنعه النظر ، كما يلزم أن يمنعه الزنا وسائر المحرمات . والله أعلم

[الصورة] الثانية : في المسوح وجهان . قال الأكثرون : نظره إلى الأجنبية ، كنظر الفحل إلى المحارم ، وعليه يحمل قول الله تعالى : (أو التابعين غير أولي الإربة من الرجال) [الأحزاب : ٣١] . والثاني : أنه كالفحل مع الأجنبية ، لانه يحل له نكاحها .

(١) قال الله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات ، من قبل صلاة الفجر ، وحين تضمون أثابكم من الظنيرة ، ومن بعد صلاة العشاء ، ثلاث عورات لكم ، ليس عليكم ولا عليهم جناح بمسدهن طوافون عليهن بمسحكم على بعض ، كذلك يبين الله لكم الآيات والله عليم حكيم) .

قلت : والخمار في تفسير غير أولي الاربة ، أنه المنقل في عقله الذي لا يكثر
للنساء ولا يشتهين ، كذا قاله ابن عباس وغيره . والله أعلم

وأما المحبوب الذي بقي أنبياء ، والخصي الذي بقي ذكره ، والنين ، والخنث
وهو المشبه بالنساء ، والشيخ الهيم ، فكالفحل ، كذا أطلق الاكثرون . وقال في
« الشامل » : لا يحل للخصي النظر ، إلا أن يكبر ويهرم وتذهب شهوته ، وكذا
الخنث . وأطلق أبو غنم البصري التأخر في الخصي والخنث وجهين .

قلت : هذا المذكور عن « الشامل » ، قاله شيخه القاضي أبو الطيب ، وصرح
بأن الشيخ الذي ذهب شهوته ، يجوز له ذلك ، لقوله تعالى : (أو التابعين غير أولي
الاربة) [الأحزاب : ٣١] . والله أعلم

[الصورة] الثالثة : مملوك المرأة محرّم لها على الاصح [عند الاكثرين] .

قلت : وهو النصوص ، وظاهر الكتاب والسنة وإن كان فيه نظر من حيث
المعنى ، قال القاضي حسين : فإن كاتبته ، فليس بمحرّم . والله أعلم

[الصورة] الرابعة : إذا كان المنظور إليها أمة ، فثلاثة أوجه . أصحها فيما ذكره البغوي

والرويانى : يحرم النظر إلى ما بين السرة والركبة ، ولا يحرم ما سواه ، لكن يكره .
والثاني : يحرم ما لا يبدو حال المهنة دون غيره . والثالث : أنها كالحرّة ، وهذا غريب
لا يكاد يوجد لغير الغزالي .

قلت : قد صرح صاحب « البيان » وغيره ، بأن الامّة كالحرّة وهو مقتضى

إطلاق كثيرين ، وهو أرجح دليلاً . والله أعلم

[الصورة الخامسة : في النظر إلى الصبية ، وجهان . أحدهما : النع . والاصح الجواز ، ولا فرق بين عورتها وغيرها ، لكن لا ينظر إلى الفرج .

قلت : جزم الرافعي ، بأنه لا ينظر إلى فرج الصغيرة . وتقل صاحب « المدة » ، الاتفاق على هذا ، وليس كذلك ، بل قطع القاضي حسين في تعليقه بجواز النظر إلى فرج الصغيرة التي لا تشتهي ، والصغير ، وقطع به في الصغير إبراهيم الروذي . وذكر المتولي فيه وجهين ، وقال : الصحيح الجواز ، لتسامح الناس بذلك قديماً وحديثاً ، وأن إباحة ذلك تبقى إلى بلوغه سن التمييز ، ومصيره بحيث يمكنهستر عورته عن الناس . والله أعلم

وأما المجوز ، فألحقها الغزالي بالشابة ، لأن الشهوة لا تنضبط ، وهي محل الوطء . وقال الروياني : إذا بلغت مبلغاً يؤمن الافتتان بالنظر إليها ، جاز النظر إلى وجهها وكفيها ، لقول الله تعالى : (والقواعد من النساء ...) الآية [النور : ٦] .

[الصورة السادسة : المحرم لا ينظر إلى ما بين السرة والركبة ، وله النظر إلى ما سواه على المذهب . وفي وجه : أنه يباح ما يبدو عند المهنة . وهل الثدي زمن الارضاع مما يبدو ؟ وجهان . وسواء المحرم بالنسب والمصاهرة والرضاع ، وقيل : لا ينظر بالمصاهرة والرضاع إلا إلى البادي في المهنة . والصحيح الاول .

قلت : ويجوز المحرم الخلوة والمسافرة بها . والله أعلم

الضرب الثاني : نظر الرجل إلى الرجل ، وهو جائز في جميع البدن ، إلا ما بين السرة والركبة ، لكن يحرم النظر إلى الأرملة وغيره بالشهوة ، وكذا النظر إلى المحارم وسائر المذكورات في الضرب السابق بالشهوة حرام قطعاً . ولا يحرم

النظر إلى الامرد بغير شهوة إن لم يخف فتنة ، وإن خافها ، حرم على الصحيح وقول الاكثرين .

قلت : أطلق صاحب «المهذب» وغيره : أنه يحرم النظر إلى الامرد لغير حاجة ، ونقله الداركي عن نص الشافعي رحمه الله . والله أعلم

الضرب الثالث : نظر المرأة إلى المرأة كالرجل إلى الرجل إلا في شيئين . أحدهما : حكي الامام وجهاً : أنها كالمحرم ، وهو شاذ ضعيف . الثاني : في نظر الذمية إلى المسلمة وجهان . أصحابها عند الفزالي : كالمسلمة . وأصحابها عند البغوي : المنع . فعلى هذا ، لاتدخل الذمية الحمام مع المسلمات ، وما الذي تراه من المسلمة ؟ قال الامام : هي كالرجل الاجنبي . وقيل : ترى ما يبدو في المهنة ، وهذا أشبه . قلت : ماصححه البغوي هو الاصح أو الصحيح ، وسائر الكافرات كالذمية في هذا ، ذكره صاحب «البيان» . والله أعلم

الضرب الرابع : نظر المرأة إلى الرجل ، وفيه أوجه . أصحابها : لها النظر إلى جميع بدنه إلا ما بين السرة والركبة . والثاني : لها نظر ما يبدو منه في المهنة فقط . والثالث : لا ترى منه إلا ما يرى منها .

قلت : هذا الثالث ، هو الاصح عند جماعة ، وبه قطع صاحب «المهذب» ، وغيره ، لقول الله تعالى : (وقل للمؤمنات يفضضن من أبصارهن) [النور : ٣١] ولقوله ﷺ : « أنصيا وإن أنتم ، أليس تبصرانه » (١) الحديث ، وهو حديث حسن . والله أعلم

(١) روى أحمد ، وأبو داود ، والترمذي ، عن أم سلمة رضي الله عنها أنها كانت =

وأما نظرها إلى محرمها ، فلا يحرم إلا ما بين السرة والركبة على المذهب ، وبه قطع المحققون . وقيل : هو كنظره إليها ، ويحرم عاينها النظر إلى الرجل عند خوف الفتنة قطعاً . وحديث « أفعمياوان » ، يحمل على هذا أو على الاحتياط .

فرع

ما لا يجوز النظر إليه متصلاً كالذكر وساعد الحرة وشعر رأسها وشعر عانة الرجل وما أشبهها ، يحرم النظر إليه بعد الانفصال على الأصح .
وقيل : لا ، وقال الامام احتمالاً لنفسه : إن لم يتميز البان من المرأة بصورته وشكله عمّا للرجل : كالقلامة ، والشعر ، والجلدة ، لم يحرم . وإن تميز ، حرم .
قلت : ما ذكره الامام ، ضعيف ، إذ لا أثر للتمييز ، مع العلم بأنه جزء يحرم نظره . وعلى الأصح : يحرم النظر إلى قلامة رجلها دون قلامة يدها ، ويده ورجله .

والله أعلم

= عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وميمونة ، قالت : فبينما نحن عنده ، إذ أقبل ابن أم مكتوم فدخل عليه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « احتجبا منه » ، فقلت : يا رسول الله أليس هو أعمى لا يبصرنا ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أفعمياوان أنتما ؟ أستا بصرانه ؟ » وفي سنده ضعف ، قال الحافظ ابن حجر في « تخريج الكشاف » : رواه أبو داود ، والترمذي ، والنسائي ، وابن حبان ، وأحمد ، وإسحاق ، وابن أبي شيبة ، وأبو يعلى ، والطبراني كلهم من رواية نبهان كاتب أم سلمة عنها ، قال النسائي : لا نعلم رواه عن نبهان إلا الزهري ، وقال إسحاق في « مسنده » : أخبرنا يحيى بن آدم ، حدثنا مندل عن يونس عن الزهري عن نبهان عن أم سلمة قالت : استأذن ابن أم مكتوم وأنا وزينب عنده الحديث . قال : ومندل ضيف خالف في ذكر زينب بدل ميمونة . اهـ .

وينبغي لمن حلق عانته ، أن يوارى الشعر ، لئلا ينظر إليه أحد . وفي « فتاوى »
البغوي : أنه لو أئين شعر الأمة أو ظفرها ، ثم عتقت ، ينبغي أن يجوز النظر إليه
وإن قلنا : إن البان كالمتصل ، لأنه حين انفصل لم يكن عورة ، والمتق لا يمتدى
إلى المنفصل .

فرع

يجوز للزوج النظر إلى جميع بدن زوجته غير الفرج . وفي الفرج ، وجهان .
أحدهما : يحرم . وأصحها : لا ، لكن يكره . وباطن الفرج أشد كراهة ،
وبكره للانسان نظره إلى فرج نفسه بلا حاجة ، ونظر السيد إلى أمته التي يجوز
استمتاعه بها كنظر الزوج إلى زوجته ، سواء كانت قنة ، أو مدبرة ، أو مستولدة ،
أو عرض مانع قريب الزوال كالحيض والرهن ، فإن كان مرتدة ، أو مجوسية ،
أو وثنية ، أو مزوجة ، أو مكاتبه ، أو مشتركة بيته وبين غيره ، حرم نظره
إلى ما بين السرة والركبة ، ولا يحرم ما زاد على الصحيح . وزوجته المعتدة عن
وطء أجنبي بشبهة ، كالمكاتبه . ونظر الزوجة إلى زوجها كنظره إليها . وقيل :
يجوز نظرها إلى فرجه قطعاً .

قلت : ونظرها إلى سيدها كنظره إليها . والله أعلم

فرع

حيث حرم النظر ، حرم المس بطريق الأولى ، لأنه أبلغ لذة ، فيحرم على الرجل
ذلك فخذ رجل بلا حائل . فإن كان ذلك فوق إزار ، جاز إذا لم يخف فتنة .

وقد يحرم المسّ دون النظر ، فيحرم مس وجه الأجنبية وإن جاز النظر ، ومس كل ما جاز النظر إليه من المحارم والاماء ، بل لا يجوز للرجل مس بطن أمه ولا ظهرها ، ولا أن يغمز ساقها ولا رجلها ، ولا أن يقبّل وجهها ، حكاه المبادي عن القفال . قال : وكذا لا يجوز للرجل أن يأمر ابنته أو أخته بغمز رجله . وعن القاضي حسين أنه كان يقول : المعائن اللاتي يكحلن الرجال يوم عاشوراء مرتكبات للحرام .

فرع

لا يجوز أن يضامع الرجل الرجل ، ولا المرأة المرأة وإن كان كل واحد في جانب من الفرائش ، وإذا بلغ الصبي أو الصبية عشر سنين ، وجب التفريق بينه وبين أمه وأبيه وأخته وأخيه في المضجع .

فرع

يستحب مصافحة الرجل الرجل ، والمرأة المرأة . قال البغوي : وتكره المصافحة والتقبيل ، إلاّ تقبيل الولد شفقة . وقال أبو عبد الله الزيري : لا بأس أن يقبّل الرجل رأس الرجل وما بين عينيه ، عند قدومه من سفره أو تباعد لقائه . قلت : المختار أن تقبيل يد غيره إن كان لزهده وصلاحه أو علمه أو شرفه وصيافته ، ونحو ذلك من الامور الدينية ، فهو مستحب . وإن كان لغناه ودنياه وشوكته ووجاهته عند أهل الدنيا ونحو ذلك ، فمكروه . وقال المتولي في « باب صلاة الجمعة » : لا يجوز . وتقبيل الصغار شفقة سنّة ، سواء ولد له وولد غيره إذا لم يكن بشهوة . والسنّة مصافحة القادم من سفر وتقبيله . ولا بأس بتقبيل وجه الميت الصالح ، ويكره حني الظهر في كل حال لكل أحد ، ولا بأس بالقيام لأهل الفضل ،

بل هو مستحب للاحترام، لا للرياء والاعظام ، وقد ثبتت أحاديث صحيحة بكل ما ذكرته ، وقد أوضحته مبسوطاً في « كتاب السلام » من « كتاب الأذكار » ، وهو مما لا يستغني مندبّن عن مثله ، وفي « كتاب الترخيص في القيام » . والله أعلم

فرع

الختى المشكل فيه وجهان . أصحها : الأخذ بالأشد ، فيجعل مع النساء رجلاً ، ومع الرجال امرأة . والثاني : الجواز ، قاله القفال ، استصحاباً لحكم الصفر . قلت : قطع الفوراني والمتولي بالثاني ، وإبراهيم المروزي ، ونقله المروزي عن القاضي . والله أعلم

الحال الثاني : إذا احتاج إلى النظر ، وذلك في صور .

منها : أن يريد نكاحها ، فله النظر كما سبق .

ومنها : أن يريد شراء جارية ، وقد سبق في البيع .

ومنها : إذا عامل امرأة يبيع أو غيره ، أو تحمّل شهادة عليها ، جاز النظر إلى وجهها فقط ليعرفها . وإذا نظر إليها وتحمّل الشهادة ، كلّف الكشف عن وجهها عند الاداء . فإن امتنعت ، أمرت امرأة بكشفه .

ومنها : يجوز النظر والمس للفصد والحجامة ومعالجة العلة ، وليكن ذلك بحضور

محرم أو زوج ، ويشترط في جواز نظر الرجل إلى المرأة لهذا أن لا يكون هناك امرأة تعالج ، وفي جواز نظر المرأة إلى الرجل ، أن لا يكون هناك رجل يعالج ، كذا قاله أبو عبد الله الزيري والرويانى ، وعن ابن القاصّ خلافه .

قلت : الأول أصح ، وبه قطع الفاضل حسين والتولي . قالوا أيضاً : ولا يكون
ذمياً مع وجود مسلم . والله أعلم

ثم أصل الحاجة كافٍ في النظر إلى الوجه واليدين ، وفي النظر إلى سائر
الأعضاء يعتبر تأكيد الحاجة ، وضبطه الامام فقال : ما يجوز الانتقال من الماء إلى
التيتم وفقاً أو خلافاً ، كشدة الضنى وما في معناها ، يجوز النظر بسببه ،
وفي النظر إلى السواتين ، يعتبر مزيد تأكيد ، قال النزالي : وذلك بأن تكون
الحاجة بحيث لا يبعد الكشف بسببها هتكاً للمروءة ويعذر في العادة .

ومنها : يجوز للرجال النظر إلى فرج الزانين لتحصيل شهادة الزنا ، وإلى فرج
المرأة للشهادة على الولادة ، وإلى ثدي المرضعة للشهادة على الرضاع ، هذا هو
الصحيح . وقال الاصطخري : لا يجوز كل ذلك . وقيل : يجوز في الزنا دون
غيره . وقيل : عكسه .

الفصل الرابع : في الخطبة - بكسر الخاء - ، قال النزالي : هي مستحبة ، ويمكن
أن يحتاج له بفعل النبي ﷺ . وما جرى عليه الناس ، ولكن لا ذكر للاستحباب
في كتب الأصحاب ، وإنما ذكروا الجواز . ثم المرأة إن كانت خلية عن النكاح
والعدة ، جازت خطبتها تعريضاً وتصريحاً ، وإن كانت معتدة ، حرم التصريح
بخطبتها مطلقاً . وأما التعريض ، فيحرم في عدة الرجعية ، ولا يحرم في عدة الوفاة .
وقيل : إن كانت عدة الوفاة بالحل ، لم تخطب ، خوفاً من تكلف إلقاء ولدها .
والصحيح الأول . والبائن بطلاق أو فسخ ، يحل التعريض بخطبتها على الأظهر .
والتي لا تحل لمن منه العدة بامان أو رضاع أو طلاق الثلاث ، كالمعتدة عن الوفاة .
وقيل : كالفسخ . ثم سواء كانت العدة في هذه الصور بالأقراء أم بالأشهر . وقيل :
إن كانت بالأقراء ، حرم قطعاً . والصحيح وبه قطع الجمهور : أن لا فرق .

وفي المعتدة عن وطء بشبهة ، طريقان . المذهب : القاطع بالجواز . والثاني : طرد الخلاف .
والتصريح ، كقوله : أريد نكاحك ، أو إذا انقضت عدتك نكحتك . والتعريض
بما يحتمل الرغبة في النكاح وغيرها ، كقوله : رُبَّ راغب فيك ، من يجد مثلك ؟ أنت
جميلة ، إذا حللت فأذنني ، لا تبقين أُمياً ، لستِ بمرغوب عنك ، إن شاء الله لسائق إليك
خيراً ، ونحو ذلك ، وحكم جواب المرأة في هذه الصور تصريحاً وتعريضاً حكم
الخطبة . وجميع ما ذكرناه ، فيما إذا خطبها غير صاحب العدة . فأما صاحبها الذي
يحل له نكاحها ، فله التصريح بخطبتها .

فرع

تحرم الخطبة على خطبة غيره بعد صريح الإجابة ، إلا إذا أذن الغير أو ترك .
وصريح الإجابة أن تقول : أجبتك إلى ذلك ، أو تأذن لوليها [في] أن يزوجه
إياه ، وهي معتبرة الاذن . فلو لم تصرح بالإجابة ، لكن وجد ما يشعر بها ، كقولها :
لأرغبة عنك ، فقولان . القديم ، تحريم الخطبة . والجديد ، الجواز . ولو ردته ،
فللغير خطبتها قطعاً . ولو لم يوجد إجابة ولا رد ، فقليل : يجوز قطعاً . وقيل
بالقولين . والمعتبر ، رد الولي وإجابته إن كانت مجبرة ، وإلا فردها وإجابتها ،
وفي الأمة رد السيد وإجابته ، وفي المجنونة رد السلطان وإجابته . ثم المفهوم من
إطلاق الأكثرين ، أن سكوت الولي عن الجواب ، فيه الخلاف المذكور ، وخص
بعضهم الخلاف بسكوتها وقال : سكوت الولي لا يمنع قطعاً . وعن الداركي أن الخلاف
في سكوت البكر ، ولا يمنع سكوت الثيب بحال .

فرع

يجوز الهجوم على الخطبة لمن لم يدر أخطبت أم لا ، ولم يدر أجيب خاطبها أم رد ، لأن الأصل الإباحة .

فرع

سواء فيما ذكرناه الخاطب المسلم والتمي إذا كانت كناية . وقيل : يختص المنع بالخطبة على خطبة المسلم .

قلت : قال الصيمري : لو خطب خمس نسوة دفعة ، فأذن ، لم يحل لأحد خطبة واحدة منهن حتى يتركها الأول ، أو يقعد على أربع فتحل الخامسة . وإن خطب كل واحدة وحدها ، فأذن ، حلت الخامسة دون غيرها . هذا كلامه ، والختار تحريم الجميع ، إذ قد يرغب في الخامسة . قال أصحابنا : ويكره التبريض بالجماع للخطوبة ، ولا يكره التبريض والتصريح به لزوجه وأمه . والله أعلم .

فرع

يجوز الصدق في ذكر مساوىء الخاطب ليحضر ، وكفا من أراد نصيحة غيره ليحترز عن مشاركته ونحوها ، وليس هذا من النية المحرمة .

قلت : الغيبة تباح بستة أسباب قد أوضحته بدلائلها وما يتعلق بها وطرق مخرجها في آخر كتاب الأذكار .

أحدها : النظم ، فيجوز للمظلوم أن يتظلم إلى السلطان والقاضي وغيرهما ممن له ولاية أو قدرة على إنصافه ممن ظلمه ، فيقول : ظلمني فلان وفعل بي كذا .

الثاني : الاستعانة على تغيير المنكر ورد العاصي إلى الصواب ، فيقول لمن يرجو قدرته على إزالة المنكر : فلان يعمل كذا فازجره عنه ، ونحو ذلك .

الثالث : الاستفتاء ، بأن يقول للفقي : ظلمي فلان أو أبي أو أخي بكذا ، فهل له ذلك ، أم لا ؟ وما طريقي في الخلاص [منه] ودفع ظلمه عني ؟ ونحو ذلك . وكذا قوله : زوجتي تفعل معي كذا ، وزوجي يضرني ويقول لي كذا ، فهذا جائز للحاجة . والأحوط أن يقول : ما تقول في رجل أو زوج أو والد من أمره كذا ، ومع ذلك فالتعيين جائز ، لحديث هناد في « الصحيحين » : إن أبا سفيان شحیح ... الحديث (١) .

الرابع : تحذير المسلمين من الشر ، وذلك من وجوه .

منها : جرح المجرورين من الرواة والشهود والمصنفين ، وذلك جائز بالاجماع ، بل واجب ، صوناً للشریعة .

ومنها : الاخبار بعيبه عند المشاورة في موصلته .

(١) روى البخاري ومسلم في « صحيحهما » عن عائشة رضي الله عنها أن هناداً قال : يا رسول الله إن أباسفيان رجل شحیح ، وليس بعطفي ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم ، فقال : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » .

ومنها : إذا رأيت من يشتري شيئاً معيباً ، أو عبداً سارقاً ، أو زانياً ، أو شارباً ، تذكره للمشتري - إذا لم يعلمه - نصيحة ، لابقصد الإيذاء والافساد .
ومنها : إذا رأيت متفقهاً يتردد إلى فاسق أو مبتدع يأخذ عنه علماً ، وخفت عليه ضرره ، فملك نصيحته ببيان حاله قاصداً النصيحة .

ومنها : أن يكون له ولاية لا يقوم بها على وجهها لعدم أهليته أو فسقه ، فتذكره لمن عليه ولاية ليستبدل به ، أو يعرف حاله فلا يعتبر به أو يلزمه الاستقامة .
الخامس : أن يكون مجاهرًا بفسقه أو بدعته ، كالخمر ، ومصادرة الناس ، وجباية المكوس ، وتوائي الأمور الباطلة ، فيجوز ذكره بما يجاهر به ، ولا يجوز بغيره إلا بسبب آخر .

السادس : التعريف ، فإذا كان معروفاً بقلب ، كالأعمش والأعرج والأزرق والقصير ونحوها ، جاز تعريفه به ، ويحرم ذكره به تنقّصاً ، ولو أمكن التعريف بغيره ، كان أولى . هذا مختصر ما تباح به الغيبة . والله أعلم

الفصل الخامس : في الخطبة ، بضم الخاء . يستحب لمن يخطب امرأة أن يقدم بين يدي خطبته خطبة ، فيحمد الله تعالى ، ويثني عليه ، ويصلي على النبي ﷺ ، ويوصي بتقوى الله تعالى (١) . ثم يقول : **حَيْتُمْ رَاغِباً فِي كَرَمِنَاكُمْ ، وَحَيْطَبُ الْوَلِيِّ كَذَلِكَ ، ثُمَّ يَقُولُ : لَسْتُ بِمَرْغُوبٍ عَنْكُمْ ، أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ .** وتستحب الخطبة أيضاً عند العقد ، وبحصل الاستحباب سواء خطب الولي أو الزوج أو أجنبي . وإذا قال الولي :

(١) روى أحمد وأصحاب « السنن » عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال :
«لما رسل الله صلى الله عليه وسلم التشهد في الحاجة » إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ...
الح » ، ويقرأ ثلاث آيات أه .

الحمد لله ، والصلاة على رسول الله ، زوجتك ، فقال الزوج : الحمد لله ، والصلاة على رسول الله ، قبلتُ نكاحها ، فوجهان . أحدهما : لا يصح النكاح ، للفصل ، والصحيح صحته ، وبه قطع الجمهور ، وقالوا : للنكاح خطبتان مسنوتتان ، إحداها تتقدم العقد ، والثانية تتخلله ، وهي أن يقول الولي : بسم الله ، والصلاة على رسول الله ، أوصيكم بتقوى الله تعالى ، زوجتك فلانة ، ثم يقول الزوج مثل ذلك ، ثم يقول : قبلتُ . ثم قال الأصحاب : موضع الوجهين إذا لم يطل الذكر بينهما ، فإن طال ، فالمقد باطل قطعاً . ولو تخلل كلام يسير لا يتعلق به العقد ولا يستحب فيه ، بطل العقد على الأصح . واستحب الشافعي رحمه الله أن يقول الولي : زوجتكها على ما أمر الله العظيم ، من إمساك بمعروف ، أو تسريح بإحسان . وهذا إن ذكره . قبل العقد ، فذاك . وإن قيد الولي بالإيجاب به ، وقيل الزوج مطلقاً أو ذاكراً له ، فوجهان . أحدهما : يبطل النكاح ، واختاره الشيخ أبو محمد ، لأنه شرط الطلاق على أحد التقديرين . وأصحها : الصحة ، لأن كل زوج مأخوذ به بمقتضى الشرع ، فهو ذكر لمقتضى العقد . وفصل الإمام فقال : إن أجرياه شرطاً ملزماً ، فالوجه البطلان . وإن قصدا الوعظ دون الالتزام ، لم يضر . وإن أطلقا ، احتمل واحتمل ، وقرينة الحال تقتضي الوعظ .

فرع

يستحب الدعاء للزوجين بعد العقد ، فيقال : بارك الله لك ، وبارك عليك ، وجمع بينكما في خير (١) .

(١) روى أحمد ، وأبو داود ، والترمذي ، وابن ماجه بسند صحيح عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا رفاً الإنسان (أي هنأه حين زواجه) إذا تزوج قال : « بارك الله لك ، وبارك عليك ، وجمع بينكما في خير » .

قلت : ويكره أن يقال : بالرفاء والبنين ، لحديث ورد بالنهي عنه ^(١) ، ولأنه من ألفاظ الجاهلية .

ومما يتعلق بآداب العقد ، أنه يستحب إحضار جمع من أهل الصلاح زيادة على الشاهدين ، وأن ينوي بالنكاح المقاصد الشرعية ، كاقامة السنّة ، وصيانة دينه وغيرهما ، ويستحب الولي عرض موليته على أهل الفضل والصلاح ، لحديث عمر رضي الله عنه في « الصحيحين » ^(٢) . والله أعلم

الباب الثالث في أركان النكاح

وهي أربعة .

[الركن الأول : الصيغة إيجاباً وقبولاً ، فيقول الولي : زوّجْتُكَ ، أو أنكحْتُكَ ، ويقول الزوج : تزوّجْتُ ، أو نكحْتُ ، أو قبيلتُ تزويجها أو نكاحها . أو يقول الزوج أولاً : تزوّجْتُها ، أو نكحْتُها ، فيقول الولي : زوّجْتُكَ أو أنكحْتُكَ ، ولا ينعقد بغير لفظ التزويج والانكاح . وفي انعقاده بمعنى اللفظين بالمجميعة من المعقدين أو أحدهما أوجه . أصحها : الانعقاد . والثالث : إن لم يُحسِن العربية ، انعقد ، وإلا ، فلا . وإذا صححناه ، فذاك إذا فهم كلٌّ منهما كلام الآخر . فإن لم يفهم ، فأخبره ثقة عن معنى لفظه ، ففي الصحة وجهان . ولا يشترط اتفاق اللفظين منهما .

(١) أخرج بقي بن مخلد عن رجل من بني تميم قال : كنا نقول في الجاهلية : بالرفاء والبنين ، فعلمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « قولوا : بارك الله لك ، وبارك عليك ، وجمع بينكما في خير » وفي سننه رجل مجول .

(٢) وفيه أن عمر رضي الله عنه عرض بفته حفصة رضي الله عنها حين تأيت على عثمان ابن عفان وأبي بكر الصديق رضي الله عنهما ، فامتنع عثمان ، وسكت أبو بكر ، لأنها علما أن النبي صلى الله عليه وسلم ذكرها ، ثم خطبها رسول الله صلى الله عليه وسلم فزوجه عمر رضي الله عنه إياها .

فلو قال : زَوَّجْتُكَ ، فقال الزوج : نَكَحْتُ ، أو قال : أَنْكَحْتُكَ ، فقال : تزوّجتُ ، صح ، ولا ينعقد بالكناية .

فرع

إذا قال : زَوَّجْتُكَ ، فليقل : قبلتُ نكاحها أو تزويجها ، أو قبلتُ هذا النكاح ، فإن اقتصر على « قبلتُ » ، لم ينعقد على الأظهر . وقيل : قطعاً . وقيل : ينعقد قطعاً . وإن قال : قبلتُ النكاح أو قبلتها ، فخلافاً مرتب ، وأولى بالصحة . ولو قال : زَوَّجَنِي أو أَنْكَحَنِي ، فقال الولي : قد فعلتُ ذلك ، أو نعم ، أو قال الولي : زَوَّجْتُكَ أو أَنْكَحْتُكَ ، أَقْبَلْتُ ؟ فقال : نعم ، أو قال : نعم ، من غير قول الولي : أَقْبَلْتُ ، فليل بالنع قطعاً . وقيل بطرد الخلاف ، وهو أقيس . وفي نظائر هذه الصور من البيع ، ينعقد البيع . وكذا لو قال : بعتك كذا ، فقال : قبلتُ ، ينعقد على الصحيح . وحكى الخطاطي فيه وجهاً .

فرع

إذا كتب بالنكاح إلى غائب أو حاضر ، لم يصح . وقيل : يصح في الغائب وليس بشيء ، لأنه كناية ، ولا ينعقد بالكنايات . ولو خاطب غائباً بلسانه ، فقال : زَوَّجْتُكَ بنتي ، ثم كتب ، فبلغه الكتاب أو لم يبلغه ، وبلغه الخبر ، فقال : قبلتُ نكاحها ، لم يصح على الصحيح . وإذا صححنا في المسألتين ، فشرطه القبول في مجلس بلوغ الخبر ، وأن يقع بحضرة شاهدي الإيجاب .

قلت : لا يكفي القبول في المجلس ، بل يشترط الفور . والله أعلم

فرع

إذا استخلف القاضي فقيهاً في تزويج امرأة ، لم يتكف الكتاب ، بل يشترط اللفظ على المذهب ، وحتى الحفاطي وجهين ، وأيس للمكتوب إليه اعتماد الخط على الصحيح .

فرع

إذا قال [الولي] : تزوجني ، قال الولي : زوجتك . فإن قال الزوج بعده : قسيت ، صح النكاح قطعاً ، وإلا ، فالذهب والنص صحته أيضاً . وقيل بطرد الخلاف السابق في البيع في مثله . والخلع ، والصلح عن الدم ، والاعتاق على مال ، ينعقد بالاستيجاب والإيجاب على المذهب ، وبه قطع الجمهور . فإذا قالت : طلقني أو خالني على ألف ، فأجابها الزوج ، طلقته ولزمتها الألف ، ولا حاجة إلى قبول بعده . وكذا لو قال العبد لسيده : أعتقني على كذا ، فأجابه إليه ، أو قال : من عليه القصاص : صالحي على كذا ، فقال المستحق : صالحتك عليه . وقيل بطرد العاريقين في كل هذه العقود كالنكاح . وأما الكتابة فكالمعنى ، وقيل : كالنكاح . هذا كله إذا كانت صيغته : تزوجني أو خالني وأعتقني ونحوها . فلو قال الزوج : قل : زوجتكها ، قال الشيخ أبو محمد : ليس هو باستيجاب ، لأنه استدعى اللفظ دون التزويج ، فإذا تلفظ اقتضى القبول . ولو قال الولي أولاً :

تَزَوَّجَ ابْنِي ، فقال : تَزَوَّجْتُ ، فهو كما لو قال الزوج : زَوَّجَنِي ، فقال الولي :
زَوَّجْتُكَ ، هكذا قالوه . وقد حَكِينَا عَنْ بَعْضِهِمُ الْمَنْعَ فِي الْبَيْعِ ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ
بِمِثْلِهِ هُنَا . ولو قال : أَتَزَوَّجُنِي ابْنَتُكَ ؟ فقال الولي : زَوَّجْتُكَ ، لم يَنْعَقِدْ إِلَّا أَنْ
يَقُولَ الْخَاطِبُ بَعْدَهُ : تَزَوَّجْتُ ، وكذا لو قال الولي : أَتَزَوَّجُ بَنِي ، أَوْ تَزَوَّجْتَهَا ؟
فقال : تَزَوَّجْتُ ، لا يَنْعَقِدُ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ الْوَلِيُّ بَعْدَهُ : زَوَّجْتُكَ ، لِأَنَّهُ اسْتِفْهَامٌ . ولو قال
الْمُتَوَسِّطُ لِلْوَلِيِّ : زَوَّجْتَهُ ابْنَتُكَ ؟ فقال : زَوَّجْتُ ، ثُمَّ أَقْبَلَ عَلَى الزَّوْجِ فَقَالَ :
قَبِلْتَ نِكَاحَهَا ؟ فقال : قَبِلْتُهُ ، صح على الْأَصَحِّ ، لَوْجُودِ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ مُتَرَابِطَيْنِ ،
وَمَنْعُهُ الْفَقَالَ ، لَعَدَمِ التَّخَاطُبِ .

فِرْع

تَشْتَرِطُ الْمَوَالَاةُ بَيْنَ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ عَلَى مَا سَبَقَ فِي الْبَيْعِ . وَنَقَلَ الْقَاضِي
أَبُو سَعْدٍ الْهَرَوِيُّ : أَنَّ أَصْحَابَنَا الْعِرَاقِيِّينَ اكْتَفَوْا بِوُقُوعِ الْقَبُولِ فِي مَجْلَسِ الْإِيجَابِ .
قُلْتُ : الصَّحِيحُ ، اشْتِرَاطُ الْقَبُولِ عَلَى الْفَوْرِ ، فَلَا يَضُرُّ الْفَصْلَ الْيَسِيرَ ،
وَيَضُرُّ الطَّوِيلَ ، وَهُوَ مَا أَسْمَرَ بِاعْرَاضِهِ عَنِ الْقَبُولِ ، فَبِذَا هُوَ الْمَعْرُوفُ فِي طَرِيقَتِي الْعِرَاقِ
وَحَرَامَانِ . وَمَا ادَّعَاهُ الْهَرَوِيُّ عَنِ الْعِرَاقِيِّينَ جُمْلَةً لَا يُقْبَلُ ، وَالْمُشَاعَدَةُ تَدْفَعُهُ ،
وَالدَّلِيلُ يَهْلِكُ ، فَلَا اسْتِرَارَ بِهِ . وَاللَّيْلُ بِحَسْرَةٍ

فِرْع

إِذَا وَجِدَ أَحَدُ شَرِئَتَيْ الْمَقْدِ مِنْ أَحَدِ الْمَقْدِينَ ، فَلَا بَدَّ مِنْ إِصْرَارِهِ عَلَيْهِ حَتَّى
يُوجِدَ الشَّقَّ الْآخَرَ ، فَلَوْ رَجَعَ عَنْهُ ، لَعَدَا الْمَقْدُ ، وَكَذَا لَوْ أُوجِبَ ثُمَّ جُنَّ

أو أغمي عليه ، لنا إيجابه ، وامتنع القبول . وكذا لو أذنت المرأة في تزويجها حيث يعتبر إذنها ، ثم أغمي عليها قبل العقد ، بطل إذنها .

فصل

النكاح لا يقبل التعليق ، كقوله : إذا جاء رأس الشهر ، فقد زوّجْتُكَ . فلو أخبر بمولود ، فقال لجليسه : إن كانت بنتاً ، فقد زوّجْتُكِها ، أو قال : إن كانت بنتي طلقها زوجها ، أو مات عنها وانقضت عدتها ، فقد زوّجْتُكِها ، أو لو كان تحته أربع نسوة ، فقال له رجل : إن كانت ماتت إحداهن فقد زوّجْتُكَ بنتي ، أو قال : إن مات أبي وورثتُ هذه الجارية ، فقد زوّجْتُكِها ، وبأن الأمر كما قدّر ، لم يصح النكاح على المذهب ، وبه قطع الأكثرون . وقيل : وجهان كمن باع مال أبيه ظاناً حياته فبان ميتاً . قال البغوي : ولو بُشِّرَ بنت ، فقال : إن صدق الخبر فقد زوّجْتُكِها ، صح ، ولا يكون ذلك تعليقاً ، بل هو تحقيق ، كقوله : إن كنت زوجتي فانت طالق ، وتكون « إن » ، بمعنى « إذ » . قال : وكذا لو أخبر من له أربع نسوة بموت إحداهن ، فقال لرجل : إن صدق الخبر فقد تزوّجتُ ببتك ، فقال ذلك الرجل : زوّجْتُكِها ، صح ، وهذا الذي قاله البغوي ، يجب أن يكون مفروضاً فيما إذا يقن صدق الخبر ، وإلا ، فلفظ « إن » ، للتعليق .

فرع

قال : زوّجْتُكَ بنتي على أن تزوجني ببتك ، على أن يكون بُضْع كل واحدة صداقاً للأخرى ، فقبل الآخر ، أو قال : زوّجْتُكَ بنتي وتزوّجتُ ببتك أو أخذك ،

على أن يكون بضع كل واحدة صداقاً الأخرى ، فقال المخاطب : تزوّجتُ وزوجتُ على ما ذكرتُ ، فهذا نكاح الشغار ، وهو باطل ، للحديث الصحيح (١) ، ولعننى الاشتراك في البضع . وقال القفال : للتعليق والتوقف .

ولو قال كل واحد : زوّجتُك بنتي على أن تزوّجني بنتك ، وقيل الآخر ، ولم يجعل البضع صداقاً ، فوجهان . أصحها : الصحة ، لأنه ليس فيه إلا شرط عقد في عقد ، وذلك لا يفسد النكاح . فعلى هذا ، يصح النكاحان ، ولكل واحدة مهر المثل . والثاني : لا يصح لمعنى التعليق والتوقف . وخص الامام الوجهين بما إذا كانت الصيغة هذه ، ولم يذكر مهرأ ، وقطع بالصحة فيما لو قال : زوّجتُك بنتي بألف على أن تزوّجني بنتك ، وفيما قاله نظر .

فعلى الوجه الأول ، لو قال : زوّجتُك على أن تزوّجني بنتك ، وبضع بنتك صداق لبنتي ، فقيل ، صح الأول ، وبطل الثاني . ولو قال : وبضع بنتي صداق لبنتك ، بطل الأول ، وصح الثاني ، وهذا نظر إلى معنى التشريك . ولو سمّيا لهما أو لأحدهما مهرأ مع جمل البضع صداقاً ، بأن قال : زوّجتُك بنتي بألف على أن تزوّجني بنتك بألف ، وبضع كل واحدة صداق للأخرى ، أو قال : على أن تزوّجني بنتك ، وبضع كل واحدة صداق للأخرى ، أو قال : زوّجتُك بنتي على أن تزوّجني بنتك ويكون بضع كل واحدة وألف درهم صداقاً للأخرى ، فوجهان . أحدهما : وهو ظاهر نصه في « المختصر » ، والصحة . وأصحها : البطлан ، وهو نصه في « الاملاء » .

(١) روى البخاري ومسلم في « صحيحهما » من عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشغار . والشغار : أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق .

فرع

قال : زوّجتك بنتي بتمّة جاريتك ، صح النكاح ، وفسد الصداق . ولو قال : زوّجتك جاريتي على أن تزوجني بنتك ، وتكون رقبة جاريتي صداقاً لبنتك ، قال ابن الصباغ : صح النكاحان ، لأنه لا تشريك فيما يرد عليه عقد النكاح ، ويفسد الصداق ، ويجب لكل واحدة مهر المثل ، ويحيى على معنى التعليق والتوقف أن يحكم بطلان النكاحين . ولو طلق امرأته على أن يزوجه صاحبه بنته ، ويكون بضع امرأته صداقاً لها ، وزوجه صاحبه على ذلك ، فهل يبطل النكاح ، أم يصح ويفسد الصداق ؟ وجهان حكاهما ابن كج عن ابن القطان .

قلت : أفقهما : الثاني . والله أعلم

ولو طلق امرأته على أن يعتق صاحبه عبده ، ويكون طلاق امرأته عوضاً عن عتقه ، قال الخناطي : يقع الطلاق ولا رجوع بالمهر على أحد . وفي عتق العبد وجهان . إن عتق ، فلا رجوع بقيمته . وقال ابن كج : عندي يقع الطلاق ويحصل العتق ، ويرجع المطلق على المعتق بمهر امرأته ، والعتق على المطلق بقيمة عبده .

فصل

النكاح الموقت باطل ، سواء قيده بمدة مجهولة أو معلومة ، وهو نكاح المتعة . وإذا وطئ في نكاح المتعة جاهلاً بفساده ، فلا حد . وإن علم ، فلا حد أيضاً على المذهب . وحيث لاحد ، يجب المهر والعدة ، ويثبت النسب .
ولو قال : نكحتنا متعة ، ولم يزد على هذا ، حكى الخناطي في صحة النكاح وجهين .

قلت : الأصح ، البطلان . والله أعلم

الركن الثاني : المنكوحة ، ويشترط خلوها من موانع النكاح . والكلام في الموانع مبسوط في مواضعها ، لاسيما « باب الموانع » ، فيقتصر هنا على عددٍ تراجمها . فمن الموانع أن تكون منكوحة أو معتدة عن غيره ، أو مطلقة بالثلاث مالم تحلل ، أو ملاءته ، أو مرتدة ، أو مجوسية ، أو وثنية ، أو زندية ، أو كناية دخلت في دينهم بعد مبعث رسول الله ﷺ أو بعد تبديلهم على الأظهر ، أو تكون أمةً والنكاح حر واجد طَوْلَ حرة ، أو غير خائف عتاً ، أو يكون بعضها أو كلها ملكاً للنكاح ، أو تكون محرماً له ، أو خامسة ، أو يكون في نكاحه أختها وغيرها ممن لا يجمع بينها وبينها ، أو تكون محرمةً بحج أو عمرة ، أو ثيباً صغيره ، أو تكون بتيمة لاجد لها .

فصل

يشترط في كل واحد من الزوجين أن يكون معيناً . فلو قال : زوجتك إحدى بنتي ، أو زوجت بنتي أحداً ، أو أحد ابنيك ، لم يصح . ولو كان له بنت واحدة فقال : زوجتك بنتي ، صح وإن لم يسمها . ولو كانت حاضرة فقال : زوجتك هذه ، أو كانت في الدار فقال : زوجتك التي في الدار ، وليس فيها غيرها ، صح .

ولو كان له بنت واحدة ، فقال : زوجتك بنتي فلانة ، وسمها بغير اسمها ، صح النكاح على الأصح ، لأن البنوية صفة لازمة مميزة ، فاعتبرت ولغا الاسم ، كما لو أشار إليها وسمها بغير اسمها ، فإنه يصح قطعاً . وقد يمنع هذه الصورة القائل الآخر ، والأصح

الصحة فيها ، حتى لو قال : زوجتك هذا الغلام ، وأشار إلى بنته ، نقل الروياني عن الأصحاب صحة النكاح ، تمويلًا على الإشارة .

ولو قال : بتك داري هذه ، وحددها وغلط في حدودها ، صح البيع ، بخلاف ما لو قال : بتك الدار التي في المحلة الفلانية ، وحددها وغلط ، لأن التمويل هنا على الإشارة . ولو قال : بتك داري ، ولم يقل : هذه ، وحددها وغلط ، ولم يكن له دار سواها ، وجب أن يصح تقريباً على الأصح في قوله : زوجتك بنتي فلانة وغلط في اسمها .

وأما إذا كان اسم بنته [الواحدة] فاطمة ، فقال : زوجتك فاطمة ، ولم يقل : بنتي ، فلا يصح النكاح لكثرة الفواطم ، لكن [لو] نواها ، صح . كذا قال به المراقبون والبغوي ، واعترض ابن الصباغ بأن الشهادة شرط ، والشهود لا يطلعون على النية ، وهذا قوي ، ولهذا الأصل منمننا النكاح بالكنايات .

ولو كان له بنتان فصاعداً ، اشترط تمييز المنكوحة باسم أو إشارة أو صفة ، كقوله : فاطمة ، أو هذه ، أو الكبرى . قال المكتفون بالنية : أو بأن ينوي واحدة بسنها وإن لم يجز لفظ يميز .

ولو قال : بنتي الكبرى وسماها باسم الصغرى ، صح النكاح على الكبرى على الوصف . ويجيء على قياس الوجه المذكور في الواحدة أن يبطل النكاح . وإذا لم يتعرض للكبر والصغر ، بل قال : زوجتك بنتي فلانة ، وذكر اسم الكبيرة وقصد تزويجه الصغرى ، أو بالعكس ، وقصد الزوج التي قصدها الولي ، صح النكاح على التي قصدها ، ولقت التسمية . وفي الاعتماد على النية الاشكال السابق . ولو قال الزوج : قصداً الكبيرة ، فالنكاح في الظاهر منمقد على الكبيرة . وإن صدق الولي

في أنه قصد الصغيرة ، لم يصح ، لأنه قبيل غير ما أوجب ، هكذا ذكره
العراقيون والبنغوي المتبرون للنية ، وهذا يخالف مسألة منقولة ، وهي أن زيدا
خطب إلى قوم ، وعمرأ إلى آخرين ، ثم جاء زيد إلى الآخرين ، وعمرؤ
إلى الأولين ، وزوج كل فريق من جاءه ، قال ابن القطان : وقعت في أيام
أبي السائب ينعقد ، فأقى الفقهاء بصحة النكاحين ، ومعلوم أن كل ولي أوجب
لغير من قبيل .

قلت : ليست هذه المسألة مثلها ، والفرق أظهر من أن يذكر .
ومن فروع المسألة . زوَّج رجل رجلاً إحدى بنتيه ، فمات الأب ، وادَّعت كل
واحدة عليه أنها زوجته ، أو ادعى هو على إحدهما ، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى
في الباب الثاني عشر . والله أعلم

الركن الثالث : الشهادة ، فلا ينعقد النكاح إلا بحضرة رجلين مسلمين مكلفين
حريين عدلين سميعين بصيرين متيقظين عارفين لسان المتعاقدين . وقيل : يصح
بالأعميين ، وحكى أبو الحسن العبادي رحمه الله وجهاً أنه ينعقد بمن لا يعرف لسان
المتعاقدين ، لأنه ينقله إلى الحاكم . وأما المغفل الذي لا يضبط ، فلا ينعقد به ، وبنعقد
من يحفظ وينسى عن قريب .

وفي الآخرس وذو الحرفة الدنيئة ، والصباغ ، والصائع ، وجهان . وفي عدوئي
الزوجين أو أحدهما ، أوجه . أصحها عند البنغوي وهو المنصوص في د الأم ، :
الانعقاد . والثالث : ينعقد بمدوي أحدهما دون عدوئها ، واختاره العراقيون .

وفي ابنيها وابني أحدهما وابنه وابنها هذه الأوجه . وقيل : يختص الخلاف بهذه الصورة ، وينعقد في المدوّن قطعاً ، لأن المداوة قد تزول .

وقيل : ينعقد بابنيها وعدوّه دون ابنه وعدوّه ، لأنه محتاج إلى الإثبات دونها ، ويجري الخلاف في جده وجدها ، وأبيه مع جدّها .

وأما أبوها ، فولّي عاقد ، فلا يكون شاهداً . ولو وكلّ لم ينعقد بحضوره ، لأن الوكيل نائبه ، وكذا لو وكلّ غير الأب وحضر مع شاهد آخر ، لم ينعقد . قال البغوي في « الفتاوى » : لو كان لها إخوة ، فزوج أحدهم ، وحضر آخران منهم شاهدين ، ففي صحة النكاح جوابان . وجه المنع : أن الشرع جعل المباشر نائباً عن الباقيين فيما توجه عليهم .

قلت : الراجح منها ، الصحة . قال أصحابنا : وينعقد بحضرة ابنه مع ابنيها ، أو عدوّه مع عدوّه بلا خلاف ، لا مكان لإثبات شقيقته . والله أعلم

فرع

ينعقد النكاح بشهادة المستورين على الصحيح . وقال الاصطخري : لا . والمستور : من عرفت عدالته ظاهراً ، لا باطناً . وقال البغوي : لا ينعقد بمن لا تعرف عدالته ظاهراً ، وهذا كأنه مصور فيمن لا يعرف إسلامه ، وإلا ، فظاهر من حال المسلم الاحتراز من أسباب الفسق .

قلت : الحق ، قول البغوي ، وأن مراده من لا يعرف ظاهره بالعدالة ، وقد صرح

البغوي بهذا، وقاله شيخه القاضي حسين ، ونقله إبراهيم المروزي عن القاضي ولم يذكر غيره . والله أعلم

ولا ينعقد بمن لا يظهر إسلامه وحرية ، بأن يكون في موضع يختلط فيه المسلمون بالكفار والأحرار بالعبيد ولا غالب . وتردد الشيخ أبو محمد في مستور الحرية ، والصحيح الأول ، بل لا يكتفى بظاهر الإسلام والحرية بالدار حتى يعرف حاله فيها باطناً . هذا مقتضى كلام البغوي وغيره ، وفرقوا بأن الحرية يسهل الوقوف عليها ، بخلاف المدالة والفسق . ولو أخبر عدلٌ بفسق المستور ، فهل يزول الستر فلا ينعقد بحضوره ، وإن زال فيسلك به مسلك الرواية ؟ أم يقال : هو شهادة فلا يقدح الال قول من يجرح عند القاضي ؟ تردد فيها الامام .

قلت : لو ترفع الزوجان إلى حاكم ، وأفرا بنكاح عقد بمستورين ، واختصما في حق زوجته ، كنفقة ونحوها ، حكم بينهما ، ولا ينظر في حال الشاهدين إلا أن يعلم فسقهما فلا يحكم . فان جحد أحدهما النكاح ، فأقام المدعي مستورين ، لم يحكم بصحته ولا فساد ، بل يتوقف حتى يعلم باطنها ، ذكره الشيخ أبو حامد وغيره . والله أعلم

فرع

لو بان الشاهد فاسقاً حال العقد ، فالنكاح باطل على المذهب ، كما لو بان كافراً أو عبداً ، وإنما يتبين الفسق بينة أو بتصادق الزوجين أنها كانتا فاسقين ولم نعلمها ، أو نسينا فسقهما . فأما لو قال : علمنا [فسقهما] حينئذٍ ، أو علمه أحدهما ، فقال الامام : تتبين البطلان بلا خلاف ، لأنها لم يكونا مستورين عند الزوجين ، وعليهما التعويل ،

ولا اعتبار بقول الشاهدين : كنا فاسقين يومئذٍ ، كما لا اعتبار بقولها : كنا فاسقين بعد الحكم بشهادتهما ، وكذا لو تقارن الزوجان أن النكاح وقع في الاحرام أو المدة أو الردة ، تبين بطلانه ، ولا مهر إلا إذا كان دخل بها ، فيجب مهر المثل . فلو نكحها بعد ذلك ، ملك ثلاث طلاقات . ولو اعترف الزوج بشيء من ذلك وأنكرت ، لم يقبل قوله عليها في المهر ، فيجب نصف المسمى إن كان قبل الدخول ، وكله إن كان بعده ، ويفرق بينهما بقوله . وفي سبيل هذا التفريق خلاف . قال أصحاب القفال : هو طلاقه بانه ، فلو نكحها يوماً ، عادت بطلانين . قالوا : وهذا مأخوذ من نص الشافعي رضي الله عنه ، أنه لو نكح أمة ، ثم قال : نكحتها وأنا واجد طول حرة ، بانت بطلقة . وعن الشيخ أبي حامد والمراقين : أنها فُرقة فسخ لا تنقص عدد الطلاق ، كما لو أقر الزوج بالرضاع . وإلى هذا مال الامام ، والغزالي ، وهؤلاء أنكروا نصه في مسألة الأمة ، ولانكاره وجه ظاهر ، لأنه نص في عيوب المسائل ، أنه إذا نكح أمة ، ثم قال : نكحتها وأنا أجد طولاً ، فصدقه مولاها ، فسخ النكاح بلا مهر ، فإن كان دخل ، فعليه مهر مثلها . وإن كذبه ، فسخ النكاح باقراره ، ولم يصدق على المهر ، دخل أم لم يدخل . هذا لفظه وهو يوافق قول المراقين . قلت : الأصح أو الصحيح ، قول المراقين . وحكى العراقيون وجهاً : أنه يقبل قوله في المهر ، فلا يلزمه . وعلى هذا قالوا : إن كان اعترافه قبل الدخول ، فلا شيء عليه . وإن كان بعده ، فعليه أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل ، ولا خلاف أنها إذا ماتت لا يرثها . وإن مات قبلها ، فإن قلنا : القول قوله ولم يكن حلف ، فيحلف وارثه : لا يعلمه تزوجها بشهادة عدلين ، ولا يرث لها . وإن قلنا : القول قولها ، حلفت أنه عقد بعدلين وورثت . ولو قالت : عقدنا بفاسقين ، فقال : بل بعدلين . فأبى يقبل ؟ وجهان . الأصح : قوله . فإن مات ، لم ترثه ، وإن مات

أو طلقها قبل الدخول ، فلا مهر ، لانكارها ، وبعد الدخول لها أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل . والله أعلم

فرع

استنابة المستورين قبل العقد ، احتياط واستظهار ، وتوبة المعلن بالفسق حينئذ ، هل تلحقه بالمستور ؟ فيه تردد للشيخ أبي محمد . والأصح : المنع . فان ألحقنا فماد إلى فجوره على قرب ، قال الامام : فالظاهر أن تلك التوبة تكون ساقطة ، قال : وفيه احتمال .

فرع

الاحتياط ، الاشهاد على رضى المرأة حيث يشترط رضاها ، لكنه ليس بشرط في صحة النكاح .

قلت : ومن مسائل الفصل ، أنه لا يشترط إحضار الشاهدين ، بل إذا حضرا بأنفسهما ، وسما الايجاب والقبول ، صح وإن لم يسمعا الصداق . ولو عقد بشهادة خنئين ، ثم بانا رجلين ، قال القاضي أبو الفتوح : احتمل أن يكون في انعقاده وجهان بناءً على ما لو صلّى رجل خلفه فبان رجلاً . هذا كلامه . والانعقاد هنا هو الأصح ، لأن عدم جزم النية يؤثر في الصلاة . والله أعلم

الركن الرابع : الماقدان ، وهما الموجب ، والقابل . فالقابل : هو الزوج ومن ينوب عنه . والموجب : هو الولي أو وكيله ، ولا تصح عبارة المرأة في النكاح إيجاباً وقبولاً . فلاتزوج نفسها باذن الولي ولا بنير إذنه ، ولا غيرها ، لا بولاية ولا وكالة ، [ولا يقبل النكاح لا بولاية ولا وكالة] . ولو وكل بنته بأن توكل رجلاً بتزويجها ، فوكلت ، نظر ، إن قال : وكلي عن نفسك ، لم يصح . وإن قال : وكلي عني ، أو أطلق ، فوجهان .

فرع

روى يونس بن عبد الأعلى ، أن الشافعي رضي الله عنه قال : إذا كان في الرفقة امرأة لا ولي لها ، فوئت أمرها رجلاً حتى يزوجه ، جاز ، وليس هذا قولاً في صحة النكاح بلا ولي ، لأن أبا عاصم العبادي حكى هذا النص في طبقات الفقهاء ، ثم ذكر أن من أصحابنا من أنكروه ، ومنهم من قبله ، وقال : إنه تحكيم ، والمحكم قام مقام الحاكم .

قلت : ذكر صاحب « الحاوي » ، فيما إذا كانت امرأة في موضع ليس فيه ولي ولا حاكم ، ثلاثة أوجه . أحدها : لاتزوج . والثاني : تزوج نفسها للضرورة . والثالث : تولي أمرها رجلاً يزوجه . وحكى الشافعي أن صاحب « المهذب » كان يقول في هذا : تحكمتم فقيهاً مجتهداً ، وهذا الذي ذكره في التحكيم صحيح بناءً على الأظهر في جوازه في النكاح ، ولكن شرط الحكم أن يكون صالحاً للقضاء ، وهذا يعتبر في مثل هذه الحال . فالذي نختاره ، صحة النكاح إذا ولت أمرها عدلاً وإن لم يكن مجتهداً ، وهو ظاهر نصه الذي نقله يونس ، وهو ثقة . والله أعلم

فرع

إذا وطئ في نكاح بلا ولي ، وجب مهر المثل ، ولاحد سواء صدر ممن
يعتقد تحريمه أو إباحته باجتهاد أو تقليد أو حسابان مجرد ، لشبهة اختلاف العلماء ،
ولكن معتقد التحريم يمزّر . وقال الاصطخري وأبو بكر الفارسي والصيرفي : يحدّ
معتقد التحريم ، ولا مهر ، وهو ضعيف . ولو رفع النكاح بلاولي إلى قاضٍ يصحّحه ،
فحكم بصحته ، ثم رفع إلينا ، لم ننقض قضاءه على الصحيح . وقال الاصطخري :
ننقضه ، ولو طلق فيه ، لم يقع ، فلو طلق ثلاثاً ، لم يفتقر إلى محلل . وقال أبو إسحاق :
يقع ويفتقر إلى محلل احتياطاً للابضاع ، وهذا كوجهين ذكرهما أبو الحسن العبادي
عن القفال ، أنها إذا زوجت نفسها ، هل للولي أن يزوجها قبل تفريق القاضي بينهما؟
قال : وبأنه أجب القفال الشاشي ، لأنها في حكم الفرائش ، وهو تخريج ابن سريج .

فرع

إذا أقرت حرة مكلفة بالنكاح ، فقولان . الجديد الأظهر : يقبل إقرارها
مع تصديق الزوج بلايئة ، لأن النكاح حقها ، ثبت بتصادقها ، كالبيع وغيره ،
ولا فرق على هذا بين البكر والثيب ، ولا بين الغربيين والبلديين . والقديم : أنها
إن كانتا غربيين ، ثبت النكاح ، وإلا ، طولياً باليئة ، لسهولتها عليهما ، وللاحتياط ،
فعلى الجديد : هـر يكفي إطلاق الإقرار ، أم يشترط أن يفصل فيقول : زوجني به
ولي بحضرة شاهدين عدلين ورضاي ؟ إن كانت معتبرة الرضى ، وجهان . أصحها :
الثاني . ثم إذا أقرت وكذبها الولي ، فثلاثة أوجه . أصحها : يحكم بقولها ، لأنها

تقره على نفسها ، قاله ابن الحداد والشيخ أبو علي . والثاني : لا ، لأنها كالقرة على الولي ، قاله القفال ، والثالث : يفرق بين العفيفة والفاسقة ، قاله القاضي حسين . ولا فرق في هذا الخلاف بين أن تفصل الإقرار وتضيف التزويج إلى الولي فيكذبها ، وبين أن تطلق إذا قبلنا الإقرار المطلق فقال الولي : لا ولي لك غيري ، وما زوجتكَ . ويجري الخلاف أيضاً في تكذيب الشاهدين إذا كانت قد عينتها . والأصح : أنه لا يقدح تكذيبها ، لاحتمال النسيان والكذب . فان قلنا : تكذيب الولي يمنع قبول إقرارها ، فكان غائباً ، لم ينتظر حضوره ، بل تسلم إلى الزوج في الحال للضرورة ، فان عاد وكذبها ، فهل يحال بينها لزوال الضرورة ، أم يستدام ؟ وجهان ، رجح الغزالي الأول ، وغيره الثاني .

وإذا قلنا بالقديم ، فجرى الإقرار في الغربة ، ثم رجعا إلى الوطن ، ففي الحوالة بينها الوجهان . قال الامام : ولا شك أنه لو قضى قاضٍ بالإقرار ، لم ينقض .

فرع

أقر الولي بانكاحها ، إن كان له إنشاء النكاح المقر به عند الإقرار بغير رضاها ، قبل إقراره ، لقدرة على الانشاء . وحكى الحناطي وجهاً أنه لا يقبل حتى توافقه البالغة . والصحيح الأول . وإن لم يكن له الانشاء بغير رضاها ، لكونه غير مجبر ، أو الحال غير حال الإيجاب ، أو الزوج ليس بكفٍ ، لم يقبل إقراره . ولو قال وهي ثيب : كنت زوجتها في بكارتها ، لم يقبل ، واعتبر وقت الإقرار ، كذا أطلقه الامام ، وهو الظاهر . ويمكن جمعه على الخلاف فيما لو أقر مريض لوارثه بهبة في الصحة .

فرع

أقرت لزواج ، وأقر وليها المقبول إقراره لآخر ، فهل المقبول إقراره ، أم إقرارها ؟
فيه وجهان حكاهما أبو الحسن العبادي والحلي عن القفال الشاشي والأودني .

فرع

قال الخاطب لولي المرأة : زوّجت نفسي ببتك ، فقبل ، قال المتولي : يبني
انعقاد النكاح على أن كل واحد من الزوجين معقود عليه لأن بقاءهما شرط إبقاء
العقد كالموضين في البيع ، أم المعقود عليه المرأة فقط لأن العوض من جهته المهر
لأنفسه ، ولأنه لا حرج عليه في نكاح غيرها معها ؟ فيه خلاف . فعلى الثاني :
لا ينعقد . وعلى الأول : وجهان . قال أبو عاصم وأبو سهل الأيوبردي : ينعقد
كما لو أضاف إليها ، ومنعه القاضي حسين ، لأنه غير معهود .

الباب الرابع في بيان الأولياء وأحكامهم

وفيه ثمانية أطراف .

[الطرف] الأول : في أسباب الولاية ، وهي أربعة .

[السبب] الأول : الأبوة ، وفي معناها الجدودة ، وهي أقوى الأسباب ، لكمال
الشفقة ، فلأب تزويج البكر الصغيرة والكبيرة بغير إذنهما ، ويستحب استئذان

البالغة . ولو أجبرها ، صح النكاح . فلو كان بين الأب وبينها عداوة ظاهرة ، قال ابن كج : ليس له إجبارها ، وكذا نقله الحناطي عن ابن المزيان ، قال : ويحتمل جوازه . فأما الثيب ، فلا يزوجه الأب إلاً بانها في حال البلوغ ، والجد كالأب في كل هذا ، وحكى الحناطي قولاً : أن الجد لا يمجّر البكر البالغة ، واختاره ابن القاص وأبو الطيب بن سلمة ، والمشهور الأول .

وسواء حصلت الثيوبة بوطء محترم أو زناً . وحكي عن القديم : أن المصابة بالزنا كالبكر . والمذهب الاول ، ولو زالت بكارتها بسقطة ، أو أصبع ، أو حدة الطمث ، أو طول التمنيس ، أو وطئت في دبرها ، فبكر على الصحيح . ولو وطئت مجنونة ، أو مكروهة ، أو فائئة ، فثيب على الصحيح . ولو خطب البكر رجل ، فتمتع أبوها ، فذهبت وزوجت نفسها به ، ثم زوجها الأب غيره بغير إذنها ، إن كان الاول لم يطأها ، صح تزويج الاب ، وإلا ، فلا ، لانها ثيب بوطء شبهة .

قلت : إنما يصح تزويج الاب ، إذا لم يكن حكم بصحة نكاحها بنفسها حنفي ونحوه . والله أعلم

فرع

إذا التمس البكر البالغة التزويج وقد خطبها كفاء ، لزم الاب والجد إجابتها ، فإن امتنع ، زوجها السلطان . وفي وجه : لانتزاه الاجابة ، ولا يأنم بالامتناع ، لان الفرض يحصل بتزويج السلطان ، وهو ضئيف . ولو التمس صغيرة بلفت إمكان الشهوة ، قال بعضهم : لزمه إجابتها .

قلت : هذا ضعيف . والله أعلم

فرع

عينت كفاءاً ، وأراد الأب تزويجها بكفاء آخر ، كان له ذلك على الأصح .
قلت : قال الشافعي رضي الله عنه : أمتحب للأب أن لا يزوّج البكر حتى تبلغ
ويستأذنها . قال الصيمري : فإن قاربت البلوغ ، وأراد تزويجها ، أمتحب أن يرسل إليها
ثقات ينظرون مافي نفسها . قال الصيمري : ولو خلقت المرأة بلا بكاراة ، فهي بكر .
ولو ادعت البكاراة أو الثيوبه ، فقطع الصيمري وصاحب « الحاوي » : بأن القول
قولها ، ولا يكشف حالها ، لأنها أعلم .

قال صاحب « الحاوي » : ولا تسأل عن الوطاء ، ولا يشترط أن يكون لها
زوج . قال الشاشي : وفي هذا نظر ، لأنها ربما أذهبت بكارتها بأصبعها ، فله أن
يسألها . فإن اتهمها ، حلفها . والله أعلم

السبب الثاني : عصبوبة من على حاشية النسب ، كالأخ والعم وبنيتها ، فلا تزوج
بها الصغيرة بكراً كانت أو ثيباً .

وأما البالغة ، فإن كانت ثيباً ، فلم يزوجها بأذن الصريح . وإن زوجت بغير
رضاها ، لم ينقصد . وإن كانت بكراً ، فلم يزوجها إذا استأذنها . وهل بكفي
سكوتهما ، أم يشترط صريح نطقها ؟ وجهان . أصحها : الأول . وحي وجه :
أنه لا حاجة للاستئذان أصلاً ، بل إذا عقد بين يديها ولم تنكر ، كان رضى .
والصحيح الاشتراط . وإذا اكتفينا بالسكوت ، حصل الرضى ، ضحكت ، أم بكت ،
إلا إذا بكت مع الصياح وضرب الخد ، فلا يكون رضى .

وإذا أراد الأب تزويج البكر بغير كف ، فاستأذنها ، فهل يكفي السكوت ؟
فيه الوجهان .

قلت : ونقل الرافعي في آخر « كتاب النكاح » عن فتاوى القاضي حسين
الجزم بصحة النكاح إذا استأذنها ولي في تزويجها بغير كف فسكت . قال صاحب
« البيان » : قال أصحابنا المتأخرون : إذا استأذن الولي البكر في أن يزوجه بغير نقد البلد ،
أو بأقل من مهر المثل ، لم يكن سكوتها إذناً في ذلك . والله أعلم

فرع

قال : أزوجك بشخص ؟ فسكت ، قال بعض المتأخرين : الأليق بمذهبنا أنه
لا يكون رضى ، لأن الرضى بالمجهول لا يتصور .
ولك أن تقول : هذا يخرج على أنه يشترط تعيين الزوج في الاذن . والأصح
أنه ليس بشرط ، فلا يضر الجهل إذا اكتفينا بالسكوت .
قلت : هذا الذي أورده الرافعي ، هو الصواب . والله أعلم

فرع

قال : أيجوز أن أزوجك ؟ فقالت : لم لا يجوز ؟ أو قال : أتأذنين ؟ فقالت :
لم لا آذن ؟ حكى بعضهم : أنه ليس باذن ، ولك أن تقول : هذا مشعر برضاها ،
فهو أولى من سكوتها .
قلت : المختار أنه إذن . والله أعلم

فرع

قالت : وكلتك بتزويجي ، فالذي لقيناهم من الأئمة لا يمدونه إذناً ، لأن توكيل المرأة في النكاح باطل ، لكن المسألة غير مسطورة ، ويجوز أن يعتد به إذناً ، كما إذا فسدت الوكالة ، نفذ التصرف بالاذن .

قلت : هذا عجب من الامام الرافعي ، والمسألة منصوصة للشافعي . قال صاحب « البيان » : يجوز للمرأة أن تأذن لوليها غير المحبر بلفظ [الاذن] ، ويجوز بلفظ الوكالة ، نص عليه الشافعي رحمه الله ، لأن المعنى فيها واحد ، فهذا هو الصواب نقلاً ودليلاً . ولو أذنت له ، ثم رجعت ، لم يصح تزويجها ، كالوكل إذا عزل الوكيل ، فإن زوجها الولي بعد العزل قبل العلم ، ففي صحته وجهان بناءً على بيع الوكيل .
والله أعلم

فرع

في « فتاوى » البغوي : أن التي يعتبر لإذنها في تزويجها إذا قالت لوليها وهي في نكاح أو عتة : أذنت لك في تزويجي إذا فارقت زوجي أو انقضت عدتي ، فينبغي أن يصح الاذن ، كما لو قال الولي للوكيل : زوج بنتي إذا فارقتها زوجها أو انقضت عدتها . وفي هذا التوكيل وجه ضعيف : أنه لا يصح ، وقد سبق في الوكالة . وفيها أنه لو قيل للبكر : رضيت بما تفعله أمك ؟ وهي تعرف أنهم يعنون النكاح ، فقالت : رضيت ، لم يكن إذناً ، لأن الأم لا تمقد ، بخلاف ما لو قالت : رضيت بما يفعل الولي . ولو قالت : رضيت بالتزويج بمن تختاره أمي ، جاز . ولو قالت :

رضيتُ إن رضيت أُمي ، لا يجوز. ولو قالت : رضيت إن رضي ولي . فإن أرادت التعليق ، لم يجز . وإن أرادت : لني رضيت بما يفعله الولي ، كان إذناً . وفيها : لو أذنت في التزويج بألف ، ثم قيل لها عند المقد : بخمسائة ، فسكتت وهي بكر ، كان سكوتها إذناً في تزويجها بخمسائة . ولو قيل ذلك لأُمها وهي حاضرة ، فسكتت ، لم يكن إذناً .

السبب الثالث : الاعتاق ، فالمتق وعصبته يزوجون كالأخ .

السبب الرابع : السلطنة ، فيزوج السلطان بالولاية العامة البوائغ باذنهن ، ولا يزوج الصغار . ثم السلطان يزوج في مواضع . أحدها : عدم الولي الخاص . الثاني : عند غيبته . الثالث : عند إرادته تزوجها لنفسه . الرابع : عَصْنُهُ ، فإذا عضلها وليها بقرابة أو إعتاق ، واحداً كان ، أو جماعة مستوين ، زوجها السلطان . وهل تزويجه في هذا الحال بالولاية ، أم النيابة عن الولي ؟ وجهان حكاهما الامام فيه وفي جميع صور تزويج السلطان مع وجود أهلية الولي الخاص . ثم إنما يحصل المضل إذا دعت البالغة العاقلة إلى تزويجها بكفٍّ فالمتنع . فأما إذا دعت إلى غير كفٍّ ، فله الامتناع ، ولا يكون عضلاً . وإذا حصلت الكفاءة ، فليس له الامتناع لنقصان المهر ، لأنه ~~مضطر~~ ^{مضطر} ~~حقاً~~ . ولا بد من ثبوت المضل عند الحاكم لزوجها . قال البغوي : ولا يمتنع المضل حتى يتحقق بينه وبين القاض ^{القاضي} . وللعريان ^{للعريان} ~~بعض~~ ^{بعض} ~~الخطيب~~ ^{الخطيب} ~~والمرء~~ ^{والمرء} والولي ، ويأمره القاضي بالتزويج فيقول : لأفعل ، أو يسكت ، فحينئذ يزوجه القاضي . وكان هذا فيما إذا تسر إحضاره عند القاضي . فأما إذا تعذر بتعذر أو توار ، فيجب أن يجوز الاثبات بالبيئة كسائر الحقوق . وفي تعليق الشيخ أبي حامد ما يدل عليه . وعند الحضور لامي البيئة ، فانه إن زوج ، وإلا فظل .

فرع

سيأتي خلاف في أن السيد بزواج أمته بالملك ، أم بالولاية ؟ إن قلنا: بالولاية، صارت الأسباب خمسة .

الطرف الثاني : في ترتيب الأولياء ، فتقدم جهة القرابة ، ثم الولاء ، ثم السلطنة. ويقدم من القرابة الأب ، ثم أبوه ، ثم أبوه ، إلى حيث ينتهي ، ثم الأخ من الأبوين ، أو من الأب ، ثم ابنه وإن سفل ، ثم العم من الأبوين ، أو من الأب ، ثم ابنه وإن سفل ، ثم سائر المصبات . والترتيب في التزويج ، كالترتيب في الارث ، إلا في مسائل .
إحداها : الجد يقدم على الأخ هنا .

[المسألة الثانية : الأخ للأبوين يقدم على الأخ للأب في الارث ، وهنا قولان .
أظهرهما وهو الجديد : يقدم أيضاً . والقديم : يستويان ، ويجري القولان في ابني الأخ والعميين وابني العم إذا كان أحدهما من الابوين والآخر من الاب .
ولو كان ابنا عم أحدهما أخوها من الام ، أو ابنا ابن عم أحدهما ابنا ، فقال الامام : هما سواء . وطرد الجمهور القولين وقالوا : الجديد : يقدم الاخ والابن . ولو كان ابنا عم أحدهما من الابوين ، والآخر من الاب ، لكنه أخوها من الام ، فالثاني هو الولي ، لانه يدلي بالجد والام ، والاول بالجد والجدة . ولو كان ابنا ابن عم أحدهما ابنا ، والآخر أخوها من الام ، فالابن هو المقدم ، لانه أقرب . ولو كان ابنا معتق أحدهما ابنا ، فهو المقدم ، وبه قال ابن الحداد ، لكنه ذكر في التفريع أنه لو أراد المعتقد نكاح عتيقته وله ابن منها وابن من غيرها لانها تستحق الحرية بسببه ، وزوجه ابنته منها دون ابنه من غيرها ، وهذا غلط عند جمهور الاصحاب ، لان ابن المعتقد لا يزوج في حياة المعتقد ، وإنما يزوجه السلطان ، وإنما يزوج

ابن المعتق بدموته . وهذا كله على الجديد . وأما على القديم ، فيسومى بينهما في الصور .
قلت : ولو كان ابنا عم أحدهما معتق ، فعلى القولين ، أو ابنا عم أحدهما
خال ، فهما سواء بلا خلاف . والله أعلم

[المسألة] الثالثة : الابن لا يزوج بالبنوة ، فان شاركها في نسب كابن هو
ابن ابن عمها ، فله الولاية بذلك . وكذا إن كان معتقاً أو قاضياً ، أو تولدت قرابة من
أنكحة المجوس ، أو وطء الشبهة ، بان كان ابنها أخاها ، أو ابن أخيها ، أو ابن عمها ،
ولاتمنه البنوة التزويج بالجهة الاخرى .

فصل

وأما الولاء ، فمن لاعصبة لها بنسب ، وعليها ولاء ، فينظر ، إن اعتقها رجل ،
فولاية تزويجها له . فان لم يكن بصفة الولاية ، فلعصباته ، ثم لمعتقه ، ثم لعصبات معتقه ،
وهكذا على ترتيبهم في الارث . وترتيب عصبات المعتق في التزويج ، كترتيب عصبات
النسب ، إلا في ثلاث مسائل .

إحداها : جدّها أولى من أخيها ، وفي جد المعتق وأخيه قولان كارتها بالولاء .
أظهرهما : تقديم الاخ . والثاني : يستويان . ولو اجتمع جد المعتق وابن أخيه ، فان
قدمنا الاخ على الجد ، قدمنا ابنه ، وإلا فيقدم الجد . وقد حكينا في الارث تفرعاً
على هذا القول وجهاً أنها يستويان ، فيجوز أن يطرد هنا .

[المسألة] الثانية : ابن المرأة لا يزوجها ، وابن المعتق يزوج ، وبقدم على
أبيه ، لان التعصيب له .

[المسألة] الثالثة : إذا اجتمع أخو المعتق لابويه وأخوه لابيه ، فالذهب

القطع بتقديم الاخ للأبوين . وقيل بطرد القولين كالنسب . وقيل : يستويات قطعاً . أما إذا كان المعتق امرأة ، فلا ولاية لها ، لعدم أهليتها ، فإن كانت حية ، فوجهان . أحدهما قاله صاحب « التلخيص » : بزواجها السلطان . والصحيح أنه يزوجه من يزوج معتقها ، فيزوجها أبو المعتقة ثم جدها على ترتيب الاولياء ، ولا يزوجه ابن المعتقة ، وبشترط في تزويجها رضاها ، ولا يشترط رضى المعتقة على الاصح ، إذ لا ولاية لها . وقيل : يشترط ، فإن عضلت ، ناب السلطان عنها في الاذن ، وزوج الولي .

فإن كانت المعتقة ميتة ، زوجها من له الولاء من عصبات المعتقة ، ويقدم الابن على الاب . وتعود الصور المذكورة في مفارقتهم عصبات النسب فيما إذا كان المعتق رجلاً . وحكي وجه : أن الاب يقدم على الابن بعد موت المعتقة ، ووجه : أن الابن يقدم على الاب في حياتها ، وهما شاذان .

فرع

متى اجتمع عدد من عصبات المعتق في درجة ، كالبنين والاخوة ، فهم كالاخوة في النسب . فإذا زوجها أحدهم برضاها ، صح ، ولا يشترط رضى الآخرين . ولو أعتق الامة اثنان ، اشترط رضاها ، فيوكلان ، أو يوكل أحدهما الآخر ، أو يباشران العقد معاً . ولو أراد أحد المعتقين أن يتزوجها ، اشترط موافقة السلطان للآخر . ولو مات أحدهما عن ابنين أو أخوين ، كفى موافقة أحدهما للمعتق الآخر . ولو مات كل منهما عن ابنين ، كفى موافقة أحد ابني هذا أحد ابني ذلك . ولو مات أحدهما ووارثه الآخر ، استقل بتزويجها .

فرع

كان المعتق خنثى مشكلاً ، ينبغي أن يزوجه أبوه باذنه ، فيكون ولياً أو وكيلاً
إن كان الخنثى ذكراً .

فصل

فيمن بعضها حر ، خمسة أوجه . أصحابها : بزوجه مالك البعض ومعه وليها
القريب . فإن لم يكن ، فمعتق بعضها ، وإلا ، فالسلطان . والثاني : يكون معه
معتق البعض . والثالث : معه السلطان . والرابع : يستقل مالك البعض . والخامس :
لا يجوز تزويجها أصلاً ، لضعف الملك والولاية بالتبويض .
الطرف الثالث : في موانع الولاية ، وهي خمسة .

[المانع الأول : الرق ، فلا ولاية لرقيق ، ويجوز أن يتوكل لغيره في قبول
النكاح باذن سيده قطعاً ، وبغير إذنه على الأصح ، ولا يصح توكيله في الإيجاب
على الأصح عند الجمهور . وقد سبق هذا في الوكالة .

[المانع الثاني : ما يسلب النظر والبحث عن حال الزوج ، وفيه صور ست .
إحداها : الصبا والجنون المطبق ينمان الولاية وينقلانها إلى الأبعد . وفي الجنون
المنقطع وجهان . أصحابها : أنه كالمطبق ، وزوجه الأبعد يوم جنونه ، لبطان أهليته .
والثاني : لا يزبل ولايته كالانغماء ، فعلى هذا ينتظر حتى يفيق على الصحيح .
وقيل : يزوجه الحاكم كالغيبية ، والخلاف جارٍ في الثيب المنقطع جنونها . فعلى رأيي :
تزوج في حال جنونها . وعلى رأيي : ينتظر إفاقتها لتأذن . ولو دل هذا الولي في
إفاقتها ، اشترط عقد وكيله قبل عود الجنون ، وكذا إذا أذنت ائيب ، بشرط

تقدم المقد على عود الجنون . قال الامام: وإذا قصرت نوبة الافاقة جداً ، لم تكن الحال حال تقطع ، لأن السكون اليسير لا بد منه مع إطباق الجنون . ولو أفاق، وبقيت آثار خبل يحمل مثلها بمن لا يمتريه الجنون على حدة في الخلق ، فهل تعود ولايته ، أم يستدام حكم الجنون إلى أن يصفو من الخبل ؟ فيه وجهان .

قلت : لعل الثاني أصح . والله أعلم

الصورة الثانية : اختلال النظر لهرم أو خبل جيبليّ أو عارض ، يمنع الولاية وينقلها إلى الأبد ، والحجر بالفلس لا يمنعها ، وبالسفه يمنعها على المذهب . وقيل : وجهان .

قلت : وحكى الشاشي في الفلس وجهاً . والله أعلم

[الصورة] الثالثة : الاغماء الذي لا يدوم غالباً ، فهو كالنوم ، ينتظر إفاقته ، ولا يزوج غيره . وإن كان مابدوم يوماً أو يومين فأكثر ، فوجهان . أحدهما : نقل الولاية إلى الأبد كالجنون . وأصحابها : المنع . فعلى هذا ، قال البغوي وغيره : تنتظر إفاقته كالنائم . وقال الامام : ينبغي أن تعتبر مدته بالسفر . فإن كانت مدة يعتبر فيها لمن الولي الغائب وتقطع المسافة ذهاباً ورجوعاً ، انتظرت إفاقته بالولاية ، فيزوج الحاكم ، ويرجع في معرفة مدته إلى أهل الخبرة .

[الصورة] الرابعة : السكران الذي مسقط تمييزه بالكلية كلامه لنو . فإن بقي له تمييز ونظر ، فالذهب أنه لا يزوج ، وتنتظر إفاقته .

[الصورة] الخامسة : الأسقام والآلام الشاغلة عن النظر ومعرفة المصلحة ، تمنع الولاية وتنقلها إلى الأبد ، نص عليه ، وأخذ به الأصحاب .

[الصورة] السادسة : الأعمى أن يتزوج قطعاً ، وله أن يزوج على الأصح . ويجري الخلاف في ولاية الأخرس الذي له كتابة أو إشارة مفهومة . وقيل : يزوج قطعاً . فإن لم تكن مفهومة ، فلا ولاية له .

المساع الثالث : الفسق فيه سبع طرق . أشهرها : في ولاية الفاسق قولان ، وقيل بالمنع قطعاً . وقيل : يلي قطعاً . وقيل : يلي المحبر فقط . وقيل : عكسه ، لأنه لا يستقل . وقيل : يلي غير الفاسق بشرب الخمر . وقيل : يلي المستتر بفسقه دون العلن . وأما الراجح ، فالظاهر من مذهب الشافعي رضي الله عنه : منع ولاية الفاسق ، وأفتى أكثر المتأخرين بأنه يلي ، لاسيما الخراسانيون ، واختاره الروياني .

قلت : الذي رجحه الرافعي في المحرر ، : منع ولايته . واستفتي الغزالي فيه فقال : إن كان بحيث لو سلبناه الولاية لانتقلت إلى حاكم يرتكب ما يفسقه ، وليّ ، وإلا ، فلا . وهذا الذي قاله حسن ، وينبغي أن يكون العمل به .

والله أعلم

فرع

قال القاضي حسين والشيخ أبو علي وغيرهما : ولاية الفاسق لمال ولده على الخلاف في ولاية النكاح بلا فرق . وقطع غيرهم بالمنع ، وهو المذهب .

فرع

سبق أن الإمام الأعظم لا يمزّل بالفسق على الصحيح ، وحيثئذ في تزويجه

بناته وبنات غيره بالولاية العامة وجهان ، تقريباً على أن الفاسق لا يلي . أحدهما : المنع
كغيره ، ويزوجهن مَنْ دونه من الولاة والحكام . وأصحها : أنه يزوج ، تفضيلاً
لشأنه ، ولهذا لم يحكم بانزاله .

فرع

إذا تاب الفاسق ، قال البغوي في هذا الباب : له التزويج في الحال ، ولا يشترط
مضي مدة الاستبراء . والقياس الظاهر وهو المذكور في الشهادات : اعتبار الاستبراء ،
لعود الولاية حيث يعتبر لقبول الشهادة ، وسنفصله إن شاء الله تعالى .

فرع

للفاسق أن يتزوج لنفسه على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وفي تعليق الشيخ
ملكداذ القزويني ، عن القاضي أبي سعد وجه : أنه ليس له التزويج إذا قلنا : لا يلي .

فرع

إذا قلنا : الفاسق لا يلي ، فالولاية للأبعد على الصحيح ، وبه قطع الجمهور . وحكى
الحناطي وجهاً : أنها للسلطان . ثم الفسق إنما يتحقق بارتكاب كبيرة ، أو إصرار على
صغيرة ، وليس المضل من الكبائر ، وإنما يفسق به إذا عضل مرات أقلها - فيما حكى
بعضهم - ثلاث ، وحينئذٍ فالولاية للأبعد .

فرع

إذا قلنا : الفاسق لا يلي ، ففي أصحاب الحِرَافِ الدنيئة وجهان .

قلت : المذهب القطع بثبوت ولايتهم ، قاله البغوي وغيره . والله أعلم

المانع الرابع : اختلاف الدين ، فلا يزوّج المسلمة قريبها الكافر ، بل يزوّجها الأبعد من أولياء النسب أو الولاء ، وإلا ، فالسلطان . ولا يزوّج الكافرة قريبها المسلم ، بل يزوّجها الأبعد الكافر . فإن لم يكن ، زوّجها قاضي المسلمين بالولاية العامة ، فإن لم يكن هناك قاضٍ للمسلمين ، فحكي الامام عن إشارة صاحب « التقریب » : أنه يجوز للمسلم قبول نكاحها من قاضيتهم . والمذهب المنع .

وهل يزوّج اليهودي* النصرانية ؟ يمكن أن يلحق بالارت ، ويمكن أن يمنع . ثم الكافر إنما يلي تزويج قريبته الكافرة إذا كان لا يرتكب محرماً في دينه ، فإن ارتكبه ، فتزويجه إياها كتزويج المسلم الفاسق بنته . وعن الحلبي أن الكافر لا يلي التزويج ، وأن المسلم إذا أراد تزوج ذمية ، زوجه بها القاضي . والصحيح أنه يلي .

فرع

في « فتاوى » البغوي : أنه يجوز أن يوكل نصرانياً أو مجوسياً في قبول نكاح نصرانية ، ولا يجوز في قبول نكاح مسلمة ، ويجوز توكيل النصراني مسلماً في قبول نكاح نصرانية ، ولا يجوز في قبول نكاح مجوسية ، لأن المسلم لا يجوز له

نكاحها [بحال] ، بخلاف توكيل الماسر موسراً في تزوج أمة ، فانه جائز ، لأنه يستباحها في الجملة .

فرع

المرتد لا ولاية له على مسلمة ولامرتدة ولاغيرها من الكافرات .

قلت : لا يزوج مسلم كافرة إلا السلطان والسيد على الأصح وإذا زوّج أمة موليته ، ولا يزوج كافر مسلمة إلا [أمته و] أم ولده على وجه ، قاله الفوراني .

والله أعلم

المانع الخامس : الاحرام . فاحرام أحد العاقلين أو المرأة يمنع انعقاد النكاح . وقيل : إن كان العاقد الامام أو القاضي ، فله التزويج ، لقوة ولايتها . والصحيح المنع . وفي تأثير الاحرام وجهان . أحدهما : سلب الولاية ونقلها إلى الأبعد ، كالجنون . وأصحها : أنه مجرد الامتناع دون زوال الولاية ، ابقاء الرشد والنظر ، فعلى هذا ، يزوجها السلطان كما لو غاب . وسواء الاحرام بالحج أو العمرة ، والصحيح والفاسد ، [وقيل : لا يمنع الفاسد] ، وينعقد بشهادة المحرم على الصحيح ، وخالف الاصطخري . وتصح الرجعة في الاحرام على الأصح .

ومن فاته الحج ، هل يصح نكاحه قبل التحلل بعمل عمرة ؟ فيه وجهان حكاهما الحناطي .

قلت : الصحيح المنع ، لأنه محرم . والله أعلم

فرع

إذا وكل حلال حلالاً في التزويج ، ثم أحرم أحدهما ، أو المرأة ، ففي انزال الوكيل وجهان . أصحها : لا ينزل ، فيزوج بعد التحلل بالوكالة السابقة ، وليس للوكيل الحلال أن يزوج قبل تحلل الموكل . هذا هو المعروف في المذهب ، ونقل الغزالي في « الوجيز » فيه وجهاً ، ولم أره لغيره ولا له في « الوسيط » . ولو وكله في حال إحرام الوكيل أو الموكل أو المرأة ، نظر ، إن وكله ليمقد في الإحرام ، لم يصح . وإن قال : تزوج بعد التحلل ، أو أطلق ، صح ، لأن الإحرام يمنع الانقضاء دون الإذن . ومن ألحق الإحرام بالجنون ، لم يصححه .

ولو قال : إذا حصل التحلل فقد وكلتك ، فهذا تعليق للوكالة ، وقد سبق الخلاف فيه . وإذن المرأة في حال إحرامها على التفصيل المذكور في التوكيل . ولو وكل حلال محرماً ليوكّل حلالاً بالتزويج ، صح على الأصح ، لأنه سفير محض ليس إليه من المقد شيء .

واعلم أن وكيل المصلي يزوج ، بخلاف وكيل المحرم ، لأن عبارة المحرم غير صحيحة ، وعبارة المصلي صحيحة . حتى لو زوجها في صلاته ناسياً ، صح النكاح والصلاة .

فصل

إذا لم يكن الولي الأقرب حاضراً ، نظر ، إن كان مفقوداً لا يعرف مكانه ولا موته وحياته ، زوجها السلطان ، لتمنّئ نكاحها من جهته . وإن انتهى الأمر إلى غاية يحكم القاضي فيها بموته وقسم ماله بين ورثته . على ما سبق في الفرائض . انتقلت

الولاية إلى الأبد . وإن عرف مكان الثائب ، فإن كان على مسافة القصر ، زوجها
السلطان ، ولايزوجها الأبد . وقيل : يزوج الأبد . وعن القاضي أبي حامد : إن
كان من الملوك وكبار الناس ، اشترط مراجعته ، وإن كان من التجار وأوساط
الناس ، فلا . والصحيح الأول . وإن كانت دون مسافة القصر ، فأوجه .
أحدها : كالطويلة ، وهو ظاهر نصه في « المختصر » . وأصحها : لاتزوج حتى يراجع
فيحضر أو يوكّل ، نص عليه في « الاملاء » .

والثالث : إن كان بحيث يتمكن الابتكر إليه من الرجوع إلى منزله قبل الليل ،
اشترطت مراجعته ، وإلا ، فلا .

فرع

عن الشافعي رضي الله عنه : أن السلطان لايزوج مَنْ تدعي غيبة وليها حتى
يشهد شاهدان أنه ليس لها ولي حاضر ، وأنها خلية عن النكاح والمدة . فقيل :
هذا واجب . وقيل : مستحب .

قلت : الأصح أنه مستحب ، وبه قطع إبراهيم المروذي ، ذكره في آخره كتاب الطلاق .

والله أعلم

فملى هذا ، لو ألحّت في المطالبة ، ورأى السلطان التأخير ، فهل له ذلك ؟ وجهان ،
ولايقبل في هذا إلاّ شهادة مطلع على باطن أحوالها . وإن كان الولي الغائب ممّن
لايزوّج إلاّ باذن ، فقالت : ما أذنت له ، فللقاضي تحليفها على نفي الاذن .

قلت : قال النزالي : وللقاضي تحليفها أن وليها لم يزوجها في الغيبة إن رأى ذلك . ومثل هذه اليمين التي لا تنطق بدعوى ، هل هي مستحبة ، أم واجبة ؟ وجهان . والله أعلم

فرع

إذا غاب الولي الأقرب الغيبة المعتبرة ، فالأولى للقاضي أن يأذن للأبعد أن يزوج ، أو يستأذنه ليزوج القاضي .

فرع

في « فتاوى » البغوي : أن القاضي إذا زوّج من غاب وليها ، ثم قدّم وليها بعد العقد ، بحيث يعلم أنه كان قريباً من البلد عند العقد ، لم يصح النكاح . الطرف الرابع : في تولّي طرفي العقد ، فيه مسائل .

أحدها : هل يتولى الجد طرفي تزويج بنت ابنه الصغيرة أو الكبيرة ببن ابن آخر مولى عليه ؟ فيه وجهان . اختار ابن الحداد والقفال وابن الصباغ الجواز ، وصاحب « التلخيص » وجماعة من المتأخرين المنع .

قلت : قال الرافعي في « المحرر » : رجح المتأخرون الجواز . والله أعلم

فإن جوزنا ، اشترط الاتيان بشيئتي الإيجاب والقبول على الأصح . وقيل : يكفي أحدهما . وإن منعنا ، فإن كانت بالغة ، زوّجها السلطان باذنها ، ويقبل الجد لابن . وإن كانت صغيرة ، وجب الصبر إلى أن تبلغ فتأذن ، أو يبلغ الصغير فيقبل ،

كذا حكاة الشيخ أبو علي وغيره . وذكر الامام تفریباً على المنع : أنه یرفع إلى السلطان لیتولی أحد الطرفين . قال : ثم یحتمل أن یتخیر منها ، ویحتمل أن یقال : یأتي بما یرتدیه الولی ، وهذا مفروض فیما إذا كانت الولاية بسبب الجنون ، وإلا ، فغیر الاب والجد لایزوج الصغیر ولا الصغیرة .

[المسألة] الثانية : للمم تزویج بنت أخیه بابنه البالغ ، ولابن المم تزویجها بابنه على المذهب فیها . هذا إذا أطلقت الاذن وجوزناه . فان عینته فی الاذن ، جاز قطعاً ، لانتفاء التهمة .

وإن زوجها بابنه الطفل ، لم یصح على المذهب ، لانه نکاح لم یحضره أربعة ، وليس له قوة الحدود .

[المسألة] الثالثة : إذا كان الولی ممن یجوز له نکاحها ، كابن المم ، والمعتق ، والقاضي ، وأراد نکاحها ، لم تجز تولیة الطرفين ، ولكن یزوج ابن المم من فی درجته ، فان لم یکن ، فالقاضي . وإن كان الراغب القاضي ، وزوجه والٍ فوقه ، أو خرج إلى قاضي بلد آخر ، أو یرتد فی من یزوجه إن كان له الاستخلاف . وإن كان الراغب الامام الاعظم ، وزوجه بعض قضاته . هذا هو الصحیح . وفي الامام وجه مشهور : أنه یتولی الطرفين . وفي القاضي وابن المم وجه أبعد ، ویجیء مثله فی المعتق . وحكي الوجه فی القاضي عن أبي یحیی البلخي . ولو أراد أحد هؤلاء تزویجها بابنه الصغیر ، فكف نفسه . وحيث جوزنا لنفسه ، فذلك إذا سمته فی إذهنها . فان أطلقت ، وجوزنا الاطلاق ، فوجهان حکاهما الحناطي . وفي « فتاوى » البغوي : أنه لو أراد نکاح بنت عمه وهو ولیها ، وهو غائب عنها ، وزوجه به قاضي بلد المرأة ، لا قاضي بلد الرجل .

[المسألة] الرابعة : هنی منمناه تولی الطرفين ، فوکئل فی أحدهما ، أو وکئل

شخصين فيها ، لم يصح على الاصح ، لان فعل الوكيل فعل الوكل . وقيل : يصح ، لوجود العدد . وقيل : يجوز للجد ، اتمام ولايته من الطرفين . ولو وكّل الولي رجلاً ، ووكله الخاطب ، أو وكّله في تزويجه لنفسه ، فتولى الطرفين ، لم يصح على الصحيح .

[المسألة] الخامسة : زوج أمته بعبده الصغير ، وجوزنا له إجباره ، فهو كتولي الجد طرفيه .

[المسألة] السادسة : ابنا عمّ ، أحدهما لآب ، والآخر لابوين ، أراد الاول نكاحها ، يزوجه الثاني ، وإن أراد الثاني وقلنا : هما سواء ، زوجة الاول ، وإلا ، فالقاضي .

[المسألة] السابعة : قالت لابن عمها أو معتمها : زوجني ، أو زوجني من شئت ، ليس للقاضي تزويجه بها بهذا الاذن ، لان المفهوم منه التزويج بأجنبي . وإن قالت : زوجني نفسك ، حكى البغوي عن بعض الاصحاب : أنه يجوز للقاضي تزويجه بإياها . قال : وعندي لا يجوز ، لأنها إنما أذنت له ، لا للقاضي .

قلت : الصواب الجواز ، لان معناه : فوض إلى من بزوجه إياي . والله أعلم

الطرف الخامس : في التوكيل ، التوكيل بالتزويج جائز . فان كان الولي مجبراً ، فله التوكيل بغير إذنهما على الصحيح . وقيل : يشترط إذنهما ، حكاه الخناطي والقاضي أبو حامد . فعلى هذا ، إن كانت صغيرة ، امتنع التوكيل . فعلى الصحيح : إذا وكّل لا يشترط تعيين الزوج على الأظهر . ولو أذنت الثيب في النكاح أو البكر لغير الأب والجد ، ففي اشتراط التعيين القولان . وقيل : لا يشترط قطعاً ، لأن الولي يعتني بدفع العار عن النسب ، بخلاف الوكيل . قال الامام : وظاهر كلام

الأصحاب يقتضي طرد الخلاف وإن رضيت بترك الكفاءة ، لكن القياس تخصيصه بمن لم ترض . فأمّا من أسقطت الكفاءة ، فلا معنى لاشتراط التمين فيها . وإذا جوزنا التوكيل المطلق ، فعلى الوكيل رعاية النظر . فلو زوج لغير كفٍّ ، لم يصح على الصحيح . وحكى ابن كج وجهاً : أنه يصح ، ولها الخيار . فان كانت صغيرة ، خيّرت عند البلوغ .

ولو خطب كفّان ، وأحدهما أشرف ، فزوّج الآخر ، لم يصح . وإذا جوزنا الاذن المطلق ، فقالت : زوجني ممن شئت ، فهل له تزويجها غير كفٍّ ؟ وجهان ، أحدهما عند الامام والسرخسي وغيرهما : نعم ، كما لو قالت : زوجني ممن شئت كفّاءً كان أو غيره . هذا كله إذا كان الولي مجبراً . فان كان غير مجبر ، لكونه غير الأب والجد ، أو كانت ثيباً ، ففيه صور .

إحداها : قالت : زوجني ووكل ، فله كل واحد منها .

الثانية : نهت عن التوكيل ، لا يوكل .

الثالثة : قالت : وكل بتزويجي واقتصرت عليه ، فله التوكيل . وهل له أن يزوج بنفسه ؟ وجهان . أحدهما : نعم .

الرابعة : قالت : أذنتُ لك في تزويجي ، فله التوكيل على الأصح ، لأنه متصرف بالولاية . ولو وكّل من غير مراجعتها واستئذانها بالكلية ، لم يصح على الصحيح ، لأنه لا يملك التزويج بنفسه حينئذٍ . والثاني : يصح . فعلى هذا ، يستأذن الولي أو الوكيل الولي ، ثم يزوج . ولا يجوز أن يستأذن لنفسه . ثم إذا وكّل غير المحبر بعد إذن المرأة ، فهل يشترط تعيين الزوج إن أطلقت الاذن ؟ وجهان كما في توكيل المحبر .

قال الامام : وإذا عينت زوجاً ، سواء شرطنا تعيينها ، أم لا ، فليذكره الولي

للوكيل . فان لم يفعل وزوج الوكيل غيره ، لم يصح . وكذا لو زوجه ، لم يصح على الظاهر ، لأن التفويض المطلق - مع أن المطلوب معين - فاسد . وهذا كما لو قال الولي للوكيل : بع مال الطفل بالعين ، فباع بالقبطة ، لم يصح .

فرع

قالت : أذنت لك في تزويجي ، ولا تزوجني بنفسك ، قال الامام : قال الأصحاب : لا يصح هذا الاذن ، لأنها منعت الولي ، وجعلت التفويض للأجنبي ، فأشبهه الاذن للأجنبي ابتداءً .

فرع

في « فتاوى » البغوي : أنه إذا لم يكن ولي سوى الحاكم ، فأمر قبل أن يستأذنها رجلاً بتزويجها ، فزوجه الرجل باذنها ، هل يصح النكاح ؟ يبنى على أن استئابة القاضي في شغل معين - كتحليف وسماع شهادة - يجري مجرى الاستخلاف ، أم لا ؟ إن قلنا : نعم ، جاز قبل استئذائها ، وصح النكاح ، وإلا ، فلا يصح على الأصح ، كتوكيل الولي قبل الاذن .

فصل

في بيان لفظ الوكيل في عقد النكاح

فيقول وكيل الولي للزوج : زوجتُك بنت فلان . فان كان الوكيل للزوج ، قال الولي : زوجت بنتي فلاناً ، فيقول وكيله : قبلت نكاحها له . فلو لم يقل :

« له » ، فعلى الخلاف السابق إذا قال الزوج : « قبلت » ، ولم يقل : « نكاحها » ، ولو قال الولي لوكيل الزوج : زوجت بنتي لك ، فقال : قبلت نكاحها لفلان ، لم ينعقد . وإن قال : قبلت نكاحها ، وقع العقد للوكيل ، ولم ينصرف إلى الموكل بالنية . ولو جرى النكاح بين وكيلين ، فقال وكيل الولي : زوجت فلانة فلاناً ، فقال وكيل الزوج : قبلت نكاحها لفلان ، صح . وفي البيع يجوز أن يقول البائع لوكيل المشتري : بمك ، ويقول الوكيل : اشتريت وينوي موكله ، فيقع العقد للموكل وإن لم يسمه . وفرقوا بينهما بوجهين . أحدهما : أن الزوجين كالثمن والمثمن ، ولابد من تسميتها . الثاني : أن البيع يرد على المال ، وهو قابل للنقل من شخص إلى شخص ، والنكاح يرد على البضع ، وهو لا يقبل النقل ، ولهذا لو قبل النكاح لزيد بوكالة ، فأنكرها زيد ، لم يصح العقد . ولو اشترى لزيد ، فأنكرها ، صح الشراء للوكيل . ولو قال وكيل الزوج أولاً : قبلت نكاح فلانة منك لفلان ، فقال وكيل الولي : زوجتها فلاناً ، جاز . ولو اقتصر على قوله : زوجتها ، ولم يقل : فلاناً ، فعلى الخلاف السابق .

فرع

إذا قبل الأب النكاح لابنه بالولاية ، فليقل الولي : زوجت فلانة بابنك ، فيقول الأب : قبلت نكاحها لابني .

فرع

كانت بنته مزوجة أو ممتدة ، فقال : إذا طلقت أو انقضت عدتها ، فقد

وكُلُّتُكَ بتزويجها ، فقولان ، كما لو قال : إذا مضت سنة ، فقد وكلتُكَ بتزويجها .
وهذا تفريع على أنه لو قال : وكُلُّتُكَ بتزويجها إذا طلقها ، يصح ، كقوله :
زَوَّجَهَا إذا مضت سنة . وفي وجه : لا يصح هذا التوكيل ، وقد سبق بيانها في الوكالة .

فرع

لا يشترط في التوكيل بالتزويج ذكر المهر ، لكن لو سمى قدرأ ، لم يصح
التزويج بدونه ، كما لو قال : زَوَّجَهَا في يوم كذا ، أو مكان ، فخالف الوكيل ، لا يصح .
ولو أطلق التوكيل ، فزَوَّجَ الوكيل بدون مهر المثل ، أو لم يتعرض للمهر ، أو نفاه ،
ففيه خلاف نذكره في آخر الباب الثاني من « كتاب الصداق » إن شاء الله تعالى .
ولو وكله بقبول نكاح امرأة ، وسمى مهرأ ، لم يصح القبول بما زاد عليه . وإن لم
يسم ، فليقبل نكاح امرأة تكافئه ، مهر المثل أو أقل . فان زَوَّجَ له من لا تكافئه ،
لم يصح . وقيل : إن قبل بأكثر من مهر المثل ، أو بغير نقد البلد ، أو بعين
من أعيان مال الموكل ، أو من مال نفسه ، فوجهان . أحدهما : يصح النكاح ،
وعلى الموكل مهر المثل من نقد البلد . والثاني : لا يصح ، كالبيع . هكذا فصل
المسألة البغوي .

ولك أن تتوقف في موضعين . أحدهما : تصحيح إطلاق التوكيل في قبول
نكاح امرأة ، لأنه لو وكله في شراء عبد ، اشترط بيان نوعه وتفصيله ، فالاشتراط
هنا أولى . الثاني : حكمه ببطان قبول من لا تكافئه ، لأننا سنذكر أن الولي أن
يزوج الصغير من لا تكافئه . وإذا جاز الولي ، فكذا للوكيل عند إطلاق التوكيل .

قلت : هذا الاعتراض الثاني قاسد ، كما لو اشترى الوكيل مبيعاً ، بخلاف قوة ولاية الأب . وفي الاعتراض الأول أيضاً نظر ، والراجع المختار ما ذكره البغوي .
والله أعلم

فرع

قال : اقبل لي نكاح فلانة على عبدك هذا ، ففعل ، صح النكاح . وفي العبد وجهان . أحدهما : لا تملكه المرأة ، بل على العبد مهر المثل . والثاني : تملكه . وهل هو قرض ، أم هبة ؟ وجهان .

الطوف السادس : فيما يلزم الولي . فإن كان مجبراً ، فقد ذكرنا أن عليه الإجابة إلى التزويج إذا طلبت . ويلزمه تزويج المجنونة والمجنون عند الحاجة بظهور أمارات الشؤقان ، أو بتوقُّع الشفاء عند إشارة الأطباء ، ولا يلزمه تزويج ولديه الصغير والصغيرة لعدم الحاجة . فلو ظهرت الغبطة في تزويجها ، ففي الوجوب احتمال للامام ، كما إذا طلب ماله بزيادة ، يجب البيع . والوجوب في الصغير أبعد ، للزوم المؤن . أما غير المجبر ، فإن تمين ، كأخ واحد ، لزمه الإجابة إذا طلبت كالمجبر ، ويمحيء فيه الخلاف المذكور هناك . وإن لم يمين كاخوة ، فطلبت من بعضهم ، وجبت على الأصح . ولو عضل الواحد أو الجمع ، زوج السلطان كما سبق .

فصل

إذا قبل الأب للصغير أو المجنون نكاحاً بصداق من مال الابن ، فإن كان عتيقاً ، فذاك ، ولا تطلق له بالأب . وإن كان دينياً ، فقولان . القديم : أن الأب يكون ضامناً

المهر بالمقد . والجديد : لا يكون ضامناً ، إلا أن يضمن صريحاً ، كما لو اشترى لطفله شيئاً . فان كان الثمن عليه ، لاعلى الأب ، قال ابن كج : القولان فيما إذا أطلق . فان شرطه على الابن ، فعلى الابن قطعاً .

ثم قال المراقبون وعامة الأصحاب : القولان إذا لم يكن للابن مال . فان كان ، فالأب غير ضامن قطعاً . وقيل بطرد القولين . فان قلنا بالجديد ، فببرع بالأداء ، لم يرجع ، وكذا الأجنبي . وإن ضمن صريحاً ، وغرم ، فقصد الرجوع هنا بمنزلة إذن المضمون عنه . فان ضمن بقصد الرجوع ، وغرم بقصد الرجوع ، رجع ، وإلا ، فعلى الخلاف المذكور في الضمان بغير الاذن . وإن ضمن بشرط براءة الأصيل ، قال القاضي حسين : إن لم نصحح الضمان بشرط براءة الأصيل ، فهذا ضمان فاسد شرط في الصداق . وقد سبق ذكر قولين في أن شرط الضمان الفاسد أو الرهن الفاسد في عقد هل يفسد العقد ؟ وإن صححنا الضمان بشرط براءة الأصيل ، فالشرط هنا فاسد ، لأنه لا دين في ذمة المعقود له . وإذا فسد الشرط ، ففي فساد الضمان وجهان سبقا في «الضمان» . فان قلنا بالقديم ، فغرم ، قال القاضي حسين والشيخ أبو علي : لا يرجع على الابن ، لانه غرم بالشرع ، كما لا ترجع العاقلة على الجاني . واعترض الامام فقال : المطالبة متوجهة على الابن ، بخلاف الجاني . فعلى هذا ، يرجع إن قصد الرجوع عند الاداء ، وبهذا قطع البغوي . ولو شرط الاب أن لا يكون ضامناً ، ومن القاضي : أنه يبطل العقد على القديم . قال الامام : وهذا وهم من المناقلين عنه ، فان النكاح لا يفسد بمثل ذلك ، ولعله قال : يبطل الشرط ويلزم الضمان .

فصل

يجب على الولي حفظ مال الصبي وصونه عن أسباب التلف ، وعليه استئناؤ
قدر ما لا تأكل النفقة والمؤون المال إن أمكن ذلك ، ولا تلزمه المبالغة في الاستئناء
وطلب النهاية . وإذا طلب متاعه بأكثر من ثمنه ، لزمه بيعه . ولو كان شيء يباع
بأقل من ثمنه ، وللطفل مال ، لزمه شراؤه إذا لم يرغب فيه لنفسه ، هكذا أطلقه
الامام والغزالي في الطرفين ، ويجب أن يتقيد ذلك بشرط الغبطة ، بل بالاموال
المعدة للتجارة . أما ما يحتاج إلى عينه ، فلا سبيل إلى بيعه وإن ظهر طاب بالزيادة .
وكذا العقار الذي يحصل منه كفايته . وكذلك في طرف الشراء قد يؤخذ الشيء
رخيصاً ، لكنه عرضة للتلف ، ولا يتيسر بيعه لقلّة الراغبين فيه ، فيصير كلاً على مالكه .
قلت : هذا الذي قاله الرافعي ، هو الصواب ، ولا يفتّر بما خالفه . والله أعلم

فرع

إذا تضجر الاب بحفظ مال الطفل والتصرف فيه ، رفع الامر إلى القاضي
لينصب قيثاً بأجرة ، وله أن ينصب بنفسه ، ذكره الامام . ولو طلب من القاضي
أن يثبت له أجرة على عمله ، فالذي يوافق كلام الجمهور : أنه لا يجيبه إليه غنياً
كان أو فقيراً ، إلا أنه إذا كان فقيراً ينقطع عن كسبه ، فله أن يأكل منه
بالمعروف كما سبق في «الحجر» ، وذكر الامام أن هذا هو الظاهر . قال : ويجوز
أن يقال : يثبت له أجرة ، لأن له أن يستأجر ، فجاز له طلبها لنفسه ، وبهذا الاحتمال
قطع الغزالي . وعلى هذا ، لا بد من تقدير القاضي ، وليس له الاستقلال به ،
وهذا إذا لم يكن هناك متبرع بالحفظ والعمل . فان وجد متبرع ، وطلب الاب الأجرة ،

فقد أشار الامام إلى وجهين أيضاً . الصحيح : أنه لا يثبتها له ، للاستغناء عنه .
والثاني : يثبتها ، لزيادة شفقتة ، كما تُقدّم الام في الرضاع على قولٍ على المتبرعة .
الطرف السابع : في خصال الكفاءة .

إحداها : التقى من العيوب المثبتة للخيار ، واستثنى البغوي منها التعنين وقال :
لا يتحقق ، فلا ينظر إليه . وفي تعليق الشيخ أبي حامد وغيره : التسوية بين التعنين
 وغيره ، وإطلاق الجمهور يوافقه . فمن به عيب ، ليس كفاءً لسليمةٍ منه ، وكذا
 إن كان بها ذلك [العيب] ، لكن ما به أفحش ، أو أكثر ، فليس بكفاءً . فان تساويا ،
 أو كان ما بها أكثر ، فوجهان بناءً على ثبوت الخيار في هذه الحالة ، ويجريان
 لو كان محبوباً وهي رتقاء ، وزاد الروياني على العيوب المثبتة للخيار العيوب المنفرة ،
 كالعمى ، والقطع ، وتشوّه الصورة . وقال : هي تمنع الكفاءة عندي ، وبه قال بعض
 الاصحاب ، واختاره الصيمري .

الثانية : الحرية ، فلا يكون رقيق كفاءً لحرّة أصليّة ولاعتيقة ، ولاعتيقٌ لأصليّة ،
 ولا من مس الرق أحد آباءه لمن لم يس أحدًا من آبائها ، ولا من مس أباً أقرب في نسبه لمن
 مس أباً أبعد من نسبه . ويشبه أن يكون الرق في الامهات مؤثراً ، ولذلك تعلق به الولاء .
 قلت : المفهوم من كلام الاصحاب ، أن الرق في الامهات لا يؤثر كما سيأتي في
 «النسب» ، إن شاء الله تعالى . وقد صرح بهذا صاحب «البيان» ، فقال : من ولدته رقيقة
 كفاءً لمن ولدته عربيّة ، لانه يقع الاب في النسب . والله أعلم

الثالثة : النسب ، فالعجمي ليس كفاءً للعربية ، ولا غير الفرشي للقرشية ،
 ولا غير الهاشمي والمطلي للهاشمية أو المطلبية . وبنو هاشم وبنو مطلب أكفاء .
 وحكي وجه : أن قريشاً بعضهم أكفاء بعض ، ويعتبر النسب في المعجم كالعرب .
 وقال القفال والشيخ أبو عاصم : لا يعتبر ، لانهم لا يعتنون بحفظها وتدوينها . والاول أصح .

ومقتضاه الاعتبار فيمن سوى قريش من العرب أيضاً ، لكن ذكر ذاكرون أنهم أكفاء .

قلت : مقتضى كلام الأكثرين ، أن غير قريش من العرب بعضهم أكفاء بمص ، كما صرح به هؤلاء الجماعة . وذكر الشيخ إبراهيم المروذي ، أن غير كنانة ليسوا أكفاءً لكنانة . ومما يتعلق بهذا ما حكاه في « البيان » عن الصيمري ، أنه قال : موالي قريش أكفاء لقريش ، وكذا موالي كل قبيلة أكفاء لها ، [قال] : وجمهور الأصحاب على أنهم ليسوا بأكفاء ، وهو الصحيح . والله أعلم

فرع

الاعتبار في النسب بالأب ، فمن أبوه عجمي وأمه عربية ، ليس بكفٍّ لمن أبوها عربي وأما عجمية .

الرابعة: الدين والصلاح، فمن أسلم بنفسه، ليس كفءاً لمن لها أبوان أو ثلاثة في الاسلام ، وقيل : كفء، وقيل : لا ينظر إلا إلى الأب الاول والثاني، فمن له أبوان في الاسلام، كفء لمن لها عشرة آباء في الاسلام ، والاول أصح . والفاسق ليس بكفٍّ للعفيفة ، ولا تعتبر الشهرة ، بل من لا يشهر بالصلاح كفءٌ للمشهورة به . وإذا لم يكن الفاسق كفءاً للعفيفة ، فالابتدع أولى أن لا يكون كفءاً للنسبية ، وقد نص عليه الروياني رحمه الله .

الخامسة : الحرفة . فأصحاب الحِرَف الدنيئة ليسوا أكفاءً لغيرهم . فالكنَّاس ،

والحجّام ، وقبّص الحمام ، والحارس ، والراعي ونحوهم ، لا يكافؤون بنت الخياط ،
والخياط لا يكافئ بنت تاجر أو بزّاز ، ولا المحترف بنت القاضي والعالم .
وذكر في « الحلية » أنه تراعى العادة في الحِرَف والصنائع ، لأن في بعض
البلاد التجارة أولى من الزراعة ، وفي بعضها بالعكس .

فرع

الحرفة الدنيئة في الآباء ، والاشتهار بالفسق ، مما يبيّئ به الولد ، فيشبه أن يكون
حال من كان أبوه صاحب حرفة دنيئة ، أو مشهوراً بفسق ، مع من أبوها عدل ، كما ذكرنا
فيمن أسلم بنفسه مع من أبوها مسلم .
والحق أن يجمل النظر في حق الآباء ديناً وسيرة وحرفة من حيث النسب ،
فإن مفاخر الآباء ومثالبهم ، هي التي يدور عليها أمر النسب ، وهذا يؤكد اعتبار
النسب في المعجم . ويقضي أن لا تطلق الكفاة بين غير قریش من العرب .
السادسة : اليسار على وجه . والاصح : أنه غير معتبر . فإن اعتبرناه ،
فوجهان . أحدهما : أن الاعتبار يسار بقدر المهر والنفقة ، فإذا أيسر به ، فهو كفء
لصاحبة الالوف . وأصحها : لا يكفي ذلك ، بل الناس أصناف ، غني ، وفقير ، ومتوسط ،
وكل صنف أكفأ وإن اختلفت المراتب . وفي « فتاوى » القاضي حسين : أنه لو زوّج
بنته البكر بمهر مثلاً رجلاً معسراً بغير رضاها ، لم يصح النكاح على المذهب ، لأنه
بخس حقها ، كتزويجها بغير كفء .

فرع

ليس من الخصال المبررة في الكفاءة الجمال وتقيضه ، لكن ذكر الروياني ، أن الشيخ لا يكون كفاءاً للشابة على الاصح ، وأن الجاهل ليس كفاءاً للعالمة ، وهذا فتح باب واسع .

قلت : الصحيح خلاف ما قاله الروياني . قال أصحابنا : وايس البخل والكرم والطول والقصّر معتبراً . قال الصيمري : واعتبر قوم البلد ، فقالوا : ساكن مكة والمدينة والبصرة والكوفة ، ليس كفاءاً لساكن الجبال ، قال : وهذا ليس بشيء .
والله اعلم

فرع

مقتضى كلام الجمهور ، أن خصال الكفاءة لا تقابل بعضها ببعض ، وقد صرح به البغوي وأبو الفرج السرخسي ، حتى لا تزوج سليمة من العيوب دنيّة بمعيب نسب ، ولا حرة فاسقة بعبد عفيف ، ولا عربية فاسقة بعجمي عفيف ، ولا رقيقة عفيفة بحرّ فاسق ، وتكفي صفة النقص في المنع . وفصل الامام فقال : السلامة من العيوب لا تقابل بسائر فضائل الزوج ، وكذا الحرية ، وكذا النسب .

وفي انخيار دناءة نسبه بمفته الظاهرة ، وجهان . أصحابنا : المنع ، قال : والتقي من الحرف الدنيّة ، يقابله الصلاح وفاقاً . والصلاح إن اعتبرناه ، يقابل بكل خصلة ، والأمة العربية بالحرّ العجمي على هذا الخلاف .

فرع

قال الامام والغزالي : لا اعتبار بالانتساب إلى عطاء الدنيا والظلمة المستولين على الرقاب وإن كان الناس قد يتفاخرون بهم ، وهذا الذي قاله ، لا يساعده كلام الثقلّة . وقد قال المتولي : للمعجم عرف في الكفاءة ، فيعتبر عرفهم .
واعلم أن صاحب « الشامل » نقل قولاً عن كتاب البويطي : أن الكفاءة في الدين وحده ، والمشهور ما سبق .

فصل

الكفاءة حق المرأة والولي واحداً كان أو جماعة مستوين في درجة . فإن زوّجها بغير كفٍّ وليّها المنفرد برضاها ، أو أحد الأولياء برضاها ورضى الباقين ، صح النكاح ، فالكفاءة ليست شرطاً للصحة . وإذا زوّجها الولي الأقرب بغير كفٍّ برضاها ، لم يكن للأبعد الاعتراض . فلو كان الذي يلي أمرها السلطان ، فهل له تزويجها بغير كفٍّ إذا طلبته ؟ قولان أو وجهان . أصحابنا : المنع ، لأنه كالنائب ، فلا يترك الحظ . ولو زوجها أحد الأولياء بغير كفٍّ برضاها دون رضى الباقين ، لم يصح على المذهب . وفي قول : يصح ، ولهم الخيار في فسخه . وقيل : يصح قطعاً . وقيل : لا يصح قطعاً . وإن زوجها أحدهم أو كلهم بغير رضاها ، وكانت قد أذنت في التزويج مطلقاً ، وقلنا : لا يشترط تعيين الزوج ، أو زوج الأب أو الجد البكر الصغيرة أو البالغة بغير كفٍّ بغير إذنها ، لم يصح على المذهب . وقيل : يصح . وقيل : إن علم الولي عدم الكفاءة ، فالنكاح باطل ، وإلا ، فصحيح . وإذا صححناه ، فللمرأة الخيار إن كانت بالغة ، وإن كانت صغيرة ، فإذا بلغت ، تخيّرّت . وحكى الامام

وجهاً : أنها لا تتخير، وعليها الرضى بعقد الأب . وهل للولي الخيار في صغرهما ؟
وجهان . ورواهما القاضي أبو الطيب قوانين . أحدهما : نعم، كما لو اشترى للصغير
مميماً . والثاني : لا ، لأنه خيار شهوة . وهذا الخلاف فيما ذكره الحناطي والبنغوي
ورآه الامام مخصوص بما إذا جهل الولي حال الزوج ، فان علم ، فلا خيار له .
وطرده ابن كج وآخرون في حالتي العلم والجهل ، وقالوا : ليس هو عاقداً انفسه حتى
يؤاخذ بعلمه .

فرع

في « فتاوى » البنغوي : أنها لو أقرت بشكاح لغير كفٍّ ، فلا اعتراض للولي،
لأنه ليس بإنشاء عقد ، ولا يقبل قوله : « مارضيت » ، كما لو أقرت بالنكاح وأنكر الولي ،
لا يقبل إنكاره ، قال : ولو زوجت بوكالة، ثم أنكر الولي التوكيل والمرأة ساكتة،
فالقول قول الولي . فلو أقرت بالنكاح ، قبل قولها .

فرع

إذا زوج الأب ابنه الصغير بمن لا تكافئه ، نظر ، فان كانت معيبة بعيب يثبت
الخيار ، ففي صحة النكاح الخلاف السابق في تزويج الصغيرة بغير كفٍّ . والمذهب :
أنه يصح . وقيل : لا يصح إنكاحه الرتقاء والقرناء قطعاً ، لأنه بذل مال في بضع
لا ينفع ، بخلاف تزويج الصغيرة بمحبوب . وإن زوجه أمة ، لم يصح ، لأنه لا يخاف
الموت . وإن زوجه بمن لا تكافئه بجهة أخرى ، صح على الأصح ، إذ لا عار على
الرجل في استفراش من دونه . فان صححنا ، فالتفريع كما سبق في الصغيرة .
وإن زوجه عمية ، أو عجوزاً ، أو مفقودة بعض الأطراف ، فوجهان . ويجب أن

يكون في تزويج الصغيرة بالأعمى والأقطع والشيخ الهيم الوجهان . وإن زوج المجنون أمة ، جاز إن كان ممسراً وخشي عليه العنت . وفي وجه : لا يجوز ، لأنه لا يخشى عليه وطء يوجب حداً أو إثمًا، وهو ضعيف . وإن كان النقص بسبب آخر ، فملى مادكرنا في الصغيرة .

فرع

زوج بنته بخشي قد بان رجلاً ، أو ابنه بخشي قد بان امرأة ، فإن أثبتنا الخيار بهذا السبب ، فالخشي كالمجنون والمجنونة ، وإلا ، فكالأعمى . قلت : الخشي كالخشي في هذا ، قال البغوي : وكذا لو أذنت البالغة في التزويج مطلقاً فزوّجها بخشي أو خشي . والله أعلم

فرع

للسيد أن يزوّج أمته برقيق ودنيء النسب ، ولا يزوّجها من به عيب يثبت الخيار ، ولا من لا يكافئها بسبب آخر . فإن خالف ، فهل يبطل النكاح ، أم يصح ولها الخيار ؟ فيه مثل الخلاف السابق . وفي وجه ضعيف : يصح بلا خيار . ولو زوجها بعميب برضاها ، لم يكن لها الامتناع من تمكينه ، وله بيعها بمن به بعض تلك العيوب . وهل لها الامتناع من تمكينه ؟ وجهان . قلت : قال المتولي : أصحها : يلزمها التمكين .

ومما يتعلق بالفصل ، لو زوّجها بعض الأولياء بكفٍّ بدون مهر النثل برضاها دون رضى بقية الأولياء ، صح قطعاً ، إذ لاحق لهم في المهر ، ولا عار . ولو طلبت

التزويج برجل ، وادعت كفاءته ، وقال الولي : ليس بكفء ، رفع إلى القاضي ، فان ثبتت كفاءته ، ألزمه تزويجها ، فان امتنع ، زوجها القاضي به ، وإن لم تثبت ، لم يلزمه تزويجها به . قال البغوي : ولو زوجها واحد برضاها ورضى الباقيين بغير كفء ، فاخلمت منه ، ثم زوجها أحدهم به برضاها دون إذن الباقيين ، فقبل : يصح قطعاً ، لأنهم رَضُوا به أولاً . وقيل : على الخلاف ، لأنه عقد جديد . ولو امتنعوا ، فلهم ذلك بلا خلاف . قال : ولو استأذن الأب البكر البالغة في التزويج بغير كفء ، فسكت ، فهل يصح قطعاً ، أم يكون على الخلاف فيه طريقان . والمذهب : الصحة . وقد سبقت المسألة في أول الباب . قال الشافعي رحمه الله في « الاملاء » : لو زوّج أخته ، فمات الزوج ، فادعى وارثه أن الأخ زوّجها بغير رضاها ، وأنها لا ترث ، فقالت : زوّجني برضاي ، فاقول قولها وترث ، قال في « الاملاء » : وإن قال رجل : هذه زوجتي ، فسكت فمات ، ورثته ، وإن مات ، لم يرثها ، لأن إقراره يقبل عليه دونها . ولو أقرت بزوجة رجل ، فسكت فمات ، ورثها ، وإن مات ، لم ترثه . والله أعلم .

الطرف الثامن : في اجتماع الأولياء . فإذا اجتمعوا في درجة ، كالأخوة والاعمام وبنينهم ، استحب أن يزوجهما أفضلهم بالفقهاء أو الورع ، وأسنهم ، برضى الباقيين ، لأن هذا أجمع للمصلحة . ولو تعارضت هذه الخصال ، قدّم الأفقه ، ثم الأورع ، ثم الأسن . ولو زوّج غير الأسن والأفضل برضاها بكفء ، صح ، ولا اعتراض للباقيين . ولو تنازعوا ، وقال كل : أنا أزوج ، نظر ، إن تعدد الخاطب ، فالتزويج بمن رضاه المرأة ، فان رضى جميعاً ، نظر القاضي في الأصح وأمر بتزويجه ، كذا ذكره البغوي وغيره . وإن اتحد الخاطب ، وتزاحموا على العقد ، أفرع بينهم ، فمن خرجت قرعته ، زوّجها ، فان بادر غيره فزوّجها ، صح على الأصح . وقيل : لا يصح .

فعلى هذا ، هل يختص هذا الوجه بما إذا اقترعوا من غير ارتفاع إلى مجلس القاضي ، أم يختص بقرعة ينشئها القاضي ؟ فيه تردد للامام . هذا كله إذا أذنت لكل واحد على الانفراد ، أو قالت : أذنت في فلان ، فمن شاء من أوليائي فليزوجني به . ولو قالت : زوجوني ، اشترط اجتماعهم على الأصح . ولو قالت : رضيت أن أزوجه ، أو رضيت بفلان زوجاً ، فوجهان . أحدهما : ليس لأحد تزويجها ، لأنها لم تأذن لجميعهم إذناً عاماً ، ولا خاطبت واحداً ، فصار كقولها : رضيت أن يباع مالي . وأصحها : يصح ، ولكل واحد تزويجها ، لأنهم متمينون شرعاً ، والشرط رضاها وقد وجد . فعلى هذا ، لو عيّنت بعد ذلك واحداً ، ففي انعزال الباقيين وجهان . وقطع في « الرقم » بالانعزال ، وقطع البغوي بخلافه .

قلت : الأصح عدم الانعزال ، وغلط الشاشي من قال بالانعزال . والله أعلم

فصل

إذا أذنت لأحد الوليين أن يزوجه زيد ، وللآخر أن يزوجه بعمرو ، وأطلقت الأذن ، وصححناه ، فزوجه واحد زيدا ، وآخر عمراً ، أو وكل الولي المحير رجلاً ، فزوجه الولي زيدا ، والوكيل عمراً ، أو وكل رجلين ، فزوجه أحدهما زيدا ، والآخر عمراً ، فلهسألة خمس صور .

إحداها : أن يسبق أحد النكاحين ونمليه ، فهو الصحيح . والثاني باطل ، سواء دخل الثاني ، أم لا ، وإنما يعلم سبق البينة أو التصديق .

الثانية : أن يقما مآ ، فباطلان . ولو اتحد الخاطب ، وأوجب كل واحد من الوليين النكاح له مآ ، صح على الصحيح ، ويتقوى كل واحد من الإيجابين بالآخر ،

وحكى العبادي عن القاضي وغيره : أنه لا يصح ، لانه ليس أحدهما أولى بالاعتبار ، فتدافعا .
الثالثة : إذا لم يعلم السبق والميئة ، وأمكنا ، فباطلان ، لان الاصل عدم الصحة ،
كذا أطلقه الجمهور ، ونقل الامام وغيره وجهاً : أنه لا بد من إنشاء فسخ ، لاحتمال السبق .
الرابعة : أن يسبق واحد معين ، ثم يخفى ، فيتوقف حتى يبين ، ولا يجوز
لواحد منها الاستمتاع بها ولا لثالث نكاحها ، إلا أن يطلقها ، أو يموتا ، أو يطلق
أحدهما ، أو يموت الآخر .

قلت : ولا بد من انقضاء عدتها بعد موت آخرهما . والله أعلم

وطرد بعضهم في هذه الصورة القولين المذكورين في الصورة الخامسة ، وهو ضعيف .
الخامسة : إذا علم سبق أحدهما ، ولم يعلم عينه ، فباطلان على المنصوص ، وهو
المذهب ، كما لو احتمل السبق والميئة لتمذر الامضاء . وقيل : قولان ، أحدهما
هذا ، والثاني مخرج من الجمعين في مثل هذه الصورة : أنه يتوقف كما في الصورة
الرابعة . فعلى المذهب ، هل يبطلان بلا فسخ ؟ أم لا بد من إنشاء فسخ ؟ فيه
الخلاف السابق في الصورة الثالثة ، فان شرطنا الانشاء ، ففيمن يفسخ أوجه . أصحها :
الحاكم أو المحكم إن جوزا التحكيم . والثاني : للمرأة الفسخ بغير مراجعة الحاكم .
والثالث : للزوجين الفسخ أيضاً . وحيث أبطلنا النكاحين ، فلا مهر ، إلا أن يوجد
دخول ، فيجب مهر المثل . وإذا أبطلنا عند احتمال السبق والميئة ، وفيما إذا سبق
أحدهما ولم يعلم ، فهل يبطل ظاهرأ وباطناً ، أم ظاهرأ فقط ؟ وجهان . فعلى الاول ،
لو ظهر وتعين السابق ببدن ، فلا زوجية . ولو نكحت ثالثاً ، فهي زوجة الثالث .
وإن قلنا بالثاني ، فالحكم بخلافه .

قلت : ينبغي أن يقال: الأصح : أنه إن جرى فسخ من الحاكم، انفسخ أيضاً باطلاً،
وإلا ، فلا . والله أعلم

فرع

إذا قلنا بالتوقف، فمات أحدهما ، وقفنا من تركته ميراث زوجته . ولو ماتت،
وقفنا ميراث زوج بينهما حتى يصطلحا أو يبين الحال ، وفي وجوب نفقتها في مدة
التوقف ومدة الحبس قبل الفسخ إذا قلنا به ، وجهان . أحدهما : لا ، لعدم
التمكين ، والأصل البراءة . والثاني : نعم، لصورة العقد وعدم الشوز مع حبسها .
والأول أصح عند الامام . وبالثاني قطع ابن كج . فان أوجبنا ، وزعت عليها .
فان تعين السابق ، رجع الآخر عليه بما أنفق . قال أبو عاصم : ويحتمل أن يقال:
لأنما يرجع إذا أنفق بغير إذن الحاكم ، وبهذا قطع ابن كج ، وأما المهر ، فلا يطالب
به واحد منهما .

فرع

جميع ماسبق ، هو فيما إذا تصادقوا في كيفية جريان العقد . أما إذا تنازعوا،
وادعى كل زوج سبقه ، وأنها زوجته ، فينظر ، إن لم يدّعيها عليها ، لم يعتبر قولها،
ولانسمع دعوى أحدهما على الآخر ، ولا يحلّف أحدهما الآخر . هكذا قاله الجمهور .
وقال الصيدلاني والعبادي في « الرقم » : يحلفان فلعله يظهر الحق . قال الامام :
هذا لا مجال له إن زعما علم المرأة بالحال ، بل تراجع هي . فان اعترفا بأنها
لم تعلم ، فهو محتمل وينقدح في البداءة تخيير القاضي أو الاقراع . فان حلفا

لَوْ نَكَلَا ، فهو كما لو اعترفا بالاشكال . وإن حلف أحدهما فقط ، قضي له .
وإن ادعى على المرأة ، فذاك ضربان . أحدهما : أن يدعى علمها بالسبق . فإن كانت
الصيغة : إنها تعلم سبق أحد النكاحين ، لم تسمع الدعوى ، للجهل . وإن قال كل واحد :
هي تعلم أن نكاحي سابق ، فقال صاحب « التقريب » والشيخ أبو محمد وغيرهما :
ينى على القولين في إقرار المرأة بالنكاح ، هل يقبل ؟ فإن لم يقبل ، لم تسمع الدعوى ،
إذ لا فائدة . وإن قلنا : تقبل وهو الأظهر ، سميت . وحينئذٍ ، إما أن تُنْكَرَ ،
وإما أن تُقَرَّ .

الحالة الأولى : أن تُنْكَرَ العلم بالسبق ، فتحلف عليه . وهل يكفي لها
يمين واحدة ، أم يجب يمينان ؟ قال البغوي : يمينان . وقال القفال : إن حضرا وادعى ،
حلفت يميناً ، وهو مقتضى كلام ابن كج . وقال الامام : إن حضرا ورضيا يمين ،
كفت . وإن حلفها أحدهما ، ثم حضر الآخر ، فهل له تحليفها ؟ وجهان ، لأن القضية
واحدة ، ونفي العلم بالسبق يشملها . فإذا حلفت كما ينبغي ، فقول : لا تحالف
بين الزوجين ، وقد أفضى الأمر إلى الاشكال ، وضعفه الامام وقال : إنما حلفت على نفي
العلم بالسبق ، ولم تفكر جريان أحد المقدين على الصحة ، فيبقى التداعي والتحالف
بينها . والذي أنكركناه ابتداء التحالف من غير ربط الدعوى بها ، وبهذا قطع
الغزالي . وإن نكلت هي ، رددنا اليمين عليها . فإن حلفا أو نكلا ، جاء الاشكال ،
وإلا فيقضى للحالف ، وإذا حلفا ونكلا ، فلا شيء لهما عليها . وفي كتاب الخناطي وجه :
أنها إذا حلفا واندفع النكاحان ، فلكل واحد عليها مهر اثل ، وهو ضعيف .

ويمينها - حلفت أو نكلت - تكون على البتة دون نفي العلم ، ولا حاجه إلى التعرض لعلمها .

الحالة الثانية : أن تقر لأحدهما بالسبق ، فيثبت النكاح [له] . وفي سماع
دعوى الثاني عليها وتحليفها قولان بقاءً على أنها لو أقرت للثاني بعد إقرارها للأول
هل تفرم للثاني ؟ وفيه القولان السابقتان في الاقرار لعمرو بدار أقر بها يزيد

أولاً . فإن قلنا : نغرم ، سمعت الدعوى وحلفها ، وإلا ، فقولان بناءً على أن يمين المدعي بعد نكول المدعى عليه كإقرار المدعى عليه ، أو كيمينه يمينها المدعي وفيه قولان . أظهرهما : كالأقرار . فعلى هذا ، لا تسمع دعواها ، لأن غايتها أن تقر أو يحلف هو بعد نكولها ، وهو كإقرارها ، ولا فائدة فيه على هذا القول . وإن قلنا : كاليمين ، فله أن يدعي ويحلفها . فإن حلفت ، سقطت دعواه . وإن نكل ، ردت اليمين عليه . فإن نكل ، فكذلك . وإن حلف ، بني على أن اليمين المردودة كالأقرار ، أم كاليمين ؟ إن قلنا : كالأقرار ، فوجهان . أحدهما : يندفع النكاحان ، لتساويهما في أن مع كل واحد إقراراً . وحكي هذا عن نصه في القديم . وأصحها : استدامة النكاح للأول ، ولا يرتفع بنكولها المحتمل للتورع ، فيصير كما لو أقرت للأول ، ثم للثاني . وإن قلنا : كاليمين . فقيل : يحكم بالنكاح للثاني ، لأن اليمين تقدم على الأقرار . وبهذا قطع في « المهذب » . وقال الصيدلاني وآخرون : الصحيح استدامة النكاح للأول ، لأن اليمين المردودة إنما تجعل كاليمين في حق الحالف والناكل ، لافي حق غيرها .

وإذا اختصرت قلت : هل يندفع النكاحان ، أم تسلم الأول ، أم للثاني ؟ فيه أوجه . إن سلمت للأول ، غرمت للثاني ، وحيث تغرم ، نقرتها ما يفرم شهود الطلاق إذا رجعوا ؟ وفيه خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى .

فرع

لو كانت خرساء ، أو خرست بعد التزويج ، فأقرت بالإشارة بسبق أحدهما ، لزما الأقرار ، وإلا ، فلا يمين عليه ، وأحوط حال الإشكال ، حكي هذا عن نصه .

فرع

حلفت لأحدهما: لا تعلم سبقه ، لا تكون مقرة للآخر ، ولو قالت لأحدهما: لم يسبق ، كانت مقرة للآخر ، كذا قاله الامام والبنوي . والمراد إذا جرى ذلك بعد إقرارها بسبق أحدهما ، وإلا ، فيجوز أن يقعا معاً ، فلا تكون مقرة بسبق الآخر .

الضرب الثاني : أن يدّعيها عليها زوجية مطلقه ، ولا يتعرض لسبق ، ولا لعلها به ، فهذا يبني على أن دعوى النكاح هل يشترط فيها التفصيل وذكر الشروط؟ وبيانها في « كتاب الدعوى والبيّنات » . فإن سمعنا دعوى النكاح مطلقه ، أو فصلاً القدر المحتاج إليه ، ولم يتعرض للسبق ، لزمها الجواب الجازم ، ولا يكفيها نفي العلم بالسابق ، لكنها إذا لم تعلم ، فلها الجواب الجازم والхلف أنها ليست زوجته ، وهذا كما إذا ادعى على رجل أن أباه أتلف كذا ، وطلب غرمه من التركة ، حلف الوارث أنه لا يعلم أن أباه أتلف .

ولو ادعى [أن] عليه تسليم كذا من التركة ، حلف أنه لا يلزمه التسليم . وعدم العلم يجوز له الخلف الجازم .

فرع

هذا كله إذا كانت الدعوى على المرأة . فإن ادّعيها على الولي ، فإن لم يكن مجبراً ، لم تسمع الدعوى ، لأن إقراره لا يقبل . وإن كان مجبراً ، فوجهان . أحدهما : كذلك ، لأنه كالوكيل . وأصحها : تسمع ، لأن إقراره مقبول ، ومن قبيل إقراره ، توجهت عليه الدعوى واليمين ، فملى هذا إن كانت صغيرة ، حلف الأب . وإن كانت كبيرة ، فوجهان . أحدهما : لا يخلف ، للقدرة على تخليفها . وأصحها : يخلف .

ثم إن حلف الأب ، فلمدعي أن يحلف البنت أيضاً . فان نكلت ، حلف اليمين
المردودة، وثبت نكاحه . وفي التهذيب : أن المرأة إذا كانت بالغة ، بكرأ أو ثيباً ،
فالدعوى عليها .

الباب الخامس في المولى عليه

الاسباب المقتضية لنصب الولي خمسة : الصغر ، والافوثة ، والجنون ، والسفه ،
والرق ، وقد سبق حكم الاولتين .

السبب الثالث : الجنون . فان كان المجنون كبيراً ، لم يزوج لغير حاجة ، وزوج
للحاجة، وذلك بأن تظهر رغبته فيهن بدورانه حولهن وتعلقه بهن ونحو ذلك . أو بأن
يحتاج إلى من يخدمه ويتممه ، ولا يجد في محارمه من يحصل هذا ، وتكون مؤنة
النكاح أخف من ثمن جارية ، أو بأن يتوقع شفاؤه بالنكاح . وإذا جاز تزويجه ،
تولاه الأب، ثم الجد ، ثم السلطان ، دون سائر المصبات ، كولاية المال . وإن كان
المجنون صغيراً ، لم يصح تزويجه على الصحيح . وقيل : يزوجه الأب أو الجد ،
وطرد الشيخ أبو محمد الوجهين في الصغير العاقل الممسوح .

ومتى جاز تزويج المجنون ، لم يزوج إلا امرأة واحدة ، والمخل كالمجنون
في النكاح ، وهو الذي في عقله خلل ، وفي أعضائه استرخاء ، ولحاجة به إلى النكاح
عائلاً . ويجوز أن يزوج الصغير العاقل أربعاً على الأصح . وقيل : لا يجوز أن يزيد
على واحدة .

قلت : وفي الابانة، وجه : أنه لا يجوز تزويجه أصلاً ، وزعم أنه الأصح ،
وهو غلط .

ثم إما يزوج الصغير المائل الأب والجد ، ولا يصح تزويج الوصي والقاضي ، لعدم الحاجة وانتفاء كمال الشفقة ، هذا هو الصواب الذي عليه في البويطي، وصرح به الجمهور. وقال في البيان : يجوز الوصي والحاكم كالأب ، وليس بشيء .

والله أعلم

فرع

في المجنونة أوجه . الصحيح : أن الأب - والجد عند عدمه - يزوجانها، سواء كانت صغيرة أو كبيرة ، بكرًا أم ثيبًا . والثاني : لا يستقلان بتزويج الكبيرة الثيب، بل يشترط إذن السلطان بدلاً عن إذنها . والثالث : لا يزوّج الثيب الصغيرة كما لو كانت عاقلة ، والفرق على الصحيح أن البلوغ غاية تنتظر .

ثم لا يشترط في تزويجها ظهور الحاجة ، بل يكفي ظهور المصاحبة ، بخلاف المجنون ، لأن نكاحها يفيد المهر والنفقة ، ويفرّم المجنون .

وسواء التي بلغت مجنونة ، ومن بلغت عاقلة ثم جنّت ، بناءً على أن من بلغ عاقلاً ثم جنّ ، فولاية ماله لأبيه ، وهو الأصح . وإن قلنا : إنها للسلطان ، فكذا التزويج .

وأما المجنونة التي لأب لها ولاجد ، فإن كانت صغيرة ، لم تزوج ، إذ لا إيجاب لغير الأب والجد ، ولا حاجة لها في الحال . وإن كانت بالغة ، فقيمن زوجها وجهان . أحدهما : القريب كالأخ والمم ، لكن لا ينفرد به ، بل يشترط إذن السلطان مقام إذنها . فإن امتنع القريب ، زوجها السلطان كما لو عضلها . وأصحبها : زوجها السلطان كما يلي ماله ، لكن يراجع أقاربها ، لأنهم أعرف بمصلحتها وتطبيبها لقلوبهم ، وهذه المراجعة واجبة ، أم مستحبة ؟ وجهان . صحح البغوي الوجوب ، وضمفه الامام .

فإن أوجبنا المشاورة ، فلم يشيروا بشيء ، استقلَّ السلطان . ويجري الوجهان في وجوب المشاورة في تزويج المجنون . ثم من ولي نكاحها من السلطان أو القريب ، يزوج عند ظهور الحاجة بأن تظهر علامات غلبة شهوتها ، أو يقول أهل الطب : يرجى بتزويجها الشفاء .

أما إذا لم تظهر ، وأراد التزويج لكفاية النفقة ، أو لمصلحة أخرى ، فهل يجوز كما يجوز للأب بمجرد المصلحة ؟ أم لا لأن تزويجها يقع إجباراً وليس هو لمير الأب والجد ؟ فيه وجهان . أصحابها : الثاني . قال الامام : وافق الأصحاب على الاكتفاء بالمصلحة في تزويج الأب والجد .

فرع

البالغ المنقطع جنونه ، لا يصح تزويجه حتى يفيق فيأذن ، ويشترط وقوع العقد في حال إفاقته . فلو عاد الجنون قبل العقد ، بطل الاذن ، كما تبطل الوكالة بالجنون ، وهكذا الثيب المنقطع جنونها . وأما المغلوب على عقله بمرض ، فتنتظر إفاقته ، فإن لم تتوقع إفاقته ، فكالجنون .

السبب الرابع : السفه . فالهجوم عليه لسفه ، لا يستقل بالتزويج ، بل يراجع الولي ليأذن أو يزوج . فإن أذن له الولي فتزوج ، جاز على الصحيح ، وعن أبي الطيب ابن سلمة وغيره : أنه لا يجوز كالصبي .

فعلى الصحيح ، إن عين له امرأة ، لم يصح نكاح غيرها ، ولينكحها بهر المثل أو أقل . فإن زاد ، فحكى ابن القطان قولاً مخرجاً : أن النكاح باطل . والمشهور صحته ، لأن خلل الصداق لا يفسد النكاح . فعلى هذا ، تبطل الزيادة ، ويجب مهر المثل . وقال ابن الصباغ : القياس بطلان المسمى ووجوب مهر المثل .

والفرق أن على التقدير الأول تستحق الزوجة مهر المثل من الميئن ، وعلى قوله يجب مهر المثل في الذمة .

وإن قال له الولي : انكح امرأة من بني فلان ، فلينكح واحدة منهن بمهر المثل ولو قدر المهر ، ولم يعين المرأة ، فقال : انكح بألف ، فلينكح امرأة بألف . فإن كان مهر مثلها ألفاً فأكثر ، فالنكاح صحيح بالمسمى . وإن كان أقل ، صح النكاح بمهر المثل ، وسقطت الزيادة . وإن نكح بألفين ، فإن كان مهر مثلها أكثر من ألف ، لم يصح النكاح ، لأن الولي لم يأذن في أكثر من ألف . وفي الرد إلى ألف لإضرار بها . وإن كان مهر مثلها ألفاً أو أقل ، صح النكاح بمهر المثل ، وسقطت الزيادة . وعن تخريج ابن خيران وابن القطان ، أنه متى زاد على ما أذن به الولي ، بطل النكاح بكل حال . ولو جمع الولي في الاذن بين تعيين المرأة وتقدير المهر ، فقال : انكح فلانة بألف ، فإن كان مهر مثلها دون الألف ، فالاذن باطل . وإن كان ألفاً ، فنكحها بألف أو أقل ، صح النكاح بالمسمى . وإن زاد ، سقطت الزيادة . وإن كان مهر مثلها أكثر من ألف ، فإن نكح بألف ، صح النكاح بالمسمى ، وإن زاد ، لم يصح النكاح ، هكذا ذكره البغوي .

أما إذا أطلق الولي الاذن ، فقال : تزوّج ، فوجهان . أحدهما : [وهو] محكي عن أبي علي : ابن خيران ، والطبري . وعن الداركي ، أنه يلغو الاذن ، ولا بد من تعيين امرأة ، أو قبيلة ، أو مهر . وأصحها : يكفي الاطلاق كالعبد . فعلى هذا ، لو تزوج بأكثر من مهر المثل ، صح النكاح ، وسقطت الزيادة . وإن تزوج بمهر المثل أو أقل ، صح النكاح بالمسمى . لكن لو نكح شريفة يستغرق مهر مثلها ماله ، فوجهان حكاهما ابن كج . اختيار الامام وبه قطع الغزالي : أنه لا يصح النكاح ، بل بتقييد

بموافقة المصلحة . ذكر ابن كج تقريباً على اعتبار الاذن المطلق وجهين فيما لو عين الولي امرأة فعدل السفية إلى غيرها [فنكحها] بمثل مهر المينة ، لأنه لا غرض للولي في أعيان الزوجات .

فرع

قال : انكح مَنْ شِئْتَ بما شِئْتَ ، ذكر بعضهم أنه يبطل الاذن، لأنه رفع الحجر بالكلية .

فرع

قال ابن كج : الاذن للسفيه في النكاح ، لا يفيد جواز التوكيل، لأنه لم يرفع الحجر .

فرع

أما إذا قبل الولي النكاح للسفيه ، ففي اشتراط إذن السفية وجهان . أحدهما : لا ، لأنه فوض إليه رعاية مصلحته . فإذا عرف حاجته ، زوجته كما يكسوه ويطعمه . وبهذا قال الشيخ أبو حامد والمراقبون . وأصحها : نعم ، لأنه حر مكلف . وقد نص الشافعي رحمه الله في « المختصر » : أن السفية يزوجه وليه ، وربما استأنس به الأولون ، وحمله الآخرون على أصل التزويج ، ثم يراعى شرطه ، ونقل الربيع : أنه لا يزوجه وليه ، وانفقوا على أنه ليس باختلاف قول ، بل حمل قوم رواية الربيع على القيمم الذي لم يأذن له الحاكم في التزويج ، وبعضهم على ما إذا

لم يحتج السفية إلى النكاح . ثم إذا قبل له الولي النكاح، فليقبل بمهر المثل أو أقل،
فإن زاد ، كان كما لو قبل الأب لابنه بأكثر من مهر المثل . ففي قول : يبطل
النكاح . والأظهر : أنه يصح بمهر المثل .

فرع

لو نكح السفية بغير إذن الولي ، فنكاحه باطل، ويفرق بينهما . فإن كان دخل بها،
فلاحد، للشبهة . وفي المهر أوجه . أصحابها : لا يجب، كما لو اشترى شيئاً فأتلفه .
وفيه إشكال من جهة أن المهر حق المرأة ، وقد تزوج ولاعلم لها بحال الزوج .
والثاني : يجب مهر المثل . والثالث : يجب أقل ما يمول .
قلت : وإذا لم نوجب شيئاً ، ففك الحجر ، فلا شيء [عليه] على المذهب ،
كالصبي إذا وطئ . ثم بلغ . وحكى الشافعي فيه وجهين . والله أعلم

فرع

قال الأكثرون : يشترط في نكاح السفية حاجته [إليه] ، وإلا ، فهو
إتلاف ماله بلا فائدة ، وبنوا على هذا أنه لا يزوجه إلا واحدة كالجنون . قالوا :
والحاجة بأن تغلب شهوته ، أو احتاج إلى من يخدمه ولم تقم محرم بخدمته ، وكانت
مؤن الزوجة أخف من ثمن جارية ومؤنها ، ولم يكنفوا في الحاجة بقول السفية ،
لأنه قد يقصد إتلاف المال ، بل اعتبروا ظهور الأمارات الدالة على غلبة الشهوة .
وحكى الامام وجهاً أنه يجوز تزويجه بالصلحة كالصبي ، ولم يعتبر الامام والغزالي
ظهور أمارات الشهوة ، واكتفيا فيها بقول السفية .

فرع

إذا طلب السفية النكاح مع ظهور أمانة الحاجة إن اعتبرناه ، أو دونه إن لم نعتبره ، وجب على الولي إجابته . فان امتنع فتزوج السفية بنفسه ، فقد أطلق الأصحاب في صحة النكاح وجهين . أصحها عند المتولي : لا يصح . وقال الامام والفزالي : إذا امتنع الولي ، فليراجع السفية السلطان كالمرأة المعضولة . فان خفت الحاجة ، وتمذّرت مراجعة السلطان ، ففي استقلال السفية حينئذ الوجهان .

فرع

يصح طلاق المحجور عليه ، فان كان مطلقاً ، مُسرّي تجارية .

فرع

الكلام فيمن يبى أمر السفية ، سبق في « الحجر » . وذكر أبو الفرج الزاز : أنه إن بلغ رشيداً ، ثم طرأ السفه ، فكأحه متعلق بالسلطان . وإن بلغ سفيهاً ، فهل يفوض إلى السلطان ، أم إلى الأب والجد ؟ وجهان . وأطلق ابن كج أنه يزوجه القاضي ، وأنه إن جعله في حجر إنسان ، وزوجه الذي هو في حجره . وقال الامام : إن فوض إلى القيم التزويج ، زوّج ، وإلا ، فلا . قلت : الأصح أنه إن كان له أب أو جد ، فالتزويج إليه ، وإلا ، فلا يجوز أن يزوجه إلا القاضي ومن فوض إليه القاضي تزويجه . ومن صرح بهذا التفصيل وجزم به ، الشيخ أبو محمد في شرح « المختصر » . والله اعلم

فرع

قال البغوي : إقرار السفية بالنكاح لا يصح ، لأنه ليس ممن يباشره ، وهذا قد يشكل بإقرار المرأة .

فرع

للمحجور عليه بفلس النكاح ، وتكون مؤنثه في كسبه ، لافيا في يده .
السبب الخامس : الرق . فنكاح العبد بغير إذن سيده باطل ، وبإذنه صحيح ، سواء كان سيده رجلاً أو امرأة . ويجوز إذن سيده في امرأة معينة ، أو واحدة من القبيلة ، أو البلدة ، ويجوز مطلقاً . وإذا قيد ، فمعدل العبد عن المأذون فيه ، لم يصح نكاحه . وحكى الحناطي وجهاً أنه إن كان قدر مهرأ ، فنكح غير المينة به ، أر بأقل ، صح ، والصحيح الاول . وإذا أطلق الاذن ، فله نكاح حرة أو أمة ، وفي تلك البلدة أو غيرها ، وللسيد منعه من الخروج إلى البلدة الأخرى . ولو قدر مهرأ ، فزاد ، فالزيادة في ذمته ، يطلب بها إذا عتق . ولو نكح بالمقدر امرأة مهرها أقل ، فقد ذكر الحناطي فيه ثلاثة احتمالات .
أصحها : صحة النكاح ، ووجوب المسمى في الحال . والثاني : أن الزيادة على مهر مثلها ، يطلب بها إذا عتق . والثالث : بطلان النكاح . ولو رجع عن الاذن ولم يعلم به العبد حتى نكح ، فهو على الخلاف في الوكيل ، كذا ذكره ابن كج . ولو طلق العبد بعدما نكح باذن سيده ، لم ينكح أخرى إلا باذن جديد . ولو نكحها نكاحاً فاسداً ، فهل له نكاح أخرى؟ فيه خلاف مبني على أن الاذن يتناول الفاسد ، أم يختص بالصحيح ، ولهذا أصل سيأتي إن شاء الله تعالى .

فصل

هل للسيد إجبار العبد البالغ على النكاح ؟ قولان . القديم : نعم . والجديد : لا .
فان كان صغيراً ، فالأصح أنه كالكبير . وقيل : يجبر قطعاً ، واختاره ابن كج .
والكبير المجنون كالصغير ، فان جوزنا الاجبار ، فللسيد أن يقبل النكاح للبالغ ،
وله أن يكرهه على القبول ، ويصح ، لأنه إكراه بحق ، كذا قاله البغوي . وقال
المتولي : لا يصح قبوله كرها ، ويقبل إقرار السيد على العبد بالنكاح كإقرار الأب
على بنته . ويجوز أن يزوج أمته بعبد الصغير والكبير ، ولا يجزى مهر . وفي استحباب
ذكره قولان . الجديد : استحبابه . وإذا طلب العبد النكاح ، فليجبه السيد ،
ولا تجب الإجابة على الأظهر . فان أوجبنا ، فامتنع سيده ، وزوجه السلطان كالمعضولة .
ولو نكح بنفسه ، قال الامام : هو كما لو طلب السفية وامتنع الولي فنكح بنفسه .
والمدبر والمعلق عتقه كالقن . ومن بعضه حر لا يجبر ولا يستقل ، وفي وجوب إجابه
الخلاف . والمكاتب لا يستقل ، ولا يجبره السيد . ولو نكح باذن السيد ، صح على المذهب .
وقيل : قولان كتبرعه . فان صححنا ، ففي وجوب إجابه الخلاف كالقن ، وأولى
بالوجوب . والعبد المشترك ، هل لسيديه إجباره وعليها إجابه ؟ فيه الخلاف المذكور
في الطرفين . ولو دعاه أحدهما إلى النكاح ، وامتنع الآخر أو العبد ، فلا إجبار . ولو طلب
أحدهما مع العبد ، وامتنع الآخر ، فمن الشيخ أبي حامد : أنه كالمكاتب . وقال ابن الصباغ :
لا تؤثر موافقة الآخر .

فرع

له إجبار أمته على النكاح ، سواء الصغيرة والكبيرة ، والبكر والثيب ،
والعاقلة والمجنونة . وإن طلبته ، لم يلزمه إجابتها إن كانت ممن يحل له وطؤها ،
وكذا إن لم يحل على الأصح ، كالأخت . ولو ملك أختين ، فوطيء إحداها ، لم يجبر
على تزويج الأخرى قطعاً ، لأن تحريمها عليه لعارض . والمدبرة والمعلق عتقها
كالقنة ، وكذا أم الولد على الصحيح . ومن بعضها حر ، لا نجس ، ولا يجبر سيدها
[أيضاً] على الأصح . والمكاتب لا تجبر ، ولا تنكح دون إذنه . وفي وجوب
إجابتها وجهان .

قلت : الأصح لا تجب . والله أعلم

وفي وجه : لا تزوج أصلاً ، لاختلال ملك المولى ، وعدم استقلالها .

فرع

لا يزوج السيد أمة مكانه ولا عبده ، ولا يزوجه المكاتب بغير إذن سيده ،
وبإذنه قولان كبرعه .

فرع

إذا كان لعبده المأذون له في التجارة أمة ، فإن لم يكن على العبد دين ، جاز
للسيد تزويجها بغير إذن العبد على الأصح . وقيل : لا ، إلا أن يعد الحجر عليه ،
لاحتمال أن يحدث دين ولا يفي مافي يده به . وإن كان عليه دين ، وزوجها باذن

العبد والغرماء ، صح . وإن زوج باذنه دونهم ، أو بانهم دونه ، لم يصح على الأصح . وبيع السيد ووطؤه وهبته هذه الجارية ، كتزويجها في حالتي قيام الدين وعدمه . وإذا وطئ بغير إذن الغرماء ، فهل عليه المهر ؟ وجهان .

قلت : لعل أصحابها الوجوب ، لأن مهرها مما يتعلق به حق الغرماء ، بخلاف وطئه المرهونة . والله أعلم

فإن أحبلها ، فالولد حر، والجارية أم ولد إن كان موسراً . وإن كان معسراً ، لم تصر أم ولد ، بل تباع في الدين . فإن ملكها بعد ، فالحكم كما سبق في المرهونة ، وكذا الحكم في استيلاء الجارية الجانية وفي استيلاء الوارث جارية التركة إذا كان على المورث دين . وإذا لم نحكم باستيلاء في الحال ، وجب قيمة ولد جارية العبد المأذون ، وجارية التركة ، ولا يجب في ولد الجانية والمرهونة ، لأن حق المجني عليه والمرتهن لا يتعلق بالولد .

ولو أعتق عبد المأذون ، وعلى المأذون دين ، أو أعتق الوارث عبد التركة ، وعلى المورث دين ، قال البغوي : قيل في نفوذ العتق قولان ، كاعتاق المرهون والمذهب : أنه إن كان معسراً ، لم ينفذ . وإن كان موسراً ، نفذ كالاستيلاء ، وعليه أقل الأمرين من الدين وقيمة العبد ، كاعتاق العبد الجاني .

فرع

تزويج من تعلق برقبتها مال ، لا يجوز بغير إذن المجني عليه إن كان السيد معسراً . وإن كان موسراً ، جاز على أحد الوجهين ، وكان اختياراً للفداء .

قلت : الجواز أصح . والله أعلم

فرع

تزويج السيد أمته ، هل هو بالملك ، أم بالولاية ؟ وجهان . أصحها : بالملك .
ويتفرع عليها صور .

منها : إذا سلبنا الفاسق الولاية، وزوجها إن قلنا بالملك ، [وإلا ، فلا] .
ومنها : إذا كان لمسلم أمة كتابية ، فله تزويجها على المذهب، وهو النصوص ،
وإنما يتصور تزويجها بإياها بعبد أو حرّ كتابي إذا حللناها لهما .
ومنها : إذا كان للكافر أمة مسلمة، أو أم ولد، قال ابن الحداد: يزوّجها بالملك ،
والأصح المنع .

ولو كان لمسلم أمة مجوسية أو ذمية ، فهل له تزويجها ؟ وجهان . صحح الشيخ
أبو عبي الجواز ، وقطع البغوي بالمنع . وما ذكرناه من الخلاف في أن تزويج الأمة
بالملك ، أم بالولاية ، لا يجري في تزويج العبد إلا إذا قلنا: للسيد إجباره . فلو كان
للكافر عبد مسلم ، ورأينا الاجبار ، ففي إجباره إياه الخلاف في كونه يزوج أمته
المسلمة . وإن لم نر الاجبار ، لم يستقل العبد ، ولكن يأذن له السيد ليسقط حقه
فيستقل العبد حينئذٍ ، كما تأذن المرأة لعبدها فيتزوج وإن كانت ليست أهلاً للتزويج .
ومنها : قال المتولي : للمكاتب تزويج أمته إن قلنا بالملك ، وإلا ، فلا .

فصل

عبد الصبي والمجنون والسفيه ، لا يزوجه وليهم على الصحيح . وقيل : يجوز،

فقد تفتضيه مصلحة . ولو طلب عديم التزويج ، فإن لم نجبر السيد الرشيد ، لم يجز لوليم الاجابة . وإن أجبرناه ، فعلى وليهم الاجابة . وأما أمة الصبي والمجنون والسفيه ، فيجوز لوليم تزويجها على الأصح إذا ظهرت الغبطة . وقيل : لا . وقيل : تزوج أمة الصبية دون الصبي ، فقد يحتاج إليها إذا بلغ . فإن جوزنا ، قال الامام : يجوز تزويج أمة الثيب الصغيرة . وإن لم يجز تزويجها ، ولا يجوز للأب تزويج أمة البكر البالغة وإن كان يقهرها . وفيمن يزوج أمة الصغير والمجنون وجهان . أحدهما : ولي ماله نسياً كان أو وصياً أو قياً كسائر التصرفات . وأصحها : أنه ولي النكاح الذي يلي المال . وعلى هذا ، غير الأب والجدة لا يزوج أمة الصغير والصغيرة ، والأب لا يزوج أمة الثيب الصغيرة ، فإن كانت مجنونة ، زوّج . وإن كانت لسفيه ، فلا بد من إذنه .

فرع

أمة المرأة ، إن كانت مالكتها محجوراً عليها ، فقد سبق بيانها ، وإلا ، فيزوجها ولي المرأة تبعاً لولايته عليها ، وسواء الولي بالنسب وغيره ، والأمة العاقلة والمجنونة ، الصغيرة والكبيرة ، ولا حاجة إلى إذن الأمة ، وبشروط إذن مالكتها نطقاً وإن كانت بكراً ، إذ لا نستحي .

فصل

أعقق في مرضه أمة ، قال ابن الحداد : لا يجوز لوليم الحر كلاب والآخر تزويجها حتى يبرأ أو يموت ، وتخرج من ثلثه ، لأنها إنما تعتق كلها على هذين

التقديرين ، وواقفه على هذا جماعة ، منهم ابن كج وقال ابن سريج وأبو زيد
والا كثرون : يجوز لوليها تزويجها ، لأنها حرة في الظاهر ، فعلى هذا النكاح
صحيح ظاهراً . فإن تحققنا بعد ذلك نفوذ العتق ، تحققنا مضي النكاح على الصحة ،
وإلا ، فإن رد الورثة أو أجازوا ، وقلنا : الإجازة عطية منهم ، بأن فساد النكاح ،
وإلا ، بأن صحته .

ثم إن لم يكن للمعتق مال سواها ، فالمسألة على ما ذكرنا . وإن كان له [مال]
يفي ثلثه بقيمتها ، فمقتضى كلام ابن الحداد وجمهير الناقين ، أنه كذلك . قال الامام :
ويجوز أن يقال : على مقتضى قول ابن الحداد النكاح هاهنا محمول على الصحة ،
ويجوز خلافه ، لضعف ملك المريض . قال الشيخ أبو علي : ومفهوم كلام ابن الحداد
أنه إذا لم يكن لها ولي غير السيد ، فزواجها ، صح ، لأنها إن لم تخرج من الثلث ،
فمولى ولي معتق بالولاء ، ومالك سالم يعتق . فإن زواجها السيد ، ولها ولي مناسب ،
إن كان بآذنه ، صح قطعاً ، وإلا ، فلا قطعاً .

الباب السادس

في موانع نكاحها

قد سبق في الركن الثاني من الباب الثالث ، الإشارة إلى بيان الموانع . ومنها
ما تنكح في إيضاحه في غير الباب ، ككونها ملاحنة ، ومعظمها نبسط الكلام فيه
هنا إن شاء الله تعالى ، ويجمعها أربعة أجناس .

[الجنس] الأول : المحرمية ، وهي الوصلة المحرمة للنكاح أبداً ، ولها ثلاثة
أسباب : القرابة ، والرضاع ، والمصاهرة .

السبب الأول : القرابة ، ويحرم منها سبع : الامهات ، والبنات ، والاخوات ،

والعمات ، والخالات ، وبنات الاخ ، وبنات الاخت ، ولا تحرم بنات الاعمام
والعمات والاخوال والخالات ، قُربن أم بعمد ، والمراد بلام : كل أنثى ولدتك،
أو ولدت من ولدك، ذكراً كان أو أنثى، بواسطة أم بغيرها . وإن شئت قلت: كل
أنثى ينتهي إليها نسبك بالولادة بواسطة أم بغيرها . وبتك : كل أنثى ولدتها، أو ولدت
من ولدها، ذكراً كان أو أنثى ، بواسطة أم بغيرها . وإن شئت قلت : كل أنثى
ينتهي إليك نسبها بالولادة ، بواسطة أم بغيرها . وأختك: كل أنثى ولدها أبواك أو أحدهما.
وبنت أخيك وبنت أختك منها ، كبنتك منك . وعمتك: كل أنثى هي أخت ذكر
ولدك، بواسطة أو بغيرها ، وقد تكون من جهة الام، كأخت أب الأم . وخالتك:
كل أنثى هي أخت أنثى ولدتك بواسطة أو بغيرها ، وقد تكون من جهة الأب،
كأخت أم الأب ، وعبر الاصحاب عنهن بعبارتين .

إحدهما : قال الأستاذ أبو إسحاق : يحرم عليه أصوله، وفصوله، وفصول أول.
أصوله ، وأول فصل من كل أصل بعمده ، أي بعد أول الاصول .

فالأصول : الأمهات . والفصول : البنات . وفصول أول الأصول : الأخوات
وبنات الأخ والأخت . وأول فصل من كل أصل بعد الأصل الأول : الممات
والخالات .

الثانية : قال الأستاذ أبو منصور البغدادى : تحرم نساء القرابة ، إلا من دخلت
في اسم ولد العمومة أو ولد الخؤولة . وهذه العبارة أرجح ، لا يجازها ، ولان
الأولى لاتنص على الاناث ، لان لفظ الاصول والفصول يتناول الذكور والاناث ،
ولان اللاتى بالضابط أن يكون أقصر من المضبوط ، والأولى بخلافه .

فرع

زنا بامرأة ، فولدت بنتاً ، يجوز للزاني نكاح البنت ، لكن يكره . وقيل :
إن يتيقن أنها من مائه ، إن تصور تيقنه ، حرمت عليه . وقيل : تحرم مطلقاً .
والصحيح : الحبل مطلقاً . والبنت التي نفاها باللعان ، تحرم عليه إن كان دخل بأمها ،
وكذا إن لم يدخل [بها] على الاصح . قال المتولي : وعلى هذا ، ففي وجوب
القصاص بقتلها ، والحد بقذفها ، والقطع بسرقة مالها ، وقبول شهادته لها الوجهان .
قلت : وسواء طاعته على الزنا أو أكرهها . والله أعلم .

السبب الثاني : الرضاع ، فيحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، فكل من
أرضعتك ، أو أرضعت من أرضعتك ، أو أرضعت من ولدك بواسطة أو غيرها ، فهي
أمك . وكذلك كل امرأة ولدت المرضعة أو الفحل ، وكل امرأة ارتضعت بلبنك
أو بلبن من ولده ، أو أرضعتها امرأة وللتها أنت ، فهي بنتك . وكذلك بناتها من
النسب والرضاع . وكل امرأة أرضعتها أمك ، أو ارتضعت بلبن أهلك ، فهي أختك .
وكذلك كل امرأة ولدتها المرضعة أو الفحل وأخوات الفحل والمرضعة وأخوات
من ولدهما من النسب والرضاع ، عماتك وخالاتك . وكذلك كل امرأة أرضعتها
واحدة من جداتك ، أو ارتضعت بلبن جدك من النسب والرضاع ، وبنات أولاد
المرضعة والفحل من النسب والرضاع ، بنات أخيك وأختك . وكذلك كل أختي
أرضعتها أختك ، أو ارتضعت بلبن أخيك ، وبناتها وبنات أولادها من النسب والرضاع ،
بنات أخيك وأختك . وبنات كل ذكر أرضعته أمك ، أو ارتضع لبن
أبيك ، وبنات أولاده من النسب والرضاع ، بنات أخيك . وبنات كل امرأة

أرضعتها أمك ، أو ارتضعت لبن أهلك ، وبنات أولادهما من النسب والرضاع ، بنات أختك ،

فرع

أربع نسوة يحرمن في النسب ، وفي الرضاع قد يحرمن ، وقد لا يحرمن .

إحدها : أم الأخ والأخت في النسب حرام ، لأنها أم ، أو زوجة أب ، وفي الرضاع إن كانت كذلك حرمت ، وإلا ، فلا ، بأن أرضعت أجنبية أخاك أو أختك .

الثانية : أم نافتك في النسب ، حرام لأنها بنتك ، أو زوجة ابنك ، وفي الرضاع قد لا تكون بنتاً ولا زوجة ابن ، بأن أرضعت أجنبية نافتك .

الثالثة : جدة ولدك في النسب ، حرام ، لأنها أمك ، أو أم زوجتك ، وفي الرضاع قد لا تكون كذلك ، بأن أرضعت أجنبية ولدك ، فإن أمها جدته ، وليست بأمك ، ولا بأم زوجتك .

الرابعة : أخت ولدك حرام ، لأنها بنتك أو ريبتك . وإذا أرضعت أجنبية ولدك ، فبنتها أخته ، وليست بنتك ولا ريبتك ، ولا تحرم أخت الاخ في النسب ، ولا في الرضاع . وصورته في النسب : أن يكون لك أخت لأم ، وأخ لأب ، فيجوز له نكاحها . وفي الرضاع : امرأة أرضعتك وأرضعت صغيرة أجنبية منك ، يجوز لأخيك نكاحها . وهذه الصور الأربع مستثناة من قولنا : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .

قلت : كذا قال جماعة من أصحابنا : تستثنى الصور الأربع . وقال المحققون : لا حاجة إلى استثنائها ، لأنها ليست داخلية في الضابط ، ولهذا لم يستثنها الشافعي وجهور الأصحاب رضي الله عنهم ، ولا استثنيت في الحديث الصحيح ، يحرم من

الرضاع ما يحرم من النسب^(١) لأن أم الاخ لم تحرم لكونها أم أخ ، وإغما حرمت لكونها أمنا أو حليلة أب، ولم يوجد ذلك في الصورة الاولى ، وكذا القول في باقين.

والله أعلم

السبب الثالث : المصاهرة ، فيحرم بها على التأييد أربع .

إحداهن : أم زوجتك ، [وأم] زوجتك منها كأُمك منك ، وسواء أمهات النسب والرضاع .

الثانية : زوجة ابنك وابن ابنك وإن سفل بالنسب والرضاع ، وقول الله تعالى:

(وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) [النساء : ٢٣] المراد به أنه لا تحرم زوجة من تبثاء .

الثالثة : زوجة الاب والاجداد وإن علوا من قبل الاب والام جميعاً، وتحرم

زوجة الاب من الرضاع .

الرابعة : بنت الزوجة ، وبنت زوجتك منها كبنتك منك ، سواء بنت النسب

والرضاع ، وتحرم الثلاث الاوليات بمجرد العقد ، بشرط أن يكون صحيحاً . فأما

النكاح الفاسد ، فلا يتعلق به حرمة المصاهرة ، لانه لا يفيد حيل المنكوحه،

وحرمة غيرها فرع لحلها . وأما الرابعة، وهي بنت الزوجة، فلا تحرم إلا بالدخول بالزوجة.

وحكى الشيخ أبو عاصم المبادي وابنه أبو الحسن عن أبي الحسن أحمد بن محمد الصابوني

(١) متفق عليه من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما .

من أصحابنا : أن أم الزوجة لا تحرم إلا بالدخول بالزوجة كالريبة، وهو شاذ ضعيف.

فرع

لا تحرم بنت زوج الأم، ولا أمه، ولا بنت زوج البنت، ولا أمه، ولا أم زوجة الأب، ولا بنتها، ولا أم زوجة الابن، ولا بنتها، ولا زوجة الربيب ولا زوجة الراب.

فصل

مجرد ملك اليمين، لا يثبت شيئاً من هذه المحرمات، لكن الوطاء فيه يثبتها، حتى تحرم الموطوءة على ابن الواطيء وأبيه، وتحرم عليه أم الموطوءة وبنتها. والوطء بشبهة النكاح الفاسد، والشراء الفاسد، ووطء الجارية المشتركة، وجارية الابن، يثبت حرمة المصاهرة، كما يثبت النسب، ويوجب العدة. وحكي قول: أن وطاء الشبهة لا يثبت حرمة المصاهرة، كالزنا. والمشهور الذي قطع به الجمهور الأول، وذلك فيما إذا شملت الشبهة الواطيء [أو] الموطوءة. فإن اختصت الشبهة بأحدهما، والآخر زان، بأن وطئها بظنها زوجته وهي عالة، أو يعلم وهي جاهلة أو فائمة أو مكرهة، أو مكنت البالغة العاقلة مجنوناً أو مراهقاً عالة، فوجهان. أصحابها : الاعتبار بالرجل، فنثبت المصاهرة إذا اشتبه عليه، كما يثبت النسب والعدة، ولا يثبت إذا لم يشتبه عليه، كما لا يثبت النسب والعدة. والثاني : تثبت المصاهرة في أيها كانت الشبهة، وعلى هذا وجهان. أحدهما : يختص بمن اختصت الشبهة به. فإن كانت الاشتباه عليه، حرم عليه أمها وبنتها، ولا تحرم على أبيه وابنه. وإن كان الاشتباه عليها، حرمت على ابنه وأبيه، ولا تحرم عليه أمها وبنتها. والثاني : أنها تتم الطرفين كالنسب.

فرع

الوطء في النكاح وملك اليمين ، كما يوجب الحرمة ، يوجب المحرمية ، فيجوز للواطئ الخلو والمسافرة بأم الموطوءة وبناتها ، والنظر إليها ، ولابنه الخلو والمسافرة بالموطوءة والنظر . وفي وطء الشبهة وجهان . ويقال : قولان . أصحها عند الامام كذلك ، لأن الشبهة تثبت النسب والعدة ، فكذا المحرمية . وأصحها عند الجمهور : المنع ، وحكوه عن نصه في الاملاء .

فرع

الزنا لا يثبت المصاهرة ، فللزاني نكاح أم الزني بها وبناتها ، ولأبيه وابنه نكاحا . ولو لاط بفلان ، لم يحرم على الفاعل أم الفلام وبنته . ولو ملك جارية محرمة عليه برضاع أو مصاهرة ، فوطئها ، فإن لم نوجب به الحد ، ثبتت المصاهرة . وإن أوجبناه ، فلا .

فرع

المفاخذة ، والقبلة ، والمس ، هل هي كالوطء فتثبت المصاهرة وتحرم الرئية في النكاح ؟ فيه قولان . أظهرهما عند البغوي والروائي : نعم . وأظهرهما عند ابن أبي هريرة وابن القطان والامام وغيرهم : لا . والقولان فيما إذا جرى ذلك بشهوة . فأما المس بغير شهوة ، فلا أثر له على المذهب ، وبه قطع الجمهور . قال الامام :

ومنهم من أطلق القولين في الملامسة . وأما النظر بشهوة ، فلا يثبت المصاهرة على المذهب، وبه قطع الجمهور . وقيل : قولان . وقيل : إن نظر إلى الفرج، فقولان، وإلا ، فلا .

فرع

إذا استدخلت ماء زوجها أو أجنبي بشبهة، ثبتت المصاهرة والنسب والعدة ، دون الاحصاء والتحليل . وفي تقدير المهر ووجوبه للمفوضة وثبوت الرجعة والفصل والمهر في صورة الشبهة وجهان . أصحها : المنع . ولو أنزل أجنبي بزنا ، لم يثبت باستدخاله المصاهرة ولا النسب . وإن أنزل الزوج بالزنا ، حكى البغوي أنه لا يثبت النسب ولا المصاهرة ولا العدة. وقال من عند نفسه : وجب أن تثبت هذه الأحكام كما لو وطئ زوجته يظن أنه يزني .

فرع

ما أثبت التحريم المؤبد إذا طرأ على النكاح، قطعه . فلو نكح امرأة ، فوطئها أبوه أو ابنه بشبهة ، أو وطئ هو أمها أو بنتها بشبهة ، انفسخ نكاحها . وفي المولودات لابن الحداد فرعان يتعلقان بهذا الأصل .

أحدهما : نكح امرأة ونكح ابنه بنتها ، ووطئ كل واحد منهما زوجة الآخر غاطاً ، انفسخ النكاحان . وهذا تفريع على المشهور أن وطئ الشبهة كالوطئ في ملك ، ويجب على كل واحد منها مهر المثل للتي وطئها بالشبهة . ثم إن سبق وطئ الأب ، فعليه لزوجته نصف المسمى ، لأنه الذي رفع نكاحها، فهو كما لو طلقها قبل الدخول . وهل يجب على

الابن لزوجته نصف المسمى ؟ فيه أوجه . قال ابن الحداد : لا ، إذ لا صنع له . وقال آخرون : نعم ، إذ لا صنع لها . وقال الشيخ أبو علي : إن كانت زوجة الابن فائمة ، أو صغيرة لاتعقل ، أو مكروهة ، وجب . وإن كانت عاقلة طارعت الأب تظنه زوجها ، فلا شيء لها . فإن أوجبنا ، رجع الابن على أبيه ، لأنه فوت نكاحه . وهل يرجع بمهر المثل ، أم بنصفه ، أم بما غرم ؟ فيه ثلاثة أقوال نوضحها في كتاب الرضاع ، إن شاء الله تعالى .

وأما إن سبق وطء الابن ، فعليه لزوجته نصف المسمى . وهل يلزم الأب لزوجته نصف المسمى ؟ فيه الأوجه . فإن ألزمناه ، رجع على الابن كما ذكرنا . ولو وقع الوطء معاً ، فعلى كل واحد نصف مسمى لزوجته . وهل يرجع على الآخر؟ وجهان . قال القفال : يرجع كل واحد على صاحبه بنصف ما كان يرجع به لو انفرد ، ويهدر نصفه كالاصطدام ، فإنها حرمت بفعلها ، وقال الشيخ أبو علي : لا يرجع بشيء . [الفروع] الثاني : نكح امرأتين في عقد ، فبانت إحداها أم الأخرى ، بطل النكاحان . ولا شيء لواحدة منهما ، إلا أن يعطأ ، فيجب مهر المثل . ولو نكحها في عقدين ، ووطئ إحداها ، ثم بان الحال ، نظر ، إن سبق نكاح الأم ، فإن كانت هي الموطوءة ، فنكاحها بحاله ، والاخرى محرمة . وإن كانت البنت هي الموطوءة ، فالنكاحان باطلان ، لأن البنت نكحها وعنده أمها ، والأم أم موطوءة بشبهة ، وله أن يتزوج البنت متى شاء ، لأنها ربيبة لم يدخل بأمها ، ويجب للبنت مهر المثل ، والأم نصف المسمى . وإن سبق نكاح البنت ، فإن كانت هي الموطوءة ، فنكاحها بحاله ، والأم حرام أبداً . وإن كانت الموطوءة الأم ، بطل النكاحان ، وحرمتا أبداً ، ولأم مهر المثل ، وللبنت نصف المسمى . وإن أشبهت الموطوءة ، وعرفت التي سبق نكاحها ، ثبت نكاح السابقة ، لأن الأصل استمرار صحته ، وليس له نكاح الثانية ، لأن الأولى

إن كانت بنتاً ، فالثانية أم امرأته محرمة أبداً . وإن كانت أمّاً ، فليس له نكاح البنت وأمّها تحته . وإن ارتفع نكاح الأم بطلاق أو غيره ، لم يحل له واحدة منها ، لأن إحداها محرمة أبداً ، فصار كاشتباه أخته بأجنبية . وإن اشتبه السابق من النكاحين ، وعرفت الموطوءة ، فغير الموطوءة محرمة أبداً ، والموطوءة يوقف نكاحها ، وتمنع من نكاح غيره . وإن طلبت الفسخ للاشتباه ، فسخ كما في اشتباه الاولين^(١) . وإن اشتبه السابق من النكاحين والموطوءة ، وقف عنها ، لاحتمال سبق البنت والدخول بالأم ، وليس له نكاح واحدة منها ، لأن إحداها محرمة أبداً . ولو كانت المسألة بحالها ، لكن وطئها جيماً ، بطل النكاحان ، وحرمتا أبداً . ثم إن وطئ أولاً التي نكحها أولاً ، فلأولى مهرها المسمى ، وللثانية مهر المثل . وإن وطئ أولاً التي نكحها آخراً ، فلها مهر المثل ، لانه لم ينفذ نكاحها ، وللنكوة أولاً جميع مهر المثل ونصف المسمى . أمّا نصف المسمى ، فلارتفاع نكاحها بسبب من الزوج . وأما جميع مهر المثل ، فلأنه وطئها بشبهة بعد ارتفاع النكاح .

فصل

إذا اختلطت محرم بنسب أو رضاع أو مصاهرة بأجنبيات ، قال الاصحاب : إن كان الاختلاط بمدد لا ينحصر ، كنسوة بلدة أو قرية كبيرة ، فله نكاح واحدة منهن . قال الامام : هذا ظاهر إن عثم الالتباس . فأما إذا أمكنه نكاح من لا يشك فيها ، فيحتمل أن يقال : لا ينكح من المشكوك فيهن . والمذهب أنه لا حجر . فإن كان الاختلاط بمدد محصور ، فليجتنبهن . فلو خالف ونكح واحدة منهن ، لم يصح على الاصح . قال الامام : المحصور : ما عسر عده على آحاد الناس . وقال الفزالي : كل عدد لو اجتمعوا في صعيد لمسر على الناظر عددهم بمجرد النظر

(١) في النسخة الظاهرية : وإن طلبت الفسخ للاشتباه فسخ كما في نكاح الاولين .

كالالف، فهو غير محصور ، وإن سهل كالشرة ، والمشرين ، فمحصور ، وبين الطرفين أوساط يلحق بأحدهما بالظن ، وما وقع فيه الشك ، استفتي فيه القلب .

الجنس الثاني : ما يقتضي حرمة غير مؤبدة ، ويتعلق بعدد ، وهو ثلاثة أنواع .

الأول : الجمع بين الاختين من النسب أو الرضاع ، سواء الاختان من الأبوين

أو من أحدهما . فلو نكحها ، بطل نكاحها . وإن نكحها مرتباً ، بطلت الثانية .

فإن وطئها جاهلاً بالحكم ، فعليها المدة ولها مهر المثل ، وله وطء الاولى وإن كانت

الثانية في المدة ، لكن المستحب أن لا يفعل . ولو طلق امرأته طلاقاً بائناً ، فله نكاح

أختها في عدتها ، وإن كان رجعيّاً ، لم تحل أختها حتى تنقضي عدتها . فلو ادعى

أنها أخبرته باقضاء المدة ، والوقت محتمل ، وقالت : لم تنقض ، فوجهان . أصحهما

وهو نصه في « الاملاء » : أن له نكاح أختها . ولو طلق الادرى ، لم يقع .

ولو وطئها ، لزمه الحد ، لزمه انقضاء عدتها . وقال الخليمي والقفال : ليس له

نكاح أختها ، لأن القول قولها في المدة . وعلى هذا ، لو طلقها وقع . ولو وطئها ،

فلا حد ، وتجب النفقة على الوجهين ، لأنه لا يقبل قوله في إسقاط حقها . ولو طلق

زوجته الامة طلاقاً رجعيّاً ، ثم اشتراها ، فله نكاح أختها في الحال ، وكذا

لو اشتراها قبل الطلاق ، لأن ذلك الفراش انقطع .

فرع

يحرم الجمع بين المرأة وبنت أخيها وبنت أولاد أخيها ، وكذا بين المرأة

وبنت أختها وبنت أولاد أختها ، سواء كانت العمومة والخؤولة من النسب

أو الرضاع .

وضبط تحريم الجمع بمبارات .

إحداهن : يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة أو رضاع ولو كانت إحداهما ذكراً لحُرمت المناكحة بينهما .

الثانية : يحرم بين كل امرأتين بينهما قرابة أو رضاع يقتضي المحرمية ..

الثالثة : يحرم بين كل امرأتين بينهما وصلة قرابة أو رضاع لو كانت تلك الوصلة بينك وبين امرأة لحُرمت عليك . وقصدوا بقيد القرابة والرضاع الاحتراز عن الجمع بين المرأة وأم زوجها وبنت زوجها ، فإن هذا الجمع غير محرم وإن كان يحرم النكاح بينهما لو كان أحدهما ذكراً ، لكنه ليس بقرابة ولا رضاع ، بل مصاهرة ، وإيس فيها رحم يحذر قطعها ، بخلاف الرضاع والقرابة .

فرع

يحرم الجمع بين المرأة وبنتها ، لدخولها في الضابط . فلو نكحها معاً ، بطل نكاحها . ولو نكحها في عقدين ، فالثانية باطلة . فإن كانت الثانية البنت ، جاز أن ينكحها إن فارق الأم قبل الدخول .

فرع

يجوز الجمع بين بنت الرجل وربيته ، وبين المرأة وربيته زوجها من امرأة أخرى ، وبين أخت الرجل من أمه وأخته من أبيه ، لأنه لا تحرم المناكحة بتقدير ذكورة أحدهما .

فصل

كل امرأتين يحرم الجمع بينهما في النكاح ، يحرم الجمع بينهما في الوطء بملك اليمين ، لكن يجوز الجمع بينهما في نفس الملك . فإذا اشترى أختين أو امرأة وعمتها أو خالتها معاً ، أو متعاقبتين ، صح الشراء ، وله وطء أيتهما شاء . فإذا وطئ واحدة ، حرم عليه وطء الأخرى ، لكن لا يجب به الحد ، لأن له طريقاً إلى استباحتها ، بخلاف ما لو وطئ أخته من الرضاع وهي ملكه ، فإنه يجد على قول ، لأنه لا يستباحها بحال ، ثم الثانية تبقى حراماً كما كانت ، والأولى حلالاً كما كانت ، فلا يحرم الحرام الحلال ، لكن يستحب أن لا يبطأ الأولى حتى يستبرأ الثانية .

وعن أبي منصور بن مهران أستاذ الأودني ، أنه إذا أحبل الثانية ، حلت ، وحرمت الأولى ، وهو غريب ، ثم لا تزال غير الموطوءة محرمة عليه ، حتى يحرم الموطوءة على نفسه ، إما بإزالة ملك ، كبسع كلها أو بعضها ، أو هبة مع الاقباض ، أو بالاعتاق ، وإما بإزالة الحبل بالتزويج أو الكتابة ، ولا يكفي الحيض والاحرام والعدة عن وطء شبهة ، لأنها أسباب عارضة لم تزل الملك ولا الاستحقاق ، فكذا الردة لا تبسح الأخرى ، وكذا الرهن على الأصح .

ولو باع بشرط الخيار ، فحيث يجوز للبائع الوطء ، لا تحل به الثانية ، وحيث لا يجوز وجهان . قال الامام : الوجه عندي القطع بالحل ، ولا يكفي استبراء الأولى ، لأنه لا يزيل الفراش . وعن القاضي حسين ، أن القياس الاكتفاء ، لأنه يدل على البراءة . وعن القاضي أبي حامد قال : غلط بعض أصحابنا فقال : إذا قال : حرمتها على نفسي ، حرمت عليه ، وحلت الأخرى .

ثم إذا حرّمها بالاسباب المؤثرة ، فعاد الحل ، بأن باعها ، فردّت عليه بميب أو إقالة ،

أو زوجها فطلقت ، أو كاتبها فمجزت ، لم يحز له وطؤها حتى يستبرئها ، لحدوث الملك . فاذا استبرأها ، فإن لم يكن وطئ الثانية بعد تحريم الأولى ، فله الآن وطء أيتها شاء . وإن كان وطئها ، لم يحز وطء المائدة حتى تحرم الأخرى .

فرع

الوطء في الدبر كالتبذل ، فتحرم الأخرى به . وفي اللس والقبلة والنظر بشهوة مثل الخلاف السابق في حرمة المصاهرة .

فرع

ملك أختين إحداها مجوسية ، أو أخته برضاع ، فوطئها بشبهة ، جاز وطء الأخرى ، لأن الأولى محرمة . ولو ملك أمًا وبنتها ، ووطئ إحداها ، حرمت الأخرى أبدًا ، فلو وطئ الأخرى بعد ذلك جاهلاً بالتحريم ، حرمت الأولى أيضاً أبدًا . وإن كان عالماً ، ففي وجوب الحد قولان . إن قلنا : لا ، حرمت الأولى أيضاً أبدًا ، وإلا ، فلا .

فصل

ملكها ولم يطأ ، أو وطئ ثم نكح أختها أو عمتها ، صح النكاح ، وحلت المنكوحه ، وحرمت الملوكة . ولو نكح امرأة ، ثم ملك أختها ، فالملوكة حرام ، ويبقى حيل المنكوحه .

فصل

ارتدت الزوجة بعد الدخول، يحرم نكاح أختها وأربع سواها قبل انقضاء العدة، كالرجمية . قال ابن الحداد : فلو قال لها : أنت طالق ثلاثاً ، فله في الحال نكاح أختها، لحصول البينونة ، وكذا الحكم لو ارتدت فخالها في الردة . ولو كان تحتها صغيرة، وكبيرة مدخول بها ، فارتدت الكبيرة، وأرضعت أمها في عدتها الصغيرة، وقف نكاح الصغيرة . فإن أصرت الكبيرة حتى انقضت العدة ، ففي نكاح الصغيرة، بحاله . وإن أسلمت في العدة ، بطل نكاح الصغيرة . وفي بطلان نكاح الكبيرة قولان نذكرهما إن شاء الله تعالى في نظير المسألة في الرضاع . قال الشيخ أبو علي : أظهرهما : لا يبطل كما لو نكح أختاً على أخت لا تبطل الأولى . وكذا الحكم لو كانت المرضعة أخت الكبيرة .

ثم على الزوج للصغيرة نصف المسمى ، وللكبيرة تمامه ، ويرجع الزوج على المرضعة بنصف مهر مثل الصغيرة على الأظهر ، وبكائه في قول ، وبجميع مهر مثل الكبيرة على الأظهر إن أبطلنا نكاحها .

النوع الثاني : في قدر العدد المباح ، ولا يجوز للحر أن ينكح أكثر من أربع نسوة . فلو نكح خمساً في عقد ، بطل نكاحهن ، وإن نكحهن مرتباً ، بطل الزيادة على الأربع الأوليات . ولو نكح خمساً في عقد فبين أختان ، بطل فيها ، وفي البواقي قولان تفريق الصفة ، والأظهر الصحة . ولو نكح سبعم فبين أختان ، بطل الجميع .

ولو كانت تحتها أربع فأبانهن ، فله نكاح أربع بدهن وإن كن في العدة . ولو أبان واحدة ، فله نكاح أخرى في عدة البانة .

ولو وطئ امرأة بشبهة ، فله نكاح أربع في عدتها . ولو كانت المفارقة رجعية ، لم تجز . وأما العبد ، فلا يجوز أن يزيد على امرأتين .

فرع

لابن الحداد

نكح ست نسوة ، ثلاثاً في عقد ، وثلثين في عقد ، وواحدة في عقد ، ولم يعلم المتقدم ، فنكاح الواحدة صحيح على كل تقدير ، لأنها لا تقع إلا "أولة ، أو ثالثة ، أو رابعة ، فانها لو تأخرت عن المقدين ، كان ثانيها باطلاً ، فتقع هي صحيحة . وأما البواقي ، فقال ابن الحداد : لا يثبت نكاحهن ، لأن كل واحد من عقديها يحتمل كونه متأخراً باطلاً ، والأصل عدم الصحة . قال الشيخ أبو علي : مذكروه ابن الحداد غلط عند عامة الأصحاب ، بل يصح مع نكاح الواحدة ، إما الثنتان ، وإما الثلاث ، وهو الذي سبق منها ، ولانعرف عينه فيوقف ، ويسأل الزوج ، فان ادعى سبق الثنتين وصدقاه ، ثبت نكاحهما . وإن ادعى سبق الثلاث ، وصدقته ، فكذلك . وإن قال : لا أدري ، أو لم يبين ، فلهن طلب الفسخ . وإن رضين بالضرر ، لم يفسخ ، وعلى الزوج نفقة الجميع مدة التوقف ، فان مات قبل البيان ، اعتدت من لم يدخل بها عدة وفاة ، ومن دخل بها بأقصى الأجلين من وفاة وأقراء ، ويدفع إلى الفردة ربع ميراث النسوة ، لاحتمال صحة نكاح ثلاث معها ، ثم يحتمل أن يكون الصحيح معها نكاح الثلاث ، فلا يستحق غير الربع المأخوذ ، ويحتمل صحة نكاح الثنتين ، فيستحق الثلث ، فيوقف ما بين الثلث والربع ، وهو نصف سدس بين الواحدة والثلاث ، لاحق للثنتين فيه ، ويوقف الثلثان بين

نصيب النسوة ، بين الثنتين والثلاث ، لاحقاً للواحدة فيه . فان أردن الصلح قبل البيان ، فالصلح في نصف السدس بين الواحدة والثلاث ، وفي اثنتين بين الثلاث والثنتين . وأما المهر ، فله فردة المسمى . وأما البواقي ، فان دخل بهن ، قابلنا المسمى لاحدى الفرقتين ومهر المثل بالمسمى للفرقة الأخرى ومهر مثل الأولى ، وأخذنا أكثر القدرين من التركة ، ودفعنا إلى كل واحدة منهن الأقل من مساهها ومهر مثلها ، ووقفنا الباقي .

مثاله : سمي لكل واحدة مائة ، ومهر مثل كل واحدة خمسون ، فسمى الثلاث ومهر مثل الثنتين أربعائة ، وهي أكثر من مسمى الثنتين ومهر مثل الثلاث ، فنأخذ من التركة أربعائة ، ونُدفع إلى كل واحدة خمسين ، ونقف الباقي وهو مائة وخمسون [منها] مائة بين النسوة الخمس ، وخمسون بين الثلاث ولورثة ، فان بان صحة نكاح الثنتين ، فالمائة لهما ، والخمسون للورثة . وإن بان صحة الثلاث ، فالمائة والخمسون لهن . وإن لم يدخل بواحدة ، أخذنا من التركة أكثر المسمين ، ولانعطي في الحال واحدة شيئاً . والأكثر في المثال المذكور ثلثمائة ، فنقف مائتين بين الثلاث والثنتين ، ومائة بين الثلاث والورثة . وإن دخل باحدى الفرقتين ، أخذنا الأكثر من مسمى المدخول بهن فقط ، ومن مهر مثلهن مع مسمى الفرقة الأخرى ، وأعطي الموطوءات الأقل من المسمى ومهر مثلهن . ففي المثال المذكور ، إن دخل بالثنتين ، فمهر مثلها مع مسمى الثلاث أربعائة ، وذلك أكثر من مسمى الثنتين ، فنأخذ أربعائة ، ونعطي كل واحدة من اثنتين خمسين ، ونقف مائة بينها وبين الثلاث ، ومائتين بين الثلاث والورثة . فان بان صحة نكاح الثنتين ، دفعنا المائة إليهما ، والباقي للورثة . وإن بان صحة نكاح الثلاث ، دفعناها مع المائتين إليهن ، وإن دخل بالثلاث ، فمهر مثلهن مع مسمى الثنتين ثلثمائة وخمسون ، وذلك أكثر من مسمى الثلاث ، فنأخذ ثلثمائة وخمسين ، ونعطي كل واحدة من الثلاث خمسين منها ، ونقف الباقي وهو مائتان ، منها مائة وخمسون بين الثنتين والثلاث ، والباقي بين الثنتين والورثة . فان بان صحة نكاح الثلاث ، أعطيناها مائة وخمسين ، والباقي للورثة . وإن بان صحة نكاح الثنتين ، أعطيناها المائتين .

قال الشيخ أبو علي : فإن كانت المسألة بحالها ، ونكح أربعاً آخر في عقد رابع ، ولم يعرف الترتيب ، لم يحكم بصحة نكاح الواحدة ، لاحتمال وقوعه بعد الأربع . فإن مات قبل البيان ، وقفنا ميراث زوجات ، ولا نمطي واحدة منه شيئاً . وأما المهر ، فإن دخل بهن ، أخذنا لكل واحدة الأكثر من مسهاها ومهر مثلها ، وأعطيناها أقلها ، ووقفنا الباقي بينها وبين الورثة . فإن لم يدخل بواحدة منهن ، فيحتمل أن يكون الصحيح نكاح الأربع ، ويحتمل أن تكون الواحدة مع الثلاث ، أو مع الثنتين ، فينظر مهر الأربع وحده ، ومهر الواحدة مع الثلاث ، ثم مع الثنتين ، ويؤخذ أكثر المقادير الثلاثة ، ويوقف . وإن دخل ببعضهن ، أخذ للمدخل بها أكثر مهرها ، وتمطى منه أقلها ، ويوقف الباقي بينها وبين الورثة ، وأخذ للغير المدخول بها مسهاها ، فيوقف بينها وبين الورثة .

النوع الثالث : استيفاء عدد الطلاق . فإذا طلق الحر زوجته ثلاثاً في نكاح أو أنكحة دفعة أو أكثر قبل الدخول أو بعده ، لم يحل له نكاحها حتى تنكح زوجاً غيره ويطأها ويفارقها وتنقضي عدتها منه ، وإذا طلق العبد طليقتين ، فكطلاق الحر ثلاثاً . ولو عتق بعد ذلك ، لم يؤثر ، ويشترط أن يكون الوطء في نكاح صحيح . وفي قول : يكفي الوطء في نكاح فاسد . ومنهم من أنكره ، ومنهم من طرده في وطء الشبهة ، والمذهب الأول . ويشترط تغييب جميع الحشفة في الفرج ، وبه تتعلق أحكام الوطء كلها . وقال البغوي : إن كانت بكرأ ، فأقله الاقتضاض بآلته . ومن قطعت حشفته ، إن بقي من ذكره دون قدرها ، لم يحل . وإن بقي قدرها فقط ، أحل . وإن بقي أكثر من قدرها ، كفى تغييب قدر حشفة هذا الشخص على الأصح . وقيل : يشترط تغييب جميع الباقي ، سواء كان قوي الانتشار ، أو ضئيفه فاستمان بأصبعه أو أصبعها ، فإن لم يكن انتشار أصلاً ، لثنتين أو شلل

أو غيرها ، لم يحصل التحليل على الصحيح ، وبه قطع جمهور الأصحاب في كتبهم ، لعدم ذوق المسيلة ، وحصله الشيخ أبو محمد والغزالي ، لحصول الوطء وأحكامه . واستدخال ذكر النائم وغيره يحلل ، واستدخال الماء لا يحلل .

قلت : ولولف على ذكره خرقه وأولج ، حلل على الصحيح . والله أعلم

فرع

يحصل التحليل بكل زوج ، حر مسلم ، وعبد ، ومجنون ، وخصي ، وذمي إذا كانت المطلقة ذمية ، سواء كان المطلق مسلماً أو ذمياً ، ويشترط وطء الذمي في وقت لو توافموا إلينا لقررناهم على ذلك النكاح .

قلت : لا يشترط في تحليل الذمية للمسلم وطء ذمي ، بل المجوسي والوثني يحللانها أيضاً للمسلم ، كما يحصنانها ، صرح به إبراهيم المروزي . والله أعلم

والصبي الذي يتأتى منه الجماع ، كالبائع على المشهور . والطفل الذي لا يتأتى منه ، لا يحلل على الصحيح ، وعن القفال ، أنه يحلل .

قلت : هذا الوجه كالغلط المتأبد لقواعد الباب . ونقل الامام اتفاق الأصحاب أنه لا يحلل . والله أعلم

فرع

إذا كانت الماطقة ثلاثاً صغيرة ، ووطئها زوج ، حلت قطعاً . وقيل في التي لا تشتهى الوجهان كتحليل الصبي .

فرع

لو وطئها في إحرامه أو إحرامها ، أو الحيض ، أو صوم رمضان ، أو قبل التكفير عن ظهارها ، أو ظاناً أنها أجنبية ، حلت ، لأنه وطئ زوج في نكاح صحيح ولو وطئها وهي في عدة وطئ شبهة وقع بعد نكاحه ، حلت على الأصح . ولو وطئها في حال رده أو ردتها ، وعاد إلى الاسلام ، لم تحل ، نص عليه ، لاضطراب النكاح ، بخلاف سائر أسباب التحريم . واعترض المزني بأنه إن دخل بها قبل الردة ، فقد حلت ، وإلا ، فتبين بنفس الردة . قال الأصحاب : تتصور العدة بلا دخول ، بأن يطأها في الدبر أو فيما دون الفرج فسبق الماء ، أو تستدخل مائه ، فتجب العدة ، ولا تحل بهذه الأسباب ، وكذا بالخلوة على القديم .

قلت : هذا الذي ذكره عن النص أنها لا تحل بالوطئ في الردة ، هو الصواب ، وبه قطع جماهير الأصحاب . وقال صاحب « التلخيص » : إن اجتمعا في الاسلام قبل انقضاء العدة ، حلت للأول ، وتابعه عليه القفال ، وليس بشيء . ولو طلقها رجعيًا ، باستدخال الماء قبل الدخول ، ثم وطئها في العدة [لم تحل للأول وإن راجعها في العدة] ، نص عليه الشافعي والأصحاب ، وقال إبراهيم المروزي : إذا قلنا : تحل بوطئ الشبهة ، فهذا أولى ، وإلا ، فلا تحل . والله أعلم

فرع

نكحها على أنه إذا وطئها بانت منه ، أو نكحها إلى أن يطأها ، أو على أنه إذا وطئها فلا نكاح بينها ، فنكاح باطل ، فإن شرط أنه إذا وطئها طلقها ، فباطل

أيضاً على الأظهر . وفي قول : يصح العقد ، ويبطل الشرط ، ويجب مهر المثل .
ولو تزوج بلا شرط، وفي عزمه أن يطلقها إذا وطئها ، كره ، وصح العقد ، وحلت
بوطنه . ولو نكحها على أن لا يوطئها إلا مرة ، أو على أن لا يوطئها نهائياً ، فلا مشافهي
رحمه الله في بطلان النكاح أو صحته دون الشرط نصان . وقيل : قولان . والمذهب
أنهما على حالين . فالبطالان إذا شرطت الزوجة أن لا يوطئها ، والصحة إذا شرط
الزوج أن لا يوطئ ، لأنه حقه ، فله تركه والتمكين عليها . ولو نكحها بشرط أن
لا تحل له ، فقال الامام : يجب أن تلحق بشرط ترك الوطء . وقال الغزالي : ينبغي
أن يفسد ، للتناقض .

قلت : قول الغزالي أصح . والله أعلم

وفي « فتاوى » القفال : أنه لو تزوج أمة على أن لا يملك الاستمتاع ببعضها ،
فكشروط أن لا يوطئ . وإن تزوجها بشرط أن لا يملك بعضها ، فإن أراد الاستمتاع ،
فكذلك . وإن أراد ملك العين ، لم يضر . وجميع ما ذكرناه إذا شرطه في نفس
العقد ، ولو تواطأ في شيء من ذلك قبل العقد ، وعقداً على ذلك القصد بلا شرط ،
فليس كالمشروط على الصحيح .

فرع

قال الأئمة : أسلم طريق في الباب : وأدفعه للعار ، أن تزوج بعبد صغير ، وتستدخل
حشفته ، ثم تملكه يبيع أو هبة ونحوهما ، فينسخ النكاح ، ويحصل التحليل
إن صححنا تحليل الصبي وجوزنا إجبار العبد الصغير على النكاح ، وإلا ، فلا .

فرع

إذا قالت المطلقة ثلاثاً : نكحت زوجاً آخر ، فوطئي وفارقني ، وانقضت عدتي منه ، قبل قولها عند الاحتمال . وإن أنكر الزوج الثاني ، وصدق في أنه لا يلزمه إلا نصف المهر ، فكذلك ، لأنها مؤتمنة في انقضاء المدة ، والوطء يمسر إقامة البينة عليه . ثم إن ظن صدقها ، فله نكاحها بلا كراهة . وإن لم يظنه ، استحب أن لا يتزوجها . وإن قال : هي كاذبة ، لم يكن له نكاحها . فإن قال بعده : تبين صدقها ، فله نكاحها . قلت : قد جزم الفوراني بأنه إذا غلب على ظنه كذبها ، لم تحل له . وتابعه الفزائي على هذا ، وهو غلط عند الأصحاب ، وقد نقل الإمام اتفاق الأصحاب على أنها تحل وإن غلب على ظنه كذبها إذا كان الصدق ممكناً . قال : وهذا الذي قاله الفوراني غلط ، وهو من عثرات الكتاب ، ولعل الرافعي لم يحك هذا الوجه ، لشدة ضعفه ، ولقول الإمام : إنه غلط . قال إبراهيم المروزي : ولو كذبها الزوج والولي والشهود ، لم تحل على الأصح . والله أعلم

فرع

طلق زوجته الأمة ، ثم اشتراها قبل وطء زوج ، لا يحل له وطؤها بملك اليمين على الصحيح ، لظاهر القرآن . قلت : قال العلماء : الحكمة في اشتراط التحليل ، التنفير من الطلاق الثلاث . والله أعلم

الجنس الثالث من الموانع : رق المرأة ، وهو ضربان . رقيقة يملكها ، ورقيقة لا يملكها .

الضرب الاول : مملوكته ، فليس له نكاح من يملكها أو بعضها . ولو ملك بعض زوجته ، انفسخ نكاحه ، وليس لها نكاح من تمام بعضه . ولو ملكت زوجها ، انفسخ نكاحها .

الضرب الثاني : أمة غيره ، فلا تحل للحر إلا بشروط .

أحدها : أن لا يكون تحته حرة يتيسر الاستمتاع بها مسيلة أو كناية. وفي وجهه : لا يمنع كون الكناية تحته . فان لم يتيسر الاستمتاع ، بأن كانت تحته صغيرة ، أو هرمة ، أو غائبة ، أو مجنونة ، أو مجذومة ، أو برصاء ، أو رتقاء ، أو مضناة لا تحتمل الجماع ، فوجهان . أحدهما : يصح نكاح الأمة ، وهذا أصح عند صاحب « المذهب » ، والفاضل حسين ، وقطع به ابن الصباغ وجماعة من العراقيين . والثاني : المنع ، وبه قطع الامام والنزالي والبنغوي . فعلى هذا ، لا يصح نكاح الأمة حتى تبين منه الحرية . [الشرط الثاني : أن لا يقدر على نكاح حرة لعدم الحرية ، أو عدم صداقها . فلو قدر على نكاح حرة رتقاء ، أو قرناء ، أو مجنونة ، أو مجذومة ، أو رضعية ، أو معتدة عن غيره ، فله نكاح الأمة على الأصح . ولو قدر على حرة كناية ، لم تحل الأمة على الأصح ، وقول الله تعالى : (ومن لم يستطع منكم طَوْلاً أن ينكح الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ) [النساء : ٢٥] قيد بالمؤمنات ، لأنه الغالب ، لا للاشتراط . ولو قدر على حرة غائبة ، قال الأصحاب : إن كان يخاف العنت في مدة قطع المسافة ، أو يلحقه مشقة ظاهرة بالخروج إليها ، فله نكاح الأمة ، وإلا ، فلا . قال الامام : المشقة المعتبرة ، أن ينسب متحملها في طلب زوجه إلى الاسراف . ولو لم يجد

إلاّ حرة لاترضى إلاّ بأكثر من مهر مثلها ، وهو واجده ، فنقل البغوي: أنه لا ينكح أمة . ونقل التولي جوازه . وقال الامام والغزالي : إن كانت زيادة بعدّ بذلها إسرافاً ، حلت الأمة ، وإلا ، فلا. وفرقوا بينه وبين الماء في التيمم ، بأن الحاجة إلى الماء تتكرر ، وبأن هذا الناكح لا يعدّ مغبوناً .

قلت : قطع آخرون بموافقة المتولي ، وهو الأصح . والله أعلم

ولو لم يقدر على مهر، ووجد حرة ترضى بمهر مؤجل ، وهو يتوقع القدرة عليه عند الحل ، أو وجد من يبيعه نسيئة مايفي بصداقها ، أو وجد من يستأجره بأجرة معجلة ، أو رضيت حرة بأن ينكحها بلا مهر ، حلت الأمة على الأصح . ولو أقرض مهرها ، لم يجب القبول على المذهب ، لاحتمال المطالبة في الحال . وقيل بالوجهين . ولو رضيت حرة بدون مهر مثلها، وهو يجده ، لم تحل الامة على المذهب ، لأن المنة فيه قليلة ، إذ العادة المسامحة في المهور . ولو وهب له مال أو جارية ، لم يلزمه القبول، وحلت الأمة . ومن له مسكن وخدام، هل له نكاح الأمة ، أم عليه بيعها وصرفها إلى طول حرة ؟ وجهان حكاهما ابن كج .

قلت : أصحابها الأول . والله أعلم

والمال الغائب لا يمنع نكاح الأمة، كما لا يمنع ابن السبيل الزكاة . ومن هو معسر، وله ابن موسر ، يجوز له نكاح الأمة إن لم نوجب على الابن إعفائه . وإن أوجبناه، فوجهان ، لأنه مستغن بمال الابن .

قلت : أصحابها : النع، وبه قطع جماعة . والله أعلم

الشروط الثالث : خوف العنت ، والمراد به هنا الزنا ، قال الامام : ليس المراد بالخوف أن يغلب على ظنه الوقوع في الزنا ، بل أن يتوقعه لاعلى الندور . وليس المراد بغير الخائف أن يعلم اجتنباه ، بل غلبة الظن بالتقوى ، والاجتناب بها في الخوف ، فمن غلبت عليه شهوته ، وضعف تقواه ، فهو خائف . ومن ضعفت شهوته ، وهو يستبعد الزنا لدين أو مروءة أو حياء ، فهو غير خائف . وإن غلبت شهوته ، وقوي تقواه ، ففيه احتمالان للامام . أصحها : لا يجوز نكاح الأمة ، وبه قطع الغزالي ، لأنه لا يخاف الوقوع في الزنا . والثاني : إن كان ترك الوقاع يحجر ضرراً أو مرضاً ، فله نكاح الأمة . وأما المحبوب ، فلا يتصور منه الزنا . قال الامام والمتولي : ليس له نكاح الأمة . قال المتولي : فلو نكح حرّ أمة ، فوجدته محبوباً ، وأرادت الفسخ ، فقال الزوج : جبّ ذكري بعد النكاح . فإن كان قوله غير محتمل ، بأن كان الموضع مندملاً ، وقد عقد النكاح أمس ، فالنكاح باطل . وإن كان محتملاً ، فإن صدقته ، فذاك ، وإن كذبه ، فدعواها باطلة لأن مقتضى قولها ، بطلان النكاح من أصله . وقال الروياني في « البحر » : للخصي والمحبوب نكاح الامة عند خوف الوقوع في الفعل المأثوم به ، لأن العنت المشقة .

فرع

القادر على شراء أمة يتسراها ، لا يحل له نكاح أمة على المذهب . ولو كان في ملكه أمة ، لم ينكح أمة قطعاً ، وطرد الحناطي الخلاف فيه ، فعلى المذهب لو كانت الأمة التي يملكها غير مباحة ، فإن وفقت قيمتها بئر حرة ، أو ثمن أمة يتسراها ، لم ينكح الأمة ، وإلا ، فينكحها .

الشروط الرابع : كون الأمة المنكوحة مسلمة ، ولا يشترط كونها مسلم على الأصح ، ويجوز للحر الكتاني نكاح الأمة الكتابية على الأصح ، ويقال : لاظهر ، ولايجوز نكاحها للعبد المسلم على المشهور . وأما نكاح العبد المسلم الأمة المسلمة ، فسيأتي إن شاء الله تعالى في باب [نكاح] الشرك . والعبد الكتاني ، ينكح الأمة الكتابية إن نكحها الحر الكتاني ، وإلا ، فوجهان . أصحها : الجواز .

قلت : ونكاح الحر المجوسي والوثني الأمة المجوسية والوثنية ، كالكتاني الأمة الكتابية ، والله أعلم

فرع

للحر المسلم وطء أمته الكتابية دون المجوسية والوثنية ، كالنكاح في حرائزم .

فصل

من استجمع شروط نكاح الأمة ، ليس له نكاح أمة صغيرة لانوطاً على الأصح ، لأنه لا يأمن بها العنت . ومن بعضها رقيق كالريقة ، لا ينكحها حر إلا بالشرط . ولو قدر على نكاحها ، فهل يباح له نكاح الرقيقة المحضة ؟ فيه تردد الامام ، لأن إرفاق بعض الولد أهون من إرفاق كله . وحكي عن بعض الأصحاب أن من بعضه رقيق كالرقيق ، فينكح الأمة مع القدرة على الحرية ، لأنه كالرقيق في الولاية والنظر .

فصل

ولد الأمة المنكوحة رقيقاً لئلا يملكها ، سواء كان زوجها الحر عربياً أو غيره ،
وفي القديم قول أن العرب لا يجري عليهم الرق ، فيكون ولد العربي حراً ، وهل
على الزوج قيمته كالمغرور ؟ أم لا شيء عليه لأن السيد رضي حين زوجها عربياً ؟
فيه قولان .

فرع

في « فتاوى ، القاضي حسين : أنه لو زوج أمته بواحد طول حرة ، فأولدها ،
فالأولاد أرقاء ، لأن شبهة النكاح كالنكاح الصحيح .

فصل

نكح الحر أمة بشروطه ، ثم أيسر أو نكح حرة ، لا يفسخ نكاح الأمة .
وقال المزني : يفسخ .

فصل

جمع حرّ حرّة وأمة في عقد ، فإن كان ممن لا يحل له نكاح الأمة ، فنكاح
الأمة باطل ، ونكاح الحرة صحيح على الاظهر . وإن كان ممن يحل له نكاح
الأمة ، بأن وجد حرة تسمح بهر مؤجلاً ، أو بلامهر ، أو بدون مهر المثل ، أو حرة

كناية ، وقلنا : إن هذه الماني لاتمتع نكاح الامة ، بطل نكاح الأمة قطعاً ، لاستغنائها عنه .
وفي الحرة طريقان . أظهرهما عند الامام وبه قال صاحب التلخيص : أنه على القوانين .
وقال ابن الحداد وأبو زيد وآخرون : يبطل قطعاً ، لانه جمع بين مرأتين يجوز إفراد
كل منها ، ولا يجوز الجمع ، فأشبهه الاخنين ، ومن قال بالاول . فرق بأن الاخنين
ليس فيها أقوى [والحرة أقوى] . ولو جمع بين مسلمة ووثنية ، أو أجنبية ومحرم ،
أو خلية ومعتدة أو مزوجة ، فهو كالجمع بين الحرة والامة إن لاتحل له الامة .
وإذا صححنا نكاح من تحل [له] ، فقد سبق فيه تفريق الصفة ، قول : أنها تستحق
جميع المسمى ، وأن المذهب أنها لاتستحق جميعه ، بل تستحق مهر المثل في قول ،
وما يخص مهر مثلها من المسمى إذا وزع على مهر مثلها ومهر مثل الاخرى
في قول . فان قلنا : تستحق جميع المسمى ، فللزواج الخيار في فسخ الصداق
والرجوع إلى مهر المثل كما ذكرنا في باب التفريق . وإن قلنا : تستحق مهر المثل ،
فلا فسخ ، إذ لافائدة [فيه] ، فانه لو فسخ لرجع إليه . وإن قلنا : تستحق حصه
مهر المثل من المسمى ، قال الشيخ أبو علي : إن كان المسمى مما يمكن قسمته ،
كالحبوب ، فلا خيار . وإن كان مما لا يمكن ، كالعبد ، فله الخيار ، لتضرره بالتشقيص .
فان فسخ ، فعليه مهر المثل . واعلم أن الجميع بين من يحل ومن لا يحل ، يتصور
بأن يكون المزوج وليها ، بأن زوج أمته وبنته ، أو كان وكيلاً لوليها ، أو ولي
إحداها ووكيلاً في الأخرى . وموضع الخلاف إذا قال : زوّجتك هذه وهذه
بكدا ، فقال : قبلت نكاحها بكذا فأمّا إذا قال : زوّجتك بنتي هذه ، وزوّجتك أمي
هذه ، فقال : قبلت نكاح بنتك ، وقبلت نكاح أمتك ، أو اقتصر على قبول نكاح
البنت ، فنكاح البنت صحيح بلا خلاف ، ولو فصل المزوج ، وقال الزوج : قبلت
نكاحها ، أو جمع المزوج ، وفصل الزوج ، فهل هو كما لو فصل جميعاً ، أو كما جمعا
جميعاً ؟ وجهان . أصحها : الأول . ولو جمع بين أختين وأمة وهو ممن يحل له

نكاح الأمة ، فنكاح الأختين باطل ، وفي الأمة الخلاف . ولو قال : زوّجتك بنتي ، وبعتك هذا الزق من الخمر بكذا ، فقبلها ، أو زوّجتك بنتي وابني أو فرسي ، أو وهذا الزق ، صح نكاح البنت على المذهب ، لأن المضموم لا يقبل النكاح ، فلغاً . وقيل بطرد القوانين . فأت صححنا ، فلها مهر المثل إن قلنا فيمن جمع بين محلة ومحرمة : المحللة مهر المثل . وإن قلنا هناك : لها حصة مهر المثل من المسمى ، فقال البغوي : يجب لها هنا جميع المسمى ، لتعذر التوزيع .

قلت : ولو تزوج أمّتين في عقد ، بطل نكاحها قطعاً كالأختين . وجميع ما ذكرناه في نكاح أمة غيره ، أردنا به غير أمة ولده ، وأما أمة ولده ، ففيها خلاف وتفصيل يأتي إن شاء الله تعالى في « الباب العاشر » . والله أعلم

الجنس الرابع من الموانع : الكفرة . الكفار ثلاثة أصناف .

أحدها : الكتائيون ، فيجوز للمسلم منا كحّتهم ، سواء كانت الكتائية ذمية أو حربية ، لكن تكره الحربية ، وكذا الذمية على الصحيح ، لكن أخف من كراهة الحربية . والمراد بالكتائين : اليهود والنصارى . فأما المتمسكون بكتب مائير الانبياء الاولين ، كصحف شيث وإدريس وإبراهيم وزبور داود صلوات الله وسلامه عليهم ، فلأنحل منا كحّتهم على الصحيح .

الصنف الثاني : من لا كتاب له ولا شبهة كتاب ، كمبدة الاوثان والشمس والنجوم والمظلة والزنادقة والباطنية والمعتقدين مذهب الاباحة وكل مذهب كفر متقدم ، فلأنحل منا كحّتهم .

الصنف الثالث : من لا كتاب لهم ، لكن لهم شبهة كتاب وهم المجوس . وهل كان لهم كتاب ؟ فيه قولان . أشبهها : نعم ، وعلى القولين لأنحل منا كحّتهم ،

لانه لا كتاب بأيديهم ، ولا تقيئنه من قبل ، فنحنط . وقال أبو إسحاق وأبو عبيد
ابن حرويه : يحل إن قلنا : كان لهم كتاب ، وهذا ضيف عند الاصحاب .

فرع

الكتابية كالمسلة في النفقة والقسم والطلاق وعامة أحكام النكاح ، لكن لا توارث
بينها وبين المسلم ، ولا تفسله إذا اعتبرنا نية الفاسل ولم نصحح نيتها . وإذا طهرت
عن حيض أو نفاس ، ألزمها الزوج الاغتسال . فإن امتنعت ، أجبرناها عليه
واستباحها وإن لم تنو ، للضرورة ، كما تجبر المسلة المجنونة . وعن الحلبي تخرجاً
على الاجبار على الفسل ، أن للسيد إجبار أمته الجوسية والوثنية على الاسلام ،
لان حل الاستمتاع يتوقف عليه . والصحيح خلافه ، لان الرق أفادها الامان من
القتل فلا تجبر كالمستأمنة ، وليس كالفسل ، فانه لا يعظم الامر فيه . واختلف نص
الشافعي رضي الله عنه في إجبار زوجته الكتابة على غسل الجنابة . وقال الجمهور :
في إجبارها قولان . وقيل : الاجبار إذا طالت المدة وكانت النفس تعافها ، وعدمه
في غير هذا الحال .

وأما المسلة ، فهي مجبرة على الفسل من الجنابة ، كذا أطلقه النووي .
قلت : ليس هو على إطلاقه ، بل هو فيما إذا طال بحيث حضر وقت صلاة ،
فأما إذا لم تحضر صلاة ، ففي إجبارها القولان ، وهما مشهوران حتى في التنبيه .
والاظهر من القولين الاجبار . والله أعلم

وتجبر المسلة أو الكتابة على التنظف بالاستحذاد ، وقلم الاظفار ، وإزالة
شعر الابط والامساخ إذا تفاحش شيء من ذلك بحيث نفّر التوءات ، فان كان لا يمنع

أصل الاستمتاع ، لكن يمنع كماله ، فقولان كفسل الجنابة ، ويجريان في منع الكتابية أكل الخنزير للاستقذار ، وفي كل ما يمنع كان الاستمتاع . والأظهر أن الزوج المنع منه . وله المنع من أكل ما يتأذى من رائحته كالثوم والكراث على الأظهر . وقيل : قطعاً ، وله المنع من شرب ما تسكر به . وفي القدر الذي لا يسكر القولان ، ويجريان في منع المسلمة من هذا القدر من التبيذ إذا كانت تمتد لإباحته . وقيل بمنعها قطعاً ، لأن ذلك القدر لا ينضب ويختلف باختلاف الأشخاص . ومتى تنجس فيها أو عضو آخر ، فله إجبارها على غسله بلاخلاف ليمكنه الاستمتاع به ، وله منعها من لبس جلد الميتة قبل دباغه ولبس ماله رائحة كريهة .

ومنع الكتابية من البيّع والكنايس ، كما يمنع المسلمة من الجماعات والمساجد .

فصل

في صفة الكتابية التي ينكحها المسلم

وهي ضربان ، إسرائيلية ، وغيرها .

[الضرب] الاول : التي ليست من بني إسرائيل ، ولها أحوال .

أحدها : أن تكون من قوم يعلم دخولهم في ذلك الدين قبل تحريفه ونسخه ، فيحل نكاحها على الأظهر . وقبل : قطعاً ، وهؤلاء يقرون بالجزية قطعاً . وفي حل ذبائحهم الخلاف كاللناكحة .

[الحال] الثاني : أن يكون ممن يعلم دخولهم بعد التحريف وقبل النسخ . فان تمسكوا بالحق منه ، وتجنبوا المحرف منه ، فكالحال الأول . وإن دخلوا في المحرف ، لم تحل مناكحتهم على المذهب ، ويقرون بالجزية على الأصح كالجوس وأولى للشبهة .

[الحال] الثالث : أن تكون ممن يعلم دخولهم بعد التحريف والنسخ ، فلا تحل مناكحتهم

قطعاً . فالذين تهودوا أو تنصروا بعد بعثة نبينا ﷺ ، لاينا كحون . وفي اتمهودين بين نبينا وبين عيسى عليها السلام وجهان . أصحابها : المنع ، ومن جوز كأنه يزعم أنا لانعلم كيفية نسخ شريعة عيسى لشريعة موسى صلى الله عليها وسلم ، وهل نسخت كلها أو بعضها ، وهؤلاء لايقرون بالجزية .

الرابع : أن تكون من قوم لايعلم متى دخلوا ، فلا تحل منا كحتهم ، ويقرون بالجزية ، وبذلك حكمت الصحابة رضي الله عنهم في نصارى العرب . هكذا أطلقه عامة الأصحاب من المتقدمين والمتأخرين ، وفيه شيء لا بد من معرفته وسنذكره في الفصل الذي بعد هذا إن شاء الله تعالى .

الضرب الثاني : الكتابية الاسرائيلية . والذي ذكره الأصحاب في طرقهم ، جواز ذكاحها على الاطلاق من غير نظر إلى آباؤها أَدْخَلُوا في ذلك الدين قبل التحريف ، أم بعده ، وليس كذلك ، لانه ليس كل اسرائيلية يلزم دخول آباؤها قبل التحريف ، وإن أشعر به كلام جماعة من الأئمة ، وذلك أن إسرائيل هو يعقوب ﷺ ، وبينه وبين نزول التوراة زمان طويل ، ولسنا نعلم أَدْخَلَ كل بني اسراييل على كثرتهم في زمان موسى ﷺ أم بعده قبل التحريف ، بل في القصص مايدل على استمرار بعضهم على عبادة الاوثان والاديان الفاسدة ، وبتقدير استمرار هذا في اليهود ، فلايستمر في النصارى ، لأن بني اسراييل بعد بعثة عيسى ﷺ منهم من آمن به ، ومنهم من صدَّ عنه فأصر على دين موسى . ثم من المصرين من تنصر على تعاقب الزمان قبل التحريف وبعده ، ولكن كأن الاصحاب اكتفوا بشرف النسب وجعلوه حائراً لنقص دخول الآباء في الدين بعد التحريف ، حتى فارق حكمين حكم غير الاسرائيليات إذا دخل آباؤهن بعد التحريف . وأما الدخول فيه بعد بعثة نبينا ﷺ ، فلا تفارق فيه الاسرائيلية غيرها كما سنوضحه إن شاء الله تعالى .

وكلام الغزالي يقتضي النظر إلى حال الآباء في الاسرائيليات أيضاً ، حتى يكون نكاح الاسرائيلية التي دخل أول آبائها في ذلك الدين بعد التحريف على قولين ، كغير الاسرائيلية التي دخل آباؤها فيه قبل التحريف ، لكن كلام الاصحاب يخالفه ، فأعرفه وانظر كيف يمكنك تنزيل كلامه على منقول الاصحاب .

فرع

الصائبون طائفة تعد من النصارى ، والسامرة طائفة تعد من اليهود . فإن كانوا يخالفون اليهود والنصارى في أصل دينهم ولايتأولون نص كتابهم ، لم يناكحوا كالجوس . وإن خالفوم في الفروع دون الاصول وتأولوا نصوص كتابهم ، جازت مناكحتهم . هذا هو المذهب ، وهو نصه في المختصر ، وقطع به الجمهور . قال الشيخ أبو علي : وأطلق بعض الاصحاب قولين في مناكحتهم . قال الامام : لا مجال للخلاف فيمن تكفرهم اليهود والنصارى ، ويخرجونهم عنهم ، لكن يمكن الخلاف فيمن جعلوه كالمتدع فينا .

وإذا شككنا في جماعة أيمخالفونهم في الاصول أم الفروع ؟ لم نناكحهم . والصائبون - فيما نقل - فرقان ، فرقه توافق النصارى في أصول الدين ، وفرقة تخالفهم ، وهم الذين أفتى الاصطخري بقتلهم .

فصل

في الانتقال من دين الى دين

هو ثلاثة أقسام .

[القسم] الاول : من دين باطل إلى دين باطل ، وهو ثلاثة أضرب .

أحدها : الانتقال من دين يقر أهله عليه إلى ما يقر أهله عليه ، كتهود نصراني وعكسه ، فهل يقر على ما انتقل إليه بالجزية ، أم لا يقبل منه إلا الاسلام أو الدين الذي انتقل منه ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها : الاول ، ثم الثاني .

قلت : الاصح ، لا يقبل منه إلا الاسلام . والله أعلم

فملى الأول ، تحل ذبيحته . وإن كانت امرأة ، حل للمسلم نكاحها . وإن كانت منكوحة مسلم ، استمر نكاحه . وإن قلنا : لا يقر ، لم تحل ذبيحته ولا نكاحها . وإذا انتقلت منكوحة مسلم ، فكدرة المسلمة ، فتتجزز الفرقة قبل الدخول وتقف على انقضاء المدة بعده . وإذا قلنا بالقول الثاني والثالث ، وامتنع من الاسلام أو منه ومن الدين الذي انتقل منه ، فقولان . أحدهما : يقتل كالرند ، وأشبهها : يلحق بمأمنه كمن نبذ العهد . ثم هو حرب لنا ، إن ظفرنا به قتلناه . ولو تمجس يهودي أو نصراني ، ففي تقريره وعدمه وما يقبل منه الأقوال . وقيل : يمنع التقرير قطماً ، لكونه دون دينه الأول . فإن لم نقره ، وأبى الرجوع ، ففي القتل والالحاق بالمأمن القولان . وعلى كل حال ، لا تحل ذبيحته ولا نكاحها . وإن كانت منكوحة مسلم ، تنجزت الفرقة إن كان قبل الدخول ، وإلا ، فإن أسلمت قبل انقضاء المدة ، أو عادت إلى دينها وقنعنا به ، دام النكاح ، وإلا ، بان حصول الفرقة من وقت الانتقال . ولو تمجست كناية تحت كتابي ، فإن كانوا لا يجوزون نكاح المجوس ، فكتمجسها تحت مسلم ، وإلا ، فنقرهما إذا أسلما . ولو تهود أو تنصر مجوسي ، ففي التقرير الأقوال ، فإن منعناه ، فالنفرس كما سبق ، ولا تحل ذبيحته ونكاحها بحال ، لأن الانتقال من باطل إلى باطل لا يفيد فضيلة .

الضرب الثاني : انتقال ما يقر عليه إلى ما لا يقر ، كتنوثن يهودي أو نصراني ،

فلا يقر قطعاً . وهل يقنع بموده إلى ما انتقل منه أو دين يقر أهله عليه ، أم لا يقبل إلا الإسلام أو ما انتقل منه ، أم لا يقبل إلا الإسلام ؟ فيه ثلاثة أقوال . وإن كان هذا الانتقال من كتابية تحت مسلم ، انسخ نكاحها إن لم يدخل . وإن دخل فعادت إلى ما يقبل قبل انقضاء العدة ، استمر نكاحها ، وإلا ، تبين الفراق من وقت الانتقال . ولو توثن مجوسي ، لم يقر ، وفيما يقنع به الأقوال .

الضرب الثالث : عكس الثاني ، كهود وثني وتنصره وتمجسه ، فلا يقر ، ولا يقبل منه إلا الإسلام قطعاً كالمرتد ، لأنه كان لا يقر فلا يستفيد بباطل . وإذا تأملت حكم هذه الأضرب ، علمت أن الانتقال من دين باطل إلى باطل ، يبطل الفضيلة التي كانت في الأول ، ولا يفيد فضيلة لم تكن في الأول ، ولكن تبقى الفضيلة التي يشترك فيها الدينان إن قلنا بالتقرير . وعلمت أن كلامهم المطلق في الفصل السابق : أن من دخل في اليهود والتنصر بعد النسخ والتبديل لا يناكح ولا يقر بالجزية ، غير مستمر على إطلاقه ، لأن من تهود أو تنصر اليوم فقد دخل في ذلك الدين بعد النسخ والتبديل ، وقد بينا الخلاف في مناكحته وتقريره بالجزية إذا كان الدخول من دين يقر أهله عليه ، فإذا إطلاقهم هناك وجزمهم بالمتع محمول على ما إذا كان الدخول فيه من دين لا يقر أهله كالوثنية ، وهذا هو البيان الذي سبق الوعد به .

فرع

إذا قبلنا رجوعه إلى غير الإسلام ، في هذه الصورة لانقول له : أسلم أو عاد إلى ما كنت عليه ، بل نأمره بالإسلام ، لكن نتركه إذا عاد إلى غيره .

القسم الثاني : الانتقال من دين حق إلى باطل ، وهو ردة المسلم والعياذ بالله ، فلا يقبل منه إلا الإسلام ، فإن أبي قتل كما سيأتي في بابه إن شاء الله تعالى ،

ولا يحل نكاح المرتد لاحد . وإذا ارتد الزوجان أو أحدهما قبل الدخول ، تنجزت
الفرقة ، وبمده نقف على العدة . فان جمعها الاسلام قبل انقضائها ، استمر النكاح ،
وإلا ، بان حصول الفرقة من وقت الردة . وفي مدة التوقف ، لا يحل الوطء ،
فلو وطئ ، فلاحد ، وتجب العدة ، وهما عدتان من شخص ، فهو كوطء مطلقته في عدته ،
واجتماعها في الاسلام هنا كرجعته هناك ، فيستمر النكاح إذا جمعها الاسلام في
الحالات التي يحكم فيها بلبوت الرجمة هناك . ولو طلقها في مدة التوقف ، أو ظاهر
منها ، أو آلى ، توفقنا . فان جمعها الاسلام قبل انقضاء العدة ، تبينا صحتها ، وإلا ، فلا .
وليس للزوج إذا ارتدت أن ينكح أختها في مدة التوقف ، ولا أربعاً سواها ،
ولا أن ينكح أمة . فان طلقها ثلاثاً في مدة التوقف ، أو خالها ، جاز له ذلك ،
لأنها إن لم تعد إلى الاسلام ، فقد باتت بنفس الردة ، وإلا ، فبإطلاق [أو الخلع] .
القسم الثالث : الانتقال من دين باطل إلى حق ، وهو باب نكاح المشرك
الآتي إن شاء الله تعالى .

فرع

من أحد أبويه كتابي والآخر وثني ، يقر بالجزية على المذهب . وأما منا كحته ومنا كحة
من أحد أبويه مجوسي والآخر يهودي أو نصراني أو ذبيحته ، فان كانت الأم هي
الكتابية ، لم يحل قطعاً ، وكذا إن كان هو الأب على الأظهر ، هذا في صغر
المتولد منها . فأما إذا بلغ وتدين بدين الكتابي منها ، فقال الشافعي رضي الله عنه :
تحل منا كحته وذبيحته . فمن الأصحاب من أثبت هذا قولاً ، ومنهم من قال :
لا أثر لبلوغه ، وحمل النص على ما إذا كان أحد أبويه يهودياً والآخر نصرانياً ،
فبلغ واختار دين أحدهما . ولو تولد بين يهودي ومجوسية ، فبلغ واختار التمجس ،

فمن القفال أنه يمكن منه ، ويجري عليه حكم المجوس . وقال الامام : لا يتمتع أن يقال : إذا أثبتنا له حكم اليهود في الذبيحة والمناكحة أن نمنعه من التمجس إذا منعنا انتقال الكافر من دين إلى دين .

الباب السابع في نكاح المشرك

فيه أربعة أطراف .

[الطرف الأول : فيما يقر عليه الكافر من الأنكحة الجارية في الكفر إذا أسلم . فإذا أسلم وتحته أربع كتابيات ، أو أقل ، استمر نكاحهن ، لأنه يجوز ابتدأه في الاسلام ، وسواء في ذلك اليهودي والمجوسي والوثني والحربي والذمي .

وإن أسلم وتحته مجوسية أو وثنية أو غيرها ممن لا يجوز نكاحها من الكافرات ، وتخلفت هي ، فإن كان قبل المسيس ، تنجزت الفرقة . وإن كان بعده وأسلمت قبل انقضاء العدة ، استمر النكاح ، وإلا ، تبينا حصول الفرقة من وقت إسلام الزوج . وإن أسلمت المرأة ، وأصر الزوج على كفره ، أي كفر كان ، فالحكم كما لو أسلم وأصرت على التوثن . وإن أسلما معاً ، بقيا على النكاح سواء فيه جميع أنواع الكفر وقبل المسيس وبعده ، والاعتبار في الترتيب والمعينة ، بآخر كلمة الاسلام ، لا بأولها . ولو نكح كافر لابنه الصغير صغيرة ، فإسلام الأبوين أو أحدهما قبل بلوغها كإسلام الزوجين أو أحدهما . ولو نكح لطفله بالغة ، وأسلم أبو الطال والمرأة معاً ، قال البغوي : يبطل النكاح ، لأن إسلام الولد يحصل عقب إسلام الأب ، فيقدم إسلامها على إسلام الزوج ، لكن ترتب إسلام الولد على إسلام الأب ،

لا يقتضي تقدماً وتأخراً بالزمان ، فلا يظهر تقدم إسلامها على إسلام الزوج : قال :
وإن أسلمت عقب إسلام الأب ، بطل النكاح أيضاً ، لأن إسلام الولد يحصل حكماً ،
وإسلامها يحصل بالقول ، والحكمي يكون سابقاً للقولي ، فلا يتحقق إسلامها ممّا .

فرع

حيث توقفنا في النكاح وانتظرنا الحال إلى انقضاء العدة ، فطلق قبل انقضائها ،
فطلاقه موقوف . فإن اجتمع على الإسلام في العدة ، تبين وقوعه . ويعتمد من وقت
الطلاق ، وإلا ، فلا طلاق . وقيل : في الطلاق قولاً وقف العقود . ففي قول :
لا يقع وإن اجتمع في الإسلام قبل انقضاء العدة . وطردها فيما إذا اعتق عبد أبيه
على ظن حياته ، فإن ميتاً ، كما لو باعه على ظن حياته فبان ميتاً . والمذهب
الأول ، لأن الطلاق والعتق قبلان صريح التعليق ، فقبولها تقدير التعليق أولى ،
وكذا يتوقف في الظاهر والايلاء . ولو قذفها ولم يجتمعا على إسلام في العدة ، لم يلاعن ،
ويعزّر إن كانت هي المتخلّفة ، ويحدّ إن كان هو المتخلف .

وإن اجتمع على الإسلام ، فله أن يلاعن لدفع الحدّ أو التعزير . ولو سبق
الزوج إلى الإسلام ، والزوجة وثنية ، فنكح في زمن التوقف أختها المسلمة أو أربماً
سواها ، لم يصح . وكذا لو طلقها رجعية في الشرك ثم أسلم ونكح في العدة
أختها المسلمة أو أربماً سواها ، لأن زوال نكاحها غير متيقن ، فلا ينكح من لا يجوز
الجمع بينها وبينها . وقال المزني : يتوقف فيمن نكحها . فإن أسلمت المتخلفة قبل
انقضاء العدة ، بان بطلان نكاح الثانية ، وإلا ، بان صحته .

وذكر بمض الأصحاب ، أنه على قولي وقف العقود . فعلى قول : هو كما قال
المزني . والمذهب هو الأول ، وهو المنصوص ، وبه قطع الجماهير .

ولو أسلمت المرأة أولاً، ونكح في تخلفه أختها الكافرة ، ثم أسلم مع الثانية، فإن كان بعد انقضاء عدة السابقة ، أقرت الثانية تحته . وإن أسلم قبل انقضاء عدتها ، فله أن يختار من شاء منها ، كما لو أسلم وتحته أختان أسلمتا معه ، وليس كالصورة السابقة ، فانه هناك مسلم عند نكاح الثانية ، فلا ينكح الأخت على الأخت، وهنا وقع النكاحان في الشرك .

فصل

ما ذكرناه أولاً ، كلام جملي في مواضع استمرار النكاح بعد الاسلام وعدم استمراره . والمقصود الآن ، بيان شرط الاستمرار .

فإن لم يقترن شيء من مفسدات النكاح بالمقد الجاري في الشرك ، ولا بحالة عروض الاسلام ، فهو مقرر عليه . فإن كانوا يعتقدون فساد شيء من ذلك ، لم نبال باعتقادهم ، وأدمنوا ما هو صحيح عندنا . وإن اقترن به مفسد ، نظر ، إن كان زائلاً عند الاسلام ، وكانت بحيث يجوز نكاحها حينئذٍ ابتداءً ، استمر عليه ، إلا إذا اعتقدوا فساده وانقطاعه . وإن كان المفسد باقياً وقت الاسلام ، بحيث لا يجوز ابتداء نكاحها ، فلا تقرير ، بل يندفع النكاح ، ويتخرج على هذا الضابط مسائل .

إحداها : عقداً بغير ولي وشهود ، أو أجبر البكر غير الأب والجد ، أو أجبرت الثيب ، أو راجع في القرء الرابع وهم يعتقدون امتداد الزمة إليه ، فيقر عليه ، إذ لا مفسد عند الاسلام ، ونكاحها الآن جائز .

ولو نكح أمه أو بنته ، أو زوجة أبيه أو ابنه ، أو مطلقة ثلاثاً قبل التحليل ، اندفع النكاح عند الاسلام ، لأنه لا يجوز ابتداءه .

[المسألة] الثانية : [نكح] معتدة غيره ، فان كانت المدة باقية عند الاسلام ، اندفع النكاح ، وإلا استمر . وخص صاحب د الرقم ، هذا التفصيل بمدة النكاح ، قال : وفي عدة الشبهة يقرآن وإن كانت المدة باقية ، لأن الاسلام لا يمنع دوام النكاح مع عدة الشبهة ، ولم يتعرض الجمهور لهذا الفرق ، وأطلقوا اعتبار التقرير بالابتداء . ولو كان نكحها بشرط الخيار لها أو لأحدهما مدة مقدرة ، فان كانت المدة باقية عند الاسلام ، اندفع النكاح ، وإلا ، استمر كالعدة ، وسواء قارن بقية العدة أم مدة الخيار إسلامها أو إسلام أحدها ، حتى لو أسلم أحدها والعدة أو المدة باقية ، ثم أسلم الآخر وقد انقضت ، فلا تقرير ، كذا قاله الصيدلاني ، والامام ، والفزالي ، والبنغوي ، لأن المفسد لاقى إسلام أحدهما فغلب الفساد . وعن القاضي حسين : أن المؤثر اقترانه بإسلامها ، فان اقترن بإسلام أحدهما فقط ، لم يندفع النكاح ، لأن وقت الامساك والاختيار هو حال اجتماعها مسلمين ، والأول أصح .

[المسألة] الثالثة : النكاح المؤقت ، إن اعتقدوه مؤبداً ، أقروا عليه . وإن اعتقدوه مؤقتاً ، لم يقرؤا ، سواء أسلموا بعد تمام المدة أو قبلها ، لأن بعد المدة لانكاح في اعتقادهم ، وقبلها يعتقدونه مؤقتاً ، ومثله لا يجوز ابتداءه .

[المسألة] الرابعة : غضب حربي أو مستأمن امرأة واتخذها زوجة وهم يعتقدون غضبها نكاحاً ، قال القفال : لا يقر ، إذ لا عقد . والصحيح التقرير ، إذ ليس فيه إلا إقامة الفعل مقام القول ، فأشبهه سائر وجوه الفساد . ولو غضب ذمي ذمية ، لم يقر ، لأن على الامام دفع قهر بعضهم بعضاً ، بخلاف الحربي والمستأمن .

فرع

إذا أسلم ، لم يبحث عن شرط نكاحها في الابتداء ، لأنه أسلم خلائق فلم

يسألهم النبي ﷺ عن شروط أنكحتهم ، وأقرم عليها . وأما في حال الاسلام ، فالوجه : الاحتياط .

فصل

قد سبق بيان ما إذا لم يقرن بالعقد الجاري في الشرك ولا بالاسلام مفسد ، وما إذا اقرن بالعقد مفسد ، وهذا الفصل لقسم ثالث ، وهو أن لا يقرن بالعقد ، لكن بطراً مفسد وبقترن بالاسلام ، وفيه مسائل بناها جماعة على أن الاختيار والامساك كابتداء العقد ، أم كاستدامته ؟ قالوا : وفيه قولان مستنبطان . أظهرهما عند الأصحاب الأول .

إحدى المسائل : إذا أسلم ، ووطئت زوجته بشبهة ثم أسلمت ، أو أسلمت ثم وطئت بشبهة ، ثم أسلم قبل انقضاء العدة ، استمر نكاحها على المذهب والمنصوص وإن كان لا يجوز ابتداء نكاح المعتدة ، لأن عدة الشبهة لا تقطع نكاح المسلم ، فذا أولى .

[المسألة الثانية: أسلم وأحرم، ثم أسلمت في العدة، فمن النص جواز إمساكها في الاحرام، وكذا لو أسلم وتحتة أكثر من أربع نسوة ثم أسلمن وهو محرم ، له اختيار [أربع] منهن ، والأصحاب طريقان . أحدهما: القطع بالمنع ، كما لو أسلم وتحتة أمة وهو موسر ، لا يجوز إمساكها ، وهؤلاء حملوا النص على ما إذا أسلمت معاً ثم أحرم الزوج ، فله الاختيار ، لأنه ثبت قبل الاحرام . وعن روي عنه هذا التأويل ، الأنطاقي ، وابن سلة . وعن القفال إنكار هذا النص ، وقال : تفحصت كتب الشافعي ، فلم أجده . والطريق الثاني وهو الصحيح : أن المسألة على قولين . أحدهما: المنع .

وأظهرهما ومختار أكثر الأصحاب : الأخذ بظاهر النص ، لأن عروض الاحرام لا يؤثر كما في نكاح المسلم ، ولأن الامساك استدامة ، فأشبه الرجعة .

[المسألة] الثالثة : نكح في الكفر حرة وأمة ، ثم أسلم وأسلمنا معه ، فالذهب أن الحرية تنعين للنكاح ، ويندفع نكاح الأمة . وسواء نكحها معاً أو مرتباً ، وتندفع الأمة أيضاً باليسار المقارن للاسلام . وقيل : في اندفاعها في الصورتين قولان ، بناءً على الأصل المذكور . والحاصل للفتوى ، أنه متى أسلم وتحتة أمة وأسلمت معه ، أو جمعها الاسلام في العدة ، فإن كان يحل له نكاح الامة أمسكها . وإن لم يحل ليسار أو أمن العنت ، اندفع نكاحها .

[المسألة] الرابعة : أسلمت بعد الدخول وارتدت ، فإن لم يسلم الزوج حتى انقضت العدة ، بانت باختلاف الدين أولاً ، وتكون العدة من يومئذ . وإن أسلم قبل انقضائها ، سقط حكم تلك العدة من يومئذ ، وتوقف . فإن عادت إلى الاسلام قبل انقضاء العدة من وقت ردتها ، استمر النكاح ، وإلا ، انقطع من يوم الردة ، وكذا لو أسلم الزوج بعد الدخول وارتد ، إن لم تسلم المرأة إلى انقضاء العدة من وقت إسلامه ، بانت ، وإن أسلمت ، توقفنا ، فإن عاد الزوج إلى الاسلام قبل انقضاء العدة من وقت رده ، استمر النكاح ، وإلا ، حصلت الفرقة من يومئذ . قال الامام : وحكى القفال عن النص أنه يندفع النكاح في إسلام أحد الزوجين وارتداده ، ولا يتوقف ، والمشهور التوقف . وعلى هذا قال البغوي وغيره : الردة يفرق فيها حكم الابتداء والاستدامة ، لان ابتداء نكاح المرنء باطن غير منعقد على التوقف ، وفي الدوام توقفنا ، فالتحقت الردة بالعدة للشبهة والاحرام . وإنما قيل بالتوقف في الردة ، ولم نجوز الاختيار فيها بخلاف الاحرام والعدة ، لأن منافاة الردة للنكاح أشد ، فلما تقطعه ، بخلافها ، ولهذا لا تجوز الرجعة في الردة ، وتجاوز في الاحرام على الأصح . ولو أسلم وتحتة أكثر من أربع ، وارتد ، ثم أسلمت

النسوة في المدة ، أو أسلم وأسلمن معه ، ثم ارتد قبل الاختيار ، لم يجز أن يختار أربعا منهن في الردة . فان عاد إلى الاسلام في المدة ، فله الاختيار حينئذ .

فرع

قد بان بما ذكرنا ، أن القاطع للنكاح عند الاسلام ، منه ما يكون موجوداً عند العقد واستمر كالمدة ، ومنه ما يطرأ كما لو نكح حرة على أمة ثم أسلم ، أو نكح أمة ثم أسير وأسلم موسراً . ثم هل يشترط في الانقطاع أن يقارن الفساد إسلامها ، أو يكفي اقترانه بإسلام أحدهما ؟ فيه خلاف سبق .
أما القسم الأول : فالأصح الاكتفاء .

وأما الثاني : فقد ذكرنا أن المذهب أنه إذا أسلم ومعه حرة وأمة ، اندفعت الأئمة ، وكذا لو أسلمت الحرة المدخول بها معه أو بعده قبل انقضاء المدة ثم أسلمت الأئمة . ولو أصرت الأئمة حتى انقضت المدة ، اندفعت باختلاف الدين . ولو ماتت الحرة بعد إسلامها ، أو ارتدت ، ثم أسلمت الأئمة ، اندفعت الأئمة أيضاً ، وكفى اقتران إسلام الحرة بإسلامه . ولو أسلم وتحتته أمة وهو موسر ، ثم تلف ماله وأسلمت وهو موسر ، فله إمساكها ، وإنما يؤثر اليسار في الدفع إذا قارن إسلامها جميعاً . وقيل : يكفي اقتران اليسار بإسلامه ، حكى هذا عن أبي يحيى البلخي ، قال : وعكسه لو أسلم موسراً ثم أسلمت وهو موسر ، فله إمساكها نظراً إلى وقت إسلامه . وعن ابن خيران : في اليسار الزائل قولان . وعن القاضي أبي حامد : أن في صورة الحرة والأئمة له إمساك الأئمة ، فحصل خلاف في الصورتين . والمذهب في صورة الحرة والأئمة اندفاع الأئمة وإن ماتت الحرة . وفي صورة زوال اليسار عدم اندفاعها ، واعتبار اقترانه بإسلامها ، لان وقت الاجتماع هو وقت جواز نكاح الأئمة .

فصل

في الأنكحة الجارية في الشرك ثلاثة أوجه ، كذا نقلها الأكثرون ، وسماها
الغزالي أقوالاً ، والصحيح أنها محكوم بصحتها ، قال الله تعالى : (وامراته حمالة
الخطب) [الطه: ٤] (وقالت امرأة فرعون) [القصص: ٩] ولأنهم لو ترفعوا إلينا لم ينطله قطعاً ،
ولم تفرق بينهم ، وإذا أسلموا أقررناهم ، والفساد لا ينقلب صحيحاً ولا يقرر عليه .
والثاني : أنها فاسدة ، لعدم مراعاتهم الشروط ، لكن لانفرق لو ترفعوا ، رعاية للمهد
والذمة ، ونقرم بعد الاسلام تخفيفاً^(١) . والثالث : لانحكم بصحة ولافساد ، بل
نتوقف إلى الاسلام ، فما قرر عليه ، بانت صحته ، وما لا ، ففساده . ومن الأصحاب
من قطع بالصحة . وإذا ثبت الخلاف ، فهل هو مخصوص بالعقود التي يحكم بفساد
مثلها في الاسلام ؟ أم يجري في كل عقودهم ؟ مقتضى كلام المتولي وغيره : التخصيص .
وقال الامام : من يحكم بفساد أنكحتهم ، يلزمه أن لا يفرق بين ماعقدوه بشروطنا
وغيره . والمصير إلى بطلان نكاح يعقد على وفق الشرائع كلها ، مذهب لا يعتقده
ذو حاصل .

قلت : الصواب التخصيص ، بل لم يصرح أحد بطرده في الجميع ، وليس في
كلام الامام لإثبات نقل طرده ، وإنما ألزمه إلزاماً لهم الانفصال عنه بأن الظاهر
إخلافهم بالشروط ، فان تصور علمنا باجتماعها ، حكمنا بالصحة قطعاً . واتدأ علم

ويبنى على الأصل المذكور مسألتان .

إحداهما : طلق كافر زوجته ثلاثاً ثم أسلم . فان قلنا بالصحيح وهو صحة

(١) في الاصل : ونقرم بعد الاسلام تحقيقاً ، وما أثبتناه من نسخة الظاهرية .

أنكحتهم ، لاتحل إلا بمحلل ، وهذا هو نصه في المختصر . وإن قلنا بالفساد ، فالطلاق في الفاسد لا يجوز إلى محلل ، فإذا قلنا بالصحيح ، فنكحت هذه المطلقة زوجاً في الشرك ، ووطئها ثم طلقها ، ثم أسلمت فتزوجها الأول بعد إسلامه ، حلت ، وكذا يحصل التحليل للمسلم بـ . كاح ذمي أو حر بي كتابية طلقها المسلم ثلاثاً .

المسألة الثانية : التي يقرر نكاحها بعد الاسلام ، لها المهر المسمى إن كان صحيحاً . فإن كان خمرأ ونحوها ، فسيأتي حكم مهورم الفاسدة إن شاء الله تعالى . ومن اندفع نكاحها بسلام الزوج ، إن لم تكن مدخولاً بها ، وصححنا أنكحتهم ، فلها نصف المسمى إن كان صحيحاً . وإن كان فاسداً ، فنصف مهر المثل . وإن لم يسم شيئاً ، وجب المتعة . ومن اندفعت بإسلامها ، فلا شيء لها على المشهور . وقيل : قولان . ثانيها : وجوب نصف المهر ، لأنها محسنة بالاسلام ، فهي في معنى من ينسب الفراق إلى تخلفه . وإن أفسدنا أنكحتهم ، فلا مهر مطلقاً ، لأن المهر لا يجب في الفاسد بلا دخول . وإن كانت مدخولاً بها ، وصححنا أنكحتهم ، وجب المسمى إن كان صحيحاً . وإن أفسدناها ، فمهر المثل . ثم عن القفال ، أن من صور الاندفاع من نكح محرماً له ثم أسلم ، وجعل وجوب نصف المهر على الخلاف . ورأى الامام القطع بأنه لا شيء للمحرّم من المهر . قال : ولا نقول : انقعد العقد عليها ثم انفسخ بالاسلام ، وإنما ذلك في الأخت المفارقة من الأختين وفي الزائدات على أربع . والموافق لاطلاق غير الامام موافقة القفال .

فرع

نكح مشرك أختين ، فطلقها ثلاثاً ثلاثاً ، ثم أسلم وأسلمتا ، قال الأصحاب : إن صححنا أنكحتهم ، نفذ الطلاق فيهما ، ولم ينكح واحدة منهما إلا بمحلل . وإن

أفسدناها ، فلانكاح ولاطلاق ، ولا حاجة إلى محلل فيها . وإن توقفنا ، فلو لم يكن طلاق ، لاختار إحداها وبأن بذلك صحة نكاحها وفساد نكاح الأخرى ، فإذا طلقها ، أمر بالاختيار لينفذ الطلاق في المنكوحة ، ويحتاج إلى محلل لها دون الأخرى . ولو أسلم مع أختين ، ثم طلق كل واحدة ثلاثاً ، فهنا يتخير قطعاً ، لأنهم لما أسلموا اندفع نكاح واحدة ، وإنما ينفذ الطلاق في المنكوحة . ولو أسلم قبلها ، أو أسلمنا قبله ، تخير قطعاً ، لأنه والحالة هذه لا يمسك إلا إحداها ، وينسخ نكاح الأخرى من وقت إسلام من تقدم إسلامه منهم . ولو كان تحته أكثر من أربع ، فطلقهن ثلاثاً ثلاثاً ، ثم أسلموا ، فعلى الصحيح ينفذ الطلاق فيهن كلهن ، وعلى التوقف ، يختار أربعاً فينفذ فيهن دون الباقيات . قال الشيخ أبو علي : ولو كان عنده حرة وأمة ، فطلقها ثلاثاً ثلاثاً ، ثم أسلموا ، لم يجز له نكاح واحدة إلا بمحلل . ولو أسلموا ، ثم طلقها ثلاثاً ثلاثاً ، وقع الثلاث على الحرية ، لأنها متعينة ، وتدفع الأمة ، ولا يحتاج فيها إلى محلل . وكذا لو أسلمنا ثم طلقها ثلاثاً ثلاثاً ثم أسلم أو أسلم فطلقها ثلاثاً ثلاثاً ثم أسلمنا ، لأن الإسلام لما جمع الجميع ، بان اندفاع الأمة من وقت إسلام من تقدم إسلامه منهم .

فصل

أصدق فاسداً كخمر أو خنزير ، ثم أسلمنا بعد قبضه ، فلا شيء . وإن أسلمنا قبل قبضه ، وجب مهر المثل . وفي قول : لها مهر المثل وإن قبضته . وفي قول : لا شيء وإن لم تقبض ، والمشهور الأول ، وهو الفرق . وسواء كان المسمى خيراً معينة أو في الذمة . ولو أصدقها حراً مسلماً استرقوه ، ثم أسلمنا قبل قبضه

أو بعده ، لم نقره في يدها ، بل نبطل ما جرى ، ويجب مهر المثل. هكذا ذكروه ،
وقياس ماسبق ، أن يخرج من يدها ، ولا ترجع بشيء ، كما تراق الحجر المقبوضة .
ولو قبضت بعض الفاسد ، ثم أسلما ، وجب من مهر المثل بقسط ما لم يقبض ، ولا يجوز
تسليم الباقي من الفاسد . وطريق التقييط ، أن ينظر ، فإن سميا جنساً واحداً وليس
فيه تمدد ، كزق خمر قبضت نصفه ثم أسلما ، وجب نصف مهر المثل . وإن تمدد
المسمى كزقي خمر ، قبضت أحدهما . فإن تساويا في القدر ، فكذلك ، وإلا ،
فهل يعتبر الكيل أو الوزن أو العدد ؟ أوجه . أصحابها : الأول . وإن أصدقها
خنزيرين ، فهل يعتبر العدد أم قيمتها بتقدير ماليتها ؟ وجهان . أصحابها : الثاني .
وإن سميا جنسين فأكثر ، كزقي خمر وكلبين وثلاثة خنازير ، وقبضت إحدى الأجناس ،
فهل ينظر إلى الأجناس ، فكل جنس بثلاث ، أم إلى الأعداد ، فكل فرد سبع ، أم إلى
القيمة بتقدير المالية ؟ أوجه . أصحابها : الثالث . وحيث اعتبرنا تقويمها ، فهل طريقه
أن تقدر الحجر خلاً ، والكلب شاة ، والخنزير بقرة ، أم الكلب فهداً ، لاشتراكها
في الاصطياد ، والخنزير حيواناً يقاربه في الصورة والفائدة ، أم تعتبر قيمتها عند
من يحمل لها قيمة كتقدير الحر عبداً في الحكومة ؟ فيه أوجه . أصحابها : الثالث .
ولو ترأى كافرين ، فبائه أو أقرضه درهماً بدرهمين ، ثم أسلما أو ترافعا
إلينا قبله ، فإن جرى تقاض ، لم تتعرض لما جرى ولم يلزم الرد ، وإن
لم يجر ، أبطلناه . وإن كان بمد قبض الدرهمين ، سألنا المؤدي ، أقصد أدائه عن الربح ،
أم عن رأس المال ؟ وقد ذكرنا تفصيله في أواخر « كتاب الرهن » . وجميع ما ذكرناه
هو إذا تقابضا بتراض ، فإن أجبرهم قاضيه على القبض في الربا والصدقات وثمن
خمر تباعوها ثم أسلموا ، لم نوجب الرد على المذهب ، فلا سلام يجب ما قبله . وإن
ترافعوا إلينا في كفرهم ، فكذلك على الأظهر ، ويقال : الأصح .

فرع

نكحها مفوضة ، ويمتقدون أن لامهر المفوضة بحاله ، ثم أسلم ، فلا مهر وإن كان إسلامها قبل الدخول ، لأنه استحق وطءاً بلامهر .

فصل

إذا ترافع إلينا ذميان في نكاح أو غيره ، إن كانا متفقين الملة ، وجب الحكم بينهما على الأظهر عند الأكثرين ، لقول الله تعالى : (وأن أحكم بينهم بما أنزل الله) [المائدة : ٤٩] ولأنه يجب الذب عنهم كالمسلمين . والثاني : لا يجب ، لكن لانتركهم على النزاع ، بل نحكم أو نردم إلى حاكم ملتهم ، ورجحه الشيخ أبو حامد وابن الصباغ . وقيل : يجب الحكم بينهم في حقوق الله تعالى ، والقولان في غيرها لثلاث تضييع ، وقيل : عكسه ، والأصح طردهما في الجميع . وإن كانا مختلفي الملة ، كيهودي ونصراني ، وجب الحكم على المذهب ، لأن كلاً لا يرضى بملة صاحبه . وقيل بالقولين . ولو ترافع معاهدان ، لم يجب الحكم قطعاً ، وإن اختلف ملتتهما ، لأنهم لم يلتزموا حكماً ، ولم يلتزم دفع بعضهم عن بعض . وقيل : هما كالذميين . وقيل : إن اختلف ملتتهما ، وجب ، والمذهب الأول . ولو ترافع ذمي ومعاهد ، فكالذميين . وقيل : يجب قطعاً . وإن ترافع مسلم وذمي أو معاهد ، وجب قطعاً .

فرع

قال الأصحاب على اختلاف طبقاتهم : إن قلنا : وجب الحكم بين الكافرين ،

فاستمدى خصم على خصم ، وجب إعداؤه وإحضار خصمه ليحكم بينهما ، ولزم المستمدى عليه الحضور . وإن قلنا : لا يجب الحكم ، لم يجب الاعداء ، ولا يلزمه الحضور ، ولا يحضر قهراً . قال البغوي وغيره : ولو أقر ذمي بالزنا ، أو سرقة مال مسلم أو ذمي ، حد قهراً إن أوجبنا الحكم بينهم ، وإلا ، فلا يحد إلا برضاه ، فاعتبر الأصحاب الرضى على قول عدم الوجوب ، ولم يعتبروه على قول الوجوب . وأما قول الغزالي : لا يجب الحكم إلا إذا رضا جميعاً ، فردود مخالف لما عليه الأصحاب .

فرع

سواء أوجبنا الحكم بينهم ، أم لا ، وإنما نحكم بحكم الاسلام . وإذا تحاكموا في أنكحتهم ، فنقر مانقره لو أسلموا ، وبطل ما لا نقره لو أسلموا . فإذا نكح بلاولي وشهود ، أو ثيباً بلا إذنها أو ممتدة منقضية المدة عند الترافع وترافعا ، حكمنا بالتقرير والنفقة . فلو كانت بعد في المدة ، أبطلناه ولم نوجب نفقة . ولو نكح مجوسي محرماً ، وترافعا في النفقة ، أبطلناه ولا نفقة . ولو طلبت مجوسية النفقة من الزوج المجوسي أو اليهودي ، فوجهان ، وكذا في تقريرهما على النكاح . أصحابنا : التقرير والحكم بالنفقة ، كما لو أسلما والتزما الأحكام . ووجه المنع ، أنه لا يجوز نكاحها في الاسلام . ولو جاء كافر تحته أختان ، وطلبوا فرض النفقة ، قال الامام : فيه تردد ، لأننا نحكم بصحة نكاحها ، وإنما تندفع إحداها بالاسلام . قال : والذي أدى القطع به المنع ، لقيام المانع ، وحيث لا نقرر في هذه الصور ، فهل يعرض القاضي المرفوع إليه عنها ، أم يفرق بين الزوجين ؟ فيه وجهان . أصحابنا عند الامام : الاعراض ، وإنما يفرق إذا رضا بحكمنا . ووجه التفريق ، أنهم بالترافع أظهروا ما يخالف الاسلام ، كما لو أظهروا الحُر .

فرع

إذا التمسوا من حاكم المسلمين ابتداء نكاح ، أجب إن كانت المرأة كتائية ولم يكن لها ولي كافر ، ولا يزوج إلا بشهود مسلمين .

فرع

قال المتولي : لو لم يتراجع إلينا المجوس ، لكن علمنا فيهم من نكح محرماً ، فالشهور أنه لا يتعرض لهم . وحكى الزيري قولاً ، أن الامام إذا عرف ذلك ، فرق بينهما كما لو عرف أن المجوسي نكح مسلمة أو مرتدة .
الطرف الثاني : فيما إذا أسلم وتحتة عدد من النسوة ، لا يجمع بينهما في الاسلام، وفيه صور .

[الصورة الأولى : أسلم وتحتة أكثر من أربع نسوة ، وأسلمن معه أو تخلفن وهن كتابيات ، اختار أربعاً منهن ، واندفع في نكاح الباقيات . وإن كن مجوسيات أو وثنيات وهن مدخول بهن، فتخلفن ثم أسلمن قبل انقضاء العدة من وقت إسلام الزوج ، فكذلك الحكم، وسواء في هذا كله نكحهن معاً أو مرتباً . وإذا نكحهن مرتباً ، فله إمساك الأخريات ومفارقة الأوليات . وإذا أسلم على أكثر من أربع وهن غير مدخول بهن ، وأسلمن معه أربع ، تقرر نكاحهن ، وارتفع نكاح الباقيات. ولو كان دخل بهن ، فاجتمع إسلامه وإسلام أربع فقط في العدة ، تعين للنكاح، حتى لو أسلم أربع من ثمان وانقضت عدتهن ، أو متن في الاسلام ثم أسلم الزوج وأسلمت الباقيات في عدتهن ، تعينت الأخريات . ولو أسلم أربع ، ثم أسلم الزوج قبل انقضاء عدتهن ، وتخلفت الباقيات حتى انقضت عدتهن من ذلك لإسلام الزوج،

أو متن على الشرك ، تعينت الأوليات . ولو أسلم أربع ، ثم أسلم الزوج قبل انقضاء عدتهن ، ثم أسلم الباقيات قبل انقضاء عدتهن من وقت إسلام الزوج ، اختار أربعاً من الأوليات والآخرى كيف شاء . فإن مات الأوليات أو بعضهن ، جاز له اختيار المليات ، ويرث منهم .

فرع

قبل كافر لابنه الصغير نكاح أكثر من أربع نسوة ، ثم أسلم وأسلمن ، اندفع نكاح الزيادة على أربع ، لكن لا يختار الصبي ولا الولي ، لأنه خيار شهوة ، فيوقف حتى يبلغ ، ونفقتن في مال الصبي لجسهن عليه ، وكذا لو أسلم رجل وحن قبل الاختيار .

الصورة الثانية : أسلم وتحت أم وبنتها ، نكحها معاً أو مرتباً وأسلمنا ، أو لم تسلما وهما كذا بيتان ، فإن كان دخل بهما ، حرمتا أبداً . ولكل واحدة مسها إن جرت تسمية صحيحة ، وإلا ، فمهر المثل . وإن لم يدخل بواحدة منها ، فهل تتمين البنت للنكاح ويندفع نكاح الأم ، أم يتخير إحداها ؟ قولان . أظهرهما عند الأكثرين : الأول ، وهما مبيتان عند الجمهور على صحة أنكحتهما . إن صححناها ، تعينت البنت ، وحرمت الأم أبداً ، وإلا ، تخير . فإن اختار البنت ، حرمت الأم أبداً . وإن اختار الأم ، اندفعت البنت ، لكن لا تحرم مؤبداً إلا بالدخول بأمرها . وأما المهر ، فقال ابن الحداد : إن خيرناه ، فله مفارقة نصف المهر ، لأنه دفع نكاحها بامساك الأخرى . وإن قلنا : تتمين البنت ، فلامهر للأم ، لاندفاع نكاحها بغير اختياره . وقال الفقهاء وغيره : الحكم بالعكس ، إن خيرناه ، فلامهر المفارقة ، لأن التخيير يبنى على فساد نكاحهم ، فالمفارقة كأنه لم ينكحها ، حتى يجوز للأصحاب

لابنه وأبيه نكاحها تفريراً على هذا القول . وإذا لم يكن نكاح ، فلامهر . وإن عينا البنت ، فللأم نصف المهر ، لصحة نكاحها واندفاعه بالإسلام . ومال الامام إلى أنه لامهر على هذا القول أيضاً ، لأنه صح نكاح البنت ، فتصير الأم محرماً ، وإيجاب المهر للمحرم بعيد ، وقد سبق نظير هذا . وإن دخل بالبنت فقط ، ثبت نكاحها ، وحرمت الأم أبداً ، وللامهر لها عند ابن الحداد ، ولها نصفه عند القفال . إن صححنا أنكحتهم . وإن دخل بالأم فقط ، حرمت البنت أبداً . وهل له إمساك الأم ؟ بنى على القولين إذا لم يدخل بواحدة . إن خيرناه ، أمسكها ، وإلا ، فلا ، ولها مهر المثل بالدخول .

[الصورة] الثالثة : سبق أنه لو أسلم وتخته أمة ، وأسلمت معه ، فله إمساكها . إن كان يحل له نكاح الأمة ، وإلا ، فلا فلو تخلفت ، نظر ، إن كان قبل الدخول ، تنجزت الفرقة كتابية كانت أو غيرها ، لأن المسلم لا ينكح الأمة الكتابية . وإن كان بعد الدخول ، وجمعت المدة إسلامها ، فهو كما لو أسلمت معه . وإن كانت كتابية ، وعتقت في المدة ، فله إمساكها . وإن لم تسلم ، ولا عتقت ، أو كانت وثنية ، ولم تسلم إلى انقضاء المدة ، تبيننا اندفاع النكاح من وقت إسلامه . وإن كان تحت إمام ، فأسلم وأسلمن معه ، اختار واحدة منهن إن كان ممن تحل له الأمة عند اجتماع إسلامه وإسلامهن ، وإلا ، فيندفع نكاحهن ، سواء سبق إسلامه أو سبقته . ولو أسلم وتخته ثلاث ، فأسلمت معه واحدة وهو معسر خائف من العنت ، ثم أسلمت الثانية في عدتها وهو موسر ، ثم أسلمت الثالثة وهو معسر خائف من العنت ، فإن قلنا بالصح : إن اليسار إنها يؤثر في اندفاع النكاح إذا اقترنت بإسلامها ، اندفع نكاح الثانية ، لفقد الشرط عند اجتماع إسلامه وإسلامها ، ويخير بين الأولى والثالثة . وإن قلنا : يؤثر عند إسلامه فقط ، لم تندفع الثانية ، بل تدخل في التخيير .

فرع

أسلم وتحت إماء ، وأسلمت معه إحداهن ، فله أن يختارها ، وله أن ينتظر الباقيات . فان أصررن على الشرك ، تبينا أنهن بين وقت إسلامه ، وأن عدتهن انقضت . وإن أسلمن في العدة ، نظر، إن كان اختار المسلمة أولاً ، كانت بينوتهن باختياره إياها . وإن لم يكن اختارها ، اختار إحداهن ، واندفع الباقيات . وإن طلق المسلمة أولاً ، كان الطلاق متضمناً اختيارها . ثم إن أصر الباقيات حتى انقضت عدتهن ، بأن أنهن بين باختلاف الدين . وإن أسلمن في العدة ، بأن أنهن بين من وقت الطلاق فانه وقت الاختيار . وإن فسخ نكاح المسلمة أولاً ، لم ينفذ ، لأنه إنما يفسخ إرئد ، وليس في الحال زيادة ، ثم إن أصررن ، اندفع باختلاف الدين ، ولزم نكاح الاولى . وإن أسلمن في العدة ، اختار من شاء من الجميع . وقيل : لا يجوز اختيار الأولى ، بل تتبين نفوذ فسخه فيها ، والصحيح الاول .

الصورة الرابعة : أسلم وفي نكاحه حرة وأربع إماء مثلاً ، وأسلمن ، نظر، إن أسلمت الحرة معه ، أو كانت مدخولاً بها وأسلمت قبل انقضاء عدتها ، تعينت ، واندفع الاماء ، سواء أسلمن قبله وقبل الحرة أو بعدهما في العدة أو بينها . وإذا تأخر إسلامهن ، فإن أسلمن في العدة ، بين من وقت اجتماع إسلام الزوج والحرة ، وعدتهن من ذلك الوقت . وإن لم يسلمن حتى انقضت العدة ، فبينوتهن باختلاف الدين . وإن لم يجتمع إسلام الحرة وإسلامه في العدة ، بأن أسلم الزوج ، وأصرت هي إلى انقضاء العدة ، أو ماتت في العدة ، أو أسلمن أولاً ونكح الزوج حتى انقضت عدتها أو ماتت ، فالحكم كما لو لم يكن تحت حرة ، فيختار واحدة من الاماء على التفصيل السابق ،

وفي مدة تخلف الحرة المدخول بها ، لا يختار واحدة من الاماء ، سواء أسلمن معه أو بعده في العدة حتى يشس منها بالموت أو انقضاء العدة . فان اختار واحدة قبل اليأس ، ثم ماتت الحرة ، أو انقضت عدتها وهي مصرة ، فالذهب أنه يجب اختيار جديد ، ولا يبين صحة ذلك الاختيار . هذا كله إذا لم يطرأ عتق الاماء ، فان طرأ قبل اجتماع إسلامه وإسلامهن بأن عتقن ثم أسلم وأسلمن ، أو أسلمن ثم عتقن ثم أسلم ، أو أسلم وعتقن ثم أسلمن ، التحقن بالحرائر الأصلية ، حتى لو أسلمت الحرة ثم أسلمت الاماء المتخلفات بعد عتقهن ، فهو كما لو أسلم على حرار ، فيختار من الجميع أربعاً كيف شاء . وحكى ابن القطان وجهاً فيما إذا أسلم وتحت حرار وإماء ، فعتق الاماء ثم أسلمن ، أنه لا يجوز إلا اختيار الحرائر الأصلية ، وهذا ضعيف .

ولو تخلفت الحرة واجتمع إسلامه وإسلامهن وعن عتيقات ، فله أن يختارهن . ثم إن أسلمت الحرة المتخلفة في العدة ، بانت باختياره الأربع . وإن لم تسلم ، بانت باختلاف الدين .

وإن أخر الاختيار انتظاراً لإسلام الحرة الأصلية المتخلفة ، فقال الشيخ أبو حامد : هو جائز . قال ابن الصباغ : عندي أنه لا معنى لتأخير اختيار الجميع ، لانه يلزمه نكاح ثلاث منهن لاحالة ، فيختار ثلاثاً . ثم إن أسلمت المتخلفة في العدة ، اختارها أو الرابعة من العتيقات . وإن لم تسلم ، لزمه نكاح الرابعة من العتيقات . ولو أسلم وليس في نكاحه إلا إماء ، وتخلفن وعتقن ثم أسلمن في العدة ، اختار منهن أربعاً كالحرائر الأصلية . ولو أسلمن معه إلا واحدة ، ثم أسلمت المتخلفة في العدة بعدما عتقت ، تصيبت للنكاح كالحررة الأصلية . ولو كان تحت أربع إماء ، فأسلم معه ثنتان ، وتخلف ثنتان ، فعتقت واحدة من المتقدمتين وأسلمت المتخلفتان على الرق ، اندفعتا ،

لأن تحت زوجها عتيقة ، ولا تندفع الرقيقة المتقدمة ، لأن عتيق صاحبها كان بعد اجتماع اسلامها وإسلام الزوج ، فلا يؤثر في حقها ، فيختار واحدة من المتقدمتين . ولو كان تحتها إماء ، فأسلم الزوج مع واحدة ، ثم عتقت ، ثم عتيق الباقيات ، ثم أسلمن ، اختار أربعاً منهن ، لالتحاقهن بالأصليات ، وليس له اختيار الأولى ، لأنها كانت رقيقة عند اجتماع الاسلامين . ولو كان تحتها أربع إماء ، فأسلم معه اثنتان ، ثم عتقتا وعتقت المتخلفتان ، ثم أسلمتا ، تعين إمساك الآخرين ، واندفعت المتقدمتان . ولو أسلم الزوج وتخلفن ، ثم عتقت اثنتان ، ثم أسلمتا وأسلمت الآخرين ، ثم عتقتا ، تعين إمساك الأولين ، واندفعت المتأخرتان . والنظر في جميع ذلك الى حالة اجتماع الاسلامين ، لأنه حالة إمكان الاختيار .

فصل

عتق الأمة تحت عبد ، يثبت لها الخيار في فسخ النكاح كما سيأتي في الباب الآتي إن شاء الله تعالى . والغرض هنا بيان عتيق المشركة مع إسلامها ، فإذا نكح عبد كافر أمة ، ثم أسلمتا وعتقت ، نظر ، إن عتقت بعد اجتماع الاسلامين ، فهي كسائر الاماء يعتقن تحت العبيد ، وليس هذا من صور الفصل ، وإن عتقت قبل اجتماع الاسلامين وهي مدخول بها ، فلها حالان .

أحدهما : أن تسلم هي أولاً وتعتق ، ويتخلف الزوج ، فليس لها الإجازة ، سواء عتقت ثم أسلمت ، أو أسلمت ثم عتقت ، لأنها معرضة للبنوثة ، ولا يبطل بهذه الإجازة حقها من الفسخ . وإن اختارت الفسخ في الحال ، جاز ، فإذا فسخت ،

فان أسلم الزوج قبل انقضاء مدة عدتها ، فعدتها من وقت الفسخ ، وتعد عدة حرة ، فان لم تسلم حتى انقضت مدة عدتها ، فعدتها من وقت إسلامها . ويلغو الفسخ بحصول الفرقة قبله ، وتعد عدة حرة إن عتقت ثم أسلمت . وإن أسلمت ثم عتقت ، فهي أمة عتقت في أثناء عدتها ، فهل تعد عدة حرة ، أم عدة أمة ؟ فيه طريقتان ، أقربهما الى نص الشافعي رضي الله عنه وبه قطع في « الشامل » وغيره : أنها كالرجعية تعتق في أثناء العدة ، والمذهب فيها الاقتصار على عدة أمة ، وموضع بيانها « كتاب العدد » . ولو أرادت تأخير الفسخ إلى أن تبين حال الزوج ، جاز ، ولا يبطل خيارها ، كالرجعية إذا عتقت في العدة والزوج رقيق . ثم إن لم يسلم الزوج حتى انقضت مدة العدة ، سقط الخيار ، وعدتها من وقت إسلامها وهي عدة حرة إن عتقت ثم أسلمت ، وإن أسلمت ثم عتقت ، فهل هي عدة حرة ، أم أمة ؟ فيه الطريقتان . وإن أسلم الزوج ، فلها الفسخ ، وتعد من وقت الفسخ عدة حرة .

الحال الثاني : أسلم وتخلفت ، فلها الخيار على الصحيح ، لتضررها بركة . وقيل : لا خيار لها ، لأن خيار العتق من أحكام الاسلام ، وهي كافرة ، فلا يثبت لها . فاذا قلنا بالصحيح ، فلها تأخير الفسخ والاجازة ، ثم إن أسلمت قبل مضي العدة وفسخت ، اعتدت من وقت الفسخ عدة حرة . وإن لم تسلم حتى انقضت ، تبينا حصول الفرقة من وقت إسلام الزوج . وهل تعد عدة حرة ، أم أمة ؟ فيه الطريقتان . وهنا أولى بالحقا بالأمة ، لأنها بائن ليس بيد الزوج من أمرها شيء . ولو أجازت قبل ان تسلم ، لم تصح إجازتها على الصحيح ، لأنها معرضة للبينونة . ولو فسخت ، نفذ الفسخ على الصحيح وقول الأكثرين ، كالحالة الأولى . وقيل : لا ينفذ ، وبه قال ابن سلمة . وهو ظاهر نقل المزي ، لكنه مؤول عند الجمهور .

فرع

أسلم الزوج الرقيق ، هل لزوجته الكافرة خيار ؟ وجهان . أصحابها على ما قال الامام والمتولي : لا ، لأنها رضية بركة ولم يحدث فيها عتق ، والثاني : نعم ، وهو ظاهر نصه ، لأن الرق نقص في الاسلام ، وليس كبير نقص في الكفر . قال الداركي : الخلاف في أهل الحرب ، أما الذمية مع الذمي ، فلا خيار لها قطعاً ، لأنها رضية بأحكامنا . واعلم أن الوجهين جاريان سواء كانت الزوجة حرة أو أمة ، وسواء أسلمت أو لم تسلم اذا كانت كتابية ، كذلك قال البغوي وغيره ، وفي « الوسيط » ذكر الوجهين فيما إذا أسلمت الحرة ، وليس هو بقيد ، فاعلم ذلك .

فصل

العبد الكافر ، إذا أسلم وتحتته أكثر من امرأتين ، فأسلمن معه أو بعده في العدة ، ان دخل بهن ، اختار ثنتين منهن ، سواء كن حرائر أو إماء . فان شاء ، اختار حرتين ، أو حرة وأمة . وإن سبقن بالاسلام ، ثم أسلم في العدة ، فكذلك . ولو طرأ عتقه ، نظر ، إن عتق بعد اجتماع الاسلامين ، لم يؤثر عتقه في زيادة العدد ، فلا يزيد على ثنتين . وإن عتق قبل الاسلامين ، بأن عتق قبل إسلامه وإسلامهن ، أو بينهما ، تقدم اسلامه أو تأخر ، فله حكم الأحرار ، وللزوجات ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يتمحضن حرائر ، فيختار أربعاً منهن . ولو أسلم منهن ثنتان معه ، ثم عتق ثم أسلم الباقيات ، فليس له الا اختيار ثنتين ، إما الأوليين ، وإما ثنتين من الباقيات ، وإما واحدة منها وواحدة منهن . ولو أسلمت معه واحدة ،

ثم عتق ، ثم أسلمت الباقيات ، فله اختيار أربع ، لأنه لم يكمل بإسلام الواحدة عدد العبيد . وحكى ابن القطان وجهاً أنه لا يختار إلا اثنين ، وهو غريب ضعيف .

الحال الثاني : أن يتممض إماء . فان كن قد عتقن عند اجتماع المسلمين ، اختار منهن أربعاً ، وإلا ، فلا يختار إلا واحدة بشرط الإعسار وخوف العنت . ولو كان تحته أربع إماء ، فأسلمت معه اثنتان ، ثم عتق ، ثم أسلمت المتخلفتان ، لم يختار إلا اثنتين ، لأنه وجد كمال عدد العبيد قبل العتق ، ويجوز اختيار الأولين ، لأنه كان رقيقاً عند اجتماع إسلامه وإسلامها ، ولا يجوز اختيار الآخرين على الصحيح ، وجوزه القاضي حسين ، ولا يجوز اختيار واحدة من الأولين وواحدة من الآخرين على الأصح . ولو أن المتخلفتين عتقتا بعد عتقه ثم أسلمتا ، فله اختيارهما ، وله اختيار واحدة منها ، وواحدة من الأولين لأنها حرتان عند اجتماع الإسلام ، فصار كما لو كان تحته أربع حرائر ، فأسلم معه ثنتان ثم عتق ، ثم أسلمت الآخرتان ، فانه يختار ثنتين كيف شاء . ولو أسلمت معه واحدة من الاماء الأربع ، ثم عتق ، ثم أسلمت البواقي ، قال المتولي : لا يختار إلا واحدة على الصحيح ، وبهذا قطع البغوي ، لكن قياس الأصل السابق جواز اختيار ثنتين ، لأنه لم يستوف عدد العبيد قبل العتق . فاذا قلنا : لا يختار إلا واحدة ، تعينت الأولى ، كذا قاله المتولي والبغوي . قال المتولي : وعلى طريقة القاضي يختار واحدة من الجملة ، وعكس الامام فحكى عن القاضي أن الأولى تتعين . وعن سائر الأصحاب أنه يختار واحدة من الجملة ، قال : وقول القاضي هفوة منه .

ولو عتقت البواقي بعد إسلام الواحدة معه ، ثم أسلمن ، قال البغوي : له إمساك الجميع ، لأنه لم يستوف عدد الرق قبل العتق ، فله إمساك الأولى ، لأنه كان رقيقاً عند اجتماع إسلامه وإسلامها ، والبواقي كن حرائر عند اجتماع إسلامه وإسلامهن ، فله إمساكن ، لأن إدخال الحرائر على الاماء جائز .

الحال الثالث : إذا كن حرائر وإماء ، اندفعت الاماء ، ويختار أربعاً من الحرائر إن زدن على الأربع ، وإلا ، فيمسكن . ولو كان تحته حرتان وأمتان ، فأسلم معه حرة وأمة ، ثم عتق ثم أسلمت المتخلفتان ، لم يختار إلا اثنتين ، لاستيفاء العدد قبل العتق ، وله اختيار الحرتين ، واختيار الأمة الأولى مع حرة ، وليس له اختيار الثانية مع حرة .

الطوف الثالث : في ألفاظ الاختيار وأحكامه .

أما ألفاظه ، فكقوله : اخترت نكاحك ، أو تقرير نكاحك ، أو حبسك ، أو عقدك ، أو اخترتك ، أو أمسكتك ، أو أمسكت نكاحك ، أو ثبت [نكاحك] أو ثبتك ، أو حبستك على النكاح . وكلام الأئمة يقتضي أن جميع هذا صريح ، لكن الأقرب أن يجعل قوله : اخترتك وأمسكتك من غير تعرض للنكاح كناية .

ولو كان تحته ثمان مثلاً ، وأسلمن معه ، فاختر أربعاً منهن للفسخ وهو يريد حله بلا طلاق ، لزم نكاح الباقيات وإن لم يتلفظ فيهن بشيء .

ولو قال لأربع : أريدكن ، ولأربع : لأريدكن ، قال المتولي : يحصل التعيين بذلك . وقياس ما سبق حصول التعيين بمجرد قوله : أريدكن .

فروع

الفرع الأول : طلق واحدة منهن ، أو أربعاً ، كان تعييناً للنكاح ، لأن المنكوحة هي التي تخاطب بالطلاق ، فتدفع الأربع المطلقات بالطلاق ، والباقيات بالفسخ بالشرع .

ولو طلق أربعاً غير معينات ، أمر بالتعيين . فاذا عين ، فالحكم ما ذكرنا ،

هذا هو الصحيح الذي قطع به الجمهور . وفي « التتمة » وجه : أن الطلاق ليس تعييناً للنكاح .

ولو آلى أو ظاهر من واحدة أو عدد ، فوجهان . أحدهما : أنه تعيين لنكاحهن ، وأصحها : لا ، لأن الأجنبية تخاطب به ، بل هو بها ألتق . فعلى هذا ، إن اختار من ظاهر منها ، أو آلى للنكاح ، صح الظهار والايلاء ، ويكون ابتداء مدة الايلاء من وقت الاختيار ، ويصير عائداً إن لم يفارقها في الحال .

ولو قذف إحداهن ، لزمه الحد إن كانت محصنة ، ولا يسقط إلا بالينة إن اختار غير المقدوفة ، وإن اختارها ، سقط بالينة وباللعان .

[الفرع الثاني : قال : فسخت نكاح هذه ، أو هؤلاء الأربع ، أو قال : اخترت هذه للفسخ ، أو هذه للفسخ من غير لفظ « اخترت » ، فإن أراد الطلاق ، فهو اختيار للنكاح ، وإن أراد الفراق ، أو أطلق ، فهو اختيار للفسخ . ولو قال لواحدة : فارقتك ، فالأصح أنه فسخ ، وبه قال الشيخ أبو حامد ، ورجحه ابن الصباغ والمتولي وغيرهما . وعن القاضي أبي الطيب أنه كقوله : طلقتك ، لأنه من صرائح الطلاق .

الفرع الثالث : لو اختار الجميع للنكاح أو الفسخ ، فهو لغو ، ولو طلق الجميع ، وقع على المنكوحات ويعيّنهن .

الفرع الرابع : قال : إن دخلت الدار فقد اخترتك للنكاح أو للفسخ ، لم يصح ، لأن تعليق الاختيار باطل ، فانه إما كالأبتداء ، كالنكاح ، وإما كالرجعة . وقيل : يصح تعليق الفسخ كالطلاق ، وهو ضعيف .

ولو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، فالصحيح جوازه ، تغلياً لحكم الطلاق ، ويحصل اختيارها ضمناً ، فانه يحتمل في الضمني ما لا يحتمل استقلالاً .

ولو قال : إن دخلت الدار فنكاحك مفسوخ ، إن أراد الطلاق نفذ ، وإلا لغا .
ولو قال : كلما أسلمت واحدة فقد اخترتها للنكاح ، لم يصح . ولو قال :
فقد طلقها ، صح على الأصح . ولو قال : فقد فسخت نكاحها ، إن أراد حله
بلا طلاق ، لم يجوز ، لأن تعليق الفسخ لا يجوز ، وإن أراد الطلاق ، جاز .
وإذا أسلمت واحدة ، طلقت وحصل اختيارها ضمناً ، وهكذا إلى تمام الأربع ،
وتدفع الباقيات ، وفي وجهه : لا يصح تفسير الفسخ بالطلاق ، وهو ضعيف .

[الفرع] الخامس : لا يكون الوطء اختياراً للمطوعة على المذهب ، لأن
الاختيار هنا كالابتداء ، ولا يصح ابتداء النكاح بل استدامته إلا بالقول ، فان
الرجعة لا تحصل بالوطء . فلو وطئ الجميع وجعلناه اختياراً ، كان مختاراً للأوليات ،
وعليه المهر للباقيات ، وإن لم نجعله اختياراً ، اختار أربعاً منهن وغرم المهر للباقيات .
الفرع السادس : قال : حصرت المختارات في هؤلاء الست أو الخمس ،
انحصرن ويندفع نكاح الباقيات .

فرع

أسلم على ثمان وثنيات ، فأسلم معه أربع ، وتختلف أربع ، فعين الأوليات
نكاح ، صح التعيين . فان أصرت المتخلفات ، اندفعن من وقت إسلامه ، وإن
أسلمن في العدة ، قال البغوي : تقع الفرقة باختيار الأوليات ، وقال الامام :
نتبين اندفاعهن باختلاف الدين ، لكن نتبين تعيينهن من وقت تعيينه للأوليات .
وهذا هو الموافق لأصول الباب .

وإن طلق الأوليات ، صح وتضمن اختيارهن ، وينقطع نكاحهن بالطلاق ،
ونكاح الأخريات بالفسخ بالشرع .

وإن قال : فسخت نكاحهن ، فإن أراد به الطلاق ، فكذلك ، وإن أراد حله بلا طلاق ، فهو لغو ، لأن الحل هكذا إنما يكون فيما زاد على أربع . فإن لم تسلم المتخلفات ، تعين الأوليات ، وإن أسمن ، اختار من الجميع أربعاً ، وللمسلمات أن يدعين : أنك إنما ^(١) أردت طلاقاً ، ويحلفه ، وللمتخلفات أيضاً أن يدعين إرادة الطلاق وبينونتهن بالفسخ الشرعي ويحلفه . وفي وجه : لا يلغو الفسخ ، بل هو موقوف ، إن أصررن حتى انقضت العدة ، لغا ، وإن أسمن فيها ، تبينا نفوذه في الأوليات ، وتعين الأخريات للنكاح ، والصحيح الأول . ولو عين المتخلفات للفسخ ، صح ، وتعينت الأوليات للزوجة . وإن عين المتخلفات للنكاح ، لم يصح ، لأنهن وثنيات وقد لايسمن . وعلى وجه الوقف : ينعقد الاختيار موقوفاً ، فإن أسمن ، بانت صحته . ولو أسلم على ثمان وثنيات ، فتخلفن ، ثم أسمن متعاقبات في عُددهن ، وهو يقول لكل من أسمت : فسخت نكاحك ، فإن أراد الطلاق ، صار مختاراً للأوليات ، وأن أراد حله بلا طلاق ، فهو على الصحيح لغو في الأربع الأوليات ، نافذ في الأخريات ، لأن فسخ نكاحهن وقع وراء العدد الكامل فنفذ . وعلى وجه الوقف : إذا أسمت الأخريات ، تبينا نفوذ الفسخ في الأوليات . ولو أسلم معه من الثمان خمس ، فقال : فسخت نكاحهن ، فإن أراد الطلاق ، صار مختاراً لأربع منهن وبن بالطلاق ، وعليه التعيين ، وإن أراد حله بلا طلاق ، انفسخ نكاح واحدة لابعينها ، فإذا أسمت المتخلفات في العدة ، اختار من الجميع أربعاً . ولو قال : فسخت نكاح واحدة منكن ، إن أراد الطلاق ، صار مختاراً لواحدة لابعينها ، فيعينها ويختار للنكاح من الباقيات ثلاثة . وإن أراد حله بلا طلاق ، انفسخ نكاح واحدة فيعينها ، ويختار من الباقيات أربعاً . وإن انفسخ نكاح اثنتين منهن غير معينتين ، وأراد حله بلا طلاق ،

(١) في الأصل : إن .

انفسخ نكاح واحدة فيعينها ، ويختار من الباقيات أربعاً . فلو عين ثنتين ، انفسخت واحدة منها فيعينها ، وله اختيار الأخرى مع ثلاث أخر . ولو اختار الخمس كلهن ، تعينت المنكوحات فيهن ، فيختار منهن أربعاً .

فصل

أما حكم الاختيار ، فإذا أسلم على أكثر من أربع ، وأسلمن معه أو بعده في العدة ، أو كن كتابيات ، وقعت الفرقة بينه وبين الزيادة على أربع بالاسلام ، ويجب عليه الاختيار والتعين ، وإن امتنع ، حبس . فان أصر ولم ينفع الحبس ، عزّر بما يراه القاضي من الضرب وغيره . وعن ابن أبي هريرة : أنه لا يضرب مع الحبس ، بل يشدد عليه الحبس ، فان أصر ، عزّر ثانياً وثالثاً إلى أن يختار . فان جن أو أغمي عليه في الحبس ، خلّي حتى يفيق ، ولا يختار الحاكم عن الممتنع ، لأنه خيار شهوة . قال الإمام : وإذا حبس ، لا يعزر على الفور ، فلعله يؤخر ليفكر ، وأقرب معتبر فيه مدة الاستتابة . واعتبر الروياني في الامهال الاستنظار فقال : ولو استمهل ، أمهله الحاكم ثلاثة أيام ولا يزيد ، ويلزمه نفقة جميعهن إلى أن يختار ، لأنهن في حبسه .

فرع

مات قبل التعين ، فإن لم يكن دخل بهن ، فعلى كل واحدة أن تعتد بأربعة أشهر وعشر ، وإن دخل بهن ، فعدة الحامل بالحل .
وأما غير الحامل ، فمن كانت من ذوات الأشهر ، اعتدت بأربعة أشهر وعشر ، وإن كانت من ذوات الأقراء ، لزمها الأكثر من ثلاثة أقراء وأربعة أشهر وعشر .

ثم الأشهر تعتبر من موته . وفي الآخر ، وجهان ، ويقال : قولان ، أحدهما : كذلك ،
لأننا لانتيقن شروعا في العدة قبل ذلك ، وأصحها : الاعتبار من وقت إسلامها
إن أسلمت معاً ، وإلا ، فمن إسلام سابق ؛ لأن الأقراء إنما تجب ، لاحتمال أنها
مفارقة بالإنفساخ ، وهو يحصل من يومئذ .

فرع

مات قبل التعيين ، وقف لمن ربع ماله أو ثمنه ، عائلاً أو غير عائل بحسب
الحال إلى أن يصطلحن ، فيقسم بينهما بحسب اصطلاحهن بالتساوي أو التفاضل . وعن
ابن سريج : أنه يوزع بينهما ، لأن البيان غير متوقع وهن معترفات بالاشكال ،
وبأنه لا ترجيح ، ومال الامام إلى هذا الوجه . والصحيح الذي عليه الجمهور هو
الأول ، فإن كن ثانياً وفيهن صغيرة ، أو مجنونة ، صالح عنها وليها ، وليس له
المصالحة على أقل من ثمن الموقوف ، وله المصالحة على الثمن على الأصح . وقيل :
لا يصالح على أقل من الربع . ثم المصالحة إذا اصطلحن كلهن ، فلو طلب بعضهن
شيئاً بلا صلح ، لم ندفع إلى المطالبة شيئاً إلا باليقين . ففي ثمان نسوة ، لو طلب
أربع منهن ، لم نعطين ، فإن طلب خمس ، أعطيناهن ربع الموقوف ، وإن طلب
ست ، فنصفه ، وسبع ، ثلاثة أرباعه ، ولهن قسم ما أخذن والتصرف . وهل
يشترط في الدفع أن يبرئن عن الباقي ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، ونسبه ابن
كعب إلى النص لتقطع الخصومة ، وأصحها . لا . فعلى الأول ، يعطى الباقي
للاثلاث ، ويرتفع الوقف ، وكأنهن اصطلحن على القسمة هكذا .

هذا كله إذا علمنا استحقاق الزوجات الارث . أما إذا أسلم على ثمان كتابيات ،
فأسلم معه أربع ، أو كان تحته أربع كتابيات وأربع وثنيات ، فأسلم معه الوثنيات ،

ومات قبل الاختيار ، فوجهان ، أصحابها وهو المنصوص : لا يوقف شيء للزوجات ، بل يقسم كل التركة بين باقي الورثة ، لأن استحقاق الزوجات غير معلوم ، لاحتمال أنهن الكتابيات . والثاني : يوقف ، لأن استحقاق سائر الورثة قدر نصيب الزوجات غير معلوم ، واختاره ابن الصباغ ، وهو قريب من القياس .

قلت : المختار المقيس هو الأول ، لأن سبب الارث في سائر الورثة موجود وشكنا في المزاحم ، والأصل عدمه ، وإرث الزوجات لم نتحققه ، والأصل عدمه .

ويجري الوجهان فيما لو كان تحته مسالة وكتابية ، فقال : إحداهما طالق ومات قبل البيان .

فرع

ومات ذمي عن أكثر من أربع نسوة ، قال صاحب « التلخيص » : الربع أو الثمن لمن كلهن ، وقال آخرون : لا يرث منهن إلا أربع ، فيوقف بينهما حتى يصطلحن ، ويجعل الترافع إلينا بمثابة إسلامهم . وبني القفال الخلاف على صحة أنكحتهم . فإن صححناها ، ورث الجميع ، وإلا ، لم يرث إلا أربع . ولو نكح مجوسي أمه أو بنته ومات ، قال البغوي : منهم من بنى التوريث على هذا الخلاف ، والمذهب القطع بالمنع ، لأنه ليس بنكاح في شيء من الأديان ، ولا يتصور التقرير عليه في الإسلام .

فرع

المتعينات للفرقة للزيادة على أربع ، هل تحسب عدتهن من وقت الاختيار ، أم من وقت إسلام الزوجين إن أسما معاً ، وإسلام السابق إن تعاقبا ؟ فيه وجهان ، أصحها : عند الجمهور الثاني ، خلافاً للبخوي .

الطرف الرابع : في النفقة والمهر .

أما النفقة ، فإن أسلم الزوجان معاً ، استمرت النفقة كما يستمر النكاح ، وإن أسما متعاقبين بعد الدخول - والصورة إذا كانت الزوجة مجوسية أو وثنية - فإن أسلم قبلها ، فإن أصرت حتى انقضت عدتها ، فلا نفقة ، لأنها ناشئة بالتخلف ، وإن أسامت في العدة ، استحققتها من وقت الاسلام ، ولا تستحقها لمدة التخلف على الجديد الأظهر . فعلى هذا ، لو اختلفا ، فقال : أسامت اليوم ، فقالت : بل من عشرة أيام ، فالقول قوله ، للأصل ، وكذا إذا قلنا بالقديم ، فقال : أسامت بعد العدة فلا نفقة ، وقالت : بل فيها ، فالقول قوله .

أما إذا أسامت قبله ، فإن أسلم قبل انقضاء العدة ، فلها النفقة لمدة التخلف على المشهور ، وقيل : الصحيح ، لأنها أدت فرضاً مضيقاً ، فهو كصوم رمضان . وإن أصر حتى انقضت العدة ، استحققت نفقة مدة العدة على الأصح عند الجمهور ، وهو المنصوص في « المختصر » . ولو قال : أسامت أولاً ، فلا نفقة لك ، فادعت العكس ، فمن المصدق بيمينه ؟ وجهان . أصحها : هي ، لأن النفقة كانت واجبة وهو يدعي مسقطاً .

فرع

ارتدت بعد الدخول ، فلا نفقة لزمن الردة لنشوزها ، سواء عادت إلى الاسلام في العدة ، أم لا ، ولا يجيء القول القديم .

قلت : ذكر صاحب « المذهب » وآخرون طريقين ، أحدهما : طرد القولين القديم والجديد . والله أعلم

وإن ارتدت ، فعليه نفقة مدة العدة ، وإن ارتدا معاً ، قال البغوي : لانهقة ، ويشبه أن يجيء فيه خلاف ، كنشطر المهر .

فصل

أما المهر ، إذا أسلم أحدهما قبل الدخول أو بعده ، فسبق بيانه عند ذكر الخلاف في صحة أنكحتهم . فلو قالت : سبقتي بالاسلام قبل الدخول ، فعليك نصف المهر ، فادعى العكس ، صدقت يمينها ، لأن الأصل بقاء نصف الصداق . ولو ادعى سبقها ، فقالت : لا أدري أينما سبق ، لم يتمكن من طلب المهر . فإن عادت وقالت : علمت أنه سبق ، صدقت يمينها وأخذت النصف . ولو اعترفا بالجهل بالسابق ، فلا نكاح ، لاتفاقهما على تعاقب الاسلام قبل الدخول . ثم إن كان ذلك قبل قبض المهر ، لم يتمكن من طلبه ، لاحتمال سبقها ، وإن كان بعده ، لم يتمكن هو من استرداد النصف ، لاحتمال سبقه فيقر النصف في يدها ، حتى يتبين الحال . ولو اختلفا في بقاء النكاح ، فقال : أسلمنا معاً ، فالنكاح باقٍ ، وقالت : بل متعاقين ولا نكاح ، فقولان . أظهرهما : القول قوله ، والثاني : قولها ، لتعارض الأصل والظاهر . فإن

قلنا : القول قولها ، نظر ، إن قالت : أسلمت قبلي ، حلفت على البت أنها ما أسلمت وقت إسلامه ، وإن قالت : أسلمت قبلك ، حلفت على نفي العلم بإسلامه يوم إسلامها . ولو اختلفا على العكس ، فقالت : أسلمنا معاً ، فقال : بل متعاقبين ، فلا نكاح ، لاعترافه ، وهي تدعي نصف المهر . وفي المصدق منها القولان . ولو قال : لاندري أسلمنا معاً أو متعاقبين ، استمر النكاح .

فرع

أسلمت بعد الدخول ، ثم أسلم هو وادعى أن إسلامه سبق انقضاء العدة ، وادعت العكس ، فهذا يتصور على أوجه .

أحدها : أن يتفقا على وقت انقضاء العدة ، كغرة رمضان ، فادعى إسلامه في شعبان ، وقالت : بل في خامس رمضان ، فالقول قولها ، لأن الأصل بقاء كفره .
والثاني : أن يتفقا على وقت إسلامه ، كغرة رمضان ، وقال : انقضت عدتك في خامس رمضان ، وقالت : بل في شعبان ، فالقول قوله يمينه .

الثالث : أن لا يتفقا على شيء ، واقتصرت على أن إسلامي سبق ، واقتصرت على أن عدتي سبقت ، فالنص أن القول قوله ، ونص فيما إذا ارتد ، ثم أسلم ، وادعى أنه أسلم في العدة ، وادعت انقضاءها قبل إسلامه ، وفيما إذا قال : راجعتك في العدة ، فقالت : بل بعدها ، أن القول قولها . وللأصحاب طرق . أحدها : طرد قولين في المسائل الثلاث ، هل القول قوله ، أم قولها ؟ والثاني : أن النصين على حالين . فإن اتفقا على وقت إسلامه أو رجعته ، واختلفا في انقضاء العدة ، فالقول قوله . وإن اتفقا على وقت انقضاء العدة ، واختلفا في أنه أسلم أو راجع قبله ، فالقول قولها . والطريق الثالث وهو الأصح وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق ، ورجحه

الشيخ أبو حامد والبغوي وغيرهما : أن من سبق بالدعوى ، فالقول قوله ، وعليه ينزل النص في المسائل الثلاث ، لأن المدعي أولاً مقبول ، فلا يرد بمجرد قول آخر . وزاد البغوي فيما إذا سبق دعواه فقال : إن ادعت بعد أن مضى بعد دعواه زمن ، فهو المصدق . فان اتصل كلامها بكلامه ، فهي المصدقة .

فرع

نص الشافعي رضي الله عنه ، أن الزوج لو أقام شاهدين على أنها جميعاً أسماً حين طلعت الشمس يوم كذا ، أو حين غربت ، قبلت شهادتهما واستمر النكاح . وإن شهدا أنها أسما مع طلوع الشمس ، أو مع غروبها ، لم يحكم بهذه الشهادة ، لأن حين طلوعها وغروبها يتناول حالة تمام الطلوع أو الغروب ، وهي حالة واحدة . وقوله : مع الطلوع يصدق من حين يأخذ في الطلوع ، فيجوز أن يكون إسلام أحدهما مقارناً لطلوع أول القرص ، وإسلام الآخر مقارناً بطلوع آخره .

فرع

نكحت في الكفر زوجين ، ثم أسلما ، فإن ترتب النكاحان ، فهي زوجة الأول ، فان مات الأول ثم أسلمت مع الثاني وهم يعتقدون جواز التزويج بزوجين ، ففي جواز التقرير وجهان .

قلت : ينبغي أن يكون أصحابها التقرير . والله أعلم

وإن وقع النكاحان معاً ، لم تقر مع واحد منها ، سواء اعتقدوا جوازه ، أم لا . وفيما إذا اعتقدوه وجه : أن المرأة تختار أحدهما ، كما لو أسلم على أختين ، وبالله التوفيق .

الباب الثامن

في مثبتات الخيار في النكاح

أسبابه المتفق عليها أربعة : العيب ، والغرور ، والعق ، والتعنين . وقلنا :
« المتفق عليها ، احتراز بما إذا زوج الأب أو الجد بكرًا بغير كفٍّ وصحنا
النكاح ، فلها الخيار . ولو زوج الصغير من لا تكافئه ، وصحناه ، فله الخيار
إذا بلغ . ولو ظنها مسلمة ، فكانت كتابية ، فله الخيار على رأي .

والتعنين أحد العيوب ، إلا أنه يختص بأحكام ، كضرب المدة وغيره ، فيئن
الأصحاب في « فصل العيوب » أنه أحدها ، وأفردوه بالذكر لاختصاصه بأحكام .

السبب الأول : العيب ، العيوب المثبتة للخيار ثلاثة أقسام .

أحدها : يشترك فيه الرجال والنساء ، وهو ثلاثة : البرص ، ولا يلتحق به
البهق . والثاني : الجذام ، وهو علة صعبة بجمرٍ منها العضو ثم يسود ثم ينقطع
ويتناثر ، نسأل الله الكريم العافية ، ويتصور ذلك في كل عضو ، لكنه في الوجه
أغلب . ثم حكى الإمام عن شيخه ، أن أوائل البرص والجذام لا يثبت الخيار ،
ولمّا ثبت إذا استحكما . وإن استحكام الجذام إنّما يحصل بالقطع . وتردد الامام
في هذا وقال : يجوز أن يكتفى بأسوداد العضو ، وحكم أهل المعرفة باستحكام
العلة . الثالث : الجنون منقطعاً كان أو مطبقاً ، ولا يلحق به الاغماء بالمرض إلا أن
يزول المرض ويبقى زوال العقل . قال الامام : ولم يتعرضوا في الجنون لاستحكامه ،
ولم يراجعوا أهل المعرفة أهو مرجو الزوال ، أم لا ؟ ولو قيل به لكان قريباً .
ومنى وجد أحد الزوجين بالآخر هذه العيوب ، فله فسخ النكاح قل ذلك العيب
أم كثر . ولو تنازعا في قرحة ، هل هي جذام ؟ أو في بياض هل هو برص ؟

خالقول قول المنكر ، وعلى المدعي البيئة ، ويشترط كون الشاهدين عالين بالطب .
القسم الثاني : مختص به وهو الجب والتعنين .

الثالث : مختص بها وهو الرتق والقرن ، فالرتق : انسداد محل الجماع باللحم ،
والقرن : عظم في الفرج يمنع الجماع ، وقيل : لحم ينبت فيه ، ويقول الفقهاء « القرن »
بفتح الراء وهو في كتب اللغة باسكانها .

قلت : يجوز الفتح والإسكان ، فالفتح على المصدر وهو هنا أحسن لأنه أنسب
لكون قرائنه مصادر وهي الرتق والبرص ونحوهما ، وقد أوضحت هذه اللفظة أكمل
إيضاح في « تهذيب الاسماء واللغات » ونقلت أقوال أهل اللغة فيها وحاصله ، جواز
الأمرين وترجيح الفتح . والله أعلم

وليس للزوج إجبار الرتقاء على شق الموضع ، فلو فعلت وأمكن الوطء ،
فلا خيار كذا أطلقوه ، ويمكن أن يجيء فيه الخلاف المذكور فيما إذا علم عيب
المبيع بعد زواله .

فجملة هذه العيوب سبعة ، يمكن في حق كل واحد من الزوجين خمسة ،
وما سواها من العيوب لاخيار فيه على الصحيح الذي قطع به الجمهور . وقال زاهر
السرخسي : الصنان والبخر إذا لم يقبلا العلاج يثبتان الخيار ، وقال : كذا
العذيتوط والعذبوطة ، يثبت به الخيار . والعذبوط ، من يخرج عنه الغائط عند
الجماع . وزاد القاضي حسين : غيره فأثبتوا الخيار بالاستحاضة ، وبالعيوب التي
تجتمع فتتفرق تنفير البرص ، ونكسر سورة التائق ، كالقروح السيالة وما في معناه
ويقال : إن الشيخ أبا عاصم حكاه قولاً للشافعي رحمة الله عليه .

أما إذا وجد أحدهما الآخر خنثى قد زال إشكاله ، ففي ثبوت الخيار قولان .
أظهرهما : المنع لأنه لا يفوت مقصود النكاح ، وموضع القولين إذا اختار الذكورة
أو الأنوثة بغير علامة ، لأنه قد يخرج بخلافه . فأما إذا اتضح بعلامة ، فلا خيار ،
هذا هو الأصح . وقيل : القولان أيضاً فيما إذا اتضح بعلامة مظنونة ، فإن كان
بقطعية وهي الولادة ، فلا خيار . وقيل : القولان مطلقاً ، وإن كانت العلامة قطعية
لمعنى النفرة .

ولا خيار بكونه أو كونها عقياً ، ولا بكونها مفضاة ، والافضاء : رفع ما بين
مخرج البول ، ومدخل الذكر .

فصل

إذا ظهر بكل واحد منها عيب مثبت للخيار ، فإن كانا من جنسين ، فلكل
واحد منها الخيار إلا إذا كان مجبوباً وهي رتقاء ، فهو كالجنس الواحد كذا ذكره
الحناطي والشيخ أبو حامد والامام ، وحكى البغوي طريقاً آخر ، أنه لا فسخ به
قطعاً ، لانه لا طريق له إلى تحصيل الوطء . وإن كانا من جنس ، ثبت الخيار
لكل واحد على الأصح . هذا في غير الجنون ، أما إذا كانا مجنونين ، فلا يمكن
إثبات الخيار لواحد منهما في الحال ، ثم الوجهان فيما إذا تساوى العيبان في القدر
والفحش . فإن كان أحدهما أكثر وأفحش ، فلآخر الخيار قطعاً .

فرع

نكح أحدهما الآخر عالماً بعيه ، فلا خيار . فلو ادعى المعيب علم الآخر ،

صدق المنكر يمينه . وقيل : إن كان هذا الاختلاف بعد الدخول ، صدق مدعي العلم .

فرع

جبت المرأة ذكر زوجها ، فهل لها الخيار ؟ وجهان . أحدهما : لا ، كما لو عيب المشتري المبيع قبل القبض ، وأصحها : نعم كما لو خرب المستأجر الدار المستأجرة فإن له الخيار ، فإن المرأة بالجلب لا تصير قابضة لحقها ، والمستأجر لا يصير قابضاً لحقه كالتخريب ، والمشتري بالتعيب قابض حقه .

فصل

العيب المثبت للخيار إن كان مقارناً للعقد ، فنكل واحد الفسخ بعيب صاحبه وإن حدث بعد العقد ، فإن كان بها ، فله الفسخ على الجديد الاظهر ، وإن كان به ، نظر إن كان قبل الدخول ، فلها الفسخ ، وإن كان بعده والعيب جنون أو جذام أو برص ، فلها الخيار ، كذا قاله الاصحاب في جميع الطرق . وحكى الغزالي فيه وجهاً لم أره لغيره . وإن حدث التعين ، فلا خيار ، لأنها عرفت قدرته وأخذت حظها ، وإن حدث الجلب ، فلها الفسخ على الاصح ، ويقال : الاظهر .

فرع

أولياء المرأة ليس لهم خيار الفسخ بعيب حدث به ، وأما المقارن ، فإن كان جاً أو تعيناً ، فلا خيار لهم على الصحيح ، وإن كان جنوناً ، فلهم الخيار . وإن

رضيت هي ، وكذا إن كان جذاماً أو برصاً على الأصح . ونقل الخناطي في العيب الحادث وجهاً ، أن للأولياء إجبارها على الفسخ وهو شاذ ضعيف . وعلى هذا التفصيل يخرج حكم ابتداء التزويج ، فإن دعت إلى تزويجها بمحبوب أو عنين ، فعليهم الاجابة على الصحيح ، فإن امتنعوا ، كانوا عاضلين ، وإن دعت إلى مجنون ، فلم الامتناع ، وكذا المجذوم والأبرص على الأصح .

فصل

في أحكام هذا الخيار

فيه مسائل .

إحداها : هذا الخيار على الفور كخيار العيب في البيع ، هذا هو المذهب . وبه قطع الجمهور . وقيل : قولان آخران كخيار العتق . أحدهما : يمتد ثلاثة أيام والثاني : يبقى إلى أن يوجد صريح الرضى بالمقام معه أو ما يدل عليه ، حكاهما الشيخ أبو علي وهما ضعيفان . وهل ينفرد كل واحد من الزوجين بالفسخ ، أم لا بد من الرفع إلى الحاكم ؟ أما التعنين ، فلا بد من الرفع ، وفيما سواه وجهان . أصحهما : لا بد من الرفع لأنه مجتهد فيه . قال البغوي : وعلى الوجهين لو أخر إلى أن يأتي إلى الحاكم ويفسخ بحضرة ، جاز . ولو وطئها وظهر بها عيب ، فقالت : وطئت عالماً ، فأنكر ، أو كان العيب به ، فقال : كنت عالمة فأنكرت ، فالقول قول المنكر على الصحيح . وقال ابن القطان : قول الآخر ، لأن الأصل دوام النكاح .

الثانية : الفسخ بعيب مقارن للعقد ، إن كان قبل الدخول ، سقط كل المهر ولا متعة ، سواء كان العيب فيه أو فيها ، لأن شأن الفسخ تراد العوضين . وإن كان بعد الدخول ، فثلاثة أوجه ، الصحيح المنصوص ، أنه يسقط المسمى ويجب مهر

المثل ، والثاني : يجب المسمى ، والثالث : إن فسخ بعيبها ، فمهر المثل ، وإن فسخت بعيبه ، فالمسمى . وأما الفسخ بعيب حادث بعد العقد ، فإن كان قبل الدخول فلا مهر ، وإن كان بعده ، فإن أوجبنا في المقارن المسمى ، فهنا أولى ، وإلا ، فأوجه . أحدها : المسمى ، والثاني : مهر المثل ، وأصحها : إن حدث قبل الدخول ، ثم دخل بها غير عالم بالحال ، فمهر المثل للمقارن ، وإن حدث بعد الدخول ، فالمسمى ، لأنه تقرر بالوطء قبل الحلل .

فرع

إذا اطلع أحد الزوجين على عيب الآخر ، ومات الآخر قبل الفسخ ، فهل يفسخ بعد الموت ؟ وجهان حكاهما الحناطي ، أصحها : لا يفسخ ويتقرر المسمى بالموت . ولو طلقها قبل الدخول ثم علم عيبها ، لم يسقط حقها من النصف ، لأن الفروقة حصلت بالطلاق .

الثالثة : إذ فسخ بعيبها بعد الدخول وغرم المهر ، فهل يرجع به على من غره ؟ قولان . الجديد : الأظهر ، لا . وموضع القولين إذا كان العيب مقارناً للعقد ، وأما إذا فسخ بعيب حادث ، فلا رجوع بالمهر مطلقاً ، إذ لا غرور . وقال المتولي : القولان إذا كان المغرور هو مهر المثل ، أما إذا كان المسمى ، فلا رجوع ، والأصح ما ذكره البغوي وهو أنه لا فرق بين المسمى ومهر المثل ، ثم إذا قلنا بالرجوع ، فإن كان التغير والتدليس منها دون الولي ، فالرجوع عليها دونه . وصور المتولي التغير منها ، بأن خطب الزوج إليها ، فلم يتعرض لعيبها ، وطلبت من الولي تزويجها به وأظهرت له أن الزوج عرف حالها . وصوره الشيخ أبو الفرج الزاز ، فيما إذا عقدت بنفسها ، وحكم بصحته حاكم . ثم لفظ الرجوع الذي استعمله الأصحاب يشعر

بالدفع إليها ، ثم الاسترداد منها . لكن ذكر الشيخ أبو حامد والإمام ، أنه لا معنى للدفع إليها والاسترداد ، ويعود معنى الرجوع إلى أنه لا يغرم لها . وهل يجب لها أقل ما يجوز صداقاً لثلاثين نكاح عن مهر ؟ وجهان . ويقال : قولان .

قلت : الأصح عند من قال بالرجوع ، أنه لا يبقى لها شيئاً ، ويكفي في حرمة النكاح أنه وجب لها ثم استرد بالتغير . والله أعلم

وإن كان التغير من الولي ، بأن خطب إليه فزوج وهو مجبر أو غيره بإذنها ولم يذكر للخاطب عيها ، فإن كان عالماً بالعيب ، رجع عليه بجميع ماغرم . وإن كان جاهلاً ، فوجهان لأنه غير مقتصر ، لكن ضمان المال لا يسقط بالجهل . فإن قلنا : لا رجوع إذا جهل ، فذلك إذا لم يكن محرمًا كابن عم ومعتق وقاض ، وحينئذ يكون الرجوع على المرأة . فأما المحرم ، فلا يخفى عليه الحال غالباً ، وإن خفي فلتقصيره ، فيرجع عليه مع الجهل على الصحيح . فإذا قلنا : لا رجوع على الجاهل ، فعلى الزوج إثبات العلم بينة على إقرار الولي بالعلم . وإن غره أولياء الزوجة ، فالرجوع عليهم ، فإن جهل بعضهم وقلنا : لا رجوع على الجاهل ، رجع على من علم . ولو وجد التغير منها ومن الولي ، فهل يكون الرجوع عليها فقط لقوة جانبها ، أم عليها نصفين ؟ فيه وجهان ، وإن غرت الولي وغر الولي الزوج ، رجع الزوج على الولي والولي عليها ، ولم يتعرضوا لما إذا كانت جاهلة بعيها ، ولا يبعد مجيء الخلاف فيه .

قلت : لا يجيء له لتقصيرها الظاهر ، لاسيما وقد قطع الجمهور بأن الولي المحرم لا يعذر بجهله لتقصيره . والله أعلم

الرابعة : المفسوخ نكاحها بعد الدخول ، لانفقة لها في العدة ولا سكنى إذا كانت حائلاً بلا خلاف ، وإن كانت حاملاً ، فان قلنا : نفقة المطلقة الحامل للحمل وجبت هنا ، وإن قلنا بالأظهر . إنها للحامل ، لم تجب . وأما السكنى ، لا تجب على المذهب وبه قطع الجمهور . وقيل بطرد القولين . وقال ابن سلمة : إن كان الفسخ بعيب حادث ، وجبت ، وإلا ، فلا . وإذا لم نوجب السكنى فأراد أن يسكنها حفظاً لمائه ، فله ذلك وعليها الموافقة ، قاله أبو الفرج السرخسي .

فروع

تعلق بهذا السبب

رضي أحد الزوجين بعيب صاحبه ، فحدث بمن به العيب عيب آخر ، ثبت الخيار بالعيب الحادث على الصحيح . وإن ازداد الأول ، فلا خيار على الصحيح ، لأن رضاه بالأول رضى بما يتولد منه . ولو فسخ بعيب ، فبان أن لالعيب ، فهل يحكم ببطلان الفسخ وباستمرار النكاح ؟ وجهان حكاهما الخناطي .

قلت : الصحيح ، بطلان الفسخ لأنه بغير حق . والله اعلم

ولو قال : علمت عيب صاحبي ، ولم أعلم أن العيب يثبت الخيار ، فقولان كنظيره في عتقها تحت عبد . وقيل : لا خيار هنا قطعاً ، لأن الخيار بالعيب مشهور في جنس العقود .

السبب الثاني : الغرور بالاستتراء . فإذا شرط في العقد إسلام المنكوحه ، فبانته ذمية ، أو شرط نسب أو حرية في أحد الزوجين فبان خلافه ، فهل يصح النكاح أم يبطل ؟ قولان . أظهرهما : الصحة . والقولان فيما إذا اشتطت حرية فبان

عبدًا ، هما إذا نكح باذن السيد ، وإلا ، فلا يصح قطعاً . وفيما إذا شرط حريتها فبانت أمة ، هما إذا نكحت باذن السيد وكان الزوج ممن يحل له الاماء ، وإلا ، فلا يصح قطعاً . ويجري القولان في كل وصف شرط ، فبان خلافه ، سواء كان المشروط صفة كمال كالجمال ، والنسب ، والشباب ، واليسار ، والبكارة ، أو صفة نقص كأضادها ، أو كان مما لا يتعلق به نقص ولا كمال ، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور . وفي « شرح مختصر الجويني » أنها إنما يجريان في النسب والحرية وما يتعلق بالكفاءة ، فإذا قلنا ببطان النكاح ، فرق بينها ولا شيء على الزوج إن لم يدخل بها ، وإن دخل ، فلا حد للشبهة وعليه مهر المثل ، ولا سكنى لها في العدة ، وكذا لانفقة إن كانت حائلاً . فإن كانت حاملاً ، فعلى القولين في أن النفقة للحمل أو للحامل ؟ إن قلنا : للحمل ، وجبت ، وإلا ، فلا ، وإذا قلنا بصحة النكاح ، فإن بان الموصوف خيراً مما شرط ، فلا خيار ، وإن بان دونه ، فقد أطلق الغزالي في ثبوت الخيار قولين . وأما سائر الأصحاب ، فقالوا : إن شرط في الزوج نسب شريف فبان خلافه ، نظر إن كان نسبه دون نسبها ، فلها الخيار . وإن رضيت هي ، فلا ولياً لها الخيار ، وإن كان نسبه كنسبها أو فوقه ، إلا أنه دون المشروط ، فلا خيار لها على الأظهر ، وقيل : لا خيار قطعاً ، ولا خيار للأولياء ، لأن الكفاءة حاصلة والشرط لا يؤثر في حقهم ، وإن شرط في الزوجة نسب فبان خلافه ، فطريقان ، أصحهما : أنه كهي فيثبت له الخيار إن كانت دون نسبه ، وإلا ، ففيه القولان . والطريق الثاني : لا خيار له قطعاً لقدرته على الطلاق وعدم العار عليه . وإن شرطت حريته فخرج عبدًا ، فإن كانت حرة ، فلها ولولها الخيار ، وإن كانت أمة ، ففي ثبوت الخيار وجهان . وقيل : يثبت قطعاً . قال الإمام والمتولي : وإذا أثبتناه ، فهو للسيد دون الأمة ، فإن له أن يجبرها على نكاح عبده ، بخلاف ما إذا خرج الزوج معيلاً ، فإن الخيار لها ، لأنه ليس للسيد إجبارها على نكاح معيب بأحد هذه

العيوب . وإن شرط الزوج حرية الزوجة فخرجت أمة ، فإن كان الزوج حراً ،
فله الخيار على المذهب ، وإن كان عبداً ، فلا خيار على المذهب ، وإن كان المشروط
صفة أخرى ، فإن شرطت في الزوج فبان دون المشروط ، فلها الخيار ، وإن شرطت
فيها ، ففي ثبوت الخيار له قولان لتمكنه من الطلاق .

قلت : الاظهر ثبوته . والله أعلم

فرع

في فتاوى البغوي : تزوجها بشرط البكارة ، فوجدت ثيباً ، فقالت : كنت
بكرأ فزالت البكارة عندك ، وقال : بل كنت ثيباً ، فالقول قولها يمينها لدفع
الفسخ ، ولو قالت : كنت بكرأ فافتضي فأنكر ، فالقول قولها يمينها لدفع
الفسخ ، وقوله يمينه لدفع كمال المهر .

فصل

إذا ظنت زيدا كفاءاً لها ، وأذنت في تزويجها إياه ، فبان غير كفاء ، فلا خيار لها ،
كذا أطلق الغزالي ، وينبغي أن يفصل فيقال : إن كان فوات الكفاءة لدناءة نسبه
أو حرفته ، أو فسقه ، فلا خيار ، وإن كان لعيبه ، فيثبت الخيار ، وإن كان لرقه ،
فليكن الحكم كما سندكره إن شاء الله تعالى متصلًا بهذا فيمن نكحها ظاناً بحريتها
فبان أمة ، بل جانب المرأة أولى باثبات الخيار .

قلت : هذا الذي ذكره الغزالي ضعيف ، وفي فتاوى صاحب « الشامل »
لو تزوجت حرة برجل نكاحاً مطلقاً ، فبان عبداً ، فلها الخيار . وذكر غيره نحو

هذا ، والختار ثبوت الخيار بالجميع ، وقد أنكروا على الغزالي هذه المسألة . وقد ذكر الرافعي بعد هذا قبيل ذكر كتاب الصداق عن «فتاوى» القاضي حسين ، أنها لو أذنت في تزويجها برجل ولم تعلم فسقه ، فإن فاسقاً ، صح النكاح لوجود الإشارة إلى عينه . قال البغوي : لكن لها حق الفسخ كما لو أذنت في تزويجها رجلاً ثم وجدته معيباً ، وعجب من الإمام الرافعي كيف قال هنا ما قال مع نقله هذا عن البغوي . والله أعلم .

فرع

نكح امرأة يظنها مسلمة فخرجت كتابية ، فالنص أن له الخيار ، ولو ظنها حرة فخرجت أمة وهو بمن محل له نكاح الامة ، فالنص أنه لا خيار ، وللاصحاب طريقان . أحدهما : العمل بظاهر النصين ولتقصير ولي الكافرة بتوك العلامة ، ولأن الكفر منقّر . وأصحها : جعل الصورتين على قولين . أظهرهما : لا خيار فيها كما لو اشترى عبداً يظنه كاتباً فأخلف ظنه .

فصل

اخلف في الشرط ، إذا قلنا : لا يفسد العقد وانه يثبت الخيار ، فمن له الخيار ؟ إن أجاز العقد ، كان للزوجة المهر المسمى ، وإن فسخ ، فإن كان قبل الدخول ، لم يجب نصف المهر ولا المتعة ، وإن كان بعد الدخول ، فهل يجب مهر المثل أم المسمى أم أقلها ؟ فيه أوجه ، الصحيح المنصوص ، الأول . وهل يرجع الزوج بما غرمه من المهر على من غره ؟ فيه التفصيل والخلاف السابقان في خيار العيب ، وحكم النفقة والسكنى على ماتقدم .

فرع

قال الأصحاب : التغير المؤثر هو الذي يكون مقروناً بالعقد على سبيل الشرط فلو سبق العقد ، فالصحيح أنه لا يؤثر في صحة العقد ولا في الخيار . وقيل : يؤثر فيها .

وأما الرجوع بالمهر ، إذا قضينا بالرجوع على الغار ، فقال الغزالي : التغير السابق كالمقارن ، وحقيقه الإمام فقال : لا يشترط في حصول التغير دخول الشرط بين الإيجاب والقبول ، ولا صدوره من العاقد ^(١) لكن يشترط اتصاله بالعقد . فلو قال : فلانة حرة في معرض التزويج في النكاح ، ثم زوجها على الاتصال بوكالة أو ولاية ، فهو تغير ، ولو لم يقصد بقوله تحريض سامع ، وانتفى بعد أيام أنه زوجها لمن سمع كلامه ، فليس ما جرى تغيراً ، وإن ذكره لا في معرض التحريض ، وجرى العقد على الاتصال أو ذكره في معرض التحريض ، وجرى العقد بعد زمان فاصل ، ففي كونه تغيراً تردد ، ويشبه أن لا يعتبر الاتصال بالعقد على ما أطلقه الغزالي ، لأن تعلق الضمان أوسع باباً .

فصل

إذا غر بخرية أمة وصحنا النكاح ، فأولاده الحاصلون منها قبل العلم برقتها أحرار لظنه الحرية ، سواء أجاز العقد أو فسخه ، إذا خيرناه ، وسواء كان المغرور حراً أو عبداً ، لاستوائها في الظن ، ثم على المغرور قيمة الأولاد لسيد الأمة على

(١) في نسخ الظاهرية : ولا ضرورة من العاقد .

المشهور ، لأنه فوت رقيم بظنه . وفي قول حكاة الحناطي : لاشيء عليه ، لأنه معذور . فعلى المشهور إن كان المغرور حراً ، فالقيمة مستقرة في ذمته ، وإن كان عبداً ، فهل تتعلق بذمته أم برقبته أم بكسبه ؟ فيه أقوال ، أظهرها الأول ، وتعتبر قيمة الأولاد يوم الولادة . وأما الأولاد الحاصلون بعد علمه برقها ، فهم أرقاء ، سواء كان المغرور عريباً أو غيره . وللشافعي قول : إن العرب لا يجري عليهم الرق ، والمشهور أن لا فرق . ثم في الفصل مسائل .

إحداها : في الرجوع بالمهر المغرور على الغار قولان كما سبق في العيب ، وأما قيمة الأولاد ، فيرجع بها على الغار على المذهب . وقيل : فيه القولان . وإذا قلنا بالرجوع ، فإنما يرجع إذا غرم كالضامن . فقد سبق في الضامن وجه ضعيف أنه يرجع قبل غرمه ، فيجبيء مثله هنا . والصحيح ، المنع . فعلى هذا لو كان المغرور عبداً وعلقنا القيمة بذمته ، فإنما يرجع على الغار بعد عتقه ، لأنه حينئذ يغرم . أما إذا علقناها بكسبه أو برقبته ، وغرم سيده من كسبه ، أو من رقبته ، فيرجع في الحال ، وللمغرور مطالبة الغار بتحصيله ، كما ذكرنا في « باب الضمان » .

المسألة الثانية : إذا كان المغرور عبداً وقد دخل بالمنكوحة ، فحيث يجب المسمى يتعلق كسبه ، وحيث يجب مهر المثل ، فهل يتعلق بذمته ، أم برقبته ، أم بكسبه ؟ فيه ثلاثة أقوال أظهرها : الأول .

المسألة الثالثة : لا يتصور الغرور بحرية الامة من السيد ، لأنه متى قال : زوجتك هذه الحرة ، أو على أنها حرة ، عتقت . وإنما يتصور من وكيل السيد في تزويجها ، أو منها ، أو منها ، ولا اعتبار بقول من ليس بعاقدا ولا معقود عليه ، فإن كان الغرور من الوكيل ، رجع المغرور عليه بالقيمة إذا غرمها ، وبالمهر إن أثبتنا الرجوع به . وإن كان الغرور من الامة المنكوحة ، كان الرجوع عليها .

لكن لا يرجع في الحال ، بل يتعلق الغرم بذمتها ، تطالب به إذا عتقت ، ولا يتعلق بكسبها قطعاً ولا برقبته على الصحيح ، وسواء كان الرجوع عليها أو على الوكيل ، يرجع بكل المهر ، لأن المهر للسيد وقد أخذه . وإن كان الغرور منها ومن الوكيل ، فالرجوع عليها . وفي كيفيته وجهان . أصحها : يرجع بالنصف على الوكيل في الحال ، وبالنصف عليها إذا عتقت . والثاني : أنه له أن يرجع بالجميع على من شاء منها ، على الوكيل في الحال وعليها بعد العتق ، فإن رجع - هكذا قال البغوي - : يرجع المأخوذ منه بالنصف على الآخر . وقال الخناطي وغيره . لا يرجع واحد منها على الآخر ، لأن التغيرير كامل من كل واحد منها . ولو ذكرت للوكيل حريتها ، ثم ذكرها الوكيل للزوج ، رجع المغرور على الوكيل والوكيل عليها بعد العتق . وإن ذكرت للوكيل ثم ذكرت للزوج ، فالرجوع عليها وإن ذكر الوكيل للزوج أيضاً ، لأنها لما شافهت الزوج خرج الوكيل من الوسط ، هكذا ذكره البغوي . وعلى هذا ، فصورة تغيريرها أن يذكرها معاً .

المسألة الرابعة : لو خرجت التي غر بجزيرتها مدبرة أو مكاتبة ، أو أم ولد أو معلقة بصفة ، فالكلام في صحة النكاح ، ثم في إثبات الخيار كما سبق ، إذا كانت قنة ، لكن إذا خرجت مكاتبة وفسخ النكاح ، فلا مهر لها إذا كان الغرور منها ، لأن المهر للمكاتبة فلا معنى للغرم لها والاسترداد منها . وهل يجب أقل ما يجوز أن يكون مهرأ ؟ فيه الخلاف السابق في العيب . والأولاد الحاصلون قبل علمه بالحال أحرار ، وعلى المغرور قيمتهم . ولمن تكون القيمة ؟ يبنى على أن ولد المكاتبة قنٌ للسيد أم مكاتب كلام ؟ وفيه قولان . وإذا قلنا : إنه مكاتب فقتله قاتل ، فهل قيمته للسيد أم للمكاتبة تستعين به في الأداء ؟ فيه قولان فإذا قلنا : الولد للسيد ، أو قلنا : هو مكاتب ، وإذا قتل ، فالقيمة للسيد ، غرم المغرور قيمة الأولاد

للسيد، ويرجع بها على الوكيل، وعليها إن غوت، ويأخذ من كسبها. فإن لم يكن كسب ، ففي ذمتها إلى أن تعتق . وإن قلنا : إن القيمة لها ، فإن كان الغرور منها ، لم يغرم القيمة لها كلهر ، وإن كان من الوكيل ، غوم لها ورجع على الوكيل .

فرع

إذا حكمنا ببطالان النكاح بخلف الشرط ، فالرجوع بمهر المثل إذا غومه الزوج بالوطء والرجوع بقيمة الأولاد إذا غومها على ما ذكرناه تقريراً على صحة النكاح .

فرع

ما ذكرناه من وجوب قيمة الولد ، هو فيما إذا انفصل الجنين حياً . فلو انفصل ميتاً ، نظر إن انفصل بغير جناية ، فلا شيء عليه ، ويجيء فيه وجه سبق نظيره في وطء الغاصب جاهلاً بالتحريم . وإن انفصل بجناية ، بأن ضرب بطنها فأجهضت ، فله أحوال .

أحدها : أن يكون الجاني أجنبياً ، فيجب على عاقلته الغرة ويغرمه المغرور ، لأنه يغرم له فيغرمه . وقيل : لا يغرمه إذ لا قيمة للبت ، والصحيح الاول ، وضمانه عشر قيمة الأم ، لأن الجنين الرقيق يغرم بهذا القدر .

فإن كانت قيمة الغرة مثل عشر قيمة الأم ، أو أكثر ، فالمستحق للسيد عشر القيمة ، وإن كان العشر أكثر ، فوجهان . أصحابها : يستحق العشر وهو اختيار القاضي حسين والإمام وغيرهما ، ونسبه البغوي إلى العراقيين ، لأنه قدر مافوته . والثاني : ليس له إلا قدر الغرة ، ويعبر عن هذا بأن الواجب أقل

الأمرين . فعلى الاول لا يتوقف تغريمه على حصول الغرة له . وعلى الثاني ، يتوقف وينظر إلى ما يحصل له من الغرة ، فإن كان يجوز ميراث الجنين ، فذاك ، وإلا ، فيغرم أقل الأمرين من حصته من الغرة والعشر ، ولا يتصور أن يرث مع الأب المغرور إلا الجدة أم الام ، ولا تسقط بالام لانها رقيقة .

الثاني : أن يكون الجاني هو المغرور ، فعلى عاقلته الغرة ، ويلزم المغرور عشر قيمة الام إن قلنا في الحال الاول بالاصح : انه يستحق العشر وتسلم الغرة للورثة ، وإن قلنا بأقل الأمرين ، تعلق حق السيد بالغرة فيؤدي منها ، وما فضل يكون للورثة . وعلى التقديرين ، لا يرث المغرور منها شيئاً ، لانه قاتل ولا يجب من بعده من العصابات .

فإن كان المغرور عبداً ، تعلقت الغرة برقبته . ثم إن اعتبرنا الغرة ولم نوجب زيادة عليها ، فإذا حصلت الغرة ، صرف إلى السيد منها عشر قيمة الام ، فإن فضل شيء ، فهو للورثة ، وإن اعتبرنا التقويت ، سلمت الغرة للورثة ، وتعلق حق السيد بذمة المغرور .

الثالث : أن يكون الجاني عبد المغرور ، فإن اعتبرنا التقويت ، فحق سيد الامة على المغرور ، ولا تعلق الغرة برقبته إن كان المغرور حائز ميراث الجنين ، لانه لا يستحق على عبده شيئاً ، وإن كان معه جدة لجنين ، تعلق نسبها برقبته ، وإن اعتبرنا أقل الأمرين ، تعلقت الغرة برقبته ليؤدي منها حق السيد . فإن فضل منها شيء ، فعلى ما ذكرنا .

الرابع : أن يكون الجاني سيد الامة ، فعلى عاقلته الغرة . ثم إن اعتبرنا التقويت ، سلمت الغرة للورثة وغرم المغرور للسيد عشر قيمة الام . قال الإمام : ويجوز أن يقال : انفصاله بجنابة السيد ، كانفصاله بلاجنابة ، فلا يغرم المغرور شيئاً ،

وإن اعتبرنا أقل الامرين ، فاذا حصلت الغرة ، صرف منها العشر إلى السيد .
فإن فضل شيء فهو للورثة . قال الإمام : إذا كانت الغرة قدر للعشر أو أقل ،
وصرفناها إلى السيد ، كان الحاصل إيجاب المال على عاقلة الجاني للجاني وهو مستبعد .

فرع

خيار الخلف هل هو على الفور ؟ فيه طريقتان حكاهما ابن كج وغيره ، المذهب :
نعم كخيار العيب ، والثاني : على أقوال خيار العتق . قال البغوي : وإذا أثبتنا
الفسخ ، انفرد به من له الخيار ، ولا يفتقر إلى الحاكم كخيار عيب المبيع ، ولكن
هذا يختلف فيه ، فليكن خيار عيب النكاح .

السبب الثالث : العتق ، فاذا عتقت أمة تحت حر ، فلا خيار لها ، وإن عتقت
تحت عبد ، فلها الخيار إن عتقت كلها ، فإن أعتق بعضها ، فلا خيار . وقال المزني :
لها الخيار . ولو دبرت أو كوتبت أو علق عتقها بصفة ، فلا خيار . ولو عتقت
تحت مكاتب أو مدبر أو من بعضه رقيق ، فلها الخيار . ولو عتق الزوج وتحت
أمة ، فلا خيار له على الصحيح أو المشهور . ولو عتقا معاً ، فلا خيار ، ويثبت
خيار العتق للصبية والمجنونة عند البلوغ والافاقة ، ولا يقوم الولي مقامها في الفسخ
والاجازة . ولو عتق الزوج قبل أن تفسخ العتقة ، بطل خيارها على الاظهر
المنصوص في « المختصر » .

فروع

الفرع الأول : طلقها رجعيًا فعتقت في العدة ، فلها الفسخ ليقطع سلطنة الرجعة

وقيل : الفسخ موقوف ، إن راجعها ، نفذ ، وإلا ، فلا . والصحيح الأول .
وإذا فسخت هل تستأنف عدة ، أم تكفي بقية العدة ؟ قولان كما لو طلق الرجعية .
وإذا قلنا بالبناء ، فتكمل عدة حر أو أمة ؟ فيه خلاف موضعه « كتاب العدد »
ولو أخرت الفسخ ، فلها ذلك ، ولا يبطل خيارها . ولو أجازت ، لم تنفذ الاجازة ،
لأنها محرمة جارية إلى بينونة ، فالاجازة لا تلاثم حالها . قال الإمام : ولم يخرجوه
على وقف العقود ، لأن شرط الوقف أن يكون مورد العقد [قابلاً لمقصود
العقد] ^(١) وحكي عن الشيخ أبي محمد حكاية وجه في نفوذ إجازتها . ونقل الغزالي
عن بعضهم تخريجاً على وقف العقود ، فإن راجعها ، نفذت ، وإلا ، فلا . ولو ثبت
لها خيار العتق ، فطلقها قبل أن تفسخ ، فإن كان طلاقاً رجعياً ، بقي حقها في الفسخ
والحكم كما لو أعتقت في العدة . وإن كان بائناً ، فقولان . أحدهما : أن
الطلاق موقوف ، وإن فسخت ، بان أنه لم يقع ، وإلا بان وقوعه وهذا نصه في « الأم » .
وأظهرهما يقع وهو نصه في « الإملاء » لمصادفته النكاح ، ويبطل الخيار ، ومنهم من
أنكر القول الأول . ولو طلق الزوج المعيب قبل فسخها ، ففي وقوع الطلاق
ووقفه هذا الخلاف .

الفروع الثاني : إذا فسخت العتيقة قبل الدخول ، فلامهر ، وليس للسيد منعها
من الفسخ . وإن فسخت بعد الدخول ، نظر ، إن تقدم الدخول على العتق ، وجب
المسمى ، وإن تأخر عنه وكانت جاهلة بالحال ، وجب مهر المثل على المذهب .
وقيل : المسمى ، وقيل : خلاف فيها . وأيهما أوجبناه ، فهو للسيد ، وكذا لو اختارت
المقام معه ، وجرى في العقد تسمية صحيحة أو فاسدة ، فالمر للسيد ، لأنه وجب بالعقد .

(١) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

وإن زوجها مفوضة ، فإن دخل بها الزوج أو فرض لها قبل العتق (١) فهو للسيد أيضاً . وإن عتقت ثم دخل بها ، أو فرض لها ، فهل المهر للسيد أم لها ؟ قولان بناءً على أن مهر المفوضة يجب بالعقد أم بالفرض أو الدخول .

[الفروع] الثالث : خيار العتق على الفور على الأظهر ، وفي قول : يمتد ثلاثة أيام ، وفي قول : إلى أن يصرح بإسقاطه ، أو تمكن من الوطء طائعة . وفي وجه : تتقدر بالمجلس . فإن قلنا بالفور ، فهو كما ذكرنا في الرد بالعيب في البيع وفي الشفعة . قال الإمام تقريباً على القول الثاني : ابتداء الأيام الثلاثة من وقت تخيرها ، وذلك إذا علمت بالعتق وثبوت الخيار ، ولا يحجب من وقت العتق . وذكر تقريباً على القول الثالث ، أنها لو مكنت ولم يصحبها الزوج ، لم يبطل حقها ، لأن التمكين من الوطء لا يتحقق إلا عند حصول الوطء ، وأنه لو أصابها الزوج قهراً ، ففي سقوط الخيار تردد لتمكنها من الفسخ عند الوطء ، فإن كان قبض على فمها ، بقي حقها قطعاً . وعلى هذا القول لو قال : أصبتها فأنكرت ، فأيهما يصدق ؟ وجهان حكاهما ابن كعب ، لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الإصابة . وإذا اعتبرنا الفور ، فتمكنت ولم تفسخ ، أو مضت الأيام الثلاثة ، أو مكنت من الوطء ، إذا اعتبرنا ذلك ، ثم ادعت الجهل بالعتق ، صدقت بيمينها إن لم يكن عليها ظاهر الحال . فإن كذبها ، بأن كانت معه في بيته ويبعد خفاء العتق عليها ، فالمصدق الزوج ، وهذا هو المذهب . وقيل : في المصدق قولان مطلقاً . فإن ادعت الجهل بأن العتق يثبت الخيار ، صدقت على الأظهر . ولو ادعت الجهل بأن الخيار على الفور ، قال الغزالي : لاتعذر ، ولم أر المسألة لغيره من الأصحاب ، ولكن ذكرها العبادي في « الرم » .

وقال : إن كانت قديمة العهد بالاسلام وخالطت أهله ، لم تعذر ، وإن كانت حديثة العهد به أو لم تخالط أهله ، فقولان .

فرع

هذا الفسخ لا يحتاج إلى مراجعة الحاكم ، ولا إلى المرافعة إليه ، لأنه ثابت بالنص والاجماع ، كالرد بالعيب والشفعة .

قلت : وللزوج وطء العتيقة ما لم تفسخ ، وكذا لزوج الصغيرة والمجنونة ، العتيقين وطؤهما ما لم تفسخا بعد البلوغ والافاقة . **ولله أعلم**

السبب الرابع : التعنين ، فالتعنين مثبت للخيار ، وكذا الجب إن لم يبق ما يمكن الجماع به ، كأن لا يبقى قدر الحشفة ، فإن بقي دون قدر الحشفة ، أو بقي قدرها فأكثر ، فلا خيار بسبب الجب على المذهب . وعن ابن سامة ، أنه خرجه على قولين كالخصي . فعلى المذهب : لو عجز عن الجماع به ، فهو كالسليم العاجز ، فتضرب له المدة . وعن الشيخ أبي حامد ، ثبت الخيار في الحال ، لأن العيب متحقق ، والظاهر دوام العجز ، وفي معناه المرض المزمع الذي لا يتوقع زواله ، ولا يمكن الجماع معه ، كذا ذكره الشيخ أبو محمد وغيره . ولو وجدت زوجها خصياً موجوء الخصيتين أو مسلولهما ، فلا خيار على الأظهر الجديد . وقيل : لا خيار قطعاً .

فرع

العنة الطارئة لا تؤثر ، لأن القدرة تحققت بالوطء ، فالعجز بعارض . ولو كان له امرأتان ، فعنّ عن إحداها دون الأخرى ، ثبت الخيار للتي عنّ عنها ، لفوات

الاستمتاع . قال الأصحاب : وقد يتفق ذلك لانجباس الشهوة عن امرأة معينة بسبب نفرة أو حياء ، ويقدر على غيرها ليل أو أنس . فأما العجز المحقق لضعف في الدماغ أو القلب أو الكبد ، أو لحلل^(١) في نفس الآلة ، فانه لا يختلف بالنسوة ، وكذلك قد يفرض العجز عن القبل والقدرة على الدبر ، فيثبت الخيار على الصحيح . وحكى الخناطي فيه وجهاً بعيداً ، ولو عجز عن افتراء بكر وقدر على ثيب ، فلبكر الخيار .

فصل

إذا اعترفت^(٢) بقدرته على الوطء وقالت : إنه يتمتع منه ، فلا خيار لها ، وهل لها مطالبة بوطأة واحدة ؟ وهل يجبر هو عليها ؟ وجهان . أصحابها : لا ، لأنه حقه ، فلا يجبر عليه كسائر الوطآت . والثاني : نعم لمعنيين . أحدهما : استقرار المهر . والثاني : حصول الاستمتاع للتعفف . فان قلنا : تجب الوطأة فكانت أمة ، فالطلب للسيد على المعنى الأول ، ولها على الثاني . ولو أبرأت الحرة عن مهرها ، فلا مطالبة على المعنى الاول ، وتطالب على الثاني ، ولا يرهق إلى الوطء بل يميل ليستعد له على العادة . ولو كان به مرض أو عذر ، أمهل إلى زواله . وإن أصر على الامتناع بلا عذر ، حبس . قال الامام : ولا يبعد أن يخرج من الايلاء أن يطلق القاضي عليه ، لكن لم يخرجوه .

فرع

تسقط مطالبة العنين بالفسخ ، وغير العنين إذا أوجبنا وطأه بتغيب الحشفة ،

(١) في الأصل : تخلل .

(٢) في الأصل : عرفت .

فان أحكام الوطء كلها منوطة ^(١) به كالتحليل ، والتحسين ، والحدود ، والكفارة ، والغسل ، وفساد العبادة ، وثبوت المصاهرة وغيرها . قال الامام : وسببه بعد الاتباع ، أن الحشفة هي التي تحس ^(٢) تلك اللذة ، قال : ويعني بتغييها أن يشتمل الشفران وملتقاهما عليها . أما لو انقلب الشفران إلى الباطن وكانت الحشفة تلاقي ما انعكس من البشرة الظاهرة ، ففيه تردد ، لأنها حصلت في حيز الباطن . وذكر البغوي ، أن أقل ما يزول به حكم التعنين إن كانت بكرأ أن يقتضها بآلة الاقتضاض . وإن كانت ثيبأ ، فإن تغيب الحشفة ، وهذا يدل على الاقتضاض لا يحصل بتغييب الحشفة . ولوجب بعض ذكره فغيب من الباقي قدر الحشفة ، فهو كتغيب الحشفة من السليم . وقيل : يعتبر تغيب جميع الباقي وهو ظاهر نصه في « المختصر » ورجحه بعضهم ، والأول أصح وظاهر النص مؤول .

فصل

وجدته عنينا فرفعته إلى القاضي وادعت عنه ، فان أقر بها أو أقامت بينة على إقراره بها ، ثبتت . وإن أنكر ، حلف ، فان حلف ، لم يطالب بتحقيق ما قاله بالوطء ، وامتنع الفسخ ، ويعود ما سبق أنه هل يطالب بوطأة واحدة ؟ وإن نكل ، فتلاثة أوجه . أصحابها : ترد اليمين عليها ، ولها أن تحلف إذا بان لها عنه بقرائن الأحوال وطول الممارسة . والثاني : يقضى عليه بالنكول ، وتضرب المدة بغير يمين . والثالث : لا ترد عليها ولا يقضى بنكوله . وحكى أبو الفرج وجهاً أن تحليف الزوج لا يشرع أصلاً بناء على أن اليمين لا ترد عليها وهو ضعيف ، ثم ثبوت العنة لا يفيد

(١) في الأصل : منطوؤه .

(٢) في الأصل : تحسن .

الحيار في الحال ، لكن القاضي يضرب للزوج مدة سنة يمهله فيها ، وابتدأوها من وقت ضرب القاضي لا من وقت إقراره ، لانه مختلف فيه ، وإنما تضرب المدة إذا طلبت المرأة ، لكن لو سكنت وحمل القاضي سكوتها على دهشة أو جهل ، فلا بأس بتنبئها ثم قولها : أنا طالبة حقي على موجب الشرع ، كاف في ضرب المدة وإن جهلت تفصيل الحكم ، وسواء في المدة الحر والعبد ، فإذا تمت السنة ولم يصبها ، لم يفسخ النكاح ، وليس لها فسخه ، بل ترفعه ثانياً إلى القاضي . وعن الاصطخري ، أن لها الفسخ بعد المدة ، والصحيح الأول . وإذا رفعته إليه ، فإن ادعى الإصابة في المدة ، حلف ، فإن نكل ، ردت اليمين على المرأة ، وفيه الخلاف السابق . وإذا حلفت ، أو أقر أنه لم يصبها في المدة ، فقد جاء وقت الفسخ ، فإن استعمل ثلاثاً ، فهل يمهل ؟ فيه الخلاف المذكور في الإيلاء . وفي استقلالها بالفسخ وجهان . أصحابها : الاستقلال كما يستقل بالفسخ من وجد بالمبيع تغيراً وأنكر البائع كونه عيباً ، وأقام المشتري بينة عند القاضي . والثاني : أن الفسخ إلى القاضي ، لأنه محل نظر واجتهاد ، أو يأمرها بالفسخ ، وهذان الوجهان في الاستقلال بعد المرافعة ، والوجهان السابقان في فصل العيوب مفروضان في الاستقلال دون المرافعة . وإذا قلنا : لها الفسخ بنفسها ، فهل يكفي لنفوذ الفسخ إقرار الزوج ، أم لا بد من قول القاضي : ثبتت العنة أو ثبت حق الفسخ فاختاري ؟ فيه وجهان . أصحابها : الثاني . ولو قالت : اخترت الفسخ ، ولم يقل القاضي : نفذته ، ثم رجعت ، هل يصح الرجوع ويبطل الفسخ ؟ وجهان في « مجموع ابن القطان » . أصحابها : المنع . ويشبه أن يكون هذا الخلاف مفرعاً على استقلالها بالفسخ ، أما إذا فسخت بإذنه ، فإن الاذن السابق كالتنفيذ .

فرع

إنما تحسب [المدة] ^(١) إذا لم تعتزل عنه . فان اعتزلت أو مرضت ، لم تحسب . ولو سافرت ^(٢) حبست على الأصح لثلا يدافع المطالبة بذلك . وإذا عرض ما يمنع الاحتساب في أثناء السنة وزال ، فالقياس أن يستأنف السنة أو ينتظر مضي مثل ذلك ^(٣) الفصل في السنة الأخرى .

فرع

الفسخ بالعنة بعد ثبوتها ، كالفسخ بسائر العيوب ، والمذهب أنه على الفور ، ويجيء فيه الخلاف السابق هناك . وإذا رضيت بالمقام معه بعد مضي المدة ، يسقط حقها من الفسخ ، ولا رجوع لها إليه . فان فسخت في أثناء المدة ، لم تنفذ . وإن أجازت ورضيت بالمقام معه في المدة ، أو قبل ضرب المدة ، فالأظهر أنه لغو ، ويثبت لها الخيار بعد المدة . وإن رضيت بعد المدة ثم طلقها رجعيًا ثم راجعها ، لم يعد حق الفسخ ، لأنها رضيت بعنته في هذا النكاح ، ويتصور الطلاق الرجعي بغير وطء يزيل العنة ، بأن يستدخل مائه ، أو يطأها في الدبر ، فتجب العدة وحكم ^(٤) العنة باق . ولو بانث بانقضاء العدة ، أو كان الطلاق بائنًا ، أو فسخت النكاح ، ثم تزوجها ثانيًا ، نفي تجدد حق الفسخ قولان . أظهرهما : التجدد ، لانه

(١) زيادة من نسخ الظهرية .

(٢) في نسخ الظاهرية : سافر .

(٣) في الأصل : تلك .

(٤) في الأصل : بحكم .

نكاح جديد ، وتضرب المدة ثانياً . ولو نكح امرأة ابتداءً ، وأعلمها أنه عنين ، فقال صاحب « الشامل » وغيره : هو على القولين . وذكر البغوي ، فيما إذا نكح امرأة ابتداءً وهي تعلم أنه حكم بعنته في حق امرأة أخرى ، طويقين . أحدهما : على القولين . والثاني : القطع بالثبوت ، لانه قد يعجز عن امرأة دون أخرى . ولو نكح امرأة أو أصابها ثم أبانها ثم نكحها وعنّ عنها ، فلها الخيار قطعاً^(١) لأنها نكحته^(٢) غير عالمة بعنته .

فرع

إذا ادعت امرأة الصبي والمجنون العنة ، لم تسمع دعوها ولم تضرب مدة ، لان المدة والفسخ يعتمدان إقرار الزوج أو يمينها بعد نكوله ، وقولها ساقط . ونقل المزني أنه إن لم يجامعها الصبي ، أجل ، ولم يثبت عامة الاصحاب قولاً وقالوا : غلط المزني . وإنما قال الشافعي في « الأم » والقديم : إن لم يجامعها الحصي ، أجل ، وهذا المذكور في الحصي تفريع على أنه لا خيار بالإخصاء أو رضيت به ووجدته مع الاخصاء عنيماً ، وإلا ، فالخيار في الحصي لاتأجيل فيه كالجلب . وحكى الحناطي وجهاً أن المراهق الذي يتأتى منه الجماع ، تسمع دعوى التعنين عليه وتضرب له المدة ، وبه قال المزني وهو ضعيف .

(١) في الأصل : قطعها .

(٢) في الأصل : حكته .

فرع

جن الزوج في أثناء السنة ، ومضت السنة وهو مجنون ، فطلبت الفرقة ، لم تجب إليها ، لانه لا يصح إقراره .

فرع

مضت السنة فأمهله شهراً أو سنة أخرى ، فوجهان . أحدهما وبه قال ابن القطان وغيره : لها ذلك ، ولها أن تعود إلى الفسخ متى شئت ، كما إذا أمهل بعد حلول الاجل لا يانزم الامهال ، والصحيح بطلان حقها بهذا الإمهال لأنه على الفور .

فرع

إذا فسخت بالعنة ، فلا مهر على المشهور ، لانه فسخ قبل الدخول . وفي قول : يجب نصف المهر ، وفي قول كله ، حكاهما صاحب « التقريب » عن حكاية الاصطخري .

فصل

قال الأصحاب : إذا اختلف الزوجان في الوطء ، فالقول قول نافية عملاً بأصل العدم إلا في ثلاثة مواضع .

إحداها : إذا ادعت عنته فقال : أصبتها ، فالقول قوله يمينه ، سواء كان ذلك قبل المدة أم بعدها ، وسواء كان خصياً أو مقطوع بعض الذكر ، إذا كان الباقي بحيث يمكن الجماع به ، أو ، ادعت عجزه . وقيل : في الخصى والمقطوع ،

فالقول قولها يمينها ، لأن ذلك يقوي جانبها ، والصحيح الأول . ولو اختلفا في القدر الباقي ، هل يمكن الجمع به ؟ قال الأكثرون : فalcول-قولها . وقال صاحب « الشامل » : ينبغي أن يرى أهل الخبرة ليعرفوا قدره ، ويخبروا عن الحال ، كما لو ادعت أنه محبوب فأنكر ، قال المتولي : وهذا هو الأصح . ولو ادعت عجزه بعد مضي السنة ، وادعى أنها امتنعت ، فإن كان لأحدهما بينة ، حكم بها ، وإلا ، فalcول قوله ، لأن الأصل دوام النكاح . فإذا حلف ، ضرب القاضي المدة ثانياً وأسكنها^(١) في جوار قوم ثقات يتفقدون حالها . فإذا مضت المدة ، اعتمد القاضي قول الثقات وجرى عليه ، كذا ذكره المتولي .

الثاني : إذا طالبته في الإيلاء بالقيّة والطلاق فقال : وطئها ، فalcول قوله استدامة للنكاح . ولو قالت في هذين الموضعين : أنا بكر ، فوجهان . أحدهما وهو ظاهر النص : إن شهد أربع نسوة ببكرتها ، حكم بعدم الاصابة من غير تحليفها ، فلو قال بعد شهادتهن : أصبتها ولم أبالغ ، فعادت البكارة وطلب يمينها ، سمعت دعواه وحلفت . وإن لم يدّع شيئاً ، لم تحلف . والثاني وبه قال أبو علي في « الإفصاح » وابن القطان وابن كعب ، والإمام والغزالي وغيرهم : تحلف الزوجة مع البينة على قيام البكارة ، لأن البكارة وإن كانت موجودة ، فاحتمال الزوال والعود قائم ، وإن لم يدّع الزوج ، فلا بد من الاحتياط . ثم إذا حلفت بعد دعواه أو دونها [حلفت]^(٢) على أنه لم يصبها ، أو على أن بكرتها هي البكارة الأصلية ، ولها حق الفسخ بعد يمينها . وإن نكلت ، حلف الزوج وبطل الحيار . وإن نكل الزوج أيضاً ، فوجهان . أحدهما : لها الفسخ ويكون نكوله كحلفها ، لأن

(١) في الأصل : وأسكنها .

(٢) زيادة من نسخ الظاهرية .

الظاهر أن بكارتها هي الأصلية . والثاني : المنع ، لان ما قاله محتمل ، والأصل دوام النكاح .

الموضع الثالث : قالت ، طلقني بعد الدخول في كل المهر ، فقال : بل قبله فلك النصف ، فالقول قوله للأصل ، وعليها العدة مؤاخذه بقولها ، ولانفقة ولاسكني ، وللزوج نكاح بنتها وأختها وأربعاً سواها في الحال . فلو أتت بولد لزمن محتمل ، ثبت النسب وتقوى به جانبها ، فيرجع إلى تصديقها ، وتطالب الزوج بالنصف الثاني ، ولا بد من يمينها على ما ذكره الامام والعبادي ، لان ثبوت النسب لا يورث يقين الوطء ^(١) ، ويمكن أن يجيء فيه الخلاف المذكور فيما إذا ظهرت البكارة ، وهذه الصورة هي محل الاستثناء من تصديق النافي . فان لاعن الزوج ونفى الولد ، فقد زال المرجح فتعود إلى تصديقه ، ويستمر الامر على ما سبق . وحيث قلنا : القول قول نافي الإصابة ، فذلك إذا لم يوافق على جريان خلوه ، فان وافق ، فقولان . أظهرهما : أن الحكم كذلك ، والثاني : تصديق المثبت . فعلى هذا : تضم هذه الصورة إلى مواضع الاستثناء من تصديق النافي وتصبح أربعة ، وبالله التوفيق .

قلت : عجب قول الامام الرافعي رحمه الله : فيما إذا أتت بولد لزمن محتمل أنها المصدقة ويمكن أن يجيء فيه الخلاف ، والمسألة مشهورة ، ففي «المهذب» و «التنبيه» وغيرها ^(٢) من الكتب المشهورة ، في المسألة قولان ، في أن القول قولها ، أم قوله ، لأن النسب يثبت بالامكان ، ولانه قد يولج بعض الحشفة أو يياثر فيما قارب الفرج فيدخل المني فيلحق النسب ولا وطاء . والله أعلم

(١) في الأصل : بنفي الوطء وهو خطأ .

(٢) في الأصل : وغيره .

الباب التاسع فيما يملك الزوج من الاستمتاع

وفيه مسائل .

إحداها : له جميع أنواع الاستمتاع ، إلا النظر إلى الفرج ، ففيه خلاف سبق في حكم النظر ، وإلا الاتيان في الدبر ، فانه حرام ، ويجوز التلذذ بما بين الاليتين ، والإيلاج في القبل من جهة الدبر .

فرع

الاتيان في الدبر كالاتيان في القبل في أكثر الاحكام ، كافساد العبادة ووجوب الغسل من الجانبين ووجوب الكفارة في الصوم والحج وغيرها ، لكن لا يحصل به الاحصان ولا التحليل ، ولا الفياة في الإيلاء ، ولا يزول حكم التعنين ، وفي هذين الاخيرين وجه ضعيف .

ويثبت به النسب على الاصح ، وإنما يظهر الوجهان فيما إذا أتى السيد أمته في دبرها ، أو كان ذلك في نكاح فاسد . فأما في النكاح الصحيح ، فإمكان الوطء كاف في ثبوت النسب ، ويجب به مهر المثل في النكاح الفاسد قطعاً ، ويستقر به المسمى في النكاح الصحيح على المذهب . فإن قلنا : لا يستقر ، فقال الخناطي : لها مهر المثل ، فإن وطئها بعده ، فلها المسمى وتزد مهر المثل على الاصح . وفي وجه : لها المسمى ومهر المثل . وإن لم يطأها وطلقها ، فقد وجب لها مهر المثل ، وللزوج عندها المسمى . فإن كانا من جنس ، جرت أقوال التقاص ، وهذا كلام مظلم لا يهتدى إليه .

قلت : الذي يقتضيه كلام الاصحاب ، إنا إذا قلنا : لا يستقر المسمى ، لا يجب أيضاً مهر المثل ، وهذا الذي ذكره الحناطي مظلم كما قال الرافعي ، وعجب قوله : وإذا طلقها قبل الدخول ، له عليها المسمى ، وقد علم أن الطلاق قبل الدخول يشطر المسمى . والله أعلم

وتثبت به المصاهرة على الأصح ، والعدة على الصحيح ، ولا يشترط نطق المصابة في دبرها إذا استؤذنت في النكاح على الأصح . وإذا وطئ أمته أو زوجته في دبرها ، فلاحد على الصحيح .

قلت : قال أصحابنا : [حكم] الوطء في الدبر كالقبل إلا في سبعة أحكام : التحليل ، والتحصين ، والخروج من الفياة ، والتعنين ، وتغير اذن البكر . والسادس ، أن الدبر لا يحل بحال ، والقبل يحل في الزوجة والمملوكة . والسابع : اذا جومعت الكبيرة في دبرها ، فاغتسلت ثم خرج مني الرجل من دبرها ، لم يجب غسل ثان ، بخلاف القبل ، فقد يجيء في بعض المسائل وجه ضعيف ، ولكن المعتمد ما ذكرناه . والله أعلم

المسألة الثانية : العزل : هو أن يجامع ، فإذا قارب الانزال ، نزع فأنزل خارج الفرج ، والأولى تركه على الإطلاق . وأطلق صاحب « المذهب » ، كراهته ، ولا يحرم في السرية بلا خلاف ، صيانة للملك ، ولا يحرم في الزوجة على المذهب ، سواء الحرة والامة بالاذن وغيره . [وقيل : يحرم ، وقيل : يحرم بغير إذن] ^(١) وقيل : يحرم في الحرة .

(١) زيادة من مخطوطة الظاهريه .

وأما المستولدة ، ففيها خلاف مرتب على المنكوحة الحرة ، وأولى بالجواز لانها غير راسخة في الفراش ولهذا لا يقسم لها . قال الامام : وحيث حرمنا ، فذلك اذا نزع بقصد أن يقع الإنزال خارجاً تحرزاً عن الولد ، فأما اذا عن له أن ينزع لاعلى هذا القصد ، فيجب القطع بأن لا يحرم .

الثالثة : الاستناء باليد حرام ، ونقل ابن كج أنه توقف فيه في القديم . والمذهب الجزم بتحريمه ، ويجوز أن يستمني بيد زوجته وجاريته ، كما يستمتع بسائر بدنهما ، ذكره المتولي ، ونقله الروياني .

الرابعة : القول في تحريم الوطء في الحيض والنفاس وتحريم سائر الاستمتاع ، كما سبق في « باب الحيض » . ونقل ابن كج عن أبي عبيد بن حرويه ، أنه يحتب الحائض في جميع بدنهما .

قلت : هذا الوجه غلط فاحش ، يخالف الأحاديث الصحيحة المشهورة كقوله ﷺ : « اصنعوا كل شيء سوى النكاح » ، وأنه ﷺ : « كان يباشر الحائض فوق الإزار » ، فقد خالف قائله إجماع المسلمين . والله أعلم

الخامسة : لا بأس أن يطوف على إمامه بغسل واحد ، لكن يستحب أن يخلل بين كل وطين وضوء أو غسل الفرج ، كما ذكرنا في « كتاب الطهارة » ، ولا يتصور ذلك في الزوجات إلا بإذنه . وأما حديث « الصحيحين » أن النبي ﷺ طاف على نسائه بغسل واحد ، فمحمول على إذهنه إن قلنا : كان القسم واجباً عليه ﷺ ، وإلا فمن كالأمام .

السادسة : يكره أن يطأ وهناك أمته أو زوجته الأخرى ، وأن يتحدث بما جرى بينه وبين زوجته أو أمته .

قلت : ويُسْنِ ملاعبته الزوجة إيناساً وتلطفاً ما لم يترتب عليه مفسده ، للحديث الصحيح « هلاّ تزوجت بكراً تلاعها وتلاعك » . ويستحب أن لا يعطلها ، وأن لا يطيل عهدها بالجماع من غير عذر ، وأن لا يترك ذلك عند قدومه من سفره ، لقوله ﷺ في الحديث الصحيح « فإذا قدمت فالكيس الكيس » ، أي : ابتغ الولد . والسنة أن يقول عند الجماع : باسم الله ، اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان مارزقتنا ، للحديث الصحيح فيه ، ولا يكره الجماع مستقبل القبلة ولا مستدبرها ، لا في البنين ولا في الصغرى ، ويجرم على الزوجة والأمة تحريماً غليظاً أن تمتنع إذا طلبها للاستمتاع الجائز ، ولا يحرم وطء الموضع والحامل ، ويكره أن تصف المرأة امرأة أخرى لزوجها من غير حاجة للحديث الصحيح ، في النهي عن ذلك .

الباب العاشر

في وطء الأب جارية ابنه ونكاحه إياها ووجوب إعفائه

فيه ثلاثة أطراف .

[الطرف الأول] : في وطئها ، فيحرم على الأب وطء جارية ابنه مع علمه بالحال ، فإن وطئها ، نُظِرَ ، أي موطوءة الابن أم لا ؟

الحالة الأولى : أن لا تكون ، وفيه مسائل .

[المسألة الأولى] : لاحدٌ على الأب لشبهة الإعفاف . وعن الاصطخري تخريج قول في وجوب الحد ، والمذهب الأول . وعلى هذا ، فيعزّر على الأصح ، لحق الله تعالى . وقيل : لا يعزّر . فعلى تخريج الاصطخري : هو كالزنا بأمة

أجنبي . فإن أكرهها ، وجب مهر المثل ، وإن طأعته ، فوجهان . وعلى المذهب : هو كوطء الشبهة ، فعليه المهر للابن . فإن كان موسراً ، أخذ منه . وإن كان معسراً ففي ذمته إلى أن يوسر . وقيل : إن كان معسراً ، لم يثبت في ذمته . والصحيح الأول .

[المسألة] الثانية : كما يسقط الحد ويجب المهر ، تثبت المصاهرة فتحرم^(١) الجارية على الابن أبداً ، ويستمر ملكه عليها إذا لم يوجد على الأب إقبال ، ولا شيء على الابن بتحريمها ، لأن مجرد الحيل^(٢) في ملك اليمين غير متقوم ، وإنما المقصود الأعظم فيه المالية وهي باقية ، وله تزويجها وتحصيل مهرها ، بخلاف ما لو وطئ زوجة ابنه أو أبيه بالشبهة ، فإنه يغرم المهر له ، لأنه فوت الملك والحيل جميعاً ، ولأن الحيل هناك هو المقصود .

[المسألة] الثالثة : إذا أحبلها بوطئه ، فالولد نسب حر ، كما لو وطئ جارية أجنبي بشبهة . وهل تصير الجارية أم ولد للأب ؟ فيه أقوال . أظهرها : نعم . والثالث : إن كان الأب موسراً ، فتعم ، وإلا ، فلا . وضعف الأصحاب هذا . فان قلنا به ، قال الإمام : يجب أن تخرج الأقوال الثلاثة في تعجيل الاستيلاد ، وتأخيرها إلى أداء القيمة أو التوقف ، كما في سراية العتق في نصيب الشريك . وإذا قلنا : لا يثبت الاستيلاد ، فعلى الأب قيمة الولد باعتبار يوم الانفصال إن انفصل حياً ، لأن الرق اندفع بسببه . وإن انفصل ميتاً ، فلا شيء عليه ، ولا يجوز للابن بيع الأمة مالم ترضع ، لأنها حامل بحر ، وهل على الأب قيمتها في الحال للحيلولة ثم تسترد عند الوضع ؟ وجهان . أصحها : المنع ، لأن يده مستمرة عليها ومنفعة بالاستخدام وغيره ، بخلاف الآبق من يد الغاصب . وهكذا الحكم في الجارية المغرور

(١) في الأصل : وتحرم .

(٢) في الأصل : الحبل .

محويتها ، والمطوعة بشبهة إذا أحبلتا ، وإذا ملك الأب هذه الجارية يوماً ، هل تصير أم ولد؟ فيه قولان معروفان . أمّا إذا قلنا بالأظهر : إنها تصير أم ولد ، فيجب على الأب قيمتها مع المهر . فإن اختلفا في القيمة ، فالقول قول الأب على المذهب ، لأنه غارم ، وقيل : قولان . ومتى ينتقل الملك في الجارية إلى الأب ؟ فيه أربعة أوجه . أحدها : قبيل العلق ليسقط ماؤه في ملكه صيانة له ، وبهذا قطع البغوي . والثاني : مع العلق ، واختاره الإمام . والثالث : عند الولادة . والرابع : عند أداء القيمة بعد الولادة . وفي وجوب قيمة الولد على الأب وجهان . أصحها : المنع . قال الإمام : لو فرض الانزال مع تغييب الحشفة ، فقد اقترون موجب المهر بالعلق ، فينبغي أن ينزل المهر منزلة قيمة الولد . والذي أطلقه الأصحاب من لزوم المهر ، محمول على ما إذا تأخر الانزال عن موجب المهر على ما هو الغالب . قال البغوي : لا ولاء على الولد إن أثبتنا الاستيلاد ، وكذا إن لم يثبت على الأصح .

[المسألة الرابعة : استولد الأب جارية مشتركة بين ابنه وأجنبي ، فثبت الاستيلاد في نصيب الابن على الأقوال السابقة ، فإن أثبتناه وكان موسراً ، سرى إلى نصيب الشريك ، فالولد حر ، وعلى الأب كمال المهر ، وكال القيمة للابن والأجنبي . وإن كان معسراً ، لم يثبت الاستيلاد في نصيب الشريك ، ويكون نصف الولد حراً ونصفه رقيقاً على الأظهر . وحكى أبو سعد ^(١) الهروي وجهاً أن الاستيلاد

(١) في الأصل : أبو سعيد ، وهو خطأ ، وأبو سعد هذا ، هو محمد بن أحمد بن يوسف الهروي الفقيه الشافعي من أهل هراة قتل شهيداً مع ابنه في جامع همدان سنة ٤٨٨ هـ وكان قاضياً فيها ، من كتبه « الاشراف في شرح أدب القضاء » للعبادي .

لا يثبت في نصيب الشريك بحال ، ولا يجعل حق الملك وشبهته كحقيقة الملك ، ولو كان نصف الجارية للابن ونصفها حراً ، اقتصر الاستيلاء على نصيب الابن لاحتالة .

[المسألة] الخامسة : لو كان الأب المستولد^(١) رقيقاً ، فلاحد عليه ، ولا تصير أم ولد ، لأنه لا يملك ، والولد نسيب . وفي حرية وجهان . أفى القفال بالحرية كولد المغرور ، وقيمه في ذمته إلى أن يعق ، والمهر يتعلق برقبته إن كانت مكروهة ، وإن طاوخته ، فهل يتعلق برقبته أم بذمته ؟ قولان كما لو وطئ العبد أجنبية بشبهة . ولو كان الأب المحبل مكاتباً ، ففي ثبوت الاستيلاء وجهان ، بناء على القولين في ثبوته إذا أولد جارية نفسه . ولو كان نصفه حراً ونصفه رقيقاً ، لم يثبت الاستيلاء ، ويكون نصف الولد حراً ، وفي نصفه الآخر وجهان . قال البغوي : إن قلنا : إنه حر أيضاً ، فعليه كمال قيمة الولد ، ونصفها في كسبه ، ونصفها في ذمته . وإن قلنا : نصفه الآخر رقيق ، فعليه قيمة نصفه في كسبه .

فرع

لا فرق في الأحكام المذكورة ، بين الأب المسلم والذمي ، ونجوي الأقوال في ثبوت استيلاء [الذمي وإن كان الكافر لا يشتري المسلم ، لأنه ملك قهري كالإرث .

فرع

وطء الأب جارية البنت والحفدة كجارية [^(٢) الابن بلا فرق .

(١) في الأصل : الابن مستولد .

(٢) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

[الحالة] الثانية : أن تكون الجارية موطوءة الابن ، ووطنها الأب عالمًا بالحال ، فلا حدّ عليه على الأصح أو الأظهر . والخلاف مبني على القولين في وجوب الحد على من وطئ جاريته المحرمة عليه برضاع أو نسب أو مصاهرة . الجديد الأظهر : لاحد^١ . قال الروباني في « التجربة » : الخلاف فيما إذا لم يكن الابن استولدها ، فإن كان ، وجب الحد قطعاً ، كذا قاله الأصحاب ، لأنه لا يتصور أن يملكها بحال ، بخلاف ما إذا كانت موطوءة غير مستولدة ، فإن أوجبنا الحد على الأب ، لم تحرم الجارية على الابن ، ويجب المهر إن كانت مكروهة . وإن كانت طائعة ، لم تجب على الأصح . وإن أولدها ، لم تصر أم ولد له ، ويكون الولد رقيقاً غير نسيب . وعلى هذا القياس إذا وطئ الرجل جاريته المحرمة عليه برضاع وغيره وأولدها ، لاتصير أم ولد إن أوجبنا الحد . وقيل : يثبت النسب والاستيلاد هنا وفي جارية الابن وإن أوجبنا الحد فيها ، والصحيح الأول . ولو أولد أحد الشريكين الجارية المشتركة ، ثبت النسب والاستيلاد ، وإن قلنا بالقديم : إنه يجب الحد ، لأنه وطئ صادف ملكه حقيقة ، وإنما أوجبنا الحد صيانة لملك الشريك . أما إذا قلنا : لاحد^٢ على الأب ، فهو كما لو كان جاهلاً يلزمه المهر ، وتصير الجارية محرمة عليها أبداً . فإن أولدها ، فإن كانت مستولدة الابن ، لم تصر مستولدة له ، لأن أم الولد لاتقبل النقل ، وإلا ففي مصيرها مستولدة للأب الأقوال الثلاثة السابقة في الحالة الأولى .

فرع

لو وطئ مكاتبته ابنه وأولدها ففي^(١) مصيرها مستولدة للأب وجهان . أحدهما : لا ، لأن المكاتبته لاتقبل النقل . والثاني : نعم ، لأنها تقبل الفسخ ، بخلاف الاستيلاد

(١) في الأصل : وفي .

وهذا أصح عند البغوي ، وبالأول قطع القاضي أبو سعد الهروي . قال : وليس كما لو أولد مكاتبته ، فإنه ينفذ الاستيلاء ، لأنه لا نقل ، ولا يحتاج إلى فسخ الكتابة ، بل يجتمع الاستيلاء والكتابة ، ولا منافاة .

فرع

كانت جارية الابن منكوحة رجل ، فأولدها الأب ، ففي ثبوت الاستيلاء الأقوال الثلاثة ، ويستمر النكاح وإن أثبتنا الاستيلاء ، كما لو استولدها سيدها ، ولا يجوز للزوج وطؤها في مدة الحمل .

فصل

لو وطئ الابن جارية الأب ، فهو كوطئ الأجنبية . فإن كان بشبهة ، نظر ، وإن ظنها أمته أو زوجته الحرة ، فالولد حر وعليه قيمته للأب . وإن ظنها زوجته الرقيقة ، انعقد الولد رقيقاً ثم عتق على الجد ، ولا يجب على الابن قيمته . وإن وطئها عالماً بالتحريم ، فهو زنا يتعلق به الحد ، لأن الابن لا يستحق الاعفاف على الأب ، فلا شبهة له ، بخلاف العكس ، ويلزم الابن المهر إن كانت مكروهة ، وإلا ، فلا على الأصح . ولو أتت بولد ، فهو رقيق للأب ، ولا يعتق عليه ، إذ لا نسب .

الطرف الثاني : في نكاحه جارية الابن ، للشافعي رضي الله عنه في جوازه نضان . قيل : هما قولان بناءً على وجوب الاعفاف ، إن لم نوجبه ، جاز ، وإلا ، فلا . وقطع الجمهور بأنه لا يجوز قطعاً . قالوا : ونقل الجواز غلط ، إنما قال

الشافعي : يجوز أن يتزوج جارية أبيه ، فصحف المزني ، ومنهم من تأوله ، على ما إذا كان الابن معسراً لا يجد مؤونة الإعفاف وكانت له جارية يحتاج إلى خدمتها ، فيجوز أن يتزوجها الأب ، أو كان الأب مع إعساره صحيح البدن ، فإننا لانوجب نفقته وإعفافه على قول ، فيجوز أن يتزوجها . والصحيح في هاتين صورتين ، أنه يبنى جواز نكاحه جارية الابن ، على أنه لو أولد جارية ابنه ، هل تصير مستولدة له ؟ إن قلنا : لا ، جاز ، وإلا ، فلا . وكذا الحكم إذا قلنا : لا يجب^(١) الاعفاف ، هذا كله إذا كان الأب حراً . فلو كان رقيقاً ، فله نكاح جارية ابنه ، لأنه لا تجب نفقته ، ولا إعفافه . وإذا استولد الرقيق جارية ابنه ، لم تصر أم ولد له كما سبق . ولو نكح الأب جارية أجنبي ، فملكها الابن ، وكان الأب بحيث لا يجوز له نكاح الأمة ، لم يفسخ نكاحه على الأصح . ويجري الوجهان فيما لو نكح جارية ابنه ثم عتق ، هل يفسخ ؟ إن قلنا : لا يفسخ ، أو جوزنا نكاح جارية ابنه ابتداءً فأولدها ، فقال الشيخ أبو حامد والعراقيون ، والشيخ أبو علي والغوي وغيرهم : لا تصير أم ولد له ، لأنه رضي برق ولده [حين]^(٢) نكحها ، ولأن النكاح حاصل محقق ، فيكون واطناً بالنكاح لابشبهة الملك ، بخلاف ما إذا لم يكن نكاح . وقال الشيخ أبو محمد ، ومال إليه الإمام : يثبت الاستيلاد وينفسخ النكاح .

فرع

لا يجوز للسيد نكاح جارية مكاتبه لشبهته [فيها]^(٣) . ولو أولد أمة مكاتبه ،

(١) في الأصل : لا يجوز .

(٢) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٣) زيادة من نسخ الظاهرية .

حارت أم ولد للسيد . ولو نكح أمة فملكها مكاتبه ، انفسخ نكاحه على الأصح ، لأن تعلق السيد بملك المكاتب أشد من تعلق الأب .

قلت : ويجوز نكاح جارية ابنه من الرضاع ، ونكاح جارية أبيه وأمه قطعاً ، لعدم وجوب الاعفاف . **والله أعلم**

الطرف الثالث : في إعفاف الأب . المشهور أنه يلزم الولد إعفاف الأب . وخرج ابن خيران قولاً أنه لا يجب ، كما لا يجب إعفاف الابن ، ولا الاعفاف في بيت المال ، ولا على المسلمين . والتفريع على المشهور . فسبيل الإعفاف سبيل النفقة ، فيجب للمعسر الزَّمن ، وفي المعسر الصحيح قولان كالنفقة . وقيل : حيث تجب النفقة ، فالإعفاف أولى ، وإلا فقولان ، لأن النفقة إذا لم تجب على الولد ، وجبت في بيت المال . وقيل : حيث لا نفقة ، فلا إعفاف ، وإلا ، فقولان لأن النفقة أهم ، ولهذا يجوز للمضطر أكل طعام غيره ، بخلاف الجماع .

فرع

حيث وجب الإعفاف ، يستوي في لزومه الابن والبنت ، ويثبت للأب والأجداد من جهتي الأب والأم وإن علوا ، ويثبت للكافر على الأصح . ولو اجتمع أصلان محتاجان ، فإن وفى مال الولد بإعفافها ، وجب . فإن لم يف إلا بأحدهما ، نظر ، إن اختلفا في الدرجة ، قدم الأقرب إن استويا في العصوبة أو عدمها . فإن كان الأبعد عصوبة دون الأقرب ، كأي أبي أب ، مع أي أم ، فالأول أولى على الأصح . وقيل : هما سواء . وإن لم يكن لواحد عصوبة ، كأي أم الأب ،

وأبي أبي الأم ، فسواء . وحيث استويا ، يقرع بينها على الصحيح ^(١) . وقيل :
يقدم القاضي باجتهاده .

قلت : قال الإمام : إن رأينا القرعة ، لم يرفع الأمر إلى القاضي ، وإن
قلنا : يجتهد القاضي ، فأدى اجتهاده إلى شيء ، فعل . فإن استويا في نظره ، تعينت
القرعة . والله أعلم

ولو اجتمع عدد من يجب عليهم الإعفاف ، كالأولاد والأحفاد ، فليكن حكمه
كما سيأتي في النفقات إن شاء الله تعالى .

فرع

لا يجب إعفاف قادر على إعفاف نفسه بماله ، وكذا الكسوب الذي يستغني
بكبسه عن غيره ، كذا قاله الشيخ أبو علي ، وينبغي أن يجيء فيه الخلاف المذكور
في النفقة . ولو وجد قدر النفقة ، ولم يجد مؤونة الإعفاف ، فهل يجب الإعفاف
ل حاجته إليه ، أم لا لعدم وجوب النفقة ؟ وجهان . أصحها : الأول .

ولو سقط وجوب النفقة أياماً لعارض ، قال الإمام : لا ينبغي أن يكون هنا ^(٢)
خلاف في وجوب الإعفاف . ولو قدر على سرية ولم يقدر على مهر حرة ،
فالمتمجه أن لا يجب إعفافه ، لأنه لا يتعين في إعفافه تزويجه حرة كما سيأتي إن شاء
الله تعالى .

(١) في نسخ الظاهرية : على الأصح .

(٢) في الأصل : هناك .

فرع

شرط الإعفاف ، الحاجة إلى النكاح ، فإذا ظهرت الحاجة إلى قضاء الشهوة والرغبة في النكاح ، صدق بغير بين ، لأن تخليفه في هذا المقام لا يلبق بجرمته ، لكن لا يحل له طلب الإعفاف إلا إذا صدقت شهوته ، بحيث يخاف العنت أو يضره به التعزُّب ، أو يشق عليه الصبر .

فصل

المراد بالإعفاف ، أن يهيء له مستمتعاً ، بأن يعطيه مهر حرة ينكحها ، أو يقول : تزوّج وأنا أعطي المهر ، أو يباشر النكاح بإذن الأب ويعطي المهر ، أو يملكه جارية تحل للأب ، أو ثمن جارية . وسواء كانت الحرة المنكوحه مسلمة أو كتائية ، وأوماً الروباني إلى وجه [أن] ^(١) الكتائية لا تكفي وهو شاذ ، وليس للأب [أن] يعين النكاح ، ولا يرضى بالتسري ، ولا إذا اتفقا على النكاح أن يعين ربيعة المهر لجمال أو شرف . ولو اتفقا على مهر مقدّر ، فتعين المرأة إلى الأب ، ولا يجوز أن يملكه أو يزوجه شوهاء ، أو عجوزاً ، ثم على الولد أن ينفق على زوجة الأب أو أمته ويقوم بمؤناتها . ولو أيسر الأب بعدما ملكه الولد جارية أو ثمنها ، لم يكن له الرجوع ، كما لو أعطاه نفقة فلم يأكلها حتى أيسر . ولو كان تحتها صغيرة أو عجوز ، أو رتقاء ولم تندفع حاجته ، فالقياس وجوب الاعفاف ، وأنه لا يجتمع عليه نفقتان . ولو ماتت الأمة التي ملكه إياها ، أو الحرة التي تزوجها ، أو فسخت النكاح بعيه ، أو فسخ بعيها ، أو انفسخ برودة

(١) الزيادة من نسخ الظاهرية .

أو رضاع ، بأن أرضعت التي نكحها صغيرة كانت زوجة له ، وجب على الولد تجديد الاعفاف كما لو دفع إليه نفقة فسرفت منه . وقيل : لا يجب ، والصحيح الأول .

قلت : قال الإمام : ولو فرض الإعفاف مراراً ، أو بموت الزوجات ، تجدد الأمر بوجوب الإعفاف مادامت الحاجة ، ولا ينتهي ذلك ، وإن كثر تكرار الاعفاف . والله أعلم

فلو طلقها أو خالعا ، أو أعتق الأمة ، فإن كان لعذر من شقاق أو نشوز أو غيرهما ، وجب التجديد على الأصح ، وإلا فلا . وفي « التتمة » وجه ، أنه إذا طلق^(١) ، لزمه أن يزوجه مرة أخرى ، أو يسريه . فإن طلق ثانياً ، لم يزوجه بعد ذلك بل يسريه ، ويسأل الحاكم الحبر عليه لثلا ينفذ إعتاقه . وإذا وجب التجديد ، فإن كانت بائنة ، لزم التجديد في الحال ، وإن كانت رجعية ، لم يجب إلا بعد انقضاء العدة .

فرع

إذا قلنا : لا يجب الاعفاف ، فلأب المحتاج أن ينكح أمة . وإن أوجبناه ، فوجهان . أحدهما : يجوز لأنه غير مستطيع حرة وخائف العنت . وأصحابها : المنع ، لأنه مستغن ببال ولده . فإن قلنا بالأول ، حصل الاعفاف بأن يزوجه أمة .

(١) في الأصل : أطلق .

الباب الحادي عشر

في أحكام نكاح الأمة [والعبد]^(١)

فيه طرفان .

[الطرف الأول] في نكاح الأمة وفيه مسائل .

إحداها : إذا زوج أمته ، لم يلزمه تسليمها إلى الزوج ليلاً ونهاراً ، لكن يستخدمها نهاراً ويسلمها إلى الزوج ليلاً . ولو أراد السيد أن يسلمها نهاراً بدلاً عن الليل ، لم يكن له . ولو قال السيد : لا أخرجها من داري ، ولكن أخلي لك بيتاً لتدخله وتخلو بها ، فقولان . أظهرهما : ليس له ذلك ، فإن الحياء والمروءة تمنعانه دخول دار غيره . وعلى هذا ، فلا نفقة على الزوج كما لو قالت الحرة : ادخل بيتي ولا أخرج إلى بيتك . والثاني ، للسيد ذلك لتدوم يده على ملكه مع تمكن الزوج من حقه . فعلى هذا يلزمه النفقة . فإن قلنا بالأول ، وكانت محترفة ، فقال الزوج : دعوها تحترف للسيد في يدي وبيتي ، فليس له ذلك على الأصح .

[المسألة الثانية : للسيد أن يسافر بها ، لأنه مالك رقبتها ، ولا يمنع الزوج من المسافرة معها ، ولا يكلف أن يسافر بها وينفق عليها . وإذا لم يسافر معها ، لم يكن عليه نفقتها . وأما المهر ، فإن دخل بها ، فقد استقر وعليه تسليمه ، وإلا فلا . فإن كان سلمه ، فله أن يسترده .

قلت : وليس للزوج المسافرة بها منفرداً إلا بإذن السيد . والله أعلم

[المسألة] الثالثة : ولو سامح السيد فسلمها ليلاً ونهاراً ، فعلى الزوج تسليم المهر وتقام النفقة ، وإن لم يسلمها إلا ليلاً ، فهل تجب جميع النفقة أم نصفها ، أم لا يجب شيء ؟ فيه أوجه . أصحابها عند جمهور العراقيين والبغوي : أنه لا يجب شيء ، ويجري الوجهاً الأخيران فيما إذا سلمت الحرة نفسها ليلاً واشتغلت عن الزوج نهاراً .

قلت : الصحيح الجزم في الحرة بأنه لا يجب شيء في هذه الحال . والله أعلم

وأما المهر ، فقال الشيخ أبو حامد : لا يجب تسليسه كالنفقة . وقال القاضي أبو الطيب : يجب . قال ابن الصباغ : لأن التسليم الذي يتمكن معه [من]^(١) الوطء قد حصل ، وليس كالنفقة ، فإنها لا تجب بتسليم واحد .

: الأصح الوجوب . والله أعلم

[المسألة] الرابعة : هلاك المنكوحه بعد الدخول ، لا يسقط شيئاً من المهر حرة كانت ، أو أمة ، سواء هلكت بموت أو قتل . فأما إذا هلكت قبل الدخول ، فإن قتل السيد أمته المزووجة ، فالنص في « المختصر » أن لامهر . ونص في « الأم » في الحرة إذا قتلت نفسها لا يسقط شيء من المهر . وللأصحاب طريقتان . أحدهما : تقرير النصين . وأشهرهما : طرد قولين فيها ، ثم الحرة إذا ماتت أو قتلها الزوج ، أو أجنبي ، لم يسقط مهرها قطعاً ، وكذا لو قتلت نفسها على المذهب . وأما الأمة ، فإن قتلها سيدها ، أو قتلت نفسها ، سقط على المذهب وهو نصه . وإن ماتت أو قتلها الزوج أو أجنبي ، لم يسقط على الصحيح .

قال البغوي : إذا قلنا : قتل السيد أمته يسقط المهر ، فلو تزوج رجل أمة

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

أيه ثم وطئها الأب قبل أن يدخل بها الابن ، وجب أن يسقط المهر لأن قطع النكاح حصل من مستحق المهر قبل الدخول .

[المسألة] الخامسة : لو باع الأمة المزوجة ، لم ينفسخ النكاح ويكون المهر للبائع إن سمي في العقد مهر صحيح أو فاسد ، سواء دخل بها قبل البيع أو بعده ، لأنه وجب بالعقد وكان العقد في ملكه . ولو طلقها الزوج بعد البيع قبل الدخول ، كان نصف المهر للبائع ، وإن كان زوجها مفوضة ثم جرى فرض أو دخول قبل البيع ، فالمفروض أو مهر المثل للبائع أيضاً . وإن جرى الفرض أو الدخول بعد البيع ، فهل المفروض أو مهر المثل للبائع أم للمشتري ؟ فيه طريقتان . أصحها : على وجهين بناءً ، على أن الوجوب بالفرض والدخول ، أم نتبين بهما الوجوب بالعقد ؟ وفيه قولان . أظهرهما الأول . وإن قلنا بالأول ، فهو للمشتري ، أو بالثاني ، فللبائع . والطريق الثاني : أنه للبائع قطعاً ، لأن العقد هو السبب وجرى في ملكه . ولو مات أحد الزوجين بعد البيع وقبل الفرض والدخول ، وأوجبت المهر ، ففيمن يستحقه هذا الخلاف . ولو طلقها بعد البيع وقبل الفرض والدخول ، فالمتعة للمشتري لأنها تجب بالطلاق وهو في ملكه . ولو أعتق أمته المزوجة ، فالمر على هذا التفصيل ، فحيث جعلناه للبائع ، فهو هنا للمعتق ، وحيث جعلناه للمشتري ، فهو للمعتقة ، وحيث قلنا : هو للبائع ، أو المعتق ، ولم يجز دخوله ، فليس له حبسها لدفع الصداق ، لأنها خرجت عن ملكه وتصرفه ، وليس للمشتري ولا للمعتقة الحبس أيضاً لأنها لا يملك المهر . وحيث قلنا : المهر للمشتري ، أو المعتقة ^(١) فلها الحبس لاستيفائه ^(٢) . ولو أعتقها وأوصى لها بصداقها ، فليس لها

(١) في نسخ الظاهرية : المعتقة .

(٢) في الأصل : لاستيفائه .

حبس نفسها لاستيفائه ، لأن استحقاقها بالوصية لا بالنكاح . ولو تزوج أمة ولده^(١) ، ثم مات وعتقت وصار الصداق للوارث ، فليس له حبسها ، إذ لا ملك له فيها .

فرع

هذا الذي ذكرناه كله في النكاح الصحيح ، أما إذا زوجها تزويجاً فاسداً ، ثم باعها ووطئها الزوج بعد البيع ، فمهر المثل للمشتري ، لأنه وجب بالوطء في ملكه ، وإن وطئ قبل البيع فللبائع .

السادسة : قد سبق أنه يجوز أن يزوج أمته بعده ، ولا مهر ، لأن السيد لا يثبت له دين على عبده ، ولهذا لو أتلف ماله لم يقتض ضماناً^(٢) في الحال ولا بعد العتق . قال الشيخ أبو علي : وهل نقول^(٣) : وجب المهر لحزمة للنكاح ثم سقط ، أم لم يجب أصلاً ؟ فيه وجهان . ولو أعتقها أو أحدهما ، فلا مهر لا للسيد ولا للمعتقة وإن جرى الدخول بعد العتق ، وكذا لو باعها ودخل الزوج بها في ملك المشتري ، فلا مهر ، لأنه ملك بضعها^(٤) أولاً بلا مهر ، وفيه احتمال للشيخ أبي علي على قولنا : لا يجب بالعقد أصلاً . قال : ولا يجيء الاحتمال على قولنا : يجب ثم يسقط ، لأنه كالمقبوض .

(١) في نسخ الظاهرية : ولو زوج أم ولده .

(٢) في الأصل : ضمان .

(٣) في الأصل : نقل .

(٤) في الأصل : بعضها .

فصل

إذا قال لأمنه : أعتقتك على أن تكحيني ، أو على أن أنكحك ، لم تعتق إلا بالقبول [على الاتصال] ^(١) . وسواء قال مع ذلك : وعقتك صداقك أو لم يقل . ولو قالت ابتداء : اعتقني على أن أنكحك ، فأجابها إليه ، فكذلك ، ثم لا يلزمها الوفاء ، لأن النكاح لا يصح التزامه في الذمة . وفي « شرح مختصر الجويني » وجه ، عن أبي إسحاق ، أنه يلزمها الوفاء ، وهو شاذ لا يلتفت إليه ، والصواب الأول ، ويلزمها قيمتها للسيد ، لأنه أعتقها على عوض لم يسدّم ، فصار كإعتاقها على خمر ، وسواء في لزوم القيمة وقت بالنكاح المشروط أو لم تف . ولو رغبت في النكاح ، فللسيد أن يمتنع ولا تسقط القيمة بذلك . ولو تراضيا على النكاح وأصدقها غير القيمة ، فلها ما أصدقها وله عليها القيمة ، وقد يقع التقاص . وإن أصدقها القيمة ، فإن علمها ^(٢) عند العقد ، صح الاصداق ، وبرئت ذمتها . وإن جهلها جميعاً أو أحدهما ، فوجهان . أصحها : فساد الصداق كسائر الجهولات . فعلى هذا ، لها مهر المثل وعليها القيمة . والثاني وبه قال ابن خيران : يصح ، لأن القيمة لم تثبت مقصودة ، وكما لو أصدقها عبداً جهلاً بقيمته . ولو أتلفت امرأة على رجل عبداً ، فتزوجها بقيمته المجهولة ، فسد الصداق قطعاً ، ورجعت إلى مهر المثل . قال الامام : ولو طرد الوجهان هنا لكان قياساً ، ولو نكحها المعتق على أن يكون عتقها صداقها ، فسد الصداق لأن العتق قد تقرر فلا يكون صداقاً لنكاح متأخر . وفي « الرقم » للعبادي وجه ، أنه يصح ، وكأنه بالشرط جعل رقبته صداقاً ، والصحيح الأول . والمستولدة ، والمذبذبة ، والمكاتب ، والمعتق بعضها ، حكمهن في الاعتاق على أن ينكحهن

(١) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

(٢) في الأصل : أكملها .

حكم القنة . وحكى ابن القطان وجهاً ، أنه لاقية على المستولدة لأنها لا تباع .
ولو قال لغيره : اعتق عبدك عني على أن أنكحك بنتي ، فأجاب ، أو قالت امرأة :
أعتقه على أن أنكحك ، ففعل ، عتق العبد ، ولم يلزم الوفاء بالنكاح . وفي وجوب
قيمة العبد ، وجهان بناءً على القولين فيما لو قال : اعتق عبدك عنك على ألف علي ،
هل يلزمه الألف أم لا ؟ أصحابها عند الشيخ أبي حامد والبغوي وغيرهما : أنه
لا يلزمه ، إذ لا يعود إليه نفع بعته . ولو قال لأتمته : أعتقتك على أن تنكحني^(١)
زيداً ، فقبلت ، ففي وجوب القيمة وجهان حكاهما الحناطي .

فرع

قالت لعبدها : أعتقتك على أن تنكحني ، ففي افتقار عتقه إلى قبوله وجهان .
أحدهما : نعم . فإذا قبل ، عتق ولزمه قيمته ، ولا يلزمه الوفاء . وأصحابها : لا ، بل
يعتق بلا قبول ولا شيء عليه .

فرع

إذا لم يأمن السيد وفاءها بالنكاح ولم يرد العتق إن لم تنكحه ، فهل لذلك
طريق يثق به ؟ وجهان .

أحدهما : نعم . قال ابن خيران : وطريقه أن يقول : إن كان في علم الله
تعالى أن أنكحك أو تنكحني بعد عتقتك ، فأنت حرة . فإن رغبت وجرى
النكاح بينها ، عتقت وحصل غرض السيد ، وإلا استمر الرق . ونسب الإمام
هذا الوجه إلى صاحب « التقريب » ، وعبارته في هذا التعليق : إن يسر الله تعالى

(١) في الأصل : تنكحني .

بيننا نكاحاً فأنت حرة قبله يوم ، فإذا مضى يوم ونكحته ، انعقد النكاح وتبين حصول العتق قبله يوم ، وذكر اليوم جرى تمثيلاً ، ويكفي أن يقول : فأنت حرة قبل .

والوجه الثاني وبه قال أكثر الأصحاب : لا يصح النكاح في هذه الصورة ، ولا يحصل العتق لأنه حال العتق سأك ، هل هي حرة أو أمة ^(١) ، كما إذا قال لأمتي : إن دخلت الدار فأنت حرة قبله بشهر ، وأراد أن ينكحها في الحال ، لا يصح .
الطرف الثاني : في نكاح العبد وفيه مسائل .

إحداها : المهر والنفقة لازمان في نكاح العبد لزومها ^(٢) في نكاح الحر .
ويم يتعلقان ؟ نظر ^(٣) هل العبد محجور عليه أم مأذون له في التجارة ؟ فيها حالان .
الأول : المحجور عليه ، فينظر ، أمكتسب هو أم لا ؟ إن كان مكتسباً تعلقا بكسبه ، ويتعلقان بالكسب العام كالاصطياد والاحتطاب وما يحصله ^(٤) بصنعة وحرفة ، وبالأكساب النادرة كالحاصلة بالوصية والهبة . وفي وجه : لا يتعلقان بالناذر .
والصحيح الأول ، وإنما يتعلقان بما كسب بعد النكاح . فإن كان المهر مؤجلاً ، لم يتعلق إلا بما كسبه بعد حلول الأجل . وهل للعبد أن يؤجر نفسه للمهر والنفقة ؟ وجهان بناءً على بيع المستأجر . إن جوزناه ، جاز ، وإلا ، فلا لئلا يمنع البيع على السيد . قال المتولي : والوجهان في إجارة العين . فأما إذا التزم عملاً في الذمة ، فالمذهب جوازه ، لأنه دين في ذمته لا يمنع البيع .

(١) في الأصل : أو أمتي .

(٢) في الأصل : لزومها .

(٣) في نسخ الظاهرية : ينظر .

(٤) في الأصل : وإما يحصل .

وطريق الصرف إلى المهر والنفقة ، أن ينظر في الحاصل كل يوم فيؤدي منه النفقة إن وفى بها ، فإن فضل شيء صرف إلى المهر ، وهكذا كل يوم حتى يتم المهر ، فإذا تم ، صرف الفاضل عن النفقة إلى السيد ، ولا يدخر للنفقة .

وإن لم يكن مكتسباً ، فهو في ذمة العبد ، أم في رقبته ، أم على السيد ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها الأول . وطرده القاضي أبو حامد القول الثاني في المكتسب .

الحال الثاني : أن يكون مأذوناً له في التجارة ، فالمهر والنفقة يتعلقان بربح ما في يده ، لأنه كسبه ، ويتعلقان برأس المال على الأصح . وفي الربح الذي يتعلقان به وجهان . أحدهما : الحاصل بعد النكاح فقط ، كما في كسب غير المأذون له . وأصحها : يتعلق به وبالحاصل قبل النكاح أيضاً ، هذا كله في المهر الذي تناوله الاذن . أما لو قدر السيد مهراً ، فزاد العبد ، فالزيادة لا تتعلق إلا بالذمة .

المسألة الثانية . يجب على السيد تخليّة العبد بالليل للاستمتاع ، وله أن يستخدمه نهائراً إذا تكفل بالمهر والنفقة ، وإلا فعليه أن يخليه ليكتسب . فإن استخدمه ولم يلتزم ^(١) شيئاً ، لزمه الغرم لما استخدمه . وفيما يغرمه وجهان . أحدهما : أقل الأمرين من أجره المثل وكال المهر والنفقة . والثاني : كال المهر والنفقة . وعلى الوجهين في المراد بالنفقة وجهان . الصحيح : نفقة مدة الاستخدام . والثاني : نفقة مدة النكاح ما امتدت ، لأنه ربما كان يكسب ما يفي بجميع ذلك . ولو استخدمه أجنبي ، لم يلزمه إلا أجره المثل ، لأنه لم يوجد منه إلا الانتلاف ، ولم يسبق منه ما سبق من السيد ، وهو الاذن المقتضي لالتزام مؤن النكاح .

(١) في الأصل : يلزم .

[المسألة] الثالثة : للسيد أن يسافر بالعبد وإن تضمن منعه من الاستمتاع^(١) ، لأنه مالك الرقبة ، كما يسافر بالامة المزووجة ، ثم للعبد أن يسافر بزوجه معه . قال البغوي : ويكون الكراء في كسبه . فإن لم تخرج الزوجة معه ، أو كانت رقيقة فمنعها سيدها ، سقطت نفقتها . وإن لم يطالبها الزوج بالخروج ، فالنفقة مجالها ، والسيد يتكفل بها ، فإن لم يفعل ، ففيها يغرمه في مدة السفر بخلاف السابق . هذا هو المنقول في الطرق ، ونص عليه في « المختصر » . ونقل الإمام عن العراقيين ، أنه [ليس]^(٢) للسيد استخدامه ، ولا أن يسافر به ما بقيت عليه مؤنة من مؤن النكاح ، وجعل المسألة ذات خلاف للأصحاب ، ولا يكاد يتحقق فيها خلاف .

فرع

أكثر ما ذكرناه في هذه المسائل متفرع على القول الجديد ، وهو أنه إذا أجرى النكاح بإذن السيد ، لا يصير ضامناً بالإذن للمهر والنفقة ، لأنه لم يلتزمه^(٣) تصريحاً و [لا] تعريضاً . وقال في القديم : يصير ضامناً بالإذن ملتزماً بالمهر والنفقة . واتفق الأصحاب على أن الجديد هو الأظهر . فعلى الجديد : لو أذن بشرط الضمان لم يصير ضامناً أيضاً ، لأنه لا وجوب عند الإذن . وإذا قلنا بالقديم ، فهل يجب على السيد ابتداءً ، أم يلاقي العبد ثم يحمل عنه السيد ؟ وجهان حكاهما أبو الفرج الزاز . فعلى الأول : لا تتوجه المطالبة إلا على السيد . ولو أبرأت العبد ، فهو لغو .

(١) في الأصل : الاستماع .

(٢) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٣) في الأصل : يلزمه .

وعلى الثاني : تتوجه المطالبة عليها ، ويصح إبراء العبد ، ويبرأ به السيد . وصح أبو الفرج الوجه الثاني ، وقطع البغوي بالأول ، وكلام الإمام يقرب منه .

فرع

في فتاوى القاضي حسين ، أنه لو زوّج أمته عبده ، فنفقة الأمة على السيد كنفقة العبد . فلو أعتقها السيد وأولادها ، سقطت نفقتهم عنه ، وتعلقت نفقتها بكسب العبد ، وعليها نفقة الأولاد إن كانت موسرة ، وإلا ففي بيت المال . ولو أعتق العبد دونها ، سقطت نفقتها عنه ، وكانت نفقة الأمة على العتيق كحر تزوج أمة غيره .

المسألة الرابعة : هذا الذي سبق حكم المهر في النكاح الصحيح . وأما المهر في النكاح الفاسد ، فله صورتان .

إحدهما : إذا فسد نكاح العبد لجريانه بغير إذن سيده ، فرق بينه وبين المرأة ، فإن دخل بها قبل التفريق ، فلا حدّ للشبهة ، ويجب مهر المثل . وهل يتعلق بدمته لكونه وجب برضى مستحقّه ، أم برقبته لأنه إتلاف ؟ فيه قولان . أظهرهما : الأول ، ومنهم من قطع به . وإن جرى النكاح بغير إذن مستحق المهر ، بأن نكح أمة بغير إذن سيدها ووطئها ، فطريقان . أحدهما : القطع بتعلقه بالرقبة ، وبه قال ابن الحداد ، كما لو أكره أمة أو حرة على الزنا . والثاني : طرد القولين ، لأن المهر وإن كان لغيرها فيمكنها إسقاطه في الجملة بإرضاع أو ريّة .

الثانية : أذن سيده في النكاح ، فنكح نكاحاً فاسداً ودخل بها قبل التفريق^(١)

(١) في الأصل : التفريق .

فهل يتعلق المهر بذمته ، أم بقربته ، أم بكسبه ؟ أقوال . أظهرها الأول . ولو نكح بالإذن صحيحاً ، لكن فسد المهر ، قال الصيدلاني : تعلق مهر المثل بالكسب قطعاً . ولو صرح بالإذن في نكاح فاسد ووجب مهر المثل ، فقياس هذه الصور^(١) تعلقه بالكسب .

فرع

في فتاوى القاضي حسين أنه لو اختلف السيد والعبد في الإذن في النكاح ، فقال السيد : ما أذنت ، فالوجه أن تدعي المرأة على السيد أن كسب هذا العبد مستحق لي لمهري ونفقتي لسمع القاضي البينة .

فصل

سبق في « باب موانع النكاح » أنه متى ملك أحد الزوجين جزءاً من الآخر ، انفسخ النكاح . فلو كان لرجل عبدٌ في نكاحه أمة ، فأعطاه مالاً وقال : اشتراها لي ، ففعل ، صح واستمر النكاح ، كما يجوز أن يزوج عبده بأمة . ولو ملأه المال فقال : اشتراها لنفسك ، ففعل ، فإن قلنا : يملك [العبد] بتملك السيد ، انفسخ النكاح ، وإلا ، فالملك للسيد ، والنكاح مستمر . ولو اشترى من بعضه حر زوجته ، نظر ، إن اشتراها بالكسب المشترك بينها ويأذن سيده ، ملك جزءاً منها وانفسخ النكاح . وإن لم يأذن السيد ، لم يصح في نصيبه ، وفي نصيب العبد قولاً تفريق الصفة . إن صح فيه ، انفسخ النكاح . [وإن اشتراها بخالص

(١) في الأصل : الصورة .

ماله ، انفسخ النكاح] وإن اشتراها بخالص مال سيده من كسبه بإذنه ، لم ينفسخ ،
وهكذا الحكم لو اشترت من بعضها حر زوجها .

فرع

مضى ملكت زوجها بشراء أو هبة وغيرها ، نظر ، إن كان قبل الدخول ،
فهل يسقط كل المهر ، أم نصفه ؟ وجهان . وقيل : قولان . أصحابها : كله ،
ومنهم من قطع به . وإن كان بعد الدخول ، لم يسقط شيء من المهر بالانفساخ .
فإن كانت قبضته ، لم ترد شيئاً منه ، وإلا فقد ملكت عبداً لها في ذمته دين ،
وفيه وجهان سبقا في « كتاب الرهن » وغيره . أحدهما : يسقط كما لا يثبت له
على عبده دين ابتداءً . وأصحابها : يبقى ، لأن الدوام أقوى من الابتداء . فإن
قلنا : يسقط ، برئت ذمة العبد من المهر ، وللبائع الثمن عليها ، وإن قلنا :
يبقى ، فلها مطالبة العبد إذا عتق ، وللبائع الثمن عليها في الحال . فإن كان
السيد البائع وضمن ^(١) المهر ، فلها عليه المهر بالضمان ، وله عليها الثمن وقد يقع
التقاص . أما إذا ملك زوجته بالشراء ، فينظر ، إن ملكها بعد المسيس ، فعليه
المهر للبائع مع الثمن . وإن ملكها قبله ، فالمذهب وهو نصه : أنه يجب نصف
المهر . وقيل : لا يجب شيء .

ولو نكح جارية مورثته كأيها ، ثم ملك بالإرث كلها أو بعضها ، فإن كان
بعد الدخول ، لم يسقط المهر بالانفساخ لاستقراره وهو تركه للميت . فإن احتيج
إليه لقضاء دين وتنفيذ وصية ، فعل ؛ وإلا سقط إن كان النكاح حائزاً ، وإلا
فلغيره من الورثة استيفاء نصيبه . وإن كان قبل الدخول ، فوجهان . أحدهما

(١) في الأصل : ضمن بغير واو ، والتصحيح من مخطوطات الظاهرية .

قاله ابن الحداد : يسقط جميع المهر : فيستردّه ، من التركة إن كان قبض . وأصحابها : لا يسقط إلا النصف . فعلى هذا : إن كانت حائزاً ، سقط النصف الآخر لأنه مستحقه ، وإلا سقط نصيبه وللآخر نصيبه . ولو زوج رجل بنته بعبد ياذنها ، ثم مات فورثت بعض زوجها ، فإن كان بعد الدخول ، فسقط ماورثته من المهر دين لها على مملوكها ، ولها المطالبة بالباقي من كسب ما ترث منه . وإن كان قبل الدخول ، فعلى قول ابن الحداد : يسقط جميع المهر . وعلى الأصح : لا يسقط إلا النصف ، وحكم النصف الباقي حكم الجميع بعد الدخول ، وجميع ما ذكرناه إذا اشترت زوجها بغير الصداق . فلو اشترته بعين الصداق ، فيقدم عليه مقدمتين . إحداهما : إذا نكح العبد نكاحاً صحيحاً وقلنا : لا يصير السيد ضامناً للمهر بالعقد . فلو ضمن عنه ، جاز ، لأنه ضمان دين لازم . ثم إن كان العبد كسبياً ، فللزوجة مطالبة العبد والسيد جميعاً ، وإلا ، فلا يطالب السيد ، وكذا الحكم لو طلقها بعد الدخول والمهر [غير^(١)] مقبوض . وإن طلقها قبل الدخول ، سقط نصف المهر عنها ، ومطالبتها بالنصف الآخر على التفصيل المذكور . فان كانت قبضت المهر ، ردت نصفه على السيد إن بقي الزوج على الرق عند الطلاق . فان كان أعنته ، فعلى الزوج .

الثانية : صورة البيع بعين الصداق ، أن يلتزم السيد الصداق ، إما بأصل العقد على القديم ، وإما بالضمان اللاحق على الجديد ، ويصرح المتبايعات بالإضافة إليه ، بأن يقول سيد العبد لزوجته الحرة : بعتك زوجك بصداقك الذي يلزمي وهو كذا ، فتشتري . أما إذا صرحا بالمغايرة أو طلقا ، فهو يبيع بغير الصداق .

(١) زيادة من غلوطة الظاهرية .

مثاله : كان الصداق ألفاً ، فقال : بعثك بألف غير الصداق ، أو بألفين ، أو أطلق فقال : بعثك بألف . ولو اختلف جنس الصداق ، فلا شك في المغايرة . ولو دفع عيناً إلى عبده ليجعلها صداق من ينكحها ، ففعل ، ثم باعها العبد بتلك العين ، فهو يبيع بالعين .

إذا عرفت المقدمتين ، فالبيع بعين الصداق ، إما أن يجري قبل الدخول ، وإما بعده .

الحالة الأولى : أن يجري قبله فإن قلنا بالأصح : إنه يسقط كل المهر ، لم يصح البيع ، بل يستمر النكاح ، لأنه لو صح البيع للمكت زوجها وانفسخ النكاح وسقط المهر ، وعري البيع عن العوض وبطل ، فتصححه يؤدي إلى بطلانه ، هذا مانص عليه الشافعي والأصحاب رحمهم الله تعالى . وقال الشيخ أبو علي : يجب عندي أن يصح البيع ويبطل النكاح ، لأن البيع وارتفاع النكاح لا يقعان معاً ، بل يكون الفسخ بعد البيع وحصول الملك حتى لا يحكم بانفساخ النكاح مادام في المجلس ، إن قلنا : إن الخيار يمنع حصول الملك للمشتري . وإذا كان الانفساخ عقيب البيع والملك ، كان في زوال ملكها عن الصداق مع حصول ملكها في الرقبة ، فلا يبطل الثمن بالانفساخ ، بل أثر الانفساخ الرجوع إلى بدل الصداق ، وهذا الذي قاله أبو علي ، نقله المتولي وجهاً . وإن قلنا : إن تملكها الزوج قبل الدخول ، يقتضي تصنيف المهر ، بني على خلاف سنذكره في الحالة الثانية إن شاء الله تعالى ، وهي إذا جرى بعد الدخول . فإن لم نصح البيع هناك ، فكذا هنا ، وإلا بطل البيع هنا في نصف العبد ، ويخرج في الباقي على تفريق الصفقة . فإن فرقنا ، انفسخ النكاح . هذا قول الجمهور ، وعلى قول الشيخ أبي علي : يصح البيع في جميعه لاحتالة .

الحالة الثانية : أن يجري البيع بعين الصداق بعد الدخول ، فينبى على الخلاف في أن من ملك عبداً له عليه دين ، هل يسقط ذلك الدين ؟ إن قلنا بالأصح : إنه لا يسقط ، صح البيع ، وتصير مستوفية للمهر المستقر بالدخول ، ولا شيء لواحد من المتبايعين على الآخر . وإن قلنا : يسقط وتبرأ ذمة العبد ، فهل يصح البيع أم لا ؟ وجهان . أصحها : الصحة ، وبه قطع الشيخ أبو حامد ، ونقله القفال عن شيوخ الأصحاب ، إذ ليس هو كما قبل الدخول ، فإن سقوط المهر هناك بانفساخ النكاح ، بدليل أنه لو كان مقبوضاً ، وجب رده فلا يمكن جعله ثمتاً ، وهنا السقوط بمحدث الملك . وإذا جعل ثمتاً ، فكأنها استوفت الصداق قبل لزوم البيع ، فليس لها بعدما ملكت الزوج صداق في رقبته حتى يسقط ، وجميع ما ذكرناه فيها إذا اشترت زوجها وهي حرة . فأما إذا كانت أمة فاشتrote بإذن سيدها ، أو كانت مأذوناً لها في التجارة فاشتrote للتجارة ، فيصح البيع ويستمر النكاح ، سواء كان قبل الدخول أو بعده ، وسواء اشترت بعين الصداق أم بغيره ، لأن الملك للسيد ، لكن إذا اشترته بعين الصداق ، برىء السيد والعبد ، لأن الكفيل إذا أدّى برىء الأصيل ، ولا رجوع للسيد على العبد كما لو ضمن عنه ديناً آخر أدّاه في رقه [وإن] ^(١) اشترته بغير ^(٢) الصداق ، ففي سقوط السداق على العبد لكون سيدها ملكه وله عليه دين الوجهان المتكوران ، فإن سقط ، برىء سيده البائع عن الضمان لبراءة الأصيل ، ويبقى الثمن بحكم الشراء ، وإلا ، فليسيد الأمة على بائع العبد الصداق ، وللبائع عليه الثمن ، وقد يقع التقاص ، فإذا تقاصا ، برئت ذمة العبد عن حق المشتري لأنه بالتقاص استوفى حقه من البائع .

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٢) في نسخ الظاهرية : بعين ، ولعل الصواب ما في نسختنا .

فصل في مسائل من الدور الحكمي

عادة الأصحاب ذكر هذه المسائل هنا . والمسائل ^(١) التي يقع فيها الدور نوعان .

أحدهما : ينشأ الدور فيه من محض حكم الشرع ، كما ذكرنا فيما إذا اشتوت زوجها قبل الدخول بالصداق الذي ضمنه السيد ، فانه لو صح البيع ثبت الملك . وإذا ثبت الملك ، انفسخ النكاح ، وإذا انفسخ ، سقط المهر المجعول ثناً ، وإذا سقط ، فسد البيع ، فهذه الأحكام المرتبة ^(٢) ولدت الدور .

والثاني : ينشأ الدور فيه من لفظة يذكرها الشخص ، كما في مسألة دور الطلاق ، وعندها نذكر إن شاء الله تعالى أكثر مسائل الدور اللفظي . والذي نذكره هنا ، خمس مسائل من الدور الحكمي .

إحداها : أعتق أمته في مرض موته ونكحها على مهر سماه ، نظر ، إن لم يخرج من الثلث ، فحكمه ما ذكرناه في المسائل الدورية في « كتاب الوصايا » وإن خرجت ، نظر إن كانت قدر الثلث بلامزيد ، بأن كانت قيمتها مائة [و] ^(٣) له مائتان سواها ، فالنكاح صحيح . ثم إن لم يخرج دخول ، فلا مهر لها لأنه لو ثبت المهر لكان ديناً على الميت ، وحينئذ لا يخرج من الثلث ، ويرقه بعضها ، وحينئذ يبطل النكاح والمهر ، فإثباته يؤدي إلى إسقاط ، فيسقط . وإن جرى

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : اعلم أن المسائل .

(٢) في نسخة الظاهرية : المترتبة .

(٣) زيادة من نسخ الظاهرية .

دخول ، فقد ذكرنا حكمه في « كتاب الوصايا » وسواء دخل أم لا ، فلا ترث بالزوجية ، لأن عتقها وصية ، والوصية والإرث لا يجتمعان . فلو أثبتنا الإرث ، لزم إبطال الوصية وهي العتق ، وإذا بطل بطلت الزوجية وبطل الإرث . وإن كانت الأمة دون الثلث ، فقد تمكنها المطالبة بالمهر لحروجها من الثلث بعد الدين ، وهذا كله تقريع على أنه يجوز للمعتق في مرض الموت نكاحها ، وهو الصحيح . وحكى الحناطي والشيخ أبو علي وجهاً أنه لا يجوز وهو كما حكيناه من قبل عن ابن الحداد ، أن المعتقة في مرض الموت نكاحها لا يجوز لقرينها لاحتمال أن لا يخرج من الثلث عند الموت .

المسألة الثانية : زوج أمته عبد غيره ، وقبض الصداق وأتلفه بانفاق وغيره ، ثم أعتقها في مرض موته ، أو أوصى بعتقها ، فأعتقت وهي ثلث ماله ، وكان ذلك قبل الدخول ، فليس لها خيار العتق ، لأنها لو فسخت النكاح لوجب رد المهر من تركة السيد ، وحينئذ لا يخرج كلها من الثلث . وإذا بقي الرق في البعض ، لم يثبت الخيار ، فإثبات الخيار يؤدي إلى إسقاطه ، وكذا الحكم لو لم يتلف الصداق وكانت الأمة ثلث ماله مع الصداق . ولو خرجت من الثلث دون الصداق ، أو اتفق ذلك بعد الدخول ، فلها الخيار . ولو كانت المسألة مجالها ، إلا أن الإعتاق وجد من وارثه بعد موت السيد ، نظر ، إن كان الوارث معسراً ، فلا خيار لها ، لأنها لو فسخت لزم رد المهر من تركة الميت . وإذا كان على الميت دين ، لم تنفذ إعتاق الوارث المعسر على الصحيح . وإذا لم ينفذ الإعتاق ، لم يثبت الخيار . وإن كان الوارث موسراً ، فقد ذكرنا في « كتاب الرهن » خلافاً في أن الوارث الموسر إذا أعتق عبد التركة وعلى الميت دين ، هل ينفذ العتق في الحال ، أم يتوقف نفوذه على وصول دين الغرماء ؟ فان قلنا : ينفذ في الحال وهو الأصح ، عتقت

ولها الخيار . فان فسخت ، غرم الوارث لسيد العبد أقل الأمرين من الصداق وقيمة الأمة ، كما لو مات وعليه دين وله عبد فأعتقه وارثه الموسر ، يلزمه أقل الأمرين من الدين وقيمة العبد . ولو كان على الميت دين ، فالقيمة التي يغرمها الوارث يتضارب فيها سيد العبد والغرماء .

[المسألة] الثالثة : مات عن أخ وعبدین ، والأخ هو الوارث في الظاهر ، فأعتق الأخ العبدین ، ثم ادعت امرأة ^(١) أنها زوجة الميت ، وادعى ابنها أنه ابن الميت ، فشهد المعتقان لهما ، ثبتت الزوجية والنسب ، ولا يرث الابن ، إذ لو ورث لحجب الأخ وبطل إعتاقه وبطلت شهادتهما ، وحينئذ تبطل الزوجية والنسب . وفيه وجه : أنه لا يثبت أيضاً ، والصحيح الأول . ولو شهدا بنسب بنت ، نظر ، إن كان الأخ معسراً يوم الإعتاق ، لم ترث البنت ، إذ لو ورثت لرق نصيها وبطلت الشهادة . وإن كان موسراً ، فإن عجلنا السراية بنفس الإعتاق ، ورثت لكمال العتق يوم الشهادة . وإن قلنا : لا تحصل السراية إلا بأداء القيمة ، لم ترث لأن توريثها يمنع كمال العتق يوم الشهادة . وحكم الزوجة في الإرث حكم البنت ، فينظر إلى إعسار الأخ ويساره كما ذكرنا .

[المسألة] الرابعة : أوصى لرجل بابنه ، ومات الموصى له بعد موت الموصي وقبل القبول ، ووارثه أخوه ، وقبل الوصية ، وقد سبق بيان هذه المسألة في آخر الباب الأول من « كتاب الوصايا » .

[المسألة] الخامسة : اشترى في مرض الموت من يعتق عليه كلبه ، عتق من الثلث ولا يرث ، إذ لو ورث لكان العتق أو النسب إليه بالشراء وصية للوارث ، فيبطل . وإذا امتنع العتق ، امتنع الإرث . وحكى الأستاذ أبو منصور وجهاً

(١) في الأصل : المرأة .

أنه يرث ، ووجهاً أنه لا يصح الشراء ، والصحيح الأول . ولو ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض ، ككبة وارث ، فهل يرث ؟ وجهان بناءً على أنه يعتق من الثلث أو من رأس المال ، وقد ذكرنا ذلك في « كتاب الوصايا » وبالتوريث قال ابن سريج ، واختاره الشيخ أبو حامد .

فرع

ذكر الاستاذ أبو إسحاق الاسفراييني رحمه الله في مختصر جمعه في المسائل الدورية ، أنه لو شهد اثنان بعق عبد ، وحكم الحاكم بشهادتهما ، ثم جاء العبد مع آخر فشهدا بجرح الشاهدين ، لم يقبل . وأنه لو أعتق عبيد في مرض موته هما ثلث ماله ، فشهدا على الميت بوصية أو بإعتاق وعليه دين أو زكاة ، لم يقبل ولو شهدا ^(١) أنه نكح امرأة على مهر ، كذا حكى عن بعض الأصحاب أنه لا تقبل شهادتهما ، قال : ويحتمل أن يقبل في النكاح ولا مهر ، وأنه لو أعتق عبيد له فشهدا أنه كان محجوراً عليه لسفه ، لم تقبل شهادتهما . وأنه لو ادعى أنه ^(٢) ابن فلان وقد مات ، ووارثه في الظاهر أخوه ، فأنكر ونكل ، فحلف المدعي ، ثبت النسب ولا يرث ، وهذا تقرير على أن اليمين المردودة مع النكول كالإقرار . أما إذا قلنا : إنها كالينة ، فيرث . وإنه لو ورث عبيد يعتقان عليه ثم مات وورثاه ، أقر بدين على الميت الأول يستغرق تركته ، لم يثبت الدين بإقرارهما .

وأنه لو أعتق أمة في مرض موته وهي ثلث ماله ، فادعت أنه وطئها بشبهة ، أو أنه استأجرها وعليه أجرتها ، لم تسمع دعواها .

(١) في الأصل : شهد ، وهو خطأ .

(٢) في الأصل : له ، وهو خطأ .

وأنه لو ورث من زوجته عبين وأعتقها ، ثم شهدا بالفرقة قبل الموت برودة أو طلاق ، لم تقبل شهادتهما .

وأنه لو كان في يد عبده مال ، فأخذه واشترى به عبين وأعتقها ، فشهدا عليه بأنه أعتقه قبل ذلك ، لم يقبل

وأنه لو مات ووارثه في الظاهر أخوه ، فأعتق عبداً من التركة ، وولي العتيق القضاء ، فجاء مجهول وادعى أنه ابن الميت ، وأقام شاهدين ، لم يقبل هذا الحاكم شهادتهما ، ولم يحكم بقولهما ، هكذا ذكره ، وكان يجوز أن يقال : يحكم بشهادتهما ويثبت النسب دون الإرث . كما لو أعتق الأخ في هذه الصورة عبين وشهدا ببينة المدعي ، وحينئذ فلا يؤثر ^(١) نسبه في العتق والقضاء .

وأنه لو ورث عبداً من مورثه المقتول وأعتقه وولي العتيق القضاء ، فجاء إليه الوارث وادعى على قاتله القصاص فقال [قتلته] ^(٢) وهو مرتد وأقام عليه شاهدين ، لم يحكم هذا الحاكم بشهادتهما . ومن هذا القليل ، لو أعتق عبين ، فجاء رجل وادعى أنه كان غصب العبين وشهدا له ، لم تقبل شهادتهما . وفي « التهذيب » : أنه لو ملك رجل أخاه ثم أقر في مرض موته أنه أعتقه في صحته ، كانت العتق نافذاً وهل يرثه ؟ إن صححنا الإقرار للوارث ، ورث ، وإلا ، فلا .

فرع

قال الغزالي في « مجموعه » « غاية الغور في دراية الدور » : المسائل الدائرة

(١) في الأصل : فحينئذ لا يؤثر .

(٢) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

لابد فيها من قطع الدور . وفي قطعه ثلاثة مسالك : تارة يقطع من أوله ، وتارة من وسطه ، وتارة من آخره ، وذلك بحسب قوة بعض الأحكام وبعده عن الدفع ، وضعف بعضها وقربه للدفع .

مثال القطع من أوله : يبيع العبد لزوجته الحرة قبل الدخول ب صداقها الثابت في ذمة السيد ، فإنما حكمنا بفساد البيع ، وقطعنا الدور من أصله ، لم نقل : يصح البيع ، ولا يفسخ النكاح ، أو يفسخ ولا يسقط الصداق ، وسببه أن البيع اختياري ، وحصول الانفساخ بالملك قهري ، وكذا سقوط الصداق بالانفساخ ، وما يختاره الانسان من التصرفات ، يصح تارة ويفسد أخرى ، وما يثبت قهراً يبعد ^(١) دفعه بعد حصول ^(٢) سببه ، فكان البيع أولى بالدفع من غيره .

ومثال القطع من الوسط : المسألة الثانية من المسائل السابقة ، فإنما لم نقطع الدور من أوله بأن نقول : لا يحصل العتق ولا من آخره ، بأن نقول : لا يزيد المهر حتى لاتضيق التركة ، ولكن قطعناه من وسطه فقلنا : لا يثبت الخيار ، وسببه أن سقوط المهر عند الفسخ قهري يبعد دفعه ، والخيار أولى بالدفع من العتق ، لأن العتق أقوى . ألا ترى أنه لا يسقط بعد ثبوته ، والخيار يسقط بعد ثبوته بالاسقاط وبالتقصير .

ومثال القطع من الآخر : المسألة الأولى من الخمس ، فإنما لم نقطع الدور من الأول بأن نقول : لا يحصل العتق ، ولا من الوسط بأن نقول : لا يصح النكاح ، لكن قطعناه من الآخر فقلنا : ليس لها المهر . ويمكن أن يقال : سببه أن العتق له قوة السرعة والسراية ، فلا يدفع ، والنكاح أقوى من المهر المسمى فيه ، فإن ثبوت النكاح يستغني عن المهر بدليل المفوضة ، والمسمى مهراً لا يثبت من غير

(١) في مخطوطة الظاهرية : بعد .

(٢) في الأصل : دخول .

ثبوت النكاح . وعدّ من هذا القسم الثالث ، أما إذا قال لزوجته : إن انفسخ النكاح بيني وبينك فأنت طالق قبله ثلاثاً ، ثم اشتراها ، أو جرى رضاع أو ردّة ، فلا يقطع الدور من أوله بأن نقول : [لا ينفخ النكاح ، لكن يقطع من آخره ، بأن نقول] ^(١) ينفخ ولا يقع الطلاق ، وربما نعود إلى هذه المسألة في مسائل الطلاق والدور فيها لفظي .

فصل

لا يجوز للعبد التسري ، لأنه لا يملك ، فإن ملكه سيده جارية وقلنا بالجديد : إنه لا يملك ، لم يحل له وطؤها ولو أذن السيد ، فلو استولدها ، كان الولد ملكاً للسيد . وإن قلنا بالقديم : إنه يملك ، فقد ذكرنا في « كتاب البيع » أن المذهب أنه يتسرى بإذن السيد ، ولا يتسرى بغير إذنه . لكن لو وطئ ، لم يحّد لشبهة الملك . ولو استولدها ، فالولد ملك له ، لكن لا يعتق عليه لضعف ملكه ، وتعلق حق السيد به . فإن عتق ، عتق الولد أيضاً ، وحكم المدبر والمعلق عتقه بصفة حكم القن في هذا . ومن بعضه حر إذا اشترى جارية بما كسبه بحريته ملكها ، لكن لا يطؤها بغير إذن السيد ، لأن بعضه مملوك والوطء يقع بجميع بدنه ، ولا يختص بالبعض الحر . ومال ابن الصباغ إلى أنه لا حاجة إلى إذن السيد ، كما أنه يأكل كسبه ويتصرف فيه . فإن أذن السيد وقلنا : لا بد من إذنه ، فعلى القديم : يجوز . وعلى الجديد : لا يجوز ، لأن ما فيه من الملك يمنع التسري ، والمكاتب لا يتسرى بغير إذن السيد ، ويأذنه قولان كتبتهم .

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

الباب الثاني عشر في اختلاف الزوجين في النكاح

وفيه مسائل .

[المسألة الأولى : إذا ادعى زوجية امرأة ، سمعت دعواه عليها وإن كان العاقد هو الولي لأن إقرارها مقبول ، وفيه خلاف سبق في « باب أحكام الأولياء » .

وأما المرأة ، فإن ادعت المهر في النكاح ، أو ادعت النكاح ، وطلبت حقاً من حقوقه ، سمعت دعواها . وإن ادعت مجرد الزوجية ، فوجهان ، إن سمعت ، أقامت البينة ، فإن أنكر ، فهل إنكاره طلاق ؟ فيه وجهان . إن قلنا : طلاق اندفع ما يدعيه ، ولامعنى لإقامة البينة ، وستأتي هذه المسألة مبسطة في « كتاب الدعاوى » ، إن شاء الله تعالى .

[المسألة الثانية : زوج إحدى بنتيه بعينها ، ثم تنازعا ، فلتنازعهما حالان . أحدهما : تقول كل واحدة : أنا المزوجة ، فمن صدقها الزوج ، ثبت نكاحها ، والأخرى تدعي أنها زوجته وهو منكر ، فالمذهب أنه يحلف لها . وقيل : في تحليفه قولان . وينبغي أن يفصل ، فإن ادعت زوجته وطلبت المهر ، فالوجه التحليف . وإن ادعت مجرد الزوجية ، ففيه الخلاف في المسألة الأولى . فإن قلنا : يحلف ، فحلف ، سقطت دعواها . وإن نكل ، فحلفت ، فهل اليمين المردودة مع النكول كاليمين ؟ أم كالإقرار ؟ قولان مشهوران . إن قلنا : كاليمين ، فوجهان . أحدهما : يثبت نكاح الثانية دون الأولى ، كما لو أقامت بينة . قال الإمام : وهذا القائل يقول : ينتفي نكاح الأولى ، ويحكم بانقطاع نكاح الثانية لإنكار الزوج . وأصحها : استمرار نكاح الأولى ، لأن اليمين المردودة إنما تجعل كاليمين في حق المدعي والمدعى عليه ، لاني

حق غيرهما . وقد ثبت نكاح الأولى بتقارهما . وإن قلنا : كالإقرار ، فوجهان . أحدهما : يبطل النكاحان والصحيح استمرار نكاح الأولى ، كما لو أقر للأولى ثم أقر للثانية . وعلى هذا ، فهل تستحق الثانية نصف المهر ، أم لا تستحق شيئاً ؟ قولان . أظهرهما : الأول .

الحال الثاني : تقول كل واحدة : ^(١) «لست» بالمزوجة ، بل صاحبتى ، فيقال للزوج : عين ، فإذا عين ، فقد أقر بأن الأخرى ليست زوجة له ، فلا خصومة له معها ، والقول قول الأخرى مع يمينها . فإن لم تحلف ، حلف الزوج وثبت النكاح . وقيل : القول قول الزوج بيمينه لأن إحداها زوجة ، وهو أعلم بمحل حقه . والصحيح الأول . واعلم أن المسألة من فروع ابن الحداد ، وأنه قيدها فقال : إذا مات الأب ، وكذا قيدها الغزالي . قال الشيخ أبو علي : هذا القيد لافائدة فيه في الحالة الأولى ، لأنه لو كان حياً وعين إحداها ، لم يقبل قوله على الزوج ، لكنه مفيد في الحالة الثانية ، لأنه إذا كان الأب حياً وهي مجبرة ، راجعناه . فإن أقر بالنكاح على إحداها ، قبل قوله ، ولا يضر الزوج إنكارها . قال الإمام : ويظهر في القياس أن لا يقبل إقرارها ومعها مجبر حذراً من اختلاف الإقرارين ، وإذا قلنا بإقرارها ^(٢) فاختلف إقرارها وإقرار الولي ، فيجوز أن يقال : الحكم للسابق ، ويجوز أن يقال : يبطلان جميعاً ، وقد ذكرنا وجهين في هذه المسألة في آخر الباب الثالث عن القفال الشاشي والأودني ، أن المقبول إقراره أم إقرارها ؟ فحصل أربعة احتمالات . ولو زوج بنته من أحد ابني رجل ، وادعت هي على أحدهما أنه الزوج ،

(١) في الأصل ليست .

(٢) في الأصل : إقرارها .

فإن جردت دعوى النكاح ، فعلى ماسبق ، وإن ادعت المهر ، حلفته . فإن نكل ، حلفت وأخذت نصف المهر ، وإن ادعى كل واحد منها أنها امرأته ، فأقوت لأحدهما ، ثبت نكاحه ، وهل للآخر تخليفها ؟ قولان على ما ذكرنا فيمن زوجها وليان بشخصين .

المسألة الثالثة : شهدوا على رجل بنكاح امرأة بمهر معلوم وهو منكر ، فحكم بشهادتهم ثم رجعوا ، هل يغرمون له ؟ وجهان . أصحها : نعم ، وإنما يغرمون ما فوتوا على الزوج وهو نصف المسمى . وإن قلنا : لا يغرمون ، فذلك في قدر مهر المثل ، فإن زاد المسمى على مهر المثل ، فحكم الزيادة في الرجوع حكم شهود المال إذا رجعوا . ولو شهدوا على رجل بطلاق ، ثم رجعوا ، فهل يغرمون مهر المثل أم نصفه ، أم غير ذلك ؟ فيه خلاف موضعه « باب الرجوع عن الشهادة » . وإذا ادعت أنها في نكاح رجل بمهر معلوم ، وشهد لها شاهدان ، ثم ادعت الإصابة واستقرار المهر ، فشهد ^(١) على الإصابة أو على إقرار الزوج بها آخران ، ثم ادعت أنه طلقها وشهد بذلك آخران ، وحكم بمقتضى الشهادات وأخذ منه المهر ، ثم رجع الشهود جميعاً ، فتلاثة أوجه .

أحدها : لا غرم على أحد منهم ، لأن شهود النكاح والإصابة لم يوجد منهم إلا إثبات ملك واستمتاع بملك ، وشهود الطلاق لم يفوتوا عليه شيئاً في زعمه ، فإنه ينكر النكاح ، ولأنه إن كان نكاح فقد فوته بزعمه بإنكاره قبل شهادتهم .

والثاني : لا غرم على شهود النكاح والإصابة ، ويغرم شهود الطلاق لأنهم فوتوا ما ثبت بالاولين . فعلى هذا ، في قدر غرمهم الخلاف الذي أحلتناه على « باب الرجوع عن الشهادة » وبهذا الوجه قال ابن الحداد ، ووافقه طائفة .

(١) في الأصل : فشهدا .

والثالث وهو أصحها : لاشيء على شهود الطلاق ، لأنه ينكر أصل النكاح ، فكيف يطالبهم بضمان تقويته ؟ ! بل النكاح لا يثبت مع إنكاره ، فلا ينبغي أن تسمع بينة الطلاق .

وأما شهود النكاح والإصابة ، فإن أرخوا شهادتهم ، فشهد هؤلاء أنه نكحها في « المحرم » وأولئك أنه أصابها في « صفر » ، غرم الصنفان ما غرم الزوج بالسوية . وإن أطلق شهود الإصابة شهادتهم ، فنصف الغرم على شهود النكاح ، ولا شيء على شهود الإصابة ، لجواز وقوعها في غير النكاح وكونها زفا ، ولو شهدوا بالإصابة في النكاح ، فقد ألحق ذلك بما إذا أرخت الشهادتان .

وفي « النهاية » أنهم لو شهدوا بالنكاح ثم على الإصابة بعده ، اشترك الصنفان في غرم نصف المهر ، والنصف الآخر مختص بغرم شهود الإصابة ، والصورتان متقاربتان ، ولا يبعد التسوية بينهما في الحكم ، ولم يقل أحد بتخصيص الغرم بشهود الإصابة .

[المسألة] الرابعة : إذا زوجت برجل ، ثم ادعت أن بينها وبينه محرمية ، بأن قالت : هو أخي من الرضاع ، أو كنت زوجة أبيه ، أو ابنه ، أو وطني أحدهما بشبهة ، نظر ، أوقع التزويج برضاها أم لا ؟

الحالة الأولى : زوجت برضاها به بأن كانت ثيباً ، أو زوجها أخ أو عم ، أو زوجها المحبر برضاها ، فلا يقبل دعواها والنكاح ماض على الصحة ، لأن إذنها فيه يتضمن حلها له ، فلا يقبل نقيضه . لكن إن ذكرت عذراً كغلط أو نسيان ، سمعت دعواها على المذهب فتحلفه .

الحالة الثانية : زوجت بغير رضاها لكونها مجبرة ، فوجهان .

أصحها وبه قال ابن الحداد ونقله الإمام عن معظم الأصحاب : أنه يقبل قولها يمينها ، وبحكم باندفاع النكاح من أصله ، لأن قولها محتمل ولم تعترف بنقيضه ، فصار كقولها في الابتداء : هو أخي لا يجوز تزويجها به .

والثاني قاله الشيخ أبو زيد واختاره الغزالي ، وحكي عن اختيار ابن سريج : لا يقبل قولها استدامة للنكاح الجاري على الصحة ظاهراً ولئلا تتخذ الفاسقات ذريعة إلى الفراق .

واحتج الشيخ أبو علي للأول وهو الأصح عنده أيضاً ، فإن الشافعي رحمه الله نص على أنه لو باع الحاكم عبداً أو عقاراً على مالكة الغائب بسبب اقتضاه ، ثم جاء المالك وقال : كنت أعتقت العبد أو وقفت العقار أو بعته ، صدق يمينه ، ونقض بيع القاضي ، ورد اليمين على المشتري ، بخلاف ما لو باعه بنفسه أو توكيله ، ثم ادعى ذلك ، فإنه لا يقبل لأنه سبق منه نقيضه ، ومقتضى حكايته أنه لاخلاف في صورة بيع الحاكم ، لكن الإمام حكى فيها قولين ، ولو زوج بنته أو أمته ثم ادعى الأب أو السيد محرمية بينها وبين الزوج ، لم يلتفت إلى قوله ، لأن النكاح حق الزوجين . قال الشيخ أبو علي : ولو قال بعد تزويجه أمته : كنت أعتقتها ، حكم بعقتها ، ولا يقبل قوله في النكاح ، وكذا لو أجر العبد ثم قال : كنت أعتقته ، ويغرم للعبد أجره مثله ، لأنه أقر بإتلاف منافعه ظلماً ، كمن باع عبداً ثم قال : كنت غصبته لا يقبل قوله في البيع ، ويغرم قيمته للمقر له . والخلاف في الحالة الثانية ، في أنها هل تصدق بيمينها ؟ وأما دعواها ، فسمع بلا خلاف . ولو قامت بينة ، حكم بها بلا خلاف . والكلام في الحالة الأولى ، في رد الدعوى من أصلها ، وأن الاذن والرضى بالتزويج إنما يؤثر إذا أذنت في تزويجها بشخص معين .

أما إذا أذنت في النكاح مطلقاً وقلنا : لاجابة إلى تعيين الزوج ، فزوجه الولي
برجل ، ثم ادعت محرمية ، فالحكم كما إذا زوجت مجبرة ، لأنه ليس فيه اعتراف بجهالة .
ولو زوج الأخ البكر وهي ساكتة ، اكتفي بصحتها على الأصح ثم ادعت
محرمية ، قال الإمام : الذي ارتضاه العراقيون ، أن دعواها مسموعة . قال : لكن
لاتصدق يمينها .

المسألة الخامسة : إذا زوج أمته ثم قال : كنت مجنوناً أو محجوراً عليّ
وقت تزويجها ، وأنكر الزوج وقال : تزويجها تزوجاً صحيحاً ، فإن لم يعهد السيد
ما ادعاه ولا يئنه ، فالقول قول الزوج بيمينه ، لأن الظاهر صحة النكاح . وكذا
لو قال : زوجتها وأنا محرم ، أو قال : لم تكن ملكي يومئذ ثم ملكتها ، وكذا
الحكم لو باع عبداً ثم قال بعد البيع : بعته وأنا محجور عليّ ، أو لم يكن ملكي
ثم ملكته . وعن نصح في « الإماء » أنه لو زوج أخته ومات الزوج ، فادعى
ورثته أن أخاها زوجها بغير إذنها وقالت : بل زوجني بإذني ، فالقول قولها .
ولك أن تقول : قد سبق ذكر وجهين فيما لو ادعى أحد المتعاقدين صحة البيع
والآخر فساد ، فليجىء ذلك الخلاف في هذه الصورة .

قلت : لم يذكره الأصحاب في هذه الصورة ، ولا يصح مجيئه لأن الظاهر
الغالب في الأنكحة الاحتياط لها ، وعقدها بشروطها وبحضرة الشهود وغيرهم ، بخلاف
البيع فإن وقوعه فاسد كثير . والله أعلم

ولو ادعت المنكوحه أنها زوجت بغير إذنها وهي معتبرة الاذن ، ففي فتاوى
البعوي أنه لا يقبل قولها بعدما دخلت عليه وأقامت معه ، كأنه جعل الدخول
بمنزلة الرضى .

أما إذا عهد للسيد الزوج جنون ، أو حجر ، أو قال : زوجتها وأنا صبي ، فأيهما يصدق يمينه ؟ قولان خرجها الشيخ أبو زيد . أظهرهما عند الشيخ أبي علي وغيره : أن المصدق الزوج ، لأن الغالب جريان العقد صحيحاً ، ولأنه صح ظاهراً والأصل دوامه .

ولو زوج أخته برضاها ، ثم ادعت أنها كانت صغيرة يومئذ ، ففي فتاوى القفال والقاضي حسين والبغوي ، أن القول قولها يمينها وإن أقرت يومئذ ببلوغها ، كما لو أقر بال ثم قال : كنت صغيراً يوم الإقرار ، وهذا يمكن أن يكون تقريباً على أحد القولين ^(١) ويمكن أن يفرق بأن الغالب من العقد الجاري بين مسلمين ، صحته وهذه لم تعقد .

ولو وكل الولي بتزويجها ، ثم أحرم ، وجرى العقد ، فادعى الولي جريانه في الإحرام ، وأنكر الزوج ، فنص الشافعي رحمه الله ، أن القول قول الزوج عملاً بظاهر الصحة . ولم يحك الشيخ أبو علي خلافاً في هذه الصورة . قال الإمام : وسببه أن الإحرام طراً والأصل استناد العقد إلى الحل ، لكن الشيخ ألحق بمسألة ^(٢) الإحرام المنقولة عن النص ، ما إذا وكل بقبول نكاح ثم أحرم الموكل وقبل الوكيل ، ثم اختلف ^(٣) الزوجان ، فقال الزوج : عقد قبل إحرامي [أو بعده] ^(٤) أو بعد

(١) وعلى هامش الأصل مانصه : قال في « المهات » : والفتوى على الثاني .

(٢) في الأصل : مسألة .

(٣) في الأصل : أختلف .

(٤) زيادة من إحدى نسخ الظاهرية .

تحليلي ، وقالت : بل في حال إحرامك ، فالقول قول الزوج ، فلم يفرق بين أن يدعي سبق الإحرام النكاح وعكسه . ومقتضى ماسبق في المسألة الرابعة ، أن الولي إذا زوج ثم ادعى المحرمية بين الزوجين ، لا يلتفت إلى دعواه أن لا يفرض النزاع في مسألة النص بين الولي والزوج ، بل يفرض بين الزوجين .

ولو زوج أمته ، ثم ادعى أن الزوج كان واجداً للطول ، وأنكر الزوج ، صدق الزوج . ولو زوج بنته ومات ، فادعت أن أباه كان مجنوناً يوم العقد ، نظر ، هل كان التزويج برضاها أم بغيره ؟ وحكمه ماسبق في المسألة الرابعة .

فرع

ادعى نكاح امرأة وأقام بينة به ، ثم ادعت أنها زوجة غيره وأقامت بينة به ، قال ابن الحداد : يعمل بينة الرجل ، لأن حقه في النكاح أقوى منها ، فإن المتصرف إن شاء أمسكها ، وإن شاء طلق ، فقدمت بينته كصاحب اليد مع غيره ، هذا قول ابن الحداد ، وبه قال الجمهور . وقال الشيخ أبو علي : يحتمل أن ينظر في جواب من ادعت أنها زوجته ، فإن أنكر فلانكاح له ، فيعمل بينة الرجل . وإن سكت ، فهما بينتان تغارستا ، ولم يتعرضوا في تصوير المسألة لدعواها المهر ، أو حقاً من حقوق النكاح ، وقد سبق في سماع دعوى الزوجية المجردة خلاف . فإن سمعت وأنكر الزوج ، ففي إقامة البينة أيضاً خلاف . فإذا ادعت الزوجية^(١) المجردة ، فإنما تقيم [هي]^(٢) البينة تقريباً على سماع هذه الدعوى والبينة مع إنكاره .

(١) في الأصل : الزوجة .

(٢) زيادة من نسخ الظاهرية .

فرع

في فتاوى البغوي أنه إذا كان تحت مسلمة وذمية لم يدخل بها ، فقال للمسلمة : ارتددت ، وقال للذمية : أسلمت ، فأنكرتا ، ارتفع نكاحها لزعمه . وذكر الإمام الرافعي هنا مسائل منشورة من فتاوى القفال والقاضي حسين والبغوي ، تتعلق بآبواب النكاح قدّمها أنا فوضعتها في مواضعها اللائقة بها ، وبالله التوفيق .



كتاب الصّدّاق

هو اسم المال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو الوطء ، وله أسماء : الصّدّاق ، والصدقة ، والمهر ، والأجر ، والعقر ، والعليقة . ويقال : أصدقها ، ومهرها . ويقال في لغة قليلة : أمهرها . قال الأصحاب : ليس المهر ركناً في النكاح ، بخلاف المبيع والتمن في البيع ، لأن المقصود الأعظم منه الاستمتاع وتوابعه ، وهو قائم بالزوجين ، فيها الركن ، فيجوز إخلاء النكاح عن تسمية المهر ، لكن المستحب تسميته ، لأنه أقطع ^(١) للنزاع ، ثم ليس للصدّاق حد مقدّر ^(٢) ، بل كل ما جاز أن يكون ثمتاً أو مشتملاً أو أجرة ، جاز جعله صدّاقاً . فإن انتهى في القلة إلى حد لا يتمول ، فسدت التسمية . ويستحب أن لا ينقص عن عشرة دراهم ، للخروج من خلاف أبي حنيفة رضي الله عنه ، وأن لا يغالي في الصّدّاق ، والمستحب أن لا يزداد على صدّاق أزواج رسول الله ﷺ وهو خمسمائة درهم .

فصل

يشتمل كتاب الصّدّاق على ستة أبواب

[الباب [الأول : في أحكام الصّدّاق الصحيح وهي ثلاثة .

(١) في الأصل : لا أقطع ، وهو خطأ .

(٢) في الأصل : مقدور ، وهو خطأ .

[الحكم الأول : في أن الصداق في يد الزوج ، كيف يضمن ؟ فإذا أصدقها عينا ، فهي مضمونة عليه إلى (١) أن يسلمها . وفي كيفية ضمانه قولان .
أظهرهما وهو الجديد : ضمان العقد كالمبيع في يد البائع .

والقديم : ضمان اليد كالمستعار والمستام ، ويتفرع على القولين مسائل .

[المسألة الأولى : إذا باعت الصداق قبل قبضه ، إن قلنا : ضمان يد ، جاز وإلا ، فلا . ولو كان الصداق ديناً فاعتاضت عنه ، جاز إن قلنا : ضمان يد ، وإلا فقولان كالثمن . أظهرهما : الجواز ، كذا ذكره الامام وغيره . وفي « التتمة » :
لو أصدقها تعليم القرآن أو صنعة ، لم يميز الاعتياض على قول ضمان العقد كالمسلم فيه .

[المسألة الثانية : تلف الصداق المعين في يده ، فعلى ضمان العقد ينفسخ عقد الصداق ، ويقدر عود الملك إليه قبيل التلف ، حتى لو كان عبداً كان عليه مؤنة تجهيزه كالعبد المبيع يتلف قبل القبض ولها عليه مهر المثل . وإن قلنا : ضمان اليد ، تلف على ملكها حتى لو كان عبداً ، فعليها تجهيزه . ولا ينفسخ الصداق على هذا القول ، بل بدل ما وجب على الزوج تسليمه يقوم مقامه ، فيجب لها عليه مثل الصداق إن كان مثلياً ، وقيمته إن كان متقوماً . ورجح الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وجوب البدل ، والجمهور رجحوا القول الأول وهو وجوب مهر المثل .
فاذا أوجبنا القيمة ، فهل يجب أقصى القيمة من يوم الصداق إلى يوم التلف لأن التسليم كان مستحقاً في كل وقت ، أم يوم التلف فقط لأنه لم يكن متعدياً ؟ أم يوم الصداق ؟ أم الأقل من يوم الصداق إلى يوم التلف ؟ فيه أربعة أوجه . أصحها : الأول . ولو طالبته بالتسليم فامتنع ، تعين الوجه الأول على المذهب . وقيل : يجب أقصى القيم من وقت المطالبة إلى التلف ، لأنه يصير متعدياً . ولو طالبها

الزوج بالقبض فامتعت ، ففي بقاء الصداق مضموناً عليه وجهان ، نقلها أبو الفرج السرخسي ، الصحيح الضمان ، كما أن البائع لا يخرج عن عهده المبيع بهذا القدر . هذا كله إذا تلف الصداق بنفسه . أما لو أتلّف ، فينظر ، إن أتلّفته الزوجة ، صارت قابضة ويرى الزوج ، وقد ذكرنا في البيع وجهاً أن المشتري إذا أتلّف المبيع في يد البائع ، لم يصر قابضاً بل يغرم القيمة للبائع ، ويسترد الثمن . فعلى قياسه ، تغرم له الصداق وتأخذ مهر المثل . وإن أتلّفه أجنبي ، فإن قلنا : إتلّاف الأجنبي المبيع قبل القبض كآفة سماوية ، فالحكم ماسبق ، وإن قلنا : يوجب الخيار للمشتري وهو المذهب ، فالمرأة الخيار ، إن شاءت فسخت الصداق ، وحينئذ تأخذ من الزوج مهر المثل إن قلنا بضمان العقد ، ومثل الصداق أو قيمته إن قلنا بضمان اليد ، ويأخذ الزوج الغرم من المتلف . وإن أجازت تأخذ من المتلف المثل أو القيمة ، ولها أن تطالب الزوج بالغرم ، فيرجع هو على المتلف إن قلنا بضمان اليد . وإن قلنا بضمان العقد ، فليس لها مطالبة الزوج ، هكذا رتب الإمام والبغوي وغيرهما ، فأثبتوا لها الخيار على قولي ضمان العقد واليد ، ثم فرعوا عليها . وكان يجوز أن يقال : إنما يثبت لها الخيار على قول ضمان العقد . فأما على ضمان اليد ، فلا خيار ، وليس لها إلا طلب المثل أو القيمة ، كما إذا أتلّف أجنبي المستعار في يد المستعير . وإن أتلّفه الزوج ، فعلى الخلاف في أن إتلّاف البائع المبيع قبل القبض كآفة السماوية ، أو كإتلّاف الأجنبي ؟ والمذهب الاول . وقد بينا حكم الصداق على التقديرين .

[المسألة] الثالثة : حدث في الصداق نقص في يد الزوج ، فهو نقص جزء أو صفة ، فنقص الجزء مثل أن أصدقها عشرين ، قتلف أحدهما في يده ، فيفسخ عقد الصداق فيه ، ولا يفسخ في الباقي على المذهب ، لكن لها الخيار . فإن فسخت ، رجعت إلى مهر المثل على قول ضمان العقد ، وعلى

ضمان اليد تأخذ قيمة العبدین . وإن أجازت في الباقي ، رجعت للتالف إلى حصة قيمته من مهر المثل على قول ضمان العقد ، وإلى قيمة التالف على ضمان اليد . وإن تلف ^(١) أحد العبدین بإتلاف ، نظر ، إن أتلفته المرأة ، جعلت قابضة لنفسه من الصداق . وإن أتلفه أجنبي ، فلها ^(٢) الخيار . فإن فسخت أخذت الباقي ، وقسط قيمة التالف من مهر المثل إن قلنا بضمن العقد ، وقيمه إن قلنا بضمن اليد . وإن أجازت ، أخذت من الأجنبي الضمان . وإن أتلفه الزوج ، فهو كاللنف بأفة على المذهب . وأما نقص الصفة ، فهو العيب ، كعمى العبد أو نسيانه الحرفة ونحوهما ، وللرأة الخيار . وفي « الوسيط » أن أبا حفص بن الوكيل قال : لا خيار على قول ضمان العقد ، والمذهب الأول . فإن فسخت الصداق ، أخذت من الزوج مهر المثل على الاظهر ، وبذل الصداق في القول الآخر . وإن أجازت ، فعلى الاظهر : لاشيء لها كما لو رضي المشتري بعيب المبيع ، وعلى ضمان اليد لها عليه أرش النقص . وإن اطلعت على عيب قديم ، فلها الخيار ، [فان] ^(٣) فسخت رجعت إلى مهر المثل أو إلى قيمة العين سالمة . وإن أجازت وقلنا بضمن اليد ، فلها الارش على المذهب ، وفيه تردد للقاضي حسين ، لأنها رضية بالعين . وإن حصل التعيب ^(٤) بجناية ، نظر ، إن حصل بفعل الزوجة ، جعلت قابضة لقدر النقص ، وتأخذ الباقي ولا خيار . وإن هلك بعد التعيب في يد الزوج ، فلها من مهر المثل حصة قيمة الباقي على الاظهر ، وقيمة الباقي على القول الثاني . وإن

(١) في الأصل : أتلف .

(٢) في الأصل : فلها .

(٣) زيادة من غطوبة الظاهرية .

(٤) في الأصل : التعيين ، وهو خطأ .

حصل التعيب بفعل أجنبي ، فلها الخيار ، فان فسخت ، أخذت مهر المثل على الاظهر وقيمه سليماً في الثاني ، ويأخذ الزوج الغرم من الجاني . وإن أجازت ، غرمت للجاني . وليس لها مطالبة الزوج إن قلنا بضمان العقد . وإن قلنا بضمان اليد ، فلها مطالبته ، فينظر إن لم يكن للجناية ^(١) أرش مقدر ، أو كان أرش النقص أكثر ، رجعت على من شئت منها ، والقرار على الجاني . وإن كان المقدّر أقل ، طالبت بالمقدر من شئت منها ، والقرار على الجاني ، وأخذت قيمة الارش من الزوج . وإن حصل التعيب بجناية الزوج ، فعلى الخلاف في أن جناية البائع كافة أو كجناية أجنبي ؟ إن قلنا بالاول ، وقلنا بضمان اليد ، فعليه ضمان ما نقص . فان كان للجناية أرش مقدر ، كقطع اليد ، فعليه أكثر الامرين من نصف القيمة وأرش النقص .

فرعان

الأول : أصدقها داراً فانهدمت في يده ولم يتلف من النقص شيء ، فالحاصل نقصان صفة . وإن تلف بعضه أو كله باحتراق أو غيره ، فالحاصل هل هو نقصان نصفه كطرف العبد أم [نقصان] ^(٢) جزء كأحد العبدین ؟ وجهان . أصحهما : الثاني . وقد سبقا في البيع .

الثاني : أصدقها نخلاً ثم جعل ثمره في قارورة ، وصب عليه صقراً من ذلك النخل وهو بعد في يده ، والصقور : هو السائل من الرطب من غير أن يعرض

(١) في الأصل : لجناية ، وهو خطأ .

(٢) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

على النار . فإما أن تكون الثمرة صداقاً مع النخل ، بأن أصدقها نخلة مطلة .
وإما أن لا تكون .

الحالة الأولى : إذا كانت صداقاً ، ينظر إن لم يدخل الثمرة والصقر نقص
لابتقدير النزع من القارورة ، ولا بتقدير الترك فيها ، فتأخذها المرأة ولا خيار لها ،
بل الزوج كفأها مؤنة الجداد . وإن حدث فيها أو في أحدهما نقص ، فهو إما
نقص عين ، وإما نقص صفة . أما نقص العين ، فمثل أن صب عليها مكيلتين من
من الصقر فشرب الرطب مكيلة ، فلا يجبر نقص عين الصقر بزيادة قيمة الرطب ،
ثم إن جعلنا الصداق مضموناً ضمان عقد ، انفسخ الصداق في قدر ما ذهب
من الصقر إن قلنا : جناية كالآفة وهو المذهب ، ولا يفسخ في الباقي ، ولها الخيار .
إن فسخت ، رجعت إلى مهر المثل ، وإن أجازت في الباقي أخذت بقدر ما ذهب
من الصقر من مهر المثل . وإن قلنا : جناية كجناية الأجنبي ، لم يفسخ الصداق
في شيء ، ولها الخيار ، إن فسخت ، فلها مهر المثل ، وإن أجازت ، أخذت النخل
والرطب ، ومثل ما ذهب من الصقر . وإن قلنا بضمان اليد ، تخيرت أيضاً فإن
فسخت ، فلها قيمة النخل مثل الصقر وقيمة الرطب أو مثله على الخلاف المذكور
في « كتاب الغصب » أنه مثلي أو متقوم . وإن أرادت أخذ النخل ورد الثمرة ،
فعلى الخلاف في تفريق الصفقة . وإن أجازت ، فلها ما بقي ومثل الذاهب من
الصقر . وأما نقصان الصفة ، فإذا نقصت قيمة الصقر والمكيلتان مجالهما ، أو قيمة
الرطب ، فإن كان النقصان حاصلًا ، سواء ترك الرطب في القارورة أو نزع ،
فلها الخيار . فإن فسخت ، فعلى قول ضمان العقد لها مهر المثل ، وعلى ضمان
اليدها بدل النخل والرطب والصقر . وإن أجازت ، فإن قلنا بضمان العقد وجعلنا
جنايته كالآفة ، أخذتها بلا أرش . وإن جعلناها كجناية الأجنبي ، أو قلنا بضمان
اليده ، فعليه أرش النقصان وإن كان الرطب يتعيب لو نزع من القارورة . ولو

ترك لا يتعيب ، فلا يجبر الزوج على التبرع بالقارورة ، لكن إن تبرع بها أُجبرت المرأة على القبول إمضاء للعقد ، ويسقط خيارها . وقيل : لا تجبر على القبول ، والصحيح الأول . وهل يملك القارورة حتى لا يتمكن الزوج من الرجوع ؟ وإذا نزع ما فيها لم يجب ^(١) رد القارورة ، أم لا تملك وإنما الغرض قطع الخصومة فيتمكن من الرجوع وإذا رجع يعود خيارها فيجب رد القارورة إذا نزع ما فيها ؟ فيه وجهان كما ذكرنا في البيع في مسألة النعل والأحجار المدفونة . وإن كان الرطب لا يتعيب بالنزع ، ويتعيب بالترك ، فلها مطالبة بالنزع ، ولا خيار . ولو تبرع هو بالقارورة ، لم تجبر هي على القبول ، لأنه لا ضرورة إليه .

الحالة الثانية : أن لا تكون الثمار صداقاً بأن حدث بعد الإصداق في يد الزوج . فإن لم يحدث نقص أو زادت القيمة ، فالكل لها . وإن حدث نقص فيها أو في أحدهما ، فلا خيار لها ، لأن ^(٢) ما حدث فيه النقص ليس بصداق ، ولها الأرش . وحكى ابن كج وجهاً أن لها الخيار وهو غلط . وإن كانت النقص بحيث لا يقف ويزداد إلى الفساد ، فهل تأخذ الحاصل وأرش النقص ، أم تتخير بينه وبين أن تطالبه بغرم الجميع ؟ فيه خلاف سبق في « الغصب » ، فيما إذا بل الحنطة فعفت . وفي « العدة » أنها على القول الأول ، تأخذ أرش النقص في الحال ، وكلما ازداد النقص ، طالبت بالأرش . ولو كان الرطب يتعيب بالنزع من القارورة ، ولا يتعيب بالترك فتبرع الزوج بالقارورة لم تجبر على القبول ، لأنه لا حاجة إليه في إمضاء العقد هنا ، هذا كله إذا كان الصقر من ثمرة النخلة ، أما إذا كان الصقر للزوج والثمرة من الصداق ، فالنظر هناك إلى نقصان الرطب وحده ، إن نقص ، فلها

(١) في الأصل : لا يجب .

(٢) في الأصل : لأنها ، وهو خطأ .

الحيار . وإن لم ينقص بالنزع ، فلا خيار ، فتأخذ المرأة الرطب والزوج الصقر ، ولا شيء لما تشربه الرطب . وإن كان ينقص بالنزع ، فلها الحيار . فان تبرع الزوج بالصقر والقارورة ، سقط الحيار ولزم القبول على الصحيح ، ويجيء فيه ما سبق في التبرع بالقارورة .

فرع

إذا زاد الصداق في يد الزوج ، إن كان زيادة متصلة ، كالسمن والكبر ، وتعلم الصنعة ، فهي تابعة للأصل . وإن كانت منفصلة ، كالثمرة والولد وكسب الرقيق ، قال المتولي : إن قلنا بضمان اليد ، فهي للمرأة ، وإلا ، فوجهان كالوجهين في زوائد المبيع قبل القبض . والصحيح أنها للمشتري في البيع ^(١) والمرأة هنا . فان قلنا : للمرأة فهلكت في يده ، أو زالت المتصلة بعد حصولها ، ولا ضمان على الزوج إلا إذا قلنا بضمان اليد وقلنا : يضمن ضمان المغصوب ، وإلا إذا طالبته بالتسليم فامتنع . وفي « التهذيب » وغيره ما يشعر بتخصيص الوجهين ، في أن الزوائد لمن هي بما إذا هلك الأصل في يد الزوج وبقيت الزوائد أوردت الأصل بعيد ، أما إذا استمر العقد وقبضت الأصل ، فالزوائد لها قطعاً .

المسألة الرابعة : المنافع الفاتئة في يد الزوج غير مضمونة عليه إن قلنا بضمان العقد ، وإن طالبته بالتسليم فامتنع . أما إذا قلنا بضمان اليد ، فعليه أجرة المثل من وقت الامتناع . وأما المنافع التي استوفاهها بركوب أو لبس ، أو

(١) في الأصل : لا شيء له ، وهو خطأ .

(٢) في الأصل : المبيع .

استخدام ونحوها ، فلا يضمنها على قول ضمان العقد ، إن قلنا : جنابة البائع كافة .
وإن قلنا : هي كجنابة أجنبي ، أو قلنا بضمان اليد ، ضمنها بأجرة المثل .

فرع

قال الاصحاب : القولان في ضمان العقد واليد ، مبنيان على أن الصداق نحلة وعطية ، أم عوض كالعوض في البيع ؟ وربما ردوا القولين إلى أن الغالب عليه شبه النحلة أم العوض ؟ ودليل النحلة قول الله تعالى : (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) [النساء : ٢] ، ولأن النكاح لا يفسد بفساده ، ولا يفسخ برده . ودليل العوض ، أن قوله : زوجتك بكذا ، كقوله : بعثك بكذا ، أو لأنها تتمكن من الرد بالعيب ، ولأنها تحبس نفسها لاستيفائه [و] ^(١) لأنه تثبت الشفعة فيه ، وهذا أصح . وأجابوا عن الآية بجوابين . أحدهما : أنه يجوز أن يكون المراد بالنحلة : الدين ، يقال : فلان ينتحل كذا ، فالمعنى : آتوهن صدقاتهن تديناً . والثاني : يجوز أن يكون المعنى : عطية من عند الله تعالى لهن . ولأنها لا يفسد النكاح بفساده ، لأنه ليس ركناً في النكاح ، مع أنه حكى قول قديم أنه يفسد النكاح بفساد الصداق .

فصل

إذا فسد الصداق بأن ^(٢) أصدقها حراً ، فقولان . أظهرهما : يجب مهر

(١) زيادة من مخطوطة الظاهرية .

(٢) في الأصل : أو بأن ، وهو خطأ .

المثل . والثاني : قيمته بتقدير الرق ، وينسب هذا إلى القديم . قال الشيخ أبو حامد والصيدلاني والقاضي حسين والبغوي وغيرهم : قولان فيما إذا قال : أصدقتك هذا العبد وهو عالم بحريته ، أو جاهل . أما لو قال : أصدقتك هذا الحر ، فالعبارة فاسدة ، فيجب مهر المثل قطعاً . وحكى المتولي طريقة أخرى ، أنه لافرق بين اللفظين في جريان القولين . ولو قال : أصدقتك هذا واقتصر عليه ، فلا خلل في العبارة ، ففيه القولان . ولو ذكر خمرأ أو خنزيراً أو ميتة ، فقل : يجب مهر المثل قطعاً . وقيل : على القولين . فعلى هذا يعود النظر في عبارته ، إن قال : أصدقتك هذا الخمر أو الخنزير ، فالعبارة فاسدة . وإن قال : هذا العصير أو النعجة ، فهو موضع القولين ، وعلى هذا على قول الرجوع ^(١) إلى بدل الصداق ، يقدر الخمر عصيراً ويجب مثله ، وقد حكينا في نكاح المشرك ، فيما إذا جرى قبضهم في خمر وجهاً أنها تقدر خلاً ، ولم يذكروا هناك تقدير العصير ، والوجه التسوية بينها . وحكينا وجهاً أنه تعتبر قيمة الخمر عند من يرى لها قيمة ، فلا يبعد بجيئه هنا ، بل ينبغي أن يرجع كما سبق في نكاح المشرك تقريق الصفقة ، والخنزير يقدر بقرة ، كذا قاله الامام والبغوي . وقد سبق مثله في « كتاب نكاح المشرك » ^(٢) وقال الغزالي : يقدر شاة ، والميتة تقدر مذكاة ، ثم الواجب فيها وفي الخنزير القيمة . هذا الاضطراب للأصحاب يزيد القول الاظهر القوة ، وهو وجوب مهر المثل .

(١) في الأصل : والرجوع ، وهو خطأ .

(٢) في الأصل : في كتاب المشرك .

الحكم الثاني : تسليم الصداق . فلو أخر تسليمه بعذر أو بغيره ، وطلب تسليم نفسها ، فلها الامتناع [حتى يسلم جميع الصداق إن كان عيناً أو ديناً حالاً ، وإن كان مؤجلاً ، فليس لها الامتناع ، فان حل الأجل قبل تسليمها فليس لها الامتناع]^(١) أيضاً على الأصح ، وبه قطع الشيخ أبو حامد وأصحابه ، والبغوي ، والمتولي ، وأكثر الأصحاب . وقيل : لها ، وبه قال القاضي أبو الطيب ، واختاره الحناطي والرويانى ، لأنها تستحق الآن المطالبة . ولو كانت المرأة صغيرة أو مجنونة ، فلها حبسها حتى تقبض الصداق الحال . فلو رأى المصلحة في التسليم ، فله ذلك . ولو اختلف الزوجان ، فقال : لا أسلم الصداق حتى تسلمى نفسك ، وقالت : لا أسلمها حتى تسلمه ، فثلاثة أقوال . أظهرها : يجبران ، بأن يؤمر بوضع الصداق عند عدل ، وتؤمر بالتمكين . فإذا مكنت ، سلم العدل الصداق إليها . والثاني : لا يجبر واحد منها ، بل إن بادر أحدهما فسلم ، أجبر الآخر . والثالث : يجبر الزوج أولاً ، فإذا سلم ، سلمت . وذهبت طائفة كبيرة إلى إنكار هذا القول الثالث . ومن أثبتته قال : موضعه ما إذا كانت متيئة للاستمتاع . أما إذا كانت بمنوعة بحبس أو مرض ، فلا يلزم تسليم الصداق . وإن كانت صغيرة لا تصلح للجماع ، فهل يلزمه التسليم ؟ قولان . ولو سلمت مثل هذه الصغيرة إلى زوجها ، هل عليه تسليم المهر ؟ قولان كالنفقة . أظهرهما : المنع . وقيل بالمنع قطعاً ، لأن النفقة للحبس عليه وهو موجود ، والمهر للاستمتاع وهو متعذر . وقيل بالإيجاب قطعاً ، لأن المهر في مقابلة بضع وهو مملوك في الحال ، والنفقة للتمكين وهو مفقود . ويجري الخلاف في مطالبة الولي لو كان الزوج صغيراً ، وإن كان الزوج صغيراً وهي كبيرة ، فالأظهر أن لها طلب المهر كالنفقة . وإذا قلنا : يبدأ بالزوج أو

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

يجبران ، فقالت : سلم المهر لأسلم نفسي ، لزمه النفقة من حينئذ . وإن قلنا : لا يجبر واحد منها ، فلانفقة لها حتى تمكن .

فرع

إذا بادرت فكنت ، فلها طلب الصداق على الأقوال كلها ، ثم إن لم يجز وطء ، فلها العود إلى الامتناع ، ويكون الحكم كما قبل التمكين . وإن وطئ ، فليس لها بعده الامتناع على الصحيح ، كما لو تبرع البائع فسلم المبيع قبل قبض الثمن ، فليس له أخذه وجبسه . ولو وطئها مكرهة ، فلها الامتناع بعده على الأصح . ويجري الوجهان ، فيما لو سلم الولي صغيرة أو مجنونة قبل قبض صداقها إذا بلغت أو أفاقت بعد الدخول ، فلو بلغت أو أفاقت قبله ، فلها الامتناع قطعاً . ولو بادر الزوج فسلم الصداق ، لزمها التمكين إذا طلبها . وكذا لو كان الصداق مؤجلاً ، فإن امتنعت بلا عذر ، فله الاسترداد وإن قلنا : يجبر أولاً ، لأن الاجبار بشرط التمكين . وإن قلنا : لا يجبر ، فليس له الاسترداد على الأصح ، لأنه تبرع بالمبادرة كمعجل الدين المؤجل . وقيل : له ذلك لعدم حصول الغرض . وقال القاضي حسين : إن كانت معذورة حين سلم ، فزال العذر وامتنعت ، استرد ، لأنه سلم راجياً التمكين ، فيشبه هذا الخلاف وجهين ذكرنا فيما لو سلم مهر صغيرة لاتصلح للجماع عالماً بجاهلها أو جاهلاً وقلنا بالأظهر : إنه لا يجب تسليم مهرها ، هل له الاسترداد ؟

فرع

إذا استمهلت بعد تسليم الصداق ، أمهلت لنتهاً بالتنظيف والاستحداد ، وإزالة

الأوساخ على ما يراه القاضي من يوم ويومين ، وغاية المهلة ثلاثة . وظاهر كلام الغزالي في « الوسيط » ، إثبات خلاف في أن المهلة بقدر ماتتياً ، أم تقدر بثلاثة أيام ؟ والمذهب خلافه . ثم المفهوم من كلام الأكثرين ، أنه يجب الإمهال إذا استتملت في العدة ، أنه ليس بواجب . وعن نصه في « الاملاء » ، قول : إنه لا إمهال أصلاً . والمذهب الاول ، ولا تمهل لتهيئة الجهاز ، ولا لانتظار السمن ونحوهما ، ولا بسبب الحيض والنفاس ، بل تسلم لسائر الاستمتاع كالترقاء والقراءة . وإن كانت صغيرة لا تحتمل الجماع ، أو كان بها مرض أو هزال تتضرر بالوطء معه ، أمهلت إلى زوال المانع . ويكره للولي تسليم هذه الصغيرة ، ولا يجوز للزوج وطؤها إلى أن تصير محتملة . ولو قال الزوج : سلموا إلى الصغيرة أو المريضة ولا أقربها إلى أن يزول ما بها ، قال البغوي : يجب في المريضة دون الصغيرة ، لأن الأقارب أحق بالحضانة وفي « الوسيط » أنه لا يجب في الصورتين ، لانه ربما وطئ فتضررت ، بخلاف الحائض ، فإنها لا تتضرر لو وطئ .

وله أن يمتنع من تسلم الصغيرة ، لانه نكح للاستمتاع لا للحضانة . وفي المريضة وجهان . قال في « الشامل » : الأقيس أنه ليس له الامتناع ، كما ليس له أن يخرجها من داره إذا مرضت .

وإذا تسلم المريضة ، فعليه النفقة لا كالصغيرة ، لان المرض عارض متوقع الزوال . ولو كانت المرأة نحيفة بالجلبة ، فليس لها الامتناع بهذا العذر ، لانه غير متوقع الزوال كالترقاء . ثم إن خافت الافضاء لو وطئت لعبالة الزوج ، فليس عليها التمكين من الوطء . قال الائمة : وليس له الفسخ ، بخلاف الرق ، لانه يمنع الوطء مطلقاً ، والنحافة لا تمنع وطء نحيف مثلاً ، وليس ذلك بعيب أيضاً . ولو وطئ زوجته فأفضاها ، فليس له العود إلى وطئها حتى تبرأ البرء الذي لو عاد

لم يحدسها ، هذا نص الشافعي رضي الله عنه . فإن اختلفا في حصول البرء ، فأنكرته ، قال الشافعي رحمه الله : القول قولها . قال المتولي : المراد بالنص إذا ادعت بقاء ألم بعد الاندمال ، لانه لا يعرف إلا منها . أما إذا ادعت بقاء الجرح ، وأنكرت أصل الاندمال ، فتعرض على أربع نسوة ثقات ، ويعمل بقولهن . ومنهم من حمل النص على ما إذا لم يمس من الزمان ما يغلب فيه البرء ، فإن مضى راجعاً النسوة . ومنهم من أطلق القول بمراجعة ثقتين عند الاختلاف . وعلى هذا ، فالنص على ما إذا لم يكن نسوة ثقات .

فرع

مسائل عن مجرد الحناطي

اختلف الزوج وأبو الزوجة فقال أحدهما : هي صغيرة لا تحتل الجماع ، وقال الآخر . تحمله . فهل القول قول منكر الاحتمال ، أم تعرض على أربع نسوة ، أو رجلين من المحارم ؟ وجهان .

قلت : أصحابها : الثاني . والله أعلم

ولو قال الزوج : زوجتي حية فسلمها وقال : لا بل ماتت ، فالقول قول الزوج . ولو تزوج رجل ببغداد امرأة بالكوفة ، وجري العقد ببغداد ، فلا اعتبار بموضع العقد ، فتسلم نفسها ببغداد ، ولا نفقة لها قبل أن يحصل ببغداد . ولو خرج الزوج إلى الموصل وبعث إليها من يحملها من الكوفة إلى الموصل ، فنفقتها من بغداد إلى الموصل على الزوج .

الحكم الثالث : التقرير ، فالمهر الواجب بالنكاح أو بالفرض ، يستقر بطريقتين .
أحدهما : الوطء وإن كان حراماً لوقوعه في الحيض أو الاحرام ، لان وطء
الشبهة يوجب المهر ابتداءً ، فذا أولى بالتقرير ، ويستقر بوطأة واحدة .
الطريق الثاني : موت أحد الزوجين ، والموت وإن أطلقوا أنه مقرر ،
فيستثنى منه إذا قتل السيد أمته المزوجة ، فإنه يسقط مهرها على المذهب . ومنهم
من ألقى بهذه الصورة غيرها كما ذكرناه في أول الباب الحادي عشر .

فصل

الحلوة لاتقرر المهر ، ولا تؤثر فيه على الجديد وهو الاظهر . وعلى هذا ،
لو اتفقا على الحلوة وادعت الاصابة ، لم يرجح جانبها ، بل القول قوله بيمينه .
وفي القديم ، الحلوة مؤثرة ، وفي أثرها قولان . أحدهما : أثرها تصديق المرأة إذا
ادعت الاصابة ، ولا يتقرر المهر بمجردھا ، سواء طال زمنھا أم قصر . وأظهرهما :
أنھا كالوطء في تقرير المهر ووجوب العدة . وعلى هذا ، تثبت الرجعة على الاصح .
وهل يشترط على القديم في تقرير المهر بالحلوة أن لا يكون مانع شرعي كحيض
واحرام وصوم ؟ فيه وجهان . ويشترط أن لا يكون مانع حسي ، كرتق أو قرن
فيھا ، أو جب أو غنة فيه قطعاً . وإذا قلنا : مجرد الحلوة لاتقرر ، ففي الوطء
فيها ^(١) دون الفرج وجهان ، كشبوت المصاهرة .

(١) في الأصل : وفيها ، وهو خطأ .

الباب الثاني في الصداق الفاسد

لفساده ستة أسباب .

[السبب الأول : أن لا يكون المذكور مالاً ، بأن سمياً خمراً ، وقد اندرج هذا في الحكم الاول من الباب الاول . ولو أصدقها شيئاً فخرج مغضوباً ، فهل يجب مهر المثل ، أم قيمة المغضوب ؟ قولان . أظهرهما الاول . ولو أصدقها عBDين ، فخرج أحدهما حراً أو مغضوباً ، بطل الصداق فيه . وفي آخر ، قولاً تقرق الصفقة . فإن أبطلنا فيه أيضاً ، فهل لها مهر المثل أم قيمتها ؟ فيه القولان وإن صححنا ، فلها الخيار . فإن فسخت ، فعلى القولين ، وإن أجازت ، فقولان . أحدهما : تأخذ الباقي ولا شيء لها غيره ، وأظهرهما : تأخذ معه حصة المغضوب من مهر المثل إذا وزعناه على القيمتين على الاظهر ، وعلى الثاني : تأخذ قيمته .

فرع

أصدقها عبداً أو ثوباً غير موصوف ، فالتسمية فاسدة ، ويجب مهر المثل قطعاً . وإن وصف العبد والثوب ، وجب المسمى ، وحيث جرت تسمية فاسدة ، وجب مهر المثل بالغاً ما بلغ .

السبب الثاني : الشرط في النكاح ، إن لم يتعلق به غرض ، فهو لغو كما سبق في البيع ، وإن تعلق به لكن لا يخالف مقتضى النكاح بأن شرط أن ينفق عليها أو يقسم لها ، أو يتسرى ، أو يتزوج عليها إن شاء ، أو يسافر بها ، أو لا تخرج إلا بإذنه ، فهذا لا يؤثر في النكاح ولا في الصداق .

وإن شرط ما يخالف مقتضاه ، فهو ضربان .

أحدهما : ما لا يخل بالمقصود الاصيل من النكاح ، فيفسد الشرط ، سواء كان لها ، بأن شرط أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى ، أو لا يطلقها ، أو لا يسافر بها ، أو أن^(١) تخرج متى شاءت ، أو يطلق ضررتها .

أو كان عليها ، بأن شرط أن لا يقسم لها ، أو يجمع بين ضررتها وبينها في مسكن ، أو لا ينفق عليها . ثم فساد الشرط لا يفسد النكاح على المشهور . وفي وجه أو قول حكاة الخناطي : يبطل النكاح . وأما الصداق ، فيفسد ، ويجب مهر المثل سواء زاد على المسمى أم نقص أم ساواه ، هذا هو المذهب . وعن ابن خيران : إن زاد والشرط لها ، فالواجب المسمى ، وكذا إن نقص والشرط عليها ، ومنهم من جعل هذا قولاً مخرباً . وحكى الخناطي وجهاً : أن الواجب في الشروط الفاسدة أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل . ووجهاً : أن الشرط لا يؤثر في الصداق ، كما لا يؤثر في النكاح .

الضرب الثاني : ما يخل بمقصود النكاح كشرطه أن يطلقها ، أو لا يطأها ، وقد سبق الكلام في صورتين في فصل التحليل . فإن صحنا النكاح ، أثر الشرط في الصداق كسائر الشروط الفاسدة .

فرع

نكحها على ألف إن لم يخرجها من البلد ، وعلى ألفين إن أخرجها ، وجب مهر المثل ، وذكر الخناطي أنه لو نكحها على أن لا يرثها أو لا ترثه ، أو لا يتوارثا ،

(١) في الأصل : وأن .

أو على أن النفقة على غير الزوج ، بطل النكاح . وفي قول : يصح ويبطل الشرط ، وأنه لو زوج أمته عبد غيره بشرط أن لأولاد^(١) بين السيدين ، صح النكاح وبطل الشرط ، نص عليه في « الاملاء » . وفي قول : يبطل النكاح .

فصل

شرط الخيار في النكاح يبطل النكاح . ولو شرط الخيار في الصداق ، فهل يبطل النكاح ، أم يصح ويجب المسمى ، أم يصح النكاح ويفسد المسمى ويجب مهر المثل ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها : الثالث . وإذا صححنا الصداق ، ثبت الخيار على الأصح كما حكى عن نسه ، أنه لو أصدقها عينا غائبة ، صح ولها خيار الرؤية . فعلى هذا ، إن أجازت فذاك ، وإن فسخت ، رجعت إلى مهر المثل . وإذا أثبتنا خيار الشرط ، ففي خيار المجلس وجهان نقلهما الشيخ أبو الفرج .

فصل

نقل المزني في « المختصر » ، أنه لو نكحها بألف على أن لابنها ألفاً ، فسد الصداق ، وأنه لو نكحها بألف على أن يعطي أباه ألفاً ، كان الصداق جائزاً . وللأصحاب طرق . المذهب منها فساد الصداق في صورتين ، ووجوب مهر المثل فيها . وعلى هذا ، منهم من غلط المزني في نقله في الصورة الثانية ، ومنهم من تأوله . والطريق الثاني : فساد الصداق في الأولى دون الثانية عملاً بالنصين .
والثالث : طرد قولين فيها . ونسب العراقيون الصحة إلى القديم . وقيل :

(١) في الأصل : بشرط أن الأولاد .

إن شرط الزوج ، فسد ، وإن شرطت ، فلا ، حكاها البغوي ، وإذا صححنا ،
فالمهر في صورتين ألفان .

السبب الثالث : تفريق الصفقة . فإذا أصدقها عبداً على أن ترد إليه مائة أو
ألفان ، وصورته أن يقول للولي : زوجني بنتك وملكني كذا من مالها بولاية
أو وكالة بهذا العبد ، فيجيبه [إليه] ^(١) أو يقول الولي : زوجتك بنتي وملكتك
كذا من مالها بهذا العبد ، فيقبل الزوج ، فهذا جمع بين عقدتين مختلفي الحكم في
صفقة ، فإن بعض العبد صداق وبعضه مبيع . وفي صحة البيع والصداق
قولان . أظهرهما : الصحة . ويصح النكاح قطعاً إلا على القول ^(٢) الشاذ السابق
أن النكاح يفسد بفساد الصداق . فإذا أبطلنا البيع والصداق ، فلها مهر المثل . وإذا
صححناها ، وزعنا العبد على مهر مثلها وعلى الثمن . فإذا كان مهر مثلها ألفاً
والثمن ألفاً ، والعبد يساوي ألفين ، فنصفه مبيع ونصفه صداق . فإن طلقها
قبل الدخول ، رجع إليه نصف الصداق وهو ربع العبد . وإن فسخ النكاح
بعيب ونحوه ، رجع إليه جميع الصداق وهو نصف العبد . ولو تلف العبد قبل
القبض ، استردت الألف ، ولها بدل الصداق وهو مهر المثل على الاظهر ، ونصف
قيمة العبد على الثاني .

ولو وجد الزوج بالثمن الذي أخذه عيماً ورده ، استرد المبيع وهو نصف العبد ،
ويبقى لها النصف الآخر . ولو وجدت العبد مبيعاً فردته ، استردت الثمن ، وترجع
في الصداق إلى مهر المثل على الاظهر ، ونصف القيمة على الثاني . ولو أرادت أن

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٢) في الأصل : قول .

ترد أحد النصفين وحده ، جاز على الاصح لتعدد العقد . والثاني : المنع لتضرر التبعض . ولو قال : زوجتك بنتي أو جاريتي ، وبعثك عبداً أو عبدي بكذا ، ففي صحة البيع والصداق قولان ذكرناهما في تفريق الصفقة . فإن صححناهما ، وزع العوض المذكور على مهر المثل وقيمة العبد ، فما خص مهر المثل فهو صدق . وإذا وجد الزوج بالعبد عيماً ، استرد الثمن وليس للمرأة رد الباقي والرجوع إلى مهر المثل ، لان المسمى صحيح . وإن رد العبد بعيب ، أو فسخ^(١) النكاح قبل الدخول بعيب ، رجع إليه جميع العوض المذكور .

وإن خرج العوض المعين مستحقاً ، رد العبد ورجعت للصداق إلى مهر المثل على الاظهر . وعلى الثاني : إلى حصة الصداق منه .

فرع

لبنته مائة درهم ، فقال لرجل^(٢) : زوجتك بنتي وملكتك هذه الدراهم بهاتين المائتين لك ، فاليع والصداق باطلان ، نص عليه في « الام » لانه ربا ، فانه مسألة مد عجوة . فلو كان من أحد الطرفين دنانير ، كان جمعاً بين صداق وصرف ، وفيه القولان .

فصل

جمع نسوة في عقد بصدق واحد ، وهذا يتصور عند اتحاد الولي ، بأن يكون

(١) في الأصل : وفسخ .

(٢) في الأصل : فقال الرجل .

له بنات بنين ، أو إخوة ، أو أعمام ، أو معتقات . ويتصور مع تعدد الولي ، بأن وكل أولياء نسوة رجلاً ، فالنكاح صحيح . وفي الصداق طريقان . أحدهما : القطع بفساده . وأصحها : على قولين . أظهرهما : فساده . ويجري الطريقان فيما لو خالغ نسوة على عوض واحد ، هل يفسد العوض ؟ وأما البينة ، فتحصل قطعاً .

ونص الشافعي رضي الله عنه ، أنه لو اشترى عبيداً لملك صفقة من المالكين ، أو وكيلهم ، بطل البيع . ولو كانت عبيداً بعوض واحد ، صحت الكتابة . واختلفوا في البيع والكتابة ، الذين قالوا في النكاح والخلع قولان ، على أربع طرق . أحدها : طرد القولين فيها . والثاني : يفسد البيع . وفي الكتابة قولان . والثالث : تصح الكتابة . وفي البيع قولان . والرابع : تصح الكتابة ويفسد البيع وإن أفردت .

قلت : في البيع طريقان . أصحها : طرد القولين ، والثاني : القطع بالفساد ، وبه قال الاصطخري . وفي الكتابة ، طريقان . أصحها : قولان . والثاني : القطع بالصحة . وإذا قلنا بصحة الصداق المسمى ، وزع المسمى على نسبة مهر أمثالهن على المذهب . وفي وجه أو قول ضعيف : يوزع المسمى على عدد رؤوسهن . وإذا قلنا بفساد الصداق ، فقيم يجب لهن قولان كما لو أصدقها خمراً . أظهرهما : يجب لكل واحدة منهن مهر مثلاً . والثاني : يوزع المسمى على مهر أمثالهن ، ولكل واحدة ما يقتضيه التوزيع ، ويكون الحاصل لهن على هذا القول كلسمى إذا قلنا بصحته . ولو زوج أمته بعدد على صداق واحد ، صح الصداق ، لأن المستحق واحد كيبيع عشرين بثمان . ولو كان له أربع بنات ، ولآخر أربع بنين ، فزوجهن بهم صفقة بمهر واحد بأن قال : زوجت بنتي فلانة ابنك فلانا ،

وفلانة فلاناً بألف ، ففيه طريقان حكاهما المتولي . أحدهما : في صحة الصداق القولان . والثاني : القطع بطلانه لتعدد المعقود له من الجانبين .

السبب الرابع : أن يتضمن إثبات الصداق رفعه .

نقدم عليه أن الأب إذا زوج ابنه الصغير أو المجنون ، فإما أن يصدق من مال الابن ، وإما من مال نفسه . فان أصدق من مال الابن ، فالكلام في أنه [هل] ^(١) يصير ضامناً للصداق إذا كان ديناً ؟ وهل يرجع إذا غرم على ماسبق في الطرف السادس من باب بيان الأولياء ؟ فان تطوع وأدّاه من مال نفسه ثم بلغ الابن وطلقها قبل الدخول ، فهل يرجع النصف إلى الأب أم إلى الابن ؟ فيه طريقان . أحدهما وبه قال الداركي : إنه على الوجهين فيما لو تبرع أجنبي على الزوج بأداء الصداق ثم طلق قبل الدخول ، هل يعود النصف إلى الزوج لأن الطلاق منه ، أم إلى الأجنبي المتبرع ؟ والطريق الثاني وهو المذهب وبه قطع الجمهور : أنه يعود إلى الابن ، وفرقوا بينه وبين الأجنبي ، بأن الأب يتمكن من تملك الابن فيكون موجباً قابلاً قابضاً مقبضاً ، فإذا حصل الملك ، ثم صار للمرأة عاد إليه بالطلاق ، والأجنبي بخلافه . فان كان الابن بالغاً ، وأدى الأب عنه ، فكالأجنبي .

والاصح في صورة الأجنبي ، عود النصف إلى الأجنبي ، قاله الإمام . فإذا قلنا : يعود إلى الابن الذي طلق ، فان كان ما أخذه بالطلاق بدل ما أخذته ، فلا رجوع للأب ، وإن كان عين المأخوذ ، فقليل : لا رجوع قطعاً . وقيل : على الوجهين فيمن وهب لابنه عيناً فزال ملكه عنها ثم عاد ، والمذهب المنع . فان كان الابن بالغاً ، فقليل : كالصغير . وقيل بالمنع قطعاً ، لأنه [ليس] ^(٢) للأب تملكه ،

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٢) زيادة من نسخ الظاهرية .

فالأداء عنه محض إسقاط . أما إذا أصدقها الاب من مال نفسه ، فيجوز ويكون تبرعاً منه على الابن . قال البغوي : سواء كان عيناً أو ديناً . ثم لو بلغ الصبي وطلقها قبل الدخول ، عاد الخلاف فيمن يرجع إليه النصف . فان قلنا بالمذهب وهو العود إلى الابن ، فان كان أصدقها عيناً وبقيت بحالها فوجع النصف إليه ، فهل للأب الرجوع ؟ فيه الخلاف المذكور . فيها إذا زال ملك الابن عن الموهوب ثم عاد . وإن أصدقها ديناً ، قال البغوي : فلا رجوع فيها حصل ، كما لو اشترى لابنه الصغير شيئاً في الذمة ثم آذاه من ماله ثم وجد الابن بالمبيع عيناً فرده ، يسترد الثمن ولا يرجع الاب فيه ، بخلاف ما لو خرج المبيع مستحقاً يعود الثمن إلى الاب ، لانه بان أنه لم يصح الاداء . ولو ارتدت المرأة قبل الدخول ، فالقول فيمن يعود إليه كل الصداق وفي رجوع الاب فيه إذا عاد إلى الابن ، كالقول في النصف عند الطلاق .

إذا عرفت هذه المقدمة ، فمن مفسدات الصداق أن يلزم من إثباته رفعه ، وذلك إما أن يكون بتوسط تأثيره في رفع النكاح ، وإما بغير هذا التوسط . مثال القسم الاول ، أذن لعبده أن ينكح حرة ويجعل رقبته صداقاً لها ففعل ، لا يصح الصداق ، لانه لو صح للملكت زوجها وانفسخ النكاح ، وارتفع الصداق ، ولا يصح أيضاً النكاح لانه قاونه ما يضاذه ، وفي صحته احتمال لبعض الائمة .

قلت : هذا الاحتمال ، ذكره الإمام والغزالي قالا : ولكن لا صائر إليه من الاصحاب ، وقد جزم به صاحب « الشامل » ، ذكره في آخر « باب الشغار » ، ولكن الذي عليه الجمهور ، الجزم ببطلان النكاح . والله أعلم

ولو أذن له في نكاح أمة ، ويجعل رقبته صداقها ، ففعل ، صح النكاح والصداق ، لان المهر للسيد لا لها . فلو طلقها قبل الدخول ، بني على ما إذا باع السيد عبده

بعد ما نكح باذنه ثم طلق العبد المنكوحة بعد أداء المهر وقبل الدخول ، إلى من يعود النصف ؟ وفيه أوجه . أصحها : إلى المشتري ، سواء أداه البائع من مال نفسه أو من كسب العبد ، قبل البيع أو بعده ، لأن الملك في النصف إنما حصل بالطلاق ، والطلاق في ملك المشتري ، فأشبه سائر^(١) الاكساب . والثاني : يعود إلى البائع بكل حال . والثالث : إن أداه البائع من عنده أو أدى من كسب العبد قبل البيع ، عاد إلى البائع ، وإن أدى من كسبه بعد البيع ، عاد إلى المشتري ، ولو فسخ أحدهما النكاح بغيب ، أو ارتدت ، أو عتقت وفسخت ، جرت الأوجه في أن كل الصداق إلى من يعود ؟ ولو أعتق العبد ثم طلق قبل الدخول ، أو حدث شيء من الأسباب المذكورة ، فحيث نقول بالعود إلى البائع ، يعود هنا إلى المعتق ، وحيث جعلناه للمشتري ، يكون هنا للمعتق . فان قلنا بالأصح وهو العود إلى المشتري ، ففي المسألة التي كنا فيها تبقى رقبة العبد كلها للمالك الأمة . وإن قلنا بالعود إلى البائع ، فكذا هنا يعود النصف إلى السيد المصدق في صورة الطلاق ولو ارتدت أو فسخت بغيب ، عاد الكل إليه . ولو أعتق مالك الأمة العبد ثم طلقها قبل الدخول ، أو فسخت أو ارتدت ، فعلى المعتق نصف قيمة العبد في صورة الطلاق ، وجميعها في الفسخ [و]^(٢) الردة ، ويكون ذلك للزوج العتيق على الأصح ، ولسيده الاول على الوجه الآخر . ولو قبل نكاح أمة لعبده الرضيع على قولنا : يجوز إجبار العبد الصغير على النكاح وجعله صداقها ، فأرضعت الأمة زوجها وانفسخ النكاح ، فالعبد يبقى للمالك الأمة على الأصح . وعلى الوجه الآخر : يعود إلى سيده الاول . ولو ارتضع الصغير بنفسه ، فهو كالطلاق قبل

(١) في الأصل : كسائر .

(٢) زيادة من نسخ الظاهرية .

الدخول . ولو باع مالك الأمة العبد ثم طلق العبد قبل الدخول ، أو حصلت ردة ، أو فسخت ، فعلى الوجه المقابل للأصح : يجب عليه لسيد العبد الاول نصف قيمة العبد في صورة الطلاق ، وجميع قيمته في سائر الصور . وأما على الوجه الاصح ، فقد أطلق في « التهذيب » أنه لاشيء عليه . وقال الشيخ أبو علي : يرجع مشتري العبد عليه بنصف القيمة أو بجمعها ، لأن الصداق على هذا الوجه يكون أبداً لمن له العبد يوم الطلاق أو الفسخ ، وهذا هو الصواب ، وليتأول ما في « التهذيب » على أنه لاشيء عليه للسيد الاول . ولو باع الأمة ثم طلق ، أو فسخت ، فعلى الأصح يبقى العبد له ولا شيء عليه ، وعلى الآخر يعود نصفه أو كله إلى السيد الاول .

مثال القسم الثاني : كانت أم ابنه الصغير في ملكه ، بأن استولد أمة غيره بنكاح ، ثم ملكها هي وولدها ، فيعتق عليه الولد دونها . فلو قبل لابنه نكاح امرأة وأصدقها أمة ، لم يصح الصداق ، لأن ما يجعله صداقاً يدخل في ملك الابن أولاً ، ثم ينتقل إلى المرأة ، ولو دخلت في ملكه ، لعقت عليه وامتنع انتقالها إلى الزوجة ، فيصح النكاح ويفسد الصداق ، ويجيء الخلاف في أن الواجب مهر المثل أم قيمتها ؟ هذا ما ذكره الأصحاب . وقد ذكرنا خلافاً فيما إذا أصدق الأب من ماله عن الصغير ، ثم بلغ وطلق قبل الدخول ، لأن النصف يرجع إلى الأب أو إلى الابن . فمن قال : إلى الأب ، فقد ينازع في قولهم : لا يدخل في ملكها حتى يدخل في ملك الابن .

السبب الخامس : تقريظ الولي في قدر المهر . فإذا قبل لابنه الصغير أو

الجنون نكاحاً^(١) بهر المثل أو دونه ، أو بعين من أمواله بقدر مهر المثل أو دونه ، صح . وإن قبله بأكثر من مهر المثل ، فالصداق فاسد . وكذا لو زوج بنته المجنونة أو البكر ، أو الصغيرة^(٢) أو الكبيرة بغير إذنها بأقل من مهر المثل ، فسد الصداق . وفي النكاح في المسألتين قولان . أظهرهما : صحته كسائر الأسباب المفسدة ، ويجب مهر المثل . وفيما إذا أصدقها عيناً وجه أنه تصح التسمية في قدر مهر المثل . والقول الثاني : لا يصح النكاح ، لأنه ترك مصلحة المولى عليه ، فصار كترك الكفاءة . ولو أصدق عن ابنه أكثر من مهر المثل من مال نفسه ، ففيه احتمالات للإمام . أحدهما : يفسد المسمى ، لأنه يتضمن دخوله في ملك الابن ، ثم يكون متبرعاً بالزيادة . والثاني : يصح وتستحق المرأة المسمى ، لأنه لا ضرر على الابن ، بل إذا لم نصحه أضرونا به ، فإنه يلزم مهر المثل في ماله ، وبهذا الثاني قطع الغزالي والبغوي ، ورجح المتولي والسرخسي في « الأمالي » الاحتمال الأول ، ويتأيد بأنه لو لزم الصبي كفارة قتل فأعتق الولي عنه عبداً لنفسه ، لم يجز لأنه يتضمن دخوله في ملكه وإعتاقه عنه ، وإعتاق عبد الطفل لا يجوز .

فصل

إذا اتفقوا على مهر في السر وأعلنوا بأكثر من ذلك ، فعن الشافعي رضي الله عنه أنه قال في موضع : المهر مهر السر ، وفي موضع : العلانية . والأصحاب طريقتان . أحدهما : إثبات قولين . وفي موضعها وجهان . أحدهما : موضعها إذا اتفقوا على ألف ، واصطلحوا على أن يعبروا عن الألف في العلانية بألفين . أظهر القولين وجوب ألفين بجريان

(١) في الأصل : نكاحها .

(٢) في الأصل : والصغيرة

اللفظ الصريح بها . والثاني : الواجب ألف عملاً باصطلاحها . والوجه الثاني : إثبات قولين مها اتفقوا على ألف وجرى العقد بألفين وإن لم يتعرضوا للتعبير عن ألف بألفين اكتفاءً بقصدهم . قال الإمام : وعلى هذه القاعدة تجري الأحكام المتلقاة من الألفاظ . فلو قال الزوج لزوجته : إذا قلتُ : أنت طالق ثلاثاً ، لم أرد به الطلاق ، وإنما غرضي أن تقومى وتتعتدي ، وأريد بالثلاث واحدة ، فالمذهب أنه لا عبرة بذلك . وفي وجه : الاعتبار بما تواضعا عليه .

ثم ما المعنى بما أطلقناه في الوجهين من الاتفاق في السر ، أهو مجرد التراضي والتواعد؟ أم المراد ما إذا جرى العقد بألف في السر ثم عقدوا بألفين في العلانية؟ منهم من يشعر كلامه بالأول ، ومقتضى كلام البغوي وغيره إثبات القولين وإن جرى العقدان . قال البغوي : وخرج بعضهم من ^(١) هذا ، أن المصطلح عليه قبل العقد كالمشروط في العقد ، وقد سبق بيان هذا التخريج . والطريق الثاني وهو المذهب : تنزيل النصين على حالين ، فحيث قال : المهر مهر السر ، أراد إذا عقد في السر بألف ، ثم أتوا بلفظ العقد في العلانية بألفين تحملاً وهم متفقون على بقاء العقد الأول . وحيث قال : المهر مهر العلانية ، أراد إذا تواعدوا أن يكون المهر ألفاً ، ولم يعقد في السر ثم عقدوا في العلانية ، فالمهر مهر العلانية لأنه العقد .

ونقل ^(٢) الحناطي وغيره في المسألة نصاً ثالثاً ، وهو أنه يجب مهر المثل ويفسد المسمى ، وحلوه على ما إذا جرى العقد بألفين على أن يكتفى بألف ، أو على أن لا يلزمه إلا أداء ألف . والمعتبر في المسألة توافق الولي والزوج ، وقد يحتاج إلى مساعدة المرأة .

(١) في الأصل : عن .

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية : وحكى .

السبب السادس : مخالفة الأمر لا يشترط في إذن المرأة حيث يعتبر إذهنها تقدير المهر ، ولا ذكره . لكن لو قدرت فقالت : زوجني بألف مثلاً ، فزوجها الولي أو وكيله بخمسمائة ، لم يصح النكاح ، وألحق البغوي بهذه الصورة ما إذا زوجها الولي بلا مهر أو مطلقاً . وقيل : في صحة النكاح في صورة الولي قولان . ولو قالت لو وكيل الولي : زوجني ولم تتعرض للمهر ، فزوجها بدون مهر المثل ، فسد النكاح على المذهب . وقيل : قولان . أحدهما : يفسد . والثاني : يصح بمهر المثل . وذكر البغوي هذين الطريقين فيما لو وكل الولي بالتزويج مطلقاً ، فزوج الوكيل ونقص عن مهر المثل . وإذا قلنا : لا يصح نكاح الوكيل إذا نقص عن مهر المثل فلو أطلق التزويج ولم يتعرض للمهر ، ففيه احتمالان للإمام . أحدهما : لا يصح النكاح أيضاً ، لأن الإطلاق يقتضي ذكر المهر عرفاً . وأصحها : يصح مهر المثل لأن فعله مطابق للإذن . ولو أذنت للولي في التزويج مطلقاً ، فزوج بدون مهر المثل أو بلامهر ، فهل يبطل النكاح أم يصح بمهر المثل ؟ فيه القولان السابقان في السبب الخامس . أظهرهما : الصحة . وقيل : يفسد قطعاً كالوكيل . ولو قالت للولي أو للوكيل : زوجني بما شاء الخاطب ، فقال المأذون له للخطب : زوجتكها بما شئت ، فإن لم يعرف ما شاء الخاطب ، فقد زوجها بجهول ، فيصح النكاح بمهر المثل . وإن عرف ، فوجهان . أصحها : صحة المسمى لعلمها به . والثاني : يصح النكاح بمهر المثل ، وبه قال القاضي حسين لابهام اللفظ .

قلت : هذا المذكور في هذا السبب ، هو طريقة الخراسانيين . وأما العراقيون فقطعوا بصحة النكاح في كل هذه المسائل . قال صاحب « البيان » : إذا أذنت

في التزويج ، فزوجها وليها بلا مهر ، أو بدون مهر المثل ، أو بدون ما أذنت فيه ، أو بغير جنسه ، أو زوج الأب البكر الصغيرة أو الكبيرة بلا مهر أو بأقل من مهر مثلها ، أو وكل بعلاً فزوجها بلا مهر ، أو بأقل من مهر مثلها ، فقال أصحابنا البغداديون : يصح النكاح في كل الصور بمهر المثل ، وحكى الحواسانيون قولين في صحة النكاح في جميع ذلك . والله أعلم

فرع

قال الولي للوكيل : زوجها من شاءت ^(١) بكم شاءت ، فزوجها برضاها بغير كفء بدون مهر المثل ، صح . ولو قال : زوجها بألف فزوجها بمخمسة برضاها ، قال المتولي : الصحيح صحة النكاح ، لأن المهر حقها . وقيل : لا يصح لانه باشر غير ما وكل فيه .

فرع

جاء رجل وقال : أنا وكيل فلان في قبول نكاح فلانة بكذا ، فصدقه الولي والمرأة ، وجرى النكاح ، وضمن الوكيل الصداق ، ثم إن فلاناً أنكره وصدقناه باليمين ، فهل يطالب الوكيل بشيء من الصداق ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأن مطالبة الأصل سقطت والضامن فرعه . وأصحها وهو محكي عن نصح في « الإملاء » :

(١) في الأصل : شاء .

أنه يطالب بنصف الصداق ، لان المال ثابت عليها بزعمه ، فصار كما لو قال : لزيد على عمرو ألف وأنا ضامنه ، فأنكر عمرو ، يجوز لزيد مطالبة الضامن .

فرع

في « فتاوى البغوي » ، أنه إذا قال الولي للوكيل : لاتزوجها إلا بشرط أن ترهن بالصداق فلاناً ، أو يتكفله فلان ، صح وعلى الوكيل الاشتراط . فإن أهمله ، لم يصح النكاح . ولو قال : زوجها بكذا وخذ به كفيلاً ، فزوجها بلا شرط ، صح النكاح لانه أمره بأمرين امتثل أحدهما . وإن قال : لاتزوجها إذا لم يتكفل فلان ، ينبغي أن لا يصح التوكيل ، لان الكفالة تتأخر عن النكاح ، وقد منع العقد إلا بها ، وأنه إذا قال للوكيل : زوجها بألف وجارية ولم يصف الجارية ، فزوجها الوكيل بألف ، لم يصح . ولو قال : زوجها بنحمر^(١) أو خنزير أو مجهول ، فزوجها بألف درهم ، فإن كان ذلك نقد البلد وقدر مهر المثل ، أو أكثر ، صح النكاح والمسمى ، وإلا ، فلا .

الباب الثالث

في التفويض وحكم المفوضة

التفويض : أن تجعل الامر إلى غيره . ويقال : إنه الإهمال .
ومنه قوله^(٢) :

(١) في الأصل : نحمر .

(٢) في الأصل : قولهم .

لا يصلح الناس فوضى ... (١) وسميت المرأة مفوضة لتفويضها أمرها إلى الزوج أو الولي بلا مهر ، أو لأنها أمهلت المهر . ومفوضة ، بفتح الواو ، لان الولي فوض أمرها إلى الزوج ، وفي الباب طرفان .

أحدهما : في صورة التفويض .

والثاني : في حكمه .

أما الأول : فالتفويض ضربان . تفويض مهر ، وتفويض بضع . فتفويض المهر أن تقول لوليا : زوجني على أن المهر ماسئت أو ماسئت أنا ، أو ماشاء الخاطب ، أو فلان ، فإن زوجها على ما ذكرت من الابهام ، فحكمه ماسبق في آخر الباب السابق . وإن زوجها بما عين المذكور مشيئة ، صح المسمى وإن كان دون مهر المثل . وإن زوجها بلا مهر ، فهل يبطل النكاح ، أم يصح بمهر المثل ؟ فيه الخلاف السابق في آخر الباب السابق فيما إذا أطلقت الإذن وزوج الولي بدون مهر المثل ، وليس النكاح في هذه الصور خالياً عن المهر ، وليس هذا التفويض بالتفويض الذي عقدنا له الباب .

وأما تفويض البضع ، فالمراد به : إخلاء النكاح عن المهر ، وإنما يعتبر إذا صدر من مستحق المهر بأن تقول البالغة الرشيدة ، ثيباً كانت أو بكراً : زوجني بلا مهر أو على أن لامهر ، فيزوجها الولي وينفي المهر ، أو يسكت عنه . ولو قالت : زوجني وسكتت عن المهر ، فالذي ذكره الإمام وغيره ، أن هذا ليس بتفويض ،

(١) هو قطعة من بيت للأفوه الأودي ، وهو بتمامه :

لا يصلح الناس فوضى لامرأة لهم ولا سراة إذا جهلهم سادوا

لأن النكاح يعقد غالباً بمهر ، فيحمل الإذن على العادة ، فكأنها قالت : زوجني بمهر ، ويوافق هذا ماسبق . وفي بعض كتب العراقيين ما يقتضي كونه تفويضاً . ومن التفويض الصحيح أن يقول سيد الأمة : زوجتها بلامهر ، أو زوجها ساكتاً عن المهر .

ولو أذنت الحرة لولها في التزويج ، على أن لا مهر لها في الحال ولا عند الدخول ولا غيره ، وزوجها الولي كذلك ، فوجهان . أحدهما : بطلان النكاح . وأصحها : صحته . وعلى هذا ، هل هو تفويض فاسد فيجب مهر المثل ، أم يبلغى النفي في المستقبل ويكون تفويضاً صحيحاً ؟ وجهان ، وبالأول قال أبو إسحاق ، لأنه شرط فاسد ، والشرط الفاسد في النكاح يوجب مهر المثل . ولو زوجها الولي ونفى المهر من غير أن ترضى هي بمهر المثل ، فهو كما لو نقص عن مهر المثل . فإن كان مجبراً ، فهل يبطل النكاح ، أم يصح بمهر المثل ؟ قولان . وإن كان غير مجبر ، فهل يبطل قطعاً أم على القولين ؟ فيه طريقتان ، وقد سبق جميع هذا .

فرع

لا يصح تفويض المحجور عليها لسفه ، ولا الصبية المميزة . وإذا قالت السفية : زوجني بلامهر ، استفاد به الولي الإذن في النكاح ولغا التفويض .

فرع

نكحها على أن لا مهر لها ولا نفقة ، أو على أن لا مهر لها وتعطي زوجها ألفاً ، فهذا أبلغ في التفويض . ولو قالت للولي : زوجني بلامهر ، فزوجها بمهر المثل

من نقد البلد ، صح المسمى . وإن زوجها بدون مهر المثل أو بغير نقد البلد ، لم يلزم المسمى ، وكان كما لو نكحها تقويضاً .

الطرف الثاني : في حكم التفويض ، وفيه مسائل .

إحداها : هل تستحق المفوضة مهر المثل بنفس العقد ، أم لا يجب بنفس العقد ؟ فيه قولان . أظهرهما : الثاني . فعلى هذا ، إذا وطئها ، وجب مهر المثل على الصحيح . وعن القاضي حسين تخريج وجه : أنه لا يجب ، خروجه من وطء المرتنن المرهونة بإذن الراهن ، ظانا بالإباحة ، والجامع حصول الإذن من مالك البضع ، وموضع هذا الوجه على ما ذكره أكثر من نقله ^(١) ما إذا جددت إذنا في الوطء وصرحت بنفي المهر . قال الإمام : والقياس أن لا يشترط تجديد الإذن ، قال : وقد رأيت في بعض المجموعات ما يدل عليه ، وإذا قلنا بالصحيح وأوجبنا مهر المثل ، فهل تعتبر حالة الوطء ، أم يجب أكثر مهر من يوم العقد إلى الوطء ؟ فيه وجهان ، أو قولان . أظهرهما : الثاني .

الثانية : مات أحد الزوجين قبل الفرض والميسر ، فهل يجب مهر المثل أم لا يجب شيء ؟ فيه خلاف مبني على حديث يرّوِّع بنت واشق ، أنها نكحت بلامهر ، فمات زوجها قبل أن يفرض لها ، فقضى لها رسول الله ﷺ بمهر نساءها والميراث ، فقليل : إن ثبت الحديث ، وجب المهر ، وإلا فقولان . وقيل : إن لم يثبت ، فلا مهر ، وإلا فقولان . وقيل : إن ثبت ، وجب ، وإلا ، فلا ، وهو ظاهر لفظ « المختصر » . وقيل : قولان وهو الأصح ، وبه قال العراقيون والحلي ،

(١) في مخطوطة الظاهرية : نفاء .

واختلفوا في الأظهر منهما ، فرجع صاحب « التقريب » والمتولي ، الوجوب .
ورجح العراقيون والإمام والبقوي والرويانى ، أنه لايجب .

قلت : الراجح ترجيح الوجوب ، والحديث صحيح رواه أبو داود والترمذي
والنسائي وغيرهم . قال الترمذي : حديث حسن صحيح ، ولا اعتبار بما قيل في
إسناده ، وقياساً على الدخول ، فإن الموت مقرر كالدخول ، ولا وجه للقول الآخر
مع صحة الحديث . والله أعلم

فإن أوجبنا ، فيجب مهر المثل باعتبار يوم العقد ، أم يوم الموت ، أم أكثرهما ؟
فيه ثلاثة أوجه حكاهما الخناطي .

الثالثة : طلقها قبل الدخول ، إن كان فرض لها ، تشطر المفروض كالسمى في
العقد ، وإن لم يكن فرض لها ، فلا يشطر^(١) على المذهب ، وبه قطع الأصحاب .
وعن الشيخ أبي محمد والمتولي ، خلاف مبني على أن المهر يجب بالعقد أم لا ؟
قال الإمام : لا يعتد بهذا ، ولا يلتحق بالوجوه الضعيفة .

الرابعة : إذا قلنا : لا يجب المهر للمفوضة بالعقد ، فلها مطالبة الزوج بفرض
مهر قبل المسيس . وإن أوجبناه بالعقد ، فمن قال : يشطر بالطلاق قبل المسيس ،
قال : ليس لها طلب الفرض ، لكن لها طلب المهر نفسه ، كما لو وطئها ووجب مهر
المثل ، تطالب به لا بالفرض . ومن قال : لا يشطر . قال : لها طلب الفرض
ليتقرر الشطر فلا يسقط بالطلاق ، وهذا هو المذهب . ولها حبس نفسها للفرض ،

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : إن كان فرض لها يشطر المفروض كالسمى في العقد

وإلا فلا شطر .

وهل لها حبس نفسها لتسليم المفروض ^(١) ؟ قال البغوي والرويانى : نعم كالسمى .
وحكى الإمام عن الأصحاب المنع ، وبه قطع الغزالي لأنها ساحت بالمهر ، فكيف
تضايق في تقديمه ^(٢) .

فرع

الفرض يوجد من الزوج ، أو القاضي ، أو أجنبي .

الضرب الأول : إذا فرض الزوج ، نظر ، إن لم ترض به المرأة ، فكأنه
لم يفرض وفيما علق عن الإمام ، أنه لا يشترط القبول منها ، بل يكفي طلبها
وإسعافه ، وليكن هذا فيما إذا طلبت عينا أو مقدراً فأجابها ، أما إذا أطلقت الطلب ،
فلا يلزم أن تكون راضية بما يعينه أو يقدره . أما إذا تراضيا على مهر ، فينظر ،
إن جهلا قدر مهر المثل ، أو جهله أحدهما ، ففي صحة الفرض قولان . أظهرهما
عند الجمهور : صحته وهونسه في « الإملاء » والقديم . وإن كانا عالمين به ، صح
ما فرضاه . ويجوز إثبات الأجل في المفروض على الأصح ، ويجوز أن يكون
زائداً على مهر المثل إن كان من غير جنسه ، وكذا إن كان منه على المذهب .

الضرب الثاني : فرض القاضي ، وذلك إذا امتنع الزوج من الفرض ، أو تنازعا
في قدر المفروض ، فيفرضه ، ولا يفرض إلا من نقد البلد حالا . ولورضيت بالأجل ،
لم يؤجل ، بل تؤخر هي إن شاءت ، ولا يزيد على مهر المثل ولا ينقص ، كما في
قيم المتلفات . ولكن الزيادة والنقص اليسير الذي يقع في محل الاجتهاد ، لا اعتبار

(١) في نسخة : وهل لها حبس نفسها لتقبض .

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية زيادة نصها : قلت : الأول أصح ، وصححه في

المحرر ، والله أعلم .

به ، ويشترط علمه بقدر مهر المثل . قال الشيخ أبو الفرج : وإذا فرض ، لم يتوقف لزومه على رضاها ، لأنه حكم منه ، وحكم القاضي لا يفتقر لزومه الى رضى الخصمين .

الضرب الثالث : فرض الأجنبي . فإذا فرض أجنبي للمفوضة مهراً يعطيه من مال نفسه برضاها ، لم يصح على الأصح . فإن صححنا ، طالبت الأجنبي بالمفروض ، وسقطت المطالبة عن الزوج . وعلى هذا ، لو طلقت قبل الدخول ، فنصف المفروض يعود إلى الزوج أم الى الأجنبي ؟ فيه الوجهان السابقان فيما اذا تبرع أجنبي بأداء المسمى ثم طلقت قبل المسيس ذكرناهما فيما لو أصدق عن ابنه .

فرع

أبرأت المفوضة عن المهر قبل الفرض والميس ، فإن قلنا : يجب المهر بالعقد ، صح الإبراء إن كانت تعلم مهر المثل ، فإن جهلته ، ففي صحة الإبراء عن المجهول قولان سبقا في « الضمان » . أظهرهما : المنع . فإن منعنا ، فذلك فيما زاد على المتيقن . وفيما استيقنته وجهان من تفريق الصفقة .

وإن قلنا : لا يجب المهر بالعقد ، فهو إبراء عما لم يجب ، وجرى سبب وجوبه . وفي صحته قولان كالقولين في ضمانه . أظهرهما : فساده ، فحصل أن المذهب فساد إبراهيم .

ولو أسقطت حق الفرض ، لم يسقط كإسقاط زوجة المولي ، ولو أبرأت عن المتعة قبل الطلاق ، فهو إبراء عما لم يجب . وإن أبرأت بعدئ ، فإبراء عن مجهول . ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير ، فأبرأته عن المسمى ، فهو لغو ، لأن الواجب غيره . وإن أبرأته عن مهر المثل وهي عاتمة به ، صح .

فرع

لزوجته عليه مهر تيقن أنه لا ينقص عن ألف ، واحتمل أن يزيد عليه إلى ألفين ، ورغباً في البراءة ، فينبغي أن تبرئه عن ألفين ، ذكره البغوي . ولو قبضت ألفاً ، وأبرأته من ألف إلى ألفين ، فإن بان أن مهرها ألف أو فوق الألف إلى ألفين ، فالبراءة حاصلة ، وإن بان فوق الألفين ، فعليه الزيادة ، وحصلت البراءة من ألفين ، والقول بحصول البراءة إذا بان فوق ألف إلى ألفين ، تفريع على أنه إذا قال : ضمنت من واحد إلى عشرة ، أو أبرأت ، صح الضمان والإبراء ، وهو الأصح . ولو دفع الزوج إليها ألفين ، وحلل لها ما بين ألف وألفين ، حل لها ذلك إن بان فوق ألف إلى ألفين . وإن بان دون ألف ، فعليها رد قدر التفاوت بين مهرها وبين الألف ، لأنه لم يدخل في التحليل ، وبحصل الفرض من جهة الزوجة بلفظ التحليل والإبراء ، أو الإسقاط والعفو . وأما من جهة الزوج ، فيشترط لفظ صالح لتمليك الأعيان . فإن تصرف في المدفوع وصار ديناً ، جرت فيه الألفاظ .

فرع

قال لمن عليه ألف درهم : أبرأتك عن ألف درهم ، ثم قال : لم أعلم وقت الإبراء أنه كان لي عليه شيء ، لا يقبل قوله في الظاهر . وفي الباطن وجهان . قال الاصطخري : لا يقبل أيضاً لأنه ورد على محل حقه . وقال غيره : يقبل ، والخلاف مأخوذ بما إذا باع مال أبيه ظاناً حياته فبان ميتاً .

فصل

ذكرنا أن المفروض فرضاً صحيحاً ، كالمسمى في العقد ، حتى يتشطر (١) بالطلاق قبل الدخول . فلو فرض فاسداً كخمر ، لغا ، ولم يؤثر في تشطر مهر المثل ، بخلاف التسمية الفاسدة في العقد ، فإنها تشطره .

فرع

نكح ذمي ذمية على أن لامهر ، وترافعا إلينا ، حكمنا بحكمنا في المسلمين .

فصل

في بيان مهر المثل

ويحتاج إليه في مواضع . منها : المفوضة ، وفي التفويض الفاسد ، وفي التسمية الفاسدة ، وفيما إذا نكح نسوة بمهر واحد وقلنا : يوزع على مهور أمثالهن ، وفي وطء الشبهة والإكراه على الزنا ، وفيه مسائل .

إحداها : مهر المثل هو القدر الذي يرغب به في أمثالها ، والركن الأعظم في الباب النسب ، وينظر إلى نساء عصاباتهما ، وهن المنتسبات إلى من تنسب هذه إليه كالأخت وبنت الأخت ، والعمة وبنت العم ، ولا ينظر إلى ذوات الأرحام ، ويراعى في نساء العصة قرب الدرجة ، وأقربهن الأخوات من الأبوين ، ثم من

(١) في الأصل : يشترط ، وهو خطأ .

الأب ، ثم بنات الاخوة من الأبوين ، ثم من الأب ، ثم العمت كذلك ، ثم بنات الأعمام . فإن تعذر اعتبار نساء العصة ، اعتبر بذوات الأرحام كالجدات والحالات ، وتقدم القربى فالقربى من الجهات ، وكذا تقدم القربى فالقربى من الجهة الواحدة كالجدات . ولا يتعذر اعتبار نساء العصة بموتهن ، بل يعتبر بعد موتهن ، وإنما يتعذر بفقدن من الأصل ، وقد يكون للجهل بمقدار مهورهن ، أو لأنهن لم ينكحن . فإن تعذرت ذوات الأرحام ، اعتبرت بمثلها من الأجنيات ، وكذا إن لم يكن نسبها معلوماً ، وتعتبر العربية بعربية مثلها ، والأمة بأمة مثلها ، وينظر إلى شرف سيدها وخيسته ، ومهر المعتقة بمعققة مثلها . وفي وجه : تعتبر المعتقة بنساء الموالى .

الثانية : يعتبر مع ما ذكرناه البلد . فإذا كان نساء عصبانها ببلدين هي في إحداها ، اعتبر بعصبات بلدها . فإن كن كلهن ببلدة أخرى ، فالاعتبار بهن لا بأجنيات بلدها ، وتعتبر المشاركة في الصفات المرغبة ، كالعفة ، والجمال ، والسن ، والعقل ، واليسار ، والبكارة ، والعلم ، والفصاحة ، والصراحة ، وهي أن تكون شريفة الأبوين ، وسائر الصفات التي تختلف بها الأغراض . وفي وجه : لا اعتبار باليسار وهو بعيد ، ومتى اختصت بصفة مرغوبة ، زيد في مهرها . وإن كان فيها نقص ليس في النسوة المعتبرات مثله ، نقص من المهر بقدر ما يليق به .

الثالثة : المعتبر غالب عادة النساء المعتبرات . فلو ساحت واحدة منهن ، لم يلزم الباقيات المسامحة ، إلا أن يكون لنقص دخل النسب وفترات الرغبات .

الرابعة : مهر المثل يجب حالاً من نقد البلد ، كقيمة المتلفات . وإن رضيت بالتأجيل ، لا يوجب الحاكم مؤجلاً ، لكن لها أن تسامح بالإنظار . فإن كانت النسوة المعتبرات ينكحن بمؤجل أو بصداق بعضه مؤجل ، لم يؤجل الحاكم أيضاً

لكن ينقص مايلقى بالأجل . وان جرت عادتهن بمساحة العشيرة دون غيرهم ، خففنا مهر هذه في حق العشيرة دون غيرها . وكذا لو كن يخففن ، اذا كان الزوج شريفاً ، خفف في حق الشريف دون غيره . وعن الشيخ أبي محمد : أنه لايلزم التخفيف في حق العشيرة والشريف . وقيل : مهر المثل الواجب بالعقد يجوز أن يختلف دون الواجب بالاتلاف ، والصحيح الاول .

فرع

تقادم العهد لايسقط مهر المثل عندنا .

فرع

الوطء في النكاح الفاسد ، يوجب مهر المثل باعتبار يوم الوطء كالوطء بالشبهة ، ولا يعتبر يوم العقد ، إذ لاحرمة للعقد الفاسد .

فرع

إذا وطئ مراراً بشبهة واحدة ، أو في نكاح فاسد ، لم يجب إلا مهر واحد . ولو وطئ بشبهة ، فزالت تلك الشبهة ، ثم وطئ بشبهة أخرى ، وجب مهران . ولو أكرهها على الزنا ، وجب بكل وطأة مهر ، لأن الوجوب هنا بالاتلاف ، وقد تعدد . ولو وطئ الأب جارية الابن مراراً من غير إحبال ، فقليل : يجب بكل وطء مهر . والأصح أنه لايجب إلا مهر واحد ، لأن شبهة الاعفاف تعم الوطآت ، وخصص البغوي الوجهين بما إذا اتحد المجلس ، وجزم بالتكرار عند اختلاف المجلس . ووطء الشريك المشتركة ، والسيد المكتبة مراراً ، كوطآت جارية الابن . وإذا وجب مهر واحد بوطآت ، اعتبر أكمل الأحوال .

الباب الرابع

في تشطر الصداق

بالطلاق قبل الدخول يشطر الصداق بين الزوجين ، وفي الباب أطراف .

[الطرف] الأول : في موضع التشطر وكيفيته .

أما موضعه ، فيتشطر الصداق قبل الدخول بالطلاق والخلع . وفيها إذا طلقت نفسها بتفويضه إليها ، أو علّق طلاقها بدخول الدار فدخلت ، أو طلقها بعد مدة الإيلاء بطلبها ، وبكل فورة تحصل لا بسبب من المرأة ، بأن أسلم أو ارتد أو أرضعت أم الزوجة الزوج وهو صغير ، أو أم الزوج أو ابنة الزوجة الصغيرة ، أو وطئها أبوه أو ابنه بشبهة وهي تظنه زوجها ، أو قذفها ولاعن . فأما إذا كان الفراق منها أو بسبب فيها ، بأن أسلمت أو ارتدت ، أو فسخت النكاح بعق أو عيب ، أو أرضعت زوجة أخرى له صغيرة ، أو فسخ النكاح بعيها ، فيسقط جميع المهر ، وشراؤها زوجها يسقط الجميع على الأصح ، وشراؤه زوجته يشطر على الأصح .

فرع

إذا طلق المفوضة قبل الفرض والدخول ، فالقول في التشطر سبق . وأما غير المفوضة ، فكل صداق واجب ورد عليه الطلاق قبل الدخول شطره ، سواء فيه

المسمى الصحيح في العقد ، والمفروض بعده ، ومهر المثل إذا جرت تسمية فاسدة في العقد .

فصل

وأما كيفية التشطر ، ففيها أوجه . الصحيح أنه يعود إليه نصف الصداق بنفس الفراق . والثاني : أن الفراق يثبت له خيار الرجوع في النصف ، فإن شاء يملكه وإلا فيتركه كالشفعة . والثالث : لا يرجع إليه إلا بقضاء القاضي . وحكى العبادي ، أن أبا الفضل القاساني الزاهد ، حكى الثالث قولاً قديماً . وأنكر جمهور الأصحاب كونه قولاً أو وجهاً ، فاذا قلنا : يثبت الملك بالاختيار ، فطلقها على أن يسلم لها كل الصداق ، وهذا إعراض منه ورضى بسقوط حقه ، فيسلم لها جميعه . وعلى الصحيح يلغو قوله ، ويتشطر المهر كما لو أعتق ونفى الولاء . ولو طلق ثم قال : أسقطت خياري ، وقلنا : الطلاق يثبت الخيار ، فقد أشار الغزالي إلى احتمالين . أحدهما : يسقط كخيار البيع . وأرجحها : لا ، كما لو أسقط الواهب خيار الرجوع ، ولم يجز هذا التردد فيما لو طلق على أن يسلم لها كل الصداق . ويجوز أن يسوي بين الصورتين . ولو حدثت زيادة في الصداق بعد الطلاق ، فعلى الوجه الأول : الصحيح نصفها للزوج ، وعلى الثاني : إن حدثت قبل اختيار التملك ، فالجميع للزوجة كالحادث قبل الطلاق ، هذا إذا كانت الزيادة منفصلة ، فإن كانت متصلة وقلنا بالأول ، فالنصف بزيادته للزوج . وإن قلنا بالثاني ، فوجهان . أصحها : كذلك . والثاني : يمنع الرجوع إلا برضاها . وإن حدث نقص ، فإن قلنا : يملك بالاختيار ، فإن شاء أخذه ناقصاً بلا أرش ، وإن شاء تركه وأخذ نصف قيمته صحيحاً . وإن قلنا : يملك بنفس الطلاق ، فإن

وجد منها تعدّي ، بأن طالها برد النصف ، فامتنت ، فله النصف مع أرش النقص وإن تلف الكل والحالة هذه ، فعليها الضمان . وإن لم يوجد تعدّي ، فوجهات . أحدهما وهو ظاهر النص وبه قال العراقيون والروائي : أنها تغرم أرش النقص . وإن تلف ، غرمت البديل لأنه مقبوض عن معاوضة كالبيع في يد المشتري بعد الإقالة . وفي « الأم » نص يشعر بأنه لاضمان ، وبه قال المراوزة ، لأنه في يدها بلا تعدّي ، فأنشبه الوديعة . فعلى الأول ، لو قال الزوج : حدث النقص بعد الطلاق فعليك الضمان ، وقالت : قبله ولا ضمان ، فأبها المصدق ؟ وجهان . أصحها : المرأة ، وبه قطع الشيخ أبو حامد وابن الصباغ . ولو رجع كل الصداق إليه بردها ، أو فسخ وتلف في يدها ، فمضمون عليها كالبيع يفسخ بإقاله أو ردّ بعيب . قال الإمام : وحكم النصف عند رده كالطلاق .

فرع

إذا قلنا : يملك بالاختيار ، فهل تملك الزوجة التصرف بعد الطلاق قبل الاختيار ؟ وجهان حكاهما الامام . قال : القياس أنها تملك كما قبل الطلاق ، وكما يملك المتهب قبل رجوع الواهب .

فرع

إذا كان الصداق ديناً ، سقط نصفه بمجرد الطلاق على الصحيح ، وعند الاختيار : على الثاني ، ولو أدى الدين والمؤدى باقٍ ، فهل لها أن تدفع قدر النصف من موضع آخر لأن العقد لم يتعلق بعينه ؟ أم يتعين حقه فيه لتعيينه بالدفع ؟ وجهان . أصحها : الثاني .

الطرف الثاني في تغير الصداق قبل الطلاق . إذا أصدقها عيناً ، ثم طلقها قبل الدخول ، فإن كانت تالفة ، رجع بنصف مثلها إن كانت مثلية ، أو نصف قيمتها إن كانت متقومة . وإن كانت باقية ، فإن لم يحدث فيها تغير ، رجع في نصفها كما سبق . وإن حدث تغير وهو مقصود الفصل ، فهو نقص أو زيادة أو كلاهما ، فهي ثلاثة أقسام . الأول : نقص محض وهو نوعان ، نقص صفة ونقص جزء . النوع الأول : نقص الصفة كالعمى والعمور ، ونسيان الصنعة ، وهو ضربان . حادث في يدها ، وحادث في يده .

الضرب الأول : أن يحدث في يدها ، فالزوج بالخيار ، إن شاء رجع إلى نصف قيمة الصداق سليماً ، وإن شاء قنع بنصف الناقص بلا أرش . هذا قول الأصحاب . قال الإمام : ويحتمل أن يقال : يجب الأرش ، وجعل الغزالي هذا الاحتمال وجهان .

الضرب الثاني : أن يحدث في يده قبل قبضها وأجازت ، فله عند الطلاق نصفها ناقصاً ، ولا خيار له ولا أرش ، لأنه نقص وهو من ضمانه ، لكن لو حدث النقص بجنابة وأخذت الارش ، فهل له نصف الارش ، لأنه بدل الفاتت أم لاشيء [له] ^(١) من الارش كزيادة منفصلة ؟ فيه وجهان . أصحهما : الأول .

النوع الثاني : نقص جزء ، بأن أصدقها عيدين وقبضها ، قتل أحدهما في يدها ثم طلقها ، فثلاثة أقوال . أظهرها : يرجع إلى نصف الباقي ونصف قيمة التالف . والثاني : أنه يأخذ الباقي بحقه إن استوت قيمتها . والثالث : يتخير بين أن يأخذ نصف الباقي ونصف قيمة التالف ، وبين أن يأخذ نصف قيمة العيدين .

(١) زيادة من إحدى نسخ الظاهرية .

القسم الثاني : زيادة محضة وهي صنفان ، منفصلة ومتصلة . أما المنفصلة ، كاللبن ، والولد ، والكسب ، فيسلم للمرأة - سواء حصلت في يدها أو في يد الزوج ، ويختص الرجوع بنصف الاصل . ثم في « الشامل » و « التمتة » : إن قولنا : يرجع بنصف الاصل ويبقى الولد لها ، مفروض في غير الجوازي ، وليس له الرجوع في نصف الجارية ، لأنه يتضمن التفريق بين الام والولد ، بل يرجع إلى القيمة . فان وافقته الزوجة ورضيت برجوعه إلى نصف الام ، فهو كالتفريق بين الام والولد بالبيع .

الصنف الثاني : الزيادة المتصلة ، كالسمن ، وتعلم صنعة ، فلا يستقل الزوج بالرجوع إلى عين النصف ، بل يخير الزوجة . فان أبت ، رجع إلى نصف القيمة بغير تلك الزيادة . وإن سمحت ، أجبر على القبول ولم يكن له طلب القيمة . وحكى الحناطي وجهاً ، أنه لا يجبر للمنة ، والصحيح الاول . قال الأصحاب : لا تمنع الزيادة المتصلة الاستقلال بالرجوع إلا في هذا الموضع . فأما في سائر الاصول ، كالمبيع في يد المفلس ، والموهوب في يد الولد ، والمردود بالعيب في البيع ، فلا تمنع الزيادة المتصلة الرجوع ، بل يستقلون بالرجوع معها ، وفرقوا بأن الرجوع في هذه الصور بالفسخ ، وهو رفع العقد من أصله أو حينه . فان رفع من أصله ، فكأنه لا عقد . وإن رفع من حينه ، فالفسخ مشبه^(١) بالعقد ، والزيادة تتبع الاصل في العقد ، فكذا في الفسخ ، وعود الشرط بالطلاق ليس فسخاً ، ولهذا لو سلم العبد الصداق من كسبه ثم عتق وطلق ، عاد النصف إليه لا إلى السيد ، وإنما هو ابتداء ملك يثبت فيما فرض صداقاً . وفرق أبو إسحاق

(١) في الأصل : شبه .

بين الصداق وصورة الافلاس ، بأن^(١) غريم المفلس لو منعناه الرجوع إلى العين ، لم يتم له الثمن لمزاحمة الغرماء ، وهنا إذا لم تسلم العين ، سلمت القيمة بتمامها ، فلا ضرر ، حتى لو كانت محجوراً عليها بفلس عند الطلاق ولو ترك العين لاحتاج إلى المضاربة ، قال : يرجع إلى العين بزيادتها بغير رضاها . وعول الأكثرون على الفرق الاول ، ومنعوا استقلاله بالرجوع وإن كانت محجوراً عليها ، واعتبروا في الرجوع حينئذ رضاها ورضى الغرماء . وحكى الإمام وجهاً أن كونها محجوراً عليها ، يمنع الرجوع وإن^(٢) لم تكن زيادة ، لتعلق حق الغرماء قبل ثبوت الرجوع ، والزوائد المنفصلة والمتصلة فيما سوى الطلاق من الأسباب المشطرة كهي في الطلاق .

وأما ما يوجب عود جميع الصداق إلى الزوج ، فينظر فيه ، إن كان سببه عارضاً كالرضاع وردتها ، فكذلك الحكم . وفي ردتها وجه أن الزوج يستقل بالرجوع في الزوائد المتصلة . وإن كان السبب مقارناً كالفسخ بعيه أو عيها ، فالذي قطع به الجمهور ، أنه يعود بزيادته إلى الزوج ، ولا حاجة إلى رضاها كفسخ البيع بالعيب . وقال المتولي : إن قلنا في الفسخ بعد الدخول : يبقى المسمى لها ، فهو كما لو كان السبب عارضاً . وإن قلنا : يوجب مهر المثل ، فهل يستند الفسخ إلى أصل العقد ويرفع^(٣) أصله ، أم لا ؟ فيه خلاف . إن قلنا : لا ، فالحكم كما سبق ، وإن قلنا : نعم ، عاد الصداق إليه بزوائده المتصلة والمنفصلة .

(١) في الأصل : فإن .

(٢) في الأصل : فإن .

(٣) في نسخته : ويدفع .

فرع

إذا امتنع الرجوع إلى نصف عين الصداق ، رجع بنصف قيمة الجملة بغير زيادة ولا نقص ، ولا يقال : يرجع بقيمة النصف . ووقع في كلام الغزالي بقيمة النصف ، وهو تساهل في العبادة ، والصواب ما ذكرنا ، لأن التشقيص غيب .

القسم الثالث : إذا تغير الصداق بالزيادة والنقص معاً ، إما بسبب واحد ، بأن أصدقها عبداً صغيراً فكبر ، فإنه ^(١) نقص بسبب نقص القيمة ، ولأن الصغير يدخل على النساء ، ولا يعرف الغوائل ، ويقبل التأديب والرياضة ، وفيه زيادة بقوته على الشدائد والأسفار ، وحفظ ما يستحفظه . وكما إذا أصدقها شجرة فكبرت فقل ثمرها وزاد حطبها .

وإما بسببين ، بأن أصدقها عبداً فتعلم القرآن واعور ، فثبت لكل منها الخيار ، وللزوج أن لا يقبل العين لنقصها ، ويعدل إلى نصف القيمة ، ولها أن لا تبذلها لزيادتها وتدفع نصف القيمة . فإن اتفقا على رد العين ، جاز ، ولا شيء لأحدهما على الآخر . وليس الاعتبار بزيادة القيمة ، بل كل ما حدث وفيه فائدة مقصودة ، فهو زيادة من ذلك الوجه وإن نقصت القيمة كما ذكرنا في كبر العبد .

فرع

أصدقها جارية حائلاً ، فجلت في يدها وطلقها قبل الدخول ، فهو زيادة من وجه ونقص من وجه ، للضعف في الحال ، وخطر الولادة . فان لم يتفقا على نصف الجارية ،

(١) في الأصل : فكأنه .

فالمعدول إليه نصف قيمة الجارية ، وليس لأحدهما إجبار الآخر . وحكى الحناطي وجهاً ، أن الزوج يجبر إذا رضيت برجوعه إلى نصف الجارية حاملاً بناءً على أن الحمل لا يعرف ، ومقتضى هذا أن تجبر هي أيضاً إذا رغب الزوج في نصفها حاملاً ، والصحيح الأول . وأما الحمل في البهيمة ، فكالجارية . وقيل : زيادة محضة ، إذ لا خطر فيه ، والأول أصح ، لأنه لا يحمل عليها حاملاً ما يحمل حائلاً ، ولأن لحم الحامل أردأ .

فرع

أصدقها أرضاً فحرثتها ، فإن كانت الأرض معدة للزراعة ، فزيادة محضة . وإن كانت معدة للبناء ، فنقص محض ، فحينئذ إن أراد الرجوع إلى نصف عينها ، مكن ، وإن أبى ، رجع إلى نصف القيمة بلا حراثة . وإن زرعها ، فنقص محض ، فإن اتفقا على الرجوع إلى نصف العين وترك الزرع إلى الحصاد ، فذاك . قال الإمام : وعليه إبقاؤه بلا أجر ، لأنها زرعت ملكها الخالص . وإن رغب فيها الزوج وامتنعت ، أجبرت . وإن رغبته هي ، فله الامتناع ، ويأخذ نصف قيمة الأرض . فإن قالت : خذ نصف الأرض مع نصف الزرع ، ففي إجباره طريقان . أحدهما : وجهاً كما سنذكره إن شاء الله تعالى في الثار . والثاني : القطع بالمنع ، لأن الزرع ليس من عين الصداق ، بخلاف الثمرة ، والمذهب المنع كيف كان . وإن طلقها بعد الحصاد ، وبقي في الأرض أثر العمارة ، وكانت تصلح لما لا تصلح له قبل الزراعة ، فهي زيادة محضة ولو غوستها ، فكما لو زرعها . لكن لو أراد أن يرجع في نصف الأرض ويترك الغراس ، ففيه وجه أنها لا تجبر ، لأن الغراس للتأييد . وفي إبقائه في ملك الغير ضرر . ولو طلقها والأرض مزروعة أو مغروسة ،

فبادرت بالقلع ، نظر ، إن بقي في الارض نقص لضعفها بها وهو الغالب ، فهو على خيرته ، وإلا انحصر حقه في الارض .

فصل

أصدقها نخيلاً حوائل ، ثم طلقها وهي مطلعة ، فليس له أخذ نصف الطلع قهراً ، ولا نصف العين قهراً ، لأن الطلع كزيادة متصلة فيمنع الرجوع قهراً . فان رضيت بأخذه نصف النخل والطلع ، أجبر على المذهب . وقيل : وجهان كالثمرة المؤبرة ، أما إذا طلقها وعليها ثمار مؤبرة ، ففيها مسائل .

إحداها : ليس له تكليفها قطع الثمرة ليرجع إلى نصف العين . فلو بادرت بقطعها ، أو قالت : اقطعها ليرجع ، فليس للزوج إلا الرجوع إلى نصف الشجر إذا لم يمتد زمن القطع ولم يحدث به نقص في الشجر بانكسار سعف وأغصان .

الثانية : أراد الرجوع في نصف النخل وترك الثمار إلى الجداد فأبت ^(١) ، أجبرت على الأصح عند الجمهور ، منهم العراقيون ، وبه قطع البغوي ، لأن الأشجار في يدها كسائر الأموال ^(٢) المشتركة . ورجح المتولي منع الاجبار ، وأشار إلى ترجيحه الإمام والغزالي ، لأنها قد [لا] ^(٣) ترضى بيده ودخوله البستان . قال الإمام : ولأنه لا بد من تنمية الثمار بالسقي ، ولا يمكن تكليفها ^(٤) السقي ، لأن نفعه غير مختص بالثمر ، بل ينفع به الشجر أيضاً ، ولا يمكن تكليفها ^(٤) ترك السقي لتضرر الثمر

(١) في الأصل : فبانت .

(٢) في نسخ الظاهرية : الأملاك بدل الأموال .

(٣) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

(٤) في إحدى نسخ الظاهرية : تكليفها .

والشجر . ولمن قال بالاول أن يقول : حكم السقي هنا حكمه فيما إذا اشترك اثنان في الشجر وانفرد أحدهما بالثمر في غير الصداق .

الثالثة : أرادت رجوعه^(١) في نصف الشجر وترك غيرها إلى الجداد ، فله الامتناع وطلب القيمة ، لأن حقه في الشجر خالية ، وليس لها تكليفه تأخير الرجوع إلى الجداد ، لأن حقه ناجز في العين أو القيمة . ولو قال : أؤخر الرجوع إلى الجداد ، فلها الامتناع لان نصيبه يكون مضموناً عليها ، كذا وجهه ، وهو تفريع على أن النصف الراجع إليه يكون مضموناً عليها ، وفيه خلاف سبق . ولو قال : أرجع ويكون نصبي وديعة عندك وقد أبرأتك عن ضمانه ، فوجهان لها التفات إلى ابراء الغاصب مع بقاء المغصوب في يده . وزاد من نظر إلى السقي ، فقال : ليس لها أن تقول : أرجع واسق ، لان فائدة السقي تعود إلى نصيبها من الشجر وإلى الثمار وهي خالصة لها ، ولا أن تقول : أرجع ولا تسق ، لانه يتضرر . ولو قالت : أرجع وأنا لا أسقي وإليك الحيرة في السقي وتركه ، أو قال : أرجع ولا أسقي ولك الخيار في السقي وتركه ، لم يلزم الآخر الاجابة ، لأنه إن ترك السقي تضرر ، وإن سقى اختص بالمؤنة دون الفائدة . ولو قال الزوج : أرجع إلى النصف واسق والتزم المؤنة ، أو قالت : أرجع وأنا أسقي ، فهل يلزم الآخر الاجابة ؟ وجهان . أصحابها : المنع ، لأنه وعد وقد لا يفي به . فإن قلنا بالاجابة ، فبدا للملتزم وامتنع ، تبينا أن الملك لم يرجع إلى الزوج ، وكأنه موقوف على الوفاء بالوعد ، وألحقوا بهذه الصورة ما إذا أصدقها جارية فولدت في يدها ولداً مملوكاً ثم طلقها قبل الدخول ، فقال : أرجع إلى نصف الجارية وأرضى

(١) في الأصل : برجوعه .

أن ترضع الولد ، ففيه ^(١) الوجهان . قال الإمام : ونص الشافعي رحمه الله يدل على أنه لا يجاب . ولو قال : أرجع وأمنعها الارضاع ، لم تُجَبْ بلا خلاف . وفي هذه المسألة وراء الارضاع ومضي زمانه شيء آخر ، وهو التفريق بين الأم والولد . وقد ذكرنا ما ذكره صاحباً « الشامل » و « التتمة » فيه .

الرابعة : وهبت له نصف الثمار ليشتركا في الثمر والشجر ، فهل يجب القبول لأن الثمر متصل كالسمن ، أم لا ، لأن الثمرة المؤبرة كالمنفصلة ولا يجبر على قبول ملك الغير ؟ وجهان . أصحها : الثاني .

الخامسة : تراضيا على الرجوع في نصف الشجر في الحال ، أو على تأخير الرجوع إلى الجداد ، مكنّا منه . وإذا بدا لأحدهما في التأخير ، مكنّ من الرجوع عنه . وقال المعللون بالسقي : إن رضا بالرجوع في الحال على أن يسقي من شاء منها متبوعاً ، أو على أن يتركاً أو أحدهما السقي ، فمن التزم السقي ^(٢) ، فهو وعد لا يلزم ^(٣) الوفاء به ، لكن إذا لم يف ، تبينا أن الملك لم يعد إلى الزوج . ومن ترك السقي ، لم يمكن ^(٤) من العود إليه . هذا حاصل المسألة ، ولم أر تعرضاً للسقي إلا للإمام ومن نحا نحوه .

فرع

ظهور النور في سائر الأشجار كبدو* الطلع في النخل ، وانعقاد الثمار مع تناثر النور ، كالتأبير في النخل .

(١) في الأصل : فيه .

(٢) في الأصل : في القسي .

(٣) في الأصل : لأن يلزم .

(٤) في الأصل : لم يكن .

فرع

أصدقها نخلة عليها ثمرة مؤبرة ، وطلقها قبل الدخول ، فله نصف الثمرة مع نصف النخلة ، سواء جدت الثمرة أم لا . وإن أصدقها والثمره مطلعة ، وطلقها وهي بعد مطلعة ، أخذ نصفها مع الطلع . ونقل المتولي وجهاً أنه إذا امتد الزمان بحيث يزداد في مثله الطلع ، لا يجوز له الرجوع فيه ، هذا لفظه . ولو قال : لم يجوز له الرجوع بغير رضاها ، لكان أحسن . فلو كانت مؤبرة عند الطلاق ، فهل له في الثمرة حق ؟ فيه طريقتان . أحدهما : على قولين كما إذا أصدقها جارية حاملاً فولدت قبل الطلاق ، والمذهب القطع بثبوت حقه في الثمرة لأنها مشاهدة متيقنة ، ويجوز لإفرادها بالعقد بخلاف الحمل . فإن أثبتنا له حقاً في الثمرة ، لم يأخذ إلا برضاها لأنها زادت . فإن لم ترض ، أخذ نصف الشجر مع نصف قيمة الطلع .

فرع

أصدقها جارية حاملاً فطلقها قبل الدخول ، نظر ، إن طلقها وهي بعد حامل ، فله نصفها حاملاً ، ويجيء عند امتداد الزمان الوجه الذي حكاه المتولي في الفرع قبل هذا . وإن طلقها وقد ولدت ، فالكلام في الأم ثم الولد ، أما الأم ، فلا يأخذ نصفها إن كان الولد رضيعاً لثلاث يتضرر ، لكن يرجع إلى نصف القيمة وإن كان فطياً ، فإن كان في زمن التفريق المحرم ، فعلى ما تقدم ، وإلا فله نصفها . وإن نقصت قيمتها بالولادة ، نظر ، إن ولدت في يد الزوج ، فعلى ما سبق من حكم النقص في يد الزوج . وإن ولدت في يد الزوجة ، فله الخيار ، إن شاء أخذ نصفها ولا شيء له معه ، وإن شاء رجع إلى نصف القيمة . وأما الولد ، فهل

للزوج حق في نصفه ؟ يبنى على أن له قسطاً من الثمن في المبيع ، وفيه قولان سبقا في مواضع . أظهرهما : نعم . فإن قلنا : لا ، فلا حق له فيه ، لأنه حادث في ملكها ، وإن قلنا : نعم ، فوجهان . أحدهما : له فيه حق كما لو أصدقها عيني ، لكن الولد زاد بالولادة ، فلها الحيار . فإن رضيت برجوع الزوج في نصفه ونصف الام ، أجبر على قبوله . وإن أبت ، قال المتولي : لا يرجع في نصف الجارية للتفريق ، لكن يرجع في نصف قيمتها ونصف قيمة الولد يوم انفصاله . والثاني : لاحق له فيه لانه لاقية له قبل الانفصال .

قلت : الاول أصح . والله أعلم

ولو كانت الجارية المصدقة حائلاً ، وطلقها حاملاً ، فقد سبق حكمه . فإن ولدت ، ثم طلقها ، فالولد لها ، والقول في الام كما سبق فيما إذا كانت حاملاً يوم الإصداق وولدت وطلقها ، وإن حبلت في يد الزوج وولدت في يدها ، فهل النقص من ضمانه ولها الحيار ، لان السبب وجد في يده ، أم من ضمانها وله الحيار لان النقص حصل عندها ؟ وجهان .

فرع

أصدقها حلياً فكسرتة ، أو انكسر في يدها وبطلت صنعة ، ثم أعادت المنكسر حلياً ، ثم طلقها قبل الدخول ، نظر ، إن صاغته على هيئة أخرى ، فالحاصل زيادة من وجه ، ونقص من وجه ، فإن اتفقا على الرجوع إلى نصفه ، جاز . وإن أبى أحدهما ، تعين نصف القيمة . وإن عادت الصنعة بحالها ، فهل يرجع في نصف العين بغير رضاها ، أم يعتبر رضاها ؟ وجهان . أصحهما : الثاني ، وبه قال

ابن الحداد ، ويجري الوجهان فيما لو أصدقها جارية فهزلت ثم سمت ، وفيما لو نسي العبد الصنعة ثم تعلمها . ولو طرأت على عين العبد غشاوة وكان لا يبصر شيئاً ، ثم زالت ثم طلقها ، ففيما علق عن الإمام ، أن الزوج يرجع في نصف العبد بلا خلاف ، كما لو حدث في يدها عيب فزال ثم طلقها . وإذا قلنا في الحلي : يعتبر رضاها ، ففيما يرجع به وجهان . أصحها : نصف قيمة الحلي بهيأته التي كانت . والثاني : مثل نصفه بالوزن تبرأ ، وإلا نصف أجرته مثل الصنعة وهي قيمتها ، فعلى الاول ، فيما يقوم به وجهان . أحدهما وبه قال ابن الحداد : بغير جنسه ، فالمدَّهب بفضة ، وكذا العكس . والثاني : يقوم بنقد البلد وإن كان من جنسه ، وبه قال محمد بن نصر المروزي . ويجري الوجهان في قيمة الصنعة ، ففي وجه : يقوم بغير جنس الحلي ، وفي وجه : بنقد البلد ، وهو الأصح كما سبق في الغصب . ولو كانت المسألة في إناء من ذهب أو فضة ، بني على جواز اتخاذه . وهل لصنعة قيمة ؟ إن قلنا : لا ، فللزوج الرجوع في نصف العين ، سواء عادت الصنعة الاولى أم غيرها ، إذ لازيادة . وإن قلنا : نعم ، فالحلي . ولو غصب جارية مغنية فنسيت عنده الاخان ، هل يردّ معها ما نقص من قيمتها بنسيان الاخان ، أم لا ، لانه محرم فلا عبوة بفواته ؟ وجهان .

قلت : الأصح المنع . والله أعلم

ولو اشترى مغنيةً بالفين ، وهي تساوي ألفاً بلا غناء ، ففي صحة البيع ثلاثة أوجه حكاه الشيخ أبو علي . أحدها : البطلان ، لأنه بذل في مقابلة حرام ، وبه

أفتى المحمودي . والثاني قاله أبو زيد : إن قصد بالشراء الغناء ، بطل ، وإلا ، فلا . والثالث : صحة البيع ، قاله الأودني ، قال : وما سوى ذلك استحسان . قلت : واختار إمام الحرمين الصحة مطلقاً ، وهو الأصح . ولو بيعت بألف ، فالبيع صحيح بلا خلاف . والله أعلم

فصل

أصدق ذمي خمرأ ، ثم أسلما وترافعا إلينا ، فقد سبق أنه إن كان ذلك بعد القبض ، لم نحكم لها بشيء . وإن كانت غير مقبوضة ، حكمنا بوجوب مهر المثل . ولو صارت الخمرة المصدقة في يده خلا ، ثم أسلما أو أحدهما ، فوجهان . قال ابن الحداد : لا شيء لها إلا الحُل . وأصحها وبه قال القفال : لها مهر المثل ، لأن الخمر لا تصلح صداقاً ، ولا عبرة بذكرها إذا لم يتصل بها قبض قبل الإسلام . ولو أصدقها عصيراً ، فتخمر في يده ، ثم عاد خلا ، ثم أسلما أو ترافعا إلينا ، لزمه قيمة العصير . ولو قبضت الذمية الخمر ، ثم طلقها قبل الدخول ، ثم أسلما أو ترافعا إلينا ، فلا رجوع للزوج لعدم المالية ومنع إمساك الخمر . ولو صارت خلاً عندها ، ثم طلقها قبل الدخول ، فهل للزوج الرجوع إلى نصفه لكون العين باقية وإنما تغيرت صفتها ، أم لا ترجع بشيء لأن حق الرجوع إنما يثبت إذا كان المقبوض مالاً وهنا حدثت المالية في يدها فهو كزيادة منفصلة ؟ فيه وجهان . أصحها : الأول ، وبه قال ابن الحداد . فعلى هذا لو تلف الحُل أو أثلفته ، ثم طلقها ، فوجهان أصحها وهو قول الحَضْرِي : يرجع بمثل نصف الحُل . والثاني وبه قال ابن الحداد : لا يرجع بشيء ، لأن الرجوع فيه تعتبر قيمته يوم الإصداق والقبض ،

ولا قيمة لهذا يوم الإصداق والقبض . ولو أصدقها جلد ميتة ، فقبضته ودبغته ، ثم طلقها قبل الدخول ، ففي رجوعه في نصفه وجهان مرتبان على تخلل الحجر ، وأولى بعدم الرجوع ، لأن ماليته حدثت بفعلها ومع الترتيب ، فالأصح الرجوع ، وبه قال ابن الحداد . فعلى هذا : إن هلك الجلد عندها بعد الدباغ ، قال ابن الحداد : لا يرجع . قال الشيخ أبو علي : ينبغي أن لا يرجع هنا بلا خلاف ، بخلاف الحل لأنه مثلي والجلد متقوم ، والنظر في المتقوم إلى وقت الإصداق والإقباض ، ولم يكن له قيمة حينئذ . ولو ارتدت وانفسخ النكاح قبل الدخول ، فالقول في كل الحل وكل الجلد ، كالقول في النصف عند الطلاق .

فصل

كل عمل جاز الاستئجار عليه ، جاز جعله صداقاً ، وذلك كتعليم القرآن والصنائع ، وكالحياطة والخدمة والبناء وغيرها ، وفيه مسائل .

إحداها : يشترط في تعليم القرآن ليصح صداقاً شرطان .

أحدهما : العلم بالمشروط تعليمه بأحد طريقتين .

الأول : بيان القدر الذي يعلمه بأن يقول : كل القرآن أو السبع الأول أو الأخير . وحكي وجه ساذ : أنه لا يشترط تعيين السبع فإن عين بالسور والآيات ، فعلى ما ذكرناه في الإجارة ، وذكرنا هناك الخلاف في اشتراط قراءة نافع وأبي عمرو وغيرهما . وقطع ابن كج هنا بعدم الاشتراط قال : فلو شرط حرف أبي عمرو ، علمها بحرفه ، فإن علمها بحرف الكسائي ، فهل يستحق أجرة المثل ، أم لا شيء له ؟ وجهان . وحكى قولين في أنها ترجع على الزوج بهر المثل ، أم بقدر التفاوت بين أجرة التعليم بالحرف المشروط والآخر ؟ فإن لم يكن تفاوت ،

لم يرجع بشيء ثم قال : ولا معنى لهذا الاختلاف ، بل الواجب أن يقال : يعلمها بحرف أبي عمرو وهو متطوع^(١) بما علم . ثم العلم بهذا يشترط في حق الزوج ، فإن لم يعرف أحدهما أو كلاهما قدر السور والاجزاء والآيات ، قال أبو الفرج الزاز : الطريق التوكيل ، وإلا فيرى المصحف ، ويقال : تعلم من هذا الموضع إلى هذا ، ولك أن تقول : لا يكفي هذا ، إذ لا يعرف به صعوبته وسهولته .

قلت : الصواب أنه لا تكفي الإشارة إذا لم يعلمها فيتعين التوكيل .
وانته أعلم

الطريق الثاني : تقديرها بالزمان ، بأن يصدقها تعليم القرآن شهراً ، ويعلمها فيه ما شاءت ، كما يخطط الاجير للخياطة ما شاء المستاجر . فلو جمع الطريقين فقال : تعلمها في شهر سورة البقرة ، فهو كقوله : استأجرتك لتخطط هذا الثوب اليوم ، وفيه خلاف سبق في الاجارة .

الشرط الثاني : أن يكون المعقود على تعليمه قدرأ في تعليمه كلفة ، فإن لم يكن ، بأن شرط تعليم لحظة لطيفة ، أو قدر يسير وإن كان آية ، كقوله تعالى : (ثم نظر) [المدثر : ٢١] لم يصح الإصداق وهو كبيع حبة خنطة .
الثانية . أصدقها تعليم الفاتحة وهو متعين للتعليم ، ففي صحة الإصداق وجهان ، كنظيره في الإجارة . أصحها : الصحة . ولو نكحها على أداء شهادة لها عنده ، أو نكح كتابية على أن يلقنها^(٢) كلمة الشهادة ، لم يصح الصداق ، قاله البغوي .

(١) في الأصل : مقطوع ، وهو خطأ .

(٢) وعلى هامش الأصل نسخة : أن يعلمها .

الثالثة : إذا كان الزوج لا يحسن ما شرط تعليمه ، فإن التزم التعليم في الذمة ، جاز ثم يأمر بتعليمها أو يتعلم ويعلمها . وإن كان الشرط أن يعلمها بنفسه ، فهل يصح ثم يتعلم ويعلمها ، أم لا يصح لعجزه ؟ وجهان . أصحها : الثاني . ولو شرط أن يتعلم ثم يعلمها ، لم يصح أيضاً ، لأن العمل متعلق بعينه ، والأعيان لا تقبل التأجيل . قال المتولي : فإن صححنا فأمهله لتعلم ، فذاك ، وإلا فهو معسر بالصداق . ولو أراد الزوج أن يقيم غيره يعلمها ، جاز إن كان التزم في الذمة ، وإلا فلا . ولو أرادت أن تقيم غيرها متعلما ، فهل يجبر الزوج كالمستأجر للركوب يركب غيره ، أم لا لاختلاف الناس في الفهم والحفظ ؟ وجهان . أصحها عند الجمهور : الثاني ، وخالفهم الإمام ، ومنهم من جعل الخلاف في جواز الإبدال مع التراضي . ولو فرض عقد مجدد ، فأبدلت منفعة بمنفعة ، جاز قطعاً .

الرابعة : أصدقها تعليم ولدها ، لم يصح الصداق كما لو شرط الصداق لولدها . وإن أصدقها تعليم غلامها ، قال البغوي : لا يصح كالولد . وقال المتولي : يصح ، وهذا أصح . ولو وجب عليها تعليم الولد أو ختان^(١) العبد ، فشرطه صداقاً ، جاز .

الخامسة : لو تعذر التعليم ، بأن تعلمت من غيره ، أو كانت بليدة لا تتعلم ، أو لا تتعلم إلا بكلفة عظيمة ويذهب الوقت في تعليمها فوق العادة ، أو ماتت أو مات الزوج والشرط أن يعلم بنفسه ، ففي الواجب القولان السابقان فيما لو تلف الصداق قبل القبض . فعلى الاظهر : يجب مهر المثل ، وعلى الآخر : أجره التعليم .

السادسة : قال : علمتك وأنكرت ، فإذا لم تحسنه ، صدقت ، وإن أحسنته

(١) في الأصل : واختارت ، وهو خطأ .

وادعت التعلم من غيره ، فأيهما يصدق ؟ وجهان لتعارض الأصل والظاهر ، أصحابها : هي .

السابعة : أصدقها تعلم سورة ، فعلمها ثم طلقها ، إن كان بعد الدخول ، فذاك ، وإلا ، فيرجع عليها بنصف أجره التعليم ، وإن طلقها قبل التعليم ، فقد استحققت جميع التعليم إن دخل ، وإلا ، فتعليم النصف ، وفيه وجهان . أحدهما : يعلمها وراء حجاب بغير خلوة . وأصحابها وهو المنصوص في « المختصر » : أنه قد تعذر التعليم ، لأنها قد صارت أجنبية ، ولا تؤمن مفسدة . فعلى هذا : ترجع بهر المثل على الأظهر إن دخل ، وإلا فنصفه ، وعلى الآخر : ترجع بأجره التعليم أو نصفها .

الثامنة : نكح كتابية على تعليم القرآن ، فإن توقع إسلامها ، صح الصداق ، وإلا فسد ، ومال جماعة إلى الجواز مطلقاً . ولو نكح مسلمة أو كتابية على تعليم التوراة والإنجيل ، لم يصح ، لأنه لا يجوز الاشتغال به لتبديله ، والواجب في هذه الحالة مهر المثل قطعاً ، إذ لا قيمة للسمى . ولو نكح ذمي على تعليم التوراة والإنجيل ، ثم أسلم أو ترفع بعد التعليم ، لم نوجب شيئاً آخر ، وإن كان قبل التعليم ، أوجبنا مهر المثل كما في الحر .

التاسعة : أصدقها تعليم فقه ، أو أدب أو طب أو شعر ونحوها بما ^(١) ليس بحرم ، صح الصداق . وإن كان محرماً كالهجو والفحش ، لم يصح .

العاشرة : نكحها على أن يرد عبدها الآبق ، أو جملها التائه ^(٢) وكان الموضع معلوماً ، صح . وإن كان مجهولاً ، فقولان . أحدهما : يصح كالجعالة . والمشهور : المنع ، ويجب مهر المثل ، بخلاف الجعالة ، فإنها عقد جائز احتملت الجهالة فيها للحاجة .

(١) في الأصل : ما .

(٢) في نسخة : الناد .

فإن رده ، فله أجرة مثل الرد ، ولها مهر المثل . وإذا صح الصداق ، فطلقها بعد رد العبد وقبل الدخول ، استرد منها نصف أجرة المثل . وإن طلقها قبل الرد ، فإن كان بعد الدخول ، فعليه الرد . وإن كان قبله ، فعليه الرد إلى نصف الطريق ، ثم يسلمه إلى الحاكم . فإن لم يكن حاكم ، أو لم يكن موضعاً يمكن تركه فيه ، ولم يتبرع بالرد إليها ، قال المتولي : يؤمر برده إليها ، وله عليها نصف أجرة المثل . ولو تعذر رده برد غيره ، أو رجوعه بنفسه أو بموته ، فقد فات الصداق قبل القبض ، فترجع إلى مهر المثل على الأظهر ، وعلى الآخر : إلى أجرة الرد .

الحادية عشرة : نكحها على خياطة ثوب معلوم ، جاز ، وله أن يأمر بالخياطة إن التزم في الذمة ، وإن نكح على أن يخيط بنفسه ، فعجز بأن سقطت يده أو مات ، ففيها عليه ؟ قولان . أظهرهما : مهر المثل . والثاني : أجرة الخياطة . ولو تلف ذلك الثوب ، فوجهان . أصحها : تلف الصداق فيعود القولان في مهر المثل والأجرة . والثاني : تأتي بثوب مثله ليخطه . وإن طلقها بعد الخياطة قبل الدخول ، فله عليها نصف أجرة المثل . وإن طلقها قبل الخياطة ، فإن دخل بها ، فعليه الخياطة ، وإلا خا ط نصفه . فإن تعذر الضبط ، عاد القولان في أنه يجب مهر المثل أم الأجرة ؟

الثانية عشرة : قال المتولي : لو كان له عليها قصاص فنكحها ، وجعل النزول عن القصاص صداقاً ، جاز . ولو جعل النزول عن الشفعة ، أو حدّ القذف صداقاً ، لم يجوز ، لأنه لا يقابل بمال ، ولا يجوز جعل طلاق امرأة صداقاً لأخرى ، ولا بضع أمته صداق المنكوحة .

فصل

إذا أثبتنا الخيار للمرأة بسبب زيادة الصداق ، أوله بنقصه ، أو لها بها ، لم يملك الزوج النصف قبل أن يختار من له الخيار الرجوع إن كان الخيار لأحدهما ، وقبل أن يتوافقا إن كان الخيار لهما وإن قلنا : الطلاق يشطر الصداق بنفسه ، وليس لها الخيار على الفور ، بل هو كخيار الرجوع على الهبة ، لكن إذا توجهت مطالبة الزوج ، لا يمكن هي من التأخير ، بل تكلف اختيار أحدهما . وإذا طلب الزوج ، فلا يعين في طلبه العين ولا القيمة ، لأن التعيين يناقض تفويض الأمر إليها ، لكن يطالبها ^(١) بحقه عندها ، فإن امتنعت ، قال الإمام : لا يقضي القاضي بحبسها لبذل العين أو القيمة ، بل يحبس العين عنها إن كانت حاضرة ، ويمنعها من التصرف فيها ، لأن تعلق حق الزوج بالصداق فوق تعلق حق الموهن بالموهون والغرماء بالتركة . فإن أصرت على الامتناع ، فإن كان نصف القيمة الواجبة دون نصف العين للزيادة ^(٢) الحادثة ، باع ما يفي بالواجب من القيمة . فإن لم يرغب في شراء البعض ، باع الكل وصرف الفاضل عن القيمة الواجبة إليها . وإن كان نصف العين مثل نصف القيمة الواجبة ، ولم تؤثر الزيادة في القيمة ، ففيه احتمالان للإمام . أحدهما وبه قطع الغزالي : تسلم نصف العين إليه ، إذ لا فائدة في البيع ، فإذا سلم إليه ، أفاد قضاؤه ثبوت الملك له . والثاني : لا تسلم إليه العين ، بل يبيعه ، فلعله يجد من يشتريه بزيادة .

(١) في الأصل : يطالبها .

(٢) في الأصل : الزيادة .

فرع

إذا وجب الرجوع إلى القيمة بهلاك الصداق ، أو خروجه عن ملكها ، أو زيادة فيه أو نقص ، فالمعتبر الأقل من قيمة يوم الإصداق ويوم القبض . لكن لو تلف الصداق في يدها بعد الطلاق ، وقلنا : إنه مضمون عليها ، اعتبرت قيمة يوم التلف ، لأنه تلف ملكه تحت يد مُضمَّنة .

الطرف الثالث : في بيان حكم التشطر بعد تصرفها في الصداق ، وفيه مسائل .

إحداها : إذا زال ملكها عنه ببيع أو هبة مقبوضة ، أو إعتاق ، فليس للزوج نقص تصرفها لطلاقه قبل الدخول ، بل زوال ملكها كالهلاك ، ويرجع الزوج إلى نصف بدله وهو المثل إن كان مثلياً ، وإلا فالقيمة . وإن لم يزل الملك ، بل تعلق به حق ، فإن كان غير لازم ، بأن أوصت به ، أو وهبته ، أو رهنته ولم يقبض ، فللزوج الرجوع في نصفه . وفي « الشامل » وغيره ، نقل قول أنه لا يرجع في نصف الموهوب وإن لم يقبض ، لثلا يبطل تصرفها في ملكها ، وحق هذا أن يطرد في الرهن والوصية . وإن باعت بشرط الخيار وطلقها في مدته ، فإن جعلنا الملك للبائع ، فهو كالهبة قبل القبض ، وإن جعلناه للمشتري ، فلا رجوع في العين . وإن كان الحق لازماً ، بأن رهنته ^(١) وأقبضته ، فليس له الرجوع إلى نصفه . وإن أجرته ، فقد نقص الصداق باستحقاق المستأجر منفعته ، فإن شاء الزوج رجع إلى نصف القيمة في الحال ، وإن شاء رجع إلى نصف العين مسلوقة

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : وهبته ، وهو خطأ .

المنفعة مدة الإجارة . فلو قال : أنا أصبر إلى انفكك الرهن وانقضاء مدة الإجارة ،
نظر ، إن قال : أتسلمه ثم أسلمه إلى المرتهن أو المستأجر ، فليس لها الامتناع .
وإن قال : لا أتسلمه وأصبر ، فلها الامتناع ، وتدفع إليه نصف القيمة لما عليها من
خطر الضمان ، هذا إن قلنا : الصداق في يدها مضمون بعد الطلاق وهو الأصح .
وإن قلنا : لاضمان أو أبرأها عن الضمان وصحنا الأبراء ، فهل عليها الإجابة ، أم لا
لأنه قد يبدو له فيطالبها بالقيمة وتحلو يدها عنها ؟ وجهان ، فإن لم نوجب الإجابة
ولم نطالبها حتى انفك الرهن ، وانقضت مدة الإجارة ، فهل يتعلق حقه بالعين لزوال
المانع ، أم تتعين القيمة ، لأن المانع نقل حقه إليها ؟ وجهان . وتزويج جارية
الصداق كالأجارة . ولو زال ملكها وعاد ثم طلقها ، فهل يتعلق حقه بالعين
أم بالقيمة ؟ وجهان سبقت نظائرهما في الفلس والهبة . أصحابها هنا عند الجمهور :
التعلق بالعين ، لأن حقه لا يختص بالعين ، بل يتعلق بالبدل ، فالعين العائدة أولى
من البدل ، هذا إذا زال الملك بجهة لازمة ، فإن زال بغير لازم ، بأن باع
بالخيار ، وقلنا : يزول الملك وفسخ البيع ، ثم طلقها ، فالخلاف مرتب في التعلق
بالعين ، وأولى بالثبوت . ولو كاتبت عند الصداق وعجز نفسه ثم طلقها ، فعن
القاضي حسين إجراؤه مجرى الزوال اللازم . وقال الامام : هذا أولى بالثبوت ، لأن
المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، ولا شك أن عروض الرهن وزواله قبل الطلاق
لا يؤثر .

المسألة الثانية : أصدقها عبداً فدبرته ، ثم طلق قبل الدخول ، فالمنذهب أنه
لا يرجع فيه وهو المنصوص في « المختصر » ، وهو ظاهر نصه في « الأم » أيضاً
سوى جعل التدبير وصية الأم تعليقاً بصفة ، لأن التدبير قرينة تتعلق بها غرض
لا يتقاعد عن الزيادة المتصلة التي لا تؤثر في القيمة . وقيل : في الرجوع قولان ، إن قلنا :

التدبير وصية ، رجع ، وإلا ، فلا . وقيل : يرجع قطعاً ، وهو ضعيف . ثم قال أبو إسحاق المروزي وغيره : الخلاف فيها إذا كانت موصرة تتمكن من أداء القيمة . فإن لم تكن ، رجع إلى نصف العبد قطعاً . ويتعلق بهذا الخلاف فروع .

[الفروع] الأول : ^(١) إن قلنا بالرجوع ، فالمفهوم من كلام الجمهور أن الزوج يستقل به ، ولا حاجة إلى تقدم رجوع المرأة . وقال الحناطي : يحتمل أن يقال : تجبر المرأة على الرجوع وإعطاء الزوج النصف . فإن امتنعت ، قام الحاكم مقامها ففسخه .

الثاني : لو رجعت عن التدبير بالقول وجوزناه ثم طلقها ، وقلنا : التدبير يمنع الرجوع ، فطريقان . أحدهما : القطع بتمكُّنه من الرجوع إلى نصفه ، لأن الملك لم يزل عنه . والثاني : أنه كما لو دبرته ثم باعته ثم ملكته ثم طلقها ، فيعود الوجهان السابقان في عود الملك بعد زواله . أصحها : التمكن ، ومع هذا التمكن لو تركه وطلب نصف القيمة ، أُجيب إليها خوفاً من أن يقضي قاضٍ ببطالان الرجوع والبيع . ولو طلقها وهو مدبر ، وقلنا : حق الزوج في القيمة ، فرجعت عن التدبير باللفظ وجوزناه ، أو بإزالة الملك عنه ، ثم عاد إليها قبل أخذ القيمة ، ففي الرجوع إلى نصف العبد وجهان يجريان فيما لو طلقها والصداق ناقص ، ثم زال نقصه قبل أخذ القيمة ، وفيما إذا طلقها وملكها زائل عن الصداق ثم عاد قبل أخذ القيمة .

الثالث : لو علقت عتق العبد على صفة ، فهل يمنع الرجوع ؟ قيل : إن قلنا : التدبير يمنع ، فالتعليق أولى ، وإلا ، فوجهان لقوة التعليق . وقيل : إن لم يمنع

(١) كلمة الأول زيادة من نسخ الظاهرية .

التدبير ، فالتعليق أولى ، وإلا فوجهان ، لأن التدبير قرينة محضة ، والتعليق يراد به منع أو حث ، وبهذا قال الشيخ أبو محمد ، وبالأول قطع البغوي وقال : المذهب منع الرجوع . ولو أوصت للعبد بعتقه ، فهل هو كالتدبير في منع الرجوع ؟ وجهان . أصحها : لا .

الرابع : إذا جوزنا للزوج الرجوع في النصف ، فرجع ، بقي النصف الآخر مديراً على الصحيح . وحكى الحنطي وجهاً ، أنه ينتقض التدبير في جميعه .

الخامس : إذا قلنا : التدبير يمنع التشطر ، فهل يمنع رجوع البائع فيما لو باع عبداً بثوب وتقابضا ، ثم دبره المشتري ، ثم وجد البائع بالثوب عيباً ؟ وكذا هل يمنع رجوع الواهب ؟ فيه وجهان . أحدهما : نعم ، وأصحها : لا بل يرجع وينقض التدبير لقوة الفسخ ، ولهذا الزيادة المتصلة تمنع التشطر دون الفسخ .

المسألة الثالثة : سبق في « كتاب الحج » خلاف في أن المحرم هل يملك الصيد بالشراء والهبة ؟ وهل يزول ملكه إذا أحرم عن صيده ؟ وهل يملكه بالإرث ؟ فلو أصدقها صيداً ثم أحرم ، ثم ارتدت ، عاد الصيد إلى ملكه على الصحيح ، وفيه الوجه الضعيف المذكور في الارث ، لأنه لا اختيار له فيه . وإن طلقها قبل الدخول ، بني على أن النصف يعود إليه بنفس الطلاق أم باختياره ؟ إن قلنا : باختياره فليس له الاختيار مادام محرماً ، فإن فعل ، كان كشرائه . وإن قلنا : بنفس الطلاق ، ففي عود النصف إليه في الإحرام وجهان . أحدهما : لا . وينتقل إلى القيمة ، لأن المحرم لا يملك الصيد باختياره ، والطلاق باختياره . وأصحها : العود ، لأن الطلاق لا ينشأ لاجتلاب الملك ، فأنشأه الارث ، ثم إذا عاد إليه الكل بالردة ، لزمه إرساله ، لأن المحرم ممنوع من إمساك الصيد ، كذا ذكر الشيخ أبو علي وغيره في هذه المسألة ، وهو وجه ذكرناه في « الحج » ، تفريعاً على أن المحرم يرث الصيد ،

وحكينا عن بعضهم ، أنه يزول ملكه بمجرد الإرث ، ولا فرق بين البابين . وإذا عاد النصف بالطلاق ، وقلنا : يجب الإرسال ولا يزول الملك ، فلا يمكن إرسال النصف إلا بإرسال الكل ، فخرج محرجون وجوب الإرسال على الأقوال في ازدحام حق الله تعالى وحق الآدمي . إن قدمنا حق الله تعالى ، لزمه الإرسال وغرم لها نصف القيمة ، وإن قدمنا حق الآدمي ، لم يجب الإرسال . فإن تلف في يده أو يدها ، فعليه نصف الجزاء . وإن سويتنا ، فالخيرة إلیها . فإن اختار الإرسال ، غرم لها النصف ، وإلا بقي مشتركاً بينهما وهو ضامن لنصف الجزاء ، وهذا التخريج ضعيف ، لأن الخلاف في الإزدحام على شيء واحد ، كالتركة إذا ازدحم فيها دين وزكاة ، ونصيب المرأة لا ازدحام فيه . وإذا تضمن إرسال المحرم فوات ملك غيره ، وجب أن يمنع ، وبهذا قطع الشيخ أبو علي ، وعلى التخريج ينبغي أن يخص وجوب الإرسال بالمومر كسراية العتق .

الطرف الرابع : فيما إذا وهبته الصداق ثم طلقها قبل الدخول ، ونصدّره بقاعدتين مستمدتين من قول الله تعالى : (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهنّ فريضةً ، فنصف ماقرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) [البقرة: ٢٣٧] . ومعنى الآية ، أن الطلاق قبل الدخول ينصف الصداق ، إلا أن تعفو الزوجة وتبرّع بحقها ، فيعود جميع الصداق إلى الزوج . وفيمن بيده عقدة النكاح ، قولان . القديم : أنه الولي ، والمعنى : إلا أن تعفو المرأة أو وليها إن لم تكن هي أهلاً للعفو . والجديد : أنه الزوج ، والمعنى : أن يعفو الزوج عن حقه فيخلص لها جميع الصداق .

القاعدة الأولى : في ألفاظ التبرع . فالواجب عند الطلاق قبل الدخول ، دين أو عين ، والدين قد يكون في ذمته ، وقد يكون في ذمتها بأن قبضته وتلف

عندها ، فينظر ، إن تبرع مستحق الدين باسقاطه ، نفذ بلفظ العفو والإبراء والإسقاط والتوك . وحكى الحناطي وجهين في أن لفظ التوك ، صريح أو كناية ؟ ولا حاجة في هذه الألفاظ إلى قبول من عليه على الصحيح ، وينفذ أيضاً بلفظ الهبة والتملك ، وفيها وجه حكاه ابن كج . والصحيح الأول . وهل يفتقر اللفظان إلى القبول ؟ وجهان . أصحها : لا ، وبه قطع البغوي اعتماداً على حقيقة التصرف وهو الإسقاط . أما إذا تبرع من في ذمته بالنصف الآخر ، فالطريق أن ينقل^(١) ويملكه ويقبله صاحبه ويقبضه ، فانه ابتداء هبة ، ولا ينتظم لفظ العفو والإبراء من جهته . لكن لو كان الصداق في ذمة الزوج ، وقلنا : لا يشترط إلا باختياره ، فقال : عفوت ، سقط اختياره كعفوه عن الشفعة ، ويبقى جميع الصداق لها في ذمته . أما إذا كان الصداق عيناً ، فالتبرع فيها هبة . فان كانت في يد المتبرع ، اشترط الإيجاب والقبول والقبض . وإن كانت في يد الآخر ، فهو هبة لمن المال في يده ، فتعتبر مدة إمكان القبض . وفي افتقاره إلى إذن جديد ، في القبض بهذه الجهة خلاف سبق في « كتاب الرهن » . وإن كانت العين عند الطلاق في يد الزوج ، فذلك قد يكون بعد قبضها ، وقد يكون باستمرار يده السابقة قبل الإصداق . وعلى التقدير الثاني ، يزيد النظر في أن تبرعها كهبة المبيع للبائع قبل القبض إذا قلنا : الصداق في يده مضمون ضمان العقود ، ثم التبرع في العين ينفذ بلفظ الهبة والتملك ، ولا ينفذ بلفظ الإبراء والإسقاط على المذهب . وحكى الحناطي فيها^(٢) وجهين . وينفذ بلفظ العفو على الأصح لظاهر القرآن ، هذا في تبرعها وتبرعه

(١) في الأصل : « أن ينفذه » وفي نسخة أخرى : أن ينقده ، والصواب ما أثبتنا .

(٢) في الأصل : « فيها » وهو خطأ .

إذا ملكناه بنصف الطلاق ، فأما اذا قلنا : له خيار التملك ، فيعتبر لفظ العفو في اسقاط الخيار ويبقى الجميع لها .

القاعدة الثانية : هل للولي العفو عن صداقها ؟ قولان بناءً ^(١) على أن من هو الذي بيده عقدة النكاح ؟ الجديد : المنع ، والقديم : الجواز بخمسة شروط . أن يكون أباً أو جداً ، وأن تكون بكرأ عاقلة صغيرة ، وأن يكون بعد الطلاق ، وأن يكون قبل الدخول ، وأن يكون الصداق ديناً ، هذا هو المذهب تقريباً على القديم . وفي وجه : له العفو في الثيب والمجنونة والبالغة والمحجور عليها والرشيدة ، وقبل الطلاق اذا رآه مصلحة ، وعن العين أيضاً . والصحيح الأول . ولو زوجها الأب ومات ، ففي صحة عفو الجد وجهان ، لان الصداق لم يثبت به لكنه ولي . ولو خلعها الولي على نصف الصداق وجوزنا العفو ، صحت المخالعة ، قاله المتولي وغيره . وفي « الوسيط » في صحة الخلع مع صحة العفو وجهان . والأول أشبه .

فصل

وهبت لزوجها الصداق المعين ، فطلقها قبل الدخول ، فقولان . أحدهما وهو القديم وأحد قولي الجديد والراجح [عند البغوي] ^(٢) أنه لا يرجع عليها بشيء . والثاني : وهو الأظهر عند الجمهور ، منهم العراقيون ، والإمام ، والرويانى : يرجع بنصف بدله المثل [أ] ^(٣) والقيمة . وقيل : إن وهبت قبل القبض ، لم

(١) في الأصل : بنى .

(٢) زيادة من مخطوطة الظاهرية .

(٣) زيادة من مخطوطة الظاهرية .

يرجع قطعاً . والمذهب طرد القولين ، سواء قبضته أم لا . ولو كانت الصداق ديناً فأبرأته منه ، لم يرجع على المذهب . ولو وهبت له الدين ، فالمذهب أنه كالإبراء . وقيل : كهبه العين . ولو قبضت منه الدين ثم وهبته له ، ثم طلقها ، فكهبه العين . وقيل : له الرجوع قطعاً بناء على أنه لا يتعين فيما دفع عن الدين لو طلقها وهو باقٍ عندها . ولو وهبت له الصداق ، ثم ارتدت قبل الدخول ، أو فسخ أحدهما بعيب ، ففي الرجوع بالجميع مثل الخلاف في النصف إذا طلق . ولو باع عبداً بجارية ، وهب الجارية لبائعها ، ثم وجد بائعها بالعبد [عيياً] ^(١) فأراد رده بالعيب ، ففي تمكنه منه ومن المطالبة بقيمة الجارية وجهان مأخوذان من هبة الصداق ، ويجريان في تمكنه [من] ^(٢) طلب الأرض لو رأى عيياً بعد هلاك العبد ، أو حدث به عيب يمنع الرد . وفيما لو أبرأ المكاتب عن النجوم ^(٣) وعتق ، هل [له] ^(٤) مطالبة السيد بالابتاء ؟ ولو وهب المشتري المبيع للبائع ، ثم أفلس بالثمن ، فللبائع المضاربة مع الغرماء بخلاف ، لأن الموهوب غير المستحق وهو الثمن . وفي الصورة السابقة ، الموهوب هو المستحق ، فالهبة تعجيل على قول . وطرد الحناطي الخلاف في مسألة الفلّس . ولو ادعى عيياً وأخذها بينة ثم وهبها للمدعى عليه ، ثم رجع الشهود وقلنا بتغريم شهود المال ، فهل للمدعى عليه تغريم الشهود ؟ فيه طريقان . أحدهما : على وجهين أخذاً من هبة الصداق . والثاني :

(١) في الأصل : ردأ .

(٢) في الأصل : في .

(٣) النجوم : الحق المقسط على المكاتب .

(٤) زيادة من نسخ الظاهرية .

القطع بالمنع ، لأن المدعى عليه لا يقول بحصول الملك بالهبة ، بل يزعم دوام الملك السابق ، وفي الصداق زال الملك حقيقة وعاد بالهبة .

قلت : هذا الثاني هو الصحيح . والله أعلم

فرع

وهبت الصداق للزوج ، على أنه إن طلقها كان ذلك عن مستحقه بالطلاق ، فوجهان . أحدهما : فساد الهبة ويبقى الصداق ملكاً لها . فإن طلق ، تشطر . والثاني : يصح ولا رجوع بالطلاق ، كما لو عجل الزكاة ، وليكن الوجهان مبنيين على أن الهبة المطلقة هل تمتع الرجوع ؟ إن قلنا : تمتع ، فهذا تصريح بمقتضاها^(١) ، فيصح ولا رجوع ، وإلا فتنفسد بالشرط الفاسد .

فرع

وهبته نصف الصداق ، فطلق قبل الدخول . فإن قلنا : هبة الكل لا تمتع الرجوع ، فهنا أولى ، وإلى ماذا يرجع ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها^(٢) : إلى نصف الباقي وربع بدل الجملة . والثاني : إلى نصف الباقي . والثالث : يتخير ، إن شاء أخذ بدل نصف الجملة ، وإن شاء أخذ نصف الباقي وربع بدل الجملة . وإن قلنا :

(١) في الأصل : بمقتضاها .

(٢) في الأصل : أظهرهما .

هبة الكل تمنع الرجوع ، فهل يرجع بالنصف الباقي ، أم بنصف الباقي ، أم لا يرجع بشيء ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها : الثالث وهو نصه في « المختصر » ، فحصل في المسألة خمسة أقوال . [ولو كان الصداق ديناً وأبرأته من نصفه ثم طلقها ، قال المتولي : إن قلنا : لو أبرأت عن الجميع يرجع ، فهذا يسقط عنه النصف الباقي . و [أيضاً] ^(١) إن قلنا : لا يرجع بشيء ، فهذا وجهان . أحدهما : يحسب عليه . والثاني : يسقط عنه النصف الباقي . ولو أبرأ المشتري عن نصف الثمن ، ثم وجد المشتري بالمبيع عيباً وأراد رده ، فعلمه كما ذكرنا في الإبراء عن نصف الصداق . ولو أبرأه عن عشر الثمن ، واطلع على عيب قديم ، وحدث عنده عيب ، وأرش العيب القديم العشر ، فالمذهب أنه يطالب بالأرش .

فصل

خالعها قبل الدخول على غير الصداق ، فله المسمى ولها نصف الصداق . وإن خالعها على جميع الصداق ، فقد خالع على ماله ومالها ، لعود ^(٢) النصف إليه بالخلع ، فتقع البينونة وتبطل التسمية في نصيبه ، وفي نصيبها قولاً تفريق الصفقة . إن لم نصحح ، بقي لها عليه نصف الصداق . وفيها له عليها قولان . أظهرهما : مهر المثل . والثاني : مثل الصداق أو قيمته . وإن صححنا التسمية في نصيبها ، قال الإمام وغيره : يثبت للزوج الخيار إن كان جاهلاً بالتشطير والتفريق . فإن فسخ ، عاد القولان في أن الرجوع بمهر المثل أم بدل المسمى . وإن جاز ، فعلى القولين

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٢) في الأصل : ثم يعود .

المذكورين في البيع ، أن يجبر ماصح العقد فيه بكل الثمن ، أم بالقسط إن قلنا : بالكل ، فلا شيء له سوى النصف الذي صح الخلع فيه . وإن قلنا : بالقسط ، رجع عليها بنصف مهر المثل على الأظهر ، وعلى الآخر : بمثل نصف الصداق أو قيمته . وإن خالعهما على نصف الصداق ، نظر ، إن قال : بالنصف الباقي لك بعد الفراق ، صح وبريء عن جميع الصداق إن كان ديناً ، ويعود إليه الملك في جميعه إن كان عيناً . وإن أطلق ، فقولان بناء على أن تصرف أحد الشريكين في النصف المطلق من العين المشتركة نصفين ، هل ينزل على النصف الذي له ، أم يشيع أحدهما ينزل على نصيبها ويكون كما لو قيد بنصفها ؟ وأظهرهما عند الأكثرين : يشيع لإطلاق^(١) اللفظ ، وكأنه خالعهما على نصف نصيبها ونصف نصيبه ، فيبطل في نصف نصيبه ، وفي نصيبها القولان . إن لم يصح ، بقي لها عليه نصف الصداق ، وله عليها مهر المثل على الأظهر ، ومثل نصف الصداق أو قيمته في الآخر . وإن صح في نصف نصيبها ، فلها عليه ربع الصداق ويسقط الباقي بحكم التشطر^(٢) وعوض الخلع ، ثم أحد القولين أنه لا يستحق لعوض الخلع إلا الربع الذي صح الخلع فيه . وأظهرهما : أن له مع ذلك نصف مهر المثل على الأظهر ، وربع مثل الصداق أو قيمته على قول . ومن الأصحاب من يقول : كل الصداق لها حتى يتفرقا ، فيصح أن نجعله^(٣) أو بعضه عوضاً ، ثم إذا تفرقا بالخلع ، سقط النصف ، فهو كما لو خالعهما على عين وتلف نصفها قبل القبض ، فيرجع بمهر المثل في قول ، وبذل التالف في قول .

(١) في الأصل : الاطراق .

(٢) في الأصل : التشطر .

(٣) في الأصل : جعله .

فرع

عن ابن سريج ، قالت : خالعتني على أن لاتبعة لك علي" في المهر ، صح .
ومعناه : على ما سلم [لي] ^(١) من المهر .

الباب الخاص في المتعة

هي اسم للمال الذي يدفعه الرجل إلى امرأته لمفارقتها إياها ، والفرقة ضربان .
فرقة تحصل بالموت ، فلا توجب متعة بالإجماع ، وفرقة تحصل في الحياة كالطلاق .
فإن كان قبل الدخول ، نظر ، وإن لم يشطر ^(٢) المهر ، فلها المتعة ، وإلا ، فلا على
المشهور . وإن كان بعد الدخول ، فلها المتعة على الجديد الأظهر . وكل فرقة
من الزوج لا بسبب فيها ، أو من أجنبي ، فكالطلاق ، مثل أن ارتد أو أسلم أو
لاعن ، أو أسلم على أكثر من أربع نسوة وفارق بعضهن ، أو وطئ أبوه أو
ابنه زوجته بشبهة ، أو أرضعت أمه أو بنته زوجته الصغيرة ، والخلع كالطلاق
على الصحيح . ولو فوض الطلاق إليها فطلقت ، فكتطليقه . ولو علق الطلاق
بفعلها ، ففعلت ، أو آلى منها ، ثم طلق بعد المدة بطلها ، فكالطلاق على الصحيح .
قلت : ويجيء هذا الوجه في تطليقها . والله أعلم

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٢) في الأصل : يشطر ، وهو خطأ .

ولو ارتدا معاً ، فلا متعة على الأصح . وكل فرقة منها أو لسبب فيها ، لامتعة فيها ، كردتها وإسلامها ، وفسخها بإعساره ، أو عتقها ، أو تغريره ^(١) ، أو عيه ، أو فسخه بعيها . ونقل المزي إنبات المتعة إذا فسخت بالتعين ، فجعله بعضهم قولاً آخر ، وأنكره الجمهور . ولو كانت ذمة صغيرة تحت ذمي ، فأسلم أحد أبويها وانفسخ النكاح ، فلا متعة كما لو أسلمت بنفسها . ولو اشترى زوجته ، فلا متعة على الأظهر . وقال أبو إسحاق : إن استدعاه الزوج ، وجب ، وإن استدعاه السيد ، فلا .

فرع

يسوى في المتعة ، المسلم ، والذمي ، والحر ، والعبد ، والحررة ، والذمية ، وهي في كسب العبد ، ولسيد الامة كالمر .

فصل

المستحب أن يمتعها ثلاثين درهماً ، نص عليه في « المختصر » . وفي القديم : ثوباً قيمته ثلاثون درهماً . وفي نص آخر : يمتعها خادماً ، وإلا فبقنعة ، وإلا فبقدر ثلاثين درهماً ، وليس هو اختلافاً ، بل نزلها لأصحاب على درجات الاستحباب وقالوا : أقل المستحب ثلاثون درهماً . وفي نص آخر : يمتعها بخادم إن كان موسراً ، وبقنعة إن كان معسراً . وإن كان متوسطاً ، فبقدر ثلاثين درهماً . وأما الواجب ، فإن تواضيا بشيء ، فذاك . وحكى الخناطي وجهاً : أنه ينبغي أن يحلل كل منها

(١) في الأصل : بغيره ، وهو خطأ .

صاحبه . فإن لم يفعلا ، لم يبرأ الزوج ، ولها رفع الأمر إلى القاضي ليقدرها .
والصحيح الاول . وإن تنازعا ، فهل يكفي أقل ما يتمول ، أم يقدره الحاكم
باجتهاده ؟ وجهان . الصحيح الثاني . وهل يعتبر بحاله ، أم بحالها ، أم بحالها ؟
فيه أوجه . أصحها : الثالث ، وهو ظاهر نصه في « المختصر » . وهل يجوز أن
تزاد المتعة على نصف مهرها ، أم يشترط أن لا تزيد ، أم يشترط أن لا تبلغ نصفه ؟
فيه أوجه . أصحها : الأول ، لإطلاق الآية ، وبهذا قطع البغوي وغيره .

الباب السادس في النزاع في الصداق

وفيه مسائل .

الأولى : إذا اختلف^(١) الزوجان في قدر الصداق أو صفته ، كالصحة والتكسر ،
والأجل وقدره ، تحالفا كالبيع ، سواء اختلفا قبل الدخول أو بعده ، أو بعد
انقضاء الزوجية ، أو اختلف وارثاها أو أحدهما ووارث الآخر ، ويحلف الزوجان
على البت في النفي والإثبات ، ويحلف الوارث في الإثبات على البت ، وفي النفي
على نفي العلم على الصحيح الذي عليه الجمهور . وقيل : يحلف فيه على البت ، لأن
من قطع بأن النكاح جرى بخمسائة ، فهو قاطع بأنه ما جرى بألف . فإذا ثبت
جريانه بخمسائة ، فلا معنى لقوله : لا أعلمه نكح بألف . وكيفية اليمين ومن يبدأ
به ، كما سبق في البيع . فإذا تحالفا ، فسخ الصداق ورجعت إلى مهر المثل ، وقد
سبق في البيع وجه : أنه ينفسخ بنفس التحالف ، فليجىء هنا مثله ، وليكن

(١) في الأصل : اختلفنا .

القول فيمن يتولى الفسخ وفي الانفساخ باطناً على ما سبق في البيع . وقد صرح بجميع هذا الخناطي ، وسواء في الرجوع إلى مهر المثل ، زاد على ماتدعيه المرأة أم لا . وقال ابن خيران وابن الوكيل : إن كان مهر المثل زائداً فليس لها إلا ما ادعته ، والصحيح الاول . هذا في الظاهر ، أما في الباطن ، فإن قلنا : لا ينفسخ ، لم يخف ما يحل لها .

الثانية : ادعت مسمى ، فأنكر الزوج أصل التسمية ، فوجهان . أحدهما : القول قوله يمينه . وأصحها : يتحالفان لأنه يقول : الواجب مهر المثل ، وهي تدعي المسمى ، فحاصله الاختلاف في قدر المهر ، فيتحالفان . وإنما يحسن وضع المسألة إذا كان ماتدعيه أكثر من مهر المثل . ولو أنكرت تسمية مهر وادعاهما الزوج ، فهل القول قولها ، أم يتحالفان ؟ القياس بحيء الوجهين . ولو ادعى أحدهما التفويض ، والآخر التسمية ، فإن أوجبنا المهر في التفويض بالعقد ، فهو كما لو ادعى أحدهما السكوت ، والآخر التسمية ، وإلا فالأصل عدم التسمية من جانب ، وعدم التفويض من جانب . ولو ادعى أحدهما التفويض ، والآخر أنه لم يجز للمهر ذكر ، فيشبه أن يكون القول قول الثاني .

الثالثة : إذا حكمنا بالتحالف ، فحلف أحدهما ونكل الآخر ، حكمنا للتحالف . ومن أقام بينة ، حكمنا بها . ولو أقاما بينتين مختلفتين في قدر المهر ، فوجهان . أحدهما : يحكم ببينة المرأة لاشتغالها على الزيادة . والثاني : يتعارضان إذا قلنا بالتساقط ، فكان لا بينة ، فيتحالفان . وإن قلنا بالقرعة ، فهل يحتاج من خرجت قرعته إلى اليمين ؟ وجهان .

الرابعة : ادعت النكاح ومهر المثل ، واعترف الزوج بالنكاح وأنكر المهر ، أو سكت عنه ولم يدع التفويض ولا إخلاء النكاح عن ذكر المهر ، حكمي

الغزالي فيه وجين . أحدهما وينسب إلى القاضي حسين : يثبت لها المهر إذا حلفت ، لأن الظاهر معها ، فإن النكاح يوجب مهر المثل إذا لم تكن تسمية صحيحة . وأصحها عند الغزالي : أنه لا يثبت مهر مثلها يمينها ، بل يتحالفان ، لأنه قد ينكحها بأقل ما يتبول ، وهذا الذي فرضه لا يكاد يتصور ، فإن التحالف أن يحلف كل واحد على إثبات ما يزعمه ، ونفي ما زعمه صاحبه . والمفروض^(١) من جهة الزوج ، إنكار مطلق ، فلا معنى للتحالف . ولم يذكر الروياني الخلاف هكذا ، بل قال : قال مشايخ طبرستان : القول قول الزوج وعليها البينة ، والحق أنه لا يسمع إنكاره لاعترافه بما يقتضي المهر ، ولكن يكلف البيان . فإن ذكر قدرأ وادعت زيادة ، تحالفا . وإن أصر على الإنكار ، ردت اليمين عليها وقضي لها بها . قال الروياني : ورأيت جماعة من المحققين بخراسان والعراق يفتون بهذا ، وهو القديم . ولو ادعت زوجية ومهراً مسمى يساوي مهر المثل ، وقال الزوج : لا أدري ، أو سكت ، قال الإمام : ظاهر ما ذكره القاضي ، أن القول قولها لما سبق أن النكاح اقتضى مهر المثل . قال : والذي يقتضيه قياس المذهب ، أن دعواها متوجهة بذلك القدر ، ولا يسمع منه التردد ، بل يحلف على نفي ما تدعيه . فإن نكل ، ردت اليمين عليها وقضي يمينها . ثم حكى عن القاضي على قياس الوجه المنسوب إليه ، أنه لو قال : هذا ابني من فلانة ، استحققت عليه مهر المثل إذا حلفت ، لأنه إقرار بالوطء ظاهراً ، لأن استدخال الماء بعيد والوطء المحرم [هو] الذي يحصل منه الولد النسب ظاهراً ، وهو يقتضي المهر . وقياس ظاهر المذهب ، أنه يؤمر بالبيان إذا أنكر ما ادعته . فإن أصر على الإنكار ، ردت اليمين عليها .

(١) في الأصل : والمفروض .

فرع

قال المتولي : لو مات الزوج وادعت على الوارث أن الزوج سمى لها ألفاً ، فقال الوارث : لا أعلم كم سمى ، لم يتحالفاً ، بل يحلف الوارث على نفي العلم . فإذا حلف ، قضى لها بمهر المثل .

قلت : هذا الذي ذكره المتولي ، حكاه الإمام عن القاضي حسين ، ثم قال : هو مشكل على قياس المذهب ، قال : والقياس أن يحكم بانقطاع الخصومة ، يحلف الوارث ، والقدر الثابت على قطع هو أقل ما يتمول ، والختار بل الصواب قول المتولي والقاضي ، وقد نص عليه قبلها القفال شيخ طريقة خراسان ، وقد حكاه عنه الرافعي في الباب الثاني من « الدعوى والبيّنات » ، ولم يذكر فيه خلافاً ، ولم أر لأحد من الأصحاب خلافاً ، ودليله أن تعذر معرفة المسمى ، كعدمه من أصله ، ولهذا نوجب مهر المثل في التحالف وإن كان هناك مسمى زائد أو ناقص . والله أعلم

الخامسة : اختلف الزوج وولي الصغيرة أو المجنونة ، فقال الولي : زوجتكها بألفين ، فقال : بل بألف ، فوجهان . أصحابها عند الأصحاب : يتحالفان . والثاني : لا ، فعلى هذا توقف إلى بلوغها فيتحالفان ، ويجوز أن يحلف الزوج ، ويوقف بينها إلى بلوغها . وإذا قلنا : يحلف الولي ، فذلك إذا ادعى زيادة على مهر المثل والزوج معترف بمهر المثل . وأما إذا ادعى الزوج نكاحها بدون مهر المثل ، فلا تحالف ، لأنه يثبت مهر المثل وإن نقص الولي . ولو ذكر الزوج قدراً يزيد على مهر المثل ، وادعى الولي زيادة عليه ، لم يتحالفوا كيلا يرجع الواجب إلى مهر المثل ، بل يأخذ الولي ما يقوله الزوج . ولو ادعى الولي مهر المثل أو

أكثر ، وذكر الزوج أكثر من ذلك ، فهل يتحالفان ، أم يؤخذ بما قاله الزوج ؟
وجهان حكاهما الخناطي ، وهذا الخلاف المذكور في اختلاف الزوج وولي الصغيرة ،
يجري في اختلاف المرأة وولي الزوج الصغير ، وفيما إذا اختلف وليا الزوجين
الصغيرين . ولو بلغت الصغيرة قبل التحالف ، حلفت هي ولا يحلف الولي .
وادعى البغوي الاتفاق عليه . ولو اختلف ولي البكر البالغة وزوجها ، فالصحيح
أنها هي التي تحلف . وقيل : يحلف الولي لأنه العاقد ، قاله القاضي أبو الطيب
وغيره . ومن قال بهذا ، لا يسلم في الصغيرة إذا بلغت أن اليمين عليها . والخلاف
في حلف الولي يجري في الوكيل في النكاح ، وفي وكيل البائع مع المشتري ،
وكيل المشتري مع البائع ، وفي وكيلها ، ومنهم من رتب وقال : إن لم يحلف
الولي ، فالوكيل أولى ، وإلا فوجهان لقوة الولاية .

فرع

إذا قلنا : يحلف الولي فنكل ، فهل يقضى يمين صاحبه ، أم يوقف حتى تبلغ
الصبية وتفتق المجنونة فلعلمها تحلف ؟ فيه وجهان نقلهما الخناطي .

فرع

جميع ما ذكرنا في هذه المسألة ، هو فيما يتعلق بإنشاء الولي ، أما ما لا يتعلق
به ، بأن ادعى على رجل أنه أتلف مال الطفل ، فأنكر المدعى عليه ونكل ،
فهل يحلف اليمين المردودة إتماماً للخصومة واستخلاصاً لحق الصبي ، أم لا لأنه لا يتعلق
بإنشائه ؟ وجهان . أصحابها : الثاني . وعلى هذا لا يقضى بالنكول ، بل يتوقف
حتى يبلغ الصبي . وفي وجه : لا تعرض اليمين على المدعى عليه ، ويتوقف في أصل

الخصومة . وأفتى القفال فيما إذا ادعى الولي على رجل ديناً ورثه الصبي وأقام بينة به ، فقال الخصم : كنت قضيتُهُ ، أو أبرأني مورثه ، أنه لا يحلف الولي ، بل يحلف الصبي إذا بلغ على نفي العلم بذلك . ولو أقر القيم بما قاله الخصم ، انعزل وأقام القاضي غيره . ولو ادعى أن هذا القيم قبضه وأنكر ، حلف .

السادسة : ادعت على رجل أنه نكحها يوم الخميس بألف ، ونكحها يوم السبت بألف ، وطلبت الألفين ، سمعت دعواها لإمكان ثبوت الألفين بأن يطأها يوم الجمعة ، ويخلعها^(١) ثم ينكحها يوم السبت ، وإذا ثبت العقدان بالينة ، أو باقواره ، أو يمينها بعد نكوله ، لزمه الألفان ، ولا يحتاج إلى التعرض لتخلل الفرقة ، ولا لحصول الأصل ، لأن كل عقد منها ثبت مسماه والأصل بقاؤه . فان ادعى أن العقد الثاني كان إظهاراً للأول لا إنشاءً ، لم يقبل . وهل له تحليف المرأة على نفي ذلك ؟ وجهان حكاهما في « العدة » أصحها : له . فان ادعى على أنه لم يصحبها في النكاح الأول ، صدق يمينه ، ولا يطالب من المهر الأول إلا بالنصف ، وتكون معه بطلقتين . ولو ادعى في النكاح الثاني الطلاق قبل الإصابة ، صدق يمينه ، وقنع منه بنصف المهر الثاني أيضاً . ولو ادعى على رجل أنه اشترى منه كذا يوم الخميس بألف ، ثم يوم الجمعة بألف ، وطالبه بالثمنين ، لزمه الثمنان^(٢) إذا ثبت العقدان كما في المهرين .

السابعة : رجل يملك أبوي حرة ، فنكحها على أحدهما معيناً^(٣) ، ثم اختلفا ، فقال :

(١) في نسخ الظاهرية : بأن يطأها يوم الجمعة ثم يخلعها .

(٢) في الأصل : الثمنان .

(٣) في الأصل : معيياً ، وهو تصحيف .

أصدقتك أباك فقالت : بل أمي ، فوجهان . أصحابها : يتحالفان . والثاني : يصدق الزوج يمينه في أنه لم يصدقها أمها ، وتحلف هي أنه لم يصدقها الأب ، ولها مهر مثلها ، ويعتق الأب باقرار الزوج أنه أصدقها الأب لتضمنه الإقرار ، لأنه عتق عليها ولا غرم على المرأة ، لأنها لم تقوت عليه شيئاً ، فصار كما لو قال لرجل : بعثك أباك فأنكر ، عتق عليه باقراره . إن قلنا بالتحالف فحلفا ، عتق الاب باقرار الزوج ، ولها مهر مثلها ، وليس عليها قيمة الاب ، وولاؤه موقوف ، لأن الزوج يقول : هو لها ، وهي تنكره . وإن حلفت دونه ، عتق الأبوان . أما الاب ، فباقراره ، وأما الأم ، فلأننا حكمنا بكونها صداقاً ، وليس عليها قيمة واحدة منها . وإن حلف دونها ، رقت الأم ، وعتق الأب ، وولاؤه موقوف . وإن لم يحلف واحد منها ، عتق الاب ، ولا تتمكن هي من طلب المهر ، لأن من ادعى شيئاً ونكل عن اليمين بعد الرد ، كان كمن لم يدع شيئاً . ولو قال الزوج : أصدقتك أباك ونصف أمك وقالت : بل أصدقني كليهما ، تحالفاً بخلاف ، لأن الاختلاف هنا في قدر الصداق . فاذا حلفا ، فلها مهر المثل وتعتق ، وعليها قيمته لاتفاقها أنه عتق عليها بحكم الصداق ، فلما تحالفا بطل الصداق ، ولا سبيل إلى رد العتق فوجبت القيمة ، كما لو اشترى عبداً فأعتقه ، ثم اختلفا في الثمن وتحالفا . وأما الام ، فيعتق عليها نصفها . فان كانت موسرة ، عتق الباقي بالسراية وعليها قيمة مايعتق منها ، ويجيء التقاص .

ولو حلف الزوج دونها ، عتق الاب ونصف الام ، ولا سراية إن كانت معسرة ، ولا شيء لها ولا عليها ، لانا حكمنا يمينه أن الصداق هو الاب ونصف الام . ولو حلفت دونه ، حكم بكونها صداقاً وعتقاً ، ولا شيء عليها . ولو قالت . أصدقني الام ونصف الاب ، فقال : لا بل الاب ونصف الام ، تحالفا . فاذا حلفا ،

فلها مهر المثل ، ويعتق من الاب نصفه لاتفاقها ، ونصفه بأقرار الزوج وعليها قيمة ما اتفقا عليه . وأما الام ، فيعتق نصفها باتفاقها ، ويسري إلى الباقي إن كانت موسرة ، وعليها قيمة ما عتق منها .

الثامنة : اختلفا في أداء المهر ، فالقول قولها يمينها ، سواء اختلفا قبل الدخول أو بعده . فلو اتفقا على قبض مال ، فقال : دفعته صداقاً وقالت : بل هدية . فان اتفقا على أنه تلفظ واختلفا ، هل قال : خذي هذا صداقاً أم قال : هدية ؟ فالقول قوله يمينه . وإن اتفقا أنه لم يجز لفظ ، واختلفا فيما نوى ، فالقول قوله يمينه أيضاً . وقيل : بلا يمين ، وسواء كان المقبوض من جنس الصداق أم غيره ، طعاماً أم غيره . فاذا حلف الزوج ، فان كان المقبوض من جنس الصداق ، وقع عنه ، وإلا فان رضيا ببيعه بالصداق ، فذاك ، وإلا استرده وأدى الصداق . فان كان تالفاً ، فله البذل ^(١) عليها وقد يقع في التقاص .

[ولو] بعث إلى بيت من لادين له عليه شيئاً ثم قال : بعثته بعوض ، وأنكر المبعوث إليه ، فالقول قول المبعوث إليه .

التاسعة : ادعى دفع الصداق إلى ولي الصغيرة والمجنونة ، أو السفية ، سمعت دعواه . وإن ادعى دفعه إلى ولي البالغة الراشدة ، لم يسمع الدعوى عليها ، إلا أن يدعي إذنها ، وسواء البكر والثيب . وفي البكر وجه ، [و] ^(٢) الخلاف مبني على أن الولي ، هل يملك قبض مهر البكر الرشيدة ؟ والمذهب منعه . وفيه قول أو وجه . ومنهم من لم يثبت وقطع بالاول . وإذا قلنا بالمذهب ، فاستأذنها

(١) في الأصل : البذل ، وهو تصحيف .

(٢) زيادة من غطوطات الظاهرية .

فسكتت (١) ، لم يستفد بسكونها الاذن في القبض ، وقياس القول أو الوجه الضعيف ، أن يستفده وإن نهت عنه كتزويجها .

العاشرة : وقع الاختلاف في غير المنكوحة ، فهو اختلاف في عقدين ، القول في كل منها قول النافي . وإن قال : نكحت هاتين بألف ، فقالت إحداهما أو وليها : بل نكحت هذه فقط بألف ، فهذا اختلاف في قدر مهر المتفق على نكاحها . وأما الاخرى ، فالقول قول المنكر .

فصل

يتعلق بكتاب الصداق

أصدقها جارية ، ثم وطئ الجارية عالماً بالحال ، فإن كان بعد الدخول ، فعليه الحد ، ولا يقبل قوله : لم أعلم أنها ملكتها بالدخول ، إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام . وإن كان قبل الدخول ، فلاحد . وعللوه بشيئين . أحدهما : لا يبعد أن يخفى مثل هذه الأحكام عن العوام . والثاني : اختلاف العلماء ، فإن مالكا رحمه الله تعالى قال : لا تملك قبل الدخول إلا نصف الصداق . فإن كان عالماً بأنها تملك جميع الصداق بالعقد ، فعلى التعليل الأول يحد . وعلى الثاني ، لا وحيث قلنا : يحد ، فأولدها ، فالولد رقيق ، وعليه المهر إن كانت مكرهة . وحيث قلنا : لا يحد ، فالولد نسيب حر ، وعليه قيمته يوم سقوطه .

(١) في الأصل : فسكت وهو خطأ .

فصل

خالع زوجته المدخول بها ، ثم نكحها في العدة ، وطلقها قبل الدخول في النكاح الثاني ، يتشطر المهر عندنا . وقال أبوحنيفة رحمه الله تعالى : يجب جميعه ، وبالله التوفيق .

باب الوليمة

هي عامة على ما قال الشافعي والأصحاب ورحمهم الله تعالى ، تقع على كل دعوة تتخذ بسرور حادث ، من نكاح أو ختان أو غيرها . لكن الأشهر استعمالها عند ^(١) الإطلاق في النكاح ، وتقيد في غيره ، فيقال : وليمة الختان وغيره ، ويقال لدعوة الختان : إغذار ، ولدعوة الولادة : عقيقة ، ولسلامة المرأة من الطلق : خرس . وقيل : الخرس لطعام الولادة ، ولقدوم المسافر : نقيعة ، ولإحداث البناء : وكيرة ، ولما يتخذ للمصيبة : وضيمة ، ولما يتخذ بلا سبب : مأذبة .

قلت : الإغذار بالعين المهمة ، وبإبدال المعجمة . والخرس ، بضم الخاء المعجمة ، وبالسین المهمة ، ويقال : بالصاد . المأذبة ، بضم الدال وفتحها . والوضيمة ، بكسر الضاد المعجمة . وقول الأصحاب : النقيعة لقدوم المسافر ، ليس فيه بيان من يتخذها أمه القادم أو المقدم عليهم ؟ وفيه خلاف لاهل اللغة . فنقل الأزهري عن الفراء ، أنه القادم . وقال صاحب « المحكم » : هو طعام يُصنع للقادم وهو الاظهر . والله أعلم

وفي وليمة العرس قولان ، أو وجهان . أحدهما : أنها واجبة ، لقوله ﷺ في الحديث الصحيح : « أولم ولو بشاة » . وأصحها : أنها مستحبة كالأضحية وسائر الولائم ، والحديث على الاستحباب ، وقطع القفال بالاستحباب ، وأما سائر الولائم ، فمستحبة ، ليس بواجبة على المذهب وبه قطع الجمهور ، ولا يتأكد تأكيد وليمة النكاح . قال المتولي : وخرج بعضهم في وجوب سائر الولائم قولاً ، لأن الشافعي ^(١) رحمه الله قال بعد ذكرها : ولا أرخص في تركها .

فرع

أقل الوليمة على ما ذكره ابن الصباغ وغيره ، للمتمكن شاة وإن لم يتمكن ، اقتصر على ما يقدر عليه .

فرع

وأما الإجابة إلى الدعوة ، ففي وليمة العرس تجب الإجابة إن أوجبت الوليمة ، وكذا إن لم نوجبها على الأظهر . وقيل : على الأصح ، صحه العراقيون والرويان وغيرهم ، للأحاديث الصحيحة « من دعي إلى وليمة فليأتها » . والثاني : أنها مستحبة . وأما غير وليمة العرس ، فالمذهب أن الإجابة فيها مستحبة . وقيل : بطرد الخلاف في الوجوب . وإذا أوجبت الإجابة ، فهي فرض عين على الأصح . وقيل : فرض كفاية . ثم إنما تجب الإجابة أو تستحب بشروط . منها : أن يعم عشيرته أو جيرانه ، أو أهل حرفته ، أغنياءهم وفقراءهم ، دون ما إذا خص الأغنياء . ومنها : أن يخص بالدعوة بنفسه ، أو يبعث إليه شخصاً . فأما إذا فتح باب داره وقال : ليحضر من أراد ، أو بعث شخصاً : ليحضر من شاء ، أو قال لشخص : احضر وأحضر

(١) في الأصل : قولان للشافعي .

معك من شئت ، فقال لغيره : احضر ، فلا تجب الإجابة ولا تستحب . ومنها : أن لا يكون إحضاره لحوف منه ، أو طمع في جاهه ، أو ليعاونه على باطل ، بل تكون للتقرب ، أو التودد ؟ طريقان . أصحهما : الثاني . ولا يكون الاستحباب هو كالسلم أم لا تجب قطعاً ؟ طريقان . أصحهما : الثاني . ولا يكون الاستحباب في إجابته كالاستحباب في دعوة المسلم ، لانه قد يرغب عن طعامه لنجاسته وتصرفه الفاسد ، وتكره مخالطة الذمي وموادته . ومنها : أن يدعو في اليوم الاول . فلو أولم ثلاثة أيام ، فالإجابة في اليوم الثالث مكروهة ، وفي الثاني لا تجب قطعاً ، ولا يكون استحبابها كالاستحباب في اليوم الاول .

فرع

إذا اعتذر المدعو إلى صاحب الدعوة ، فرضي بتخلفه ، زال الوجوب وارتفعت كراهة التخلف .

فرع

دعاه جماعة ، أجاب الاسبق ، فإن جاءوا معاً ، أجاب الاقرب رحماً ، ثم الاقرب داراً كالصدقة . ومنها : أن لا يكون هناك من يتأذى بحضوره ، ولا يليق به مجالسته . فان كان ، فهو معذور في التخلف . وأشار في « الوسيط » إلى وجه فيه . ومنها : أن لا يكون هناك منكر كشرب الخمر والملاهي . فان كان ، نظر ، إن كان الشخص ممن إذا حضر رفع المنكر ، فليحضر إجابة للدعوة وإزالة المنكر ، وإلا فوجهان . أحدهما : الاولى أن لا يحضر ، ويجوز أن يحضر ولا يستمع وينكر بقلبه ، كما لو كان يضرب المنكر في جواره ، فلا يلزمه التحول وإن

بلغه الصوت ، وعلى هذا جرى العراقيون . والثاني وهو الصحيح : يحرم الحضور لانه كالرضى بالمنكر وإقراره .

قلت : الوجه الاول غلط ، ولا يثبت عن كل العراقيين ، وإنما قاله بعضهم وهو خطأ ، ولا يغتر بجلالة صاحب « التنبيه » ونحوه من ذكره . والله أعلم

فاذا قلنا بالثاني ، فلم يعلم حتى حضر ، نهام ، فان لم ينتهوا ، فليخرج . وفي جواز القعود وجهان .

قلت : أصحها : التحريم . والله أعلم

فان لم يمكنه الخروج ، بأن كان في الليل ويخاف من الخروج ، قعد كارهاً ولا يستمع . ولو كانوا يشربون النبيذ المختلف في إباحته ، لم ينكره ، لانه يجتهد فيه . فان كان حاضره ممن يعتقد تحريمه ، فكالمنكر المجمع على تحريمه . وقيل : لا .

فرع

ومن المنكرات ، فرش الحرير وصور الحيوانات على السقوف والجدران ، والنياب الملبوسة ، والستور المعلقة ، والوسائد الكبار المنصوبة ، ولا بأس بما على الارض ، والبساط الذي يداس ، والاتحاد التي يتكأ عليها ، وليكن في معناها الطبق والحوان ، والقصة . ولا بأس بصور الاشجار ، والشمس ، والقمر . وفي وجه : يكره صورة الشجر . ولو كانت صور الحيوانات مقطوعة الرؤوس ، فلا بأس به على الصحيح ، ومنعه المتولي . وهل دخول البيت الذي فيه الصور الممنوعة حرام

أم مكروه^(١) ؟ وجهان . وبالتحريم قال الشيخ أبو محمد ، وبالكراهة قال صاحب « التقريب » والصيدلاني ، ورجحه الإمام والغزالي في « الوسيط » . ولو كانت الصورة في المعر دون موضع الجلوس ، فلا بأس بالدخول والجلوس ، ولا يترك إجابة الدعوة بهذا السبب . وكذا لا بأس بدخول الحمام الذي على بابه صور ، كذا قاله الاصحاب .

فرع

يحرم على المصور التصوير على الحيطان والسقوف ، ولا يستحق أجره . وفي نسج الثياب المصورة وجهان ، جوزه أبو محمد لأنها قد لا تلبس ، ورجح المنع الإمام والغزالي تمسكاً بالحديث « لعن الله المصورين » .

قلت : الصحيح التحريم ، والحديث صحيح . والله أعلم

وطرد المتولي الوجهين في التصوير على الارض ونحوها ، وكأن من قال بالمنع . قال : ليس له أن يصور ، لكن إن اتفق يسامح به ولا يجب طمسه .

قلت : الصحيح تحريم التصوير على الارض وغيرها . والله أعلم

فصل

الصوم ليس عذراً في ترك إجابة الدعوة . فإذا حضر الصائم ، ان كان صوم

(١) في الأصل : مكروهة .

غرض مضيق الوقت ، حرم الفطر . وان كان موسعاً كالنذر المطلق وقضاء رمضان ، فان لم تجوز الخروج منه ، حرم الفطر ، والا [فقل] ^(١) هو كصوم النفل . وعن القاضي حسين كراهة الخروج منه ، لان ذمته مشغولة . وان كان صوم نفل ، فان لم يشق على صاحب الدعوة إمساكه ، استحب اتمام صومه ، وان شق عليه ، استحب الفطر . أما المفطر ، ففي أكله وجهان . أحدهما : يجب وأقله لقمة ، وأصحها : أنه مستحب .

فصل

دعاه من أكثر ماله حرام ، كرهت إجابته كما تكروه معاملته . فان علم أن عين الطعام حرام ، حرمت إجابته .

فصل

المرأة إذا دعت النساء ، كما ذكرنا في الرجال . فإن دعت رجلاً أو رجلاً ، وجبت الإجابة إذا لم يكن خلوة محرمة .

قلت : قال إبراهيم المروزي : لو دعت أجنبية وليس هناك محرم له ولا لها ، ولم يخل به ، بل جلست في بيت ، وبعثت الطعام مع خادم إليه إلى بيت آخر من دارها ، لم يجبه مخافة الفتنة . والله أعلم

(١) زيادة من إحدى نسخ الظاهرية .

فصل

في مسائل تتعلق بالضيافة

إحداها : للضيف أن يأكل إذا مُدِّم إليه الطعام من غير أن يأذن صاحب الطعام لفظاً ، إلا إذا كان ينتظر حضور غيره ، فلا يأكل حتى يحضر أو يأذن المضيف لفظاً . وفي « الوسيط » أنه لا بد من لفظ وهو شاذ ضعيف ، والصحيح الاكتفاء بقرينة التقديم ، وللقرينة أثر ظاهر في مثل هذا الباب ، وكذلك يجوز الشرب من الحباب الموضوعة على الطرق ، وكان السلف يأكلون من بيوت إخوانهم للانبساط وهم غيب . وقال المتولي : تقديم الطعام ، إنما يكفي إذا دعاه إلى بيته . فإن لم يسبق دعوة ، فلا بد من الإذن لفظاً ، إلا إذا جعلنا المعاطاة بيعاً ، وقرينة التقديم لا تختلف لسبق الدعوة وعدمه .

قلت : الصحيح بتقديم الطعام أنه يجوز الأكل بلا لفظ ، سواء دعاه أم لا ، بشرط أن لا يكون منتظراً غيره كما سبق . وأما الأكل من بيت الصديق وبستانه ونحوهما في حال غيبته ، فجائز بشرط أن يعلم من حاله أنه لا يكره ذلك منه .
والله أعلم

الثانية : هل يملك الضيف ما يأكله ؟ وجهان . قال القفال : لا بل هو إتلاف يأذن المالك ، وللمالك أن يرجع ما لم يأكل . وقال الجمهور : نعم . وبم يملك ؟ فيه أوجه . قيل : بالوضع بين يديه ، وقيل : بالأخذ ، وقيل : بوضعه

في الفم ، وقيل : بالازدراء ^(١) يتبين حصول الملك قبيله . وضعف المتولي ماسوى الوجه الأخير . وعلى الأوجه ينبغي التمكن من الرجوع .

قلت : قال صاحب « البيان » : إذا قلنا : يملكه بالأخذ أو بالوضع في الفم ، فهل للأخذ إباحته لغيره والتصرف فيه بغير ذلك ؟ وجهان . الصحيح [وقول الجمهور] ^(٢) لا يجوز كما لا يعير المستعار . وقال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب : يجوز أن يفعل ما يشاء من البيع والهبة وغيرهما ، لأنه ملكه . قال ابن الصباغ : هذا لا يجيء على أصلها . والله أعلم

الثالثة : ليس للضيف التصرف في الطعام بما سوى الأكل ، فلا يجوز أن يحمل معه منه شيئاً ، إلا إذا أخذ ما يعلم رضى المالك به ، ويختلف ذلك بقدر المأخوذ وجنسه ، وبحال المضيف والدعوة . فإن شك في وقوعه في محل المساحة ، فالصحيح التحريم ، وليس للضيف إطعام السائل والهرة ، ويجوز أن يلقم الأضياف ^(٣) بعضهم بعضاً ، إلا إذا فارت بينهم في الطعام ، فليس لمن خصّ بنوع أن يطعموا منه غيرهم ، ويكره للمضيف أن يفعل ذلك .

الرابعة : يحرم التطفل ، واستثنى المتولي وغيره فقالوا : إذا كان في الدار ضيافة ، جاز لمن بينه وبين صاحب الطعام انبساط أن يدخل ويأكل إذا علم أنه لا يشق عليه .

(١) في الأصل : بالازدراء إذ .

(٢) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

(٣) في الأصل : الأصناف .

فصل في آداب الأكل

منها : أن يقول أولاً : باسم الله ، فإن نسي قال إذا تذكر : بسم الله أوله وآخره ، وأن يغسل يديه قبل الأكل وبعده ، وأن يأكل بأصابه الثلاث ، وأن يدعو لصاحب الطعام إن كان ضيفاً ، ويقول : « أكل طعامكم الأبرار ، وأفطر عندكم الصائون . وصلت عليكم الملائكة » . ويكره أن يأكل متكئاً ، وأن يأكل بما يلي آكله ، وأن يأكل من وسط القصة وأعلى الثريد ونحوه ، ولا بأس بذلك في الفواكه ، ويكره أن يعيب الطعام ، وأن يقرن بين تمرتين ونحوهما ، وأن يأكل بشماله ، وأن يتنفس في الإناء ، وأن ينفخ فيه . ولا يكره الشرب قائماً ، وحملوا النهي الوارد على حالة السير .

قلت : هذا الذي قاله من تأويل النهي على حالة السير ، قد قاله ابن قتيبة والمتولي ، وقد تأوله آخرون بخلاف هذا . واختار أن الشرب قائماً بلا عذر خلاف الأولى ، للأحاديث الصريحة بالنهي عنه في « صحيح مسلم » .

وأما الحديثان الصحيحان عن علي وابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ شرب قائماً ، فمحمولان على بيان الجواز جمعاً بين الأحاديث . وقد اعترض على أحاديث النهي بأشياء باطلة ، أوضحت جوابها في شرح « صحيح مسلم » . ويكره الشرب من غم القربة . ومن آداب الأكل : حمد الله تعالى في آخره . وكذلك في آخر الشرب فيقول : « الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه غير مكفي ولا مكفور ولا مودع ، ولا مستغنى عنه ربنا » . ثبت ذلك في « صحيح البخاري » عن النبي ﷺ أنه كان يقوله ، وقد جاءت في هذا أذكر كثيرة في الصحيح وغيره ، وقد جمعت

مقاصدها في كتاب « أذكار الطعام » من كتاب « الأذكار » ، وشرحت فيه هذه الألفاظ أحسن شرح وأوجزه ، مع جل مما يتعلق بالأطعمة . وقوله : ربنا ، يجوز بالرفع على الابتداء ، وبالنصب على الاختصاص أو النداء ، وبالجزم على البدل من قوله : الحمد لله . وإذا أكل جماعة ، فمن الأدب أن يتحدثوا على طعامهم بما لا إثم فيه ، ويكره أن يتمخط ويبصق في حال أكلهم إلا لضرورة ، ويكره أن يقرب منه من القصة بحيث يرجع من فيه إليها شيء . ويستحب أن يلحق القصة ، وأن يلحق أصابعه ، وأن يأكل اللقمة الساقطة ما لم تتنجس ويتعذر تطهيرها ، للأحاديث الصحيحة في ذلك . والأولى أن لا يأكل الشخص وحده ، وأن لا يرتفع عن مؤاكلة الغلام والصبيان والزوجة ، وأن لا يتميز على جلسائه بنوع إلا حاجة ، كدواء ، ونحوه ، وأن يمد الأكل مع رفقته مادام يظن لهم حاجة إلى الأكل ، وأن يؤثرهم بفاخر الطعام ، كقطعة لحم وخبز لين ، أو طيب ونحو ذلك ، وقد سبق استحباب التسمية في أول الطعام ، وهي مستحبة لكل آكل ، حتى الحائض والنفساء . وينبغي أن يجهر بها جهراً يسمعه رفقته سماعاً محققاً ، ليقدر به فيها ، وليتنبه غيره لها ^(١) ويستحب لكل واحد من الجماعة ، أن يسمي . فإن سمي واحد من الجمع ، أجزأ عن الباقي ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه ، وقد ذكرته في « كتاب الأذكار » وفي « طبقات الفقهاء » في ترجمة الشافعي ، وهو شبه برد السلام ، وتشميت العاطس ، فإنه يكفي قول أحد الجماعة . ومن ترك التسمية عامداً أو مكرهاً ، أو لعارض آخر ، ثم تمكن في أثناء أكله ، سمي ، كما لو نسيها ، وسبق مثله في الوضوء ، والتسمية في المشروب كلاً كول . ولا بأس

(١) في الأصل : فيها .

بقوله : لا أشتبي هذا الطعام ، أو ما اعتدت أكله ، لحديث الضب . ويستحب لمن حضر وهو صائم ولم يأكل ، أن يدعو لأهل الطعام ، ويستحب الترحيب بالضيف وحمد الله تعالى على حصوله ضيفاً عنده ، وسروره به ، وثناؤه عليه لجعله أهلاً لتضييفه . ففي « الصحيحين » ، أن رسول الله ﷺ قال : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ، فليكرم ضيفه » . والله أعلم

فصل

يجوز نثر الجوز واللوز والتمر والسكر ونحوها في الإملاكات . وهل يكره أم يستحب ، أم لا يستحب ولا يكره ، بل تركه أولى ؟ فيه أوجه . أحدها الثالث . والتقاط النثار جائز ، لكن الأولى تركه ، إلا إذا عرف أن النثر لا يؤثر بعضهم على بعض ، ولم يقدح الالتقاط في مروءته ، ثم من التقط لم يؤخذ منه . وهل يملكه ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأنه لم يوجد لفظ تمليك لمعين ^(١) والثاني : يملك اعتباراً بالعادة ، والأئمة إلى هذا الوجه أميل ، وهو مقتضى إطلاق أكثرهم . فعلى الأول ، للنثر الاسترجاع . قال ابن كعب : له الاسترجاع ما لم يخرج الملتقط من الدار ، وعليه الغرم إن أتلفه . وإن قلنا : يملك فهل يخرج عن ملك النثر بالنثر ، أم بأخذ الملتقط ، أم بإتلافه ؟ فيه أوجه .

: الأصح أنه يملك بالأخذ كسائر المباحات . والله أعلم

(١) في الأصل : المعين .

ومن وقع في حجره شيء من النار ، فإن بسطه لذلك ، لم يؤخذ منه . فان سقط منه بنفس الوقوع ، لم يبطل حقه على الأصح ، فيمنع غيره من أخذه . وإن لم يبسطه له ، لم يملكه ، لعدم القصد والفعل . فان نقضه ، فهو كما لو وقع على الأرض أولاً ، وإلا فهو أولى به من غيره ، وليس لغيره أن يأخذه . فلو أخذه غيره ، ففي ملكه وجهان جاريان ، فيما لو عشب طائر في ملكه فأخذ فرخه غيره . وفيما إذا دخل السمك مع الماء حوضه ، وفيما إذا وقع الثلج في ملكه فأخذه غيره ، وفيما إذا أحيا ما يحجره غيره . لكن الأصح أن المحيي يملك . وفي هذه الصور ميلهم إلى المنع أكثر ، لان المتحجر غير مالك فليس الإحياء تصرفاً في ملك غيره ، بخلاف هذه الصورة ^(١) ولو سقط من حجره قبل أن يقصد أخذه ، أو قام فسقط ، بطل اختصاصه ، كما لو طار الفرخ ، فانه يجوز لغير صاحب الأرض أخذه بخلاف . ثم اختصاص من وقع في حجره مخصوص بمن هو ممن يأخذه . أما من يعلم أنه لا يأخذه ولا يرغب فيه ، فلا اختصاص له به ، ويجوز لغيره أخذه من حجره ، ذكره البغوي وغيره . ويكره أخذ النار من الهواء بالملاءة والازر المربوطة برووس الحشب . فان أخذ كذلك ، استحقه ونثر الدراهم والدنانير ، كثر السكر ذكره المسعودي .

قلت : ولو التقط النار صبي ملكه ، ولو التقطه عبد ملكه سيده ، ذكره إبراهيم المروزي ، والختان في هذا كمالك . والله أعلم

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : الصور .

كتاب عشرة النساء

والقسم والشقاق

فيه بابان .

الأول : في عشرتهن والقسم .

النكاح مناط حقوق الزوج على الزوجة ، كالطاعة وملازمة المسكن وحقوقها عليه ، كالهرم والنفقة ، والكسوة ، والمعاشرة بالمعروف . قال الله تعالى : (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف) [البقرة : ٢٢٨] والمراد تماثلها في وجوب الآداب . وقال تعالى : (وعاشروهن بالمعروف) [النساء : ١٨] قال الشافعي رحمه الله : جماع المعروف بين الزوجين ، الكف عن المكروه ، وإعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه من غير إظهار كراهته في تأديته . فأيهما مطل بتأخيرته ، فمطل الغني ظلم ، قال الأصحاب : أراد بالكف عن المكروه ، الامتناع عما يكرهه صاحبه ، وإيعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه أن لا يحوجه في أداء الحق إلى كلفة ومؤنة . وبقوله من غير إظهار كراهة ، أن يؤدي الحق راضياً طلق الوجه . ومن المعاشرة بالمعروف : القسم . وفائدته : العدل والتحرز عن الإيذاء والإيحاء بتوجيه البعض ، وقد يعرض ما يقتضي التفضيل . ويتضمن الباب خمسة أطراف .

الأول : في استحقاق القسم . من له زوجة واحدة ، ينبغي أن لا يعطلها ، فيستحب أن يبيت عندها ويحضرها ، وأدنى الدرجات أن [لا] ^(١) يخلي أربع ليال عن

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

ليلة ، ولا يجب عليه المبيت بجال ، لأنه حقه فله تركه . ولو كان له مستولدات أو إماء ، فلا قسم لمن^(١) ، ويستحب أن لا يعطلهن ، وأن يسوي بينهن . ولو كان معهن نساء ، فلا قسم بينهن وبين النساء . حتى لو بات عند المنكوحات أو عند الإماء ، فلا قسم للأخريات . وإذا كانت تحت زوجها فأكثر ، فالإعراض عن جملتهن كالإعراض عن الواحدة المنفردة . وحكى القاضي أبو حامد وجهاً أنه يلزمه القسم بينهن ، ويجرم إعراضه عنهن ، ويمكن أن يجيء مثله في الواحدة . ولو بات عند بعضهن ، لزمه مثله للباقيات . وإذا سوى بينهن في الظاهر ، لم يؤخذ بزيادة ميل قلبه إلى بعضهن ، ولا تجب التسوية في الجماع ، لكن يستحب التسوية فيه وفي سائر الاستمتاع . ولو قسم بينهن مدة وسوى ثم أعرض عنهن ، جاز كالأبتداء .

فصل

فيمن تستحق القسم

فيه مسائل .

إحداها : تستحقه المريضة ، والرتقاء ، والقرناء ، والخاص ، والنفساء ، والمحرمة ، والمؤلى منها ، والمظاهر منها ، والمراهقة ، والمجنونة التي لا يخاف منها ، لأن المراد الأنس . قال المتولي : والمعتدة عن وطء شبهة لا قسم لها ، لأنه يحرم الخلوة بها .

(١) في نسخ الظاهرية : فلا قسم بينهن .

الثانية : إذا نشزت عن زوجها ، بأن خرجت من مسكنه ، أو أراد الدخول عليها فأغلقت الباب ومنعته ، أو ادعت عليه الطلاق ، أو منعت التمكين ، فلا قسم لها كما لانفقة . وإذا عادت إلى الطاعة ، لم تستحق القضاء ، وامتناع المجنونة كامتناع العاقلة ، لكن لاتأثم .

الثالثة : إن لم ينفرد بمسكن وطاف عليهن في مساكنهن ، فذاك ، وإن انفرد ، فيتخير بين المضي إليهن ودعائهن إلى مسكنه في نوبتهن ^(١) والأول ^(٢) أولى اقتداءً برسول الله ﷺ . فإن دعاهن ، لزمهن الإجابة . ومن امتنعت ، فهي ناشزة . وهل له أن يدعو بعضهن إلى مسكنه ويمضي إلى مسكن بعضهن ؟ وجهان . وقال الحناطي : قولان . أصحها : المنع ، وبه قطع البغوي والسرخسي وغيرهما . فإن أقروا بينهن ليدعو ^(٣) من خرجت قرعتها إلى منزله ، فينبغي القطع بالجواز ، كالمسافرة ببعضهن بالقرعة . ثم الوجهان ، إذا لم يكن التخصيص بعذر ، فإن كان بأن كان مسكن إحداهما قريباً إليه ، فمضى إليها ودعا الأخرى لتخف عنه مؤنة السير ، لزمها الإجابة ، وكذا لو كان تحته عجوز وشابة ، فحضر بيت الشابة لكراهة خروجها ودعا العجوز ، فلزمها الإجابة ، فإن أبت ، بطل حقها . وإذا كان يدعوهم إلى منزله ، فمنع بعضهن شغلها ، بطل حقها . وإن منعها من الإجابة مرض ، قال ابن كج : عليه أن يبعث إليها من يحملها إليه . ولو أقام عنده واحدة منهم ، ودعا الباقيات إلى بيتها ، لم تلزمهن الإجابة لما فيه من المشقة .

(١) في نسخ الظاهرية : نوبتهن .

(٢) في الأصل : والأول .

(٣) في الأصل : ليدع .

الرابعة : إن سافرت معه ، فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى . وإن سافرت وحدها من غير إذنه ، فهي ناشزة . وإن أذن ، نظر ، إن كان السفر لغرضه ، بقي حقها فيقضيه من حق الباقيات . وإن كان لغرضها كحج وتجارة ، سقط حقها على الجديد ، فلا قضاء لها . وقيل بالسقوط قطعاً ، وفائدة الإذن دفع الإثم .

فصل

فيمن يستحق عليه القسم

هو كل زوج عاقل ، وإن كان مراهماً أو سفيهاً . فان جاز المراهق ، فالإثم على وليه ، وإن جاز السفيه ، فعلى نفسه ، [و] أما المجنون ، فان كان لا يؤمن منه ضرر ، فلا قسم ، وإن أمن ، فان كان قسم لبعضهن ثم جن ، فعلى الولي أن يطوف به على الباقيات قضاءً لحقوقهن ، كقضاء الديون . قال المتولي : وذلك إذا طلبن . فان أردن التأخير إلى إفاقة لثم الموانسة ، فلهن ذلك . وإن لم يكن عليه شيء من القسم ، فان رأى منه ميلاً إلى النساء ، وقال أهل الخبرة : ينفعه غشيانهن ، لزم الولي أن يطوف به عليهن ، أو يدعوهن إلى منزله ، أو يطوف به على بعضهن ، ويدعو بعضهن كما يرى . وإن لم ير منه ميلاً ، فليس عليه الطواف به . وحكى الفوراني وجهاً ، أن حق القسم يبطل بالجنون ، ولا يطالب الولي برعايته بحال ، ولا يجزي الوجه فيما إذا قيل : ينفعه الغشيان . ولو ^(١) قيل : يضره ، لزمه منعه عنهن . أما من به جنون منقطع ، فان ضبط ، كيوم ويوم ، جعلت أيام الجنون

(١) في الأصل : أو .

كالغَيْبَةِ ، ويقسم في إفاقة . ولو أقام في الجنون عند واحدة ، فلا قضاء ولا اعتداد به ، كذا قاله البغوي وغيره ، وفيه إشعار بأنه لا يقسم أيام جنونه . وحكي أبو الفرج وجهاً ، أنه إذا أقام في الجنون عند واحدة ، قضى للباقيات . وقال المتولي : يراعي القسم في أيام الافاقة ، ويراعيه الولي في الجنون ، ولكل واحدة نوبة من هذا ، ونوبة من هذا ، وهذا حسن . وإن لم تنضب الإفاقة ، وقسم الولي لواحدة في الجنون ، وأفاق في نوبة الأخرى ، قال الغزالي : يقضي ماجرى في الجنون لثقله .

الطرف الثاني : في مكان القسم وزمانه ، فيه مسائل .

إحداها : يحرم عليه أن يجمع بين زوجتين ، أو زوجات في مسكن ولو ليلة واحدة إلا برضاهن . والمراد بالمسكن : ما يليق بامرأة من دار وحجرة بيت مفرد . فاللواتي تليق بكل واحدة منهن بيت أو دار أو حجرة ، لا يجمع بينهن في دار واحدة ولا حجرة واحدة ، لكن لو كان في الدار حجر مفردة المرافق ، فله أن يسكنهن فيها . وكذا لو أسكن واحدة في العلو والأخرى في السفلى والمرافق متميزة ، واللواتي يليق بهن البيوت المفردة له أن يسكن كل واحدة منهن بيتاً من خان واحد ، أو دار واحدة ، ولا يجمع بينهن في بيت (١) إلا بالرضى . وإذا جمعها في مسكن بالرضى ، كره وطء أحدهما بحضرة الأخرى . ولو طلب ، لم تلزمها الإجابة ، ولا تصير بالامتناع ناشزة .

الثانية : عماد القسم الليل والنهار تابع ، وله أن يرتب القسم على الليلة واليوم الذي قبلها ، أو اليوم الذي بعدها ، هذا حكم عامة الناس . وأما من يعمل ليلاً ويسكن نهاراً ، كالأثوثي والحارس ، فعماده قسمه النهار ، والليل تابع ، وعماده قسم المسافر وقت نزوله ليلاً كان أو نهاراً قليلاً أم كثيراً .

(١) في الأصل : في بيوت .

الثالثة : من عماد قسمه الليل ، يحرم عليه أن يدخل في نوبة واحدة على الأخرى ليلاً وإن كان حاجة كعبادة وغيرها . وقيل : يجوز للحاجة ، وهو ضعيف ، ويجوز الدخول للضرورة بخلاف . قال في « الشامل » : هي مثل أن تموت أو يكون منزولاً بها . وقال الشيخ أبو حامد وغيره : هي كالمرض الشديد . قال الغزالي : هي كالمرض الخوف . قال : وكذا المرض الذي يحتمل كونه مخوفاً ، فيدخل لتبين الحال . وفي وجه : لا يدخل حتى يتحقق أنه مخوف . ثم إذا دخل على الضرة لضرورة ، أو مكث ساعة طويلة ، قضى لصاحبة النوبة مثل ذلك في نوبة المدخول عليها ، وإن لم تكن ^(١) إلا لحظة يسيرة ، فلا قضاء . ولو تعدى بالدخول ، إن طال الزمان ، قضى ، وإلا ، فلا ، لكن يعصي . وعن القاضي حسين تقدير القدر المقتضي بثلاث الليل . والصحيح أن لا يقدر ^(٢) . هذا إذا لم يجمع المدخول عليها ، فإن جامعها ، عصى . وفي القضاء أوجه . أحدها : أنه أفسد الليلة ، فلا تحسب على صاحبة النوبة . والثاني : يقضي الجماع في نوبة التي جامعها . وأصحها : يقضي من نوبتها مثل تلك المدة ، ولا يكلف الجماع . فإن فرض الجماع في لحظة يسيرة ، فلا قضاء على هذا الوجه ، ويبقى الوجهان الأولان .

فرع

وأما النهار ، فلا تجب التسوية فيه بين النسوة في قدر إقامته في البيت ، ولكن ينبغي أن تكون إقامته في بيت صاحبة النوبة إن أقام ، ولا يدخل على

(١) في نسخ الظاهرية : وإن لم يكث .

(٢) في نسخ الظاهرية : أن لا تقدير .

غيرها إلا الحاجة ، كعبادة ، وتعرف خبر ، وتسليم نفقة ، ووضع متاع واحدة ،
وينبغي أن لا يطيل المقام ، ولا يعتاد الدخول على واحدة في نوبة الأخريات ،
ولا في نوبة واحدة الدخول على غيرها . وإذا دخل على واحدة بغير حاجة ، ففي
« التجريد » للمحامي : أنه يجب القضاء ، وحكاه عن نصه في « الإملاء » . وإن
دخل حاجة ، فلا قضاء . هذا هو الصحيح المعروف ، وحكى الغزالي وجهين آخرين .
أحدهما : أن النهار كالليل ، ومقتضى هذا الإطلاق ، أن لا يدخل إلا لضرورة ،
وأنه يقضي إذا دخل متعبدا . وحكى ابن كج أن أبا إسحاق حكى في وجوب
القضاء قولاً . والثاني : لاحتجر بالنهار . ومقتضى هذا أن يدخل ويخرج كيف شاء
بلا قضاء ، ولا يجوز في دخول الحاجة أن يجامع . وفي سائر الاستماعات وجهان .
أصحها : الجواز . وفي كتاب ابن كج وجه أنه يجوز الجماع وهو شاذ .

فرع

من عماد قسمه النهار ، فليله كنهار غيره ، ونهاره كليل غيره في جميع ما ذكرنا .

فرع

نقل البغوى وغيره ، أنها إذا مرضت ، أو طرأ بها الطلق ، فإن كان لها
متعهد ، لم يبت ^(١) عندها إلا في نوبتها ، ويراعي القسم . وإن لم يكن متعهد ،
بات عندها ليالي بحسب الحاجة ويقضي للباقيات ^(٢) إن برأت . وإن ماتت ، تعذر

(١) في الأصل : يثبت .

(٢) في الأصل : يقضي الباقيات

القضاء . وفي القضاء لا يبيت عند كل واحدة من الأخريات جميع تلك الليالي
ولاء ، بل [لا]^(١) يزيد على ثلاث ليال ، وهكذا يدور حتى يتم القضاء . ولو مرضت
ثنتان ولا متعهد ، فقد يقال : يقسم الليالي عليها ، وبسوي بينهما في التمرض ،
ويمكن أن يقال : يقرع بينهما كما يسافر بها بالقرعة .

قلت : القسم أرجح . والله أعلم

فرع

كان يعمل تارة بالليل ، ويستريح بالنهار ، وتارة عكسه ، فهل يجوز أن
يبدل الليل بالنهار ، بأن يكون لواحدة ليلة تابعة ونهار متبوع ، وللأخرى ليلة
متبوعة ونهار تابع ؟ وجهان حكاهما الحناضي .

قلت : الأصح المنع لتفاوت الغرض . والله أعلم

الرابعة : أقل نوب القسم ، ليلة ليلة ، ولا يجوز ببعض^(٢) الليلة . وحكى
ابن كج وجهاً ، أنه يجوز أن يقسم لكل واحدة بعضاً من ليلة . وحكى الإمام
وجهاً أنه يجوز أن يقسم لكل واحدة ليلة ونصفاً ، ولا يجوز لكل واحدة بعض
ليلة . والصحيح المنع مطلقاً . والأفضل أن لا يزيد على ليلة اقتداء برسول الله
ﷺ ، وليقرب عهده بهن كلهن . ولو قسم ليلتين ليلتين ، أو ثلاثاً ثلاثاً ، جاز ،
نص عليه . وفي وجهه عن أبي إسحاق : لا تجوز الزيادة على ليلة إلا برضاهن .

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٢) في نسخة الظاهرية : تبعيض .

والصحيح الأول . ولا تجوز الزيادة على ثلاثة إلا برضا عن المذهب . وقيل : قولان أو وجهان . فإن جوزنا الزيادة ، فوجهان . أحدهما عن صاحب « التقريب » : لا تجوز الزيادة على سبعة . والثاني عن الشيخ أبي محمد وغيره : تجوز الزيادة ما لم تبلغ أربعة أشهر مدة تربص المؤلي .

الخامسة : إذا أراد الابتداء بالقسم ، فوجهان . أحدهما : يبدأ بمن شاء . والصحيح يلزمه القرعة ، فيبدأ بالقارعة . فإذا مضت نوبتها ، أقرع بين الباقيات . ثم بين الآخريتين ، فإذا تمت النوب ، راعى الترتيب ، ولا حاجة إلى إعادة القرعة . ولو بدأ بلا قرعة ، فقد ظلم ، ويقرع بين الثلاث . فإذا تمت النوب ، أقرع للابتداء .

الطرف الثالث : في التساوي وبيان محل التفاضل .

القسم المشروع للعدل ، فيحرم التفضيل وإن ترجحت إحداها بشرف وغيره ، فتجب التسوية بين المسلمة والكتابية ، ولا يجوز التفضيل إلا بشيئين . أحدهما : الحرية ، فللحرة ضعف ما للأمة ، فدورها أثلاث . فلو طرأ عتق الأمة ، فإما أن يكون الابتداء بالحرّة ، وإما بالأمة .

الحالة الأولى : بالحرّة . فإما أن تعتق في نوبة الحرّة ، وإما في نوبتها .

القسم الأول : في نوبة الحرّة ، وهو ضربان .

أحدهما : أن يعتق في القدر المشترك بين الحرّة والأمة ، بأن عتقت في الليلة الأولى من ليلتي الحرّة ، فيتم الليلة ويبعث الليلة الأخرى عند العتيقة ليسوي بينهما .

الضرب الثاني : عتقت في الليلة الثانية ، فلا يلزمه الخروج ، بل له أن يبيت عند الحرّة بقية الليل ، لكن يبيت بعد ذلك عند العتيقة ليلتين . فلو خرج في الحال ، وكان بقية الليلة في مسجد أو بيت صديق ، لم يلزمه قضاء ما مضى من تلك الليلة . وإن خرج بقية الليلة إلى العتيقة ، فقد أحسن .

القسم الثاني : تعتق في نوبة نفسها ، فإن عتقت قبل تمام ليلتها ، كمل لها ليلتين لالتحاقها بالحرّة ، وحكى الحناطي وغيره وجهاً ، أنها لا تستحق إلا ليلة ، نظراً إلى الابتداء . وإن عتقت بعد تمام ليلتها ، لم تستحق إكمال ليلتين ، بل يقتصر في تلك النوبة على تلك الليلة ، ثم يسوي بينها . وهل العتق في يومها التالي ليلتها كعتقها في ليلتها ؟ حكى عن إمام الحرمين فيه وجهان . أصحها وهو الموافق لكلام الجمهور : المنع لأنه تابع .

الحالة الثانية : بدأ بالأمة فعتقت في نوبتها ، صارت كالحرّة فيسوي بينها . وإن عتقت بعد تمام نوبتها ، فوجهان . أحدهما : يبيت عند الحرّة ليلتين ، ثم يسوي بعد ذلك ، وبهذا قطع الإمام ، والمتولي ، والغزالي ، والسرخسي ، ومنع البغوي تكميل الليلتين وقال : إن عتقت في الأولى من ليلتي الحرّة ، أتمها واقتصر عليها ، وإن عتقت في الثانية ، خرج من عندها في الحال . وعلى نحو هذا جرى الشيخ أبو حامد وأصحابه وصاحب « المذهب » .

قرع

ذكر ابن كج والشيخ أبو الفرج وغيرهما ، أن الأمة إنما تستحق القسم إذا استحققت النفقة [و] في نص الشافعي رضي الله عنه إشارة إليه ، وقد بينا في « كتاب النكاح » متى تجب نفقتها .

فرع

إسقاط حق القسم بهتة للزوج ، أو لضرّة الأمة لا للسيد ، لأن معظم الحظ في القسم لها ، كما أن خيار العيب لها لا له .

فرع

ذكر المتولي ، أنه إذا قسم للحرّة ليلتين ، ثم سافر السيد بالأمة ، لم يسقط حقها من القسم ، بل على الزوج قضاء ما فات عند التمكن ، لأن الفوات حصل بغير اختيارها فعذرت .

السبب الثاني : تجدد النكاح ، وهو يقتضي تخصيص الجديدة بزيادة ميت عند الزفاف ، وهي سبع ليال للبكر ، وثلاث للثيب ، للحديث الصحيح في ذلك ، ولتزول الحشمة بينها ، وهذا التخصيص واجب على الزوج . وحكى الحناطي في وجوبه قولين . والمذهب الأول ، حتى قال المتولي : لو خرج بعض تلك الليالي بعذر ، أو أخرج ، قضى عند التمكن . وتجب المولاة بين السبع والثلاث ، لأن الحشمة لا تزول بالمفروق . فلو فرق ، ففي الاحتساب به وجهان ذكرهما أبو الفرج الزاز . وظاهر كلام الجمهور المنع ، وذكر الزاز تفريعاً عليه ، أنه يوفى حقها متوالياً ، ويقضى ما فرق للأخريات ، وسواء كانت ثبوبة الجديدة بنكاح أو زنا أو وطء شبهة . ولو حصلت بمرض أو وثبة ، فعلى الوجهين في استئذانها نطقاً في النكاح . ولو كانت الجديدة أمة - ولا يتصور ذلك إلا في العبد ، فإن له نكاح أمة على حرة - فوجهان . أصحهما : أنها كالحرّة في استحقاق السبع والثلاث ، لأن المراد زوال الحشمة ، والأمة كالحرّة فيه . والثاني : لها نصف ما للحرّة كالقسم . وعلى هذا في صفة التنصيف وجهان . أحدهما : تجبر الكسر ، فلبكر أربع ، ولثيب ليلتان . وأصحها وبه قطع البغوي : للبكر ثلاث

ونصف ، وللثيب ليلة ونصف ، ثم الاعتبار بحال الزفاف . فلو نكحها وهي أمة ، وزفت إليه وهي حرة ، فلها حق الحرائر قطعاً .
وإن عتقت بعد الزفاف ، فلها حق الإمام . قال البخوي : ويحتمل أن يقال : لها حق الحرائر إذا عتقت في المدة .

فرع

إذا وفى حق الزفاف من الثلاث أو السبع ، لم يقض للباقيات ، ويستحب أن يختار الثيب بين أن يقيم عندها ثلاثاً بلا قضاء ، وبين أن يقيم عندها سبعاً ويقضيهن للباقيات ، كما فعل رسول الله ﷺ بأُم سلمة رضي الله عنها . فإن اختارت السبع فأجابها ، قضى السبع للباقيات . وإن أقام بغير اختيارها ، لم يقض إلا الأربع الزائدة ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الأصحاب . وحكي في « المذهب » فيما إذا أقام سبعاً ، وجهين في أنه يقضي السبع ، أو أربعاً ، هكذا أطلقه . فإن أراد : إذا التمسته ، حصل وجه أنه لا قضاء على خلاف المذهب . وإن أراد : إذا لم تلتسمه ، أو كلتا الحالتين ، حصل وجه أنه يجب القضاء ، وإن لم يختار على خلاف المذهب . ولو التمست أربعاً ، أو خمساً ، أو ستاً ، لم يقض إلا ما زاد على الثلاث . ولو التمست البكر عشراً ، لم يجبر إجابتها . فإن أجابها ، لم يقض إلا ما زاد على السبع .

فرع

لو وفى حق جديدة ، ثم طلقها ، ثم راجعها ، فليس لها حق الزفاف ، لأنها باقية على النكاح الأول وقد وفى حقه . وإن أبانها ثم جدد نكاحها ، فقولان أو

وجهان . أظهرهما : تجدد الحق . ويجري الخلاف فيما لو أعتق مستولده أو أمته التي هي فراشه ثم نكحها . أما لو أبانها قبل توفية حقها ثم نكحها ، فيلزمه التوفية بلا خلاف . ولو أقام عند البكر ثلاثاً واقتضتها ، ثم أبانها ثم نكحها ، فإن قلنا : يتجدد حق الزفاف ، بات عندها ثلاث ليال لأنه حق زفاف الثيب . وإن قلنا : لا يتجدد ، بات أربعاً تتمياً للزفاف الأول .

فرع

نكح جديدتين ، وفى لهما حق الزفاف ، وكذا لو لم يكن في نكاحه غيرهما . ثم إن زفتا على الترتيب ، أدى حق الأولى أولاً . وإن زفتا معاً وهو مكروه ، أقرع بينهما للابتداء ، فإذا خرجت قرعة إحداها ، قدم الجميع ^(١) السبع أو الثلاث . وحكى ابن كج وجهاً أنه يقدمها بليلة ^(٢) ثم يبيت عند الاخرى ليلة ، وهكذا يفعل إلى تمام المدة . وحكى البغوي في « الفتاوى » وجهاً ، أنها إذا كانتا بكرين أو ثيبين ، فليس لهما حق الزفاف إن لم يكن في نكاحه غيرهما . فإن أراد أن يبيت عندهما ، لزمه التسوية . وإن كانت إحداها بكرًا والاخرى ثيباً ، خص البكر بأربع ، ثم يسوي ، وهذا ضعيف .

فرع

في فتاوى البغوي ، أن حق الزفاف إنما يثبت إذا كان في نكاحه أخرى .

(١) في نسخة الظاهرية : قدمها بجميع .

(٢) في الأصل : ثلاثة .

فإن لم تكن ، أو كانت وكان لا يبيت عندها ، لم يثبت حق الزفاف للجديدة ، كما لا يلزمه أن يبيت عند زوجته أو زوجاته ابتداء .

فرع

إذا كانت عنده نسوة فزفت إليه الجديدة بعدما سوى بينهن ، فيوفيا حقها ، ثم يستأنف القسم بين الجميع . وإن كانت عنده زوجتان فزفت الجديدة بعدما قسم لإحدهما ليلة ، وفي حق الزفاف ، ثم يقسم للقديمة الأخرى ليلة ، ويبت عند الجديدة نصف ليلة ، لأنها تستحق ثلث القسم ، ثم يخرج بقية الليلة إلى مسجد ونحوه ، ثم يستأنف القسم بين الثلاث بالسوية .

فرع

ينبغي أن لا يتخلف بسبب حق الزفاف عن الجماعات ، وعيادة المرضى ، وتشيع الجنائز ، وإجابة الدعوات ، وسائر أعمال البر التي كان يقوم بها . هذا في النهار ، وأما في الليل ، فقالوا : لا يخرج لأن هذه مندوبات ، والمقام عندها واجب . قالوا : وفي دوام القسم ، يجب أن يسوي بينهن في الخروج إلى الجماعات وأعمال البر ، بأن يخرج في ليلة الجميع ، أو لا يخرج أصلاً . فلو خرج في ليلة بعضهن فقط ، فحرام .

الطرف الرابع : في الظلم والقضاء ، فيه مسائل .

إحداها : تحته ثلاث نسوة ، بات عند ثنتين عشرين ليلة ، إما عشراً عند هذه ثم عشراً عند هذه ، وإما ليلة ليله ، فتستحق الثالثة عشر ليل متوالية لا يجوز تفريقها . فلو نكح جديدة عقبى العشرين ، لم يحز تقديم العشر ، لأنه ظلم للجديدة ،

بل يوفى أولاً حق الزفاف ، ثم يقسم بين الجديدة والمظلومة ، ويجعل المظلومة ليلتها وليتي الآخرتين ، فيبيت عند الجديدة ليلة ، وعند المظلومة ثلاث ليال . فإذا دار هكذا ثلاث نوب ، فقد وفاها تسعاً وبقيت ليلة . فان كان بدأ بالمظلومة ، فإذا تمت التسع لها ، بات عند الجديدة ليلتها لتمام القسم ، ثم يبيت عند المظلومة ليلة لتمام العشر ، ويبيت عند الجديدة بهذه الليلة ثلث ليلة ^(١) ثم يخرج إلى موضع خال عن زوجاته ، ثم يستأنف القسم بعد ذلك للأربع . وعن الشيخ أبي محمد ، أنه لا يبيت ثلث الليلة عند الجديدة ، ويعذر فيه ، وليس بشيء ، وإن كان بدأ بالجديدة ، فإذا تمت التسع للمظلومة ، بات ثلث ليلة عند الجديدة وخرج ، ثم يبيت ليلة عند المظلومة ، ثم يقسم بين كلهن بالسوية ، والقسم بين الجديدة والمظلومة بالقرعة كغيرها .

الثانية : تحته أربع ، ثلاث حاضرات ، وواحدة غائبة ، فظلم واحدة من الحاضرات بالآخرتين ، ثم حضرت الغائبة ، فيقضي للمظلومة مع رعاية حق التي حضرت ، فيقسم لها ليلة ، وللمظلومة ثلاثاً ، وقد يحتاج آخرأ إلى تبعيض ليلة كما سبق في المسألة الاولى ، وكذا لو كان يقسم بين نسائه ، فخرج في نوبة واحدة لضرورة ، بأن أخرجه السلطان ، فيقضي لها من الليلة التي بعدها مثل ماخرج ، والاوى أن يراعي الوقت ، فيقضي لاولى الليل من أوله ، ولآخرة من آخره ، ويكون باقي الليل في موضع خال عنهن ، ويستثنى ما إذا كان يخاف العس أو اللصوص ونحو ذلك لو خرج ، فيعذر في الإقامة ، قاله المتولي . والاوى أن لا يستمتع ^(٢) بها فيما وراء زمان القضاء .

(١) في الأصل : ثلاث ليال .

(٢) في الأصل : يستمتع .

فرع

قال في « الام » : لو كان له أربع ، فترك القسم لإحداهن أربعين ليلة ، قسم لها عشراً . قال الاصحاب : صورته أن يبيت عند الثلاث عشراً عشراً ، ويعطل عشر الرابعة ، فلا يبيت عند واحدة فيها . أما إذا وزع الأربعين على الثلاث بالسوية ، فصحة كل واحدة ثلاث عشرة ليلة وثلاث ، فيقسم للرابعة مثل ذلك .

الثالثة : لو وهبت واحدة حقها من القسم ، لم يلزم الزوج القبول ، فله أن يبيت عندها في نوبتها . فان رضي بالهبة ، نظر ، إن وهبت لمعينة ، جاز ويبيت عند الموهوب لها ليلتين . فان كانت نوبة الواهبة متصلة بنوبة الموهوب لها ، بات ليلتين ولأه ، وإلا فوجهان . أحدهما : أنه إذا انتهت النوبة إلى الموهوب لها ، بات عندها ليلتين ، لانه أسهل عليه والمقدار لا يختلف . وقياس هذا ، أنه إذا كانت ليلة الواهبة أسبق ، وبات فيها عند الموهوب لها ، يجوز أن يقدم لها ليلتها وبييتها متصلة بها ، وأصحها : لا تجوز الموالاة ، بل يبيت الليلتين منفصلتين . ولو طلق الواهبة ، لم يبت عند الموهوب لها بعد ذلك إلا ليلتها ، ولا يشترط في هذه الهبة رضی الموهوب لها على الصحيح . وإن وهبت حقها للزوج ، فهل له تخصيص واحدة بنوبة الواهبة ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، وبه قطع العراقيون والروائي وغيرهم ، وإليه ميل الأكثرين . فعلى هذا ، ينظر هل الليلتان متصلتان أم لا ؟ وحكمه ماسبق . والثاني : المنع ، فتجعل الواهبة كالمعدومة ، ويسوي بين الباقيات . ولو أبقى الدور بحاله ، وبات ليلة الواهبة في كل دور عند واحدة من الباقيات ، فلا تفضيل ولا ميل ، فلا يبعد تجويزه . فان جاز ، فقياسه أن يجوز وضع الدور في الابتداء كذلك ، بأن تجعل ليلة بين لياهين دائرة بينهما . ولو وهبت حقها لجميع الضرات ، أو أسقطت حقها مطلقاً ، وجبت التسوية فيه بين الباقيات بلا خلاف .

فرع

للوابة أن ترجع في الهبة متى شئت ، ويعود حقها في المستقبل ، لان المستقبل هبة لم تقبض . حتى لو رجعت في أثناء الليل ، يخرج من عند الموهوب لها . وأما ما مضى ، فلا يؤثر فيه الرجوع . وكذا ما فات قبل علم الزوج بالرجوع ، لا يؤثر فيه الرجوع فلا يقضيه . وخروج في قضائه وجه من تصرف الوكيل بعد العزل قبل العلم . والمذهب الاول . وشبهه الغزالي ، بما إذا أباحه ثمرة بستانه ثم رجع وتناول المباح له بعضها قبل العلم بالرجوع . وفي هذه الصورة (١) طريقتان محكيان فيما علق عن الامام ، فعن الشيخ أبي محمد ، في وجوب الغرم قولان ، كمسألة الوكيل . وعن الصيدلاني القطع بالغرم ومال إليه الإمام ، لان الغرامات يستوي فيها العلم والجهل .

فرع

لا يجوز أن تأخذ عن حقها من القسم عوضاً ، لا من الزوج ولا من الضرة . فان أخذت ، لزمها رده ، ويستحق القضاء على الصحيح ، لانه لم يسلم لها العوض . وحكى ابن كعب وجهاً أنه لا قضاء .

فرع

بات في نوبتها عند غيرها ، وادعى أنها وهبتها وأنكرت ، فالقول قولها وعليه البينة ، ولا تقبل إلا شهادة رجلين .

(١) في نسخة الظاهرية : الصور .

الرابعة : إذا ظلم واحدة ، فقد سبق أنه يجب القضاء ، وإنما يمكن إذا كانت المظلومة والمظلوم بسببها في نكاحه ، فإن فارق المظلومة بطلاق أو غيره ، فقد تعذر القضاء ، وبقيت الظلامة في ذمته . قال المتولي : لو قسم لواحدة ، فلما جاءت نوبة الأخرى ، طلقها قبل توفية حقها ، عصي ، لأنه منعها حقها بعد ثبوته ، وهذا سبب آخر لكون الطلاق بدعياً .

قلت : هذا النقل غير مختص بالمتولي ، بل هو مشهور حتى في « التنبيه » والله أعلم

ثم إذا عادت المظلومة إليه بنكاح أو رجعة ، والتي ظلم بسببها في نكاحه ، لزمه القضاء لتمكنه ، وقيل : إن عادت بنكاح جديد ، لم يستحق القضاء بناءً على عدم عود الحنث . فلو لم تكن في نكاحه التي ظلم بسببها حين عادت المظلومة ، بل نكح جديدات ، فقد تعذر القضاء ، لأنه إنما يقضي من نوبة التي ظلم بسببها . ولو لم يفارق المظلومة وفارق التي ظلم بسببها ، ثم عادت إلى نكاحه ، أو فارقها ثم عادتا ، وجب القضاء ، ولا يحسب من القضاء ما بات عندها في مفارقة الظالمة ، ويجيء^(١) في عود النكاح الجديد الوجه السابق .

فرع

في نكاحه ثلاث ، فبات^(٢) عند ثنتين عشرين ليلة ، ثم فارق إحداها ، يبيت^(٣) عند المظلومة عشرًا تسوية بينها وبين الباقية - كذا ذكره البخوي ، وقال

(١) في نسخة الظاهرية : ولم يجيء .

(٢) في الأصل : بنات ، وهو خطأ .

(٣) في الأصل : يثبت ، وهو تصحيف .

المتولي : يقضي خمساً فقط ، لأنه إنما يقضي العشر من حقها وقد بطل حق إحداها .

فرع

تحت زوجتان ، ظلم إحداها ، ثم نكح ثالثة ، لم يتعذر القضاء ، بل يقضي للمظلومة من نوبة المظلوم بسببها كما سبق .

الطرف الخامس : في المسافرة بهن . إذا أراد المسافرة بيع زوجاته ، أقرع بينهن ، فيسافر بمن خرجت قرعته ، ولا يقضي مدة السفر ، وإنما يسقط القضاء بشروط .
أحدها : أن يقرع ، فإن لم يقرع ، لزمه القضاء للمخلفات . وهل يقضي جميع ما بين إنشاء السفر إلى رجوعه إليهن ، أم تستثنى مدة الرجوع لخروجه عن المعصية ، أم يسقط قضاء ما بعد العزم على الرجوع ؟ فيه أوجه . أصحاب الأول ، وما ذكرناه من تحريم المسافرة ببعضهن بلا قرعة ، سواء فيه كان يقسم لهن أم لا . وأشار الخناطي إلى خلاف في اختصاصه بمن كانت يقسم ، والمذهب الأول . وإذا خرجت القرعة لواحدة ، لم يجوز أن يسافر بغيرها ، ويجوز أن يخلفها مع الباقيات .

الشرط الثاني : أن لا يقصد بسفره النقلة ، وأما سفر النقلة فلا يجوز أن يستصحب فيه بعضهن دون بعض ، بقرعة ولا بغيرها . فلو فعل ، قضى للمخلفات . وقيل : لا يقضي مدة السفر إن أقرع ، والصحيح الأول . ولو نقل بعضهن بنفسه ، وبعضهن بوكيله بلا قرعة ، قضى لمن مع الوكيل ، ويجوز ذلك بالقرعة ، كذا ذكره البغوي .
قلت : وفي القضاء في هذه الصورة وجهان في « التنبيه » وغيره ، أصحابها : يجب لاشتراكهن في السفر . والله أعلم

وإذا أخذ في الرجوع إليهن بعد تخصيص واحدة بالنقل ، ففي قضاء مدة الرجوع الوجهان ، ولا يجوز أن يسافر سفر نقلة ويخلف نساءه ، بل ينقلهن بنفسه أو بوكيله ، أو يطلقهن لما في تخليفهن ^(١) من الإضرار بهن ، هكذا أطلقه الغزالي قال : وإنما لا يكلف في الحضرة البيتوتة اكفاءً بداعيته . وفي ما علق عن الإمام ، أن ذلك أدب وليس بواجب .

الشرط الثالث : أن يكون السفر طويلاً . فإن كان قصيراً ، فوجهان . أحدهما عند البغوي والمتولي وغيرهما : أنه كالطويل . والثاني : لا يجوز أن يستصحب بعضهن فيه بقرة ، ولو فعل قضى .

الشرط الرابع : أن لا يعزم على الإقامة ، فلا يقضي مدة السفر . وأما إذا صار مقياً ، فينظر ، إن انتهى إلى مقصده الذي نوى إقامة أربعة أيام فأكثر فيه ، أو نواها عند دخوله ، قضى مدة إقامته ، وفي مدة الرجوع وجهان . أحدهما : لا يقضي كمدة الذهاب . وإن لم ينو الإقامة وأقام ، فقال الإمام والغزالي : إن أقام يوماً ، لم يقضه ، والأقرب ما ذكره البغوي : إن زاد مقامه في بلد على مقام المسافرين ، وجب قضاء الزائد . ولو أقام لشغل ينتظره ، ففي القضاء خلاف كالحلاف في الترخص . قال المتولي : إن قلنا : يترخص ، لم يقض ، وإلا فيقضي ما زاد على مدة المسافرين ، والقياس في مدة الرجوع في هذه الحالة أن يقال : إن لم نوجب القضاء مدة هذه الإقامة ، لم يقض مدة الرجوع ، وإلا فعلى الوجهين السابقين ، والمذهب من الحلاف في الترخص أنه إن كان يتوقع تنجيز شغله ساعة ساعة ، ترخص ثمانية عشر يوماً . وإن علم أنه لا ينجز ^(٢) في أربعة أيام لا يترخص أصلاً .

(١) في الأصل : تخليتهن .

(٢) في نسخ الظاهرية : لا يتنجز .

فرع

قال الغزالي : شرط عدم القضاء ، أن يكون سفرًا طويلًا مرخصاً ، وهذا يقتضي وجوب القضاء في سفر المعصية .

فرع

استصحب واحدة بقرعة ، ثم عزم على الإقامة في بلد ، وكتب إلى الباقيات يستحضرهن ، ففي وجوب القضاء من وقت كتابته وجهان حكاهما البغوي . وفي فتاويه ، أنه لو نوى المقام في بلد قبل وصوله مقصده ، يقضي مدة مقامه فيه ، وهل يقضي مدة ذهابه إلى المقصد بعد ذلك ؟ يحتمل أن يكون على الوجهين في مدة الرجوع ، ويحتمل أن يقال : يقضي قطعاً . وأنه إذا استصحب واحدة بلا قرعة قضي للباقيات جميع المدة وإن كان لا يبيت معها ، إلا إذا تركها في بلد وفارقها ، ويحتمل أن يقال : لا يقضي إلا ما بات عندها ، ويحتمل أن يقال : يقضي وإن خلفها في بلد . وفيما علق عن الإمام ذكر وجهين فيما لو استصحب واحدة بقرعة في سفر نقلة وأوجبنا القضاء ، هل يخرج من الظلم بتغيير عزم النقلة ، أم يستمر حكمه إلى أن يرجع إلى المخلفات ؟

فصل

إذا سافر بزوجتين بقرعة ، عدل بينهما ، فإن ظلم إحداها ، قضى لها بالسفر ،

فإن لم يتفق ، قضى في الحضر من نوبة التي ظلمها بها . ولو استصحب واحدة بقرعة ، وأخرى بلاقرعة ، عدل بينهما أيضاً . ثم إذا رجع ، قضى للمخلقة من نوبة المستصعبة بلاقرعة ، ولا تخص مدة السفر بمن استصحبها بالقرعة ، إنما يكون كذلك إذا لم يكن معها غيرها . ولو كانت إحدى المستصعبتين جديدة لم يكن قضى حق زفافها ، فيقضيه ، ثم يسوي بينهما . ولو أراد تخليف إحداها في بلد ، فله ذلك ولكن تكون بالقرعة . ولو نكح في الطريق جديدة ، قضى حق زفافها ثم يسوي بينهما وبين المستصعبات ، ولا يلزم القضاء للمخلفات . ولو خرج وحده ، ونكح في الطريق ، فكذلك ، ولا يقضي للمخلفات^(١) هذا في مدة السفر ، فأما إذا نوى الإقامة في موضع أو أقام أياماً ، فيقضي في الصورتين ما وراء أيام الزفاف ، وفي مدة الرجوع الوجهان .

فرع

تحت زوجتان ، ثم نكح جديدتين وسافر بإحداها بقرعة اندرج حق زفافها في أيام السفر . فإذا عاد ، فهل يوفي حق الأخرى بسبع أو ثلاث ؟ وجهان أصحهما : نعم ، لأنه حق ثبت قبل السفر ، فلا يسقط به ، كما لو قسم لبعضهن وسافر ، فإنه يقضي بعد الرجوع لمن لم يقسم لها . والثاني : لا وبه قال ابن سريج ، كما لو سافر بإحدى القديتين ، فإنه لا يقضي للأخرى ، ولأن حق الجديدة عقيب الزفاف وقد مضى . ولو نكح ثنتين وزفتا إليه معاً ، فسافر بإحداها بقرعة ، فالحكم كذلك ، فلو كانتا بكرين فوجع بعد ثلاثة أيام ، قال ابن كج :

(١) في نسخ الظاهرية : فكذلك لأقضاء للمخلفات .

على الوجه الأول يتم لها السبع ، ثم يوفي الأخرى سبعا . وعلى قول ابن سريج :
يتم لها السبع ، ويبت عند الأخرى أربعاً ، ويبطل ما جرى في السفر . ولو نكح
جديدة على قديمة ، وسافر قبل توفية الزفاف بإحداها بقرعة ، فإن سافر بالقديمة ،
وفى حق الجديدة إذا رجع ، نص عليه . ويجيء فيه الوجه الآخر . وإن سافر
بالجديدة ، اندرج حق الزفاف في أيام السفر .

فرع

تحتة نسوة وله إماء ، هل له أن يسافر بأمة بلاقرعة ؟ وجهان حكاهما الحناطي ،
ونسب المنع إلى ابن أبي هريرة ، والجواز إلى أبي إسحاق ، وهو قياس أصل القسم .

قلت : الجواز هو الصحيح والله أعلم

فرع

في فتاوى البغوي ، أنه لو سافر بإحدى زوجاته الثلاث بالقرعة ، ثم نكح
في السفر جديدة ، ومنعها حق الزفاف ظلماً ، وبات عند القديمة سبعا ، وعاد إلى البلد
قبل أن يقضي للجديدة حق الزفاف ، وفاها حق الزفاف ، ثم يدور على الخلفات
والجديدة ، فيقضي لها من نوبة القديمة التي كانت معه ، بأن يبيت عند كل واحدة
من الخلفتين ليلة ، وعند الجديدة ليلتين ، وهكذا حتى يتم لها السبع ، وكذا
لو كان تحتة ثلاث ونكح جديدة ولم يوفها حق الزفاف ، بل بات عند واحدة من
الثلاث عشراً ظلماً ، فعليه أن يوفي حق الجديدة ثم يدور عليها وعلى المظلومتين ،
حتى يتم لكل واحدة عشراً .

الباب الثاني

في الشقاق

الوحشة والشقاق بين الزوجين قد يظهر سببه بأن تنشز أو يتعدى هو عليها ، وقد لا يظهر ويشكل الحال في أن المتعدي أيها أو كلاهما ، فهذه ثلاثة أحوال . الأول : أن تتعدى هي . قال الله تعالى : (واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن) [النساء : ٣٣] والمراد بالوعظ ، أن يقول : اتقي الله في الحق الواجب عليك ، واحذري العقوبة ، وبين لها أن النشوز يسقط النفقة والقسم ، وأما المهجران ، فهجرها في المضجع ، وأما المهجران في الكلام ، فممنوع . وفيما علق عن الإمام ، حكاية وجهين في أنه محرم أم مكروه ؟ قال : وعندي أنه لا يحرم ترك الكلام أبداً ، لكن إذا كلم فعليه أن يجيب ، وهو كابتداء السلام وجوابه ، ولمن ذهب إلى التحريم أن يقول : لamenع من ترك الكلام بلا قصد ، فأما بقصد المهجران ، فحرام ، كما أن الطيب ونحوه إذا تركه الإنسان بلا قصد لا يأثم . ولو قصد بتركه الإحداد أثم ، وحكي عن نص الشافعي ، أنه لو هجرها بالكلام ، لم يزد على ثلاثة أيام ، فإن زاد أثم .

قلت : الصواب ، الجزم بتحريم المهجران فيما زاد على ثلاثة أيام ، وعدم التحريم في الثلاثة ، للحديث الصحيح « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث » . قال أصحابنا وغيرهم : هذا في المهجران لغير عذر شرعي ، فإن كان عذر ، بأن كان المهجور مذموم الحال لبدة أو فسق أو نحوهما ، أو كان فيه صلاح لدين الهاجر أو المهجور ، فلا تحريم . وعلى هذا يحمل ما ثبت من هجر النبي ﷺ كعب بن

مالك وصاحبيه ، ونبيه ﷺ الصحابة عن كلامهم ، وكذا ما جاء من هجرات
السلف بعضهم بعضاً . والله أعلم

وأما الضرب ، فهو ضرب تأديب وتغزير ، وقدره نذكره في باب إن شاء
الله تعالى .

وينبغي أن لا يكون مديماً ، ولا مبرحاً ، ولا على الوجه والمهالك . فإن
أفضى إلى تلف ، وجب الغرم ، لأنه تبين أنه إلتلاف لإصلاح ، ثم الزوج وإن
جاز له الضرب ، فالأولى له العفو ، بخلاف الولي ، فإنه لا يترك ضرب التأديب
للصي ، لان مصلحته للصبي ، وفي الحديث ، النهي عن ضرب النساء . وأشار
الشافعي رحمه الله إلى تأويلين له . أحدهما : أنه منسوخ بالآية أو حديث آخر
بضربهن . والثاني : حمل النهي على الكراهة ، أو ترك الأولى ، وقد يحمل النهي على
الحال الذي لم يوجد فيه السبب المجوز للضرب .

قلت : هذا التأويل الأخير هو المختار ، فإن النسخ لا يصار إليه إلا إذا تعذر
الجمع وعلمنا التاريخ . والله أعلم

إذا عرفت هذا ، فلتعدي المرأة ثلاث مراتب . إحداها : أن يوجد منها
أمارات النشوز قولاً أو فعلاً ، بأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان ليئناً ، أو يجرد^(١)
منها إغراضاً وعبوساً بعد طلاقه^(٢) ولطف ، ففي هذه المرتبة ، يعطها ولا يضربها
ولا يهجرها .

(١) في الأصل : يوجد .

(٢) في الأصل : إطلاقه .

الثانية : أن يتحقق نشوزها ، لكن لا يتكرر ، ولا يظهر إصرارها عليه ، فيعظها ويهجرها . وفي جواز الضرب قولان ، رجح الشيخ أبو حامد والمحامي المنع ، وصاحباً « المذهب » و « الشامل » الجواز .

قلت : رجح الرافعي في « المحرر » المنع ، والموافق لظاهر القرآن الجواز وهو المختار . والله أعلم

الثالثة : أن يتكرر وتصر عليه ، فله الهجران والضرب بلا خلاف ، هذه هي الطريقة المعتمدة في المراتب الثلاث . وحكى ابن كعب قولاً في جواز الهجران والضرب عند خوف النشوز ، لظاهر الآية . وحكى الحناطي في حالة ظهور النشوز ، ثلاثة أقوال . أحدها : له الوعظ والهجران والضرب . والثاني : يتخير بينها ولا يجمع . والثالث : يعظها . فإن لم تتعظ هجرها ، فإن لم تنزجر ضربها .

فرع

فيما تصير به ناشزة

فمنه الخروج من المسكن ، والامتناع من مساكنته ، ومنع الاستمتاع بحيث يحتاج في ردها إلى الطاعة إلى تعب ، ولا أثر لامتناع الدلال ، وليس من النشوز الشتم وبذاء اللسان ، لكنها تأثم بإيذائه ، وتستحق التأديب ، وهل يؤديها الزوج ، أم يرفع إلى القاضي ليؤدبها ؟ وجهان . ولو مكنت من الجماع ومنعت من سائر الاستمتاع ، فهل هو نشوز يسقط النفقة ؟ وجهان .

قلت : أصحابها نعم . والأصح من الوجهين في تأديبها ، أنه يؤدبها بنفسه ، لأن في رفعها إلى القاضي مشقة وعاراً وتنكيداً للاستمتاع فيها بعد ، وتوحيشاً للقلوب ، بخلاف ما لو شتمت أجنبياً . والله أعلم

الحال الثاني : أن يتعدى الرجل ، فينظر ، إن منعها حقاً كنفقة أو قسم ، ألزمه الحاكم توفية حقها . ولو كان يسيء خلقه ويؤذيها ويضربها بلا سبب ، ففي « التتمة » أن الحاكم ينهأه . فإن عاد ، عزره . وفي « الشامل » وغيره ، أنه يسكنها بجنب ثقة ينظرهما ، ويمنعه من التعدي ، والنقلان متقاربان . وذكروا أنه لو كان التعدي منها جميعاً ، فكذلك يفعل الحاكم ، ولم يتعرضوا للحيلولة . وقال الغزالي : بحال بينها حتى يعودا إلى العدل . قال : ولا يعتمد قوله في العدل ، وإنما يعتمد قولها وشهادة القرائن . وإن كان لا يمنعها حقاً ، ولا يؤذيها بضرب ونحوه ، لكن يكره صحبتها لمرض أو كبر ، ولا يدعوها إلى فراشه ، أو يهيم بطلانها ، فلا شيء عليه ^(١) ويستحب لها أن تسترضيه بترك بعض حقها من قسم أو نفقة ، وكذا لو كانت هي تشكوه وتكره صحبتته ، فيحسن أن يبرها ويستميل قلبها بما تيسر له .

الحال الثالث : إذا نسب كل واحد الآخر إلى التعدي ، وسوء الخلق ، وقبح السيرة ، ولم يعرف الحاكم المتعدي منها ، يعرف حالهما من ثقة في جوارهما خبير بها ، فإن لم يكن أسكنها بجنب ثقة يبحث عن حالهما وينهيها إليه . فإن علم الظالم ، منعه ، هكذا أطلقوه ، وظاهره الاكتفاء بقول عدل ، ولا يخلو عن احتمال . وإذا اشتد شقاقها ، ودأما على السباب الفاحش والتضارب ، بعث القاضي

(١) في الأصل : عليها ، وهو خطأ .

حكماً من أهله وحكماً من أهلها لينظروا في أمرهما ويصلحا بينها ، أو يفرقا
إن عسر الإصلاح . وهل بعث الحكّمين واجب ؟ قال البغوي : عليه بعثها ،
وظاهره الوجوب ، وحجته الآية . وقال الروياني : يستحب .

قلت : الأصح أو الصحيح : الوجوب . والله أعلم

ثم المبعوثان ، وكيلان للزوجين أم حاكمان موليان من جهة الحاكم ؟ فيه قولان .
أظهرهما : وكيلان ، فعلى هذا يوكل الزوج حكمه في التطليق عليه وقبول الخلع ،
والمرأة حكمها ببذل العوض وقبول الطلاق ، ولا يجوز بعثها إلا برضاها . فإن
لم يرضا ولم يتفقا على شيء ، أدب القاضي الظالم ، واستوفى حق المظلوم . وإذا
قلنا : هما حكمان ، لم يشترط رضى الزوجين في بعثها . وإذا رأى حكم الزوج
الطلاق ، استقل به^(١) ولا يزيد على طلبة ، لكن إن راجعها الزوج ودأما على الشقاق ،
طلق ثانية وثالثة . وإن رأى الخلع ووافقه حكمها ، تخالعا وإن لم يرض
الزوجان . ولو رأى الحكمان أن تترك المرأة بعض حقها من قسم ونفقة ، أو أن
لايتسرى أو لاينكح عليها غيرها ، لم يلزمه ذلك بخلاف . وإن كان لأحدهما على
الآخر مال متعلق بالنكاح ، أو غير متعلق ، لم يجز للحكم استيفاؤه من غير
رضى صاحبه بخلاف ، ويشترط في المبعوثين التكليف قطعاً ، ويشترط العدالة
والإسلام والحرية على المذهب ، ويشترط الاهتداء إلى ما هو المقصود من بعثها .
وأشار الغزالي إلى خلاف فيه . ويشترط الذكورة إن قلنا : حكمان ، وإن قلنا :

(١) في الأصل : ليستقل به .

وكيلان ، قال الحناطي : لا يشترط في وكيلها ، وفي وكيله وجهان ، ولا يشترط
فيهما الاجتهاد وإن قلنا : حكمان ، ولا كونها من أهل الزوجين ، لكن أهلها
أولى . ولو كان القاضي من أهل أحدهما ، فله أن يذهب بنفسه ، وفيما علق عن
الإمام اشتراط كونها من أهلها ، و[لا] ^(١) يجوز الاقتصار على حكم واحد على
الاصح ، وبه قطع ابن كعب ، وينبغي أن يخلو حكمه به وحكمها بها ، فيعرفا
ما عندهما ، وما فيه رغبتها ، فإذا اجتمعا ، لم يخف أحدهما عن الآخر شيئاً ،
وعلا ما رأياه صواباً . ولو اختلف رأي الحكمين ، بعث آخرين حتى يجتمعا على
شيء ، ذكره الحناطي . ولو جن أحد الزوجين ، أو أغمى عليه ، لم يجوز بعثها
بعده ، وإن جن بعد استعلام الحكمين رأيه ، لم يجوز تنفيذ الأمر . وقيل :
إن قلنا : حاكمان ، لم يؤثر جنون أحدهما ، قاله ابن كعب . وقيل : الإغماء لا يؤثر
إن قلنا : وكيلان كالنوم ، حكاه الحناطي ، وهذا ينبغي أن يجيء في كل وكالة ،
والصحيح الاول . ولو غاب أحد الزوجين بعد بعث الحكمين ، نفذ الأمر إن ^(٢)
قلنا : وكيلان ، وإلا ، فلا على الصحيح .

فرع

ذكر الحناطي ، أنه لو رأى أحد الحكمين الاصلاح ، والآخر التفريق ففرق ،
نفذ التفريق إن جوزنا الاقتصار على حكم واحد .

(١) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

(٢) في نسخ الظاهرية : نفذ الأمران إن .

فرع

وكل رجلاً فقال : إذا أخذت مالي منها فطلقها ، أو خالعها ، أوخذ مالي
ثم طلقها ، لم يجوز تقديم الطلاق على أخذ المال . قال أبو الفرج الزاز : وكذا
لو قال : خالعها على أن تأخذ مالي منها . ولو قال : خذ مالي وطلقها ، فهل
يشترط تقديم أخذ المال ؟ وجهان . أصحها عند البغوي : نعم . ولو قال : طلقها
ثم خذ ، جاز تقديم أخذ المال ، لانه زيادة خير وبالله التوفيق .



كتاب الخلع

هو الفرقة بعوض يأخذه الزوج ، وأصل الخلع مجمع على جوازه ، وسواء في جوازه خالع على الصداق أو بعضه ، أو مال آخر أقل من الصداق ، أو أكثر ، ويصح في حالتي الشقاق والوفاق ، وخصه ابن المنذر بالشقاق ، ثم لا كراهة فيه إن جرى في حال الشقاق ، أو كانت تكره صحبته لسوء خلقه أو دينه ، أو تخرجت من الإخلال ببعض حقوقه ، أو ضربها تأديباً فافتدت . وألحق الشيخ أبو حامد به ما إذا منعها نفقة أو غيرها فافتدت لتتخلص منه . وإن كان الزوج يكره صحبتها ، فأساء عشرتها ، ومنعها بعض حقها حتى ضجرت وافتدت ، كره الخلع وإن كان نافذاً ، ويأثم الزوج بفعله . وفي وجه ، منعه حقها كالإكراه على الخلع بالضرب وما في معناه ، وإذا أكرهها بالضرب ونحوه فاختلفت ، فقالت مبتدئة : خالعتني على كذا ففعل ، لم يصح الخلع ، ويكون الطلاق رجعيًا إن لم يسم مالاً . وإن سماه ، لم يقع الطلاق ، لأنها لم تقبل ختارة ، وفي « التتمة » وجه ، أنه لا يقع الطلاق وإن لم يسم المال . ولو ابتدأ وقال : طلقتك على كذا وأكرهها بالضرب على القبول ، لم يقع شيء ، وإذا ادعت أنه أكرهها على بذل مال عوضاً عن الطلاق وأقامت بينة ، فالمال مردود إليها ، والطلاق واقع ، وله الرجعة ، نص عليه . قال الأصحاب : موضع الرجعة ما إذا لم يعترف بالخلع ، بل أنكر المال أو سكت . فأما إذا اعترف بالخلع وأنكر الإكراه ، فالطلاق بائن

بقوله ، ولا رجعة . ولو زنت فمنعها بعض حقها فافتدت بمال ، صح الخلع ، وحل له أخذه . وعلى هذا حل قول الله تعالى : (ولا تعضلوهن لتذهبن ما آتيتهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) [النساء: ١٨] ومن جعل منع الحق كالإكراه بالضرب قال : لا يحل الأخذ . ولو أمسكها عنده وحبسها ليرثها فماتت ، ورثها على المشهور . وحكي ابن كعب والحناطي قولاً أنه لا يرثها .

فصل

يشتمل هذا الكتاب على خمسة أبواب .

الأول : في حقيقة الخلع ، فإن فارقها على عوض بلفظ الطلاق ، فهو طلاق سواء فيه صريح الطلاق وكنياته . وإن لم يجز إلا لفظ الخلع ، فقولان . الجديد ، أنه طلاق ينقص به العدد ، وإذا خالعا ثلاث مرات ، لم ينكحها إلا بمحل ، والقديم : أنه فسخ لا ينقص به العدد . ويجوز تجديد نكاحها بعد الخلع بلا حصر ، والجديد هو الأظهر عند جمهور الأصحاب . ورجح الشيخ أبو حامد ، وأبو مخلد البصري القديم ، فإن قلنا : فسخ ، فلفظ الخلع صريح فيه ، ولو قال : فسخت نكاحك بألف فقبلت ، أو قال : فاديتك بألف فقالت : قبلت أو افتديت ، فوجهان . أصحها : أنه صريح . والثاني : كناية . فعلى هذا ، في انعقاد الخلع بها خلاف نذكره في أنه هل ينعقد بالكناية إذا جعلناه فسخاً ، ولو نوى بالخلع الطلاق والتفريع على أنه فسخ ، فهل يكون طلاقاً أم فسخاً لكونه صريحاً ؟ فيه وجهان ، اختيار القاضي حسين الفسخ ، وبه قطع المتولي والغزالي . ولو قال لزوجته : فسخت نكاحك ونوى الطلاق وهو متمكن من الفسخ بعيها ، فالصحيح أنه طلاق وبه قطع القاضي حسين . وقيل : فسخ . أما إذا قلنا : الخلع طلاق ، فلفظ الفسخ كناية فيه ، ولفظ الخلع فيه قولان . قال في « الأم » :

كناية وفي « الإملاء » : صريح . قال الروياني وغيره : الأول أظهر ، واختار الإمام والغزالي والبغوي الثاني ، ولفظ المفاداة كلفظ الخلع على الأصح . وقيل : كناية قطعاً . وإذا قلنا : لفظ الخلع صريح ، فذاك إذا ذكر المال ، فإن لم يذكره ، فكناية على الأصح . وقيل : على القولين . وهل يقتضي الخلع المطلق الجاري بغير ذكر المال ثبوت المال ؟ وجهان . أصحها عند الإمام والغزالي والروياني : نعم للعرف ، وكالخلع على خمر ، والثاني : لا لعدم الالتزام ، فإن أثبتنا المال ، فإن جعلناه فسخاً أو صريحاً في الطلاق أو كناية ونوى ، وجب مهر المثل وحصلت البينة . وإن جعلناه كناية ولم ينو ، لغا ، وإن لم يثبت المال عند الطلاق ، فإن جعلناه فسخاً ، لغا ، لأن الفسخ بالتراضي لا يكون إلا بعوض ، هكذا حكاه الإمام وغيره عن الأصحاب ، وذكروا أن مساق كلامهم أنه لو نفى (١) العوض في الخلع ، لم يصح الخلع على قول الفسخ ، قال الإمام : والقياس الحق صحته بلا عوض . وإن جعلناه طلاقاً إما صريحاً وإما كناية ونوى ، فهو طلاق رجعي ، وفي اقتضاه إلى قبولها وجهان . أصحها : لا يفتقر ، صححه الإمام وقطع به البغوي لاستقلال الزوج بالطلاق الرجعي ، والوجهان فيما إذا قال : خالعتك وأضمر التماس جوابها وانتظر قبولها . أما لو قال : خلعت أو خالعت ، ولم يضمّر التماس الجواب ، فلا يفتقر إلى الجواب قطعاً ، كما لو قال : فارقتك . ولو نوى المال ولم يذكره وقلنا : مطلقه لا يقتضي مالاً ، فهل تؤثر النية في ثبوت المال ؟ وجهان يقربان من انعقاد البيع ونحوه بالكنايات . فإن قلنا : تؤثر ، ثبت المال ، ولا بد فيه من نيتها أيضاً . وإن قلنا : لا تؤثر ، فهل يقع الطلاق ويلغى منه (٢) المال ، أم لا يقع ، لأنه نوى الطلاق على مال لا مطلقاً ؟ وجهان . وفي « فتاوى

(١) في الأصل : بقي ، وهو تصحيف .

(٢) في نسخة الظاهرية : فيه .

البغوي ، وجهان فيما لو اختلعت نفسها على بقية صداقها ، فخالعها عليه ، ولم يكن بقي لها شيء عليه ، فهل تحصل البينة بمهر المثل ؟ ورجع الحصول .

فرع

يصح الخلع بجميع كنيات الطلاق مع النية إن جعلناه طلاقاً ، وإن جعلناه فسخاً ، فهل للكنيات فيه مدخل ؟ وجهان . أصحها : نعم . فإن نوى الطلاق ، أو الفسخ ، كان ما نوى . وإن نوى الخلع ، عاد الخلاف في أنه فسخ أم طلاق ؟ ولو قال : خالعت نصفك أو يدك على كذا ، أو خالعتك شهراً على كذا ، نفذ إن جعلناه طلاقاً ، والقول في المال الواجب سيأتي إن شاء الله تعالى ، ولا ينفذ إن جعلناه فسخاً .

فرع

ترجمة الخلع بسائر اللغات ، كلفظة العربي ، ولا يجيء فيه الخلاف السابق في النكاح .

فرع

لفظ البيع والشراء كناية في الخلع ، سواء جعل فسخاً أم طلاقاً ، وذلك بأن يقول : بعثك نفسك بكذا ، فتقول : اشتريت أو قبلت ، ولفظ الإقالة كناية أيضاً فيه ، ويصح الطلاق بالمهر من جهة الزوج ، ويصح المهر بالطلاق من جهتها

يعبر بها عن الخلع ، وليكونا كنايةتين ، كقوله : بعثك نفسك . وفي « الزيادات »^(١) لأبي عاصم : إن يبع الطلاق مع ذكر العوض صريح . ورأى إسماعيل البوشنجي من أصحابنا ، أن ينزل قوله : بعثك طلاقك بكذا منزلة قوله : ملكتك طلاقك بكذا ، حتى إذا طلقت في المجلس ، لزم المال ووقع الطلاق . وإن نوباً مجرد يبع الطلاق وشرائه من غير إيقاع طلاق منها ، وبغير نية طلاق منه ، فهذا التصرف فاسد ، والنكاح باق بحاله . وإسماعيل هذا إمام غواص متأخر لقيه من لقيناه .

فرع

قالت : طلقتني على كذا فقال : خالعتك ، فإن جعلنا الخلع فسخاً ، لم ينفذ لأنه لم يجبه ، وإن جعلناه صريحاً في الطلاق ، أو كناية ونوى ، حصلت بينونة ولزم المال . وإن لم ينو ، لم يقع شيء . ولو قالت : خالعتني على كذا فقالت : طلقتك عليه ، فإن قلنا : الخلع فسخ ، لم يقع عليه فرقة لأنه لم يجبه . وقيل : يقع الطلاق ، لأنه أعطاه فرقه أقوى مما طلبت ، فكأنه زاد ، كمن سأله طلبة فطلق طلقتين ، والأول أصح . وعلى هذا قوله : طلقتك ابتداء كلام منه ، فإن لم يسم المال ، وقع طلاق رجعي ، وإن سماه ، لم يقع ما لم يقبل . وإن قلنا : الخلع طلاق ، فإن جعلناه صريحاً أو كناية ونوت ، حصلت بينونة ولزم المال ، ولا يضر اختلاف اللفظ ، وإن جعلناه كناية ولم ينو ، فقولها لغو . والزواج مبتدئ بالطلاق . ولو وكل رجلاً في طلاقها فخالع ، فإن قلنا : الخلع فسخ ،

(١) في الأصل : الزائدات

لم ينفذ . وإن قلنا : طلاق ، قال البوشنجي : الذي يجيء على أصلنا ، أنه لا ينفذ أيضاً ، لأنه يمنع الرجعة إن كان بعد الدخول . قال : ولو وكله في الطلاق فطلق على مال ، إن كان بحيث يتصور الرجعة ، لم ينفذ ، وإن لم يتصور بأن كان قبل الدخول ، أو كان المملوك له الطلقة الثالثة ، فذكر في نفوذه احتمالين لأنه حصل غرضه مع فائدة ، لكنه غير مفهوم بالتوكيل المطلق ، وقد يتوقف في بعض مآذره حكماً ودليلاً .

فرع

تخالعا هازلين ، نفذ إن قلنا : إنه طلاق ، وإن قلنا : فسخ ، فهو كبيع المازل ، وفيه خلاف سبق .

فرع

التعليق يمنع صحة الخلع إن قلنا : فسخ ، وإن قلنا : طلاق ، فلا .

فصل

فيما يلحق به الخلع من الأصول

قال الأصحاب : إن جعلنا الخلع فسخاً ، فهو معاوضة محضة من الجانبين لامتدح للتعليق فيه ، بل هو كابتداء النكاح والبيع . فلو قال : خالعتك بمائة فقبلت بخمسين ، أو قالت : خالعتني بمائة فخالعها بخمسين ، أو قالت : بخمسين فخالعها

بمائة ، لم يصح كالبيع . وإن جعلناه طلاقاً ، أو جرى لفظ الطلاق صريحاً ، نظر هل بدأ الزوج بالايقاع ، أم بدأت بسؤاله ؟

القسم الأول : إن بدأ^(١) هو بطلاقها وذكر العوض ، فهو معاوضة فيها شوب تعليق ، لأنه يأخذ مالاً في مقابلة ما يزيله ، والشوب فيه لكونه يترتب على قبول المال كترتب الطلاق المعلق بشرط ، ثم تارة تغلب المعاوضة ، وتارة التعليق ، وتارة يراعى المعنيان ، ويختلف ذلك بالصيغ المأني بها . فإن أتى بصيغة المعاوضة وصورتها فقال : خالعتك بكذا ، أو على كذا ، أو طلقتك ، أو أنت طالق على كذا ، غلب معنى المعاوضة ، ويثبت أحكامها ، فيجوز له الرجوع قبل قبولها ، ويلغو قبولها بعد رجوعه ، ويشترط قبولها باللفظ من غير فصل كالبيع وسائر العقود . فلو تخلل زمن طويل ، أو اشتغلت بكلام آخر ثم قبلت ، لم ينفذ . ولو اختلف الإيجاب والقبول ، بأن قال : طلقتك بألف فقبلت بألفين ، أو بخمس مائة ، لم يصح كالبيع ، كذا ذكره البغوي وغيره . وفي « الشامل » ، أنها إذا قبلت بألفين ، صح ولا يلزمها الألف ، لأنه لم يوجب إلا ألفاً . والصحيح الأول . ولو قال : طلقتك ثلاثاً بألف ، فقبلت واحدة بثلاث الألف ، لم يصح . وإن قبلت واحدة بالألف ، فثلاثة أوجه . أحدها : لا يقع شيء كالبيع ، والثاني : يقع طلاقاً ، لأن الزوج هو المستقل بالطلاق ، وأصحها : يقع الثلاث ، صححه الشيخ أبو علي والغزالي ، وبه قال القفال ، لأن قبولها إنما يحتاج إلى المال ، وأصل الطلاق وعدده مستقل به الزوج . وإذا قلنا : يقع الثلاث أو واحدة ، ففيما يستحقه الزوج عليها وجهان . أحدهما : الألف ، وبه قال ابن الحداد ، والشيخ أبو محمد ، لأن

(١) في الأصل : ان يبدأ .

الايجاب والقبول تعلقا به . والثاني عن ابن سريج : أنه يجب مهر المثل لاختلاف
الايجاب والقبول . وإن أتى الزوج بصيغة تعليق ، نظر ، إن قال متى أعطيتني ،
أو متى ما ، أو أي وقت ، أو حين ، أو زمان ، غلب معنى التعليق وثبتت
أحكامه ، وجعل كالتعليق بسائر الأوصاف ، حتى لا يحتاج إلى قبول باللفظ ،
ولا يشترط الإعطاء في المجلس ، بل متى وجد الإعطاء طلقت ، وليس للزوج الرجوع قبل
الإعطاء ، وإن قال : إن أعطيتني ، أو إذا أعطيتني كذا فأنت طالق ، فله بعض أحكام
التعليق ، فلا يحتاج إلى القبول لفظاً ، ولا رجوع للزوج قبل الإعطاء . وقيل : يجوز له الرجوع
قبل الإعطاء ، حكاه البخاري ، وقطع به صاحب « المذهب » ، ويقرب منه ما حكاه ابن كعب
عن ابن سامة ، أن الزوج بالخيار بين أن يقبل الألف الذي أحضرته ، وبين أن لا يقبل .
والصحيح الاول ، وله بعض أحكام المعاوضة وهو اشتراط الإعطاء في المجلس .
واختار صاحب « المذهب » ، إلحاق « إذا » بـ « متى » ، وألحقها بالجمهور بـ « أن » كما ذكرنا .
وحكي وجه ، أن كلمة « إن » كـ « متى » في أنه لا يشترط تعجيل الإعطاء وهو شاذ .
ثم قال المتولي : اشتراط الإعطاء على الفور مخصوص بالزوجة الحرة فإن
قال لزوجته الأمة : إن أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، وقع الطلاق متى أعطته
الألف وإن طال الزمان ، لأنها لا تقدر على الإعطاء في المجلس غالباً ، بخلاف
ما إذا قال : إن أعطيتني زق خمر فأنت طالق ، فإنه يشترط الفور وإن لم تملك
الخمر ، لأن يدها قد تشمل على خمر . قال : ولو أعطته الأمة ألفاً من كسبها ،
حصلت البينة لوجود الصفة ، وعليه رد المال إلى سيدها ويطالبها بمهر المثل إذا اعتقت .

فرع

المراد بالمجلس الذي يشترط فيه الإعطاء بحس التواجب وهو ما يحصل به
الارتباط بين الايجاب والقبول ، ولا نظر إلى مكان العقد . وفي وجه حكاه

ابن كج وغيره ، أنه يقع الطلاق إذا أعطته قبل تفرقها وإن طالت المدة .
والصحيح الاول .

القسم الثاني : إذا بدأت بسؤال الطلاق فأجابها ، فهو معاوضة فيها شوب
جعالة . والصحيح لها الرجوع قبل أن يجيبها ، لأن هذا حكم المعاوضة والجعالة ،
وسواء أنت بصيغة تعليق كقولها : إن طلقني أو متى طلقني فلك كذا ، أو
قالت : طلقني على كذا ، فهو معاوضة في الحالتين ، ويشترط أن يطلقها في مجلس
التواجب ، سواء فيه صيغة المعاوضة والتعليق ، وسواء علقت بـ «إن» أو بـ «متى» . فلو
طلقها بعد مدة طويلة ، كان طلاقاً مبتدأً . ولو قالت : طلقني ثلاثاً على ألف فطلق
واحدة على ثلث الألف ، أو اقتصر على قوله : طلقتك واحدة ، وقعت الواحدة
واستحق ثلث الألف . كما لو قال : رد عيدي ولك ألف ، فرد أحدهم . وحكى
الشيخ أبو علي وجهاً أنه لا يقع شيء وغلط قائله .

فرع

قال لامرأته : خالعتكما أو طلقتكما ، أو أننا طالقان بألف ، فقبلت إحداها
فقط ، لم يقع شيء . وقيل : يصح في حق القائلة والصحيح الأول .
ولو قال : طلقك إحداكما بألف ولم يعين فقالتا : قبلنا ، لم يصح ذكره البغوي .
ولو قال : خالعتك وضرتك بألف . فقالت : قبلت ، صح الخلع ، ولزمها
الألف ، لأن الخطاب معها وحدها وهي مختلعة لنفسها ، وقابلة لضررتها كالأجنبي .
ولو قالتا له : طلقنا بألف فطلق إحداها ، طلق دون الأخرى . وهل
يلزمها مهر المثل أم حصنها من المسمى إذا وزع على مهر مثلها ، أم نصف المسمى ؟
فيه ثلاثة أقوال . أظهرها الأول ، وتجري الأقوال في الواجب على كل واحدة
إذا طلقها .

قال الشيخ أبو حامد : والخلاف مخصوص بصورة الإطلاق .
أما لو قال : طلقتهما على ألف مناصفة ، أو قالتا : طلقنا على ألف مناصفة ،
فهو مناصفه بلا خلاف .

ولو قالت : طلقني بألف ، فقال : طلقتك بخمس مائة ، بانت واستحق خمسمئة
على الصحيح ، وقيل : لاتطلق تغليبا للمعاوضة ، وبالله التوفيق .

الباب الثاني في أركان الخلع

وهي خمسة .

الأول : الزوج ، فيوجب ابتداءً أو يجب^(١) سؤالها ، ويشترط أن يكون ممن
ينفذ طلاقه ، فلا يصح خلع الصبي والمجنون ، ويصح خلع المحجور عليه بفلس أو سقه ،
سواء أذن الولي أم لا ، وسواء كان العوض مهر المثل أو دونه ، لأن طلاقها
مجاناً نافذ ، ولا يجوز للمختلع تسليم المال إلى السفية ، بل يسامه إلى الولي ، فإن
سامه إلى السفية وكان الخلع على عين مال ، أخذها الولي من يده . فإن تركها
في يده حتى تلفت بعد علمه بالحال ، ففي وجوب الضمان على الولي وجهان
حكاهما الحناطي . وإن تلف في يد السفية ولم يعلم الولي بالتسليم ، رجع على المختلع
بمهر المثل على الأظهر ، وبقيمة العين على القول الآخر . وإن كان الخلع على دين ،
رجع الولي على المختلع بالمسمى ، لأنه لم يجر قبض صحيح تبرأ به الذمة ، ويسترد
المختلع من السفية ما سامه إليه . فإن تلف في يد السفية ، فلا ضمان ، لأنه ضيع ماله
بتسليمه إلى السفية ، كمن باعه شيئاً وسلمه إليه وتلف عنده ، هذا إذا كان التسليم

(١) في الأصل : أو يجب .

إلى السفية بغير إذن الولي ، فإن كان ياذنه ، ففي الاعتداد بقبضه وجهان عن الداركي ، ورجع الحناطي الاعتداد .

فرع

يصح خلع العبد بغير إذن سيده وبدون مهر المثل ، ويدخل المهر في ملك سيده قهراً كأكسابه ، ولا يسلم المختلع المال إليه بل إلى السيد . فإن سلمه إليه فعلى ما سبق في السفية ، إلا أن ما يتلف في يد العبد يطالبه المختلع بضمانه إذا عتق ، وما يتلف في يد السفية لا يطالبه به ، لا في الحال ولا بعد الرشد ، وخلع المدبر والمعق بعضه كالقن . فإن جرت مهايأة بين من بعضه حر وبين سيده ، فليكن عوض الخلع من الأكساب النادرة ، وليجىء فيه الخلاف .

والمكاتب يسلم إليه عوض الخلع لصحة يده واستقلاله .

الركن الثاني : المختلع يشترط في قابل الخلع من الزوجة والاجنبي ، أن يكون مطلق التصرف في المال ، صحيح الالتزام .

وللجبر أسباب . أحدها : الرق . فإن اختلعت الامة نفسها بغير إذن سيدها ، نظر إن اختلعت بعين ماله ، فقولان . أحدهما : يقع الطلاق رجعيّاً كالسفية^(٢) والمشهور أنه يقع بائناً كالخلع على خمر ، وهل المستحق عليها مهر المثل أم بدل العين ؟ قولان . أظهرهما : الاول . وإن اختلعت على دين ، بانت . وهل عليها المسمى أم مهر المثل ؟ وجهان ، أو قولان . أصحابها : الاول ، وبه قطع

(١) في الأصل : كالسفيه .

العراقيون ، واختاره القفال والشيخ أبو علي ، ثم ما ثبت عليها باختلاعها يتعلق بذمتها تطالب به بعد العتق لا في الحال .

أما إذا اختلعت بإذن سيدها ، فاما أن يبين العوض ، وإما أن يطلق . فان بين ، نظر ، إن كان عيناً من ماله ، نفذ الخلع ، واستحق الزوج تلك العين ، وإن قدر ديناً ، بأن قال : اختلعي بألف ففعلت ، تعلق الالف بكسبها كمهر زوجة العبد . وإن زادت على ما قدر ، فالزيادة في ذمتها .

وإن قال : اختلعي بما شئت ، اختلعت بمهر المثل ، وبالإضافة إن شاءت ، وتعلق الجميع بكسبها ، ذكره البغوي . وإن أطلق الاذن ، اقتضى مهر المثل . فان لم تزد عليه ، ففي كسبها ، وإلا فالزيادة في ذمتها ، وما يتعلق بكسبها يتعلق بما في يدها من مال التجارة إن كانت مأذوناً لها . وإن جرى الخلع باذن السيد والعوض دين ، ففي كون السيد ضامناً له الخلاف السابق في مهر زوجة العبد .

فرع

[اختلاع المكاتبه] ^(١) بغير إذن سيدها ، كاختلاع الامة بغير إذنه . وإن اختلعت باذنه ، فالمذهب والمنصوص هنا أنه كاختلاعها بغير إذن . وقيل : كاختلاع الامة بالاذن ، ولا يكون السيد هنا ضامناً بلا خلاف .

فرع

اختلاع السيد أمته التي هي تحت حر ، أو مكاتب على رقبتها ، قال إسماعيل

(١) زيادة من نسخ الظاهرية ولا يستقيم الكلام إلا بها .

البوشنجي : تحصلت فيه بعد إمعان النظر على وجهين . أحدهما : تحصل الفرقة
بهر المثل . وأصحها : لا يصح الخلع أصلاً .
السبب الثاني : الحجر بالسفه .

فاذا قال لزوجته المحجور عليها لسفه : خالعتك أو طلقتك على ألف فقبلت ،
وقع الطلاق رجعيًا ، سواء فعلت ذلك بأذن الولي أم بغير إذنه ، ولا يلزمها المال ،
وليس للولي صرف مالها في الخلع . فان لم تقبل ، لم يقع الطلاق ، لان الصيغة
تقتضي القبول ، فأشبه الطلاق المعلق على صفة .

ولو قال لها : طلقتك على ألف إن شئت [فقالت على الاتصال : شئت ^(١)]
وقع الطلاق رجعيًا . ولو بدأت فقالت : طلقني على كذا فأجابها ، وقع طلاق
رجعي أيضًا .

فرع

له زوجتان : رشيدة ومحجور عليها بسفه ، فقال : طلقتهما على كذا ، فقبلتا ،
طلقت الرشيدة بائناً ، وعليها مهر المثل على الأظهر ، وطلقت السفية رجعيًا ، وإن
قبلت إحداهما ، لم يقع عليها شيء . ولو كانتا سفيتين ، فقال : طلقتهما على ألف فقبلتا ،
وقع الطلاق عليها رجعيًا . وإن قبلت إحداهما ، لم يقع شيء . ولو بدأتا فقالتا :
طلقنا بألف فطلقهما ، وقع الطلاق على السفية رجعيًا ، وعلى الرشيدة بائناً .
وإن أجاب السفية ، وقع عليها رجعيًا ، وإن أجاب الرشيدة ، وقع بائناً .
وقوله : أنبأ طالقان على ألف إن شئنا ، كقوله : طلقتهما على ألف في جميع ذلك .
السبب الثالث : الجنون والصغر ، فقبول مجنونة وصغيرة لا تميز لهما لغو

(١) زيادة من غطوطة الظاهرية .

وقول الزوج لها : أنت طالق على كذا لغو . ولو قال ذلك لصغيرة مميزة فقبلت ، فهل يقع طلاق رجعي أم لا يقع شيء ؟ وجهان . رجح الإمام والغزالي المنع ، والبغوي الوقوع .

السبب الرابع : المرض . فإذا اختلعت في مرض موتها ، نظر ، إن كان بمهر المثل ، نفذ ولم يعتبر من الثلث ، وإن كان بأكثر ، فالزيادة كالوصية للزوج ، فيعتبر من الثلث ولا يكون كالوصية للوارث لخروجه بالحلل عن الارث .

ولو اختلعت بعبد قيمته مائة ، ومهر مثلها خمسون ، فقد حابت بنصف العبد ، فينظر ، إن خرجت المحابة من الثلث ، فالعبد كله للزوج عوضاً ووصية . وحكى الشيخ أبو حامد وجهاً ، أنه بالخيار بين أن يأخذ العبد ، وبين أن يفسخ العقد فيه ويرجع إلى مهر المثل ، لأنه دخل في العقد على أن يكون [العبد] ^(١) كله عوضاً . والصحيح الأول ، إذ لا تنقص ولا تشقيص . وإن لم يخرج من الثلث ، بأن كان عليها دين مستغرق ، لم تصح المحابة ، والزوج بالخيار ، بين أن يسلك نصف العبد وهو قدر مهر المثل ، ويرضى بالتشقيص ، وبين أن يفسخ المسمى ويضارب الغرماء بمهر المثل . وإن كان لها وصايا أخرى ، فإن شاء الزوج ، أخذ نصف العبد وضارب أصحاب الوصايا في النصف الآخر . وإن شاء فسخ المسمى وتقدم بمهر المثل على أصحاب الوصايا ، ولا حق له في الوصية ، لأنها كانت في ضمن المعاوضة وقد ارتفعت بالفسخ . وإن لم يكن دين ولا وصية ولا شيء لها سوى ذلك العبد ، فالزوج بالخيار ، إن شاء أخذ ثلثي العبد ، نصفه بمهر المثل ، وسدسه بالوصية ، وإن شاء فسخ وليس له إلا مهر المثل .

(١) زيادة من غطوطة الظاهرية .

فرع

مرض الزوج لا يؤثر في الخلع ، فيصح خلعها في مرض الموت بدون مهر المثل ، لأن البضع لا يبقى للوارث لو لم يخالع ، كما لو أعتق مستولده في مرض الموت ، لا يعتبر من الثلث ، ولأنه لو طلق بلا عوض لم يعتبر قيمة البضع من الثلث .

الركن الثالث : المعوض وهو البضع ، وشرطه أن يكون مملوكاً للزوج .
فأما البائنة بخلع وغيره ، فلا يصح خلعها ، ويصح خلع الرجعية على الأظهر لأنها زوجة . والثاني : لا لعدم الحاجة إلى الافتداء . وقيل : يصح خلعها بالطلقة الثالثة دون الثانية لتحصل البينة الكبرى . وإذا قلنا : لا يصح ، فنقل الإمام وغيره عن الأصحاب ، أن الطلاق يقع رجعيّاً إذا قبلت كالسفينة .

فرع

خالع مرتدة مدخولاً بها ، توقف ، فإن عادت إلى الإسلام قبل انقضاء العدة ، تبينا صحة الخلع ولزوم المال المسمى ، وإلا تبينا بطلان الخلع لانقطاع النكاح بالردة ، وكذا الحكم لو ارتد الزوج بعد الدخول ، أو ارتدا معاً ، ثم جرى الخلع ، وكذا لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين ، ثم تخالعا ، وأطلق المتولي أنه لا يصح الخلع بعد^(١) تبديل الدين لأن الملك كالزائل .

(١) في الأصل : بل .

الركن الرابع : العوض هو كالصداق ، فيجوز قليلاً وكثيراً ، عيناً ودينياً ، ويشترط أن يكون معلوماً متمولاً مع سائر شروط الأعواض ، كالقدرة على التسليم واستقرار الملك وغيرهما ، وتفصيله بصور . إحداها : لو خالغ على مجهول ككثوب غير معين ، حصلت البينة ورجع إلى مهر المثل ، ومن المجهول حمل البهيمة والجارية ، سواء قال : خالعتك بما في بطنها أو على حملها . ولو خالغ بألف إلى أجل مجهول ، أو خالغ بشرط فاسد كشرط أن لا ينفق عليها وهي حامل ، أو لاسكنى لها ، أو لأعدة عليها ، أو أن يطلق ضرثها ، بانت بمهر المثل . وحكى المتولي وجهاً ، أنه لا تحصل الفرقة في صورة الجهل وسائر صور فساد العوض ، وكذا لو خالغ ولم يذكر عوضاً بناء على أن الخلع فسخ ، والمذهب الأول .

فرع

خالعها على ما في كفها ولم يعلمه ، أو علمه ولم نصح ببيع الغائب ، بانت بمهر المثل ، وإن علم وصححناه ، بانت بالمسمى . فان لم يكن في كفها شيء ، ففي « الوسيط » أنه يقع الطلاق رجعيّاً ، والذي نقله غيره وقوعه بانئاً بمهر المثل ، ويشبه أن يكون الأول فيما إذا كان عائلاً بالخال ، والثاني فيما إذا ظن في كفها شيئاً .

قلت : المعروف الذي أطلقه الجمهور ، كأصحاب « الشامل » و « التتمة » و « المستظهري » و « البيان » وغيرهم ، وقوعه بانئاً بمهر المثل ، وهو مقتضى كلام إمام الحرمين . والله أعلم

الصورة الثانية : خالعهـا على ماليس بال كخمر أو حر ، بانت . وهل يرجع عليها بمهر المثل ، أم يبدل المذكور ؟ قولان . أظهرهما : الأول .

ولو خالع على مغضوب ، فكذلك ، ويفرق بين أن يقول : خالعتك على هذا العبد فبان حرّاً ، وبين قوله : خالعتك على هذا الحر في أصح الطريقين ، كما سبق في الصداق حتى يقطع بمهر المثل في الصورة الثانية ، لفساد الصيغة ، وكذا يفرق بين قوله : خالعتك على هذا العبد فبان مستحقاً ، وبين قوله : خالعتك على هذا المغضوب حتى يقطع بمهر المثل في الصورة الثانية . وعن القاضي حسين وجه فيما إذا خالع على خمر أو مغضوب : وقع الطلاق رجعيّاً ، لان المذكور ليس بال ، فلا يظهر طمعه في شيء ، والصحيح الاول ، وبه قطع الاصحاب . ولو خالع على دم ، وقع الطلاق رجعيّاً ، وعلّوه بأنه لا يقصد بحال ، فكأنه لم يطعم في شيء .

والخلع على الميتة ، كالخمر لا كالدّم ، لأنها قد تقصد للضرورة وللجوارح .

الصورة الثالثة : الخلع على مالا يقدر على تسليمه ، ومالا يتم ملكه عليه ، كالخلع على خمر في جريان القولين فيما يرجع به من مهر المثل والبدل .

ولو خالع على عين فتلفت قبل القبض ، أو خرجت مستحقة ، أو معيبة فردها أو فانت منها صفة مشروطة فردها ، فقيم يرجع به القولان . ولو خالعهـا على ثوب في الذمة ووصفه كما ينبغي ، فأعطته ثوباً بالصفة فبان معيباً ، فله رده ويطالب بمثله سليماً كما في السلم .

وإن قال : إن أعطيتني ثوباً بصفة كذا فانت طالق ، فأعطته ثوباً بتلك الصفة ، طلقت . فان خرج معيباً فردّه ، عاد القولان في أنه يرجع بمهر المثل أم بقيمة ذلك الثوب سليماً ؟

الرابعة : التوكيل بالخلع من الجانبين جائز . فأما وكيل الزوج ، فإن قدر له مالاً بأن قال : خالعه بمائة ، فينبغي أن يخالعه بالمائة فأكثر ، ولا ينقص . فإن خالعه بمائة وثوب ، فهو كما لو قال : بع عهدي بمائة فباعه بمائة وثوب وقد سبق .

وإن أطلق التوكيل في الخلع ، فينبغي أن يخالعه بمهر المثل وأكثر ، ولا ينقص . وصورة إطلاق التوكيل أن يقول : وكلتك في خلع زوجتي ، أو خالعه ولا يذكر مالاً ، ويكفي هذا في التصوير إن قلنا : إن مطلق الخلع يقتضي مالاً ، وإن قلنا : لا يقتضيه ، اشترط أن يقول : خالعه بمال .

فإن نقص الوكيل عن المائة في صورة التقدير ، فالنص لا يقع الطلاق ، وإن نقص عن مهر المثل في صورة الإطلاق ، فالنص وقوعه .

وللأصحاب فيه طرق ، مجموعها خمسة أقوال . أظهرها : يقع الطلاق في صورة الإطلاق بمهر المثل ، ولا خيار للزوج ، ولا يقع في صورة التقدير عملاً بالنصين ، لتصريح المخالفة في صورة التقدير . والثاني : لا يقع فيها كالمخالفة في البيع . والثالث : يتحتم وقوع الطلاق بائناً فيها ، ويتخير الزوج بين المسمى ومهر المثل . والرابع : يتخير بين المسمى وبين ترك العوض ، وجعل الطلاق رجعياً . والخامس : إن رضي بالمسمى ، فذاك ، وإلا فلا طلاق .

وخلع الوكيل بغير نقد البلد ، أو غير جنس المسمى ، وبالمؤجل ، كخلعه بدون المقدر أو دون مهر المثل ، ففيه الخلاف المذكور .

وأما وكيل الزوجة^(١) ، فإذا أن يقدر له العوض ، وإما لا .

الحالة الأولى : قدرت فقالت : اختلعي بمائة ، فإن اختلعه بها أو بما دونها

(١) في الأصل : وكيل الزوج .

بالوكالة عنها ، نفذ . والقول في أنه هل يطالبه الزوج يأتي في « فصل خلع الأجنبي » إن شاء الله تعالى .

وإن اختلع بأكثر من مائة وأضاف إليها فقال : اختلعها بكذا من مالها بوكالتها ، فالمنصوص وقوع الطلاق بائناً . وخرج المزي قولا أنه لا يقع الطلاق . ونقل الحناطي قولا ، أنه يقع ولا يلزمها ولا الوكيل شيء . والمشهور حصول البينونة . فعلى هذا ، يلزمها مهر المثل على الأظهر ، وهو نصه في « الاملاء » . ونص في « الأم » ، أنه يلزمها أكثر الأمرين بما سمته هي ، ومن أقل الأمرين من مهر المثل ، وما سماه الوكيل . فإن كان مهر المثل زائداً على ما سماه الوكيل ، لم تجب الزيادة على ما سماه الوكيل ، وكذا لو كان ما سماه الوكيل أكثر من مهر المثل ، لم تجب الزيادة . فلو سميت مائة ومسمى الوكيل مائتين ، ومهر المثل تسعون ، فالواجب تسعون على القول الأول ، ومائة على الثاني .

ولو كان مهر المثل مائة وخمسين ، فالواجب مائة وخمسون على القولين . ولو كان مهر المثل ثلاثمائة ، لم يجب على القول الثاني إلا مائتان . وحكى قول ثالث ، أنها بالخيار ، إن شاءت أجازت بمسمى الوكيل ، وإن شاءت ردت وعليها مهر المثل . وأما مطالبة الوكيل بما عليها ، فقال الأصحاب : لا يطالب إلا أن يقول : إني ضامن فيطالب بما سمي ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الأصحاب في طرقهم ، وفي « المختصر » تعرض لمثله ، وفي « المحرد » للحناطي قول شاذ ، أنه لا أثر لهذا الضمان . وقال الإمام : ينبغي أن يكون أثر الضمان في مطالبته بما تطالب به المرأة ، ولا تطالب بزيادة عليه وهذا ضعيف .

ثم إذا غرم الوكيل للزوج ، قال البغوي : لا يرجع عليها إلا بما سمت ،
ويجيء فيه قول انه يرجع بالواجب عليها وهو مهر المثل أو أكثر الأمرين كما
سندكره إن شاء الله تعالى فيما إذا اختلع ولم يصف إليها .

أما إذا اختلع وأضاف إلى نفسه ، فهو اختلاع أجنبي والمال عليه .

ولو أطلق ولم يصف إليها ولا إليه ، فإن قلنا بالمشهور ، فعلى الوكيل ماسماه ،
وفيما عليها منه قولان . أظهروا : عليها ما سمت والباقي على الوكيل ، فعلى هذا
لو طالب الزوج الوكيل به ، رجع على الزوجة بما سمت . والثاني : عليها أكثر
الأمرين مهر المثل وما سمت . فإن بقي شيء مما [سمي] ^(١) فعلى الوكيل .
وإن زاد مهر المثل على ما سمي الوكيل ، لم تجب تلك الزيادة ، لأن الزوج رضي
بما سمي الوكيل . ولو أضاف ما سمته إليها والزيادة إلى نفسه ، ثبت المال كذلك .

ولو خالف الوكيل في جنس العوض بأن قالت : خالع على دراهم ، فخالع
بدنانير أو ثوب ، فوجهان . أحدهما عن القاضي حسين : ينصرف الاختلاع عنها
فيلغو إن أضاف إليها ، ويقع عن الوكيل إن أطلق . وأصحها وبه قطع البغوي ،
تحصل البينونة ، ثم ينظر ، إن أضاف الخلع إلى مالها . ولم يقل : وأنا ضامن ،
فالرجوع عليها بمهر المثل على الأظهر ، وبأكثر من مهر المثل وبدل ما سمت في
القول الثاني . وإن قال : وأنا ضامن أو لم يصف العقد إليها ، لم يرجع إلا
ببدل ما سمت .

الحالة الثانية : إذا أطلقت التوكيل ، فمقتضاه الاختلاع بمهر المثل . فان نقص

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

عنه أو ذكر فيه أجلاً ، فقد زادها خيراً ، وإن زاد على مهر المثل ، فهو كما لو قدرت فزاد على المقدور ، وحكمه ما سبق ، لكن لا يجيء قول وجوب أكثر الأمرين .

فرع

اختلفوا وكيلاً بخمر أو خنزير ، بانت ولزمها مهر المثل ، سواء أطلقت التوكيل ، أو سميت الخمر والخنزير . وقال المزني : لا يصح التوكيل إذا سميت الخمر ، ولا ينفذ معه خلع الوكيل . ولو خالع وكيل الزوج على خمر أو خنزير ، وكانت قد وكله بذلك ، فقد طرد أبو الفرج الزاز فيه مذهبننا ومذهب المزني .

فروع

في فتاوى البغوي

قالت لو كيلها : اختلعتني بطلقة على ألف ، فاختلفها بثلاث طلاقات على ألف ، فإن أضاف إليها ، لم يقع إلا طلقة ، وإلا وقع الثلاث ، وليس عليها إلا ثلث الألف ، لأنه لم تحصل مسائلتها إلا بثلاث الألف ، وعلى الوكيل البقية . وفي هذا نظر ، وسيأتي إن شاء الله تعالى أنها لو قالت : طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثاً ، وقع الثلاث واحدة منها بالألف ، وفيها أنها لو قالت : اختلعتني من زوجي بثلاث على ألف ، فاختلفها واحدة على ألف ، فإن أضاف إليها ، لم يقع ، وإلا وقع وعلى الوكيل ما سماه .

وأن الرجل لو قال لو كيله : خالعها ثلاثاً بألف ، فخالع واحدة على ألف ، وقع لأنه زاد خيراً .

وأنه لو وكله بتطبيقها بألف ، ووكل آخر بتطبيقها بألفين ، فأبها سبق وقع الطلاق باسمي . وإن أوجبا معاً ، فقالت : قبلت منكما ، أو كانت وكلت

وكيلين أيضاً ، فقبل وكيلاها من وكيه معاً ، لم يقع شيء ، كما لو وكل رجلاً ببيع عبده بألف ، وآخر ببيعه بألفين فعقدا معاً لا يصح البيع .

وفي فتاوى القفال ، أنه لو وكله بتطليق زوجته ثلاثاً ، فطلقها واحدة بألف ، وقعت رجعية ولا يثبت المال ، ومقتضى هذا أن يقال : لو طلقها ثلاثاً بألف ، لا يثبت المال أيضاً ، ولا يبعد أن يقال : يثبت المال وإن لم يتعرض الزوج له كما لو قال : خالعها بمائة فخالع بأكثر .

الركن الخامس : الصيغة ، ولا بد منها ، ويشترط أن لا يتخلل بين الإيجاب والقبول كلام أجنبي ، فإن تخلل كلام كثير ، بطل الارتباط بينهما ، وإن تخلل كلام يسير ، لم يضر على الصحيح .

فصل

سألت زوجها طلاقاً بعوض ، وارتدت عقب السؤال ثم أجابها ، فينظر ، إن كان قبل الدخول ، تنجزت الفرقة بالردة فلا مال عليها ولا طلاق . وإن كان بعد الدخول ، فالطلاق موقوف . فإن أصرت حتى انقضت العدة ، فلا مال ولا طلاق . وإن أسلمت قبلها ، تبين وقوع الطلاق ولزمها المال ، وحسبت العدة من وقت الطلاق .

ولو قالت له امرأتاه : طلقنا بألف ، ثم ارتدتا ثم أجابها ، فإن لم يكن دخل بهما ، لغا الطلاق ، وكذا لو كان دخل بهما وأصرتا حتى انقضت العدة . وإن أسلمتا قبلها ، تبين وقوع الطلاق عليهما .

وهل العوض الواجب على كل واحدة مهر المثل ، أم نصف المسمى ، أم حصتها ^(١) منه إذا وزع على مهر مثلها ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها : الأول . وإن أصرت إحداها وأسلمت الأخرى ، لم يقع الطلاق على المصرة ، ويقع على المسلمة ، وفيما يلزمها الأقوال . وفي وجه يلزمها كل المسمى ، حكاه الحناطي .

ولو ارتدت إحداها ثم أجابها وكان قبل الدخول أو بعده وأصرت حتى انقضت العدة ، طلقت المسلمة دون المرتدة .

ولو ابتدأ الزوج فقال طلقتكما بألف ، فارتدتا ، ثم قبلتا ، فإن لم يدخل بها أو دخل وأصرتا ، لغا الخلع . وإن دخل بها وأسلمتا في العدة ، طلقتا ، وإن أسلمت إحداها وأصرت الأخرى ، لم تطلق واحدة منها ، كما لو قبلت إحداها دون الأخرى ، وقد سبق أنه إذا ابتدأ الزوج بالإيجاب ، فلا بد من قبولها ^(٢) بخلاف ما إذا ابتدأتا .

ولو خاطبها كما ذكرنا وارتدت إحداها ثم قبلتا ، فإن كانت المرتدة غير مدخول بها ، أو مدخولاً ^(٣) بها وأصرت حتى انقضت العدة ، فلا طلاق فيها . وإن أسلمت في العدة ، طلقتا . ولو ارتدتا بعد الدخول ثم قالتا : طلقنا بألف فأجابها ثم أسلمتا ، طلقتا . وحكى الحناطي خلافاً ، في أنه يقع رجعيّاً أم يبدل ، وهذا الخلاف عجيب .

قلت : الصواب وقوعه بائناً يبدل ، كما أشار إليه الرافعي . والله أعلم

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : حصتها .

(٢) في الأصل : قبولها .

(٣) في الأصل : أو مدخول .

فصل

قال الزوج : خالعتك بألف درهم ، فقالت : قبلت الألف ، ففي « فتاوى القفال » أنه يصح ويلزم الألف وإن لم تقل : اختلعت . وكذا لو قال الأجنبي : خالعت زوجتي بألف ، فقال : قبلته . وإن أبا يعقوب غلط فقال في حق المرأة : يشترط قولها : اختلعت ، ولا يشترط في الأجنبي .

فصل

قالت : طلقني على ألف ، فقال : طلقتك ، كفى وإن لم يسم المال ، كذا أطلقوه ، ويمكن جري خلاف فيه .

ولو قال المتوسط لها : اختلعت نفسك منه بكذا ؟ فقالت : اختلعت ، ثم قال للزوج وهو في المجلس : خالعتها ؟ فقال : خالعت ، صح الخلع على المذهب ، وبه قطع البغوي [قال البغوي : (١)] ولو لم تسمع المرأة قول الزوج ، وسمع السفير كلامها ، كفى ، والإسماع ليس بشرط ، ألا ترى أنه إذا خاطب أمم فأسمعه غير المخاطب وقبل ، صح العقد .

فصل

إذا طلقها على عوض أو خالعا ، فلا رجعة له ، سواء كان العوض صحيحاً ، أو

(١) زيادة من غلطوطات الظاهرية .

فاسداً ، سواء قلنا : الخلع فسخ أو طلاق . فلو قال : خالعتك أو طلقتك بدينار على أن عليك الرجعة ، فنقل الربيع والمزني ، أنه يقع الطلاق رجعياً ولا مال . وخرج المزني ونقل الربيع قولاً آخر أنه يلغو شرط الرجعة ، وتحصل بينونة بهر المثل . فقال ابن سلمة وابن الوكيل : في المسألة قولان ، وبه قطع الإمام والبخاري ، ورجحا بينونة بهر المثل ، وذهب ابن سريج وأبو إسحاق وجمهور الأصحاب إلى القطع بوقوعه رجعياً بلا مال . ولو خالعا بمائة على أنه متى شاء رد المائة ، وكان له الرجعة ، نص الشافعي رحمه الله أنه يفسد الشرط ، وتحصل بينونة بهر المثل ، فقليل بطرد الخلاف . وقيل بالجزم بالمنصوص ، لأنه رضي بسقوط الرجعة هنا ، ومتى سقطت لا تعود .

فصل

لو وكل امرأة بطلاق زوجته أو خلعها ، صح على الأصح ، وقيل : لا ، لأنها لا تستقل . ولو وكلت الزوجة امرأة باختلاعها ، جاز بلا خلاف ، ويجوز أن يكون وكيل الزوجة والزوج ذمياً ، لأنه قد يخالع المسلمة ويطلقها ، ألا ترى أنها لو أسلمت وتخلف ، فخالعها في العدة ثم أسلم ، حكم بصحة الخلع ، ويجوز أن يوكل الزوج بالخلع العبد والمكاتب ، والسفيه المحجور عليه ، ولا يشترط إذن السيد والولي ، لأنه لا يتعلق في الخلع عهدة توكيل ^(١) الزوج ، ولا يجوز أن يوكل المحجور عليه في القبض . فإن فعل وقبض ، ففي « التتمة » أن المختلع يبرأ ، ويكون الزوج مضياً لماله . ولو وكلت المرأة في الاختلاع عبداً ، جاز سواء أذن السيد أم لا . فإن كان الاختلاع على عين مالها ، فذاك . وإن كان على

(١) في الأصل : بوكيل .

مال في الذمة ، نظر ، إن أضافه إليها ، فهي المطالبة . وإن لم يصف بل أطلق ، فإن لم يأذن السيد في الوكالة ، جاز للزوج مطالبة بالمال بعد العتق . وإذا غرم ، رجع على الزوجة إذا قصد الرجوع . وإن أذن في الوكالة ، تعلق المال بكسبه ، كما لو اختلعت الأمة بإذن السيد . وإذا أدى من كسبه ، ثبت الرجوع على الموكلة . ولو وكلت في الاختلاع مجبوراً عليه لسهه ، قال البغوي : لا يصح . وإن أذن الولي ، فلو فعل وقع الطلاق رجعيّاً ، كالختلاع السفهية ، وهذا على ما ذكره المتولي فيما إذا أطلق . وأما إذا أضاف المال إليها ، فتحصل بينونة ويلزمها المال إذ لا ضرر على السفهية .

فرع

الواحد لا يتولى طرفي الخلع بالوكالة ، كالبيع وسائر العقود . فلو وكل الزوجان رجلاً تولى ما شاء من الطرفين مع الزوج الآخر أو وكيله . وقيل : يجوز أن يتولى طرفي الخلع ، لأن الخلع يكفي فيه اللفظ من جانب ، والإعطاء من جانب . وعلى هذا ، ففي الاكتفاء بأحد شقي العقد خلاف ، كبيع الأب ماله لولده ، والصحيح الأول .

فصل

يجوز أن يكون عوض الخلع منفعة ، ويصح عقد الإجارة عليها . فلو خالعاها على إرضاع ولده أو حضائه مدة معلومة ، جاز ، سواء كان الولد منها أو من غيرها ، ويشبه أن يكون الجمع بينها واستتباع أحدها إذا أفرد على ماسبق في الإجارة . وفي إبدال الصبي المعين وانفساخ العقد بموته ، خلاف سبق في الإجارة .

والمذهب الانفساخ ، وهو المنصوص في «المختصر» وأكثر الكتب ورجحه الجمهور .
وامتناع الصبي من الارتضاع والتقام الثدي ، كالموت . فإن قلنا بالانفساخ ،
فذلك فيما بقي من المدة ، ولا يفسخ في الماضي على المذهب . وقيل : قولان من
تفريق الصفقة ، فإن انفسخ فيما مضى رجع عليها بمهر المثل على الأظهر . وعلى القول
الآخر ، بأجرة مثل الارضاع تلك المدة ، وعلى الزوج لها أجرة الارضاع في المدة
الماضية . وإن لم تنفسخ في الماضي ، فعلى الأظهر يرجع بقسط المدة الباقية من
مهر المثل إذا وزع مهر المثل على المدتين . وعلى الثاني : يرجع بأجرة مثل ما بقي
من المدة . وإن قلنا : لا يفسخ العقد ، فإن أتى بصبي مثله لترضعه ، فذاك ،
وإن لم تأت به مع الإمكان حتى مضت المدة ، فوجهان . أحدهما : يبطل حقه
ولا شيء عليها ، كما لو لم ينتفع المستأجر بعد قبضه العين ، تستقر عليه الاجرة .
والثاني : يلزمها قسط المدة الباقية من مهر المثل إذا وزع على المدتين ، كما إذا
تلف المبيع في يد البائع ، يكون من ضمانه وإن تمكن المشتري من القبض ،
وهذا أصح عند الشيخ أبي حامد . ومقتضى كلام البغوي ترجيح الاول .

قلت : الاصح الوجه الثاني . والله أعلم

ولو لم يأت بصبي آخر لعجزه ، فقد قطع البغوي وغيره ، بأن الحكم فيه
[كما] ^(١) إذا حكمنا بالانفساخ ، والوجه أن يطرد فيه الخلاف ، ولا فرق بين
العجز وعدمه كما سبق في «الإجارة» فيما لو تلف الثوب المعين للخياطة وقلنا : لا تنفسخ
الإجارة ، فلم يأت المستأجر بثوب مثله حتى مضت مدة الإجارة ، فإن في استقرار
الاجرة وجهين ، سواء امتنع من الإبدال لعجزه أو مع القدرة .

قلت : الصحيح ، ماجزم به البغوي وموافقوه . والله أعلم

فرع

لو أضاف إلى الإرضاع والحضانة نفقته مدة ، بأن خالها على كفالة ولده عشر سنين ، ترضعه منها سنتين ، وتنفق عليه تمام العشر وتحضنه ، نظر ، إن بين النفقة كل يوم من الطعام والأدم كالزيت واللحم ، وكسوته كل فصل أو سنة ، وكان ذلك مما يجوز السلم فيه ، ووصفه بالاوصاف المشروطة في السلم ، ففي صحة الخلع بما سمي طريقان . أصحابها : القطع بالصحة ، لأن المقصود الكفالة ، وهذه الأمور تابعة . والثاني : على قولين - لأنه جمع بين بيع وإجارة ، ولأنه سلم في أجناس - . أظهرهما : الصحة أيضاً .

فإن أبطلناه ، فهل يرجع بمهر المثل أم يبدل الأشياء المذكورة ؟ قولان . أظهرهما : الأول ، ومنهم من قُدِّع به هنا ، لأنه لو رجع إلى بدل الأشياء لأثبتناها . وإن صححنا ، فهو في الطعام والشراب ، فيخير بين أن يستوفيه بنفسه ويصرفه إلى الولد ، وبين أن يأمرها بالرف إليه . قال ابن الصباغ : ينبغي أن يجيء فيه الخلاف المذكور ، فيما إذا أذن الحاكم للملتقط في الانفاق على اللقيط من ماله ، بشرط الرجوع .

قلت : ليس هو مثله ، بل يجوز هذا قطعاً والفرق ظاهر . والله أعلم

ثم إن عاش الولد حتى استوفى المنفعة والعين ، فذاك ، فان خرج زهيداً وفضل من المقدر شيء ، فهو للزوج ، وإن كان رغبياً واحتاج إلى زيادة ، فهي على الزوج .

وإن مات الولد ، فله حالان .

أحدهما : أن يموت قبل تمام مدة الإرضاع ، ففيه الخلاف السابق في انفساخ العقد ، وجواز الإبدال ، فان حكمنا بالانفساخ ، ومنعنا الإبدال ، انفسخ فيما بقي من المدة ، وفي انفساخه فيما مضى وفي الطعام والكسوة خلاف تفريق الصفقة . والأظهر عدم الانفساخ . وإذا قلنا : لا ينفسخ ، استوفى الزوج الطعام والكسوة ، ويرجع بما انفسخ العقد فيه من المدة إلى أجرة المثل في قول ، وإلى حصته من مهر المثل على الأظهر ، ويان الحصة بأن يُقوّم الطعام والأدم والكسوة ، وما مضى من المدة ، وما بقي ، ويعرف نسبة قيمة الباقي من المدة من الجميع ، فيجب من مهر المثل بتلك النسبة . وإذا قلنا : يتعدى الانفساخ إلى المدة الماضية والنفقة ، رجع إلى مهر المثل على الأظهر ، وإلى بدل الجميع على الثاني ، وترجع الزوجة بأجرة ما مضى من مدة الإرضاع ، وقد يقع التقاص ، هذا هو المذهب . وعن القاضي أبي الطيب ، أن الواجب قسط ما سوى المدة الماضية من مهر المثل ، وتسقط حصتها وتجعل منفعتها مستوفاة .

الحال الثاني : أن يموت بعد ارتضاعه المدة بكاملها ، فيبقى استحقاق النفقة والكسوة ، وهل يتعجل الاستحقاق أم يبقى منجأً كما كان ؟ وجهان . أصحابها : الثاني .

ولو انقطع جنس بعض الاشياء المذكورة ، ففيه القولان السابقان في انقطاع المسلم فيه . أحدهما : ينفسخ العقد . فعلى هذا ينفسخ في المنقطع ، ولا ينفسخ في الأعيان المقبوضة على الأظهر ، كما لو اشترى عبدین ، فقبض أحدهما وتلف الآخر

ولا في الحضانة والارضاع على المذهب ، بعد ما بينها ، فإن حكم بالانفساخ في الجميع غرم لها بدل ما استوفى من العين والمنفعة ، وله عليها مهر المثل على الاظهر . وفي قول : بدل المسمى . وإن قلنا : لا يفسخ إلا في المنقطع ، رجع إلى حصته من مهر المثل على الاظهر ، وإلى بدل المنقطع في قول . والقول الثاني في الاصل وهو الاظهر ، أن انقطاع السلم فيه لا يقتضي الانفساخ ، لكن يثبت له خيار الفسخ ، فله الفسخ في الجميع . وهل له الفسخ في المنقطع وحده ؟ فيه الخلاف السابق فيمن اشترى عشرين فوجد أحدهما معيباً وأراد إفراذه بالرد ، قال المتولي : وله الفسخ في الاعيان دون المنافع على المذهب بعد ما بينها جنساً وعقداً . وإذا أفرد المنقطع بالرد وجوزناه ، فقياً يرجع به القولان . هذا كله إذا كان المذكور بما يجوز السلم فيه ، ووصف بالصفات المشروطة في السلم فيه ، فإن لم توصف ، أو كان بما لا يجوز السلم فيه كالثياب المخيطة ، والمحشوة ، والطبوخ والمشوي من الطعام ، فالمسمى فاسد ، والرجوع إلى مهر المثل بلا خلاف .

الباب الثالث

في بيان الألفاظ الملزمة ومقتضاها^(١)

فيه أطراف .

الأول : في الالفاظ الملزمة وفيه مسائل .

إحداها : صيغة المعاوضة ملزمة ، فإذا قال : طلقتك ، أو أنت طالق على ألف ،

فقبلت ، صح الخلع ولزم الالف . ولو قال : أنت طالق وعليك ألف ، أولي

(١) في الأصل : ومقتضاها .

عليك ألف ، نظر ، إن لم يسبقه استيجاب بل ابتداء الزوج به ، وقع الطلاق رجعيًا قبلت أم لا ، ولا مال ، بخلاف قولها : طلقني ولك علي ألف فأجابها فإنه يقع بائناً بالألف ، لان المتعلق بها من عقد الخلع الالتزام ، فيحمل لفظها عليه ، والزوج ينفرد بالطلاق . فإذا لم يأت بصيغة المعاوضة ، حمل على ما ينفرد به وصيغته خبر . فلو قال : أردت بقولي : وعليك ألف الإلزام^(١) وقصدت ما يقصده القائل بقوله : طلقتك علي ألف ، لم يصدق . فان وافقته ، فوجهان . أحدهما : لا يؤثر توافقها ، لان اللفظ لا يصلح للإلزام .^١ وأصحها : يؤثر فتبين بالألف . فعلى الاول لا يحلفُ على نفي العلم إذا أنكرت ، لانها لو صدقته^(٢) لم تؤثر . وعلى الثاني ، يحلف . ومقتضى الثاني انعقاد البيع بقوله : بعتك ولي عليك [كذا] ، تقريباً على انعقاد البيع بالكناية ، أما إذا سبق استيجاب ، فان لم تذكر عوضاً بأن قالت : طلقني ، فحكمه كما لو لم تطلب . وإن ذكرته مبها بأن قالت : طلقني بيدل ، فان عين الزوج البدل في الجواب فقال : طلقتك وعليك ألف ، فهو كما لو ابتداء فقال : طلقتك علي ألف ، فإن قبلت ، بانت بالألف ، وإلا فلا طلاق . وإن أبهم الجواب فقال : طلقتك بالبدل ، أو طلقتك ، بانت بمهر المثل . وإن عينت البدل ، فقالت : طلقني ، فقال : طلقتك وعليك ألف ، بانت بالألف وذكر المتولي أنه لو لم يسبق منها طلب ، وشاع في العرف استعمال هذا اللفظ في طلب العوض وإلزامه ، كانت كقوله : طلقتك علي ألف . ولو اختلفا ، فقال الزوج : طلبت مني الطلاق بيدل ، فقلت في جوابك : أنت طالق وعليك ألف ، فقالت : بل ابتدأت فلا شيء لك ، صدقت بيمينها في نفي العوض^(٣) ولا رجعة له لقوله .

(١) في الأصل : الالتزام .

(٢) في الأصل : صدقت .

(٣) في إحدى نسخ الظاهرية : العد

المسألة الثانية : قال : أنت طالق أو طلقتك على أن لي عليك ألفاً ، فهو كقوله : أنت طالق على ألف . فإذا قبلت ، بانت ولزمها المال ، وهذا هو الصواب المعتمد ، وهو نصه في « الأم » وفي « عيون المسائل » ؛ وقطع به صاحب « المذهب » وسائر العراقيين . ومقتضاه انعقاد البيع بقوله : بعتك هذا على أن يكون لي عليك ألف ، وأدنى درجاته أن يجعل كناية في البيع . وقال الغزالي : يقع الطلاق رجعياً ولا مال . قال : فان فسر بالإلزام ، ففي قبوله وجهان . قال صاحب « التقریب » : لا ، وغيره : نعم .

الثالثة : قال : أنت طالق إن ضمننت لي ألفاً ، أو إن ضمننت لي ألفاً فأنت طالق ، فقالت في مجلس التواجب : ضمننت ، طلقت ولزمها ألف . ولو قالت : متى ضمننت لي ألفاً فأنت طالق ، لم يعتبر المجلس بل متى ضمننت طلقت ، وليس للزوج الرجوع قبل الضمان . ولو أعطته المال ولم تقل : ضمننت أو قال : شئت بدل ضمننت ، لم تطلق . ولو ضمننت ألفين ، طلقت لوجود الصفة المعلق عليها مع زيادة ، بخلاف قوله : طلقتك على ألف ، فقالت : قبلت بألفين ، لأن تلك صيغة معاوضة فيشتروط فيها توافق الإيجاب والقبول .

فرع

قال الزوج لها : أمرك بيدك ، أو جعلت أمر الطلاق إليك ، فطلقني نفسك إن ضمننت لي ألفاً ، فقالت : ضمننت وطلقت نفسي ، أو قالت : طلقت وضمننت ، بانت بالألف ، ويكون الضمان والطلاق مقترنين ، سواء قدمت لفظ الطلاق ، أو الضمان ، كما لو قال : طلقتك إن ضمننت لي ألفاً ، فقالت : ضمننت ، يقع الطلاق ويثبت المال مقترنين ، وإن تعاقب اللفظان ، فلو ضمننت ولم تطلق ، أو طلقت

ولم تضمن ، لم يقع الطلاق . وإذا جمعتها ، اشترط كون الضمان في المجلس قطعاً ، ويشترط كون التعليل في المجلس أيضاً على المذهب ، ولا يشترط إعطاء المال في المجلس قطعاً . وهل المراد بالمجلس مجلس التواجب ، أم مجلس القعود ؟ وجهان . أصحابها : الأول ، وقد سبق في أول الكتاب . ولا يخفى أن المراد بالضمان في هذه المسائل القبول والالتزام ^(١) دون الضمان المفقود إلى أصل .

الرابعة : سبق أنه إذا علق الطلاق بالإعطاء ، لا يقع إلا بالإعطاء في المجلس على الصحيح ، إلا إذا كان بصيغة « متى » وما في معناها ، فلا تختص بالمجلس ، وكل ذلك جارٍ في قوله : **إن أقبضتني كذا ، أو أدبت ^(٢) إلي كذا .** ولو قال : **أنت طالق إن شئت ، أو أنت طالق على ألف إن شئت ،** اشترط وجود مشيتها في مجلس التواجب ، بخلاف التعليق . كسائر الصفات ، لانه استدعاء لجوابها واستبانة رغبتها . وحكى الحناطي قولاً أنه لا يشترط المجلس ويقع الطلاق متى شاءت ، كسائر التعليق والمجلس مجلس التواجب على الصحيح كما سبق . وإذا قالت في المجلس : **شئت وقبلت ،** فقد تم العقد فتطلق ويلزم المال ، ولا يشترط تسليم المال في المجلس . وإن اقتصر على قولها : **شئت ، أو قبلت ،** فثلاثة أوجه . أصحابها عند الغزالي : يكفي ، لان كلامها يشعر بالرضى والالتزام ، وهذا مقتضى كلام الشيخ أبي حامد . والثاني : لا بد من الجمع بينها ، لانه لو اقتصر على قوله : **أنت طالق [كان جوابها قبلت ، ولو اقتصر على قوله : أنت طالق] ^(٣) إن شئت ،** كان جوابها شئت ، فاذا جمعها ، اشترط جمعها في الجواب . والثالث : يكفي قولها : **شئت ،**

(١) في الأصل : الالتزام .

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية : **أو إن أدبت إلي .**

(٣) الزيادة من غطوطات الظاهرية .

ولا يكفي قولها : قبلت ، لان القبول ليس مشيئة ، ولهذا لو قال : أنت طالق إن شئت ، فقالت : قبلت ، لم تطلق ، وبهذا قطع المتولي ، واختاره الإمام فيما حكى عنه المعلق .

قلت : هذا الثالث ، هو الأصح بل الصحيح . والله أعلم

فعلى الثالث : لا رجوع للزوج على قاعدة التعليقات ، وعلى الثاني : في جواز رجوعه وجهان ، لتردده بين التعليق والمعاوضة . ولو علق طلاقها بالمشيئة بصيغة « متى » طلقت متى شاءت ، ولا يختص بالمجلس كسائر الصفات . ولو قالت : طلقني بألف درهم ، فقال : أنت طالق على ألف إن شئت ، فليس بجواب لها لما فيه من التعليق ، فيتوقف على مشيئة مستأنفة . ولو نكّر فقال : على ألف ونوى ما ذكرت ، فكذلك الحكم . وإن نوى غير الدراهم ، فقد نقل الحناطي أنه يقع طلاق رجعي ، ولا بدل ، وخرج من عنده أنه لا طلاق حتى يتصل ^(١) به القبول والمشيئة ، كما لو ابتداء به ، وهذا هو القياس الحق . ولو لم ينو شيئاً ، فقد حكى وجهين في وقوعه رجعياً أو بائناً ، ووجهين إن وقع بائناً في أن الواجب مهر المثل أم المسمى ؟ ومقتضى جعله مبتدئاً أن لا يقع الطلاق إلا أن يتصل به قبول ومشيئة .

الخامسة : في حقيقة الإعطاء المعلق عليه . فإن سلمت المال إليه فقبضه ، فذاك ، وإن وضعته بين يديه ، كفى ووقع الطلاق وإن امتنع من قبضه على الصحيح ، لأنها أعطته وهو يفوت حقه . وقيل : لا يكفي الوضع ، فلا يقع به الطلاق ، وهو ضعيف غريب . فإذا أعطته ، دخل في ملكه على الصحيح .

(١) في الأصل : يبطل .

وقيل : لا بل يردده ، ويرجع بمهر المثل ، ويجري هذا الوجه في قوله : إن ضمننت لي ألفاً فأنت طالق ، فقالت : ضمننت ، لان لزوم المال بمجرد قولها بعيد ، كدخوله في ملكه بمجرد الإعطاء . وإذا قال : متى أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، فبعثته على يد وكيلها ، فقبضه الزوج ، لم تطلق ، لأنها لم تعط هي ، وكذا لو أعطته عن الألف عوضاً ، أو كان لها عليه ألف درهم فتقاصا ، لم تطلق . ولو حضرت وقالت لو كيلها الحافظ لمالها : سلم إليه ، فسلمه ، طلقت وكان تمكينها الزوج من المال المقصود إعطاء ، قاله المتولي . ولو علق الطلاق بالإقباض فقال : إن أقبضتني كذا فأنت طالق ، فوجهان . أصحابها وبه قطع المتولي : أنه تعليق محض ، لان الإقباض لا يقتضي التمليك ، بخلاف الإعطاء . فعلى هذا ، لا يملك المقبوض وليس له مهر المثل ، بل يقع الطلاق رجعياً . ولا يختص الإقباض بالمجلس كسائر التعليقات . والثاني : أن الإقباض كالإعطاء على ما ذكرناه فيه . ولو قالت : إن قبضت منك كذا ، فهو كقوله : إن أقبضتني ، ويعتبر في القبض الأخذ باليد ، ولا يكفي الوضع بين يديه ، لأنه لا يسمى قبضاً ، ولو بعثته مع وكيلها ، لم يكف . ولو قبض منها مكرهة ، طلقت لوجود الصفة . وفي التعليق بالإعطاء ، لو أخذ منها كرها ، لم تطلق لأنها لم تعطه . وذكر المتولي ، أن ما ذكرناه في التعليق بالإقباض مفروض فيما إذا لم يسبق منه كلام يدل على الاعتياض بأن يقول : إن أقبضتني كذا وجعلته لي أو لأصرفه في حاجتي وما أشبه ذلك .

قلت : هذا الذي ذكره المتولي ، متعين . والله أعلم

والأداء والدفع والتسليم ، كالإقباض .

فرع

قال : إن أعطيتني ألفاً ، فانت طالق ، فأعطت ألفين ، طلقت ، لأن وقوع الطلاق هنا بمحكم التعليق ، وإعطاء الألفين يشتمل على إعطاء الألف ، وكذا لو قال : إن ضمننت لي ألفاً فضمنت ألفين ، ويلغو ^(١) ضمان الزيادة على ألف . وإذا قبض زيادة على القدر المعلق به ، كانت أمانة عنده ، ويخالف هذا قوله : خالعتك بألف فقالت : قبلت بألفين ، فإنها لاتطلق لعدم موافقة الإيجاب .

السادسة . في بيان ما ينزل عليه الدرهم . إذا علق الطلاق بأعطائه ، وما يقبل تفسيره ، وقد سبق في « الزكاة والإقرار » قدر الدرهم الإسلامي ، واسم ^(٢) الدرهم هنا يقع على ذلك القدر من الفضة الخالصة المضروبة ، سواء كان نوعه جيداً ، أو رديئاً ، لسواد أو خشونة أو غيرها . فإذا قال : إن أعطيتني ألف درهم ، فانت طالق ، طلقت بأي نوع أعطته . لكن إذا كان في البلد نقد غالب ، فانت بغيره ، طولبت به ، لأن المعاملات تنزل على النقد الغالب ، والخلع فيما يتعلق بالمال كسائر المعاملات . وفي قول : يرجع بمهر المثل ، والمشهور الأول . فإن قلنا بالرجوع إلى مهر المثل ، فالمعطى غير مملوك ، وإن قلنا بالرجوع إلى الغالب ، فالمعطى مملوك للزوج ، وله رده والمطالبة بالغالب . وذكر في « الوسيط » : أنه لا يملكه ويجب الإبدال ، والصحيح الأول . ثم العادة الغالبة ، إنما تؤثر في المعاملات ، لكثرة وقوعها ورغبة الناس فيما يروج هناك ، ولا تؤثر في الإقرار والتعليق ، بل يبقى اللفظ على عمومته فيها . أما في التعليق ، فلقلة وقوعه ، وأما

(١) في الأصل : ويغلو .

(٢) في الاصل : وأسلم .

في الإقرار ، فلأنه إخبار عن وجوب سابق ، وربما تقدم الوجوب على الضرب
الغالب (١) ، أو وجوب في بقعة أخرى . ولو قال : طلقك على ألف ، فهذا
ليس بتعليق ، فينزل على الغالب على قاعدة المعاملات .

فرع

لو كان الغالب في البلد دراهم عددية ناقصة الوزن أو زائده ، لم ينزل الإقرار
والتعليق عليها ، لأن الغلبة لا تؤثر فيها ، واللفظ صريح في الوازنة ، وفي تنزيل
البيع والمعاملات عليها وجهان . أحدهما : المنع ، لأن اللفظ صريح في القدر
المذكور ، والعرف لا يغير المسمى وإن كان يخص بعض الأنواع . وأصحها : التنزيل
عليها ، لأنها التي تقصد في مثل هذه البلدة . وفي قبول تفسير المقر بالناقص
خلاف وتفصيل سبق في الإقرار . ولو فسر المعلق بالدرهم المعتادة ، فإن كانت
زائدة ، قبل على المذهب ، وإن كانت ناقصة ، قبل قطعاً ، لأنه توسيع لباب الطلاق .

فرع

لو أتت بدراهم مغشوشة ، فإن كان الغالب في البلد المغشوشة ، فقد أطلق
الغزالي أنه لا ينزل اللفظ عليها ، فلا يقع الطلاق إلا إذا أعطته الخالصة ، لكن
تسترد ما أعطته وتعطيه مغشوشة . ومن قال بهذا قال : التفسير بالمغشوشة
كالتفسير بالناقصة . فان قلنا : التفسير بهما ، فهل تراجع ليبر عن مقصوده ، أم
تأخذ بالظاهر إلا أن يفسر ؟ فيه احتمالان في « البسيط » .

(١) في الأصل : للغالب .

قلت : أفقهها : الثاني . والله أعلم

وقطع المتولي والبغوي ، بأن اللفظ ينزل على المغشوشة ، ويقع الطلاق إذا أعطت مغشوشة ، وهل تسلم له الدرامم بذلك ؟ قال المتولي : يبني على جواز المعاملة بالمغشوشة . إن لم نجوزها ، رد الدرامم ولزمها مهر المثل ، وإلا سلمت له الدرامم ، ويشبه أن يكون ما ذكره الغزالي أصح . أما إذا كان الغالب في البلد الدرامم الخالصة ، فلا تطلق إلا إذا أعطت ما تبلغ نقرته ألفاً . وفي وجه لا يقع الطلاق وإن بلغته ، كما لو أعطته سبيكة . فان قلنا بالصحيح وهو الوقوع ، فهل يملك الزوج المدفوع إليه ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأن المعاملة تنزل على الغالب . والثاني : [نعم] ^(١) ، لأن قبضها اعتبر في وقوع الطلاق ، وكذا في إفادة الملك ، لكن له الرد بسبب العيب . فاذا رد ، رجع إلى مهر المثل على الاظهر ، وإلى ألف خالصة في قول .

ولك أن تقول : ينبغي أن لا يملك الغش نفسه في هذه الصورة ، لأنه إذا بلغت الفضة الخالصة ألفاً ، بقي الغش شيئاً آخر مضموماً ، فلا يملكه كما لو ضمت إلى الألف ثوباً .

قلت : ظاهر كلام القائل بالملك ، أنه لا ينظر إلى الغش لحقارته في جنب الفضة ، ويكون تابعاً كما سبق في مسألة نعل الدابة . والله أعلم

وأما المعاملة بالدرامم المغشوشة ، فذكرناها في كتابي الزكاة والبيع ، والأصح الجواز .

(١) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

السابعة : قال : إن أعطيتني عبداً أو ثوباً فأنْت طالق ، ووصفه بما يعتبر في السلم ، فأنْت به بالصفة ، طلقت ، وملكه الزوج كما قلنا في الدراهم ، وإن أعطته على غير تلك الصفة ، لم تطلق ولا يملكه . فلو كان بالصفة لكنه معيب ، فله الخيار . فان رده ، رجع بمهر المثل على الأظهر ، وبقيته سليماً في قول ، وليس له المطالبة بسليم بالصفة ، وفي كتاب الحناطي وجه أنه لا يرد العبد ، بل يأخذ أرش العيب وهو ضعيف . أما إذا قال : إن أعطيتني عبداً ولم يصف ، فأعطته عبداً لها ، طلقت لوجود الصفة ولا يملكه ، لان الملك فيه يكون معاوضة ، والمجهول لا يكون عوضاً ، فيجب مهر المثل قطعاً . وحكى ابن كج والحناطي وجهاً ، أنه يقع الطلاق رجعيّاً ، ولا شيء عليها ، وإنما يلزمها العوض إذا ابتدأت فسألت طلاقاً بعوض ، فقال في جوابها : إن أعطيتني عبداً فأنْت طالق فأعطت ، والصحيح الاول ، وسواء إن أعطت سليماً أو معيباً ، أو قناً أو مدبراً أو معلقاً عتقه على صفة ، لوقوع اسم العبد عليه ، وإمكان نقله وتقليكه . فان أعطته مكاتباً ، لم تطلق . وكذا لو قال لاجنبي : إن أعطيتني أمة ، فامرأتني طالق ، فأعطاه أم ولده . وأشير في المكاتب إلى وجه . ولو وصف العبد ولم يستوعب صفاته ، فهو كعدم الوصف في أن الرجوع إلى مهر المثل ، لكن لو أعطته عبداً بغير الصفة ، لم تطلق مثل أن يقول : إن أعطيتني عبداً تركياً ، فأعطته هندية . ولو أنت بعبد مغضوب ، أو مشترك لها ولغيرها ، أو قال : إن أعطيتني ألف درهم ، فأنْت بدراهم مغضوبة ، فوجهان . أحدهما : يقع الطلاق ويرجع بمهر المثل . وأصحها : لا يقع لانه لا يسمى إعطاءً ، وطرد الخلاف في العبد المرهون والمستأجر .

قلت : يجري الخلاف في المستأجر إذا لم يجوز بيعه ، وإلا فهو كغيره .
والله أعلم

ولو قال : إن أعطيتني هذا العبد المغصوب فأعطته ، وقع الطلاق بائناً على المذهب ، ويرجع بهر المثل . وقيل : لا يقع ، وقيل : يقع رجعيّاً . ولو قال : إن أعطيتني زق خمر أو خنزيراً ، فأنت طالق ، فقد سبق أنها إذا أتت به ، بانت ووجب مهر المثل . فان أنت بخمر مغصوبة ، بأن كانت محترمة أو لذمي ، فان قلنا في العبد المغصوب : يقع الطلاق ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان . أصحها : الوقوع ، لان الإعطاء هنا مضاف إلى ما يتأتى تملكه . والثاني ، المنع ويحمل على ما يختص به يداً ، كما حمل لفظ العبد على ما اختصت به ملكاً . ولو قال : إن أعطيتني هذا الحر ، فتلاثة أوجه . أصحها : يقع الطلاق بائناً بهر المثل . والثاني : لا يقع . والثالث : يقع رجعيّاً ، لانه لا يملك بحال ، فالزوج لم يطمع بشيء . ولو قال : إن أعطيتني هذا العبد أو الثوب فأنت طالق ، فأعطته ، طلقت وملكه ، فان خرج مستحقاً أو مكاتباً ، فوجهان . أحدهما : لا يقع الطلاق . وأصحها : وقوعه للإشارة ، ويرجع بهر المثل على الاظهر ، وبقيته في قول . وإن وجدته معيباً ، فله رده ، وفيما يرجع به القولان . أظهروهما : مهر المثل . والثاني : قيمته سليماً . وقيل : ليس له الرد بل يرجع بالأرش ، والصحيح الاول . قال البغوي : ولو قال لزوجه الامة : إن أعطيتني ثوباً فأنت طالق ، فأعطته ، لم تطلق لانها لم تملكه^(١) فان قال : هذا الثوب فأعطته طلقت ، وفيما يرجع به القولان . وهذا تفريع منه على المذهب في الثوب المطلق والمعين ، ولا يخفى مما تقدم أن الإعطاء في جميع صور المسألة ينبغي أن يقع في المجلس .

الثامنة : قال : إن أعطيتني هذا الثوب وهو هروي ، فأنت طالق ، فأعطته وبان مروياً ، لم تطلق . وإن قال : إن أعطيتني هذا الثوب الهروي فبان مروياً

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : لا تملكه .

أو بالعكس ، طلقت على الاصح ، لأنها ليست صيغة شرط بل أخطأ في الوصف .
ولو خالعاها على ثوب هروي ووصفه كما ينبغي ، فأعطته ثوباً بالصفة ، فبان
مروياً ، رده وطالبها بهروي بالصفة . ولو خالعاها على ثوب بعينه على أنه هروي فبان
مروياً ، وقعت البينونة وملكه الزوج ، وإخلاف الصفة ككعب ، فله خيار
الحلف . وقيل : إن لم تنقص قيمته عن الهروي ، فلا خيار لأن الجنس واحد
ولا نقص ، والصحيح الأول . فان رد ، رجع بمهر المثل على الأظهر ، وبقيمة هروي
في الثاني . فان وجد به عيباً بعد تلفه أو تعيبه في يده وتعذر الرد ، رجع بقدر
النقص من مهر المثل على الأظهر ، ويقدر ما نقص من القيمة في الثاني ، وليس
له هنا طلب هروي لأنه معين هنا^(١) بالعقد . قال أبو الفرج السرخسي : وهذا على
قولنا : إن اختلاف الصفة ليس كاختلاف العين وهو الأظهر ، كما سبق في النكاح .
فان قلنا : هو كاختلاف العين ، فالعوض فاسد فليس له إمساكه ، ويرجع بمهر المثل
على الاظهر ، أو قيمة الثوب مروياً على قول . ولو خالعاها على ثوب معين ،
على أنه كتان فخرج قطناً أو بالعكس ، فوجهان . أحدهما وبه قطع البغوي :
أنه كاختلاف الصفة ، فيكون حكمه ما سبق في خروجه مروياً . وأصحها وبه
قطع الشيخ أبو حامد وسائر العراقيين : أن العوض فاسد وتقع البينونة بمهر المثل
على الاظهر ، وبقيمة ثوب كتان في قول ، وليس له إمساكه ، وهؤلاء قالوا :
لو باعه على أنه كتان فبان قطناً ، بطل البيع . ولو قالت : خالعي على هذا
الثوب فانه هروي ، فخالعاها عليه فبان مروياً ، فهو كما لو قال : خالعتك عليه
على أنه هروي ، لأنها غرته . قال المتولي : لو قالت : هذا الثوب هروي فقال :
إن أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق ، فأعطته فبان مروياً ، بني على المتواطىء عليه

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : متعين

قبل العقد ، كالمشروط فيه أم لا ؟ إن قلنا ، نعم ، لم يقع الطلاق ، وإلا وقع ، وليس له إلا ذلك الثوب . ولو قال : خالعتك على هذا الثوب وهو هروي فبان خلافه ، فلا رد لانه لا تغير من جهتها ، ولا اشتراط منه ، وكذا لو قال : خالعتك على هذا الثوب الهروي ، كذا ذكره البغوي . فان قيل : قوله : وهو هروي أفاد الاشتراط في قوله : إن أعطيتني هذا الثوب وهو هروي ، حتى لم يقع الطلاق إذا لم يكن هروباً ، فلم لم يفد الاشتراط في قوله : خالعتك على هذا الثوب وهو هروي ، حتى يتمكن من الرد إذا لم يكن هروباً ، كما لو قال : خالعتك عليه على أنه هروي ؟ فالجواب أن قوله : وهو هروي دخل هناك على كلام غير مستقل ، لان قوله : إن أعطيتني هذا الثوب غير مستقل ، فيتقيد بما دخل عليه وتامه بالفراغ من قوله : فأنت طالق . وأما قوله : خالعتك على هذا الثوب ، فكلام مستقل ، فجعل قوله بعده : وهو هروي جملة مستقلة ، ولم يتقيد بها الاول ، وبالله التوفيق .

الباب الرابع

في سؤال المرأة الطلاق بمال ، واختلاع الأجنبي

فيه أطراف .

الأول : في ألفاظها وفيه مسائل .

الأولى : إذا قالت : طلقني بكذا ، أو على كذا ، أو على أن علي كذا ، أو على أن أعطيك كذا ، أو أن أضمن لك ، أو إن طلقني ، أو إذا طلقني ، أو متى طلقني ، فلك علي كذا ، فهذه كلها صيغ صحيحة في الالتزام ، ويختص الجواب في

المجلس بلاخلاف ، في « متى » وغيرها ، بخلاف قول الرجل : متى أعطيتني ، وقد سبق الفرق .

الثانية : قالت : إن طلقني فابراً من صداقي ، أو فقد أبرأتك ، فقال : طلقتك ، وقع الطلاق رجعياً ولم يبرأ من الصداق ، لأن الإبراء لا يصح تعليقه ، وطلاق الزوج طمعاً في البراءة من غير لفظ ، صحيح في الالتزام لا يوجب عوضاً ، وهذا تقرير على الجديد الاظهر أن تعليق الإبراء لا يصح ، وكان لا يبعد أن يقال : طلق طمعاً في عوض ، ورغبت هي في الطلاق بالبراءة فيكون فاسداً كالمحرر .

الثالثة : قالت : طلقني ولك علي ألف ، فقال طلقتك ، بانت ولزمها الألف ، لأنها صيغة التزام . وقيل : لا يثبت العوض ، بل إن اقتصر على قوله : طلقتك ، وقع رجعياً ، وإن قال : طلقتك على ألف ، احتاج إلى قبولها ، والصحيح الأول . قال المتولي . ويقرب من هذا قولها : طلقني وأضمن لك ألفاً . ولو قالت : وأعطيك ألفاً ، فالاصح أنه إذا طلقها مطلقاً ، وقع رجعياً ، لأن لفظ الضمان يشعر بالالتزام ، بخلاف الإعطاء ولم يطردها الوجه المذكور هنا في الجعالة ، بل لو قال : رد عبدي ولك علي كذا ، فردّه ، لزم المال بلاخلاف ، ولو قال المشتري : بعني هذا ولك علي كذا ، فقال : بعته ، فوجهان : أحدهما : ينعقد كالاختلاع والجعالة ، وهذا هو المذكور في فتاوى القفال ، والثاني : لا ، لأنه يحتمل فيها مالا يحتمل في البيع ، كالتعليق ، وفيما علق عن الامام ، أن هذا أصح . ويشبه أن يكون الوجهان في أنه هل هو صريح ؟ فأما كونه كناية ، فينبغي أن يكون متفقاً عليه .

الرابعة : قالت : طلقني على ألف ، أو أنت بصيغة أخرى صريحة^(١) في الالتزام ،

فإن أجابها وأعاد ذكر المال ، فذاك ، وإن اقتصر على قوله : طلقتك ، كفى وانصرف إلى السؤال على الصحيح ، وقيل : يقع الطلاق رجعيًا ولا مال . ولو قال : قصدت الابتداء دون الجواب ، قبل وكان رجعيًا ، فإن اهتمته ، حلفته .

الخامسة : اللفظ الدائر بين الزوجين ، إن كان صريحاً منها ، فذاك ، وإن كان لفظها كناية ، بأن قالت : أبني ، قال : أبنتك ، فإن نوى الطلاق ، نفذ ولزم المال إن ذكرها مالاً . وإن لم ينو الزوج ، فلا فرقة ، وإن نوى دونها ، نظر ، إن جرى ذكر المال في السؤال والجواب ، لم يقع الطلاق ، لأنه ربط الطلاق بالمال وهي لم تسأل الفراق ، ولم تلتزم المال في مقابله ، وإن لم يحو ذكر المال في الطرفين وقع طلاق رجعي ، وإن ذكر هو المال دونها ، فلا طلاق ، لأنها لم تسأل فرقة ، وهو إنشاء فرقة على مال ، ولم يتصل به قبول . وإن ذكرت هي المال ، فقالت : أبني على ألف ، فقال : ابنتك ، فلا طلاق على الأصح ، كما لو ذكر المال . وقيل : يقع رجعيًا كما لو قال : قصدت الابتداء دون الجواب ، فإنه يقع رجعيًا قطعاً .

أما إذا كان لفظ أحدهما صريحاً والآخر كناية ، فالكناية مع النية كالصريح ، ودون النية لغو . وعن ابن خيران ، أنها لو قالت : طلقني فقال : أبنتك ونوى ، لم يقع ، لأن الصريح أقوى ، فالماضي به غير المسؤول ، والصحيح الأول .

الطرف الثاني : في سؤاها عدداً ، فيه مسائل .

إحداها : قالت : طلقني ثلاثاً بألف ، أو على ألف ، أو ولك علي ألف ، أو إن طلقني ثلاثاً ، فلك علي ألف ، فطلقها واحدة ، ففيه أربعة أوجه . الصحيح أنه يقع طلقة بثلاث الألف ، والثاني : لا يقع طلاق . والثالث : يقع طلقة بمهر

المثل ، والرابع : طلبة بثلث مهر المثل. حكى الحنطاطى الأخرين . فعلى الصحيح لو طلقها طلقين ، استحق ثلثي الألف . وإن طلق طلبة ونصفاً ، فهل يستحق ثلثي الألف ، أم نصفه ؟ وجهان .

قلت : الثاني أرجح . والله أعلم

ولو قالت : طلقني ثلاثاً بألف وهو لا يملك إلا طلبة ، فطلقها تلك الطلبة ، فقد نص الشافعي رحمه الله أنه يستحق جميع الألف ، لأنه حصل بتلك الطلبة مقصود الثلاث وهو البينة الكبرى .

وللأصحاب أوجه . أصحابها عند القفال والشيخ أبي علي وكبار الأصحاب وأكثرهم : وجوب جميع الألف ، كما نص عليه ، سواء علمت أنه لم يبق إلا طلبة أم ظنت بقاء الثلاث ، والثاني : لا يستحق إلا ثلث الألف في الحالين وهو قول المزني وابن خيران ، والثالث : إن علمت استحق الألف ، وإلا فثلثه ، قاله ابن سريج وأبو إسحاق . والرابع : يستحق مهر المثل ، قاله صاحب « التلخيص » . والخامس : لا يستحق شيئاً ، لأنه لم يطلق كما سألت ، حكاهما الحنطاطي . ولو سألت الثلاث بألف ولا يملك إلا طلقين ، فطلقها واحدة ، فله ثلث الألف على الأصح المنصوص ، وكذا على الثاني ، وله النصف على الثالث إن علمت ، وإلا فالثلث .

وإن طلقها الطلقين ، فعلى النص له الألف ، وعلى الثاني ثلثاه ، وعلى الثالث إن علمت ، فالألف ، وإلا فثلثاه ، وزاد الحنطاطي وجهاً رابعاً ، وهو الرجوع بمهر المثل ، وخامساً : وهو ثلثا مهر المثل ، وسادساً : وهو أنه لا شيء له . ولو قالت : طلقني عشراً بألف ، فإن كان يملك الثلاث ، فالأصح الأشهر الجاري على قياس النص ، أنه يستحق بالواحدة عشر الألف ، وبالثنتين عشريه ، وبالثلاث جميع

الالف . وقيل : إن كان التوزيع على الثلاث والزيادة لغو ، فيستحق بالواحدة الثلث ، وبالطقتين الثلثين ، وطرد الوجهان على قياس قول المزي . فعلى الأشهر تستحق بالثلاث ثلاثة أعشار الالف . وعلى الثاني تستحق الجميع توزيعاً على العدد الشرعي . وعلى قول من فرق بين العلم والجهل ، تستحق بالثلاث الجميع ، وبالواحدة الثلث ، وبالثنتين الثلثين ، لحصول العلم بأن الطلاق لا يزيد على ثلاث وأن الزيادة لغو . فإن ظنت أنه يملك عشراً ، بأن كانت قرية عهد بالإسلام ، فالقياس عود الوجهين في أنه يجب ثلاثة أعشار الالف أم الجميع ؟ ولو لم يملك إلا طقتين فسأله عشراً ، فعلى قياس النص ، إن طلقها واحدة ، استحق عشر الالف أو الثلث . وإن طلق ثنتين ، فتمام الالف . وعلى قياس المزي ، المستحق العشر أو العشران على الأشهر ، والثالث أو الثلثان ^(١) على الوجه الآخر . وعلى قول الفارق إن علمت ، فله بالواحدة النصف ، وبالثنتين الجميع . وإن ظنت أنه يملك الثلاث ، فبالواحدة الثلث ، وبالثنتين الثلثان . قال الأصحاب : والضابط على النص ، أن الزوج إن ملك العدد المسؤول كله فأجابها ، فله المسمى ، وإن أجابها ببعضه ، فله قسطه بالتوزيع . وإن ملك بعض المسؤول ، فإن تلفظ بالمسؤول أو حصل مقصودها بما أوقع ، فله المسمى ، وإلا فيوزع المسمى على العدد المسؤول على الأشهر . وعلى قول المزي ، التوزيع على المسؤول أبداً ، وكذا الحكم على الوجه الفارق إن جهلت . فإن علمت ، فالتوزيع على المملوك دون المسؤول ، فلو ملك الثلاث فسأله ستاً بالالف ، فعلى النص وقول المزي : له بالواحدة السدس ، وبالثنتين الثلث . فإن طلق ثلاثاً ، فعلى النص : له الجميع ، وعند المزي : له النصف وعلى الوجه : له بالواحدة الثلث ، وبالثنتين الثلثان ، وبالثلث الجميع .

(١) في الأصل : والثالث والثلثان .

المسألة الثانية : قالت : طلقني ثلاثاً بألف وهو يملك الثلاث^(١) فقال : أنت طالق واحدة بألف وثنيتين بجائاً ، فنقل الفوراني والصيدلاني والقاضي حسين وغيرهم ، أن الاولى تقع بثلاث الالف ، لانها لم ترض بواحدة إلا بثلاث الالف كالجعالة ، ولا يقع الاخران لانها بانت بالاولى . وقال الإمام : القياس الحق ، أن لا يجعل كلامه جواباً لها ، لانها سألت كل واحدة بثلاث الالف وهو لم يرض إلا بالالف ، وإذا لم يوافق كلامه سؤالها ، كان مبتدئاً ، فإذا لم تقبل ، لاتقع الطلقة ، كما لو قالت : طلقني واحدة بثلاث ألف ، فقال : طلقتك واحدة بألف ، لا يقع . وإذا لم تقع الواحدة ، وقع الاخران رجعتين ، وتابعه الغزالي وغيره على ما قال ، وهو حسن متجه ، والاول بعيد ، وأبعد منه ما في « التهذيب » ، أنه تقع الواحدة بالالف ، ولا تقع الاخران ، ولعله غلط من الناسخ . ولو سأله الثلاث بألف ، فقال : طلقتك واحدة بثلاث الالف ، وثنيتين بجائاً ، فقد وافق كلامه ما اقتضاه السؤال من التوزيع ، وزال الإشكال ، فتبين بالاولى ، ولا تقع الاخران ، ونقل الائمة : إن أمكن تأويله على هذه الصورة فليفع . ولو قال : طلقتك ثنتين بألف وواحدة بجائاً ، فعلى الاول : تقع الثنتان بثلاثي الالف ، وعلى الثاني : لا يقعان . ولو قال : طلقتك واحدة بجائاً وثنيتين بثلاثي الالف ، أو ثنتين بجائاً وواحدة بثلاث الالف ، وقع ما أوقعه بجائاً ، ويبنى ما بعده على مخالفة الرجعية إن كانت مدخولاً بها ، والجديد صحته . فعلى هذا : تقع الثنتان بثلاثي الالف ، وعلى القديم : يقعان بلاعوض لما سبق أن خلع الرجعية على هذا كالسفينة ، وإن لم تكن مدخولاً بها ، بانت بما أوقعه بجائاً ، فلا يقع ما بعده .

(١) في الأصل : الثلاث .

ولو قال : طلقك واحدة مجاناً وثلثين بالالف ، ففي « التهذيب » أنه : وإن كان بعد الدخول ، وقعت الاولى مجاناً والثلثان بثلثي الف ، ولا يستحق تمام الف وإن حصل غرضها ، لان ذلك إنما يكون إذا وقع المملوك من الطلاق في مقابلة المال ، وهنا أوقع بعض المملوك مجاناً .

واعلم أن الإشكال الذي ذكره الإمام يعود هنا ، لأنها لم ترض بالطلقتين إلا بثلثي الف وقد أوقعها بألف ، فوجب أن يجعل كلاماً مبتدأ . فأما إذا لم يتصل به قبول ، لغا . وفي « التهذيب » أيضاً أنه لو قال : طلقك ثلاثاً ، واحدة بألف ، وقع الثلاث واستحق ثلث الف ، ويعود فيه الإشكال .

المسألة الثالثة : قالت : طلقني واحدة بألف ، فقال : أنت طالق ثلاثاً ، وقع الثلاث واستحق الف . وهل الف في مقابلة الثلاث أم الواحدة ؟ وجهان . ظاهر النص : ثانيها ، ولا يتعلق بالخلاف فائدة حكمية . ولو قال : بعني هذا العبد بألف ، فقال : بعته مع هذين العبدتين بألف ، فالبيع باطل على الصحيح ، لانه معاوضة محضة بخلاف الخلع ، فإنه كالجماعة . وقيل : يصح البيع في الجميع ، وقيل : يصح في العبد المسؤول خاصة . ولو أعاد في الجواب ذكر الف . فقال : طلقك ثلاثاً بألف ، فهل يقع الثلاث بألف ، أم الثلاث بثلث الف ، أم واحدة بثلث الف ولا يقع الاخران ، أم لا يقع شيء أصلاً ؟ فيه أربعة أوجه .
أصحها : الاول .

وينبغي أن تطرد هذه الواجهة فيما إذا لم يعد ذكر الف . ولو قالت : طلقني واحدة بألف ، فقال : أنت طالق طلقين ، فقياس ما تقدم أنه تقع الطلقتان ويستحق الألف ، وفيه احتمال للإمام ، إذ لم تحصل بينونة الكبرى ، فلا يستحق شيئاً لأنه خالف ولم تحصل بينونة الكبرى .

الرابعة : قالت : طلقني بألف ، فقال : طلقتك ، أو أنت طالق بخمسة ، فهل يقع الطلاق بخمسة أم بألف ويلغى قوله : بخمسة لأنها بانت بقوله : طلقتك واستحق الألف ، أم لا يقع طلاق للمخالفة كما لو خالفت في قبولها ؟ فيه ثلاثة أوجه .
أصحها : الأول ، وبه قال ابن الحداد . ولو قال : بعني عبدك بألف ، فقال : بعنك بخمسة ، لم ينعقد البيع على الأصح ، لأنه معاوضة محضة . وقيل : يصح بخمسة .

الخامسة : قالت : طلقني على كذا درهما ، فطلقها على دينار ، كان مبتدأ بكلامه ، فينظر ، أيتصل به قبول أم لا ؟

ولو قالت : طلقني واحدة بألف ، فقال : أنت طالق وطاق وطاق ، سئل ، فإن قال : أردت مقابلة الأولى بالألف ، وقعت الأولى بالألف ولم تقع الاخرى . وإن قال : أردت الثانية بالألف ، وقعت الأولى رجعية ، ويحيى في الثانية القولان في خلع الرجعية ، فإن صححناه ، لغت الثالثة ، وإلا ، فلا . وإن قال : أردت الثالثة ، وقعت الأوليان بلاعوض ، وفي الثالثة الخلاف . وإن قال : أردت مقابلة الجميع بالألف ، وقعت الأولى بثلاث الألف ، ولغت الاخرى ، وإن لم يكن له نية ، قال البغوي : بانت الأولى بالألف ، لأنه جواب لقولها ، ولغت الاخرى . وذكر صاحب « المذهب » مثل هذا التفصيل فيما إذا ابتدأ فقال : أنت طالق وطاق وطاق بألف ، وليشترط فيه مطابقة القبول للإيجاب . ولو قال في جوابها : أنت طالق طالق طالق ^(١) واحدة بألف ، انقطع احتمال مقابلة الجميع بالألف ، والباقي كما ذكرناه .

(١) في نسخ الظاهرية : أنت طالق ، وطاق ، وطاق .

هذا إذا كانت مدخولاً بها ، فإذا لم تكن ، وأراد مقابلة غير الأولى بالألف ،
بانت الأولى ، ولغا ما بعدها . ولو قالت له وهو لا يملك إلا طلبة : طلقني طلقين
بألف ، فقال : طلقك طلقين ، الأولى منها بألف ، والثانية مجاناً ، استحق الألف ،
وإن قال : الثانية منها بألف ، وقعت الأولى بلا عوض ولغت الثانية ، وإن قال :
إحداها بألف ، أو اقتصر على قوله : طلقك طلقين ، سئل ، فإن قال : أردت
الأولى والثانية ، فعلى ما ذكرنا ، وإن قال : لم أنو شيئاً ، ففي استحقاقه المال
وجهان ، أصحها : نعم لمطابقة الجواب السؤال .

ولو أعاد ذكر المال ، فقال : طلقك طلقين بألف ، فهل يستحق خمسمائة
عملاً بالتوزيع ، أم ألفاً لحصول البينة الكبرى ؟ وجهان . أصحها : الثاني ، وبه
قال أبو زيد .

فرع

لو لم يملك إلا طلبة ، فقالت : طلقني ثلاثاً بألف طلبة ، أحرم بها في الحال ،
وطلقين يقعان علي إذا نكحتني بعد زوج ، أو تكونان في ذمتك تنجزهما حينئذ ،
فطلقها ثلاثاً ، وقعت الواحدة ، ولغا كلامها في الآخريتين .

ثم النص في « المختصر » : أن للزوج مهر المثل ، وللأصحاب طريقات .
أحدهما : هذا ، وأصحها على قولي تفريق الصفقة للجمع بين مملوك وغيره ، فإن
أبطلنا ، فله مهر المثل ، وإن صححنا ، فلها الخيار في العوض لتبعض مقصودها ،
فإن فسخت ، فله مهر المثل ، وإن أجازت ، فهل يميز بكل الألف ، أم بثلثه
عملاً بالتقسيط ؟ قولان كالبيع ، ومنهم من قطع هنا بالتقسيط ، لأن المشتري بالفسخ

يدفع العقد من كل وجه ، والطلاق هنا لامدفع له ، فيبعد إلزامها ^(١) بواحدة ما التزمته للثلاث .

السادسة : قالت : طلقني نصف طلاقه بألف ، أو طلق نصفي ، أو يدي ، أو رجلي بألف ، فأجابها بذلك ، أو قال ابتداء : طلقتك نصف طلاقه ، أو طلقك نصفك بألف ، فقبلت ، فلا يخفى أن الطلاق يقع مكتملاً ، وكذا لو كان ذلك بلفظ الخلع وجعلناه طلاقاً . ثم الواجب في هذه الصور ، مهر المثل على الصحيح لفساد صيغة المعاوضة .

ولهذا لو قال : ~~بعتك~~ هذا نصف بيعه ، أو بعته لنصفك أولئك ، لم يصح البيع . وإذا فسدت الصيغة ، تعين مهر المثل ، وإنما يجيء الخلاف في الرجوع إلى مهر المثل وبديل المسمى إذا كان الفساد في المسمى . وحكى الإمام وجهاً واختاره : أنه يجب المسمى ، لان الشرع كمل ذلك المبعوض فصار كتكميلها .

الطرف الثالث : في تعليقها بزمان وفيه مسائل .

الأولى : قالت : طلقني غداً ولك علي ألف ، أو إن طلقني غداً فلك علي ألف ، أو قالت : خذ هذا الألف علي أن تطلقني غداً فأخذه ، لم يصح ، ولم يلزم الطلاق ، لانه سلم في الطلاق والطلاق لا يثبت في الذمة .

ثم إن طلقها في الغد أو قبله ، وقع الطلاق بائناً ولزمها المال ، لانه إن طلق في الغد ، فقد حصل مقصودها . وإن طلق قبله ، فقد زادها كما لو سألت طلاقه فطلق ثلاثاً . فلو قال : أردت الابتداء ، صدق يمينه وله الرجعة ، وفي المال الواجب طريقتان . المذهب والمنصوص : مهر المثل . والثاني : قولان . ثانيها : المسمى .

(١) في الأصل : التزامها .

وهل يفرق بين أن يطلقها عالماً بطلان ما جرى ، وبين تطليقها جاهلاً بطلانه ؟ قال القاضي حسين والبغوي : يفرق ولا يلزمها شيء إذا طلقها عالماً ، بل يقع رجعيّاً ، وضعفه الإمام ، واستشهد بالحلل على الحُر وسائر الأعواض الفاسدة ، فإنه لا فرق في ثبوت المال بين العلم والجهل . وإن طلقها بعد مضي الغد ، نفذ رجعيّاً ، لأنه خالف قولها ، فكان مبتدئاً ، فإن ذكر مالاً ، اشترط في وقوعه القبول .

الثانية : قالت : لك ألف إن طلقني في هذا الشهر ولم تؤخر تطليقي عنه ، أو قالت : خذ هذا الألف على أن تطلقني في هذا الشهر متى شئت ، فهو باطل وأولى بالبطلان من مسألة (١) الغد ، فإن طلقها بعد الشهر كان مبتدئاً ، وإن طلقها في الشهر ، وقع الطلاق بائناً . وفي المال الواجب الطريقتان . ولا يشترط وقوع الطلاق في المجلس ، وقد ذكرنا في الباب الأول ، وفي الطرف الأول من هذا الباب ، أنها إذا قالت : متى طلقني فلك ألف يشترط التطليق في المجلس .

وللأصحاب طريقتان حكاهما الإمام ، أحدهما : طرد القولين فيها ، والمذهب : الفرق ، لأن كلمة « متى » ظاهر في جواز التأخير ، لكن قرينة العوض خصتها بالمجلس عملاً بقاعدة المعاوضات ، وهنا صرحت بجواز التأخير ، فضعفت القرينة عن مقاومة الصريح على طريقة التسوية : هي اشتراط المجلس وعدمه ، والمسمى صحيح في تلك الصورة بلا خلاف .

الثالثة : قالت : طلقني بألف طلاقاً يمتد تحريمه إلى شهر ، ثم أكون في نكاحك حلالاً لك ، فطلقها كذلك ، وقع الطلاق مؤبداً ، وفي قدر المال الواجب

(١) في الأصل : ومن مسألة الغد .

الطريقان ، وطريقة القطع هنا أظهر ، لأن الشرط هنا لا يمكن الوفاء به ، وفساد الشرط يوجب الجهل بالعوض ، فيتعين مهر المثل .

الرابعة : علق طلاقها بصفة وذكر عوضاً فقال : طلقتك إذا جاء غد ، أو رأس الشهر أو دخلت الدار على ألف ، فقبلت ، أو سألته ، فقالت : علق طلاقي برأس الشهر ، أو بدخول الدار على ألف فعلق ، فالصحيح وقوع الطلاق عند وجود المعلق عليه على مقتضى التعليق . وقيل : لا يقع لأن المعاوضة لا تقبل التعليق ، فيمتنع ثبوت المال . وإذا لم يثبت ، لم تطلق لارتباطه ، فإن قلنا بالصحيح ، اشترط القبول على الاتصال ، قال القفال : ويحتمل أنها تخير بين القبول في الحال ، أو عند وجود الصفة ، والمعروف الأول .

ثم الواجب المسمى أم مهر المثل ؟ وجهات . وقيل : قولان ، أصحها عند الجمهور : الأول ، ويجري الخلاف فيما إذا قالت : إذا جاء رأس الشهر وطلقتني ، فلك ألف فطلقها عند رأس الشهر إجابة لها . وقيل : إن ابتدأ الزوج بالتعليق ، وجب المسمى ، وإن ابتدأت بالسؤال ، فمهر المثل . وإذا أثبتنا المسمى ، فتنى يجب ويلزم تسليمه ؟ فيه أوجه . أصحها : في الحال ، واختاره ابن الصباغ ، لأن الأعواض المطلقة يلزم تسليمها في الحال ، والمعوض تأخر بالتراضي . فإن تعذر^(١) تسليم المعوض ، بأن فارقها قبل وجود المعلق عليه ، لزم رد العوض كما لو تعذر تسليم المسلم فيه .

والثاني : يجب في الحال ، لكن لا يلزم تسليمه إلا عند وجود المعلق عليه لتأخر المعوض .

(١) في الأصل : فإن تأخر .

والثالث : لا يجب إلا عند البينة ، ولا شك أنه لا رجوع لها قبل القبول .
فأما إذا قالت : طلقني غداً ولك ألف ، أو إن طلقني غداً ، فلك ألف ، وهما
الصورتان السابقتان في المسألة الأولى ، فلها الرجوع قبل التطلق ، لأن الجواب
به يحصل وما يستحقه الزوج هناك يستحقه عند التطلق .

الطرف الرابع : في اختلاع الأجنبية ، فيه مسائل .

الأولى : يصح الخلع من الزوج مع الأجنبية ، ويلزم الأجنبية المال ، هذا
إذا قلنا : الخلع طلاق . قال الأصحاب : فان قلنا : هو فسخ ، لم يصح لأن
الزوج لا يتفرد به بلا سبب ، ولا يجيء هذا الخلاف إذا سأله الأجنبية الطلاق فأجابته ،
لان الفرقة الحاصلة عند استعمال الطلاق طلاق بلا خلاف .

الثانية : الخلع مع الأجنبية ، كهو مع الزوجة في الالفاظ والاحكام ، وهو
من جانب الزوج معاوضة فيها معنى التعليق ، ومن جانب الأجنبية معاوضة فيها
ثبوت جعالة . فلو قال الأجنبية : طلق امرأتى عليك كذا ، طلقت رجعيًا
ولا مال ، ولو قال الأجنبية : طلقها وعلي ألف ، أو لك ألف فطلق ، وقع
بائناً ولزمه المال . ولو اختلعا عبد ، كان المال في ذمته كما لو اختلعت أمة نفسها .

ولو اختلعا سفيه ، وقع رجعيًا كما لو اختلعت سفيهة نفسها .

الثالثة : لو وكلت الزوجة من يخلعها ، فله أن يخلعها استقلالاً وبالوكالة .
فان صرح بالاستقلال ، فذاك ، وإن صرح بالوكالة ، فالزوج يطالب الزوجة
بالمال ، وإن لم يصرح ونوى الوكالة ، فالخلع لها لكن تتعلق به العهدة فيطالب ،
ثم يرجع عليها . وإن لم يصرح ولانوى شيئاً أصلاً ، فالخلع لها ، لان منفعتها لها
بخلاف نظيره من الوكالة في الشراء . ويجوز أن يوكل الأجنبية الزوجة لتخلع عنه ،
وحينئذ تتخير الزوجة بين أن تخلع استقلالاً أو بالوكالة .

وقول الزوجة لاجنبي : سل زوجي تطليقي على ألف ، توكيل ، سواء قالت : علي أم لا . وقول الاجنبي لها : سلي زوجك يطلقك على كذا ، إن لم يقل : علي ، فليس بتوكيل . فلو اختلعت ، فالمال عليها . وإن قال : علي ، كان توكيلاً . فان أضفت إليه أو نوته ، فالمال على الاجنبي . وقول الاجنبي للأجنبي : سل فلاناً يطلق زوجته على ألف ، كقوله للزوجة ، فيفرق بين قوله : علي وعدمه . ولو اختلع الاجنبي ، وأضاف إليها مصرحاً بالوكالة ، ثم بان كذبه ، لم تطلق ، لانه مربوط بالمال وهو لم يلتزم في نفسه ، فأشبه إذا خاطبها ولم تقبل .

فرع

قال لرجل : بع عبدك لفلان بكذا وعلي ألف ، فباعه ، لم يستحق على القائل شيئاً على الصحيح ، وهو قول الجمهور . قال القاضي أبو الطيب ، وقال الداركي : يحتمل أن يستحق الالف كالتاس الطلاق والعق . ولو قال : بعه عندك بالالف في مالي ، لم يستحق على القائل شيئاً .

الرابعة : أبو الزوجة في اختلاعها كلاجنبي ، فإن اختلع بال نفسه ، فذاك ، صغيرة كانت أو بالغة ، وإن اختلع بما لها وصرح بالنيابة أو الولاية ، لم يقع الطلاق كما لو بان كذب مدعي الوكالة في الاختلاع . وإن اختلع بما لها مصرحاً بالاستقلال ، فهو كالاختلاع بمغصوب فيقع الطلاق بمهر المثل على الاظهر ، ويبدل المسمى في قول . ولو اختلع بعبد أو غيره ، وذكر أنه من مالها ولم يتعرض لنيابة ولا استقلال ، وقع الطلاق رجعيّاً كمخالعة ^(١) السفية ، صغيرة كانت الزوجة أم كبيرة ، بكرّاً أم ثيباً .

(١) في الأصل : كمخالفة .

وكذا لو قال للأجنبي^(١) : خالعا على عبدا هذا ، أو صداقا ، وذكرنا في تشبيهه بالسفينة أنه أهل للقبول ، لكنه محجور عليه في مالها ، ولكن هذا ينتقض بالمغصوب ، ولهذا خرج القاضي حسين هنا وجهاً أنه يقع الطلاق بائناً ، ويعود القولان في قدر المال الواجب . والمذهب الفرق ، لأن الأجنبي متبرع بما يبذله لا يحصل له فائدة إذا أضاف إلى مالها ، فقد صرح بتترك التبرع بخلاف اختلاعا نفسها بمغصوب .

وبنى البغوي على هذا الفرق ، أنه لو قال الأجنبي : طلقها على هذا المغصوب ، أو على هذا الخمر ، أو على عبد زيد هذا ، فطلق ، وقع رجعيًا ولأمال ، بخلاف ما إذا التمس المرأة هكذا . ولو اختلع الأب أو الأجنبي بعبدا ولم يذكر أنه من مالها ، فإن لم يعلم الزوج كونه عبدا ، فكالمغصوب ، فيقع بهر المثل على الاظهر ، وإن علم ، فالأصح أنه كالذي لم يعلم . وقيل : المعلوم كالمذكور فيقع رجعيًا ، هذا كله إذا اختلع الأب بغير صداقا ، فإن اختلع به أو على أن الزوج بريء من صداقا ، أو قال : طلقها وأنت بريء من صداقا أو على أنك بريء من صداقا ، فالمنصوص أن يقع الطلاق رجعيًا ، ولا يبرأ عن صداقا ، ولا شيء على الأب . وحكى الإمام وغيره تحريمه على عفو الأب عن صداق الصغيرة ، وإن جوزناه ، صح الخلع ، وإلا فالصحيح وقوعه رجعيًا كما نص عليه باختلاع السفينة . وقيل : لا يقع الطلاق أصلاً كالوكيل الكاذب . فإذا صححنا عفو الولي ، فشرطه كونه قبل الدخول ، وحينئذ يتشطر المهر فيكون العوض أحد الشطرين .

ولو اختلعا بالبراءة عن صداقا وضمن له الدرك ، فالذي أطلقه الجمهور من

(١) في الأصل : الأجنبي .

العراقيين وغيرهم ، أنه لا يبرأ ويقع الطلاق بائناً ، لانه التزم المال في نفسه ، فأشبه الاختلاع بمغصوب . فعلى هذا ، هل الواجب عليه مهر المثل أم بدل الصداق ؟ فيه القولان المعروفان . أظهرهما : الاول . وهكذا الحكم فيما إذا قال الاب أو الاجنبي : طلقها على عبدها هذا وعلي ضمانه . فعلى الاظهر : يلزم مهر المثل . وعلى الثاني : قيمة العبد . والذي قدمناه أنه لا يلزمه شيء ، هو فيما إذا لم يتلفظ بالضمان . وحكى الإمام ، أنه لا أثر لهذا الضمان ويقع الطلاق رجعيًا كما لو قال : طلقها وأنت بريء من الصداق . ووجهاً أنه [إن] ^(١) قال : طلقها وأنا ضامن براءتك ، لغا ووقع رجعيًا إذ لا فائدة فيه . وإن قال : وأنا ضامن للصداق ، إن طولبت به أديته عنك ، وقع ^(٢) بائناً لانه صرح بالمقصود ، إلا أنه التزم فاسد واختار الإمام الغزالي هذا .

ولفظ الضمان هنا ، كهو في قوله : ألتى متاعك في البحر وعلي ضمانه . والمراد به الالتزام دون الضمان المشهور . ولو التمس الطلاق على أنه بريء ، وضمن الدرك ، فقال الزوج في جوابه : إن برئت من صداقها ، فهي طالق ، لم تطلق لأن الصفة المعلق عليها لم توجد .

الباب الخاص

في الاختلاف

فيه مسائل .

الأولى : قالت : خالعتني على كذا ، فأنكر الزوج ، صدق يمينه . ولو كان

(١) زيادة من مخطوطات الظاهرية

(٢) في الأصل : ووقع .

له زوجتان تسميان باسم واحد ، فقال : خالعت فلانة بكذا ، فقبلت إحداها ، فقال الزوج : أردت الأخرى ، وقالت القائلة : بل أردتني ، فهو المصدق ولا فرقة .
ولو قال : طلقتهك بآلف ، فقالت : بلا عوض ، صدقت يمينها في نفي العوض ، ولا يقبل قوله في سقوط سكنائها ونفقتها ، وتحصل البينونة بقوله . ولو قال : خالعتك بالعوض الذي سألت ، فانكرت أصل السؤال ، فكذلك الحكم .

وإن قالت : طلقته^(١) بعد طول الفصل ، وقال : بل في الحال ، فهي المصدقة في نفي المال أيضاً . ولو قال : طلقتهك بعد طول الفصل ولم تقبلي فلي الرجعة ، وقالت : بل طلقته متصلاً بسؤالي ، فلا رجعة لك ، فالمصدق الزوج .

الثانية : اتفقا على الخلع واختلفا في جنس العوض أو قدره أو صفته في الصحة والتكسر والأجل ، ولا بينة ، تحالفا وحصلت البينونة ، وإنما أثر التحالف في العوض . والقول في أنه هل تنفسخ التسمية ، أم تنفسخ إن أصرّا على النزاع ، وفي كيفية اليمين ومن يبدأ به على ما تقدم في البيع وفي الرجوع بعد الفسخ أو الانفساخ إلى مهر كتحالفيها في الصداق ؟ وقيل : يرجع بأقل الأمرين من مهر المثل وما ادعاه . وقيل : بأكثر الأمرين من مهر المثل والمسمى الذي ادعته ، والصحيح الاول . ولو أقام كل واحد بينة بدعواه ، فهل تتساقطان ، أم يقرع ؟ قولان حكاهما الخناطي . وعلى التقديرين ، هل يحلف ؟ وجهان . وعن ابن سريج ، أنه يعمل بأكثر البينتين .

قلت : الاظهر ، أنها يسقطان ولا ترجيح بالكثرة . والله أعلم

ولو خالع أجنبياً واختلفا ، تحالفا وعلى الاجنبي مهر المثل .

(١) في الأصل : طلقني .

الثالثة : سبق أنه لو خالعا على ألف درهم ، وفي البلد نقد غالب نزل عليه فلو لم يكن ، بطلت التسمية ووجب مهر المثل ، فإن نوبا نوعاً ، فالصحيح الاكتفاء بالنية ولزوم ذلك النوع . وقيل : تفسد التسمية ويجب مهر المثل كنظيره في البيع ، والفرق أنه يحتمل هنا ما لا يحتمل في البيع . ولو قال : خالعتك على ألف ولم يذكر جنساً ، فالصحيح أنه كإيهام النوع ، فإن نوبا جنساً ، تعين . وقيل : يتعين هنا مهر المثل لكثرة الاختلاف في الاجناس . ولو قال : خالعتك على ألف شيء فقبلت ، ونوبا شيئاً معيناً ، قال القاضي حسين : التسمية فاسدة لشدة الإجمال ، فيرجع إلى مهر المثل ، ويمكن أن ينزعه غيره . ثم قال الشيخ أبو محمد : إنما يؤثر التعين بالنية إذا تواطأ قبل العقد على ما يقصدانه ولا أثر للتوافق بلا مواطاة ، ولم يعتبر آخرون ذلك ، بل اعتبروا مجرد التوافق .

قلت : هذا الثاني ، هو الاصح . وقول الشيخ أبي محمد هنا ضعيف .

وانتاعلم

وإذا عرفت هذه المقدمة ، فلو تخالعا بألف درهم وأطلقا ، فقال الزوج : أردنا بالدرهم النقرة ، فقالت : بل أردنا بها الفلوس أو على ألف ، فقال : أردنا الدنانير أو الدرهم فقالت : أردنا الفلوس ، فالصحيح أنها يتحالفان . وقيل : يجب مهر المثل بلا تحالف .

فلو توافقا على أنه أراد النقرة ، وادعت أنها أرادت الفلوس وقال : بل أردت النقرة أيضاً ، حصلت البيئونة لانتظام الصيغة ومواخذة لها ، وتصدق هي بيمينها . فإذا حلفت ، فلا شيء عليها ، لأنها نفت بيمينها النقرة ، ونفى هو الفلوس . ولو توافقا أنها أرادت الفلوس ، وقال هو : أنا أردت النقرة ، ولا فرقة للمخالفة ، فقالت :

بل أردت الفلوس أيضاً وبنت منك ، حصلت البيئونه ظاهراً لاتفاق اللفظين . وهل للزوج مهر المثل ؟ وجهان ، قال القاضي حسين : نعم للبيئونة ظاهراً ، والذي اختاره الغزالي : لا ، لإنكاره البيئونة وعوضها .

قلت : هذا الثاني هو الاصح ، واختاره أيضاً الإمام . قال الإمام : فات قيل : لو صدقها بعد ذلك في اتفاق النية ، قلنا : إذ ذاك يطالبها بالمسمى المعين لا بمهر المثل . والله أعلم

وفي معنى هذه الصورة ما إذا اتفقا على أنه أراد الدرهم ، وزعم أنها أرادت الفلوس ، ولا فرقة ، فقالت : أردت الدرهم وبنت ، فالفرقة حاصلة ، ويعود الوجهان في ثبوت شيء للزوج ، وبالثبوت قطع البغوي ، وقال : لانحصل الفرقة باطناً إن كان صادقاً . ولو قال : أردت النقرة ولم يتعرض لجانبها ، وقالت : أردت الفلوس ولم تتعرض لجانبه ، حصلت الفرقة . ثم عن القاضي حسين أنها يتحالفان . وفي « البسيط » أن الوجه وجوب مهر المثل ، لانه لا يدعي عليها معيناً حتى تحلف .

قلت : الاصح ، وجوب مهر المثل بلا تحالف . وقد نقل الإمام الاتفاق عليه ، وجعل مخالفة القاضي في التحالف في غير هذه الصورة . والله أعلم

ولو قال أحد المتخالفين : أطلقنا الدرهم . وقال الآخر : عينا نوعاً تحالفا .
الرابعة : قالت : سألتك ثلاث تطبيقات بألف فأجبتي ، فقال : بل سألت واحدة بألف فأجبتك ، فالألف متفق عليه ، لكن اختلفا في المعوض فيتحالفان ، فإذا تحالفا ، فعليها مهر المثل . والقول في عدد الطلاق الواقع قوله يمينه . قال

الحناطي : ولو أقام كل واحد بينة على قوله ، فان اتفق تاريخ البيتين ، تحالفا وإلا فالأسبق تاريخاً مقدمة . ولو قال : طلقك وحدك بألف ، فقالت : بل طلقني وضرقي ، تحالفا وعليها مهر المثل . ولو قالت : سألتك واحدة بألف ، فأجبني فقال : بل طلقك ثلاثاً بألف ، وقع الثلاث ووجب الألف ، ولا معنى لهذا الاختلاف . ولو قالت : سألتك ثلاثاً بألف فطلقني طلقة ، فلك الثلاث فقال : بل ثلاثاً فلي الألف ، فان لم يطل الفصل ، طلقت ثلاثاً ولزمها الألف ، وإن طال ولم يمكن جعله جواباً ، طلقت ثلاثاً باقراره وتحالفا للعوض ، وعليها مهر المثل ، هكذا نص عليه في رواية الربيع . وفيما نقله أبو بكر الفارسي في « عيون المسائل » واختلف الاصحاب ، فأخذت طائفة بالنص ، وقال البغوي : يتحالفان وله مهر المثل ، ولم يفرق بين طول الفصل وعدمه . وقال آخرون : النص مشكل في حالتي الاتصال والانفصال . قال الإمام : ينبغي أن يقال في حالة الاتصال ، إن قال الزوج : ماطلقتك من قبل ، والآن أطلقك ثلاثاً على ألف ، تقع الثلاث ويجب الألف ، لان الوقت وقت الجواب . وإن قال : طلقك من قبل ثلاثاً تعذر^(١) ، جعل هذا إنشاءً ، لأنها بانته قبله ، فيقع الثلاث باقراره ، ولا يلزمها إلا ثلث الألف كما لو قال : إن رددت أعبدي الثلاثة ، فلك الألف ، فقال : رددتهم وقال : ما رددت إلا واحداً . وأما في حال الانفصال ، فيحكم بوقوع الثلاث باقراره وعليها ثلث الألف ، ولا معنى للتحالف ، لان التحالف عند الاختلاف في صفة العقد أو العوض ، [وهما]^(٢) هنا متفقان على أن المسؤول ثلاث ، وأن العوض ألف ،

(١) في الأصل : بقدر .

(٢) زيادة من نسخ الظاهرية .

وللزوج أن يحلفها على نفي العلم أنه ما طلقها ثلاثاً ، وهذا صحيح وليتأول النص عليه بحسب الإمكان .

فرع

قال الحناطي : قالت : طلقني ثلاثاً بألف فقال : بل طلقتك واحدة بألفين وأقام كل واحد بينة بقوله ، واتفقا أنه لم يطلق إلا مرة ، تحالفا وله مهر المثل .
الخامسة : تحالفا بألف فطالبها به ، فقالت : ضمنه زيد ، لم ينفعها هذا الجواب لان الضمان لا يقطع الطلب عنها ، وكذا لو قالت : قبلت الخلع على أن يزني زيد عني الألف ، وهي في الصورتين مقرة بالألف . ولو قالت : قبلت الخلع بألف لي في ذمة زيد ، ففيه خلاف مبني على بيع الدين ، وحاصله أربعة أوجه .
أصحها : التحالف بناء^(١) على صحة بيع الدين ، والثاني : يجب مهر المثل بلا تحالف ، بناء على منعه ، والثالث : تصدق هي بيمينها ، والرابع : هو بيمينه ، نقلها المتولي بناء على منعه ، وهما الوجهان في الاختلاف في صحة العقد وفساده .

فرع

قال : خالعتك ، فقالت : اختلعتني أجنبي لنفسه بماله ، بانث باعترافه ولا شيء عليها ، ولا على الأجنبي . ولو قالت : اختلعت بوكالة زيد وأضفت إليه ، فهل يتحالفان أم تصدق هي أم هو ؟ فيه أوجه ، أصحها : الأول . ولو قالت : لم أضف ولكن نويت الاختلاع لزيد ، فان قلنا : تتوجه المطالبة على الوكيل ،

(١) في الأصل : بني .

م ينقطع طلب الزوج بقولها ، وكذا لو أنكر أصل الوكالة . وإن قلنا : لا يطالب ، فهل يتحالفان ، أم تصدق هي ، أم هو ؟ فيه الأوجه .

السادسة : طلقها بألف وأرضعت بنتها زوجة أخرى له صغيرة واختلف المتخالعان ، فقال الزوج : سبق الخلع فعليك المال ، وقالت : بل سبق الإرضاع ، فانفسخ النكاح والخلع لغو ، نظر إن اتفقا على جريان الإرضاع يوم الجمعة مثلاً وادعى تقدم الخلع ، وادعت تأخره ، فالقول قولها بيمينها ، وإن اتفقا على جريان الخلع يوم الجمعة ، وادعى تأخر الإرضاع ، وادعت تقدمه ، فالقول قوله بيمينه ، لأن الأصل استمرار النكاح ، ولأن اشتغالها بالخلع يدل ظاهراً على بقاء النكاح ، كما لو تخالعا ، ثم ادعت أنه طلقها قبل الخلع ثلاثاً ، أو ادعت إقراره بفساد النكاح فأنكر ، فإنه يصدق بيمينه وتستمر صحة الخلع .

السابعة : تخالعا ثم قال هو : كنت مبكرة ، فلي الرجعة فأنكرت الإكراه ، لم يقبل قوله في الظاهر ، وعليه رد المال لاعترافه . ولو ادعت الإكراه ، فأنكر ، صدق بيمينه ، ولزمها المال . فلو أقامت بينة بالإكراه ، لزمه رد المال ولا رجعة لاعترافه بالبينونة ، فلو لم يصرح بالإنكار ، أو سكت ، أو كانت الخصومة مع وكيله ، فله الرجعة ، إذ أقامت البينة .

فصل

في مسائل منشورة تتعلق بالخلع

ليس له خلع زوجة ولده الطفل ، والخلع على غير الصداق قبل قبضه ، لا يسقط حقها منه ، وبعد قبضه وقبل الدخول لا يسقط حق الزوج من نصفه عندنا . ولو خالع حاملاً بنفقة عدتها ، بانت بمهر المثل . وفي « فتاوى

القفال : لو خالها بمهرها بعد أن أبرأته منه ، فإن جهلت الحال ، فهل يلزمها مهر المثل أم بدل المسمى ؟ فيه القولان . وإن علمت ، نظر إن جرى بلفظ الطلاق ، كقوله : طلقتك . على صداقك ، فهل يقع بائناً ويعود الخلاف فيما يلزمها ، أم يقع رجعيّاً ؟ وجهان . وإن جرى بلفظ الخلع ، فإن أوجبنا المال في لفظ الطلاق ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان بناء على أن لفظ الخلع هل يقتضي ثبوت مال ؟ وفي فتاوى القاضي حسين ، أنه لو خالها على مالها في ذمته وعلى ألف آخر في ذمتها ، وعلى أن ينفق على ولده كل يوم كذا إلى مدة كذا ، فهو فاسد لشرط الإنفاق ، وتبين بمهر المثل . وإنه لو خالها بألف وعلى حضانة ولده الصغير سنة ، فتزوجت في أثناء السنة ، لم يكن للزوج انتزاع الولد منها بتزوجها ، لأن الإجارة عقد لازم ، وأنها لو قالت : إن طلقتي أبرأتك عن الصداق ، أو فأنت بريء منه فطلق ، لا يحصل الإبراء ، لأن تعليقه باطل ويلزمها مهر المثل ، لأنه لم يطلق مجاناً . فلو قالت : أبرأتك عن صداقي فطلقني ، برىء الزوج وله الخيار ، إن شاء طلق ، وإن شاء لم يطلق . وفي فتاوى البغوي ، لو خالها على ثوب هروي وقبلت ، ثم أعطته مروباً فرضيه وأراد إمساكه ، ينظر إن وصفه بالصفات المعبرة بني^(١) على جواز أخذ الزيب الأبيض عن الأسود . إن جوزنا فكذا هنا ، وإلا فلا يجوز الإمساك هنا بلامعاقدة . فإن تعاقدا ، فقالت : جعلته بدلاً عما عليّ وقبله الزوج ، بني على أن الصداق مضمون ضمان اليد ، أم العقد ، إن قلنا بالأول ، جاز ، أو بالثاني ، فقولان كلاستبدال عن الثمن في الذمة . وإن لم يصفه ، فالواجب مهر المثل ، فلا يجوز إمساكه إلا بمعاقدة ، وأنها لو قالت : اختلعت نفسي بالصداق الذي في ذمتك وأنكر

(١) في الأصل : بناء .

وحلف ، فلا رجوع لها عليه بالصداق . ولو كان له على رجل دين ، فقال : استريت منك دارك به وقبضته وأنكر الرجل ، يجوز له المطالبة بالدين ، والفرق أن الخلع يقتضي اليأس من الصداق وسقوطه بالكلية ، لأن ذمة الزوج إذا برئت منه لا يتصور استغلالها به . وفي صورة البيع لا يحصل اليأس عن الدين ، لاحتمال تلف الدار قبل القبض ، أو خروجها مستحقة ، أو ردها بعيب ، وإن الزوج لو قال : خالعتك وأنكرت وحلفت ثم وطئها ، فعليه الحد في الظاهر ، ولا حد عليها ، لأنها تزعم أنها في نكاحه . وأما الباطن ، فإن صدق ، حد ، وإن كذب ، فلا . وقيل : دعواه تكون طلاقاً ظاهراً وباطناً ، فعليها الحد ، وأنها لو قالت : اختلعت بثلاث طلقات على مالي عليك من الحق ، فقال : خالعتك بطلقة ، وقعت طلقة بمهر المثل ، ويحتمل أن يجب ثلث مهر المثل .

فصل

لابن الحداد

قال : أنت طالق اثنتين ، إحداها بألف ، فالمقابلة بالألف لا تقع إلا بقبولها . وفي الأخرى وجهان . أحدهما وبه قال ابن الحداد : لا يقع إلا بالقبول ، لأنه علق الطلقتين بالقبول ، ولأنها تابعة للأخرى ، وأصحها عند الشيخ أبي علي : يقع بلا قبول لخلوها عن العوض ، ولأنه لو قال : أنت طالق طلقتين ، إحداها بألف ، والأخرى بغير شيء وقعت الواحدة بلا قبول ، فكذا هذا . قال الإمام : ولا يبعد طرد الوجهين هنا ، فإن قلنا بالأول ، فإذا قبلت ، وقعت الطلقتان ولزمها الألف . وهل الألف في مقابلة إحداها فقط ، أم في مقابلتها معاً وإحداها تابعة ؟ فيه احتمالان ذكرنا ووجه .

الثاني : أنه لو اختص المال بأحدهما ، لما توقفت الأخرى على القبول ، ولا قرنت طلقتان بآئنة ورجعية ، وذلك بعيد . وإن قلنا بالوجه الثاني ، فإن كانت غير مدخول بها ، وقعت الواحدة عند تمام لفظه وبانت ، فلا تقع الأخرى ، ولو قبلت . وإن كانت مدخولاً بها ، فالواقعة رجعية ، فإذا قبلت ، فهو بخالعة وفيها القولان . فإن جوزناها ، وقعت الثانية بالآلف ، وإلا ، ففيه احتمالان للشيخ أبي علي . أحدهما : لا يقع الطلاق لأنه إنما وقع بشرط قبولها ، وإذا لم يلزم المال ، فلا معنى للقبول ، وأصحها : يقع وإن لم يلزم المال بخالعة المحجور عليها . وبالله التوفيق .

* * *

تم - بعون الله تعالى وتوفيقه - الجزء السابع من كتاب
« روضة الطالبين وعمدة المفتين » للإمام النووي ، ويليه
الجزء الثامن ، وأوله « كتاب الطلاق »

٢٠ رمضان ١٣٨٨ هـ
دمشق : ١٠ كانون الاول ١٩٦٨ م

كتاب الطلاق

فيه ستة أبواب .

الأول : في الطلاق السني والبدعي وغيرهما ، وفيه طرفان .

الأول : في بيان البدعي والسني .

لم يزل العلماء قديماً وحديثاً يصفون الطلاق بالبدعة والسنة ، وفي معناهما اصطلاحان . أحدهما : السني ما لا يحرم إيقاعه ، والبدعي : ما يحرم . وعلى هذا فلا قسم سواهما . والثاني : وهو المتداول ، أن السني طلاق مدخول بها ليست بحامل ، ولا صغيرة ولا آيسة . والبدعي : طلاق مدخول بها في حيض أو نفاس ، أو طهر جامعها فيه ولم يبين حملها ، وعلى هذا يستمر ما اشتهر في المذهب : أن غير المسوسة لاسنة ولا بدعة في طلاقها ، وكذا من في معناها . وعلى هذا ، الطلاق سني وبدعي وغيرهما .

ثم ذكر الأصحاب أن ما لا يحرم من الطلاق : واجب ومستحب ومكروه . فالواجب في حق المؤلّي ، إذا مضت المدة ، يؤمر أن يفي أو يطلق ، وعند الشقاق إذا رأى الحكماء التفريق واجب .

وأما المستحب ، فهو إذا كان يقصر في حقها لبغض أو غيره ، أو كانت غير عفيفة .

وأما المكروه ، فهو الطلاق عند سلامة الحال .

وأما المحرم ، فلتحريمه سببان .

أحدهما : إيقاعه في الحيض إذا كانت ممسوسة ، تعتد بالأقراء فطلقها بلاعوض .
فإن خالغ الحائض ، أو طلقها بعوض ، فليس مجرام .

ولو سألت الطلاق ورضيت به بلاعوض في الحيض ، أو اختلعها أجنبي في الحيض ،
فحرام على الأصح . ولو طولب المؤلّي بالطلاق ، فطلق في الحيض ، فقال الإمام
والغزالي وغيرهما : ليس مجرام لأنها طالبة راضية ، وكان يمكن أن يقال : حرام
لأنه أحوجها بالإيذاء إلى الطلب وهو غير ملجأ إلى الطلاق لتمكنه من الفیئة . ولو
طلق القاضي عليه ، إذا قلنا به ، فلا شك أنه ليس مجرام في الحيض . ولو رأى الحكماء
في صورة الشقاق الطلاق ، فطلقا في الحيض ، ففي شرح « مختصر الجويني » أنه ليس
بمجرم ، للحاجة إلى قطع الشر .

فرع

إذا طلق في الحيض طلاقاً محرماً ، استحب له أن يراجعها ، فإن راجع ، فهل
له تطبيقها في الطهر التالي لتلك الحيضة ؟ وجهان . أصحها : المنع ، وبه قطع المتولي
لحديث ابن عمر رضي الله عنهما وكان الوجهين في أنه : هل يتأدّى به
الاستحباب بتمامه .

فأما أصل الإباحة والاستحباب ، فينبغي أن يحصل بلاخلاف لاندفاع ضرر
تطويل العدة .

قلت : قد صرح الإمام وغيره ، بأن الوجهين في الاستحباب . قال الإمام :
قال الجمهور : يستحب أن لا يطلقها فيه ، وقال بعضهم : لا بأس به . وأما قول
الغزالي في « الوسيط » : هل يجوز أن يطلق في هذا الطهر ؟ فيه وجهان ، فشاذ
أو مؤول ، فلا يعتبر^(١) بظاهره والله أعلم

(١) في إحدى نسخ الظاهرية فلا يفتر .

وهل يستحب أن يجامعها في ذلك الطهر ؟ وجهان . أحدهما : نعم ليظهر مقصود الرجعة . وأصحها : الاكتفاء بإمكان الاستمتاع . قال الإمام : والمراجعة وإن كانت مستحبة ؛ فلا نقول تركها مكروه .

قلت : في هذا نظر ، وينبغي أن يقال : تركها الكروه للحديث مصحح الوارد فيها ، ولدفع الإيذاء . والله أعلم

فرع

طلقها في الطهر ، ثم طلقها أخرى في الحيض ، بني على أن الرجعية تستأنف العدة إذا طلقت ، أم تبني ؟ إن قلنا : تستأنف ، فبدعي وإلا فوجهان لعدم التطويل ولو طلقها في الحيض بدعيًا ، ثم طلقها أخرى في تلك الحيضة أو في أخرى ، ففي كون الثانية بدعية الوجهان .

فرع

الطلاق في النفاس بدعي كالحيض ، لأن المعنى المحرم شامل .

فرع

قال : أنت طالق مع آخر حيضك ، أو آخر جزء من أجزاء حيضك ، فالأصح أنه سني لاستعقابه الشروع في العدة . ولو قال : أنت طالق مع آخر جزء من الطهر ولم يطأها ، فالمذهب والمنصوص أنه بدعي .

ولو قال في الصورتين بدل « مع » : في آخر جزء من كذا ، فقال الجمهور في كد مع ، على ما تقدم . وقال المتولي : إن قال في آخر جزء من الحيض ، فبدعي قطعاً ، أو في آخر جزء من الطهر ، فسني قطعاً .

فرع

تعليق الطلاق بالدخول وسائر الصفات ، ليس بدعي ، وإن كان في الحيض ولكن إن وجدت الصفة في الطهر ، نفذ سنياً ، وإن وجدت في الحيض ، نفذ بدعياً فتستحب المراجعة ، ويمكن أن يقال : إن وجدت الصفة باختياره ، أمم بإيقاعه في الحيض . وعن القفال : أن نفس التعليق بدعة ، لأنه لا يدري الحال وقت الوقوع ، فلتحتز عما قد يضرها ولا ضرورة إليه .

قلت : قوله أولاً : وإن وجدت في الحيض نفذ بدعياً ، معناه يسمى بدعياً وترتب عليه أحكام البدعي ، إلا أنه لا إثم فيه باتفاق الأصحاب في كل الطرق ، إلا ما حكاه عن القفال ، وقد أطنب الإمام في تغليط القفال في هذا وقال : هذا في حكم المجهوم على ما اتفق عليه الأولون ، فلم يحرم أحد تعليق الطلاق والله أعلم

ولو قال لذات الأقراء : أنت طالق إن دخلت الدار ، أو إن قدم فلات للسنة ، أو إذا جاء رأس الشهر ، فأنت طالق للسنة ، فإن وجد الشرط وهي في حال السنة ، طلقت . وإن وجد وهي في حال البدعة ، لم تطلق حتى ينتهي إلى حال السنة ، فحينئذ تطلق ، لأن الطلاق معلق بأمرين ، فاستروط حصولها ، وكذا لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق للبدعة ، فإن دخلت في حال البدعة طلقت ، وإن دخلت في حال السنة ، لم تطلق حتى ينتهي إلى البدعة .

ولو قال لمن لا سنة في طلاقها ولا بدعة كغير المسوسة : أنت طالق إن دخلت الدار ، وإن قدم فلان للسنة ، فصارت ذات سنة وبدعة ، ثم وجد الشرط المعاق عليه ، فإن وجد في حال السنة ، طلقت ، وإن وجد في حال البدعة ، لم تطلق حتى ينتهي إلى حال السنة . ولو وجد الشرط قبل أن يتغير حالها ، طلقت لأنه لا سنة في طلاقها .

فرع

إذا علق طلاقها بما يتعلق باختيارها ، ففعلته مختارة ، يحتمل أن يقال : هو كما لو طلقها بسؤالها .

السبب الثاني : أن يجامعها في طهر وهي بمن نجل ^(١) ولم يظهر حملها ، فيحرم طلاقها في ذلك الطهر ، واستدخلها ماء كالوطء ، وكذا وطؤها في الدبر على الأصح . ولو وطئها في الحيض فطهرت ، ثم طلقها في ذلك الطهر ، حرم على الأصح لاحتمال العلوق .

وأما إذا ظهر بها الحمل ، فلا يحرم طلاقها بحال .

ولو خالعه أو طلقها على مال في الطهر الذي جامعها فيه ، قبل ظهور الحمل ، لم يحرم على الصحيح ، كمخالعتها في الحيض . وقيل : يحرم ، لأن التحريم هنا رعاية لحق الولد ، فلا يؤثر فيه رضاها ، وهناك لضررها بطول العدة ، و^(٢) تستحب المراجعة هنا كما في السبب الأول .

ثم إن راجعها ووطئها في بقية الطهر ، ثم حاضت وطهرت ، فله أن يطلقها ، وإن لم يراجعها حتى انقضى ذلك الطهر ، ثم راجعها ، أو راجعها ولم يطأها ، استحب أن لا يطلق في الطهر الثاني ، لئلا تكون الرجعة للطلاق . وحكى الحناطي وجهاً أنه لا تستحب الرجعة هنا ، ولا يتأكد استجبابها تأكده في طلاق الحائض .

فصل

الآيسة والصغيرة ، والتي ظهر حملها وغير المسوسة ، لا بدعة في طلاقهن ،

(١) في الأصل : نجل .

(٢) سقطت الواو من الأصل .

ولا سنة إذ ليس فيه تطويل عدة ، ولا ندم يسبب ولد . فلو كانت الحامل ترى الدم وقلنا : هو حيض ، فطلقها فيه ، لم يحرم على الصحيح . وقال أبو إسحاق : يحرم . وقد اشتهر في كلام الأصحاب أن الأربع المذكورات لا بدعة في طلاقهن ، ولا سنة ، وذلك للعبارات السابقة في تفسير السني والبدعي .

وربما أفهم كلامهم ، أنهم يعنون بذلك أنهم لا يجتمع لهن حالتا سنة وبدعة ، بل لا يكون طلاقهن إلا سنياً ، وهذا يستمر على تفسير السني بالجائز ، والبدعي بالمحرم ، وقد يغني عن التفاسير الطويلة .

فرع

نكح حاملاً من الزنى ووطئها ثم طلقها ، قال ابن الحداد وغيره : يكون الطلاق بدعياً ، لأن العدة تكون بعد وضع الحمل وانقضاء النفاس . ولو وطئت منكوحة بشبهة فحبلت ، فطلقها^(١) زوجها وهي طاهر ، فهو حرام لأنها لا تشرع عقبه في العدة ، وكذا لو لم تحبل ، فشرعت في عدة الشبهة فطلقها ، وقدمنا عدة الشبهة . وقيل : لا يحرم لأنه لم يوجد منه إضرار .

ورجح المتولي التحريم ، إذا حبلت ، وعدمه إذا لم تحبل ، والأصح ، التحريم مطلقاً .

فرع

طلقها في طهر لم يجامعها فيه ثم راجعها ، فله أن يطلقها ، وحكى القاضي حسين وجهاً ضعيفاً : أنه يحرم طلاقها كيلا تكون الرجعة للطلاق ، وهذا سبب ثالث للطلاق على هذا الوجه .

(١) في نسخة : ثم طلقها .

قرع

لاتنقسم الفسوخ إلى سنة وبدعة ، لأنها شرعت لدفع مضار نادرة ، فلا يليق بها تكليف مراقبة الأوقات .

قلت : وبما يتعلق بهذا ، لو أعتق أم ولده ، أو أمته الموطوءة في الحيض ، لا يكون بدعياً ، وإن طال زمن الاستبراء ، لأن مصلحة تنجيز العتق أعظم ، ذكره إبراهيم المروزي . ولو قسم لإحدى زوجتيه ، ثم طلق الأخرى قبل قسمها ، أثم وهذا سبب آخر لتحريم الطلاق ، وسبقت المسألة في كتاب القسم والله أعلم

فصل

لابدعة في جمع الطلقات الثلاث ، لكن الأفضل تفريقهن على الأقراء ، أو الأشهر إن لم تكن ذات أقراء ، لتتمكن من الرجعة أو التجديد إن ندم ، فإن أراد أن يزيد في قراء على طلقة ، فرق على الأيام . وقيل : التفريق سنة ، وإن لم يكن الجمع بدعة ، والصحيح المنع .

قلت : ولو كانت حاملاً وأراد تطليقها ثلاثاً ، فوجهان حكاهما في «البيان» أحدهما : يطلقها في كل شهر طلقة . والثاني ، وبه قال الشيخ أبو علي : يطلقها في الحال طلقة ويراجع ، فإذا طهرت من النفاس ، يطلقها ثانية ، ثم إذا طهرت من الحيض يطلقها ثالثة . والله أعلم

الطرف الثاني : في إضافة الطلاق إلى السنة والبدعة ، تنجيهاً أو تعليقاً ، وفيه مسائل .

الاولى : قال الحائض أو نفساء : أنت طالق للبدعة طلقت في الحال ، وإن قال للسنة ، لم تطلق حتى تشرع في الطهر ، ولا يتوقف على الاغتسال ، ولو وطئها في آخر الحيض

واستدام حتى انقطع الحيض ، لم تطلق لاقتران الطهر بالجماع ، وكذا لو لم يستدم إذا قلنا بالأصح أنه إذا وطئ في الحيض ثم طلق في الطهر يكون بدعياً .

الثانية : قال لظاهر : أنت طالق للسنة ، فإن لم يكن جامعها في ذلك الطهر ، طلقت في الحال ، وإن جامعها فيه ، لم يقع حتى تحيض ثم تطهر . وإن قال لها : أنت طالق للبدعة ، فإن كان جامعها في ذلك الطهر ، طلقت في الحال ، وإلا فعند الحيض . قال المتولي : وبحكم بوقوع الطلاق بظهور أول الدم . فإن انقطع لدون يوم وليلة ، بان أنها لم تطلق وبشبه أن يجيء فيه الخلاف المذكور ، فيما إذا قال : إن حضت فأنت طالق ، أنها هل تطلق برؤية الدم أم بمضي يوم وليلة ؟ ولو جامعها قبل الحيض ، فبتغيب الحشفة تطلق ، فعليه النزاع ، فإن نزع وعاد ، فهو كابتداء الوطء بعد الطلاق ، وإن استدام ، فإن كان الطلاق رجعياً ، فلاحد وإن كان ثلاثاً ، فلاحد أيضاً ، لأن أوله مباح . وقيل : إن كان عالماً بالتحريم ، حد ، وهل يجب المهر ؟ حكمه حكم من قال : إن وطئتك فأنت طالق فغيب الحشفة ثم استدام ، وقد ذكرنا هذه الصورة في كتاب الصوم ، وبيننا أن المذهب فيها أنه لا مهر ، لأن النكاح تناول جميع الوطآت ، وادعى صاحب «العدة» أن المذهب هنا الوجوب .

فرع

اللام في قوله : أنت طالق للسنة أو للبدعة ، تحمل على التوقيت ، فلا تطلق إلا في حال السنة أو البدعة ، لأنها حالتان منتظرتان تتعاقبان تعاقب الأيام والليالي وتكرران تكرر الشهور ، فأشبه قوله : أنت طالق لرمضان معناه : إذا جاء رمضان ، أنت طالق ، وأما اللام الداخلة على مالايتكرر بحيثه وذهابه ، فلاتعليل ، كقوله : أنت طالق لفلان ، أو لرضى فلان ، فتطلق في الحال ، رضي أم سخط .

والمعنى : فعلت هذا لترضى ، وقال ابن خيران : إنما يقع في الحال إذا نوى التعليل ، فإن لم تكن له نية ، لم تطلق حتى يرضى ، والأول هو الصحيح المنصوص ، وتؤزل ذلك منزلة قول السيد : أنت حر لوجه الله تعالى . وحيث يحمل على التعليل ، فلو قال : أردت التوقيت ، قبل باطناً ، ولا يقبل ظاهراً على الأصح .

ولو قال : أنت طالق بقدم زيد أو برضاه ، فهو تعليق ، كقوله : إن قدم أو رضي ، وحيث حملنا قوله للسنة أو للبدعة على الحالة المنتظرة ، فقال : أردت الإيقاع في الحال ، قبل ، لأنه غير متهم .

فرع

قوله : أنت طالق لا للسنة ، كقواه : للبدعة ، وقوله : لا للبدعة ، كقوله للسنة ، وقوله : سنة الطلاق ، أو طلاق سنية ، كقوله للسنة ، وقوله : بدعة الطلاق ، أو طلاق بدعية ، كقوله للبدعة .

فرع

قال : إن كان يقع عليك في هذا الوقت طلاق السنة ، فأنت طالق ، فإن كانت في حال السنة ، طلقت ، وإلا فلا تطلق ، لا في الحال ، ولا إذا صارت في حال السنة ، لعدم الشرط ، وكذا لو قال : أنت طالق للسنة إن قدم فلان وأنت طاهر ، فإن قدم وهي طاهر ، طلقت للسنة ، وإلا فلا تطلق لا في الحال ، ولا إذا طهرت .

فرع

جميع ما ذكرنا ، إن كانت المخاطبة بالسنة والبدعة ، ذات سنة وبدعة ، فأما إذا قال لصغيرة بمسوسة ، أو لصغيرة أو كبيرة غير بمسوسة : أنت طالق للسنة ،

فيقع في الحال ، واللام هنا للتعليل ، لعدم تعاقب الحال كقوله : لرضى زيد .
ولو قال : للبدعة ، وقع في الحال على الصحيح ، لما ذكرنا . وحكى الشيخ
أبو علي وجهاً أنه يحمل على التوقيت ، وينتظر زمن البدعة ، بأن تحيض الصغيرة ،
ويدخل بالكبيرة أو تحيض . وعن ابن الوكيل ، أن الطلاق لا يقع مطلقاً لتعليقه
بما لا يتصور ، كقوله : إن صعدت السماء ، وهذا يطرد في قوله : للسنة .

ولو صرح بالوقت فقال : أنت طالق لوقت السنة ، أو لوقت البدعة ، قال
في « البسيط » : إن لم ينو شيئاً ، فالظاهر وقوع الطلاق في الحال ، وإن
قال : أردت التوقيت بمنتظر ، فيحتمل أن يقبل لتصريحه بالوقت ولا نقل فيه .

فرع

قال : أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة . وقع في الحال ، سواء كانت ذات سنة
وبدعة ، أم لا ، لأنها إن لم تكن ، فحالها ما ذكر ، وإن كانت ، فالوصفان متنافيان
فسقطا ، وكذا لو قال : طلقة سنبة بدعية .

فرع

قال لذات سنة وبدعة في حال البدعة : أنت طالق طلاقاً سنياً ، أو في حال
السنة أنت طالق طلاقاً بدعياً ، ونوى الوقوع في الحال ، قال المتولي : لا يقع
في الحال ، لأن النية إنما تعمل فيما يحتمله اللفظ ، لا فيما يخالف صريحاً ، وإذا تنافيا ،
لغت النية ، وعمل باللفظ لأنه أقوى .

ولو قال : أنت طالق الآن سنياً وهو في زمن بدعة ، طلقت في الحال عملاً
بالإشارة إلى الوقت ، ويلغو اللفظ .

المسألة الثالثة : قال لذات الأقراء : أنت طالق ثلاثاً ، بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة ،
فإن لم ينو شيئاً ، فالصحيح المنصوص ، أنه يقع في الحال طلقتان ، فإذا صارت

في الحالة الأخرى ، وفعت الثالثة ، لأن التبعض يقتضي التشطير ، ثم يسري كما لو قال : هذه الدار بعضها لزيد وبعضها لعمرو ، يحمل على التشطير إذا لم تكن بينة . وقيل : تقع في الحال طلقة ، واختاره المزني ومن قال به لا يسكاد يسلم مسألة الإقرار ، ويقول : هو يحمل يرجع إليه فيه . ونقل الحناطي وجهاً ثالثاً أنه يقع في الحال الثلاث . أما إذا قال : أردت إيقاع بعض من كل طلقة في الحال ، فتقع الثلاث في الحال ، وإن قال : أردت في الحال طلقتين أو طلقة ونصفاً ، وقع طلقتان في الحال قطعاً ، وتقع الثالثة في الحالة الأخرى . وإن قال : أردت في الحال طلقة ، وفي المستقبل طلقتين ، مُدَيِّن فيه قطعاً ، وتقبل أيضاً في الظاهر على الصحيح المنصوص ، وقال ابن أبي هريرة : لا تقبل .

وفائدة هذا الخلاف ، أنه لو ندم فأراد أن يخالعه حتى يصير إلى الحالة الأخرى وهي بائن ، فتنحل اليمين ، ثم يتزوجها . وقلنا : الخلع طلاق ، فإن قلنا : الواقع في الحال طلقة ، أمكنه ذلك ، وإلا فلا .

ولو قال : أنت طالق ثلاثاً ، بعضهن للسنة واقتصر عليه ، وكانت في حال السنة ، قال ابن الصباغ : تجيء على الصحيح المنصوص ، أنه لا يقع في الحال إلا طلقة ، لأن البعض ليس عبارة ^(١) عن النصف ، وإنما حملناه في الصورة الأولى على التشطير لإضافته البعضين في الحالين . ولو قال : أنت طالق خمساً ، بعضهن للسنة ، وبعضهن للبدعة ، ولم ينو شيئاً ، بني على الخلاف المعروف ، في أن الزيادة المملووظ بها تلغى أم تعتبر ؟ إن قلنا بالأول ، وقع في الحال طلقتان ، وفي الثاني ، طلقة تفريعاً على المنصوص ، وإن قلنا بالثاني وهو الأصح ، وقسع الثلاث في الحال بالتشطير والتكميل .

ولو قال : أنت طالق طلقتين : طلقة للسنة وطلقة للبدعة ، أو أنت طالق طلقة للسنة وطلقة للبدعة ، وقع في الحال طلقة ، وفي الاستقبال الأخرى . ولو قال :

(١) في الأصل : ليس له عبارة .

طلقتين للسنة والبدعة ، فهل يقع في الحال طلقة ، وفي الاستقبال أخرى ، أم يقعان في الحال ؟ وجهان . أصحها ^(١) : الثاني . كما لو قال : ثلاثاً للسنة والبدعة ، فإنه يقع الثلاث في الحال .

فرع

قال لمن لاسنة لها ولا بدعة : أنت طالق ثلاثاً ، بعضهم للسنة وبعضهم للبدعة ، أو طلقة للسنة ، وطلقة للبدعة ، وقع الجميع في الحال .

المسألة الرابعة : إذا وصف الطلاق بصفة مدح ، كقوله : أنت طالق أجمل الطلاق أو أفضله ، أو أحسنه ، أو أعدله ، أو أكمله ، أو أتمه ، أو أجوده ، أو خير الطلاق ، أو أنت طالق للطاعة ولم ينو شيئاً ، فهو كقوله : طالق للسنة ، فلا يقع إن كان الحال بدعة حتى ينتهي إلى حال السنة . وإن نوى شيئاً ، نظر إن نوى ما يقتضيه الإطلاق ^(٢) ، فذاك . وإن قال : أردت طلاق البدعة ، لأنه في حقها أحسن من جهة سوء خلقها ، فإن كانت في حال بدعة ، قبل لأنه غلط ^(٣) على نفسه . وإن كانت في حال سنة ، مُدِّين ولا يقبل ظاهراً ، وقد يجيء خلاف في الظاهر .

وإن وصف الطلاق بصفة ذم كقوله : أقبح الطلاق ، أو أسبجه ، أو أفضحه ، أو أفظعه ، أو أرداه ، أو أفحشه ، أو أنتنه ، أو شر الطلاق ونحو ذلك ، فهو كقوله : للبدعة ، فلا ^(٤) يقع إن كانت في حال سنة حتى ينتهي إلى البدعة . وإن قال : أردت قبحه لحسن عشرينها ، أو أردت أن أقبح أحوالها أن تبين مني ، وقع في الحال ، لأنه غلط على نفسه . وإن قال : أردت أن طلاق مثل هذه السنة أقبح ، فقصدت الطلاق في حال السنة مُدِّين ، ولم يقبل ظاهراً . ولو

(١) في إحدى النسخ : الصحيح . (٢) في الأصل : الطلاق .

(٣) في الأصل : غلط . (٤) في الأصل : ولا يقع .

قال : أنت طالق للجرح ، أو طلاق الجرح ، فهو كقوله للبدعة . ولو خاطب بهذه الألفاظ من لا سنة لها ولا بدعة ، فهو كما لو قال لها : للسنة أو للبدعة ، كما سبق . ولو جمع صفتي الذم والمدح ، فقال : أنت طالق طلبة حسنة قبيحة أو جميلة فاحشة ، أو سنية بدعية ، أو للجرح والعدل ، والمحاطبة ذات أقراء ، وقعت في الحال . قال السرخسي في « الأمل » : فإن فسر كل صفة بمعنى ، فقال : أردت كونها حسنة من حيث الوقت ، وقبيحة من حيث العدد حتى تقع الثلاث أو بالعكس ، قبل منه . وإن تأخر الوقوع ، لأن ضرر وقوع العدد أكثر من فائدة تأخير الوقوع .

المسألة الخامسة : قال : أنت طالق ثلاثاً في كل قرء طلبة ، أو أنت طالق في كل قرء طلبة ، فلها ثلاثة أحوال .

أحدها : أن تكون حائلاً من ذوات الأقراء ، وهي إما غير ممسوسة ، وإما ممسوسة ، فإن كانت غير ممسوسة ، نظر إن كانت حائضاً ، لم تطلق على الصحيح . وقال الشيخ أبو حامد : تقع طلبة في الحال ، لأنها مخاطبة بالعدة ، فحيضها كطهرها ، وإن كانت طاهراً طلقت في الحال واحدة وبانت ، فلا تلحقها الثانية والثالثة فإن جدد نكاحها قبل الطهر الثاني ، ففي وقوع الثانية والثالثة قولاً عود اليمين والحنث . وإن جدد النكاح بعد الطهرين ، لم يقع شيء لانحلال اليمين ، وإن كانت ممسوسة ، وقع في كل قرء طلبة ، سواء جامعها فيه أم لا ، وتكون الطلبة سنية إن لم يجامعها فيه ، وبدعية إن جامعها ، وتشرع في العدة بالطلقة الأولى . وهل يجب استئناف العدة للثانية ^(١) والثالثة ؟ قولان مذكوران في العدة أظهرهما الوجوب .

الحال الثاني : أن تكون حاملاً فإن كانت لا ترى الدم ، وقعت في الحال

(١) في الأصل : الثانية .

• طلقة . قال المتولي : فلو لم تحض قطه وبلغت بالحمل مثلاً ، ففي وقوع الطلاق عليها وجهان ، أو قولان بناء على أن القراء هو الطهر بين دمين ، أو الانتقال من نقاء إلى دم ، إن ^(١) قلنا بالأول ، لم تطلق حتى تضع وتطهر من نفاسها ، وإن قلنا بالثاني وهو الأظهر ، وقع . وإذا وقعت الطلقة ، فإن راجعها قبل الوضع ، وقعت أخرى إذا طهرت من النفاس ، وعليها استثناف العدة سواء وطئها بعد الرجعة أم لا ، بلا خلاف . وإن لم يراجعها ، انقضت عدتها بالوضع بأن جدد نكاحها قبل تمام الأقراء ، عاد قولاً عود الحنث . وإن كانت ترى الدم على الحمل ، فإن قلنا : إنه ليس بحيض ، فهو كما لو لم تره ، فتطلق في الحال . وحكى الحناطي وجهاً ، أنها لا تطلق . إن ^(٢) وافق قوله وقت الدم حتى تطهر ، وإن جعلناه حيضاً ووافق قوله النقاء ، طلقت في الحال طلقة ، وإن وافق الدم ، فوجهان . أحدهما ، وهو قول الشيخ أبي حامد ، وصححه العراقيون : تطلق أيضاً ، لأن مدة الحمل كالقراء الواحد . والثاني وهو الأصح وبه قطع القاضي أبو الطيب والحناطي ، ورجحه المتولي وغيره : لا تطلق حتى تطهر . وإذا وقعت طلقة في الحيض أو الطهر ، فهل يتكرر في الطهر الثاني والثالث ؟ وجهان . أصحها : لا ، وبه قطع بعضهم ، لأن القراء ما دل على البراءة .

الحال الثالث : أن تكون صغيرة ، فيبنى على أن القراء طهر يحوشه دمان ، أم هو الانتقال من نقاء إلى حيض ؟ إن قلنا بالأول ، لم تطلق حتى تحيض وتطهر ، ولا يؤمر الزوج باجتنابها في الحال وإن قلنا بالثاني ، فالذي أطلقه العراقيون والبغوي وغيرهم ، أنه يقع في الحال طلقة . وقال المتولي والسرخسي : يؤمر باجتنابها ، لأن الظاهر أنها ترى الدم ، فإن رآته ، تبينا وقوع الطلاق يوم اللفظ ، وإن

(١) في الأصل : وإن .

ماتت قبل رؤية الدم ، ماتت على النكاح فعلى الأول ، لو لم تحض ولم يراجعها حتى مضت ثلاثة أشهر ، حصلت^(١) البينونة ، فإن نكحها بعد ذلك ، ورأت الدم ، عاد الخلاف في عود الحث ، وإن رأت الدم قبل مضي ثلاثة أشهر ، تكرر الطلاق بتكرر الأطهار . وعن صاحب « التقریب » وجه غريب ، أن الأقراء في الصغيرة تحمل على الأشهر ، والآيسة التي انقطع حيضها كالصغيرة ، ففي وقوع الطلاق عليها ، الخلاف . قال السرخسي : إن قلنا : القراء : هو الانتقال ، وقع في الحال وإلا ، فلا ، فإن حاضت بعد ، تبينا الوقوع ، والأصح عند الأصحاب ، الوقوع في الصغيرة والآيسة .

فرع

قال : أنت طالق في كل قرء طلقة للسنة ، فهو كما لو لم يقل للسنة في أكثر الأحكام والأحوال ، لكن ذات الأقراء إذا كانت طاهراً ، أو كان جامعها في ذلك الطهر ، يتأخر وقوع الطلاق إلى أن تحيض ثم تطهر .

فرع

قال : أنت طالق في كل طهر طلقة وكانت حاملاً لا ترى دمياً ، أو تراه ولم نجعله حيضاً ، ووقع في الحال طلقة ، سواء كانت ترى الذي في ذلك الحال أم لا ، ولا يتكرر بتكرر الانقطاعات ، وإن كانت ترى الدم وجعلناه حيضاً ، فإن كانت في حال رؤية الدم ، لم تطلق حتى تطهر ، وإلا وقع في الحال وتكرر بتكرر الأطهار .

المسألة السادسة : قال : أنت طالق ثلاثاً للسنة ، ثم قال : نويت تفريقها على الأقراء ، لم يقبل في الظاهر . قال المتولي : إلا أن يكون ممن يعتقد تحريم جمع الثلاث في قرء ، فيقبل في الظاهر . وحكى الخناطي وجهاً في القبول مطلقاً ،

(١) في الأصل : وحصلت .

والصحيح المنصوص ، هو الأول . ولو قال : أنت طالق ثلاثاً ولم يقل للسنة ،
ثم فسر بالتفريق على الأقراء ، لم يقبل ظاهراً ، وهل يُدين في صورتين ؟
وجهان ، الصحيح المنصوص ، نعم . ومعنى التدين ^(١) مع نفي القبول ظاهراً ،
أن يقال للمرأة : أنت بائن منه بثلاث في ظاهر الحكم ، وليس له تمكينه إلا
إذا غلب على ظنك صدقه بقريته ، ويقال للزوج : لا تمكّنك من تتبعها ، ولك
أن تتبعها ، والطلب فيما بينك وبين الله تعالى إن كنت صادقاً ، وتحل لك إذا
راجعتهما . وعلى هذا القياس حكم القبول ظاهراً وباطناً ، فيما إذا قال لصغيرة :
أنت طالق للسنة ، ثم قال : أردت إذا حاضت وطهرت ، وفيما إذا قال :
أنت طالق ، ثم قال : أردت إن دخلت الدار ، أو إذا ^(٢) جاء رأس الشهر .
وألحق القفال والغزالي بهذه الصورة ما إذا قال : أنت طالق ثم قال : أردت
إن شاء الله تعالى ، وكذلك كلما أخرج إلى تقييد الملفوظ به بقيد زائد .
والصحيح الموجود في كتب الأصحاب ، أنه لا يُدين في قوله : أردت إن شاء
الله تعالى ، ويُدين في قوله : أردت عن وثاق ، أو إن دخلت الدار أو إن
شاء زيد ^(٣) . وفرقوا بين قوله : أردت إن شاء الله تعالى ، وبين سائر الصور
بأن التعليق بمشيئة الله تعالى يرفع حكم الطلاق جملة ، فلا بد فيه من اللفظ ،
والتعليق بالدخول ، ومشية زيد ، لا يرفعه ، لكن يخصه بحال دون حال . وقوله :
من وثاق ، تأويل وصراف للفظ من معنى إلى معنى ، فكفت فيه النية ، وإن
كانت ضعيفة ، وشبهوه بالنسخ ، لما كان رفعاً للحكم ، لم يجوز إلا باللفظ ،
والتخصيص يجوز بالقياس .

(١) في الأصل : التدين .

(٢) في الأصل : وإذا .

(٣) في الأصل : وإن دخلت الدار ، وإن شاء زيد .

وأما إذا أتى بلفظ عام ، وقال : أردت بعض الأفراد الداخلة تحته ، ففيه تفصيل ، فإن قال : كل امرأة لي ، فهي طالق ، وعزل بعضهن بالنية ، لم يقبل ظاهراً عند الأكثرين ، وقال ابن الوكيل وغيره : يقبل ظاهراً سواء كانت قرينة تصدقه - بأن خاصته ، وقالت : تزوجت عليّ ، فقال : كل امرأة لي طالق ، ثم قال : أردت غير المحصنة - أم لم تكن قرينة . والأصح عند الفقهاء والمعتبرين ، أنه لا يقبل ظاهراً بغير قرينة ويقبل بها ، واختاره الروياني ، وعن القاضي حسين ، أنه إن قال : كل امرأة لي طالق ، ثم عزل بعضهن بالنية ، لا يقبل ، وإن قال : نسائي طالق ، وقال : عزلت واحدة ، قبل . وعلى هذا ، لو عزل اثنتين ، ففي القبول وجهان ، ويجري الخلاف في القبول ظاهراً فيما لو قال : إن أكلت خبزاً أو تمراً ، فأنت طالق ، ثم فسر بنوع خاص ، وطردهما الغزالي وغيره فيما إذا كان يحل وثاقاً عنها ، فقال : أنت طالق ، ثم قال : أردت الإطلاق عن الوثاق ، وقال : الأصح القبول .

ولو قال : إن كلمت زيداً ، فأنت طالق ، ثم قال : أردت التكليم شهراً ، فيقبل . كذا حكى عن نص الشافعي رحمه الله ، والمراد على ما نقل الغزالي ، القبول باطناً فلا تطلق إذا كلم بعد شهر .

فرع

في ضبط ما يُدَّعى فيه ، وما يقبل ظاهراً

قال القاضي حسين : لما يدعيه الشخص من النية مع ما أطلقه من اللفظ ، أربع مراتب .

إحداها : أن يرفع ما صرح به ، بأن قال : أنت طالق ، ثم قال : أردت طلاقاً لا يقع عليك ، أو لم أرد إيقاع الطلاق ، فلا تؤثر دعواه ظاهراً ، ولا يدين باطناً .

الثانية : أن يكون ما يدعيه مقيداً لما تلفظ به مطلقاً ، بأن قال : أنت طالق
ثم قال : أردت عند دخول الدار ، فلا يقبل ظاهراً ، وفي التدين الخلاف .
الثالثة : أن يرجع ما يدعيه إلى تخصيص عموم ، فيدين ، وفي القبول ،
ظاهر الخلاف .

الرابعة : أن يكون اللفظ محتملاً للطلاق من غير شيوع وظهور ، وفي هذه
المرتبة تقع الكنايات ويعمل فيها ^(١) بالنية .
وضبط الأصحاب بضبط آخر ، فقالوا : ينظر في التفسير بخلاف ظاهر اللفظ ،
إن كان لو وصل باللفظ ، لا ينظم ، لم يقبل ولم يدين ، وإلا فلا يقبل ظاهراً ويدين .
مثال الأول ، قال : أردت طلاقاً لا يقع .
مثال الثاني : أردت طلاقاً عن وثاق ، أو إن دخلت الدار ، واستثنوا من
هذا نية التعليق بمشيئة الله تعالى ، فقالوا : لا يدين فيه على المذهب .

فرع

قال : أنت طالق ثلاثاً ثم قال : أردت إلا واحدة ، أو قال : أربعكنّ
طوائقي ، ثم قال : نويت بقلبي إلا فلانة ، لم يدين على الأصح ، لأنه نص في العدد .
ولو قال : فلانة وفلانة وفلانة طوائقي ، ثم قال : استثنيت بقلبي فلانة ، لم يدين قطعاً
لأنه رفع لما نص عليه ، لا تخصيص عموم ، ذكره القاضي أبو الطيب .

المسألة السابعة : قال لمسوسة : كلما ولدت فأنت طالق للسنة ، فولدت ولداً
وبقي آخر في بطنها ، وقع بولادة الأول طلقة ، لأن الأصل في هذا أن الموصوف
بالسنة والبدعة إذا علق بأمر اعتبرت الصفة عند ذلك الأمر ، فإن وجدت ، وقع
وإلا فلا حتى يوجد كما سبق في قوله : أنت طالق للسنة إذا قدم زيد أنه إن قدم

(١) في الأصل : ويعمل ما فيها .

في حال سنة طلقت ، وإلا فلا تطلق حتى يجيء حال السنة ، وكأنه يخاطبها عند وجود المعلق عليه بقوله : أنت طالق للسنة ، وإذا كان كذلك ، فكأنه عند ولادة أحد الولدين ، قال : أنت طالق للسنة وهي في هذه الحال حامل بآخر . ولو قال لحامل : أنت طالق للسنة ، وقع في الحال ، ثم إذا ولدت الثاني انقضت عدتها . وهل يقع طلاقه أخرى ، لأنه يقارن انقضاء العدة ؟ فيه خلاف يأتي في نظائره إن شاء الله تعالى ، الأصح : المنع . ولو ولدت ولداً ولم يكن في بطنها آخر ، فانما تطلق إذا طهرت من النفاس ، ولو ولدت ولدين معاً ولم يكن في بطنها آخر ، فانما تطلق إذا طهرت من النفاس طلقين لأنها ولدت ولدين ، و«كلمة» تقتضي التكرار . ولو قال : كلما ولدت ولدين ، فانت طالق ، فولدت ولدين معاً أو متعاقبين وفي بطنها ثالث ، طلقت . ولو ولدت ولداً فطلقها ، ثم ولدت آخر ، فإن كان رجعياً وقعت أخرى بولادة الثاني ، راجعها أم لا هكذا ذكروه . ويشبه أن يقال : إن راجعها فكذلك الحكم ، وإلا فهذا طلاق يقارن انقضاء العدة ، وإن كان الطلاق بائناً فنكحها ، ثم ولدت آخر ، ففي وقوع أخرى قولاً عود الحنث .

المسألة الثامنة : نكح حاملاً من الزنى ، وقال : أنت طالق للسنة ، فإن كان دخل بها ، لم تطلق حتى تضع ، وتطهر من النفاس ، لأن الحمل كالعدم وإلا طلقت في الحال كما لو قال لغير المدخول بها : أنت طالق للسنة ، هذا إذ كانت لا ترى دمأ أو تراه ولم نجعله حيضاً ، فإن رآته وجعلناه حيضاً ، فإن كان قال لها ذلك في حال رؤية الدم ، لم تطلق حتى تطهر كالحامل^(١) إذا قال لها : أنت طالق للسنة وهي حائض بخلاف الحامل من الزوج حيث يقع طلاقها في الحال ، وإن كانت ترى الدم ، وجعلناه حيضاً على الصحيح ، لأن الحامل من الزوج لا سنة ولا بدعة في طلاقها ، وهذه كالحامل إذ لا حرمة للحمل .

(١) في الأصل : كالحائل ، وما أثبتناه من نسخ الظاهرية .

المسألة التاسعة : قال : أنت طالق للسنة أو للبدعة لا تطلق حتى تنتقل من الحالة التي هي فيها إلى الحالة الأخرى ، لأن اليقين حينئذ يحصل كما لو قال : أنت طالق اليوم أو غداً لا تطلق حتى يجيء الغد .

المسألة العاشرة : قال : أنت طالق طلقة حسنة في دخول الدار أو طلقة سنية قال إسماعيل البوشنجي : مقتضى المذهب أن تطلق إن دخلت الدار طلقة سنية حتى لو كانت حائضاً لم تطلق ما لم تطهر . ولو كانت طاهراً لم يجامعها في ذلك الطهر ، طلقت في الحال ، وإن كان جامعها فيه ، لم تطلق حتى تحيض وتطهر .

المسألة الحادية عشرة : قال لها وهي طاهر : أنت طالق للسنة ، ثم اختلفا فقال : جامعتك في هذا الطهر ، فلم يقع طلاق في الحال ، وقالت : لم تجامعني وقد وقع ، قال إسماعيل البوشنجي : مقتضى المذهب ، أن القول قوله ، لأن الأصل بقاء النكاح ، وكما لو قال المؤلي والعين : وطئت .

فرع

قال : أنت طالق كالثلج ، أو كالنار ، طلقت في الحال ، ولغا التشبيه ، وقال أبو حنيفة : إن قصد التشبيه بالثلج في البياض ، والنار بالإضاءة ، طلقت سنياً ، وإن قصد التشبيه بالثلج في البرودة ، وبالنار في الحرارة والإحراق ، طلقت في زمن البدعة وبالله التوفيق .

الباب الثاني

في أركان الطلاق

هي خمسة .

[الركن] الاول : المطلق وشرطه التكليف ، فلا يقع طلاق صبي ولا مجنون ،

لا تنجيزاً ولا تعليقاً . فلو قال مراחק : إذا بلغت ، فأنت طالق فبلغ ، أو قال مجنون : إذا أفقت ، فأنت طالق ثم أفاق ، أو قال : أنت طالق غداً فبلغ وأفاق قبل الغد فلا طلاق .

قلت : هكذا اقتصر الغزالي^(١) وغيره في شرط المطلق على كونه مكلفاً ، وقد يورد عليه السكران ، فإنه يقع طلاقه على المذهب ، وليس مكلفاً كما قاله أصحابنا وغيرهم في كتب الأصول ، ولكن مراد أهل الأصول ، أنه غير مخاطب حال السكر ، ومرادنا هنا أنه مكلف بقضاء العبادات بأمر جديد والله أعلم

الركن الثاني : اللفظ وفيه ثلاثة أطراف : أحدها في اللفظ الذي يقع به الطلاق ، والثاني ، في الأفعال القائمة مقامه . والثالث في تفويض الطلاق إلى الزوجة وأحكام تفويضه . أما الأول ، فاللفظ صريح ، وهو ما لا يتوقف وقوع الطلاق به على نية ، وكناية وهو ما توقف على نية ، أما الصريح ، فلفظ الطلاق والسراح والفراق وحكى أبو الحسن العبادي ، أن أبا عبد الرحمن القزاز نقل قولاً قديماً أن السراح والفراق كنايةتان ، والمشهور الأول ، فقوله : أنت طالق ، أو مطلقة ، أو ياطالق أو يامطلقة ، صريح . وقيل : يامطلقة وأنت مطلقة كناية ، والصحيح الأول . وأما المشتق من الاطلاق كقوله : أنت مطلقة بإسكان الطاء أو يامطلقة ، فليس بصريح على الصحيح لعدم اشتغاره ، وإن كان الاطلاق والتطليق متقاربين .

وفي قوله : أنت طلاق ، أو الطلاق ، أو طلقة وجهان : أحدهما أنه كناية . ولو قال : أنت نصف طلقة ، فكناية . قال البغوي : ولو قال : أنت كل طلقة أو نصف طالق ، فصريح ، كقوله : نصفك طالق .

ونقل العبادي خلافاً في قوله : أنت نصف طلقة ، ويمحوز أن يجيء هذا الخلاف

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : الرافعي .

في قوله نصف طالق . ولو قال : أنت والطلاق أو أنت وطلقة ، فكناية ، أي : قرت بينك وبينها . وإذا قلنا بالمشهور في لفظي السراح والفراق ، فقوله : فارقتك ومرحتك صريحان ، وفي الاسم منها وهو مفارقة ومرحلة وجهان ، سواء الوصف ، كقوله أنت مرحلة أو مفارقة ، والنداء كقوله : يامرحلة أو يامفارقة ، أصحها صريحان أيضاً ، وقوله : أنت السراح ، أو أنت الفراق على الوجهين في : أنت الطلاق .

فرع

قال : أردت بقولي : طالق ، إطلاقها من الوثاق ، وبالفراق المفارقة في المنزل ، وبالسراح إلى منزل أهلها ، أو قال : أردت خطاب غيرها فسبق لساني إليها ، دُيِّنَ ولم يقبل ظاهراً ، فلو صرح ، فقال : أنت طالق من وثاق ، أو مرحتك إلى موضع كذا ، أو فارقتك في المنزل ، خرج عن كونه صريحاً وصار كناية . قال المتولي : وهذا في ظاهر الحكم ، وأما بينه وبين الله تعالى ، فأنما لا يقع الطلاق إذا كان على عزم أن يأتي بهذه الزيادة من أول كلامه ، فأما إذا قال : أنت طالق ، ثم بدا له فوصل به هذه الزيادة ، فالطلاق واقع في الباطن . ولو لم يكن عازماً على هذه الزيادة أولاً ثم نواها في أثناء الكلام ، فوجهان سيأتي نظيرهما إن شاء الله تعالى في الاستثناء وغيره ، وكذلك التدين إذا لم يتلفظ بالزيادة ، وقال : نويتها ، إنما يدين إذا كان فائياً من أول الكلام ، فإن حدث بعد الفراغ من الكلام ، فلا ، وإن حدث في أثناءه ، فعلى الوجهين .

فرع

قوله : أوقعت عليك طلاقي ، صريح ذكره الروياني . ولو قال : لك طلقة ، أو وضعت عليك طلقة ، فوجهان .

فرع

ذكر الأصحاب أن صريح^(١) الطلاق ثلاثة : الطلاق ، والسراح ، والفراق ، وأهموا ذكر شيئين هنا أحدهما : لفظ الخلع ، وفي كونه صريحاً في الطلاق خلاف سبق ، والثاني : قوله الحلال علي حرام ، وفي كونه صريحاً خلاف نذكره إن شاء الله تعالى قريباً .

فرع

ترجمة لفظ الطلاق بالعجمية وسائر اللغات ، صريح على المذهب لشهرة استعمالها في معناها عند أهل تلك اللغات ، كشهرة العربية عند أهلها ، وقيل : وجهان . ثانيهما : أنها كناية ، وترجمة السراح والفراق فيها الخلاف ، لكن الأصح هنا أنها كناية قاله الإمام والرويان ، لأن ترجمتهما بعيدة عن الاستعمال .

فرع

إذا اشتهر في الطلاق لفظ سوى الألفاظ الثلاثة الصريحة ، كحلال الله علي حرام ، أو أنت علي حرام ، أو الحلال أو الحل علي حرام ، ففي التحاقه بالصريح أوجه ، أصحها : نعم لحصول التفاهم ، وغلبة الاستعمال ، وبهذا قطع البغوي ، وعليه تنطبق فتاوى القفال ، والقاضي حسين والمتأخرين . والثاني : لا ، ووجهه المتولي . والثالث ، حكاه الإمام عن القفال : أنه إن نوى شيئاً آخر من طعام أو غيره ، فلا طلاق . وإذا ادعاه ، صدق ، وإن لم ينو شيئاً ، فإن كان فقيهاً يعلم أن الكناية لا تعمل إلا بالنية ، لم يقع ، وإن كان عامياً سألناه عما يفهم إذا سمعه من غيره ، فإن قال : يسبق إلى فهمي منه الطلاق ، حمل على ما يفهم ،

(١) في نسخ الظاهرية : صرائح .

والذي حكمه المتولي عن القفال ، أنه إن نوى غير الزوجة ، فذاك ، وإلا فيقع الطلاق للعرف .

قلت : الأرجح الذي قطع به العراقيون والمتقدمون ، أنه كناية مطلقاً والله أعلم

وأما البلاد التي لا يشتهر فيها هذا اللفظ للطلاق ، فهو كناية في حق أهلها بلا خلاف . وفي فتاوى القاضي حسين ، أنه لو كان له امرأتان ، فقال : حلال الله علي حرام إن دخلت الدار فدخل ، تطلق كل واحدة منها طلاقاً ، ويوافقه ما ذكره البغوي في « الفتاوى » ، أنه لو قال : حلال الله علي حرام وله أربع نسوة ، تطلقن كلهن إلا أن يريد بعضهن ، لكن ذكر بعده أنه لو قال : إن فعلت كذا ، فحلال الله علي حرام وله امرأتان ففعل ، طلقت إحداها ، لأنه اليقين ، ويؤمر بالتعيين قال : ومجتمل غيره فحصل تردد .

قلت : الظاهر المختار الجاري على القواعد ، أنه إذا لم ينوهما ، لا تطلق إلا إحداها ، أو إحداهن ، لأن الاسم يصدق عليه ، فلا يلزمه زيادة ، وقد صرح بهذا جماعة من المتأخرين ، وهذا إذا نوى : حلال الله علي حرام الطلاق ، وجعلناه صريحاً فيه . والله أعلم

فصل

وأما الكناية ، فيقع بها الطلاق مع النية بالإجماع ، ولا يقع بلانية وهي كثيرة ، كقوله : أنت خلية وبرية ، وبنة وبتلة ، وبائن وحرام ، وحررة ، وأنت واحدة ، واعتدي واستبرئي رحمك ، والحقى بأهلك ، وحبلك على غاربك ، ولا أندك مربك ، أي : لا أزجر إبلك ، ومعناه : لا أهتم بشأنك ، واغربي واعزبي ، واخرجي واذهبي ، وسافري وتجنبي ، وتجردي وتقنعي ، وتستري ، والزمي الطريق ، وبينى

وأبعدي وودعيني ودعيني ، وبرئت منك ، ولا حاجة لي بك ، وأنت وشأنك ، وأنت مطلقة ومنطقة ، وتجرعي وذوقي ، وتزودي وما أشبه ذلك . وفي قوله : اشريني ، وجهان : الأصح المنصوص ، كناية . وقال أبو إسحاق : ليس كناية ، بل هو لغو ، وكلبي ، كاشري كناية على المذهب ، وقيل : ليس كناية قطعاً . وفي قوله : أغناك الله ، وقوله : قومي ، وجهان ، أصحها : ليس كناية .

وأما الألفاظ التي لا تحتل الطلاق إلا على تقدير متعسف ، فلا أثر لها ، فلا يقع بها طلاق وإن نوى ، وذلك كقوله : بارك الله بك ، وأحسن الله جزاءك ، وما أحسن وجهك ، وتعالى واقربي ^(١) واغزلي ^(٢) واسقني ، وأطعميني وزوديني ، واقعدي وما أشبه ذلك ، وحكي وجهه في : اقعدي وأحسن الله جزاءك ، وزوديني ونحوها ، أنها كناية وهو ضعيف .

فرع

قال لزوجته : أنت حرة أو معتقة ، أو أعتقتك ونوى الطلاق ، طلقت . ولو قال لعبده : طلقته ونوى العتق ، عتق . والمناسبة والمشاركة بين المالكين يصلح كل واحدة منها كناية في الآخر ، وكما أن صريح كل واحد منها كناية في الآخر ، فكناياتهما مشتركة مؤثرة في العقدين جميعاً بالنية ، لكن لو قال للعبد : اعتد أو استبرئ رحمك ونوى العتق ، لم ينفذ لاستحالة في حقه ، ولو قال ذلك لأمه ونوى العتق ، أو لزوجته قبل الدخول ونوى الطلاق ، نفذ على الأصح ، والظهار والطلاق ليس أحدهما كناية في الآخر .

ولو قال لأمه : أنت علي كظهر أمي ونوى العتق عتقت على الصحيح ، وقيل : لا لأنه لا يزيل الملك ، بخلاف الطلاق .

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : واقربي . (٢) في الأصل : واعزني .

فصل

قال لزوجته : أنت علي حرام ، أو محرمة ، أو حرمتك ، بأن نوى الطلاق ، نفذ رجعيًا ، فإن نوى عددًا وقع ما نوى . وحكى الحناطي وجهاً أنه لا يكون طلاقاً إذا قلنا : إنه صريح في اقتضاء الكفارة ، كما سذكروه إن شاء الله تعالى قريباً وهذا وإن كان غريباً ، ففيه وفاء بالقاعدة المعروفة : أن اللفظ الصريح إذا وجد نفاذاً في موضوعه ، لا ينصرف إلى ^(١) غيره بالنية ، وإن نوى الظهار ، فهو ظهار . وإن نواهما معاً ، فهل يكون ظهاراً أم طلاقاً أم تخير فما اختاره منها ثبت ؟ فيه أوجه ، أصحها الثالث ، وبه قال ابن الحداد ، وأكثر الأصحاب ، ولا ينعقد الاثنان معاً قطعاً . ولو نوى أحدهما قبل الآخر ، قال ابن الحداد : إن أراد الظهار ثم أراد الطلاق ، صحا جميعاً ، وإن أراد الطلاق أولاً ، فإذا كان بائناً ، فلا معنى للظهار بعده وإن كان رجعيًا كان الظهار موقوفاً ، فإن راجعها ، فهو صحيح والرجعة عودٌ وإلا فهو لغو ، قال الشيخ أبو علي هذا التفصيل فاسد عندي ، لأن اللفظ الواحد إذا لم يحجز أن يراد به التصرفات لم يختلف الحكم بارادتها معاً ، أو متعاقبين ، وإن نوى تحريم عنها أو فرجها أو وطئها ، لم تحرم عليه ، ويلزمه كفارة يمين ، كما لو قال ذلك لأخته . وفي وقت وجوب الكفارة وجهان ، أحدهما : لا يجب إلا عند الوطء ، ويكون هذا اللفظ مع نية التحريم ، كاليمين على ترك الوطء ، وعلى هذا الوجه يكون مؤلياً بقوله : أنت علي حرام لوجوب الكفارة بالوطء كقوله : والله لا أطؤك . والثاني وهو الصحيح : أن الكفارة تجب في الحال وإن لم يطاء ، وهي كفارة اليمين وليست كفارة يمين ، لأن اليمين لا تنعقد إلا بأسماء الله تعالى وصفاته فعلى هذا لو قال : أردت الحلف على ترك الوطء لم يقبل على الصحيح لما ذكرناه ، وقيل : يقبل

(١) في الأصل : بآلي .

وينعقد يميناً ، فعلى هذا هل يصير لفظ التحريم يميناً بالنية في غير الزوجات ، والإمام كالطعام واللباس وغيرهما ، أم يختص بالابضاع ؟ وجهان

قلت : أصحابها يختص والله أعلم

وإن أطلق قوله : أنت علي حرام ولم ينو شيئاً ، فقولان أظهرهما : وجوب الكفارة وقوله : أنت علي حرام ، صريح في لزوم الكفارة ، والثاني : لا شيء عليه وهذا اللفظ كناية في لزوم الكفارة ، وهذا التفصيل مستمر فيمن قال : أنت علي حرام في بلاد لم يشتهر فيها لفظ الحرام في الطلاق ، وفيمن قاله في بلاد اشتهر فيها للطلاق^(١) إذا قلنا : إن الشيوع والاشتهار لا يجعله صريحاً ، فأما إذا قلنا : إنه يصير به صريحاً فمقتضى ما في « التهذيب » ، أنه يتعين للطلاق ولا تفصيل ، وقال الإمام : لا يمنع ذلك صرف النية إلى التحريم الموجب للكفارة ، كما أنا وإن جعلناه صريحاً في الكفارة عند الإطلاق يجوز صرفه بالنية إلى الطلاق قال : وإذا أطلق وجعلناه صريحاً في الكفارة ، بني على أن الصرائح تؤخذ من الشيوع فقط ، أم منه ومن ورود الشرع به ؟ إن قلنا [بالأول حمل على الغالب في الاستعمال وإن قلنا]^(٢) بالثاني فهل يثبت الطلاق لقوته ، أم يتدافعان ؟ فيه رأيان .

فرع

قول الغزالي في « الوسيط » : إن نوى التحريم كان يميناً ، هذا غلط ، بل الصواب ما اتفق عليه جميع الأصحاب أنه ليس بيمين ، لكن فيه كفارة يمين .

فرع

قال لأمه : أنت علي حرام ، أو حرمتك ، فإن نوى العتق عتقت ، وإن نوى طلاقاً أو ظهاراً ، فهو لغو ، قال ابن الصباغ : وعندي أن نية الظهار كنية التحريم ،

(١) في الأصل : الطلاق . (٢) زيادة من نسخ الظاهرية لم ترد في الأصل .

وإن نوى تحريم عينها ، لم تحرم ويلزمه كفارة عين ، وإن أطلق ولم ينو شيئاً
لزمته الكفارة على الأظهر . وقيل : قطعاً . ولو قال ذلك لأتمته التي هي اخته ونوى
تحريم عينها ، أو لم ينو شيئاً ، لم تلزمه الكفارة ، لأنه صدق في وصفها ، وإنما تجب
الكفارة لوصفه الحلال بالحرمة .

ولو كانت الأمة معتدة ، أو مرتدة ، أو مجوسية ، أو مزوجة ، أو كانت
الزوجة محرمة ، أو معتدة عن شبهة ، ففي وجوب الكفارة وجهان ، لأنها محل
لاستباحة في الجملة .

ولو كانت حائضاً أو نفساء أو صائتة ، وجبت على المذهب ، لأنها عوارض . ولر
خاطب به الرجعية ، فلا كفارة على المذهب ، ونقل الحناطي فيه خلافاً .

فرع

قال : هذا الثوب ، أو العبد ، أو الطعام حرام علي ، فهو لغو لا يتعلق به
كفارة ولا غيرها .

فرع

قال : كل ما أملكه حرام علي وله زوجات وإماء ، ونوى تحريمهن ، أو أطلق
وجعلناه صريحاً ، أو قال لأربع زوجات أنت علي حرام ، فهل تعدد الكفارة ،
أم تكفي كفارة واحدة عن جميع ذلك ؟ فيه خلاف المذهب الاكتفاء في الجميع
وقيل : تعدد بالأشخاص ، وقيل : للزوجات كفارة والإماء أخرى ، وقيل : وللمال أخرى
حكماء الحناطي .

قال لزوجته : أنت علي حرام ، أنت علي حرام ونوى التحريم ، أو جعلناه صريحاً
فإن قال ذلك في مجلس ، أو قاله في مجالس ونوى التأكيد ، فعليه كفارة واحدة
وإن قاله في مجالس ونوى الاستئناس ، تعددت الكفارة على الأصح .

وقيل : عليه كفارة فقط ، وإن أطلق ، فقولان .

فرع

قال : أنت حرام ولم يقل : علي ، قال البغوي : هو كناية بلا خلاف ، ولو قال : أنت علي كالميتة ، والدم ، والحمر ، أو الخنزير وقال : أردت الطلاق ، أو الظهار نفذ ، وإن نوى التحريم ، لزمته الكفارة . وإن أطلق ، فظاهر النص أنه كالحرām فيكون على الخلاف . وعلى هذا جرى الإمام ، والذي ذكره البغوي وغيره أنه لا شيء عليه ، قال الخناطي : الخلاف هنا مرتب على لفظ الحرām ، وهنا أولى بأن لا يكون صريحاً ، وحكي قولاً شاذاً أنه لا كفارة وإن نوى التحريم . قال الشيخ أبو حامد : ولو قال أردت أنها حرام علي ، فإن جعلناه صريحاً ، وجبت الكفارة وإلا فلا لأنه ليس للكناية كناية ، وتبعه على هذا جماعة ، ولا يكاد يتحقق هذا التصوير ، ولو قال : أردت أنها كالميتة في الاستقذار ، صدق ولا شيء عليه .

فرع

قال اسماعيل البوشنجي : إنما يقع الطلاق بقوله : أنت حرام علي إذا نوى حقيقة الطلاق ، وقصد إيقاعه بهذا اللفظ ، أما إذا لم ينو كذلك ، فلا يقع وإن اعتقد قوله : أنت علي حرام موقعا ، وظن أنه قد وقع طلاقه .

فرع

قال : متى قلت لامرأتي : أنت علي حرام ، فإني أريد به الطلاق ثم قال لها بعد مدة : أنت علي حرام ، فهل يحمل على الطلاق ، أم يكون كما لو ابتدأ به ؟ وجهان خرجها أبو العباس الروياني .

قلت : أصحابها الثاني والله أعلم

فرع

تكرر في كلام الأصحاب في المسألة ، أن قوله : أنت علي حرام صريح في الكفارة ، أم كناية ، وفي الحقيقة ليس لزوم الكفارة معنى اللفظة حتى يقال : صريح فيه ، أم كناية ، وإنما هو حكم رتبته الشرع على التلفظ به . واختلفوا في أنه يتوقف على نية التحريم أم لا ؟ فتوسعوا باطلاق لفظ الصريح والكناية .

فصل

الكناية لا تعمل بنفسها ، بل لا بد فيها من نية الطلاق ، وتقترن النية باللفظ فلو تقدمت ، ثم تلفظ بلا نية ، أو فرغ من اللفظ ثم نوى ، لم تطلق ، فلو اقترنت بأول اللفظ دون آخره ، أو عكسه ، طلقت على الأصح ، ولا تلتحق الكناية بالصريح بسؤال المرأة الطلاق ، ولا بقريئة الغضب واللجاج ، ومتى تلفظ بكناية وقال : ما نويت صدق بيمينه ، فإن نكل ، حلفت ، وحكم بوقوع الطلاق ، وربما اعتمدت قرائن يجوز الحلف بمثلها .

فصل

في مسائل منثورة متعلقة بالصريح والكناية

في « الزيادات » لأبي عاصم العبادي ، أنه لو قال : بعثك طلاقك ، فقالت : استريت ولم يذكرها عرضاً ، لا يحصل فوكة إذا لم يكن نية ، وقيل : تقع طلقة بمر المثل ، وأنه لو قال : لم يبق بيني وبينك شيء ونوى الطلاق ، لم تطلق ، وفي هذا توقف .

قلت : الصواب الجزم بالطلاق ، لأنه لفظ صالح ومعه نية والله أعلم

وأنه لو قال : برئت من نكاحك ونوى ، طلقت ، وأنه لو قال : برئت من طلاقك ونوى ، لم تطلق ، ولو قال : برئت إليك من طلاقك ، قال اسماعيل

البوشنجي : هو كناية ، أي : تبرأت منك بوساطة إيقاع الطلاق عليك . ولو قال : أبرأتك ، أو عفوت عنك ، فكناية ، لإشعاره بالاسقاط ، وله عليها حقوق النكاح ، وتسقط بالطلاق^(١) وأنه لو قال : طلقك الله ، أو قال لأمته : أعتقك الله ، طلقت وعتقت ، وهذا يشعر بأنها صريحان ، ورأى البوشنجي أنها كنايةتان لاحتماله الانشاء والدعاء . وقول مستحق الدين للغريم : أبرأك الله ، كقول الزوج : طلقك الله . ولو قال : أنت طال وترك القاف ، طلقت حملاً على الترخيم . قال البوشنجي : ينبغي أن لا يقع وإن نوى ، فإن قال : بإطال ، ونوى ، وقع ، لأن الترخيم إنما يكون في النداء ، فأما في غير النداء ، فلا يقع إلا نادراً في الشعر ، وأنه إذا قال : الطلاق لازم لي ، أو واجب علي ، طلقت للعرف . ولو قال : فرض علي ، لم تطلق لعدم العرف فيه . ورأى البوشنجي أن جميع هذه الألفاظ كناية ، لأنه لو قال : طلاقك علي ، واقتصر عليه ونوى ، وقع ، فوصفه بواجب أو فرض يزيده تأكيداً . وحكى صاحب « العدة » الخلاف فقال : لو قال طلاقك لازم لي ، فوجهان . قال أكثر الأصحاب : هو صريح . ولو قال : لست بزوجة لي ، فالصحيح أنه كناية . وقيل : لغو . وفي فتاوى القفال أنه لو قال : اذهبي إلى بيت أبيي ونوى الطلاق ، إن نواه بقوله : اذهبي ، وقع ، وإن نواه بمجموع اللفظين ، لم يقع ، لأن قوله : إلى بيت أبيي لا يحتمل الطلاق ، بل هو لاستدراك مقتضى قوله : اذهبي . وأنه لو قال لها : أنت طالق أو طوالتي ، لم يقع إلا طلقة . وأنه لو قال : كل امرأة لي طالتي إلا عمرة ، ولا امرأة له سواها ، طلقت ، لأن الاستثناء مستغرق فبطل . ولو قال : النساء طوالتي إلا عمرة ، ولا زوجة له سواها ، لم تطلق . وإن كانت امرأته في نسوة ، فقال : طلقت هؤلاء إلا هذه ، وأشار إلى زوجته ، لم تطلق . وأنه لو قال

(١) في الأصل : الطلاق دون الباء .

لامراته يابنتي ، وقعت الفرقة بينها عند احتمال السن ، كما لو قاله ^(١) لعبده أو أمته
قلت : المختار في هذا أنه لا يقع به فوقة إذا لم يكن له نية ، لأنه إنما يستعمل
في العادة للملاطفة وحسن المعاشرة والله أعلم

وأنه لو كانت له زوجة ^(٢) تنسب إلى زوج أمها ، فقال : بنت فلان طالق ، لم
تطلق ، لأنها ليست بنته حقيقة ، ولغيره في هذا احتمال .

قلت : ينبغي أن يقال : إن نواها ^(٣) طلقت ، ولا يضر الغلط في نسبها ، كتنظيره في
النكاح ^(٤) وإلا فلا ، وممراد القفال بقوله : لم تطلق ، أي : في الظاهر ، وأما الباطن ،
فيتعين أن يكون كما ذكرته والله أعلم

وأنه لو قال : نساء المسلمين طوائق ، لم تطلق امرأته . وعن غيره : أنها تطلق ،
وبني الخلاف على أن المخاطب هل يدخل في الخطاب ؟

قلت : الأصح عند أصحابنا في الأصول : أنه لا يدخل ، وكذا هنا : الأصح
أنها لا تطلق والله أعلم

وأنه لو قال : بانت مني امرأتي ، أو حرمت علي ، لم يكن إقراراً بالطلاق ، لأنه
كنية ، وأنه لو قال : أنت بائن ثم قال بعد مدة : أنت طالق ، ثلاثاً ، وقال : أردت
بالبائن الطلاق ، فلم يقع على الثلاث لمصادفتها البيّنونة ، لم يقبل منه ، لأنه متهم ،
وأنه لو قال : بطلائك لا أكلم فلاناً فكلمه ، لم تطلق ، لأن الطلاق لا يجلف به .

(١) في الأصل : قال .

(٢) في نسخ الظاهرية : وأنه لو كانت زوجته .

(٣) في الأصل : إن نوتها .

(٤) في نسخ الظاهرية : من النكاح .

وأنه لو قالت له زوجته واسمها فاطمة : طلقني ، فقال : طلقت فاطمة ، ثم قال : نويت فاطمة أخرى ، طلقت ، ولا يقبل قوله لدلالة الحال ، بخلاف ما لو قال ابتداء : طلقت فاطمة ، ثم قال : نويت أخرى . وقد يشكل هذا بما سبق ، أن السؤال لا يلحق الكناية بالصريح . وأنه لو قال : طلقت ولم يزد عليه ، لا يقع الطلاق ، وإن نوى ، لأنه لم يجوز للمرأة ذكر ولا دلالة ، فهو كما لو قال : امرأتي ونوى الطلاق ، وأنه لو قال لولي امرأته : زوجها ، كان إقراراً بالفراق . ولو قال لها : انكحي ، لم يكن إقراراً ، لأنها لا تقدر أن تنكح ، ولكن المفهوم منه ما يفهم من قول الله تعالى : (حتى تنكح زوجاً غيره) .

قلت : الصواب أنه كناية إذا خاطبها به ، بخلاف الولي ، لأنه صريح فيه والله أعلم
وبما نقل من معلقات القاضي شريح الروياني من أصحابنا المتأخرين ، ما حكاه عن جده أبي العباس الروياني وغيره ، أنه لو قال : أحللتك ونوى طلاقها ، هل هو كناية ؟ وجهان .

قلت : الأصح أنه كناية والله أعلم

وأنه لو قال : أنت بائن وطائقي ، يرجع إلى نيته في « بائن » ، ولا يجعل قوله : « وطائقي » تفسيراً له .

وأنه لو كرر كناية ، كقوله : اعتدي اعتدي اعتدي ، ونوى الطلاق ، فإن نوى التأكيد وقعت واحدة ، وإن نوى الاستثناف ، فثلاث ، وإن لم ينو ، فقولان . ولو كانت الألفاظ مختلفة ، ونوى بها الطلاق ، وقع بكل لفظة طلاق .

وأن القفال قطع بأنه لو قال : طلقت ، ونوى امرأته ، لم تطلق لعدم الإشارة والامم .

ولو قيل له : ما تصنع بهذه الزوجة ؟ طلقها ، فقال : طالقت ، أو قال لامرأته : طلقي نفسك ، فقالت : طلقت ، وقع الطلاق ، لأنه يترتب على السؤال والتفويض ، وأنه لو قال : أنت بطلقة ، ونوى ، لم تطلق . وأنه لو كان له زوجتان ، إحداها فاطمة بنت محمد ، والأخرى فاطمة بنت رجل سماه أبواه أيضاً محمداً ، إلا أنه اشتهر في الناس بزید ، وبه يدعونه ، فقال الزوج : زوجتي فاطمة بنت محمد طالقت ، وقال : أردت بنت الذي يدعونه زیداً ، قال جدي : يقبل لأن الاعتبار بتسمية أبويه ، وقد يكون للرجل اسمان ، وأكثر ، وقيل : الاعتبار بالاسم المشهور في الناس ، لأنه أبلغ في التعريف . وأنه لو قال : امرأتي هذه محرمة علي لا تحل لي أبداً ، قال جدي : لا تطلق ، لأن التحريم قد يكون بغير الطلاق ، وقد يظن التحريم المؤبد باليمين على ترك الجماع ، وقيل : يحكم عليه باليمين لمقتضى هذا اللفظ ، وأنه لو قيل لرجل اسمه زيد : يا زيد ، فقال : امرأة زيد طالقت ، قال جدي : تطلق امرأته . وقال غيره ^(١) : لا تطلق حتى يريد نفسه لجواز ^(٢) إرادة زيد آخر . وليجىء هذا الوجه ، فيما إذا قال : فاطمة طالقت واسم زوجته فاطمة ، ويشبه أن يكون هو الأصح ليكون قاصداً تطليق زوجته ، وأنه لو قيل : طلقت ^(٣) امرأتك ، فقال : اعلم أن الأمر على ما نقوله ، فهل يكون هذا إقراراً بالطلاق ؟ وجهان حكاهما جدي ، أصحها ليس باقرار لأنه أمره أن يعلم ، ولم يحصل هذا العلم ، وأنها لو ادعت أنه طلقها ثلاثاً ، فأنكر ، ثم قال لفقيه : اكتب لها ثلاثاً ، قال جدي : يحتمل كونه كناية ، ويحتمل أن لا يكون ، وأنه لو قال : امرأتي التي في هذه الدار طالقت ، ولم تكن امرأته فيها ، لا يقع الطلاق ، وأنه لو قال : رددت عليك الطلقات الثلاث ، ونوى ، وقع الثلاث . وأنه لو قال : امرأته طالقت ، وعنى نفسه ، قال جدي : يحتمل وقوع الطلاق ، ويحتمل عدمه .

(١) في نسخ الظاهرية : وقيل : لا تطلق .

(٢) في الأصل : يجوز . (٣) في الأصل : طلقتك .

تمت : الوقوع أرجح والله اعلم

وأنه لو قال لابنه : قل لأمك أنت طالق ، قال جدي : إن أراد التوكيل ، فإذا قاله لها الابن ، طلقت ، وبجمل أن يقع ويكون الابن مخبراً لها بالحال .

وأنه لو قال : كل امرأة في السكة طالق ، وزوجته في السكة ، طلقت على الأصح . وأنه لو وكل في طلاقها ، فقال الوكيل : طلقت من يقع الطلاق عليها بلفظي ، هل تطلق التي وكله في طلاقها ؟ أو طلقها ولم ينو عند الطلاق أن يطلق موكله ، ففي الوقوع وجهان .

وفي فتاوي القاضي حسين ، أنه لو قيل له : فعلت كذا ، فأنكرو ، فقيل له : إن كنت فعلته فامراتك طالق ، قال (١) نعم ، لم تطلق ، لأنه لم يوقعه . قال البخوي : ينبغي أن يكون على القولين ، فيمن قيل له : طلقها ؟ قال : نعم .

وفي « المستدرک » للإمام اسماعيل البوشنجي ، أنه لو قال لزوجته : وهبتك لأهلك ، أو لأبيك أو للأزواج أو للأجانب ، ونوى الطلاق ، طلقت ، كقوله : الحقني بأهلك .

وأنه لو قال لامرأته : أنت كذا ونوى الطلاق ، لم تطلق . وكذا لو علق بصفة ، فقال : إن لم أدخل الدار ، فأنت كذا ، ونوى ، لم تطلق لأنه لا إشعار له بالفرقة ، فأنشبه إذا قال : إن لم أدخل الدار فأنت كما أضمر ، ونوى الطلاق ، فإنها لا تطلق ، وأنه لو قال : أربع طرق عليك مفتوحة ، فخذي أيها شئت ، أو لم يقل : خذي أيها شئت ، أو قال : فتحت عليك طريقك ، فكناية . وقال أبو بكر الشامي : إذا لم يقل : خذي أيها شئت ، فليس كناية ، ووافق في قوله : فتحت عليك طريقك

(١) في نسخ الظاهرية : فقال .

أنه كناية . وأنه لو قال : خذي طلاقك ، فقالت : أخذت ، لم تطلق ما لم توجد نية الإيقاع من الزوج بقوله : خذي أو من المرأة إن حمل قوله على تفويض الطلاق اليها .

وفي « الإقناع » ، لأقضى القضاة الماوردي ، أن قوله : لعن الله يسوق إليك خيراً كناية ، وذكر هو وغيره أن قوله : بارك الله لك ، كناية ، بخلاف قوله : بارك الله فيك .

وفي « فتاوى الغزالي » : إذا كتب الشرطي إقرار رجل بالطلاق ، فقال له الشهود : نشهد عليك بما في هذا الكتاب ؟ فقال : أشهدوا ، لا يقع الطلاق بينه وبين الله تعالى ، بل لو قال : أشهدوا على أنني طلقته أمس وهو كاذب ، لم يقع فيما بينه وبين الله تعالى .

وفي « التتمة » ، أنه لو قال لواحدة من نسائه : أنت طالق مائة طلقة ، فقالت : تكفيني ثلاث ، فقال : الباقي على صوابك ، لا يقع على صوابها طلاق ، لأنه لم يخاطبهن ، وإنما رد عليها شيئاً لاغياً ، فإن نوى به الطلاق ، كان طلاقاً وكان التقدير : أنت طالق بثلاث ، وهن طوائف بالباقي . وأنه لو قال : كل امرأة أتزوجها فهي طالق ، وأنت يا أم أولادي ، قال أبو عاصم العبادي : لا تطلق ، وهو كما قال غيره : لو قال لزوجته : نساء العالمين طوائف وأنت يا فاطمة ، لا تطلق ، لأنه عطف على نسوة لم يطلقن ، وأنه لو قال له رجل : فعلت كذا فأنكر ، فقال الرجل : الحل عليك حرام ، والنية نيتي أنك ما فعلت ، فقال : الحل علي حرام ، والنية نيتك ما فعلته ، لغا قوله : النية نيتك ، ويكون الحكم كما لو تلفظ بهذا اللفظ ابتداءً . ولو قال له لما أنكر : امرأتك طالق إن كنت كاذباً ، فقال : طالق وقال : ما أردت طلاق امرأتي يقبل ، لأنه لم توجد إشارة إليها ولا تسمية ، وإن لم يدع إرادة غيرها ، حكم بوقوع الطلاق وبالله التوفيق .

فرع

قال : أنت طالق ثلاثاً أو لا ، باسكان الواو ، لا يقع شيء . قال المتولي :
كما لو قال : هل أنت طالق ؟ ولو قال : أنت طالق أولاً بتشديد الواو وهو
يعرف العربية ، طلقت .

الطوف الثاني في الأفعال القائمة مقام اللفظ :

الإشارة والكتب يدلان على الطلاق ، فأما الإشارة ، فمعتبرة من الأخرس في وقوع
الطلاق ، وتقوم إشارته مقام عبارة الناطق في جميع العقود والحلول والأقارب والدعاوي ، لكن
في شهادته خلاف . وإذا أشار في صلاته بطلاق أو يبيع أو غيرهما ، صح العقد قطعاً ولا
تبطل صلاته على الصحيح ، ثم منهم من أدار الحكم على إشارته المفهومة ، وأوقع الطلاق
بها ، نوى أم لم ينو ، وكذا فصل (١) البغوي .

وقال الإمام وآخرون : إشارته منقسمة إلى صريحة مغنية عن النية ، وهي
التي يفهم منها الطلاق كل واقف عليها ، وإلى كناية مفتقرة إلى النية ، وهي التي
يفهم الطلاق بها الخصوص بالفتنة والذكاء . ولو بالغ في الإشارة ، ثم ادعى أنه
لم يرد الطلاق وأفهم هذه الدعوى . قال الإمام : هو كما لو فسر اللفظة الشائعة
في الطلاق بغيره .

فرع

سواء في اعتبار إشارة الأخرس ، قدر على الكتابة أم لا ، هكذا قاله
الإمام ، وبوافقه إطلاق الجمهور . وقال المتولي : إنما تعتبر إشارته إذا لم يقدر على

(١) في نسخ الظاهرية : وكذا فعل .

كتابة مفهومة . فالكتابة هي المعتبرة ، لأنها أضبط ، وينبغي أن يكتب مع ذلك : إني قصدت الطلاق .

فرع

إذا كتب الأخوس الطلاق ، فثلاثة أوجه . الصحيح أنه كناية ، فيقع الطلاق إذا نوى ، وإن لم يشر معها ، والثاني : لا بد من الإشارة ، والثالث : هو صريح ، قاله الشيخ أبو محمد .

فصل

القادر على النطق ، إشارته بالطلاق ليست صريحة ، وإن أفهم بها كل أحد ، وليست كناية أيضاً على الأصح . ولو قال لإحدى زوجتيه : أنت طالق وهذه ، ففي افتقار طلاق الثانية إلى نية ، وجهان . ولو قال : امرأتي طالق ، وأشار إلى إحداها ، ثم قال : أردت الأخرى ، فوجهان . أحدهما : يقبل . والثاني : لا يقبل ، بل تطلقان جميعاً .

فصل

إذا كتب القادر بطلاق زوجته ، نظر ، إن قرأ ما كتبه وتلفظ به في حال الكتابة ، أو بعدها ، طلقت ، وإن لم يتلفظ ، نظر ، إن لم ينو إيقاع الطلاق ، لم تطلق على الصحيح ، وقيل : تطلق وتكون الكتابة صريحاً ، وليس بشيء . وإن نوى ، ففيه أقوال وأوجه وطرق ، مختصرها ثلاثة أقوال . أظهرها : تطلق مطلقاً ، والثاني : لا ، والثالث : تطلق إن كانت غائبة عن المجلس ، وإلا فلا . وهذا الخلاف جارٍ في سائر التصرفات التي لا تقتصر إلى قبول كالإعتاق والإبراء ، والعفو عن القصاص وغيرها بلا فرق .

وأما ما يحتاج إلى قبول ، فهو نكاح وغيره ، أما غيره كالبيع والهبة والاجارة ، ففي انعقادها بالكتب خلاف مرتب على الطلاق ، وما في معناه ، إن لم يعتبر الكتب هناك ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان ، للخلاف في انعقاد هذه التصرفات بالكنايات ، ولأن القبول فيها شرط فيتأخر عن الإيجاب ، والأشبه الانعقاد . ومن قال به ، جعل تمام الإيجاب بوصول الكتاب ، حتى يشترط اتصال القبول به . وفي وجه : لا يشترط ذلك ، بل يراعى التواصل اللائق بين الكتاتين ، وقد أشرنا إلى هذا كله في أول البيع ، وذكرنا عن بعضهم ، أن المشتري لو قبل بالقول ، كان أقوى من أن يكتب ، وكذا ذكره الإمام .

وأما النكاح ، ففيه خلاف مرتب ، والمذهب منعه بسبب الشهادة ، فلا اطلاع للشهود على النية . ولو قالوا بعد المكاتبه : نوبنا ، كان شهادة على إقرارهما لا على نفس العقد ، ومن جوز اعتمد الحاجة .

وإذا قلنا : ينعقد البيع والنكاح بالمكاتبه ، فذلك في حال الغيبة ، فأما عند الحضور ، فخلاف مرتب .

وحيث حكمنا بانعقاد النكاح بالمكاتبه يكتب : زوجتك بنتي ، ويحضر الكتاب عدلان ، ولا يشترط أن يحضرها ، ولا أن يقول : أشهدا . فإذا بلغه ، فيقبل لفظاً . أو يكتب القبول ، ويحضر القبول شاهداً الإيجاب ، فإن شهده آخران ، فوجهان . أصحهما : المنع ، ومن جوز ، احتمله كما احتمل الفصل بين الإيجاب والقبول . ثم إذا قبل لفظاً أو كتابة ، يشترط كونه على الفور ، وفيه وجه ضعيف سبق .

فرع

كتب إليه : وكلتك في بيع كذا من مالي ، أو إعتاق عبي ، فإن قلنا : الوكالة لا تقتصر إلى القبول ، فهو ككتب الطلاق ، وإلا فكالبيع ونحوه .

فرع

كتب: زوجتي طالق ، أو يا فلانة أنت طالق ، أو كل زوجة لي فهي طالق ، فإن قرأ ما كتبه ، فقد ذكرنا أنها تطلق . فلو قال : لم أنو الطلاق ، وإنما قصدت قراءة ما كتبه وحكايته ، ففي قبوله ظاهراً وجهان مشبهان بالوجهين فيما لو حل الوثاق ، وقال : أنت طالق . وفائدة الخلاف ، إنما تظهر إذا لم يجعل الـكتب صريحاً ولا كناية ، أو قلنا : كناية ، وأنكر اقتران النية .

فرع

إذا أوقعنا الطلاق بالمكاتبه ، نظر في صورة المكتوب ، إن كتب : أما بعد ، فأنت طالق ، طلقت في الحال ، سواء وصلها الكتاب أم ضاع .

وإن كتب : إذا قرأت كتابي ، فأنت طالق ، لم يقع بمجرد البلوغ ، بل عند القراءة . فإن كانت تحسن القراءة ، طلقت إذا قرأته قال الإمام : والمعتبر أن تطلع على ما فيه . واتفق علماؤنا على أنها إذا طالعه وفهم ما فيه ، طلقت ، وإن لم تتلفظ بشيء . فلو قرأه غيرها عليها ، فهل يقع الطلاق لأن المقصود اطلاعها ، أم لا لعدم قراءتها مع الامكان ؟ وجهان . أصحابنا : الثاني ، وبه قطع البغوي . وإن كانت لا تحسن القراءة ، طلقت إذا قرأه عليها شخص على الصحيح . وقيل : لا تطلق أصلاً . ولو كان الزوج لا يعلم ، أهي قارئة أم لا ، فيجوز أن ينعقد التعليق على قراءتها بنفسها ، نظراً إلى حقيقته ، ويجوز أن ينعقد على الفهم^(١) والاطلاع ، لأنه القدر المشترك بين الناس ، والأول أقرب . أما إذا كتب :

(١) في الأصل : التفهم .

إذا أتاك كتابي ، أو بلغك ، أو وصل إليك كتابي فأنت طالق ، فلا يقع الطلاق قبل أن يأتيا ، فإن انمى جميع المكتوب ، فبلغها القرطاس بحيث لا يمكن قراءته ، لم تطلق كما لو ضاع . وقيل : تطلق ، إذ يقال : أتى كتابه وقد انمى ، والصحيح الأول . وإن بقي أثر ، وأمكن قراءته ، طلقت ، كما لو وصل بحاله ، وإن وصلها بعض الكتاب دون بعضه ، فخرم الكتاب أربعة أقسام .

أحدها : موضع الطلاق ، فإن كان هو الضائع ، أو انمى مافيه ، فثلاثة أوجه . أصحابنا : لا تطلق ، والثاني : تطلق ، والثالث : إن قال : إذا جاءك كتابي ، وقع . وإن قال : إذا جاءك كتابي هذا أو الكتاب ، فلا .

الثاني : موضع سائر مقاصد الكتاب ، ومنه ما يعتذر به عن الطلاق ويبرئها عليه من الأفعال الملبثة إلى الطلاق ، فإن كان الحلل فيه بالتخريق والانحاء ، وبقي موضع الطلاق وغيره ، ففيه الأوجه الثلاثة ، والوقوع هنا أولى ، وبه قال أبو إسحق ، لوصول المقصود ، ويحسن الاعتماد على الوجه الثالث في الصورتين .

الثالث : موضع السوابق والواحق ، كالتسمية ، وصدر الكتاب ، والحد والصلاة . فإذا كان الحلل فيه والمقاصد باقية ، ففيه الأوجه ، لكن الأصح هنا ، الوقوع . قال الإمام : وكنت أود أن يفرق في هذه الصور الثلاث بين أن يبقى معظم الكتاب ، أم يحتل ؟ فإن للمعظم ^(١) أثراً في بقاء الاسم وعدمه .

قلت : هذا الذي أشار إليه الإمام ، هو وجه ذكره في « المستظهر » ، لكنه لم يطرده فيما إذا انمى موضع الطلاق ، لم يقع عنده ، وعند سائر العراقيين قطعاً ، ولفظه : وقيل : إن وجد أكثر الكتاب ، طلقت . والله أعلم

(١) في الأصل : المعظم .

الرابع : البياض في أول الكتاب وآخره . المذهب : أنه لا عبء بزواله .
وقيل : يطرد الخلاف .

أما إذا كتب : إذا بلغك كتابي ^(١) فأنت طالق ، فإن بلغ موضع الطلاق
وقع بلا تفصيل ولا خلاف ، وإن بلغ ما سواه وبطل موضع الطلاق ، لم تطلق .

فرع

كتب : إذا بلغك كتابي ، فأنت طالق ، وكتب أيضاً : إذا وصل إليك طلاق
فأنت طالق فبلغها ، وقعت طلفتان للصفين ^(٢) .

ولو كان التعليق بقراءتها ، فقرأت بعضه دون بعض ، فعلى ما ذكرناه في
وصول بعضه دون بعض .

فرع

كتب كتابه ونوى ، فككتب الصريح .
ولو أمر الزوج أجنبياً ، فككتب ونوى الزوج ، لم تطلق كما لو قال للأجنبي :
قل لزوجتي : أنت بائن ونوى الزوج ، لا تطلق .

فرع

كتب : إذا بلغك نصف كتابي هذا فأنت طالق ، فبلغها كله ، فهل يقع
لاشتمال الكل على النصف ، أم لا لأن النصف في مثل هذا يراد به المنفرد؟ وجهان .
قلت : الأصح الوقوع . والله أعلم

(١) في نسخ الظاهرية : طلاق .

(٢) في الأصل : للصنفين .

فرع

الكتب على الكاغد ، والرق ، واللوح ، والنقر في الحجر والخشب ، سواء في الحكم ، ولا عبوة برسم الحروف على الماء والهواء ، لأنها لا تثبت . قال الإمام : ولا يمتنع أن يلحق هذا بالإشارة المفهمة ، ولك أن تمنعه ، لأن هذا إشارة إلى الحروف لا إلى معنى الطلاق وهو الابعاد .

قلت : ولو خط على الأرض وأفهم ، فكأخط على الورق ، ذكره الإمام والمتولي وغيرهما ، وقد سبق في "كتاب البيع" . والله اعلم .

فرع

قالت : أتاني كتاب الطلاق ، فأنكر أنه كتبه ، أو أنه نوى ، صدق ، فلو شهد شهود أنه خطه ، لم تطلق بمجرد ذلك ، بل يحتاج مع ذلك إلى إثبات قراءته أو نيته .

فرع

كتب : أنت طالق ثم استمد فكتب : إذا أذاك كتابي ، فإن احتاج إلى الاستمداد ، لم تطلق حتى يبلغها الكتاب ، وإلا طلقت في الحال .

فرع

حرك لسانه بكلمة الطلاق ، ولم يرفع صوته قدراً يسمع نفسه . قال المتولي : حكى الزجاجي ، أن المزني نقل فيه قولين . أحدهما : تطلق ، لأنه أقوى من الكتب مع النية . والثاني : لا لأنه ليس بكلام ، ولهذا يشترط في قراءة الصلاة أن يسمع نفسه .

قلت : الأظهر : الثاني ، لأنه في حكم النية المجردة ، بخلاف المكتب ، فإن المعتمد في وقوع الطلاق به حصول الافهام ولم يحصل هنا . والله اعلم

الطرف الثالث في التفويض : يجوز أن يفوض إلى زوجته طلاق نفسها ، فإذا فوض فقال : طلقي نفسك إن شئت ، فهل هو تمليك للطلاق ، أم توكيل به ؟ قولان . أظهرهما : تمليك وهو الجديد ، فعلى هذا ، تطبيقها يتضمن القبول ، ولا يجوز لها تأخيرها ، فلو أخرت بقدر ما ينقطع القبول عن الإيجاب ثم طلقت ، لم يقع . وقال ابن القاص وغيره : لا يضر التأخير مادام في المجلس ، وقال ابن المنذر : لها أن تطلق متى شئت ، ولا يختص بالمجلس ، والصحيح الأول ، وبه قال الأكثرون . ولو قال : طلقي نفسك بألف ، أو على ألف إن شئت فطلقت ، وقع بائناً ، وهذا تمليك بعوض . وإذا لم يجز ^(١) عوض ، فهو كالهبة . قال القفال : ولو قال : طلقي نفسك ، فقالت : كيف يكون تطليقي لنفسي ، ثم قال : طلقت ، وقع الطلاق ولم يكن هذا القدر قاطعاً ، وهذا تفريع على أن الكلام اليسير لا يضر تخلله .

أما إذا قلنا : التفويض توكيل ، ففي اشتراط قبولها الخلاف المذكور في سائر الوكالات ، ويجيء الوجه الفارق بين صيغة الأمر بأن يقول : طلقي نفسك . وصيغة العقد ، كقوله : وكلتك في طلاق نفسك . وهل يجوز تأخير التطبيق على هذا القول ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، فتطلق متى شئت كتوكيل الأجنبي . والثاني وبه قال القاضي حسين البغوي : لا ، وطرده القاضي فيما لو قال : وكلتك في طلاق نفسك .

أما إذا قال : طلقي نفسك متى شئت ، فيجوز التأخير قطعاً ، وللزوج أن يرجع

(١) في الأصل : لم يجز .

فيه قبل أن تطلق نفسها إن جعلناه نوكيلاً ، وكذا إن جعلناه تمليكاً على الصحيح ، ومنعه ابن خيران .

ولو قال : إذا جاء رأس الشهر ، فطلقى نفسك ، فإن قلنا : تمليك ، ألفاً ، وليس لها التطلق إذا جاء رأس الشهر .. وإن قلنا : توكيل ، جاز كتوكيل الأجنبي . وعلى هذا لو قال : إذا جاء رأس الشهر ، فطلقى نفسك ، إن ضمنى لي ألفاً ، أو قال : طلقى نفسك إن ضمنى لي ألفاً بعد شهر ، فإذا طلقت نفسها على ألف بعد مضي الشهر ، طلقت ولزمها الألف .

قال اسماعيل البوشنجي : لو قال لأجنبي : إذا جاء رأس الشهر ، فأمر امرأتى بيدك ، فإن كان قصده بذلك إطلاق الطلاق له بعد انقضاء الشهر ، فله التطلق بعد أي وقت شاء ، إلا أن يطرأ منع ، وإن أراد تقييد الأمر برأس الشهر ، تقييد الطلاق به ، وليس له التطلق بعده ، ولو قال : إذا مضى هذا الشهر فأمرها بيدك ، فقتضاء إطلاق الاذن بعده ، فيطلقها بعده^(١) متى شاء . ولو قال : أمرها بيدك إلى شهر أو شهراً ، فله أن يطلقها إلى شهر ، وليس له تطلقها بعده .

وهذه الأحكام في حق الزوجة ، كهي في حق الأجنبي إذا جعلنا التفويض اليها توكيلاً .

فرع

قال : طلقي نفسك ، فقالت : طلقت نفسي أو أنا طالق إذا قدم زيد ، لم يقع الطلاق إذا قدم ، لأنه لم يملكها التعليق ، وكذا حكم الأجنبي ، وفيها وجه حكاه الخناطي .

(١) في الأصل : بعد .

ولو قال لها : علقي طلاقك ، ففعلت ، أو قاله لأجنبي ، ففعل ، لم يصح ، لأن تعليق الطلاق يجري مجرى الأيمان ، فلا يدخله نيابة ، وقيل : يصح . وقيل : إن علق على صفة توجد لاحالة ، كطلوع الشمس ، ورأس الشهر ، صح لأن مثل هذا التعليق ليس بيمين ، وإن كانت محتملة الوجود كدخول الدار ، لم يصح ، لأنه يمين ، والصحيح هو الأول ، وبه قطع البغوي .

فرع

تفويض الإعتاق إلى العبد ، كتفويض التطليق إلى الزوجة في الأحكام المذكورة .

فصل

كما يجوز التفويض بصريح الطلاق ، ويعتد من المفوض إليها بالصريح ، كذلك يجوز التفويض بالكنايات مع النية ، ويعتد منها بالكناية مع النية ، ولا يشترط توافق لفظيها ، إلا أن يقيد التفويض .

فإذا قال : أبيني نفسك ، أو بتي ، فقالت : أبنت : أو بتت ، ونويا ، طلقت . وإن لم ينو أحدهما ، لم تطلق .

ولو قال : طلقي نفسك ، فقالت : أبنت نفسي ، أو أنا خلية أو برة ، ونوت ، طلقت على الصحيح . وقال ابن خيران ، وأبو عبيد بن حروبه : لا تطلق . ولو قال : طلقي نفسك ، فقالت للزوج : طلقتك ، ففيه هذا الخلاف ، ويجري الخلاف في عكسه بأن يقول : أبيني نفسك ، أو فوضت إليك أمرك ، أو ملكتك نفسك ، أو أمرك بيدك وينوي ، فتقول : طلقت نفسي ، قال القاضي حسين وغيره : ويجري فيما لو قال لأجنبي : طلقها ، فقال : أبنتها ، ونوى ، أو قال : أبنا ونوى ، فقال : طلقتها .

ولو قال لها : أبيني نفسك ونوى . فقالت : أنا خلية ونوت ، فإن قلنا بالصحيح ، طلقت ، وعلى قول ابن خيران ، وجهان . أصحها : تطلق ، لأن الاعتماد هنا على النية ، واللفظ غير مستقل ، بخلاف اختلاف الصريح والكناية . ولو قال : طلقي نفسك بصريح الطلاق ، أو قال : بكناية الطلاق ، فعدل عن المأذون فيه إلى غيره ، لم تطلق بلا خلاف . ولو قال : طلقي نفسك ، فقالت : مرحت نفسي ، طلقت بلا خلاف لا شترأكها في الصراحة .

قرع

قال لها : اختاري نفسك ونوى تفويض الطلاق ، فقالت : اختوت نفسي ، أو اختوت ونوت ، وقعت طلقة . ولو قال : اختاري ولم يقل : نفسك ، ونوى تفويض الطلاق ، فقالت : اختوت ، ففي « التهذيب » أنه لا يقع الطلاق حتى تقول : اختوت نفسي ، وأشعر كلامه بأنه لا يقع وإن نوت ، لأنه ليس في كلامه ولا كلامها ما يشعر بالفراق ، بخلاف قوله : اختاري نفسك ، فإنه يشعر ، فانصرف كلامها إليه . وقال إسماعيل البوشنجي : إذا قالت : اختوت ، ثم قالت بعد ذلك : أودت : اختوت نفسي وكذبها الزوج ، فالقول قولها ، ويقع الطلاق .

ولو قالت : اختوت نفسي ونوت ، وقعت طلقة ، وتكون رجعية إن كانت محلاً للرجعة . ولو قالت : اختوت زوجي أو النكاح لم تطلق .
ولو قالت : اختوت الأزواج ، أو اختوت أبوي ، أو أخي ، أو عمي ، طلقت على الأصح سواء قال : اختاري نفسك أو اختاري فقط .

فرع

متى كان التفويض وتطبيقها أو أحدهما بكناية فتازعا في النية ، فالقول قول النايي ، سواء أثبتنا أم نفاها . وقال الاصطخري : إذا ادعت أنها نوت فأنكر

صدق ، لأن الأصل بقاء النكاح ، والصحيح الأول ، لأن النية لا تعرف إلا من الناي .
ولو اختلفا في أصل التخيير ، فأنكروا الزوج ، أو قال : خيرتك فلم تختاري في
وقت الاختيار ، وقالت (١) : اخترت ، فالقول قوله للأصل .

قال ابن كج : ولو جعل أمرها إلى وكيل ، فقال لها الوكيل : أمرك بيدك وزعم أنه
نوى الطلاق ، وصدقته المرأة ، وكذبه الزوج ، فالقول قول الوكيل على الصحيح ،
لأنه أمينه . وقيل : القول قول الزوج للأصل .
ولو توافق الزوجان على تكذيبه ، لم يقبل قول الوكيل .

فرع

القول في اشتراط الفور في قبولها إذا فوض بكنابة ، على ما ذكرناه إذا
فوض بصريح .

فرع

قال : اختاري من ثلاث طلاقات ماسئت ، أو طلقي نفسك من ثلاث ماسئت ،
فلها أن تطلق نفسها واحدة أو اثنتين ، ولا تملك الثلاث .

فرع

خير صبية ، فاختارت ، لم تطلق .

فرع

قال المتولي : لو قال ثلاث مرات : اختاري وقال : أردت واحدة ، لم
يقع إلا واحدة .

(١) في الأصل : فقالت .

فرع

ذكر إسماعيل البوشجي أنه إذا قال : اختاري نفسك ، أو طلقي نفسك ،
فقلت : أختار أو أطلق ، فطلقة للاستقبال ، فلا يقع في الحال شيء . فإن قال :
أردت الإنشاء ، وقع في الحال .

قلت : هذا كما قال ، ولا يخالف هذا قول النحويين ، أن الفعل المضارع إذا
تجرد ، فالحال أولى به ، لأنه ليس صريحاً في الحال ، وعارضه أصل بقاء النكاح
وانتدأعلم

فرع

ذكر إسماعيل البوشنجي أنه لو خيرها وهي لاتعلم ، فاخترت اتفاقاً ، خرج
على الخلاف فيما لو باع مال أبيه على أنه حي فكان ميتاً ، والطلاق أولى بالنفوذ .
وأنه لو قال لرجل : أمر امرأتي بيد الله تعالى وبيدك ، يسأل ، فإن قال :
أردت أنه لا يستقل بالطلاق ، قبل قوله ولم يكن له أن يطلق ، وإن قال :
أردت أن الأمور كلها بيد الله تعالى ، والذي أثبتته الله لي جعلته في يدك ، قبل
واستقل ذلك الرجل . وأنه لو قال : كل أمر لي عليك قد جعلته بيدك ، فعندي
أن هذا ليس بتفويض صريح ، وأنه ليس لها أن تطلق نفسها ثلاثاً ما لم ينو هو
الثلاث . وأنه لو قال لها : اختاري اليوم وغداً وبعد غد ، فإلضاف إلى الزمن
المستقبل ينبغي أن يكون على الخلاف ، في أن التفويض عليك أم توكيل ؟ إن
قلنا : تمليك ، لم يحتمل التراخي كالبيع ، وإلا فهو كتوكيله بالبيع اليوم وغداً
وبعد غد . فعلى هذا ، له الرد في بعض الأيام دون بعض .

فصل

قال : طلقي نفسك ونوى الثلاث ، فقالت : طلقت نفسي ونوت الثلاث ، وقع الثلاث . وإن لم تنو هي العدد ، فهل يقع واحدة أم الثلاث ؟ وجهان . أصحها : واحدة . ولو قال : طلقي نفسك ثلاثاً ، فقالت : طلقت أو طلقت نفسي ولم تلفظ بالعدد ولا نوته ، وقع الثلاث ، لأن قولها هنا جواب لكلامه ، فهو كالعادة في الجواب ، بخلاف ما إذا لم يتلفظ هو بالثلاث ونوتها ، لأن المنوي لا يمكن تقدير عوده في الجواب ، فإن التخاطب باللفظ لا بالنية . وفيه احتمال للإمام ، أنه لا يقع إلا واحدة . ولو فرض بكناية ونوى عدداً وطلقت هي بالكناية ونوت العدد ، وقع ما نواه .

فلو نوى أحدهما عدداً ، والآخر عدداً آخر ، وقع الأقل . ولو قال : طلقي نفسك ثلاثاً ، فطلقت واحدة أو ثنتين ، وقع ما أوقعته . ثم إن أوقعت واحدة فراجعها في الحال . قال البغوي في الفتاوى : لها أن تطلق ثانية وثالثة ، لأنه لا فرق بين أن تطلق الثلاث دفعة ، وبين قولها : طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة ، فلا يقدح تخلل الرجعة بين الطلقتين . ولو قال : طلقي واحدة ، فقالت : طلقت ثلاثاً أو ثنتين ، وقعت واحدة ، والحكم في الطرفين في توكيل الأجنبي كما ذكرنا .

قلت : وحكي صاحب « المذهب » وغيره وجهاً في التوكيل : إذا زاد أو نقص ، لا يقع شيء لأنه متصرف بالأذن ولم يؤذن في هذا والله أعلم

ولو قال : طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت ، فطلقت واحدة ، أو قال : واحدة إن شئت ، فطلقت ثلاثاً ، وقعت واحدة كما لو لم يقل : إن شئت . ولو قدم ذكر المشيئة على العدد فقال : طلقي نفسك إن شئت ثلاثاً ، فطلقت واحدة ، أو

قال : طلقي إن شئت واحدة ، فطلقت ثلاثاً . قال صاحب « التلخيص » وسائر
الأصحاب : لا يقع ، لأن مشيئة ذلك العدد حارت شرطاً في أصل الطلاق ،
وبالله التوفيق .

الركن الثالث : القصد إلى الطلاق : فيشترط أن يكون مقاصداً لحروف
الطلاق بمعنى الطلاق ، ولا يكفي القصد إلى حروف الطلاق من غير قصد معناه ،
ويختلف القصد بثلاثة أسباب .

الأول : أن لا يقصد اللفظ ، كالنائم تجري كلمة الطلاق على لسانه . ولو
استيقظ نائم ، وقد جرى على لسانه لفظ الطلاق فقال : أجزت ذلك الطلاق أو
أوقعته ، فهو لغو .

فرع

من سبق لسانه إلى لفظ الطلاق في محاورته ، وكان يريد أن يتكلم بكلمة أخرى ،
لم يقع طلاقه ، لكن لا تقبل دعواه سبق اللسان في الظاهر إلا إذا وجدت قرينة
تدل عليه . فإذا قال : طلقك ، ثم قال : سبق لساني وإنما أردت : طلبتك ، فنص
الشافعي رحمه الله تعالى ، أنه لا يسع امرأته أن تقبل منه . وحكي الروباني عن
صاحب « الحاوي » ، وغيره : أن هذا فيما إذا كان الزوج متهماً . فأما إن ظنت
صدقه بأمارة ، فلها أن تقبل قوله ولا تخصمه . وأن من سمع ذلك منه إذا عرف
الحال ، يجوز أن يقبل قوله ولا يشهد عليه . قال الروباني : وهذا هو الاختيار .
ولو كانت زوجته تسمى طالقاً ، وعنده يسمى حراً ، فقال لها : يا طالق ، وله : يا حر ،
فإن قصد النداء ، فلا طلاق ولا عتق . وإن قصد الطلاق والعتق ، حصل . وإن
أطلق ولم ينو شيئاً ، فعلى أيها يحمل ؟ وجهان . أحدهما : على النداء وبه قطع
البعوي . ولو كان حروف اسم امرأته تقارب حروف طالق ، كطالع وطالب ،
وطارق ، فقال : يا طالق ، ثم قال : أردت أن أقول : يا طارق ، أو يا طالع
فالتف الحرف بلساني ، قبل قوله في الظاهر لظهور القرينة .

ومن صور سبق اللسان ، ما إذا طهرت من الحيض أو ظن طهرها ، فأراد أن يقول : أنت الآن طاهرة ، فسبق لسانه ، فقال : أنت الآن طالقة .

فرع

المبرم والمغمى عليه كالنائم .

فرع

الحاكي لطلاق غيره ، كقوله : قل فلان : زوجي طالق . والفقير إذا كرر لفظ الطلاق في تصويره وتدريبه وتكراره ، لا طلاق عليه .

فرع

قال : أنت طالق عن العمل . قال البوشنجي : لا يقع الطلاق لا ظاهراً ولا باطناً .

فصل

الطلاق والعق ينفذان من المازل ظاهراً وباطناً ، فلا تدين فيها ، وينفذ أيضاً النكاح والبيع وسائر التصرفات مع المزل على الأصح .

وصورة المزل أن يلعبها بالطلاق بأن تقول في معرض الدلال والاستهزاء : طلقني ، فقال : طلقتك ، فتطلق ، لأنه خاطبها قاصداً مختاراً ، ولم يصرف اللفظ إلى تأويل ، فلم تدين ، بخلاف من قال : أردت طالق من وثاق .

فصل

خاطب زوجته بالطلاق في ظلمة أو حجاب ونحوهما وهو يظنها أجنبية ، تطلق عند الأصحاب ، وفيه احتمال للإمام .

وحكى الغزالي في « البسيط » أن بعض الوعاظ طلب من الحاضرين شيئاً فلم يعطوه ، فقال متضجراً منهم : طلقكم ثلاثاً ، وكانت زوجته فيهم وهو لا يعلم ، فأفتى إمام الحرمين بوقوع الطلاق . قال : وفي القلب منه شيء .

ولك أن تقول : ينبغي أن لاتطلق ، لأن قوله : طلقكم لفظ عام وهو يقبل الاستثناء بالنية ، كما لو حلف لايسلم على زيد ، فسلم على قوم هو فيهم واستثناء بقلبه ، لم يحث . وإذا لم يعلم أن زوجته في القوم ، كان مقصوده غيرها .

قلت : هذا الذي قاله إمام الحرمين والرافعي ، كلاهما عجب منها ، أما العجب من الرافعي ، فلأن هذه المسألة ليست كمسألة السلام على زيد ، لأنه هناك علم به واستثناء ، وهنا لم يعلم بها ولم يستثنها ، واللفظ يقتضي الجميع إلا ما أخرجه ولم يخرجها . وأما العجب من الإمام ، فلأنه تقدم في أول الركن أنه يشترط قصد لفظ الطلاق بمعنى الطلاق ، ولا يكفي قصد لفظه من غير قصد معناه ، ومعلوم أن هذا الواعظ لم يقصد معنى الطلاق ، وأيضاً فقد علم أن مذهب أصحابنا أو جمهورهم ، أن النساء لايدخلن في خطاب الرجال إلا بدليل . وقوله : طلقكم خطاب رجال (١) ، فلا تدخل امرأته فيه بغير دليل ، فينبغي أن لاتطلق لما ذكرته ، لا لما ذكره الرافعي ، فهذا ما تقتضيه الأدلة والله أعلم

فرع

نسي أن له زوجة ، أو زوجته أبوه في صغره ، أو وكيله في كبره وهو لايدري فقال : زوجتي طالق ، أو خاطبها بالطلاق ، طلقت ، نص عليه الشافعي رحمة الله عليه . وهذا في الظاهر . وفي نفوذه باطناً وجهان بناهما المتولي على الإبراء عن المجهول . إن قلنا : لايصح ، لم تطلق باطناً .

(١) في الأصل : رجل .

فرع

إذا لقن كلمة الطلاق بلغة لا يعرفها ، فقالها وهو لا يعرفها ، لم يقع طلاقه .
قال المتولي : هذا إذا لم يكن له مع أهل ذلك اللسان اختلاط . فإن كان لم يصدق في الحكم ويُدَّينُ باطناً . وإذا لم يقع الطلاق فقال : أردت بهذه اللفظة معناها بالعربية ، لم يقع على الأصح .

ولو قال : لم أعلم أن معناها قطع النكاح ، ولكن نويت بها الطلاق ، وقصدت قطع النكاح ، لم يقع الطلاق ، كما لو خاطبها بكلمة لا معنى لها ، وقال : أردت الطلاق .

السبب الثاني : الإكراه . التصرفات القولية المحمول عليها بالإكراه بغير حق ، باطلة سواء الردة والبيع ، وسائر المعاملات والنكاح ، والطلاق والإعتاق وغيرها ، وأما ما حمل عليه بحق ، فهو صحيح ، فيحصل من هذا أن إسلام المرتد والحربي مع الإكراه ، صحيح ، لأنه بحق ، ولا يصح إسلام الذمي مكرهاً على الأصح ، والمتولي يعدّ مضي المدة إذا أطلق بإكراه القاضي ، نفذ لأنه بحق ، أو لأنه ليس بحقيقة لإكراه ، فإنه لا يتعين الطلاق . قال المتولي : هذا في الطلقة الواحدة ، وأما إذا أكرهه الإمام على ثلاث طلقات فلتفظ بها ، فإن قلنا : لا ينعزل بالفسق ، وقعت واحدة ولغت الزيادة . وإن قلنا : ينعزل ، لم يقع شيء كما لو أكرهه غيره ، وثبت التحريم بالرضاع مع الإكراه ، وفي امتناع القصاص وحد الزنا في حق الزوج بالإكراه خلاف في موضعه ..

فصل

إنما يندفع الطلاق بالإكراه ، إذا لم يظهر ما يدل على اختياره . فإن ظهر بأن خالف المكره ، وأتى بغير ما حمله عليه ، حكم بوقوع الطلاق ، ولذلك

صور منها أن يكرهه على طلقة فيطلق ثلاثاً ، أو على ثلث ، فيطلق واحدة ، أو على طلاق زوجتين ، فيطلق إحداها ، أو على أن يطلق بصريح ، فطلق بكنابة أو بصريح آخر ، أو بالعكس ، أو على تنجيز الطلاق فعلقه ، أو بالعكس ، فلا عبوة بالإكراه في كل هذه الصور ، ويقع ما أتى به .

ولو أكرهه على طلاق إحدى^(١) زوجتيه ، فطلق واحدة بعينها ، وقع على المذهب لأنه مختار في تعيينها . وحكى المتولي فيه خلافاً ، ولو أكرهه على طلاق زوجة فطلق زوجتين ، نظر إن قال له : طلق زوجتك حفصة ، فقال لها ولضرتها عمرة : طلقتهما ، طلقنا ، لأنه عدل عن كلمة الإكراه . وإن قال : طلقت حفصة وعمرة ، أو : وطلقت عمرة ، أو حفصة طالق وعمرة طالق ، طلقت عمرة ولم تطلق حفصة ، هكذا فصله البغوي والمتولي وغيرهما ، ولم يفصل الإمام بين العبارتين ، بل أطلق عن الأصحاب الحكم بوقوع الطلاق على الضرتين . قال : وفيه احتمال ، إذ لا يبعد أن يكون مختاراً في طلاق عمرة .

فرع

الإكراه على تعليق الطلاق ، يمنع انعقاده ، كما يمنع نفوذ التنجيز .

فرع

إن وري المكره بأن قال : أردت بقولي : طلقت فاطمة غير زوجتي ، أو نوى الطلاق من وثاق ، أو قال في نفسه : إن شاء الله تعالى ، لم يقع الطلاق . وإذا ادعى التورية ، صدق ظاهراً في كل ما كان يدين فيه عند الطوعية .

وإن ترك التورية ، نظر إن كان غيباً لا يحسن التورية ، لم يقع طلاقه أيضاً ، وإن كان علماً وأصابته دهشة بالإكراه وسل السيف ، فكذلك . وإن لم تصبه

(١) في الأصل : أحد .

دهشة ، فوجهان . أحدهما : يقع طلاقه ، وهو اختيار القفال والغزالي ، لإشعاره
بالاختيار ، وأصحها : لا ، لأنه مجبر على اللفظ . ولانية تشعر بالاختيار .

ولو قصد المكره إيقاع الطلاق ، فوجهان . أحدهما : لا يقع ، لأن اللفظ
ساقط بالإكراه ، والنية لاتعمل وحدها . وأصحها : يقع لقصده بلفظه . وعلى
هذا ، فصريح لفظ الطلاق عند الإكراه ، كناية ، إن نوى وقع ، وإلا فلا .

فرع

قال : طلق زوجتي وإلا قتلتك ، فطلقها وقع على الصحيح ، لأنه أبلغ في
الإذن . وقيل : لا يقع لسقوط حكم اللفظ بالإكراه . كما لو قال لجنون :
طلقها فطلق .

فرع

الوكيل في الطلاق إذا أكرهه على الطلاق . قال أبو العباس الروباني : يحتمل
أن يقال : يقع لحصول اختيار المالك ، ويحتمل أن لا يقع ، لأنه المباشر . قال :
وهذا أصح .

فصل

في بيان الإكراه

يشترط فيه كون المكره غالباً قادراً على تحقيق ما هدده به ، بولاية ، أو
تغلب ، وفراط هجوم ، وكون المكره مغلوباً عاجزاً عن الدفع بفرار أو مقاومة ،
أو استعانة^(١) بغيره ، ويشترط أن يغلب على ظنه أنه إن امتنع عما أكرهه عليه ،
أوقع به المكره . وقال أبو إسحاق الروزي : لا إكراه إلا بأن ينال بالضرب .

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : استغاثة .

والصحيح الذي قطع به الجمهور ، عدم اشتراط تنجيز الضرب وغيره ، بل يكفي التوعد . وفيما يكون التخويف به إكراهاً ، سبعة أوجه .

أحدها : القتل فقط . حكاه الحناطي والإمام .

والثاني : القتل ، أو قطع طرف ، أو ضرب يخاف منه الهلاك ، قاله أبو إسحاق .

والثالث : قاله ابن أبي هريرة وكثيرون : أنه يلحق بما سبق أيضاً الضرب الشديد ، والحبس ، وأخذ المال ، وإتلافه ، وبهذا قال أبو علي في « الإفصاح » وزاد عليه فقال : لو توعد بنوع استخفاف ، وكان الرجل وجهياً يقض ذلك منه ، فهو إكراه . قال هؤلاء : فالضرب والحبس والاستخفاف ، يختلف باختلاف طبقات الناس وأحوالهم . والتخويف بالقتل والقطع وأخذ المال ، لا يختلف . وقال المامرجسي : يختلف بأخذ المال ، فلا يكون تخويف المومر بأخذ خمسة دراهم منه إكراهاً . قال الروباني : هذا هو الاختيار ، فهذه الأوجه هي الموجودة للمتقدمين من العراقيين وغيرهم . وأصحها : الثالث ، وصححه الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وغيرهما .

والرابع : أن الإكراه لا يحصل إلا إذا خوفه بما يسلب الاختيار ، ويجعله كالهارب من الأسد الذي يتخطى النار والشوك ، ولا يبالي ، فعلى هذا الحبس ليس بإكراه . وكذا التخويف بالإيلام الشديد . قال الإمام : لكن لو فوَّتح به ، احتمل جعله إكراهاً .

والخامس : لا يشترط سقوط الاختيار ، بل إذا أكرهه على فعل يؤثر العاقل الإقدام عليه حذراً مما تهدده به ، حصل الإكراه . فعلى هذا ، ينظر فيما طلبه منه وما هدده به ، فقد يكون الشيء إكراهاً في مطلوب دون مطلوب ، وفي شخص دون شخص . فإن كان الإكراه على الطلاق ، حصل بالقطع وبالتخويف

بالحبس الطويل ، وبتهويل ذوي المروءة بالصفع في المأ ، وتسويد الوجه والطوف به في السوق . وقيل : لا يكون التهويل بالحبس وما بعده إكراهاً ، وطرد هذا الخلاف في التهويل بقتل الولد والوالد ، والصحيح في الجميع ، أنه إكراه . والأصح أن التهويل ياتلف المال ليس إكراهاً على هذا الوجه ، وإن كان الإكراه على قتل فالتهويل بالحبس ، وقتل الولد ، وإتلاف المال ليس إكراهاً . وإن كان الإكراه على إتلاف مال ، فالتهويل بجميع ذلك إكراه . وقيل : لا يكون التهويل ياتلف المال إكراهاً في إتلاف المال .

الوجه السادس : أن الإكراه إنما يحصل بالتهويل بعقوبة تتعلق بيدن المكروه ، بحيث لو حققها تعلق به قصاص ، فيخرج عنه ما لا يتعلق بيدنه ، كأخذ المال وقتل الوالد والولد ، والزوجة ، والضرب الخفيف ، والحبس المؤبد ، إلا أن يخوفه بحبس في قعر بئر يغلب منه الموت . واختار القاضي حسين هذا .

الوجه السابع : لا يحصل الإكراه إلا بعقوبة شديدة تتعلق بيدنه ، فيدخل فيه القتل والقطع ، والضرب الشديد ، والتجويع والتعطيش ، والحبس الطويل ، ويخرج ما خرج عن الوجه السادس ، ويخرج عنه التهويل بالاستخفاف بإلقاء العمامة والصفع ، وما يخل بالجاه . واستبعد الإمام من هذا الوجه ، دخول الحبس وخروج قتل الولد ، وأما التهويل بالنفي عن البلد ، فإن كان فيه تفريق بينه وبين أهله ، فكالحبس الدائم ، وإلا فوجهان . أصحها : إكراه ، لأن مفارقة الوطن شديدة ، ولهذا جعلت عقوبة للزاني ، وجعل البغوي التهويل باللواط ، كالتهويل بإتلاف المال ، وتسويد الوجه . وقال : لا يكون ذلك إكراهاً على القتل والقطع . وفي كونه إكراهاً في الطلاق والعناق وإتلاف المال ، وجهان .

قلت : الأصح من هذا الخلاف المنتشر ، هو الوجه الخامس ، لكن في بعض

تفصيله المذكور نظر . فالاختيار أن يقال : الإكراه^(١) والله أعلم

فرع

لا يحصل الإكراه بالتخويف بعقوبة آجلة كقوله : لأقتلنك غداً ، ولا بأن يقول : طلق امرأتك وإلا قتلت نفسي ، أو كفرت ، أو أبطلت صومي أو صلاتي . ولا بأن يقول مستحق القصاص : طلق امرأتك ، وإلا اقتصصت منك .

فرع

لو أخذه السلطان الظالم بسبب غيره وطالبه به فقال : لا أعرف موضعه ، أو طالبه به فماله فقال : لا شيء له عندي ، فلم يجله حتى يجلف بالطلاق فحلف به كاذباً ، وقع طلاقه ذكره الفقهاء وغيره ، لأنه لم يكرهه على الطلاق ، وإنما توصل بالحلف إلى ترك المطالبة ، بخلاف ما إذا قال له الاصوص : لا تخليك حتى تحلف أن لا تذكر ما جرى ، فحلف ، لا يقع طلاقه إذا ذكره ، لأنهم أكرهوه على الحلف بالطلاق هنا .

فرع

تلفظ بطلاق ثم قال : كنت مكرهاً وأنكرت ، لم يقبل قوله إلا أن يكون مجبوساً ، أو كان هناك قرينة أخرى .

ولو قال : طلقت وأنا صبي ، أو ثام ، فقال أبو العباس الروياني : يُصدّق بيمينه .

قال : ولو طلق في المرض ، وقال : كنت مغشياً علي ، لم يقبل إلا بيينة على أنه كان زائل العقل في ذلك الوقت .

قلت : هذا الذي قاله في النائم ، فيه نظر . والله أعلم

(١) على هامش إحدى نسخ الظاهرية ما نصه : كذا في أصل المصنف بخط بياض فليعلم . نقول : والبياض يقدر بنصف سطر تقريباً .

السبب الثالث : اختلال العقل : فمن طلق وهو زائل العقل بسبب غير متعد فيه ، كجنون أو إغماء ، أو أوجر^(١) خمراً ، أو أكره على شربها ، أو لم يعلم أن المشروب من جنس ما يسكر ، أو شرب دواء يزيل العقل بقصد التداوي ونحو ذلك ، لم يقع طلاقه . ولو تعدى بشرب الخمر فسكر ، أو بشرب دواء يجنن لغير غرض صحيح فزال عقله فطلق ، وقع طلاقه على المذهب المتصوص في كتب الشافعي رحمه الله . وحكي قول قديم ، فأنبته الأكترون ، ومنعه الشيخ أبو حامد . ومن قال : لا يقع : المزني ، وابن مريج ، وأبو سهل الصعلوكي ، وابنه سهل ، وأبو طاهر الزبادي^(٢) وقيل : لا يقع في شرب الدواء المذكور . وإن وقع في السكر . واختلفوا في حل الخلاف ، فالصحيح أن القولين جاريان في أقواله وأفعاله كلها ، ماله وما عليه . وقيل : إنها في أقواله كلها ، كالطلاق والعتاق ، والإسلام والردة ، والبيع والشراء وغيرها .

وأما أفعاله ، كالقتل والقطع وغيرها ، فكأفعال الصاحب قطعاً لقوة الأفعال . وقيل : هما في الطلاق والعتاق والجنابات ، ولا يصح بيعه وشراؤه قطعاً ، لأن العلم شرط في المعاملات . وقيل : هما فيما هو له كالنكاح والإسلام ، أما ما عليه كالطلاق والإقرار والضمان ، أو له وعليه ، كالبيع والإجارة ، فيصح قطعاً تغليظاً عليه .

فرع

اختلفت العبارات في حد السكران ، فعن الشافعي رحمه الله : أنه الذي اختل كلامه المنظوم . وانكشف مره المكتوم . وعن المزني : أنه الذي لا يفرق بين الأرض والسماء ، وبين أمه وامراته . وقيل : الذي يفصح بما كان يحتمس منه .

(٢) في الأصل : الرثادي .

(١) في الأصل : أوجر .

وقيل : الذي يتأيل في مشيته وهذي في كلامه . وقيل : الذي لا يعلم ما يقول ^(١) .
وعن ابن مريج وهو الأقرب : أن الرجوع فيه إلى العادة . فإذا انتهى تغيره إلى
حاله يقع عليه اسم السكر ، فهو المراد بالسكران . ولم يرض الإمام هذه
العبارات . قال : ولكن شارب الخمر تعتريه ثلاثة أحوال .

إحداها : هزة ونشاط يأخذه إذا دبت الخمرة فيه ولم تستول بعد عليه ،
ولا يزول العقل في هذه الحالة ، وربما احتد .

والثانية : نهاية السكر ، وهو أن يصير طافحاً ، ويسقط كالمغشي عليه ،
لا يتكلم ولا يكاد يتحرك .

والثالثة : حالة متوسطة بينها . وهي أن تختلط أحواله ، فلا تنتظم أقواله
وأفعاله ، ويبقى تمييز وفهم كلام ، فهذه الثالثة سكر . وفي نفود الطلاق فيها
الخلاف المذكور . وأما الحالة الأولى ، فينفذ طلاقه فيها بلا خلاف ، لبقاء العقل
وانتظام القصد والكلام . وأما الحالة الثانية ، فالأصح عند الإمام والغزالي ، أنه
لا ينفذ طلاقه إذ لا قصد له ، ولفظه كلفظ النائم ، ومن الأصحاب من جعله على
الخلاف ، لتعديه بالتسبب إلى هذه الحالة ، وهذا أوفق لاطلاق الأكثرين .

الركن الرابع : المحل وهو المرأة . فإن أضاف إلى كلها فقال : طلقتك ،
فذاك . وكذا لو قال : جسمك ، أو جسديك ، أو شخصك ، أو نفسك ،
أو جثتك ، أو ذاتك طالق ، طلقت .

ولو أضاف إلى بعضها شائعاً ، طلقت أيضاً ، سواء أبهم فقال : بعضك أو جزءك
طالق ، أو نص على جزء معلوم كالنصف والربع ، واحتجوا لذلك بالإجماع وبالقياس
على العتق ، فقد ورد فيه « من أعتق شقصاً . . . » ^(٢) .

ولو أضاف إلى عوض معين ، طلقت سواء كان عضواً باطناً كالكبِد والقلب

(١) في الأصل : ما يفعل .

(٢) هو جزء من حديث رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه .

والطحال ، أو ظاهراً كاليد ، سواء كان بما يفصل في الحياة كالشعر والظفر ، أم لا كالإصبع ، والاصبع الزائدة كالأصلية . وحكى الحناطي قولاً ضعيفاً في الشعر ، كما لا ينقض الوضوء ، ولا شك في أطواره في السن والظفر .

قلت : بينها فرق ظاهر ، فإن اتصال السن أكد من الشعر . وأما اشتراكها في نقض الوضوء وعدمه ، فلعدم الإحساس ، ولأنها جزءان ، فأشبهها اليد .

وانتدأ علم

وإن أضاف إلى فضلات البدن كالريق ، والعرق ، والخطاط ، والبول ، أو إلى الأخلاط كالبلغم ، والمرتين لم تطلق على الصحيح ^(١) . وحكى الحناطي والإمام وجهاً : وإن أضاف إلى اللبن والمني ، لم تطلق على الأصح ، لأنها متبآن للخروج كالبول .

ولو قال : جنبك طالق ، لم تطلق على المذهب . ونقل الإمام فيه الاتفاق ، وحكى أبو الفرج الزاز ^(٢) فيه وجهين ، وأبعد منه وجهان حكاهما الحناطي في قوله : الماء أو الطعام الذي في جوفك طالق .

ولو أضاف إلى الشعر ، طلقت على الأصح ، وإلى الدم ، تطلق على المذهب . ولو أضاف إلى معنى قائم بالذات ، كالسنن والحسن ، والقبح والملاحة ، والسمع والبصر ، والكلام والضحك ، والبكاء والغم ، والفرح ، والحركة والسكون ، لم تطلق . وحكى ^(٣) الحناطي وجهاً في الحسن والحركة ، والسكون والسمع والبصر والكلام ، وهذا شاذ ضعيف ، ثم الوجه التسوية بينها وبين سائر الصفات . ولو قال : ظلك ، أو طريقك ، أو صعبتك ، أو نفسك بفتح الفاء ،

(١) في إحدى النسخ : على الأصح .

(٢) في الأصل : الزار . (٣) في نسخ الظاهرية : ونقل .

أو اسمك طالق ، لم تطلق . قال المتولي : إلا أن يريد بالاسم ذاتها ووجودها ، فتطلق . ولو قال : روحك طالق ، طلقت على المذهب . وحكى أبو الفرج الزاز فيه خلافاً مبنياً على أن الروح جسم أو عرض . ولو قال : حياتك طالق ، فقال جماعة ، منهم الإمام والغزالي : تطلق . وقال البغوي : إن أراد الروح ، طلقت ، وهذا فيه إشعار بأنه [إن] أراد المعنى القائم بالحلي ، لا تطلق كسائر المعاني ، وبهذا قطع أبو الفرج الزاز ، وبشبه أن يكون الأصح عدم الوقوع .

فرع

إذا أضاف الطلاق إلى جزء أو عضو معين ، ففي كيفية وقوع الطلاق وجهان . أحدهما : يقع على المضاف إليه ، ثم يسري إلى باقي البدن ، كما يسري العتق . والثاني : يجعل المضاف إليه عبارة عن الجملة ، لأنه لا يتصور الطلاق في المضاف إليه وحده ، بخلاف العتق ، ولأنه لو قال : أنت طالق نصف ^(١) طلاقة ، جعل ذلك عبارة عن طلاقة . ولا يقال : يقع نصف طلاقة ثم يسري ، وبشبه أن يكون الأول هو الأصح .

وتظهر فائدة الخلاف في صور .

منها : إذا قال : إن دخلت الدار فيمينك طالق ، فقطعت يمينها ، ثم دخلت ، إن قلنا بالثاني ، طلقت ، وإلا ، فلا .

ولو قال لمن لا يمين لها : يمينك طالق ، فطريقان . أحدهما : التخريج على هذا الخلاف . وأصحها : القطع بعدم الطلاق . وبه قال القاضي حسين ، والإمام ، لأنه وإن جعل البعض عبارة عن الكل ، فلا بد من وجود المضاف إليه لتنظيم الإضافة . فإذا لم يكن ، لغت الإضافة ، كما لو قال لها : لحيتك أو ذكرك طالق . قال الإمام : وهذا يجب أن يكون متفقاً عليه .

(١) في الأصل : صف .

ومنها : قال المتولي : القول بعدم الطلاق في قوله : حسنك أو بياضك طالق مبني على القول بالسراية ، لأنه لا يمكن وقوع الطلاق على الصفات .

أما إذا جعلنا البعض عبارة عن الجملة ، فيجعل الصفة عبارة عن الموصوف .

قلت : هذا الذي قاله ضعيف ، يخالف للدليل ولإطلاق الأصحاب .
وانتاعلم

ومنها : لو قال لأمتي : يدك أم ولدي ، أو قال لطفل التقطه : يدك ابني ، قال المتولي : إن جعلنا البعض عبارة عن الجملة ، كانت إقراراً بالاستيلاء^(١) أو النسب ، وإلا فلا .

فرع

لو أضاف العتق إلى يد عبده أو رأسه ، ففيه الوجهان . وإن أضافه إلى جزء شائع ، قال الإمام : المذهب تقدم^(٢) السراية ، لأن العبد يمكن تبعض العتق فيه ، ووقوعه عليه بخلاف الطلاق . وقيل : فيه الوجهان ، لأن إعاقته بعض عبده غير متصور .

قلت : يتصور فيما إذا أعتق عبده الموهون وهو موسر بقيمة بعضه وقلنا بالأظهر : إنه ينفذ ، عتق الموسر .
وانتاعلم

فرع

لو أشار إلى عضو مبان ، ووصفه بالطلاق ، لم تطلق . ولو فصلت أذنهما ثم

(١) في الأصل : بالاستيلاء .

(٢) في الأصل : تقدير .

أصقت فالتحمت ، أو سقطت شعرة ثم ثبتت في موضع آخر ونمت ، فأضاف
الطلاق إليها ، لم تطلق المرأة على الأصح .

قلت : قوله : في موضع آخر اتبع فيه الغزالي وليس هو شرطاً ، فلو ثبتت
في موضعها ، كان كذلك ، ثم إن مسألة الشعرة قل أن توجد في غير « الوسيط » ،
بخلاف مسألة الإذن ، فإنها مشهورة بالوجهين ، لكن أنكر إمام الحرمين تصورها
في العادة ، ولا امتناع في ذلك . والله اعلم

فصل

قال لزوجته : أنا منك طالق ، ونوى إيقاع الطلاق عليها ، طلقت . وإن
لم ينو إيقاعه عليها ، فالصحيح الذي قطع به الجمهور : أنها لا تطلق ، وقيل : تطلق
قاله أبو إسحاق ، واختاره القاضي حسين . فعلى هذا ، لا بد من نية أصل الطلاق
لأن اللفظ كناية لكونه أضيف إلى غير محله . وأما على الأول ، فمتى نوى إيقاعه
عليها ، كان ناوياً أصل الطلاق .

ولو جرد القصد إلى تطليق نفسه ولم يقتصر على نية أصل الطلاق ، فالمذهب
أنه لا يقع قطعاً . وقيل : على الوجهين . ولو قال : أنا منك بائن ، فلا بد من
نية أصل الطلاق . وفي نية الإضافة إليها ، الوجهان . وإذا نواها ، وقع ، وهكذا
حكم سائر الكتابات ، كقوله : أنا منك خلي أو بري .

ولو قال : استبريء رحي منك ، أو أنا معتد منك ، أو مستبريء رحي
ونوى تطليقها ، لم تطلق على الأصح .

فرع

قال لعبده : أنا منك حر ، أو أعتقت نفسي منك ونوى إعتاق العبد ، لم
يعتق على الأصح ، بخلاف الزوجية ، فإنها تشمل الجانيين ، والرق يختص بالعبد .

فرع

قال لزوجته : طلقي نفسك ، فقالت : طلقتك أو أنت طالق ، فهو كقوله لها :
أنا منك طالق ، وكذا إذا قال لعبده : أعتق نفسك ، فقال : أعتقتك أو أنت حر ،
فهو كقول السيد : أنا منك حر .

الركن الخامس الولاية على المحل : فلو قال لمطلقة الرجعية في عدتها : أنت
طالق : طلقت .

والمختلعة لا يلحقها طلاقه ، لا في عدتها ولا بعدها ، ولو قال لأجنبية : إذا
نكحتك فأنت طالق ، أو قال : كل امرأة أنكحها فهي طالق ، فنكح ، لم يقع
الطلاق على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وهو الموجود في كتب الشافعي رحمه الله
تعالى . وقيل : في الوقوع قولان ، حكاهما الحناطي والسرخسي وغيرهما ، وتعليق
العتق بالملك ، كتعليق الطلاق بالنكاح بلافرق . ولو قال : لله علي أن أعتق
هذا العبد وهو لأجنبي ، فهو لغو . ولو قال : لله علي أن أعتقه إن ملكته ،
فوجهان لأنه التزام في الذمة ، لكن متعلق بملك غيره . وأجرى الوجهان في قوله :
إذا ملكت عبد فلان ، فقد أوصيت به لزيد . ولو أرسل الوصية وهو لا يملك شيئاً ،
صح على الصحيح كالنذر . وحكى الشيخ أبو علي وجهاً ، أنها لا تصح .

فرع

لو علق العبد الطلقة الثالثة إما مطلقاً بأن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق
ثلاثاً فعتق ، ثم دخلت الدار ، وإما مقيد بحالة ملك ^(١) الثالثة بأن قال : إذا
عتقت فأنت طالق ثلاثاً ، ففي صحة تعليق الثالثة وجهان . أصحها : الصحة وبه

(١) في الاصل : مالك .

قطع البغوي ، وبحكم بوجبه لأنه يملك أصل النكاح ، وهو يفيد^(١) الطلقات الثلاث بشرط الحرية ، وقد وجد كما أنه لا يملك في حال البدعة طلاق السنة ، وملك تعليقه . ويجري الوجهان في قوله لأتمته : إذا ولدت فولدك حر وكانت حائلاً عند التعليق . فإن كانت حاملاً حينئذ ، عتق قطعاً .

فصل

علق طلاقها بصفة كدخول الدار ، ثم أبانها قبل الدخول أو بعده بعوض أو بالثلاث ، ووجدت الصفة في حال البينونة ثم نكحها ، ثم وجدت الصفة ثانياً ، أو ارتد قبل الدخول ، ثم وجدت الصفة ، ثم أسلم ونكحها ، فوجدت الصفة ثانياً ، لم تطلق على المذهب وبه قطع الأصحاب . وقال الاصطخري : فيه قولان . كما لو لم توجد الصفة حال البينونة ، ولو علق عتق عبده بصفة ، ثم أزال ملكه ثم وجدت الصفة ، ثم اشتراه ، لم يؤثر وجود الصفة بعد ذلك على المذهب ، هذا إذا لم يكن التعليق بصيغة « كما » فإن كان بها كقوله : كلما دخلت فأنت طالق : فإذا وجدت الصفة في البينونة ، ثم جدد نكاحها ، ففي عود الصفة القولان .

أما إذا لم توجد الصفة حال البينونة ، ثم وجدت بعدما جدد نكاحها ، ففي وقوع الطلاق ثلاثة أقوال . أظهرها : لا يقع . والثاني : يقع . والثالث : إن كانت البينونة بما دون الثلاث ، وقع وإلا فلا . وتجري الأقوال في عود الإيلاء والظهار .

فإذا قلنا بالأول وكانت الصفة مما لا يمكن إيقاعه في البينونة كقوله : إن وطئت فأنت طالق ثلاثاً ، تخلص منها إذا أبانها ثم نكحها ، ولا يقع الطلاق بالوطء في النكاح الثاني ، وبه أجاب القاضي الروباني ، ويوضحه أنه لو قال : إذا بنت

(١) في إحدى النسخ : يقيد .

مني ونكحتك ، ودخلت الدار فأنت طالق ، أو قال : إن دخلت الدار بعدما بنت مني ونكحتك فأنت طالق ، فالذهب وبه قال القفال والمعتبرون : لا تطلق بالدخول بعد البينونة ، وغلطوا من خروجه على الخلاف ، وعلى هذا القياس . فلو قال : إن دخلت الدار قبل أن أبيتك فأنت طالق ، وإن دخلتها بعدما أبيتك ونكحتك ، فأنت طالق ، صح التعليق الأول ، وبطل الثاني . ولو علق على صفة ثم طلقها رجعية فراجعها ، ثم وجدت الصفة ، طلق بلا خلاف لأنه ليس نكاحاً مجدداً ، ولم تحدث حالة تمنع وقوع الطلاق . ولو علق عتق عبد بصفة ، ثم أزال ملكه ببيع أو غيره ، ثم ملكه ، ثم وجدت الصفة ، ففي نفوذ العتق الخلاف في عود اليمين . ثم قيل : هو كالإبانة بالثلاث ، لأن العائد ملك جديد من كل وجه لا يتعلق له بالأول ، كالنكاح بعد الثلاث . وقيل : هو كالإبانة بما دون الثلاث وبه قطع البغوي ، لأنه لم يتخلل بين التعليق والصفة حالة تمنع ملكه كما لو لم يتخلل هناك حالة تمنع نكاحه ، وإنما يكون كالإبانة بالثلاث إذا علق ذمي^(١) عتق عبده الذمي ، ثم أعتقه فنقض العهد ، والتحق بدار الحرب ، ثم سبي واسترق ، فملكه سيده الأول ، لأنه تخلل حالة يمتنع فيها الملك وهي حالة الحرب .

فرع

الخلاف في وقوع الطلاق في النكاح الثاني ، يعبر عنه بالخلاف في عود الحنث وبالخلاف في عود اليمين ، لأن على قول لا يتناول اليمين النكاح الثاني ، ولا يحصل الحنث فيه . وعلى قول يتناوله ويحصل الحنث .

فرع

لا يقع الطلاق في النكاح الفاسد .

(١) في الأصل : فيها وفي .

فصل

إذا راجع الرجعية أو بانت منه هي أو غيرها بطلقة أو طلقتين ، ثم جدد نكاحها قبل أن تنكح غيره ، أو بعد نكاح ووطء الزوج الثاني ، عادت إليه بما بقي من الطلقات الثلاث .

ولو بانت بالثلاث فنكحها آخر ووطئها وفارقها ، فنكحها الأول ، عادت إليه بالثلاث ، لأنه لا يمكن بناء الثاني على الأول ، لاستغراق الأول .

فصل

الحر يملك ثلاث طلقات على زوجته الحرة والأمة ، والعبد لا يملك إلا طلقتين على الحرة والأمة ، والمدبر والمكاتب ومن بعضه حر ، كالقن . ومتى طلق الحر أو العبد جميع ما يملك ، لم تحل له المطلقة حتى ينكح زوجاً آخر ، ويطأها ويفارقها كما سبق .

فرع

طلق ذمي زوجته طلقة ، ثم نقض العهد فسي واسترق ، ونكح بإذن سيده تلك المرأة المطلقة ، ملك عليها طلقة فقط . ولو كان طلقها طلقتين وأراد نكاحها بعد الاسترقاق ، فوجهان . وأصحها وبه قال ابن الحداد : تحل له ويملك عليها طلقة ، لأنها لم تحرم عليه بالطلقتين ، فطريان الرق لا يرفع الحل الثابت . وقيل : لا تحل له لأنه رقيق وقد طلق طلقتين . ولو طلق العبد طلقة ثم عتق فراجعها ، أو جدد نكاحها بعد الينونة ، ملك عليها طلقتين أخريين ، لأنه عتق قبل استيفاء عدد الرقيق . ولو طلقها طلقتين ، ثم عتق ، لم تحل له على الصحيح .

فرع

طلق العبد زوجته طلقتين ، وأعتقه سيده ، فقد ذكرنا أنه إن عتق أولاً ،

فله رجعتها وتجديد نكاحها . وإن طلق أولاً ، فلا تحل له إلا بمحل .
فلو أشكل السابق واعترف الزوجان بالاشكال ، قال ابن الحداد والأكثر :
ليس له رجعتها ولا نكاحها إلا بمحل . وقيل : تحل رجعتها والتجديد إن بانت ،
ولا يفتقر إلى محل لأن الأصل أن لا تحريم .
ولو اختلفا في السابق ، نظر إن اتفقا على وقت الطلاق كيوم الجمعة ، وقال :
عتقت يوم الخميس ، وقالت : بل يوم السبت ، فالقول قولها . وإن اتفقا أن العتق
يوم الجمعة وقالت : طلقت يوم السبت فقال : بل يوم الخميس ، فالقول قوله .
وإن لم يتفقا على وقت أحدهما وقال : طلقتك بعد العتق ، وقالت : قبله
واقصر عليه ، فالقول قوله لأنه أعرف بوقت الطلاق .

فرع

سبق في التحليل

لو قالت المطلقة ثلاثاً : نكحني زوج وأصابني وانقضت عدتي منه ولم يظن ،
صدقها لأن الأولى أن لا ينكحها . وهل يجب عليه البحث عن الحال ؟ قال أبو إسحاق :
لا يجب لكن يستحب . وقال الروياني : أنا أقول : يجب في هذا الزمان .

فصل

طلاق المريض في الوقوع ، كطلاق الصحيح . ثم إن كان رجعيًا ، بقي التوارث
بينهما ما لم تنقض عدتها . فإن مات أحدهما قبل انقضاء عدتها ورثه الآخر ، وبعد
انقضائها ، لا يرثه . ولو طلقها في مرض موته طلاقاً بانئاً ، ففي كونه قاطعاً
لليراث قولان . الجديد : يقطع وهو الأظهر . والقديم ، لا يقطع ، وحجة الجديد
انقطاع الزوجية ، ولأنها لو ماتت لم يرثها بالاتفاق . فإن قلنا بالجديد ، فلا إشكال
ولا تفريع لوضوح أحكامه . وأما القديم ، فيتفرع عليه مسائل . منها : هل يرث

ما لم تنقض عدتها ، أم ما لم تتزوج ، أم أبداً ؟ فيه أقوال . فإن طلق قبل الدخول سقط القول الأول ، وجرى الآخران .

ولو أبان في مرضه أربع نسوة ، ونكح أربعاً ، ثم مات ، فهل يكون الإرث للأوليات لسبقهن ، أم للأخريات لأنهن الزوجات ، أم يشترك الثمان ؟ فيه أوجه . أصحابها : الثالث . وقال الإمام : وسبب الخلاف ما في توريث الزيادة على الأربع من الاستبعاد . فلو أبان امرأته ونكح أخرى ، فلا وجه إلا توريثها . ولو أبان واحدة ونكح أربعاً أو بالعكس ، جرى الخلاف ، وإنما ترث المبتوتة على القديم إذا طلقها لابسؤها ، فإن طلقها بسؤها ، أو اختلعت ، أو قال : أنت طالق إن شئت ، فشاءت ، لم ترث على الصحيح . وقال ابن أبي هريرة : ترث وإن طلق بسؤها . ولو سأله فلم تطلق في الحال ، ثم طلقها أو سأله رجعيّاً فأبانا ، ورثت لأنه فارّ .

ولو علق طلاقها في المرض بمضي مدة ، أو فعل نفسه ، أو أجني ، فهو فارّ وفي الأجنبي وجه .

وإن علق بفعالها ، فإن لم يكن لها منه بد ، كالنوم والقيام والقعود والأكل والشرب والطهارة ، والصلاة والصوم المفروضين ، ففارّ .

قلت : وهذا في الأكل الذي يحتاج إليه . فإن أكلت متلذذة ، أكلاً يضرها فليس بفارّ . قاله الإمام . والله أعلم

وإن كان لها منه بد ، ففارّ إن لم تعلم التعليق ، وإلا فلا . ولو علمت ثم نسيت ، ففيه احتمالان للإمام ، والأشبه أنه فارّ .

وإن علق طلاقها في الصحة بصفة لا توجد إلا في المرض كقوله : إذا مرضت مرض الموت ، أو وقعت في النزاع فأنت طالق ، ففارّ : وإن احتمل وجودها

في المرض وقبلة ، كقوله : إذا جاء غد ، أو قدم زيد ، فأنت طالق ، فجاء أو قدم وهو مريض ، فليس بفار على الأظهر .

ولو فسخ النكاح بعينها أو لاعتها ، فليس بفار . وقيل : إن كان القذف في المرض ، بفار .

قلت : وقيل : إن الفاسخ فار . والله أعلم

ولو طلق العبد امرأته ، أو الحر زوجته الأمة ، أو المسلم ذمية ، ثم عتق العبد أو الأمة ، أو أسلمت الذمية في العدة ، فلا إرث لأنها لم تكن وارثة يوم الطلاق ، فلا تهمه . وكذا لو أبانها في مرضه بعدما ارتد ، أو ارتدت ثم جمعها الإسلام في العدة ، لأنها لم تكن وارثة يومئذ . ولو ارتدت بعدما أبانها في المرض ، ثم عادت إلى الإسلام ، فهو فار للثمة .

ولو قال لزوجته الأمة : أنت طالق غداً ، فعنت قبل الغد ، أو طلقها وهو لا يعلم أنها عنت ، فليس بفار . وكذا لو ارتد في المرض قبل الدخول أو بعده وأصر إلى انقضاء العدة ، ثم عاد إلى الإسلام ومات ، لم يكن فاراً على الصحيح ، لأنه لا يقصد بتبديل الدين حرمانها الإرث ، وفيه وجه ضعيف . وقيل بطرده فيما لو ارتدت هي حتى تجعل^(١) فارة ، فيرثها الزوج .

ولو أبان مسلمة في المرض ، وارتدت وعادت إلى الإسلام في العدة ، ورثت لأنها بصفة الوارثين يومي الطلاق والموت ، وكذا لو عادت بعد العدة ، إن قلنا : المبتوتة ترث بعد انقضاء العدة .

ولو طلق الأمة في المرض ، وعنت واختلفا فقالت : طلقني بعد العتق فارث وقال الوارث : بل قبله فلا إرث ، فالقول قول الوارث يمينه ، لأن الأصل بقاء الرق .

(١) في نسخة : حتى لا تجعل .

ولو أَرْضَعَتْ زَوْجَهَا الصَّغِيرَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهَا ، فَقِيلَ : تَجْعَلُ فَاةً فَيَرِثُهَا الزَّوْجُ ،
وَالصَّحِيحُ خِلَافُهُ .

ولو أَقْرَ فِي الْمَرَضِ ، بِأَنَّهُ أَبَانُهَا فِي الصَّحَّةِ ، لَمْ يَجْعَلْ فَاةً وَيَصْدَقُ فِيهَا قَالُهُ ،
وَتَحْسَبُ الْعِدَّةَ مِنْ يَوْمِئِذٍ ، وَفِيهِ وَجْهٌ لِلتَّهْمَةِ ، وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ . وَلَوْ طَلَّقَ
لِأَحَدِي أَمْرَاتِيهِ ، ثُمَّ مَرَضَ مَرَضَ الْمَوْتِ فَقَالَ : غَنِيَتْ هَذِهِ ، قَبْلَ قَوْلِهِ ، وَلَمْ تَرِثْ .
وَمِنْ كَانَ قَدْ أَهَمَّهُمْ ، فَعَيْنٌ فِي الْمَرَضِ وَاحِدَةً ، قَالَ إِسْمَاعِيلُ الْبُوشَنجِيُّ : يَخْرُجُ
عَلَى أَنْ التَّعْيِينَ إِيقَاعُ الطَّلَاقِ فِي الْمَعِينَةِ ، أَمْ بَيَانُ لَهْلِ الطَّلَاقِ الْوَاقِعِ ؟ إِنْ قُلْنَا :
بِالْثَّانِي ، لَمْ تَرِثْ . وَإِلَّا فَعَلَى قَوْلِي تَوْثِيقِ الْمَبْتُوتَةِ .

قُلْتُ : إِنَّمَا تَرِثُ الْمَبْتُوتَةُ عَلَى الْقَدِيمِ إِذَا أَنْشَأَ تَنْجِيزَ طَلَاقِ زَوْجَتِهِ الْوَارِثَةُ
بِغَيْرِ رِضَاهَا فِي مَرَضٍ مَخُوفٍ ، وَاتَّصَلَ بِهِ الْمَوْتُ وَمَاتَ بِسَبَبِهِ . فَإِنْ بَرَأَ مِنْ ذَلِكَ
الْمَرَضِ ، ثُمَّ مَاتَ ، لَمْ تَرِثْ قَطْعاً . وَلَوْ مَاتَ بِسَبَبٍ آخَرَ ، أَوْ قَتَلَ : فِي ذَلِكَ الْمَرَضِ ،
فَقَطَعَ صَاحِبُ الْمَهْذَبِ ، وَغَيْرُهُ ، بِأَنَّهُ لَا تَرِثُ عَلَى الْقَدِيمِ . وَقَالَ صَاحِبُ « الشَّامِلِ » :
وَالْتَّهْمَةُ : تَرِثْ . وَانْتَزَعُوا

الباب الثالث

في تعدد الطلاق

فيه أطراف .

[الطرف الأول : فِي نِيَةِ الْعِدَّةِ . فَإِذَا قَالَ : طَلَقْتُكَ ، أَوْ أَنْتَ طَالِقٌ
وَنَوَى طَلْقَتَيْنِ ، أَوْ ثَلَاثًا ، وَقَعَ مَا نَوَى وَكَذَا حُكْمُ الْكُنَايَةِ .

قُلْتُ : وَسَوَاءٌ فِي هَذَا الْمَدْخُولِ بِهَا وَغَيْرِهَا . وَانْتَزَعُوا

ولو قال : أنت طالق واحدة بالنصب ، ونوى طلقتين ، أو ثلاثاً ، فثلاثة أوجه . أصحابها : يقع ما نوى صححه البغوي وغيره . والثاني : لا يقع إلا واحدة وصححه الغزالي . والثالث قاله القفال : إن بسط نية الثلاث على جميع اللفظ ، لم تقع الثلاث . وإن نوى الثلاث بقوله : أنت طالق ، وقع الثلاث ولغا ذكر واحدة .

وإن قال : أردت طلقة ملفقة من أجزاء ثلاث طلاقات : وقع الثلاث قطعاً . وحكى الإمام طرد وجه فيه ، لبعد اللفظ والفهم ، والمذهب الأول .

ولو قال : أنت طالق واحدة بالرفع ، فهو مبني على ما إذا قال : أنت واحدة ، بجذب لفظ الطلاق ، ونوى الثلاث ، وفيه وجهان . أصحابها : وقوع ما نواه . والثاني : تقع واحدة فقط .

فرع

قال البغوي : ولو قال : أنت بائن بائنتين أو ثلاث ، ونوى الطلاق ، وقع . ثم إن نوى طلقتين أو ثلاثاً فذاك ، وإن لم ينو شيئاً ، وقع الملفوظ به لأن ما أتى به صريح في العدد كناية في الطلاق . فإذا نوى أصل الطلاق ، وقع العدد المصرح به . وإن نوى واحدة ، فوجهان . أحدهما : يقع ما صرح به من طلقتين أو ثلاث . والثاني ، لا يقع إلا واحدة .

فرع

أراد أن يقول لها : أنت طالق ثلاثاً فماتت قبل تمام قوله : أنت طالق ، لم يقع الطلاق ، وإن ماتت بعد تمامه قبل قوله : ثلاثاً ، فهل يقع الثلاث أم واحدة ، أم لا يقع شيء ؟ ثلاثة أوجه : قال البغوي : أصحابها الأول وهو اختيار المزي . وقال اسماعيل البوشنجي : الذي تقتضيه الفتوى ، أنه إن نوى الثلاث بقوله : أنت طالق

وكان قصده أن يحققه باللفظ ، وقع الثلاث وإلا فواحدة ، وهكذا قال المتولي في تعبيره عن الوجه الأول .

وردها وإسلامها ، إذا لم تكن مدخولاً بها قبل قوله : ثلاثاً ، كموتها ، وكذا لو أخذ شخص على فمه ومنعه أن يقول : ثلاثاً .

ولو قال : أنت طالق على عزم الاقتصار عليه ، فمات فقال : ثلاثاً ، قال الإمام : لا شك أن الثلاث لا تقع ، وتقع الواحدة على الصحيح .

فرع

اختلفوا في قوله : أنت طالق ثلاثاً ، كيف سبيله ؟ ف قيل : قوله : ثلاثاً منصوب بالتفسير والتمييز . قال الإمام : هذا جهل بالعربية ، وإنما هو صفة لمصدر محذوف ، أي : طالق طلاقاً ثلاثاً . كقوله : ضربت زيدا شديداً ، أي : ضرباً شديداً .

فصل

قال : أنت طالق ملء البيت أو البلد أو السماء أو الأرض ، أو مثل الجبل ، أو أعظم من الجبل ، أو أكبر الطلاق بالباء الموحدة ، أو أعظمه ، أو أشده ، أو أطوله ، أو أعرضه ، أو طلقة كبيرة ، أو عظيمة ، لم يقع باللفظ إلا طلقة رجعية .

ولو قال : أنت طالق كل الطلاق أو أكثره ، وقع الثلاث . ولو قال : عدد التراب ، قال الإمام : تقع واحدة . وقال البغوي : عندي يقع الثلاث كما لو قال : عدد أنواع التراب . ولو قال : أنت طالق وزن درهم ، أو درمين ، أو ثلاثة ، أو أحد عشر درهماً . ولم ينو عدداً لم يقع إلا طلقة . ولو قال : يامائة طالق ، أو أنت مائة طالق ، نقل البغوي ، والمتولي : أنه يقع الثلاث لأنه في العرف كقوله : انت طالق مائة . ولو قال : أنت كائة طالق فهل تقع واحدة أم ثلاث ؟ وجهان . ولو قال : أنت طالق طلقة واحدة ألف مرة ولم ينو عدداً ، لم يقع إلا واحدة كما قاله المتولي .

فرع

قال : أنت طالق إن لم ، أو أنت طالق إن ، قال اسماعيل البوشنجي : ينظر إن قصد الاستثناء أو التعليق ، فلم يتمه ، فلا أرى أن يقع طلاقه ، ويصدق إذا فسر به للقربة الظاهرة ، وإن لم يقصد الاستثناء ولا التعليق ، وقع لأنه لو أتى بالاستثناء بلا نية ، لم يقع ، فهذا أولى .

الطرف الثاني في التكرار : فيه مسائل :

أحداها : قال لم دخول بها : أنت طالق أنت طالق ، نظر إن سكت بينها سكتة فوق سكتة التنفس ونحوه ، وقع طلقتان ، فإن قال : أردت التأكيد ، لم يقبل ظاهراً ويدين ، وإن لم يسكت وقصد التأكيد قبل ولم يقع إلا طلبة ، وإن قصد الاستئناف ، وقع طلقتان ، وكذا إن أطلق على الأظهر . ولو قال : أنت طالق طالق ، فقال القاضي حسين : يقع عند الإطلاق طلبة قطعاً وقال الجمهور : لا فرق بين اللفظين . ولو كرر اللفظة ثلاثاً ، وأراد بالآخرتين تأكيد الأولى لم يقع إلا واحدة . وإن أراد الاستئناف ، وقع الثلاث وإن أطلق فكذا على الأظهر . ولو قال : قصدت بالثالثة تأكيد الثانية ، وبالثانية تأكيد الأولى ، وبالثالثة الاستئناف ، وقع طلقتان .

ولو قصد بالثالثة تأكيد الأولى ، وقع الثلاث على الأصح ، وقيل : طلقتان ، ولا يقدح هذا الفصل البسير . وإن قصد بالثانية الاستئناف ، ولم يقصد بالثالثة شيئاً أو بالثالثة الاستئناف ولم يقصد بالثانية شيئاً ، وقع الثلاث على الأظهر ، وفي قول طلقتان .

ولو قال : أنت مطلقة ، أنت مسرحة ، أنت مفارقة ، فهو كقوله : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق على الأصح . وقيل : تقع هنا الثلاث قطعاً ، حكاه الحناطي . ولو قال : أنت طالق ، وطالق ، وطالق ، وقال : قصدت بالثاني تأكيد الأول ، لم يقبل في الظاهر ، ويجوز أن يقصد بالثالث تأكيد الثاني لتساويهما ،

ويجوز أن يقصد به الاستثاف ، وإن أطلق ، فعلى القولين . ولو قال : قصدت بالثالث تأكيد الأول ، لم يقبل . ولو قال : أنت طالق وأنت طالق ، أو أنت طالق بل طالق ، أو أنت طالق ثم طالق ، أو أنت طالق بل طالق بل طالق . فهو كقوله : طالق وطالق وطالق . ولو قال : أنت طالق ، فطالق ، فطالق ، أو أنت طالق ، ثم طالق ثم طالق ، ، فهو كقوله : طالق وطالق وطالق . ولو قال : أنت طالق وطالق فطالق ، أو أنت طالق ، ثم طالق ، بل طالق ، أو أنت طالق ، فطالق ثم طالق ، تعين الثلاث ولا مدخل للتأكيد لاختلاف الألفاظ . ونص في « الإملاء » ، أنه لو قال : طالق وطالق ، لا بل طالق . وقال : شككت في الثانية ، فاستدركت بقولي : لا بل طالق لأحقق إيقاع الثانية قبل ولم يقع إلا طلقتان ، فجعل الأصحاب المسألة على قولين : أحدهما هذا ، والثاني وهو المشهور وظاهر نصه في المختصر : لا يقبل ويقع الثلاث كسائر الألفاظ المتغيرة . ولو قال : أنت طالق وطالق ، بل طالق من غير لفظ « لا » ، فالمنهـب وقوع الثلاث قطعاً كما سبق . وقيل بطرد القولين .

فرع

قال لها قبل الدخول : أنت طالق طالق ، أو أنت طالق وطالق ، أو طالق فطالق ، أو أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق ، أو أنت طالق بل طالق وطالق .. لم يقع إلا طلقة لأنها تبين بها ، فلا يقع ما بعدها . وحكي وجه وقول قديم أنه كما لو قال ذلك لدخول بها على ما سبق ، لأنه كلام واحد فأشبهه قوله لها : أنت طالق ثلاثاً ، والمنهـب الأول ، لان قوله : ثلاثاً ، بيان للأول بخلاف هذه الألفاظ .

فرع

قال لدخول بها : إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق ، أو قال :

أنت طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار ، فدخلت ، وقع الثلاث ، وإن قاله لغير المدخول بها ، فثلاثة أوجه ، أصحها : تقع الثلاث أيضاً إذا دخلت . والثاني : لا يقع إلا واحدة . والثالث : إن قدم الجزاء فقال : أنت طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار . وقع الثلاث . وإن عكس فواحدة . وإن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق إن دخلت الدار ، فأنت طالق إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، فدخلت ، فإن قصد التأكيد ، وقع طلاق وإن قصد الاستئناف ، وقع الثلاث . وإن أطلق ، فعلى أيها يحمل ؟ قال البغوي : فيه قولان بناء على ما لو حث في أيمن بفعل واحد ، هل تعدد الكفارة ؟ وقال المتولي : يحمل على التأكيد إذا لم يحصل فصل ، أو حصل واتحد المجلس . فإن اختلف فعلى أيها يحمل ؟ وجهان . وإذا حمل على التأكيد ، فيقع عند الدخول طلاق أم يتعدد ؟ وجهان بناء على تعدد الكفارة وعدمه . ولو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق طلاق ، وإن دخلت الدار فأنت طالق طلقين ، قال ابن الحداد والأصحاب : تطلق بالدخول ثلاثاً سواء كان مدخولاً بها أم غيرها لأن الجميع يقع دفعة . قال البغوي : وكذا في الصور المتقدمة لا فرق بين المدخول بها وغيرها ، لأن على تقدير التعدد يقع الجميع حال الدخول .

ولو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم طالق ، لم يقع بالدخول في غير المدخول بها إلا طلاق لأن « ثم » للتراخي . قال المتولي : وكذا لو أخر الشرط فقال : أنت طالق ، ثم طالق إن دخلت الدار .

المسألة الثانية : قال : أنت طالق طلاق فطلاق ، أو طالق فطلاق ، وقع طلقتان على المذهب . وقيل : قولان . ولو قال : طلاق بل طلقين ، وقع الثلاث فإن كانت غير مدخول بها ، بانت بالأولى ولم تقع الزيادة في الصورتين .

المسألة الثالثة : قال لمدخول بها : أنت طالق طلاق معها طلاق ، أو مع

طلقة ، وقع طلقتان . وهل يقعان معاً بتمام الكلام ، أم متعاقبين ؟ وجهات .
أصحابها : الأول . فإن قال ذلك لغير المدخول بها ، طلقت على الأول طلقين ،
وعلى الثاني طلقة .

ولو قال : طلقة تحت طلقة ، أو تحتها طلقة ، أو فوق طلقة ، أو فوقها
طلقة ، فقال الإمام والغزالي : حكمها حكم « مع » ، وقال المتولي كلاماً يقتضي
الجزم بأن غير المدخول بها لا يقع عليها إلا طلقة ، لأن وصف الطلاق بالفوقية
والتحتية محال ، فيلغو ويصير كقوله : طالق طالق ، وفي المدخول بها وجه
أنه لا يقع إلا واحدة ، كما لا يلزم في الإقرار إلا درهم ، واختاره ابن كج والحناطي .
ولو قال لمدخول بها : أنت طالق طلقة قبل طلقة ، أو بعدها طلقة ، وقع طلقتان .
إحداها بعد الأخرى . ولو كانت غير مدخول بها ، وقعت واحدة وبانت .

ولو قال لمدخول بها : أنت طالق طلقة بعد طلقة ، أو قبلها طلقة ، وقع
طلقتان متعاقبتان على الصحيح الذي قطع به الجمهور . وفي كتاب ابن كج وجه
أنه لا يقع إلا واحدة ، لاحتمال أن يكون المعنى : قبلها طلقة مملوكة أو ثابتة ، قال :
وهذا عند الإطلاق ، ولو قال : أردت ذلك ، صدق يمينه لاحتماله . فإذا قلنا
بالصحيح ، ففي كيفية تعاقبها وجهان . أحدهما : تقع أولاً المنجزة ، ثم المضمنة ،
ويلغو قوله : قبلها ، كما لو قال : أنت طالق أمس ، يقع في الحال ، ويلغو قوله : أمس
وأصحابها : تقع أولاً المضمنة ، ثم المنجزة ، لأن المعنى يقتضي ذلك ، وليس المراد
أن المضمنة تقع قبل تمام اللفظ ، بل يقعان بعد تمام اللفظ ، فتقع المضمنة عقب
اللفظ ، ثم المنجزة في لحظة عقبها . فإن قال ذلك لغير المدخول بها ، فأوجه .
أصحابها : يقع واحدة . والثاني : لا يقع شيء ، والثالث : يقع طلقتان ، ويلغو قوله :
قبلها ، وبصير كأنه قال : طلقتين وهو ضعيف ، ولو قال للمدخول بها : أنت

طالق طلقة ، قبلها طلقة وبعدها طلقة ، طلقت ثلاثاً . ولو قال : قبلها وبعدها طلقة ، وقع الثلاث على الصحيح . وقيل : طلقتان ، ويلغو قوله : قبلها .

ولو خاطب غير المدخول بها بأحد هذين اللفظين ، فهل يقع واحدة أم لا يقع شيء ؟ وجهان . أصحها : الأول . ومتى قال : أردت بقولي : بعدها طلقة ، أي سأطلقها بعد هذا طلقة ، لم يقبل ظاهراً ويُدين ، ولو قال : أردت بقولي : قبلها أن زوجاً آخر طلقها في نكاح آخر ، فعلى ما سياتي إن شاء الله تعالى ، فيما إذا قال : أنت طالق في الشهر الماضي ، وفسر بهذا .

المسألة الرابعة : قال لمدخول بها : أنت طالق وطالق ، وقع طلقتان على الترتيب .

ولو قال : أنت طالق ثلاثاً ، فالصحيح وقوع ثلاث عند فراغه من قوله : ثلاثاً . وقيل : ثنتين بالفراغ [من ^(١)] وقوع الثلاث بقوله : أنت طالق . قال الإمام : وقياس من قال : يقع طلقة ، إذا أراد بقوله : أنت طالق ثلاثاً ، فمات قبل قوله : ثلاثاً : أن يقع هنا طلقة بقوله : أنت طالق ، ويتم الثلاث بقوله : ثلاثاً ، لكنه ضعيف ، لأنه لاخلاف أنه لو قال لغير المدخول بها : أنت طالق ثلاثاً وقع الثلاث ، وذلك يدل على أنها لا تقع مرتبة .

المسألة الخامسة : قال لغير المدخول بها : أنت طالق خمساً ، أو قال : إحدى عشرة ، وقع الثلاث ، ولو قال لها : واحدة ومائة ، لم يقع إلا واحدة . ولو قال : إحدى وعشرين ، فهل يقع الثلاث أم واحدة ؟ وجهان لتوذيدها بين صورتين . قلت : الأصح ، أنه تقع واحدة لأنه معطوف كقوله : واحدة ومائة ، بخلاف إحدى عشرة ، فإنه مركب فهو بمعنى المفرد . والله أعلم

(١) زيادة من إحدى نسخ الظاهرية .

ولو قال : طلقة ونصفاً ، لم يقع إلا واحدة .

فرع

قال : أنت طالق واحدة ، بل ثنتين أو ثلاثاً ، فإن كانت مدخولاً بها ، وقع ثلاث ، وإلا فواحدة .

ولو قال : ثنتين بل واحدة ، طلقت المدخول بها ثلاثاً ، وغيرها طلقتين .
ولو قال : أنت طالق واحدة بل ثلاثاً إن دخلت الدار ، فوجهان . أحدهما
وبه قال ابن الحداد : يقع واحدة بقوله : أنت طالق ، ويتعلق طلقتان بدخول
الدار . والثاني : يتعلق الثلاث بالدخول إلا أن يقول : أردت تخصيص الشرط
بقولي : بل ثلاثاً . فإن قاله لغير مدخول بها ، فعلى الوجه الأول تبين بالواحدة
الواقعة في الحال ، فإن نكحها بعد ذلك ودخلت ، فقبل فيه قولاً عود الحنث ،
والمذهب ، أنه لا يقع قطعاً ، لأنها إذا بانث كان التعليق بالدخول واقعاً في حال
البينونة ، فيلغو . وعلى الوجه الثاني يتعلق الثلاث بالدخول ، فإذا دخلت ، فعلى
الوجهين السابقين ، فيما إذا قال لغير المدخول بها : إن دخلت الدار فأنت طالق
وطالق ، فعلى وجه : لا يقع إلا واحدة ، وعلى الأصح : يقع الثلاث . ولو قال
لغير المدخول بها : أنت طالق طلقتين ، بل ثلاثاً إن دخلت الدار ، فعلى قول
ابن الحداد : يقع طلقتان في الحال ، ولا يصح تعليق الثالثة . وعلى الثاني تتعلق الثلاث
بالدخول ، فإذا دخلت ، ففي وجه يقع طلقة ، وعلى الأصح ثلاث .

فرع

قال : أنت طالق تطليقة ، قبلها كل تطليقة ، أو بعدها كل تطليقة ، قال
إسماعيل البوشنجي : قياس المذهب أن يقال : إن كانت مدخولاً بها ، وقع الثلاث
مع ترتب بين الواحدة وباقي الثلاث ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : يقع واحدة .
والثاني : لا شيء .

فرع

عن أبي العباس الروياني

لو قال : أنت طالق كالف ، فإن نوى عدداً ، وقع ، وإلا فواحدة ، وأنه
لو قال : أنت طالق حتى تم ثلاث ، فهل تقع ثلاث ، أم تعتبر نيته ، فإن لم
ينو ، فواحدة ؟ فيه وجهان ، ويقرب منه ما إذا قال : أنت طالق حتى أكمل
ثلاثاً ، أو أوقع عليك ثلاثاً ، وأنه لو قال : أنت طالق ألواناً من الطلاق ، تعتبر
نيته ، فإن لم ينو ، فواحدة .

وأنه لو قال : يا مطلقة : أنت طالق ، وكان طلقها قبل ذلك ، فقال : أردت
تلك المطلقة ، فهل يقبل أم يقع أخرى ؟ وجهان . ذكر اسماعيل البوشنجي : أنه
لو قالت له : طلقني وطلقني وطلقني ، أو طلقني طلقني طلقني ، أو قالت : طلقني
ثلاثاً ، فقال : طلقتك ، أو قد طلقتك ، أو أنت طالق . فإن نوى عدداً ، وقع ،
وإلا فواحدة ، وأنه لو طلقها واحدة رجعية ثم قال : جعلتها ثلاثاً ، فهو لغو
لا يقع به شيء .

الطرف الثالث في الحساب ، وهو ثلاثة أنواع .

الأول : في حساب الضرب ، فإذا قال لها : أنت طالق واحدة في واحدة ،
أو طلقة في طلقة ، سئل عن مراده ، فإن قال : أردت طلقة مع طلقة ، وقع
طلقتان ، وإن قال : أردت به الطرف أو الحساب ، أو لم أرد شيئاً ، وقعت
واحدة . وإن قال : أنت طالق طلقة في طلقتين ، أو واحدة في اثنتين ، وأراد
مع اثنتين ، وقع الثلاث ، وإن أراد الحساب وهو يعلمه ، وقع طلقتان ، وإن
جهله وقال : أردت ما يزيد الحساب ، فطلقة على الأصح ، وقال الصيرفي^(١) : طلقتان .

(١) على هامش الأصل : الصيمري نسخة .

وأجرى الوجهان في قوله : طلقته مثل ما طلق زيد وهو لا يدري كم طلق زيد . وكذا لو نوى عدد طلاق زيد ولم يتلفظ ، وإن أطلق ولم ينو الحساب ، فإن لم يعرفه ، فطلقة ، وكذا إن عرفه على الأظهر . وفي قول : طلقته . وفي قول غريب ضعيف حكاه الشيخ أبو محمد وغيره : يقع ثلاث طلاقات لتلفظه بهن ، ويجيء هذا القول فيمن لا يعرف الحساب ولم ينو شيئاً ، ولو قال : أنت طالق واحدة في ثلاث ، فإن قصد الحساب ، وقع الثلاث إن عرفه ، وإلا فعلى الوجهين ، وإن لم يقصد شيئاً ، فعلى التفصيل والخلاف المذكورين .

وإن قال : أنت طالق ثنتين في ثنتين ، فإن قصد الحساب وهو يعرفه ، وقع الثلاث ، وإن لم يقصد شيئاً ، فهل يقع ثنتان ، أم ثلاث ؟ فيه الخلاف . ولو قال : أنت طالق نصف طلاقة في نصف طلاقة ، وقعت طلاقة ، سواء أراد الحساب أم الظرف أم المعية ، أم لم يقصد شيئاً . ولو قال : واحدة في نصف ، فكذلك إلا أن يريد المعية ، فيقع طلقتان ، ولو قال : واحدة وربعا ، أو نصفاً في واحدة وربيع ، وقع طلقتان إلا أن يريد المعية ، فتقع ثلاث .

فرع

قال : أنت طالق من واحدة إلى ثلاث ، فهل يقع الثلاث ، أم ثنتان ، أم واحدة ؟ فيه أوجه ، أحصاها عند البغوي : الأول ، ولو قال : ما بين الواحدة والثلاث ، وقعت طلاقة على المذهب ، ويجيء فيه خلاف سبق في نظيره من الإقرار .

النوع الثاني : في تجزئة الطلاق . اعلم أن الطلاق لا يتبعض ، بل ذكر بعضه كذكر كله لقوته ، سواء أبهم بأن قال : أنت طالق بعض طلاقة ، أو جزءاً ، أو سها من طلاقة ، أو بين فقال : نصف طلاقة أو ربع طلاقة ، قال الإمام : وقوع الطلاق هنا على سبيل التعبير ببعض عن الكل ، ولا يتخيل هنا

السراية المذكورة في قوله : بعضك طالق ، لكن لا يظهر بينها فرق محقق . وفي كلام الشيخ أبي حامد وغيره ، أنه يجوز أن يكون ذلك بطريق السراية ، ويجوز أن يلغى قوله : نصف طلقة ، ويعمل قوله : أنت طالق .

فرع

إذا زاد في الأجزاء فقال : أنت طالق ثلاثة أنصاف طلقة ، أو أربعة أثلاث طلقة ، وقع طلقتان على الأصح ، وقيل : حلقة . وقيل : ثلاث طلقات ، حكاه الحناطي . وعلى هذا القياس ، قوله : بخمسة أرباع طلقة ، أو نصف وثلثي طلقة . قلت : هذا الخلاف فيما إذا زادت الأجزاء على طلقة ، ولم يجاوز طلقتين ، فإن جاوزت كقوله : خمسة أنصاف طلقة ، أو سبعة أثلاث طلقة وأشباهه ، كان الخلاف في أنه يقع طلقة أم ثلاث . والله أعلم

ولو قال : لفلان علي ثلاثة أنصاف درهم ، فهل يلزمه درهم أو درهم ونصف ؟ وجهان . أصحها : الثاني .

فرع

قال : أنت طالق نصف طلقة ، لم يقع إلا طلقة ، إلا أن يريد نصفاً من طلقة ، ونصفاً من أخرى ، وكذا لو قال : ربعي طلقة ، أو ثلثي طلقة ، وأشار في « الوسيط » إلى الخلاف في هذه الصورة فقال : الصحيح أنه يقع طلقة ، والكتب ساكتة عن الخلاف ، لكنه جارٍ على ما نقله الحناطي .

قلت : قد حكى الوجه الذي أشار إليه في « الوسيط » عن « شرح المفتاح » .
والله أعلم

ولو قال : نصف طلقتين ، أو ثلث طلقتين ، وقع طلقة على الأصح ، وقيل :
طلقتان ، فعلى هذا لو قال : أردت طلقة ، مُدَّين ، وفي قبوله ظاهراً وجهان . ولو
قال : عليّ نصف درهمين ، قال الشيخ أبو علي : لا يلزم إلا درهم بإجماع الأصحاب
لعدم التكميل .

ولو قال : ثلث درهمين ، فعليه ثلثا درهم بالاتفاق . ولو قال : نصف طلقتين
أو ثلثي طلقتين ، وقع طلقتان ، ولو قال : ثلاثة أنصاف طلقتين ، فهل يقع
طلقتان أم ثلاث ؟ وجهان ، أصحها : الثاني ، وبه قال ابن الحداد ، ونقله الشيخ
أبو علي عن الأكثرين .

ولو قال : له عليّ ثلاثة أنصاف درهمين ، ففيما يلزمه الوجهان . ولو قال : ثلاثة
أنصاف الطلاق ، قال المتولي : يقع ثلاث طلقات ، وينصرف الألف واللام إلى
الجنس ، وحكى الحناطي وجهين ، أحدهما : يقع ثلاث ، والثاني : طلقة .

فرع

قال : أنت طالق نصف طلقة ، أو ثلث وربيع وسدس طلقة ، لا يقع إلا
طلقة ، ولو كرر لفظه الطلقة فقال : ثلث طلقة ، وربيع طلقة ، وسدس طلقة ،
طلقت ثلاثاً على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وقال الغزالي : فيه وجهان . أحدهما :
هذا ، والثاني : لا يقع إلا واحدة ، هكذا أطلقه الغزالي ، وإنما نقل الإمام هذا
الوجه ، فيما إذا نوى صرف هذه الأجزاء إلى طلقة وفسر كلامه به .

ولو لم يدخل الواو ، فقال : أنت طالق ثلث طلقة ، ربع طلقة ، سدس
طلقة ، لم يقع إلا طلقة لأنه إذا لم يدخل الواو ، كان الجميع بمنزلة كلمة واحدة ،
ولهذا لو قال : أنت طالق طالق ، لم تقع إلا واحدة ، ولو قال : طالق وطالق ،
وقع طلقتان .

لو زادت الأجزاء ولم يدخل الواو ، فقال : أنت طالق نصف طلقة ، ثلث طلقة ، ربع طلقة ، ففي « أمالي أبي الفرج » : أنه على الوجهين في قوله : ثلاثة أنصاف طلقة . ولو لم تتغير الأجزاء وتكررت الواو فقال : أنت طالق نصف طلقة ، ونصف طلقة ، ونصف طلقة ، وقع طلقان ، ويرجع في اللفظ الثالث إليه ، أقصد التأكيد أم الاستثناف كما لو قال : طالق وطالق وطالق .

ولو قال : أنت نصف طلقة ، أو ثلث طلقة ، فهو كقوله : أنت الطلاق . ولو قال : أنت طالق نصف ثلث سدس ، ولم يقل : طلقة ، وقع طلقة بقوله : أنت طالق .

فرع

في فتاوى القفال ، لو قال : طلقته واحدة أو ثنتين على سبيل الإنشاء ، فيختار ما شاء من واحدة ، أو اثنتين كما لو قال : أعتقت هذا أو هذين .

النوع الثالث : في التشريك ، فإذا قال لأربع نساء : أوقعت عليكن طلقة ، وقع على كل واحدة طلقة [فقط ^(١)] ولو قال : طلقين أو ثلاثاً أو أربعاً ، وقع على كل واحدة طلقة فقط ، إلا أن يريد توزيع كل طلقة عليهن ، فيقع في طلقين ، على كل واحدة طلقان ، وفي ثلاث وأربع ، ثلاث .

قلت : هذا الذي ذكره هو المنصوص في « الأم » ، وبه قطع الجمهور ، وقال أبو علي الطبري : يحمل على التوزيع وإن لم ينوه . والله أعلم

ولو قال : أوقعت عليكن خمس طلاقات ، طلقت كل واحدة طلقين ، إلا أن يريد التوزيع ، وكذلك في الست ، والسبع ، والثمان . وإن أوقع تسعاً ، طلقت

(١) زيادة من إحدى نسخ الظاهرية .

كل واحدة ثلاثاً . وإن قال : أوقعت بينكن طلقة ، طلقت كل واحدة طلقة .
فإن قال : أردت بعضهن دون بعض ، دُئِنَ ولا يقبل ظاهراً على الأصح ، وقطع به
جماعة . قال الإمام والبغوي وغيرهما : الوجهان مخصوصان بقوله : أوقعت بينكن .
أما قوله : عليكن ، فلا يقبل تفسيره هذا قطعاً ، بل يعمن الطلاق .

واعلم أنا قدمنا في قوله : نسائي طوالق عن ابن الوكيل وغيره ، أنه يقبل
تخصيصه بعضهن ، وذلك الوجه يجيء هنا لا محالة ، فكان قول الإمام وغيره تقريراً
على الصحيح هناك . وإذا قلنا : لا يقبل في قوله : بينكن ، فذلك إذا أخرج بعضهن
عن الطلاق ، وعطل بعض الطلاق ، فأما إذا فضل بعضهن كقوله : أوقعت بينكن
ثلاث طلقات ، ثم قال : أردت طلقتين على هذه ، وتوزيع الثالثة على الباقيات ،
فيقبل على الأصح المنصوص ، وبه قطع الشيخ أبو علي . والثاني حكاة ابن القطان :
يشترط استواؤهن ، وحكي وجه ، أنه يقبل تفسيره وإن تعطل بعض الطلاق حتى
لو قال : أوقعت بينكن أربع طلقات ، ثم خصصها بامرأة قبل ، وهذا ضعيف .
وحيث قلنا : لا يقبل ، فذلك في نفي الطلاق عن نفاه عنها ^(١) أما إثباته على من
أثبتته عليها ، فيثبت قطعاً مؤاخذه له .

ولو قال : أوقعت بينكن خمس طلقات ، لبعضكن أكثر مما لبعض ، فيصدق
في التفصيل بلا خلاف ، وفي تصديقه في إخراج بعضهن الخلاف .

ولو قال : أوقعت عليكن نصف طلقة ، أو ثلثها ، وقع على كل واحدة طلقة .
ولو قال : أوقعت بينكن ثلث طلقة ، وخمس طلقة ، وسدس طلقة ، بني على
الخلاف السابق فيما إذا خاطب به واحدة . فإن قلنا : لا يقع به إلا واحدة ،
فكذا هنا ، فتطلق كل واحدة طلقة ، وإن قلنا بالمذهب : وهو وقوع الثلاث ،
طلقت كل واحدة ثلاثاً ، لأن تغاير الأجزاء وعطفها ، يشعر بقسمة كل جزء بينهما .

(١) في الأصل : ما .

وقال الإمام : ومجتمل أن تجعل كما لو قال : أوقعت بينكن ثلاث طلاقات ، فتطلق كل واحدة طلاقة . ولو قال : أوقعت بينكن طلاقة وطلاقة وطلاقة ، فيجوز أن يقال : هو كقوله : ثلاث طلاقات ، تطلق كل واحدة طلاقة ، ويجوز أن يقال : تطلق كل واحدة ثلاثاً لإشعاره بقسمة كل طلاقة .

فرع

طلق إحدى امرأتين ثم قال للأخرى : أشركتك معها ، أو جعلتك شريكها ، أو أنت كهي ، أو مثلها ، ونوى طلاقها ، طلقت وإلا فلا ، وكذا لو طلق رجل امرأته فقال آخر لامرأته : أشركتك معها ، أو أنت كهي ، ونوى ، طلقت . ولو كان تحته أربع ، فقال لثلاث منهن : أوقعت عليك أو بينكن طلاقة ، فطلقن واحدة واحدة ، ثم قال للرابعة : أشركتك ^(١) معهن ونوى الطلاق ، نظر إن أراد طلاقة واحدة لتكون كواحدة منهن ، طلقت طلاقة ، وإن أراد أنها تشارك كل واحدة طلقتها ، طلقت ثلاثاً . وإن أطلق نية الطلاق ولم ينو واحدة ولا عدداً ، فوجهان : أصحها وبه قال الشيخ أبو علي : تطلق واحدة ، وقال القفال : طلقتين ، لأن التشريك يقتضي أن يكون عليها نصف ما عليهن وهو طلاقة ونصف ، فتكمل . ولو قيل على هذا التوجيه : تطلق ثلاثاً مثاهن ، لم يكن بأبعد منه ، ولو طلق اثنتين ثم قال للأخرين : أشركتكما معها ونوى الطلاق ، فإن نوى كون كل منهما كواحدة من الأولين ، طلقت كل واحدة منها طلاقة ، وإن نوى كون كل واحدة كالأوليين معاً في الطلاق أو أن تشارك كل واحدة منها كل واحدة من الأولين في طلقتها ، طلقتا طلقتين طلقتين . وإن أطلق ، طلقت كل واحدة طلاقة على قولي القفال وأبي علي جميعاً ، لأن القفال بشرکہا فيجعل ^(٢) لها نصف ما للأوليين ، وهو طلاقة فتقسم وتكمل .

(١) في الأصل : أشركتك . (٢) في إحدى نسخ الظاهرية : فيحصل .

فرع

قال : أنت طالق عشراً ، فقالت : تكفيني ثلاث ، فقال : الباقي لضررتك ، لا يقع على الضرة شيء ، لأن الزيادة على الثلاث لغو . ولو قالت : تكفيني واحدة فقال : الباقي لضررتك ، وقع عليها ثلاث ، وعلى الضرة طلقتان إذا نوى ^(١) ، ذكره البغوي ، ولو طلق إحدى امرأته ثلاثاً ثم قال للثانية : أشركتك معها ، قال الشاشي : يقع على الثانية طلقة ، وتردد البوشنجي في طلقة أم ثلاث .

الباب الرابع

في الاستثناء

الاستثناء صحيح معهود ، وفي القرآن والسنة موجود ، فإذا قال : أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين ، طلقت طلقة . ويشترط لصحته شيان ، أحدهما : أن يكون متصلاً باللفظ ، فإن انفصل ، فهو لغو ، وسكتة التنفس والعبي لا تمنع الاتصال . قال الإمام : والاتصال المشروط هنا أبلغ مما يشترط بين الإيجاب والقبول ، لأنه يحتمل بين كلام الشخصين ما لا يحتمل بين كلام شخص واحد ، ولذلك لا ينقطع الإيجاب والقبول بتخلل كلام يسير على الأصح ، وينقطع الاستثناء بذلك على الصحيح . وهل يشترط اقتران الاستثناء بأول اللفظ ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، بل لو بدا له الاستثناء بعد تمام المستثنى منه فاستثنى ، حكم بصحة الاستثناء ، وحكى الشيخ أبو محمد هذا الوجه عن الأستاذ أبي إسحاق ، وأصحها وادعى أبو بكر الفارسي الإجماع عليه : أنه لا يعمل بالاستثناء حتى يتصل بأول الكلام .

قلت : الأصح ، وجه ثالث ، وهو صحة الاستثناء بشرط وجود النية قبل فراغ

اليمين وإن لم يقارن أولها **وَسَاءَ لِمِ**

(١) في الأصل : نودي .

ثم ما ذكرناه من اتصال اللفظ واقتران القصد بأول الكلام ، يجري في الاستثناء بـ «إلا» وأخواتها ، وفي التعليق بمشيئة الله تعالى ، وفي سائر التعليقات الشرط الثاني ، أن لا يكون الاستثناء مستغرقاً ، فإن استغرق ، فهو باطل ويقع الجميع .

فصل

الاستثناء ضربان . أحدهما : استثناء بـ «إلا» وأخواتها ، والثاني : تعليق الطلاق والعناق ، وغيرهما بمشيئة الله تعالى ، قال الإمام : ولا يبعد عن اللغة تسمية كل تعليق استثناء ، لأن قول القائل : أنت طالق ، يقتضي وقوع الطلاق بغير قيد ، فإذا علقه بشرط ، فقد ثناه عن مقتضى إطلاقه ، كما أن قوله : أنت طالق ثلاثاً إلا طلاقاً ، يثني اللفظ عن مقتضاه ، إلا أنه اشتهر في عرف أهل الشرع تسمية التعليق بمشيئة الله تعالى خاصة استثناء .

الضرب الأول . فيه مسائل

إحداها : قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً ، فالاستثناء باطل لاستغراقه .

الثانية : إذا عطف بعض العدد على بعض في المستثنى أو المستثنى منه أو فيها ، فهل يجمع بينها ، أم لا ؟ وجهان ، أصحهما : لا يجمع ، وبه قال ابن الحداد ، ولهذا لو قال لغير المدخول بها : أنت طالق وطالق ، لا يقع إلا واحدة ، ولا ينزل منزلة : أنت طالق طلقين ، فإذا قال : أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين وواحدة ، أو إلا اثنتين وإلا واحدة ، فعلى الجمع يكون الاستثناء مستغرقاً فيقع الثلاث ، وعلى الفصل ، يختص البطلان بالواحدة التي وقع بها الاستغراق ، فتقع طلاقاً .

ولو قال : إلا واحدة واثنتين ، فعلى الجمع يقع ثلاث ، وعلى الفصل يختص البطلان بالثنتين ، فيقع طلقتان .

ولو قال : أنت طالق طلقين وواحدة إلا واحدة ، فعلى الجمع تكون الواحدة

مستثناة ، فيقع طلقتان ، وعلى الفصل ، لا يجمع فتكون الواحدة مستثناة من واحدة ، فيقع الثلاث . وقيل : تقع الثلاث هنا قطعاً .

ولو قال : أنت طالق واحدة واثنين إلا واحدة ، صح الاستثناء على الوجهين . ولو قال : ثلاثاً إلا واحدة واحدة واحدة ، فعلى الجمع ، يقع الثلاث ، وعلى الفصل ، يقع استثناء اثنين دون الثالثة . ولو قال : أنت طالق واحدة واحدة ، وواحدة إلا واحدة ، أو أنت طالق طلقة ، وطلقة ، وطلقة إلا طلقة ، فعلى الجمع يقع طلقتان . كأنه قال : ثلاثاً إلا واحدة ، وعلى الفصل ، يقع ثلاث ، لأنه استثنى واحدة من واحدة ، ولو قال : واحدة ، وواحدة ، وواحدة ، إلا واحدة واحدة وواحدة وواحدة ، وقع الثلاث على الوجهين .

ولو قال : واحدة ، بل واحدة ، ثم واحدة إلا واحدة ، فلاستثناء باطل ، ولا جمع لتغاير الألفاظ . وقيل : يصح حكاة الحناطي ، والصحيح المنع . ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة واحدة ؛ قال الشيخ أبو علي : اتفق الأصحاب أنه يجمع بينها ، ويصحان ولا يقع إلا ما بقي بعد الاستثناءين وهو طلقة ، وحكى ابن كعب فيه وجهين ، ثانيهما : يقع ثلاث ، ويجعل قوله : وواحدة عطفاً على قوله : ثلاثاً كأنه قال : اثنتين وواحدة .

قلت : هذا الوجه خطأ ظاهر ، وتعليقه أفسد منه والله أعلم

المسألة الثالثة : سبق في الاقرار أن الاستثناء من النفي إثبات ، ومن الإثبات نفي ، فإذا قال : أنت طالق ثلاثاً ، إلا اثنتين إلا واحدة ، وقع طلقتان ، وعن الحناطي ، احتمال أنه كقوله : لإثنتين وواحدة ، والصواب الأول .

ولو قال : ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدة ، فهل يقع واحدة ، أم اثنتان ، أم ثلاث ؟ فيه أوجه ، أصحها : الأول ، ولو قال : ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين ، ففيه الأوجه ، لكن

الأصح هنا : يقع طلقتان . ولو قال : ثلاثاً إلا اثنتين إلا اثنتين ، وقعت واحدة قطعاً ، ولغا الاستثناء الثاني .

ولو قال : ثلاثاً إلا واحدة إلا واحدة ، فهل يقع اثنتان أم ثلاث ؟ وجهان حكاهما الخناطي ، ولو قال : اثنتين إلا واحدة إلا واحدة ، ف قيل : اثنتان ، وقيل : واحدة .

ولو قال : ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة ، ف قيل اثنتان . وقيل : واحدة ، قال الخناطي : ويحتمل وقوع الثلاث .

المسألة الرابعة : إذا زاد على العدد الشرعي ، فهل ينصرف ^(١) الاستثناء إلى الملفوظ به ، أم إلى المملوك وهو الثلاث ؟ وجهان . أصحها : إلى الملفوظ به ، وبه قال ابن الحداد ، وابن القاص ، وقال أبو علي بن أبي هريرة والطبري : إلى المملوك . فإذا قال : أنت طالق خمساً إلا ثلاثاً ، وقع طلقتان على الأول ، وثلاث على الثاني . ولو قال : خمساً إلا اثنتين ، وقع ثلاث على الأول ، وواحدة على الثاني . ولو قال : أربعاً إلا اثنتين ، وقع اثنتان على الأول ، وواحدة على الثاني ، ولو قال : أربعاً إلا واحدة ، وقع ثلاث على الأول ، واثنتان على الثاني ، ولو قال : أربعاً إلا ثلاث ، وقع على الأول واحدة ، وعلى الثاني ثلاث ، ولو قال : ستاً أو سبعاً أو أكثر من ذلك إلا ثلاثاً ، وقع الثلاث على الوجهين ، ولو قال : ستاً إلا أربعاً ، فعلى الأول : يقع طلقتان ، وعلى الثاني : ثلاث . ولو قال : أربعاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين ، فعلى الأول : يقع ثلاث ، وعلى الثاني : هو ^(٢) كقوله : ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين . ولو قال : خمساً إلا اثنتين إلا واحدة ، فعلى الأول يقع ثلاث ، وعلى الثاني طلقتان كقوله : ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة ، ولو قال : ثلاثاً وثلاثاً إلا أربعاً ،

(١) في الأصل : ينصرف .

(٢) في الأصل : وهو .

فإن جمعنا بين الجمل المعطوفة واعتبرنا الملفوظ ، فكقوله : ستاً إلا أربعاً ، وإلا طلقت ثلاثاً .

فرع

قال : أنت بائن إلا بائناً ونوى بقوله : أنت بائن الثلاث ، قال اسماعيل البوشنجي : يبني على أنه لو قال : أنت واحدة ونوى الثلاث ، هل يقع الثلاث اعتباراً بالنية أم واحدة اعتباراً باللفظ ؟ فإن غلبنا اللفظ ، بطل الاستثناء كما لو قال : أنت طالق واحدة إلا واحدة . وإن غلبنا النية ، صح الاستثناء ووقع طلقتان ، وهذا هو الذي رجحه ونصره .

قلت : الأول غلط ظاهر ، فإنه لاخلاف أنه إذا قال : أنت بائن ونوى الثلاث ، وقع الثلاث ، فكيف يبني على الخلاف في قوله : أنت واحدة ؟ ! والله أعلم

وفي معنى هذه الصورة قوله : أنت بائن إلا طالقاً ونوى بقوله : بائن الثلاث . ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا طالقاً ، صح الاستثناء كقوله : ثلاثاً إلا طلاقة ، وكذا لو قال : طالق وطالق وطالق إلا طالقاً ونوى التكرار فيه احتمال .

المسألة الخامسة : لو قدم الاستثناء على المستثنى منه ، فقال : أنت إلا واحدة طالق ثلاثاً ، حكى صاحب « المهدب » عن بعض الأصحاب ، أنه لا يصح الاستثناء ويقع الثلاث ، قال : وعندي أنه يصح فيقع طلقتان .

المسألة السادسة : قال : أنت طالق ثلاثاً إلا نصف طلاقة ، وقع الثلاث على الصحيح ، وقيل : طلقتان . ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا طلاقة ونصفاً ، فعلى الصحيح طلقتان ، وعلى الثاني طلاقة . ولو قال : طلاقة إلا نصفاً وقع طلاقة قطعاً ، ولو قال : ثلاثة إلا طلقتين ونصفاً ، فإن قلنا بالثاني ، فهو كقوله : ثلاث إلا اثنتين وواحدة ، وإن قلنا بالصحيح ، فهل يقع ثلاث أم واحدة ، فيه

احتمالان للإمام . ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا طلقين إلا نصف طلقة ، وقع طلقتان . ولو قال : واحدة ونصفاً إلا واحدة ، نقل الحناطي وقوع طلقة . قال : ويحتمل وقوع طلقتين . ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا نصفاً ، قال البوشنجي : يراجع ، فإن قال : أردت : إلا نصفها ، وقع طلقتان . وإن قال : أردت إلا نصف طلقة ، طلقت ثلاثاً ، ويجيء فيه الوجه الضعيف ، وإن لم تكن نية فطلقتان .

الضرب الثاني ، التعليق بالمشيئة : فإذا قال : أنت طالق إن شاء الله ، نظر إن سبقت الكلمة إلى لسانه لتعوده لها كما هو الأدب ، أو قصد التبرك بذكر الله تعالى ، أو الإشارة إلى أن الأمور كلها بمشيئة الله تعالى ولم يقصد تعليقاً محققاً ، لم يؤثر ذلك ووقع الطلاق . وإن قصد التعليق حقيقة ، لم تطلق على المذهب ، ومنهم من حكى قولاً آخر ، والتفريع على المذهب . وكذا يمنع الاستثناء انعقاد التعليق ، كقوله : أنت طالق إن دخلت الدار ، إن شاء الله ، أو إذا شاء الله ، ويمنع أيضاً العتق في قوله : أنت حر إن شاء الله ، ويمنع انعقاد النذر واليمين ، وصحة العفو عن القصاص ، والبيع وسائر التصرفات . وسواء قال : أنت طالق إن شاء الله ، أو إن شاء الله أنت ^(١) طالق ، أو متى شاء الله ، أو إذا شاء الله ، قال ابن الصباغ : وكذا قوله : إن شاء الله أنت طالق ، وفي هذه الصيغة وجه حكاه الحناطي . ولو قال : أنت طالق إذا شاء الله [أو أن شاء الله] ^(٢) بفتح الهمزة ، وقع الطلاق في الحال ، وكذا لو قال : إذا شاء زيد ، أو أن شاء زيد ، ونقل الحناطي وجهاً ، في أن شاء الله ، أنه لا يقع ، وثالثها ^(٣) أنه يفرق بين عارف النحر وغيره . واختار الروباني هذا . ولو قال : أنت طالق

(٢) زيادة من نسخ الظاهرية .

(١) في الأصل : فأنت .

(٣) في نسخ الظاهرية : وثالثاً .

ما شاء الله ، قال المتولي وغيره : وقعت طلاقاً لأنها اليقين . ولو قال : أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إن شاء الله ، أو ثلاثاً وواحدة إن شاء الله ، أو واحدة وثلاثاً إن شاء الله ، قال ابن الصباغ والمتولي : الذي يقتضيه المذهب : أنه لا يقع شيء ، والوجه بناؤه على الخلاف السابق ، أن الاستثناء بعد الجملتين ينصرف إليهما ، أم إلى الأخيرة فقط ؟ وكذا ذكره الإمام ، وقد ذكرنا أن الأصح عوده إلى الأخيرة ، ويوافق هذا البناء ما ذكره البغوي أنه لو قال : حفصة وعمرة طالقان إن شاء الله ، فهل يرجع الاستثناء إلى عمرة فقط أم إليهما ؟ وجهان ، أصحها : الأول . ولو قال : أنت طالق واحدة واثنتين إن شاء الله ، قال الإمام : هو على الوجهين ، إن جمعنا المفرق ، لم يقع شيء . ولو قال : أنت طالق واحدة ثلاثاً إن شاء الله ، أو أنت طالق ثلاثاً ثلاثاً إن شاء الله ، لم تطلق ، وفي معناه : أنت طالق أنت طالق إن شاء الله ، وقصد التأكيد .

فرع

قال : يا طالق إن شاء الله ، يقع الطلاق على الأصح ، ولو قال : يا طالق ، أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله ، وقعت طلاقاً بقوله : يا طالق فقط ، ولو قال : أنت طالق ثلاثاً يا طالق إن شاء الله ، فهل يقع طلاقاً بقوله : يا طالق ، أم ثلاث أم لا يقع شيء ؟ فيه أوجه ، وبالأول قطع المتولي ، ويشبه أن يكون هو الأظهر . وحكى الإمام عن القاضي والأصحاب الثلاث ، ويؤيد الأول ، أن البغوي وغيره : ذكروا أنه لو قال : أنت طالق ثلاثاً يا زانية إن شاء الله ، رجع الاستثناء إلى الطلاق ، ووجب حد القذف .

قلت : هذا الذي ذكره من ترجيح الأول هو الأصح ، وقد قطع به جماعة غير المتولي .

والله أعلم

فرع

إذا قال : أنت طالق إن لم يشأ الله ، أو إذا لم يشأ الله ، أو ما لم يشأ الله ، لم تطلق على الصحيح باتفاق الجمهور ، وقال صاحب « التلخيص » : تطلق ، ولو قال : أنت طالق إلا أن يشأ الله ، فوجهان . أحدهما : لا تطلق ، والثاني : تطلق ، وبالثاني قال العراقيون ، وهو محكي عن ابن مريج ، ورجحه البغوي ، والأول هو الأصح ، صححه الإمام وغيره ، واختاره القفال ، ونقله عن [نص^(١)] الشافعي رحمه الله .

فرع

إذا قال : أنت طالق إن لم يشأ زيد ، أو إن لم يدخل الدار ، أو إن لم يفعل كذا ، نظر ، إن وجد منه المشيئة أو غيرها مما علق عليه في حياته ، لم يقع الطلاق ، وإن لم توجد حتى مات ، وقع الطلاق قبيل الموت إن لم يحصل قبل ذلك مانع ، فإن حصل مانع تتعذر معه المشيئة ، كجنون ونحوه ، تبينا وقوع الطلاق قبيل حدوث المانع ، وإن مات وشككنا في أنه هل وجد منه الصفة المعلق عليها ، ففي وقوع الطلاق وجهان ، سواء كانت الصيغة : أنت طالق إن لم يدخل زيد ، أو إلا أن يدخل ، والوقوع في الثانية أظهر منه في الأولى .

ولو قال : أنت طالق اليوم إلا أن يشأ زيد ، أو إلا أن تدخل الدار ، فالיום هنا كالعمر .

واعلم أن الأكثرين قالوا بالوقوع فيما إذا شككنا في الفعل المعلق عليه ، واختار الإمام عدم الوقوع في الصورتين ، وهو أوجه وأقوى .

قلت : الأصح عدم الوقوع ، للشك في الصفة الموجبة للطلاق . والله أعلم

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

فرع

قوله : أنت طالق إلا أن يشاء الله ، أو إلا أن يشاء زيد ، معناه : إلا أن يشاء وقوع الطلاق . كما أن قوله : أنت طالق إن شاء الله ، معناه : إن شاء وقوع الطلاق ، فالطلاق معلق بعدم مشيئة الطلاق ، لا بمشيئة عدم الطلاق ، وعدم مشيئة الطلاق تحصل بأن يشاء عدم الطلاق ، أو بأن لا يشاء شيئاً أصلاً ، فعلى التقديرين يقع ، وإنما لا يقع إذا شاء زيد أن يقع ، وقال بعضهم : معناه : أنت طالق إلا أن يشاء زيد أن لا تطلق ، وعلى هذا ، إن شاء أن تطلق ، طلقت ، وكذا ذكره البغوي ، والصحيح الأول .

الباب الخامس

في الشك في الطلاق

إذا شك ، هل طلق ؟ لم يحكم بوقوعه ، وكذا لو علق الطلاق على صفة وشك في حصولها ، كقوله : إن كان هذا الطائر غراباً ، فأنت طالق ، وشك في كونه غراباً ، أو قال : إن كان غراباً فزنب طالق ، وإن كان حمامة ، فعمرة طالق ، وشك هل كان غراباً أم حمامة أم غيره فلا يحكم بالطلاق . ولو تبين أصل الطلاق ، وشك في عدده ، أخذ بالأقل ، ويستحب الأخذ بالاحتياط ، فإن شك في أصل الطلاق ، راجعها ليتيقن الحل ، وإن زهد فيها ، طلقها لتحل لغيره يقيناً ، وإن شك في أنه طلق ثلاثاً أم اثنتين ؟ لم ينكحها حتى تنكح زوجاً غيره ، وإن شك هل طلق ثلاثاً أم لم يطلق شيئاً ؟ طلقها ثلاثاً .

فصل

تحت زنب وعمرة ، فقال : إن كان هذا الطائر غراباً ، فزنب طالق ، وإلا فعمرة طالق ، وأشكل حاله ، طلقت إحداها ، وعليه اعتزلهما جميعاً حتى يتبين الحال ،

وعليه البحث والبيان . ولو قال : إن كان غراباً فامرأتى طالق ، فقال رجل آخر :
إن لم يكن غراباً فامرأتى طالق ، لم يحكم بوقوع الطلاق على واحد منها .

فرع

قال : إن كان هذا الطائر غراباً ، فعبدى حر ، وقال آخر : إن لم يكن
غراباً ، فعبدى حر ، وأشكل ، فلكل واحد منها التصرف في عبده ، فإن ملك
أحدهما عبد الآخر بشراء أو غيره ، واجتمع عنده العبدان ، منع التصرف فيها
ويؤمر بتعيين العتق في أحدهما ، كما لو كانا في ملكه وعلق التعليقين ، وعليه
البحث عن طريق البيان ، وفي وجه : إنما يمتنع التصرف في الذي اشتراه ، فلا
يتصرف فيه حتى يحصل البيان ، ولا يمتنع التصرف في الأول .

قلت : هذان الوجهان نقلهما الإمام وآخرون ؛ ورجعوا الأول ، وبه قطع
المتولي ، لكن قطع الشيخ أبو حامد وسائر العراقيين ، أو جماهيرهم ، بأن العتق
يتعين في العبد المشتري ، ويحكم بعتقه إذا تم تملكه ظاهراً ، ولكن الأول أفقه .
والله اعلم

ولو باع أحدهما عبده ، ثم اشترى عبد صاحبه ، قال في « البسيط » : لم أره
مسطوراً ، والقياس أن ينفذ تصرفه فيه ، لأن بيع الأول لواقعة انقضت ،
وتصرفه في الثاني واقعة أخرى ، كما لو صلى إلى جهتين باجتهادين .

قلت : أما على طريقة ^(١) العراقيين التي نقلتها ، فيعتق عليه الثاني بلا شك ،
وأما على الطريقة الأخرى ، فيحتمل ما قاله في « البسيط » ، ويحتمل بقاء الحجر
في الثاني حتى يتبين الحال ، وهو قريب من الخلاف فيما إذا استقبه ^(٢) إناؤه

(١) في الأصل : طريق .

(٢) في الأصل : أشبه .

فانصب أحدهما ، هل يجتهد في الثاني ، أم يأخذ بطهارته ، أم يعرض عنه ، والأقيس بقاء الحجر احتياطاً للعتق ، ولأن الأموال وغراماتها أشد من القبله وسائر العبادات ، ولهذا لا يعذر النامي والجاهل في الغرامات ، ويعذر في كثير من العبادات ، ويؤيد ما ذكرته أن إقدامه على بيع عبده كالصرح بأنه لم يعتق ، وأن الذي عتق هو عبد الآخر ، وقد سبق أنه لو صرح بذلك ، عتق عليه عبد صاحبه إذا ملكه قطعاً ، وقد ذكر الغزالي في « الوسيط » : احتمالين ، أحدهما : ما ذكره في « البسيط » . والثاني : خلافه وهو يؤيد ما قلته . والله أعلم

هذا كله إذا لم يصدر منه غير التعليق السابق ، فإن قال للآخر : خنت في يمينك ، فقال : لم أحنث ، ثم ملك عبده ، حكم عليه بعتقه قطعاً لإقراره بحريته ، ولا رجوع له بالثمن إن كان اشتراه . ولو صدر هذان التعليقان من شريكين في عبد ، فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى في « كتاب العتق » .

فرع

قال : أنت طالق بعدد كل شعرة على جسد إبليس ، قال إسماعيل البوشنجي : قياس مذهبنا : أنه لا يقع طلاق أصلاً ، لأننا لاندرى عليه شعر أم لا ؟ والأصل العدم ، وعن بعض أصحاب أبي حنيفة وقوع طلقة .

قلت : القياس وقوع طلقة ، وليس هذا تعليقاً على صفة ، فيقال : شككنا فيها بل هو تنجيز طلاق ، وربط لعدده بشيء شككنا فيه ، فتوقع أصل الطلاق ، ونلغي العدد ، فإن الواحدة ليست بعدد ، لأن أقل العدد اثنان ، فالتحتم وقوع طلقة والله أعلم

فصل

طلق إحدى امرأته بعينها ثم نسبها ، حرم عليه الاستمتاع بكل منها حتى يتذكر ، فإن صدقناه في النسيان ، فلا مطالبة بالبيان ، وإن كذبناه وبادرت واحدة وقالت : أنا المطلقة ، لم يقنع منه في الجواب بقوله : نسيت ، أو لا أدري ، وإن كان قوله محتملاً ، بل يطالب يمين جازمة أنه لم يطلقها ، فإن نكل ، حلفت وقضي باليمين المردودة .

فصل

قال لزوجته وأجنبية : إحداكما طالق ، وقال : نويت الأجنبية ، قبل قوله يمينه على الصحيح المنصوص في « الاملاء » ، وبه قطع الجمهور ، وقيل : تطلق زوجته ، قال البغوي في « الفتاوى » : لو قال : لم أنو بقلبي واحدة ، طلقت امرأته ، وإنما ينصرف عنها بالنية ، ولو حضرتا ، فقالت زوجته : طلقني ، فقال : طلقتك ، ثم قال : أردت الأجنبية ، لم يقبل ، ذكره البغوي ، وأمثه مع زوجته ، كالأجنبية مع الزوجة .

ولو كان معها رجل أو دابة ، فقال : أردت الرجل ، أو الدابة ، لم يقبل . ولو كان أمم زوجته زينب ، فقال : زينب طالق ، ثم قال : أردت جارتي زينب ، فثلاثة أوجه ، الصحيح الذي عليه الجمهور : أنه لا يقبل ، فتطلق زوجته ظاهراً ويؤدين ، وقيل : يصدق يمينه كالصورة السابقة ، وهذا اختيار القاضي أبي الطيب الطبري وغيره ، والثالث ، قاله إسماعيل البوشنجي : إن قال : زينب طالق ، ثم قال : أردت الأجنبية ، قبل ، وإن قال : طلقت زينب ، لم يقبل ، وهذا ضعيف . ولو نكح امرأة نكاحاً صحيحاً ، وأخرى نكاحاً فاسداً ، فقال لهما : إحداكما طالق ، وقال : أردت فاسدة النكاح ، فيمكن أن يقال : إن قبلنا التفسير بالأجنبية ، فهذه أولى ، وإلا فوجهان .

فصل

قال لزوجته : إحداكما طالق ، فإن قصد واحدة بعينها ، فهي المطلقة ، فعليه بيانها . وإن أرسل اللفظ ولم يقصد معينة ، طلقت إحداهما مبهماً ويعينها الزوج ، وهذان القسمان يشتركان في أحكام ، ويفترقان في أحكام ، ثم تارة يفصل حكمهما في الحياة ، وتارة بعد الموت .

الحالة الأولى : حالة الحياة ، وفيها مسائل :

الأولى : يلزم الزوج بالتبين إذا نوى واحدة بعينها ، وبالتعيين إذا لم ينو ، ويمنع من قربانها حتى يبين ، أو يعين ، وذلك بالحيولة بينه وبينها ، ويلزمه التبين والتعيين على الفور ، فإن أخر ، عصي ، فإن امتنع ، حبس وعزّر ، ولا يقنع^(١) بقوله : نسيت معينة ، وإذا بين في الصورة الأولى ، فلا أخرى أن تدعي عليه أنك نويتني وتحلفه ، فإن نكل ، حلفت وطلقتا ، وإذا عين في الصورة الثانية ، فلا دعوى لها ، لأنه اختيار ينشئه ، هذا كله في الطلاق البائن ، فلو أبهم طلقة رجعية بينها ، فهل يلزمه أن يبين أو يعين في الحال ؟ وجهان حكاهما الإمام ، أحدهما : نعم ، لحصول التحريم ، وأصحها : لا ، لأن الرجعية زوجة .

المسألة الثانية : يلزمه نفقتها إلى البيان والتعيين ، وإذا بين أو عين ، لا يسترد المصروف إلى المطلقة ، لأنها محبوسة عنده حبس الزوجة .

الثالثة : وقوع الطلاق فيما إذا نوى معينة يحصل بقوله : إحداكما طالق ، ويحتسب عدة من يئن الطلاق فيما من حين اللفظ على المذهب المنصوص . وحكي قول مخرج : أنها من وقت البيان ، قال الإمام : وهذا غير سديد .

أما إذا لم ينو معينة ، ثم عين ، فهل يقع الطلاق من حين قال : إحداكما

(١) في الأصل : ولا يقع .

طالق ، أم من حين التعين ؟ وجهان ، رجحت طائفة الثاني ، منهم الشيخ أبو علي ، ورجع الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والرويانى وآخرون الأول . قالوا : ولولا وقوع الطلاق ، لما منع منها ، وهذا أقرب .

قلت : هذا الذي قاله أبو حامد وموافقه ، هو الصواب والله أعلم

فإن قلنا : يقع الطلاق بالتعين ، فمنه العدة ، وإن قلنا : باللفظ ، فهل العدة منه ، أم من التعين ؟ فيه الخلاف السابق ، فيما إذا نوى معينة . والأكثر على أن الراجع ، احتساب العدة من التعين كيف قدر البناء ، هذا كله في حياة الزوجين ، وسنذكر إن شاء الله أنها إذا ماتتا أو إحداهما^(١) تبقى المطالبة بالتعين لبيان حكم الميراث ، وحينئذ فإن أوقعنا الطلاق باللفظ ، فذاك ، وإن أوقعناه بالتعين ، فلا سبيل إلى إيقاع طلاق بعد الموت ، ولا بد من إسناده للضرورة ، وإلى ما يسند ؟ وجهان ، أصحها عند الإمام : إلى وقت اللفظ فيرتفع الخلاف ، وأرجحها عند الغزالي : إلى قبيل الموت .

المسألة الرابعة : لو وطئ إحداها ، نظر ، إن كان نوى معينة ، فهي المطلقة ، ولا يكون الوطء بياناً ، بل تبقى المطالبة بالبيان ، فإن بين الطلاق في الموطوءة ، فعليه الحد إن كان الطلاق بائناً ، ويلزمه المهر لجهلها كونها المطلقة ، وإن بين في غير الموطوءة ، قبل ، فإن ادعت الموطوءة أنه أرادها ، حلف ، فإن نكل وحلفت ، طلقنا وعليه المهر ، ولا حد للشبهة .

وإن لم يكن نوى معينة ، فهل يكون الوطء تعييناً ؟ وجهان ، ويقال : قولان ، أحدهما : نعم ، وبه قال المزني وأبو إسحاق وأبو الحسن المارجسي ، ورجحه ابن كجب ، والثاني : لا ، وبه قال ابن أبي هريرة ، ورجحه صاحباً الشامل ، و د التمة .

(١) في الأصل : أحدهما .

قلت : هذا الثاني ، هو الأصح عند الرافعي في « المحرر » ، وهو المختار .
قال في « الشامل » : وهو ظاهر نص الشافعي رحمه الله ، فإنه قال : إذا
قال : إحداكما طالق ، منع منها ، ومن يقول : الوطء تعين ، لا يمنع وطء
أيها شاء والله أعلم

فإن جعلنا الوطء تعيناً للطلاق ، ففي كون سائر الاستمتاعات تعيناً وجهان
بناء على الخلاف في تحريم الريبة بذلك ، وإذا جعلنا الوطء تعيناً للطلاق في الأخرى ،
فلا مهر للموطوءة ولا مطالبة ، وإلا فتطالب بالتعين ، فإن عين الطلاق في الموطوءة ،
فلها المهر إن قلنا : يقع الطلاق باللفظ ، وإن قلنا بالتعين ، فحكي الفوراني أنه
لا مهر ، وذكر فيه احتمالاً ، وذكر ابن الصباغ وغيره تقريباً على أن الوطء
تعين : أن الزوج لا يمنع من وطء أيها شاء ، وإنما يمنع منها إذا لم يجعل الوطء
تعيناً ، ولما أطلق الجمهور المنع منها جميعاً ، أشعر ذلك بأن الأصح عندهم ، أنه
ليس بتعين .

الخامسة : في ألفاظ البيان والتعين ، فإن نوى معينة ، حصل البيان بأن
يقول مشيراً إلى واحدة : المطلقة هذه ، ولو قال : الزوجة هذه ، بأن الطلاق
في الأخرى ، وكذا لو قال : لم أطلق هذه .

ولو قال : أردت هذه بل هذه ، أو قال : هذه وهذه ، أو هذه هذه ،
وأشار إليهما ، أو هذه مع هذه ، طلقنا ، قال الإمام : وهذا فيما يتعلق بظاهر
الحكم ، فأما في الباطن ، فالمطلقة هي المنوية فقط ، حتى لو قال : إحداكما
طالق ونواهما ، فالوجه عندنا أنها لا تطلقان ، ولا يجيء فيه الخلاف في قوله : أنت
طالق واحدة ، ونوى ثلاثاً ، لأن حمل إحدى المرأتين عليها لا وجه له ، وهذا
يتطرق إلى الكلام تأويل .

ولو قال : أردت هذه ثم هذه ، أو هذه فهذه ، قال القاضي حسين وصاحبا

المتولي والبغوي : تطلق الأولى دون الثانية لاقتضاء الحرفين الترتيب . وحكي الإمام هذا عن القاضي ، واعترض بأنه اعترف بطلاق الثانية أيضاً ، فليكن كقوله : هذه وهذه ، والحق هو الاعتراض .

قلت : قول القاضي أظهر والله أعلم

ولو قال : أردت هذه بعد هذه ، فقياس الأول أن تطلق المشار إليها بائناً^(١) وحدها . ولو قال : هذه قبل هذه ، أو بعدها هذه ، فقياس الأول أن تطلق المشار إليها أولاً وحدها ، وقياس الاعتراض ، الحكم بطلاقها في الصورة ، ولو قال : أردت هذه أو هذه ، استمر الإبهام والمطالبة بالبيان .

ولو كان تحته أربع ، فقال : إحداكن طالق ، ونوى واحدة بعينها ، ثم قال : أردت هذه بل هذه بل هذه ، طلقن جميعاً ، وكذا لو عطف [بالواو فلو عطف]^(٢) بالفاء أو بتم ، عاد قول القاضي والاعتراض .

ولو قال وهن ثلاث : أردت أو طلقت هذه ، بل هذه أو هذه ، طلقت الأولى وإحدى الآخرين ، ويؤمر بالبيان ، وإن قال : هذه أو هذه ، بل هذه ، طلقت الأخيرة وإحدى الأولين ، ويؤمر بالبيان . ولو قال : هذه وهذه أو هذه ، نظر إن فصل الثالثة عن الأولين بوقفة أو بنغمة ، أو أداء ، فالطلاق مرددين الأولين وبين الثالثة وحدها ، وعليه البيان ، فإن بين في الثالثة ، طلقت وحدها ، وإن بين في الأولين أو إحداها ، طلقنا ، لأنه جمع بينها بالواو العاطفة ، فلا يفترقان .

وإن فصل الثانية عن الأولى ، تردد الطلاق بين الأولى وإحدى الآخرين ،

(١) في الأصل : ثانياً .

(٢) زيادة من نسخ الظاهرية .

فإن يتن في الأولى ، طلقت وحدها . وإن ين في الآخرين أو إحداها ، طلقتا جميعاً ، وإن مرد الكلام ولم يفصل ، احتمال كون الثالثة مفصولة عنها ، واحتمل كونها مضمومة إلى الثانية مفصولة عن الأولى ، فيسأل ويعمل بما أظهر إرادته . ولو قال : هذه أو هذه وهذه ، فإن فصل الثالثة عن الأولين ، تردد الطلاق بين إحدى الأولين ، والآخرى مطلقة وحدها . وإن فصل الآخرين عن الأولى ، فالتردد بين الأولى وحدها ، وبين الآخرين معاً ، وإن مرد الكلام ولم يفصل ، فيها احتمالان ولو قال وهن أربع وقد طلق واحدة : أردت هذه أو هذه [لا] ^(١) ، بل هذه وهذه ، طلقت الآخرين وإحدى الأولين . ولو قال : هذه وهذه ، بل هذه أو هذه ، طلقت الأوليان وإحدى الآخرين . ولو قال : هذه وهذه وهذه وهذه أو هذه ، فإت فصل الأخيرة عن الثلاث ، تردد الطلاق بين الثلاث والرابعة . وإن فصل الثالثة عما قبلها ، طلقت الأوليان وإحدى الآخرين ، وإن فصل الثانية عن الأولى ، فينبغي أن يقال : تطلق الأولى ، ويتردد الطلاق بين الثانية والثالثة معاً ، وبين الرابعة وحدها ، فعليه البيان . وإن مرد الكلام ، قال البغوي : تطلق الثلاث أو الرابعة ، ويؤمر بالبيان . فإن يتن في الثلاث أو بعضهن ، طلقن جميعاً ، وإن ين في الرابعة ، طلقت وحدها . والوجه أن يقال : صورة السرد تحتمل احتمالات الثلاث ، فيراجع ويعمل بمقتضى قوله كما سبق . ولو قال : هذه وهذه ، أو هذه وهذه ، فقد يفصل الأولى عن الثلاث الأخيرة ، ويضم بعضهن إلى بعض ، فتطلق الأولى ويتردد بين الثانية وحدها ، وبين الآخرين معاً . وقد يفرض الفصل بين الأولين والآخرين ، والضم فيها ، فتطلق الأوليان والآخران . وقد يفرض فصل الرابعة عما قبلها فتطلق الرابعة ، ويتردد الطلاق بين الثالثة وحدها وبين الأولين معاً . ومتى قال : هذه المطلقة ، ثم قال : لا أدري أهى

(١) زياده من نسخ الظاهرية .

هذه أم غيرها ؟ فتلك طالق بكل حال وتوقف الباقيات ، فإن قال بعد ذلك : تحققت أن المطلقة الأولى ، قبل منه ، ولم تطلق غيرها . وإن عين أخرى ، حكم بطلاقها ، ولم يقبل رجوعه عن الأولى . والوقف التي جعلناها فاصلة بين اللفظين مع إعمال اللفظين ، هي الوقفة البسيرة ، فأما إذا طالت ، فقطعت نظم الكلام بأن قال : أردت هذه ثم قال بعد طول المدة : أو هذه وهذه ، فهذا الكلام الثاني لغو إذ لا يستقل بالإفادة ، هذا كله إذا نوى عند اللفظ المبهم واحدة معينة . أما إذا لم ينو فطوب بالتعيين ، فقال مشيراً إلى واحدة : هذه المطلقة ، تعينت ولغا ذكر غيرها ، سواء عطف غيرها بالفاء وثم ، أو بالواو أو بـ « بل » ، لأن التعيين هنا ليس إخباراً عن سابق ، بل هو إنشاء اختيار^(١) ، وليس له إلا اختيار واحدة ، وسواء قلنا : يقع الطلاق بالتعيين أو باللفظ .

المسألة السادسة : لو ادعت التي علق طلاقها بكون الطائر غراباً أنها مطلقة ، لزمه أن يحلف جزماً على نفي الطلاق ، كما لو ادعى نسيان المطلقة . ولو ادعت أنه كان غراباً وأنها طلقت ، لزمه أن يحلف على الجزم أنه لم يكن غراباً ، ولا يكتفى بقوله : لا أعلم أنه كان غراباً أو نسيته الحال ، كذا ذكره الإمام ، وفارق بينه وبين ما إذا علق طلاقها بدخول الدار ونحوه وأنكر حصوله ، فإنه يحلف على نفي العلم بالدخول ، لأن الحلف هناك على نفي فعل الغير . وأما نفي الغرابية ، فهو نفي صفة في الغير ، ونفي الصفة كتبوتها في إمكان الاطلاع عليها . قال الغزالي في « البسيط » : في القلب من هذا الفرق شيء ، فليتأمل ، ويشبه أن يقال : إنما يلزمه الحلف على نفي الغرابية إذا تعرض لها في الجواب .

أما إذا اقتصر على قوله : لست بمطلقة ، فينبغي أن يكتفى منه بذلك كنظاره .
الحالة الثانية : إذا طرأ الموت قبل البيان أو التعيين ، ففيه صورتان .

(١) في الأصل : إخبار .

إحداها : أن تموت الزوجتان أو إحداها ، ويبقى الزوج ، فتبقى المطالبة بالبيان أو التعيين . وقيل : إذا ماتتا ، سقط التعيين ، وإن ماتت إحداها ، تعين الطلاق في الأخرى ، ونسب هذا إلى الشيخ أبي محمد وهو بعيد ، والصواب : الأول ، ويوقف له من تركه كل واحدة ميراث زوج ، حتى يبين أو يعين ، فإذا بين أو عين ، لم يرث من المطلقة إن كان الطلاق بائناً ، سواء قلنا : يقع الطلاق عند اللفظ أو عند التعيين ، ويرث من الأخرى ، ثم إن نوى معينة ، فبين ، وقال ورثة الأخرى : هي التي أردتها ، فلم تحليفه ، فإن حلف فذاك ، وإن نكل ، حلفوا ومنع ميراثها أيضاً . وإن لم ينو معينة ، وعين ، لم يتوجه لورثة الأخرى دعوى ، لأن التعيين إلى اختياره . وقال الشيخ أبو محمد تقريراً على ما اختاره : يرث من كل واحدة ميراث زوج وهو ضعيف .

قال ابن كعب : وإذا حلفه ورثة الأخرى التي عينها للنكاح ، أخذوا جميع المهر إن كان بعد الدخول ، وإلا أخذوا نصفه . وفي النصف الثاني ، وجهان ، أحدهما : يأخذونه أيضاً عملاً بتصديقه ، والثاني : لا ، لأنها مطلقة قبل الدخول بزعمهم ، ولو كذب ورثة التي عينها للطلاق وغرضهم استقرار جميع المهر إذا كان قبل الدخول ، فلم تحليفه وهم مقرون له يارث لا بدعيه .

الصورة الثانية : أن يموت الزوج قبل البيان أو التعيين ، ففي قيام الوارث مقامه في البيان والتعيين قولان ، وقيل : يقوم في البيان قطعاً ، والقولان^(١) في التعيين ، وقيل : لا يقوم في التعيين والقولان في البيان ، لأنه إخبار يمكن الاطلاع عليه ، بخلاف التعيين ، فانه اختيار شهوة ، فلا يحلفه الوارث ، كما لو أسلم على أكثر من أربع نسوة ومات ، وقال القفال : إن مات الزوجتان حيثان ، لم يقيم الوارث قطعاً لا في البيان ولا في التعيين ، إذ لا غرض له في ذلك ، فإن الإرث لا يختلف بزوجة وزوجتين ، وإن ماتت إحداها ، ثم الزوج ، ثم الأخرى ، وعين

(١) في الأصل : فالقولان .

الوارث الأولى للطلاق ، قبل قوله قطعاً ، لأنه يضر نفسه ، وإن عين الأولى للنكاح ، أو مات الزوج وقد ماتتا ، ففيه القولان ، ثم يعود الترتيب المذكور في البيان والتعيين ، والأظهر حيث ثبت قولان : أنه يقوم ، وحيث اختلف في إثبات القولين ، المنع .

فإذا قلنا: لا يقوم، أو قلنا: يقوم، فقال : لأعلم ، فإن مات الزوج قبلها ، وقف ميراث زوجة بينها حتى يصطلحا ، أو يصطلح ورثتها بعد موتها ، وإن ماتتا قبل موت الزوج ، وقف من تركتها ميراث زوج ، وإن توسط موته بينهما ، وقف من تركه الأولى ميراث زوج ، ومن تركه الزوج ميراث زوجة ، حتى يحصل الاصطلاح .

وإن قلنا: لا يقوم ، أو قلنا: يقوم الوارث مقامه ، فإن مات الزوج قبلها ، فتعين الوارث كتحينه^(١) وإن مات بعدهما ، فإذا بين الوارث واحدة ، فلورثة الأخرى تحليفه أنه لا يعلم أن الزوج طلق مورثهم ، وإن توسط موته بينها ، فبين الوارث الطلاق في الأولى قبلناه ، ولم نخلفه لأنه ضر نفسه ، وإن بين في المتأخرة ، فلورثة الأولى تحليفه أنه لا يعلم أن مورثه طلقها ، ولورثة الثانية تحليفه على البت أنه طلقها .

فرع

شهد اثنان من ورثة الزوج ، أن المطلقة فلانة ، فيقبل شهادتها إن مات الزوج قبل الزوجتين لعدم التهمة ، ولا يقبل إن ماتتا قبله ، وإن توسط موته ، نظر إن شهدا بالطلاق للأولى قبل وإلا فلا .

(١) في الأصل : لتعينه .

فصل

قال : إن كان هذا الظاهر غريباً ، فعبيدي حر ، وإن لم يكن ، فزوجتي طالق ، أو دخل جماعة ، فقال : إن كان أول من دخل زيد ، فعبيدي حر ، وإلا فزوجتي طالق ، وأشكل الحال ، ففي وجه حكام ابن القطان : يقرع بين العبد والزوجة ، كما إذا مات الحالف ، فإن خرجت قرعة العبد ، ثم قال : تبينت أن الحنث كان في الزوجة ، لم ينقض العتق ، وحكم بالطلاق أيضاً ، والصحيح الذي قطع به الجمهور ، أنه لا يقرع ما دام الحلف حياً لتوقع البيان ، لكن يمنع من الاستمتاع بالزوجة ، واستخدام العبد ، والتصرف فيه ، وعليه نفقة الزوجة إلى البيان ، وكذا نفقة العبد على الأصح . وقيل : يؤجره الحاكم ، وينفق عليه من أجرته . فإن فضل شيء ، حفظه حتى يبين الحال . وإذا قال الزوج : حنثت في الطلاق ، طلقت . فإن صدقه العبد ، فذاك ولا يمين عليه على الصحيح ، وحكى الخطابي وجهاً ، أنه يحلف لما فيه من حق الله تعالى ، وإن كذبه وادعى العتق ، صدق السيد يمينه ، فإن نكل ، حلف العبد ، وحكم بعتقه ، وإن قال : حنثت في العتق ، عتق العبد ، ثم إن صدقته المرأة ، فلا يمين ، وفيه الوجه المذكور ، وإن كذبت ، حلف ، فإن نكل ، حلفت وحكم بطلاقها . وقوله : لم أحنث في يمين العبد ، في جواب دعواه ، وفي غير الجواب كقوله : حنثت في يمين العبد ، ولو قال : لا أعلم في أيها حنثت ، ففي « الشامل » وغيره ، أنها إن صدقاه ، بقي الأمر موقوفاً ، وإن كذباه ، حلف على نفي العلم ، فإن حلف ، فالأمر موقوف ، وإن نكل ، حلف المدعي منها وقضى بما ادعاه .

وإن ادعى أحدهما أنه حنث في يمينه ، فقال في جوابه : لا أدري ، لم يكن إقراراً بالحنث في الآخر ، فإن عرضت عليه اليمين فحلف على نفي ما يدعيه ، كان مقراً بالحنث في الآخر . وإن كان التعليق لطلاق نسوة ، وادعين الحنث

ونكل عن اليمين ، فحلف بعضهم دون بعض ، حكم بطلاق من حلف دون من لم يحلف . ولو ادعت واحدة ، ونكل عن اليمين ، فحلفت ، حكم بطلاقها ، وله أن يحلف إذا ادعت أخرى ، ولا يجعل نكوله في واحدة نكولاً في غيرها .

واعلم أن ما سبق من الأمر بالبيان أو التعيين ، والحبس والتعزير عند الامتناع ، قد أشاروا إلى مثله هنا ، لكن إذا قلنا : إنه إذا قال : لا أدري ، يحلف عليه ويقنع منه بذلك ، يكون التضييق إلى أن يبين أو يقول : لا أدري ، ويحلف عليه ، وهكذا ينبغي أن يكون الحكم في إبهام الطلاق بين الزوجتين .

فرع

إذا مات الزوج قبل البيان ، ففي قيام الوارث مقامه طريقان ، أحدهما : على الخلاف السابق في الطلاق المبهم بين الزوجتين ، والثاني : القطع بأنه لا يقوم ، للتهمة في إخباره بالحنث في الطلاق ليرق العبد ويسقط إرث الزوجة ، ولأن للقرعة مدخلاً^(١) في العتق ، وسواء ثبت الخلاف أم لا ، فالمذهب أنه لا يقوم . قال السرخسي في « الأمالي » : هذا الخلاف إذا قال الوارث : حنثت في الزوجة ، فإن عكس ، قبل قطعاً لإضراره بنفسه وهذا حسن .

قلت : قد قاله أيضاً غير السرخسي ، وهو متعين والله أعلم

فإن لم يعتبر قول الوارث ، أو قال : لا أعلم ، أقرعنا بين العبد والمرأة ، فإن خرجت على العبد ، عتق ويكون عتقه من الثلث إن كان التعليق في مرض الموت ، وتورث المرأة إلا إذا كانت قد ادعت الحنث في يمينها وكان الطلاق بائناً . وإن خرجت القرعة على المرأة ، لم تطلق ، لكن الورع أن تترك الميراث ،

(١) في الأصل : مدخل .

وهل يرق العبد ؟ وجهان : أحدهما : نعم ، فيتصرف فيه الوارث كيف شاء .
وأصحها : لا ، لأن القرعة لم تؤثر فيما خرجت عليه ، فغيره كذلك ، وعلى
هذا ، يبقى الإبهام كما كان . وقال ابن أبي هريرة : لا تزال نعيد القرعة حتى
تخرج على العبد ، قال الإمام : هذا القول غلط يجب إخراج قائله من أحزاب
الفقهاء ، وينبغي لقائله أن يقطع بعق العبد ، ويتروك تضييع الزمان بالقرعة .
فالصواب بقاء الإبهام ، وإن اعتبرنا قول الوارث ، فقال : الحنث في العبد ،
عق وورثت الزوجة ، وإن عكس ، فلهما تمليفه على البت ، وللعبد أن يدعي
العق ، ويحلفه أنه لا يعلم حنت مورثه فيه .

ونقل الحناطي وجهاً عن ابن مريج ، أنه إذا لم يبين الورثة وقف حتى يموتوا ،
ويخلفهم آخرون ، وهكذا إلى أن يحصل بيان ، ووجهاً ، أن الوارث إذا لم يبين
حكم عليه بالعق والطلاق ، وهذان ضعيفان ، والصواب الذي عليه الأصحاب ، ماتقدم
وهو الإقراع إذا لم يبين ، وبالله التوفيق .

فصل

ذكر الإمام الرافعي رحمه الله هنا مسائل منشورة تتعلق بكتاب الطلاق ،
نقلتها إلى موضعها اللائقة بها ، وبما لم أنقله مسائل ، منها عن أبي العباس الروباني :
لو كان له امرأتان ، فقال مشيراً إلى إحدهما : امرأتي طالق ، وقال : أردت
الأخرى ، فهل تطلق الأخرى ، وتبطل الإشارة ، أم تطلقان معاً ؟ وجهان .
قلت : الأرجح ^(١) الأول . والله أعلم

وذكر إسماعيل البوشنجي ، أنه لو قال لإحدى نسائه : أنت طالق ،
وفلانة أو فلانة ، فإن أراد ضم الثانية إلى الأولى ، فهذا حزب ، والثالثة

(١) في نسخة : الأصح .

حزب ، والطلاق تردد بين الأولين والثالثة ، فإن عين الثالثة ، طلقت وحدها ، وإن عين الأولين أو إحداهما ، طلقنا ، وإن ضم الثانية إلى الثالثة وجعلها حزباً والأولى حزباً ، طلقت الأولى وإحدى الآخرين ، والتعين إليه ، وهذا الضم والتعزيب يعرف من قرينة الوقفة ^(١) ، والنغمة كما ذكرناه قريباً في صيغ التعين ، فإن لم تكن قرينة ، قال : فالذي أراه أنه إن كان عارفاً بالعربية ، فمقتضى الواو الجمع بين الأولى والثانية في الحكم ، فيجعلان حزباً ، والثالثة حزباً ، وإن كان جاهلاً بها ، طلقت الأولى بيقين ، وبخبر بين الآخرين . وأنه لو جلست نسوته الأربع صفاً ، فقال : الوسطى منكن طالق ، فوجهان ، أحدهما : لا يقع شيء إذ لا وسطى ، والثاني : يقع على الوسطيين ، لأن الاتحاد ليس بشرط في وقوع اسم الوسطى .

قلت : كلا الوجهين ضعيف ، واختار ثالث ، وهو أن يطلق واحدة من الوسطيين ، يعينها الزوج ، لأن موضوع الوسطى لواحدة . فلا يزداد . والله أعلم وأنه لو قال لامرأته المدخول بها : أنما طالقان ، ثم قال قبل المراجعة : إحداكما طالق ثلاثاً ولم ينو معينة ، ثم انقضت عدة إحداهما ، فإن عين في الباقية ، فذاك ، وإن عين في الثانية ، بني على أن التعين بيان للواقع ، أم إيقاع ؟ إن قلنا بالأول صح ، وإلا فلا . قال : والأول أشبه بالمذهب . ولو انقضت عدتها ، لم يجوز له التزوج بواحدة منها قبل التعين ، وإلا إذا نكحت زوجاً آخر ، وبالله التوفيق .

الباب السادس

في تعليق الطلاق

وهو جائز قياساً على العتق ، وقد ورد الشرع بتعليقه في التدبير .

(١) في الأصل : الوقعة .

وإن علقه ، لم يجوز له الرجوع فيه ، وسواء علقه بشرط معلوم الحصول ، أو
محمّله ، لا يقع الطلاق إلا بوجود الشرط في النوعين .

ولا يجوز الوطء قبل وجود الشرط ووقوع الطلاق .

وإذا علق بصفة ، ثم قال : عجلت تلك الطلقة المعلقة ، لم تتعجل على الصحيح .
وحكى الشيخ أبو علي وغيره وجهاً ، أنها تعجل . فإذا قلنا بالصحيح فأطلق وقال :
عجلت لك الطلاق ، سألناه ، فإن قال : أردت تلك الطلقة ، صدقناه بيمينه ولم
يتعجل شيء ، وإن أراد طلاقاً مبتدئاً ، وقع طلقة في الحال .

قلت : وإن لم يكن له نية ، لم يقع في الحال شيء . والله أعلم

ولو عقب لفظ الطلاق بحرف شرط ، فقال : أنت طالق إن ، فمنعه غيره من
الكلام بأن وضع يده على فيه ، ثم قال : أردت أن أعلق على شرط كذا ،
صدق بيمينه ، وإنما حلفناه لاحتمال أنه أراد التعليق على شيء حاصل ، كقوله : إن
كنت فعلت كذا وقد فعله . ولو قطع الكلام مختاراً حكم بوقوع الطلاق .

ولو ذكر حرف الجزاء ، ولم يذكر شرطاً ، بأن قال : فأنت طالق ، ثم قال :
أردت ذكر صفة فسبق لساني إلى الجزاء ، قال القاضي حسين : لا يقبل في الظاهر ،
لأنه متهم ، وقد خاطبها بصريح الطلاق ، وحرف الفاء ، قد يحتمل غير الشرط ،
ربما كان قصده أن يقول : أما بعد ، فأنت طالق .

ولو قال : إن دخلت الدار ، أنت طالق بحذف الفاء ، فقد أطلق البغوي
وغيره ، أنه تعليق ، وقال البوشنجي : يسأل ، فإن قال : أردت التنجيز ، حكم
به ، وإن قال : أردت التعليق ، أو تعذرت المراجعة ، حمل على التعليق .

ولو قال : إن دخلت الدار وأنت طالق بالواو ، قال البغوي : إن قال :
أردت التعليق ، قبل ، أو التنجيز ، وقع ، وإن قال : أردت جعل الدخول ،

وطلاقها شرطين لعق أو طلاق ، قبل ، قال البوشنجي : فأنت لم يقصد شيئاً
طلقت في الحال ، وألغيت الواو ، كما لو قال ابتداءً : وأنت طالق .

قلت : هذا الذي قاله البوشنجي فاسد حكماً ودليلاً ، وليس كالمقيس عليه ،
والمختار ، أنه عند الإطلاق تعليق بدخول الدار ، إن كان قائله لا يعرف العرية ،
وإن عرفها ، فلا يكون تعليقاً ولا غيره إلا بنية ، لأنه غير مقيد عنده ، وأما
العامي ، فيطلقه للتعليق ، ويفهم منه التعليق . والله أعلم

ولو قال : أنت طالق وإن دخلت الدار ، طلقت في الحال ، وكذلك
قال : وإن دخلت الدار أنت طالق ، ولم يذكر الواو في « أنت » .

فرع

إذا علق الطلاق بشرط ، ثم قال : أردت الإيقاع في الحال ، فسبق لساني إلى
الشرط ، وقع في الحال لأنه غلط على نفسه .

فصل

اعلم أن هذا الباب واسع جداً ويتلخص لمقصوده في أطراف .

الأول : في التعليق بالأوقات ، وفيه مسائل .

الأولى : قال : أنت طالق في شهر كذا ، أو غرة شهر كذا ، أو أوله ،
أو رأس الشهر ، أو ابتداءه ، أو دخوله ، أو استقباله ، أو إذا جاء شهر كذا ،
طلقت عند أول جزء منه ، فلو رأوا الهلال قبل غروب الشمس ، لم تطلق
حتى تغرب .

ولو قال : في نهار شهر كذا ، أو في أول يوم منه ، طلقت عند طلوع الفجر
من اليوم الأول . ولو قال : أنت طالق في يوم كذا ، طلقت عند طلوع الفجر

من ذلك اليوم ، وحكى الخناطي قولاً ، أنها تطلق عند غروب الشمس من ذلك اليوم ، وطردّه في الشهر أيضاً ، وهو شاذ ضعيف جداً . وعلى قياس هذا ما لو قال : في وقت الظهر أو العصر ، ولو قال : أردت بقولي : في شهر كذا أو في يوم كذا وسطه أو آخره ، لم يقبل ظاهراً على الصحيح ، وحكى ابن كج وغيره في قبوله وجهاً ، ويدين قطعاً . ولو قال : أردت بقولي : في غرته اليوم الثاني أو الثالث ، فكذلك ، لأن الثلاثة الأولى تسمى غرراً ، فلو قال : أردت به المنتصف ، لم يدین ، لأنه لا يطلق على غير الثلاثة الأولى ، وكذا لو قال : في رأس الشهر ، ثم قال : أردت السادس عشر .

الثانية : قال في رمضان : أنت طالق في رمضان ، طلقت في الحال ، ولو قال : في أول رمضان ، وإذا جاء رمضان ، وقع في أول رمضان القابل .

الثالثة : قال : أنت طالق في آخر رمضان ، فهل يقع في جزء من الشهر ، أم أول جزء من ليلة السادس عشر ، أم أول اليوم الأخير منه ؟ فيه أوجه ، أصحها الأول ، ولو قال : أنت طالق في آخر السنة ، فعلى الأول يقع في آخر جزء من السنة ، وعلى الثاني في أول الشهر السابع .

ولو قال : في آخر طهرك ، فعلى الأول يقع في آخر جزء من الطهر ، وعلى الثاني ، في أول النصف الثاني من الطهر . ولو قال : أنت طالق في أول آخر الشهر ، قال الجمهور : يقع في أول اليوم الأخير .

وقال ابن سريج : في أول النصف الأخير ، وقال الصيرفي أو غيره : في أول اليوم السادس عشر .

ولو قال : أنت طالق في آخر أول الشهر ، قال الجمهور : يقع عند غروب الشمس في اليوم الأول . وعن ابن سريج ، يقع في آخر جزء من الخامس عشر . وقيل : عند طلوع الفجر في اليوم الأول ، وبهذا قطع المتولي بدلاً عن الأول .

فقال : لو قال : أنت طالق آخر أول آخر الشهر ، فمن جعل آخر الشهر اليوم الأخير ، قال : تطلق بغروب الشمس في اليوم الأخير ، لأن ذلك اليوم هو آخر الشهر ، وأوله طلوع الفجر ، وآخر أوله غروب الشمس ، ومن جعل الآخر على النصف الثاني ، فأوله ليلة السادس عشر ، فتطلق عند انقضاء الشهر على الوجهين .

الرابعة : قال : أنت طالق في سلخ الشهر ، فأوجه .

أحدها : وبه قطع الشيخ أبو حامد ورجحه الغزالي : يقع في آخر جزء من الشهر .

والثاني وبه قطع المتولي والبغوي : يقع في أول اليوم الأخير .

والثالث : في أول جزء من الشهر ، فإن الانسلاخ يأخذ من حينئذ . وقال الإمام : امم السلخ يقع على الثلاثة الأخيرة من الشهر ، فتحتمل أن يقع في أول جزء من الثلاثة .

قلت : الصواب الأول ، وما سواه ضعيف . والله أعلم

الخامسة : قال أنت طالق عند انتصاف الشهر ، يقع عند غروب الشمس في اليوم الخامس عشر ، وإن كان الشهر ناقصاً ، لأنه المفهوم من مطلقه ، ذكره المتولي .

ولو قال : نصف النصف الأول من الشهر ، طلقت عند طلوع الفجر يوم الثامن (١) . ولو قال : نصف يوم كذا ، طلقت عند الزوال لأنه المفهوم منه . وإن كانت اليوم يحسب من طلوع الفجر شرعاً ، ويكون نصفه الأول أطول .

(١) في الأصل : يوم الناس .

السادسة : إذا قال : إذا مضى يوم فأنت طالق ، نظر إن قاله بالليل ، طلقت عند غروب الشمس من الغد ، وإن قاله بالنهار ، طلقت إذا جاء مثل ذلك الوقت من اليوم الثاني ، هكذا أطلقوه .

ولو فرض انطباق التعليق على أول نهار ، طلقت عند غروب شمس يومه . ولو قال : أنت طالق إذا مضى اليوم ، نظر ، إن قاله نهاراً ، طلقت عند غروب شمس ، وإن كان الباقي منه يسيراً ، وإن قاله ليلاً ، كان لغواً ، إذ لا نهار ، ولا يمكن الحمل على الجنس . ولو قال : أنت طالق اليوم ، طلقت في الحال نهاراً كانت أو ليلاً ، قاله المتولي ، ويلغو قوله : اليوم ، لأنه لم يعلق ، وإنما أوقع وسمى الوقت بغير اسمه . ولو قال : أنت طالق الشهر ، أو السنة ، وقع في الحال .

السابعة : قال : إذا مضى شهر فأنت طالق ، لم تطلق حتى يمضي شهر كامل . فإن اتفق قوله في ابتداء الهلال ، طلقت بمضي تاماً أو ناقصاً ، وإلا فإن قاله ليلاً ، طلقت إذا مضى ثلاثون يوماً ، ومن ليلة الحادي والثلاثين تقدر ما كان سبق من ليلة التعليق ، وإن قاله : نهاراً ^(١) كمل من اليوم الحادي والثلاثين بعد التعليق . ولو قال : إذا مضى الشهر ، طلقت إذا انقضى الشهر الهلالي ، وكذا لو قال : إذا مضت السنة ، طلقت بمضي بقية السنة العربية ، وإن كانت قليلة . وإن قال : إذا مضت سنة بالتكثير ، لم تطلق حتى يمضي اثنا عشر شهراً ، ثم إن لم ينكسر الشهر الأول ، طلقت بمضي اثني عشر شهراً بالأهلة ، وإن انكسر به الأول ، حسب أحد عشر شهراً بعده بالأهلة ، وكملت بقية الأول ثلاثين يوماً من الثالث عشر . وفي وجه : أنه إذا انكسر شهر ، انكسر جميع الشهور ، واعتبرت سنة بالعدد ، وقد سبق مثله في السلم وهو ضعيف . ولو شك فيما كان مضى من شهر التعليق ، لم يقع الطلاق إلا باليقين ، وذكر الخناطي في حل الوطء في حال التردد وجهين .

(١) في الأصل : وإن قال نهار .

قلت : أصحها الحل . والله أعلم

ولو قال : أردت بالسنة ، السنة الفارسية أو الرومية ، دين ولم يقبل ظاهراً^(١) على الصحيح . ولو قال : أردت بقولي : السنة سنة كاملة ، دين ولم يقبل ظاهراً . ولو قال : أردت بقولي سنة بقية السنة ، فقد غلط على نفسه .

الثامنة : إذا علق الطلاق بصفة مستحيلة عرفاً ، كقوله : إن طرت أو صعدت السماء ، أو إن حملت الجبل ، فانت طالق ، أو عقلاً كقوله : إن أحييت ميتاً ، أو إن اجتمع السواد والبياض ، فهل يقع الطلاق أم لا ، أم يقع في العقلي دون العرفي ؟ فيه أوجه ، أصحها : لا يقع ، أما في العرفي ، فباتفاق الأصحاب وهو المنصوص ، وأما في العقلي ، فعند الإمام وجماعة خلافاً للمتولي ، والمستحيل شرعاً كالمستحيل عقلاً ، كقوله : إن نسخ صوم رمضان .

أما إذا قال : أنت طالق أمس أو الشهر الماضي ، أو في الشهر الماضي ، فله أحوال .

أحدها : أن يقول : أردت ، أن يقع في الحال طلاق ، يستند إلى أمس أو إلى الشهر الماضي ، فلا شك أنه لا يستند ، لكن يقع في الحال على الصحيح . وقيل : لا يقع أصلاً .

الحال الثاني : أن يقول : لم أوقع في الحال ، بل أردت إيقاعه في الماضي ، فالمنذهب والمنصوص ، وقوع الطلاق في الحال وبه قطع الأكثرون ، وقيل : قولان قانيتها : لا يقع .

الحال الثالث : أن يقول : لم أرد إيقاعه في الحال ولا في الماضي ، بل أردت أني طلقته في الشهر الماضي في هذا النكاح وهي في عدة الرجعية أو بائن الآن ،

(١) في الأصل : ظاهر .

فيصدق يمينه ، وتكون عدتها من الوقت الذي ذكره إن صدقته ، ويبقى النظر في أنه كان يخالطها أم لا ؟ وإن كذبت ، فالعدة من وقت الإقوار . وعن القاضي حسين : أنها إن صدقته ، قبل ، وإلا فالقول قولها في أنه أنشأ الطلاق ، وحينئذ يحكم عليه بطلاقين ، والصحيح الأول .

الحال الرابع : قال : أردت أني طلقها في الشهر الماضي وبانت ، ثم جددت نكاحها ، أو أن زوجاً آخر طلقها في نكاح سابق ، قال الأصحاب : ينظر ، إن عرف نكاح سابق ، فطلاق فيه ، أو أقام بذلك بينة وصدقته المرأة في إرادته ، فذاك ، وإن كذبت وقالت : إنما أردت إنشاء طلاق الآن ، حلف .

وإن لم يعرف نكاح سابق ، وطلاق في ذلك النكاح ، وكان محتملاً ، فينبغي أن يقبل التفسير به وإن لم يقيم بينة ، وإلا يقع الطلاق وإن كان كاذباً ، ولهذا لو قال ابتداءً : طلقك في الشهر الماضي زوج غيري ، لا يحكم بالطلاق عليه وإن كذب .

الحال الخامس : أن يقول : لم أرد شيئاً أو مات ولم يفسر ، أو جن ، أو خرس وهو عاجز عن التفهيم بالإشارة ، فالصحيح وقوع الطلاق ، ولو قال : أنت طالق للشهر الماضي ، ففي «المجرد» للقاضي أبي الطيب : أنه يقع الطلاق في الحال بلا خلاف ، كما لو قال : لرضى فلان ، لكن الكلام في مثل ذلك يستعمل للتاريخ ، واللفظ محتمل للمعاني المذكورة في قوله .

المسألة التاسعة : قال : إذا مات أو إذا قدم فلان ، فأنت طالق قبله بشهر ، أو قال : أنت طالق قبل أن أضربك بشهر ، نظر إن مات فلان أو قدم ، أو ضربها قبل مضي شهر من وقت التعليق ، لم يقع الطلاق . وقيل : يقع عند الضرب ، والصحيح الأول ، وبه قطع الجمهور ، وتدخل اليمين . حتى لو ضربها بعد ذلك وقد مضى شهراً أو أكثر ، لم تطلق ، ولإمام احتمال أنه لا تنحل لكون الضرب الأول ليس هو المحلوف عليه .

وإن مات أو قدم أو ضرب بعد مضي شهر من وقت التعليق ، تبينا وقوع الطلاق قبله بشهر ، ونحسب العدة من يومئذ .

ولو ماتت وبينها وبين القدوم [دون] شهر . لا يرثها الزوج ، ولو خالها
قبل القدوم أو الموت ، فإن كان بين الخلع و قدوم فلان أكثر من شهر ،
وقع الخلع صحيحاً ، ولم يقع الطلاق المعلق . وإن كان بينها دون شهر والطلاق
المعلق ثلاث ، فالخلع فاسد والمال مردود .

ولو علق عتق عبده كذلك ثم باعه ، وبين البيع وموت فلان ، أو قدومه أكثر
من شهر ، صح البيع ، ولم يحصل العتق .

المسألة العاشرة : قال : أنت طالق غد أمس ، أو أمس غد على الإضافة ،
وقع الطلاق في اليوم لأنه غد أمس وأمس غد .

ولو قال : أمس غداً ، أو غداً أمس لا بإضافة ، طلقت إذا طلعت الفجر
من الغد ، ويلغو ذكر الأمس . هكذا أطلقه البغوي ، ونقل الإمام مثله في
قوله : أنت طالق أمس غداً ، وأبدى فيه توقفاً ، لأنه يشبه : أنت طالق الشهر الماضي .
ولو قال : أنت طالق اليوم غداً ، وقع في الحال طلقة ، ولا يقع في الغد شيء .
ولو قال : أردت اليوم طلقة وغداً أخرى ، طلقت كذلك إلا أن يبين . وإن
قال : أردت إيقاع نصف طلقة اليوم ونصف طلقة غداً ، فكذلك تطاق طلقتين . ولو
قال : أردت نصف طلقة اليوم ونصفها الآخر غداً ، فوجهان ، أحدهما : يقع
طلقتان أيضاً ، وأصحهما : لا يقع إلا واحدة ، لأن النصف الذي أخره تعجل ، وبهذا
قطع المتولي .

ولو قال : أنت طالق غد اليوم ، فوجهان ، أحدهما : يقع في الحال طلقة ،
ولا يقع في غد شيء ، كما سبق في قوله : اليوم غداً ، والثاني وهو الصحيح ، وبه قال
القاضي أبو حامد وصححه أبو عاصم : لا يقع في الحال شيء ، ويقع في غد طلقة ،
لأن الطلاق تعلق بالغد ، وقوله : بعده اليوم ، كتعجيل الطلاق المعلق ، فلا يتعجل .
ولو قال : أنت طالق اليوم وغداً ، وبعد غد ، يقع في الحال طلقة ، ولا يقع

في الغد ولا بعده شيء آخر ، لأن المطلقة في وقت مطلقة فيما بعده ، كذا ذكره المتولي .

ولو قال : أنت طالق اليوم ، وإذا جاء الغد ، قال اسماعيل البوشنجي : يسأل . فإن قال : أردت طلقة اليوم وتبقى بها مطلقة غداً ، أو لم يكن له نية ، لم يقع إلا طلقة ، وإن قال : أردت طلقة اليوم وطلقة غداً ، أوقعناه كذلك إن كانت مدخولاً بها .

ولو قال : أنت طالق اليوم ورأس الشهر ، فهو كقوله : اليوم وغداً . ولو قال : أنت طالق اليوم وفي الغد ، وفيما بعد غد ، قال المتولي : يقع في كل يوم طلقة . قال : وكذلك لو قال : في الليل وفي النهار ، لأن المظروف يتعدد بتعدد الظرف ، وليس هذا الدليل بواضح ^(١) فقد يتحد المظروف ، ويختلف الظرف .

ولو قال : أنت طالق بالليل والنهار ، لم تطلق إلا واحدة . ولو قال : أنت طالق اليوم أو غداً ، فوجهان ، الصحيح : لا يقع إلا في الغد لأنه اليقين . والثاني : يقع في الحال تغليباً للإيقاع ، ولو قال : أنت طالق غداً أو بعد غد ، أو إذا جاء الغد أو بعد غد ، قال البوشنجي : لا تطلق في الغد ، قال : وعلى هذا استقر رأي أبي بكر الشاشي وابن عقيل ببغداد ، وهذا يوافق الصحيح من هذين الوجهين السابقين . ولو قال : أنت طالق اليوم إذا جاء الغد ، فوجهان . أحدهما عن ابن مريج وصاحب « التقريب » : لا تطلق أصلاً ، لأنه علقه بمجيء الغد ، فلا يقع قبله ، وإذا جاء الغد ، فقد مضى اليوم الذي جعله محلاً للإيقاع . والثاني : إذا جاء الغد ، وقع الطلاق مستنداً إلى اليوم ، ويكون كقوله : إذا قدم زيد ، فأنت طالق اليوم .

(١) في الأصل : بواضع .

قلت : الأصح لا تطلق ، وبه قطع صاحب « التنبيه » وهو الأشبه بالتعليق بمحال .
وانتاعلم

ولو قال : أنت طالق الساعة إذا دخلت الدار ، قال البوشنجي : هو كقوله :
أنت طالق اليوم إذا جاء الغد .

المسألة الحادية عشرة : إذا قال لمدخول بها : أنت طالق ثلاثاً ، في كل
سنة طلاق ، وقع في الحال طلاقاً ، ثم إن أراد السنين العربية ، وقعت أخرى في
أول المحرم المستقبل ، وأخرى في أول المحرم الذي بعده . وإن أراد أن بين كل
طلقتين سنة ، وقعت الثانية عند انقضاء سنة كاملة من وقت التعليق ، والثالثة
بعد انقضاء سنة كاملة بعد ذلك ، وهذا مفروض فيما إذا امتدت العدة أو راجعها
فلو بانث وجدد نكاحها وهذه المدة باقية ، ففي وقوع الطلاق قولاً عوداً^(١) الخث
فإن قلنا : يعود وكان التجديد في خلال السنة ، تطلق في الحال ، وإن أطلق
السنين ، فهل ينزل على العربية أم على الاحتمال الثاني ؟ فيه وجهان . أحدهما :
الثاني ، وإن قال : أنت طالق ثلاثاً في ثلاثة أيام ، أو في كل يوم طلاقاً ، فإن
قالها بالنهار ، وقع في الحال طلاقاً ، وبطلوع الفجر في اليوم الثاني أخرى ، وبطلوعه
في الثالث أخرى . فلو قال : أردت أن يكون بين كل طلقتين يوم دين ، وفي
قبوله ظاهراً وجهان ، أقسهما : القبول ، وإن قاله بالليل ، وقع ثلاث طلقات
بطلوع الفجر في الأيام الثلاثة التالية للتعليق .

[المسألة الثانية عشرة : قال : أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم ، فضى اليوم
ولم يطلقها ، فوجهان . قال ابن سريج وغيره : لا طلاق ، وقال الشيخ أبو حامد :
تقع في آخر لحظة من اليوم ، وهو إذا بقي من اليوم زمن لا يسع التطليق .
قلت هذا الثاني : أفقه ، وهو المختار . وانتاعلم

(١) في الأصل : عدل .

[المسألة] الثالثة عشرة : قال : أنت طالق في أفضل الأوقات ، طلقت ليلة القدر ، ولو قال : أفضل الأيام ، طلقت يوم عرفة ، وفي وجه : يوم الجمعة عند غروب الشمس ، ذكره القفال في « الفتاوى » .

قلت : تخصيصه بـ « عند غروب الشمس » ضعيف أو غلط ، لأن اليوم يتحقق بطلوع الفجر ، فإن تخيل متخيل أن ساعة الإجابة ، قد قيل : إنها آخر النهار ، فهو وهم ظاهر لوجهين ، أحدهما : أن الصواب أن ساعة الإجابة ، من حين يجلس الإمام عند المنبر ، إلى أن تقضي الصلاة ، كذا صرح به رسول الله ﷺ في « صحيح مسلم » ، والثاني : أنه لم يعلق بأفضل أوقات اليوم ، بل اليوم الأفضل ، وأمام اليوم الأفضل يحصل بطلوع الفجر . والله أعلم

[المسألة] الرابعة عشرة : في « فتاوى القفال » . لو قال : أنت طالق بين الليل والنهار ، لا تطلق ما لم تغرب الشمس .

قلت : هذا إذا كان نهراً ، فإن علق ليلاً ، طلقت بطلوع الفجر . والله أعلم

[المسألة] الخامسة عشرة : في فتاوى القفال . لو قال : أنت طالق قبل موتي ، طلقت في الحال ، وإن قال : قبيل بضم القاف وفتح الياء أو قبيل بزيادة ياء ، لا تطلق إلا في آخر جزء من أجزاء حياته . ولو قال : بعد قبل موتي ، طلقت في الحال ، لأنه بعد قبل موته ، ويحتمل أن لا يقع ، لأن جميع عمره قبل الموت . ولو قال : أنت طالق قبل أن تدخل الدار ، أو قبل أن أضربك ونحو ذلك مما لا يقع بوجوده ، قال إسماعيل البوشنجي : يحتمل وجهين ، أحدهما : وقوع الطلاق في الحال ، كقوله : قبل موتي أو موت فلان . وأصحها : لا يقع حتى يوجد ذلك الفعل ، فحينئذ يقع الطلاق مستنداً إلى حال اللفظ ، لأن الصيغة تقتضي وجود ذلك الفعل ، وربما لا يوجد ، ولو قال : أنت طالق تطليقة قبلها يوم الأضحى ، سألناه ، فإن أراد الأضحى الذي بين يديه ، لم تطلق حتى يجيء ذلك الأضحى وينقضى ، ليكون

قبل التطليقة ، وإن أراد الأضحى الماضي طلقت في الحال كما لو قال : يوم السبت أنت طالق طلقة قبلها يوم الجمعة .

قلت : فإن لم يكن له نية ، لم يقع حتى ينقضي الأضحى الذي بين يديه

والله أعلم

ولو قال : أنت طالق قبل موت فلان وفلان بشهر ، فمات أحدهما قبل شهر ، لم تطلق ، وإن مات أحدهما بعد مضي شهر ، فوجهان ، أحدهما : تطلق قبل موته بشهر ، لأنه وإن تأخر موت الآخر ، فيصدق عليه أنه وقع قبل موتها بشهر ، والثاني : لا تطلق أصلاً ، لأنه في العرف لا يقال : طلقت قبل موته بشهر ، إلا إذا لم يزد ولم ينقص ، وهذا الثاني خروجه البوشنجي ، ونظير المسألة ، قوله : أنت طالق قبل عيدي الفطر والأضحى بشهر ، فعلى الأول تطلق أول رمضان ، وعلى الثاني ، لا تطلق .

قلت : الصواب الأول ، والثاني غلط ، ولا أطلق عليه اسم الضعيف ، وعجب ممن يخرج مثل هذا أو يحكيه وبسكت عليه والله أعلم

فرع

في فتاوى القاضي حسين : أنه لو قال : أنت طالق قبل ما بعده رمضان ، وأراد الشهر ، طلقت في آخر جزء من رجب ، وإن أراد اليوم بليته ، ففي آخر جزء من التاسع والعشرين من شعبان ، وإن أراد مجرد اليوم ، فقيل فجر يوم الثلاثين من شعبان ، وإن قال : بعد ما قبله رمضان وأراد الشهر ، طلقت عند استهلال ذي القعدة ، وإن أراد الأيام ، ففي اليوم الثاني من شوال .

السادسة عشرة : قال : أنت طالق كل يوم ، فوجهان حكاهما أبو العباس

الروياي ، أحدهما : تطلق كل يوم طلبة ، حتى يكمل الثلاث ، وهو مذهب أبي حنيفة ، والثاني : لا يقع إلا واحدة ، والمعنى : أنت طالق أبداً .

قلت : الأول أصح ، لأنه السابق إلى الفهم والله أعلم

ولو قال : أنت طالق يوماً ويوماً لا ، ولم ينو شيئاً ، وقع واحدة ، وقال البوشنجي : المفهوم منه وقوع ثلاث طلاقات آخرهن في اليوم الخامس . وإن قال : أردت طلبة ، يثبت حكمها في يوم دون يوم ، أو تقع في يوم دون يوم ، وقعت طلبة .

السابعة عشرة : قال : أنت طالق إلى شهر ، قال المتولي وغيره : يقع الطلاق بعد مضي شهر ، ويتأبد إلا أن يريد تنجيز الطلاق وتوقيته ، فيقع في الحال مؤبداً ، قال البوشنجي : ويحتمل أن يقع في الحال عند الإطلاق .

قلت : هذا الاحتمال ضعيف والله أعلم

الثامنة عشرة : قال : أنت طالق غداً ، أو عبدي حر بعد غد ، قال البوشنجي : يؤمر بالتعيين ، فإذا عين الطلاق أو العتق ، يعين في اليوم الذي ذكره . قال : ولو قال : أنت طالق أمس وقد تزوجها اليوم ، كان الحكم كما لو تزوجها قبل أمس .

قال : ولو قال : أنت طالق طلبة ، لا تقع عليك إلا غداً ، طلقت بمجيء الغد ، كما لو قال : طلبة تقع عليك غداً . قال : ولو قال : أنت طالق اليوم ، وإن جاء رأس الشهر ، طلقت في الحال ، كقوله : أنت طالق اليوم وإن دخلت الدار ^(١) .

(١) جاء في إحدى نسخ الظاهرية ما نصه : قلت : ومن مسائل هذا الفصل . هكذا وجد في نسخة المصنف بياض لإلحاق مسائل .

الطرف الثاني : في التعليق بالتطليق ، ونفيه ونحوهما . قال الأصحاب :
الألفاظ التي يعلق بها الطلاق بالشرط والصفات « من » ، و « إن » ، و « إذا »
و « متى » ، و « متى ما » ، و « مهما » ، و « كلما » ، و « أي » .

كقوله : من دخلت منكن ، أو إن دخلت ، أو إذا دخلت ، أو متى ،
أو متى ما ، أو مهما ، أو كلما ، أو أي وقت ، أي زمان دخلت ، فأنت
طالق . ثم إن كان التعليق بإثبات فعل ، لم يقتض شيء منها الفور ، ولم يشترط
وجود المعلق عليه في المجلس ، إلا إذا كان التعليق بتحصيل مال ، بأن يقول : إن
ضمنت لي ، أو إن أعطيتني ألفاً ، فإنه يشترط الفور في الضمان والإعطاء في بعض
الصيغ المذكورة ، كما سبق في كتاب الخلع ، وإلا إذا علق الطلاق على مشيئتها
فإنه تعتبر مشيئتها على الفور كما سبق ، وسيأتي إن شاء الله تعالى ، ولا يقتضي
شيء من هذه الصيغ تعدد الطلاق بتكرار الفعل ، بل إذا وجد الفعل المعلق عليه
مرة ، انحلت اليمين ولم يؤثر وجوده ثانياً إلا « كلما » ، فإنها تقتضي التكرار
بالوضع والاستعمال ، وحكي الحناطي وجهاً ، أن « متى » ، و « متى ما » يقتضيان التكرار ،
ووجهاً أن « متى ما » تقتضيه دون « متى » ، وهما شاذان ضعيفان .

فصل

إذا قال : إن طلقك ، أو إذا طلقك ، أو متى طلقك فأنت طالق ، ثم
طلقها ، نظر إن كان مدخولاً بها ، وقع طلقتان ، إحداهما : المنجزة ، والأخرى
المعلقة ، سواء طلق بصريح أو كناية مع النية ، ولو طلقها طلقتين وقع ثلاث ، الثالثة بالتعليق ،
ولو قال : لم أرد التعليق ، إنما أردت أني إذا طلقها تكون مطلقة بتلك الطلقة ،
دين ولم يقبل ظاهراً .

ولو وكل فطلقها وكيله ، وقعت المنجزة فقط ، لأنه لم يطلقها هو ، وأما
إذا لم يكن مدخولاً بها ، فيقع ما نجزه وتحصل البينونة ، فلا يقع شيء آخر ،

وتنحل اليمين ، فلو نكحها بعد ذلك وطلقها ، لم يجزء الخلاف في عود الحنث .
ولو خالعه وهي مدخول بها ، أو غيرها ، لم يقع الطلاق المعلق لحصول
البينونة بالخلع ، ثم إن جعلنا الخلع طلاقاً ، انحلت اليمين ، وإن جعلناه فسخاً ،
لم تنحل ، وحكى الحناطي وجهاً ، أنه يقع في غير المدخول بها وفي الخلع
طلقتان وهو غريب ضعيف .

فرع

الطقة المعلقة بصفة ، هل تقع مع الصفة مقترنة بها ، أم تقع متوتبة على
الصفة ؟ وجهان ، أصحهما والمرضي عند الإمام وقول المحققين : أنها معها ، لأن
الشرط علة وضعية ، والطلاق معلولها فيتقاربان في الوجود ، كالعلة الحقيقية مع
معلولها . فمن قال بالترتيب قال : إنما لم يقع على غير المدخول بها الطقة الثانية في
المسألة السابقة ، لكونها بانت بالمنجزة . ومن قال بالأصح وهو المقارنة ، قال :
إنما لم تقع في الثانية ، لأن قوله : إن طلقك ، فأنت طالق ، معناه : إن صرت
مطلقة ، وبمجرد مصيرها مطلقة ، بانت .

فرع

كما أن تنجيز الطلاق تطليق يقع به الطقة المعلقة بالتطليق في المدخول بها ،
فكذا تعليق الطلاق مع وجود الصفة تطليق . فإذا قال : إذا طلقك فأنت طالق ،
ثم قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، فدخلت ، وقع طلقتان ، وكما أن التعليق
بالصفة مع الصفة تطليق ، فالتعليق مع الصفة إيقاع للطلاق . فإذا قال : إذا
أوقعت عليك الطلاق ، فأنت طالق ، ثم قال : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، فدخلت ،
وقع طلقتان . وقال الشيخ أبو حامد : لا يقع إلا طقة ، وحكاها صاحب « المذهب »

و « التهذيب » ، وزعم قائله أن لفظ الإيقاع يقتضي طلاقاً يباشره بخلاف التطليق ،
والصحيح الأول .

وأما مجرد الصفة ، فليس بتطليق ولا إيقاع ، لكنه وقوع ، فإذا قال :
إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، ثم قال : إن طلقك ، أو إذا أوقعت عليك الطلاق
فأنت طالق ، ثم دخلت الدار ، لا يقع المعلق بالتطليق أو الإيقاع ، بل يقع
طلقة بالدخول . ولو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم قال : ان وقع
عليك طلاقي ، فأنت طالق ، ثم دخلت الدار ، وقع طلقتان ، وتطليق الوكيل
وقوع على الصحيح .

وأما مجرد التعليق ، فليس بتطليق ولا إيقاع ولا وقوع .

وإذا قال : كلما وقع عليك طلاقي ، فأنت طالق ، ثم طلقها ، وقع ثلاث طلاقات ،
فيقع بوقوع الأولى ثانية ، وبوقوع الثانية ثالثة .

ولو قال : كلما طلقك فأنت طالق ، ثم طلقها ، وقع طلقتان على الصحيح
والمشهور ، وحكى ابن كج عن القاضي أبي حامد وغيره وقوع ثلاث ، وجعله
الحناطي قولاً منسوباً إلى كتاب البويطي . فإذا قلنا بالصحيح : لا تنحل اليمين
لاقتضاء اللفظ التكرار . قال البغوي : لكن لا تظهر فائدة هنا ، لأنه إذا طلقها
أخرى ، كان بالمنجزة مستوفياً للثلاث ، ولا تعود اليمين بعد استيفاء الثلاث على
المذهب ، ولو قال : كلما طلقك ، فأنت طالق ، ثم قال : إذا أوقعت عليك
طلاقي ، فأنت طالق ، ثم طلقها ، طلقت ثلاثاً .

فرع

قال لها : إذا أعتقت عبدي ، فأنت طالق ، ثم قال للعبد : إن دخلت الدار ،
فأنت حر ، ثم دخل ، عتق وطلقت ، لأن التعليق مع الدخول اعتاق كما أنه

تطبيق ، ولو قدم تعليق العتق ، فقال : إن دخلت الدار ، فأنت حر ، ثم قال لامرأته : إن أعتقت عبدي ، فأنت طالق ، ثم دخل العبد ، عتق ولم تطلق المرأة ، فلو قال : إن دخلت الدار ، فأنت حر ، ثم قال لها : إذا عتق أو وقع عليه العتق ، فأنت طالق ، ثم دخل ، عتق وطلقت .

فرع

نحو حفصة وعمرة ، فقال لحفصة : إذا طلقت عمرة ، فأنت طالق ، ثم قال لعمرة : إذا دخلت الدار ، فأنت طالق ، فدخلت ، طلقتا جميعاً .

ولو قال لعمرة : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، ثم قال لحفصة : إن طلقت عمرة ، فأنت طالق ، ثم دخلت عمرة ، طلقت ولم تطلق حفصة .

ولو قال لحفصة : متى وقع طلاقى على عمرة ، فأنت طالق ، وعلق طلاق عمرة بدخول الدار قبل تعليق حفصة أو بعده ، ثم دخلت عمرة ، طلقتا .

ولو قال لحفصة : إن طلقت عمرة ، فأنت طالق ، ثم قال لعمرة : إن طلقت حفصة ، فأنت طالق ، ثم طلق حفصة ، طلقت حفصة طلقتين ، وعمرة طلقة .

ولو طلق عمرة بدل حفصة ، طلقتا طلقة طلقة فقط .

ولو كان تعليق الطلاقين بصيغة « إذا » أو « متى » أو « مهما » أو « كلما » فكذلك الجواب ، لأن التطبيق لم^(١) يتكرر ، ولا مزبة لكلا .

ولو قال لحفصة : ان وقع طلاقى على عمرة ، فأنت طالق ، ثم قال لعمرة : إن وقع طلاقى على حفصة ، فأنت طالق ، ثم طلق إحداها ، طلقت طلقة منجزة وتقع على صاحبها طلقة بالصفة ، ثم يعود إلى المنجز طلاقها طلقة أخرى بالوقوع

(١) في الأصل : لا .

على صاحبها ، ولو علق هكذا بصيغة « كلما » ، ثم طلق إحداها ، طَلَقْتَ ثَلَاثًا ثَلَاثًا .
 ولو قال لحفصة : إذا طَلَقْتُكَ ، فعمره طالق ، ثم قال لعمره : إذا طَلَقْتُكَ ،
 فحفصة طالق ، فقد علق بطلاق المخاطبة طلاق صاحبها بخلاف الصورة السابقة وحكم
 هذه ، أنه إن طلق بعد ذلك حفصة ، طَلَقْتَ طَلَقَةً فَقَطْ ، وطلعت عمرة بالصفة ،
 ولم تعد إلى حفصة طَلَقَةً أُخْرَى ، لأن طَلَقَهَا مَعْلُقٌ بِتَطْلِيقِ عَمْرَةٍ ، ولم يطلق
 عمرة بعد ما علق طلاق حفصة تنجيذاً ، ولا أحدث تعليقا .

ولو طلق عمرة أولاً ، طَلَقْتَ طَلَقَةً مُنْجِزَةً ، وطلعت حفصة طَلَقَةً بِالصِفَةِ ،
 وعاد بطلاقها إلى عمرة طَلَقَةً أُخْرَى .

فرع

نحوه أربع ، فقالت : كلما طَلَقْتَ واحدة منكن ، فالأخريات طوالق ، ثم
 طلق واحدة ، طَلَقْتَ طَلَقَةً طَلَقَةً ، فإن طلق أخرى ، طَلَقْتَ أُخْرَى أُخْرَى ، فإن
 طلق ثالثة ، طَلَقْتَ ثَلَاثًا ثَلَاثًا ، ولو قال : كلما طَلَقْتَ واحدة منكن ، فأنتن طوالق ،
 ثم طلق إحداهن ، طَلَقْتَ هِي طَلَقَتَيْنِ ، والباقيات طَلَقَةً طَلَقَةً ، فإن طلق ثانية ،
 تم لها والأولى ثلاث ثلاث ، وللثالثة والرابعة ، طَلَقَتَانِ طَلَقَتَانِ ، فإن طلق
 إحداها ، تم لها أيضاً الثلاث .

فرع

له نسوة نكحهن مرتباً ، فقال : إن طَلَقْتَ الأولى ، فالثانية طالق ، وإن
 طَلَقْتَ الثانية ، فالثالثة طالق ، وإن طَلَقْتَ الثالثة ، فالأولى طالق ، فإن طلق
 الأولى ، طَلَقْتَ هِي والثانية ، دون الثالثة ، وإن طلق الثانية ، طَلَقْتَ هِي
 والثالثة ، دون الأولى ، وإن طَلَقْتَ الثالثة ، طَلَقْتَ هِي والأولى والثانية ، وإن
 طلق واحدة لابعينها ومات قبل البيان ، فإن كان الطلاق قاطعاً بالإرث ، لكونه

ثلاثاً ، أو قبل الدخول ، فليس للثانية الخاصة للميراث ^(١) لأنها مطلقة على كل تقدير
والأولى والثالثة الخاصة ، لأن احتمال عدم الطلاق قائم في حق كل منها ، فيوقف
الأمر إلى الاصطلاح .

فصل

له أربع نسوة وعبيد ، فقال : إن طلقت واحدة من نسائي ، فعبد من
عبيدي حر ، وإن طلقت ثنتين ، فعبدان حران ، وإن طلقت ثلاثاً ، فثلاثة
أعبد أحرار ، وإن طلقت أربعاً ، فأربعة أعبد أحرار ، ثم طلقهن معاً ، أو على
الترتيب ، عتق عشرة أعبد ، وهكذا الحكم إذا علق بصيغة « إذا » أو « متى »
أو « مهما » ، وما لا يقتضي التكرار ، أما إذا علق هذه التعليقات بلفظ « كلما »
ثم طلقهن معاً ، أو على الترتيب ، فيعتق خمسة عشر عبداً ، وقيل : عشرة ،
وقيل : سبعة عشر ، وقيل : عشرون ، وقيل : ثلاثة عشر ، حكاه القاضى
أبو الطيب في كتابه « المجرد » ، والصحيح الأول ، واتفق الأصحاب على
تضعيف ما سواه ، والرجوع في تعيين العبد إليه .

فصل

في التعليق بنفي التطبيق

وفي معناه التعليق بنفي دخول الدار والضرب ، وسائر الأفعال ، فإذا قال :
إن لم أطلقك ، فأنت طالق ، لم يقع الطلاق حتى يحصل اليأس من التطبيق .
ولو قال : إذا لم أطلقك ، فأنت طالق ، فإذا مضى زمن يمكنه أن يطلق
فيه ، فلم يطلق ، طلقت ، هذا هو المنصوص في صورتين ، وهو المذهب ، وقيل :

(١) في نسخ الظاهرية : في الميراث .

قولان فيها بالنقل^(١) والتخريج ، ولو قال : متى لم أطلقك ، أو د مهابها ، أو أي حين ، أو كلما لم أفعل ، أو تفعلني كذا ، فأنت طالق ، فمضى زمن بسع الفعل ولم يفعل ، طلقت على المذهب ، كلفظ إذا ، وأشار الخناطي إلى خلافه ، وضبط الأصحاب هذا تفريعاً على المذهب ، بأن أدوات التعليق كلها تقتضي الفور في طرف النفي ، إلا لفظة « إن » ، فإنها للتراخي ، وفي تسمية هذا فوراً وتراخياً ، نوع توسع ، ولكن المعنى مفهوم ، ولو علق النفي بلفظة « إن » ، وقيد بزمان ، فقال : إن لم أطلقك اليوم ، فأنت طالق ، وقلنا بالمذهب ، فإذا مضى اليوم ولم يطلق ، حكم بوقوع الطلاق قبيل غروب الشمس لحصول اليأس حينئذ ، ولو قال : إن تركت طلاقك ، فأنت طالق ، فإذا مضى زمن يمكنه أن يطلق فيه فلم يطلق ، طلقت ، بخلاف طرف النفي ، ولو طلقها في الحال واحدة ثم سكّت ، لم يقع أخرى لأنه لم يترك طلاقها . قال البغوي : ولو قال : إن سكّت عن طلاقك ، فأنت طالق فلم يطلقها في الحال ، وقع طلاقاً ، وإن طلقها في الحال ثم سكّت ، وقعت أخرى بالسكوت ، ولا تطلق بعد ذلك لانحلال اليمين .

فرع

قال : كلما سكّت عن طلاقك ، أو كلما لم أطلقك ، فأنت طالق ، ومضت ثلاثة أوقات تسع ثلاث طلاقات بلا تطليق ، طلقت ثلاثاً ، وهذه الصور في المدخول بها ، فلو قال لغير المدخول بها : كلما لم أطلقك فأنت طالق ، ومضت لحظة لم يطلقها ، بانث ولا تلحقها الثانية ، فلو جدد نكاحها وقلنا : يعود الحنث ، فمضت لحظة ، وقعت طلاقاً أخرى ، ولو قال للمدخول بها عقب هذا التعليق بكلمة : أنت طالق على ألف ، فقبلت ، بانث ولم تقع الثانية ، فإن جدد نكاحها ، عاد قولاً عود الحنث .

(١) في الأصل : بالمثل .

فرع

إذا قلنا بالمذهب وهو الفرق بين « إن » و « إذا » فقال : أردت ياذا معنى إن ، مُدَّيْن ، ويقبل أيضاً ظاهراً على الأصح ، وحيث قلنا : في « إن » أو « إذا » إنه إذا مضى زمن يسع التطليق فلم يطلق يقع ، فأمسك رجل فمه ، أو أكرهه على الامتناع من التطليق ، قال الحناطي : يخرج على الخلاف في حث الناسي والمكره ، وحيث قلنا : لا يقع الطلاق حتى يتحقق اليأس من التطليق . ولليأس طرق ، أحدها : أن يموت أحد الزوجين قبل التطليق ، فيحكم بوقوع الطلاق قبيل الموت . الثاني : إذا جن الزوج ، لا يحصل اليأس لاحتمال الإفاقة ، فإن اتصل بالموت ، تبينا حصول اليأس من وقت الجنون ، فيحكم بوقوع الطلاق قبيل الجنون .

الثالث : إذا فسخ النكاح بسبب ، لم يحصل اليأس ، لاحتمال التجديد ، لأن البر والحنث لا يختص بمجال النكاح ، ولذلك تتحل اليمين بوجود الصفة في البينونة ، فإن مات أحدهما قبل التجديد والتطليق ، حكم بوقوع الطلاق قبيل الانفساخ ، هكذا قاله الامام ، وتابعه الغزالي وغيره . قالوا : وإنما يتصور ذلك في الطلاق الرجعي ، ليمكن اجتماعه هو والانفساخ ، فلو كان الطلاق بائناً لـ~~يكونه~~ ثلاثاً ، أو قبل الدخول ، لم يمكن إيقاعه قبل الانفساخ ، لما فيه من الدور ، فإنه لو وقع لما حصل الانفساخ ، ولو لم يحصل الانفساخ لم يحصل اليأس ، وإذا لم يحصل اليأس ، لم يقع الطلاق ، فيلزم من وقوعه عدم وقوعه ، وهذا من قبيل الدور الحكمي ، وأما إذا جدد نكاحها بعد الانفساخ ، فإن طلقها في النكاح الثاني ، لم يفت التطليق ، بل قد حصل ، وإن لم يطلقها حتى مات أحدهما ، بني على قولي عود الحنث ، إن قلنا : يعود ، طلقت في النكاح الثاني قبل الموت ، وبنينا^(١) النكاح على النكاح ، وإن قلنا :

(١) في الأصل : وبنينا .

لا يعود الخنث ، لم يمكن إيقاع الطلاق قبيل الموت ، فيحكم بوقوع الطلاق قبيل الانفساخ كما سبق . واعلم أن هذه الطرق الثلاثة ، هي فيما إذا كان التعليق بنفي التطلق ، أما إذا علق بنفي الضرب وسائر الأفعال ، فالجنون لا يوجب اليأس ، وإن اتصل به الموت ، قال الغزالي : لأن ضرب المجنون في تحقيق الصفة ونفيها ، كضرب العاقل على الصحيح ، ولو أبانها ودامت البينونة إلى الموت ، ولم يتفق الضرب ، لم يقع الطلاق ولا يحكم بوقوعه قبيل البينونة ، بخلاف قوله : إن لم أطلقك ، لأن الضرب بعد البينونة ممكن ، والطلاق بعد البينونة غير ممكن ، وإذا كان التعليق بنفي الضرب ونحوه من الأفعال ، فعروض الطلاق كعروض الفسخ والانفساخ ، لكن ينبغي أن يبقى من الطلاق عدد يمكن فرضه ، مستنداً إلى قبيل الطلاق ، فأما في التعليق بنفي التطلق ، فإنما تفرض ^(١) البينونة بالانفساخ ، لأنه لو طلقها بطلت الصفة المعلق عليها ، ويمكن أن تفرض في طلاق الوكيل ، فإنه لا تفوت الصفة .

فصل

« إن ، الشرطية هي بكسر الهمزة ، فإن فتحت ، صارت للتعليل ، فإذا قال : أنت طالق أن لم أطلقك بفتح الهمزة ، طلقت في الحال ، ثم الذي قاله الشيخ أبو حامد ، والامام ، والغزالي ، والبغوي ، ان هذا في حق من يعرف اللغة ، ويفرق بين أن وإن ، فإن لم يعرف ، فهو للتعليل . وقال القاضي أبو الطيب : يحكم بوقوع الطلاق في الحال ، إلا أن يكون الرجل ممن لا يعرف اللغة ولا يميز ، وقال : قصدت التعليق ، فيصدق ، وهذا أشبه ، وإلى ترجيعه ذهب ابن الصباغ ، وبه قطع المتولي .

(١) في الأصل : بفرض .

قلت : الأول أصح ، وبه قطع الأكثرون والله أعلم

وعلى هذا القياس طرق الإثبات ، فإذا قال : أنت طالق إن دخلت الدار ، وإن دخلت الدار فأنت طالق ، طلقت في الحال وإن لم تكن دخلت الدار ، ولو قال : أنت طالق إن طلقتك ، حكم بوقوع طلقتين ، واحدة بإقراره . وأخرى بايقاعه في الحال ، لأن المعنى : أنت طالق لأني طلقتك ، ولو قال : أنت طالق إذ دخلت الدار ، طلقت في الحال ، لأن « إذ » للتعليل أيضاً . فان كان القائل لا يميز بين « إذ » و « إذا » ، فيمكن أن يكون الحكم كما لو لم يميز بين إن وأن .

فرع

قال : أنت طالق طالقاً ، قال الشيخ أبو عاصم : لا يقع في الحال شيء ، لكن إذا طلقها وقع طلقتان ، والتقدير : إذا صرت مطلقة فأنت طالق ، وهذا في المدخول بها ، ولو قال : أنت طالق إن دخلت الدار طالقاً ، فان طلقها قبل الدخول ، فدخلت الدار طالقاً ، وقعت المعلقة إذا لم تحصل البينة بذلك الطلاق ، وإن دخلت غير طالق ، لم تقع تلك المعلقة ، ولو قال : أنت طالق فطالق إن دخلت الدار طالقاً ، فهذا تعليق طلقتين بدخولها الدار طالقاً ، فان دخلت طالقاً ، وقع طلقتان بالتعليق ، ولو قال : أنت إن دخلت الدار طالقاً ، واقتصر عليه ، قال البغوي : إن قال : نصبت على الحال ، ولم أتم الكلام ، قبل منه ، ولم يقع شيء ، وإن أراد ما يراد عند الرفع ، ولحن ، وقع الطلاق إذا دخلت الدار .

فرع

قال إسماعيل البوشنجي : لو قال : أنت طالق حين لا أطلقك ، أو حيث

لا أطلقك ، ولم يطلقها عقبه ، طلقت في الحال على قياس مذهبنا ، وكذا لو قال : حين لم أطلقك ، أو حيث لم أطلق ، أو ما لم أطلقك ، ولو قال : أنت طالق إن لم أضربك ، أو إن لم أضربك فأنت طالق ، وقال : أردت وقتاً ، دُئِنَ ، سواء عين الساعة أو وقتاً قريباً أو بعيداً ، وهكذا يكون الحكم في التعليق بنفي الطلاق وسائر الأفعال ، وبالله التوفيق .

الطرف الثالث : في التعليق بالحمل والولادة ، وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال : إن كنت حاملاً فأنت طالق ، فإن كان الحمل بها ظاهراً ، طلقت في الحال ، وإلا فلا يحكم بوقوع الطلاق مع الشك ، ثم ينظر ، إن ولدت قبل ستة أشهر من حين التعليق ، تبين وقوع الطلاق وكونها كانت حاملاً حينئذ ، وإن ولدت لأكثر من أربع سنين ، تحققنا أنها كانت حائلاً يومئذ ، فلا طلاق ، وإن ولدت لستة أشهر فأكثر ، ولأربع سنين فأقل ، نظر ، إن كان الزوج يطؤها ، وكانت بين الوضع والوطء ستة أشهر فأكثر ، لم يقع الطلاق ، وإن لم يطأها بعد التعليق أو وطئها وكان بين الوطء والوضع دون ستة أشهر ، فقولان أو وجهان . أظهرهما : وقوع الطلاق لتبين الحمل ظاهراً ، ولهذا حكمنا بثبوت النسب . والثاني : لا يقع ، لأن الأصل بقاء النكاح ، والاحتمال قائم ، ثم إذا لم يكن الحمل ظاهراً عند التعليق ، فينبغي أن يفرق بين الزوجين إلى أن يستبرئاً ، وليمتنع الزوج من وطئها ، وهل التفريق واجب والاستمتاع حرام أم لا ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، تغلياً للتحريم في موضع التردد ، وبهذا قال الشيخ أبو حامد ، والقاضي أبو الطيب ، وجماعة . وأصحها : لا ، ولكنها مستعبات ، لأن الأصل عدم الحل وبقاء النكاح ، وكما لو قال : إن كان الطائر غراباً ، وهذا هو نصه في

« الاملاء » وبه قال أبو إسحاق وغيره ، وقطع به الحناطي . وبماذا يستبرأ ؟
فيه أوجه ، أصحابها : بحیضة ، والثاني : بطهر ، والثالث : بثلاثة أطهار ،
وتفصيله يأتي إن شاء الله تعالى في « كتاب الاستبراء » . ولو جرى هذا التعليق في
مراعاة لم تحض بعد ، وأمكن كونها حاملاً ، فيشبه أن يقال : إن قلنا : الاستبراء
بثلاثة أقراء ، ففي حقها بثلاثة أشهر ، وإن قلنا : بقرء ، فهل يكفي في حقها
شهر ، أم يشترط ثلاثة أشهر ، فيه خلاف كالستبراء الأمة ، والأصح هناك
الاكتفاء بشهر ، والذي ذكره البغوي هنا عن القفال ثلاثة أشهر حرة كانت أو
أمة ، لأن الحمل لا يظهر في أقل من هذه المدة .

وأما الآية ، فهل يعتبر فيها مضي مدة كالعدة ، أم يكتفى بدلالة اليأس ؟
وجهان ، أصحابها : الثاني ، لأن المقصود ظهور الحال . ولو كان قد استبرأ وزوجته
قبل التعليق ، فوجهان . أحدهما : لا يكتفى به كما لا يكتفى بمدة العدة واستبراء
الرقيقة قبل الطلاق والمالك ، وأصحابها : يكتفى به ، لأن المقصود معرفة حالها
في الحمل ، فلا فرق بين التقدم والتأخر ، بخلاف العدة واستبراء المملوكة ، ثم إذا
جرى الاستبراء ، لا يمنع من الوطء بعده ، فلو ولدت بعد الوطء واقتضى الحال
وقوع الطلاق ، أوقعناه ، وكان ذلك الوطء وطء شبهة ، يجب به المهر دون الحد .

فرع

قال : إن أحبلتك فأنت طالق ، وكانت حاملاً ، لم تطلق ، بل يقتضي (١) ذلك حملاً
حادثاً منه ، فإن وضعت ، أو كانت حائلاً ، لم يمنع من الوطء ، فإذا وطئها مرة ،
منع حتى تحيض .

(١) في الأصل : يقبض .

فرع

نص في « الإملاء » أنه لو قال لامرأته : إن كنت حاملاً فأنت طالق على مائة دينار وهي حامل في غالب الظن ، طلقت إذا أعطته مائة دينار ، وله عليها مهر المثل لفساد المسمى . ووجه فساد المسمى ، بأن الحمل مجهول لا يمكن التوصل إليه في الحال ، فأشبهه إذا جعله عوضاً .

المسألة الثانية : قال : إن كنت حائلاً فأنت طالق ، وإن لم تكوني حائلاً ، فينظر ، إن علم أنها حائلاً بأن كانت في سن لا يحتمل الحمل ، طلقت في الحال ، وإلا فلا يحكم في الحال بالطلاق ، بل ينظر ، إن ولدت قبل ستة أشهر من التعليق ، لم تطلق ، وإن ولدت لأكثر من أربع سنين ، حكمنا بوقوع الطلاق عند التعليق ، وإن ولدت لستة أشهر ، فأكثر ، ولأربع سنين فأقل ، فإن وطئها الزوج وكان بين الوطء والولادة ستة أشهر فأكثر ، طلقت على الأصح ، وإن كان بينها دون ستة أشهر أو لم يطاء ، لم تطلق ، لأنها كانت حاملاً عند التعليق ، ويجرم وطؤها قبل الاستبراء على الأصح . وقال القفال : لا يجرم ، لكن يستحب أن لا يطاء . والقول فيما يجب^(١) به الاستبراء وفي الاكتفاء بالاستبراء السابق ، على ما ذكرنا في المسألة الأولى ، وقيل : الاستبراء هنا بثلاثة أطهار قطعاً ، والمذهب الأول : وإذا استبرأ حكمنا بوقوع الطلاق الظاهر الحال ، فإن كان الاستبراء بثلاثة أطهار ، فقد انقضت العدة ، وإن كان بقرء تمت العدة ، فإن ظهر بعد الاستبراء حمل ووضع ، فحكمه ما سبق . وأبدى الإمام وشيخه احتمالاً ، أنها لا تطلق بالاستبراء ، لأنه لا يفيد^(٢) إلا الظن ، والصفات المعلق بها ، يعتبر فيها اليقين . ولو قال : إذا استيقنت براءة رحمك ، فأنت طالق ، لم تطلق بمضي مدة الاستبراء ، فكذا هنا .

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : فيما يحتمل . (٢) في الأصل : لا يقبل .

المسألة الثالثة : قال : إن كنت حاملاً بذَكَر ، أو إن كان في بطنك ذَكَر فأنت طالق طلقة ، وإن كنت حاملاً بأنثى ، أو كان في بطنك أنثى ، فأنت طالق طلقتين ، فإن ولدت أحدهما ، وقع ما علقه ، وإن ولدت خنثى ، وقعت طلقة ، وتوقف الأخرى ، حتى يبين حاله ، وإن ولدت ذكراً وأنثى ، طلقت ثلاثاً لوجود الصفتين ، وتنقضي العدة في جميع هذه الصور بالولادة ، ويكون الوقوع عند اللفظ . وإن قال : إن كان حملك ، أو إن كان ما في بطنك ذكراً فأنت طالق طلقة ، وإن كان أنثى فطلقتين ، فإن ولدت ذكراً فقط أو أنثى فقط ، وقع ما علق ، وإن ولدت ذكراً وأنثى ، لم يقع شيء ، وإن ولدت ذكرين أو أنثيين ، فوجهان . أصحها : يقع ، وبه قال الحنطي والقاضي حسين ، لأن معناه : ما في البطن من هذا الجنس . والثاني : لا يقع ، وبه قال الشيخ أبو محمد ، وإليه ميل الامام ، لأن مقتضى التكثير التوحيد ، هذا عند اطلاق اللفظ ، فلو قال : أردت الحصر في الجنس ، قبل وحكم بالطلاق قطعاً ، ولو ولدت ذكراً وخنثى ، أو أنثى وخنثى ، فعلى الوجه الثاني : لا طلاق ، وعلى الأول : إن بان الخنثى المولود مع الذكر ذكراً ، وقع طلقة ، وإن بان أنثى ، لا يقع شيء ، وإن بان الخنثى المولود مع الأنثى ذكراً ، لم يقع شيء ، وإن بان أنثى ، وقع طلقتان .

المسألة الرابعة : قال : إذا ولدت أو إن ولدت فأنت طالق ، فولدت حياً أو ميتاً ، ذكراً أو أنثى ، طلقت إذا انفصل الولد بكهاله . قال ابن كج : ولو أسقط ما بان فيه خلق آدمي ، طلقت ، وإن لم يبين فيه خلق الآدمي بتمامه لم تطلق . ولو قال : إن ولدت ولداً فأنت طالق ، فولدت ولدين متعاقبين ، طلقت بالأول . ثم إن كانا في بطن واحد ، بأن كان بينهما دون ستة أشهر ، انقضت عدتها بالثاني ، ولا يتكرر الطلاق ، وإن كانا من بطنين ، فانقضاء العدة بالثاني يبني على

لحقه بالزوج ، وهو لاحق إن ولدته لأقل من أربع سنين ، وهل تحسب هذه المدة من وقت الطلاق ، أم من وقت انقضاء العدة ؟ قولان مذكوران في العدة ^(١) فان ألحق انقضت به العدة ، وإن قال : كلما ولدت ولداً فأنت طالق ، فهذا يقتضي التكرار ، فإن ولدت أولاداً في بطن واحد ، نظر ، إن كانوا أربعة وانفصلوا متعاقبين ، طلقت ثلاثاً بولادة ثلاثة ، وانقضت عدتها بولادة الرابع ، وإن كانوا ثلاثة ، طلقت بالأولين طلقتين ، وانقضت عدتها بالثالث ، ولا تطلق بولادته طلقة ثالثة ، هذا هو المنصوص في « الأم » ، وعامة كتب الشافعي رحمه الله ، وقال في « الاملاء » : يقع بالثالث طلقة ثالثة ، وتعتد بعد ذلك بالاقراء ، والمذهب عند الأصحاب هو الأول ، لأن المرأة في عدة الطلقتين ، ووقت انفصال الثالث هو وقت انقضاء العدة ، وبراءة الرحم . ولو وقع الطلاق لوقع في تلك الحال ، لما سبق أن الطلاق المعلق بالولادة يقع عند الانفصال ، ولا يجوز أن يقع الطلاق في حال انقضاء العدة والبينونة ، ولهذا لو قال : أنت طالق مع موتي ، لم يقع الطلاق إذا مات ، لأنه وقت انتهاء النكاح . ولو قال لغير المدخول بها : إذا طلقك فأنت طالق ، فطلقها ، لم يقع أخرى لمصادفتها البينونة ، وأما نصه في « الاملاء » ، ففيه طريقان ، أحدهما : تسليمه قولاً واحداً ، ووجهه بشيئين ، أحدهما : أن هذا الطلاق لا يتأخر عن العدة ، بل يقارن آخرها ، وإذا تقارن الوقوع وانقضاء العدة كفى ، وحكم بالوقوع تغليباً للطلاق ولقوته ، وهؤلاء قالوا : لو قال للرجعية : أنت طالق مع انقضاء عدتك ، ففي الوقوع القولان ، بخلاف ما لو قال : بعد انقضاء عدتك . وعن الحضري ^(٢) وغيره تمريج قول فيما إذا قال : مع موتي : أنها تطلق في آخر جزء من حياته . الشيء الثاني عن الحضري والقفال ، بناء القولين على القولين ، في أن الرجعية إذا طلقت ، هل تستأنف العدة ؟ إن قلنا : لا ، لم تطلق هنا ولم تلزم العدة ،

(١) في نسخ الظاهرية : العدد .

(٢) في الأصل : الحضري وهو تصحيف .

وإن قلنا نعم ، فبوقوع الطلاق ارتفعت العدة ، ولزمت عدة أخرى هناك ، فكذا هنا . وعلى هذا حكى الإمام عن القفال ، أنه لا يحكم بوقوع الطلاق ، وهي في بقية من العدة الماضية ، ولا بوقوعه في مفتتح العدة المستقبلية ، لكن يقع على منفصل الانقطاع والاستقبال ، وهو كقوله : أنت طالق بين الليل والنهار ، يقع لا في جزء من الليل ، ولا من النهار . قال الإمام : ولا معنى للمنفصل ، وليس بين انقضاء العدة الأولى وافتتاح الثانية لو قدرناها زماناً ، والحكم بوقوع الطلاق في غير زمان محال . قال : وقوله : بين الليل والنهار يقع الطلاق في آخر جزء من النهار ، لتكون متصفة بالطلاق في منقطع النهار ، ومبتدأ الليل .

والطريق الثاني وهو الصحيح عند المعبرين : القطع بما نص عليه في كتبه المشهورة ، والامتناع من إثبات نص «الإملاء» قولاً ، وأولوه من وجهين ، أحدهما : حمله على ما إذا ولدتهم دفعة في مشيمة ، وفي هذه الحالة يقع بكل واحد طلاقة ، وتعتد بالأقراء لأنها ليست حاملاً وقت وقوع الطلاق ، والثاني : حمله على ما إذا كان الحمل من زنا ، ووطئها الزوج ، يقع بكل واحد طلاقة ، ولا تنقضي العدة بولادتهم . أما إذا أنت بولدين متعاقبين في بطن ، والتعليق بصيغة «كلما» فهل تنقضي عدتها بالثاني ولا يقع به طلاقة أخرى ، أم تقع أخرى ؟ فيه هذا الخلاف السابق .

المسألة الخامسة : قال : إن ولدت ولداً ، فأنت طالق طلاقة ، وإن ولدت ذكراً فأنت طالق طلقتين ، فولدت ذكراً ، طلقت ثلاثاً لوجود الصفتين ، وإن قال : إن ولدت ذكراً فأنت طالق طلاقة ، وإن ولدت أنثى فأنت طالق طلقتين ، فولدت ذكراً ، طلقت طلاقة وشرعت في العدة بالأقراء ، وإن ولدت أنثى طلقت طلقتين واعتدت بالأقراء ، وإن ولدت ذكراً وأنثى ، نظر ، إن ولدتهما معاً ، طلقت ثلاثاً لوجود الصفتين معاً وهي زوجة ، وتعتد بالأقراء ، وإن ولدت الذكر ثم الأنثى ، طلقت طلاقة بالذكر ، ولا يقع بالأنثى شيء على المذهب ، وتنقضي بها العدة . وعلى نصه في «الإملاء» ، تطلق بالأنثى طلقتين أخريين ، وتعتد بالأقراء ، وإن ولدت

الأنثى أولاً طلقت بها طلقتين ، وهل يقع بالذكر شيء ؟ فيه الخلاف فإن أشكل الحال ، فلم يدر كيف ولدتها ، أو علم الترتيب ولم يعلم المتقدم ، فعلى المذهب : يؤخذ باليقين وهو وقوع طلقة ، والورع تركها عند احتمال المعية حتى تنكح زوجاً غيره . وعلى نصح في « الاملاء » : تطلق ثلاثاً كيف كان ، وتعتد بالأقراء . ولو ولدت ذكرين وأنثى ، نظر ، وإن ولدتهم معاً ، طلقت ثلاثاً ، وإن ولدت الذكرين معاً أو متعاقبين ، ثم ولدت الأنثى ، طلقت بالولدين أو بأولهما طلقة ، وتنقضي العدة بولادة الأنثى على المذهب ، ولا يقع بها شيء آخر . وإن ولدت الأنثى ثم الذكرين متعاقبين ، طلقت بالأنثى طلقتين ، وبالذكر الأول طلقة أخرى ، وتنقضي العدة بولادة الثاني ، وإن ولدتها ثم ولدتها معاً ، طلقت بها طلقتين ، وتنقضي العدة بالذكرين ، ولا يقع شيء آخر على المذهب . ولو ولدت ذكراً ، ثم أنثى ، ثم ذكراً ، طلقت طلقة ثم طلقتين ، وانقضت عدتها بالذكر الأخير .

فرع

قال : إن كنت حاملاً بذكر ، فأنت طالق طلقة ، وإن ولدت أنثى ، فأنت طالق طلقتين ، فإن ولدت ذكراً ، تبين وقوع طلقة عند اللفظ ، وانقضت العدة بالولادة ، وإن ولدت أنثى ، وقع بالولادة طلقتان ، وتعتد بالأقراء ، وإن ولدت ذكراً وأنثى ، نظر ، وإن ولدت الأنثى أولاً ، وقع بولادتها طلقتان ، وبولادته تبين وقوع طلقة أولاً لكونها كانت حاملاً بذكر ، وتنقضي عدتها عن الثلاث بولادة الذكر ، وإن ولدت الذكر أولاً ، تبين وقوع طلقة ، وتنقضي العدة بولادة الأنثى ، ولا يقع شيء آخر على المذهب ، وإن ولدتها معاً ، فكذلك يتبين وقوع طلقة ، ولا يقع بالولادة شيء على المذهب .

المسألة السادسة : قال لأربع نسوة حوامل : كلما ولدت واحدة منكن ، فصاحباتها طوائق ، فولدن جميعاً . فلهن أحوال ، إحداها : أن يلدن معاً ، فتطلق كل واحدة ثلاثاً وعدة جميعهن بالأقراء .

الحالة الثانية : أن يلدن مرتباً ، فوجهان ، أصحها وبه قال ابن الحداد : أنه إذا ولدت الأولى ، طلقت كل واحدة من الباقيات طلبة ، فإذا ولدت الثانية ، انقضت عدتها وبانت ، وتقع على الأولى بولادة هذه طلبة ، وعلى كل واحدة من الآخرين طلبة أخرى إن بقيت عدتها ، فإذا ولدت الثالثة انقضت عدتها عن طلقتين ، وتقع على الأولى طلبة ثانية إن بقيت في العدة ، وعلى الرابعة طلبة ثالثة ، فإذا ولدت الرابعة ، انقضت عدتها عن ثلاث طلقات ، ووقعت ثالثة ^(١) على الأولى ، وعدة الأولى بالأقراء ، وفي استثنائها العدة للطلقة الثانية والثالثة ، الخلاف في طلاق الرجعية ، والوجه الثاني وبه قال ابن القاص ، واختاره القاضي أبو الطيب ، أن الأولى لا تطلق أصلاً ، وتطلق كل واحدة من الأخريات طلبة واحدة ، وتنقضي عددهن بولادتهن ، لأن الثلاث في وقت ولادة الأولى صواحبا ، لأن الجميع زوجاته ، فيطلقن طلبة طلبة ، فإذا طلقن ، خرجن عن كونهن صواحب للأولى ، وكون الأولى صاحبة لهن ، فلا تؤثر بعد ذلك ولادتهن في حقها ، ولا في حق بعضهن ، ومن قال بالأول ، قال : ما دمن في العدة فهن زوجات وصواحب ، ولهذا لو حلف بطلاق زوجاته ، دخلت الرجعية فيه .

الحالة الثالثة ^(٢) : أن تلد ثنتان معاً [ثم ثنتان معاً] . فعلى قول ابن الحداد : تطلق كل واحدة من الأولين بولادة الأخرى طلبة ، وكل واحدة من الآخرين بولادة الأولين طلقتين ، فإذا ولدت الأخريان ، طلقت كل واحدة من الأولين طلقتين آخرين ، ولا يقع على الآخرين شيء آخر ، وتنقضي عدتها بولادتها على المذهب ، وعلى نصه في « الاملاء » : يقع على كل واحدة منها طلبة ثالثة وتعتدان بالأقراء ، وعلى قول ابن القاص : تطلق كل واحدة من الأولين طلبة ، وكل

(١) في الأصل : ثانية .

(٢) في الأصل : الثانية .

واحدة من الآخرين طلقتين فقط ، وتنقضي عدة الآخرين بالولادة ، وتعتد الأوليان بالإقرار على الوجهين .

الحالة الرابعة : أن تلد ثلاثاً منهن معاً ، ثم الرابعة ، فيقع على الرابعة ثلاث طلقات بلا^(١) خلاف ، وتطلق كل واحدة من الأوليات على قول ابن الحداد ثلاثاً ، منها طلقتان بولادة اللتين^(٢) ولدتا معها^(٣) ، وثالثة بولادة^(٤) الرابعة إن بقين^(٥) في العدة ، وعلى قول ابن القاص : لاتطلق كل واحدة من الثلاث إلا طلقتين ، ولو كان الأمر بالعكس ، ولدت واحدة ، ثم ولدت الثلاث معاً ، فعلى قول ابن الحداد : تطلق كل واحدة من الثلاث طلقة بولادة الأولى ، ثم تنقضي عدتهن بولادتهن ، فلا يقع عليهن شيء آخر على المذهب ، وعلى نضه في « الإملاء » : يقع على كل واحدة طلفتان أخريان ، ويعتدنان بالأقراء ، والأولى تطلق بولادتهن ثلاثاً . وعلى قول ابن القاص : لا يقع على الأولى شيء ، ويقع على كل واحدة من الباقيات طلقه فقط .

الحالة الخامسة : أن تلد ثنتان على الترتيب ، ثم ثنتان معاً ، فيقع على الأولى ثلاث بولادتهن ، وعلى كل واحدة من الباقيات طلقة بولادة الأولى . فإذا ولدت الثانية ، انقضت عدتها ، ووقعت على كل واحدة من الآخرين طلقة أخرى ، فإذا ولدت الأخريان ، انقضت عدتها بولادتهما ، ولا يقع على واحدة منها شيء بولادة صاحبتهما على المذهب ، هذا قياس ابن الحداد ، وعلى قول ابن القاص : لا يقع على الأولى شيء ، ولا على كل واحدة من الباقيات إلا طلقة ، ولو ولدت ثنتان معاً ، ثم ثنتان مرتباً ، فعلى قياس ابن الحداد : تطلق كل واحدة

(٢) في الأصل : الثنتين .

(٤) في الأصل : وثلاثة .

(١) في الأصل : بالاخلاف .

(٣) في الأصل : معاً .

(٥) في الأصل : بقيت .

من الأولين بولادتها طلبة ، وكل واحدة من الآخرين طلقتين . فإذا ولدت الثالثة انقضت عدتها ، وطلقت كل واحدة من الأولين طلبة أخرى إن بقيتا في العدة ، وطلقت الرابعة طلبة ثالثة ، فإذا ولدت ، انقضت عدتها ، وطلقت كل واحدة من الأولين طلبة ثالثة إن بقيتا في العدة ، وعلى قياس ابن القاص : لا تطلق كل واحدة من الأولين إلا طلبة ، ولا كل واحدة من الآخرين إلا طلقتين .

فرع

قال ابن الحداد : ولو قال للأربع : كلما ولدت كل واحدة منكن فصواحبا طواق ، ثم طلق كل واحدة منهن طلبة منجزة ، ثم ولدن على الترتيب ، فالأولى مطلقة بالتجيز ، وتنقضي عدتها بولادتها ، ويقع على الثانية بولادة الأولى طلبة ، وهي مطلقة بالتجيز ، وتنقضي عدتها عن طلقتين بولادتها ، وتطلق كل واحدة من الثالثة والرابعة ثلاثاً ، واحدة بالتجيز ، واثنان بولادة الأولين ، وعلى قياس ابن القاضي : لا يقع على الجميع إلا المنجزة .

فرع

قال للأربع : كلما ولدت واحدة منكن فأتين طواق ، فقد علق بولادة كل منهن طلاق الوادة وغيرها ، فإن ولدن معاً طلقن ثلاثاً ثلاثاً ، وإن ولدن مرتباً ، طلقت الأولى ثلاثاً ، طلبة بولادة نفسها ، وثانية بولادة الثانية ، وثالثة بولادة الثالثة إن بقيت في العدة ، وتعتد بالأقراء وتطلق الثانية بولادة الأولى ، ولا تطلق بولادة نفسها على المذهب ، وتنقضي عدتها ، وعلى نصه في « الإملاء » : تطلق أخرى وتعتد بالأقراء ، وتطلق الثالثة بولادة الأولين ، وهل تطلق بولادة نفسها ثالثة ؟ فيه الخلاف ، والرابعة ، تطلق بولادة الأوليات ثلاثاً ، وتنقضي عدتها بولادتها ، ولا يقع بولادتها شيء على الأوليات لينونتهن .

فرع

قال للأربع : كلما ولدت ثنتان منكن ، فالأخريان طالقان ، فولدن مرتباً ، لم تطلق واحدة بولادة الأولى ، لأنه علق بولادة ثنتين ، فإذا ولدت الثانية ، طلقت الثالثة والرابعة طلقة طلقة ، ولا يقع على الأولين شيء ، لأن المعلق به طلاق ثنتين بولادة أخريين . وإذا ولدت الثالثة ، فوجهان ، أصحها : لاتضم الثالثة إلى الثانية ، ولا يقع بولادتها طلاق حتى تلد الرابعة ، فإذا ولدت ، فعلى قياس ابن الحداد : تطلق الأوليان طلقة طلقة ، ويعتدان بالأقراء ، وتنقضي عدة الأخريين بولادتها ، وعلى قياس ابن القاص : لاتطلق الأوليان بولادة الأخريين ، والوجه الثاني ، أن الثالثة تضم إلى الثانية ، وتطلق بولادتها الأولى طلقة ، والرابعة طلقة ثانية ، ثم إذا ولدت الرابعة ، طلقت الثانية ، وطلقت الأولى طلقة ثانية .

فرع

نحو امرأتان فقال : كلما ولدت واحدة منكما فأنتما طالقان ، فولدتا مرتباً ، وقع بولادة الأولى عليها طلقة ، وعلى الأخرى طلقة ، فإذا ولدت الثانية ، وقع على الأولى طلقة أخرى إن بقيت في العدة ، وتنقضي عدة الثانية ، ولا يقع عليها طلاق آخر على المذهب ، ولو ولدت منها زينب يوم الخميس ، وعمرة يوم الجمعة ، ثم زينب يوم السبت ، وعمرة يوم الأحد ، وقع بولادة يومي الخميس والجمعة على كل واحدة طلقتان ، وتنقضي عدة زينب بولادتها يوم السبت ، ولا يقع عليها شيء آخر على المذهب ، ويقع على عمرة طلقة ثالثة ، وتنقضي عدتها بولادتها يوم الأحد ، ولو قال : كلما ولدتما فأنتما طالقان ، فولدت إحداهما ثلاثة أولاد في بطن ، ثم الثانية كذلك ، لم تطلق واحدة منها بولادة الأولى ، لأن التعليق بولادتها جميعاً ، فإذا ولدت الثانية ولداً ، طلقت كل واحدة طلقة ، فإذا ولدت الثاني ، طلقت كل واحدة طلقة ثانية ، فإذا ولدت الثالث ، طلقت الأولى طلقة ثالثة ، ولاتطلق

الثانية ، وتنقضي عدتها عن طلقين على المذهب ، وفيه نصه في « الإملاء » . ولو ولدت أحدهما ولداً ، ثم الأخرى ولداً ، ثم الأولى ولداً ، وهكذا إلى أن ولدت كل واحدة ثلاثة في بطن ، فبولاية الثانية ولدها الأول ، يقع على كل واحدة طلبة ، وبولادتها الثاني ، يقع على كل واحدة طلبة ثانية ، ثم إذا ولدت الأولى الولد الثالث ، انقضت عدتها ، وإذا ولدت الثانية الولد الثالث ، هل يقع عليها طلبة ثالثة ، أم لا وتنقضي عدتها ؟ فيه خلاف المذهب و « الإملاء » ، ولو ولدت إحداهما ولداً ، ثم الثانية ثلاثة على الترتيب ، ثم الأولى ولدين ، فبولاية الثانية الولد الأول ، يقع على كل واحدة طلبة ، ولا يقع بولادتها الولد الثاني والثالث شيء ، وتنقضي بالثالث عدتها ، فإذا ولدت الأولى الولد الثاني ، انضمت ولادتها إلى ولادة الثانية الولد الثاني ، فيقع على الأولى طلبة ثانية ، فإذا ولدت الثالث انقضت عدتها ، ولم يقع عليها شيء آخر على المذهب . وعلى نصه في « الإملاء » : يقع ثالثة بضم هذه الولادة إلى ولادة الثانية الولد الثالث .

المسألة السابعة : قد سبق أن الطلاق المعلق بالولادة ، إنما يقع إذا انفصل الولد بتمامه ، فلو خرج بعضه ومات الزوج أو المرأة ، لم يقع الطلاق ، وورث الباقي منها الميت ، ولو قال : إن ولدت ، فعبدني حر ، فخرج بعض الولد ، وباع العبد حينئذ وتخييراً ، ثم ولدت ، لم يعتق العبد ، ولو انفصل الولد قبل انقضاء الحيار ، عتق العبد ، لأنه له العتق في زمن الحيار .

الثامنة : في فتاوى القفال : أنه إذا قال : إن كنت حاملاً ، فأنت طالق ، فقالت : أنا حامل ، فإن صدقها الزوج ، حكم بوقوع الطلاق في الحال ، وإن كذبها ، لم تطلق حتى تلد ، فإن لمساها النساء ، فقال أربع منهن فصاعداً : إنها حامل ، لم تطلق ، لأن الطلاق لا يقع بقول النسوة . ولو علق الطلاق بالولادة ، فشهد بها أربع نسوة ، لم يقع الطلاق وإن ثبت النسب والميراث ، لأنها من توابع الولادة وضرورتها ، بخلاف الطلاق .

التاسعة : قال : إن كان أول ولد تلدينه من هذا الحمل ذكراً فأنث طالق ، فولدت ذكراً ولم يكن غيره ، قال الشيخ أبو علي : اتفق أصحابنا على أنه يقع الطلاق ، وليس من شرط كونه أولاً أن تلد بعده آخر ، وإنما الشرط أن لا يتقدم عليه غيره ، وفي « التتمة » : وجه ضعيف : أنه لا يقع شيء ، والأول يقتضي آخر ، كما يقتضي الآخر أولاً .

قلت : الصواب ما نقله الشيخ أبو علي . قال الله تعالى : (إن هؤلاء يقولون إن هي إلا موتتنا الأولى) . وهؤلاء المذكورون كانوا يقولون : ليس لهم إلا موتة . وقال الإمام أبو إسحاق الزجاج : معنى الأول في اللغة : ابتداء الشيء ، قال : ثم يجوز أن يكون له ثان ، ويجوز أن لا يكون ، وقد بسطت أنا الكلام في إيضاح (١) ، هذا بدلائله في « تهذيب اللغات » . والله أعلم

ولو قال : إن كان أول ولد تلدينه ذكراً ، فأنث طالق واحدة ، وإن كان أنثى فطالق ثلاثاً ، فولدت ذكراً وأنثى ، نظر ، إن ولدت الذكر أولاً ، طلقت واحدة وانقضت عدتها بولادة الأنثى ، وإن ولدت الأنثى أولاً ، طلقت ثلاثاً وانقضت عدتها بالذكر ، وإن ولدتها معاً ، لم يقع شيء ، لأنه لا يوصف واحد منها بالأولية ، ولهذا لو أخرج رجل ديناراً بين المتسابقين (٢) ، وقال : من جاء منكماً أولاً ، فهو له ، فجاء معاً ، لم يستحق شيئاً . قال الشيخ أبو علي : ويحتمل أن تطلق ثلاثاً ، لأن كلا منهما يوصف بأنه أول ولد إذا لم تلد قبله غيره ، ولأنه لو قال : أول من رد آقبى ، فله دينار ، [فرده اثنان] (٣) استحقا الدينار . قال : وعرضته على الشيخ يعني القفال ، فلم يستبعده (٤) ، ولو لم يعلم ، أولدتها معاً ، أو مرتباً ، لم تطلق

(١) في الأصل : إيهاج .

(٢) في الأصل : المتبايعين .

(٣) زيادة من إحدى نسخ الظاهريه .

(٤) في الأصل : يستعبد .

لاحتمال المعية ^(١) ، ولو علم الترتيب ولم يعلم السابق ، وقعت طلاقاً لأنه اليقين ، ولو قال : إن كان أول ولد تلدينه ذكراً فانت طالق ، وإن كان أنثى فضررتك طالق ، فولدتها مرتباً ، ولم يعلم السابق ، فقد طلقت إحداها ، فيوقف عنها ، ويؤخذ بنفقتها حتى تبين المطلقة منها . ولو قال : إن كان أول ولد تلدينه ذكراً فانت طالق ، وإن كان أنثى ، فعبدى حر ، فولدتها مرتباً ، ولم يعلم السابق ، قال الشيخ أبو علي : يقرع بين المرأة والعبد ، فإذا خرجت القرعة على العبد ، عتق ، وإن خرجت على المرأة ، لم تطلق .

فرع

قال : إن ولدت ذكراً فانت طالق طلاقاً ، وإن ولدت أنثى فطلقتين ، فولدت ميتاً ودفن ولم يعرف حاله ، فهل ينشئ ليعرف ؟ يحتمل وجهين ، قاله أبو العباس الروياني .

قلت :راجع النيش . والله أعلم

الطرف الرابع : في التعليق بالحيض . قال : إذا حضت حيضة فانت طالق ، لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر ، وحينئذ يقع سئياً . ولو قال : إن حضت فانت طالق ، ولم يبين ولم يزد عليه ، لم يعتبر تمام الحيضة ، ومتى يحكم بالطلاق ؟ فيه طريقتان ، المذهب وبه قطع الجمهور : يقع برؤية الدم ، فإن انقطع قبل يوم وليلة ولم يعد إلى خمسة عشر ، تبيننا أنه لم يقع . والطريق الثاني ، على وجهين . أحدهما : هذا ، والثاني ، وهو الراجع عند الإمام والغزالي : لا يحكم بوقوع الطلاق حتى ^(٢) يمضي يوم وليلة ، فحينئذ تبين وقوعه من حين رأت الدم . قال الإمام : وعلى هذا هل ^(٣) يحرم الاستمتاع بها

(٢) في الأصل : حين .

(١) في الأصل : المعينة .

(٣) في الأصل : لم .

ناجزاً؟ حكمه كما لو قال : إن كنت حاملاً فأنت طالق وقد سبق . ولو قال : إن طهرت ، أو إذا طهرت فأنت طالق ، طلقت في أول الطهر . ولو قال : إذا طهرت طهرت واحداً ، فأنت طالق ، قال الحناطي : تطلق إذا انقضى الطهر ودخلت في الدم ، وحكى وجهاً : أنها تطلق إذا مضى جزء من الطهر ، والصحيح الأول . ثم قوله : إن حضت ، أو إذا حضت ، يقتضي حيضاً مستقبلاً ، فلو كانت في الحال حائضاً ، لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض . ولو قال والثمار مدركة : إذا أدركت الثمار ، فأنت طالق ، فهو تعليق بالإدراك المستأنف في العام المستقبل ، وعلى هذا قياس سائر الأوصاف ، إلا أنه سيأتي في « كتاب الأيمان » إن شاء الله تعالى . ان استدامة الركوب واللبس لبس وركوب ، فليكن الحكم كذلك في الطلاق . وفي « الشامل » و « التتمة » وجه : أنه إذا استمر الحيض بعد التعليق بساعة ، طلقت ، ويكون دوام الحيض حيضاً ، والصحيح ما سبق .

فرع

قال : كلما حضت فأنت طالق ، طلقت ثلاثاً في أول ثلاث حيض مستقبلة ، ويكون الطلاق بدعياً . ولو قال : كلما حضت حيضة فأنت طالق ، طلقت ثلاثاً في انتهاء ثلاث حيض مستقبلة ، ويكون طلاق سنة .

فرع

قال : إن حضت حيضة ، فأنت طالق ، وإن حضت حيضتان ، فأنت طالق ، فإذا حاضت حيضة ، وقع طلاق ، فإذا حاضت أخرى ، طلقت ثانية ، ولو قال : إن حضت حيضة فأنت طالق ، ثم إن حضت حيضتين ، فأنت طالق ، فإنما تقع الثانية إذا حاضت بعد الأولى حيضتين ، ولو قال : كلما حضت حيضة فأنت طالق ، وكلما حضت حيضتين ، فأنت طالق ، فحاضت مرة ، طلقت طلاقاً ، وإذا حاضت أخرى ، طلقت ثانية وثالثة .

فرع

قال لامرأته : إن حضتا حيضة فأنتما طالقان ، فثلاثة أوجه ، أصحها : يلغى قوله : حيضة ، فإذا ابتدأ بها الدم ، طلقنا . والثاني : إذا تمت الحيضتان ، طلقنا ، وهذا احتمال رآه الإمام . والثالث : أنه لغو ولا تطلقان وإن حاضتا ، ويجري الخلاف في قوله : إن ولدتما ولداً ، فعن ابن القاص : أنه لغو . وعن غيره ، أنه كقوله : إذا ولدتما . قال الحناطي : فإن قال : إن ولدتما ولداً واحداً^(١) ، فأنتما طالقان ، فإنه محال ، ولا يقع الطلاق ، وعلى الوجه الذي يقول : يقع بالتعليق على محال ، يقع هنا في الحال وإن لم تلدا .

فصل

علق طلاقها على حيضها ، فقالت : حضت ، فأنكر الزوج ، صدقت يمينها ، وكذلك الحكم في كل ما لا يعرف إلا منها ، كقوله : إن أضمرت بغضي^(٢) فأنت طالق ، فقالت : أضمرته ، تصدق يمينها ، ويحكم بوقوع الطلاق . ولو علق بزناها ، فوجهان ، أحدهما : تصدق فيه ، لأنه خفي تنذر معرفته ، فأشبهه الحيض ، وأصحها عند الامام وآخرين : لا تصدق كالتعليق ونحوه ، لأن معرفته ممكنة ، والأصل النكاح ، وطرد الخلاف في الأفعال الخفية التي لا يكاد يطلع عليها . ولو علق بالولادة ، فادعتها ، فأنكر وقال : هذا الولد مستعار ، لم يصدق على الأصح ، وتطالبه^(٣) بالبينة كسائر الصفات . ولو علق طلاق غيرها بحيضها ، لم يقبل قولها فيه إلا بتصديق الزوج . ولو قال : إذا حضت ، فأنت وضرتك طالقان ، فقالت : حضت وكذبها فحلقت ، طلقت ولم تطلق الضرة على الصحيح . وعن صاحب

(٢) في الأصل : بمضي .

(١) في الأصل : ولد واحد .

(٣) في الأصل : وتطالب .

« التقريب » : طلاق الضرة أيضاً . ولو قال لها : إن حضتاً فأنتما طالقان ، فهو تعليق لطلاقها على حيضها جميعاً ، فإن حاضتاً معاً أو مرتباً ، طلقنا ، فإن كذبها ، صدق يمينه ، ولم تطلقا ، وإن صدق إحداهما فقط ، طلقت المكذبة يمينها على حيضها ، ولا تطلق المصدقة . وعلى قول صاحب « التقريب » : تطلقان . ولو قال لحفصة : إن حضت فعمرة طالق ، وقال لعمرة : إن حضت فحفصة طالق ، فقلنا : حضنا ، فإن صدقها ، طلقنا ، وإن كذبها ، لم تطلقا ، وإن كذب إحداهما ، طلقت المكذبة دون المصدقة .

فرع

تحته ثلاث نسوة ، فقال : إذا حضتن فأنتن طوالتي ، فقلن : حضنا ، وصدقهن ، طلقن ، وإن كذبهن أو كذب ثنتين ، لم تطلق واحدة منهن ، وإن كذب واحدة فقط ، طلقت فقط .

فرع

قال لأربع نسوة : إن حضتن ، فأنتن طوالتي ، فقلن : حضنا ، وصدقهن ، طلقن ، وإن كذبهن ، أو كذب ثنتين أو ثلاثاً وحلف ، لم تطلق واحدة منهن ، وإن كذب واحدة فقط ، طلقت فقط ، وعلى قياس صاحب « التقريب » : تطلقن ، وكذا في صورة الثلاث .

فرع

قال لأربع : كلما حاضت واحدة منكن فأنتن طوالتي ، فإذا حاض ثلاث منهن ، طلقن كلهن ثلاثاً [ثلاثاً] وإن قلن : حضنا ، فكذبهن وحلف ، طلقت كل واحدة طلقة ، لأن يمينه ^(١) تكفي في حيضها . ولو صدق واحدة فقط ، طلقت

(١) في الأصل : يمينها .

طلقة ، وطلقت المكذبات طلقتين طلقتين . ولو صدق ثنتين ، طلقتا طلقتين
طلقتين ، وطلقت المكذبتان ثلاثاً ثلاثاً ، ولو صدق ثلاثاً ، طلق الجميع ثلاثاً ثلاثاً .

فرع

قال : كلما حاضت واحدة منكن فصواحبا طوالتي ، فقلن : حضنا ، وصدقن ،
طلقن ثلاثاً ثلاثاً ، وإن كذبن ، لم يقع شيء ، وإن صدق واحدة ، لم يقع
عليها شيء ، وطلقت الباقيات طلقة طلقة ، وإن صدق ثنتين ، طلقتا طلقة طلقة ،
وطلقت المكذبات طلقتين طلقتين ، وإن صدق ثلاثاً ، طلقت طلقتين طلقتين ،
وطلقت المكذبة ثلاثاً .

فرع

قال : إذا رأيت الدم ، فأنت طالق ، فعن أبي العباس الروياني ، وجهان ،
أصحها : حمله على دم الحيض ، لأنه المعتاد . والناسي : على كل دم ، فعلى
الأول : لاتعتبر رؤيتها حقيقة ، بل الاعتبار العلم كروية الهلال .

فرع

ذكر إسماعيل البوشنجي ، أنه لو قال : أنت طالق ثلاثاً ، في كل حيض
طلقة ، وهي حائض في الحال ، فالذي يقتضيه اللفظ ، وقوع طلقة في الحال ،
وثانية في أول الحيض الثاني ، وثالثة في أول الثالث . وأنه لو قال : إذا حضت
نصف حصة ، فأنت طالق ، وعادتها ستة أيام مثلاً ، فإذا مضت ثلاثة أيام ،
حكم بالطلاق .

فرع

ذكر الإمام إشكالاً على وقوع الطلاق ، بتصدق الزوج لها ، وقال : بم يعرف

الزوج صدقها ؟ وكيف يقع الطلاق بقوله : صدقت وليس هو إقراراً ، فيؤاخذ به ؟ وغايته أن يظن صدقها بقرائن ، ومعلوم أنه لو قال : سمعتها تقول : حضت وأنا أجوز كذبها وأظن صدقها ، لا يحكم بوقوع الطلاق ، فليكن كذلك إذا أطلق (١) التصديق ، إذ لاسند (٢) له إلا هذا . قال : وسمعت بعض أكابر العراق يحكي عن القاضي أبي الطيب ، عن الشيخ أبي حامد ، تردداً في وقوع الطلاق ، ولهذا الإشكال قال : وسبيل الجواب عما أطبق عليه الأصحاب ، أن الإقرار حجة شرعية كاليمين ، واليمين يستند إلى قرائن يفيد الظن القوي ، كما تحلف المرأة على نية الزوج في الكتابات ، فلا يبعد أن يستند الإقرار إليها ، فليحكم به (٣) .

فرع

إذا صدقناها في الولادة ، فإنما يقبل قولها في حقها دون غيرها كما قلنا في الحيض . فلو قال : إن ولدت فأنت طالق وعبدي حر ، فقالت : ولدت وحلفت ، طلقت على هذا الوجه ، ولم يعتق العبد قطعاً ، ولو قال لأمته : إذا ولدت فأنت حرة وامرأتي طالق ، فقالت : ولدت ، عتقت ولم تطلق الزوجة . ولو قال : إذا ولدت فامرأتي طالق وولدك حر ، وكانت حاملاً بمملوك له ، لم تطلق الزوجة ولم يعتق الولد بقولها : ولدت ، لأنه ليس في حقها .

فرع

ذكر القفال تفريعاً على أنه لا يقبل قولها : زنت ، إذا (٤) علق الطلاق بزناها ، وبه أجاب أنه ليس لها تخليفه على أنه لا يعلم أنها زنت ، ولكن إن ادعت وقوع الفرقة ، حلف أنه لم تقع فرقة ، وكذا في التعليق بالدخول وسائر الأفعال .

(١) في الأصل : طلق .

(٢) في نسخ الظاهرية : مسند .

(٣) في نسخ الظاهرية : فيحكم به .

(٤) في الأصل : إذ .

الطرف الخامس : في التعليق بالمشيئة . أما تعليقه بمشيئة الله تعالى ، فسبق بيانه ، وأما التعليق بمشيئة غيره ، فينظر ، إن علق بمشيئة الزوجة مخاطبة ، فقال : أنت طالق إن شئت ، اشترط مشيئتها في مجلس التواجد ، كما سبق في « كتاب الخلع » ، فإن أخرت ، لم تقع ، وفيه قول شاذ ذكرناه في « كتاب الخلع » . ولو قال لأجنبي : إن شئت فزوجني طالق ، فالأصح أنه لا يشترط مشيئته على الفور ، وقيل : كالزوجة ، ووجهه المتولي . ولو علق بمشيئتها لا مخاطبة ، فقال : زوجني طالق إن شاءت ، لم تشترط المشيئة على الفور على الأصح ، وقيل : يشترط قولها : شئت في الحال إن كانت حاضرة ، وإن كانت غائبة ، فتبادر بها إذا بلغها الخبر . ولو قال : امرأتي طالق إذا شاء زيد ، لم يشترط الفور بالاتفاق . ولو قال : إن شئت وشاء فلان ، فأنشأ طالق ، اشترط مشيئتها على الفور ، وفي مشيئة فلان الوجهان ، أصحهما : لا يشترط الفور .

فصل

علق بمشيئتها أو مشيئة غيرها ، فقال المعلق بمشيئة الزوج : شئت إن شئت ، أو إن شاء فلان ، فقال الزوج أو فلان : شئت ، أو قال : شئت غداً ، لم يقع الطلاق ، لأنه علق على مشيئة مجزوم بها ، ولم تحصل . وحكى الحناضي وجهاً : أنه يصح تعليق المشيئة ، ويقع الطلاق إذا قال الزوج : شئت ، وهذا غريب ضعيف . ولو شاء المعلق بمشيئته بلسانه وهو كاره بقلبه ، طلقت في الظاهر ، وفي الباطن وجهان ، قال أبو يعقوب الأبيوردي : لا يقع ، كما لو أخبرت بالحض كاذبة ، وإلى هذا مال القاضي حسين ، وقال القفال : يقع ، قال البغوي : وهو الأصح ، لأن التعليق في الحقيقة بلفظ المشيئة .

قلت : قال الرافعي في « المحرر » : الأصح الوقوع باطلاً والله أعلم

ولو وجدت الإرادة دون اللفظ ، لم تطلق على قول القفال ، وعلى قول
الأيوردي وجهان .

فرع

علق بمشيتها وهي صبية ، أو بمشيتها صبي ، فقالت : شئت ، أو قال : شئت ،
لم تطلق على الأصح ، وقيل : تطلق إن شاءت وهي ميمزة ، كما لو قال لها :
أنت طالق إن قلت : شئت ، أما لو علق بمشيتها وهي مجنونة أو صغيرة لا تميز ،
أو بمشيتها غيرها ، وهو بهذه الصفة ، فقالت : شئت ، فلا تقع بلا خلاف . ولو
قال المعلق بمشيتها : شئت وهو سكران ، خرج على الخلاف في أنه كالأصاحي أو
المجنون ، ولو علق بمشيتها أخرس ، فقال بالإشارة : شئت ، طلقت ، وإن علق
بمشيتها فاطق ، فخرس ، وأشار بالمشية ، طلقت على الأصح .

فرع

قال : أنت طالق إذا شئت ، فهو كقوله : إن شئت ، وإن قال : متى شئت ، طلقت
متى شاءت ، وإن فارقت المجلس .

فرع

إذا علق بمشيتها ، فإن أراد أن يرجع قبل مشيتها ، لم يكن له كذا اثر التعليقات .

فرع

قال : أنت طالق إن شاءت الملائكة ، لم تطلق ، لأن لهم مشية ، وحصولها غير
معلوم ، ولو قال : إن شاء الحمار ، فكقوله : إن صعدت السماء ، ولو قال : إن
شئت أنا ، فمتى شاء وقع .

فرع

قال لامرأته : إن شئنا فأنتما طالقان ، فشاءت كل واحدة طلاق نفسها دون ضررتها ، قال اسماعيل البوشنجي : القياس وقوع الطلاق ، لأن المفهوم منه تعليق كل واحدة بمشيئتها ، وفي « التتمة » ما يقتضي تعليق طلاق كل واحدة بالمشيئتين .

فرع

ذكر البغوي ، أنه لو قال : أنت طالق كيف شئت ، قال أبو زيد والقفال : تطلق شاءت أم لم تشأ ، وقال الشيخ أبو علي : لا تطلق حتى توجد مشيئة في المجلس ، إما مشيئة أن تطلق ، وإما مشيئة أن لا تطلق ، قال البغوي : وكذا الحكم في قوله : أنت طالق على أي وجه شئت . ولو قال : أنت طالق إن شئت أو أبيت ، فمقتضى اللفظ وقوع الطلاق بأحد الأمرين : المشيئة أو الإباء ، كما لو قال : أنت طالق إن قمت أو قعدت ، ولو قال : أنت طالق ، شئت أو أبيت ، طلقت في الحال ، إذ لا تعليق في هذا .

فصل

قال : أنت طالق ثلاثاً ، إلا أن يشاء أبوك أو فلات واحدة ، فشاء واحدة ، فثلاثة أوجه ، أصحها : لا يقع شيء ، كما لو قال : أنت طالق إلا أن يدخل أبوك الدار ، فدخل . وعلى هذا لو شاء اثنتين أو ثلاثاً ، لم يقع شيء أيضاً ، لأنه شاء واحدة وزاد ، والثاني : أنه إذا شاء واحدة وقعت ، والثالث ^(١) ، يقع طلقتان ، وتقديره : أنت طالق ثلاثاً إلا أن يشاء أبوك أن لا يقع واحدة منها ، فلا يقع ، فإذا قلنا بالأول ، فقال : أردت المراد بالثاني ، قبل ، وإن قلنا : بالثاني ، فقال : أردت

(١) في الأصل : والثالي .

معنى الأول ، قبل أيضاً على الأصح فلا يقع شيء ، ولو قال : أنت طالق واحدة إلا أن يشاء أبوك ، أو إلا أن نشائي ثلاثاً ، فإن شاء أو شاءت ثلاثاً ، لم يقع شيء تفريعاً على الأصح . وإن لم يشأ شيئاً ، أو شاءت واحدة أو اثنتين ، وقعت واحدة . ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إن شئت فقلت : شئت واحدة أو اثنتين ، لم يقع شيء ، ولو قال : أنت طالق واحدة إن شئت ، فقلت : شئت اثنتين أو ثلاثاً ، وقعت الواحدة .

فرع

قال : أنت طالق لولا أبوك ، لم تطلق على الصحيح . وفيه وجه ضعيف حمكاه المتولي . ولو قال : أنت طالق لولا أبواك لطلقتك . قال الأصحاب : لا تطلق ، لأنه أخبر أنه لولا حرمة أبيها لطلقها ، وأكد هذا الخبر بالحلف بطلاقها ، كقوله : والله لولا أبوك لطلقتك . قال المتولي : إنما لا تطلق إذا كان صادقاً في خبره ، فإن كان كاذباً ، طلقت في الباطن ، وإن أقر أنه كان كاذباً ، طلقت في الظاهر أيضاً .

فرع

قال : أنت طالق إلا أن يشاء أو يبدو لي ، قال البغوي : يقع في الحال .

فرع

قال البغوي : لو قال لها : أحبي الطلاق ، أو اهوي ، أو أريدي ، أو ارضي ، وأراد تليكها الطلاق ، فهو كقوله : شائي أو اختاري ، فإذا رضيت أو أحببت ، أو أرادت ، وقع الطلاق ، هذا لفظه . وقال البوشنجي : إذا قال : شائي الطلاق ، ونوى وقوع الطلاق بشيئها فقلت ^(١) : شئت ، لا تطلق ، وكذا لو قال : أحبي

(١) في الأصل : فقلت .

أو أريدي ، لأنه استدعى منها المشيئة ولم يطلقها ، ولا علق طلاقها ، ولا فوضه اليها ، ولو قُدِّرَ أنه تفويض ، فقولها : شئت ليس بتطبيق ، وهذا أقوى . ولو قال : إذا رضيت أو أحببت أو أردت الطلاق ، فأنت طالق ، فقالت : رضيت أو أحببت أو أردت ، طلقت . ولو قالت : شئت ، قال البوشنجي : ينبغي أن لا يقع ، وكذا لو قال : إن شئت ، فقالت : أحببت أو هويت ، لأن كلاً من لفظي المشيئة والمحبة يقتضي ما لا يقتضيه الآخر . ولهذا يقال : الانسان يشاء دخول الدار ، ولا يقال : يحبه ، ويجب ولده ، ولا يسوغ لفظ المشيئة فيه .

فرع

قال : أنت طالق إلا أن يرى فلان غير ذلك ، أو إلا إن يشاء أو يريد غير ذلك ، أو إلا أن يبدو لفلان غير ذلك ، فلا يقع الطلاق في الحال ، بل يقف الأمر على ما يبدو من فلان ، ولا يختص ما يبدو منه بالمجلس . ولو مات فلان وفات ما جعله مانعاً من الوقوع ، تبين وقوع الطلاق قبيل موته .

فرع

ذكر البوشنجي : أنه لو قال : أنت طالق إن لم يشأ فلان ، فقال فلان : لم أشأ ، وقع الطلاق . وكذا لو قال : إن لم يشأ فلان طلاقك اليوم ، فقال فلان في اليوم : لا أشاء ، وقع الطلاق ، وقياس التعليق ينفي الدخول وسائر الصفات أن^(١) يقال : إنه وإن لم يشأ في الحال ، فقد يشاء بعد ، فلا يقع الطلاق إلا إذا حصل اليأس ، وفاتت المشيئة . وفي صورة التقييد باليوم ، لا يقع إلا إذا مضى اليوم خالياً عن المشيئة ، ويجوز أن يوجه ما ذكره البوشنجي بأن كلام المعلق محمول على تلفظه بعدم المشيئة ، فإذا قال : لم أشأ ، فقد تحقق الوصف .

(١) في الأصل : لا يقال .

الطرف السادس في مسائل الدور : فإذا قال لها : إذا طلقتك ، أو إن طلقتك ، أو متى طلقتك ، أو مهما طلقتك ، فأنت طالق قبله ثلاثاً ، ثم طلقها ، فثلاثة أوجه أحدها : لا يقع عليها طلاق أصلاً ، عملاً بالدور وتصحيحاً له ، لأنه لو وقع المنجز لوقع قبله ثلاث ، وحينئذ فلا يقع المنجز للبينونة ، وحينئذ لا يقع الثلاث ، لعدم شرطه وهو التطلق . والوجه الثاني : يقع المنجز فقط . والثالث : يقع ثلاث تطليقات ، المنجزة ، وطلقتان من المعلق . وقيل على هذا : يقع المعلقات دون المنجزة ، قال الامام : وهو بعيد ، ثم الوجهان الأولان مجريان في المدخول بها وغيرها ، وأما الثالث ، فمختص بالمدخول بها ، فإن غيرها لا يتعاقب عليها طلاقان . ولو قال لرفيق : إن أعتقتك ، فأنت حر قبله ، ثم أعتقه ، عتق على الوجه الثاني دون الأول ، ولو قال : إذا طلقتك ، فأنت طالق ثلاثاً قبله بيوم ، وأهل يوماً ثم طلقها ، ففيه الخلاف ، ولو طلق قبل تمام يوم من وقت التعليق ، وقع المنجز بلا خلاف ، ولا يقع شيء من المعلق ، لأن الوقوع لا يسبق اللفظ . ولو قال : متى طلقتك ، فأنت طالق قبله بشهرين أو بسنة ، فإن طلقها قبل مضي تلك المدة ، وقع المنجز فقط بلا خلاف ، وإن مضت تلك المدة ، فعلى الوجه الأول ، وإن كانت غير مدخول بها ، لم يقع شيء ، وإن كانت مدخولاً بها ، فإن كانت عدتها منقضية في تلك المدة لو أوقعنا طلاقاً من الوقت الذي ذكره ، لم يقع شيء أيضاً ، وإن لم تكن منقضية ، وقع عليها طلقتان ، وعلى الوجه الثاني : إن لم يكن مدخولاً بها ، وقع ما نجزه ، وإن كانت مدخولاً بها ، وكانت عدتها منقضية في تلك المدة ، فكذلك ، وإن كانت غير منقضية ، وقع طلقتان . ولو قال : أنت طالق اليوم ثلاثاً إن طلقتك غداً واحدة ، ثم طلقها غداً واحدة ، ففيه الأوجه ، وإذا كان التعاقب بالتطبيق كما صورناه في هذه المسائل ، فلو كان قد علق طلاقها بدخول الدار ونحوه قبل التعليق بالتطبيق ، ثم دخلت الدار ، يقع المعلق بالدخول بلا خلاف ، لأنه ليس بتطبيق ، وكذا لو وكل وكيلاً بتطبيقها ، لأنه لم يطلقها الزوج ، وإنما وقع عليها طلاقه .

أما إذا قال : إن وقع عليك طلاقى ، فأنت طالق قبله ثلاثاً ، فسواء طلق بنفسه أو بوكيله ، هكذا ذكره الإمام والمتولي ، ولو علق طلاقها بدخول الدار ، ثم قال : متى وقع عليك طلاقى فأنت طالق قبله ثلاثاً ، أو قال : إن حنثت في يميني فأنت طالق قبله ثلاثاً ثم دخل الدار ، فهل يقع المعلق بالدخول إذا فرغنا على الوجه الأول ؟ وجهان . أحدهما : نعم لأنها عين منعقدة قبل الدور ، فلا يملك إبطالها ، وأصحها : لا ، وبه قال القاضيان ، أبو الطيب والرويانى للدور ، ويتصور حل اليمين ، ولهذا لو قال : إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ثلاثاً ، كان له إسقاطه ، بأن يقول : أنت طالق قبل انقضاء الشهر بيوم ، وعلى هذا الوجه ، هذا الطريق أسهل في دفع الطلقات الثلاث من الخلع وإيقاع الصفة في حال البينونة . ولو قال : أنت طالق ثلاثاً قبل أن أطلقك واحدة ، ثم طلقها واحدة ، فعلى الوجه الأول : لا يقع شيء ، وكذا لو طلق ثلاثاً أو ثنتين لاشتمال العدد على واحدة ، وإذا مات أحدهما ، يحكم بوقوع الطلاق قبل الموت ، كما لو قال : إن لم أطلقك فأنت طالق ، قاله المتولي ، وعلى الوجه الثاني : يقع المنجز . ولو قال : إذا طلقك ثلاثاً ، فأنت طالق قبلها طلاقة ، فطلقها ثلاثاً ، فعلى الوجه الأول : لا يقع شيء ، وعلى الثاني : يقع الثلاث . ولو طلقها واحدة أو ثنتين ، وقع المنجز بلا خلاف ، ولو قال : إذا طلقك فأنت طالق قبله طلقتين ، وهي غير مدخول بها ، فطلقها ، لم يقع على الأول شيء ، وعلى الثاني : يقع المنجز ، وإن كانت مدخولاً بها ، وقع طلقتان على الوجهين .

فرع

قال : إن آليت منك ، أو ظهرت منك ، فأنت طالق قبله ثلاثاً ، فإذا آلى أو ظاهر منها ، لم تقع الثلاث قبله ، وفي صحة الظهار والإيلاء الوجهان ، إن صححنا الدور ، لم يصح ، وإن أوقفنا الطلاق بالمنجز صح ، واختاره الغزالي في كتابه « غاية الغور في دراية الدور » القطع بالصحة ، وكذا الحكم لو قال : إن لاغنتك ، أو حلفت بطلاقك ، فأنت طالق قبله ثلاثاً ، أو قال للرجعية : إن

راجعتك فأنت طالق قبله طلقين أو ثلاثاً ، أو قال : إن فسخت النكاح بعيبك فأنت طالق قبله ثلاثاً ، وإذا وجد منه التصرف المعلق عليه ، ففي نفوذه الوجهان . قاله الشيخ أبو علي والقاضي حسين والأصحاب ، ولو قال : إن فسخت النكاح بعيبك ، فأنت طالق قبله ثلاثاً ، أو قال : إن استحققت الفسخ بذلك أو بالاعسار ، أو إن استقر مهرك بالوطء ، أو إن استحققت النفقة ، أو القسم ، أو طلب الطلاق في الإيلاء فأنت طالق قبله ثلاثاً ، ثم فسخت ، أو وجدت الأسباب المثبتة لهذه الاستحقاقات ، نفذ الفسخ وتبين ^(١) الاستحقاق ، ولا نقول بإبطالها للدور ، وإن ألغينا الطلاق المنجز ، والفرق أن هذه فسخ وحقوق ، ثبتت عليه قهراً ، ولا تتعلق بمباشرته واختياره ، فلا يصلح تصرفه دافعاً لها ومبطلاً لحق غيره ، بخلاف الطلاق ، ولو قال : إن انفسخ نكاحك ، فأنت طالق قبله ثلاثاً ، ثم ارتد أو اشتراها ، انفسخ النكاح قطعاً ، ولا يقع الطلاق .

فرع

قال : إن وطئت وطءاً مباحاً ، فأنت طالق قبله ، ثم وطئها ، لم تطلق قبله ، إذ لو طلقت لم يكن الوطء مباحاً ، وسواء ذكر الثلاث في هذه الصورة أم لا . قال الإمام وغيره : ولا خلاف في هذه الصورة ، بل موضع الخلاف إذا انحسم بتصحيح اليمين الدائرة باب الطلاق أو غيره من التصرفات الشرعية ، وهنا لا تنحسم ^(٢) ولو قال : إن طلقتك طلاقاً رجعي ، فأنت طالق قبلها ثلاثاً أو طلقين ، فطلقها ، ففيه الخلاف . ولو طلقها ثلاثاً أو خالعها ، أو كانت غير مدخول بها ، فطلقها واحدة ، أو اثنتين ، وقع المنجز ، لأنه إنما علق الثلاث بالطلاق الرجعية . وفي هذه الصور ما نجزه ليس برجعي . ولو قال : إن طلقتك طلاقاً رجعي ، فأنت طالق قبله واحدة وهي مدخول بها ، فلا دور ، فإذا طلقها ، طلقت طلقين . ولو قال للمدخول بها :

(١) في نسخ الظاهرية : وثبت . (٢) في بعض نسخ الظاهرية : وهنا لا تنسد .

متى طلقته طلاقاً رجعيّاً ، فأنت طالق ثلاثاً ، ولم يقل : قبله ، ثم طلقها ، وقع الثلاث ولادور . وحكي عن ابن سريج : أنه لا يقع شيء ، قال الشيخ أبو علي : هذا غلط من ناقل أو ناسخ ، وابن سريج أجل من أن يقول هذا ، قال الإمام : والمحكي عن ابن سريج ، متجه عندي . ولو قال : إذا طلقته طلاقاً رجعيّاً ، فأنت طالق معها ثلاثاً ، فإذا طلقها ، فوجهاً بناءً على الوجهين في قوله لغير المدخول بها : أنت طالق طلاقاً معها طلاقاً ، هل يقع طلقان أم طلاقاً ؟ إن قلنا : طلقان معاً ، فهذا لا يقع شيء ، بناءً على تصحيح الدور ، وإن قلنا هناك : لا يقع إلا واحدة ، وقع هنا الثلاث كما لو لم يقل : معها .

فرع

اختلف الأصحاب في الراجح من الأوجه الثلاثة في الدور ، فالمعروف عن ابن سريج الوجه الأول ، وهو أنه لا يقع الطلاق ، وبه اشتهرت المسألة بالسريجية وبه قال ابن الحداد والقفالان ، والشيخ أبو حامد ، والقاضي أبو الطيب ، واختاره الشيخ أبو علي وصاحب « المذهب » ، والغزالي ، وعن المزني أنه قال في كتاب « المنثور » ، ورأيت في بعض التعليقات ، أن صاحب « الإفصاح » حكاه عن نص الشافعي رضي الله عنه ، أنه مذهب زيد بن ثابت رضي الله عنه ، واختاره الإمام أبو بكر الاسماعيلي ، وأبو عبد الله الحسين . الوجه الثالث ، وهو وقوع الثلاث إذا نجز واحدة ، وذهب إلى وقوع المنجزة فقط : ابن القاص ، وأبو زيد ، وهو مذهب أبي حنيفة ، واختاره ابن الصبّاغ والمتولي ، والشريف ناصر العمري ، وللغزالي تصنيفان في المسألة ، مطول في تصحيح الدور ، سماه « غاية الغور في دراية الدور » ، ومختصر في إبطاله سماه « الغور في الدور » ، رجس فيه عن تصحيحه ، واعتذر فيه عما سبق منه ، ويشبه أن تكون الفتوى به أولى . وذكر

الروباني بعد اختياره تصحيح الدور ، أنه لا وجه لتعليم العوام المسألة لفساد الزمان .

قلت : قد جزم الرافعي في « المجرد » بتوجيه وقوع المنجزة فقط ، كما أشار هنا إلى اختياره . والله أعلم

فصل

إذا صححنا الدور ، فقال : متى وقع طلاقى على حفصة ، فعمرة طالق قبله ثلاثاً ، ومتى وقع طلاقى على عمرة ، فحفصة طالق قبله ثلاثاً ، ثم طلق إحداهما ، لم تطلق هي ولا صاحبها ، فلو ماتت عمرة ثم طلقت حفصة ، طلقت ، لأنه لا يلزم والحالة هذه ^(١) من إثبات الطلاق نفيه ، ولو قال زيد لعمرى : متى وقع طلاقك على زوجتك ، فزوجتي طالق قبله ثلاثاً ، وقال عمرو لزيد مثل ذلك ، لم يقع طلاق واحد منها على زوجته ، ما دامت زوجة الآخر ^(٢) في نكاحه ، ولو قال لزوجته : متى دخلت الدار وأنت زوجتي ، فعبدى حر قبله ، وقال لعبدى : متى دخلت الدار وأنت عبدى ، فامرأتى طالق قبله ثلاثاً ، ثم دخلا الدار معاً ، لم يعتق العبد ، ولا تطلق هي ، قال الإمام : ولا يخالف أبو زيد في هذه الصورة ، لأنه ليس فيها سد باب التصرف ، فلو دخلت المرأة أولاً ، ثم العبد ، عتق ولم تطلق هي لأنه حين دخلت لم يكن عبداً له ، فلم تحصل صفة طلاقها . ولو دخل العبد أولاً ثم دخلت ، طلقت ولم يعتق . ولو قال لها : متى دخلت الدار وأنت زوجتي ، فعبدى حر . وقال له : متى دخلت الدار وأنت عبدى ، فزوجتي طالق ، ولم يقل في الطرفين : قبله ، فدخلا معاً ، عتق وطلقت ، لأن كلا منهما عند الدخول بالصفة المشروطة . ولو دخل ثم دخلت أو عكسه ، فالحكم كما في الصورة السابقة بلا فرق .

(١) في الأصل : هذا .

(٢) في الأصل : زوجته .

فرع

قال لها : متى أعتقت أمتي هذه وأنت زوجتي ، فهي حرة ، ثم قال : متى أعتقتها ، فأنت طالق قبل إعتاقك إياها بثلاثة أيام ، ثم أعتقتها المرأة قبل ثلاثة أيام ، عتقت الأمة لأنها أعتقتها وهي زوجة ، ولا تطلق المرأة ، لأنها لو طلقت ، اطلقت قبل الإعتاق بثلاثة أيام ، وحينئذ يكون الطلاق متقدماً على اللفظ ، وذلك بمنع . فلو أمهلت ثلاثة أيام ثم أعتقتها ، لم تعتق ، لأنه إنما أذن لها في الإعتاق بشرط أن تكون زوجة له ، ولا تطلق أيضاً لأنه معلق بالعتق ، وبالله التوفيق .

الطوف السابع : في أنواع [من] التعليق ونحوه : فمن ذلك التعليق بالحلف ، قال ابن سريج وتابعه جمهور الأصحاب : الحلف ما تعلق به منع من الفعل ، أو حث عليه ، أو تحقيق خير وجلب تصديق ، فإذا قال : إذا حلفت ، أو إن حلفت بطلاقك ، فأنت طالق ، ثم قال : إذا طلعت الشمس ، أو إذا جاء رأس الشهر ، فأنت طالق ، لم يقع الطلاق المعلق بالحلف بالطلاق ، لأنه ليس في هذا التعليق منع ، ولا حث ، ولا غرض تحقيق ، وكذا لو قال : إذا حضت ، أو إذا طهرت ، أو إذا شئت فأنت طالق ، فكذلك حكمه ، وحكى الفوراني وجهاً أن هذا كله يسمى حلفاً ، وهذا شاذ ، والصواب الأول . ولو قال بعد التعليق بالحلف : إن ضربتك ، أو إن كلمت فلاناً ، أو إن خرجت من الدار ، أو إن لم تخرجي ، أو إن لم أفعل كذا ، أو إن لم يكن هذا كما قلت فأنت طالق ، وقع في الحال الطلاق المعلق بالحلف ، لأن هذا حلف ، ثم إذا وجد الضرب أو غيره بما علق عليه ، وقعت طلاقه أخرى إن بقيت في العدة ، ولو قال : إن قدم فلان فأنت طالق ، وقصد منعه وهو ممن يمتنع تخلفه ، فهو كقوله : إن دخلت الدار . وكذا لو قال الزوج : طلعت الشمس ، فكذبته ، فقال : إن لم تطلع

فأنت طالق ، فهو حلف ، لأن غرضه التحقيق ، وحملها على التصديق ، وإن قصد بقوله : إن قدم فلان ، التوقيت ، أو كان فلان ممن لا يمتنع تخلفه كالسلطان ، أو قال : إذا قدم الحبيص فأنت طالق ، فليس هذا حلفاً ، وما جعلنا التعليق به حلفاً ، فلا فرق بين أن يعلقه بصيغة « إن » أو صيغة « إذا » ، اعتباراً بأنه موضع منع وحث وتصديق وقيل : إن كان بصيغة « إذا » فهو توقيت وليس بحلف ، والصحيح الأول ، وما لم يجعل التعليق به حلفاً كطلوع الشمس وقدم الحبيص ، فلا فرق فيه بين صيغة « إن » و « إذا » . وقيل : إن علقه بصيغة « إن » ، كان حلفاً لأنه صرفه عن التوقيت بالعدول عن كلمة التوقيت ، وهي « إذا » ، فإنها ظرف زمان ، والصحيح الأول .

فرع

قال : إن أقسمت بطلاقك ، أو عقدت يميني بطلاقك ، فهو كقوله : إن حلفت بطلاقك . ولو قال : إن لم أحلف بطلاقك ، أو إذا لم أحلف بطلاقك ، فأنت طالق ، فحكمه كما سبق في طرف الإثبات ، والمذهب أن لفظة « إن » لا تقتضي الفور والبدار إلى الحلف ، ولفظة « إذا » تقتضيه . فإذا قال : إذا لم أحلف بطلاقك فأنت طالق ، ثم أعاد ذلك مرة ثانية وثالثة ، نظر ، إن فصل بين المرات بقدر ما يمكن فيه الحلف بطلاقها وسكت فيه ، ولم يحلف عقيب المرة الثالثة ، وقَعَ الطلقات الثلاث ، وإن وصل الكلمات ، لم يقع بالأولى ولا بالثانية شيء ، ويقع بالثالثة طلقة ، إذا لم يحلف عقبها بطلاقها . ولو قال : كلما لم أحلف بطلاقك فأنت طالق ، ومضى زمان يمكنه أن يحلف فيه فلم يحلف ، طلقت طلقة . فإذا مضى مثل ذلك ولم يحلف ، وقعت ثانية ، وكذلك الثالثة . ولو قال : إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم أعاد هذا القول مرة ثانية وثالثة ورابعة ، فإن كانت

المرأة مدخولاً بها ، وقع بالمرة الثانية طلقة ، وتنحل اليمين الأولى ، ثم يقع
 بالثالثة طلقة بحكم اليمين الثانية وتنحل ، ويقع بالرابعة طلقة ثالثة بحكم اليمين الثالثة
 وتنحل الثالثة ، وتكون الرابعة يميناً منعقدة ، حتى يقع بها الطلاق إذا حلف بطلاقها
 في نكاح آخر ، إن قلنا : يعود الحنث بعد الطلقات الثلاث وإن لم يكن مدخولاً
 بها ، وقع طلقة بالمرة الثانية ، وبانت بها ، تنحل اليمين الأولى ، وتبقى الثانية
 منعقدة ، وفي ظهور أثرها في النكاح المجدد ، الخلاف في عود الحنث ، والثالثة
 والرابعة واقعتان في حال البينونة ، فلا تنعقدان ، ولا ينحل بها شيء . ولو قال
 لغير المدخول بها : إذا كلمتك فأنت طالق ، وأعاد ذلك مراراً ، وقع بالمرة الثانية
 طلقة ، وهي بين منعقدة ، وتنحل بالثالثة ، لأن التعليق هنا بالكلام ، والكلام
 قد يكون في البينونة ، وهناك التعليق بالحلف بالطلاق ، وذلك لا يكون في حال البينونة
 وقال سهل الصعلوكي : لاتنعقد اليمين الثانية في مسألة الكلام ، لأنها تبين بقوله :
 إن كلمتك ، فيقع قوله : فأنت طالق في حال البينونة ، وتلغو الثالثة والرابعة ،
 والصحيح الأول ، لأن قوله : إن كلمتك فأنت طالق ، كلام واحد .

فرع

قال لامرأته : إذا حلفت بطلاقكما ، فأنما طالقان ، وأعاد هذا القول مراراً ،
 فإن كان دخل بها ، طلقنا ثلاثاً ثلاثاً ، وإن لم يدخل بواحدة منها ، طلقنا طلقة ، وبانت ،
 وفي عود الحنث باليمين الثانية الخلاف ، وإن دخل بإحدهما ، طلقنا جميعاً بالمرة
 الثانية ، وبانت غير المدخول بها ، وبالمرة الثالثة لا تطلق واحدة منها ، لأن شرط
 الطلاق الحلف بها ، ولا يصح الحلف بالبائن . فإن نكح التي بانت ، وحلف بطلاقها
 وحدها ، طلقت المدخول بها إن راجعها ، أو كانت بعد في العدة ، لأنه حصل
 الشرط وهو الحلف بطلاقها . وفي طلاق هذه المجددة الخلاف في عود الحنث .

فرع

قال لامرأته : إن حلفت بطلاقكما ، فعمرة منكما طالق ، وأعاد هذا مراراً ، لم تطلق عمرة ، لأن طلاقها معلق بالخلف بطلاقها معاً ، وهذا حلف بطلاقها وحدها ، وكذا لو قال بعد التعليق الأول : إذا دخلت الدار فعمرة طالق ، وإذا تطلق عمرة إذا حلف بطلاقها جميعاً ، إما في بين أو يمينين . ولو قال : إن حلفت بطلاقكما ، فإحداكما طالق ، وأعاد ذلك مراراً ، لم تطلق واحدة منها . فلو قال بعد ذلك : إن حلفت بطلاقها فأنتما طالقان ، طلقت إحداهما بالتعليق الأول ، وعليه البيان ، ولو قال : إن حلفت بطلاق إحداكما فأنتما طالقان ، وأعاد مرة ثانية ، طلقتا جميعاً .

فرع

قال : أيما امرأة لم أحلف بطلاقها منكما ، فصاحبها طالق . قال صاحب « التلخيص » : إذا سكت ساعة يمكنه أن يحلف فيها بطلاقها ، طلقتا . قال الشيخ أبو علي : عرضت قوله على القفال وشارحي « التلخيص » فصوروه . والقياس أن هذه الصيغة لاتتقضي الفور ، ولا يقع الطلاق على واحدة منها بالسكوت ، إلى أن يتحقق ^(١) اليأس عن الحلف بموته أو موتها ، إذ ليس في عبارته تعرض للوقت ، بخلاف قوله : متى لم أحلف . وتابعه الإمام وغيره على قوله ، واستبعدوا كلام صاحب « التلخيص » .

فصل

قال : إن أكلت رمانة فأنت طالق ، وإن أكلت نصف رمانة ، فأنت طالق ، فأكلت رمانة ، طلقت طلقتين . ولو كان التعليق بصيغة « كلما » طلقت ثلاثاً ، لأنها أكلت رمانة ، ونصف رمانة مرتين .

(١) في الأصل : يحقق .

فصل

تحت أربع نسوة ، فقال : من بشرني منكن بكذا ، فهي طالق ، فبشرته واحدة بعد أخرى ، طلقت الأولى فقط ، لأن البشارة الخبر الأول . ولو شاهد هو الحال قبل أن تخبره ، فانت البشارة ، ولو بشره أجنبي ثم ذكرته له إحداهن ، لم تطلق . وحكى الفوراني وجهاً ، أن البشارة لا تختص بالخبر الأول ، بل هي كقوله : من أخبرني بكذا ، وسنذكره إن شاء الله تعالى ، والصحيح الأول ، ولو بشرته امرأتان معاً ، فالمنقول أنها تطلقان ، وفيه نظر ، فإنه لو قال : من أكل منكما هذا الرغيف ، فهي طالق فأكلته ، لم تطلقا .

قلت : الصواب ، أنها تطلقان ، وليس كمسألة الرغيف ، لأنه لم تأكله واحدة منها ، وأما البشارة ، فلفظ من ألفاظ العموم ، لا ينحصر في واحدة ، فإذا بشرته معاً ، صدق اسم البشارة من كل واحدة ، فطلقتا والله أعلم

ويشترط في البشارة الصدق ، فلو قالت واحدة : كان كذا ، وهي كاذبة ، [ثم] ذكرته الثانية وهي صادقة ، طلقت الثانية دون الأولى ، وتحصل البشارة بالكتابة ، كما تحصل باللفظ ، ولو أرسلت رسولاً ، لم تطلق ، لأن المبشر هو الرسول ، ذكره البغوي .

فرع

قال : من أخبرني منكما بكذا ، فهي طالق ، فلفظ الخبر يقع على الكذب والصدق ، ولا يختص بالخبر الأول ، فإذا أخبرته صادقتين أو كاذبتين معاً ، أو على الترتيب ، طلقنا جميعاً ، وسواء قال : من أخبرني منكما بقدم زيد ، أو من أخبرني أن زيدا قدم ، أو بأن زيدا قدم ، وحكي وجهه ، فبإ إذا قال :

من أخبرني بقدم زيد ، أنه لا يقع إذا أخبرته كاذبة ، لأن الباء للإلصاق ،
فصار في معنى شرط القدوم في الإخبار ، وبهذا قال الفوراني ، والصحيح الأول .

فصل

تحت حفصة وعمرة ، فقال : يا عمرة ، فأجابته حفصة ، فقال : أنت طالق ،
فإن قال : ظننت الحجية عمرة ، لم تطلق عمرة ، لأنه لم يخاطبها بالطلاق ، بل ظن ذلك ،
وظن الخطاب بالطلاق لا يقتضي وقوعه . ولهذا لو قال لزوجته : أنت طالق وهو
يظنها زوجته الأخرى ، طلقت المخاطبة دون المظنونة ، ولو قال لأجنبية : أنت
طالق وهو يظنها زوجته ، لم يقع الطلاق على زوجته ، وأما حفصة المخاطبة ،
فيقع عاها الطلاق على الأصح . وأشار بعضهم إلى أن الخلاف في الوقوع باطناً ،
وأنها تطلق ظاهراً بلا خلاف ، هذا ترتيب الأصحاب . وقال الإمام : لو قيل :
تطلق حفصة ظاهراً قطعاً ، وفي عمرة وجهان ، لكان محتملاً ، ولو قال : علمت
أن التي أجابني حفصة ، سئل ، فإن قال : قصدت طلاق حفصة ، طلقت حفصة
دون عمرة ، لأن قوله محتمل ، وإن قال : قصدت طلاق عمرة دون حفصة
الحجية ، طلقت عمرة ظاهراً وباطناً ، ويدل في حفصة ، ويقع طلاقها ظاهراً على
الصحيح ، ولو كان النداء والجواب كما سبق ، لكن قال بعد جواب حفصة :
زينب طالق لامرأة له ثالثة (١) ، طلقت زينب دون حفصة وعمرة . ولو قال :
أنت وزينب طالقان ، طلقت زينب ، ثم يسأل ؟ فإن قال : ظننت الحجية عمرة ، لم
تطلق عمرة ، وتطلق حفصة على الأصح . وإن قال : علمت أن الحجية حفصة ،
وقصدت طلاقها ، طلقت دون عمرة ، وإن قال : قصدت طلاق عمرة ، طلقت
عمرة ظاهراً وباطناً ، وطلقت حفصة ظاهراً على الصحيح ، وهذه المسألة ليدت من
التعليق في شيء ، لكن التزام ترتيب الكتاب اقتضى جعلها هنا .

(١) في الأصل : ثالث .

فصل

قال العبد لزوجه : إذا مات سيدي ، فأنت طالق طلقتين ، وقال السيد للعبد : إذا مات فأنت حر ، فمات ، نظر إن لم يحتمل الثلث جميع العبد رق ما زاد على الثلث ، ومن بعضه رقيق كالقن في عدد الطلاق ، فتقع الطلقتان ، وليس له رجعتها ولا نكاحها إلا بمحلل ، وإن احتمله الثلث عتق ، وفي تحريمها عليه وجهان ، أحدهما : لا نحل إلا بمحلل ، وأصحها وبه قال ابن الحداد : لا تحرم ، فله رجعتها ، وله تجديد نكاحها بلا محلل ، لأن العتق والطلاق وقعا معاً ، فلم يكن رقيقاً حال الطلاق حتى يفتقر إلى محلل ، ولا تختص المسألة بموت السيد ، بل يجري الخلاف في كل صورة تعلق عتق العبد ، ووقوع طلقتين على زوجته بصفة واحدة ، كما لو قال العبد : إذا جاء الغد ، فأنت طالق طلقتين ، وقال السيد : إذا جاء الغد فأنت حر ، ولو قال العبد ، إذا عتقت فأنت طالق طلقتين ، وقال السيد : إذا جاء الغد فأنت حر ، قال الشيخ أبو علي : إذا جاء الغد ، عتق وطلقت طلقتين ، ولا تحرم عليه بلا خلاف ، لأن العتق سبق وقوع الطلاق ، ولو علق السيد عتقه بموته ، وعلق العبد الطلقتين بآخر جزء من حياة السيد ، انقطعت الرجعة ، واشتروط المحلل بلا خلاف ، لأن الطلاق صادم الرق .

فرع

من له نكاح الأمة ، نكح أمة مورثه ، ثم قال لها : إذا مات سيدي ؟ فأنت طالق ، فمات السيد وورثه الزوج ، انفسخ النكاح ، ولم يقع الطلاق على الأصح ، وقيل : يقع سواء كان على السيد دين مستغرق أم لا ، وقيل : إن كان دين مستغرق ، نفذ الطلاق تفريعاً على أن الدين يمنع انتقال الملك إلى الوارث ، فعلى هذا ، إذا قضي الدين ، بان انتقال الملك إليه ، وصار الدين كالمعدوم ، والصحيح الأول . ولو علق الزوج طلاقها كما ذكرنا ، وقال السيد : إذا مات ، فأنت حرة ، فإن خرجت من الثلث ، عتقت وطلقت ، وإلا عاد الخلاف في نفوذ الطلاق ،

فلو أجاز الزوج عتقها وكان حائزاً للإرث ، أو أجاز معه باقي الورثة ، فإن قلنا : الاجازة تنفيذ ، طلقت ، لأنها لم تدخل في ملك الوارث ، وإن قلنا : عطية من الوارث ، فقد دخلت في ملكه ، ويكون وقوع الطلاق على الخلاف ، ولو كاتبها السيد ومات ، قال الشيخ أبو علي : في وقوع الطلاق الخلاف ، لأن المكاتب يورث ، ولهذا لو مات وبنته تحت مكاتبه ، انفسخ النكاح ، لأنها ورثت بعض زوجها ، وإذا لم يكن الزوج وارثاً لسبب ، وقع الطلاق والانفساخ قطعاً .

فرع

قال الحر لزوجته الأمة : إن اشتريتك ، فأنت طالق ، وقال سيدها : إن بعتك ، فأنت حرة ، فباعها لزوجها ، عتقت في الحال ، لأنها إن قلنا : الملك في زمن الخيار للبائع أو موقوف ، فالجارية ملكه ، وقد وجدت الصفة ، وإن قلنا : الملك للمشتري ، فللبائع الفسخ ، وإعتاقه فسخ ، فتعود الجارية بالاعتاق إلى ملكه ، وأما الطلاق ، فقد أطلق ابن الحداد : أنه يقع ، قال الأصحاب : هذا تفريع على أن الملك في زمن الخيار للبائع ، فإن النكاح على هذا القول باقٍ ، وقد وجد شرط الطلاق ، فيقع ، وكذا الحكم على قولنا : موقوف ، لأنه لم يتم البيع ، وأما إذا قلنا : الملك للمشتري ، فلا يقع الطلاق على الأصح ، كالمسألة السابقة في الفروع السابق ، ولو قال : إن ملكتك بدل اشتريتك ، لم يجز فيه إلا هذا الخلاف الأخير ، ولو اشترى زوجته الأمة وطلقها في زمن الخيار ، فإن قلنا : الملك للبائع ، نفذ الطلاق ، وإن قلنا : للمشتري ، فلا ، وإن قلنا : موقوف ، فإن لم يتم البيع ، طلقت ، وإلا فلا ، قال الشيخ أبو علي : ومتى وقع الطلاق ثم تم البيع ، فإن كان الطلاق رجعياً ، فله الوطء بملك اليمين ، ولا يلزم الصبر إلى

انقضاء العدة ، لأنها عدته ، كما له نكاح مختلعه في العدة ، وإن كان الطلاق بالثلاث ،
فليس له وطؤها بملك اليمين قبل محلل على الأصح .

فصل

قال : أنت طالق يوم يقدم زيد ، فقدم نهراً ، طلقت ، وهل يقع الطلاق
عقب القدوم ، أم نيتين وقوعه ^(١) من طلوع الفجر ؟ وجهان . أصحها الثاني ،
وبه قال ابن الحداد ، لأن الطلاق مضاف إلى يوم القدوم ، فأشبه قوله : يوم الجمعة ،
فلو ماتت ، ثم قدم زيد ذلك اليوم ، فعلى الوجه الثاني ، ماتت مطلقة ، فلا يرثها
الزوج إن كان الطلاق بائناً ، وكذلك لو مات الزوج بعد الفجر ، فقدم زيد في يومه ،
لم ترث هي منه ، وعلى الوجه الأول ثبت الإرث ، ولو خالعه في أول النهار
ثم قدم ، فعلى الوجه الأول الخلع صحيح ، ولا تطلق بالقدوم ، وعلى الثاني ،
الخلع باطل إن كان الطلاق المعلق بائناً ، وإن كان رجعيّاً ، فعلى الخلاف في
خلع الرجعية ، ولو كانت طاهراً في أول النهار فحاضت ، ثم قدم ، فعلى الوجه
الثاني ، تحسب بقية ذلك الطهر قرءاً ، وعلى الأول بخلافه ، ويجري الخلاف
فيها لو قال : عدي حر يوم يقدم زيد ، فباعه ، ثم قدم زيد في يوم البيع ، هل
يصح البيع أم لا ؟

ولو قدم زيد ليلاً ، لم تطلق على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وقيل : وجهان ،
لأن اليوم قد يستعمل في مطلق الوقت .

فصل

قال : أنت طالق هكذا ، وأشار بإصبع ، طلقت طلقة ، وإن أشار بإصبعين ،
فطلقتين ، أو بثلاث فتلاثاً ، قال الإمام : هذا إذا أشار إشارة مفهومة للطلقتين أو

(١) في الأصل : بين وقوع .

الثلاث ، وإذا حصلت الإشارة المعتبرة ، فقال : أردت الإشارة بالأصبعين المقبوضتين ، صدق بيمينه للاحتمال ، وإن قال : أردت واحدة ، لم يقبل على الأصح . وقال صاحب « التقريب » : يقبل ، وإن قال : أنت طالق ، وأشار بالأصابع ولم يقل : هكذا ، لم يحكم بوقوع العدد إلا بالنية ، ولو قال : أنت هكذا ، وأشار بأصبعه الثلاث ، ففي فتاوى القفال : أنه إن نوى الطلاق ، طلقت ثلاثاً ، وإلا فلا ، كما لو قال : أنت ثلاثاً ولم ينو بقلبه . وقال غيره : ينبغي أن لا تطلق وإن نوى ، لأن اللفظ لا يشعر بطلاق .

قلت : هذا الثاني أصح ، وبوافقه ما قطع به صاحب « المذهب » فقال : لو قال : أنت ، وأشار بأصابعه الثلاث ، ونوى الطلاق ، لا يقع ، لأنه ليس فيه لفظ طلاق ، والنية لا يقع بها طلاق من غير لفظ والله أعلم

فرع (١)

قال : إن دخلت الدار ، أو كلمت زيداً ، فأنت طالق ، أو أنت طالق إن دخلت الدار ، أو كلمت زيداً ، طلقت بأيهما وجد ، وتنحل اليمين ، فلا يقع بالصفة الأخرى شيء ، ولو قال : إن دخلت الدار ، وإن كلمت زيداً ، فأنت طالق ، أو أنت طالق إن دخلت الدار ، وإن كلمت زيداً ، أو قال : إن دخلت دخلت هذه الدار ، وإن دخلت الأخرى ، فأنت طالق ، أو قال : إن دخلت هذه الدار ، فأنت طالق ، وإن دخلت الأخرى ، وقع بالصفتين طلقتان ، وبإحداهما طلقة . ولو قال : إن دخلت وكلمت زيداً ، فأنت طالق ، فلا بد من وجودهما ، وتقع طلقة واحدة ، وسواء تقدم الكلام على الدخول أو تأخر ، وأشار في « التتمة » ، إلى وجه في اشتراط تقدم الدخول ، تفريعاً على أن الواو تقتضي الترتيب .

(١) لم ترد في الأصل كلمة « فرع » وأثبتناها من إحدى نسخ الظاهرية .

ولو قال : إن دخلت الدار ، فكلمت زيدا ، أو ثم كلمت زيدا ، فلا بد منها ، ويشترط تقدم الدخول ، ولو قال : إن دخلت الدار ، إن كلمت زيدا ، فانت طالق ، أو قال : أنت طالق إن دخلت ، إن كلمت ، فلا بد منها ، ويشترط تقدم المذكور آخرأ على المذكور أولاً ، ويسمى ^(١) هذا : اعتراض الشرط على الشرط ، لأنه جعل الكلام شرطاً لتعليق الطلاق بالدخول ، والتعليق يقبل التعليق ، كما أن التمييز يقبله ، ولهذا يصح أن يقول لعبدته : إن دخلت الدار فانت مدبر ، ومن هذا الباب قوله تعالى : (ولا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم إن كان الله يريد أن يغويكم) [هود : ٣٤] . وفي فتاوى القفال : أنه يشترط تقدم المذكور أولاً ، فإن قدمت الثاني ، لم تطلق ، وهذا غريب ضعيف . ومال إمام الحرمين إلى أنه لا يشترط بالترتيب ، ويتعلق الطلاق بمصولها كيف كان ، والصحيح الذي عليه الجماهير ، هو الأول ، قالوا : فإذا كلمته في المثال المذكور ثم دخلت ، طلقت ، وإن دخلت ثم كلمته ، لم تطلق . قال المتولي : وتنحل اليمين ، فلو كلمته بعد ذلك ثم دخلت ، لم تطلق ، لأن اليمين تنعقد على المرة الأولى ، وسواء كانت صيغة الشرط في الصفتين « إن » أو غيرها ، وسواء انحلت الصيغة أم لا ، حتى لو قال : أنت طالق إذا دخلت ، ان كلمت ، أو قال : إن دخلت إذا كلمت ، أو بالعكس ، أو قال : متى كلمت ، فالحكم كما سبق ، ولو قال : إن أعطيتك ، إن وعدتك ، إن سألتني ، فانت طالق ، اشترط وجود السؤال ، ثم الوعد ، ثم العطية ، والمعنى : إن سألتني فوعدتك ^(٢) فأعطيتك فانت طالق ، [وذكر صاحب المذهب ، أنه لو قال : إن سألتني إن أعطيتك إن وعدتك فانت طالق] ^(٣) اشترط السؤال ، ثم الوعد ، ثم العطية ، لكن مقتضى ما تمهل ^(٤) أنه يشترط وجود الوعد ، ثم العطية ، ثم السؤال ، والمعنى : إن

(٢) في الأصل : فوعدك .

(٤) في الأصل : يهل .

(١) في الأصل : ويشي .

(٣) زيادة من غطوطة الظاهرية .

سألتني وأعطيتك إن وعدتك^(١) ، فأنت طالق ، وكأنه صور رجوع الكل إلى مطلوب واحد ، ولم ير للوعد معنى بعد العطية ، ولا للسؤال معنى بعد الوعد والعطية ، فحمله على ما ذكرناه .

فرع

قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، إن كلمت زيداً ، فقد يريد إذا دخلت الدار تعلق طلاقها بالكلام ، وقد يريد إذا كلمته تعلق طلاقها بالدخول ، فيراجع ، ويعمل بتفسيره .

فرع

قال : إن كلمت زيداً وعمراً ، أو بكراً مع عمرو ، فأنت طالق ، فإنما تطلق إذا كلمت زيداً وعمراً ، والأصح اشتراط كون بكر مع عمرو وقت تكليمه ، كما لو قال : إن كلمت فلاناً وهو راك^(٢) .

فرع

قال المتولي : عادة البغداديين إذا أراد أحدهم تعليقاً بالدخول يقول : أنت طالق لا دخلت ، كما يقول الخالف : والله لا أدخل ، والمعنى : إن دخلت فأنت طالق ، وعلى هذه العادة قال ابن الصباغ : لو قال : أنت طالق لا كلمت زيداً وعمراً وبكراً ، فكلمتهم ، طلقت وإن كلمت بعضهم ، لم تطلق . ولو قال : لا كلمت زيداً ولا عمراً ولا بكراً ، فأهم كلمته طلقت .

فرع

ذكر ابن سريج ، أنه لو قال : أنت طالق إن كلمت زيداً حتى يدخل عمرو

(١) في الأصل : فأعطيتك وعدتك . (٢) في الأصل : وهو الأكثر .

الدار ، أو إلى أن يدخل ، فالغاية تتعلق بالشرط ، لا بنفس الطلاق ، والمعنى : أنت طالق إن كلمت زيداً قبل دخول عمرو الدار .

فصل

قال لنسوته الأربع : أربعكن طوائق إلا فلانة ، أو إلا واحدة ، قال القاضي حسين والمتولي : لا يصح هذا الاستثناء ، ويطلقن جميعاً ، لأن الأربع ليست صيغة عموم ، وإنما هي اسم خاص لعدد معلوم خاص ، فقوله : إلا فلانة ، رفع للطلاق عنها بعد التنصيص عليها ، فهو كقوله : طالق طلاقاً لا يقع . ومقتضى هذا التعليل ، أنه لا يصح الاستثناء من الأعداد في الأقراء ، ومعلوم أنه ليس كذلك . ومنهم من وجهه ، بأن الاستثناء في المعين غير معتاد ، وهذا يضعف بأن الامام حكى عن القاضي ، أنه قال : أربعكن إلا فلانة طوائق ، صح الاستثناء ، وادعى أن هذا معهود دون ذلك ، وهذا كلام كما تراه . وقد حكينا في الاقرار أن^(١) الاستثناء صحيح من المعينات على الصحيح ، وبستوي في الوجهين الاقرار والطلاق .

فصل

قيل له على وجه الاستخبار : أطلقت امرأتك ، أو فارقتها ، أو زوجتك طالق ؟ فقال : نعم ، فهذا إقرار بالطلاق ، فإن كان كاذباً فهي زوجته في الباطن . فلو قال : أردت الاقرار بطلاق سابق وقد راجعتها ، صدق . وإن قال : أبنيتها وجددت النكاح ، فعلى ما ذكرناه فيما إذا قال : أنت طالق في الشهر الماضي ، وفسر بذلك . ولو قيل له ذلك على وجه التماس الانشاء ، فإن قال في الجواب : نعم ، طلقت ، ولا إشكال ، وإن اقتصر على قوله : نعم ، فهل هو صريح أم كناية ؟ قولان . قال

(١) في الأصل : الاعترافات .

ابن الصباغ والروباني وغيرهما : أظهرهما : أنه صريح ، وقطع به بعضهم ، وهو اختيار المزني ، وفي كلام بعضهم إطلاق الخلاف بلا فرق بين الالتباس والاستخبار والانشاء . والصحيح التفصيل الذي ذكرناه . ولو قيل له : طلقت زوجتك ، فقال : طلقت ، فقد قيل : هو كقوله : نعم . وقيل : ليس بصريح قطعاً ، لأن « نعم » متعين للجواب ، وقوله : طلقت ، مستقل بنفسه ، فكأنه قال ابتداء : طلقت واقتصر عليه ، وقد سبق أنه لو اقتصر عليه فلا طلاق .

فرع

قيل له : ألك زوجة ؟ فقال : لا ، فقد نص^(١) في « الإملاء » أنه لا يقع به طلاق وإن نوى ، لأنه كذب محض ، وبهذا قطع كثير من الأصحاب ، ولم يجعلوه إنشاءً ، ولا بأس لو فرق بين كون السائل مستخبراً أو ملتصقاً بالإنشاء ، كما قد سبق في الفصل قبله ، لأننا ذكرنا في كتابات الطلاق ، أنه لو قال مبتدئاً : لست بزوج لي ، كان كناية على الأصح ، وذكروا وجبين ، في أنه صريح في الإقرار ، أم كناية ؟ قال القاضي حسين : هو صريح ، والأصح أنه كناية ، لاحتمال أنه يريد نفي فائدة الزوجات ، وبهذا قطع البخوي ، ولها تخليفه أنه لم يرد طلاقها . ولو قال قائل : هذه زوجتك مشيراً إليها ؟ فقال : لا ، فهذا أظهر في كونه إقراراً بالطلاق .

فرع

قيل : أطلقت زوجتك ؟ فقال : قد كان بعض ذلك ، لم يكن إقراراً بالطلاق ، لاحتمال التعليق ، أو الوعد بالطلاق ، أو خصومة تؤول إليه ، ولو فسر بشيء من ذلك ، قبل . وإن كان السؤال عن ثلاث ، ففسر بواحدة قبل ، وإن لم يفسر بشيء ، قال المتولي : إن كان السؤال عن ثلاث ، لزمه الطلاق ، وإن كان عن واحدة ، فلا ، لأنها لا تتبع بعض الأصل أن لا طلاق ، وفي كل واحد من الطرفين نظر .

(١) في غطوطات الظاهرية : فعن نصه .

قلت : الصواب أنه لا يقع شيء ، إلا أن يعرف به ، سواء مثل عن ثلاث أو مطلقاً ، للاحتالات المذكورة مع الأصل والله أعلم

فصل

أكل الزوجان تمراً ، وخلطتا النوى ، فقال : إن لم تميزي نوى ما أكلت عن نواي فانت طالق ، أو اختلطت دراهمها بدراهمه ونحو ذلك ، فقال الأصحاب : تخلص من الحنث بأن يفرقها ، بحيث لا يلتقي منها نواتان ، فإن أراد التمييز الذي يحصل به التعيين ، لم يتخلص بذلك . وفي صورة الإطلاق ^(١) ، احتمال للإمام ، ولو قال : إن لم تعدني الجوز الذي في هذا البيت اليوم ، فانت طالق ، فقال الامام : في طريق البر ، وجهان . أحدهما : تأخذ من عدد تستيقنه ، وتزيد واحداً حتى ^(٢) تستيقن أنه لا يزيد عليه ، كما لو قال : إن لم تجربيني بعدده ، والثاني : يلزم أن تبدئ من الواحد ، وتزيد حتى تنتهي إلى الاستيقان ، قال الامام : واكتفوا على الوجهين بذكر اللسان ، ولم يعتبروا تولي العدد فعلاً ، قال : ولست أرى الأمر كذلك .

فرع

في فها تمرة ، فقال : إن ابتلعتها ، فانت طالق ، وإن قذفتها ، فانت طالق ، وإن أمسكتها ، فانت طالق ، فتخلص من الحنث أن تأكل بعضها ، وتقذف بعضها ، هذا إذا وقع التعليق بالامساك آخرأ كما ذكرنا ، ثم اتصل أكل البعض بآخر التعليق ، فلو وجد مكث ، فقد حصل الامساك ، ولو علق بالامساك أولاً ، وأكلت البعض بعد تمام الإيمان ، كان ^(٣) حائناً في عين الامساك ، ولو قال : إن أكلتها ،

(٢) في الأصل : متى .

(١) في الأصل : الطلاق .

(٣) في الأصل : فإن كان .

فأنت طالق ، وإن لم تأكلها [فأنت طالق] فلا خلاص بأكل البعض ، فإن فعلته ، حنت في عين عدم الأكل ، ولو علق على الأكل ، فابتلعت ، لم يحنت على الأصح ، لأنه يقال : ابتلع ، ولم يأكل ، ذكره المتولي .

فرع

كانت تصعد سلماً ، فقال : إن نزلت ، فأنت طالق ، وإن صعدت ، فأنت طالق ، وإن مكثت ، فأنت طالق ، فيحصل الخلاص بالطرفة إن أمكنتها ، وبأن تحمل فيصعد بها أو تنزل ، وينبغي أن يكون الحمل بغير أمرها ، وتتخلص أيضاً بأن تضع السلم على الأرض وهي عليه ، وتقوم من موضعها ، وبأن يكون يحنبه سلم آخر فينتقل إليه ، فإن مضى في نصب سلم آخر زمان ، حنت في عين الوقوف .

فرع

قال : إن أكلت هذه الرمانة ، أو إن أكلت رمانة ، فأنت طالق ، فأكلتها لإلحابة ، لم يحنت ، لأنه وإن كان يقال في العرف : أكل رمانة ، فيقال أيضاً : لم يأكل كل الرمانة ، ولو علق بأكل رغيف ، فأكله إلا فتاتاً ، قال القاضي حسين : لا يحنت كعجة الرمان . وقال الامام : إن بقي قطعة نحس^(١) ، ويجعل لها موقع ، لم يحنت ، وربما ضبط ذلك بأن يسمى قطعة خبز ، وإن دق مدركه ، لم يظهر له أثر في بر ولا حنت ، قال : وهذا مقطوع به عندي في حكم العرف ، والوجه : تنزيل إطلاق القاضي على هذا التفصيل .

(١) في الأصل : نحسب .

فرع

قال : إن لم تخبريني بعدد حبات هذه الرمانة قبل كسرها ، فأنت طالق ،
أو إن لم تخبريني بعدد ما في هذا البيت من الجوز اليوم ، أو إن لم تذكر لي
ذلك ، فأنت طالق ، قال الأصحاب : يتخلص بأن تبديء من عدد تستيقن أن
الحبات أو الجوز لا تنقص عنه ، وتذكر الأعداد بعد متوالية بأن تقول : مائة ،
مائة واحد ، مائة واثنان ^(١) ، وهكذا [إلى أن] تنتهي إلى عدد تستيقن
أنه لا يزيد عليه ، فتكون مخبرة عن ذلك العدد وذاكرة له ، وهذا إذا لم تقصد
التعين والتعريف ، وإلا فلا يحصل كما سبق .

وفي معنى هذه الصورة ، ما إذا أكل ^(٢) تمراً ، وقال : إن لم تخبريني بعدد
ما أكلت ، فأنت طالق .

وما إذا اتهمها بسرقة ، وقال : إن لم تصدقني أسرفت أم لا ، فأنت طالق ،
فتقول : سرفت وما سرفت .

فرع

وقع حجر من سطح ، فقال : إن لم تخبريني الساعة من رماء ، فأنت
طالق ، ففي فتاوى القاضي حسين ، أنها إن قالت : رماء مخلوق ، لم تطلق ،
وإن قالت : رماء آدمي ، طلقت ، لجواز أن يكون رماء كلب أو ربيع ، لأنه
وجد سبب الحنث ، وشككنا في المانع ، وشبهه بما إذا قال : أنت طالق إلا أن
يشاء زيد اليوم ، ففضى اليوم ولم يعرف مشيئته ، فإنه يقع الطلاق على خلاف
فيه سبق .

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : مائة واحدة ، ومائة واثنان .

(٢) في الأصل : أكل .

فرع

قال لثلاث نسوة : من لم تخبرني منكن بعدد ركعات الصلاة المفروضة ، فهي طالق ، فقالت واحدة : سبع عشرة ، وقالت أخرى : خمس عشرة ، وثالثة : إحدى عشرة ، لم تطلق واحدة منهن ، فالأول معروف ، والثاني يوم الجمعة ، والثالث في السفر ، قاله القاضي والمتولي .

فرع

قال : كل كلمة كلمتني بها إن لم أقل مثلها ، فأنت طالق ، فقالت المرأة : أنت طالق ثلاثاً ، فطريقه أن يقول : أنت تقولين : أنت طالق ثلاثاً ، أو تقول : أنت طالق ثلاثاً من وثاق ، أو أنت طالق إن شاء الله ، ولو قالت له : إذا قلت لك : طلقني ما تقول ؟ فقال : أقول : طلقتك ، لا يقع الطلاق ، لأنه إخبار عما يفعل في المستقبل .

فرع

في يدها كوز ماء ، فقال : إن قلبت هذا الماء ، فأنت طالق ، وإن تركته ، فأنت طالق ، وإن شربته أنت أو غيرك ، فأنت طالق ، فخلاصها^(١) بأن تضع فيه خرقه فتبلتها به .

فرع

قال لها وهي في ماء جارٍ : إن خرجت منه فأنت طالق ، وإن مكثت فيه فأنت طالق . قال الأصحاب : لا تطلق خرجت أم مكثت ، لأن ذلك الماء فارقها

(١) في الأصل : فخلاصها .

بجربانه ، وفيه وفي نظائره احتمال للامام بسبب العرف ، وإن كان الماء راكداً ،
فالتطبيق أن يحملها إنسان في الحال .

فرع

لا بد من النظر في مثل هذه التعليقات إلى وضع اللسان ، وإلى ما يسبق إلى
الفهم في العرف الغالب ، فإن تطابق العرف والوضع ، فذاك ، وإن اختلفا ، فكلام
الأصحاب يميل إلى اعتبار الوضع ، والإمام والغزالي يريان اتباع العرف ، وقد سبق
في هذه الفروع أمثلة هذا .

فصل

في مسائل تجري في مخاصمة الزوجين ومشائهما

وأغلب ما تقع إذا واجهت زوجها بمكروه ، فيقول على سبيل المكافأة : إن كنت
كذلك فأنت طالق ، يريد أن يغيظها بالطلاق كما غاظته بالشم ، فكأنه يقول : ترعبين أني
كذا فأنت طالق ، فإذا قالت له : ياخسيس فقال : إن كنت كذلك فأنت طالق ، نظر ،
إن أراد المكافأة كما ذكرنا ، طلقت ، سواء كان خسيساً أو لم يكن ، وإن قصد التعليق ،
لم تطلق إلا بوجود الحسة . قال أبو الحسن العبادي : الخسيس : من باع دينه بدنياه ،
وأخس الأخساء ، من باع آخرته بدنياه غيره ، ويشبه أن يقال : الخسيس : من يتعاطى في
العرف ما لا يليق بحاله لشدة بخله ، فإن شك في وجود الصفة - ويتصور ذلك كثيراً
في مسائل الشم والايذاء - فالأصل أن لا طلاق ، وإن أطلق اللفظ ولم يقصد المكافأة ،
ولا حقيقة اللفظ ، فهو للتعليق . فإن عم العرف بالمكافأة ، كان على الخلاف السابق
في أنه يراعي الوضع أو العرف ، والأصح وبه قطع المتولي مراعاة اللفظ ، فإن
العرف لا يكاد ينضبط في مثل هذا ، وأجاب القاضي حسين بمقتضى الوجه الآخر ،
ولو قالت : يأسفني فقال : إن كنت كذلك ، فأنت طالق ، فإن قصد المكافأة ، طلقت
في الحال ، وإن قصد التعليق ، طلقت إن كان سفيهاً ، وإن أطلق ، فعلى الخلاف ،

ويمكن أن يحمل السفه على ما يوجب الحجب ، وعلى هذا نظرنا ما يقع به الشتم والابذاء .

وتكلموا في كلمات يدخل بعضها في حد الإفحاش ، ففي « التتمة » أن القواد : من يحمل الرجال إلى أهله ويخلط بينهم وبين الأهل ، ويشبه أن لا يختص بالأهل ، بل هو الذي يجمع بين الرجال والنساء بالحرام ، وأن القرطبان الذي يعرف من يزني بزوجه ويسكت عليه ، وأن قليل الحمية : من لا يغار على أهله ومحارمه ، وأن القلاش : الذواق ، وهو من يوم أنه يشتري الطعام لذوقه ^(١) وهو لا يريد الشراء ، وأن الدبوث : من لا يمنع الناس الدخول على زوجته . وفي « الرقم » للعبادي : أنه الذي يشتري جارية تغني للناس ، وأن البخيل : من لا يؤدي الزكاة ، ولا يقري الضيف فيما قيل ، وأنه لو قيل له : يزوج القعبة ، فقال : إن كانت زوجتي بهذه الصفة فهي طالق ، فإن قصد التخلص ^(٢) من عارها ، وقع الطلاق ، كما لو قصد المكافأة ، وإلا فهو تعليق ، فينظر : هل هي بالصفة المذكورة أم لا ؟

قلت : القعبة : هي البغي ، وهي كلمة مولدة ليست عربية والله أعلم

وأنه لو قال لها في الخصومة : إيش تكونين أنت ، فقالت : وإيش تكون أنت ، فقال : إن لم أكن منك بسبيل فأنت طالق ، قال القاضي حسين : إن قصد التعليق لم تطلق ، لأنها زوجته فهو منها بسبيل ، وإن قصد المغايظة والمكافأة ، طلقت . والمقصود إيقاع الفرقة وقطع ما بينها ، وأنها لو قالت لزوجها : أنت من أهل النار ، فقال : إن كنت من أهل النار فأنت طالق ، لم يحكم بوقوع الطلاق إن كان الزوج مسلماً ، لأنه من أهل الجنة ظاهراً ، وإن كان كافراً طلقت فإن أسلم بعد ذلك ، تبينا

(١) في الأصل : من يرى أنه يذوق الطعام ليشتريه .

(٢) في الأصل : التخلص .

أنها لم تطلق . ولو قالت : بأسفلة ، فقال : إن كنت كذلك فأنت طالق ، قال اسماعيل البوشنجي : الأولى أنه الذي يتعاطى الأفعال الدنيئة ويعتادها ، ولا يقع ذلك على من يتفق منه نادراً ، كالم الكريم ، والسيد في نقيضه ^(١) . ولا يخفى أن النظر في تحقيق هذه الأوصاف ، إنما يحتاج إليه عند حمل اللفظ على التعليق ، فأما إذا حمل على المكافأة ، فيقع الطلاق في الحال .

فرع

الكوسج : من قل شعر وجهه مع انحسار الشعر عن عارضيه ، وعن أبي حنيفة رحمه الله : أنه الذي عدد أسنانه ثمانية وعشرون .

فرع

قال أبو العباس الروباني : الغوغاء : من يخالط المفسدين والمنحرفين ، ويخاصم الناس بلا حاجة . قال : والأحمق : من نقصت مرتبة أموره وأحواله عن مراتب أمثاله نقصاً يئناً بلامرض ولا سبب .

قلت : قال صاحب « المذهب » و « التهذيب » في باب كفارة الظهار : الأحمق : من يفعل الشيء في غير موضعه مع علمه ببقعه . وفي « التتمة » و « البيان » : أنه من يعمل ما يضره مع علمه ببقعه . وفي « الحاوي » : أنه من يضع كلامه في غير موضعه ، فيأتي بالحسن في موضع القبيح ، وعكسه . قال أبو العباس ثعلب : الأحمق : من لا ينتفع بعقله والله أعلم

فرع

قالت : ياجهودروي فقال : إن كنت كذلك فأنت طالق ، وقصد التعليق ، قال

(١) في الأصل : تقصيره .

الإمام : وقعت المسألة في الفتاوى ، وأكثروا في التعبير عن هذه الصفة ، فقليل : هي صفة الوجه ، وقيل : الذلة والحساسة ، وكان جوابنا فيه أن المسلم لا يكون بهذه الصفة ، فلا يقع الطلاق . قال في « الوسيط » : وفيه نظر .

فرع

لو تخاصم الزوجان ، فقال أبوها للزوج : لم تحرك لحيتك فقد رأيت مثلها كثيراً ، فقال : إن كنت رأيت مثل هذه اللحية كثيراً ، فابنتك طالق ، فهذه كناية عن الرجولية والفتوة ونحوهما فإن حمل اللفظ على المكافأة ، طنقت ، وإلا فلا لكثرة الأمثال .

فرع

قال المتولي : لو نسب إلى فعل سيء كالزنا والواط ، فقال : من فعل مثل هذا فامراته طالق ، وكان ذلك فعله ، لم يقع طلاقه ، لأنه لم يوقع طلاقاً ، وإنما غرضه ذم من يفعله ، ولو قال لزوجته : سرقته أو زنيته ، فقالت : لم أفعل ، فقال : إن كنت سرقته أو زنيته فأنت طالق ، حكم بوقوع الطلاق في الحال باقواره السابق .

فصل

قال : إن خالفت أمري ، فأنت طالق ، ثم قال : لا تكلمي زيدا ، فكلمته ، قالوا : لا تطلق لأنها خالفت النهي دون الأمر . ولو قال : إن خالفت نهبي فأنت طالق ، ثم قال : قومي ، فقعدت ، وقع ، لأن الأمر بالشيء نهبي [عن] أضداده . وهذا فاسد ، إذ ليس الأمر بالشيء نهياً ^(١) عن ضده فيما يختاره . وإن كان ، فاليمين لا ينيهي ^(٢) عليه ، بل على اللغة أو العرف ، لكن في المسألة الأولى نظر بسبب العرف .

(١) في الأصل وإحدى نسخ الظاهرية : نهى .

(٢) في الأصل : تنهى .

فصل

قال : أنت طالق إلى حين أو زمان ، أو بعد حين ، طلقت بضی لحظة ؟ ولو قال : إذا مضى حقب أو عصر فأنت طالق ، قال الأصحاب : يقع بضی لحظة ، وهو بعيد لا وجه له .

فصل

لو علق الطلاق بالضرب ، طلقت إذا حصل الضرب بالسوط أو الوكز أو اللكز ، ولا يشترط أن لا يكون حائل^(١) ، ويشترط الإيلام على الأصح ، وقيل : لا يشترط ، بل تكفي الصدمة ، وإلى هذا مال الإمام ، وقال : الإيلام وحده لا يكفي ، فإنه لو وضع عليه حجراً ثقیلاً ، فانصدم تحته ، لم يكن ضرباً وإن آلم . قال : والصدم وحده لا يكفي ، فإنه لو ضربه بأثملة ، لا يقال : ضربه ، وكان المعتبر في إطلاق^(٢) اسم الضرب الصدم بما يؤلم ، أو يتوقع منه إيلام . واتفق الأصحاب ، على أنه لا يقع الطلاق إذا كان المضروب ميتاً ، وشذ الروياني فحكى فيه خلافاً ، والعض وقطع الشعر لا يسمى ضرباً ، فلا يقع به الطلاق ، وتوقف المزني في العض .

فصل

علق بالمس ، طلقت بمس شيء من بدنه حياً أو ميتاً بلا حائل ، ولا يقع بمس الظفر والشعر . قال الإمام : الوجه القطع بهذا وإن أثبتنا خلافاً في نقض اللوضوء^(٣) به ، والأشبهه بجبه الخلاف .

فصل

علق بقدوم زيد ، طلقت إذا قدم راكباً أو ماشياً ، وإن قدم به ميتاً لم

(١) في الأصل وإحدى نسخ الظاهرية : حائلاً . (٢) في الأصل : الطلاق .

(٣) في الأصل : نقص الوصف .

تطلق ، وإن حمل وقدم به حياً ، إن كان باختياره ، طلقت ، وإلا فلا على المذهب .

فصل

علّق بقذف زيد ، طلقت بقذفه حياً أو ميتاً ، فلو قال : إن قذفت فلاناً في المسجد فانت طالق ، فالمعتبر كون القاذف في المسجد . ولو قال : إن قتلته في المسجد ، اشترط كون المقتول في المسجد ، والفرق أن قرينة الحال تشعر بأن المقصود الامتناع بما يهتك [حرمة] المسجد ، وهتك الحرمة إنما تحصل إذا كان القاذف والمقتول فيه دون عكسه . فإن قال : أردت العكس ، قبل منه في الظاهر على الأصح . ولو قال : إن قذفت أو قتلت فلاناً في الدار ، سئل عما أراد .

فصل

قال : إن رأيت زيداً فانت طالق ، فرأته حياً أو ميتاً أو نائماً ، طلقت وإن كان الرائي أو المرئي مجنوناً أو سكران ، ثم يكفي رؤية شيء من بدنه وإن قل ، وقيل : يعتبر الوجه . ولو كان كله مستوراً بثوب ، أو رأته في المنام لم تطلق ، ولو رأته وهو في ماء صاف لا يمنع الرؤية أو من وراء زجاج شفاف ، طلقت على الصحيح . ولو نظرت في المرأة أو في الماء فرأت صورته ، لم تطلق ، وفيه احتمال ضعيف للإمام . ولو قال للعباء : إن رأيت زيداً فانت طالق ، قال الإمام : الصحيح أن الطلاق معلق بمستحيل ، فلا يقع ، وفي وجه : يحمل على اجتماعها في مجلس ، لأن الأعمى يقول : رأيت اليوم زيداً ، ويريد الحضور عنده .

فرع

علق برؤيته أو رؤيتها الهلال ، فهو محمول على العلم ، فروية غير المعلق برؤيته [كرويته] وتقام العدد كرويته ، فيقع الطلاق به وإن لم ير الهلال .

ولو قال : أردت بالرؤية المعاينة ، مُدْبِنٌ ويقبل أيضاً ظاهراً على الأصح . ولو كان المعلق برؤيته أعمى ، لم يقبل التفسير بالمعاينة في الظاهر على الأصح . وحكى الحناضي فيما إذا أطلق ولم ينو شيئاً قولين في وقوع الطلاق برؤية الغير ، هذا كله فيمن علق برؤية الهلال باللغة العربية ، فلو علق بالعجمية ، فعن القفال : أنه يحمل على المعاينة ، سواء فيه البصير والأعمى ، وادعى أن العرف الشرعي في حمل الرؤية على العلم ، لم يثبت إلا في العربية ، ومنع الإمام الفرق ^(١) بين اللغتين . وفي « التهذيب » وجه : أنه يحمل في حق الأعمى على العلم . وإذا أطلق التعليق برؤية الهلال ، حمل على أول شهر يستقبله ، حتى لو لم ير في الشهر الأول ، انحلت اليمين ، قاله البغوي ، وهو محمول على ما إذا صرح بالمعاينة أو فسر بها وقبلناه . قال البغوي : والرؤية في الليلة الثانية والثالثة ، كهي في الأولى ، ولا أثر لها بعد الثلاث ، لأنه لا يسمى هلالاً بعد ثلاث . وفي « المذهب » : أنه لو لم يره حتى صار قمرأ ، لم تطلق ؛ وحكى خلافاً فيما يصير به قمرأ ، هل هو باستدارته ، أم بأن يهر ضوءه ؟

قلت : هذا المنقول عن « المذهب » ، مذكور في « الحاوي » ، وفيما تفرع عنه ، واختار ما ذكره البغوي والله أعلم

والمعتبر الرؤية بعد غروب الشمس ، ولا أثر للرؤية قبله .

فصل

قال : إن كلمت زبداً فأنث طالق ، فكلمته وهو سكران أو مجنون طلقت ، قال ابن الصباغ : يشترط أن يكون السكران بحيث يسمع ويكلم ، وإن كلمته وهو نائم أو مغشى عليه ، أو هذت بكلامه في نومها وإغمائها لم تطلق . ولو كلمته

(١) في الأصل : للفرق .

وهي مجنونة ، قال ابن الصباغ : لا تطلق . وعن القاضي حسين ، أنها تطلق . والظاهر تخريجه على حث النامي وأما كلامها في سكرها ، فتطلق به على الأصح ، إلا إذا انتهت إلى السكران الطافح . ولو خففت ^(١) صوتها بحيث لا يسمع وهو الهمس ، لم تطلق وإن وقع في سمعه شيء وفهم المقصود اتفاقاً ، لأنه لا يقال : كلمته ، ولو نادته من مسافة بعيدة لا يسمع منها الصوت ، لم تطلق ، ولو حملت الريح كلامها ووقع في سمعه ، فقد أشار الامام إلى تردد فيه ، والمذهب أنها لا تطلق . وإن كانت المسافة بحيث يسمع فيها الصوت ، فلم يسمع لذهول أو شغل طلقت ، فإن لم يسمع لعارض لغط أو ريح ، أو لصم به ، فوجهاً ، أحدهما : تطلق ، وبه أجاب الروياني ، وكذا الامام والغزالي في صورة اللغط ، وأصحها عند البغوي : لا طلاق حتى يرتفع الصوت بقدر ما يسمع في مثل تلك المسافة مع ذلك العارض ، فحينئذ يقع وإن لم يسمع ، ورأى الإمام القطع بالوقوع إذا كان اللغط بحيث لو فرض معه الإصغاء لأمكن السماع ، وكذا في تسكيم الأصم إذا كان وجهه إليه وعلم أنه يكلمه ، وقطع الحناطي بعدم الوقوع إذا كان الصم بحيث يمنع السماع ، وحكي قولين فيما إذا قال : إن كلمت نائماً أو غائباً عن البلد ، هل يقع الطلاق في الحال بناء على الخلاف في التعليق بالمستحيل . ويحتمل أن يقال : لا تطلق حتى تخاطبه مخاطبة المكلمين ، وبنحو منه أجاب القاضي أبو الطيب فيما إذا قال : إن كلمت ميتاً أو حمراً .

فصل

إذا علق الطلاق بفعل شيء ، ففعله وهو مكروه ، أو ناسٍ للتعليق ، أو جاهل به ، ففي وقوع الطلاق قولان ، وذكر صاحب « المذهب » والروياني وغيرهما ، أن الأظهر في الأيمان ، أنه لا يحث النامي والمكروه ، وبشبه أن يكون الطلاق

(١) في الأصل : خففت .

مثله . وقطع القفال بأنه يقع الطلاق . ولا يخرج على القولين في الأيمان ، لأن التعويل في الأيمان على تعظيم اسم الله تعالى ، والحنت هتك حرمة ، والناسي والمكروه غير ممتك ، والطلاق تعليق بصفة ، وقد وجدت ، والمذهب الأول ، وعليه الجمهور .

قلت : قد رجح الرافعي في كتابه « المحرر » أيضاً ، عدم الحنت في الطلاق واليمين جميعاً ، وهو المختار للحديث الحسن « رفع عن أمي الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه » ، والمختار ، أنه عام فيعمل بعمومه ، إلا فيما دل دليل على تخصيصه ، كغرامة المتلفات . والله أعلم

ولو علق بفعل الزوجة ، أو أجنبي ، فإن لم يكن للمعلق بفعله شعور بالتعليق ، ولم يقصد الزوج إعلامه ، أو كان ممن لا يبالي بتعليقه ، بأن علق بقدم الحبيص أو السلطان ، طلقت بفعله في حالتي النسيان والإكراه على المذهب ، وقيل : إن فعلة مكراً ، ففيه القولان ، فكأنه لا فعل له ، وإن كان المعلق بفعله عالماً بالتعليق ، وهو (١) ممن يبالي بتعليقه ، وقصد المعلق بالتعليق منعه ، ففعله ناسياً أو مكراً أو جاهلاً ، ففيه القولان . ولو قصد منعها من المخالفة فنسيت ، قال الغزالي : لا تطلق قطعاً لعدم المخالفة ، ويشبه أن يراعى معنى التعليق (٢) ويطرد الخلاف .

قلت : الصحيح قول الغزالي ، ويقرب منه عكسه ، وهو أنه لو حلف لا يدخل عمداً ولا ناسياً ، فدخل ناسياً ، فنقل القاضي حسين : أنه يحنت بلاخلاف . والله أعلم

ولو علق بدخول طفل أو بهيمة أو سنور ، فدخل ، طلقت ، قال الحناطي : ويحتمل المنع ، وإن حصل دخولهم كرهاً ، لم تطلق ، قال : ويحتمل الوقوع ، إذ لا قصد لهم ، فلا أثر لإكراههم .

(١) في الأصل : فهو . (٢) في إحدى نسخ الظاهرية : التطبيق .

قلت : ذكر الإمام الرافعي رحمه الله هنا مسائل منشورة كثيرة جداً ، متعلقة بتعليق الطلاق وغيره ، فقدمت منها جملاً وفرقتها على مواضع تليق بها مما سبق ، وأذكر هنا باقية إن شاء الله تعالى . والله أعلم

قال لأربع نسوة : إن لم أطأ واحدة منكن اليوم ، فصاحبها طوالتي ، فإن وطئ واحدة منهن ذلك اليوم ، انحلت اليمين ، وإن لم يطأ واحدة ، طلقت كل واحدة طلقة . وإن قال : أبتكن لم أطأها اليوم ، فإن الأخريات ^(١) طوالتي ، فبقي اليوم ، ولم يطأ واحدة ، طلقن ثلاثاً ثلاثاً ، وإن وطئ واحدة فقط ، طلقت هي ^(٢) ثلاثاً ، لأن لها ثلاث صواحب لم يطأهن ، وطلقت الباقيات طلقتين طلقتين ، لأن لها صاحبتين لم يطأهما ، ولو وطئ امرأتين ، طلقتا طلقتين ، وطلقت الأخريان طلقة طلقة . ولو وطئ ثلاثاً طلقن طلقة طلقة ، ولم تطلق الرابعة ، لأنه ليس لها صاحبة غير موطوءة . ولو قال : أبتكن لم أطأها فالأخريات ^(٣) طوالتي ، ولم يقيد بوقت ، فجميع العمر وقت له ، فإن مات أو متن ^(٤) قبل الوطء ، طلقت كل واحدة ثلاثاً قبيل الموت ، وإن ماتت واحدة والزوج حي ، لم يحكم بطلاق الميتة ، لأنه قد يطأ الباقيات ويطلق الباقيات طلقة طلقة . فلو ماتت ثانية قبل الوطء ، تبينا وقوع طلقة على الأولى قبيل موتها ، وطلقت كل واحدة من الباقيتين طلقة أخرى إن بقيتا في العدة . فإن ماتت الثالثة قبل الوطء ، تبينا وقوع طلقتين على الأوليين قبيل موتها ، وطلقت الباقية طلقة ثالثة ، فإن ماتت الرابعة قبل الوطء ، تبينا وقوع الثلاث على الجميع .

فصل

قال : إن سرقت مني شيئاً فأنت طالتي ، فدفعت إليها كيساً ، فأخذت منه شيئاً ، لا تطلق ، لأنه خيانة لامرقة .

(٢) في الأصل : طلقن هن .

(٤) في الأصل : من .

(١) في الأصل : الأخريات .

(٣) في الأصل : فالأخريات .

فرع

قال : إن كلمتك فانت طالق ، ثم أعاد مرة أخرى ، طلقت . وإن قال : إن كلمتك فانت طالق فاعلمي ، طلقت بقوله : فاعلمي . وقيل : إن وصله بالكلام الأول ، لم تطلق ، لأنه تتمته . وإن قال : إن كلمتك فانت طالق ، إن دخلت الدار فانت طالق ، فالتعليق الثاني تكليم ، فتطلق . ولو قال : إن بدأتك بالكلام فانت طالق ، فقالت : إن بدأتك بالكلام فعبيدي حر ، ثم كلمها ، ثم كلمته ، فلا طلاق ، ولا عتق . ولو قال لرجل : إن بدأتك بالسلام فعبيدي حر ، فقال الآخر : إن بدأتك بالسلام فعبيدي حر ، فسلم كل منها على الآخر دفعة واحدة ، لم يعتق عبد واحد منها لعدم ابتداء كل واحد منها على الآخر ، وتنحل اليمين ، فإذا سلم أحدهما^(١) على الآخر بعد ذلك ، لم يعتق واحد من عبديهما ، ذكره الإمام .

فرع

قال المدين لصاحب الدين : إن أخذت مالك علي ، فامرأتي طالق ، فأخذه مختاراً ، طلقت امرأة المدين ، سواء كان مختاراً في الإعطاء أو مكرهاً ، وسواء أعطى بنفسه أو بوكيله ، أو استلبه^(٢) صاحب الدين . قال البغوي : وكذا لو أخذه السلطان ودفعه إليه . وفي كتب العراقيين أنه لا يقع الطلاق إذا أخذه السلطان ودفعه إليه ، لأنه إذا أخذه السلطان برئت ذمة المدين ، وصار المأخوذ حقاً لصاحب الدين ، ولا يبقى له حق عليه ، فلا يصير بأخذه من السلطان آخذاً^(٣) حقه من المدين ، ولو قضى عنه أجنبي . قال الداركي : لا تطلق ، لأنه بدل حقه لاحقه بنفسه . ولو قال : إن أخذت حقك مني ، لم تطلق بإعطاء وكيله ، ولا بإعطاء السلطان من ماله .

(٢) في الأصل : سلبه .

(١) في الأصل : إحداها .

(٣) في الأصل : أخذ .

فإن أكرهه السلطان حتى أعطى بنفسه ، فعلى القولين في المكروه . ولو قال : إن أعطيتك حقك ، فأعطاه باختياره ، طلقت ، سواء كان الآخذ مختاراً في الأخذ أم لا ، ولا تطلق بإعطاء الوكيل والسلطان .

فرع

قال : أنت طالق مريضة^١ ، بالنصب ، لم تطلق إلا في حال المرض . ولو قال : أنت طالق مريضة^٢ ، بالرفع ، فقيل : تطلق في الحال . وقوله : مريضة ، صفة ، واختيار ابن الصباغ الجمل على اشتراط المرض حملاً على الحال ، وإن كان لحناً في الإعراب .

فرع

قال لامرأته : إن دخلتما هاتين الدارين فأنتما طالقان ، فدخلت كل واحدة إحدى الدارين ، فهل تطلقان ، أم لا تطلقان ؟ وجهان^(١) [وإن قال] : إن أكلتما هذين الرغيفين ، وأكلت كل واحدة منها رغيفاً ، تطلقان ، لأنها أكلتاهما ، ولا يمكن أكل واحدة من الرغيفين ، بخلاف دخول الدارين .

قلت : الأصح في مسألة الدارين عدم الطلاق ، صححه صاحب « المذهب » ، وغيره ، والمذهب في الرغيفين الوقوع ، وطرد صاحب « المذهب » فيه الوجهين . والله أعلم

فرع

لو قالت لزوجها : أنت تملك أكثر من مائة ، فقال : إن كنت أملك أكثر من مائة فأنت طالق ، وكان يملك خمسين ، فإن قال : أردت : لا أملك زيادة

(١) في الأصل : أو وجهان .

على مائة ، لم تطلق ، وإن قال : أردت أني أملك مائة بلا زيادة ، طلقت ، وإن أطلق ، فعلى أيها يحمل ؟ وجهان .

قلت : الصحيح لا تطلق . والله أعلم

وإن قال : إن كنت أملك إلا مائة ، وكان يملك خمسين ، فقد قيل : تطلق على الوجهين .

فرع

قال : إن خرجت إلا بأذني ، فأنت طالق ، فالمسألة تأتي بفروعها في « كتاب الإيمان » ، إن شاء الله تعالى . فإن قال : إن خرجت إلى غير الحمام بغير إذني فأنت طالق ، فخرجت إلى الحمام ، ثم قضت حاجة أخرى ، لم تطلق ، وإن خرجت حاجة أخرى ، ثم عدلت إلى الحمام ، طلقت ، وإن خرجت إلى الحمام وغيره ، ففي وقوع الطلاق وجهان .

قلت : الأصح الوقوع ، ومن صححه الشاشي . والله أعلم

فرع

خرجت إلى دار أبيها ، فقال : إن رددتها إلى داري أو ردها أحد فهي طالق ، فاكثرت بهيمة وعادت إلى داره مع المكاري ، لم تطلق ، لأن المكاري لم يردّها ، بل صحبها . ولو عادت ثم خرجت فردها الزوج ، لم تطلق ، إذ ليس في اللفظ ما يقتضي التكرار .

فصل

في فتاوى القفال أنه لو قال : المرأة التي تدخل الدار من نسائي طالق ، لم يقع طلاق قبل

الدخول . فلو أشار إلى واحدة وقال : هذه التي تدخل الدار طالق ، طلقت في الحال وإن لم تدخل ، وأنه لو ادعت عليه أنه نكحها فأنكر ، فالأصح أنه ليس لها أن تتكح غيره ، ولا يجعل إنكاره طلاقاً ، بخلاف ما لو قال : نكحتها وأنا أجد طول حرة ، يجعل ذلك فرقة بطلقة ، لأن هناك أقر بالنكاح وادعى مفسداً . وقيل : يتلطف به الحاكم ^(١) حتى يقول : إن كنت نكحتها فقد طلقها ، وأنه لو قال : حلال الله عليّ حرام لا أدخل هذه الدار ، كان ذلك تعليقاً وإن لم يكن فيه أداة تعليق . وأنه لو قال : حلفت بطلاقك أن لا تخرجي ، ثم قال : ما حلفت ، بل قصدت تفريعه ، لا تقبل ظاهراً ويدن ، وأنها لو قالت : اجعل أمر طلاقي بيدي ، فقال : إن خرجت من هذه القرية أجعل أمر طلاقك إليك ، فقالت : أخرج . فقال : جعلت أمرك بيدك ، فقالت : طلقت نفسي ، فإن ادعى أنه أراد بعد خروجها من القرية ، صدق ، وإلا طلقت في الحال ، وأنه لو قال : إن أبرأتني من دينك فأنت طالق ، فأبرأته ، وقع الطلاق بائناً ^(٢) . ولو قال : إن أبرأت فلاناً ^(٣) فأبرأته ، وقع رجعيّاً . وأنه لو قال لأم امرأته : بنتك طالق ، ثم قال : أردت البنت التي ليست زوجتي ، صدق .

وأنه لو قال : إن فعلت ما ليس لله تعالى فيه رضى فأنت طالق ، فترك صوماً أو صلاة ، ينبغي أن لا تطلق ، لأنه ترك وليس بفعل ، فلو سرقت أو زنت ، طلقت .

(١) في الأصل : الحكم .

(٢) في الأصل : ثانياً .

(٣) في الأصل : فلان .

فصل

عن الشيخ أبي عاصم العبادي أنه لو قال : أنت طالق ، يا طالق ، لا طلقك ، وقع طلقتان . وأنه لو قال : إن وطئت أمي بغير إذنك فأنت طالق ، فاستأذنها ، فقالت : طأها في عينها ، لا يكون إذناً .

وأنه لو كان له أمة وزوجة حرة ، فدعا الأمة إلى فراشه ، فحضرت الحرة ، فوطئها ، فقال : إن لم تكوني أحلى من الحرة فهي طالق وهو يظنها الأمة ، فقال أبو حامد المروزي : تطلق ، لأنها هي الحرة ، فلا تكون أحلى من الحرة ، وحكى أبو العباس الروباني وجهاً أنها لا تطلق لأن عنده أنه يخاطب غيرها ، وهذا أصح ، وبه أفنى الخناطي .

فصل

سئل القاضي حسين عن حلف بالطلاق ليقراء عشراً^(١) من أول سورة البقرة بلا زيادة ، ويقف ، وللقراء اختلاف في رأس العشر ، فقال : ما أدى إليه اجتهاد المفتي أخذ به المستفتي .

وعن امرأة صعدت بالمفتاح السطح ، فقال : إن لم تلقي المفتاح فأنت طالق ، فلم تلقه ونزلت ، قال : لا يقع الطلاق ، ويحمل قوله : إن لم تلقه على التأييد ، كما قال أصحابنا فيمن دخل عليه صديقه فقال : تغد معي ، فامتنع ، فقال : إن لم تتغد معي فامرأتي طالق ، فلم يفعل ، لا يقع الطلاق ولو تغدى بعد ذلك معه ، وإن طال الزمان ، انحلت اليمين . فإن نوى أن يتغدى معه في الحال ، فامتنع ، وقع الطلاق ، ورأى البغوي حمل المطلق على الحال للعادة .

(١) في الأصل : عشر .

وأنه لو قال : إن لم تبقي هذه الدجاجات فأنت طالق ، فقتلت واحدة منهن ، طلقت لتعذر البيع ، وإن جرحتها ثم باعها ، فإن كانت بحيث لو ذبحت لم تحل ، لم يصح البيع ، ووقع الطلاق ، وإلا فتحل اليمين .

وأنه لو قال : إن قرأت سورة البقرة في صلاة الصبح فأنت طالق ، فقرأها ، ثم فسدت صلاته في الركعة الثانية ، لم تطلق على الصحيح ، لأن الصلاة عبادة واحدة يفسد أولها بفساد آخرها .

وأنه لو قال : مهما قبلتك فضرثك طالق ، فقبلها بعد موتها ، لم تطلق الضرّة ، ولو قال لوالدته : متى قبلتك فامرأتي طالق ، فقبلها بعد موتها ، طلقت امرأتها . والفرق أن قبله المرأة قبله بشهوة ، ولا شهوة بعد الموت ، وقبله الأم قبله كرامة ، فيستوي فيها الحياة والموت . وأنه لو قال : إن غسلت ثوبي فأنت طالق ، فغسلته أجنبية ، ثم غمسته المحلوف بطلاقها في الماء تنظيهاً له ، لم تطلق لأن العرف في مثل هذا يغلب . والمراد في العرف (١) ، الغسل بالصابون والأسنان ونحوهما ، وإزالة الوسخ . وقال غير القاضي : إن أراد الغسل من الوسخ ، لم تطلق ، وإن أراد التنظيف ، فلا ، فإن أطلق قال : لا أجيب فيه .

فصل

في فتاوى البغوي أنه لو طلقها ثلاثاً ثم قال : كنت حرمتها على نفسي قبل الطلاق ، لم يقبل قوله .

وأنه لو قال : إن ابتلعت شيئاً فأنت طالق ، فابتلعت ريقها ، طلقت . فإن قال : أردت غير الرّيق ، صدق في الحكم ، وإن قال : إن ابتلعت الرّيق ،

(١) في الأصل : الفرق .

طلقت بابتلاع ريقها ويريق غيرها . فإن قال : أردت ريقك خاصة ، قبل في الحكم . وإن قال : أردت ريق غيرك ، دين ولم يقبل في الحكم . وأنه لو قال : إن ضربتك فأنت طالق ، فقصد بالضرب غيرها ، فأصاها ، طلقت ، ولم يقبل قوله ، لأن الضرب يقين ويحتمل .

وأنه لو نادى أمه فقال : إن لم تجبني أُمي فامرأتي طالق ، فإن رفعت الأم صوتها في الجواب [بحيث] يسمع في تلك المسافة ، لم تطلق ، وإلا فتطلق ، وأنه لو قال : إن دخلت على فلان داره ، فامرأتي طالق ، فجاء فلان وأخذ بيده وأدخله الدار ، فإن دخلاً معاً ، لم تطلق . وإن دخل فلان أولاً ، طلقت . وأنه لو حلف لا يخرج من البلد حتى يقضي دين فلان بالعمل ، فعمل له ببعض دينه وقضى الباقي من موضع آخر ثم خرج ، طلقت . فإن قال : أردت أني لا أخرج حتى أخرج إليه من دينه وأقضي حقه ، قبل قوله في الحكم .

فصل

عن أبي العباس الروياني أنه إذا طلق امرأته ، فقبل له : طلقت امرأتك ؟ فقال : طلقة واحدة ، يقبل قوله ، لأن قوله : طلقتها ، صالح للابتداء ، غير متعين للجواب . وأنه لو قال : إن مَرقت ذهباً فأنت طالق ، فسرقت ذهباً مغشوشاً ، طلقت على الصحيح . وأنه لو قال : إن أجبتي عن خطائي فأنت طالق ، ثم خاطبها ، فقرأت آية تتضمن جوابه ، فإن قالت قصدت بقراءتها جوابه ، طلقت . وإن قالت : قصدت القراءة أو لم تبين قصدها ، فلا طلاق . وأنه لو قال : إن لم تستوفي حقك من تركة أبيك تاماً فأنت طالق ، وكان إخوتها قد أتلفوا بعض التركة ، فلا بد من استيفاء حصتها من الباقي وضمان التالف ، ولا يكفي الإبراء ، لأن الطلاق معلق بالاستيفاء ، إلا أن الطلاق إنما يقع عند اليأس من الاستيفاء . وأنه لو أشار إلى ذهب وحلف

بالطلاق أنه الذي أخذه من فلان ، وشهد عدلان أنه ليس ذلك الذهب ، طلقت
 على الصحيح .، لأنها وإن كانت شهادة على النفي ، إلا أنه نفى يحيط العلم به .
 وأنه لو حلف بالطلاق أنه لا يفعل كذا ، فشهد عدلان عنده أنه فعله ، وظن
 صدقها ، لزمه الأخذ بالطلاق ، وأنه لو كان له نسوة ففتحت إحداهن باباً ، فقال :
 من فتحت منكن فهي طالق . فقالت كل واحدة : أنا فتحت ، لم يقبل قولهن
 لإمكان البينة . فإن اعترف الزوج أنه لا يعرف الفاتحة ، لم يكن له التعيين ، وإنما
 يرجع إلى تعيينه إذا كان الطلاق مبهماً . وأنه لو حلف بالطلاق أنه بعث فلاناً إلى
 بيت فلان ، وعلم أن المبعوث لم يمس ، فقبل : يقع الطلاق لأنه لا يقتضي حصوله
 هناك ، والصحيح أنه لا طلاق لأنه يصدق أن يقال : بعثته ، فلم يمتثل ،
 وأنه لو قال : إن لم تطيعني فأنت طالق ، فقالت : لا أطيعك . فقبل : تطلق في
 الحال ، والصحيح أنها لا تطلق حتى يأمرها بشيء فتمتنع ، أو ينهاها عنه فتفعله ،
 وأنه لو قال : امرأتي طالق إن دخلت دارها [ولا دار لها] وقت الحلف ، ثم
 ملكت داراً ، فدخلها ، طلقت . وأنه لو قال : إن لم تصوني الليلة في داري
 فأنت طالق ، ولا دار له ، ففي وقوع الطلاق وجهان ، بناء على التعليق بالمحال .
 وأنه لو قال : امرأتي هذه محرمة عليّ ، لا تحل لي أبداً ، فلا طلاق ، لأنه قد يظن
 تحريمها باليمين على ترك الجماع ، وليس اللفظ صريحاً في الطلاق . وقيل : يحكم
 بالبينونة بهذا اللفظ ، والأول أصح . وأنه لو قيل لمن يسمى زيداً : يا زيد ، فقال :
 امرأة زيد طالق ، طلقت امرأته . وقيل : لا تطلق إلا أن يريد نفسه . وأنه لو
 قال : إن أجبت كلامي فأنت طالق ، ثم خاطب الزوج غيرها ، فأجابته ، فالصحيح
 أنها لا تطلق . وأنه لو قال : إن خرجت من الدار بغير إذني فأنت طالق ،
 فأخرجها هو ، هل يكون إذناً ؟ وجهان ، القياس المنع . وأنه لو عزل عن
 عن القضاء ، فقال : امرأة القاضي طالق ، ففي وقوع طلاقه وجهان . وأنه لو قيل :

طلقت امرأتك ، فقال : اعلم أن الأمر على ما تقوله ، لم يكن إقراراً بالطلاق على الأصح . وأنه جلس مع جماعة فقام ولبس خف غيره ، فقالت له : استبدلت بخفك ولبست خف غيرك ، فحلف بالطلاق أنه لم يفعل ذلك ، فإن كان خروج بعد خروج الجماعة ، ولم يبق هناك إلا ما لبسه ، لم تطلق ، لأنه لم يستبدل ، بل استبدل الخارجون قبله ، وإن بقي غيره ، طلقت .

قلت : هذا الكلام ضعيف في الطرفين جميعاً ، بل صواب المسألة أنه إن خرج بعد خروج الجميع ، نظر ، إن قصد أني لم أجد بدله ، كان كاذباً ، فإن كان عالماً بأنه أخذ بدله ، طلقت ، وإن كان ساهياً ، فعلى قولي طلاق النامي ، وإن لم يكن قصد ، خرج على الخلاف السابق ، في أن اللفظ الذي يختلف ^(١) دلالة بالوضع ^(٢) والعرف ، على أيها يحمل لأن هذا يسمى استبدالاً في العرف . وأما إن خرج وقد بقي بعض الجماعة ، فإن علم أن خفه ^(٣) مع الخارجين قبله ، فحكمه ما ذكرنا ، وإن علم أنه كان باقياً ، أو شك ، ففيه الخلاف في تعارض الوضع والعرف . والله أعلم

وأنه لو رأى امرأته تنحت خشبة ، فقال : إن عدت إلى مثل هذا الفعل فأنت طالق ، فنحتت خشبة من شجرة أخرى ، ففي وقوع الطلاق [وجهان] لأن النحت كالنحت ، لكن المنحوت غيره .

قلت : الأصح الوقوع . والله أعلم

وأنه لو قال : إن لم تخروجي الليلة من داري فأنت طالق ، فخلعها مع أجنبي في الليل وجدد نكاحها ولم تخروج ، لم تطلق .

(٢) في الأصل : بالوقع .

(١) في الأصل : يتخلف .

(٣) في الأصل : حقه .

وأنه لو حلف لا يخرج من البلد إلا معها ، فخرجاً ، وتقدم معها بخطوات ، فوجهان . أحدهما : لا يحنث للعرف . والثاني : يحنث ، ولا يحصل البر إلا بخروجها معاً بلا تقدم ، وأنه لو حلف أن لا يضربها إلا بالواجب ، فشتمه ، فضربها بالحشب ، طلقت لأن الشتم لا يوجب الضرب بالحشب ، وإنما تستحق به التعزير ، وقيل خلافه .

قلت : الأصح ، لا تطلق هنا ، ولا مسألة التقدم بخطوات يسيرة .
والله أعلم

وأنه لو قال لزوجته : إن علمت من أختي شيئاً فلم تقوله لي فأنت طالق ، انصرف ذلك إلى ما يوجب رية ويوم فاحشة ، دون ما لا يقصد العلم به ، كالأكل والشرب ، ثم لا يخفى أنه لا يشترط أن تقوله على الفور ، وأنها لو مرقت منه ديناراً فحلف بالطلاق لتدبينه عليه ، وكانت قد أنفقت ، لا تطلق حتى يحصل اليأس من رده بالموت ، فإن تلف الدينار وهما حيان ، فوقع الطلاق على الخلاف في الحنث بفعل المكروه .

قلت : إن تلف بعد التمكن من الرد ، طلقت على المذهب . **والله أعلم**

وأنه لو سمع لفظ رجل بالطلاق ، وتحقق أنه سبق لسانه إليه ، لم يكن له أن يشهد عليه بمطلق الطلاق . وأنه لو قال : إن رأيت الدم فأنت طالق ، فالظاهر حمله على دم الحيض . وقيل : يتناول كل دم . وأنه لو قال : إن دخلت هذه الدار ، فأنت طالق ، وأشار إلى موضع من الدار ، فدخلت غير ذلك الموضع من الدار ، ففي وقوع الطلاق وجهان .

قلت : أصحابها الوقوع ظاهراً ، لكنه إن أراد ذلك الموضع ، دين .
والله أعلم

وأنه لو قال : إن كانت امرأتي في المأثم ، فأمتي ^(١) حرة ، وإن كانت أمتي في الحمام ، فأمرأتي طالق ، وكاننا عند التعليق كما ذكر ، عتقت الأمة ، ولم تطلق الزوجة ، لأن الأمة عتقت عند تمام التعليق الأول ، وخرجت عن كونها أمتة ، فلا يحصل شرط الطلاق . ولو قدم ذكر الأمة فقال : إن كانت أمتي في المأثم فأمرأتي طالق ، وإن كانت امرأتي في الحمام ، فأمتي حرة ، فكاننا كما ذكر ، طلقت الزوجة . ثم إن كانت رجعية ، عتقت الأمة أيضاً ، وإلا فلا . ولو قال : إن كانت هذه في المأثم ، وهذه في الحمام ، فهذه حرة ، وهذه طالق ، وكاننا ، حصل العتق والطلاق . وأنه لو قال : إن كان هذا مملوكي فأنت طالق ، ثم وكل من يبيعه ، هل يكون إقراراً [بأنه ملكه ؟] وجهان ، وكذا لو تقدم التوكيل على التعليق .

قلت : إذا تقدم التوكيل ، يبعد ^(٢) وقوع الطلاق ، إذ لم يوجد حال التعليق ولا بعده ما يقتضي الإقرار ، واختار في الحالتين أنه لا طلاق ، إذ يحتمل أن يكون وكيلاً في التوكيل ببيعه ، أو كان لغيره وله عليه دين ، وقد تعذر استيفاؤه ، فيبيعه ليملك منه ، أو باعه غصباً ، أو باعه بولاية كالوالد والوصي ^(٣) والناظر .
وانتدأ علم

وأنه لو كان بين يديه تفاحتان ، فقال لزوجه : إن لم تأكلي هذه التفاحة اليوم فأنت طالق ، وقال لأمتة : إن لم تأكلي الأخرى اليوم فأنت حرة ، واشتبهت التفاحتان ، فوجهان . أحدهما : أن الطريق أن تأكل كل واحدة تفاحة ، فلا يقع عتق ولا طلاق للشك ، والثاني : تأكل كل واحدة ما ظنت هي والزوج أنها تفاحتها . ولو خالغ الزوج وباع الأمة في يومه ، ثم جدد النكاح والشراء ، تخلص

(١) في الأصل : المأثم أمتي . (٢) في الأصل : ينقد .

(٣) في الأصل : كالولد والوصي ، وفي إحدى نسخ الظاهرية « والقاضي » بدل « الوصي » .

من الحنث . وقيل : يبيع الأمة للمرأة في يومه ، وتاكل المرأة التفاحتين ، وأنه لو قال لامرأته : كلما كلمت رجلاً فأننا طالقان ، ثم قال لرجلين : اخرجا ، طلقنا . ولو قال : كلما كلمت رجلاً فأنت طالق ، فكلم رجلين بكلمة ، طلقت طلقتين على الصحيح ، وقيل : طلقة . وأنه لو قال : أنت طالق إن تزوجت النساء ، أو اشتريت العبيد ، لم تطلق إلا إذا تزوج ثلاث نسوة ، أو اشترى ثلاثة أعبد . وأنه لو حلف لا يخرج من الدار ، فتعلق بغصن شجرة في الدار ، والغصن خارج ، حنث على الأصح . وأنه لو قال : إن لم تصومي غداً فأنت طالق ، فحاضت ، فوقع الطلاق على الخلاف في المكروه . وأن لو قال لنسوته الأربع : من حل منكن هذه الحشبة فهي طالق ، فحملها ثلاث منهن ، فإن كانت حشبة ثقيلة لاتستقل بحملها واحدة ، طلقن . وإن استقلت ، لم تطلق واحدة منهن . وقيل : يطلقن . وأنه لو قال : أنت طالق إن لم أطأك الليلة ، فوجدها حائضاً أو محرمة ، فعن المزني أنه حكى عن الشافعي ، ومالك ، وأبي حنيفة أنه لا طلاق ، فاعترض وقال : يقع ، لأن المعصية لاتعلق لها باليمين ، ولهذا لو حلف أن يعصي الله تعالى ، فلم يعص ، حنث . وقيل ما قاله المزني هو المذهب ، واختيار القفال . وقيل : على القولين ، كفوات البر بالإكراه .

وأنه لو قال : إن لم أشبعك من الجماع الليلة فأنت طالق ، فقبل : يحصل البر إذا جامعها وأقوت أنها أنزلت . وقيل : يعتبر ^(١) مع ذلك أن تقول : لا أريد الجماع ثانياً ، فإن كانت لا تنزل ، فيجامعها إلى أن تسكن لذاتها ، وإن لم تشته الجماع فيحتمل أن يبني على الخلاف في التعليق بالمحال . وأن الوكيل بالطلاق إذا طلق لا يحتاج إلى نية إيقاع الطلاق عن موكله في الأصح . وأنه إن قال : إن بت عندك الليلة فأنت طالق ، فبات في مسكنها وهي غائبة ، لم تطلق . وأنه لو قال : إن لم أصطد ذلك الطائر اليوم فأنت طالق ، فاصطاد طائراً ، وادعى أنه ذلك الطائر ،

(١) في الأصل : تعين .

قبل ، للاحتيال ، والأصل النكاح . فإن قال الحالف : لا أعرف الحال واحتمل
الأمورين ، فيحتمل وقوع الطلاق وعدمه .

قلت : الأصح عدمه كما سبق في آخر الباب الرابع في المسألة : أنت طالق
إن لم يدخل زيد اليوم الدار وجعل دخوله ، والله أعلم

ولو قال : أنت طالق الطلقة الرابعة ، فهل تطلق ؟ وجهان يقربان من الخلاف
في التعليق بالمحال .

فصل

ذكر اسماعيل البوشنجي أنه لو حلف بالطلاق لاتساكنه شهر رمضان ، تعلق
الحنث بمساكنة جميع الشهر ، ولا يحنث ببعضه ، وبهذا قال إمام العراقيين ، يعني
أبا بكر الشاشي ، وعن محمد بن يحيى : يحنث بمساكنة ساعة منه ، كما لو حلف
لا يكلمه شهر رمضان ، يحنث بتكليمه مرة . وأنه لو قال : امرأتي طالق إن
أفطرت بالكوفة ، وكان يوم الفطر بالكوفة ، فلم يأكل ولم يشرب ، ففقتضى المذهب
أنه لا تطلق ، لأن الإفطار محمول على تناول ما كول أو مشروب ، وأنه لو حلف
أنه لا يعيد بالكوفة ، فأقام معها يوم العيد ، ولم يخرج إلى العيد ، حنث ويحتمل
المنع . ولو قال : إن أكلت اليوم إلا رغيفاً فانت طالق ، فأكلت رغيفاً ثم فاكهة ،
طلقت . ولو قال : إن أكلت أكثر من رغيف ، فأكلت خبزاً بإدام ، طلقت
أيضاً . وأنه لو قال : إن أدركت الظهر مع الإمام فانت طالق ، فأدركته
فيما بعد الركعة الأولى ، لم تطلق على قياس مذهبنا ، لأن الظهر عبارة عن
الركعات الأربع ، ولم يدركها .

قلت : هذا فيه نظر ، فإنه يقال : أدرك الجماعة ، وأدرك صلاة الإمام ، ولكن

الظاهر أنه لا يقع ، لأن حقيقته ^(١) إدراك الجميع ، ومنه الحديث « ما أدركم فصلوا ، وما فاتكم فاقضوا » . والله أعلم

وأنه لو طلق نسوته طلاقاً رجعياً ، ثم قال : كل واحدة أراجعها فهي طالق كلما كلمت فلاناً ، فراجع امرأة ، ثم كلم فلاناً ، ثم راجع أخرى ، طلقت الأولى دون الثانية ، لأن شرط الحث المراجعة قبل الكلام ، فإن كلمه مرة أخرى ، طلقت الثانية أيضاً . وأنه لو قال : آخر امرأة أراجعها فهي طالق ، فراجع نسوة ، ومات ، يقع الطلاق على آخرهن مراجعة باليقين ^(٢) . حتى لو انقضت عدتها من ذلك الوقت ، لم ترثه وإن كان وطنها ، فعليه مهر مثلها . وأنه إذا علق الطلاق على النكاح ، فهو محمول على العقد دون الوطء ، إلا إذا نوى . وأنه لو تخاصم الزوجان في المراودة ، فقال : إن لم نجئي إلى الفراش الساعة فأنت طالق ، ثم طالت الحصومة حتى مضت الساعة ، ثم جاءت إلى الفراش ، فالقياس أنها طلقت . وأنه لو قال : إن كلمت بني آدم فأنت طالق ، فالقياس أنها لا تطلق بكلام واحد ولا اثنين ، إلا إذا أعطيناهما حكم الجمع . وأنه لو قال : إن دخلت الدار فعبيدي حر ، أو كلمت فلاناً فامرأتي طالق ، سألناه لنتبين أي اليمينين ^(٣) أراد منها ، فما أراد تقرر .

وأنه لو قال : أنت طالق في الدار ، فطلق هذا يقتضي وقوع الطلاق إذا دخلت هي الدار .

وأنه لو قال : إن ملكتما عبداً فأنت طالق ، فشرط الحث على ما يقتضيه القياس ، أن يملكاه معاً ، حتى لو ملك أحدهما عبداً ثم باعه لصاحبه ، لا يباحث .

(١) في الأصل : حقيقة . (٢) في الأصل : اليمين .

ولو قال : إن لبست قميصين فأنت طالق ، فلبستها متوالين ، طلقت على قياس المذهب . وأنه لو قال : إن اغتسلت في هذه الليلة فأنت طالق ، فاغتسل فيها من غير جنابة ، وقال : قصدت يميني غسل الجنابة ، فالقياس أنه يدّين ولا يقبل ظاهراً ، وأنه لو حلف في جنح الليل أنه لا يكلم فلاناً يوماً ، ولانية له ، فعليه أن يمتنع من كلامه في اليوم الذي يليه ، ولا بأس بأن يكلمه في بقية الليل ، وأنه لو قال : أنت طالق إن دخلت الدار ثنتين أو ثلاثاً أو عشرأ ، فهو مجمل^(١) ، فإن قال : أردت أنها تطلق واحدة إن دخلت الدار مرتين ، أو ثلاثاً ، صدق ، فإن اتهم ، حلف ، وإن أراد وقوع الطلاق بالعدد المذكور ، وقع الثلاث ، ولغت الزيادة ، وأنه لو قال : إن خرجت من الدار فأنت طالق ، وللدار بستان بابه مفتوح إليها ، فخرجت إلى البستان ، فالذي يقتضيه المذهب أنه إن كان بحيث يعد من جملة الدار ومراقفها لا تطلق ، وإلا فتطلق .

وأنه لو قال لأبويه : إن تزوجت مادماً حين ، فامرأتي هذه طالق ، فمات أحدهما ، فتزوج ، ينبغي أن لا يقع طلاقه . وأنه لو حلف لا يطعنه بنصل هذا الرمح أو السهم ، فتزح النصل ، وجعله في رمح آخر . وطعنه به ، حنث . وأنه لو قال : إن شتمتني واعتنتي فأنت طالق ، فلعنته ، لم تطلق ، لأنه علق على الأمرين . وأنها لو خرجت إلى قرية للضيافة ، فقال : إن مكثت هناك أكثر من ثلاثة أيام فأنت طالق ، فخرجت من تلك القرية بعد الثلاثة أو قبل ، ثم رجعت إليها ، فينبغي أن لا تطلق . وأنه لو قال نصف الليل ، إن بت^٢ مع فلان ، فأنت طالق ، فبات معه بقية الليل ، طلقت على مقتضى القياس ، ولا يشترط أن يبيت جميع الليل ولا أكثر .

قلت : المختار ، أن المبيت يحمل مطلقه على أكثر الليل إذا لم يكن قرية كما سبق في المبيت بمعنى ، لكن الظاهر الحنث هنا لوجود القرينة . والله أعلم

(١) في الأصل : محتمل .

ولو حلف أنه ما يعرف فلاناً ، وقد عرفه بوجهه ، وطالت صحبته له ، إلا أنه لا يعرف اسمه ، حث على قياس المذهب ، وبه قال سعد الاسترابادي . وأنه لو قال : آخر امرأة أراجعها فهي طالق ، فراجع حفصة ثم عمرة ، ثم طلق حفصة ثم راجعها ، فالذي أراه أن حفصة تطلق لأنها صارت آخراً بعدما كانت أولاً . وأنه لو قال : إن نمت على ثوبٍ لك فأنت طالق ، فوضع ^(١) رأسه على مرفقة لها ، لا تطلق ، كما لو وضع عليها يديه أو رجله . وأنه لو حلف لا يأكل من مال فلان ، فنتى ما كولاً فالتقطه وأكله ، حث ، وكذا لو تناهدا فأكلا من طعامه .

قلت : صورتان مشكلتان ، واختار في مسألة النثار ، بناؤه على الخلاف ، في أنه يملكه الآخذ أم لا ؟ فإن قلنا بالأصح : إنه يملكه ، لم يحث ، وإلا فيخرج على الخلاف السابق في الضيف ونحوه ، أنه هل يملك الطعام المقدم إليه ومتى يملكه ؟ وأما مسألة المناهدة وهي خلط المسافرين نفقتهم واشتراكهم في الأكل من المختلط ، ففيها نظر ، لأنها في معنى المعاوضة ^(٢) ، وإلا فيخرج على مسألة الضيف . والله أعلم .

وأنه لو قال : إن دخلت دار فلان ما دام فيها فأنت طالق ، فتحول فلان منها ثم عاد إليها ، فدخلتها ، لا تطلق ، وأنه لو قال : إن قتلته يوم الجمعة فأنت طالق ، فضربه يوم الخميس ومات يوم الجمعة بسبب ذلك الضرب ، لم تطلق ، لأن القتل هو الفعل المفوت للروح ، ولم يوجد ذلك يوم الجمعة . وأنه لو قال : إن أغضبتك فأنت طالق ، فضرب ابنها ، طلقت وإن كان ضرب تأديب . وأنه لو حلف ليصومن [زماناً ، أنه يحث بصوم بعض يوم إن قلنا : إن من حلف ليصومن ، أنه يحث بالشروع فيه ، وأنه لو حلف ليصومن] أزيمة ، بر بصوم يوم لاشتتاله على أزيمة . ولو حلف ليصومن الأيام ، فيحمل على أيام العمر ، أو على ثلاثة أيام ، وهو الأولى . وأنه لو قال : إن كان الله سبحانه وتعالى يعذب الموجودين ، فأنت طالق ، طلقت .

(١) في الأصل : فوقح . (٢) في الأصل : المعاوضة .

قلت : هذا إذا قصد إن كان يعذب أحداً منهم ، فإن قصد إن كان يعذبهم كلهم ، أو لم يقصد شيئاً ، لم تطلق لأن التعذيب مختص ببعضهم . والله أعلم

وأنه لو اتهمته امرأته بالغلمان ، فحلف بالطلاق لا يأتني حراماً ، ثم قبل غلاماً ، أو لمسه ، بحث لعموم اللفظ . وأنه لو قال : أنت طالق إن خرجت من الدار ، ثم قال : لا تخرجين من الصفّة أيضاً ، فخرجت من الصفّة ، لم تطلق ، لأن قوله : ولا تخرجين كلام مبتدأ ليس فيه صيغة تعليق ولا عطف .

فصل

عن البويطي أنه لو قال : أنت طالق بمكة ، أو في مكة ، أو في البحر ، طلقت في الحال ، إلا أن يريد إذا حصلت هناك . وكذا لو قال : في الظل وهما في الشمس ، بخلاف ما إذا كان الشيء منتظراً غير حاصل ، كقوله : في الشتاء وهما في الصيف ، لا يقع حتي يجيء الشتاء .

فصل

في «الزيادات» لأبي عاصم العبادي أنه لو قال : إن أكلت من الذي طبخته هي فهي طالق ، فوضعت القدر على الكانون ، وأوقدت غيرها ، لم تطلق ، وكذا لو سجر التنور غيرها ووضعت القدر فيه . وأنه لو قال : إن كان في بيتي نار فأنت طالق ، وفيه سراج ، طلقت . وأنه لو حلف لا يأكل من طعامه ، ودفع إليه دقيقتاً ليخبزه له فخبزه بخميرة من عنده ، لم يحنث لأنه مسنهك وأنها لو قالت : لا طاقة لي بالجوع معك ، فقال : إن جعت يوماً في بيتي فأنت طالق ، ولم ينو المجازاة ، تعتبر حقيقة الصفّة ، ولا تطلق بالجوع في أيام الصوم ، وأنه لو قال : إن دخلت دارك فأنت طالق ، فباعها ودخلها ، لم تطلق على الأصح .

فصل

قال : إن لم تكوني أحسن من القمر ، أو إن لم يكن وجهك أحسن من القمر فأنت طالق ، قال القاضي أبو علي الزجاجي والقفال وغيرهما : لا تطلق ، واستدلوا بقول الله تعالى : (لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم) [التين : ٤] .

قلت : هذا الحكم والاستشهاد ، متفق عليه ، وقد نص عليه الشافعي رحمه الله ، وقد ذكرت النص في ترجمة الشافعي من كتاب « الطبقات » . قال الشيخ إبراهيم المروذي : لو قال : إن لم أكن أحسن من القمر فأنت طالق ، لا تطلق ، وإن كان زنجياً أسود . والله أعلم

فصل

في فتاوى الحناطي أنه لو قال : إن قصدتك بالجماع فأنت طالق ، فقصدته المرأة ، فجامعها ، لم تطلق ، وإن قال : إن قصدت جماعك ، طلقت في هذه الصورة .

فصل

حكى أبو العباس الروياني ، أن امرأة قالت لزوجها : اصنع لي ثوباً ليكون لك فيه أجر ، فقال : إن كان لي فيه أجر فأنت طالق ، فقالت : استفتيت فيه إبراهيم بن يوسف العالم ، فقال : إن كان إبراهيم بن يوسف عالماً فأنت طالق ، فاستفتى إبراهيم بن يوسف فقال : لا يحنث في اليمين الأولى ، لأنه مباح ، والمباح لا أجر له فيه ، ويحنث في الثانية ، لأن الناس يسمونني عالماً . وقيل : يحنث في الأولى أيضاً ، لأن الإنسان يؤجر في ذلك إذا قصد البر ، وحكى الوجهين القاضي الروياني في كتابه « التجزئة » ، وقال : الصحيح الثاني .

قلت : لا معنى للخلاف في مثل هذا ، لأنه إن قصد الطاعة كان فيه أجر ويحنث ، وإلا فلا ، ومقتضى الصورة المذكورة ، أن لا يحنث ، لأنه لم يقع فعل نية الطاعة . والله أعلم

فصل

قال شافعي : إن لم يكن الشافعي أفضل من أبي حنيفة ، فامرأتي طالق ،
وقال حنفي : إن لم يكن أبو حنيفة أفضل من الشافعي ، فامرأتي طالق ، لا يحكم
بالطلاق على أحدهما ، وشبهوه بمسألة الغراب . وعن القفال : لا يفتى ^(١) في هذه
المسألة . وفي تعليق الشيخ إبراهيم المروذي في هذه المسألة ، أنه لو قال السني :
إن لم يكن الحخير والشر من الله تعالى فامرأتي طالق ، وقال المعتزلي : إن كانا
من الله تعالى فامرأتي طالق ، أو قال السني : إن لم يكن أبو بكر أفضل من
علي رضي الله عنهما فامرأتي طالق ، فقال الرافضي : إن لم يكن علي أفضل من
أبي بكر ، وقع طلاق المعتزلي والرافضي ، وأنه لو قال لها : أفرغي البيت من
قماسك ، فإن دخلت ووجدت فيه شيئاً من قماشك ولم أكسره على رأسك فانت
طالق ، فدخل فوجد في البيت هاوئناً لها ، فوجهان . أحدهما : لا تطلق ، للاستحالة ، والثاني :
تطلق عند اليأس قبيل موتها أو موته . وأنه لو تخاصم الزوجان فخرجت مكشوفة
الوجه ، فعدا خلفها وقال : كل امرأة لي خرجت من الدار مكشوفة ليقع
نظر الأجانب عليها فهي طالق ، فسمعت قوله فرجعت ولم يبصرها أجني ، طلقت ،
ولو قال : كل امرأة لي خرجت مكشوفة ويقع نظر الأجانب عليها فهي طالق ،
فخرجت ولم يبصرها أجني ، لم تطلق . والفرق أن الطلاق في الصورة الثانية
معلق على صفتين ، ولم يوجد إلا إحداهما ، وفي الأولى على صفة فقط وقد وجدت .
قلت : هكذا صواب صورة هذه المسألة ، وكذا حقيقتها من كتاب إبراهيم
المروذي ، ووقعت في نسخ من كتاب الرافعي مغيرة . والله أعلم

(١) في الأصل : لا يفتضي .

كتاب الرجعة

هي بفتح الراء وكسرهما ، والفتح فيه أفصح ، وفيه بابان .

الاول : في أركانها ، وهي أربعة .

الاول : سببها ، والمطلقات قسمان .

الاول : من لم يستوف زوجها عدد طلاقها ، وهي نوعان ، بائن ورجعية ، فالبائن هي المطلقة قبل الدخول أو بعوض ، فلا يحل له إلا بنكاح جديد ، والرجعية ، هي المطلقة بعد الدخول بلا عوض .

القسم الثاني : مطلقة استوفى عدد طلاقها ، فلا تحل له برجعة ولا بنكاح إلا بعد محال ، وإن شئت اختصرت ، فقلت : الرجعية مطلقة بعد الدخول [بلاعوض] ولا استيفاء عدد .

فرع

سواء في ثبوت الرجعة طلق بصريح أو كناية ، ولو طلق ثم قال : أسقطت حق الرجعة ، أو طلق بشرط أن لا رجعة ، لم يسقط ولا مدخل الرجعة في الفسوخ .

الركن الثاني : الزوج المرتجع ، ويشترط فيه أهلية النكاح ، والاستحلال ، والبلوغ ، والعقل ، فلا رجعة لموتد ، ولو طلق رجل فجن ، فينبغي أن يجوز لوليّه

المراجعة حيث يجوز ابتداء النكاح ، هذا إذا جوزنا التوكيل في الرجعة وهو الصحيح ، وللعبد المراجعة بغير إذن سيده على الصحيح .

الركن الثالث : الصيغة ، فتحصل الرجعة بقوله : رجعتك أو راجعتك أو ارتجعتك ، وهذه الثلاثة صريحة ، ويستحب أن يضيف إلى النكاح أو الزوجية ، أو نفسه ، فيقول : رجعتك إلى نكاحي أو زوجيتي ^(١) أو إلي ، ولا يشترط ذلك ، ولا بد من إضافة هذه الألفاظ الى مظهر أو مضمهر ، كقوله : راجعت فلانة أو راجعتك ، فأما مجرد راجعت وارتجعت ، فلا ينفع . ولو قال : راجعتك للمحبة أو للإهانة أو للأذى ، وقال : أردت لمحبتي إياك ، أو لأهنيك ، أو أؤذيك ، قبل وحصلت الرجعة ، وإن قال : أردت أني كنت أحبها أو أهيتها قبل النكاح ، فردتها إلى ذلك ، قبل ولم تحصل الرجعة ، وإن تعذر سؤاله بموته ، أو أطلق ، حصلت الرجعة ، لأن اللفظ صريح وظاهره إرادة المعنى الأول ، وأشير فيه الى احتمال ، ولو قال : رددتها ، فالأصح أنه صريح ، فعلى هذا ، في اشتراط قوله : إلي أو إلى نكاحي ، وجهان : أحدهما : يشترط ، ولو قال : أمسكتك ، فهل هو كناية أم صريح أم لغو ؟ فيه أوجه ، أحدها عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب والرويان وغيرهم : كناية ، وصحح البغوي كونه صريحاً ، وهو قول ابن سلمة والاصطخري ، وابن القاص .

قلت : صحح الرافعي في « المحرر » أنه صريح . والله أعلم

فإن قلنا : صريح ، فيشبه أن يجيء في اشتراط الإضافة وجهان ، كالرد . وحزم البغوي بعدم الاشتراط ، وأنه مستحب . ولو قال : تزوجتك أو نكحتك ، فهل هو كناية أم صريح ، أم لغو ؟ أوجه . أحدها : الأول ، وبه قال القاضي

(١) في الأصل : أو زوجي .

ويجري الخلاف فيما لو جرى العقد على صور الإيهاب والقبول ، قال الروياني :
الأصح هنا الصحة ، لأنه أكد في الإباحة .

قلت : ولو قال : اختوت رجعتك ونوى الرجعة ، ففي حصولها وجهان حكاهما
الثاني ، الأصح الحصول . والله أعلم

فرع

تصح الرجعة بالعجمية ، سواء أحسن العربية أم لا ، وقيل : لا ، وقيل :
بالفرق ، والصحيح الأول .

فرع

هل صرائح الرجعة منحصرة ، أم كل لفظ يؤدي معنى الصريح صريح ، كقوله :
رفعت تحريمك وأعدت حلك ونحوهما ؟ فيه وجهان ، أصحها : الانحصار ، لأن
الطلاق صرائحه محصورة ، فالرجعة التي هي تحصيل إباحة أولى .

فرع

لا يشترط الاشهاد على الرجعة على الأظهر ، فعلى هذا ، تصح بالكتابة مع
القدرة على النطق ، وإلا فلا .

فرع

لا تقبل الرجعة التعليق ، فلو قال : راجعتك إن شئت ، فقالت : شئت ،
لم يصح ، ولو قال : إذ شئت ، أو أن شئت بفتح الهمزة ، صح . ولو طلق
لأحدى زوجتيه مبها ، ثم قال : راجعت المطلقة ، لم يصح على الأصح . ولو قال
لرجعية : متى راجعتك فأنت طالق ، أو قال لمن في صلب النكاح : متى طلقتك

وراجعتك فانت طالق ، فراجعها فهل تصح الرجعة وتطلق ، أم لاتصح أصلاً ، أم تصح ولاتطلق وبلغو الشرط ؟ فيه أوجه ، الصحيح الأول .

فرع

لا تحصل الرجعة بالوطء والتقيل وشبهها .

الركن الرابع : المحل ، وهي الزوجة ، ولا يشترط رضاها ، ولا رضا سيد الأمة ، ويستحب إعلامه ، ويشترط فيها بقاؤها في العدة ، وكونها قابلة للحل ، فلو ارتد الزوجان أو أحدهما في العدة ، فراجعها في حال الردة ، لم يصح ، وإذا أسلما قبل انقضاء العدة ، فلا بد من استئناف الرجعة ، نص عليه ، وبه قال الأصحاب . وقال المزي : الرجعة موقوفة . فإذا أسلما في العدة ، تبينا صحتها . قال الإمام : وهذا له وجه ، ولكن لم أر من الأصحاب من جعله قولاً مخرجاً ، فعلى النص ، لو ارتد الزوجان أو أحدهما بعد الدخول ، ثم طلقها في العدة ، أو راجعها ، فالطلاق موقوف ، إن جمعها الإسلام في العدة ، تبينا نفوذه ، والرجعة باطلة ، ولو كانا ذميين فأسلمت فراجعها وتخلف ، لم يصح ، ولو أسلم في العدة ، احتاج إلى الاستئناف .

فرع

إذا أثبتنا العدة بالوطء في الدبر ، أو بالخلوة ، ثبتت الرجعة على الأصح . قلت : مما يتعلق بالركن ، قال إبراهيم المروذي : لو كان تحت حرة وأمة ، فطلق الأمة رجعية ، فله رجعتها . والله أعلم

فصل

العدة تكون بالحمل أو الأقراء أو الأشهر ، فلو ادعت المعتدة بالأشهر انقضائها ،

وأكثر الزوج ، صدق يمينه ، لأنه اختلاف في وقت طلاقه . ولو قال : طلقتك في رمضان . فقالت : بل في شوال ، فقد غلطت على نفسها فتؤاخذ بقولها . وأما عدة الحامل ، فتتقضي بوضع الحمل التام المدة ، حياً كان أو ميتاً أو ناقص الأعضاء ، وبإسقاط ما ظهر فيه صورة آدمي ، فإن لم يظهر ، فقولان مشروحان في كتاب « العدة » . ومتى ادعت وضع حمل أو سقط [أو] مضغة ، إذا اكتفينا بها ، صدقت يمينها . وقيل : لا تصدق مطلقاً ، ولا بد من بينة ، وقيل : لا تصدق في الولد الميت إذا لم يظهر . وقيل : ولا في الولد الكامل . وقيل : ولا في السقط ، والمذهب الأول ، قال الأئمة : وإنما يصدقها فيما يرجع في العدة بشرطين . أحدهما : أن تكون ممن تحيض . فلو كانت صغيرة أو آيسة ، لم تصدق والثاني : أن تدعي الوضع لمدة الإمكان ، ويختلف الإمكان بحسب دعواها . فإن ادعت ولادة ولد تام ، فأقل مدة تصدق فيها ستة أشهر ولحظتان من حين إمكان اجتماع الزوجين بعد النكاح لحظة لإمكان الوطء ، ولحظة للولادة ، فإن ادعت لأقل من ذلك ، لم تصدق ، وكان للزوج رجعتها . وإن ادعت إسقاط سقط ظهرت فيه الصورة ، فأقل مدة إمكانه أربعة أشهر ولحظتان من يوم إمكان الاجتماع ، وإن ادعت إلقاء مضغة لاصورة فيها ، فأقل مدة إمكانها ثمانون يوماً ، ولحظتان من يوم إمكان الاجتماع .

وأما المعتدة بالأنثاء ، فإن طلقت في الطهر حسب بقية الطهر قرءاً ، وإن طلقت في الحيض ، اشترط مضي ثلاثة أطهار كاملة ، كما سيأتي في العدد إن شاء الله تعالى . فأقل مدة تمكن انقضاء العدة فيها إذا طلقت في الطهر اثنان وثلاثون يوماً ولحظتان ، وذلك بأن تطلق وقد بقي من الطهر لحظة ، ثم تحيض يوماً وليلة ، ثم تطهر خمسة عشر ، ثم تحيض يوماً وليلة ، وتطهر خمسة عشر ، ثم تطعن في الحيض ، هذا هو المذهب . ولنا وجه أنه لا تعتبر اللحظة الأولى تفريعاً على

أن القرء هو الانتقال من الطهر إلى الحيض ، فإذا صادف الطلاق آخر جزء من الطهر ، حسب ذلك قرءاً ، ويظهر تصوير ذلك فيما إذا علق الطلاق بآخر . وفي قول : لا يحكم بانقضاء العدة بمجرد الطعن في الدم آخرأ ، بل يشترط مضي يوم وليلة ، ثم هل اليوم والليلة على هذا ، أو اللحظة على المذهب من نفس العدة ، أم ليس منها وإنما هو لاستيقان انقضاء الأقراء ؟ فيه وجهان ، أصحها : الثاني ، وتظهر فائدتها في ثبوت الرجعة في ذلك الوقت ، هذا كله تفريع على المذهب أن أقل الحيض يوم وليلة ، فإن جعلناه أقل من ذلك ، نقص زمن الإمكان عن المدة المذكورة ، هذا كله في طهر غير المبتدأ ، أما إذا طلقت المرأة قبل أن تحيض ، ثم حاضت ، فبني أمرها على أن القرء طهر محتوش بدمين ، أم لا يشترط فيه الاحتواش ؟ فإن لم يشترط ، فحكمها في مدة الإمكان حكم غيرها ، وإن شرطناه ، فأقل مدة إمكانها ثمانية وأربعون يوماً ولحظة ، هذا كله إذا طلقت في طهر . أما المطلقة في حيض ، فأقل مدة إمكانها سبعة وأربعون يوماً ولحظة ، بأن تطلق في آخر جزء من الحيض ، ويظهر تصويره فيما إذا علق طلاقها بآخر جزء من حيضها ، ثم تطهر خمسة عشر يوماً ، ثم تحيض يوماً وليلة ، وتطهر خمسة عشر ، ثم تحيض يوماً وليلة ، وتطهر خمسة عشر ، وتطعن في الحيض ، وفي لحظة الطعن ما ذكرناه في المطلقة في الطهر ، ولا تحتاج هنا إلى تقدير لحظة في الأول ، لأن اللحظة هناك تحسب قرءاً ، هذا حكم الحرة ، وأما الأمة ، فإن طلقت في طهر ، فأقل مدة إمكانها ستة عشر يوماً ولحظتان ، وإن طلقت ولم تحض قط ، ثم ظهر الدم وشرطنا في القرء الاحتواش ، فأقل مدة الإمكان اثنان وثلاثون يوماً ولحظة ، وإن طلقت في الحيض ، فالأقل أحد وثلاثون يوماً ولحظة . إذا عرف هذا ، فإن لم يكن للمطلقة عادة في الحيض والطهر مستقيمة ، بأن لم تكن حاضت ثم طراً حيضاً ، وكان لها عادات مضطربة ، أو كانت لها عادة مستقيمة دائرة على الأقل حيضاً وطهراً ، صدقت يمينها إذا ادعت انقضاء الأقراء لمدة الإمكان ، فإن

نكحت عن اليمين ، حلف الزوج وكان له الرجعة ، فإن كان لها عادة مستقيمة دائرة على ما فوق الأقل ، صدقت في دعوى انقضائها على وفق العادة ، وهل تصدق فيما دونها مع الإمكان ؟ وجهان . أصحابها عند الأكثرين : تصدق يمينها ، لأن العادة قد تغير ، والثاني : لا للتهمة ، قال الشيخ أبو محمد : هذا هو المذهب . قال الروياني : هو الاختيار في هذا الزمان . قال : وإذا قالت لنا امرأة انقضت عدتي ، وجب أن نسألها عن حالها ، كيف الطهر والحيض ؟ ونحلفها عند التهمة لكثرة الفساد ، هذا لفظه .

فرع

ادعت انقضاء العدة لدون الإمكان ، ورددنا قولها ، فجاء زمن الإمكان ، فإن كذبت نفسها ، أو قالت : غلطت وابتدأت الآن دعوى الانقضاء ، صدقت يمينها ، وإن أصرت على الدعوى الأولى ، صدقناها الآن أيضاً على الأصح ، لأن إصرارها يتضمن دعوى الانقضاء الآن .

فرع

قال : إن ولدت فأنت طالق ، وطلقت بالولادة ، فأقل زمن يمكن انقضاء أقرانها فيه ، مبني على أن الدم تراه في الستين ، هل يجعل حيضاً ، فيه خلاف سبق . فإن جعلناه حيضاً وهو الأصح ، فأقل زمن تصدق فيه سبعة وأربعون يوماً ولحظة ، كما لو طلقت في الحيض ، فتقدر أنها ولدت ولم تر دمأ ، ويعتبر مضي ثلاثة أطهار وثلاث حيض ، والطعن في الحيضة الرابعة ، وإن لم نجعله حيضاً لم تصدق فيما دون اثنين وتسعين يوماً ولحظة ، منها ستون للنفاس ، وبحسب ذلك قرأ ، وبعدها مدة حيضتين وطهرين ، والاحظة للطعن في الحيضة الثالثة ، هكذا ذكره البغوي ، ولم يعتد المتولي بالنفاس قرأ ، واعتبر مضي مائة وسبعة أيام ولحظة ، وهي مدة النفاس ، ومدة ثلاثة أطهار وحيضتين ، والاحظة للطعن .

فصل

الرجعة مختصة بعدة الطلاق ، فلو وطئ الزوج الرجعية في العدة ، فعليها أن تستأنف ثلاثة أقراء من وقت الوطء ، ويدخل فيها ما بقي من عدة الطلاق ، ولا تثبت الرجعة إلا فيما بقي من عدة الطلاق ، وله تجديد النكاح فيما زاد بسبب الوطء ، ولا يجوز ذلك لغيره . ولو أحبلها بالوطء ، اعتدت بالوضع عن الوطء . وفي دخول ما بقي من عدة الطلاق في عدة الوطء وجهان . أصحها : يدخل ، فإلى هذا ، له الرجعة في عدة الحمل على الأصح ، وحكى البغوي وجهاً ، أن الرجعة تنقطع على هذا بالحمل . فإن قلنا : لا تدخل ، فإذا وضعت ، رجعت إلى بقية الأقراء ، وللزوج الرجعة في البقية التي تعود إليها بعد الوضع ، وله الرجعة أيضاً قبل الوضع على الأصح .

الباب الثاني

في أحكام الرجعية والرجعة

وفيه مسائل .

إحداها : يحرم وطء الرجعية ولسها ، والنظر إليها ، وسائر الاستمتاعات . فإن وطئ ، فلا حد وإن كان عالماً بالتحريم لاختلاف العلماء في إباحته ، وفي العالم وجه ضعيف ، ولا تعزير أيضاً إن كان جاهلاً أو يعتقد الإباحة ، وإلا فيجب . وإذا وطئ ولم يراجع ، لزمه مهر المثل ، وإن راجعها ، فالنص وجوب المهر أيضاً ، ونص فيما لو ارتدت فوطئها الزوج في العدة ثم أسلمت فيها ، فلامهر . وكذا لو أسلم أحد المجوسيين أو الوثنيين ووطئها ، ثم أسلم المتخلف في العدة ، فقال الاصطخوي : في الجميع قولان ، وحكى ابن كج عن ابن القطان ، أنه وجدتهما منصوبين ، والمذهب تقرير النصين الأولين ، لأن أثر الطلاق لا يرتفع

بالرجعة ، بل يبقى نقصان العدة فيكون مابعد الرجعة وما قبل الطلاق كعقدين ،
وأما أثر الردة وتبديل الدين ، فيرتفع بالإسلام ، فيكون الوطء مصادفاً
للعقد الأول .

الثانية : يصح خلع الرجعية على الاظهر ، ويصح الإيلاء والظهار عنها ،
واللعان ، ويلحقها الطلاق . وإذا مات أحدهما في العدة ، ورثه الآخر ، ويجب
نفيها ، وهذه الأحكام مذكورة في أبوابها ، ولو قال : نسائي أو زوجاتي طوالتي ،
دخلت الرجعية فيهن على الأصح المنصوص .

الثالثة : طلق زوجته الرقيقة رجعية ، ثم استراها ، وجب استبراءها ، لأنها
كانت محرمة بالطلاق . فإن بقيت في العدة حيضة كاملة ، كفت ، وإن بقيت
بقية الطهر ، فقليل : يكفي ، وقيل : يشترط حيضة كاملة على القياس ، هذا إذا
قلنا : الاستبراء بالحيض وهو المذهب ، فإن قلنا : بالطهر ، قلنا : بقية الطهر كافية
للاستبراء ، حصل الغرض بها .

فرع

لما نظر الأصحاب في الأحكام المذكورة في هذه المسائل ، استنبطوا منها
أقوالاً في أن الطلاق الرجعي يقطع النكاح ويزيل الملك ، أم لا ؟ أحدها :
نعم ، بدليل تحريم الوطء ووجوب المهر ومنع الخلع على قول . والثاني : لا ،
لوقوع الطلاق وعدم الحد ، وصحة الإيلاء والظهار واللعان ، وثبوت الإرث وصحة
الخلع ، وعدم الإشهاد على الأظهر فيها . واشتهر عن لفظ الشافعي رضي الله عنه ،
أن الرجعية زوجة في خمس آيات من كتاب الله تعالى ، وأراد الآيات المشتملة
على هذه الأحكام . والثالث : أنه موقوف ، فإن لم يراجعها حتى انقضت العدة ،
تبينا زوال الملك بالطلاق . وإن راجع ، تبينا أنه لم يزل ، ورجع الغزالي

القول الأول ، والإمام الثاني . والتحقيق أنه لا يطلق ترجيح واحد منها لما ذكرناه من اختلاف الترجيح في الصور المذكورة .

قلت : المختار ما اختاره الرافعي ، أنه لا يطلق ترجيح ، ونظيره القولان في أن النذر يسلك به مسلك واجب الشرع ، أم جائزة ، وأن الإبراء إسقاط أم تمليك ؟ ويختلف الراجح بحسب المسائل ، لظهور دليل الطرفين في بعضها ، وعكسه في بعض .
واسداعلم

فصل

في الاختلاف

فإذا ادعى أنه راجع في العدة ، وأنكرت ، فإما أن يختلفا قبل ان تنكح زوجاً ، وإما بعده .

القسم الاول : قبله ، فإما ان تكون العدة منقضية ، وإما باقية .

الضرب الاول : منقضية وادعى سبق الرجعة ، وادعت سبق انقضاء العدة ، فلهذا الاختلاف صور .

إحداها : أن يتفقا على وقت انقضاء العدة ، كيوم الجمعة . وقال : راجعت يوم الخميس ، وقالت : بل يوم السبت ، فثلاثة أوجه . الصحيح الذي عليه الجمهور القول قولها يمينها أنها لا تعلمه راجع يوم الخميس . والثاني : القول قوله يمينه . والثالث : قالت : أولاً انقضت يوم الجمعة فصدقها ، وقال : راجعت يوم الخميس ، فهي المصدقة . وإن قال هو أولاً : راجعتك يوم الخميس فهو مصدق لاستقلاله بالرجعة ، والرجعة تقطع العدة . فإن افترن دعواهما ، سقط هذا الوجه ، وبقي الوجه الآخر ، وبقي الأولان .

الصورة الثانية : أن يتفقا على الرجعة يوم الجمعة ، وقالت : انقضت يوم الخميس ،

وقال : بل يوم السبت ، فهل يصدق يمينه أم هي ، أم السابق بالدعوى ؟ أوجه ، الصحيح الأول .

الثالثة : أن لا يتفقا ، بل يقتصر على تقدم الرجعة ، وهي على تأخيرها ، ففيه طرق ذكرناها في آخر نكاح المشرك ، وهنا خلاف آخر حاصله أوجه .
أصحابها : تصديق من سبق بالدعوى ، فلو وقع كلامها معاً ، فالقول قولها ، والثاني : تصديقها مطلقاً ، والثالث : تصديقه ، والرابع : يفرع ويقدم قول من خرجت قرعته ، حكاه القاضي أبو الطيب ، والخامس : يسأل الزوج عن وقت الرجعة ، فإذا تبين صدقته ، وإلا ثبت يمينه ، ويسأل عن وقت انقضاء العدة ، فإن صدقها وإلا ثبت يمينها ، ثم ينظر فيما ثبت من وقتها ، ويجزم للسابق منها ، ولو قال : لا نعلم حصول الأمرين مرتباً ، ولا نعلم السابق ، فالأصل بقاء العدة وولاية الرجعة .

الضرب الثاني : أن تكون العدة باقية ، واختلفا في الرجعة ، فالقول قوله على الصحيح . وقيل : قولها ، لأن الأصل عدم الرجعة ، فإن أرادها ، فلينشئها . فإذا قلنا بالصحيح ، فقد أطلق جماعة ، منهم البغوي ، أن إقراره ودعواه ، يكون إنشاءً ، وحكى ذلك عن القفال ، قال الشيخ أبو محمد : ومن قال به ، يجعل الإقرار بالطلاق إنشاءً أيضاً ، قال الإمام : هذا لا وجه (١) له ، فإن الإقرار والإنشاء يتنافيان ، فذلك إخبار عن ماضٍ ، وهذا إحداث في الحال ، وذلك يدخله الصدق والكذب ، وهذا بخلافه .

فرع

قال : راجعتك اليوم ، فقالت : انقضت عدتي قبل رجعتك ، صدقت هي ، نص عليه ، قال الأصحاب : المراد إذا اتصل كلامها بكلامه ، قالوا : وقوله

(١) في الأصل : الأوجه .

راجعت ، إنشاءً ، وقولها : انقضت عدتي إخبار ، فيكون الانقضاء سابقاً على قولها .

القسم الثاني : إذا نكحت زوجاً بعد العدة ، فجاء الأول وادعى الرجعة في العدة ، فإن أقام بيّنة ، فهي زوجته ، سواء دخل بها الثاني أم لا ، فإن دخل ، فلها عليه مهر المثل ، وإن لم تكن بيّنة ، وأراد تحليفها ، سمعت دعواه على الصحيح ، فلو ادعى على الزوج ، ففي سماع دعواه وجهان ، أصحهما عند الإمام : لا ، لأن الزوجة ليست في يده . والثاني : نعم ، لأنها في حبالته وفراشه ، وبهذا قطع المحامي وغيره من العراقيين . فإذا ادعى عليها ، فإن أقوت بالرجعة ، لم يقبل إقرارها على الثاني ، بخلاف ما لو ادعى على امرأة في حبال رجل أنها زوجته ، فقالت : كنت زوجتك فطلقتني ، فإنه يكون إقراراً له ، وتجعل زوجة له ، والقول قوله في أنه لم يطلقها ، لأن هناك لم يحصل الاتفاق على الطلاق ، وهنا حصل ، والأصل عدم الرجعة ، وتغرم المرأة للأول مهر مثلها ، لأنها فوتت البضع عليه بالنكاح الثاني . وقال أبو إسحاق : لا غرم عليها ، كما لو قتلت نفسها أو ارتدت ، وإن أنكرت ، فـلـ تحلف ؟ فيه خلاف مبني على أنها لو أقوت هل تغرم ؟ إن قلنا : لا ، بإقرارها بالرجعة غير مقبول ولا مؤثر في الغرم ، فلا تحلف ، والأصح التحليف ، فإن حلفت ، سقطت دعواه ، وإن نكحت ، حلف وغرمها مهر المثل ، ولا يحكم ببطان نكاح الثاني وإن جعلنا اليمين المردودة كالبيّنة على قول ، لأنها لا تكون كالبيّنة في حق المتداعين . وحكى الإمام وجهاً أنه يحكم ببطان نكاح الثاني إذا قلنا : كالبيّنة ، وإذا قلنا الدعوى على الزوج الثاني ، نظر ، إن بدأ بالدعوى على الزوجة ، فالحكم كما سبق ، لكن إذا انقضت خصومتها ، بقيت دعواه على الثاني ، وإن بدأ بالدعوى على الثاني ، فإن أنكرك ، صدق بيمينه ، وإن نكل ، ردت اليمين على المدعي ، فإن حلف ، حكم بارتفاع نكاح الثاني ، ولا تصير

المرأة للأول يمينه ، ثم إن قلنا : اليمين المردودة كالبيئة ، فكأنه لم يكن بينها (١) وبين الثاني نكاح ، ولا شيء لها عليه ، إلا أن يكون دخل بها ، فعليه مهر المثل ، وإن قلنا : بالإقرار ، فإقراره عليها غير مقبول ، فلها عليه كمال المسمى إن كان بعد الدخول ، ونصفه إن كان قبله . قال البغوي : والصحيح عندي ، أنها وإن جعلت كالبيئة لا تؤثر في سقوط حقها من المسمى ، بل يختص أثر اليمين المردودة بالمتداعين ، فإذا انقضت الخصومة بينهما ، فله الدعوى على المرأة ، ثم ينظر ، فإن بقي النكاح الثاني ، بأن حلف ، فالحكم كما ذكرنا فيما إذا بدأ بها ، وإن لم يبق ، بأن أقر الثاني للأول بالرجعة ، أو نكل وحلف الأول ، فإن أقرت المرأة سلمت إليه ، وإلا فهي المصدقة باليمين ، فإن نكلت فحلف الأول ، سلمت إليه ، ولها على الثاني مهر المثل إن جرى دخول ، وإلا فلا شيء عليه ، كما لو أقرت بالرجعة ، وكل موضع قلنا : لا تسلم إلى الأول ، لحق الثاني ، وذلك عند إقرارها ، أو نكلها ، ويمين الأول ، فإذا زال حق الثاني بموت وغيره ، سلمت إلى الأول ، كما لو أقر بحرية عبد في يد غيره ، ثم اشتراه ، حكم عليه بحريته .

فرع

إذا أنكرت الرجعة ، واقتضى الحال تصديقها ، ثم رجعت ، صدقت في الرجوع ، وقبل إقرارها نص عليه ، بخلاف ما لو أقرت أنها بنت زيد من النسب ، أو الرضاع ، ثم رجعت وكذبت نفسها ، لا يقبل رجوعها ، ولو زوجت وهي بمن يعتبر رضاها ، فقالت : لم أرض بعقد النكاح ، ثم رجعت فقالت : رضيت وكنت نسيت ، فهل يقبل رجوعها أم لا ولا تحل إلا بعقد جديد ؟ وجهان : المتصوص الثاني ، نقله القاضي أبو الطيب ، ورجح الغزالي الأول .

(١) في الأصل : بينها .

فرع

طلقها طليقة أو طلقين ، وقال : طلقها بعد الدخول ، فلي الرجعة ، فأنكرت الدخول ، فالقول قولها بيمينها . فإذا حلفت ، فلا رجعة ، ولا سكني ، ولا نفقة ، ولا عدة ، ولها أن تزوج في الحال ، وليس له أن ينكح أختها ، ولا أربعاً سواها ، حتى يمضي زمن عدتها ، ثم هو مقر لها بكهال المهر ، وهي لا تدعي إلا نصفه ، فإن كانت قبضت الجميع ، فليس له مطالبتها بشيء ، وإن لم تقبضه ^(١) ، فليس لها إلا أخذ النصف ، فإذا أخذه ثم عادت واعترفت بالدخول ، فهل لها أخذ النصف الآخر ، أم لا بد من إقرار مستأنف من الزوج ؟ فيه وجهان حكاهما إبراهيم المروزي . وفي « شرح المفتاح » لأبي منصور البغدادي : أنه لو كانت قبضت المهر وهو عين ، وامتنع الزوج من قبول النصف ، فيقال له : إما أن تقبل النصف ، وإما أن تبرئها منه . ولو كانت العين المصدقة في يده ، وامتنعت من أخذ الجميع ، أخذه الحاكم ، وإن كان ديناً في ذمته ، قال لها : إما أن تبرئه ، وإما أن تقبله .

فرع

ادعت الدخول ، فأنكر ، فالقول قوله ، فإذا حلف ، فلا رجعة ولا نفقة ، ولا سكني ، وعليها العدة ، فإن كذبت نفسها ، لم تسقط العدة ، وسواء اختلفا في الدخول قبل الحلو أم بعدها على المشهور ، وحكيما في آخر فصل التعيين قولاً أن الحلو ترجح جانب مدعي الدخول ، فيكون القول قوله بيمينه .

(١) في الأصل : تقبضه .

فرع

نص في « الأم » أنه لو قال : أخبرني بانقضاء العدة ، ثم راجعها مكذباً ، لها ثم قالت : ما كانت عدتي انقضت وكذبت نفسها ، فالرجعة صحيحة ، لأنه لم يقر بانقضاء العدة بل حكى عنها .

فرع

قال المتولي : لو طلق زوجته الأمة ، واختلفا في الرجعة ، فحيث قلنا : القول قوله إذا كانت حرة ، فكذا هنا ، وحيث قلنا : قول الزوجة ، فهنا القول قول السيد ، وقال البغوي : القول قولها ، ولا أثر لقول السيد .

قلت : واختار الشافعي ما ذكره المتولي ، وهو قوي . والله أعلم

كتاب الإيلاء

فيه بابان .

الأول : في أركانه ، وهي أربعة .

الأول : الخالف وله شروط .

الأول : كونه زوجاً ، فلو قال لأجنبية : والله لا أطؤك تمحض يمناً ، فلو وطئها قبل النكاح أو بعده ، لزمه كفارة يمين ، ولا ينعقد الإيلاء ، حتى لو نكحها لا تضرب المدة . وفي « التتمة » وجه أنه إذا نكحها ، صار مؤلماً ، لأن اليمين باقية ، والضرر حاصل ، والصحيح الأول . ولو قال : إن تزوجتك فوالله لاوطئتك ، فهو كتعليق الطلاق بالملك ، ويصح الإيلاء من الرجعية ، ولا تحسب المدة عن الإيلاء ، فإذا رجع ، ضربت المدة .

الشرط الثاني : تصور الجماع ، فمن جُبَّ ذكره ، لا يصح إيلاؤه على المذهب . ومن آلى ثم جُبَّ ، لا يبطل إيلاؤه على المذهب . ولو شل ذكره ، أو قطع بعضه ، وبقي دون قدر الحشفة ، فهو كجب جميعه ، والإيلاء في الرقءاء ، والقرءاء ، كإيلاء المجهوب . قال ابن الصباغ : لكن إذا صحناه ، لا تضرب مدة الإيلاء ، لأن الامتناع تسبب من جهتها ، كما لو آلى من صغيرة ، لا تضرب المدة حتى تدرك ، وحكي قول قديم : أنه لا يصح الإيلاء من الصغيرة والمريضة المضناة .

الشرط الثالث : البلوغ والعقل .

فرع

سواء في صحة الإيلاء ، العبد والأمة ، والكافر وأضدادهم ، ولا ينحل الإيلاء بإسلام الكافر ، وإذا توافع إلينا ذميان وقد آلى ، فإن أوجبنا الحكم بينهم ، حكم بشرعنا ، وإن لم نوجبه ، لم يجبر الحاكم الزوج على الفياة ، ولا الطلاق ، ولم تطلق عليه ، بل لابد من رضاه ، لأن الحكم على هذا القول إنما يجوز برضاها ، فإذا لم يرضاها ، رددناها إلى حاكمهم .

فرع

يصح إيلاء المريض والخصي ، ومن بقي من ذكره قدر الحشفة ، والعربي بالعجمية ، وعكسه ، إذا عرف معنى اللفظ .

الركن الثاني : المحلوف به الامتناع من الوطء بلايين ، لا يثبت حكم الإيلاء ، وسواء كان هناك عذر أم لا ، وإذا حلف لا يطؤها أكثر من أربعة أشهر ، ثم طالبت بالوطء بعد أربعة أشهر ، فوطئ ، لزمه كفارة اليمين على المذهب وهو الجديد وأحد قولي القديم . والثاني : لا كفارة ، لقول الله تعالى (فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم) [البقرة : ٢٢٧] . فإن وطئها قبل مضي المدة ، فقبل : تجب الكفارة قطعاً ، لأنه حنت باختياره من غير إلزام . وقيل : بطرد الخلاف ، لأنه بادر إلى ما يطالب به . ولو حلف أن لا يطأها أربعة أشهر فمادونها ، ثم وطئ ، لزمه الكفارة قطعاً ، لأنه ليس بمؤل ، وقيل : بطرد الخلاف ، وهو بعيد .

فصل

هل يختص الإيلاء باليمين بالله تعالى وصفاته ؟ فيه قولان . القديم : نعم . والجديد الأظهر : لا ، بل إذا قال : إن وطئتكَ ، فعليَّ صوم أو صلاة أو حج ، أو فعبدني حر ، أو فأنت طالق ، أو فضررتك طالق ، أو نحو ذلك ، كان

مؤلياً ، وشرط انعقاده بهذه الالتزامات أن يلزمه شيء لو وطئ بعد أربعة أشهر ، فلو كانت اليمين تنحل قبل مجاوزة أربعة أشهر ، لم تتعقد . فلو قال : إن وطئتكَ ، فعليّ أن أصلي هذا الشهر أو أصومه ، أو أصوم الشهر الفلاني ، وهو ينقضي قبل مجاوزة أربعة أشهر من حين اليمين ، لم ينعقد الايلاء ، فلو قال : إن وطئتكَ ، فعليّ صوم شهر ، أو الشهر الفلاني ، وهو يتأخر عن أربعة أشهر ، فهو مؤلٍ ، وكذا لو قال : إن وطئتكَ ، فعليّ صوم الشهر الذي أطأ فيه ، ويلزمه صوم بقية ذلك الشهر إن أوجبنا في نذر اللجاج الوفاء بالملتزم . وفي قضاء اليوم الذي وطئ فيه ، وجهان مأخوذان من الخلاف ، فيمن نذر صوم اليوم الذي يقدم فيه زيد . ولو قال : فعليّ صوم هذه السنة ، فهو مؤلٍ إن بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر ، وإلا فلا . ولو قال : إن وطئتكَ ، فكل عبد يدخل في ملكي حر ، فهو لغو ، لأن تعليق العتق بالملك لغو ، وكذا لو قال : فعليّ أن أطلقك ، لأنه لا يلزمه بالوطء شيء . ولو قال : إن وطئتكَ ، فأنت طالق إن دخلت الدار ، أو فعبدني حر بعد سنة ، فقال القاضي حسين والبغوي : هو مؤلٍ ، وقال الشيخ أبو محمد والامام : هو على الخلاف فيما إذا قال : إن أصبتكَ ، فوالله لا أصبتكَ ، فيكون الراجح أنه لا يكون مؤلياً في الحال ، كما سيأتي إن شاء الله تعالى ، وهذا أوجه .

فرع

في مسائل تتفرع على الجديد

إحداها : قال : إن وطئتكَ ، فعبدني حر ، فمات العبد أو اعتقه ، انحل الايلاء ، فإن زال ملكه ببيع أو هبة ونحوهما ، فكذلك ، فإن ملكه بعد ذلك ، ففي عود الايلاء قولاً عود الحنث ، ولو دبره أو كاتبه ، لم ينحل الايلاء ، لأنه يعتق لو وطئها ، وكذا لو علق بالوطء عتق جارية ثم استولدها .

الثانية : قال : إن وطئتكَ ، فعبدني حر قبله بشهر ، فإنما يصير مؤلياً إذا

مضى شهر من وقت تلفظه ، لأنه لو وطئها قبل تمام شهر ، لم يعتق ، وينحل
الايلاء بذلك الوطء ، فإذا مضى شهر ولم يطأ ، ضربت مدة الايلاء ، ويطالب
في الشهر الخامس ، هكذا قالوه ، ويجيء فيه وجه : أنه لو وطئ قبل الشهر ،
عتق كما سبق في نظيره من الطلاق ، فعلى هذا يصير مؤلماً في الحال . فإذا قلنا
بالصحيح ، فوطئ في مدة الايلاء أو بعد توجه المطالبة بالفياء أو الطلاق ، حكم
بعق العبد قبله بشهر ، وإن طلقها حين طوب ، ثم راجعها ، ضربت المدة مرة
أخرى . وإن جدد نكاحها بعد العدة ، ففي عود الايلاء قولاً عود الخث ،
وإذا وطئها ، حكم بعق العبد قبله بشهر بلا خلاف ، وإن وقع الوطء على صورة
الزنا ، ولو باع العبد في الشهر الرابع ، فإن وطئ قبل تمام شهر من وقت البيع ،
تبين حصول العتق قبل البيع ، وإن تم من وقت البيع شهر ولم يطأ ، ارتفع
الايلاء ، لأنه لو وطئ بعد ذلك ، لم يحصل العتق قبله بشهر لتقدم البيع على شهر ،
هكذا ذكره الجمهور . وحكى الفوراني والمتولي وجهاً أنه يطالب بعد تمام أربعة
أشهر من وقت اللفظ ، لأنه ربما يطلقها ، والطلاق لا يستند ^(١) .

الثالثة : قال : إن وطئتك ، فعبيدي حر عن ظهاري ، فإن كان قد ظاهر ،
صار مؤلماً ، لأنه وإن لزمته كفارة الظهار ، فعق ذلك العبد بعينه ، وتعجيل
الاعتاق عن الظهار زيادة التزامها بالوطء ، ثم إذا وطئ في مدة الايلاء أو
بعدها ، فهل يعتق العبد عن الظهار ؟ وجهان . أصحها : نعم ، وطرده الخلاف
في سائر التعليقات ، كقوله : إن دخلت الدار ، فأنت حر عن ظهاري ، وأما إذا
لم يكن ظاهر ، فلا إيلاء ولا ظهار فيما بينه وبين الله تعالى ، ولكنه مقر على
نفسه بالظهار ، فيحكم في الظاهر بأنه مظاهر ومؤلٍ ، ولا يقبل قوله : إن لم يكن
مظاهراً ، وإذا وطئ عاد في وقوع العتق عن الظهار في الظاهر الوجهان . ولو قال :
إن وطئتك ، فعبيدي حر عن ظهاري إن ظاهرت ، لم يكن مؤلماً في الحال ،

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : لا يستند .

فإن ظاهر ، صار مؤلياً ، لأن العتق يحصل حينئذ لو وطئ . وقيل : في كونه مؤلياً في الحال قولان ، لقربه من الحنث ، كما لو قال لنسوة : والله لا جامعتكن ، والمذهب الأول . قال المتولي : ولو قال : إن وطئتكم ، فعبيدي حر إن ظهرت ، ولم يقل : عن ظهاري ، كان مؤلياً في الحال ، فإذا قلنا بالمذهب ، وهو أنه لا يصير مؤلياً إلا إذا ظاهر ، فوطئ في مدة الإيلاء أو بعدها ، حصل العتق لوجود الظهار ، والوطء متأخر عنه ، ولا يقع هذا العتق عن الظهار باتفاق الأصحاب ، ولم لا يقع ؟ قال أبو إسحاق : لأن تعليق العتق سبق الظهار ، والعتق لا يقع عن الظهار إلا بلفظ يوجد بعده . وقال ابن أبي هريرة : لأنه لا يقع خالفاً عن الظهار ، لتأديمي حق الحنث به ، فأشبه عتق القريب بنية الكفارة ، والأول أصح عند الأصحاب ، وبنوا على التعليلين ما لو قال : إن وطئتكم ، فعبيدي حر عن ظهاري إن ظهرت ، وكان ظاهر ونسي ، فيكون مؤلياً في الحال ، وإذا وطئ ، عتق العبد عن الظهار على التعليل الأول دون الثاني .

فرع

قال : إن وطئتكم ، فله عليّ أن أعتق عبيدي هذا عن ظهاري ، وكانت ظاهر منها أو من غيرها ووجد العود ، فهل يكون مؤلياً ؟ يبني على أن من في ذمته إعتاق رقبة فنذر على وجه التبرر أن يعتق العبد الفلاني عما هو عليه ، هل يتعين ذلك العبد أم لا ؟ النص وقول الجمهور : يتعين ، واختار المزني : أنه لا يتعين ، وخرجه على أصل الشافعي رحمه الله ، وعد الامام هذا قولاً في المذهب وقال : تخريجه أولى من تخريج غيره . ونقل الامام أن القاضي حسيناً قال : لو نذر صرف زكاته إلى معينين من الأصناف ، تعينوا ، وأن الأكثرين قالوا : لا يتعينون ، وفرقوا بقوة العتق ، فإن قلنا : يتعين العبد المعين للاعتاق ، صار

مؤلياً في الحال ، وإلا فلا يكون مؤلياً ، فإن صححنا الإيلاء ، فطلق بعد المطالبة ^(١) خرج عن موجب الإيلاء ، وكفارة الظهار في ذمته ، فيعتق عنها ذلك العبد أو غيره . وإن وطئ في مدة الإيلاء أو بعدها ، لزمه ما يلزم في نذر اللجاج ، فإن قلنا : كفارة يمين ، نظر ، إن أُلعم أو كسا ، فإنه الاحتاق عن الظهار ، وإن أعتقه أو عبداً آخر عن اليمين ، فعليه أيضاً الاعتاق عن الظهار . وإن قلنا : عليه الوفاء بما سمى ، أو خيرناه فاختار الوفاء وأعتق ذلك العبد عن ظهاره ، خرج عن عهدة اليمين . وفي إجزائه عن الظهار وجهان . أصحها : الاجزاء .

المسألة الرابعة : قال : إن وطئتك ، فأنت طالق أو فأنت ثلاثاً ، فيطالب بعد مضي المدة . وفيما يطالب به ؟ وجهان ، أحدهما وبه قال ابن خيران : يطالب بالطلاق على التعيين ، ويمنع الوطء ، والثاني وهو الصحيح المنصوص : يطالب بالفياء ، أو الطلاق ، ولا يمنع من الوطء بتعليق الطلاق ، ويقال له : عليك النزع بمجرد تغييب الحشفة ، فإن وطئ قبل المدة أو بعدها ، ونزع بمجرد تغييب الحشفة ، فذاك ، وإن مكث ، فلا حد على الصحيح ، لأن ^(٢) أول الوطء مباح . وحكى ابن القطان وغيره وجهاً ، أنه يجب الحد إذا علم تحريمه ، ولا يجب المهر على المذهب ، وفيه خلاف سبق في كتاب الصوم . وإن نزع ثم أولج ، فلا حد إن كانت رجعية ، وحكم المهر كما سبق في الرجعية . وإن كان علق به الطلاق الثلاث ، فإن كانا جاهلين بالتحريم ، بأن اعتقد أن الطلاق لا يقع إلا باستيعاب الوطء في المجلس ، فلا حد للشبهة ، ويجب المهر ، ويثبت النسب والعدة . وإن كانا عالمين بالتحريم ، فوجهان . أصحها : يجب الحد ، ولا مهر ولا نسب ولا عدة . والثاني : عكسه . وإن علم التحريم ، وجهلته ، فلا حد عليها ولها المهر ، وكذا لو علمت ولم تقدر على دفع الزوج ، وفي وجوب الحد عليه الوجهان ، وإن جهل هو التحريم وعلمته وقدرت على الدفع ، فالأصح أنه يلزمها الحد ولا مهر لها .

(٢) في الأصل : لأنه .

(١) في الأصل : المطالب .

فرع

قال لغير المدخول بها : إن وطئتك ، فأنت طالق ، وقع بالوطء طلاقة رجعية ، سواء قلنا : الطلاق المعلق بالصفة يقع بعدها أم معها .

المسألة الخامسة : قال : إن وطئتك ، فضررتك طالق ، فهو مؤل عن المخاطب ، ومعلق طلاق الضر ، فإن وطئ المخاطبة قبل مضي المدة أو بعدها ، طلقت الضر ، وانحل الايلاء ، وإن طلقها بعد المطالبة ولم يطأها ، سقطت المطالبة ولم يطأها ، وخرج عن موجب الايلاء ، فإن راجعها بعد ذلك عاد حكم الايلاء ، وهذا حكم كل إيلاء كما سيأتي إن شاء الله تعالى . وإن بان فجدد نكاحها ، ففي عود الايلاء أقوال عود الحث ، وهذا يشمل كل إيلاء ، فإن قلنا : يعود ، استؤنفت المدة من يوم النكاح ، نص عليه القاضي أبو الطيب وغيره . وسواء قلنا : يعود الايلاء أم لا ، فطلاق الضر يبقى معلقاً بوطء المخاطبة ، حتى لو وطئ المخاطبة بعد الرجعة أو التجديد ، وقع بلا خلاف . وكذا لو وطئها وهي بائن زانياً ، ولا يعود الايلاء لو نكحها بعد ذلك لانحلال اليمين بوطء الزنا . ولو ماتت الضر ، انحل الايلاء ، ولو طلقها ، لم يرتفع الايلاء ولا المطالبة مادامت في عدة الرجعية ، لأنه لو وطئ المخاطبة لطلقت ، فإذا انقضت أو أبان الضر ، ابتداءً بخلع أو استيفاء عدد أو طلاق قبل الدخول ، ارتفع الايلاء وسقطت المطالبة وإن كان ذلك بعد مضي مدة الايلاء ، لأنه لو وطئها بعد ذلك ، لم يقع عليه طلاق . ثم إن وطئ المخاطبة ، انحلت اليمين ، ولا يعود إيلاؤها لو نكح الضر ، وإن نكح الضر قبل أن يطأها ، فعلى الخلاف في عود الحث ، فإن قلنا : لا يعود ، لم يعد الايلاء ، وإلا فيعود ، وإذا أعدناه ، فهل يستأنف المدة ، أم يبني ؟ وجهان ، اختار الامام والغزالي البناء ، وقطع البغوي وغيره بالاستئناف ، وهو أصح .

المسألة السادسة : قال لامرأته : إن وطئت إحداكما ، فالأخرى طالق ،

فإما أن يعين بقلبه واحدة ، وإما لا ، فإن عين ، فهو مؤلٍ منها وحدها ، لكن الأمر في الظاهر مبهم ^(١) ، فيقال له بعد المدة : يتن التي أردتها ، فإن بين ، فلها مطالبته بالفيأة أو الطلاق ، والقول قوله بيمينه ، أنه لم يرد الأخرى ، وإن لم يبين وطالبته جميعاً ، قال له القاضي : فء إلى التي آليت منها ، أو طلقها ، فإن امتنع ، طلق القاضي إحداها على الإبهام ، تقريراً على أن القاضي يطلق على المؤلي إذا امتنع ، هكذا قاله ابن الحداد ، واعترض عليه القفال ، قال : لا يطلق القاضي إحداها مبهماً ، لأنها معترفتان بالاشكال ، فدعواهما غير مسموعة ، كما لو حضر رجلان عند القاضي ، وقال : لأحدنا على هذا ألف درهم ، وزاد المتولي فقال : هذا إذا جاءنا معاً وادعنا كذلك ، فلو انفردت كل واحدة ، وقالت : آلى مني ، فإن أقر بما قلنا ، أخذ بموجب إقراره ، وإن كذب الأولى ، تعين الإيلاء في الثانية . وقال كثير من الأصحاب : قول ابن الحداد صحيح ، لحصول الضرر ، فلا سبيل إلى إهمال الواقعة ، ولا إلى طلاق معينة ، فعلى هذا ، إذا طلق القاضي ، فقال الزوج : راجعت التي وقع عليها الطلاق ، ففي صحة الرجعة وجهان سبقا في الرجعة ، وبالصحة أجاب ابن الحداد ، فعلى هذا تضرب المدة مرة أخرى ، ويطلق القاضي مرة أخرى على الإبهام ، وهكذا إلى أن يستوفي الثلاث ، والأصح أن الرجعة لاتصح على الإبهام ، بل تبين المطلقة ، ثم يراجعها إن شاء . فلو وطئ إحداها قبل البيان ، قال الشيخ أبو علي : لا يحكم بطلاق الأخرى ، لأننا لاندري أن التي نواها هي الموطوءة أم الأخرى ، ويبقى الأمر بالبيان كما كان . فإن قال : أردت الأخرى ، لم تطلق واحدة منها ، وتطالبه الأخرى بالفيأة أو الطلاق . فإن وطئها ، طلقت الموطوءة الأولى ، وإن قال : أردت الإيلاء من الموطوءة ، طلقت الأخرى ، وخرج عن موجب الإيلاء ، هذا إذا عين بقلبه إحداها ، فإن لم ينو معينة ، فالذي ذكره الشيخ أبو علي والبغوي ،

(١) في الأصل : منهم .

أنه يكون^(١) مؤلياً منها جميعاً ، لأن أبة واحدة وطئها طلقت الأخرى ، ولحقه الضرر . ويشبه أن يقال : تكون مؤلياً من واحدة ، ويؤمر بالتعيين كما في الطلاق ، وسيأتي مثله إن شاء الله تعالى فيما لو قال لنسوة : لا جامعت واحدة منكن ، ولم ينو ، ثم ذكر الشيخ أبو علي بناءً على جوابه ، أنه إذا طولب بالفيأة أو الطلاق ، فوطيء إحداهما ، طلقت الأخرى وتخلص من الإيلائين ، ولو طلق إحداهما ، لم يسقط حكم الإيلاء في الثانية ، لأن بالوطء تنحل اليمين ، ولا تنحل بالطلاق . حتى لو وطيء التي لم يطلقها ، وقعت طلاقاً أخرى على التي طلقها إذا كانت في عدة الرجعة . ولو قال : كلما وطئت إحداكما ، فالأخرى طالتي ، ووطيء بعد المطالبة إحداهما ، طلقت الأخرى وتخلص عن الإيلاء في حق الموطوءة ، ولا يتخلص بالكلية في حق الأخرى وإن سقطت المطالبة في الحال بوقوع الطلاق ، لأن اللفظ يقتضي التكرار ، فإذا راجعها ، عاد فيها الإيلاء . وحكى ابن الصباغ كلام ابن الحداد ثم قال : ومن الأصحاب من قال : يكون مؤلياً منها جميعاً ، قال : وهذا أصح . ولم يفرق بين ما إذا عين واحدة بقلبه ، وما إذا لم يعين ، ولا وجه لكونه مؤلياً منها مع تعيين واحدة بقلبه بحال .

المسألة السابعة : سبق أن المؤلي من علق بالوطء مانعاً منه ، من حنث في عين ، أو عتق أو طلاق ونحوها ، فلو لم يتعلق الحنث بالوطء ، بل كان مقرباً منه ، فقولان ، المشهور وهو الجديد ، وأخرى قولي القديم : لا يكون مؤلياً . والثاني من قولي القديم : يكون مؤلياً ، فإذا قال لأربع نسوة : والله لا أجامعكن ، لم يحنث إلا بجامعهن كلهن ، وإذا وطئن ، لزمه كفارة واحدة ، لأن اليمين واحدة . ولو مات بعضهن قبل الوطء ، انحلت اليمين ، لأنه تحقق امتناع الحنث ، ولا نظر إلى تصور الإيلاج بعد الموت ، فإن اسم الوطء يقع

(١) الأصل : لا فيكون .

مطلقه على ما في الحياة . وقيل : إن البر والخنث ، يتعلقان بوطء الميتة . وأشأو بعضهم إلى وجه فارق بين ما قبل الدفن وبعده ، ولا أثر لموت بعضهم بعد الوطء ، قال الامام : والذي أراه أن الوطء في الدبر كهو في القبل في حصول الخنث .

قلت : هذا الذي قاله الامام متفق عليه ، صرح به جماعات من أصحابنا ، وقد نقله صاحب « الحاوي » و « البيان » عن الأصحاب في القاعدة التي قدمتها ، أن الأصحاب قالوا : الوطء في الدبر كهو في القبل ، إلا في سبعة أحكام أو خمسة ، ليست اليمين منها والله اعلم

ولو طلقهن أو بعضهن قبل الوطء ، لم تنحل اليمين ، بل تجب الكفارة بالوطء بعد البينونة وإن كان زناً ، هذا حكم اليمين ، وأما الإيلاء ، ففيه طرق ، المذهب منها : لا يكون مؤلياً في الحال ، فإن وطئ ثلاثاً منهن ، صار مؤلياً من الرابعة . وفي قول : يكون مؤلياً من الجميع في الحال . فعلى المذهب : لو مات بعضهن قبل الوطء ، ارتفع حكم الإيلاء على الصحيح ، لحصول اليأس من الخنث . ولو مات بعضهن بعد الوطء ، لم يرتفع ، ولو طلق بعضهن قبل الوطء أو بعده ، فكذلك ، حتى لو أبان ثلاثاً منهن ووطئن في البينونة زانياً ، صار مؤلياً من الباقية . ولو أبان واحدة قبل الوطء ، ووطئ الثلاث في النكاح ، ثم نكح المطلقة ، ففي عود الإيلاء قولاً عود الخنث ، وحكم اليمين باق قطعاً ، حتى لو وطئها ، لزمه الكفارة . وإذا قلنا بالضعيف : إنه مؤل في الحال ، ضربنا المدة ، ولجميعهن المطالبة بعد المدة . فإن وطئن أو طلقهن ، تخلص من الإيلاء ، وإن وطئ بعضهن ، ارتفع الإيلاء في حق من وطئها ، ولا يرتفع في حق المطلقة ، بل إذا راجعها ضربت^(١) المدة ثانياً .

(١) في الأصل : ضرب .

فرع

قال للنسوة الأربع : والله لا أجامع كل واحدة منكن ، قال الأصحاب : يكون مؤلياً من كل واحدة ، ويتعلق بوطء كل واحدة الحنث ولزوم الكفارة ، قالوا : وتضرب المدة في الحال ، فإذا مضت ، فلكل واحدة المطالبة بالفيأة أو الطلاق ، فإن طلقهن ، سقطت المطالبة ، فإن راجعهن ، ضربت المدة ثانياً ، وإن طلق بعضهن ، فالباقيات على مطالبتهن . وإن وطئ إحداهن ، انحلت اليمين في حق الباقيات ، وارتفع الإيلاء فيهن على الأصح عند الأكثرين . وقيل : لا تنحل ولا ترتفع ، وجعلوا على هذا الخلاف ما لو قال : والله لا كلمت واحداً من هذين الرجلين ونظائره ، هذا كلام الأصحاب ، ولك أن تقول : إن أراد بقوله : لا أجامع كل واحدة تخصيص كل واحدة بالإيلاء على وجه لا يتعلق بصاحبها ، فالوجه بقاء الإيلاء في الباقيات ، وإلا فينبغي أن يكون حكم هذه الصورة حكم قوله : والله لا أجامعكن على ما سبق .

فرع

قال : والله لا أجامع واحدة منكن ، فله ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يريد الامتناع عن كل واحدة ، فيكون مؤلياً منهن كلهن ، ولهن المطالبة بعد المدة ، فإن طلق بعضهن ، بقي الإيلاء في حق الباقيات ، وإن وطئ بعضهن ، حصل الحنث ، لأنه خالف قوله : لا أطأ واحدة منكن ، وتنحل اليمين ، ويرتفع الإيلاء في حق الباقيات .

الحال الثاني : أن يقول : أردت الامتناع عن واحدة منهن لا غير ، فيقبل قوله ، لاحتمال اللفظ . وقال الشيخ أبو حامد : لا يقبل ، لانتمية ، والصحيح الأول ، ثم قد يريد معينة ، وقد يريد مبهم ، فإن أراد معينة ، فهو مؤلٍ منها ، ويؤمر بالبيان كما في الطلاق ، فإذا بين ، وصدقه الباقيات ، فذاك ، فإن ادعت غير

المعينة أنه أرادها ، وأنكر ، صدق يمينه ، فإن نكل ، حلفت المدعية ، وحكم
بأنه مؤلٍ منها أيضاً ، فلو أقر في جواب الثانية أنه نواها ، وأخذناه بموجب
الإقرارين ، وطالبناه بالقياء أو الطلاق ، ولا يقبل رجوعه عن الأولى ، وإذا وطئها
في صورة إقراره ، تعددت الكفارة ، وإن وطئها في صورة نكوله ويمين المدعية
لم تعدد الكفارة ، لأن يمينها لا تصلح لإلزامه الكفارة . ولو ادعت واحدة أولاً ،
أنك أردتني ، فقال : ما أردتك أو ما آليت منك ، وأجاب بمثله الثانية والثالثة ،
تعينت الرابعة للإيلاء ، وإن أراد واحدة مبهمه ، أمر بالتعين . وقال السرخسي :
ويكون مؤلياً من إحداهن لا على التعيين ، فإذا عين واحدة ، لم يكن لغيرها
المنازعة ، ويكون ابتداء المدة من وقت اليمين ، أم من وقت التعيين ؟ وجهان
بناءً على الخلاف في الطلاق المبهم إذا عينه ، هل يقع من اللفظ أم من التعيين ؟
وإن لم يعين ، ومضت أربعة أشهر فقالوا : تطالب إذا طلبت بالقياء أو الطلاق ، وإنما
يعتبر طلبهن كلهن ليكون طلب المؤلي منها حاصلاً ، فإن امتنع ، طاق القاضي
واحدة على الإبهام ، ومنع منهن إلى أن يعين المطلقة ، وإن فاء إلى واحدة أو
ثنتين ، أو ثلاث ، أو طلق ، لم يخرج عن موجب الإيلاء . وإن قال : طلقت
التي آليت منها ، خرج عن موجب الإيلاء ، لكن المطلقة مبهمه ، فعليه التعيين ،
هذا هو المذهب في الحال الذي نحن فيه ، ووراءه شيثان . أحدهما : قال المتولي :
إذا قال : أردت مبهمه ، قال عامة الأصحاب : تضرب المدة في حق الجميع ،
فإذا مضت ، ضيق الأمر عليه في حق من طالب منهن ، لأنه ما من امرأة إلا
ويجوز أن يعين الإيلاء فيها ، وظاهر هذا أنه مؤلٍ من جميعهن ، وهو بعيد . الثاني :
حكى الغزالي وجهاً ، أنه لا يكون مؤلياً من واحدة منهن ، حتى يبين إن أراد
معينة ، أو يعين إن أراد مبهمه ، لأن قصد الإضرار حينئذ يتحقق . وحكى
الإمام هذا الوجه عن الشيخ أبي علي على غير هذه الصورة ، فقال : روى وجهاً :
أنه إذا قال : أردت واحدة ، لا يؤمر بالبيان ، ولا بالتعين ، بخلاف إبهام
الطلاق ، لأن المطلقة خارجة عن النكاح ، فإمساکها منكر ، بخلاف الإيلاء .

الحال الثالث : أن يطلق اللفظ ، فلا ينوي تعميماً ولا تخصيصاً ، فهل يحمل على التعميم ، أم على التخصيص بوحدة ؟ وجهان . أصحها : الأول ، وبه قطع البغوي وغيره .

المسألة الثامنة : قال : والله لا أجامعك سنة إلا مرة ، فقولان ، أظهرهما وهو الجديد ، وأحد قولي القديم : لا يكون مؤلياً في الحال ، لأنه لا يلزمه بالوطء الأول شيء ، فإن وطئها ، نظر ، إن بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر ، فهو مؤل من يومئذ ، وإن بقي أربعة فأقل ، فهو حالف وليس بمؤل ، والقول الثاني : يكون مؤلياً في الحال ، فيطالب به بعد مضي المدة . فإن وطئ ، فلا شيء عليه ، لأن الوطء الأولى مستثناة ، وتضرب المدة ثانياً إن بقي من السنة مدة الإيلاء ، وعلى هذا القياس لو قال : لا أجامعك إلا عشر مرات ، أو عدداً آخر ، فعلى الأظهر : لا يكون مؤلياً في الحال ، وإنما يكون مؤلياً إذا وطئ ذلك العدد وبقي من السنة مدة الإيلاء ، وعلى الضعيف : يكون مؤلياً في الحال ، ولو قال : إن أصبتك ، فوالله لا أصبتك ، فقل : ياجراء^(١) لقولين في كونه مؤلياً في الحال ، والمذهب : القطع بالمنع . والفرق أن هناك عقد اليمين في الحال ، واستثنى وطءاً ، وهنا اليمين غير منعقد في الحال ، وإنما ينعقد إذا أصابها ، وإثبات الإيلاء قبل اليمين ممتنع ، ويجوزي الخلاف فيما لو قال : إن وطئتك ، فوالله لا دخلت الدار . ولو قال : والله لا أجامعك سنة إلا يوماً ، فهو كقوله : إلا مرة . ولو قال : لا أجامعك في السنة إلا مرة ، فتعريف السنة بالألف واللام يقتضي السنة العربية التي هو فيها ، فإن بقي منها مدة الإيلاء ، ففيه القولان ، كما لو قال : سنة ، وإلا فلا إيلاء قطعاً .

(١) في الأصل : بأحد .

فرع

قال : لا أجامعك سنة إلا مرة ، فمضت سنة ولم يطق ، فهل تلزمه كفارة لاقتضاء اللفظ الوطء ، أم لا ، لأن المقصود منع الزيادة ؟ وجهان حكاهما ابن كنج .

قلت : أصحابها : لا كفارة واستأعلم

فلو وطئ في هذه الصورة ، ونزع ، ثم أولج ثانياً ، لزمه كفارة بالإبلاج الثاني ، لأنه وطء جديد ، هذا هو الصحيح ، وفي وجه : لا كفارة ، لأنه وطء واحد عند أهل العرف .

فصل

قال : والله لا جامعتك ، ثم قال لضرئها : أشركتكم معها ، أو أنت شريكها أو مثلها ، ونوى الإبلاء ، لم يصر مؤلياً من الثانية ، لأن اليقين إنما يكون باسم الله تعالى أو صفته ، حتى لو قال به : لأفعلن كذا ، وقال : أردت بالله تعالى ، لم ينعقد يمينه ، ولو ظاهر منها ثم قال للضرة : أشركتكم معها ، صار مظاهراً من الثانية أيضاً على الأصح . وإن آلى منها بالتزام طلاق أو عتاق ، وقال للضرة : أشركتكم معها ، سألناه ، فإن قال : أردت أن الأولى لاتطلق إلا إذا أصبت الثانية مع إصابة الأولى وجعلتها شريكها في كون إصابتها شرطاً لطلاق الأولى ، لم يقبل . وإذا وطئ الأولى ، طلقت ، وإن قال : أردت أني إذا أصبت الأولى طلقت الثانية أيضاً ، قبل ، لأن الطلاق يقع بالكناية ، فإذا وطئ الأولى ، طلقتا ، وفي الحالتين لا يكون مؤلياً من الثانية . وإن قال : أردت تعليق طلاق الثانية بوطئها بنفسها ، كما علقت طلاق الأولى بوطئها ، ففي صحة هذا التشريك وجهان . أصحابها : الصحة ، وبه قال الشيخ أبو حامد ، والقاضي أبو الطيب وغيرهما ، فعلى هذا ، يكون مؤلياً من الثانية ، إذا قلنا : ينعقد الإبلاء بغير اسم الله تعالى ، ويجري

هذا التفصيل ، فيما لو علق طلاق امرأة بدخول الدار وسائر الصفات ، ثم قال لأخرى : أمركتكم معها ، ولو قال : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، لا بل هذه ، وأشار إلى امرأة أخرى ، فإن قصد أن يطلق الثانية إذا دخلت الأولى الدار ، طلقنا جميعاً بدخول الأولى ، سواء قصد ضم الثانية إلى الأولى ، أو قصد طلاق الثانية عند دخول الأولى . وإن قال : أردت تعليق طلاق الثانية بدخول نفسها ، ففي قبوله وجهان ، كما ذكرنا في لفظ الإمراك في اليمين . واختار القفال منها : أنه لا يقبل ، ويحمل على تعليق طلاقها بدخول الأولى ، حتى إذا دخلت ، طلقنا جميعاً . قال : ولو علق طلاق واحدة بدخول الدار ، وقال لأخرى : أمركتكم معها ، وقلنا : لا يصح التشريك ، لم تطلق بدخول الدار .

فرع

قال رجل لآخر : يميني في يمينك ، قال البغوي وغيره : إن أراد أنه إذا حلف الآخر صرت حالفاً ، لم يصر حالفاً بحلف الآخر ، سواء حلف بالله تعالى أم بالطلاق . وإن كان الآخر قد طلق زوجته ، أو حنت في يمين الطلاق ، فقال : أردت أن امرأتي طالق كأمراته ، طلقت : وإن أراد متى طلق امرأته طلقت امرأتي ، فإذا طلق الآخر ، طلقت هذه .

فصل

ذكرنا في كتاب الطلاق ، أنه إذا قال : أنت علي حرام ، ونوى الطلاق ، أو الظهار ، وقع مانوى ، وأنه لو نوى تحريم عينا ، لزمه كفارة يمين . وأن الصحيح وجوب تلك الكفارة في الحال . وفي وجه : إنما يجب إذا وطئها ، وأنه على هذا الوجه يكون مؤلياً ، وأنه لو قال : أردت به الامتناع من الوطء ، ففي قبوله وجهان . أحدهما : يكون مؤلياً في الحال ، وأصحها : لا يكون مؤلياً ، لأن اليمين بالله تعالى لا تتعقد إلا باسم معظم ، فعلى هذا يلزمه الكفارة

في الحال إذا قلنا : إن مطلق هذه اللفظة يوجبها . ولو قال : أردت بقولي : أنت علي حرام إن وطئتكَ ، فأنت علي حرام ، لم يقبل منه على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، لأنه يريد تأخير الكفارة ، وهذا اللفظ يقتضي وجوبها في الحال . وفي « التتمة » أنه مبني على أن الإمام أن يأمره بإخراج الكفارة ، فأما إن قلنا : ليس له الأمر بإخراج الكفارة ، فلا يتعرض له . ورأى صاحب « الشامل » ، « والتتمة » ، أن يؤخذ بموجب الإيلاء لإقراره بأنه مؤل .

فرع

قال : إن جامعك ، فأنت علي حرام ، فإن أراد الطلاق أو الظهار ، كان مؤلياً إذا فرعنا على الجديد ، وإن أراد تحريم عينها ، أو طلق وقلنا : مطلقه يوجب الكفارة ، فمؤل ، وإن قلنا : لا يوجبها ، فلا .

فصل

الإيلاء يقبل التعليق ، فإذا قال : إن دخلت الدار ، فوالله لا أجامعك ، صار مؤلياً عند دخول الدار . ولو قال : والله لا أجامعك إن شئت ، وأراد تعليق الإيلاء بمشيئها ، اشتراط في كونه مؤلياً بمشيئها ، وتعتبر مشيئتها على الفور على الأصح ، كما يعتبر في الطلاق على الفور على المذهب ، وإنما اختلف الترجيح ، لأن الطلاق في معنى التمليك ، فتأكد اشتراط الفور كالبيع ، ولو علق لأعلى سبيل خطبها ، بأن قال : والله لا أجامع زوجتي إن شاءت ، أو قال لأجنبي : والله لا أجامع زوجتي إن شئت ، لم يعتبر الفور على الأصح . ولو قال : إن شاء فلان ، أو قال لها : متى شئت ، لم يعتبر الفور قطعاً ، وكل هذا كما سبق في الطلاق . فأما إذا أراد تعليق فعل الوطء بمشيئها ، كأنه قال : لا أجامعك إن شئت أن لا أجامعك ، فلا يكون مؤلياً ، كما لو قال : لا أجامعك إلا برضاك ، لأنها متى رغبت فوطئها لا يلزمه شيء . قال الإمام : ولو قال : لا أجامعك متى

سنت ، وأراد أني أجامعك إذا أردت أنا ، لم يكن مؤلياً ، لأنه تصرّح بمقتضى الشرع ، قال : فإن أطلق ، ففي تنزيهه على تعليق الإيلاء وجهان . ولو قال : لا أجامعك إلا أن تشائي ، أو ما لم تشائي ، وأراد الاستثناء عن اليمين ، أو تعليقها ، ففي « التهذيب » وغيره ، أنه يكون مؤلياً ، لأنه حلف وعلق ورفع اليمين بالمشيئة . فإن شاءت أن يجامعها على الفور ، ارتفع الإيلاء ، وإن لم تشأ أو شاءت بعد وقت المشيئة ، فالإيلاء بحاله ، وكذا الحكم لو قال : لا أجامعك حتى يشاء زيد ، فإن شاء أن يجامعها قبل مدة الإيلاء أو بعدها ، ارتفعت اليمين ، وإن لم يشأ الجامعة حتى مضت مدة الإيلاء ، سواء شاء أن لا يجامعها ، أم لم يشأ شيئاً ، فهل يكون مؤلياً لحصول الإضرار في المدة ؟ فيه وجهان سيأتیان إن شاء الله تعالى في نظائرها . وإن مات زيد قبل المشيئة ، صار مؤلياً ، ثم إن قلنا : في حال حياته إذا مضت المدة بلامشيئة يجعل مؤلياً ، فهذا تحسب المدة من وقت اللفظ ، فإن مات زيد بعد تمامها ، توجهت المطالبة في الحلال . وإن قلنا هناك : لا يجعل مؤلياً ، ضربت المدة من وقت الموت . ولو قال : لا أجامعك إن سنت أن أجامعك ، فلنما يصير مؤلياً إذا شاءت أن يجامعها . وفي اعتبار الفور ، ماسبق ، وإذا أطلق قوله : إن سنت ، حملناه على عدم مشيئته الجامعة ، كما سبق ، لأنه السابق إلى الفهم .

فصل

سواء في الإيلاء حالة الرضى والغضب .

فصل

قال : إن وطئتك فأنا زان ، أو فأنت زانية ، لم يكن مؤلياً ، ولا يصير بوطئها قاذفاً . قال السرخسي : ويلزمه التعزير ، كما لو قال : المسلمون كلهم زناة ، ولزوم التعزير لا يجعله مؤلياً ، لأنه يتعلق بنفس اللفظ .

الركن الثالث : المدة ، فإن حلف على الامتناع أبداً ، أو أطلق ، فهو مؤل ، وإن قيد بزمان ، فهو قسبان .

أحدهما : أن يقدر الزمان ، فإن كان أربعة أشهر فما دونها ، فليس بمؤل ، والذي جرى منه يمين أو تعليق كما يجري في سائر الأفعال ، وإن كان أكثر من أربعة أشهر ، كان مؤلياً . قال الإمام : ويكفي في كونه مؤلياً أن يزيد على أربعة أشهر أقل قليل ، ولا يعتبر أن تكون الزيادة بحيث تتأني بالمطالبة في مثلها . فإذا كانت الزيادة لحظة لطيفة ، لم تتأت المطالبة لأنها إذا مضت تنحل اليمين ، ولا مطالبة بعد انحلال اليمين . وفائدة كونه مؤلياً في هذه الصورة ، أنه يأنم لإيذائها ، وقطع طمعها في الوطء في المدة المذكورة . ولو حلف لا يجامعها أربعة أشهر ، ثم أعاد اليمين بعد مضي تلك المدة ، وهكذا مرات ، فلا يكون مؤلياً قطعاً . ولو وصل اليمين فقال : والله لا أجامعك أربعة أشهر ، فإذا مضت فواته لا أجامعك أربعة أشهر ، وهكذا مراراً ، فليس بمؤل على الأصح . قال الامام : وهل يأنم الموالي بين هذه الأيمان كما ذكرنا ، فيما إذا زادت اليمين على أربعة أشهر بلحظة لطيفة ، يحتمل أن لا يأنم لعدم الإيلاء ، ويحتمل أن يأنم إثم الإيذاء والاضرار ، لا إثم المؤلين .

قلت : الراجع تأنيبه . والله أعلم

فرع

قال : والله لا أجامعك خمسة أشهر ، فإذا مضت ، فواته لا أجامعك سنة ، فلها ^(١) المطالبة بعد مضي أربعة أشهر بموجب اليمين الأولى ، فإن أخرت المطالبة حتى يمضي الشهر الخامس ، فلا مطالبة بموجب تلك اليمين ، لانحلالها ، وإن طالبت في الخامس ، ففاء إليها ، خرج عن موجب الإيلاء الأول ، فاذا مضى الخامس ،

(١) في الأصل : فله .

استحقت مدة الإيلاء الثاني . وإن طلق ، سقطت عنه المطالبة في الحال ، فإن راجعها في الشهر الخامس ، لم تضرب المدة في الحال ، لأن الباقي من مدة اليمين الأولى قليل ، فإذا انقضى الخامس ، ضربت المدة للإيلاء الثاني . ولو وطئها بعد الرجعة في باقي الشهر ، انحلت اليمين وتلزمه الكفارة على المذهب ، وإن قلنا : إن المؤلّي إذا فاء لا كفارة عليه . وإن راجعها بعد الشهر الخامس ، نظر ، إن راجع بعد سنة من مضي الخامس ، فلا إيلاء ، لانقضاء المدتين وانحلال اليمين ، وإن راجع قبل تمام السنة ، فإن بقي أربعة أشهر فأقل ، فلا إيلاء ، وإن بقي أكثر ، عاد الإيلاء ، وضربت المدة في الحال . ولو جدد نكاحها بعد البينة ، ففي عود الإيلاء حنث يعود لو راجعها ، خلاف عود الحنث ، وتبقى اليمين ما بقي شيء من المدة ، وإن لم يعد الإيلاء ، حتى لو راجع ، وقد بقي ^(٢) من السنة أقل من أربعة أشهر ، فوطئها في تلك البقية ، لزمه الكفارة ، ولو عقد اليمين على مدتين تدخل إحداهما في الأخرى بأن قال : والله لا أجامعك خمسة أشهر ، ثم قال : والله لا أجامعك سنة ، فإذا مضت أربعة أشهر ، فلها المطالبة ، فإن فاء انحلت اليمينان ، وإذا أوجبنا الكفارة ، فالواجب كفارة ، أم كفارتان ؟ فيه خلاف يجري في كل يمينين يحنث الحالف فيها بفعل واحد ، بأن حلف لاياً كل خبزاً ، وحلف لاياً كل طعام زيد ، فأكل خبزه ، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى ، وإن طلقها ثم راجعها ، أو جدد نكاحها ، فإن بقي من السنة أربعة أشهر أو أقل ، لم يعد الإيلاء ، وتبقى اليمين . وإن بقي أكثر من أربعة أشهر ، عاد الإيلاء في الرجعية ، وفي التجديد خلاف عود الحنث ، هذا هو الصحيح المعروف في المذهب . وفي التتمة ، أن السنة تحسب بعد انقضاء الأشهر الخمسة ، فيكون كالصورة السابقة ، ولو قال : إذا مضت خمسة أشهر ، فوالله لا أجامعك ، كان مؤلّياً بعد مضي الخمسة .

القسم الثاني : أن يقيد الامتناع عن الوطء بمستقبل لا يتعين وقته ، فينظر ، إن

(١) في الأصل : ولو بقي .

كان المعلق به مستحيلاً ، كقوله : حتى تصعدي السماء ، أو نظيري ، أو كان أمراً يستبعد في الاعتقادات حصوله في أربعة أشهر ، وإن كان محتملاً كقوله : حتى ينزل عيسى بن مريم عليه السلام ، أو حتى يخرج الدجال ، أو يأجوج ومأجوج ، أو تطلع الشمس من مغربها ، أو بأمر يعلم تأخره عن أربعة أشهر ، كقوله : حتى يقدم فلان ، أو أدخل مكة والمسافة بعيدة لا تقطع ^(١) ، في أربعة أشهر ، فهو مؤل . فلو قال في مسألة القدوم : ظننت المسافة قريبة ، فهل يصدق بيمينه ؟ ذكر فيه الإمام احتمالين ، والأقرب تصديقه . وفي شرح « مختصر الجويني » للموفق بن طاهر ، أن في التعليق بنزول عيسى بن مريم عليه السلام ، وما في معناه ، لا يقطع بكونه مؤلياً في الحال ، ولكن ينتظر ، فإذا مضت أربعة أشهر ، ولم يوجد المعلق به تبين أنه كان مؤلياً ومكتناًها من المطالبة ، والصحيح المعروف الأول ، وإن كان المعلق به مما يتحقق وجوده قبل أربعة أشهر ، كذبول البقل وجفاف الثوب ، وتمام الشهر ، أو يظن ، كجبيء المطر في وقت غلبة الأمطار ، وجبيء زيد من القرية ، وعادته المجيء للجمعة ، أو جبيء القافلة وعادتها غالباً المجيء كل شهر ، فليس بإيلاء ، وإنما هو عقد يمين ، فإن كان المعلق به مما لا يستبعد حصوله في أربعة أشهر ، ولا يظن ، كقوله : حتى يدخل زيد الدار ، أو أمرض ، أو يمرض فلان ، أو يقدم وهو على ^(٢) مسافة قريبة ، وقد تقدم ، وقد لا يحكم بكونه مؤلياً في الحال ، فإن مضت أربعة أشهر ، ولم يوجد المعلق به ، فوجهان ، أحدهما : ثبت الإيلاء ، وتطالبه ، لحصول الضرر ، وتبين طول المدة ، وأصحابها : لا ، لأنه لم يتحقق قصد المضارة أولاً ، وأحكام الإيلاء منوطة به لا بمجرد الضرر بالامتناع من الوطء ، ولهذا لو امتنع بلايين ، لم يكن مؤلياً . ولو وطئ قبل وجود المعلق به ، وجبت الكفارة بخلاف ، ولو وجد المعلق به قبل الوطء ، ارتفعت اليمين بخلاف .

(١) في الأصل : تنقطع

(٢) في الأصل : في .

فرع

قال : لا أجامعك حتى أموت ، أو تموتي ، أو قال : عمري أو عمرك ، فهو مؤل لحصول اليأس مدة العمر . ولو قال : حتى يموت فلان ، فهوّل على الأصح عند الأكثرين .

فرع

قال : لا أجامعك حتى تفتمي ولدك ، نقل المزي أن الشافعي رحمه الله قال : يكون مؤلياً ، قال : وقال في موضع آخر : لا يكون مؤلياً ، واختاره ، فأوهم أن في المسألة قولين ، وبه قال ابن القطان . وقال الجمهور : لا خلاف في المسألة ، ولكن ينظر إن أراد وقت الفطام ، فإن بقي أكثر من أربعة أشهر إلى تمام الحولين ، فهوّل ، وإلا فلا ، وإن أراد فعل الفطام ، فإن كان الصبي لا يحتمله إلا بعد أربعة أشهر لصغر أو ضعف بنية ، فهوّل ، وإن كان يحتمله لأربعة أشهر فما دونها ، فهو كالتعليق بدخول الدار ونحوه ، والنصان محمولان على الحالين .

فرع

قال : لا أجامعك حتى تحبلي ، فإن كانت صغيرة أو آيسة ، فهو مؤل ، وإلا فكالتعليق بالقدوم من مسافة قريبة ودخول الدار .

فرع

إذا علق بالقدوم أو الفطام ، ولم يحكم بكونه مؤلياً ، فمات المعلق بقدومه قبل القدوم ، أو الصبي قبل الفطام ، فهو كقوله : حتى يشاء فلان فمات قبل المشيئة ، وقد ذكرناه .

فرع

قال : والله لا أجامعك ، ثم قال : أردت شهراً ، دُتِّين ، ولم يقبل ظاهراً .

الركن الرابع : المحلوف عليه ، وهو ترك الجماع ، فالحلف بالامتناع عن سائر الاستمتاعات ، ليس بإيلاء ، والألفاظ المستعملة في الجماع ضربان ، صريح ، وكناية ، فمن الصريح لفظ النيك ، وقوله : لا أغيب في فوجك ذكري ، أو حشفتي ، أو لا أدخل ، أو أولج ذكري في فوجك ، أو أجامعك بذكري ، وللبكر : لا أفتضك بذكري . فلو قال في شيء من هذا أردت غير الجماع ، لم يدين ، لأنه لا يحتمل غيره ، ولفظ الجماع والوطء أيضاً صريحان ، لكن لو قال : أردت بالجماع الاجتماع ، وبالوطء الوطء بالقدم ، دين ، وقيل : إنها كنيتان ، وهو شاذ مردود . ولو قال للبكر : لا أفتضك ولم يقل : بذكري ، فهو صريح ، فإن قال : لم أرد الجماع ، لم يقبل ظاهراً وهل يدين ؟ وجهان . الأصح : نعم . قال الإمام : ولو قال : أردت به الضم والالتزام ، لم يدين على الأصح ، والمباشرة ، والمضاجعة ، والملازمة ، والمس ، والإفشاء ، والمباعدة ، والافتراش ، والدخول بها ، والمضي إليها ، كنيات على الجديد ، وصرائح في القديم ، والغشيان ، والقربان ، والالتيان عند الجمهور على القولين . وقيل : كنيات قطعاً . والإصابة صريح عند الجمهور . وقيل : على القولين . وقوله : لا يجمع رأسي ورأسك وساد ، أو لا يجتمعان تحت سقف كناية قطعاً . وقوله : لأبعدن عنك ، كناية ، ويشترط فيه نية الجماع والمدة جميعاً ، ومثله قوله : لأسوءنك ، ولأغيظنك ، أو لتطولن غيبتني عنك ، فهو كناية في الجماع والمدة . ولو قال : ليطولن تركي لجماعك ، أو لأسوءنك في الجماع ، فهو صريح في الجماع كناية في المدة . ولو قال : لا أغتسل عنك ، سألناه ؟ فإن قال : أردت لا أجامعها ، فقول ، وإن قال : أردت الامتناع من الغسل ، أو أردت أنني لا أمكث حتى أنزل ، واعتقد أن الجماع بلا إنزال لا يوجب الغسل . أو أنني أقدم على وطئها وطء غيرها فيكون الغسل عن الأولى لحصول الجنابة بها ، قبلناه ، ولم يكن مؤلياً . ولو قال : لا أجامعك في الحيض أو النفاس ، أو

الدبر ، فليس بمؤل ، بل هو محسن . ولو قال : لا أجامعك إلا في الدبر ، فؤل ، ولو قال : لا أجامعك إلا في الحيض أو النفاس ، قال السرخسي : لا يكون مؤلياً ، لأنه لو جامع فيه حصلت الفتنة . وقال البغوي في « الفتاوى » : هو مؤل ، وكذا لو قال : إلا في نهار رمضان ، أو إلا في المسجد . ولو قال : لا جامعتك جماع سوء ، فليس بمؤل ، كما لو قال : لا جامعتك في هذا البيت ، أو لا جامعتك من القبل . ولو قال : لا أجامعك إلا جماع سوء^(١) ، فإن أراد : لا أجامعها إلا في الدبر ، أو فيما دون الفرج ، أو لا أغيب جميع الحشفة ، فؤل ، وإن أراد الجماع الضعيف ، فليس بمؤل ، ولو حلف لا يجمع بعضها ، فكما سيأتي في الظاهر إن شاء الله تعالى .

الباب الثاني في أحكام الإيلاء

وفيه أربعة أطراف .

الأول : في ضرب المدة ، فالإيلاء يقتضي ضرب المدة وهي أربعة أشهر بنص القرآن الكريم ، وهي حق للزوج ، كالأجل حق للمدين ، وتحسب من وقت الإيلاء ، ولا يحتاج إلى ضرب القاضي ، وسواء كان الزوجان حرين ، أو رقيقين ، أو حراً ورقيقاً .

فصل

فيما يمنع احتساب المدة ابتداءً أو دواماً

قد سبق أنه إذا آلى من رجعية ، صم ، وتحسب المدة من وقت الرجعة ، لا من وقت اليقين ، ولو آلى من زوجته ثم طلقها رجعيّاً ، انقضت المدة لجريانها^(٢) إلى البينونة ، فلو راجعها

(٢) في الأصل : كمجريانها .

(١) في الأصل : سواء .

استؤنفت المدة ، لأن الإضرار إنما يحصل بالامتناع المتوالي في نكاح سليم ، وحسب المتولي وجهاً أنه يبني عليها تخريباً بما إذا راجع المطلقة ثم طلقها قبل وطء ، فإنها تبنى على قول . ولو ارتد أحدهما بعد الدخول في المدة ، انقطعت المدة ، ولا يحتسب زمان الردة ^(١) منها ، لأنها تؤثر في قطع النكاح كالطلاق ، فإذا أسلم المرتد منها ، استؤنفت المدة ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجماهير . وفي ردة الزوج وجه أنه إذا أسلم ، يبني ، وفي وجه حكاة السرخسي ، أن ردة لا تمنع الاحتساب ، كمرضه وسائر الأعذار . ولو وجد النكاح بعد أن بانت الرجعية ، أو كان الطلاق بائناً ، أو بعد الينونة بالردة والإضرار ، أو بردة ^(٢) قبل الدخول ، وقلنا : يعود الإيلاء ، استؤنفت المدة . ولو طلقها بعد مدة الإيلاء طلقة رجعية بطلانها ، أو ابتداء ثم راجعها ، عاد الإيلاء ، وتستأنف المدة إن كانت اليمين على التأييد ، أو كانت مؤقتة وقد بقي من وقت اليمين مدة الإيلاء ، ولو ارتد أحد الزوجين بعد مضي المدة ، ثم أسلم قبل انقضاء العدة ، عاد الإيلاء ، وتستأنف المدة أيضاً ، وألحق البغوي العدة عن وطء الشبهة بالطلاق الرجعي ، وبالردة في منع الاحتساب ووجوب الاستئناف عند انقضائها .

فرع

ما يمنع الوطء من غيره ، أن يحل بملك النكاح ، إن وجد في الزوج ، لم يمنع احتساب المدة ، بل تضرب المدة مع اقتران المانع بالإيلاء . ولو طوأ في المدة ، لم يقطعها ، بل تطالب بالفياء بعد أربعة أشهر إذا كان العذر إيلاء يوم المطالبة ، وسواء في ذلك المانع الشرعي ، كالصوم ، والاعتكاف ، والإحرام ، والحسي ، كالمرض ، والحبس ، والجنون ، وإن كان المانع فيها ، فقد يكون حسياً وشرعياً ، فالحسي ، كالنشوز والصغر الذي لا يحتمل معه الوطء ، والمرض المضي

(٢) في الأصل : أو برده .

(١) في الأصل : الزيادة .

المانع من الوطء ، فإن قارن ابتداء الإيلاء ، لم تبتدىء المدة حتى تزول ، وإن طراً في المدة ، قطعها ، هذا هو المذهب في الطرفين ، وحكى المزي قولاً في حبه : أنه يمنع احتساب المدة ، فغلطه جمهور الأصحاب في النقل ، وصدقه بعضهم ، وحمله على ما إذا حبسته هي . وقيل : هو محمول على ما إذا حبس ظلماً ، وحق هذا القائل ، أن يطرده في المرض ، وما لا يتعلق باختياره من الموانع ، وقد مال الإمام إلى هذا فقال : كان محتمل أن يصدق المزي في النقل ، ويقال فيه وفي نص المرض : إنها على قولين بالنقل والتخريج . وعن صاحب « التقريب » أن البويطي حكى قولاً أن الموانع الطارئة فيها لا تمنع الاحتساب لحصول قصد المضارة ابتداءً . فإذا قلنا بالمذهب ، فطراً فيها مانع في المدة ، ثم زال ، استأنفت المدة على الصحيح المنصوص الذي قطع به الجمهور . وقيل : تبني . ولو طرأت هذه الموانع بعد تمام المدة ، وقبل المطالبة ، وزالت بعد ، فلها المطالبة ، ولا تقتقر إلى استئناف المدة ، لأنه وجدت المضارة في المدة على التوالي ، وقيل : تستأنف . وهو غلطه ، نسبة الإمام إلى بعض الضعفة ، وجنونها يمنع احتساب المدة إن كانت تمنع التمكين ، وإلا فلا .

أما المانع الشرعي فيها ، فإن كان صوماً أو اعتكافاً مفروضين ، يمنع الاحتساب ، ويجب الاستئناف إذا زال ، وإن كانا تطوعين ، لم يمنع الاحتساب ، لأنه متمكن من وطئها ، هذا هو الصحيح الذي قطع به الأصحاب في الطرق ، وعن الشيخ أبي محمد ، أن العذر الشرعي لا يمنع الاحتساب ، ولا يقطع المدة ، وهو ضعيف ، والحيض لا يمنع الاحتساب قطعاً ، وكذا النفاس على الأصح .

الطوف الثاني : في كيفية المطالبة ، فلها المطالبة بأن يفياه أو يطلق ، وما لم تطلب ، لا يؤمر الزوج بشيء ، ولا يسقط حقها بالتأخير . ولو تركت حقها ورضيت ، ثم بدا لها ، فلها العود إلى المطالبة ما لم تنقض ^(١) مدة اليمين ، لأن الضرر متجدد

(١) في نسخ الظاهرية : ما لم تنقض .

وتختص المطالبة بالزوجة ، فليس لولي المراهقة والمجنونة المطالبة ، وحسن أن يقول الحاكم للزوج : اتق الله بالفياء أو الطلاق ، وإنما يضيق عليه إذا بلغت أو أفافت وطلبت ، وليس لسيد الأمة أيضاً مطالبة ، لأن الاستمتاع حقها .

فرع

إذا وجد مانع من الجماع بعد مضي المدة المحسوبة ، نظر أمر فيها ، أم في الزوج ؟ فإن كان فيها ، بأن كانت مريضة لا يمكن وطؤها ، أو محبوسة لا يمكنه الوصول إليها ، أو حائضاً أو نفساء ، أو محرمة ، أو صائفة ، أو معتكفة عن فرض ، لم يثبت لها المطالبة بالفياء لأفعلاً ولا قولاً ، لأنه معذور . وإن كان المانع فيه ، فهو طبعي وشرعي ، فالطبعي ، بأن يكون مريضاً لا يقدر على الوطء ، أو يخاف منه زيادة العلة ، أو ببطء البرء ، فيطالب بالفياء باللسان ، أو بالطلاق إن لم يفيء ، والفياء باللسان أن يقول : إذا قدرت فنت . واعتبر الشيخ أبو حامد أن يقول مع ذلك : ندمت على ما فعلت ، وإذا استعمل الفيء باللسان ، لم يملكه بحال ، فإن الوعد حين متيسر ، ثم إذا زال المانع ، يطالب [بالفياء] بالوطء أو بالطلاق ، تحقيقاً لفياء اللسان ، ولا يحتاج هذا الطلب إلى استئناف مدة ، وإن كان محبوساً ظلماً ، فكالمريض ، وإن حبس في دين يقدر على أدائه ، أمر بالأداء أو الفيء بالوطء ، أو الطلاق ، وأما الشرعي ، فكالصوم والإحرام والظهار قبل التكفير ، ففيه طريقتان . المذهب منها ، أنه مبني على أن الزوج لو أراد وطأها وهناك مانع شرعي ، هل يلزمها التمكين ؟ وفيه تفصيل حاصله [أنه] إن كان المانع يتعلق بها كالطلاق الرجعي ، أو يختص بها كالحيض والصوم والإحرام ، لم يلزمها ، بل يحرم عليها التمكين ، وإن اختص به كصومه وإحرامه ، فوجهان . أحدهما : يلزمها التمكين ، لأنه لا مانع فيها ، وليس لها منع ما عليها من الحق . وأصحها : المنع ، لأنه موافقة على الحرام وإعانة عليه . وإن كان التحريم بسبب الظهار ، فهل هو كالطلاق الرجعي ، أم كصومه ؟ وجهان . فإذا قلنا : يجوز التمكين ، فلها المطالبة

بالوطء أو الطلاق . فإن أراد الوطء فامتنعت ، سقط حقها من الطلب ، وإن قلنا : بالمنع ، فوجهان ، أحدهما : يقنع منه بفيأة اللسان ، وأصحها وبه قطع ابن الصباغ : يطالب بالطلاق لإزالة للضرر عنها ، بخلاف المانع الطبيعي ، لأن الوطء هناك متعذر ، وهنا ممكن ، وهو المضيق على نفسه . والطريق الثاني : أن يقال له : ورطت نفسك بالإيلاء ، فإن وطئت عصيت وفسدت عبادتك ، وإن لم تطأ ، ولم تطلق ، طلقناها عليك ، كمن غصب دجاجة ولؤلؤة فابتلعتهما ، يقال له : إن ذبحتها غرمتها ، وإلا غرمت اللؤلؤة . ولو قال في صورة الظهار : أمهلوني حتى أكفر ، نظر إن كان يكفر بالصوم ، لم يمهل ، وإن كان بالعتق والطعام ، فعن أبي إسحاق : يمهل ثلاثة أيام . وفي « التهذيب » : يوماً أو نصف يوم ، ويمكن أن يكون بحسب تيسر المقصود ، وهذا إذا لم تطل مدة الإمهال . فإن طالت لفقد الرقة أو مصرف الطعام ، لم يمهل ، كذا قاله المتولي . وعلى كل حال ، لو وطئ مع التحريم ، خرج عن موجب الإيلاء ، واندفعت المطالبة .

الطرف الثالث : ما به المطالبة . قد تكرر أن المؤلي بعد المدة ، يطالب بالفيأة أو الطلاق ، والمقصود الفيأة ، لكنه يطالب بالطلاق إن ^(١) لم يفيء . قال الإمام : وليس لها أن توجه الطلب نحو الفيأة وحدها ، بل يجب أن تكون المطالبة متكررة ، فإن لم يفيء وأبى أن يطلق ، فقولان ، أظهرهما وهو الجديد وأحد قولي القديم واختيار المزني : أنه يطلقها القاضي طليقة . والثاني ، لا يطلق عليه ، بل يجبسه ويعززه حتى يفيء أو يطلق . ولو لم يصرح بالامتناع ، بل استعمل ليفيء ، أمهل بلا خلاف قدر ما يتهيأ لذلك الشغل ، فإن كان صائماً ، أمهل حتى يفطر ، أو جائعاً ، فحتى يشبع ، أو ثقيلاً من الشبع ، فحتى يخف ، أو غلبه ^(٢) النعاس ، فحتى يزول . ويحصل النهي والاستعداد في مثل هذه الأحوال

(١) في الأصل : أم .

(٢) في الأصل : عليه .

بقدر يوم فما دونه . وهل يميل ثلاثة أيام ؟ قولان ، ويقال : وجهان . أظهرهما عند الجمهور : لا . وإذا أمهل ، فطلق القاضي عليه في مدة الإمهال ، لم يقع طلاقه إن وجدت الفياة في مدة المهلة ، وإن مضت المدة بلا فياة ، لم يقع أيضاً على الصحيح .

فرع

ذكر ابن كج ، أنه لو طلق القاضي عليه ، فبان أنه وطئ أو طلق قبل تطليق القاضي ، لم ينفذ طلاق القاضي . ولو وقع طلاق الزوج والقاضي معاً ، نفذ الطلاقان ، لأن كل واحد فعل ماله فعله . وقيل : لا يقع تطليق القاضي .

فرع

آلى ثم غاب ، أو آلى وهو غائب ، تحسب المدة ، ولها أن توكل من يطالبه . فإذا مضت المدة ، رفعه وكيلها إلى قاضي البلد الذي فيه الزوج وطالبه ^(١) وبأمره القاضي بالفياة باللسان في الحال ، لأن المانع حسي وبالمسير ، أو يحملها إليه ، أو الطلاق إن لم يفعل ذلك ، فإن لم يفيء باللسان ، أو فاء به ولم يرجع إليها ، ولا حملها إليه حتى مضت مدة الامكان ، ثم قال : أرجع الآن ، لم يمكن ، ويطلق عليه القاضي إذا طلب وكيلها على الأظهر ، وعلى القول القديم : يحبس ليطلق ، ويعذر في التأخير لتهمة أهبة السفر ، ولخوف الطريق إلى أن يزول الخوف . ولو غاب عنها بعد مطالبتها بالفياة أو الطلاق ، لم يرض منه بفياة اللسان ، ولا يميل . ذكره أبو الفرج السرخسي .

فرع

لو طولب فادعى التعيين والعجز عن الفياة ، نظر ، إن لم يدخل به - في ذلك

(١) في الأصل : وطالبته .

النكاح ، سواء كانت ثيباً أو بكرأ ، أو ادعى العجز عن الافتضاض ، فوجهان . أحدهما وهو ظاهر النص ، وبه قطع في « الوجيز » : إذا صدقته أو كذبه فحلف على العجز ، لا يطالب بالوطء ، بل يطالب بفيء اللسان ، فإن فاء ، ضربت مدة التعين^(١) إن طلبتها . فإن وطئ في المدة ، فذاك ، وإلا أمضى حكم التعين . والثاني : يتعين عليه الطلاق ، لأنه متهم في تأخير حقها وضررها ، وإن كان دخل بها في ذلك النكاح ، لم تسقط المطالبة ، لأن التعين بعد الوطء لا يعتبر ، فتظهر نهمته .

الطرف الرابع : فيما تحصل به الفيء ، وهو تغيب الحشفة في القبل خاصة ، فلو استدخلت^(٢) ذكره ، لم تنحل بينه . فلو وطئ بعده ، لزمته الكفارة^(٣) . وهل تحصل به الفيء ويرتفع حكم الإيلاء ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ، وبه قطع كثيرون ، ولو وطئها مكرها ، ففي وجوب الكفارة القولان فيمن فعل المحلوف عليه ناسياً أو مكرهاً . فإن أوجبناها ، انحلت اليمين وارتفع الإيلاء ، وإلا ففي انحلال اليمين وجهان مجريان في كل يمين وجد المحلوف عليه ياكراه أو نسيان ، أصحهما : عدم الانحلال ، وهو الأوفق لكلام الأئمة ، وبه قطع الشيخ أبو حامد ، والقاضي أبو الطيب ، لاختلال الفعل^(٤) . فإن حكمنا بالانحلال ، حصلت الفيء وارتفع الإيلاء ، وإلا فوجهان ، أصحهما : كذلك ، وبه أجاب البغوي وغيره . والمسألة مفرقة على أنه يتصور إكراهه على الوطء وهو الراجح .

فرع

لو وطئها المؤتي في المدة أو بعدها وهو مجنون ، فطريقان . قطع العراقيون

(١) في الأصل : التعين .

(٢) في الأصل : استدخل .

(٣) في الأصل : لم تلزمه الكفارة . (٤) في بعض نسخ الظاهرية : لاختلال القصد .

بأنه لايجنث ، ولا تنحل اليمين ، ولا كفارة ، والثاني ، وبه قطع المتولي والبغوي : أن في وجوب الكفارة قولين كالناسي ، لأن المجنون ملحق بالخطيء في كفارة القتل ، فكذا كفارة اليمين ، فعلى هذا إن أوجبنا الكفارة ، انحلت اليمين ، وإلا فعلى الزوجين في المكروه ، فكيف كان ، فالمذهب أنه لايجنث ، ولا تجب الكفارة ، ولا تنحل اليمين ، وهل يسقط حقها من الفأء بالوطء في الجنون ؟ وجهان . أحدهما : لا ، بل تطالبه بعد الإفاقة من غير استئناف مدة ، وقيل : لا بد من استئنافها بعد الإفاقة ، وأصحها : نعم ، لأنها وصلت إلى حقها ، كما لورد المجنون الوديعة إلى صاحبها ، ولأن وطء المجنون كوطء العاقل في تقرير المهر والتحليل ، وتحريم الربيبة وسائر الأحكام .

فرع

لو آلى من إحدى امرأتيه بعينها ، ووطئها وهو يظنها الأخرى ، قال البغوي : يخرج عن الإيلاء ، وفي الكفارة القولان في الناسي .

فصل

سبق في فصل التعنين ، أن الزوجين إذا اختلفا في الوطء ، فالقول قول النافي إلا في مواضع . أحدها : إذا ادعى التعنين ^(١) الوطء بعد المدة أو فيها . الثاني : إذا ادعى مثل ذلك في الإيلاء ، فالقول قوله في الموضعين ، فإذا حلف ثم طلقها وقال : هذا طلاق رجعي [فلي الرجعة] وهي على إنكار الوطء والعدة ، قال ابن الحداد والجمهور : القول قولها ، ولا يمكن من الرجعة عملاً بقياس الخصومات ، وإنما قبلنا قوله في الوطء للضرورة وتعدر البيئة . وقيل : له الرجعة . الموضع الثالث : طلق زوجته وولدت ولدأ يلحقه ظاهرأ ، وقالت : وطئني فلي كل المهر ، فقال : لم أطأ ، فلك نصفه ، فالمذهب والمنصوص في رواية المزني وغيره ،

(١) في الأصل : التعنين .

أن القول قولها يمينها . ونقل الربيع قولاً آخر ، أن القول قوله يمينه ، فقيل : قولان ، وقيل : بالأول قطعاً ، ورواية الربيع من كيدته ، وقيل : إن اختلفا قبل ظهور الولد وحكمنا بالنصف ، لم يعتبر^(١) الحكم بالولد ، وإن اختلفا بعد ظهوره ومات الزوج ، أوجبنا جميع المهر ولا يقبل قول الورثة .

فرع

اختلفا في أصل الإيلاء وفي انقضاء مدته ، فهو المصدق يمينه ، ولو اعترفت بالوطء بعد المدة وأنكر ، فلا مطالبة لها ، فلو رجعت وقالت : لم يطأني ، لم يسمع قولها ، لأنها أقرت بوصول حقها إليها ، فلا يقبل رجوعها ، ذكره المتولي .

فصل

قال : والله لا أجامعك ، ثم أعاد ذلك مرتين فأكثر ، نظر ، إن أطلق في المرتين ، أو قيد بمدة واحدة كسنة وسنة ، فإن قال : أردت بالثاني تأكيد الأول ، قبل ، وكانت اليمين واحدة ، سواء اتحد المجلس أم تعدد ، طال الفصل أم لا ، وفي وجه ضعيف : إذا طال الفصل ، لا يقبل ، ويكون يميناً أخرى ، ويجري هذا الخلاف فيما لو كرر تعليق الطلاق بصفة ، والصحيح قبول التأكيد أيضاً . وإن قال : أردت الاستئناف ، فيها يمينان ، وإن أطلق ، فهل يحمل على التأكيد ، أم الاستئناف ؟ قولان ، قال المتولي : إن اتحد المجلس ، فلا يظهر يحمل على التأكيد ، وإن تعدد ، فعلى الاستئناف لبعد التأكيد مع اختلاف المجلس . وإن اختلفت المدة المقيد بها ، كقوله : والله لا أجامعك خمسة أشهر ، ثم قال : والله لا أجامعك سنة ، فالأصح أنه كاتحادها . وقيل : يمينان بكل حال ، فإذا لم نحكم بالتعدد ، لم يجب الوطء إلا كفارة ، وإذا حكمنا بالتعدد ، تخلص بالطلاق عن الأيمان كلها ، وتنعزل اليمين بوطء واحدة ، وفي تعدد الكفارة قولان . أظهرهما عند الجمهور : لا يجب إلا كفارة واحدة ، والثاني ، تتعدد بتعدد الأيمان ، وقيل : تتحد قطعاً ، وقيل : تتعدد قطعاً .

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : لم يغير .

فصل

آلى من زوجته الرقيقة ، ثم ملكها ، ثم باعها أو أعتقها ، ثم نكحها ، ففي عود الإيلاء الخلاف في عود الحنث ، وكذا لو آلى عبد من زوجته ثم ملكته وأعتقته ونكحته ، فعلى الخلاف . وهل الخلاف العائد كالبنونة بالثلاث أم بما دونها ؟ وجهان .

فصل

في فتاوى البغوي ، أن القاضي إذا طالب المؤلى بالفياء أو الطلاق فامتنع منها ، وطلبت المرأة من القاضي أن يطلق عليه ، لم يشترط حضوره في تطليق القاضي . ولو شهد عدلان أن زيدا آلى ، ومضت المدة وهو ممتنع من الفياء أو الطلاق ، لم يطلق عليه ، بل لابد من الامتناع بين يديه ، كما في العضل ، فلو تعذر إحضاره بتمرد أو توارى أو غيبة ، حكم عليه بالعضل بشهادة الشهود ، وبالله التوفيق .

كتاب الظهار

صورته الأصلية : أنت علي كظهر أمي . قال الأصحاب : الظهار حرام ، قالوا : وقوله : أنت علي حرام ، ليس بحرام ، بل هو مكروه ، لأن الظهار علق به الكفارة العظمى ، وإنما علق بقوله : أنت علي حرام كفارة اليمين ، واليمين والحلف ليسا بحرمين ، ولأن التحريم مع الزوجية قد يجتمعان في التحريم ، كتحريم الأم مع الزوجية لا يجتمعان^(١) .

فصل

هذا الكتاب مشتمل على بابين . أحدهما في أركانه ، وهي ثلاثة :
أحدها : الزوجان ، فيصح الظهار من كل زوج مكلف ، حرّاً كان أو عبداً ، مسلماً أو ذمياً ، خصياً أو مجبوباً أو سليماً . وظهار الصبي والمجنون باطل ، وظهار السكران كطلاقه . ومن لحقها الطلاق ، صح الظهار منها ، سواء فيه الحرة والأمة ، والصغيرة والمجنونة ، والذمية والرتقاء ، والحائض والنفساء ، والمعتدة عن شبهة ، والمطلقة الرجعية وغيرهن . ولو قال لأجنبية : إذا نكحتك ، فأنت علي كظهر أمي ، لم يصح ، ويجيء فيه القول الشاذ في مثله في الطلاق ، ولا يصح الظهار من الأمة وأم الولد .

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : ولأن التحريم مع الزوجية لا يجتمعان ، وفي الأخرى : ولأن التحريم مع الزوجية قد يجتمعان ، والتحريم كتحريم الأم مع الزوجية لا يجتمعان .

فرع

يتصور من الذمي الإعتاق عن الكفارة ، بأن يرث عبداً مسلماً ، أو يكون له عبد كافر فيسلم ، أو يقول لمسلم : أعتق عبدك المسلم عن كفارتي ، فيجيبه ، أو يشتري عبداً مسلماً إن جوزناها ، فإن لم نجوز الشراء ونعذر تحصيله ، فمادام موصراً لا يباح له الوطء . ويقال له : إن أردت الوطء ، فأسلم وأعتق ، لأن الرقبة موجودة والتعذر منه ، وكذا لو كان معسراً وهو قادر على الصوم ، لا يجوز له العدول إلى الإطعام ، لأنه يمكنه أن يسلم ويصوم ، فإن عجز عنه لمرض أو هوم ، فحينئذ يطعم في كفره ، هكذا ذكره صاحب « التهذيب » و « التتمة » ، وحكاه الإمام عن القاضي ، وتروّده في ، من حيث إن الذمي مقرر على دينه ، فحمله على الإسلام بعيد ، وجوابه ، أفا لا نحمله على الإسلام ، بل نقول : لا نمكنك من الوطء إلا هكذا ، فإما أن تتركه ، وإما أن تسلك طريق الحل .

الركن الثاني : الصيغة ، فصريح الظهار : أنت علي كظهر أمي ، وفي معناه سائر الصلّات ، كقوله : أنت معي أو عندي ، أو مني أو لي كظهر أمي . وكذا لو ترك الصلة فقال : أنت كظهر أمي ، وعن الداركي : أنه إذا ترك الصلة ، كان كناية ، لاحتمال أنه يريد : أنت محرمة على غيري ، والصحيح الأول ، كما أن قوله : أنت طالق ، صريح وإن لم يقل : مني ، ومتى أتى بصريح الظهار ، وقال : أردت غيره ، لم يقبل على الصحيح ، كما لو أتى بصريح الطلاق وادعى غيره ، وقيل : يقبل لأنه حق الله تعالى .

فرع

قوله : جملتك ، أو نفسك ، أو ذاتك ، أو جسمك ، أو بدنك علي كظهر أمي ، كقوله : أنت علي كظهر أمي ، وكذا قوله : أنت علي كبदन أمي أو جسمها ، أو ذاتها ، لدخول الظهر فيها .

فرع

إذا شبهها ببعض أجزاء الأم غير الظهر ، نظر ، إن كان ذلك مما لا يذكر في معرض الكرامة والإعزاز ، كاليد والرجل ، والصدر والبطن ، والفرج والشعر ، فقولان . أظهرهما وهو الجديد وأحد قولي القديم : أنه ظهار . وقيل : ظهار قطعاً ، وقيل : التشبيه بالفرج ظهار قطعاً ، والباقي على القولين . وإن كان مما يذكر في معرض الإعزاز والإكرام ، كقوله : أنت على كعبين أمي ، فإن أراد الكرامة ، فليس بظهار ، وإن أراد الظهار ، فظهار [قطعاً] تفريعاً على الجديد في قوله : كصدر أمي ، وإن أطلق ، فعلى أيها يحمل ؟ وجهات ، اختار القفال الإكرام ، والقاضي حسين ، أنه ظهار ، وأشار البغوي إلى ترجيحه ، والأول أرجح . ولو قال : كروح أمي ، فكقوله : كعبين أمي ، قاله جماعة . وعن ابن أبي هريرة ، أنه ليس بظهار ولا كناية ، والتشبيه برأس الأم كـهو باليد والرجل ، وكذا قطع به العراقيون ، وقيل : كالعين ، وبه أجاب السرخسي ، وهو أقرب . ولو قال : أنت على كأمي ، أو مثل أمي ، فإن أراد الظهار ، فظهار ، وإن أراد الكرامة ، فلا ، وإن أطلق ، فليس بظهار على الأصح ، وبه قطع كثيرون .

فرع

لو شبه بعض الزوجة فقال : رأسك أو يدك ، أو ظهرك ، أو فرجك ، أو جلدك ، أو شعرك علي كظهر أمي ، أو نصفك ، أو ربعك علي كظهر أمي ، فهو ظهار ، ويجيء فيه القول القديم ، ولو شبه بعضها ببعضها فقال : رأسك علي كيد أمي ، فهو ظهار ، ويجيء فيه القديم .

فرع

قال الأصحاب : ما يقبل التعليق من التصرفات ، يصح إضافته إلى بعض محل

ذلك التصرف ، كالطلاق ، والعتاق ، وما لا يقبله ، لاتصح إضافته إلى بعض المحل ، كالنكاح والرجعة . وأما الإيلاء ، فإن أضافه إلى الفرج فقال : لا أجامع فرجك ، كان مؤلماً ، وإن أضاف إلى اليد والرجل وسائر الأعضاء غير الفرج ، لم يكن مؤلماً ، وإن قال : لا أجامع بعضك ، لم يكن مؤلماً ، إلا أن يريد بالبعض الفرج ، وإن قال : لا أجامع نصفك ، فقد أطلق الشيخ أبو علي ، أنه ليس بمؤل ، قال الإمام : إن أراد أنه ليس بصريح ، فظاهر ، أما إذا نوى ، ففيه احتمال ، لأن من ضرورة ترك الجماع في النصف ، تركه في الجميع ، ويجوز أن يجاب عنه .

قلت : ولو قال : لا أجامع نصفك الأسفل ، فهو صريح في الإيلاء ، ذكره في « الوسيط » . والمراد بالفرج المذكور ، القبل . والله أعلم

الركن الثالث : المشبه به أصل الظهار ، تشبيه الزوجة بظهر الأم ، ولو شبهها بجدة من جهة الأب أو الأم ، فهو ظهار قطعاً ، هكذا قطع به الجمهور . وقيل : فيه خلاف كالتشبيه بالبنات .

وأما غير الأم والجدة من المحارم ، فقسمان .

أحدهما : محرمات بالنسب ، كالبنات ، والأخوات ، والعمات ، والحالات ، وبنات الأخت . فإذا شبه زوجته بظهر واحدة منهن ، فقولان ، الجديد وأحد قولي القديم : أنه ظهار ، والثاني : لا ، للعدول عن المعهود .

القسم الثاني : المحرمات بالسبب ^(١) ، وهن ضربان ، محرمات بالرضاع ، ومحرمات بالمصاهرة ، وفيهن خلاف مشتمل على أقوال ، وطرق ، وأوجه ، والمذهب منها عند الأصحاب : أن التشبيه بمن لم تول منهن محرمة عليه ظهار ، وبما كانت حلالاً له ثم حرمت ، ليس بظهار ، وإذا اختصرت الخلاف في الجميع ، جاء سبعة أقوال وأوجه . أحدها : اقتصار الظهار على التشبيه بالأم . والثاني : إلحاق الجدات

(١) في الأصل : بالنسب .

بها فقط . والثالث : إلحاق محارم النسب . والرابع : إلحاق محارم الرضاع أيضاً إذا لم يعهدن محلات . الخامس : إلحاقهن بحذف هذا الشرط . والسادس : إلحاق محارم المصاهرة بالشرط المذكور . السابع : إلحاقهن بحذف الشرط . والمذهب : إلحاق كل من لم تزل محرومة من الجميع فقط . ولو شبه بمن لا تحرم مؤبداً كأجنبية ، ومطلقة ، ومعتدة ، ومجوسية ، ومرتدة ، وأخت امرأته ، فليس بظهار قطعاً ، سواء طراً ما يؤيد التحريم ، بأن نكح بنت الأجنبية ، أو وطئ أمها وطءاً محرماً ، أم لم يطرأ . ولو شبه بملأعته ، فليس بظهار ، لأن تحريمها ليس للمحرمة والوصلة ، ولو شبهها بأزواج النبي ﷺ ، أو قالت : أنت علي كظهر ابني ، أو أبي ، أو غلامي ، فليس بظهار .

فرع

قالت لزوجها : أنت علي كظهر أمي ، أو أنا عليك كظهر أمك ، فلا يلزم به شيء ، بل يختص بالرجال [كالطلاق] .

فصل

تعليق الظهار صحيح ، فإذا قال : إن دخلت الدار ، وإذا جاء رأس الشهر ، فأنت علي كظهر أمي ، فوجدت الصفة ، صار مظاهراً منها . ولو قال : إن ظاهرت من حفصة ، فعمرة علي كظهر أمي وهما في نكاحه ، ثم ظاهر من حفصة صار مظاهراً منها جميعاً . ولو قال : إن ظاهرت من إحداكما ، أو أيكما ظاهرت منها ، فالأخرى علي كظهر أمي ، ثم ظاهر من إحداهما ، صار مظاهراً من الأخرى أيضاً . ولو قال : إن ظاهرت من فلانة ، فأنت علي كظهر أمي ، وكانت فلانة أجنبية ، فخاطبها بلفظ الظهار ، لم يصر مظاهراً من زوجته ، لأن الظهار من الأجنبية لا ينعقد ، إلا أن يريد التلفظ بلفظ الظهار ، فيصير بالتلفظ مظاهراً من زوجته . ولو نكح فلانة ثم ظاهر منها ، صار مظاهراً من زوجته

الأولى . ولو قال : إن ظهرت من فلانة الأجنبية ، فأنت علي كظهر أمي ، فإن خاطبها بلفظ الظهار قبل أن ينكحها ، فحكمه ما سبق . فإن نكحها ثم ظهر منها ، فهل يصير مظاهراً من الزوجة الأولى ؟ وجهان . أصحها : نعم ، ويكون لفظ الأجنبية تعريفاً لا شرطاً ، كما لو قال : لا أدخل دار زيد هذه ، فباعها ، ثم دخلها ، حنت ، ولو قال : إن ظهرت من فلانة أجنبية ، أو وهي أجنبية ، فأنت علي كظهر أمي ، فسواء خاطبها بلفظ الظهار قبل أن ينكحها ، أو نكحها ، وظهر منها ، لا يصير مظاهراً من المعلق ظهارها ، لأنه شرط المظاهرة منها وهي أجنبية ، ولم يوجد الشرط ، وهو كقوله : إن بعث الخمر ، فأنت طالق ، أو كظهر أمي ، فأنت بلفظ البيع ، لا يقع الطلاق ولا الظهار ، تنزيلاً للفظ العقود على الصحة . وعند المزني ، ينزل في مثل هذا على صورة العقد ، ومن الأصحاب من وافقه ، فصحح الظهار هنا .

فرع

قال : إن دخلت الدار ، فأنت علي كظهر أمي ، فدخلت الدار وهو مجنون ، أو ناسي ، فعن ابن القطان : أن في حصول العود ولزوم الكفارة قولين . قال ابن كعب : وعندي أنها تلزم بلا خلاف ، كما لو علق طلاقها بالدخول ، فدخلت وهو مجنون ، وإنما يؤثر النسيان والإكراه ، في فعل المحلوف على فعله ، وهذا هو الصواب .

فصل

سبق أن كل واحد من لفظي الطلاق والظهار ، لا يجوز أن يجعل كناية عن الآخر ، وأن قوله لزوجته : أنت علي حرام ، يصح كناية عن الطلاق والظهار . فإذا قال : أنت طالق كظهر أمي ، فله أحوال .

أحدها : أن لا ينوي شيئاً ، فتطلق ، ولا يصح الظهار .

الثاني : أن يقصد بكل كلامه الطلاق وحده وأكده بلفظ الظهار ، فيقع الطلاق ولا ظهار

الثالث : أن يقصد بالجمع الظهار ، فتطلق ، ولا ظهار على الصحيح ، لأن لفظ الطلاق ليس بظهار ، والباقي ليس بصريح في الظهار ، لعدم استقلاله ، ولم ينو به الظهار ، وإنما نواه بالمجموع .

الرابع : أن يقصد الطلاق والظهار ، فينظر ، إن قصدتهما بمجموع كلامه ، حصل الطلاق ولا يحصل الظهار على الصحيح . وقيل : يحصل لإقراره به ، وإن قصد الطلاق بقوله : أنت طالق ، والظهار بقوله : كظهر أمي ، طلقت ، فإن كانت تبين بالطلاق ، لم يصح الظهار ، وإلا فيصح الظهار مع الطلاق ، وقيل : لا يصح ، وهو ضعيف . وإن قال : أردت بقولي : أنت طالق الظهار ، وبقولي : كظهر أمي الطلاق ، وقع الطلاق وحده . وإن قال : أنت علي كظهر أمي طالق ، قال ابن كج : إن أراد الظهار والطلاق ، حصلا ، ولا يكون عائداً ، لأنه عقب الظهار بالطلاق ، فإن راجع ، كان عائداً ، وإن لم يرد شيئاً ، صح الظهار . وفي وقوع الطلاق وجهان .

فرع

قال : أنت علي حرام كظهر أمي ، فإن نوى بكلامه الطلاق فقط ، فهو طلاق على الأظهر الأشهر ، وفي قول : ظهار ، وقيل : طلاق قطعاً ، وقيل : طلاق وظهار ، حكاه ابن كج . وإن نوى بكلامه الظهار ، فظهار ، وإن نوى الطلاق والظهار جميعاً ، نظر ، إن أرادهما بمجموع الكلام ، أو بقوله : أنت علي حرام ، لم يثبتاً معاً ، وأيهما يثبت ؟ فيه أوجه . أحدها : الطلاق ، والثاني : الظهار ، والثالث وبه قال ابن الحداد والجمهور : بخير فيثبت ما اختاره منها ، وإن أراد بقوله : أنت علي حرام الطلاق ، وبقوله : كظهر

أمي الظهار ، وقع الطلاق وحصل الظهار إن كان الطلاق رجعيّاً على الصحيح ، وإن كان بائناً ، فلا . وإن أراد بقوله : أنت علي حرام الظهار ، وبقوله : كظهر أمي الطلاق ، حصل الظهار قطعاً ، ولا يقع الطلاق على الصحيح ، وإن قال : أردت بقولي : أنت علي حرام تحريم ذاتها الذي مقتضاه كفارة يمين ، قبل منه على الأصح ، وقيل : لا يقبل ويكون مظاهراً ، لأنه وصف التحريم بما يقتضي الكفارة العظمى ، فلا يقبل رده إلى الصغرى ، فعلى الأول ، إن لم ينو بقوله : كظهر أمي الظهار ، لم يلزمه شيء سوى كفارة اليمين ، ويكون قوله : كظهر أمي تأكيداً للتحريم ، وإن نوى الظهار ، لزمه كفارة اليمين ، وكان مظاهراً . وأما إذا أطلق ولم ينو شيئاً يحتمله ^(١) كلامه ، فلا طلاق لعدم الصريح والنية ، وفي كونه ظهاراً وجهان . المنصوص في « الأم » ، أنه ظهار .

فرع

قال : أنت علي كظهر أمي حرام ، كان مظاهراً ، قال المتولي : فإن لم ينو بقوله : حرام شيئاً ، كان تأكيداً ، وإن نوى تحريم عينها ، فكذلك ، ويدخل مقتضى التحريم وهو الكفارة الصغرى ، في مقتضى الظهار وهو الكفارة العظمى ، وإن نوى به الطلاق ، فقد عقّب الظهار بالطلاق ، فلا عود .

فرع

قال : أنت مثل أمي ونوى الطلاق ، كان طلاقاً ، وكذا قوله : كروح أمي وعينها ، وبالله التوفيق .

الباب الثاني

في حكم الظهار

له حكمان .

أحدهما : تحريم الوطء إذا وجبت الكفارة إلى أن يكفر ، فلو وطئ

(١) في الأصل : يحمله .

قبل التكفير ، عصى ، ويجرم عليه الوطء ثانياً ، سواء كفر بالإطعام وغيره . وفي تحريم القبلة واللمس بشهوة ، وسائر الاستمتاعات ، قولان ، ويقال : وجهان . أظهرهما عند الجمهور : الجواز ، وهو منسوب إلى الجديد ، وحكى ابن كج طريقاً قاطعاً به ، وقال : وهو الأصح . وقول الله تعالى : (من قبل أن يتلاسا) محمول على الجماع كقوله تعالى : (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن) .

فرع

عد الإمام الصور التي تحرم فيها القبلة وسائر الاستمتاعات مع الوطء ، والتي تختص بالتحريم بالوطء ، فقال : ما حرم الوطء لتأثيره في الملك ، كالطلاق الرجعي وغيره ، والردة أو حلها لغيره كالأمة المزوجة ، أو حرماً لاستبراء الرحم عن غيره ، كزوجه المعتدة عن وطء شبهة في صلب النكاح ، وكالمستبرأة بملك اليمين بشراء ونحوه ، فكل هذا يحرم فيه الاستمتاع كلها ، وما حرم الوطء بسبب الأذى ، لا يحرم الاستمتاع .

وأما العبادات المحرمة للوطء ، فالإحرام يحرم كل استمتاع تعبداً ، والصوم والاعتكاف يحرمات كل ما يخشى منه الإنزال لتأثيرهما بالانزال . وإذا قلنا في الظاهر : لا تحرم القبلة واللمس ، ففيما بين السرة والركبة احتمالان ، لأنه يحوم^(١) حول الحمى ، هذا كلام الامام ، وحكى البغوي وجهاً ، أنه يجوز الاستمتاع بزوجه المعتدة عن شبهة وغيره^(٢) ويشبه أن يجيء في الاستمتاع بالمرهونة خلاف . قلت : الوجه الجزم بجوازه في مرهونته ، وقد جزم به الرافعي في « باب الاستبراء » . قال الامام : وإذا لم يحرم الاستمتاع ، فلا بأس بالتلذذ وإن أفضى إلى الانزال ، وقول الامام : الاحرام يحرم كل استمتاع ، الصواب ، حملة على المباشرة

(١) في الأصل : يحول .

(٢) في نسخ الظاهرية : عن شبهة غيره بدون وار .

بشهوة ، فأما اللمس ونحوه بغير شهوة ، فليس بمحرام كما سبق في الحج . والأمة
الوثنية والمجوسية والموتدة ، محرم فيها كل استمتاع ، وكذا المشاركة والمساومة
ومن بعضها حر والله أعلم

الحكم الثاني : وجوب الكفارة بالعود ، والعود هو أن يمسكها في النكاح
زماً يمكنه مفارقتها فيه . وحكى الشيخ أبو حاتم القزويني عن القديم قولاً : أن
العود هو الوطء ، والمشهور الأول . واتفق الأصحاب على أن الكفارة تجب إذا
ظاهر وعاد ، لكن هل سبب الوجوب العود فقط ، أم الظهار والعود معاً ، أم
الظهار فقط والعود شرط ؟ فيه أوجه . ولو مات أحد الزوجين عقيب الظهار ،
أو فسخ أحدهما النكاح بسبب يقتضيه ، أو جن الزوج ، أو طلقها بائناً أو رجعيّاً
ولم يراجع ، فلا عود ولا كفارة ، فلو كانت أمة فاشتراها متصلاً بالظهار ،
فليس بعائد على الأصح ، لأنه قطع النكاح . ولو اشتغل بأسباب الشراء كالمساومة
وتقرير الثمن ، كان عائداً على الأصح ، وبه قال ابن الحداد ، ورجحه المتولي
وغيره . قال الامام : وهذا الخلاف إذا كان الشراء متيسراً ، فإن كان متعذراً ،
فلا اشتغال بتسهيله لا ينافي العود عندي .

فرع

لاعنها عقب الظهار ، نص الشافعي رضي الله عنه أنه ليس عائداً ، واختلفوا
في النص على ثلاثة أوجه .

أحدها وبه قال ابن الحداد : والمراد به ما إذا سبق القذف والرافعة إلى
الحاكم ، أو أتى بما قبل الخامسة من كلمات اللعان ، ثم ظاهر وعقبه بالكلمة
الخامسة ، وإلا فعائد ، وأصحها ، وبه قال أبو إسحاق ، وابن أبي هريرة ، وابن
الوكيل : يشترط سبق القذف والرافعة ، ولا يشترط تقدم شيء من كلمات اللعان ،
بل إذا وصلها بالظهار ، لم يكن عائداً . والثالث ، وبه قال ابن سلة ، وحكي

عن المزني في « الجامع الكبير » : لا يشترط سبق القذف أيضاً ، فلو ظاهر وقذف متصلاً ، واشتغل بالمرافعة وأسباب اللعان ، لم يكن عائداً وإن بقي أياماً فيه ، وشبه ذلك بما لو قال عقب الظهار : أنت طالق على ألف درهم ، فلم تقبل ، فقال عقبه : أنت طالق بلا عوض ، لا يكون عائداً لاستغاله بسبب الفراق .

فرع

قال : أنت كظهر أمي ، يازانية أنت طالق ، فوجهان ، قال ابن الحداد : هو عائداً ، لأنه أمسكها حالة القذف . قال الشيخ أبو علي : هذا صحيح إن لم يلاعن بعده ، أو لاعن وشرطنا سبق القذف ، فإن لم نشرطه ، فليس بعائداً . والثاني ، لا يكون عائداً ، ويكون قوله : يازانية أنت طالق كقوله : يازنيت أنت طالق في منع العود ، وتردد الامام ، في أن ابن الحداد يسلم في هذه الصورة . قلت : تردد الامام ثم قال : والأصح التسليم والله أعلم

فرع

لو علق طلاقها عقب الظهار . كان عائداً . ولو علق بدخوله الدار ، ثم ظاهر وبادر بالدخول عقب الظهار ، فلا عود .

فصل

إذا ظاهر ثم طلقها رجعيّاً عقبه ، ثم راجعها ، فلا خلاف أنه يعود الظهار وأحكامه . ولو طلقها بائناً أو رجعيّاً وتوكلها حتى بانت ، ثم نكحها ، ففي عود الظهار الخلاف في عود الحنث ، ويجوزي الخلاف فيما لو كانت رقيقة فاشتراها عقب الظهار ، ثم أعتقها أو باعها ، ثم نكحها . وهل عود النكاح بعد الانفساخ بالملك كعوده بعد البينونة بالثلاث ، أم كالبينونة بدون الثلاثة ؟ وجهان سبق نظيرهما . ولو ارتد عقب الظهار ، ثم أسلم في العدة ، عاد الظهار بلا خلاف ، ثم

هل تكون الرجعة وتجديد النكاح والاسلام بمجرد عوداً ، أم لا يكون إلا أن يسكها بعد هذه الأمور زمناً يمكنه فيه الفرقة ؟ فيه طرق . المذهب : أن الرجعة عود ، بخلاف التجديد والاسلام ، ويجري الخلاف فيما لو ظاهر من رجعية ثم راجعها ، ولا يكون عائداً قبل الرجعة بحال ، ولو ارتد أحدهما عقب الظهار قبل الدخول ، فلا عود ، وكذا لو كان بعد الدخول ، وأصر المرتد حتى انقضت العدة . ولو ظاهر كافر من كافرة ، فأسلما معاً في الحال ، أو أسلم وهي كتائية ، فالنكاح دائم ، وهو عائذ ، وإن أسلم وهي وثنية ، أو أسلمت وتخلف ، فإن كان قبل الدخول ، فلا عود لارتفاع النكاح ، وإن كان بعده ، فلا عود في الحال ، ولا إذا أصر ، فإن جدد النكاح بعد البينونة ، ففي عود الظهار خلاف عود الحث . وإن أسلم المتخلف في العدة ، فإن كان هو ، فهل يكون نفس الاسلام عوداً ، أم لا بد من الامساك بعده ؟ فيه الخلاف السابق ، وإن كانت هي ، فنفس إسلامها ليس بعود في حقه ، وإنما يصير عائداً إذا أمسكها بعد علمه بإسلامها زمناً يمكنه مفارقتها .

فرع

لو جن عقب الظهار ثم أفاق ، قال الشيخ أبو علي : جعل بعضهم ككون الإفاقة عوداً على الخلاف في الرجعة ، وهذا غلط ظاهر .

قلت : نقل الامام عن الأصحاب ، أنهم قالوا : لو جن عقب الظهار ، فليس بعائد ، لأنه لم يسكها مختاراً ، وقال صاحب الحاوي : لو تعقب الظهار جنون أو إغماء ، صار عائداً ، لأن الجنون لا يجرمها ، بخلاف الردة ، والقصد في العود ليس بشرط ، وهذا الذي قاله ، وإن كان قريباً ، فالصحيح ما نقله الامام والله اعلم

فصل

سبق أن تعليق الظهار صحيح ، فلو علقه ووجد المعلق عليه وأمسكها جاهلاً ،

نظر ، إن علق على فعل غيره ، فليس بعائد حتى يسكها بعد علمه ، وإن علق على فعل نفسه ونسي ، فالمعروف في المذهب : أنه عائد ، ورأى البغوي وغيره تخريج المسألة في الطرفين على حنت الناسي والجاهل ، وهذا أحسن ، وبه قال المتولي .

قلت : هذا الذي قاله المتولي ، أنه إن علق بفعل نفسه ، ففي مصيره عائداً الخلاف في حنت الناسي ، وإن علق بفعل غيره ، لم يصر عائداً على المذهب . وقيل : يخرج على الناسي ، قال : والفرق أنه يشتبه عليه فعل غيره ، وقبلما يشتبه عليه حال نفسه ، ثم إذا علق على فعل نفسه أو غيره وفعل ، صار عند علمه بالفعل ، كأنه الآن تلفظ بالظهار ، فإن أمسكها بعده ، فعائد ، وإلا فلا والله أعلم

فصل

متى عاد ، ووجبت الكفارة ، ثم طلقها بائناً أو رجعيّاً ، أو مات أحدهما ، أو فسخ النكاح ، لم تسقط الكفارة . وإذا جدد النكاح ، استمر التحريم إلى أن يكفر ، سواء حكمنا بعود الحث ، أم لا ، لأن التحريم حصل في النكاح الأول ، وقد قال الله تعالى : (فتحرير رقبة من قبل أن يتأسا) ولو كانت رقيقة وحصل العود ثم استترها ، فهل تحل بلك اليمين قبل التكفير ؟ وجهان . أصحهما : لا .

فصل

إذا وقت الظهار ، فقال : أنت علي كظهر أمي يوماً أو شهراً أو إلى شهر ، أو إلى سنة ، فثلاثة أقوال ، أظهرها : صحته مؤقتاً عملاً بلفظه ، وتغلياً لشبه اليمين ، والثاني : يصح مؤبداً ، تغلياً لشبه الطلاق . والثالث : أنه لغو ، فإن صححناه مؤبداً ، فالعود فيه كالعود في الظهار المطلق^(١) . وإن صححناه مؤقتاً ، فوجهان ، أحدهما : العود فيه كالعود في المطلق ، وبه قال

(١) في الأصل : المعلق .

المزني ، وأصحها وهو ظاهر النص : أنه لا يكون بالإمساك عائداً ، ولا يحصل العود إلا بالوطء في المدة . فعلى هذا لو قال : أنت علي كظهر أمي خمسة أشهر ، فهو مؤل على الأصح ، وقال الشيخ أبو محمد : لا ، لأنه ليس حالفاً . وإذا وطئ فتي (١) يصير عائداً ؟ وجهان ، أصحها : عند الوطء ، فعلى هذا لا يحرم الوطء ، لكن إذا غابت الحشفة ، لزمه النزع كما سبق في قوله : إن وطئت ، فأنت طالق ثلاثاً ، وذكرنا هناك وجهاً أنه يحرم الوطء . قال الامام : ولا شك في جريانه هنا . والثاني ، قاله الصيدلاني وغيره : نتيبن بالوطء كونه عائداً بالإمساك عقب الظهار ، فعلى هذا يحرم ابتداء الوطء ، كما لو قال : إن وطئت ، فأنت طالق قبله ، يحرم عليه الوطء . وعلى الوجهين يحرم عليه الوطء بعد ذلك الوطء حتى يكفر أو تمضي مدة الظهار ، فإذا مضت ، حل الوطء لارتفاع الظهار ، وبقيت الكفارة في ذمته ، ولو لم يطقاً حتى مضت المدة ، فلا شيء عليه ، وتروى الامام في أنه لو ظاهر ظهاراً مطلقاً وعاد ، هل يحصل التحريم بالظهار فقط ، أم به وبالعود ؟ قال : والظاهر الثاني ، لأن الكفارة مرتبة عليها (٢) ، والتحريم مرتب على وجوب الكفارة ، وتظهر فائدة التردد في لمسه وقبلته بغرض عقب الظهار إلى أن يتم زمن لفظ الطلاق ، وإذا حصل العود في الظهار المؤقت على اختلاف الوجهين ، فالواجب كفارة الظهار على الصحيح ، وعليه تتفرع الأحكام المذكورة ، وفي وجهه : الواجب كفارة يمين ، وينزل لفظ الظهار منزلة لفظ التحريم . وذكر ابن كح تفريعاً عليه أنه يجوز الوطء قبل التكفير .

فرع

قال : أنت علي حرام شهراً أو سنة ونوى تحريم غيرها ، أو أطلق ، وقلنا :

(١) في الأصل : فن .

(٢) في الأصل : عليها .

مطلقه يوجب كفارة اليمين ، فهل يصح ويوجب كفارة اليمين ، أم يبلغو ؟
وجهان حكاهما الامام ، كالظهار المؤقت ، أصحها الأول .

فصل

قال لأربع نسوة : أنتن علي كظهر أمي ، صار مظاهراً منهن ، فإن طلقهن ،
فلا كفارة ، وإن أمسكن ، فالجديد : وجوب أربع كفارات ، والقديم : كفارة
فقط ، فعلى الجديد : لو امتنع العود في بعضهن بموت أو طلاق ، وجبت
الكفارة بعدد من عاد فيهن ، وعلى القديم : تجب الكفارة لو عاد في بعضهن .
وفي « التتمة » ، أنها لا تجب في بعضهن ، كما لو حلف لا يكلم جماعة ، فكلم بعضهم .
ولو ظاهر منهن بأربع كلمات ، فإن لم يوالها ، لم يخف حكمه ، وإن والها ،
صار بظهار الثانية عائداً في الأولى ، وبظهار الثالثة عائداً في الثانية ، وبظهار
الرابعة عائداً في الثالثة ، فإن فارق الرابعة عقبظهارها ، فعليه ثلاث كفارات ،
وإلا فأربع .

فرع

قال لأربع نسوة : أنتن علي حرام ونوى تحريم أعيانهن ، فالقول في تعدد
الكفارة واتخاذها^(١) كما في الظهار ، ذكره الامام .

فرع

كرر لفظ الظهار في امرأة واحدة ، فإن أتى بالألفاظ متوالية ، نظر ، إن
أراد بالمرّة الثانية وما بعدها التأكيد ، فالجميع ظهار واحد ، فإن أمسكها بعد
الموات ، فعليه كفارة ، وإن فارقها ، وجهان . أحدهما : تلزمه الكفارة لتمكنه
من الفراق بدلاً من التأكيد ، وأصحها : لا كفارة ، لأن الكلمات المؤكدة بها

(١) في الأصل : واتخاذها .

كالكلمة الواحدة ، وإن أراد بالمرّة الثانية ظهاراً آخر ، تعذرت الكفارة على الجديد ، واتحدت على القديم . وقيل : تتعدد قطعاً ، فإن عددنا ، ففارق عقب المرّة الأخيرة ، فهل يلزمه كفارة الظهار الأول ؟ وجهان . أصحها : نعم ، لأنه كلام آخر ، بخلاف التأكيد ، وإن أطلق ولم ينو شيئاً ، فهل تتحد ، أم تتعدد ؟ قولان ، أظهرهما : الاتحاد ، وقطع به صاحب « الشامل » و « التتمة » .

وأما إذا تفصلت المرات ، وقصد بكل مرّة ، ظهاراً ، أو أطلق ، فكل مرّة ظهار مستقل له كفارة ، وفي قول ضعيف : لا يكون الثاني ظهاراً ما لم يكفر عن الأول ، وإن قال : أردت بالمرّة الثانية إعادة الظهار الأول ، فعن القفال : اختلاف جواب في قبوله . قال الإمام : هو مبني على أن المغلب في الظهار شبه اليمين ، أم الطلاق ؟ إن غلبنا الطلاق ، لم يقبل ، وإلا فالظاهر قبوله كما ذكرنا في الإبلاء ، والأصح تغليب شبه الطلاق فيكون الأصح أنه لا يقبل إرادته التأكيد ، وكذا ذكره البغوي وغيره .

قلت : نقل صاحب « البيان » عن البغداديين ، يعني بهم العراقيين ، القطع بأنه لا يقبل ، وجزم صاحب « الحاوي » بالقبول ، والصحيح المنع . والله أعلم

فرع

قال : إن دخلت الدار ، فأنت علي كظهر أمي ، وكرر هذا اللفظ ثلاثاً ، فإذا دخلت الدار ، صار مظاهراً ، فإن قصد التأكيد ، لم يجب إلا كفارة وإن قالها في مجالس ، وإن قصد الاستئناف ، تعددت الكفارة ، ويجب الجميع بعود واحد بعد الدخول ، فإن طلقها عقب الدخول ، لم يجب شيء ، وإن أطلق فهل يحمل على التأكيد ، أم الاستئناف ؟ قولان .

فصل

قال : إن لم أتزوج عليك ، فأنت علي كظهر أمي ، فإن تزوج (١) ، أو لم

(١) في الأصل : فإن لم يتزوج .

يتمكن منه بأن مات ، أو ماتت عقب الظهار ، فلا عود ولا ظهار ، وإنما يصير مظاهراً إذ فات الزوج عليها مع إمكانه ، وحصل اليأس منه بموت أحدهما ، وحينئذ يحكم بكونه كان مظاهراً قبيل الموت ، وفي لزوم الكفارة وحصول العود وجهان ، قال ابن الحداد : يلزم ، وقال الجمهور : لا يلزم ولا ضرورة إلى تقدير حصول العود عقب الظهار ، وهذا هو الصحيح . ولو لم يتزوج عليها مع الإمكان حتى جن ، فإن أفاق ثم مات قبل التزويج ، فحكمه ما سبق ، وإن اتصل الموت بالجنون ، تبينا مصيره مظاهراً قبيل الجنون . وحكى الشيخ أبو علي وجهاً أنه لا يحكم بمصيره مظاهراً إلا قبيل الموت ، ويجيء منه في تعليق الطلاق . قال الشيخ : ولا تظهر فائدة هذا الخلاف في الظهار إذا قلنا بالصحيح وقول الجمهور : إنه لا كفارة ، وعلى قول ابن الحداد تظهر فائدته إن اختلف حاله في اليسار والإعسار . ولو قال : إذا لم أتزوج عليك ، فأنت علي كظهر أمي ، فإذا مضى عقب التعليق زمان إمكان التزوج ولم يتزوج ، صار مظاهراً ، والفرق بين «إن» و«إذا» سبق بيانه في كتاب «الطلاق» ، وذكرنا هناك أن من الأصحاب من خرج من كل واحدة إلى الأخرى ، وهو جارٍ هنا .

فصل

قال : إن دخلت فأنت علي كظهر أمي ، ثم أعتق عن كفارة الظهار ، ثم دخلت ، فهل يجزئه إعتاقه عن الكفارة ؟ وجهان ، قال ابن الحداد : نعم ، كتقديم الزكاة وكفارة اليمين ، وقال الجمهور : لا ، لأنه تقديم على السببين ^(١) جميعاً ، فلم يصح كتقديم الزكاة على الحول والنصاب ، وكفارة اليمين على اليمين ، ويجري الخلاف ، لو أطعم عن الظهار وهو من أهل الإطعام قبل دخول الدار ، ولا يجري في الصوم على المذهب ، والوجهان جاريان في تعليق الإبلاء . فإذا قال : إن دخلت

(١) في الأصل : السنين .

الدار فوائده لا أطوك ، ثم أعتق عن كفارة اليمين قبل دخول الدار ، جوزة ابن الحداد ، وخالفه الجمهور . ولو قال : إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي ، وقال : متى دخلت ، فعبدني فلان حر عن ظهاري ، فدخلت ، فعلى رأي ابن الحداد يصير مظاهراً ، ويعتق العبد عن الظهار ، وعلى الصحيح وقول الجمهور : لا يصح تعليق إعتاقه عن الظهار ، وأما إذا أعتق عن الظهار بعد الظهار وقبل العود ، فيجزئه قطعاً ، وسنوضحه في كتاب الأيمان ، إن شاء الله تعالى . ولو قال : أنت علي كظهر أمي ، أعتقت هذا عن كفارتي ، أو أنت علي كظهر أمي ، وسالم حر عن ظهاري ، فهذا إعتاق مع العود ، ويجزئه عن الكفارة التأخر عن الظهار .

فرع

ظاهر من زوجته الأمة ، وعاد ثم قال لمالكها : أعتقتها عن ظهاري ، ففعل ، وقع عتقها عن كفارته ، وانفسخ النكاح . وكذا لو أعتقها عنه باستدعائه عن كفارة أخرى ، ولو ملكها بعدما ظاهر ، وعاد فانفسخ النكاح ، ثم أعتقها عن ظهاره منها ، أجزأه . ولو آلى من زوجته الأمة ، ووطئها ولزمته الكفارة فقال لسيدها : أعتقها عن كفارة عيني ، ففعل ، أجزأه وانفسخ النكاح ، ولو آلى من زوجته الذمية ، ثم ووطئها ، أو ظاهر منها وعاد ، ثم نقضت العهد ، فاسترقت ، فملكها الزوج فأسلمت ، فأعتقها عن كفارة ظهاره ، أجزأه ، وبالله التوفيق .

كتاب الكفارات

هي قسمان .

أحدهما : لا يدخله الإعتاق ، كالواجبات في محظورات الإحرام ، وسبق بيانها في الحج .

والثاني : يدخله الإعتاق ، وهو نوعان .

أحدهما : تترتب فيه خصال الكفارة ، وهو الظهار والجماع في نهار شهر رمضان ، والقتل .

والثاني : للتخير ، وهي كفارة اليمين ، ومعظم المقصود هنا كفارة الظهار ، ويدخل فيها أشياء من غيرها ، والباقي موضحة في أبوابها .

فصل

تشترب النية في الكفارات ، وبكفيه نية الكفارة ، ولا يشترط التقيد بالوجوب ، لأن الكفارة لا تكون إلا واجبة ، كذا ذكره صاحب « الشامل » وغيره ، ولا تكفيه نية العتق الواجب من غير تعرض للكفارة ، لأن العتق قد يجب بالندى فإن نوى العتق الواجب بالظهار ، أو القتل مثلاً ، كفى ، ويشترط أن تكون النية مقارنة للإعتاق والإطعام ، وأما الصوم ، فينوي من الليل كما سيأتي إن شاء الله تعالى . وقيل : يجوز تقديمها على الإعتاق والإطعام ، كما ذكرنا في الزكاة ،

والصحيح الأول . وإذا علق العتق عن الكفارة على شرط ، لم يجوز تأخر (١) النية عن التعليق ، بل يشترط المقارنة للتعليق إن شرطناها في التنجيز ، وعلى الوجه الآخر : يجوز تقديمها عليه ، ذكره البغوي .

فرع

لا يجب في النية تعيين الكفارة ، فلو كان عليه كفارتا ظهار وقتل ، فأعتق عبدین بنية الكفارة ، أجزاء عنها . ولو اجتمع عليه كفارات ، فأعتق رقبه بنية الكفارة ، وقعت عن واحدة منها ، سواء اتفق جنسها أو اختلف ، وكذا الصوم والإطعام ، ولو كان عليه كفارة ونسي سببها فأعتق ونوى عليه ، أجزاء ، ولو كان عليه ثلاث كفارات ، فأعتق رقبة عن واحدة ، ثم أعسر وصام شهرين عن واحدة ، ثم عجز فأطعم عن الثالثة ، ولم يعين شيئاً ، أجزاء ، ولو كانت عليه كفارة ظهار ، فنوى كفارة القتل عمداً أو خطأ ، لم يجزه عن الظهار .

ولو كان عليه كفارتان ، فأعتق عبداً بنية الكفارة المطلقة ، ثم صرفه إلى واحدة معينة ، تعين العتق لها ، ولم يتمكن بعده من صرفه إلى الأخرى ، كما لو عين في الابتداء .

فرع

إذا ظاهر الذمي وعاد ، يكفر بالاعتاق أو الإطعام دون الصيام ، ولو ارتد من لزمته كفارة ، لم يصح تكفيره بالصوم . وهل يكفر بالاعتاق أو بالإطعام إذا عجز عن الإعتاق والصوم ؟ فيه طريقتان . منهم من جزم بالإجزاء ، ومنهم من خرجه على زوال ملكه ، والمذهب : أنه يكفر ، لأنه مستحق قبل الردة ، فكان كالديون . وعن الاصطخري : أن الدين لا يقضى أيضاً إن قلنا بزوال الملك ، ولكن المذهب الذي عليه الجمهور : القطع بأنه يقضى ، ويشترط أن

(١) في الأصل : تأخير .

ينوي الكفارة بالاعتاق والإطعام نية التمييز دون نية التقرب ، وإذا أخرج الكفارة من ماله في الردة ، لم يتعين في الكفارة الخيرة أدنى الدرجات على الصحيح ، وإذا كفر فيها ثم أسلم ، حل له الوطء .

فصل

خصال الكفارة ثلاث . الأولى : العتق . ويشترط في الرقبة لتجزئ عن الكفارة ، أربعة شروط : الإسلام ، والسلامة ، وكمال الرق ، والخلو عن العوض .
الأول : الإسلام ، فلا تجزئ كفرة في شيء من الكفارات ، ويجزئ إعناق الصغير إذا كان أحد أبويه مسلماً أصلياً ، أو أسلم قبل انعقاده ، ولا يجزئ إذا كان أبواه كافرين ، لأنه محكوم بكفره ، ولو أسلم الصغير بنفسه ، فقد سبق فيه في كتاب « اللقيط » ثلاثة أوجه ، أصحهما : لا يصح ، وقال الاصطخري : يصح إسلام المميز ، وقال غيره : موقوف ، إن بلغ وثبت عليه ، تبينا صحة إسلامه ، وإلا فلا ، فعلى قول الاصطخري ، يجزئ إعناقه عن الكفارة ، وعلى الوقف : إن بلغ وثبت ففي إجزائه وجهان . ولو أسلم أحد أبويه وهو صغير أو جنين ، أجزأه عن الكفارة إن مات في صغره ، أو بعد بلوغه قبل تمكنه من اللفظ بالإسلام . ولو صرح بالكفر بعد البلوغ ، فقد ذكرنا في اللقيط ، أن الأظهر أنه مرتد ، والثاني : أنه كافر أصلي ، وبيننا هناك حكم الكفارة على القولين ، وبهذا يقاس من أسلم بتبعية السابي ، على ما بيناه في « اللقيط » .

وفي « التهذيب » أنه لو سبب الصغير سبباً ، وسبباً أحد أبويه آخر ، فإن كانا في عسكر واحد ، لم يحكم بإسلامه ، بل هو تبع لأبويه ، وإن كانا في عسكرين ، كانا تبعاً للسابي ، وأن حكم المجنون في تبعية الوالدين والدار حكم الصبي ، وإذا أفاق وصرح بالكفر ، فهل هو مرتد ، أم كافر أصلي ؟ فيه الخلاف المذكور في الصبي إذا بلغ وصرح بالكفر ، وأنه هل يجب التقلظ بكلمة الإسلام بعد البلوغ والإفاقة ؟ إن قلنا : لو صرح بالكفر كان مرتداً ، لم يجب ، لأنه

محكوم بإسلامه ، وإن قلنا : لا يجعل مرتدأ ، وجب ، حتى لو مات قبل التلفظ ، مات كافراً .

فرع

يصح إسلام الكافر بجميع اللغات ، ذكره صاحب « الشامل » وغيره ، ويشترط أن يعرف معنى الكلمة . فلو لقن العجمي الشهادة بالعربية ، فتلفظ بها وهو لا يعرف معناها ، لم يحكم بإسلامه ، وإذا تلفظ العبد بالإسلام بلغته ، وسيده لا يعرف لغته ، فلا بد من يعرفه بلغته ليعتقه عن الكفارة .

قلت : إسلامه بالعجمية صحيح ، إن لم يحسن العربية قطعاً ، وكذا إن أحسنها على الصحيح . والوجه بالمنع مشهور في صفة الصلاة من « التتمة » وغيره ، ويكفي السيد في معرفة لغة العبد قول ثقة ، لأنه خبر ، كما يكفي في معرفة قول المفتي والمستفتي . والله أعلم

فرع

يصح إسلام الأخرس بالإشارة المفهومة . وقيل : لا يحكم بإسلامه إلا إذا صلى بعد الإشارة ، وهو ظاهر نصه في « الأم » والصحيح المعروف الأول ، وحل النص على ما إذا لم تكن الإشارة مفهومة .

فرع

ذكر الشافعي رضي الله عنه في « المختصر » ، في هذا الباب أن الإسلام أن يشهد أن لا إله إلا الله ، وأن محمداً رسول الله ، ويبرأ من كل دين خالف الإسلام ، واقتصر في مواضع على الشهادتين ، ولم يشترط البراءة ، فقال الجمهور : ليس فيه خلاف ، بل إن كان الكافر ممن يعترف بأصل رسالة نبينا محمد ﷺ كقوم من اليهود يقولون : مرسل إلى العرب فقط ، فلا بد من البراءة ، وإن

كان ينكر أصل الرسالة كالوثني ، كفى في إسلامه الشهادتان . قال الشيخ أبو حامد :
وقد رأيت هذا التفصيل منصوصاً عليه في كتاب « قتال المشركين » ، ونقل
الامام خلافاً للأصحاب ، وفي اشتراط البراءة قال : والأصح عدم الاشتراط .

قلت : في المسألة ثلاثة أوجه ، حكاهما صاحب « الحاوي » . والصحيح
التفصيل المذكور ، والثاني : أن التبرؤ شرط مطلقاً ، والثالث : أنه يستحب
مطلقاً والله أعلم

والمذهب الذي قطع به الجمهور ، أن كلمتي الشهادتين لا بد منها ، ولا يحصل
الاسلام إلا بهما ، وحكى الامام مع ذلك طريقة أخرى منسوبة إلى المحققين ،
أن من أتى من الشهادتين بكلمة تخالف معتقده ، حكم بإسلامه ، وإن أتى منها
بما يوافقه ، لم يحكم ، فإذا وحد^(١) الثنوي ، أو قال المعطل : لا إله إلا الله ،
جعل مسلماً ، وعرض عليه شهادة الرسالة ، فإن أنكر ، صار مرتداً .

واليهودي إذا قال : محمد رسول الله ، حكم بإسلامه ، وحكى عن هذه الطريقة
خلافاً في أن اليهودي أو النصراني إذا اعترف بصلاة توافقت ملتئماً ، أو حكم
يختص بشريعتنا ، هل يكون ذلك إسلاماً ؟ وقال : ميل معظم المحققين إلى كونه
إسلاماً ، وعن القاضي حسين في ضبطه ، أنه قال : كلما كفر المسلم بيجده ،
صار الكافر المخالف له مسلماً بعهده . ثم إن كذب غير ما صدق به ، كان
مرتداً ، والمذهب المعروف ما قدمناه .

فرع

استحب الشافعي رضي الله عنه أن يمتحن الكافر عند إسلامه بإقراره بالبعث
بعد الموت .

(١) في الأصل : وجد بالجيم .

الشروط الثاني : السلامة من كل عيب يضر بالعمل إضراراً بيناً ، فلا يجزىء الزمن ، ولا من يحن أكثر الأوراق ، فإن كانت إفاقة أكثر ، أجزأ ، وكذا إن استويا على الأصح .

قلت : هذا الذي ذكره فيمن يحن ويفيق ، هو المذهب . وفي « المستظهري » وجه أنه لا يجزىء وإن كانت إفاقة أكثر ، وهو غلط مخالف نص الشافعي والأصحاب والدليل .

واختار صاحب « الحاوي » طريقة حسنة فقال : إن كان زمن الجنون أكثر ، لم يجزئه ، وإن كانت الإفاقة أكثر ، فإن كان يقدر على العمل في الحال ، أجزأ ، وإن كان لا يقدر على العمل إلا بعد حين ، لم يجزىء . قال : ويجزىء المغمى عليه ، لأن زواله مرجو والله أعلم

ولا يجزىء مريض لا يرجى زوال مرضه ، كصاحب السل ، فإن رجي ، أجزأ ، فلو أعتق من لا يرجى ، فزال مرضه ، أو من يرجى فمات ولم يزل ، أجزأه على الأصح فيها ، ولو أعتق من وجب عليه قتل ، قال القفال : إن أعتقه قبل أن يقدم للقتل ، أجزأه ، وإلا فلا ، كمريض لا يرجى ، ولا يجزىء مقطوع إحدى الرجلين ، ولا مقطوع أئمة من إبهام اليد ، ويجزىء مقطوع أئمة من غيرها ، حتى لو قطع أئامه العليا من أصابعه الأربع ، أجزأه ، ولا يجزىء مقطوع أئمتين من السبابة ، أو الوسطى ، ويجزىء مقطوع جميع الخنصر من يد ، والبصر من اليد الأخرى ، ولا يجزىء مقطوعها من يد واحدة ، ويجزىء مقطوع جميع أصابع الرجلين على الصحيح . وقال ابن أبي هريرة : هو كقطع أصابع اليدين ، والأشمل كالأقطع .

قلت : الذي قاله الرافعي في أصابع الرجلين ، هو المعروف في طريقة

الخراسانيين ، وخالفهم صاحب « الحاوي » ، فجزم بأنه إذا قطع أصبعان من رجل واحدة ، أو الإبهام وحدها من رجل ، لم يجزىء ، وإلا فيجزيء والله أعلم

فرع

يجزىء نضو الخلق الذي يقدر على العمل ، والأحمق ، وهو من يضع الشيء في غير موضعه مع علمه بقبحه ، ويجزىء الشيخ الكبير ، إلا أن يعجز عن العمل والكسب . وفي « التجربة » للروائي ، أن الأصحاب قالوا : يجزىء الشيخ الكبير ، ومنعه القفال إذا عجز عن العمل ، وهو الأصح ، وفي هذا إثبات خلاف في الشيخ العاجز ، ويجزىء الأعرج ، إلا أن يكون العرج شديداً يمنع متابعة المشي ، ويجزىء الأعور دون الأعمى .

قلت : المراد أعور لم يضعف نظر عينه السليمة . قال الشافعي رحمه الله في « الأم » : فإن ضعف بصرها ، فأضر بالعمل إضراراً بيناً ، لم يجزئه ، قال صاحب « الحاوي » : إن كان ضعف البصر يمنع معرفة الخط وإثبات الوجوه القريبة منع ، وإلا فلا والله أعلم

ويجزىء الأصم ، وحكي فيه قول ، ومنهم من لم يثبت ، وحمل ما نقل على ما إذا كان لا يسمع مع المبالغة في رفع الصوت ، ويجزىء الأخرس الذي يفهم الإشارة . وعن القديم منعه ، فقيل : قولان ، والصحيح أنها على حالين ، فالإجزاء فيمن يفهم الإشارة ، والمنع فيمن لا يفهمها . وقيل : الإجزاء إذا لم ينضم إلى الخرس صمم ، والمنع إذا انضم ، وحكى ابن كنج عن ابن الوكيل ، القطع بالمنع إذا انضم ، وقولين إذا تجرد الخرس .

ويجزىء الأقرع ، ومقطوع الأذنين ، والأخشم ، ومقطوع الأنف ، والأبرص ، والمجنون ، والخصي ، والمحبوب ، والأمة ، والرتقاء ، والقراء ، ومفقود الأسنان ، وولد

الزنا ، وضعيف البطش ، والصغير ، ولا يجزىء الجنين وإن انفصل لدون ستة أشهر من حين الاعتاق ، وقيل : إن انفصل لذلك ، تبينا الأجزاء ، ولا يحكم في الحال بالأجزاء ، والصحيح الأول .

قلت : قال صاحب « الحاوي » : يجزىء عتق من لا يحسن صنعة ، قال الامام : ولا يؤثر ضعيف الرأي والخرق ، والكوع والوكع ، ويجزىء الفاسق .

قال صاحب « الحاوي » : وأما شجاج الرأس والبدن ، فإن كانت مندملة مع سلامة الأعضاء ، لم تضر وإن شانت ، وإن كانت غير مندملة ، أجزأ منها ما كان دون مأمومة الرأس وجائفة البدن ، لأنها غير مخوفة ، ولا يجزئان لأنها مخوفتان والله أعلم

الشرط الثالث : كمال الرق .

وفيه مسائل ، إحداها : لا يجزىء إعتاق المستولدة ولا المكاتب ، سواء أدي شيئاً من النجوم ، أم لا ، فإن كانت الكتابة فاسدة ، أجزأ إعتاقه عن الكفارة على المذهب ، ولو قال للمكاتب : إذا عجزت عن النجوم فأنت حر عن كفارتي ، فعجز ، عتق ، ولم يجزىء عن الكفارة ، لأنه حين علق لم يكن بصفة الأجزاء . كذا ولو قال لعبده الكافر : إذا أسلمت ، فأنت حر عن كفارتي ، فأسلم ، أو قال : إن خرج الجنين سليماً ، فهو حر عن كفارتي ، فخرج سليماً . ولو علق العتق عن الكفارة بدحول الدار ، ثم كاتب العبد ، ثم دخل ، فهل يجزىء عن الكفارة اعتباراً بوقت التعليق ، أم لا ، لأنه مستحق العتق عن الكتابة وقت الحصول ؟ فيه وجهان .

قلت : قال الإمام وغيره : إذا قلنا بالقديم في جواز بيع أم الولد ، أجزأ إعتاقها عن الكفارة ، وإذا قلنا بالمشهور : إنه لا يجوز بيعها فأعتقها عن الكفارة ، لا يجزئها ، ويقع العتق تطوعاً ، ولا يريد عتقها^(١) ، وكذا المكاتب إذا أعتقه عن

(١) في إحدى نسخ الظاهرية تصحيحاً : لأنه قد عتقها ولدها

الكفارة ، عتق ولا يجزئه عنها ، سواء جوزنا بيعه أم لا ، بخلاف أم الولد على القول الشاذ ، لأن أمية الولد ينقطع أثرها بالبيع ، بخلاف الكتابة ، فإنه إذا أدى النجوم إلى المشتري عتق ، ثم إذا عتق المكاتب ، تبعه أولاده وأكسابه ، وأم الولد لا تستتبع ذلك ، لأنهم إنما يتبعونها في العتق بموت السيد ، ولم يحصل ، وأولاد المكاتب يتبعونه إذا عتق بأداء النجوم أو البراءة منها ، وهذا في معنى الإبراء .

والله أعلم

المسألة الثانية : إذا اشترى من يعتق عليه ، ونوى كون العتق عن الكفارة ، فعن الأودني أنه يجزئه ، والصحيح أنه لا يجزئه ، وكذا لو وهب له ، فقبله ، أو أوصى له به ، فقبل وقبلنا : تملك الوصية بالقبول ، ونوى العتق عن الكفارة ، وكذا لو ورثه أو ملك المكاتب من يعتق على سيده ، ثم عجزه السيد ، ونوى عتق قريبه عن الكفارة لأن العتق مستحق بمجة القربة في كل هذه الصور .

الثالثة : لو اشترى عبداً بشرط العتق ، فقد سبق في كتاب البيع أن المذهب أنه لا يجزى إعاقته عن الكفارة .

الرابعة : إذا أعتق عن الكفارة مرهوناً ، بني على الحلاف في نفوذ عتقه ، إن نفذناه ، أجزأ عن الكفارة إذا نواها ، وكذا إن لم ننفذه في الحال ونفذناه بعد الانفكاك باللفظ السابق ، ويكون كما لو علق عتق عبده عن الكفارة بشرط .

وإعتاق الجاني عن الكفارة يبنى على نفوذ إعاقته ، وقد ذكرناه في البيع . وقيل : لا يجزى المرهون والجاني عن الكفارة وإن قلنا بنفوذ العتق ، لتعلق حق الغير بها ، ونقصان التصرفات ، والمذهب الأول ، لأن الإعتاق إذا نفذناه رفع حق تعلق الغير ، ورجع إلى الفداء ، والموصى بمنفعته لا يجزى على الأصح ، وقد ذكرناه في « الوصية » ، والمستأجر إن قلنا : يرجع على السيد بأجرة منافعه ، أجزأه ، وإلا فلا ، لنقصان منافعه .

قلت : ولو أعتق عن الكفارة من تحم قتله في المحاربة ، أجزاءه ، ذكره القاضي حسين في تعليقه . والله اعلم

الخامسة : يجزئ المدبر والمعلق عتقه بصفة ، ولو أراد بعد التعليق أن يجعل العتق المعلق عند حصوله عن الكفارة ، لم يجزئه .

مثاله : قال : إن دخلت الدار ، فأنت حر ، ثم قال : إن دخلتها فأنت حر عن كفارتي ، فيعتق بالدخول ولا يجزئه عن الكفارة ، لأنه مستحق بالتعليق الأول .

السادسة : أعتق عن الكفارة حاملاً ، أجزاءه ، وعتق الحمل تبعاً ، ولو استثنى الحمل ، عتقا ، وبطل الاستثناء ، وأجزاء عتقا عن الكفارة على المشهور ، وحكى المتولي قولاً أنه لا يجزئه ، لأن العتق عن الكفارة غير مبني على التغليب ، فبطل الاستثناء كما يبطل به البيع ، بخلاف مطلق العتق .

السابعة : ملك نصف عبد ، فأعتقه عن كفارة وهو معسر ، ثم ملك باقية فأعتقه عن تلك الكفارة ، أجزاءه كما لو أطعم في أوقات ، فلو لم ينو الكفارة عند إعتاق باقية ، لم يجزئه عن الكفارة على الصحيح . وقيل : يجزئه كما لو فرق وضوءه ، وجوزأه ، فإنه لا يجب تجديد النية على الأصح ، حكاه الفوراني .

كلولو ملك نصفاً من عبد ، ونصفاً من آخر ، فأعتق النصفين عن الكفارة وهو معسر ، فثلاثة أوجه . أحدها : لا يجزئه ، قاله ابن سريج وابن خيران ، لأنه لا يسمى عتق رقبة ، وكما لا يجزئ شقسان في الأضحية . والثاني : يجزئه ، وأصحها : يجزئه إن كان باقية حراً ، وإلا فلا . وتجري الأوجه في ثلث أحدهما ، وثلاثي الآخر ونظائرها .

ولو كان عليه كفارتان عن ظهارين ، أو ظهار وقتل ، فأعتق عبيد عن كل واحدة ، نصفاً من هذا ، ونصفاً من هذا ، أجزاءه على المنصوص وهو المذهب .

وقيل : فيه خلاف ، فعلى المذهب ، اختلف في كفيته ، فعن أبي إسحاق أنه يعتق نصف كل عبد عن كفارة كما أوقعه ، وعن ابن سريج وابن خيران : يقع عبد عن هذه الكفارة ، وعبد عن هذه ، ويلغو تعرضه للتنصيف . ويجري الخلاف فيما لو أعتق عبداً عن كفارتين ، ففيه وجه : يعتد به وعليه إتمام كل واحدة ، قال الإمام : ولا حاجة إلى هذا التقدير .

فرع

إذا أعتق مومر نصيبه من عبد مشترك ، سرى إلى نصيب صاحبه ، وهل تحصل السراية بنفس اللفظ ، أم عند أداء القيمة ، أم موقوف ؟ فإذا أدى تبينا حصول العتق باللفظ فيه ثلاثة أقوال . ولو أعتق جميع العبد المشترك ، فمتى يعتق نصيب الشريك ؟ فيه الأقوال ، فإن قلنا : يعتق باللفظ ، فهل نقول : عتق الجميع دفعة ، أم يعتق نصيبه ثم يسري ؟ وجهان . وكل هذا يأتي إن شاء الله تعالى [في كتاب العتق] مبسوطاً . وغرضنا هنا ^(١) أن إعتاق المشرك عن الكفارة جائز ، سواء وجه العتق إلى جملته ، أم إلى نصيبه فقط لحصول العتق بالسراية في الحالين . وقال القفال : لا يجزىء عن جميع الكفارة إذا وجه العتق إلى نصيبه فقط ، لأن نصيب الشريك عتق بالشرع ، لا بإعتاقه ، والصحيح الأول ، ثم ينظر ، فإن أعتق نصيبه ونوى عتق الجميع عن الكفارة ، أجزأه عنها إن قلنا : يسري عند اللفظ ، أو موقوف . وإن قلنا : يسري عند أداء القيمة ، فهل تكفيه هذه النية لنصيب الشريك ، أم يحتاج إلى تجديد النية عند الأداء ؟ وجهان . أصحابها : تكفي لاقتنائها بالعتق ، إلا أنه وقع مرتباً . ولو نوى في الحال صرف العتق في نصيبه إلى الكفارة ، ونوى عند أداء القيمة ، صرف العتق في نصيب الشريك إليها ، أجزأه على الصحيح . وقيل : يشترط أن ينوي الجميع في الابتداء ، لأن

(١) في الأصل : هذا .

سبب عتق الجميع لفظه ، كما لو علق العتق بدخول الدار ، يشترط في الإجزاء عن الكفارة نيتها عند التعليق ، ولا يكفي اقترانها بالدخول ، فحصل أن الراجح أنه مخير في نصيب الشريك بين تقديم النية عند اللفظ وتأخيرها إلى الأداء ، هذا كله إذا نوى عتق الجميع عن الكفارة ووجه العتق إلى نصيبه .

أما إذا وجه العتق إلى [نصيبه بنية الكفارة ، ولم ينو الباقي ، فلا ينصرف الباقي إليها وإن حكمنا بعتقه في الحال ، ويجيء في وقوع نصيبه عن الكفارة الخلاف] ^(١) السابق في إعتاق بعض رقبة ، وحكى صاحب « الشامل » وغيره وجهاً أن الباقي ينصرف إلى الكفارة [تبعاً لنصيبه كما تبعه في أصل العتق ، ولو أعتق الجميع بنية الكفارة] ^(٢) وقلنا : يسري عند اللفظ أو موقوف ، أجزأه ، وإن قلنا بحصوله عند أداء القيمة ، ففي « التهذيب » القطع بالإجزاء ، وأنه لا يحتاج إلى تجديد النية عند الأداء ، ويشبه أن يعود فيه الوجهان السابقان فيما إذا وجه العتق إلى نصيبه .

المسألة الثامنة : العبد الغائب ، إن علم حياته ، أجزأه عن الكفارة ، وإن انقطع خبره ، لم يجزئه على المنصوص ، وهو المذهب ، فلو أعتقه عنها ، ثم تواصلت أخبار حياته ، تبيننا إجزأه عن الكفارة لحصول العتق في ملك تام بنية الكفارة . والآبق والمغصوب يجزئان إذا علم حياتهما على الصحيح لكمال الرق .

قلتُ : الصواب ما قطع به الماوردي والفوارني وغيرهما ، أن الآبق يجزئ قطعاً لاستقلاله بمنافعه كالغائب .

وأما المغصوب ، فأكثر العراقيين ، على أنه لا يجزئ قطعاً ، لعدم استعلاله كالزمن ، وجهور الحراسانيين على الإجزاء لتام الملك والمنفعة ، وفيه وجه

(١) نقص في الأصل في الموضعين ، وقد استدركتاه من نسخ الظاهرية .

ثالث قاله صاحب « الحاوي » : إن قدر العبد على الخلاص من غصابه بهرب إلى سيده ، أجزأه عن الكفارة لقدرته على منافع نفسه ، وإن لم يقدر على الخلاص ، فالإجزاء موقوف ، وإن لم يكن عتقه موقوفاً كالأغائب إذا علمت حياته بعد موته ، وهذا الذي قاله قوي جداً ، وحيث صححنا عتق الغائب ، والآن ، والمغضوب ، أجزأه عن الكفارة ، سواء علم العبد بالعتق أم لا ، لأن علمه ليس بشرط في نفوذ العتق ، فكذا في الإجزاء ، ذكره صاحب « الحاوي » والله أعلم

الشرط الرابع : خلو الإعناق عن شوب العوض ، فلو أعتق عن كفارة على أن يرد عليه ديناراً مثلاً ، لم يجزئه عن الكفارة على الصحيح ، وحكى ابن القطن وجهاً أنه يجزئه لأن العتق حاصل ، ويسقط العوض ، كما لو قال : صل الظهر لنفسك ولك دينار ، فصلى ، أجزأته صلاته ولو شرط عوضاً على غير العبد ، فلو قال الإنسان : أعتقت عبدي هذا عن كفارتي بألف عليك ، فقبل ، أو قال له إنسان : أعتقه عن كفارتك ، وعليّ كذا ، ففعل ، لم يجزئه عن الكفارة ، وسواء قدم في الجواب ذكر الكفارة ، فقال : أعتقته عن كفارتي بألف عليك ، أو عكس ، فقال : أعتقته على أن لي عليك ألفاً عن كفارتي .

وعن أبي إسحاق وجه أنه إذا قدّم ذكر الكفارة ، أجزأه وسقط العوض ، والصحيح الأول ، وسواء قال في الجواب : أعتقته عن كفارتي ، على أن لي عليك كذا ، أو اقتصر على قوله : أعتقته عن كفارتي ، فإنه يبني على الخطاب والالتباس ، وفي استحقاقه العوض على الملتبس وجهان سند كرههما إن شاء الله تعالى ، ولا يختصان بما إذا قال : أعتقته عن كفارتك ، بل يجزئات فيما إذا التمس منه أن يعتق عبده عن نفسه مطلقاً بعوض ، فإن قلنا : لا يستحق عوضاً وقع العتق ، وله الولاء ، وإن قلنا : يستحق عوضاً ، فعمّن يقع العتق ؟ وجهان ، أحدهما : عن باذل العوض ، وبه قال العراقيون ، والشيخ أبو محمد .

وأصحها : عن المعتق ، وبه قطع صاحب المذهب^(١) ، و« التتمة » ، لأنه لم يعتقه عن الباذل ، ولا هو استدعاه لنفسه .

ولو قال المعتق : أرد العوض ليكون العتق مجزئاً عن كفارتي ، لم ينقلب مجزئاً ، فلو قال في الابتداء عقب الالتاس : أعتقته عن كفارتي لا على الألف ، كان ردأ لكلامه ، وأجزأه عن الكفارة .

فصل

العتق على مال كالطلاق على مال ، فهو من جانب المالك معاوضة فيها شبه التعليق ، ومن جانب المستدعي معاوضة فيها شبه الجعالة ، كما سبق في « الخلع » . فإذا قال : أعتق مستولدتك على ألف ، فأعتقها ، نفذ العتق ، وثبت الألف ، وكان ذلك افتداءً من المستدعي ، كاختلاع الأجنبي . ولو قال : أعتقها عني على ألف ، أو وعلي ألف ، فقال : أعتقتها عنك ، نفذ العتق ، ولغا قوله : عني ، وقول المعتق : عنك ، لأن المستولدة لا تنتقل من شخص إلى شخص ، ثم الصحيح أنه لا يستحق عوضاً ، لأنه التزم العوض على أن يحصل العتق عنه ، ولم يحصل . وقيل : يستحق ويلغى قوله : عني ، ويجعل باقي الكلام افتداءً .

ولو قال : طلق زوجتك عني على ألف ، فطلق ، قال الإمام : الوجه إثبات العوض .

ولو قال : : أعتق عبدك عن نفسك ولك علي كذا ، أو وعلي كذا ، ففعل ، فهل يستحق العوض عليه ؟ وجهان . أصحها : نعم كالمستولدة ومسألة الطلاق . والثاني وهو اختيار الحصري^(٢) ، لا لإمكان تملكه بالشراء ، بخلافها ، ولو قال : أعتقه عني ، ففعل ، نظر ، إن قال : بجانا ، فلا شيء على المستدعي ، وإن ذكر

(١) في نسخ الظاهرية : « التهذيب » .

(٢) في الأصل : الحصري .

عوضاً ، لزمه العوض ، وإن أطلق ، فهل يستحق عليه قيمة العبد ؟ وجهان بناءً على الخلاف في قوله : اقض ديني ولم يشترط الرجوع ، وخص الإمام والسرخسي هذا البناء بما إذا قال : أعتقه عن كفارتي ، فإن العتق حق ثابت عليه كالدين ، فأما إذا [قال] : أعتقه عني ولا عتق عليه ، أو لم يقصد وقوعه عنه ، فقد أطلق السرخسي أنه لا شيء عليه ، ورأى الإمام تخريجيه على أن الهبة هل تقتضي الثواب ؟ ثم سواء نفى العوض أم أثبتته ، يقع العتق على المستدعي . وقال المزني : إذا قال : أعتقه عني مجاناً ، ففعل ، لا يقع على المستدعي ، واحتج الأصحاب بأنه أعتقه عنه ، فصار كذكر العوض . وقالوا : العتق بعوض صار^(١) كالبيع المقبوض حتى [استقر] عوضه ، فكذلك يجعل عند عدم العوض ، كالموهوب المقبوض ، ويجعل القبض مندرجاً تحت العتق لقوته ، وذكروا بناءً على هذا ، أن إعتاق الموهوب قبل القبض بإذن الواهب جائز .

ولو قال : أعتقه عن كفارتي ، أو عني ، ونوى الكفارة ، فأجابه ، أجزاء عن كفارته ، ولو قال : أعتق عبدك ولك علي كذا ، ولم يقل : عن نفسك ، ولا عني ، فهل هو كقوله : عني لقريشته العوض ، أم كقوله : عنك ؟ وجهان : أصحها : الثاني ، وهو المذكور في « التهذيب » . ولو قال : أعتق عبدك عني ولك ألف بشرط أن يكون الولاء لك ، ففعل ، قال المتولي في باب « الخلع » : المشهور من المذهب ، أن هذا الشرط يفسد ، ويقع العتق عن المستدعي ، وعليه القيمة . وفيه وجه أنه يعتق عن المالك ، وله الولاء . وعن القفال أنه لو قال : أعتق عبدك عني على ألف ، والعبد مستأجر أو مغصوب ، فأعتقه ، جاز ، ولا يضر كونه مغصوباً . وإن كان المعتق عنه لا يقدر على انتزاعه ، ولا يخرج في المستأجر وليس على الخلاف في بيعه ، لأن البيع يحصل في ضمن الإعتاق ، ولا يعتبر في الضمانات ما يعتبر في المقاصد ، وأنه لو قال : أعتق عبدك عن ابني الصغير ، ففعل ،

(١) في نسخ الظاهرية : جعل .

جاز ، وكان اكتساب ولاء له بغير ضرر بلحقه ، وليس كما لو كان له رقيق فأراد الأب إعتاقه .

وأنه لو وهب عبداً له لإنسان ، فقبله الموهوب له ، ثم قال للواهب : أعتقه عن ابني وهو صغير ، فأعتقه عنه ، جاز وكأنه أمره بتسليمه إلى ابنه ، وناب عنه في الاعتاق للابن . واعلم أن الإعتاق في صور الاستدعاء ، إنما يقع على المستدعي ، والعضو إنما يجب إذا اتصل الجواب بالخطاب ، فإن طال الفصل وقع العتق عن المالك ، ولا شيء على المستدعي .

فرع

قال : إذا جاء الغد ، فاعتق عبدك عني بألف ، فصبر حتى جاء الغد ، فأعتقه عنه ، حكى صاحب « التقريب » عن الأصحاب أنه ينفذ العتق عنه ، ويثبت المسمى عليه ، وأنه لو قال المالك لغيره : عبدي عنك حر بألف إذا جاء الغد ، فقال المخاطب : قبلت ، فهو كتعليق الخلع في قوله : طلقك على ألف إذا جاء الغد ، فقالت : قبلت ، وقد سبق ذكر وجهين في وقوع الطلاق عند مجيء الغد ، أحدهما : الوقوع ، وجهين إذا وقع ، أن الواجب مهر المثل أم المسمى ؟ أحدهما : الثاني ، فكذا يجيء هنا الخلاف في وقوع العتق عن المخاطب ، وإذا وقع ، ففي صحة المسمى وفساده ، وفرقوا بين صورتين بأنه لم يوجد في الأولى تعليق العتق ، ومجتمل مجيء وجه في الأولى أنه يستحق قيمة المثل لا المسمى ، وأشار إليه صاحب « التقريب . » ، واستصوبه الإمام وغيره .

فرع

قال : أعتق عبدك عني على خمر ، أو مغصوب ، ففعل ، نفذ العتق عن المستدعي ، ولزمه قيمة العبد ، كما في الخلع .

فرع

لا خلاف أن العبد المعتق عن المستدعي يدخل في ملكه إذا لا عتق في غير ملك ، ومتى يدخل ؟ فيه أوجه . أحدها بملكه بالاستدعاء ، ويعتق عليه إذا تلفظ المالك بالإعتاق ، والثاني : يملك بالشروع في لفظ الاعتاق ، ويعتق إذا تم اللفظ . والثالث : يحصل الملك والعتق معاً عند تمام اللفظ . وأصحابها : أن العتق يترتب على الملك في لحظة لطيفة ، وأن حصول الملك لا يتقدم على آخر لفظ الإعتاق . ثم قال الشيخ أبو حامد : وأكثر الذين اختاروا هذا الوجه : إن الملك يحصل عقب الفراغ من لفظ الإعتاق على الاتصال ، وعن الشيخ أبي محمد أن الملك يحصل مع آخر جزء من أجزاء اللفظ . وجعل الإمام اختلاف عبارة الشيخين راجعاً إلى اختلاف الأصحاب ، في أن حكم الطلاق والعتاق ، وسائر الألفاظ ، يثبت مع آخر جزء من اللفظ ، أم بعد تمام أجزائه على الاتصال ؟ فعبارة الشيخ أبي محمد على الوجه الأول ، وأبي حامد ، على الثاني ، وليس في هذا الوجه الرابع إشكال سوى تأخر العتق عن الاعتاق بقدر توسط الملك . قال الامام : وسبب تأخره ، أنه إعتاق عن الغير ، ومعنى الاعتاق عن الغير ، انتقال الملك إليه ، وإيقاع العتق بعده ، وقد يتأخر العتق عن الاعتاق بأسباب ، ألا ترى أنه لو قال : أعتقت عبدي عنك بكذا ، لا يعتق حتى يوجد القبول .

فرع

قال : أعتق عبدك عني كذا ، ففعل ، ثم ظهر بالعبد عيب ، لم يبطل العتق ، بل يرجع المستدعي بأرش العيب ، ثم إن كان عيباً يمنع الإجزاء عن الكفارة ، لم تسقط به الكفارة .

فرع

في فتاوى البغوي أنه لو قال : أعتق عبدك عني على ألف ، فقال : أعتقته عنك مجاناً ، عتق عن المعتق دون المستدعي .

الخصلة الثانية : الصيام كفارة الظهار مرتبة ، كما قال الله تعالى : (فتحرير رقبة من قبل أن يتأسا ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ...) الآية . فإن كان في ملكه عبد فاضل عن حاجته ، فواجبه الإعتاق ، فإن احتاج إلى خدمته ، لزمانته ، أو مرضه ، أو كبره ، أو ضخامته المانعة من خدمته نفسه ، فهو كالمعدوم ، وكذا لو كان من أهل المروءات ومنصبه يأبى أن يخدم نفسه وأن يباشر الأعمال التي يستخدم فيها المالك ، لم يكلف صرفه إلى الكفارة . وإن كان من أوساط الناس ، لزمه الإعتاق على الأصح ، ولو لم يكن في ملكه عبد ووجد ثمنه ، لزمه تحصيله والإعتاق ، بشرط كونه فاضلاً عن حاجته ، لنفقته وكسوته ، ونفقة عياله وكسوتهم ، وعن المسكن وما لا بد منه من الأثاث ، ولم يقدر أصحاب للنفقة والكسوة مدة ، ويجوز أن تعتبر كفاية العمر ، ويجوز أن تعتبر سنة . لأن المؤنات تتكرر فيها ، ويؤيده أن البغوي قال : يترك له ثوب الشتاء ، وثوب الصيف .

قلت : هذا الثاني ، هو الصواب والله أعلم

ولو ملك داراً واسعة يفضل بعضها عن حاجته ، وأمكن بيع الفاضل ، لزمه بيعه وتحصيل رقبة . ولو كانت داراً نفيسة يجد بئمنها مسكناً يكفيه ويفضل ثمن رقبة ، أو كان له عبد نفيس يجد بئمنه عبداً يخدمه ، وآخر يعتقه ، لزمه البيع والاعتاق إن لم يكونا مألوفين ، وإلا أجزاء الصوم على الأصح ، ولو كانت له ثوب نفيس يجد بئمنه ثوباً يليق به ، وعبداً يعتقه ، لزمه الاعتاق على المذهب ، وقيل بطرد الخلاف .

قلت : قطع العراقيون أو جمهورهم ، بأنه يلزمه الإعتاق في العبد النفيس ، ونقله صاحب « الشامل » عن الأصحاب ، وصححه المتولي والله أعلم

فرع

لو كان له ضيعة أو رأس مال يتجر فيه ، وكان يحصل منها كفايته بلا مزيد ، ولو باعها لتحصيل رقبة لصار في حد المساكين ، لم يكلف بيعها على المذهب ، وبه قطع الجمهور .

قلت : ولو كان له ماشية تحلب ، فهي كالضيعة إن كان لا تريد غلتها على كفايته ، لم يكلف بيعها ، وإن زادت ، لزمه بيع الزائد ، ذكره صاحب « الحاوي » ، قال : فلو كان له كسب بصناعة ، فإن كان قدر الكفاية ، فله الصوم ، وإن كان أكثر ، نظر ، فإن قلت : الزيادة بحيث لا تجتمع فتبلغ قيمة الرقبة إلا في زمان طويل ينسب فيه إلى تأخير التكفير ، لم يلزمه جمعها للعتق ، فجاز له الصوم . وإن كانت إذا جمعت في زمن قليل ، لا ينسب فيه إلى تأخير التكفير ، بلغت قيمة الرقبة كثلاثة أيام وما قاربها ، ففي وجوب جمعها للتكفير بالعتق ، وجهان . أشبهها : لا يلزمه ، بل له التكفير بالصوم ، فعلى هذا ، لو لم يدخل في الصوم حتى اجتمع منها قيمة الرقبة ، فهل يلزمه العتق اعتباراً بمجال الاداء ، أم له الصوم اعتباراً بالوجوب ؟ فيه القولان والله أعلم

فرع

كان ماله غائباً أو حاضراً ، لكن لم يجد الرقبة ، فلا يجوز له العدول إلى الصوم في كفارة القتل واليمين والجماع في نهار رمضان ، بل يصبر حتى يجد الرقبة ، أو يصل المال ، لأن الكفارة على التراخي ، وبتقدير أن يموت ، لا يفوت ، بل تؤدي من تركته ، بخلاف العاجز عن ثمن الماء ، فإنه يتيمم ، لأنه لا يمكن قضاء الصلاة لو مات . وفي كفارة الظهار وجهان لتضرره بفوات الاستمتاع ، وأشار الغزالي والمتولي إلى ترجيح وجوب الصبر .

فرع

لو كانت الرقبة لا تحصل إلا بثمن غال ، لم يلزمه شراؤها . وقال البغوي : يلزمه إذا وجد الثمن الغالي .

قلت : إنما قال البغوي هذا اختياراً لنفسه ، فقال حكاية للمذهب : لا يلزمه ، ورأيت أن يلزمه ، وقطع الجمهور بأنه لا يلزمه ، وهو الصواب والله أعلم

فرع

لو بيعت نسيئة وماله غائب ، فعلى ما ذكرناه في شراء الماء في التيمم . ولو وهب له عبداً وثمنه ، لم يلزمه قبوله ، لكن يستحب .

فرع

ذكر ابن كج بعد أن ذكر حكم المسكن والعبد المحتاج إليهما في الكفارة والحج وجهين في أنه هل يجوز لمن يملكها نكاح الأمة ، أم بيعهما^(١) لطول الحرية ، ووجهين في أنها يباعان عليه ، كما إذا أعتق شركاء له في عبد ، وإن ابن القطان قال : لا يلزم العريان بيعهما ؟ قال : وعندي يلزمه ، والذي قاله غلط .

فصل

المومر المتمكن من الاعتاق ، يعتق ، ومن تعسر عليه الاعتاق ، كفر بالصوم ، وهل الاعتبار في اليسار والإعسار بوقت الأداء ، أم بوقت الوجوب ، أم بأغلظ الحالين ؟ فيه أقوال . أظهرها الأول ، فعلى هذا قال الامام : في العبارة عن الواجب قبل الأداء غموض ، ولا يتجه إلا أن يقال : الواجب أصل الكفارة ، ولا يعين خصلة ، أو يقال : يجب ما يقتضيه حالة الوجوب ، ثم إذا تبدل

(١) في الأصل : بيعها .

الحال ، تبدل الواجب ، كما يلزم القادر صلاة القادرين ، ثم إذا عجز ، تبدلت
صفة الصلاة ، وعلى القول الثالث وجهان ، قال الأكثرون : يعتبر أغلظ أحواله
من وقت الوجوب ، إلى وقت الأداء في حال ما ، لزمه الاعتاق . والثاني :
يعتبر الأغلظ من حالتي الوجوب والأداء دون ما بينهما ، صرح به الامام ، وأشار
إلى دعوى اتفاق الأصحاب عليه . فإذا قلنا : الاعتبار بحال الوجوب ، فكان
مومراً وقت الوجوب ، ففرضه الاعتاق وإن أعسر بعده .

واستحب الشافعي رحمه الله إذا أعسر قبل التكفير ، أن يصوم ليكون آتياً
ببعض أنواع الكفارة إن مات .

وإن كان معسراً يومئذ ، وفرضه الصيام ، ولا يلزمه الاعتاق وإن أيسر
بعده ، لكن يجزئه على الصحيح ، لأنه أعلى من الصوم ، وقيل : لا يجزئه لتعين
الصوم في ذمته . وإذا قلنا : الاعتبار بحال الأداء ، فكان مومراً يومئذ ، وفرضه
الاعتاق ، وإن كان معسراً ، فالصوم .

ولو تكلف المعسر الاعتاق باستقراض وغيره ، أجزأه على الصحيح . ولو
وجبت الكفارة على عبد ، فعق ، وأيسر قبل التكفير ، فإن قلنا : الاعتبار بحال
الوجوب ، وفرضه الصوم ، ويجزئه الاعتاق على الأصح أو الأظهر ، لأنه أعلى .
وقيل : لا ، لعدم أهليته بناء على أن العبد لا يملك ، وإن قلنا : الاعتبار بحال الأداء ،
لزمه الاعتاق على الأصح أو الأظهر .

فرع

لو شرع المعسر في الصوم ثم أيسر ، كان له المضي في الصوم ، ولا يلزمه الاعتاق .
فإن أعتق ، كان أفضل ، ووقع ما مضى من صومه تطوعاً ، وحكى الشيخ أبو محمد
وجهاً ، أنه يلزمه الاعتاق ، وهو مذهب المزني ، والصحيح الذي عليه الجماهير ،
الأول ، وكذا لو كان فرضه الاطعام فأطعم بعض المساكين ثم قدر على الصوم ،
لا يلزمه العدول إليه .

ولو أيسر بعد ما فرغ من الصوم ، لم يلزمه الرجوع إلى الاعتاق قطعاً
ولو كان وقت الوجوب عاجزاً عن الاعتاق والصوم ، فأيسر قبل التكفير ، فإن
اعتبرنا حالة الوجوب ، ففرضه الاطعام ، وإلا فالاعتاق .

فصل

العبد لا يملك بغير تملك سيده قطعاً ، ولا بتمليكه على الجديد الأظهر ، فعلى
هذا لا يتصور منه التكفير بالاعتاق والاطعام . وإن قلنا : يملك ، فملكه
طعاماً ليكفر كفارة اليمين ، جاز ، وعليه التكفير بما ملكه ، وإن ملكه عبداً
ليعتقه عنها ، لم يصح ، لأنه يستعقب الولاء ، وليس العبد من أهل إثبات الولاء .
وعن صاحب « التقریب » أنه يصح إعاقته ، ويثبت له الولاء . وعن القفال
تحريج قول : انه يصح إعاقته عن الكفارة ، والولاء موقوف ، إن عتق ، فهو
له ، وإن دام رقه ، فلسيده ، والصحيح الأول ، وبه قطع الجمهور .

وأما تكفيره بالصوم ، فإن جرى ما يتعلق به الكفارة بغير إذن سيده ، بأن
حلف وحنث بغير إذنه ، لم يصح إلا بإذنه ، لأن حق السيد على الفور ، والكفارة
على التراخي ، بخلاف صوم رمضان ، فإن شرع فيه بغير إذنه ، كان له تحليله ،
وإن جرى بإذنه بأن حلف بإذنه وحنث بإذنه ، صام ولا حاجة إلى إذنه . وإن
حلف بإذنه وحنث بغير إذنه ، لم يستقل بالصوم على الأصح . وفي عكسه
يستقل على المذهب ، وحيث قلنا : يستقل ، فسواء طویل النهار وقصيره ، والحر
الشديد وغيره ، وحيث قلنا : يحتاج إلى الإذن ، فذلك في صوم يوجب ضعفاً
لشدة حر وطول نهار . فإن لم يكن كذلك ، ففيه خلاف نذكره في « كتاب
الآيمان » إن شاء الله تعالى ، والأصح ، أنه ليس للسيد المنع ، هذا حكم كفارة
اليمين . قال في « الوسيط » : ومنعه من صوم كفارة الظهار غير ممكن ، لأنه
يضر بالعبد بدوام التحريم .

قلت : وحيث قلنا : لا يصوم بغير إذنه فخالف وصام ، أثم وأجزأه .

ولو أراد العبد صوم تطوع في وقت يضر بالسيد ، فله منعه ، وفي غيره ، ليس له المنع ، حكاه المحامي عن أبي إسحاق المروزي ، بخلاف الزوجة ، فإن الزوج منعها من صوم التطوع ، لأنه يمنعه الوطء ، وحكى في « البيان » ، أنه ليس للسيد منعه من صلاة النفل في غير وقت الخدمة ، إذ لا ضرر والله اعلم

فرع

من بعضه حر ، كالحُر في التكفير بالمال على المذهب ، وفيه كلام آخر ، وتفصيل نذكره في « كفارة اليمين » إن شاء الله تعالى .

فصل

في بيان حكم صوم الكفارة المرتبة

فيه مسائل :

إحداها : يجب أن ينوي صوم الكفارة في الليل لكل يوم ، ولا يجب تعيين جهة الكفارة ، ولا يجب نية التتابع على الأصح ، وقيل : تجب لكل يوم . وقيل : تجب في أول ليلة فقط ، ولو نوى الصوم بالليل قبل طلب الرقبة ، ثم طلب فلم يجدها ، لم يجزئه صومه إلا أن يجدد النية في الليل بعد الفقد ، لأن تلك النية تقدمت على وقت جواز الصوم ، ذكره الروياني في « التجربة » .

المسألة الثانية : لو مات وعليه صوم كفارة ، فهل يصوم عنه وليه ؟ فيه قولان ، سبقا في كتاب الصيام .

الثالثة : إن ابتدأ بالصوم لأول شهر هلالي ، صام شهرين بالأهلة ، ولا يضر نقصها ، وإن ابتدأ في خلال شهر ، صام بقيته ، ثم صام الذي يليه بالهلال ، ولا يضر نقصه ، ثم يتم الأول من الثالث ثلاثين يوماً ، وفي وجه شاذ ، إذا ابتدأ في خلال شهر ، لزمه ستون يوماً .

الرابعة : التابع في الصوم واجب بنص القرآن ، فلو وطئ المظاهر بالليل قبل تمام الشهرين ، عصى بتقديم التكفير ، ولكن لا يقطع التابع .

ولو أفسد صوم اليوم الآخر أو غيره ، لزمه استئناف الشهرين . وهل يحكم بفساد ما مضى ، أم ينقلب نفلاً ؟ فيه قولان فيما إذا نوى الظهر قبل الزوال ونظائره .

والحيض لا يقطع التابع في صوم كفارة القتل والوقاع في رمضان إن لزمها كفارة ، فتبني إذا طهرت ، والنفاس لا يقطع التابع على الصحيح ، كالحيض . وقيل : يقطعه لندوته ، حكاه أبو الفرج السرخسي . والفطر بعذر المرض ، يقطع التابع على الأظهر ، وهو الجديد ، لأنه لا ينافي الصوم ، وإنما قطعه بفعله ، بخلاف الحيض والجنون ، كالحيض على المذهب وقيل : كالمرض ، والإغماء كالجنون . وقيل : كالمرض . وأما الفطر بالسفر ، وفطر الحامل والمرضع خوفاً على الولد ، فقل : كالمرض . وقيل : يقطع قطعاً ، لأنه باختياره .

قلت : أطلق الجمهور أن الحيض لا يقطع التابع ، وذكر المتولي ، أنها لو كانت لها عادة في الطهر تمتد شهرين ، فشرعت في الصوم في وقت يتخلله الحيض ، انقطع ، ولو أفطرت الحامل والمرضع خوفاً على نفسها ، فقال الحاملي في « المجموع » ، وصاحب « الحاوي » ، و « الشامل » ، والأكثر : هو كالمرض . وفي « تجريد » الحاملي : أنه لا ينقطع قطعاً ، ولو غلبه الجوع فأفطر ، بطل التابع . وقيل : كالمرض ، ذكره البغوي والله أعلم

فرع

نسيان النية في بعض الليالي ، يقطع التابع كتركها عمداً ، ولا يجعل النسيان عذراً في ترك المأمور به .

قلت : لو صام أياماً من الشهرين ، ثم شك بعد فراغه من صوم يوم ، هل نوى

فيه ، أم لا ؟ لم يلزمه الاستثاف على الصحيح ، ولا أثر للشك بعد الفراغ من اليوم ، ذكره الروياني في كتاب الحيض في مسائل المتحيرة والله أعلم

ولو أكره على الأكل فأكل ، وقلنا : يبطل صومه ، انقطع تتابعه ، لأنه سبب نادر ، هذا هو المذهب في صورتين ، وبه قطع الجمهور ، وجعلها ابن كنج كالمرض ، قال : ولو استنشق ، فوصل الماء إلى دماغه ، وقلنا : يفطر ، ففي انقطاع التتابع الخلاف .

قلت : لو أوجر الطعام مكرهاً ، لم يفطر ، ولم ينقطع تتابعه ، هكذا قطع به الأصحاب في كل الطرق ، وشذ المحاملي فحكى في « التجريد » وجهاً أنه يفطر وينقطع تتابعه ، وهذا غلط والله أعلم

فرع

لو ابتدأ بالصوم في وقت يدخل عليه رمضان قبل تمام الشهرين ، أو يدخل يوم النحر ، لم يجزئه عن الكفارة . قال الامام : ويعود القولان في أنه يبطل أم يقع نفلاً .

فرع

لو صام رمضان بنية الكفارة ، لم يجزئه عن واحد منها ، ولو نواها ، لم يجزئه عن واحد منها أيضاً . وحكى القاضي أبو الطيب عن أبي عبيد بن حروبه ، أنه يجزئه عنها جميعاً ، وغلطه فيه . وفي كتاب ابن كنج ، أن الأسير إذا صام عن الكفارة بالاجتهاد ، فغلط فجاء رمضان أو يوم النحر قبل تمام الشهرين ، ففي انقطاع التتابع الخلاف في انقطاعه بإفطار المريض .

فرع

إذا أوجبنا التتابع في كفارة اليمين ، فحاضت في خلال الأيام الثلاثة ، فقليل :

فيه قولان ، كالفطر بالمرض في الشهرين ، وبشبه أن يكون فيه طريق جازم ، بانقطاع التتابع .

قلت : صرح بالطريقة الجازمة ، الدارمي وصاحب « التتمة » ، فقالا : المذهب انقطاعه ، ذكره الدارمي في كتاب الصيام ، وفيه طريق ثالث ، أنه لا ينقطع قطعاً ، لأن وجوب التتابع في كفارة اليمين هو القول القديم ، والمرض لا ينقطع على القديم ، ذكر ذلك صاحب « الإبانة »^(١) و « العدة » وغيرهما . قال صاحب « التتمة » : هذا غلط ، لأنه يمكنها الاحتراز بالثلاثة عن الحيض دون المرض والله أعلم

المسألة الخامسة : لو شرع في صوم الشهرين ، ثم أراد أن يقطع ويستأنف بعد ذلك ، فقد ذكروا في جوازه احتمالين . أحدهما : يجوز كما يجوز تأخير الابتداء ، لأنه ليس فيه إبطال عبادة ، فكل يوم عبادة مستقلة . والثاني : لا يجوز ، لأنه يبطل صفة الفرضية ، ويجري الاحتمالان في الحائض وغيرها ، فيمن شرع في الشهرين ، ثم عرض فطر لا يقطع التتابع ، ثم زال فأراد الفطر بلا عذر ، ثم يستأنف ، ثم الاحتمال الأول أرجح عند الغزالي . وقال الروياني : الذي يقتضيه قياس المذهب ، أنه لا يجوز ، لأن الشهرين عبادة واحدة ، كصوم يوم ، فيكون قطعه كقطع فريضة شرع فيها ، وذلك لا يجوز ، وهذا حسن . قال الامام : والمسألة فيما إذا لم ينو صوم الغد ، وقال : الإفطار في اليوم الذي شرع فيه ابعده التسليط عليه وبالله التوفيق^(٢) .

المصلحة الثالثة : الاطعام ، فيها مسائل .

إحداها : في قدر الطعام ، وهو في كفارة الظهار والجماع في رمضان ، والقتل إن أوجبناه ، فيها ستون مداً لستين مسكيناً ، والمدة : رطل وثلاث بالبغدادي ،

(١) في الأصل : الألة .

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية : يبعد التسليط عليه ، وفي أخرى : بعد التسليط عليه .

وهو مده رسول الله ﷺ . واعلم أن في قدر الفطرة والكفارة ونحوهما نوع إشكال ، لأن الصيدلاني وغيره ذكروا أن المعتبر فيه الكيل دون الوزن ، لاختلاف جنس المكيل في الخفة والثقيل ، فالبر أثقل من الشعير ، وأنواع البر تختلف ، فالواجب ما حواه المكيال بالغاً وزنه ما بلغ . وقال بعضهم : التقدير المذكور في وزن^(١) المد ، اعتبر فيه البر أو التمر ، ومقتضى هذا ، أن يجزئ من الشعير ملء الصاع والمد ، وإن نقص وزنه ، لكن اشتهر عن أبي عبيد القاسم بن سلام ، ثم عن ابن سريج ، أن درهم الشريعة خمسون حبة وخمسا حبة ، ويسمى ذلك : درهم الكيل ، لأن الرطل الشرعي منه يركب ، ويركب من الرطل المد والصاع . وذكر الفقيه أبو محمد عبد الحق بن أبي بكر بن عطية ، أن الحبة التي يتركب منها الدرهم ، هي حبة الشعير المتوسطة التي لم تقشر وقطع من طرفيها ما امتد . ومقتضى هذا ، أن يحوي الصاع هذا القدر من الشعير ، وحينئذ إن اعتبرنا الوزن لم يلا البر بهذا الوزن الصاع ، وإن اعتبرنا الكيل ، كان المجرى من البر أكثر من الشعير وزناً .

قلت : هذا الاشكال وجوابه ، قد أوضحته في باب زكاة المعشرات ، والله أعلم

المسألة الثانية : يجب الصرف إلى ستين مسكيناً ، فلو صرف إلى واحد ستين مداً في ستين يوماً ، لم يجزئه ، ولو جمع ستين ، ووضع بين أيديهم ستين مداً ، وقال : ملكتكم هذا وأطلق ، أو قال : بالسوية فقبلوه ، أجزأه على الصحيح . وقال الاصطخري : لا يجزئه ، ولو قال : خذوا ونوى الكفارة ، فأخذوا بالسوية ، أجزأه ، وإن تفاوتوا ، لم يجزئه إلا واحد ، لأننا نيقن^(٢) أن أحدهم أخذ مداً ، فإن تيقنا أن عشرة أو عشرين أو غيرهم أخذ كل واحد منهم مداً فأكثر ، أجزأه ذلك العدد ، ولزمه الباقي ، ولو صرف الستين إلى ثلاثين مسكيناً ، أجزأه

(١) في الأصل : دون . (٢) في إحدى نسخ الطاهرية : لا نيقن .

ثلاثون مدأ ، ويصرف إلى ثلاثين غيرهم ثلاثين مدأ ، ويسترد الأمداد الزائدة من الأولين إن شرط كونها كفارة ، وإلا فلا يسترد .

ولو صرف ستين مدأ إلى مائة وعشرين مسكيناً ، أجزأه من ذلك ثلاثون مدأ ، ويصرف ثلاثين مدأ إلى ستين منهم ، والاسترداد من الباقيين على التفصيل المذكور . ويجوز صرف الكفارة إلى الفقراء ، ولا يجوز صرفها إلى كافر ، ولا إلى هاشمي ومطلبي ، ولا إلى من يلزمه نفقته كزوجة وقريب ، ولا إلى عبد ، ولا إلى مكاتب . ولو صرف إلى عبد بإذن سيده ، والسيد بصفة الاستحقاق ، جاز ، لأنه صرف إلى السيد .

ولو صرف إليه بغير إذنه ، بني على قبوله الوصية بغير إذنه ، ويجوز أن يصرف للمجنون والصغير إلى وليها . وقيل : إن كان الصغير رضيعاً ، لم يصح الصرف له ، لأن طعامه اللبن ، والصحيح الأول . وحكى ابن كج فيما لو دفعه إلى الصغير فبلغه الصغير وليه .

فرع

يجوز أن يصرف إلى مسكين واحد مدين عن كفارتين ، ولو دفع مدأ إلى مسكين ، ثم اشتراه منه ودفعه إلى آخر ، ولم يزل يفعل به هكذا حتى استوعب ستين مسكيناً ، أجزأه ، لكنه مكروه .

فرع

لو وطىء المظاهر منها في خلال الإطعام ، لم يجب الاستئذان ، كالأوطىء في خلال الصوم بالليل .

فرع

أطعم بعض المساكين ، ثم قدر على الصوم ، لا يلزمه العود إليه .

فرع

ذكر الروياني في التجربة ، أنه لو دفع الطعام إلى الإمام ، قتل في يده قبل تفرقه على المساكين ، لا يجزئه على ظاهر المذهب ، بخلاف الزكاة ، لأن الإمام لا يدله على الكفارة .

المسألة الثالثة : جنس طعام الكفارة ، كالفطرة ، وقيل : لا يجزئ الأرز ، وقيل : لا يجزئ إذا نخب عنه القشرة العليا ، لأن ادخاره فيها ، والصحيح الإجزاء ، ثم إن كان في القشرة العليا ، أخرج قدراً يعلم اشتاله على مد من الحب ، ولم يجر هذا الخلاف في الفطرة . وجرى ذكر قول في العدس والحمص ، ويشبه أن يجيء في كل باب ما نقل في الآخر ، وفي الأقط الخلاف المذكور هناك . فإن قلنا بالاجزاء ، فيخص أهل البادية ، أم يعم الحاضر والبادي ؟ حكى ابن كج فيه وجهين . وفي اللحم واللبن خلاف مرتب على الأقط ، وأولى بالمنع ، ثم الاعتبار بغالب قوت البلد من الأقوات المجزئة ، أم بغالب قوته ، أم بتخير ؟ فيه أوجه ، الصحيح : الأول : فإن كان الغالب مما لا يجزئ كاللحم ، اعتبر الغالب من قوت أقرب البلاد ، ولا يجزئ الدقيق ولا السوق ، ولا الخبز على الصحيح في الثلاثة ، ولا تجزئ القيمة قطعاً .

المسألة الرابعة : يشترط تملك المستحقين وتسليطهم التام ، فلا تكفي التغذية والتعشية بالتمر ونحوه .

المسألة الخامسة : في يابث ما يجوز العدول إلى الإطعام ، فمن عجز عن الصوم بهرم أو مرض ، أو لحقه من الصوم مشقة شديدة ، أو خاف زيادة في المرض ، فله العدول إلى الإطعام ، ثم قال الامام والغزالي : لو كان المرض يدوم شهرين في غالب الظن المستفاد من العادة في مثله ، أو من قول الأطباء ، فله العدول إلى الإطعام ، ولا ينتظر زواله ليصوم ، بخلاف ما لو كان ماله غائباً ، فإنه ينتظره للعتق ، لأنه لا يقال فيه : لم يجد رقبة ، ويقال للعاجز بالمرض الناجز لا يستطيع

الصوم ، ومقتضى كلام الأكثرين أنه لا يجوز العدول إلى الإطعام بهذا المرض ، بل يعتبر أن يكون بحيث لا يرجى زواله ، وصرح المتولي [بأن المرض] المرجو الزوال ، كالمال الغالب ، فلا يعدل بسببه إلى الإطعام في غير كفارة الظهر ، وفيها الخلاف السابق ، فإن جوزنا الإطعام مع رجاء الزوال ، فأطعم ثم زال ، لم يلزمه العود إلى الصيام . وإن اعتبرنا كونه غير مرجو الزوال ، فكان كذلك ، ثم أتفق زواله نادراً ، فيشبه أن يلتحق بما إذا أعتق عبداً لا يرجى زوال مرضه فزال .

قلت : صرح كثيرون باشتراط كون المرض لا يرجى زواله ، والأصح ما قاله الإمام ، وقد وافقه عليه آخرون . وقال صاحب « الحاربي » : إن كان عجزه بهرم ونحوه ، فهو متأبد ^(١) ، فله الإطعام ، والأولى تقديمه ، وإن كان يرجى زواله كالعجز بالمرض ، فهو بالخيار بين تعجيل الإطعام وبين انتظار البر للتكفير بالصيام ، وسواء كان عجزه بحيث لا يقدر على الصيام أو يلحقه مشقة غالبية مع قدرته عليه ، فله في الحالين الإطعام ، وكذا الفطر في رمضان ، قال : ولو قدر على صوم شهر فقط ، أو على صوم شهرين بلا تتابع ^(٢) ، فله العدول إلى الإطعام .

قال إمام الحرمين في « باب زكاة الفطر » : لو عجز عن العتق والصوم ولم يملك من الطعام إلا ثلاثين مداً ، أو مداً واحداً ، لزمه إخراجه بلا خلاف ، إذ لا بد له ، وإن وجد بعض مد ، ففيه احتمال ، هذا كلامه ، وينبغي أن يجزم بوجوب بعض المد للعلة المذكورة في المد . قال الدارمي في « كتاب الصيام » : إذا قدر على بعض الإطعام ، وقلنا : يسقط عن العاجز ، ففي سقوطها عن هذا وجهان ، فإن قلنا : لا تسقط ، أخرج الموجود ، وفي ثبوت الباقي في ذمته وجهان ، والله أعلم

(١) في الأصل : متأبد .

(٢) في الأصل : ولا تتابع .

فرع

السفر الذي يجوز الفطر في رمضان ، لا يجوز العدول إلى الإطعام على الصحيح ، وعن القاضي حسين وغيره جوازه .

فرع

في جواز العدول إلى الإطعام بعد نذر الشبق وغلبة الشهوة وجهان . أصحابهما عند الامام والغزالي : المنع ، ومال أكثرهم إلى التجوز ، وبه قال أبو إسحاق ، ولم يذكر القاضي حسين غيره ، بخلاف صوم رمضان ، فإنه لا يجوز تركه بهذا ، لأنه لا بدل له .

قلت : ولأن في صوم رمضان يمكن الجماع ليلاً ، بخلاف كفارة الظهار ، ولو كان يغلبه الجوع ويعجز عن الصوم ، قال القفال والقاضي حسين والبغوي : لا يجوز له ترك الشروع في الصوم ، بل يشرع ، فإذا عجز ، أفطر ، بخلاف الشبق ، فإن له ترك الشروع على الأصح ، لأن الخروج من الصوم يباح بفرط الجوع دون فوط الشبق والله أعلم

فصل

لو عجز عن جميع خصال الكفارة ، استقرت في ذمته على الأظهر ، وفي قول : لا شيء عليه أصلاً ، وقد سبق في « كتاب الصيام » ، وقد بني الخلاف على أن الاعتبار بحال الوجوب ، أم الأداء ؟ إن اعتبرنا حال الوجوب ، لم يستقر عليه شيء ، وكان للمظاهر أن يبطأ ، ويستحب أن يأتي بما يقدر عليه من الحصال ، وإن اعتبرنا الأداء ، لزمه أن يأتي بالمقدور عليه ، ولا يبطأ المظاهر حتى يكفر ،

ومن وجد بعض رقبة فقط ، فكعادتها ، فيصوم ، فإن عجز - والحالة هذه - عن الصيام والإطعام ، فعن ابن القطان تخريج أوجه . أحدها : يخرج المقدور عليه ، ولا شيء عليه غيره . والثاني : يخرج وبقي الكفارة في ذمته . والثالث : لا يخرج أيضاً .

فصل

لا يجوز تبعض كفارة ، بأن يعتق نصف رقبة ، ويصوم شهراً ، أو يصوم شهراً ، ويطعم ثلاثين ، وبالله التوفيق .

كتاب اللعان والقذف

فيه أبواب .

الأول : في ألفاظ القذف وأحكامه العامة ، وفيه طرفان .

الأول : في ألفاظه وهي ، صريح ، وكناية ، وتعريض .

الأول : الصريح ، وفيه مسائل .

إحداها : لفظ الزنا صريح كقوله : زנית ، أو بإزانٍ ، أو يقول للمرأة : زנית ، أو بإزانية .

والثانيك وإيلاج الحشفة أو الذكـر صريحان مع الوصف بالحرام ، لأن مطلقهما يقع على الحلال والحرام . والخلاف المذكور في « باب الإيلاء » في الجماع وسائر الألفاظ ، هل هي صريحة يعود هنا ؟ فما كان صريحاً وانضم إليه الوصف بالتحريم ، كان قذفاً . ولو قال : علوت على رجل حتى دخل ذكره في فوجك ، فهو قذف .

الثانية : إذا رمى بالإصابة في الدبر ، كقوله : لطت أو لاط بك فلان ، فهو قذف ، سواء خوطب به رجل أو امرأة . ولو قال : بالوطي ، فهو كناية .

قلت : قد غلب استعماله في العرف ، لإرادة الوطء في الدبر ، بل لا يفهم منه إلا هذا ، فينبغي أن يقطع بأنه صريح ، وإلا فيخرج على الخلاف ، فيما إذا شاع لفظ في العرف ، كقوله : الحلال علي حرام وشبهه ، هل هو صريح ، أم كناية ؟

وأما احتمال كونه أراد على دين قوم لوط عليه السلام ، فلا يفهمه العوام أصلاً ، ولا يسبق إلى فهم غيرهم ، فالصواب الجزم بأنه صريح ، وبه جزم صاحب « التنبيه » ، ولو كان المعروف في المذهب أنه كناية وإنما علم

الثالثة : قال : أثبت بهيمة ، وقلنا : يوجب الحد ، فهو قذف .

أما الكناية ، فكقوله للقوشي : يانبطي ، والرجل : يا فاجر ، يا فاسق ، يا خبيث ، والمرأة : يا خبيثة ، يا شقية ، وأنت نجسين الخلوة ، وفلانة لا تود يد لامس وشبهها ، فإن أراد النسبة إلى الزنا ، فقذف ، وإلا فلا ، وإذا أنكر الإرادة ، صدق بيمينه ، وإذا عرضت عليه اليمين ، فليس له الحلف كاذباً دفعاً للحد ، أو تحزراً عن تمام الإيذاء . ولو خلى ^(١) ولم يحلف ، فالحكى عن الأصحاب ، أنه يلزمه الإظهار ليستوفى منه الحد ، وتبرأ ذمته ، كمن قتل رجلاً في خفية ، يجب عليه إظهاره ليقص منه ، أو يعفى عنه . وعلى هذا يجب عليه الحد فيما بينه وبين الله تعالى ، وفيه احتمال للإمام ، ومال إليه الغزالي أنه لا يجب الإظهار ، لأنه إيذاء ، فيبعد إيجابه ، وعلى هذا لا يحكم بوجود الحد ما لم يوجد الإيذاء التام ، والأول أصح .

ولو قال لزوجه : لم أجذك عذراء ، أو وجدت معك رجلاً ، فليس بصريح على المشهور . وحكي عن القديم أنه صريح ، ولو قاله لأجنبية ، فليس بصريح قطعاً ، لأنه قد يريد زوجها . ولو قال : زנית مع فلان ، فصريح في حقها دونه .

وأما التعريض ، فكقوله : يا ابن الحلال ، وأما أنا فلست بزنان ، وأمي ليست بزانية ، وما أحسن اسمك في الجيران وشبهها ، فهذا كله ليس بقذف وإن نواه ، لأن النية إنما تؤثر إذا احتمل اللفظ المنوي ، ولا دلالة له هنا في اللفظ ، ولا احتمال ، وما يفهم منه مستنده قرائن الأحوال ، هذا هو الأصح .

(١) في الأصل : ولو حلف .

وقيل : هو كناية لحصول الفهم والايذاء ، وبه قال الشيخ أبو حامد ، وجماعة ، وسواء عندنا حالة الغضب وغيرها .

فرع

النسبة إلى سائر الكبار ، غير الزنى والايذاء ، وبسائر الوجوه لا يتعلق به حد ، ويجب فيه التعزير . وكذا لو قوطبه أو دبثه ، أو قال لها : زنت بفلانة ، أو زنت بك ، أو أصابتك فلانة ، ونسبها إلى إتيان المرأة المرأة .

فصل

قال لزوجته ، أو أجنبية : زنت بك ، فهو مقرر على نفسه بالزنا ، وقاذف لها ، فعليه حد الزنا والقذف ، ويقدم حد القذف ، فإن رجع ، سقط حد الزنا دون القذف . ولو قالت امرأة لزوجها ، أو أجنبي : زنت بك ، فكذلك عليها حد الزنا ، وحد قذفه ، هذا هو المعروف في المذهب . ورأى الامام أن لا يجعل هذا صريحاً ، لاحتمال كون المخاطب مكرهاً ، وهذا أقوى^(١) ويؤيده أنه لو قال لها : زنت مع فلان ، كان قذفاً لها دون فلان .

فرع

قال لزوجته : زنت ، فقالت : زنت بك ، أو بك زنت ، فهو قاذف لها وهي ليست مصرحة بقذف ، فإن أرادت حقيقة الزنا ، وأنها زنيا قبل النكاح ، فهي مقرة بالزنا وقاذفة له ، ويسقط حق القذف عنه لإقرارها ، ولكن يعزر ، كذا حكاه الصيدلاني عن القفال ، وإن أرادت أنها هي التي زنت وهو لم يزن ، كأنها قالت : زنت به قبل النكاح وهو مجنون أو نائم ، أو وطني بشبهة وأنا عالمة ،

(١) في نسخ الظاهرية : وهذا قوي .

سقط عنه حد القذف ، وثبت عليها حد الزنا لإقرارها ، ولا تكون قاذفة له ، فإن كذبها وقال : بل أردت قذفي ، صدقت بيمينها ، فإن نككت فحلفت ، فله حد القذف ، فإن قالت : أردت أني لم أزن لأنه لم يجامعني غيره ، ولا جامعي هو إلا في النكاح ، فإن كان ذلك زنا ، فهو زان أيضاً ، أو قالت : أردت أني لم أزن ، كما لم يزن هو ، فليست قاذفة فتصدق بيمينها ، فإذا حلفت ، فلا حد عليها ، وعليه حد القذف ، وإن نككت ، حلف واستحق حد القذف ، ولو قالت لزوجها : يا زاني ، فقال : زيت بك ، ففي جوابه مثل هذا التفصيل ، ولو قال لأجنبية : يا زانية ، أو أنت زانية ، فقالت : زيت بك ، فقد أطلق البغوي أن ذلك إقرار منها بالزنا ، وقذف له . ومقتضى ما ذكرناه من إرادة نفي الزنا عنه وعنهما ، أن تكون الأجنبية كالزوجة .

فرع

قال : يا زانية ، فقالت : أنت أزنى مني ، لم تكن قاذفة له ، إلا أن تريد القذف ، فلو قالت : زيت وأنت أزنى مني ، أو قالت ابتداءً : أنا زانية ، وأنت أزنى مني ، فهي قاذفة له ومقرة بالزنا ، ويسقط حد القذف عن الرجل . ولو قالت ابتداءً : أنت أزنى مني ، ففي كونها قاذفة وجهان حكاهما ابن كعب .

فرع

قال له : أنت أزنى مني ، أو أزنى من الناس ، أو يا أزنى الناس^(١) ، فليس بقذف إلا أن يريد .

قلت : هكذا نص عليه الشافعي والأصحاب ، وخالفهم صاحب « الحاوي » فقال بعد حكايته نص الشافعي والأصحاب : الصحيح عندي أنه قذف صريح ، ثم استدل له . وأما الجمهور فقالوا : هذا ظاهره نسبة الناس كلهم إلى الزنا ، وأنه أكثر زنا

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : قال له : أنت أزنى الناس ، أو أزنى من الناس ، أو يا أزنى الناس ، وفي إحداها : أو يا زاني الناس .

منهم ، وهذا متيقن بطلانه ، قالوا : ولو فسر وقال : أردت أنت الناس كلهم زناة ، وهو أزنى منهم ، فليس بقذف لتحقق كذبه . ولو قال : أردت أنه أزنى من زناتهم ، فهو قذف له والله أعلم

ولو قال : أنت أزنى من فلان ، فالصحيح أنه ليس بقذف إلا أن يريد . وعن الداركي أنه قذف لها جميعاً . ولو قال : زنا فلان وأنت أزنى منه ، فهو صريح في قذفها . وعن ابن سامة وابن القطان ، أنه ليس بقذف للمخاطب ، والصحيح الأول . وكذا لو قال : في الناس زناة وأنت أزنى منهم ، أو أنت أزنى زناة الناس . ولو قال : الناس كلهم زناة وأنت أزنى منهم ، قال الأئمة : لا يكون قاذفاً له لعلمنا بكذبه . قالوا : وكذا لو قال : أنت أزنى من أهل بغداد إلا أن يريد ، أنت أزنى من زناة أهل بغداد . ولو قال : أنت أزنى من فلان ، ولم يصرح في لفظه بزنا فلان ، لكنه كان ثبت زناه بالبينة أو الإقرار ، فإن كان القائل جاهلاً به ، فليس بقاذف ، ويصدق بيمينه في كونه جاهلاً ، ويجيء فيه وجه الداركي . وإن كان عالماً به ، فهو قاذف لها جميعاً ، فيجسد للمخاطب ، ويعزّر لفلان ، ويجيء في قذف المخاطب وجه ابن سامة وابن القطان .

فرع

قال لزوجته : يا زانية ، فقالت : بل أنت زان ، فكل واحد قاذف لصاحبه ، ويسقط حد القذف عنه باللعان ، ولا يسقط عنها إلا بإقراره أو بيينة . وإذا تقاذف شخصان ، حد كل واحد منهما لصاحبه ، ولا يتقاصان ، لأن التقاص إنما يكون إذا اتحدت الصفات ، وألم الضربات يختلف .

فرع

قال لرجل : زنيت بكسر التاء ، أو المرأة : زنيت بفتحها ، فهو قذف .

ولو قال له : يازانية ، أو لها : يازان ، أو يازاني ، فهو قذف على المشهور ، وحكي قول قديم .

فرع

قال : زنات في الجبل بالهمز ، فليس بقذف إلا أن يريد ، لأن معناه الصعود ، ويصدق بيمينه في أنه لم يرد القذف ، فإن نكل ، حلف المدعي ، واستحق حد القذف . ولو قال : زنات في البيت ، فالصحيح أنه قذف ، لأنه لا يستعمل بمعنى الصعود في البيت ونحوه .

قلت : هذه عبارة البغوي . وقال غيره : إن لم يكن للبيت درج يصعد إليه فيها ، فقذف قطعاً ، وإن كان ، فوجهان والله أعلم

ولو قال : زنات ، أو يازاني بالهمز ، واقتصر عليه ، ففيه أوجه . أصحها : ليس بقذف إلا أن يريد ، وبه قال القفال والقاضي أبو الطيب . والثاني : أنه قذف . وعن الداركي أن أبا أحمد الجرجاني نسبته إلى نصه في « الجامع الكبير » . والثالث : إن أحسن العربية ، فليس بقذف بلانية ، وإلا فقذف . ولو قال : زنيت في الجبل وصرح بالياء ، فالأصح أنه قذف . وقيل : لا ، وقيل : قذف من عارف اللغة دون غيره .

قلت : ولو قال لها : يازانية في الجبل بالياء ، فقد نص الشافعي رحمه الله في « كتاب اللعان » من « الأم » ، أنه كناية ، وبهذا جزم ابن القاص في « التلخيص » ونقل الفوراني أن الشافعي رضي الله عنه نص أنه قذف ، وتابعه عليه الغزالي في « الوسيط » وصاحب « العدة » ، ولم أر هذا النقل لغير الفوراني ومتابعيه ، ولم ينقله إمام الحرمين ، فليعتمد ما رأيته في « الأم » ، فإن ثبت هذا ، كان قولاً آخر ، ونقل صاحب « الحاوي » ، أن قوله : زنات في الجبل ، صريح من جاهل العربية ، والصحيح أنه كناية منه ومن غيره كما سبق والله أعلم

فصل

من صرائح القذف أن يقول : زنا فوجك ، أو ذكرك ، أو قبلك ، أو دبرك . ولو قال لها : زنيت في قبلك ، فقذف . وإن قاله لرجل ، فكناية ، لأن زناه بقبله لا فيه ، ذكره البغوي . ولو قال : زنى يدك ، أو رجلك ، أو عينك ، أو يداك ، أو عيناك ، فكناية على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وقيل : وجهان . ثانيهما : أنه صريح . وقيل : إن قال : يداك أو عيناك ، فكناية قطعاً لمطابقة لفظ الحديث ، وإلا فوجهان . ولو قال : زنا بدنك ، فصريح على الأصح ، كقوله : زنيت .

قلت : قال في « البيان » : لو قال للخنثى : زنا ذكرك وفوجك ، فصريح ، وإن ذكر أحدهما ، فالذي يقتضي المذهب أنه كإضافته إلى اليد . ولو قال لامرأة : وطئت رجلان في حالة واحدة ، قال صاحب « الحاوي » : يعزر ، ولا حد لاستحالاته وخروجه من القذف إلى الكذب الصريح ، فيعزّر للأذى^(١) ولا يلاعن والله أعلم

فصل

قال لابنه اللاحق به ظاهراً : لست ابني ، أو لست مني ، فالنص أنه ليس قاذفاً لأمه ، إلا أن يريد القذف . ولو قال لأجنبي : لست ابن فلان ، فالنص أنه قاذف لأمه ، وفيه طرق ، المذهب تقرير النصين ، لأن الأب يحتاج إلى تأديبه ، وهذا ضرب منه ، بخلاف الأجنبي . والثاني : فيها قولان . أحدهما : صريح فيها . والثاني وأقيسهما : كناية . والثالث قاله أبو إسحاق : ليس بصريح فيها قطعاً ، وتأويل النص على ما إذا نواه . والرابع قاله ابن الوكيل :

(١) في الأصل : للأذى .

صريح فيها قطعاً ، وتناول ما ذكره في حق الولد ، فعلى المذهب ، إذ قال :
لست ابني ، نستفسره ، فإن قال : أردت أنه من زنا ، فقاذف ، وإن قال :
لا يشبهني خلقاً وخلقاً ، صدق بيمينه إن طلبتها ، فإن نكل ، حلفت
واستحقت حد القذف ، وله أن يلاعن لإسقاطه على الصحيح . وقيل : لا يلاعن
لإنكاره القذف .

وإن قال : أردت أنه من وطء شبهة ، فلا قذف ، فإن ادعت إرادته
القذف ، حلف على ما سبق ، والولد لاحق به إن لم يعين الوطء بالشبهة ، أو عينه
ولم تصدقه ولم يقبل الولد ، وإن صدق^(١) وادعى الولد ، عرض على القائف ،
فإن ألحقه به لحقه ، وإلا لحق بالزوج .

وإن قال : أردت أنه من زوج كان قبلي ، فليس بقاذف ، سواء عرف لها
زوج أم لا ، كذا قاله السرخسي .

وأما الولد ، فإن لم يعرف لها زوج قبله ، لم يقبل قوله ، بل يلحقه ، وإن
عرف ، فسنذكر إن شاء الله تعالى في « كتاب العدة » ، أن الولد بمن يلحق ؟ فإذا
لحقه ، فإنما ينفي عنه باللعان ، وإذا لم يعرف وقت نكاح الأول والثاني ، لم يلحق
به ، لأن الولادة على فراشه ، والإمكان لم يتحقق ، إلا أن^(٢) يقيم بنية أنها ولده
في نكاحه لزمان الإمكان^(٣) ، وتقبل فيه شهادة النساء المتمحضات ، فإن لم تكن
بنية ، فلها تحليفه ، فإن نكل ، فعلى ما سنذكره في الصورة الأخرى إن شاء
الله تعالى .

وإن قال : أردت أنها لم تلده ، بل هو لقيط أو مستعار ، فلا قذف ، والقول
قوله في نفي الولادة ، وعليها البينة ، فإن لم يكن بينة ، فهل يعرض معها على

(١) في نسخ الظاهرية : وإن صدقه . (٢) في الأصل : الآن .

(٣) في إحدى نسخ الظاهرية : في زمان الامكان .

القائف ؟ وجهان مذكوران في موضعها ، فإن قلنا : نعم ، فألحقه القائف بها ، لحق بالزوج واحتاج في النفي إلى اللعان . وإن قلنا : لا يعرض ، أو لم يلحقه بها ، أو لم يكن قائف ، أو أشكل عليه ، حلف الزوج أنه لا يعلم أنها ولدته . فإن حلف ، انتفى ، وفي لحوقه بها الوجهان المذكوران في كتاب اللقيط ، في أن ذات الزوج ، هل يلحقها الولد بالاستلحاق ؟

وإن نكل الزوج ، فالنص أنه ترد اليمين عليها ، ونص فيما إذا أتت بولد لأكثر من أربع سنين ، وادعت أن الزوج كان راجعها أو وطئها بالشبهة ، وأن الولد منه وأنكر ونكل عن اليمين ، أنه لا ترد اليمين على المرأة ، فمن الأصحاب من جعلها على قولين ، ومنهم من قرر النصين ، وفرق بأن الفراه قائم في الصورة الأولى ، فيقوى به (١) جانبها ، والمذهب هنا ، ثبوت الرد ، فإذا قلنا به فحلفت ، لحقه الولد ، وإن نكلت ، فهل توقف اليمين حتى يبلغ الصبي ويحلف ؟ وجهان . فإن قلنا : توقف فحلف بعد بلوغه ، لحق به ، وإن نكل أو قلنا : لا توقف ، انتفى عنه ، وفي لحوقه بها الخلاف السابق .

فرع

قال لمنفي باللعان : لست ابن فلان ، يعني الملعان ، فليس بصريح في قذف أمه ، لأنه محتمل ، فيسأل ، فإن قال : أردت تصديق الملعان في أن أمه زانية ، فهو قاذف ، وإن أراد أن الملعان نفاه ، أو أنه منفي شرعاً ، أو لا يشبهه خلقاً ومخلوقاً ، صدق بيمينه ، فإذا حلف ، قال القفال : يعزر الإيذاء ، وإن نكل ، حلفت الأم أنه أراد قذفها ، واستحقت الحد عليه .

قلت : قد قاله أيضاً جماعة غير القفال والله أعلم

ولو استلحقه النافي ، ثم قال له رجل : لست ابن فلان ، فهو كما لو قاله لغير

(١) في الأصل : بها .

المنفي، والمذهب أنه قذف صريح كما سبق . وقد يقال : إذا كان أحد التفاسير المقبولة أن الملاءن نفاء ، فالاستلحاق بعد النفي لا ينافي كونه نفاء ، فلا يبعد أن لا يجعل صريحاً ، ويقبل التفسير به .

قلت : هذا الذي أورده الرافعي ، حسن من وجه ، ضعيف من وجه ، فحسنه في قبول التفسير ، وضعفه في قوله : ليس بصريح ، والراجع فيه ما قاله صاحب « الحاوي » ، فقال : هو قذف عند الإطلاق ، فنحده من غير أن نسأله ما أراد . فإن ادعى احتمالاً ممكناً ، كقوله : لم يكن ابنه حين ^(١) نفاء ، قبل قوله يمينه ، ولا حد . قال : والفرق بين هذا وبين ما قبل الاستلحاق ، فإننا لا نحده ^(٢) هناك حتى نسأله ، لأن لفظه كناية ، فلا يتعلق به حد إلا بالنية ، وهنا ظاهر لفظه القذف ، فحد بالظاهر إلا أن يذكر محتملاً والله أعلم

فرع

قال لقوشي : لست من قريش ، أو بانبطي ، أو قال لتوكي : ياهندي ، أو بالعكس ، وقال : أردت أنه لا يشبه من ينتسب إليه في الأخلاق ، أو أنه تركي الدار واللسان ، صدق يمينه ، فإن ادعت أم المقول له أنه أراد قذفها ، ونكل القاذف ، وحلفت هي ، وجب لها الحد أو التعزير ، وإن أراد القذف ، فطلقه محمول على أم المقول له . فإن قال : أردت أن واحدة من جداته زنت ، نظر ، إن عيَّنها ، فعليه الحد أو التعزير ، وإن قال : أردت جدة لا بعينها في الجاهلية أو الاسلام ، فلا حد عليه ، كما لو قال : أحد أبويك زان ، أو في السكة زان ولم يعين ، ولكن يعزر للأذى ، فإن كذبه أم المقول له ، فلها تحليفه ، هكذا أطلقه الغزالي والبغوي والأئمة ، وفي « التجربة » للرويان ، أنه لو قال لعائوي : لست ابن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، وقال : أردت لست من

(١) في الأصل : حتى . (٢) في الأصل : نحده .

حلبه ، بل بينك وبينه آباء ، لم يصدق ، بل القول قول من يتعلق به القذف ،
أنك أردت قذفي ، فإن نكل ، حلف القائل ويعزّر .

ومقتضى هذا ، أن لا يصدق القائل : أردت جدة من جدات المقول له ، مهما
نازعت أمه ، بل تصدّق هي ، لأن المطلق محمول عليها ، والسابق إلى الفهم
قذفها ، فإن نكلت ، حلف القائل وبرى .

قلت : وإذا قال : لم أرد شيئاً ، فلاحد ، فإن اتهمه الخصم ، حلفه كما سبق

والله أعلم

الطوف الثاني : في أحكام القذف .

فإن كان المذنوب محصناً ، فعلى القاذف الحد ، وإلا فالتعزير . وشروط
الإحصان : العقل ، والبلوغ ، والحرية ، والإسلام ، والعفة عن الزنا . فلو قذف
مجنوناً أو صبيّاً أو عبداً أو كافراً ، لم يحدّ لكن يعزّر للإيذاء .

وتبطل العفة بكل وطء يوجب الحد ، ومنه ما إذا وطئ جارية زوجته ،
أو جارية أحد أبويه ، أو نكح محرماً له ، أو وطئ المهرمن الموهونة عالماً
بالتحريم ، وكذا لو أولج في دبر ، ثم نقل البغوي ، أنه تبطل حصانة الفاعل دون
المفعول به ، لأن الإحصان لا يحصل بالتمكين في الدبر ، فكذا لا تبطل به الحصانة ،
ورأى هو أن تبطل حصانتها جميعاً ، لوجوب الحد عليها .

قلت : إبطال حصانتها ، هو الراجح ، وأي عفة وحرمة لمن مكّن من
دبره مختاراً عالماً بالتحريم والله أعلم

وأما الوطاء الذي لا حد فيه ، فللأصحاب في ترتيب صورته وضبطه طرق
أشهرها : أنه ينظر ، أجرى ذلك في ملك نكاح ، أو يمين ، أم في غير ملك ؟
القسم الأول : المملوك ، وهو ضربان . أحدهما : محرّم حرمة مؤبدة ، كمن

وطيء مملوكة التي هي أخته ، أو عمته برضاع أو نسب عالماً بالتحريم . فإن قلنا :
يرجب الحد ، بطلت حصانته ، وإلا فتبطل أيضاً على الأصح ، لدلالته على عدم
عفته ، بل هذا أفحش من الزنا بأجنبية ، ولو وطيء زوجته في دبرها ، بطلت
حصانته على الأصح .

الضرب الثاني : ما يحرم غير مؤبد ، وهو نوعان . أحدهما : ماله حظ من
لدوام ، كوطء زوجته المعتدة عن شبهة غيره ^(١) وأمه المعتدة أو المزوجة ،
أو المرتدة ، أو المحوسية ، وأمه في مدة الاستبراء ، فلا تبطل حصانتها على
الأصح ، لقيام الملك وعدم تأبد الحرمة ، وعدم دلالة الظاهرة على قلة المبالاة بالزنا .

النوع الثاني : ما حرم لعارض سريع الزوال ، كوطء زوجته وأمه في
الحيض ، أو النفاس ، أو الإحرام ، أو الاعتكاف ، أو المظاهر منها قبل
التكفير ، فلا تبطل الحصانة على المذهب . وقيل : على الوجهين .

القسم الثاني : الوطء الجاري في غير ملك ، كوطء الشبهة ، وجارية الابن .
وفي النكاح الفاسد ، كالنكاح بلا ولي ولا شهود . وفي الإحرام ونكاح المتعة
والشغار ووطء المكاتب والرجعية في العدة ، ففي بطلان حصانته وجهان . قال
الشيخ أبو حامد : أصحها لا تبطل ، واختار أبو إسحاق البطلان . قال الروياني :
هو أقرب .

وأما وطاء المشتركة ، فقال الداركي : هو على الوجهين ، وأشار صاحب
« الشامل » وجماعة إلى القطع بأنه كوطء الزوجة في الحيض ، هذا أحد الطرق .

والطريق الثاني : أن في سقوط الحصانة بوطء المملوكة المحرمة برضاع أو
نسب وجهين . وفي المشتركة وجارية الابن وجهان ، وأولى ببقاء الحصانة . وفي
المنكوحة بلا ولي وجهان ، وأولى بالبقاء للاختلاف في إباحته ، وفي الوطاء

(١) في الأصل : عن شبهة وغيره .

بالشبهة وجهان ، وأولى بالبقاء ، لأنه ليس بمحرام ، ووجه إسقاطها ، إشعاره بترك التحفظ .

وفي الوطء الجاري في الجنون والصبي على صورة الزنا وجهان ، وأولى بالبقاء لعدم التكليف ، وهو الأصح .

والطريق الثالث : لا تبطل الحصانة بالوطء في ملك أو مع عذر كالشبهة ، وتبطل بما خلا عن المعنيين ، كوطء جارية الابن وأحد الشريكين .

والرابع : تبطل الحصانة بكل وطء حرام ، كالحائض ، دون ما لا يحرم ، كالوطء بشبهة ، فإنه لا يوصف بالحرمة .

والخامس : كل وطء تعلق به حدمع العلم بحاله يسقط الحصانة ، وما لا أحد فيه مع العلم لا يسقطها ، كوطء جارية الابن والمشاركة .

قلت : قد جمع إمام الحرمين هذا الخلاف المنتشر مختصراً فقال : ينتظم منه ^(١) ستة أوجه .

أحدها : لا تسقط الحصانة إلا ما يوجب الحد .

والثاني : يسقطها هذا ، ووطء ذوات المحارم بالملك ، وهذا هو الأصح عند الرافعي في « المحرر » ، وهو المختار .

والثالث : يسقطها هذا ، ووطء الأب والشريك .

والرابع : هذا ، والوطء في نكاح فاسد .

والخامس : هذا ، ووطء الشبهة من مكلف .

والسادس : هذا ، ووطء الصبي والمجنون ، ويجيء فيه سابع ، وهو هذا ، والوطء المحرم في الحيض وغيره ، ولا فرق في النكاح الفاسد بين العالم بتحريمه والجاهل ، قاله البغوي ، وينبغي أن يكون الجاهل كالواطئ بشبهة والله أعلم

(١) في الأصل : فيه .

فرع

قال البغوي : الكافر إذا كان قريب عهد بالإسلام ، فغصب امرأة ووطئها خطأً حلها ، لا تبطل حصانته ، ويشبه أن يجيء فيه الخلاف في وطء الشبهة .

قلت : لا بد من مجيء الخلاف والله أعلم

فرع

مقدمات الزنا كالقبلة واللمس وغيرهما لا تؤثر في الحصانة بحال ، وللشيخ أبي محمد فيها احتمال .

قلت : وما يتعلق بهذا ، لو اشترى جارية فوطئها فخرجت مستحقة ، ففي بطلان حصانته وجهان في « الإبانة » و « التهذيب » ، وهو من أقسام الشبهة ، فيكون الراجع بقاء الحصانة . ولو نكح مجوسي أمة ووطئها ثم أسلم ، قال البغوي : لا تبطل حصانته ، وقال الفوراني : تبطل ، والأول أفقه ، لأنه لا يعتقد تحريمه . ولو أكره على الوطء ، ففي بطلان حصانته وجهان حكاهما الفوراني ، واختار أنها لا تبطل ، لأنه لا يعد تاركاً للاحتياط ، والله أعلم

فرع

قذف عفيفاً في الظاهر ، فزنا المقدوف قبل أن يجد القاذف ، سقط الحد عن القاذف على المشهور ، وفيه قول قديم ، وهو مذهب المزني ، ولو ارتد المقدوف قبل الحد ، لم يسقط على الصحيح ، فعلى المشهور ، لو قذف زوجته ثم زنت ، سقط الحد عنه واللعان ، فإن كان هناك ولد وأراد نفيه ، فله اللعان ، ولو سرق المقدوف أو قتل قبل استيفائه الحد ، لم يسقط على المذهب ، وعن ابن القطان حكاية وجهين فيه .

فرع

من زنا مرة وهو عبد أو كافر ، أو عدل عفيف ، أو غيرهم من المكلفين ،
ثم أعتق العبد ، وأسلم الكافر ، وقاب الآخر ، وحسنت أحوالهم ، لم تعد حصانتهم ،
ولم يجد قاذفهم ، ، سواء قذفهم بذلك الزنا أو بزنا بعده ، وفيما بعده . احتمال .
ولو جرت صورة الزنا من صبي أو مجنون ، لم تسقط حصانته ، فمن قذفه بعد
الكهال ، حُذِّتْ ، لأن فعلها ليس زنا لعدم التكليف .

فرع

قذف زوجته أو غيرها وعجز عن إقامة البينة على زنا المَقْدُوف ، فهل له تحليفه
أنه لم يزن ؟ فيه قولان ، ويقال : وجهان . الموافق لجواب الأكثرين :
له تحليفه ، قالوا : ولا تسمع الدعوى بالزنا والتحليف على نفيه إلا في هذه المسألة .
قلت : العجز عن البينة ليس بشرط ، بل متى طلب يمينه ، جاء الخلاف ،
قال البغوي : ولو قذف ميتاً ، وطلب وارثه الحد ، وطلب القاذف يمينه : انه لا يعلم
مورثه زنى ، نص الشافعي رحمه الله أنه يحلفه ، قال : وفيه الخلاف المذكور
والله أعلم

فرع

هل على الحاكم البحث عن إحصان المَقْدُوف ليقم الحد على القاذف ، كما عليه
البحث عن عدالة الشهود ليحكم بشهادتهم ؟ وجهان . قال أبو إسحاق : نعم ،
وأصحها عند الأصحاب : لا ، لأن القاذف عاص فغلظ عليه بإقامة الحد بظاهر
الإحصان ، والمشهود عليه لم يوجد منه ما يقتضي التغليظ .

فصل

حد القذف وتعزيره حق آدمي ، يورث عنه ، ويسقط بعفوه . ولو قال لغيره :

القذف ، فقدنه ، فوجهان . قال الأكثرون : لا يجب ، كما لو قال : اقطع يدي فقطعه ، لاشيء عليه . والثاني : يجب ، لأن القطع مباح في الجملة ، فقد يكون مستحق القطع . وأما القذف ، فلا يباح وإن كان المقذوف زانياً . وفيمن يرث حد القذف ؟ أوجه . أصحابها : جميع الورثة ، كاللأل والقصاص . والثاني : جميعهم غير الزوجين . والثالث : رجال العصباء فقط ، لأنه لدفع العار كولاية التزويج . والرابع : رجال العصباء سوى البنين كالتزويج . فإن قلنا : يرث الزوجان ، فأنشأ قذف ميت ، ففي إرثها وجهان ، لانقطاع الوصلة حالة القذف ، وإذا ورثنا الابن ، قدم على سائر العصباء ، ولو لم يكن للمقذوف وارث خاص ، فهل يقيم السلطان الحد ؟ قولان كما في القصاص ، وكما لو قذف ميتاً لا وارث له ، أظهرهما : يقيمه .

فرع

لو عفا بعض مستحقي حد القذف الموروث عن حقه وهو من أهل العفو ، فثلاثة أوجه . أصحابها : يجوز لمن بقي استيفاء جميع الحد ، لأن الحد يثبت لهم ولكل واحد منهم ، كولاية التزويج وحق الشفعة . والثاني : يسقط جميع الحد كالقصاص ، وهو ضعيف ، إذ لا بدل هنا ، بخلاف القصاص ، والثالث : يسقط نصيب العافي ويستوفى الباقي ، لأنه متوزع ، بخلاف القصاص فعلى هذا ، يسقط السوط الذي يقع فيه شركة .

فرع

قذف رجل مورثه ، ومات المقذوف ، سقط عنه الحد إن كان حائز الإرث ، لأن القذف لا يمنع الإرث ، بخلاف القتل . ولو قذف أباه ، مات الأب وترك القاذف وابناً آخر . فإن قلنا : إذا عفا بعض المستحقين كان للآخر استيفاء الجميع ، فللابن الآخر استيفاء الحد بتمامه ، وإن قلنا : يسقط الجميع ، فكذا هنا ، وإن قلنا : يسقط نصيب العافي ، فللابن الآخر استيفاء نصف الحد .

فرع

لو جُنَّ المَقْدُوف بعد ثبوت حقه ، لم يكن لوليه استيفاء الحد ، بل يصبر حتى يفتق ، فيستوفي ، أو يموت فيورث . وكذا لو قذف المجنون أو الصغير ، ووجب التعزير ، لم يكن لوليها التعزير ، بل يجب الصبر .

فرع

إذا قذف العبد ووجب التعزير ، فالطلب والعفو له لا للسيد ، لأن عرضه له لا للسيد ، حتى لو قذف السيد عبده ، كان له رفعه إلى الحاكم ليعزره ، هذا هو الصحيح . وقيل : ليس له طلب التعزير من سيده ، بل يقال له : لاتعد ، فإن عاد ، عزز كما يعزر لو كلفه مرة بعد مرة من الخدمة ما لا يحتمله حاله .

فلو مات العبد وقد استحق تعزيراً على غير سيده ، فأوجه . أصحاب : يستوفيه سيده ، لأنها عقوبة وجبت بالقذف ، فلم تسقط بالموت كالحد . قال الأصحاب : وليس ذلك على سبيل الإرث ، ولكنه أخص الناس به ، فما ثبت له في حياته ، يكون لسيدته بعد موته بحق الملك كإل المكاتب . والثاني : يستوفيه أقاربه ، لأن العار إنما يعود عليهم . والثالث : يستوفيه السلطان كحرّ لا وارث له . والرابع : يسقط التعزير ، وبالله التوفيق .

الباب الثاني

في قذف الزوجة خاصة

الزوج كالأجنبي في صريح القذف وكنايته ، وفي أنه يلزمه بقذفها الحد إن كانت محصنة ، والتعزير إن كانت غير محصنة ، إلا أن الزوج يختص بأنه قد يباح له القذف ، وقد يجب عليه ، وبأن الأجنبي لا يتخلص من العقوبة إلا بيينة على زنا المَقْدُوف ، أو بإقرار المَقْدُوف . وللزوج طريق ثالث إلى الخلاص ، وهو

اللعان . وكما تندفع عنه عقوبة القذف باللعان ، يجب عليها به حد الزنا ، ولها دفعه بلعانها .

فصل

متى يتقن الزوج أنها زنت ، بأن رآها تزني ، جاز له قذفها ، وكذا إن ظن زناها ظناً مؤكداً ، بأن أقوت به ووقع في قلبه صدقها ، أو سمعه بمن يتق به . قال ابن كج والإمام : سواء كان القائل من أهل الشهادة ، أم لا ، واستفاض بين الناس أن فلاناً يزني بها ولم يخبره أحد عن عيان ، لكن انضمت إلى الاستفاضة قرينة الفاحشة ، بأن رآه معها في خلوة ، أو رآه يخرج من عندها ، فيجوز له القذف ، وإنما يجوز في صورة الاستفاضة ، إذا انضمت إليها القرينة . وعن الداركي : أنه يجوز بمجرد الاستفاضة . وعن ابن أبي هريرة : يجوز بمجرد القرينة ، والصحيح الأول ، لكن قال الإمام : الذي أراه ، أنه لو رآها معه مرات كثيرة في محل الريبة ، كان ذلك كالاستفاضة مع الرؤية مرة ، وكذا لو رآها معه تحت شعار على هيئة منكورة ، وتابعه على هذا الغزالي وغيره . ثم ما لم يكن هناك ولد ، لا يجب على الزوج القذف ، بل يجوز أن يستتر عليها ويفارقها بغير اللعان إن شاء ، ولو أمسكها لم يحرم .

قلت : قال أصحابنا : إذا لم يكن ولد ، فالأولى أن لا يلعان ، بل يطلقها إن كرهها واستأعلم

وإن كان هناك ولد يتيقن أنه ليس منه ، وجب عليه نفيه باللعان ، هكذا قطع به الأصحاب ، وفيه وجه حكاه الروياني عن جماعة أنه لا يجب النفي ، والصحيح الأول . قال البغوي وغيره : فإن يتقن مع ذلك أنها زنت ، قذفها ولاعن ، وإلا فلا يقذفها ، لجواز أن يكون الولد من زوج قبله ، أو من وطئه شبهة . قال الأئمة : وإنما يحصل اليقين إذا لم يطأها أصلاً ، أو وطئها وأتت بولد لأكثر من

أربع سنين من وقت الوطء ، أو لأقل من ستة أشهر . ولو وطئها وأنت بولد لأكثر من ستة أشهر ، ولدون أربع سنين ، فإن لم يستبرئها بجبضة ، أو استبرأها فأنت بولد لدون ستة أشهر من وقت الاستبراء ، لم يحل له النفي ، ولا اعتبار برية مجدها في نفسه ، أو شبهة تخيل له فساداً ، وإن استبرأها وأنت به لأكثر من ستة أشهر من الاستبراء ، فثلاثة أوجه . أحدها : يجوز النفي ، لأن الاستبراء أمانة ظاهرة على أنه ليس منه ، والمستحب أن لا ينفيه ، لأن الحامل قد ترى الدم . والثاني : إن رأى بعد الاستبراء القرينة الميعة للقذف ، جاز النفي ، بل لزمه ، وإن لم ير شيئاً ، لم يجوز . والثالث : يجوز النفي ، سواء وجدت قرينة وأمانة ، أم لا ، ولا يجب بحال للاحتمال . وأصح هذه الأوجه الثاني ، صححه الغزالي ، وبه قطع العراقيون ، وبالأول قطع البغوي .

قلت : جعل الرافعي الأوجه فيما إذا أتت بالولد لأكثر من ستة أشهر من وقت الاستبراء ، وكذا فعل القاضي حسين ، والامام ، والبغوي ، والمتولي . والصحيح ما قاله المحامي وصاحب « المذهب » و « العدة » وآخرون أن الاعتبار في ستة الأشهر من حين زنى الزاني بها ، لأن مستند اللعان زناه ، فإذا ولدت لدون ستة أشهر من زنا ، ولأكثر من سنة من الاستبراء ، تيقنا أنه ليس من ذلك الزنا ، فيصير وجوده كعدمه ، ولا يجوز النفي ، وهذا أوضح والله أعلم

ولو كان الزوج يظاً ويعزل ، فالصحيح الذي قطع به صاحب « المذهب » و « التهذيب » وغيرهما أنه لا يجوز النفي بذلك ، فقد سبق الماء ، وجعله الغزالي مجوزاً للنفي . ولو جامع في الدبر أو فيما دون الفرج ، فله النفي على الأصح .

فرع

لو أتت بولد لا يشبهه ، نظر ، إن خالفه في نقص وكال خلقه ، أو حسن وقبح ونحوها ، حرم النفي ، وإن ولدت أسود وهما أبيضان أو عكسه ، فإن لم ينضم

إليه قرينة الزنا ، حرم النفي ، وإن انضمت أو كان يتهمها برجل ، فأت بولد على لون ذلك الرجل ، جاز النفي على الأصح عند البندنجي والرويانى وغيرهما . وصحح الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب المنع .

قلت : المنع أصح ، ومن صححه غير المذكورين ، صاحب « الحاوي » و«العدة» والله أعلم

قال الامام : ولا يؤثر الاختلاف في الألوان المتقاربة ، كالأدمية والسمرة والشقرة ، والقرينة من البياض .

فرع

متى ^(١) نفى الولد ولاعن ، حكم بنفوذه في الظاهر ، ولا يكلف بيان السبب الذي بنى النفي عليه ، لكن يجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى رعاية الأسباب المذكورة ، وبناء النفي على ما يجوز البناء عليه ، كما سبق .

فصل

لا يلحق الولد بالزوج إذا لم يتحقق إمكان الوطء ، فإذا نكح وطلقها في المجلس ، أو غاب عنها غيبة بعيدة لا يحتمل وصول أحدهما إلى الآخر ، وأت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الغيبة ، أو جرى العقد والزوجان متباعداً ، أحدهما بالشرق ، والآخر بالمغرب ، وأت بولد لستة أشهر من حين العقد ، ففي كل هذه الصور ينتفي الولد بغير لعان .

فرع

إذا أت بولد يمكن أن يكون منه ، لكنه رآها تزني واحتمل كونه من

(١) في الأصل : من .

الزنا ، فليس له نفيه . وهل له القذف واللعان ؟ حكى الإمام عن العراقيين والقاضي ، أنه ليس له ذلك قال : والقياس جوازه لجواز القذف إذا تيقن الزنا ولا ولد ، انتقاماً منها ، فحصل وجهان ، الصحيح : المنع ، لأن اللعان حجة ضرورية ، وإنما يصار إليها لدفع النسب ، أو قطع النكاح حيث لا ولد ، خوفاً من أن يحدث ولد على الفراش الملطخ ، وقد حصل الولد هنا ، فلم يبق فائدة ، ولأن في إثبات زناها تعيير الولد ، وإطلاق الألسنة فيه ، ولا يحتمل ذلك لغرض الانتقام مع إمكان الفراق بالطلاق .

قلت : هذا النقل عن العراقيين مطلقاً غير مقبول على الإطلاق ، فقد قال صاحب « المذهب » : إن غلب على ظنه أنه ليس منه ، بأن علم أنه كان يعزل عنها ، أو رأى فيه شبه الزاني ، لزمه نفيه باللعان ، يعني بعد قذفها ، وإن لم يغلب على ظنه ، لم ينقه . وقال صاحب « الحاوي » : إذا وطئها ولم يستبرئها ورآها تزني ، فهو بالخيار بين اللعان بعد القذف ، أو بالإمساك . فأما نفي الولد ، فإن غلب على ظنه أنه ليس منه ، نفاه ، وإن غلب على ظنه أنه منه ، لم يجوز نفيه ، وإن لم يظن أحد الأمرين ، جاز أن يغلب حكم الشبه ، وهذا هو القياس الجاري على قاعدة الباب ، والله أعلم

الباب الثالث

في ثمرات اللعان ، وشروطه ، وصفته ، وأحكامه

فيه أطراف .

الأول : في ثمرات اللعان ، وهي نفي النسب وقطع النكاح ، وتحريمها مؤبداً ، ودفع المخذور الذي يلحقه بالقذف ، وإثبات حد الزنا عليها .

قلت : ومن الثمرات : سقوط حد قذف الزاني بها عن الزوج إن سماه في

لعانه ، وكذا إن لم يسمه على خلاف فيه . ومنها : سقوط حصانتها في حق الزوج إن لم تلاعن هي كما سيأتي إن شاء الله تعالى .

ومنها : تشطير الصداق قبل الدخول ومنها : استباحة نكاح أختها وأربع سواها في عدتها ، والله أعلم

ولا يشترط لجواز اللعان ، تعلق جميع ثرواته به ، بل منها ما يستقل بإفادة حق جوازه ^(١) ، ومنها خلافه ، فنفي النسب ، هو المقصود الأصلي ، فيجوز اللعان له وحده . وإن كان لا ينقطع به نكاح ، ولا يسقط به عقوبة ، بأن كان أبانها ، أو عفت عن العقوبة ، أو أقام بينة بزناها .

وأما دفع عقوبة القذف ، فيجوز اللعان لمجرد دفع الحد ، وإن لم يكن نكاح ولا نسب ، فإن كانت الواجب التعزير ، فالتعزير المشروع عند القذف نوعان . تعزير تكذيب ، وهو المشروع في حق القاذف الكاذب ظاهراً ، بأن قذف زوجته الذمية أو الرقيقة ، أو الصغيرة التي يوطأ مثلها ، وتعزير تأديب ، وهو أن يكون كذبه معلوماً ، أو صدقه ظاهراً ، فيعزر لا تكديماً له ، بل تأديباً لئلا يعود إلى السب والإيذاء ، بأن قذف زوجته الصغيرة التي لا يوطأ مثلها ، أو قذف الكبيرة بزناً ثبت بالبينة ، أو بإقرارها ، فلا يحذف لسقوط حصانتها ، ويعزر تأديباً للإيذاء بتحديد ذكر الفاحشة .

فأما النوع الأول ، فيستوفى بطلبها ، وله إسقاطه باللعان على الصحيح .
وأما النوع الثاني ، فلا يلاعن لدفع تعزير التي لا يوطأ مثلها وإن كثرت وطالبت ، لأنه لا يعزر للقذف . فإنه أتى بحال لا يلحقها به عار ، وإنما يعزر منعاً له من الإيذاء ، والحوض في الباطل . وفيه وجه سيعود إن شاء الله تعالى .
وإن قذف الكبيرة بزناً ثبت ببينة أو إقرارها ، قال الشافعي رضي الله عنه في

(١) في نسخ الظاهرية : بإفادة جوازه .

رواية المزني : عزز إن طلبت ذلك ، ولم يلتعن ، وفي رواية الربيع : يعزز إن طلبت ذلك إن لم يلتعن . وللأصحاب طرق ، أشهرها قولان . أظهرهما : لا يلاعن ، والطريق الثاني وهو الأصح ، وبه قال أبو إسحاق والقاضي أبو حامد : لا يلاعن قطعاً ، ورد رواية الربيع . والثالث : يلاعن قطعاً ، وتناول رواية المزني . والرابع : إن قذفها بزناً أضافه إلى ما قبل الزوجية وأثبت بينة ثم قذفها به ، لم يلاعن ، وإن قذفها بزناً في الزوجية ، وأثبت بينة ، ثم قذفها به ، لاعن ، وحمل النصين عليها ، ثم ظاهر نصه في الرويتين أنه لا يعزز إلا بطلبها . وحكى الإمام وجهاً : أنه يعززه السلطان سياسة وإن لم تطلب ، كما يعزز من يقول : الناس زناة ، والصحيح الأول . قال الإمام : وليس هذا موضع الخلاف ، إنما موضعه ما إذا أضاف الزنى إلى حالة لا تحتمل الوطء ، بأن قال : زנית وأنت بنت شهر ، لأن الحال لا يتأدى منه .

قلت : وفي المسألة طريق خامس اختاره صاحب « الحاوي » ، وحكاه الشاشي : إن كان ثم ولد ، لاعن ، وإلا فلا ، وحمل النصين عليها واستأعلم

فرع

قد سبق أن حد القذف يستوفى بطلب المقدوف ، وفي التعزير هذا التفصيل السابق قبل الفرع ، ثم ما كان من حد أو تعزير معلقاً بطلب شخص ، سقط بعفوه إذا كان أهلاً للعفو . فلو قذف زوجته ، ففقت عن الحد ولا ولد ، فليس له اللعان على الصحيح ، لعدم الضرورة ، ويجري الخلاف فيما لو ثبت زناها بينة ، أو صدقته ولا ولد ، فلو سكت فلم تطلب الحد ولم تعف ، فليس له اللعان على الأصح عند الجمهور لما ذكرنا . ولو قذف زوجته الصغيرة أو المجنونة ، فقليل : له اللعان في الحال ليسقط التعزير ، والأصح انتظار بلوغها وعقلها . وطلبها التعزير . ولو قذفها عاقلة فجنت ، أو في جنونها بزناً أضافه إلى حالة

الإفاقة ، فعليه الحد . وهل له اللعان في الحال ، أم ينتظر الإفاقة ؟ فيه الوجهان . وفي كل هذه الصور لو كان هناك ولد ، وأراد نفيه باللعان ، كان له ذلك قطعاً . قلت : وكل موضع لاعن لنفي النسب أو غيره وهي مجنونة ، فقد حقق زناها ولزمها الحد ، لكن لاتحد في جنونها ، فإذا أفاقت حدث إن لم تلعن ، ذكره المحامي في « المجموع » والله أعلم

فرع

زنا بك بمسوح ، أو صبي ابن شهر ، أو قال : لرتقاء أو قرنائه : زنت ، فلاحد ويعزرو للإيذاء ، ولا يلعن على الصحيح ، وكذا لو قال لمسوح : زنت ، أو لبالغ : زنت وأنت رضيع في المهد ، فلاحد ويعزرو .

الطرف الثاني : في صفة الملعن ، وله شرطان . الأول : أهلية اليمين ، لأن المعروف عند أصحابنا أن اللعان يمين مؤكدة بلفظ الشهادة . وقيل : هو يمين فيها شوب الشهادة ، فلا يصح لعان الصبي ولا المجنون ، ولا يقتضي قذفها لعاناً بعد كمالها ، ولا عقوبة ، لكن يعزرو المميز على القذف . فإن لم يتفق تعزيره حتى بلغ ، قال القفال : يسقط لأنه كان للزجر عن سوء الأدب ، وقد حدث زاجر أقوى منه وهو التكليف ، ويصح لعان الذمي ، والرقيق ، والمحدود في القذف ، ويصح اللعان عن الذمية ، والريقة ، والمحدودة في القذف .

فرع

قذف زوجته الذمية ، وترافعا إلينا ، ولاعن الزوج ، نص الشافعي رحمه الله ، أنها لاتجبر على اللعان ، ولا تحرم إن امتنعت منه ^(١) حتى ترضى بحكمنا . فإن

(١) في الأصل : مفي .

رضيت ، حكمنا في حقها بما نحكم به في حق المسلمة . والأصحاب طريقان ، الصحيح منها أن المسألة على القولين في الذمين إذا ترافعا إلينا ، هل يجب الحكم بينها ؟ وقد سبقا في نكاح المشرک ، إن أوجبنا الحكم ، حددناها إن لم تلعن ، ولا يعتبر رضاها ، وإن لم نوجبها ، لم نردها حتى ترضى بحكمنا ، وعلى هذا الطريق ، سواء كان الزوج مسلماً أو ذمياً ، والطريق الثاني : لايجري عليها (١)

ولو قذفها زوجها الذمي ، وترافعا ، ولم يرض الزوج بحكمنا ، وطلبت المرأة ، فهل يجبر الزوج على اللعان ويعزر إن لم يلعن ، أم يتوقف ذلك على رضاه ؟ فيه القولان في وجوب الحكم بينهما ، ولا يجيء الطريق الثاني . ولو قذفها زوجها المسلم ، ولاعن ، فذاك ، وإن امتنع ، وطلبت التعزير ، استوفاه الحاكم . ثم الواجب على الذمي في قذف الذمية ، التعزير إن كان مثلاً ، كما أن الواجب بقذف الرقيقة ، التعزير وإن قذفها رقيق .

الشرط الثاني : الزوجية ، فلا لعان لأجنبي ، فلو طلقها رجعية بعد أن قذفها ، أو قذفها في عدة الرجعة ، فله أن يلعنها كما يطلقها ، ويظاهر ويؤلي ويصح لعانه في الحال ، وتترتب أحكامه . ولو ارتد بعد الدخول ثم قذفها وأسلم في العدة ، فله اللعان ، ولو لاعن في الردة ، ثم أسلم في العدة ، وقع اللعان في النكاح ، فيصح ويقع موقعه ، لأن الكافر يصح لعانه ، وإن أصر حتى مضت العدة ، تبينا وقوعه في حال الينونة ، فإن كان ولد ونفاه باللعان ، نفذ ، وإلا تبينا فساد ، ولا يندفع حد القذف عنه على الأصح ، وبه أجاب ابن الحداد

فرع

وطيء امرأة في نكاح فاسد أو شبهة ، بأن ظنها زوجته أو أمته ، ثم قذفها

(١) في الأصل : عليها .

وأراد اللعان ، فإن كان هناك ولد منفصل ، فله اللعان ، فينتفي به النسب بلا خلاف ، ويسقط به حد القذف على الصحيح تبعاً ، وقيل : لا يسقط لعدم الزوجية وانتفاء الضرورة ، إذ كان يمكنه أن يقول : ليس الولد مني ، ولا يقذفها ، وتتأبد الحرمة بهذا اللعان على الأصح .

قلت : فإذا قلنا بالضعيف : إنه لا تتأبد الحرمة ، فهل يستبيحها بلا محل ، أم يفتقر إلى محل كالطلاق الثلاث ؟ وجهان ، في « الحاوي » ، الصحيح : لا يفتقر والله اعلم

ولا يلزمها حد الزنا ، ولا يلغن معارضة للعان على الأصح . وقيل : يلزمها وتلغن لإسقاطه ، وإن كان هناك حمل ، فهل هو كالتفصل في اللعان ؟ فيه خلاف نذكره قريباً إن شاء الله تعالى فيما إذا أبان زوجته ثم قذفها ، وإن لم يكن ولد ولا حمل ، فلا لعان كالأجنبي . ولو قذف في نكاح يعتقد صحته ، ولاغن على ذلك الاعتقاد ، ثم بان فساده ، ولا ولد ، لم يسقط عنه الحد على الأصح ، فعلى هذا : لا يثبت شيء من أحكام اللعان .

فرع

قذف زوجته ثم أبانها ، فله أن يلغن لنفي الولد ، وإسقاط عقوبة القذف ، وإن لم يكن ولد إذا طلبتها^(١) ، لأن القذف وجد في الزوجية ، فإن عفت ، فلا لعان ، وكذا إن لم تطلب^(٢) على الأصح ، وإذا لاعن ، لزمها الحد ، ولها إسقاطه باللعان . وفي تأبد الحرمة بلعانه الوجهان كالنكاح الفاسد ، لوقوعه خارج النكاح .

(١) في الاصل : طلبته ، وفي احدى نسخ الظاهرية : اذا طلقها .

(٢) في الأصل : إن لم تعف ، وكذلك ورد في نسخ الظاهرية وما أثبتناه جاء

في هامش الأصل ، والسياق والسباق يقتضيه .

فرع

أبأنها بخلع أو بالطلاق الثلاث ، أو بفسخ ، أو كانت رجعية فبانت بانقضاء العدة ، ثم قذفها بزنا مطلق ، أو مضاف إلى حال النكاح ، فإن كان ولد يلحقه بحكم النكاح السابق ، فله اللعان ، ويسقط به عنه الحد . قال البغوي : ويلزمها حد الزنا إن أضاف الزنا إلى حالة النكاح ، ولها إسقاطه باللعان ، فإن لم يضاف ، لم يلزمها . وفي تأبد الحرمة ومعارضتها باللعان الخلاف السابق ، والخلاف في المعارضة جارٍ في كل لعان بمجرد نفى الولد ، كما لو أقام بينة بزناها أو أقوت . وإن كان حمل ، فهل له اللعان قبل انفصاله ؟ فيه نصان رواهما المزي في المختصر ، و د الجامع ، فقال أبو إسحاق : لا يلعن قطعاً ، إذ قد لا يكون ولد ، وتأول النص الآخر . والصحيح أن المسألة على قولين . أحدهما : هذا ، وأظهرهما عند الأكثرين : يلعن ، كما لو كان في صلب النكاح . فعلى هذا لو لاعن فبان أن لا حمل ، تبيننا فساد اللعان ، وإن لم يكن ولد ولا حمل يلعن على الصحيح ، وقيل : له اللعان إن أضاف الزنا إلى حالة النكاح .

فرع

قذف زوجته بزنا أضافه إلى ما قبل النكاح ، فإن لم يكن ولد ، لم يلعن ، وإن كان ، فوجهان . أحدهما : لا يلعن ، لأنه مقصر بالتاريخ ، وكان حقه أن يطلق القذف . فعلى هذا ، له أن ينشئ قذفاً ويلعن لنفي النسب ، فإن لم يفعل ، حدة ، وبهذا قال أبو إسحاق ، وصححه الشيخ أبو حامد وجماعة . والثاني ، وبه قال أبو علي بن أبي هريرة والطبري ، وصححه القاضي أبو الطيب ، والإمام ، والروائي وغيرهم : له اللعان ، فعلى هذا ، يسقط الحد بلعانه ، وهل عليها حد الزنا بلعانه ؟ وجهان . وهل لها معارضته باللعان ؟ فيه الوجهان السابقان .

قلت : صحيح في د المحرر ، قول أبي إسحاق ، وهو أقوى واستأعلم

فصل

قذفها ولاعنها ، ثم قُذفت ، فلها حالان . أحدهما : أن لا يلاعن معارضة لللعان ، وحدت حد الزنا ، فالقذف الثاني ، إن كان من الزوج ، نظر ، إن قذفها بذلك الزنا أو أطلق ، لم يلزمه إلا التعزير ، لأنها صدقناه في ذلك الزنا ، وإنما يعزر للإيذاء . وإن قذفها بزنا آخر ، فوجهان . أحدهما : يجد كما لم يلاعن . وأصحها : يعزر فقط ، لأن لعانه في حقه كالبينة ، وليس له أن يلاعن لدفع التعزير ، لأنه قذف بعد البينة ، وإن قذفها أجنبي بذلك الزنا ، حد على الأصح . وقيل : يعزر ، وإن قذفها بغيره ، حد على المذهب . وقيل : فيه الوجهان .

الحال الثاني : أن يلاعن ، فإن قذفها الزوج بذلك الزنا ، أو أطلق ، عزّر فقط ، وإن قذفها بزنا آخر ، فالمذهب أنه يجد ، وقيل : يعزر على قول قديم ، وقيل : هو وجه ، وهذا الخلاف جارٍ سواء قذفها بزناً آخر بعد اللعان أو قبله ، وسواء قلنا : يجد أو يعزر ، فليس له اللعان ، لأنها بائن ولا ولد . وإن قذفها أجنبي ، حد سواء قذفها بذاك الزنا أو غيره . وقيل : إن قذفها بذاك الزنا ، عزّر ، والصحيح الأول .

وسواء في الزوج والأجنبي ، كان ولد فنقاه باللعان وبقي أو مات أو لم يكن ، هذا كله إذا قذفها ولاعن ثم قذف ، أما إذا قذفها ولم يلاعن ، فحد للقذف ، ثم قذفها بذلك الزنا ، فلا يجد لأنه ظهر كذبه بالحد الأول ، ويعزر تأديباً للإيذاء . وقد سبق أنه لا يلاعن^(١) ، لإسقاط مثل هذا التعزير على الصحيح . وإن قذفها بزناً آخر ، فوجهان . قال البغوي : أصحها : يعزر . وقال أبو الفرج الزاز : أصحها : يجد لأن كذبه في الأول لا يوجب كذبه في الثاني ، فوجب الحد لدفع العار . وهل يلاعن لإسقاط الحد أو التعزير ؟ وجهان . أصحها : لا ، لظهور كذبه بالحد . وإن قذفها أجنبي بذلك الزنا أو غيره ، حد .

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : أنه يلاعن .

فرع

قذف زوجته أو غيرها مرتين فصاعداً ، فإن أراد زناً واحداً ، فعليه حد واحد ، لأنه لم يقذف إلا بفاحشة واحدة ، فإن حد مرة ، فأعاد ، عزر للإيذاء ، ولا يجد لظهور كذبه . وإن قذف بزناً آخر ، كقوله : زينت بفلان ، ثم قال : زينت بآخر ، فقولان . الجديد وأحد قولي القديم : يجب حد واحد . والقديم الآخر : يتعدد الحد . ورأى ابن كعب القطع بحد واحد ، فإذا قلنا : حد واحد ، فقدف فحد ، ثم قذف ثانياً ، فهل يجد ثانياً ، أم يعزر لظهور كذبه بالحد الأول ؟ وجهان أو قولان . قال ابن كعب : الصحيح منها التعزير .

ولو قذف زوجته مرتين فصاعداً بزنتين ، ففي التعداد والاتحاد هذا الخلاف ، فإن قلنا بالاتحاد ، كفى لعان واحد ، وإن قلنا بالتعدد ، فوجهان . أحدهما : يتعدد اللعان بحسب تعدد الحد ، وأصحها : يكفي لعان واحد ، لأنه بين وإذا كان الحقان لواحد ، كفى بين ، إلا أنه يقول في اللعان : أشهد بالله اني . الصادقين فيما رميتها به من الزنيتين . وإن سمى الزانين ، ذكرهما في اللعان فلو وقع أحد القذفين في الزوجية ، والآخر خارجها ، فله صورتان . إحداهما : أن يقذف أجنبية ، ثم يتزوجها قبل أن يحد ، ثم يقذفها . فينظر إن قذفها بالزنا الأول ، لم يجب إلا حد ، وليس له إسقاطه باللعان ، وإن قذفها بزناً آخر ، ففي تعدد الحد واتحاده طريقتان . أحدهما : على القولين فيما اذا قذف زوجته أو أجنبيةاً بزنتين . والثاني : القطع بالتعدد ، لاختلاف موجبها ، لأن الثاني يسقط باللعان ، بخلاف الأول فصار اكحدين مختلفين ، ولا تدخل مع الاختلاف ، وهذا الطريق أرجح عند القاضي أبي الطيب ، وبه قطع الشيخ أبو حامد ومتابعوه . ورجح آخرون طريقة القولين ، قالوا : وموجب القذفين الحد ، ولا اختلاف فيه ، وإنما الاختلاف في طريق الخلاص منه ، فإن قلنا بالاتحاد ، فإن لم يلعن ، حد لها حداً واحداً ، وإن لاعن الثاني حد الأول ، وإن حد للأول قبل أن يلعن ،

سقط اللعان للثاني ، إلا أن يكون هناك ولد فيلاعن لنفيه ، فإن لم يكن ، فعلى الخلاف في أنه هل يجوز اللعان لمجرد غرض قطع النكاح وإلصاق العار بها ، وقد سبق أن قلنا بالتعدد ، فإن طالبت أولاً للقذف الأول ، فأقام بيعة بزناها ، سقط الحدان ، لأنه ثبت أنها غير محصنة ، وإن لم يقم حد . ثم إذا طالبت للثاني ، فأقام بيعة أولاعن ، سقط عنه الحد الثاني ، وإلا حد ثانياً ، وإن طالبت أولاً بالثاني ، فأقام بيعة ، سقط الحدان ، وإلا فإن لاعن ، سقط الحد الثاني دون الأول ، وإن لم يلاعن ، حد للثاني ، ثم يجد للأول . وإن طالبت بهما جميعاً ، حد للأول لسبق وجوبه ، ثم للثاني إن لم يلاعن . وإن حد في القذف الأول ، ثم قذفها في النكاح ولم يلاعن ، حد ثانياً على الصحيح ، وقال ابن الحداد : لا يجد للثاني . قال الشيخ أبو علي : لم يرض هذا أحد من أصحابنا ، وقالوا : يجد ثانياً إذا لم يلتعن تفريعاً على قول التعدد ، قالوا : ولا فرق بين أن يقذف في النكاح بعد أن يجد للأول أو قبله ، في أنه يجد الثاني إذا لم يلتعن ، لكن إذا كان قبله ، حد لكل واحد منها .

فرع

قذف زوجته ثم أبانها بلا لعان ، ثم قذفها بزنا آخر ، فإن حد الأول ، ثم نكحها ، ففي حده للثاني قولان ، كما لو قذف أجنبية فحد ، ثم قذفها ثانياً ، وإن لم تطلب حد القذف الأول حتى أبانها ، فإن لاعن للأول ، فقل : يجد الأول . وقيل : قولان ، وإن لم يلاعن ، فقل : يجد حدين ، وبه قال ابن الحداد . وقيل : قولان . أحدهما : هذا . والثاني : حد واحد .

فرع

قذف زوجته البكر فلم تطالبه حتى فارقها ، ونكحت غيره ووطئها وصارت محصنة ، وقذفها الثاني ، ثم طالبتها ، فلاعن كل واحد منها ، وامتنعت هي من اللعان ، فقد ثبت عليها بلعان الأول زنا بكر ، وبلعان الثاني زنا محصنة ، وفيما عليها ؟

وجهان . أحدهما : الرجم فقط ، لأن شأن الحدود التداخل . وأصحهما وبه قال ابن الحداد : يلزمها الجلد ثم الرجم . قال الشيخ أبو علي : هذا ظاهر المذهب ، لأن التداخل إنما يكون عند الاتفاق ، وقال : وعلى هذا ، لو زنا العبد ، ثم عتق ، فزنى قبل الإحصان ، فقليل : عليه خمسون جلدة لزناه في الرق ، ومائة لزناه في الحرية ، لاختلاف الحدين ، والأصح أنه يجلد مائة فقط ، ويدخل الأقل في الأكثر لاتحاد الجنس ، وعلى هذا لو زنا وهو حر بـكـر ، فجلد خمسين ، وترك لعذر ، فزنا مرة أخرى ، جلد مائة ، وتدخل الخمسون الباقية فيها .

ولو قذف شخصين محصناً وغيره بكلمة ، وقلنا باتحاد الحد ، دخل التعزير في الحد . وفي هذا نظر ، لاختلاف جنس الحد والتعزير .

ولو كانت ^(١) في المسألة الأولى بكر في لعان الزوجين ، فالصحيح أن عليها حداً واحداً ، كما لو ثبت زنيان ، أحدهما : بيينة ، والآخر بإقرار أو كلاماً بالبيينة . قال ابن الحداد : عليها حدان ، لأن لعان كل واحد حجة في حقه ، فصارا كخمسيتين .

فصل

إذا لحقه نسب بملك يمين في مستولدة ، أو أمة موطوءة ، لم ينتف عنه باللعان على الأظهر ، وقيل : لا ينتفي قطعاً لإمكان نفيه بدعوى الاستبراء ، وسيأتي في آخر الاستبراء [بيانه مع ^(٢)] بيان أن الأمة متى تصير فراشاً لسيدها ، حتى يلحقه ولدها إن شاء الله تعالى .

ولو اشترى زوجته ، فانفسخ النكاح ، ثم ولدت ، فإن كان لدون ستة أشهر من يوم الشراء ، فهو لاحق به بحكم النكاح ، وله نفيه باللعان ويكون اللعان

(٢) زياده من نسخ الظاهرية .

(١) في الأصل : كان .

بعد الانفساخ كهو بعد بينونة بالطلاق ، وإن ولدته لسته أشهر فصاعداً من يوم الشراء ، فإن لم يطأها بعد الشراء ، أو وطئها وولده لدون ستة أشهر من يوم الوطء ، نظر ، إن كان لأربع سنين فأقل من وقت الشراء ، فالحكم كذلك ، وإن كان لأكثر من أربع سنين ، فهو منفي عنه بغير لعان . فإن وطئها بعد الشراء وأتت به لسته أشهر فصاعداً من وقت الوطء ، ولدوت أربع سنين من وقت الشراء ، فإن لم يدع الاستبراء بعد الوطء ، لحقه الولد بملك اليمين ، وهل له نفية باللعان ، فيه الطريقان . وإن ادعى الاستبراء بعده ، فإن أتت به لأقل من ستة أشهر من وقت الاستبراء ، فالحكم كذلك وتلغو دعوى الاستبراء ، وإن كان لسته أشهر فأكثر من وقت الاستبراء ، لم يلحقه الولد بحكم الملك على الأصح ، وسنعيده في آخر باب الاستبراء إن شاء الله تعالى ، ولا يلحقه أيضاً بملك النكاح لانقطاع فواش النكاح بفراش الملك ، وقيل : يلحقه بملك النكاح ، ولا ينتفي إلا بلعان لوجود الإمكان ، وامتناع الإلحاق بالملك ، وهذا شاذ ، وقد يعبر عن هذه الأحوال ، فيقال : إن احتمل كونه من النكاح فقط ، لحق به النكاح ، وإن احتمل بالملك فقط ، لحق به ، وكذا إن احتملها على الصحيح . وإن لم يحتمل واحد منها ، فلا إلحاق ، ومنى وقع اللعان بعد الشراء ، فهل يؤيد التحريم ؟ وجهان كما لو وقع بعد بينونة . وإن قلنا : لا يؤيده ، فهي حلال له بملك اليمين ، وإن قلنا : يؤيده ، ففي حلها [له] بملك اليمين خلاف مبني على أنه لو لاعن زوجته الأمة ، ثم اشتراها ، هل له وطؤها بملك اليمين ؟ فيه طريقان أحدهما : على وجهين كالمطلقة ثلاثاً إذا اشتراها . والثاني : لا تحل قطعاً لغلط تحريره .

الطرف الثالث ، في سبب اللعان : وهو القذف أو نفي الولد ، ففي نسبها إلى وطء حرام من جانبها ، أو جانب الزاني ، فقد قذفها . وإن نسبها إلى زنا هي عليه مكروهة ، أو جاهلة ، أو نائمة ، فلا حد لها ، ويجب لها التعزير على الأصح

لأن فيه عاراً وإبذاء ، فإن كان ولد لاعن لنفيه ، وإلا فيلاعن أيضاً على المذهب .
ولو عين الزاني فقال : زنا بك فلان وأنت مكروهة ، أو قال : قهرك فلان
فزنا بك ، لزمه الحد لصدقته ، وله إسقاطه باللعان ، بخلاف ما لو قذف زوجته ،
وأجنبية بكلمة ، فإنه لا يتمكن من إسقاط حد الأجنبية باللعان ، لأن فعلها
ينفك عن فعل الأجنبية ، ولا ينفك عن فعل الزاني بها .

ولو قال لزوجته : وطئت بشبهة ، ففي وجوب التعزير عليه لها الوجهان
فيما لو نسبها إلى الزنا مكروهة ، وإن لم يكن ولد ، فله اللعان لنفي التعزير إن
أوجبناه ، وإلا فلا ، وإن كان ولد ، فطريقان .

أحدهما : في جواز اللعان وجهان . أصحها : الجواز ، إلا أنه إذا لم يلاعن ،
لحقه الولد ولم يلاعن للصدق .

والطريق الثاني ، وهو المذهب ، وبه قال الأكثرون : أنه إن لم يعين
الواطئ بالشبهة ، أو عين فلم يصدق ، لحق الولد بالنكاح ، وله نفيه باللعان ، وإن
صدق وادعى الولد ، عرض على القافة . فإن ألحقه بذلك المعين ، لحقه ولا لعان ،
وإلا فيلحق الزوج ، وليس له نفيه باللعان ، لأنه كان له طريق آخر ينتقي به ،
وهو أن يلحقه القافة بذلك المعين ، وإنما ينفي باللعان من لا يمكن نفيه بطريق
آخر ، فإن لم يكن قائف ، ترك حتى يبلغ الصبي فينتسب إلى أحدهما ، فإن
انتسب إلى ذلك المعين ، انقطع نسبه عن الزوج بلا لعان ، وإن انتسب إلى
الزوج ، فله نفيه باللعان ، لأنه لا يمكن نفيه بغير اللعان ، هكذا ذكره البغوي
وغيره . ولو قال : زنيت بفلان وهو غير زان ، بل ظنك زوجته ، فهو قاذف
لها ، فله إسقاط الحد باللعان ، والولد المنسوب إلى ذلك الواطئ منسوب إلى وطء
شبهة ، فإن صدقه فلان ، عرض على القائف كما ذكرناه ، ولو اقتصر على قوله :
ليس هذا الولد مني ، فعن صاحب « التقريب » حكاية تردد في جواز اللعان ، وقطع

الجمهور بأنه لا يلتفت إلى ذلك ، ويلحق الولد بالفراش ، إلا أن يسند النفي إلى سبب معين ويلاعن .

فرع

لا يشترط لجواز اللعان أن يقول عن القذف : رأيتها تزني ، بل لو قال : زنت أو يازانية ، أو قال وهي غائبة : فلانة زانية ، جاز اللعان ، ولا يشترط أيضاً أن يدعي استبراءها بعد الوطء . قال الأصحاب : ولو أقر بوطئها في الطهر الذي قذفها بالزنا فيه ، جاز له أن يلاعن وينفي النسب ، قال في « البسيط » (١) : ولعل هذا في الحكم الظاهر ، فأما بينه وبين الله تعالى ، فلا يحل له النفي مع تعارض الاحتمال ، ويجوز أن يعول الزوج فيه على أمر يختص (٢) بمعرفته كعزل أو قرينة حال .

فصل

إذا قذف زوجته برجل معين ، فسيأتي الكلام في أنه يلزمه حد أم حدان إن شاء الله تعالى ، فإن ذكر الرجل في لعانه ، بأن قال : أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا بفلان ، سقط حقه ، كما سقط حقها ، سواء أوجبنا حداً أم حدين ، حتى لو قذفها بجماعة وذكرهم ، سقط حق الجميع ، وإن لم يذكر الرجل في لعانه ، لم يسقط حقه على الأظهر ، فعلى هذا إن أراد إسقاطه ، فطريقه أن يعيد اللعان ويذكره ، ولو امتنع الزوج من اللعان ولا بينة ، فجد بطلبها ثم جاء الرجل يطلب الحد ، فإن قلنا : الواجب حد واحد ، فقد استوفى ، وإن قلنا : حدان استوفى منه حد آخر ، وله إسقاطه باللعان ، ولو ابتدأ رجل بطلب حقه ، فهل له أن يلاعن ؟ له وجهان وقد بينا على خلاف في أن حقه

(١) في الأصل : الوسيط ، والبسيط والوسيط كلاهما من تأليف الغزالي .

(٢) في الأصل : الحيض .

يثبت أصلاً ، أم تابعاً لحقها ؟ وإن عفا الرجل عن حقه ، أو عفت هي ، فلاآخر
منها المطالبة ، سواء قلنا : الواجب حد أم حدان ، وله إسقاطه باللعان . وعن ابن
القطان : إذا قلنا : حقه تابع ، فلاحد ولا لعان ، والصحيح الأول ، وبمثل
أجاب ابن الصباغ ، فيما لو لم يذكر الرجل في لعانها ، وقلنا : لا يسقط حقه
فطالب بحقه ، وامتنع الزوج عن إعادة اللعان ، فلايجد سواء قلنا : يجب لهما
حد أم حدان ، لأن الحد لا يتبعض ، ولايجب باللعان حد الزنا على الرجل المرمي
به بحال .

وإذا لاعن لإسقاط حد المرمي به ، قال البغوي : قيل : يتأبد التحريم ،
ويحتمل خلافه .

فرع

قذف امرأته عند الحاكم بزيد ، أو قذف أجنبي أجنبياً والمقذوف غائب ^(١)
ففيه ثلاث طرق . أحدها : يستحب للحاكم أن يبعث إلى المقذوف فيخبره بالحال ،
ليطالب بحقه إن شاء ، وبهذا قال الشيخ أبو حامد . والطريق الثاني وبه قال
الأكثرون : يجب ذلك على الحاكم . والثالث : نقل أبو الفرج السرخسي ، أن
الشافعي رحمه الله نص على أنه يجب ذلك على الحاكم ، ونص أنه لو أقر عنده
رجل بدين لزيد ، لايجب عليه إعلامه . وأن الأصحاب في النصين : ثلاث طرق .
أحدها : تنزيل النصين على حالين إن كان من له الحق حاضراً عالماً بالحال ، فلا حاجة
إلى إخباره في النوعين ، وإن كان غائباً أو غافلاً عما جرى ، وجب إعلامه لثلا
بضيع حقه . والثاني : تقرير النصين على ظاهرهما ، لأن الإمام يتعلق به استيفاء
الحد بخلاف المال . والثالث : جعلهما على قولين بالنفل والتخريب ، وكيفما
كان ، فالمنهـب وجوب إخبار المقذوف .

(١) في الأصل : غائباً .

وأما قوله في « مختصر المزني » : وليس للإمام إذا رمى رجل بزنى أن يبعث إليه يسأله عن ذلك ، فتناول . قيل : المراد : لا يسأله ، هل زنت ؟ وقيل : المراد : إذا لم يكن الرامي أو المومي معيناً ، بأن قال رجل عند الحاكم : الناس يقولون : زنا فلان ، أو قال : زنا في هذه المحلة رجل ، أو رمى بحجر ، فقال : من رماني به فهو زان ، وهو لا يدري من رماه به . قال ابن سلمة : المراد : إذا رماه تعريضاً لا تصريحاً ، وعن ابن مريج ، المراد : إذا قذف زوجته بيمين ولاعن ، فلا حاجة إلى إعلامه سواء ذكره في اللعان ، أم لا ، وقلنا : يسقط حده له ، أو لا يسقط ، وقال أبو إسحاق : لا يجزئه وإن لم يلاعن ، لأن الزوجة ستطالب ، ومطالبتها تكفي عن مطالبته ، بخلاف ما لو قذف أجنبياً .

فصل

إذا قذف جماعة ، فهم ضربان . أحدهما : أن يتمحضوا أجنباً أو زوجات ، والثاني : أن يكونوا من الصنفين ، الأول : المتمحضون ، فإما أن يقذفهم بكلمات ، وإما بكلمة ، فيها حالان .

الأول : أن يقذف كل واحد بكلمة ، فعليه لكل واحد حد ، وإن كن زوجات ، أفرد كل واحد بلعان ، ويكون اللعان على ترتيب قذفهن ، فلو لاعن عنهن إحداهن واحداً ، لم يكف عن الجميع ، لكن ، إن سماهن ، حسب عن التي سماها أولاً ، وإن أشار إليهن فقط ، لم يعتد به عن واحدة منهن .

الحال الثاني : أن يقذفهم بكلمة ، كقوله : زنتن ، أو أنتم زناة ، فقولان . الجديد : أن لكل واحد حداً ، والقديم : لا يجب إلا حد واحد ، فعلى هذا ، إن حضر واحد وطلب الحد ، حد له ، وسقط حق الباقي .

ولو قال : يا ابن الزانين ، فهو قذف لأبوي الخطاب بكلمة ، ففيه القولان ، وإن قال لنسوته الأربع : زنتن ، فالحد على القولين ، فإن أراد اللعان ، فإن

قلنا : يتعدد الحد ، تعدد اللعان ، وإن قلنا : يتعد الحد ، ، ففي اللعان وجهان ، أصحابها : يتعدد ، لأن اللعان بين ، والأيمان المتعلقة بحقوق جماعة لا تتداخل . والثاني : يكفي لعان مجمعين ^(١) فيه ، بالامم أو بالإشارة إن اكتفينا بها ، وإذا قلنا بالتعدد ، فرضين بلعان واحد ، لم ينفع كما لو رضي المدعون يمين واحدة ، ثم يلاعن عنهن على الترتيب الذي يتفقن عليه ، فإن تنازعن في الابتداء ، أقرع بينهن ، فإن قدم الحاكم واحدة ، قال الشافعي رضي الله عنه : رجوت أن لا يأنم . ونقل القاضي أبو الطيب أن ذلك فيما إذا لم يقصد تفضيل بعضهن ويجنب الميل ، وإن قلنا بالاتحاد ، فذلك إذا توافقن على الطلب ، أو لم نشترط طلبهن ، أما إذا شرطناه وانفرد بعضهن بالطلب ، فلاعن ، ثم طلب الباقيات ، احتاج إلى اللعان ، وحصل التعدد . وإذا لاعن عنهن ، لزمهن الحد ، فمن لاعت ، سقط عنها الحد ، ومن امتنعت حدث ، وإذا امتنع من اللعان ، كفاه حد واحد على قولنا بالاتحاد ، وجميع ما ذكرناه هو فيمن قذف جماعة بكلمة ولم يقيد بزناً واحد . فإن قيد ، بأن قال لزوجته أو أجنبية : زنت بفلان ، فطريقان . أصحابها : طرد القولين في تعدد الحد واتحاده . والثاني : القطع بالاتحاد لأنه رماهما بفاحشة واحدة .

الضرب الثاني : أن يكونوا من الصنفين ، بأن قذف زوجته وأجنبية ، نظر إن كان بكلمتين ، فعليه حدان ، فإن لاعن عن زوجته ، سقط حدها ، وبقي حد الأجنبية . ولو قال لزوجته : يا زانية بنت الزانية ، أو زنت وزنت أمك ، فعليه حدان لهما ، فإن حضرتا معاً وطلبنا الحدين ، فثلاثة أوجه . أصحابها وهو المنصوص : يبدأ بمجد الأم ، لأن حقها أقوى ، فإنه لا يسقط باللعان . والثاني : يبدأ بالبنت لسبقها . والثالث : يقرع . ولو قال لأجنبية : يا زانية بنت الزانية ، قدمت البنت على الأصح . وقيل : يقرع . ولو قال لأم زوجته : يا زانية أم

(١) في الأصل : لجمعين .

الزانية ، قدمت الأم على الأصح . وقيل : يقرع . ولو قذف زوجته وأجنبية بكلمة ، كقوله : زنيتم ، أو أنتما زانيتان ، ولم يلاعن الزوجة ، ففي تعدد الحد واتحاده طريقان . أصحابها : فيه القولان السابقان . والثاني : القطع بالتعدد لاختلافهما في الحكم ، فإن حد الزوجة يسقط باللعان دون الآخر ، فإن قلنا بالاتحاد ، فجاءت الأجنبية مطالبة ، فحد لها ، سقط الحد وللعان في الزوجة ، إلا أن يكون ولد يريد نفيه . وإن لاعن للزوجة ، حد للأجنبية ، وإن عفت إحدهما ، حد الأخرى إذا طلبت بلا خلاف ، ذكره البغوي وغيره . وحكي وجه شاذ ، أن قوله : يازانية بنت الزانية ، كقوله : أنتما زانيتان ، ومتى وجد حدان لواحد أو جماعة وأقيم أحدهما ، أمهل إلى أن يبرأ جلده ، ثم يقام الثاني .

فصل

ادعت أن زوجها قذفها ، فله في الجواب أحوال .

أحدها : أن تسكت فيقيم عليه بينة ، فله أن يلاعن ويقول في لعانه : أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما أثبتت علي من رميي إياها بالزنا .

الحال الثاني : أن يقول في الجواب : لا يلزمني الحد ، فيقيم عليه بالبينة ، فله اللعان أيضاً .

الثالث : أن ينكر القذف ، فيقيم عليه بينة ، ثم يريد اللعان ، فإن أوّل إنكاره ، وقال : أردت أن ما رميتها به ليس بقذف باطل ، بل هو صدق ، أو أنشأ في الحال قذفاً آخر ، فله اللعان ، لأن من كرر القذف كفاه لعان واحد . وإن لم يذكر تأويلاً ولا أنشأ ، فله اللعان أيضاً على الصحيح ، وبه قال الأكثرون وهو ظاهر النص لاحتمال التأويل المذكور .

الرابع : أن يقول : ما قذفتك وما زنيتم ، فإذا قامت بينة ، حد ولا لعان ، لأنه شهد بعفتها ، فكيف يحقق زناها بلعانه؟! وليس له إقامة البينة على

زناها والحالة هذه ، لأنه يكذب الشهود بقوله : وما زينت . ولو أنشأ والحالة هذه قذفاً ، فعن القاضي حسين إطلاق القول بجواز اللعان . قال الإمام والغزالي : هذا محمول على ما إذا مضى بعد الدعوى والجواب زمن يمكن تقدير الزنا فيه ، وإلا فيؤاخذ بإقراره ببراءتها ، ولا يمكن من اللعان . وإذا لاعن ، ففي سقوط حد القذف الذي قامت به البينة وجهان ، ومقتضى كلام الغزالي في « الوجيز » : القطع بسقوطه .

فرع

لو امتنع الزوج من اللعان فعرض الحد ، أو استوفى منه بعض الجلدات ، ثم بدا له أن يلاعن ، مكّن ، وإذا لاعن ، سقط عنه ما بقي من الحد كما لو بدا له أن يقيم فيه البينة ، وكذا المرأة إذا امتنعت من اللعان ثم عادت إليه ، مكنت منه ، وسقط عنها ما بقي من الحد . ولو أقيم عليه الحد بتمامه ثم أراد اللعان ، فالمذهب أنه إن كان ولد منه ، لاعن لفيه ، وإلا فلا .

فصل

قال لزوجته : زينت وأنت صغيرة ، فقد أطلق الغزالي والبغوي ، أن عليه التعزير ، وله إسقاطه باللعان على الصحيح ، وفصل الجمهور ، فقالوا : يؤمر ببيان الصغر ، فإن ذكر سنّاً لا يحتمل الوطء كثلث سنين أو أربع ، فليس بقذف ويعزر للسب والإيذاء ، ولا لعان ، كما سبق أن مثل هذا لا لعان فيه . وإن ذكر سنّاً يحتمله ، كعشر سنين ، فهو قذف ، وعليه التعزير ، وله إسقاطه باللعان . ولو قال : زينت وأنت مجنونة ، أو مشركة ، أو أمة ، فإن عرفت لها هذه الأحوال ، أو ثبتت بينة أو إقرار ، فلا حد ، وعليه التعزير ، وله إسقاطه

باللعان ، وإن عرف (١) ولادتها على الإسلام والحرية وسلامة عقلها ، وجب الحد على الصحيح. وقيل : التعزير ، لأنها إذا لم يكن لها تلك الحالة ، كان قوله كذباً ومحالاً ، كقوله : زينت وأنت رتقاء ، وإن لم يعلن حالها واختلفا ، فأبها يصدق بيمينه ، قولان . أظهرهما : هي ، فإن نكلت ، حلف ، ووجب التعزير . والثاني : هو ، فإن نكل ، حلفت وحد ، ويجيء القولان فيما لو قال الزوج : أنت أمة في الحال ، فقالت : بل حرة ، ولا يجيئان (٢) فيما لو قال : أنت كافرة في الحال ، فقالت : بل مسلمة ، لأنها إذا قالت : أنا مسلمة حكم بإسلامها. ولو قالت : أردت بقولك لي : زينت وأنت صغيرة قدني في الحال ، ووصفي بالصغر في الحال ، ولم ترد القذف بزنا في الصغر ، أو قال : زينت وأنت مجنونة أو كافرة ، فأقرت بتلك الحال ، وقالت : أردت القذف في الحال ، فعن الشيخ أبي حامد ، أن القول قولها ، واستبعده ابن الصباغ وغيره . ولو أطلق النسبة إلى الزنا ، ثم قال : أردت في الصغر أو الجنون ، أو الكفر ، أو الرق ، لم يقبل منه على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، سواء عهد لها ذلك الحال أم لا . فإن قال : هي تعلم أنني أردت هذا ، حلفت على نفي العلم ، وحد لها . وقال السرخسي : إن عهد تلك الحال ، قبل وعزّر ، وإلا فقولان .

الطوف الرابع : في كيفية اللعان : وفيه فصول .

الأول : في كلمات اللعان وهي خمس : أت يقول الزوج أربع مرات : أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي (٣) من الزنا ، ويسمى ويرفع في نسبها بحيث تتميز إن كانت غائبة عن المجلس . وفي تعليق الشيخ أبي حامد ، أنه يرفع في نسبها بحيث تتميز عن سائر زوجاته إن كان في نكاحه غيرها ، فقد يشعر هذا بالاستغناء بقوله : فيما رميت به زوجتي عن الاسم والنسب ، إذا لم يكن

(٢) في الأصل : لا يجيئان .

(١) في الأصل : وأعرف .

(٣) في الأصل : بزواجتي .

تحتة غيرها . فإن كانت المرأة حاضرة عنده أشار إليها ، وهل يحتاج مع الإشارة إلى التسمية ؟ وجهان . أصحها : لا ، كسائر العقود والفسوخ . والثاني : نعم ، لأن اللعان مبني على الاحتياط والتغليظ ، وقد يقال في هذا التوجه : لا يكتفي في الحاضرة بالتسمية ، ورفع النسب حتى تضم إليها الإشارة ، ثم يقول في الخامسة : إن علي لعنة الله إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا ، ويعرفها في الغيبة والحضور كما في الكلمات الأربع ، وإن كان ولد ينفه ذكره في الكلمات الخمس ، فيقول : وإن الولد الذي ولدته ، أو هذا الولد من الزنا وليس هو مني . وإن قال : هو من زنا واقتصر عليه ، كفى على الأصح ، ولو اقتصر على قوله : ليس مني ، لم يكف على الصحيح لاحتمال إرادة عدم الشبه ، ولو أغفل ذكر الولد في بعض الكلمات ، احتاج إلى إعادة اللعان لنفيه ، ولا يحتاج المرأة إلى إعادة لعانها على لعانها على المذهب . وحكي السرخسي تخريج قول فيه .

وصفة لعان المرأة أن تقول أربع مرات : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا ، وتقول في الخامسة : علي غضب الله إن كان من الصادقين فيما رماني به ، والقول في تعريفه غائباً وحاضراً ، كما ذكرنا في جانبها ، ولا يحتاج هي إلى ذكر الولد ، لأن لعانها لا يؤثر فيه . ولو تعرضت له ، لم يضر ، وفيه جمع الجوامع ، للقاضي الروياني أن القفال حكى وجهاً ضعيفاً أنها تذكره ، فتقول : هذا الولد ولده ليستوي اللعنان .

فرع

لا يثبت شيء من أحكام اللعان إلا إذا تمت الكلمات الخمس ، ولو حكم حاكم بالفرقة بأكثر كلمات اللعان ، لم ينفذ حكمه ، لأن حكمه غير جائز بالاجماع ، فلا ينفذ كسائر الأحكام الباطلة .

فرع

لو قال بدل كلمة الشهادة : أحلف بالله ، أو أقسم ، أو أؤتي بالله إني لمن الصادقين ، أو قال : بالله إني لمن الصادقين من غير زيادة ، أو أبدل لفظ اللعن بالإبعاد ، أو لفظ الغضب بالسخط ، أو الغضب باللعن أو عكسه ، لم يصح على الأصح في جميع ذلك .
وقيل : لا يصح قطعاً في إبدال الغضب باللعن ، ولا في الاختصار على : بالله إني لمن الصادقين .
ويشترط تأخير لفظي اللعن والغضب عن الكلمات الأربع على الأصح ، ويشترط الموالاة بين الكلمات الخمس على الأصح ، فيؤثر الفصل الطويل .

فرع

يشترط في لعان الرجل والمرأة أن يأمر الحاكم به ، فيقول للدلعن : قل :
أشهد بالله إني لمن الصادقين ... إلى آخرها .

فرع

يشترط كون لعانها بعد لعان الرجل .

فرع

إن لم يكن للأخوس إشارة مفهومة ، ولا كتابة ، لم يصح قذفه ولا لعانه ، ولا سائر تصرفاته . وإن كان له إشارة مفهومة ، أو كتابة ، صح قذفه ولعانه ، كالبيع والنسكاح والطلاق وغيرها ، ثم المفهوم من كلام الأكثرين ، وفي « الشامل » وغيره ، التصريح به أنه يصح لعانه بالإشارة وحدها ، وبالكناية وحدها ، وذكر المتولي ، أنه إذا لعن بالإشارة ، أشار بكلمة الشهادة أربع مرات ، ثم بكلمة اللعن ، وإن لعن بالكتابة ، كتب كلمة الشهادة وكلمة اللعن ، ويشير إلى كلمة الشهادة أربع مرات ، ولا يكلف أن يكتب أربع مرات ، وهذا الطريق الآخر

جمع بين الإشارة والكتابة ، وهو جائز ، ولكن مقتضى التصحيح بالكتابة المجردة تكرير كتابة كلمة الشهادة . وأما قول الغزالي في « الوجيز » : عليه أن يكتب مع الإشارة أو يورد اللفظ عليه ناطق فيشير بالإجابة ، فلم يقله أحد من الأصحاب ، وإنما قال الإمام : لو قال به قائل ، لكان قريباً ، وحكاة في « البسيط » عن بعض الأصحاب ، ولا يعرف عن غيره . ولو لاعن الأخرس بالإشارة ، ثم عاد نطقه وقال : لم أرد اللعان بإشارتي ، قبل قوله فيما عليه ، فليحقه النسب والحد ، ولا يقبل فيما له ، فلا ترتفع الفرقة والتحريم المؤبد ، وله أن يلاعن في الحال لإسقاط الحد ، وله اللعان لنفي الولد إن لم يفت زمن النفي . ولو قال : لم أرد القذف أصلاً ، لم يقبل قوله ، ولو قذف ناطق ، ثم عجز عن الكلام لمرض أو غيره ، فإن لم يرج زوال ما به ، فهو كالأخرس ، وإذ رجي ، فثلاثة أوجه . أحدها : لا ينتظر ، بل يلاعن بالإشارة لحصول العجز ، وربما مات فليحقه نسب باطل . والثاني : ينتظر وإن طال مدته . وأصحها : ينتظر ثلاثة أيام فقط . ونقل الإمام أن الأئمة صحوه . وعلى هذا ، فالوجه أن يقال : إن كان يرجى زواله إلى ثلاثة أيام ينتظر ، وإلا فلا ينتظر أصلاً .

فرع

من لا يحسن العربية ، يلاعن بلسانه ، ويراعي ترجمة الشهادة واللعن والغضب ، فإن أحسن العربية ، فهل يتعين اللعان بها ، أم له أن يلاعن بأي لسان شاء ؟ فيه وجهان . أصحها : الثاني . وإذا لاعن بغير العربية ، فإن كان القاضي يحسن تلك اللغة ، فلا حاجة إلى مترجم ، ويستحب أن يحضره أربعة ممن يحسنها ، وإن لم يحسنها ، فلا بد من مترجمين ، وكفيان في جانب المرأة ، فإنها تلاعن لنفي الزنا لا لإثباته . وفي جانب الرجل طريقان . أصحها : القطع بالاكتفاء بثنين ، وبه قال أبو إسحاق وابن سامة . والثاني : على قولين بناءً على الإقرار بالزنا يثبت بشاهدين ، أم يشترط أربعة ؟ والأظهر ثبوته بشاهدين .

الفصل الثاني : في التغليظات .

فمنها : التغليظ بالزمان ، بأن يكون بعد صلاة العصر ، فإن لم يكن طلب أكيد ، فليؤخر إلى عصر يوم الجمعة ، ذكره القفال وغيره .
ومنها : التغليظ بالمكان ، بأن يلاعن في أشرف مواضع البلد ، فإن كان بمكة فيين الركن الأسود والمقام . وقد يقال : بين البيت والمقام ، وهما متقاربان ، وقال القفال : في الحجر .

وفي المدينة عند منبر رسول الله ﷺ ، وفي بيت المقدس عند الصخرة ، وفي سائر البلاد في الجامع عند المنبر . وقيل : لا يعتبر كونه عند المنبر ، ويلاعن بين أهل الذمة في الموضع الذي يعظّمونه ، وهو الكنيسة لليهود ، والبيعة للنصارى ، وهل يأتي الحاكم بيت النار في لعان المجوس ؟ وجهان . أصحابها : نعم . وقال القفال : لا ، بل يلاعن بينها في المسجد ، أو مجلس الحكم ، ولا يأتي بيت الأصنام في لعان الوثنيين ، لأنه لا أصل له في الحرمه ، واعتقادهم غير معتبر ، بخلاف المجوس ، بل يلاعن بينهم في مجلس الحكم .

وصورته أن يدخلوا دارنا بأمان أو هدنة ، وإذا كان الزوج مسلماً وهي ذمية ، لاعن هو في المسجد ، وهي في الموضع الذي تعظمه . فإن قالت : لا لعن في المسجد ، ورضي به الزوج ، جاز ، وكذا يجوز أن يتلاعن الذميان في المسجد إلا المسجد الحرام .

ومنها التغليظ بحضور جماعة من أعيان البلد وصلحائه ، فإن ذلك أعظم ، وأقلهم أربعة . ومنها التغليظ باللفظ ، وسيأتي بيانه في الدعوى والبيانات ، إن شاء الله تعالى . ثم في وجوب التغليظ في هذه الأمور واستجابته ، طرق ، والمذهب الاستحباب في الجميع .

فرع

من لا ينتحل ديناً ، كالدهوي ، والزنديق ، هل يغلظ عليه بهذه الأمور ؟ وجهان .

أصحبها : لا ، وبه قال الأكثرون ، وهو المنصوص ، وبلاعن في مجلس الحكم ،
لأنه لا يعظم بقعة ولا زماناً ، فلا ينزجر . ويستحسن أن يقال له في التحليف :
قل بالله الذي خلقك ورزقك ، لأنه وإن غلا في كفره ، فيجد نفسه مدعنة
لخالق ومدبّر .

فرع

الحائض تلاعن بباب المسجد ، ويخرج الحاكم إليها أو يبعث نائباً .
والمشرك والمشركة يكتنان من اللعان في المسجد مع الحيض والجنابة على الأصح .

فرع

اللعان يحتاج فيه إلى حضور الحاكم ، فلو حكم الزوجان فيه رجلاً ، فإن
قلنا : لا يجوز التحكيم في المال ، لم يجز في اللعان ، وإلا فوجهان . وقطع المتولي
بأنه لا يصح التحكيم إذا كان هناك ولد ، إلا أن يكون بالغاً ويرضى بحكمه .
قال : ولو قذف العبد زوجته ، وطلبت الحد ، ففي تولى السيد اللعان خلاف
بناءً على إقامته الحد على عبده وسماع البينة إن جوزناها تولى اللعان ، وزوج
الأمة إذا قذفها ولاعن ، هل يتولى سيدها لعانها ؟ فيه هذا الخلاف .

الفصل الثالث : في السنن . منها : أن يخوفها ^(١) القاضي بالله تعالى ، ويعظها
ويقول : عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا ، ويقرأ عليها : (إن الذين
يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً ...) الآية . ويقول : قال رسول الله ﷺ للمتلاعنين :
« حسابكما على الله ، أحكما كاذب ، فهل منكما من تائب ؟ » .

وإذا فرغ من الكلمات الأربع ، بالغ في تخويفه وتحذيره ، وأمر رجلاً أن
يضع يده على فيه لعنه ينزجر ، وتضع امرأة يدها على فم المرأة إذا بلغت كلمة
الغضب ، فإن أبيأ إلا المضي ، لقنها الحامسة .

(١) في الأصل : يخوفها ويعظها .

ومنها : أن يتلاعنا من قيام ، ومنها : إذا كان بالمدينة ، فقد ذكرنا أنه يلاعن عند منبر رسول الله ﷺ ، هذا لفظ الشافعي في « المختصر » ، وقال في موضع : يلاعن على المنبر ، وللاصحاب في صعود الملاعن المنبر أوجه . أصحابها : يصعد ، والثاني : لا ، والثالث : إن كثرت القوم ، صعد ليروه ، وإلا فعنده . وطرد المتولي الخلاف في صعود المنبر في غير المدينة .

الطرف الخامس : في أحكام اللعان . قد سبق أكثرها في ضمن ما تقدم . واعلم أن الزوج لا يجبر على اللعان بعد القذف ، بل له الامتناع ، وعليه حد القذف كالأجنبي ، وكذا المرأة لا تجبر على اللعان بعد لعانها ، ويتعلق بلعان الزوج خمسة أحكام . أحدها : حصول الفرقة ظاهراً وباطناً ، سواء صدقت أم صدق . وقيل : إن صدقت لم تحصل باطناً ، والصحيح الأول ، وهي فرقه فسخ . الثاني : تأبد التحريم . الثالث : سقوط حد القذف عنه . الرابع : وجوب الزنا عليها . الخامس : انتفاء النسب إذا نكاه باللعان .

قلت : وقد سبقت أحكام آخر في أول الباب والله اعلم

ثم هذه الأحكام تتعلق بمجرد لعان الزوج ، ولا يتوقف شيء منها على لعانها ، ولا قضاء القاضي ، ولا يتعلق من هذه الأحكام بإقامة البينة على زناها إلا دفع حد القذف عنه ، وثبوت حد الزنا عليها ، ولا يتعلق بلعان المرأة إلا سقوط حد الزنا عنها . ولو أقام بينة بزناها ، لم تلاعن لدفع الحد ، لأن اللعان حجة ضعيفة ، فلا تقاوم البينة .

فصل

في نفي الولد

فيه مسائل .

إحداها : إنما نحتاج إلى نفي الولد إذا لحقه ، وذلك عند الإمكان ، فإن لم

يمكن كونه منه ، انتفى بلا لعان ، ولعدم الإمكان صور . منها : أن تلد ستة أشهر أو أقل من وقت العقد . ومنها : أن تطول المسافة كالمشرقي مع المغربية ، وقد سبق بيانه مع صور أخرى ، ووراءها صورتان .

إحدهما : أول زمان إمكان إحبال الصبي ، هل هو نصف السنة التاسعة ، أم كلها ، أم نصف العاشرة ، أم كلها ؟ فيه أربعة أوجه . أصحابها : الثاني . فإذا ولدت زوجته ستة أشهر وساعة تسع الوطء بعد زمن الإمكان ، لحقه الولد ، وإلا فينتفي بلا لعان ، وإذا حكمنا بنبوت النسب بالإمكان ، لم نحكم بالبلوغ بذلك ، لأن النسب ثبت بالاحتمال ، بخلاف البلوغ ، لكن لو قال : أنا بالغ بالاحتمال ، فله اللعان . ولو قال : أنا صبي ، لم يصح . فإن قال بعد ذلك : أنا بالغ ، قبل قوله ، ويمكن من اللعان . وفي وجه : لا يقبل قوله : أنا بالغ بعد قوله : أنا صبي ، للتهمة .

الصورة الثانية: من لم يسلم ذكره وأنثياه ، له أحوال . أحدها : أن يكون ممسوحاً فاقد الذكر والأنثيين ، فينتفي عنه الولد بلا لعان ، لأنه لا ينزل ، وفي قول : يلحقه وحكي هذا عن الاصطخري ، والقاضي حسين ، والصيدلاني . والصحيح المشهور الأول . الثاني : أن يكون باقي الأنثيين دون الذكر ، فيلحقه قطعاً . الثالث : عكسه ، فيلحقه أيضاً على الأصح . وقيل : لا ، وقيل : إن قال أهل الخبرة : لا يولد له ، لم يلحقه ، وإلا فيلحقه . ومتى بقي قدر الحشفة من الذكر ، فهو كالذكر السليم .

المسألة الثانية : ذكرنا فيما لو أبان زوجته ثم قذفها وهناك حمل وأراد اللعان لنفيه ، أنه يجوز على الأظهر ، وأنه قيل : لا يجوز قطعاً . فلو لاعن لنفي الحمل في صلب النكاح ، جاز على المذهب . وقيل : على القولين ، ولو استلحق الحمل ، لحقه ولم يكن له نفيه بعد ذلك .

الثالثة : ولدت زوجته توأمين ، فنفى أحدهما ، أو نفاهما ، ثم استلحق أحدهما ،
لحقه الولدان .

ولو أتت بولد ، فنفاه بعد الولادة باللعان ، ثم ولدت آخر ، فقد يكون بينها
دون ستة أشهر ، وقد يكون ستة فأكثر . فإن كان دونها ، فيها حمل واحد ،
فإن نفى الثاني بلعان آخر ، انتفى أيضاً ، والأصح أنه لا يحتاج في اللعان الثاني
إلى ذكر الولد الأول ، وأن المرأة لا تحتاج إلى إعادة لعانها ، وإن لم تنف الثاني ،
بل استلحقه أو سكت عن نفيه مع إمكانه ، لحقاه جميعاً . فإن استلحقه ، لزمه لها
حد القذف ، كما لو كذب نفسه . وإن سكت فلحقه ، لم يلزمه الحد ، لأنه لم
يناقض قوله الأول ، واللعن حكم الشرع . ولو قذفها ثم لاعن في البيونة ، وأتت
بولد آخر قبل ستة أشهر ، فسواء استلحق الثاني صريحاً أو سكت عن نفيه فلحقاه ،
لزمه الحد . والفرق أن اللعان بعد البيونة لا يكون إلا لنفي النسب . فإذا لحق
النسب ، لم يبق للعان حكم فحد . وفي صلب النكاح له أحكام . فإذا لحق
النسب ، لا يرتفع فلم يحد . فأما إذا كان بينها ستة أشهر فصاعداً ، فالثاني حمل
آخر . فإن نفاه باللعان ، انتفى أيضاً . وإن استلحقه ، أو سكت عن نفيه ،
لحقه ، ولا يمنع من ذلك كونها بانث باللعان ، لاحتمال أنه وطئها بعد وضع الأول
فعلقت قبل اللعان ، فتكون حاملاً حال البيونة ، فتصير كالملطقة (١) ثلاثاً . إذا
ولدت لدون أربع سنين من وقت الطلاق ، ثبت نسبه للمطلق ، لاحتمال كونها
حاملاً وقت الطلاق ، ولا يلزم من حقوق الثاني لحقوق الأول ، لأنها حملات ،
فلا يلحقه الأول ، وهذا الذي ذكرناه من حقوق الثاني إذا لم ينفيه ، هو
الصواب ، وبه قطع الأصحاب . وقال في « المذهب » : ينفي الثاني بلا لعان

(١) في الأصل : المعلقة .

لحدوثه بعد الفراش ، وهذا ليس وجهاً ، بل الظاهر أنه سهو وتوجيه ممنوع .
وجميع ما ذكرناه إذا لاعن عن الولد المنفصل ثم أتت بآخر ، فلو لاعن عن
حمل في نكاح أو بعد البيونة إذا جوزناه ، فولدت ولداً ، ثم ولدت آخر ، فإن
لم يكن بينها ستة أشهر ، فالثاني منفي أيضاً ، لأنه لاعن عن الحمل ، والحمل
امم لجميع ما في البطن . وإن كان بينها ستة أشهر فصاعداً ، فالأول منفي باللعان ،
وينتهي الثاني بلا لعان ، لأن النكاح ارتفع باللعان ، وانقضت العدة بوضع الأول ،
وتحققنا براءة الرحم قطعاً . قال الشيخ أبو حامد : وكذا الحكم لو طلقها أو
مات عنها فانقضت عدتها بوضع الحمل ، ثم ولدت لستة أشهر من وقت الوضع ،
لا يلحقه الولد الثاني . قال ابن الصباغ : ولا ينظر إلى احتمال حدوثه من وطئه
بشبهة ، لأن ذلك لا يكفي للحوق ، لأنه بعد البيونة كسائر الأجانب ، فلا بد
من اعترافه بوطئه الشبهة وادعائه الولد . وعن القفال ، أنه إذا لم يلاعن لنفي الولد
الثاني يلحقه كما قلنا في الولد المنفصل . قال الروياني : هذا غلط لم يذكره غيره .

المسألة الرابعة : كما يجوز نفي الولد في حياته يجوز بعد موته ، سواء
خلف الولد ولداً ، بأن كان الزوج غائباً فكبر المولود وتزوج وولد له أو لم يخلفه .
ولو مات أحد التوأمين قبل اللعان ، فله أن يلاعن وينفي الحي والميت جميعاً .
ولو نفى ولداً باللعان ، ثم مات الولد فاستلحقه بعد موته ، لحقه وورث ماله
وديته إن قتل ، سواء خلف ولداً أم لا احتياطاً للنسب .

ولو نفاه بعد الموت ثم استلحقه ، لحقه على الأصح احتياطاً للنسب ، وثبت
الإرث ، فإن قسمت تركته ، نقصت القسمة .

الخامسة : إذا أتت زوجته بولد ، فأقر بنسبه ، لم يكن له نفيه بعد ذلك ،
وإن لم يقر بنسبه وأراد نفيه ، فهل يكون نفيه على الفور ، أم يتأدى ثلاثة
أيام ، أم أبداً ، ولا يسقط إلا بإلاسقاط ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها : الأول
وهو الجديد ، وقال الشافعي رحمه الله في بعض كتبه : له نفيه بعد يوم أو يومين

فعن ابن سامة ، أن التقدير بيومين قول آخر ، ولم يجعله سائر الأصحاب قولاً آخر ، بل قالوا : المراد : أو ثلاثاً ، فإن قلنا بالفور فأخر بلا عذر ، لحقه وسقط حقه من النفي ، وإن كان معذوراً بأن لم يجد القاضي لغية ، أو تعذر الوصول إليه ، أو بلغه الخبر في الليل فأخر حتى يصبح ، أو حضرته الصلاة فقدّمها ، أو كان جائعاً ، أو عارياً فاكل أو لبس أولاً ، أو كان مجبوساً ، أو مريضاً ، أو مريضاً ، لم يبطل حقه ، لكن إن أمكنه الإشهاد فلم يشهد أنه على النفي ، بطل حقه ، وذكر ابن الصباغ وغيره ، أن المريض إذا قدر أن يبعث إلى الحاكم ليرسل إليه نائباً يلاعن عنده فلم يفعل ، بطل حقه ، وإن لم يقدر ، فيشهد حينئذ ، وليطرد هذا في المجبوس ومن يطول عذره . قال الشيخ أبو حامد وجماعة : المريض والمريض ومن يلزمه غريمه لحوف ضياع ماله ، يبعث إلى الحاكم ويعلمه أنه على النفي ، فإن لم يقدر ، أشهد ، ويمكن أن يجمع بينها فيقال : يبعث إلى القاضي ، ويطلعه على ما هو عليه ليعت إليه نائباً ، أو ليكون عالماً بالحال إن أخر بعث النائب ، وأما الغائب ، فإن كان في موضعه قاض ، ونفى الولد عنده ، فكذلك ، وإن أراد تأخيره حتى يرجع ، ففي « أمالي السرخسي » المنع منه . وفي « التهذيب » و « التتمة » جوازه . فعلى هذا ، إن لم يمكنه السير في الحال لحوف الطريق أو غيره فليشهد . وإن أمكنه ، فليسر وليشهد ، فإن أخر السير ، بطل حقه أشهد أم لا ، وإن أخذ في السير ولم يشهد ، بطل حقه أيضاً على الأصح . وإن لم يكن هناك قاض ، فالحكم كما لو كان وأراد التأخير إلى بلده وجوزناه .

فرع

إذا قلنا : النفي على الفور ، فله تأخير نفي الحمل إلى الوضع لاحتمال كونه رجباً ، فإن أخر ووضعت وقال : أخرت لأتحقق الحمل ، فله النفي ، وإن قال : علمته ولداً ولكن رجوت أن يموت ، فأكفى اللعان ، بطل حقه على الأصح المنصوص في « المختصر » لتفريطه مع علمه .

فرع

آخر النفي وقال : لم أعلم الولادة ، فإن كان غائباً ، صدق يمينه . قال في « الشامل » : إلا أن يستفيض وينتشر ، وإن كان حاضراً ، صدق في المدة التي يحتمل جهله به ، ولا يقبل في التي يحتمل ، ويختلف ذلك بكونها في محلة أو محلتين ، أو دار أو دارين ، أو بيت أو بيتين .

ولو قال : أخبرت بالولادة ولم أصدق الخبر ، نظر ، إن أخبره صبي أو فاسق ، صدق يمينه ، وإن أخبره عدلان ، فلا . وكذا إن أخبره عدل أو امرأة أو رقيق على الأصح ، لأن روايته مقبولة ، ولو قال : علمت الولادة ، ولم أعلم أن لي النفي ، فإن كان فقيهاً ، لم يقبل قوله ، وإن كان حديث عهد بالإسلام ، أو نشأ في بادية بعيدة ، قبل ، وإن كان من العوام الناشئين في بلاد الإسلام ، فوجهان كتنظيره في خيار المعتقة .

فرع

إذا هنيء بالولد ، فقبل له : متعك الله بولدك ، أو جعله له ولدًا صالحًا ونحوه ، فأجاب بما يتضمن الإقرار والاستلحاق ، كقوله : آمين ، أو نعم ، أو استجاب الله منك ، فليس له النفي بعده ، وإن أجاب بما لا يتضمن الإقرار ، كقوله : جزاك الله خيراً ، أو بارك الله عليك ، أو أسمعك خيراً أو زودك مثله ، لم يبطل حقه من النفي .

فصل

في مسائل مشنورة من اللعان

إحداها : قال الزوج : قدفتك بعد النكاح ، فلي اللعان ، فقالت : قبله ، فلا لعان ، فهو المصدق يمينه ، ولو اختلفا بعد حصول الفقرة ، فقال : قدفتك في زمن

النكاح ، وقالت : بعده ، فهو المصدق أيضاً ، ولو قال : قذفتك وأنت زوجتي ، فقالت : ما تزوجتك [قط] فهي المصدقة يمينها .

الثانية : قال لزوجته أو أجنبية : قذفتك وأنت أمة أو مشركة أو مجنونة فقالت : بل وأنا حرة مسلمة عاقلة . فإن علم لها حال رق أو كفر أو جنون ، صدق يمينه ، وليس عليه إلا التعزير . وإن لم يعلم ذلك ، فأيهما يصدق ؟ قولان . أظهرهما : المرأة . ولو قال : وأنت صغيرة ، فهو المصدق يمينه . ولو قال لمن قذفه من زوجته أو أجنبي : قذفتك وأنا مجنون ، فهل يصدق القاذف يمينه ، أم المَقذوف ، أم يفرق ؟ فإن عهد له جنون ، صدق القاذف ، وإلا ، فالمَقذوف فيه ثلاثة أقوال . أظهرها : الفرق . ولو قال : قذفتك وأنا صبي ، فهو كالمجنون المعهود ، ولو قال : جرى القذف على لساني وأنا نائم ، لم يقبل لبعده . ولو أقام القاذف بينة أن القذف كان في الصغر أو الجنون ، وأقام المَقذوف بينة أنه كان في حال الكمال ، فإن كانت البينتان ^(١) مطلقتين ، أو مختلفي التاريخ ، أو إحداهما مطلقة ، والأخرى مؤرخة ، فهما قذفان ، وعليه الحد لما وقع في حالة الكمال . وإن اتحد تاريخهما ، تعارضتا . وفي التعارض أقوال معروفة . قال الإمام : ولا يجيء هنا القسم ولا الوقف ، وحكي عن القاضي حسين قول القرة ، واستبعده وقال : الوجه القطع بالتهاتر ، فيكون كما لو لم تكن بينة ، وبهذا قطع البخوي . وحيث صدقنا القاذف يمينه ، فلو نكل وحلف المَقذوف ، وجب الحد على القاذف ، ويجوز اللعان في الزوجة .

الثالثة : إذا صدقته في القذف ، واعترفت بالزنا بعد لعان الزوج ، تأكد لعانه ، فإن كانت لاعت ، فعليها حد الزنا لاعتوافها ، إلا أن يرجع عن الإقرار ، وإن صدقته قبل لعانه ، أو في أثناءه ، سقط عنه الحد ، ووجب عليها حد الزنا ،

(١) في الأصل : البينتين .

والصحيح أنه لا يلاعن بعد ذلك ، ولا يتم اللعان إن صدقته في أثنائه إلا أن يكون ولد فينفيه .

الرابعة : إذا مات أحد الزوجين قبل أن يتم لعان الزوج ، ورثه الآخر ، ثم إن كان الميت الزوج ، استقر نسب الولد ، وليس للوارث نفية ، وإن مات هي ، جاز له إتمام اللعان إن كان هناك ولد ، فإن لم يكن ، نظر ، إن لم يكن لها وارث غير الزوج ، بأن كان ابن عمها أو معتقها ، ورث الحد وسقط ، وكذا لو لم يرثها إلا الزوج وأولاده منها ، لأن الولد لا يجوز أن يستوفي حد القذف من أبيه ، وإذا سقط الحد ولم يكن هناك ولد ، فقد سبق أنه لا يجوز اللعان لساير الأغراض ، فهو كان يرثها غير الزوج وأولاده ، فما ورثه الزوج وأولاده يسقط ، ويجيء الخلاف فيما إذا سقط بعض الحد بعفو بعض الورثة ، إن قلنا : يسقط الجميع ، فكذلك يسقط الكل هنا ، ويمتنع اللعان . وإن قلنا : للباقيين المطالبة بجميع الحد أو بقطعتهم وطلبوا ، فله اللعان للدفع ، وفي جواز اللعان قبل المطالبة الخلاف السابق .

الخامسة : عبد قذف زوجته ، ثم عتق وطالبته ، فله اللعان . فإن نكل حد حد العبيد ، لأنه وجب في الرق ، وكذا لو زنا في الرق ثم عتق ، حد حد العبيد . ولو قذف الذمي أو زنا ، ثم نقض العهد فسبي واسترق ، حد حد الأحرار ، ولو كانت الزوجة أمة فنكل عن اللعان ، فعليه التعزير . وإن لاعن حدث حد الإمام وإن عتقت بعد القذف .

وإن قذف مسلم زوجته الذمية أو الصغيرة أو المجنونة ، ثم طلبت الذمية ، أو طلبتا بعد البلوغ والإفاقة ، فإن نكل ، فعليه التعزير ، وإن لاعن ونكلت الذمية ، فعليها حد الزنا ، وإن نكل الأخريان ، فلا شيء عليهما .

السادسة : في « التتمة » أن الملاعن لو قبل من نفاه ، وقلنا : يلزمه القصاص فاستلحقه ، حكم بثبوت النسب وسقوط القصاص .

وأن الذمي لو نفى ولداً ثم أسلم ، لم يتبعه المنفي في الإسلام . ولو مات وقسم ميراثه بين أقاربه الكفار ، ثم استلحقه الذمي الذي أسلم ، ثبت نسبه وإسلامه ، واسترد المال وصرف إليه ، وإن المنفي باللعان إذا كان قد ولد على فراش صحيح ، لو استلحقه غيره ، لم يصح ، كما لو استلحقه قبل أن ينفيه صاحب الفراش ، لأنه وإن نفاه ، فحق الاستلحاق باق له ، فلا يجوز تفويته ، ولو كان يلحقه نسبه بشبهة أو نكاح فاسد ، فنفاه فاستلحقه غيره ، لحقه ، لأنه لو نازعه فيه قبل النفي ، سمعت دعواه .

السابعة : فيما جمع من فتاوى القفال وغيره ، أن سقوط حد القذف عن القاذف وعدم حد الزنا على المقدوف لا يجتمعان إلا في مسألتين .
إحدهما : إذا أقام القاذف بينة على زنا المقدوفة ، وأقامت بينة على أنها عذراء .

الثانية : إذا أقام شاهدين على إقرار المقدوف بالزنا ، وقلنا الإقرار : بالزنا لا يثبت بشاهدين ، فإنه يسقط حد القذف على الأصح . ومراده ما سوى صورة التلاعن ، فإن الزوجين إذا تلاعنا ، اندفع الحدان . وهنا صورة رابعة يسقط فيها الحدان ، وهي إذا أقام القاذف بينة بإقرار المقدوف بالزنا ، ثم رجع المقدوف عن الإقرار ، سقط عنه حد الزنا ، ولا يقبل رجوعه في حق القاذف ، فلا يلزمه حد القذف .

قلت : مراد القفال : لا يسقط حد القذف مع أنه لا يحكم بوجود حد الزنا [ولا يقبل رجوعه] ^(١) إلا في المسألتين الأوليين ، فلا يرد عليه الأخريان ، لأنه وجب فيها حد الزنا ، ثم سقط بلعانها أو بالرجوع . ولهذا قال : وعدم حد الزنا عن المقدوف ، ولم يقل : وسقوط حد الزنا ، كما قال : سقوط حد القذف . فالحاصل أنه لا يسقط حد القذف ويمتنع وجوب حد الزنا ، إلا في المسألتين الأوليين ، ولا يسقط حد القذف وحد الزنا إلا في أربع مسائل . والمواد : السقوط بحكم الشرع ، لا بعفو ونحوه . والله أعلم

(١) هذه الجملة ليست في نسخ الظاهرية .

كتاب العدد

فيه أبواب .

الاول : في عدة الطلاق وسائر أنواع الفرقة الواقعة في الحياة .

والثاني : في تداخل العدتين وعدمه .

والثالث : في عدة الوفاة .

والرابع : في السكنى .

والخامس : في الاستبراء .

الاول : في عدة الطلاق وما في معناه من اللعان ، وسائر الفسوخ ، ووطء

الشبهة ، وإنما تجب هذه العدة إذا فارقها بعد الدخول ، فإن فارق قبله ، فلا عدة .

واستدخال المرأة مني الرجل ، يقام مقام الوطء في وجوب العدة ، وثبوت النسب ،

وكذا استدخال ماء من تظنه زوجها يقوم مقام وطء الشبهة ، ولا اعتبار

بقول الأطباء أن المني إذ ضربه الهواء ، لم ينعقد منه الولد ، لأنه قول بالظن ،

لا ينافي الإمكان . وفي « التتمة » وجه أن استدخال المني لا يوجب عدة ،

لعدم صورة الوطء ، وهو شاذ ضعيف ، ولا تقام الخلوة مقام الوطء على الجديد ،

كما سبق في « كتاب الصداق » ولو وطئ الحصى زوجته ثم طلق ، وجبت العدة

والحصى : من قطعت أنثياه وبقي ذكره . وأما من قطع ذكره وبقي أنثياه ،

فلا عدة على زوجته بالطلاق إن كانت حائلاً ، فإن ظهر بها حمل ، فقد ذكرنا في

اللعان ، أنه يلحقه الولد فعليها العدة بوضع الحمل . وأما المسوح الذي لم يبق

له شيء أصلاً ، فلا يتصور منه دخول . ولو ولدت زوجته ، لم يلحقه على المذهب ، ولا تجب عدة الطلاق ووطء الصبي ، وإن كان في سن لا يولد له ، يوجب عدة الطلاق ، لأن الوطء شاغل في الجملة . ولذلك (١) لو علق الطلاق على براءة الرحم يقيناً وحصلت الصفة ، طلقت ووجبت العدة إذا كانت مدخولاً بها .

فصل

عدة الطلاق ونحوه ، ثلاثة أنواع : الإقراء ، والأشهر ، والحمل ، ولا مدخل للأقراء في عدة الوفاة ، ويدخل النوعان الأخريان .

النوع الاول : الأقراء ، وواحداه قرء بفتح القاف ، ويقال بضمها ، وزعم بعضهم ، أنه بالفتح الطهر ، وبالضم الحيض . والصحيح أنها يقعان على الحيض والطهر لغة ، ثم فيه وجهان للأصحاب . أحدهما : أنه حقيقة في الطهر ، مجاز في الحيض . وأصحها : أنه حقيقة فيها ، هذا أصله في اللغة ، والمراد بالأقراء في العدة : الأطهار . وفي المراد بالطهر هنا ، قولان . أحدهما : الانتقال إلى الحيض دون عكسه . وأظهرهما : أنه الطهر المحتوش بدمين ، لا مجرد الانتقال إلى الحيض ، بمن نص على ترجيح هذا القول ، البغوي والرويان وغيرهما ، وفيه مخالفة لما سبق في الطلاق ، أن الأكثرين أوقعوا الطلاق في الحال وإذا قال للتي لم تحض : أنت طالق في كل قرء ، ويجوز أن يجعل ترجيحهم لوقوع الطلاق لمعنى يختص بتلك الصورة ، لا لرجحان القول ، بأن الطهر الانتقال ، ثم إذا طلقها وقد بقي من الطهر بقية ، حسبت تلك البقية قرءاً ، سواء كان جامعها في تلك البقية أم لا ، فإذا طلقها وهي طاهر فحاضت ، ثم طهرت ، ثم حاضت ، ثم طهرت ، ثم شرعت في الحيض ، انقضت عدتها ، وإن طلقها في الحيض ، فإذا شرعت في الحيضة الرابعة ، انقضت عدتها . وهل تنقضي العدة برؤية الدم للحيضة الثالثة أو

(١) في الأصل : وكذلك .

الرابعة ، أم يعتبر مضي يوم وليلة بعد رؤية الدم ليعلم أنه حيض ؟ فيه قولان .
أظهرهما : الأول ، لأن الظاهر أنه دم حيض ، ولثلاثين العدة على ثلاثة أقراء .
وقيل : إن رأت الدم لعادتها ، انقضت برويته ، وإن رآته على خلافها ، اعتبر
يوم وليلة . وإذا حكمنا بانقضاءها بالرؤية ، فانقطع الدم لدون يوم وليلة ، ولم يعد
حتى مضت خمسة عشر يوماً ، تبين أن العدة لم تنقض ثم لحظة رؤية الدم أو اليوم
والليلة ، إذا اعتبرناها ، هل هما من نفس العدة ، أم يتبين بها انقضاؤها وليس
منها ؟ وجهان . أصحها : الثاني .

قلت : قال أصحابنا : إن جعلناه من العدة ، صحت فيه الرجعة ، ولا يصح
نكاحها لأجنبي فيه ، وإلا فينعكس . وقد سبق هذا ، ولكن لا يليق إخلاء هذا
الموضع منه . والله أعلم

فرع

قال : أنت طالق في آخر طهرك ، أو في آخر جزء من أجزاء طهرك . فإن
قلنا : القرء الانتقال ، اعتمد بذلك الجزء ، وإلا فلا .
ولو طلق من لم تحض أصلاً ، إن قلنا : الطهر الانتقال ، حسب طهرها ،
قرءاً ، وإلا فلا .

واعلم أن قولهم : القرء هو الطهر المحتوش ، أو الانتقال ، ليس مرادهم
الطهر بتمامه ، لأنه لا خلاف أن بقية الطهر تحسب قرءاً ، وإنما مرادهم أنه هل
يعتبر من الطهر المحتوش شيء ، أم يكفي الانتقال ؟ والمكتفون بالانتقال قالوا :
الانتقال وحده قرء ، فإن وجد قبله شيء من الطهر ، أدخلوه في اسم القرء .
ولهذا قالوا : لو قال لتي لم تحض : أنت طالق في كل قرء طلاقة ، طلقت في
الحال تقريباً على هذا القول ، ولم يؤخروا الوقوع إلى الحيض للانتقال .

فصل

الحرّة التي تحيض ، عدة طلاقها ثلاثة أقراء ، والأمة قرآن ، والمكاتبه ، والمدبرة ، وأم الولد ، ومن بعضها رقيق ، كالقنة في العدة . ولو وطئت أمة بِنكاح فاسد ، أو بشبهة نكاح ، اعتدت بقروء كتطبيقها ، وإن وطئت بشبهة ملك اليمين ، استبرأت بقروء واحد .

فرع

لو عتقت الأمة المطلقة في العدة ، فهل تم عدة حرة ، أم أمة ، أم يفرق ، فإن كانت بائنة ، فعدة الأمة ، وإلا فعدة حرة ؟ فيه أقوال . أظهرها : الثالث ، وهو الجديد . ولو طلق العبد الأمة رجعيّاً فعتقت في العدة ، ثم فسخت في الحال ، فهل تبني أم تستأنف العدة ؟ فيه خلاف كما لو طلق الرجعية طلقة أخرى ، وعن أبي إسحاق وغيره القطع بالبناء . ولو أخرت الفسخ حتى راجعها ثم فسخت قبل الوطء ، ففيه الطريقتان . والمذهب الاستئناف ، لأنها فسخت وهي زوجة ، والفسخ يوجب العدة . وحيث قلنا : تستأنف ، فتستأنف عدة حرة . وحيث قلنا : تبني ، فهل تبني على عدة حرة ، أم أمة ؟ فيه الخلاف فيما إذا عتقت المعتدة بلافسخ .

فرع

وطء أمة أجنبي يظنها أمته ، لم يلزمها إلا قروء . ولو ظنها زوجته المملوكة ، فهل يلزمها قروء أم قرآن اعتباراً باعتقاده ؟ وجهان . أصحابها : قرآن ، وإن ظنها زوجته الحرّة ، فهل يلزمها قروء أم قرآن أم ثلاثة ؟ فيه أوجه . أصحابها : الثالث . ولو وطء حرّة يظنها أمته ، فقطع جماعة بثلاثة أقراء ، لأن الظن يؤثر في الاحتياط دون المساهلة ، وأجرى المتولي الوجهين ، إن اعتبرنا حالها ، فثلاثة أقراء ، أو ظنه فقراً . ولو ظنها زوجته المملوكة ،

فطرد فيه الوجهين ، هل يجب قرآن لظنه ، أم ثلاثة ؟ والأشبه النظر إلى ظنه لأن العدة لحقه .

فصل

المعتدات أصناف .

الاول : من لها حيض وطهر صحيحان ، فتعتد بالأقواء وإن تباعد حيضها وطال طهرها .

الصنف الثاني : المستحاضة ، فإن كانت لها مردة ، اعتدت بالأقواء المردود إليها من تمييز أو عادة ، أو الأقل ، أو الغالب إن كانت مبتدأة كما سبق في الحيض ، والأظهر : رد المبتدأة إلى الأقل . وعلى القولين : إذا مضت ثلاثة أشهر ، انقضت عدتها ، لاشتغال كل شهر على حيض وطهر غالباً ، وشهرها ثلاثون يوماً ، والحساب من أول رؤية الدم ، هكذا أطلق ، ويمكن أن يعتبر بالأهلة ، كما سذكره إن شاء الله تعالى في الناسية ، وقد أشار إليه مشيرون ، فإن لم يكن لها مردة وهي المتحيرة ، فقد سبق في كتاب الحيض ، أنها على قول

إلى مرد المبتدأة ، وأن المذهب أن عليها الاحتياط . فإن قلنا : كالمبتدأة انقضت عدتها بثلاثة أشهر ، وإن قلنا بالاحتياط ، فالأصح أنها كالمبتدأة أيضاً لعظم المشقة في الانتظار . والثاني : يلزمها الاحتياط كمن تباعد حيضها ، فتؤمر بالتربص إلى سن اليأس ، أو أربع سنين ، أو تسعة أشهر ، على الخلاف الآتي ، ولا نقول : تمتد الرجعة وحق السكنى جميع هذه المدة ، لأن الزوج يتضرر به ، بل لا يزيد ذلك على ثلاثة أشهر ، ويختص الاحتياط بما يتعلق بها ، وهو تحريم النكاح . وإذا قلنا : تنقضي عدتها بثلاثة أشهر في الحال ، فالاعتبار بالأهلة ، فإن انطبق الطلاق على أول الهلال ، فذاك ، وإن وقع في أثناء الشهر الهلالي ، فإن كان الباقي أكثر من خمسة عشر يوماً ، حسب قرءاً ، وتعتد بعده بهالين . وإن كان خمسة عشر فما دونها ، فهل يحسب قرءاً ؟ وجهان . أصحها : لا . وعلى هذا ، فقد ذكر أكثرهم أن ذلك الباقي لا اعتبار به ، وأنها تدخل

في العدة لاستقبال الهلال . والمفهوم مما قالوا تصريحاً وتلويحاً أن الأشهر ليست متأصلة في حق النامية ، ولكن يحسب كل شهر قوياً لاشتاله على حيض وطهر غالباً . وأشار بعضهم إلى أن الأشهر أصل في حقها ، كما في حق الصغيرة والمجنونة ، ومقتضى هذا أن تدخل في العدة من وقت الطلاق ، ويكون كما لو طلق ذات الأشهر في أثناء الشهر ، كما سذكروه إن شاء الله تعالى . ولو كانت المتحيرة المنقطة الدم ، ترى يوماً دماً ، ويوماً نقاءً ، لم تنقض عدتها إلا بثلاثة أشهر سواء قلنا بالتلفيق أم بالسحب .

والأطهار الناقصة المتخللة لا تنقض بها العدة بحال .

الصف الثالث : من لم تر دماً ليأس ، وصغر ، أو بلغت سن الحيض أو جاوزته ولم تحض ، فعدتها ثلاثة أشهر بنص القرآن ، ولو ولدت ولم تر حيضاً قط ولا نفاساً ، فهل تعد بالأشهر ، أم هي كمن انقطع حيضها بلا سبب ؟ وجهان . وبالأول قال الشيخ أبو حامد .

قلت : الصحيح الاعتداد بالأشهر ، لدخولها في قول الله تعالى : (واللائي لم يحضن) وذكر الرافعي في آخر العدد عن « فتاوى البغوي » : أن التي لم تحض قط ، إذا ولدت ونفست ، تعد بثلاثة أشهر ، ولا يجعلها النفاس من ذوات الأقراء فجزم البغوي بهذا ، ولم يذكر الرافعي هناك خلافاً . والله أعلم

ثم إن الأشهر معتبرة بالهلال ، وعليه المواقيت الشرعية ، وإن انطبق الطلاق على أول الهلال ، فذاك ، وإن انكسر ، اعتبر شهران بالهلال ، ويكمل المنكسر ثلاثين من الشهر الرابع . فقال ابن بنت الشافعي : إذا انكسر شهر ، انكسر الجميع ، والصحيح الأول . وإذا وقع الطلاق في أثناء الليل أو النهار ، ابتدئ به حساب الشهر من حينئذ . وإذا اعتدت صغيرة بالأشهر ثم حاضت بعد فراغها ، فقد انقضت العدة ، ولا يلزمها الأقراء ، ولو حاضت في أثناء الأشهر ، انتقلت

إلى الأقراء ، وهل يحسب ما مضى قرءاً ؟ وجهان . أقربها إلى ظاهر النص المنع .

فإن كانت الآية ، والتي لم تحض أمة ، فهل عدتها ثلاثة أشهر ، أم شهران ، أم شهر ونصف ؟ فيه أقوال . قال المحامي : أظهرها : الأول ، واختاره الروباني ، قال : ولكن القياس ، وظاهر المذهب ، شهر ونصف ، وعليه جمهور أصحابنا الحراسانيين .

الصنف الرابع : من انقطع دمها ، ينظر ، إن انقطع لعارض يعرف ، لرضاع ، أو نفاس ، أو مرض ، أو داء باطن ، صبرت حتى تحيض ، فتعتد بالأقراء ، أو تبلغ سن اليأس ، فتعتد بالأشهر ، ولا تبالي بطول مدة الانتظار ، وإن انقطع لالعة تعرف ، فالقول الجديد : أنه كالانقطاع لعارض ، والقديم : أنها تتربص تسعة أشهر . وفي قول أربع سنين ، وفي قول يخرج ستة أشهر ، ثم بعد التربص ، تعتد بثلاثة أشهر . فإذا قلنا بالقديم فحاضت بعد التربص والعدة وبعدهما تزوجت ، استمر النكاح للثاني على الصحيح ، وقيل : يتبين بطلانه ، لتبيننا أنها ليست من ذوات الأشهر ، وإن حاضت قبل تمام التربص ، بطل التبر

وانتقلت إلى الأقراء ، ويحسب ما مضى قرءاً بلا خلاف ، فإن لم يعاودها الدم ولم تم الأقراء ، استأنفت التربص لتعتد بعده بالأشهر ، لأن التربص الأول بطل بظهور الدم . قال المتولي : لأن امرها باستئناف التربص ، لأننا على هذا القول ، لانعتبر اليأس ، وإنما نعتبر ظهور براءة الرحم وقد ظهرت البراءة ، وروية الدم تؤكد البراءة . والصحيح المعروف ، هو الأول ، وإن حاضت بعد التربص ، وفي مدة العدة انتقلت إلى الأقراء ، فإن لم يعاودها الدم ، عاد الصحيح ، وقول المتولي . وإذا تربصت ، فتبني الأشهر على ما مضى من الأشهر الثلاثة ، أم تستأنف الأشهر ؟ وجهان . أحدهما : تستأنف كما تستأنف التربص ، وأصحابها : تبني ، لأن ما مضى من الأشهر كان من صلب العدة ، فلامعنى لإبطاله ، بخلاف التربص ، فعلى هذا في كيفية البناء وجهان . أحدهما : تعد ما مضى قرءاً ، ويبقى عليها قرآن ، فتعتد بدلها بشهرين . وعلى هذا ، لو حاضت مرتين ، بقي عليها قرء ، فتعتد

بدله بشهر . وأصحها : بحسب ما مضى من الأيام ، وتتمة ثلاثة أشهر ، ولا تضم بعض الأشهر إلى بعض الأقراء ، لئلا يجمع بين البذل والمبدل ، هكذا أطلقوا ذكر عدم المعاودة في الصورتين ، ولم يقولوا : إذا ^(١) لم تعد إلى مدة كذا . ويشبه أن يضبط بعادتها القديمة ، أو بغالب عادات النساء . وإن حاضت بعد التربص والأشهر ، وقبل النكاح ، فأوجه . أصحها وينسب إلى النص : تنتقل إلى الأقراء ^(٢) . والثاني : لا ، بل انقضت العدة . والثالث : عن أبي هريرة : إن اعتدت بالأشهر بحكم قاض ، لم ينقض حكمه ، ولم تنتقل إلى الأقراء ، وإن اعتدت بها بمجرد فتوى ، انتقلت ، وسواء في هذه الصور والاحكام ، جعلنا التربص ستة أشهر أو تسعة ، أو أربع سنين ، هذا كله تقريرع القديم .

أما إذا قلنا بالجديد وهو انتظار سن اليأس ، ففي النسوة المعتبرات قولان . أظهرهما وإليه ميل الأكثرين : يعتبر أقصى يأس نساء العالم . قال الامام : ولا يمكن طوف العالم ، وإنما المراد ما يبلغ خبره ويعرف . وعلى هذا ، فالأشهر أن سن اليأس ، اثنان وستون سنة ، وقيل : ستون ، وقيل : خمسون ، حكاهما أبو الحسن بن خيران في كتابه اللطيف ، وحكاهما غيره . وقال السرخسي : تسعون سنة .

وحكي أن امرأة حاضت لتسعين سنة ، وعن أبي علي الطبري تخريج وجه أنه يعتبر سن اليأس غالباً ، ولا يعتبر الأقصى . والقول الثاني ، أنه يعتبر يأس عشرين من الأبوين ، نص عليه في « الأم » . وقيل : يعتبر نساء العصابات ، وقيل : نساء البلد . فإذا رأت الدم بعد سن اليأس ، نظر ، إن رآته في أثناء الأشهر ، انتقلت إلى الأقراء ، وحسب ما مضى فروعاً بلا خلاف ، فتضم إليه قروين .

واعلم أنا إذا اعتبرنا أقصى اليأس في العالم ، فبلغته ، ثم رأت الدم ، صار

(١) في الأصل : ولم . (٢) في الأصل : تنتقل الاقراء .

أقصى اليأس ما رآته ، ويعتبر بعد ذلك غيرها بها ، ثم إن لم يعاودها الدم ، رجعت إلى الأشهر . وهل تؤمر بالتربص قبلها تسعة أشهر ، أو أربع سنين ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، استظهاراً ، وأصحها : لا ، لأنها بلغت اليأس . ثم في « التتمة » ، أنها تعتد بشهرين ، بدلاً عن قروين ، والذي صححه الأئمة وحكوه عن القفال وغيره ، أنها تعتد بثلاثة أشهر تستأنفها . ولا يجيء في البناء الخلاف السابق في تفريع القديم^(١) ، لأنه في القديم تكفي غلبة الظن ، وهنا يطلب اليقين أو القرب منه . فإذا رأت الدم ، بطل ما ظنناه يأساً ، وبطل ما ترتب عليه من العدة ، فوجب الاستئناف .

وأما إذا رأت الدم بعد تمام الأشهر ، فثلاثة أقوال . أحدها : لا يلزمها العود إلى الأقراء ، بل انقضت عدتها ، كما لو حاضت الصغيرة بعد الأشهر . والثاني : يلزمها ، لأنه بان أنها ليست آيسة ، بخلاف الصغيرة ، فإنها برؤية الحيض لا تخرج عن كونها وقت الاعتداد من اللائي لم يحضن ، وهذا أصح عند البغوي . والثالث وهو الأظهر فيما يدل عليه كلام الأكثرين : إن كانت نكحت بعد الأشهر ، فقد تمت العدة ، والنسكاح صحيح ، وإلا لزمها الأقراء ، وقطع صاحباً « التتمة » و « الشامل » بصحة النسكاح .

النوع الثالث : الحمل .

قد سبق أن عدة الطلاق ثلاثة أنواع : الأقراء ، والأشهر ، وقد مضى ، والتف أحدهما بالآخر ، والثالث : هو الحمل ، ويشتد في انقضاء العدة به شرطان ، أحدهما : كونه منسوباً إلى من العدة منه . إما^(١) ظاهراً ، وإما احتيالاً ، كالنفي باللعان . فإذا لاعن حاملاً ونفى^(٢) الحمل ، انقضت عدتها بوضعه لإمكان كونها منه ، والقول قولها في العدة إذا تحقق الإمكان .

(٢) في الأصل : حالاً وبقي .

(١) في الأصل : فيما .

أما إذا لم يمكن أن يكون منه ، بأن مات صبي لا ينزل وامرأته حامل ، فلا تنقضي عدتها بوضع الحمل ، بل تعتد بالأشهر . ولو مات من قطع ذكره وأنثياه ، وامرأته حامل ، لم تنقض عدتها بوضعه على المذهب ، بناءً على أنه لا يلحقه الولد . وعن الاصطخري والصيرفي والقفال : أنه يلحقه . وحكي هذا قول للشافعي ، وقد سبق في « اللعان » . فعلى هذا ، تنقضي عدتها بوضعه . ومن « مل » خصياه وبقي ذكره ، كالفحل في لحوق الولد على المذهب ، فتنتضي العدة منه بوضعه ، سواء فيه عدة الوفاة والطلاق . وفي وجهه : لا يلحقه فلا تنقضي به العدة ، وحكي القاضي أبو الطيب وجهاً أنه إن كان مسلول الحصى اليمنى^(١) لم يلحقه وإن بقيت اليسرى ، لأنه يقال : إن الماء من الحصى اليمنى ، والشعر من اليسرى . ونقل الروياني في « جمع الجوامع » ، أن أبا بكر بن الحداد ، كان فقيد الحصى اليمنى ، فكان لا ينزل ، وكانت لحيته طويلة ، وهذا شيء يعتمد به الجمهور .

وأما محبوب الذكر باقي الأنثيين ، فيلحقه الولد ، فتعتد امرأته عن الوفاة بوضع الحمل ، ولا يلزمها عدة الطلاق لعدم الدخول .

فرع

من مات عن زوجته ، أو طلقها وهي حامل بولد ، لا يمكن أن يكون منه ، بأن وضعته لدون ستة أشهر من حين العقد ، أو لأكثر ، ولكن كان بين الزوجين مسافة لا تقطع في تلك المدة ، لم تنقض به عدته ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الأصحاب . وحكى الغزالي في « الوجيز » وجهين آخرين . أحدهما : تنقضي ، لاحتمال أنه وطئها بشبهة قبل النكاح ، ويكفي الاحتمال ، كالولد المنفي باللعان . والثاني : إن ادعت وطء شبهة ، حكم بانقضاء العدة ، لأن القول في العدة قولها مع الإمكان ، ولم يذكر هذه الأوجه في « الوسيط » و « البسيط » في هذه

(١) في الأصل : اليمن .

الصورة ، بل ذكرها فيمن قال : إن ولدت فأنت طالق ، فولدت وشرعت في العدة ، ثم ولدت بعد ستة أشهر ولداً آخر . والثالث : الفرق بين أن تدعي وطءاً محترماً من الزوج بعد الولادة الأولى فتتقضي العدة ، أو لا فلا .

فإذا قلنا بالمذهب ، فإن كان المولود لاحقاً بغيره بوطء شبهة ، أو في عقد فاسد ، انقضت عدة الوطء بوضعه ، ثم تعتد عن الزوج بعده ، وإن كان من زنا ، اعتدت عدة الوفاة من يوم الموت ، أو عدة الطلاق من يوم الطلاق ، وتتقضي العدة مع الحمل في عدة الوفاة . وفي عدة الطلاق ، إذا كانت من ذوات الأشهر ، أو كانت من ذوات الأقراء ، ولم تر دماً أو رأته ، وقلنا : إن الحامل لا تحيض وإن رأته ، وقلنا : إنه حيض ، ففي انقضاء العدة بأطهارها وهي حامل وجبان . أصحابها : الانقضاء ، لأن حمل الزنا كالعدم . فعلى هذا ، لو زنت في عدة الوفاة أو الطلاق ، وجلبت من الزنا ، لم يمنع ذلك انقضاء العدة ، ولو كان الحمل مجهول الحال ، حمل على أنه من زنا ، قاله الروياني في « جمع الجوامع » .

فرع

لو نكح حاملاً من الزنا ، صح نكاحه بلا خلاف . وهل له وطؤها قبل الوضع ؟ وجبان . أصحابها : نعم ، إذ لاحرمته له ، ومنعه ابن الحداد .

الشرط الثاني : أن تضع الحمل بتمامه ، فلو كانت حاملاً بتوأمين ، لم تنقض العدة حتى تضعها ، حتى لو كانت رجعية ، ووضعت أحدهما ، فله الرجعة قبل أن تضع الثاني ، وإنما يكونان توأمين إذا وضعتها معاً ، أو كان بينهما دون ستة أشهر ، فإن كان بينهما ستة أشهر فصاعداً ، فالثاني حمل آخر .

فرع

لا تتقضي العدة بخروج بعض الولد ، ولو خرج بعضه منفصلاً أو غير منفصل ولم يخرج الباقي ، بقيت الرجعة . ولو طلقها ، وقع الطلاق . ولو مات أحدهما

ورثه الآخر ، وكذا تبقى سائر أحكام الجنين في الذي خرج بعضه دون بعض ، كمنع توريثه ، وكسراية عتق الأم إليه ، وعدم إجزائه عن الكفارة ، ووجوب الغرة عند الجناية على الأم ، وتبعية الأم في البيع والهبة وغيرها . وفي وجهه ضعيف : إذا خرج كان حكمه حكم المنفصل كله في جميع ما ذكرنا ، إلا في العدة ، فإنها لا تنقضي إلا بفراغ الرحم ، وينسب إلى القفال وهو منقاس ، ولكنه يعيد في المذهب .

فرع

تنقضي العدة بانفصال الولد حياً ، أو ميتاً ، ولا تنقضي بإسقاط العلقة والدم . ولو أسقطت مضغة ، فلها أحوال .

أحدها : أن يظهر فيها شيء من صورة الآدمي ، ككيد ، أو أصبع ، أو ظفر وغيرها ، فتتنقضي بها العدة .

والثاني : أن لا يظهر شيء من صورة الآدمي لكل أحد ، لكن قال أهل الخبرة من النساء : فيه صورة خفية ، وهي بينة لنا وإنا خفيت على غيرها ، فتقبل شهادتهن ، ويحكم بانقضاء العدة وسائر الأحكام .

الثالث : أن لا يكون صورة ظاهرة ولا خفية يعرفها القوابل ، لكنهن قلن : إنه أصل آدمي ، ولو بقي لتصور ولتخلق ، فالنص أن العدة تنقضي به . ونص أنه لا يجب فيه الغرة ، وأشعر نضه أنه لا يثبت به الاستيلاد ، فقليل في الجميع قولان . وقيل : بتقرير النصوص ، لأن المراد بالعدة براءة الرحم وقد حصلت . والأصل براءة الذمة في الغرة . وأموم الولد إنما تثبت تبعاً للولد . وقيل : تثبت هذه الأحكام قطعاً ، وحمل نص المنع على ما إذا يعلمن أنه

مبتدأ خلق . وقيل : لا تثبت قطعاً ، وحمل نص العدة على ما إذا كانت صورة خفية ، والمذهب على الجملة انقضاء العدة ومنع الآخرين .

ولو شك القوابل في أنه لحم آدمي ، أم لا ، لم يثبت شيء من هذه الأحكام ، بخلاف . ولو اختلف الزوجان ، فقالت : كان السقط الذي وضعته مما تنقضي به العدة ، وأنكر الزوج ، وضاع السقط ، فالقول قولها يمينها ، لأنها مأمونة في العدة .

فصل

إذا كانت تعتد بالأقراء أو بالأشهر ، فظهر بها حمل من الزوج ، اعتدت بوضعه ، ولا اعتبار بما مضى من الأقراء والأشهر ، فإن لم يظهر الحمل بأمانة ، ولكنها ارتابت لثقل وحركة تجدها ، نظر ، إن ارتابت قبل تمام الأشهر ، أو الأقراء ، فليس لها أن تتزوج بعد تمامها حتى تزول الرؤية . فإن تزوجت ، فالنكاح باطل . وإن ارتابت بعد أن انقضت الأقراء أو الأشهر وتزوجت ، لم يحكم ببطان النكاح ، لكن لو تحققنا كونها حاملاً وقت النكاح ، بأن ولدت لدون ستة أشهر من وقت النكاح ، تبينا بطلان النكاح ، وإن ولدت لسته أشهر فصاعداً ، فالولد للثاني ، ونكاحه مستمر على صحته . وإن ارتابت بعد الأقراء والأشهر ، وقبل أن تتزوج ، فالأولى أن تصبر إلى زوال الرؤية ، فإن لم تفعل وتزوجت ، فالمذهب القطع بأن النكاح لا يبطل في الحال ، بل هو كما لو تزوجت ، وهو نصه في « المختصر » و « الأم » ، وبه قال ابن خيران ، وأبو إسحاق ، والاصطخري ، لأننا حكمنا بانقضاء العدة ، فلا نبطله بالشك ، وقيل : يحكم ببطلانه ، حكى عن ابن سريج . وقيل : قولان .

فصل

أكثر مدة الحمل أربع سنين ، فلو أبانها بمخلع أو بالثلاث ، أو بفسخ ،

أو لعان ولم ينف الحمل ، فولدت لأربع سنين فأقل من وقت الفراق ، لحق الولد بالزوج ، هكذا أطلقوه . وقال أبو منصور التميمي : ينبغي أن يقال : لأربع سنين من وقت إمكان العلوق ، وقيل الطلاق ، وهذا قويم ، وفي إطلاقهم تساهل ، وسواء أقرت بانقضاء عدتها ثم ولدت ، أم لم تقر ، لأن النسب حق الولد ، فلا ينقطع بإقرارها . وقال ابن مريج : إذا أقرت بانقضائها ثم ولدت ، لم يلحقه إلا أن تأني به لدون ستة أشهر من الأقراء ، كما إذا صارت الأمة فراشاً لسيدها بالوطء ثم استبرأها فأنت بولد بعد الاستبراء لسته أشهر فصاعداً ، لا يلحقه ، نص عليه . فمن الأصحاب من جعل المسألتين على قولين ، وقطع الجمهور بتقرير النصين ، وفرقوا بأن فراش النكاح أقوى وأسرع ثبوتاً ، فإنه يثبت بمجرد الإمكان . أما إذا ولدت لأكثر من أربع سنين ، فالولد منفي عنه بلا لعان . ولو طلقها رجعيًا ثم ولدت ، فالحكم على التفصيل المذكور ، إلا أنت السنين الأربع ، هل تحسب من وقت الطلاق ، أم من وقت انصرام العدة ؟ قولان . أظهرهما : الأول ، لأنها كالبائن في تحريم الوطء ، فلا يؤثر كونها زوجة في معظم الأحكام . فإن قلنا : من وقت الانصرام ، فقد أطلق الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وغيرهما حكاية وجهين . أحدهما : أنه يلحقه متى أتت به من غير تقدير ، لأن الفراش على هذا القول ، إنما يزول بانقضاء العدة . والثاني : أنه إذا مضت العدة ، بالأقراء أو الأشهر ، ثم ولدت لأكثر من أربع سنين من انقضائها ، لم يلحقه ، لأننا تحققنا أنه لم يكن موجوداً في الأقراء والأشهر ، فتبين بانقضائها ، وتصير كما لو بانت بالطلاق ، ثم ولدت لأكثر من أربع سنين . وهذا الثاني هو الأصح عند الأكثرين ، وحكوه عن نص الشافعي رحمه الله . ولك أن تقول هذا ، وإن استمر في الأقراء ، لا يستمر في الأشهر ، فإن التي لا تحمل ، لا تعتد بالأشهر ، فإذا حبلت ، بان أن عدتها لم تنقض بالأشهر ، وسيأتي نظير هذا إن شاء الله تعالى ، ثم هذا الخلاف ، على ما ذكره الروباني وغيره ، فيما إذا أقرت بانقضاء العدة ، فإن لم تقر ، فالولد الذي تأني به ، يلحقه وإن طال الزمان ، لأن العدة قد تمت لطول الطهر .

وحكى القفال فيما إذا لم تقو وجهاً ضعيفاً ، أنه إذا مضت ثلاثة أشهر ثم ولدت لأكثر من أربع سنين ، لم يلحقه ، لأن الغالب انقضاء العدة في ثلاثة أشهر ، ومتى حكمنا بثبوت النسب ، كانت المرأة معتدة إلى الوضع ، فثبت للزوج الرجعة إن كانت رجعية ، ولها السكنى والنفقة .

فرع

ولدت لأكثر من أربع سنين ، وادعت في الطلاق الرجعي أن الزوج راجعها ، أو أنه جدد نكاحها ، أو وطئها بشبهة ، وأنها ولدته على الفراش المجدد ، نظر ، إن صدقها الزوج ، لزمه مقتضى إقراره ، فعليه المهر في صورة التجديد ، والنفقة والسكنى في الرجعة ، والتجديد جميعاً ، ويلحقه الولد للفراش ، وإن أنكر إحداث فراش ، فهو المصدق بيمينه ، وعليها البينة ، فإن نكل ، حلفت ، وثبت النسب ، إلا أن ينفيه باللعان . وحكى أبو الفرج الزاز قولاً ، أنه إذا نكل ، لا ترد اليمين عليها ، لأنها إذا حلفت ، ثبت نسب الولد ، ويبعد أن يحلف الشخص لفائدة غيره ، والمشهور الأول ، فإن لم يحلفها ، أو نكلت ، ففي حلف الولد إذا بلغ خلاف سبق في نظائره . وإن اعترف بفراش جديد ، وأنكر ولادتها ، وادعى أنها التقتته واستعارته ، صدق بيمينه ، وعليها البينة على الولادة . فإن نكل ، حلفت وثبتت الولادة والنسب بالفراش ، إلا أن ينفيه باللعان ، ويعود في تحليفها الخلاف السابق . ثم قال الأئمة : العدة تنقضي بوضعه وإن حلف الرجل على النفي ولم يثبت ما ادعته ، لأنها تزعم أنه منه ، فكان كما لو نفي حملها باللعان ، فإنه وإن انتفى الولد تنقضي العدة بوضعه لزعمها أنه منه . ولو ادعت على الوارث بعد موت الزوج أن الزوج كان راجعها ، أو جدد نكاحها ، فإن كان الوارث بمن لا يجب ، نظر ، إن كان ابناً واحداً ، فالحكم كما لو ادعت على الزوج ، إلا أن الوارث يحلف على نفي العلم ، وإلا أنه إذا ثبت النسب ، لا يمكنه نفيه باللعان . وإن كان له ابنان ، وادعت عليها ،

فكذبها وحلفا ، أو نكلا أو صدقها أحدهما وكذب الآخر وحلفت ، ثبت
المهر والنفقة بحصة المصدق ، ولا يثبت النسب ، لأن جميع الورثة لم يتفقوا . وفي
ثبوت ميراث الزوجة في حصة المصدق خلاف مذكور في موضعه .

وإن كان الوارث بمن يجب كالاخ ، فإن صدقها فذاك ، ولا يرث الولد
وإن ثبت نسبه ، وإن كذبها ، فعلى ما ذكرنا .

فرع

عُلّق طلاقها بالولادة ، فولدت ولدين ، فإن كان بينهما دون ستة أشهر ، لحقه ،
وطلقت بالاول ، وانقضت عدتها بالثاني ، وإن كان بينهما ستة أشهر فأكثر ،
طلقت بولادة الاول ، ثم إن كان الطلاق بائناً ، لم يلحقه الثاني ، لأن العلوق به لم
يكن في نكاح ، وإن كان رجعيّاً ، بني على ان السنين الاربع تعتبر من وقت
الطلاق ، أم من انصرام العدة ؟ إن قلنا بالاول ، لم يلحقه . وإن قلنا بالثاني ،
لحقه إذا اتت به لدون أربع سنين من ولادة الاول ، وتنقضي العدة بوضعه ،
سواء لحقه أم لا ، لاحتمال وطء الشبهة بعد البينونة ، كذا قاله ابن الصباغ .
ولو ولدت ثلاثة اولاد ، فإن كانوا حملاً واحداً ، بأن كان بين الاول والثالث
دون ستة أشهر ، طلقت بالاول ، وانقضت عدتها بالثالث ، ولحقه الجميع . وإن
كان بين الاولين أقل من ستة أشهر ، وبين الثاني والثالث أكثر منها ، لحقه
الاولان وانقضت عدتها بالثاني ، ولا يلحقه الثالث . وإن كان بين الاول والثاني
أكثر من ستة أشهر ، وبين الثاني والثالث ، دون الستة ، طلقت بالأول ولم
يلحقه الآخران إن كان الطلاق بائناً ، وإن كان رجعيّاً ، ففيه الخلاف .
وإن زاد ما بين الأولين على ستة أشهر ، وكذا ما بين الثاني والثالث ،
فالثالث غير لاحق به ، وكذا الثاني إن كان الطلاق بائناً . وإن كان رجعيّاً ،
فعلى الخلاف ، ولو كان ما بين الأولين دون الستة ، وكذا ما بين الثاني والثالث ،
وكان بين الثالث والأول أكثر من الستة ، فالأولان لاحقان دون الثالث .

فرع

هذا الكلام السابق ، إذا لم تصر بعد الطلاق فراشاً لغيره حتى ولدت ، فلو صارت بأن نكحت بعد العدة ، ثم ولدت ، نظر ، إن ولدت لدون ستة أشهر من النكاح الثاني ، فكأنها لم تنكح ، والحكم على ما سبق ، وإن أتت به لسته أشهر فأكثر ، فالولد للثاني وإن أمكن كونه من الأول ، لأن الفراش للثاني ناجز ، فهو أقوى ، ولأن النكاح الثاني قد صبح ظاهراً . فلو أحقنا الولد بالأول ، لبطل النكاح لوقوعه في العدة ، ولا سبيل إلى إبطال ما صبح بالاحتمال ، ولو نكحت نكاحاً فاسداً ، بأن نكحت في العدة ، لم يقطع العقد العدة ، لكن تسقط نفقتها وسكنهاا لنشوزها .

ثم إن وطئها الزوج علماً بالتحريم ، فهو زان لا يؤثر وطؤه في العدة ، وإن جهل التحريم لظنه انقضاء العدة ، أو أن المعتدة لا يحرم نكاحها ، انقطعت به العدة لمصيرها فراشاً للثاني .

قال الروياني : ودعوى الجهل بتحريم المعتدة ، لا يقبل إلا من قريب عهد بالإسلام ، ودعوى الجهل بكونها معتدة يقبل من كل أحد ، ثم إذا فرق بينها ، تكمل عدة الأول ، ثم تعتد للثاني ، فلو ولدت لزمان الإمكان من الأول دون الثاني ، لحق بالأول وانقضت عدته بوضعه ، ثم تعتد للثاني ، وإن أتت به لزمان الإمكان من الثاني دون الأول ، بأن أتت به لأكثر من أربع سنين من طلاق الأول ، فإن كان الطلاق بائناً ، فهو ملحق بالثاني ، وإن كان رجعيّاً ، فهل يلحق بالثاني ، أم يقال : فراش الأول باق فيعرض الولد على القائف ؟ فيه قولان ، وإن ولدته لزمن الإمكان منها ، عرض على القائف ، فإن أحقه بها ، أو نفاه عنها ، أو أشكل عليه ، أو لم يكن قائف ، انتظر بلوغه وانتسابه بنفسه ، وإذا وضعته ومضت ثلاثة أقراء ، حلت المزواج ، وإن ولدته لزمان لا يمكن أن يكون من واحد منها ، بأن كان لدون ستة أشهر من نكاح الثاني ، ولأكثر من أربع سنين

من طلاق الأول ، لم يلحق واحد منها إن كان الطلاق بائناً ، فإن كان رجعيّاً عاد الخلاف في أنها هل هي فراش . وإذا نفى عنها ، فعن الشيخ أبي حامد : أنه لا تنقضي العدة بوضعه عن واحد ^(١) منها ، بل بعد الوضع . تكمل العدة عن الأول ، ثم تعتمد عن الثاني . قال ابن الصباغ : وقياس ما ذكرنا ، فيما إذا علق طلاقها بالولادة ^(٢) فولدت ولدين بينها ستة أشهر ، أن لا ياتي لا يلحقه ، وتنقضي العدة بوضعه أن نقول هنا : تنقضي العدة عن أحدهما .

ثم مدة الإمكان من الزوج الثاني ، هل تحسب من وقت النكاح الفاسد ، أم من وقت الوطء ؟ وجهان . أصحهما : الثاني ، وبالأول قال القفال الشافعي . ويقرب من هذا الخلاف الخلاف في أن العدة في نكاح الفاسد ، هل تحسب من آخر وطء فيه ، أم من وقت التفريق ؟ والأصح من التفريق ، لأن الفراش حينئذ يزول ، والتفريق بأن يفرق القاضي بينها .

وفي معناه : ما إذا اتفق الزوجان على المفارقة ، وما إذا مات الزوج عنها أو طلقها وهو يظن الصحة ، ولو غاب عنها على عزم أن يعود إليها ، لم تحسب مدة الغيبة من العدة ، ولو عزم أن لا يعود ، حسبت .

وخرج على الخلاف المذكور ، أن لحق الولد في النكاح الفاسد ، هل يتوقف على إقراره بالوطء كما في ملك اليمين ، أم يكفي فيه مجرد العقد كالنكاح الصحيح ؟ وأما إذا أوجزاه إلى الإقرار بالوطء ، فهل ينتفي الولد بدعوى الاستبراء كملك اليمين ، أم لا ينتفي باللعان ؟ والأصح الثاني . ولو وطئت بالشبهة في لعدة فولدت للإمكان من الزواج والوطء ، عرض الولد على القائف ، كما ذكرنا في النكاح الفاسد . ولو وطئت بعد انقضاء العدة ، فهل هو كالنكاح الثاني في قطع فراش الأول ؟ وجهان . أحدهما : لا ، بل يعرض الولد على القائف ، وأصحها :

(١) في الأصل : لواحد . (٢) في الأصل : بولاده .

[نعم] لانقطاع النكاح الاول والعدة عنه في الظاهر ، فعلى هذا ، لو ولدت للإمكان منها ، لحق بالواطء كما يلحق بالزوج ^(١) الثاني .

فرع

ولدت وطلقها ، ثم اختلفا ، فقال : طلقته بعد الولادة في الرجعة ، وقالت : بل قبلها وانقضت عدتي بالوضع ، فإن اتفقا على وقت الولادة ، كيوم الجمعة وقال : طلقته يوم السبت ، وقالت : يوم الخميس ، فهو المصدق بيمينه ، لأن الطلاق بيده ، فصدق فيه كأصله . وإن اتفقا على [وقت] الطلاق كيوم الجمعة ، وقال : ولدت يوم الخميس ، وقالت : يوم السبت ، صدقت بيمينها . وإن لم يتفقا على وقت ، وادعى تقدم الولادة ، وهي تقدم الطلاق ، فهو المصدق . ولو ادعت تقدم الطلاق ، فقال : لا أدري ، لم يقنع منه ، بل إما أن يحلف يميناً جازمة أن الطلاق لم يتقدم ، وإما أن ينكل فتحلف هي ، ويجعل بقوله : لا أدري منكراً ، فتعرض اليمين عليه ، فإن أعاد كلامه الاول ، جعل فاكلاً فتحلف هي ولا عدة عليها ولا رجعة له ، وإن نكلت ، فعليها العدة . قال الاصحاب : وليس هذا قضاء بالنكول ، بل الاصل بقاء النكاح وآثاره ، فيعمل بهذا الاصل ما لم يظهر دافع .

ولو جزم الزوج بتقدم الولادة ، وقالت هي : لا أدري ، فله الرجعة ، والورع أن لا يراجع ، وكذا الحكم لو قال : لا ندري السابق منها ، وليس لها النكاح حتى تمضي ثلاثة أقراء .

(١) في الأصل : الزوج .

الباب الثاني في اجتماع عدتين

قد يجتمعان عليها لشخص ، وقد يكونان لشخصين .

القسم الأول : إذا كانتا لشخص ، فينظر ، إن كانتا من جنس ، بأن طلقها وشرعت في العدة بالاقراء أو الاشهر ، ثم وطئها في العدة جاهلاً إن كان الطلاق بائناً وجاهلاً ، أو عالماً إن كان رجعيّاً ، تداخلت العدتان ، ومعنى التداخل ، أنها تعدّ بثلاثة أقراء ، أو ثلاثة أشهر من وقت الوطء ، ويندرج فيها بقية عدة الطلاق . وقد تلتك البقية ، يكون مشتركاً واقعاً عن الجهتين ، وله الرجعة في قدر البقية إن كان الطلاق رجعيّاً ، ولا رجعة بعدها ، ويجوز تجديد النكاح في تلك البقية وبعدها إذا لم يكن عدد الطلاق مستوفى ، هذا هو الصحيح . وحكى أبو الحسن العبادي عن الحلّيمي ، أن عدة الطلاق تنقطع بالوطء ، ويسقط باقيها ، وتتمحض العدة الواجبة عن الوطء . قال : وقياسه أن لا تثبت الرجعة في البقية ، ولكن منعاً منه بالإجماع . وقد ينقطع أثر النكاح في حكم دون حكم . وفي وجه ثالث : أن ما بقي من عدة الطلاق يقع متمحضاً عن الطلاق ، ولا يوجب الوطء إلا ما وراء ذلك إلى تمام ثلاثة أقراء ، وهذا ضعيف .

وإن كانت العدتان من جنسين ، بأن كانت إحداها بالحمل ، والاخرى بالاقراء سواء طلقها حاملاً ، ثم وطئها ، أو حائلاً ثم أحبلها ، ففي دخول الاخرى في الحمل وجهان ، أصحها : الدخول كالجنس . فعلى هذا ، تتقضيان بالوضع ، وله الرجعة في الطلاق الرجعي إلى أن تضع إن كانت عدة الطلاق بالحمل ، وكذا إن كانت بالأقراء على الأصح . وقيل : لا رجعة بناءً على أن عدة الطلاق سقطت ، وهي الآن معتدة للوطء . وإن قلنا : لا يتداخلان ، فإن كاث الحمل لعدة الطلاق ، اعتدت بعد وضعه بثلاثة أقراء ، ولا رجعة إلا في مدة الحمل ، وإن كان الحمل

لعدة الوطء ، أتمت بعد وضعه بقية عدة الطلاق ، وله الرجعة في تلك البقية ، وله الرجعة قبل الوضع أيضاً على الأصح ، وله تجديد نكاحها قبل الوضع وبعده إذا لم يكن الطلاق رجعياً . فإن لم يعلم هذا الحمل من عدة الطلاق ، أم حدث بالوطء ، قال المتولي : يلزمها الاعتداد بثلاثة أقراء كاملة بعد الوضع ، لجواز أن تكون عدة الطلاق بالوضع . وحيث أثبتنا الرجعة ، فلو مات أحدهما ، ورثه الآخر ، ولو طلقها ، لحقها الطلاق ، ويصح الظهار والإبلاء منها . ولو مات الزوج ، انتقلت إلى عدة الوفاة . وحيث قلنا : لا تثبت الرجعة ، لا يثبت شيء من هذه الأحكام .

فرع

جميع ما ذكرناه ، فيما إذا كانت لا ترى الدم على الحمل ، أو تراه وقلنا : ليس هو بحيض . فاما إن جعلناه حيضاً ، فهل تنقضي مع الحمل عدة الأخرى بالأقراء ؟ وجهان ، أصحابها : نعم ، وبه قال الشيخ أبو حامد ، والقاضي حسين . فعلى هذا ، لو كان الحمل حادثاً من الوطء ، ففُضت الأقراء قبل الوضع ، فقد انقضت عدة الطلاق ، وليس للزوج الرجعة بعد ذلك ، وإن وضعت الحمل قبل تمام الأقراء ، فقد انقضت عدة الوطء ، وعليها بقية عدة الطلاق ، وللزوج الرجعة قبل الوضع وبعده إلى تمام الأقراء بلا خلاف . وإن كان الحمل لعدة الطلاق ، فله الرجعة إلى الوضع . فإذا وضعت ، أكملت عدة الوطء ما بقي من الأقراء .

القسم الثاني : إذا كانت العدتان لشخصين ، بأن كانت معتدة لزيد عن طلاق أو وفاة أو شبهة ، أو نكحها جاهلاً ووطئها ، أو كانت المنكوحه معتدة عن وطء شبهة ، فطلقها زوجها ، فلا تداخل ، بل تعتد عن كل واحد عدة كاملة ، ثم قد لا يكون هناك حمل ، وقد يكون .

الحال الأول : أن لا يكون ، فإن سبق الطلاق وطء الشبهة ، أتمت عدة

الطلاق ، لتقدمها وقوتها . فإذا أتمتها ، استأنفت عدة الشبهة ، ثم إن لم يكن من الثاني إلا وطء شبهة ، ابتدأت عدته عقب عدة الطلاق ، فإن نكح الشافي ووطئ ، فزمن كونها فراشاً له لا يحسب عن واحدة من العدتين . وبأذا تنقطع عدة الطلاق ؟ فيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى . ومتى تعود إليها ؟ وجهان ، أحدهما : من آخر وطء وقع في النكاح الثاني ، حكى عن القفال الشاشي . والثاني وهو الصحيح : من حين ^(١) التفريق بينهما ، والزواج الرجعة في عدته ، فإذا راجعها ، شرعت في عدة وطء شبهة ، وليس الزوج الاستمتاع بها إلى أن تنقضي . وهل له تجديد نكاحها إن كان الطلاق بائناً ؟ وجهان ، أصحها عند الأكثرين : نعم . ولو وطئت منكوحة بشبهة ، ثم طلقت وهي في عدة الشبهة ، فوجهان . أحدهما : تتم عدة الشبهة ، ثم تبتدىء عدة الطلاق مراعاة للسابق ، وأصحها عند الأكثرين : تقدم عدة الطلاق ، لقوتها . فإن قدمنا عدة الشبهة ، فله الرجعة إذا اشتغلت بعدة الطلاق . وهل له الرجعة قبل ذلك ؟ وجهان ، ولا يجوز تجديد نكاحها في عدة الشبهة إذا كان الطلاق بائناً ، لأنها في عدة الغير . وإذا قلنا : تقدم عدة الطلاق ، شرعت فيها بنفس الطلاق ، فإذا تمت ، عادت إلى بقية عدة الشبهة ، وللزوج الرجعة إن كان الطلاق رجعياً . وهل له تجديد النكاح إن كان بائناً ؟ فيه الوجهان السابقان . ولو طراً وطء شبهة في عدة وطء شبهة ، أتمت عدة الواطئ الأول بلا خلاف . ولو نكح امرأة نكاحاً فاسداً ، ووطئها غيره بشبهة ، ثم فرق بينهما لظهور فساد النكاح ، قال البغوي : تقدم عدة الواطئ بشبهة بلا خلاف ، لأن عدته من وقت الوطء ، وعدة الناكح من التفريق ، ومعناه : أن عدة الواطئ سبق وجوبها ، وليس للفاقد قوة الصحيح ليرجع بها ، وقد تكون إحدى العدتين بالأقراء ، والآخرى بالأشهر ، بأن طلقها فضى قرآن ، ثم نكحت فاسداً ودام فراشه حتى أبست ، ثم فرق

(١) في الأصل : حيث :

بينها ، فتكمل (١) عدة الاول بشهر ، بدلاً عن القرء الباقي ، ثم تعدد للفساد بثلاثة أشهر

الحال الثاني : أن يكون هناك حل ، فيقدم عدة من الحل منه سابقاً كان أو متأخراً ، فإن كان الحل للمطلّق ، ثم وطئت بشبهة ، فإذا وضعت انقضت عدة الطلاق ، ثم تعدد بالأقراء للشبهة بعد طهرها من النفاس ، وللزوج رجعتها قبل الوضع . قال الروياني : لكن لايراجعها في مدة اجتماع الواطيء بها ، لأنها حينئذ خارجة عن عدة الاول ، وفراش لغيره ، فلا تصح الرجعة في تلك الحالة . وهل له تجديد نكاحها قبل الوضع إن كان الطلاق بائناً ؟ فيه الوجهان السابقان ، ويجوز أن ينكحها قبل الوضع ، وليس له أن ينكحها في عدة الثاني بحال ، وللثاني أن ينكحها في عدة نفسه ؟ .

وإن كان الحل من وطء الشبهة ، فإذا وضعت ، انقضت عدة الوطء وعادت إلى بقية عدة الطلاق ، وللزوج الرجعة في تلك البقية ، إن كان طلاقه رجعياً ، سواء في ذلك مدة النفاس وغيرها ، لأنها من جملة العدة ، كالحيض الذي يقع فيه الطلاق . وقيل : لا رجعة في مدة النفاس ، والصحيح الاول . وإذا ثبتت الرجعة ، فلو طلق ، لحقها الطلاق ، ولو مات أحدهما ، ورثه الآخر وانتقلت إلى عدة الوفاة بوفاة الزوج ، وهل له الرجعة قبل الوضع إن كان الطلاق رجعياً ، أو تجديد النكاح إن كان بائناً ؟ وجهان . أصحهما عند الشيخ أبي حامد : نعم ، لأنه لم تنقض عدته ، وكما في العدتين المختلفتين من شخص . وأصحهما عند الماوردي والبغوي : لا ، لأنها في عدة غيره . ثم قال البغوي : لو طلقها قبل الوضع ، لحقها الطلاق ولو مات أحدهما ، ورثه الآخر . فإن مات الزوج ، انتقلت إلى عدة الوفاة ، حتى إذا وضعت ، تعددت عن الزوج عدة الوفاة وإن كان لا تصح رجعته ، لأننا نجعل زمان الرجعة كزمان صلب النكاح ،

(١) في الأصل : فتكون .

هذا لفظه ، وإذا راجعها وهي حامل من الأجنبي ، وجوزناؤه ، فليس له الوطء حتى تضع ، كما إذا وطئت منكروحة بشبهة ، فاشتغلت بالعدة ، وإن كانت حاملاً منه ، وفي ذمتها عدة الشبهة ، فراجعها ، انقضت عدته في الحال ، وبقيت عدة الشبهة مؤخراً حتى تضع وتعود إلى أقرانها . وهل له وطؤها في الحال ؟ فيه وجهان . أحدهما : نعم ، لأنها زوجة ليست في عدة . والثاني : لا ، لأنها متعرضة للعدة ، ومال المتولي إلى ترجيح هذا ، ورجح بعضهم الأول .

قلت : الراجح الجواز والله أعلم

ويجري الوجهان فيما لو وطئت المنكروحة في صلب النكاح بشبهة وهي حامل من الزوج . ولو كانت ترى الدم على الحمل ، وجعلناه حياً ، فعن القاضي حسين : أن عدة الأخرى تنقضي بالأقراء ، كالعدتين من شخص ، وهذا ضعيف ، وضعفه الإمام والغزالي ، لأن فيه مصيراً إلى تداخل عدتي شخصين .

وجميع ما ذكرنا ، فيما إذا علم أن الولد من هذا أو ذاك ، لانحصار الإمكان فيه ، فلو لم يمكن كونه من واحد منها ، بأن ولدته لأكثر من أربع سنين من طلاق الأول وهو بائن أو رجعي على قول ، ولدون ستة أشهر من وطء الثاني ، فالولد منفي عنها ، ولا تنقضي بوضعه عدة واحد منها على الأصح ، بل إذا وضعته تمت عدة الأول ، ثم استأنفت عدة الثاني . وقيل : تعتد بوضعه من أحدهما لا بعينه ، لإمكان كونه من أحدهما بوطء شبهة ، ثم تعتد عن الآخر بثلاثة أقراء ،

فرع

ويتفرع على الوجهين فرعان . أحدهما : لو كانت ترى الدم والحالة هذه وجعلناه حياً ، قال الروياني : إن قلنا : تنقضي عدة أحدهما بالوضع ، لم تعتد بأقرانها ، لثلاث تداخل عدة شخصين ، وإلا ففي الاحتساب بأقرانها وجهان : أحدهما : الاحتساب ، لأنها إذا لم تعتد بالحمل ، كانت كالحائل ، وبهذا قطع صاحب « الشامل » ،

الثاني: إن قلنا تنقضي بالوضع عدة أحدهما ، لم تصح رجعة الزوج في مدة الحمل ولا في الأقرء بعد الوضع ، للشك في أن^(١) عدته هذه أم هذه ؟ فلو راجع مرة في الحمل ، ومرة في الأقرء ، ففي صحة الرجعة وجهان سيأتي نظيرهما إن شاء الله تعالى . وإن قلنا : لاتنقضي ، أتمت بعد الوضع عدة الأول وهو الزوج ، وله الرجعة فيه . وهل له الرجعة قبله في مدة الحمل ؟ فيه الوجهان السابقان .

فرع

إذا احتمل كون الولد من الزوج ، ومن الواطئ بالشبهة ، عرض بعد الوضع على القائف ، فإن أحلقه بالزوج أو بالواطئ ، فحكمه ما ذكرنا فيما إذا اختص الاحتمال به ، فإن لم يكن قائف أو أشكل عليه ، أو أحلقه بها ، أو نفاه عنها ، أو مات الولد وتعذر عرضه ، انقضت عدة أحدهما بوضعه ، لأنه من أحدهما ، ثم تعتد بعد الوضع للآخر بثلاثة أقرء . قال الروباني : وقول الشافعي رحمه الله تعالى : فإن لم يكن قائف ، ليس المراد به أن لا يوجد في الدنيا ، بل المراد أن لا يوجد في موضع الولد وما يقرب منه ، وهو المسافة التي تقطع في أقل من يوم وليلة . وسواء في وجوب العرض على القائف ، ادعياء جميعاً ، أو ادعاه أحدهما فقط . وقيل : إذا ادعاه أحدهما فقط ، اختص به ، كالأموال ، والصحيح الأول ، لحق الولد وحق الشرع في النسب . قال المتولي : إن كان الطلاق بائناً ، عرض على القائف كما ذكرنا . وإن كان رجعيّاً ، بني على أن الرجعة هل هي فراش ، أم لا ؟ إن قلنا : لا ، عرض أيضاً ، وإن قلنا : فراش ، وأن السنين الأربع في حقها تعتبر من انقضاء العدة ، فالولد ملحق [بالزوج] ولا يعرض على القائف .

ثم في هذا الفرع مسألتان .

إحدهما : إذا رجع الزوج في مدة الحمل ، بني على ما إذا تأخرت عدة الزوج

(١) في الأصل : أن في .

لإحبال الواطئ ، هل له الرجعة في مدة الحمل ؟ إن قلنا : نعم ، صحت رجعته ، وهو الأصح ، وإلا فلا . فلو بان بعد الوضع أن الحمل منه بإلحاق القائف ، فهل يحكم الآن بأن الرجعة وقعت صحيحة ؟ وجهان . أصحها : نعم . ولو راجع بعد الوضع ، لم يحكم بصحة الرجعة أيضاً ، لاحتمال كون الحمل منه ، وأن عدته انقضت بوضعه . فلو بان بإلحاق القائف أن الحمل من وطء الشبهة ، ففي الحكم الآن بصحة الرجعة الوجهان ، هذا إذا راجع في القدر المتيقن بعد الوضع أنه من الأقراء دون ما أوجبناه احتياطاً .

بيانه : وطئها الأجنبية بعد مضي قرء من وقت الطلاق ، فالقدر الذي يتيقن لزومه بعد الوضع قرآن ، وإنما نوجب القرء الثالث احتياطاً ، لاحتمال كون الحمل من الزوج . ولو راجع مرتين ، مرة قبل الوضع ، ومرة بعده في القرءين ، ففي صحة رجعته وجهان . أصحها : الصحة ، وبه قال القفال ، لوجود رجعة في عدته يقيناً ، والثاني : المنع ، للتعدد . ولو جدد النكاح ، إذا كان الطلاق بائناً ، نظر ، إن نكحها مرة واحدة قبل الوضع أو بعده ، لم يحكم بصحته ، لاحتمال كونه في عدة الشبهة . فإن بان بعد ذلك كون العدة كانت منه بإلحاق القائف ، قال المتولي : فهو على الخلاف في الرجعة . قال : وليس هو من وقف العقود ، وإنما هو وقف على ظهور أمر كان عند العقد .

وإن نكحها مرتين قبل الوضع وبعده ، ففي صحته وجهان ، كالرجعة . قال الإمام : الأصح هنا المنع ، لأن الرجعة تحتل ما لا يحتلله النكاح ، ولهذا تصح في الإحرام ، والوجهان مفرعان على صحة تجديد الزوج في عدته ، مع أن في ذمتها عدة شبهة ، وإلا فلا يصح قطعاً ، لاحتمال تأخر عدة الشبهة ، فلا تصح المرة الأولى للعدة التي في ذمتها ، ولا الثانية ، لكونها في عدة شبهة . فلو نكحها الواطئ بشبهة قبل الوضع أو بعده في القرءين ، لم يصح ، لاحتمال كونها في عدة الزوج . ولو نكحها بعد الوضع في القرءين ، ثم بان بالقائف أن الحمل من الزوج ، ففي

تبين الصحة الخلاف السابق . ولو نكحها في القراء الثالث ، صح قطعاً ، لأنها في عدته إن كان الحمل من الزوج ، وإلا فغير معتدة .

المسألة الثالثة : سنذكر إن شاء الله تعالى أن الرجعية تستحق النفقة في العدة ، وأن البائن لا تستحقها إلا إذا كانت حاملاً ، ونذكر قولين في أن تلك النفقة للحمل ، أم للحامل ؟ وقولين في أن تلك النفقة تصرف إليها يوماً بيوم ، أم يصرف الجميع إليها عند الوضع ؟ وأن المعتدة عن وطء شبهة لا نفقة لها على الواطئ إذا قلنا : النفقة للحامل .

إذا عرفت هذه الجمل ، فإن قلنا : النفقة للحامل وهو الأظهر ، لم تطالب المرأة الزوج ، ولا الواطئ بالنفقة مدة الحمل المحتمل . فإذا وضعت ، نظر ، إن أحقه القائف بالزوج ، طالته بنفقة مدة الحمل الماضية ، وهذا إذا لم تصر فراشاً للثاني ، بأن لم يوجد إلا وطء شبهة ، وينبغي أن يستثنى زمن اجتماعها بالثاني ، فإن صارت فراشاً له ، بأن نكحها جاهلاً وبقيت في فراشه حتى وضعت ، فلا نفقة لها على الزوج ، لكونها ناشئة بالنسكاح ، فإن فرق الحاكم بينها قبل الوضع ، طالته بالنفقة من يوم التفريق إلى الوضع ، ثم لا نفقة لها على الواطئ في عدتها عنه بالأقراء . وإن أحقه القائف بالواطئ ، لم يلزم واحداً منها نفقة مدة الحمل ، ويلزم الزوج نفقة مدة القراء بعد الوضع إذا كان الطلاق رجعياً ، ويلزمه أيضاً نفقة مدة النقاس على الأصح ، كما أن له الرجعة فيها ، ولا يمنع ذلك كونه لا يحسب من العدة كمدة الحيض ، وإن لم تلحقه بواحد منها ، أو لم يكن قائف ، فلا نفقة على الواطئ ، ولا على الزوج وإن كان الطلاق بائناً ، لأننا لانعلم حال الحمل ، ولا نفقة إذا لم يكن حمل . وإن كان رجعياً ، فلا نفقة لمدة كونهما فراشاً ، ولها عليه الأقل من نفقتها من يوم التفريق إلى الوضع ، ونفقتها في القدر الذي تكمل به عدة الطلاق بعد الوضع وهو قرآن في المثال السابق . هذا إذا قلنا : النفقة للحامل ، فإن قلنا : إنها للحمل ، فعلى أحدهما نفقة مدة الحمل ييقين ،

فإذا أشكل الحال ، أنفقا عليه بالسوية ، فإن قلنا : نصرف الجميع إليها بعد الوضع ، أخذت من كل واحد منها نصف نفقتها ، هكذا رتب ابن الصباغ والروباي في « جمع الجوامع » ، وهو المذهب . ومنهم من أطلق أنها لاتطالب واحداً منها في مدة الحمل ، ولم يفرق هؤلاء بين قولنا : النفقة للحمل أو للحامل ، فعلى هذا ، إذا وضعت فالحقه القائف بالواطىء ، قال الإمام والغزالي : لاتطالب بالنفقة الماضية ، بناء على أن نفقة القريب تسقط بمضي الزمان ، والذي ذكره البغوي وجماعة ، أنه يطالب بتلك النفقة ، وقالوا : هذه النفقة تصير ديناً في الذمة وليست كنفقة الأقارب . قال الإمام : ولم يقل أحد من الأصحاب ، أنه إذا ألحقه القائف بالزوج ، لايطالب بالنفقة الماضية ، تفريعاً على أنها للحمل ، وأنها تسقط بمضي الزمان ، قال : والقياس يقتضي المصير إليه . أما نفقة الولد بعد الوضع وحضنته ، فعلى ما ألحقه القائف به منها ، فإن لم يكن قائف ، أو أشكل عليه ، فهي عليها مناصفة إلى أن يوجد القائف ، أو يبلغ الصبي ، فينتسب إلى أحدهما . وقيل : لايطالبان بالنفقة في مدة الاشكال ، وهو ضعيف . ثم إذا أنفقا [عليه] ، ثم لحق الولد بأحدهما بإلحاق القائف ، أو بانتسابه ، رجع الآخر عليه بما أنفق بشرطين ، أحدهما : أن يكون الإنفاق بإذن الحاكم ، وإلا فهو متبرع . والثاني : أن لا يكون مدعياً للولد ، فإن كان يدعيه ، فلا رجوع لأنه أنفق على ولده بزعمه . ولو مات الولد في زمن الإشكال ، فكفنه عليها ، والأُم ثلث ماله ، ويوقف الباقي بين الزوج والواطىء حتى يصطلحا . فإن كان لها ولدان آخران ، أو كان لكل واحد من الزوج والواطىء ولدان ، فلها ^(١) السدس . فإن كانت لأحدهما ولدان دون الآخر ، فهل لها ^(٢) الثلث للشك في كونها أخوين للميت ، أم السدس لأنه اليقين ؟ وجهان .

(١) في الأصل : فلها .

(٢) في الأصل : لها .

قلت : الأصح أو الصحيح أنه السدس ، والله أعلم

ولو أوصى لإنسان لهذا الحمل بشيء ، فانفصل حياً ، ثم مات ، فإن مات بعد قبول الزوج والواطىء الوصية ، فالوصية مستقرة ، لأن أحدهما أبوه ، والمال لورثته كما ذكرنا ، وإن مات قبل أن يقبلا ، فحق القبول للورثة .

ولو سمي الموصي أحدهما ، فقال : أوصيت لحمل فلان هذا ، فإن ألحقه القائف بغير المسمى ، بطلت الوصية ، وإن ألحقه به ، صحت ، وإن نفاه باللعان ، ففي بطلانها وجهان .

فرع

ما ذكرناه من كون العدتين من شخصين ، لا يتداخلان إذا كان في شخصين محترمين . فأما إذا طلق حربي زوجته ، فوطئها في عدته حربي آخر بشبهة ، أو نكحها ووطئها ، ثم أسلمت مع الثاني ، أو دخلا بأمان ، وترافعا إلينا ، فحكى عن النص أنه لا يجمع عليها عدتان ، بل يكفيها واحدة من يوم وطئها الثاني . وللأصحاب طرق . أحدها : الاكتفاء بعده عملاً بهذا النص ، لأن حقوقهم ضعيفة ، وماؤهم غير محترم ، فيراعى أصل العدة ، ويجعل جميعهم كشخص . والثاني : القطع بأنه لا بد من عدتين كالمسلمين ، ورد هذا النص . والثالث : على قولين . ونقل السرخسي والرويانى ، أن بعضهم خرج من هذا النص ، فيما إذا كانت العدتان لمسلمين ، وجعل الصورتين على قولين نقلاً وتخريجاً ، وهذا غريب ضعيف جداً . فإذا قلنا في الكافرين : يكفي عدة ، فهل نقول : هي للوطء الثاني فقط وتسقط بقية عدة الأول لضعف حقوق الحربي وبطلانها بالاستيلاء عليه ، أو على زوجته ، أم نقول : تدخل بقية العدة الأولى في الثانية ؟ وجهان .

قلت : أرجحها الأول والله أعلم

قال المتولي : ولو أسلمت المرأة ، ولم يسلم الثاني ، وجب أن تكمل العدة الأولى ، ثم تعتد عن الثاني قطعاً ، لأن العدة الثانية ليست هنا أقوى حتى تسقط بقية الأولى أو تدخل فيها . قال : ولو كان الأول طلقها رجعية ، وأسلمت مع الثاني ، ثم أسلم الأول ، فله الرجعة في بقية عدته ، وإن قلنا بدخولها في العدة الثانية . وإن قلنا بسقوطها ، فلا . قال : ولو أراد الثاني أن ينكحها ، فله ذلك إن قلنا : بسقوط بقية العدة الأولى ، لأنها في عدته فقط ، وإن قلنا بدخولها في الثانية ، فلا حتى تنقضي تلك البقية ، قال : ولو كانت حاملاً من الأول ، لم تكفها عدة واحدة ، بل تستأنف بعد الوضع عدة الثاني . وإن أحبلها الثاني ، فإن قلنا : تسقط بقية الأولى ، فكذا هنا ، ويكفيها وضع الحمل . وإن قلنا بالتدخل ، عادت بعد الوضع إلى بقية العدة الأولى ، لأن الحمل ليس من الأول ، فلا تنقضي به عدته . ولو طلق حربي زوجته ، فوطئها في العدة حربي بنكاح وطلقها حربي^(١) ، فيها الخلاف ، وفيه صور الإمام المسألة .

فصل

طلق زوجته وهجرها ، أو غاب عنها ، انقضت عدتها بمضي الأقراء أو الأشهر . فلو لم يهجرها ، بل كان يطؤها ، فإن كان الطلاق بائناً ، لم يمنع ذلك انقضاء العدة ، لأنه وطئ زناً لا حرمة له ، وإن كان رجعياً ، قال المتولي : لا تشرع في العدة مادام يطؤها ، لأن العدة لبراءة الرحم وهي مشغولة .

وإن كان لا يطؤها ، ولكن يخالطها ويعاشرها معاشرة الأزواج ، فثلاثة أوجه . أحدها : لا تحسب تلك المدة من العدة ، لأنها شبيهة بالزوجات دون المطلقات المهجورات . والثاني : تحسب ، لأن هذه المخالطة لا توجب عدة ، فلا تمنعها ، حكاه الغزالي عن المحققين . والثالث وهو الأصح ، وبه أخذ الأئمة ، منهم القفال

(١) في الأصل : حرى .

والقاضي حسين ، والبغوي في « التهذيب » و « الفتاوى » ، والرويانى في « الحلية » :
 إن كان الطلاق بائناً ، حسب مدة المعاشرة من العدة . وإن كان رجعيّاً ، فلا ،
 لأن مخالطة البائن محرمة بلا شبهة ، فأشبهت الزنا بها . وفي الرجعية الشبهة قائمة ،
 وهو بالمخالطة مستفرش لها ، فلا يحسب زمن الاستفراش من العدة ، كما لو نكحت
 في العدة زوجاً جاهلاً بالخال ، لا يحسب زمن استفراشه . ثم يتعلق بالمسألة فرعان .
 أحدهما : قال البغوي في « الفتاوى » : الذي عندي ، أنه لا رجعة للزوج بعد
 انقضاء الأقراء ، وإن لم تنقض العدة عملاً بالاحتياط في الجانبين . وفي فتاوى القفال
 ما يوافق هذا ، وأما لحوق الطلقة الثانية والثالثة ، فيستمر إلى انقضاء العدة عملاً
 بالاحتياط أيضاً ، وقد صرح به الرويانى في « الحلية » . الثاني : قال في « البسيط » :
 يكفي في الحكم بالمعاشرة الخلوة ، ولا يكفي دخول داره فيها ، ولا يشترط
 تواصل الخلوة ، بل يكفي أن يخلو بها الليالي ، ويفارقها الأيام كما هو المعتاد بين
 الزوجين . فلو طالبت المفارقة ، ثم جرت خلوة ، ففي البناء على ما مضى احتمالان .
 أشبههما : البناء ، وأجرى الخلاف المذكور في الأصل فيما لو طلق زوجته الأمة
 فعاشرها السيد ، هل تمنع من الاحتساب بالعدة ؟ قال البغوي في الفتاوى : ولو
 طلق زوجته ثلاثاً ونكحها في العدة على ظن أن عدتها انقضت وحلت ، فينبغي
 أن يقال : زمن استفراشها لا يحسب من العدة كالرجعية ، وأما إذا خالط المعتدة
 أجنبي عالماً ، فلا يؤثر ، كما لا يؤثر وطؤه . وإن خالط بشبهة ، فيجوز أن يمنع من
 الاحتساب ، كما سبق أنها في زمن الوطء بالشبهة خارجة عن العدة .

وجميع ما ذكرناه ، فيما إذا كانت حائلاً ، فأما المعتدة بالحمل ، فلا شك أن
 معاشرتها لا تمنع انقضاء العدة بالوضع .

فرع

سبق أنه إذا نكح معتدة على ظن الصحة ، ووطئها ، لم يحسب زمن استفراشه
 إياها عن عدة الطلاق . ومن أي وقت يحكم بانقضاء العدة ؟ فيه أربعة أوجه .

أصحها : من وقت الوطء ، لأن النكاح الفاسد لاحرمته له . والثاني : من حين يخلو بها ويعاشرها ، وإن لم يوطأ . والثالث : من وقت العقد إن اتصل به زفاف ، وإلا فلا . والرابع : من وقت العقد وإن لم يتصل به زفاف ، وبه قال القفال الشاشي ، لأنها بالعقد معرضة عن العدة .

فرع

من نكح معتدة من غيره جاهلاً ووطئها ، لم تحرم عليه على التأييد ، هذا هو المذهب ونصه في الجديد . وعن القديم : أنها تحرم أبداً ، ومنهم من أنكر القديم . وذكر الذين أثبتوه وجهين في أن التحريم المؤبد يشترط فيه تفريط الحاكم كاللعان ، أم لا ، كالارضاع ؟ ونقل الروياني إجراء القديم في كل وطء يفسد النسب ، كوطء زوجة الغير ، أو أمته بالشبهة .

فصل

طلق رجعيًا ثم راجعها ، انقضت العدة ، فإن طلقها بعده ، فلها حالان . أحدهما : أن تكون حائلاً ، فإن وطئها بعد الرجعة ، لزمها استئناف العدة ، وإلا لزمها الاستئناف أيضاً على الجديد الأظهر . وفي القديم : تبني على العدة السابقة . فعلى هذا ، لو راجعها في خلال الطهر ، فهل يحسب ما مضى من الطهر قرءاً ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، لأن بعض القرء كالقرء . فعلى هذا إذا كانت الرجعة في خلال الطهر الثالث ، ثم طلقها ، فلا شيء عليها على قول البناء ، لتمام الأقراء بما مضى ، وأصحها : لا ، بل عليها في هذه الصورة قرء ثالث ، وإنما يجعل بعض الطهر من آخره قرءاً لانصاله بالحيض ، ودلالته على البراءة ، بخلاف بعض الأول .

الحال الثاني : أن تكون حاملاً ، فإن طلقها ثانية قبل الولادة ، انقضت عدتها بالولادة ، ووطئها أم لا . وإن ولدت ثم طلقها ، فإن وطئها قبل الولادة أو بعدها ، لزمها استئناف العدة بالأقراء ، وإن لم يوطأ ، استأنفت أيضاً على المذهب .

وقيل : وجهان ، أصحها : هذا ، والثاني : لأعدة عليها ، وتنقضي عدتها بالوضع ، هذا كله إذا طلقها ثم راجعها ثم طلقها . فلو طلقها ولم يراجعها ، ثم طلقها أخرى ، فالمذهب أنها تبني على العدة الأولى ، لأنها طلاقان لم يتخللها وطء ولا رجعة ، فصار كما لو طلقها طلقتين معاً . وقال ابن خيران والاصطخري والقفال : في وجوب الاستئناف قولان ، كما في الحال الأول . ولو راجعها ثم خالعاها ، فإن جعلنا الخلع طلاقاً ، فهو كما لو طلقها بعد الرجعة ، وإن جعلناه فسخاً ، فطريقات . أحدهما : أن وجوب الاستئناف على القولين . والثاني : القطع بالاستئناف ، لأن الفسخ ليس من جنس الطلاق ، فلا تبني عدة أحدهما على الآخر ، وهذا الطريق أظهر عند الروباني ، ويجري الطريقان في سائر الفسوخ ، مثل أن ينكح عبد أمة ثم يطلقها رجعيّاً ، ثم تعتق هي ويفسخ النكاح .

فرع

إذا طلق المدخول بها على عوض ، أو خالعاها ، فله أن ينكحها في العدة ، ونقل في « المذهب » عن المزني : أنه لا يجوز ، كما لا يجوز لغيره ، وهذا غريب . فإذا نكحها ، فعن ابن سريج : أنه لا تنقطع عدتها ما لم يطأها ، كما لو تزوجها أجنبي في العدة جاهلاً ، والصحيح : أنها تنقطع بنفس النكاح ، لأن نكاحه صحيح ، وزوجته المباحة لا يجوز أن تكون معتدة منه ، فعلى هذا لو طلقها بعد التجديد ، نظر إن كانت حاملاً ، انقضت عدتها بوضع الحمل ، وإن كانت حائلاً ولم يدخل بها ، بنت على العدة السابقة ، ولم يلزمه إلا نصف المهر ، لأن هذا النكاح جديد طلقها فيه قبل المسيس ، فلا يتعلق به العدة ، ولا كمال المهر ، بخلاف ما سبق في الرجعية ، فإنها تعود بالرجعة إلى ذلك النكاح .

وإن دخل بها ، لزمها استئناف العدة ، وتدخل في العدة المستأنفة بقية العدة السابقة ، ولو مات عنها بعد التجديد ، فالمذهب وبه قطع البغوي وغيره : أنه يكفيها

عدة الوفاة ، وتسقط بقية العدة السابقة ، كما لو مات عن رجعية . وذكر الغزالي في اندراج تلك البقية في عدة الوفاة وجهين لاختلاف الجنس .

فصل

في مسائل تتعلق بالباب

إحداها : نكح معتدة عن وفاة ، ووطئها جاهلاً ، فأتت بولد يمكن كونه من كل منها ، ولا قائف ، انقضت بوضعه عدة أحدهما ، وعليها بعده أكثر الأمرين من بقية عدة الوفاة بالأشهر ، وثلاثة أقراء .

الثانية : وطئ الشريكان المشتركة ، لزمها استبراءان على الصحيح ، كما لا تتداخل العدتان ، وقيل : يكفي استبراء .

الثالثة : أحبل امرأة بشبهة ثم نكحها ومات قبل ولادتها ، فهل تنقضي عدتها بوضع الحمل ، أم بأكثر الأجلين من وضع الحمل ومدة عدة الوفاة ؟ وجهان . ولو ظلقها بعد الدخول ، ففي انقضاء العدتين بالوضع الوجهان ، وبالله التوفيق .

الباب الثالث

في عدة الوفاة والمفقود

إذا مات زوجها ، لزمها عدة الوفاة بالنصوص والاجماع ، فإن كانت حائلاً ، فعندنا أربعة أشهر وعشرة أيام بلياليها ، وبستوي^(١) فيها الصغيرة والكبيرة ، وذات الأقراء وغيرها ، والمدخول بها وغيرها ، وزوجة الصبي والمسوح وغيرها ، وتعتبر الأشهر بالأهلة ما أمكن . فإن مات في خلال شهر ، وكانت الباقي منه أكثر من عشرة أيام ، عدت ما بقي ، وحسبت بعدة ثلاثة أشهر بالأهلة ، وتكمل ما بقي من شهر الوفاة ثلاثين من الشهر الواقع بعد الثلاثة ، وتضم إليه عشرة

(١) في الأصل : وبستوفي .

أيام ، وإن كان الباقي من شهر الوفاة أقل من عشرة أيام ، حسبت بعد أربعة أشهر بالأهلة ، ثم تكمل بقية العشرة من الشهر السادس . وإن كان الباقي عشرة أيام بلا زيادة ولا نقص ، اعتدت بها وبأربعة أهلة بعدها . ولنا وجه شاذ : أنه إن انكسر شهر ، انكسر الجميع واعتبرت كلها بالعدد ، والصواب الأول . وإن انطبق الموت على أول الهلال ، حسبت أربعة أشهر بالأهلة ، وضمت إليها عشرة أيام من الشهر الخامس .

ولو كانت محبوسة لاتعرف الاستهلال ، اعتدت بمائة وثلاثين يوماً ، والأمة تعتد بنصف عدة الحرة وهو شهران وخمسة أيام . وسواء رأت في المدة دم حيض أم لم تره ، ولو مات الزوج والمرأة في عدة طلافه ، فإن كانت رجعية ، سقطت عنها عدة الطلاق ، وانتقلت إلى عدة الوفاة ، حتى يلزمها الإحداد ولا تستحق النفقة ، وإن كانت بائناً أكملت عدة الطلاق ، ولها النفقة إذا كانت حاملاً ، ولا تنتقل إلى عدة الوفاة حاملاً كانت أو حائلاً .

أما إذا كانت المتوفى عنها حاملاً ، فعدتها بوضع الحمل بشرطه السابق في عدة الطلاق ، وسواء تعجل الوضع أو تأخر .

فرع

عدة الوفاة تختص بالنكاح الصحيح ، فلو نكح فاسداً ومات قبل الدخول ، فلا عدة ، وإن دخل ثم مات أو فرق بينها ، اعتدت للدخول كما تعتد عن الشبهة .

فرع

طلق إحدى امرأته ، ومات قبل أن تبين التي أَرادها ، أو تبين إحداها وإن أبهم ، نظر ، إن لم تكونا ممسوستين ، أو كانتا من ذوات الأشهر ، فعلى كل منهما عدة الوفاة ، وإن كانتا حاملتين ، فعدتها بالحمل ، وإن كانتا من ذوات الأقراء ،

نظر ، إن أراد واحدة معينة ، لزم كل واحدة الاعتداد بأقصى الاجلين من عدة الوفاة ، وثلاثة أقراء ، وتحسب عدة الوفاة من حين الموت ، وتحسب الأقراء من وقت الطلاق على الصحيح ، وقيل : من حين الموت ، هذا في الطلاق البائن ، فإن كان رجعيًا ، فالرجعة تنتقل إلى عدة الوفاة ، فعلى كل واحدة عدة الوفاة . وإن أبهم الطلاق ، بني على أنه لو عين ، هل يقع الطلاق من حين اللفظ ، أم من وقت التعيين . إن قلنا : من اللفظ ، فهو كما لو أراد معينة ، وإن قلنا : من التعيين ، فوجهان . أصحها : أن عليها الاعتداد بأقصى الاجلين أيضاً ، لكن الأقراء هنا تحسب من يوم الموت . والثاني : أن كل واحدة تعتد بعدة الوفاة ، لأنه كمن لم يطلق ، ولو اختلف حال المرأتين ، فكانت إحداها ممسوسة أو حاملاً أو ذات أقراء ، والأخرى بخلافها ، عملت كل واحدة بمقتضى الاحتياط في حقها كما سبق .

فصل

الغائب عن زوجته ، إن لم ينقطع خبره ، فنسكاه مستمر ، وينفق عليها الحاكم من ماله إن كان في بلد الزوجة مال ، فإن لم يكن كتب إلى حاكم بلده ليطالبه بحقها ، وإن انقطع خبره ولم يوقف على حاله حتى يتوهم موته ، فقولان . الجديد الأظهر : أنه لا يجوز لها أن تنكح غيره حتى يتحقق موته أو طلاقه ، ثم تعتد . والقديم : أنها تتربص أربع سنين ، ثم تعتد عدة الوفاة ، ثم تنكح ، وبما احتجوا به للجديد : أن أم ولده لاتعتق ، ولا يقسم ماله ، والأصل الحياة والنكاح ، وأنكر بعضهم القديم .

وسواء فيما ذكرناه المفقود في جوف البلد أو في السفر وفي القتال ، ومن انكسرت سفينته ولم يعلم حاله .

وإن أمكن حل انقطاع الخبر على شدة البعد والإيغال في الأسفار ، فقد حكى الإمام في إجراء القول القديم تردد ، والأصح إجراؤه . ويتفرع على القولين صور .

إحداها : إذا قلنا بالقديم ، تربصت أربع سنين ، ثم يحكم الحاكم بالوفاة وحصول الفرقة ، فتعد عدة الوفاة ، ثم تنكح ، وهل تفتقر مدة التربص إلى ضرب القاضي ، أم لا ويحسب من وقت انقطاع الخبر ؟ فيه وجهان ، ويقال : قولان ، أصحابها عند كثير من الأئمة : يفتقر ، ولا تحسب ما مضى قبله ، فإذا ضرب القاضي المدة فمضت ، فهل يكون حكماً بوفاته ، أم لا بد من استئناف حكم ؟ وجهان . أصحابها : الثاني . وإذا حكم الحاكم بالفرقة ، فهل ينفذ ظاهراً وباطناً ، أم ظاهراً فقط ؟ وجهان أو قولان .

قلت : أصحابها الثاني^(١) . والله اعلم

الثانية : إذا حكم القاضي بمقتضى القديم ، فهل ينقض حكمه تقرباً على الجديد ؟ وجهان . أصحابها : نعم .

الثالثة : إذا نكحت على مقتضى القديم ، ثم بان الزوج ميتاً وقت الحكم بالفرقة ، ففي صحة النكاح على الجديد وجهان ، بناءً على بيع مال أبيه مع ظر الحياة إذا بان ميتاً .

الرابعة : طلقها المفقود ، أو آلى منها ، أو ظاهر ، أو قذفها ، فإن كان قبل الحكم بالفرقة ، فهذه التصرفات أحكامها من الزوج قطعاً ، وإن كان بعده ، فقال الأصحاب : على الجديد : تلزم أحكامها ، وليكن هذا تقرباً على أنه ينقض على الجديد حكم من حكم بالقديم .

وأما إذا قلنا بالقديم ، فإن قلنا : ينفذ الحكم ظاهراً فقط ، ثبت أحكام هذه التصرفات ، وإن قلنا : ينفذ ظاهراً وباطناً ، فهو كالأجنبي يباشرها .

الخامسة : نفقتها واجبة على المفقود ، لأنها مسلّمة نفسها ، فإن رفعت الأمر

(١) لفظة « الثاني » لم ترد في جميع النسخ ، وكان موضعها بياضاً ، وقد أثبت على هامش إحدى نسخ الظاهرية ما نصه : وفي نسخة : الثاني .

إلى القاضي ، وطلبت الفرقة ، نفقة مدة التبرص عليه ، لأنها محبوسة عليه بعد ، فإن انقضت وحكم القاضي بالفرقة والاعتداد . فإن قلنا بالقديم ، فلا نفقة لها في مدة العدة ، لأنها عدة الوفاة . وفي السكني قولان ، وإن قلنا بالجديد ، فالنفقة على المفقود ، لأنها زوجته ، ويستمر ذلك حتى تنكح . فحينئذ تسقط لأنها ناشئة بالنكاح وإن كانت فاسداً . وعن القاضي أبي الطيب القطع بالنفقة في مدة العدة على القولين ، كمدة التبرص ، والمذهب الأول ، وإذا فرق بينهما وقد عاد المفقود وسلمت إليه ، عادت نفقتها عليه ، فإن كان الثاني دخل بها ، لم يلزم المفقود نفقة زمان العدة ، وإن لم يعد المفقود وعادت هي بعد التفريق إلى بيته ، ففي عود النفقة قولان . وقيل : إن نكحت بنفسها بغير حكم حاكم ، عادت النفقة ، وإلا فلا .

قال الروباني : الأظهر أنها لا تعود ، وينبغي أن يقطع به إذا لم يعلم الزوج عودها إلى الطاعة . قال : وهو الذي ذكره القفال ، وأما النفقة على الزوج الثاني ، فلا يخفى حكمها على القديم ، وأما على الجديد ، فلا نفقة لزمن الاستفراش ، إذ لا زوجية ، فإن أنفق ، لم يرجع عليها لأنه متطوع ^(١) . إلا أن يلزمه الحاكم ، فيرجع عليها على الصحيح ، وقيل : على الزوج الأول . وإذا شرعت في عدة الثاني ، فلا نفقة إلا أن تكون حاملاً ، فقولان بناءً على أن النفقة للحمل ، أم للحامل .

السادسة : إذا ظهر المفقود ، فإن قلنا بالجديد ، فهي زوجته بكل حال ، فإن نكحت ، لم يطأها المفقود حتى تنقضي عدة النكاح ، وإن قلنا بالقديم ، ففيه طرق . أحدها : عن أبي علي : ابن أبي هريرة ، والطبري ، أن الحكم كذلك ، لأنها تيقنا الخطأ في الحكم بموته ، فصار كمن حكم بالاجتهاد ، ثم وجد النص بخلافه ، وهذا أصحها عند الروباني . والثاني : إن قلنا ينفذ الحكم بالفرقة ظاهراً فقط ،

(١) في الأصل : مقطوع .

فالحكم كما ذكرنا . وإن قلنا : ينفذ ظاهراً وباطناً ، فقد ارتفع نكاح الاول كالفسخ بالإعسار . فإن نكحت ، فهي زوجة الثاني . قاله أبو إسحاق . والثالث عن أبي إسحاق أيضاً : إن ظهر وقد نكحت ، لم ترد إلى المفقود ، وإن لم تنكح ، ردت إليه . وإن حكم الحاكم بالفرقة . والرابع : لا ترد إلى الاول قطعاً . والخامس عن الكرابيسي ، عن الشافعي رحمهما الله تعالى : أن المفقود بالخيار بين أن ينزعها من الثاني ، وبين أن يتركها ويأخذ منه مهر المثل . ومستنده ، أن عمر رضي الله عنه قضى به . وعن القاضي حسين زيادة فيه ، وهي أنه إن فسخ غرم الثاني مهر مثلها . والسادس : أن نكاح الاول كان ارتفع بلا خلاف ، لكن إذا ظهر المفقود ، هل يحكم ببطان نكاح الثاني ؟ وجهان . أصحها : لا ، لكن للمفقود الخيار كما ذكرنا . وإذا قلنا : نكاح الثاني باطل ، فهل نقول : وقع صحيحاً ثم إذا ظهر المفقود^(١) بطل ؟ أم نقول : نتبين بظهور المفقود أنه وقع باطلاً ؟ وجهان . فعلى الثاني : يجب مهر المثل إن جرى دخول ، وإلا فلا شيء ، وعلى الأول : الواجب المسمى أو نصفه ، ولو ظهر المفقود وقد نكحت وماتت ، فهل يرثها الأول الثاني ؟ يخرج على هذه الطرق .

السابعة : إذا نكحت على مقتضى القديم وأنت بولد يمكن كونه من الثاني ، وجاء المفقود ولم يدع الولد ، فهو للثاني ، لأن بضئ أربع سنين يتحقق براءة الرحم من المفقود ، وإن ادعاه فوجهات . أصحها : يسأل عن جهة ادعائه ، فإن قال : هو ولدي ولدته زوجتي على فراشي ، قلنا له : هذه دعوى باطلة ، لأن الولد لا يبقى في الرحم هذه المدة ، وإن قال : قدمت عليها في أثناء هذه المدة فوطئتها وكان قوله محتملاً ، عرض الولد على القائف ، والوجه الثاني : يعرض على القائف من غير بحث واستقصاء . وذكر الروباني أن الوجهين أخذاً من وجهين نقلا في أن هذه المرأة لو أتت بولد من غير أن تتزوج ، هل يلحق المفقود ؟ إن

(١) في الأصل : الثاني .

قلنا : نعم ، فلا حاجة إلى السؤال وإن قلنا : لا وهو الأصح ، فلا بد منه ،
 وحيث قلنا : لولد للثاني ، وحكمنا ببقاء النكاح الأول ، فله منعها من إرضاع
 الولد إلا اللبأ الذي لا يعيش إلا به ، وكذا إذا لم يوجد مرضعة غيرها ، ثم
 إن لم تخرج من بيت الزوج وأرضعته فيه ولم يقع خلل في التمكين ، فعلى الزوج
 نفقتها ، سواء وجب الإرضاع ، أم لا ، وإن خرجت للإرضاع ^(١) بغير إذنه ، سقطت
 نفقتها ، وإن خرجت له بإذنه ، فوجهان بناءً على ما لو سافرت بإذنه لحاجتها ، وإن
 كان الإرضاع واجباً ، فعليه أن يأذن .

الثامنة : نكحت على مقتضى القديم ، ووطئها الثاني ، ثم علم أن الأول كان
 حياً وقت نكاحه ، وأنه مات بعد ذلك ، فإن قلنا : تقع الفقرة ظاهراً وباطناً ،
 فهي زوجة الثاني ، ولا يلزمها بموت الأول عدة ، وإن قلنا : لا فرقة باطناً ، فعليها
 عدة الوفاة عن الأول ، لكن لا تشرع فيها حتى يموت الثاني ، أو يفرق بينها وبينه ،
 وحينئذ تعدل الأول عدة الوفاة ، ثم للثاني بثلاثة أقراء أو ثلاثة أشهر . وإن مات
 الثاني أولاً ، أو فرق بينهما ، شرعت في الأقراء . فإن تمت الأقراء ، ثم مات الأول ،
 اعتدت عن الأول عدة الوفاة ، وإن مات الأول قبل تمام الأقراء ، فوجهان .
 أصحها : تنقطع الأقراء ، فتعتد عن الأول للوفاة ، ثم تعود إلى بقية الأقراء .
 والثاني : تقدم ما شرعت فيه ، وإن ماتا معاً أو لم يعلم السابق منهما ، اعتدت بأربعة
 أشهر ، وعشرة أيام ، وبعدها بثلاثة أقراء لتبرأ من العدتين بيقين . ولو لم يعلم
 موتها حتى مضت أربعة أشهر وعشرة أيام وثلاثة أقراء بعدها ، فقد انقضت العدتان ،
 ولو كانت حاملاً من الثاني ، اعتدت منه بالوضع ، ثم تعتد عن الأول عدة
 الوفاة ، والأصح : أنه يحسب منها زمن النفاس ، لأنه ليس من عدة الثاني ، وقيل :
 لا يحسب لتعلقه بالحمل .

(١) في الأصل : الارضاع .

فُرْع

زوجة الغائب إذا أخبرها عدل ب وفاة زوجها ، جاز لها فيما بينها وبين الله تعالى ، أن تتزوج ، لأن ذلك خبر لا شهادة ، ذكره القفال .

فصل

يجب على المعتدة الإحداد (١) في عدة الوفاة ، ولا يجب في عدة الرجعية ، لكن روى أبو ثور عن الشافعي رحمه الله تعالى ، أنه يستحب لها الإحداد ، ومن الأصحاب من قال : الأولى أن تتزين بما يدعو الزوج إلى رجعتها . وفي عدة البائن بخلع أو استيفاء الطلقات قولان ، القديم : وجوب الإحداد ، والجديد : الأظهر : لا يجب ، بل يستحب . والمفسوخ نكاحها لعيب ونحوه ، على القوانين . وقيل : لا يجب قطعاً ، والمعتدة عن وطء شبهة أو نسكاح فاسد ، وأم الولد ، لا إحداد عليهن قطعاً لعدم الزوجية . وقوله ﷺ : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ، إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً » قد يحتج به على تحريم الإحداد على أم الولد ، والمعتدة عن شبهة .

فرع

الذمية ، والصبية ، والمجنونة ، والرقيقة ، كغيرهن في الإحداد ، وولي الصبية والمجنونة ، يمنعها مما تمتنع منه الكبيرة العاقلة .

فرع

في كيفية الاحداد

وهو ترك التزيّن بالثياب ، والحلي والطيب .
النوع الأول : الثياب ، ولا يحرم جلس القطن والصوف ، والوبر والشعر ،

(١) في الأصل : الاحتداد .

والكتان والقصب والدقيق ، بل يجوز لبس المنسوج منها على أنواع اختلاف ألوانها الخلفية وإن كانت نفيسة فاعمة ، لأن نفاستها ^(١) من أصل الحلقة ، لامن زينة دخلت عليها . وأما الابرسم ، فقال الجمهور : هو كالكتان فلا يحرم ما لم تحدث فيه زينة . وقال القفال : يحرم ، واختاره الإمام والغزالي والمتولي ، فعلى هذا ، لا تلبس العتاني الذي غلب فيه الابرسم ، ولها لبس الحز قطعاً . ولو صبغ ما لا يحرم في جنسه ، نظر في صبغه ، إن كان مما ^(٢) يقصد منه الزينة غالباً ، كالأحمر والأصفر ، حرم لبسه إن كان ليناً ، وكذا إن كان خشناً على المشهور ، وهو نه في د الأم ، ويدخل في هذا القسم ، الديباج المنقش ، والجوهر الملوث ، فيحرمان . والمصبوغ غزله قبل النسج كالبرود حرام على الأصح ، كالمصبوغ بعد النسج ، وإن كان الصبغ لا يقصد به الزينة ، بل يعمل للصية ، واحتمال الوسخ كالأسود والكحلي ، فلها لبسه وهو أبلغ في الحداد ، بل في د الحاوي ، وجه أنه يلزمها السواد في الحداد . وإن كان الصبغ متردداً بين الزينة وغيرها ، كالأخضر والأزرق ، فإن كان براقاً صافي اللون فحرام ، وإن كان كدراً أو مشبعاً ، أو أكهب وهو الذي يضرب إلى الغبرة ، جاز ، وأما الطراز على الثوب ، فإن كان كبيراً فحرام ، وإلا فتلاثة أوجه ، ثالثها : إن نسج مع الثوب ، جاز ، وإن ركب عليه ، حرم ، لأنه محض زينة .

النوع الثاني : الحلي ، فيحرم عليها لبسه ، سواء فيه الخلخال والسوار والخاتم وغيرها ، والذهب والفضة ، وقال الإمام : يجوز لها التخنم بخاتم الفضة كالرجل ، وبالأول قطع الجمهور . وفي د الآلي ، تردد للإمام ، وبالتحريم قطع الغزالي وهو الأصح . قال الروياني : قال بعض الأصحاب : لو كانت تلبس الحلي ليلاً وتزعه نهراً ، جاز ، لكنه يكره لغير حاجة ، فلو فعلته لإحراز المال ، لم يكره . قال : ولو تحلت بنحاس أو رصاص ، فإن كان مبرهاً بذهب أو فضة أو مشابهاً

(١) في الأصل : نفاستها . (٢) في الأصل : ما .

لها ، بحيث لا يعرف إلا بتأمل ، أو لم يكن كذلك ، ولكنها من قوم يتزينون بذلك ، فحرام ، وإلا فحلل .

النوع الثالث : الطيب فيحرم عليها الطيب في بدنها وثيابها ، وتفصيل الطيب سبق في كتاب الحج ، ، ويجرم دهن رأسها بكل دهن . ولو كان لها حية ، حرم دهنها وإن لم يكن في الدهن طيب ، لأنه زينة ، ويجوز لها دهن البدن بما لا طيب فيه ، كالزيت والشيرج والسمن ، ولا بما فيه طيب كدهن البان والبنفسج ، ويجرم عليها أكل طعام فيه طيب ، ويجرم أن تكتحل بما فيه طيب . وأما مالا طيب فيه ، فإن كان أسود وهو الإمد ، فحرام على البيضاء قطعاً ، وكذا على السوداء على المشهور والصحيح ، لإطلاق الأحاديث فيه ، فإن احتاجت إلى الاكتحال به لرمد وغيره ، اكتحلت به ليلاً ومسحته نهائراً ، فإن دعت ضرورة إلى الاستعمال نهائراً أيضاً جاز ، ويجوز استعماله في غير العين ، إلا الحاجب ، فإنه تزين به فيه . وأما الكحل الأصفر وهو الصبر ، فحرام على السوداء ، وكذا على البيضاء على الأصح ، لأنه يحسن العين . ويجرم أيضاً أن تطلي به وجهها ، لأنه يصفر الوجه ، فهو كالخضاب . وأما الكحل الأبيض كالتوتياء ونحوه ، فلا يجرم ، إذ لا زينة فيه . وقيل : يجرم على البيضاء حيث تزين به ، والصحيح الأول ، ويجرم الدمام ، وهو ما يطلى به الوجه للتحسين . وقيل : هو الكلنكون الذي يجمر الوجه ، ويجرم الاسفيداج ، ويجرم أن تخضب بحناء ونحوه فيما ظهر من البدن كالوجه واليدين والرجلين ، ولا يجرم فيما تحت الثياب ، ذكره الروياني . والغالية وإن ذهبت رنجها كالخضاب . قال الإمام : وتجعيد الأصداغ ، وتصفيف الطرة ، لانقل فيه ، ولا يمنع أن يكون كالحلي .

فرع

يجوز للمعدة التزين في الفرش والبسط والستور وأثاث البيت ، لأن الحداد في

البدن ، لا في الفروش ، ويجوز التنظيف بغسل الرأس ، والامتنشاط ، ودخول الحمام ،
وقلم الأطفال ، والاستعداد وإزالة الأوساخ ، فانها ليست من الزينة .

فرع

إذا لم نوجب الاحداد على المبتوتة ، ففي تحريم التطيب وجهان ، لأنه
يحرك الشهوة .

فرع

يجوز لها الاحداد على غير الزوج ثلاثة أيام فما دونها ، صرح به المتولي ، والغزالي
في « البسيط » للحديث الصحيح الذي ذكرناه .

فرع

لو تركت الإحداد الواجب عليها في كل المدة أو بعضها ، عصت وانقضت
عدتها . وكذا لو تركت ملازمة المسكن وخرجت من غير حاجة ، عصت وانقضت
عدتها بمضي المدة ، كما لو بلغها وفاة الزوج بعد مضي أربعة أشهر وعشر ، كانت
العدة منقضية وبالله التوفيق .

الباب الرابع

في السكنى

المعتدة عن طلاق رجعي أو بائن بخلع ، أو باستيفاء الطلقات ، تستحق السكنى
حاملًا كانت أو حائلاً ، وكذا المعتدة عن وفاة على الأظهر . وأما المعتدة عن
النكاح بفرقة غير الطلاق في الحياة ، كالفسخ برودة أو إسلام أو رضاع أو عيب
ونحوه ، ففيها خمسة طرق .

أحدها : على قولين كالمعتدة عن وفاة .

والثاني : إن كان لها مدخل في ارتفاع النكاح ، بأن فسخت بخيار العتق ، أو بعيب الزوج ، أو فسخ بعيبها ، فلا سكنى قطعاً ، وإن لم يكن ، بأن انفسخ بإسلامه أو رده ، أو إرضاع أجنبي ، ففي استحقاقها السكنى القولان .

والثالث : إن كان لها مدخل ، فلا سكنى ، وإلا فلها السكنى قطعاً .

والرابع ذكره البغوي : إن كانت الفرقة بعيب أو غرور ، فلا سكنى ، وإن كانت برضاع أو مصاهرة أو خيار عتق ، فلها السكنى على الأصح ، لأن السبب لم يكن موجوداً يوم العقد ، ولا استند إليه . قال : والملاعنة تستحق قطعاً كالطاقة ثلاثاً .

والخامس : القطع بأنها تستحق السكنى ، لأنها معتدة عن نكاح بفرقة في الحياة كالطاقة . قال المتولي : هذا هو المذهب . وأما المعتدة عن وطء شبهة أو نكاح فاسد ، وأم الولد إذا أعتقها سيدها ، فلا سكنى لهن ، هذا بيان السكنى ، وأما النفقة والكسوة ، فمؤخرتان إلى « كتاب النفقات » .

فرع

الصغيرة التي لا تحتمل الجماع ، هل تستحق النفقة ؟ فيه خلاف يأتي في النفقات إن شاء الله تعالى . فإن قلنا : تستحقها ، استحققت السكنى في العدة ، وإلا فلا ، والأمة المزوجة ذكرنا أنه ليس على السيد أن يسلمها ليلاً ونهاراً ، بل له استخدامها نهاراً ، وكذا الحكم في زمن العدة ، فإن سلمها ليلاً ونهاراً ، أو رفع اليد عنها ، استحققت السكنى . وإن كان يستخدمها نهاراً ، فقد ذكرنا خلافاً في استحقاقها ، النفقة في صلب النكاح . فإن استحققتها ، استحققت السكنى في العدة ، وإلا فلا ، لكن للزوج أن يسكنها حالة فراغها من خدمة السيد لتحسينها .

فرع

إذا طلقها وهي ناشئة ، فلا سكنى لها في العدة ، لأنها لا تستحق النفقة والسكنى

في صلب النكاح ، فبعد البينونة أولى ، كذا قاله القاضي حسين والمتولي ، وزاد المتولي فقال : وكذا لو نشزت في العدة ، سقطت سكنها . فلو عادت إلى الطاعة ، عاد حق السكنى . قال الإمام : إذا طلقت في مسكن النكاح ، فعليها ملازمته لحق الشرع ، فإن أطاعت ، استحققت السكنى ، وعبر بعضهم عن كلام الإمام ، بأنها إن نشزت على الزوج في بيته ، فلها السكنى في العدة ، وإن خرجت من بيته واستعصت عليه ، فلا سكنى .

فصل

من استحققت السكنى من المعتدات ، تسكن في المسكن الذي كانت فيه عند الفراق ، إلا أن يمنع منه مانع ، كما سيأتي إن شاء الله تعالى ، فليس للزوج ولا لأهله إخراجها منه ، ولا يجوز لها الخروج . فلو اتفق الزوجان على أن تنتقل إلى مسكن آخر من غير حاجة ، لم يجوز ، وكان على الحاكم المنع منه . ولو انتقلت في صلب النكاح من مسكن إلى آخر بغير إذن الزوج ، ثم طلقها أو مات ، لزمها أن [تعود إلى الأول وتعتد فيه ، ولو أذن لها بعد الانتقال أن]^(١) تقيم فيه ، كان كما لو انتقلت بإذنه . وإذا انتقلت بالاذن ، ثم طلق أو مات ، اعتدت في الانتقال إليه ، لأنه المسكن عند الفراق ، وإن خرجت فطلقها قبل وصولها إلى الثاني المأذون فيه ، فهل تعتد في الثاني أم في الأول ، أم في أقربها إليها ، أم تتخير فيها ؟ فيه أوجه ، أصحها : أولها ، وهو نصه في « الأم » ، لأنها مأمورة بالمقام فيه ، ممنوعة من الأول ، والاعتبار بالانتقال بيدنها ، لا بالأمتعة والخدم والزوج ، ولو أذن في الانتقال إلى الثاني ، فانتقلت ثم عادت إلى الأول لنقل متاع وغيره فطلقها ، فالمسكن هو الثاني ، فتعتد فيه ، كما لو خرجت لحاجة فطلقها وهي خارجة . ولو أذن لها في الانتقال إلى بلد آخر ، ثم طلقها ، أو مات ، فحكمه كما ذكرنا فيما لو أذن في الانتقال من مسكن إلى مسكن ، فإن وجد سبب الفراق بعد الانتقال

(١) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

إلى البلد الثاني ، اعتدت فيه ، وإن وجد قبل مفارقة عمران الأول ، لم تخرج ، بل تعود إلى المسكن وتعتد فيه ، وإن كان في الطريق ، فعلى الأوجه . وإن أذن في السفر لغير النقلة ، نظر ، إن تعلق بغرض مهم ، كتجارة وحج وعمرة واستحلال عن مظلمة ونحوها ، ثم حدث سبب الفرقة ، نظر ، إن كان حدث قبل خروجها من المسكن ، لم تخرج بلا خلاف . وإن خرجت منه على قصد السفر ولم تفارق عمران البلد ، فالأصح عند الجمهور أنه يلزمها العود إلى المسكن ، لأنها لم تشرع في السفر . والثاني : تنخير بين العود والمضي في السفر ، لان عليها ضرراً في إبطال سفرها ، وفوات غرضها . والثالث : إن كان سفر حج ، تنخرت ، وإلا فيلزم العود ، وإن حدث سبب الفرقة في الطريق ، تنخرت بين العود والمضي . وقيل : إن حدث بعد مسيرة يوم وليلة تنخرت ، وإن حدث قبله ، تعين العود ، وليس بشيء ، وإذا خيرناها ، فاختارت العود إلى المسكن والاعتداد ، فذاك ، وفي تعليق الشيخ أبي حامد أنه الأفضل ، وإن اختارت المضي إلى المقصد ، فلها أن تقيم فيه إلى انقضاء حاجتها ، فلو انقضت قبل تمام مدة إقامة المسافرين ، فالمدكور في « التهذيب » و « الوسيط » وغيرها ، أن لها أن تقيم تمام مدة المسافرين ، وحكي الروياني هذا عن بعضهم ، ثم غلط قائله وقال : نهاية سفرها قضاء الحاجة لا غير .

قلت : الأصح أنه لا يجوز أن تقيم بعد قضاء الحاجة ، وبه قطع صاحب « المذهب » والجرجاني ، والرافعي في « المحرر » وآخرون . والله أعلم

وإن كان أذن لها في سفر نزهة فبلغت المقصد ، ثم حدث ما يوجب العدة ، فإن لم يقدر الزوج مدة ، لم تقم أكثر من مدة المسافرين ، وإن قدر ، فهل الحكم كذلك ، أم لها استيفاء المدة المقدرة ؟ قولان . أظهرهما : الثاني ، ويجوزان فيما لو قدر في الحاجة مدة تزيد على قدر الحاجة ، لأن الزائد كالنزهة . ففي قول : يجب الانصراف إذا انقضت الحاجة . وفي قول : تقيم المأذون فيه ، ويجوزان فيما

لو أذن في الانتقال إلى مسكن آخر في البلد مدة قدرها ثم طلقها ، أو مات ، كذا حكاه الروياني عن نسه في « الأم » وفي « الوسيط » أن الطلاق يبطل تلك المدة ، ويجوز أن فيما لو أذن لها في الاعتكاف مدة ولزمتها العدة قبل مضي المدة ، هل لها إدامة الاعتكاف إلى تمام المدة ، أم يلزمها الخروج لتعتد في المسكن ؟ فإن لم يلزمها الخروج فخرجت ، بطل اعتكافها ولم يكن لها البناء عليه إذا كان مندوراً ، وإن ألزمتها ، فهل يبطل بالخروج ، أم يجوز البناء ؟ وجهان . أصحهما : الثاني . وإن حدث سبب العدة في سفر الزهدة قبل بلوغها المقصد ، فحيث قلنا في سفر الحاجة : يجب الانصراف ، فهذا أولى . وحيث قلنا : لا يجب ، فهذا وجهان . وقطع صاحب « الشامل » ، بأنه كسفر الحاجة . وأما سفر الزيارة ، فكسفر الزهدة على ظاهر النص ، وقيل : كسفر الحاجة ، ثم إذا انتهت مدة جواز الإقامة في هذه الأحوال ، فعليها الانصراف في الحال إن لم تكن انقضت مدة العدة بتمامها لتعتد بقية العدة في المسكن . فإن كان الطريق مخوفاً ، أو لم تجد رفقة ، عذرت في التأخير . فلو علمت أن البقية تنقضي في الطريق ، ففي لزوم العود وجهان . أصحهما : يلزمها ، وهو نسه في « الأم » ليكون أقرب إلى موضع العدة ، ولأن تلك الإقامة غير مأذون فيها ، والعود مأذون فيه ، هذا كله إذا أذن لها في السفر . فأما إذا خرجت مع الزوج ثم طلقها ، أو مات ، فعليها الانصراف ، ولا تقيم أكثر من مدة المسافرين ، إلا إذا كان الطريق مخوفاً ، أو لم تجد رفقة . وهذا إذا كان سفره لغرضه واستصحبها ليستمتع بها . فأما إذا كان السفر لغرضها وخرج بها ، فليكن الحكم كما لو أذن لها فخرجت . وفي لفظ « المختصر » ما يشعر بهذا .

فرع

أذن لها في الإحرام بحج وعمره ، ثم طلقها قبل الإحرام ، فلا تحرم ، ولا تنشئ السفر بعد لزوم العدة ، فلو أحرمت ، فهو كما لو أحرمت بعد الطلاق

بغير إذن ، وحكمه أن لا يجوز لها الخروج في الحال وإن كان الحج فرضاً ، [بل] يلزمها أن تقيم وتعتد ، لأن لزوم العدة سبق الاحرام (١) ، فإذا انقضت العدة ، أتمت عمرتها إن كانت معتمرة ، وكذا الحج إن بقي وقته ، فإن فاتت، تحللت بأفعال العمرة ، ولزمها القضاء ودم الفوات . ولو أحرمت أولاً بإذن الزوج ، أو بغير إذنه ثم طلقها ، فإن كانت تحشى فوات الحج لضيق الوقت ، خرجت إلى الحج معتدة ، لأن الاحرام سبق العدة ، مع أنه في خروجها يحصل الحج والعدة ، وإن كانت لا تحشى فوات الحج لو أقامت للعدة ، أو كان الاحرام بعمرة ، فوجهان . أحدهما وهو مذكور في « المذهب » : يلزمها أن تقيم للعدة ، ثم تخرج جمعاً بين الحقين . وأصحها وبه قطع الشيخ أبو حامد والأكثر : تتخير بين أن تقيم وبين أن تخرج في الحال ، لأن مصابرة الاحرام مشقة .

فرع

منزل البوابة وبيتها من صوف ووبر وشعر ، كمنزل الحضيرة من طين وحجر ، فإذا لزمها العدة فيه ، لزمها ملازمته ، فإن كان أهلها نازلين على ما لا ينتقلون عنه ، ولا يظعنون إلا لحاجة ، فهي كالحضيرة من كل وجه . وإن كانوا ينتقلون شتاءً أو صيفاً ، فإن ارتحلوا جميعاً ارتحلت معهم للضرورة ، وإن ارتحل بعضهم ، نظر ، إن كان أهلها بمن لم يرتحل وفي المقيمين قوة وعدد ، فليس لها الارتحال . وإن ارتحل أهلها وفي الباقيين قوة وعدد ، فوجهان ، أحدهما : ليس لها الارتحال ، بل تعتد هناك لتيسره ، وأصحها : تتخير بين أن تقيم وبين أن ترتحل ، لأن مفارقة الأهل عسرة موحشة . ولو هرب أهلها خوفاً من عدو ولم ينتقلوا ، ولم تخف هي ، لم يجوز لها الارتحال ، لأن المرتحلين يعودون إذا أمنوا ، ولو ارتحلت حيث يجوز الارتحال ، ثم أرادت الإقامة في قرية في الطريق والاعتداد فيها ، جاز ، لأنه ألبق بحال المعتدة من السير .

(١) في الأصل : للإحرام .

فرع

طلقها أو ماتت وهي في سفينة ، فإن ركبته مسافرة ، فحكم السفر ماسبق ، وإن كان الزوج ملاًحاً ولا منزل له سوى السفينة ، فإن كانت سفينة كبيرة فيها بيوت متميزة المرافق ، اعتدت في بيت منها معتلة عن الزوج ، وسكن الزوج بيتاً آخر ، وإن كانت صغيرة ، نظر ، إن كان معها محرم لها يمكن أن يعالج السفينة ، خرج الزوج ، واعتدت هي فيها ، وإلا فتخرج هي وتعتد في أقرب المواضع إلى الشط ، وإذا تعذر خروجه وخروجها ، فعليها أن تستتر وتبعد منه بقدر الامكان ، هكذا ذكره صاحب « الشامل » و « التهذيب » وغيرهما ، وفيه إشعار بأنه لا يجوز لها الخروج من السفينة إذا أمكن الاعتداد فيها ، وقد صرح به آخرون ، ونقل الروياني في كتبه ، أنها تتخير بين أن تعتد في السفينة ، وبين أن تخرج فتعتد خارجها . فإن اختارت السفينة ، نظرنا حينئذ ، هل هي صغيرة أم كبيرة ؟ وراعينا التفصيل المذكور ، وذكر فيها إذا اختارت الخروج ، وجه-ين أصحهما وبه قال المارجسي ^(١) : تعتد في أقرب القرى إلى الشط . والثاني وبه قال أبو إسحاق : تعتد حيث شاءت .

فرع

إذا خرجت الزوجة إلى غير الدار المألوفة ، أو غير البلد المألوف ، ثم طلقها واختلفا ، فقالت : أذنت لي في الانتقال فاعتد في المنزل الثاني ، وقال : إنما أذنت لك في النزهة أو في غرض كذا فعودي إلى المنزل الأول فاعتدي فيه ، في من يصدق منها ^(٢) اختلاف نص وطرق منتشرة انتشاراً كثيراً ، وحاصلها : أن المذهب تصديق الزوج وإذا اختلف الزوجان ، وتصديقها إذا اختلفت هي ووارث الزوج . وقيل : قولان . أحدهما : تصديق الزوج والوارث . والثاني : تصديقها

(٢) في الأصل : منها .

(١) في الأصل : المارجسي .

لأن الظاهر معها . وقيل : إن اتفقا على إذن في الخروج مطلقاً ، وقال الزوج : أردت النزهة ، أو قال ذلك وارثه ، وقالت : بل أردت النقلة ، فالقول قولها ، وإن قال : قلت : أخرجني للنزهة ، أو قال ذلك وارثه . وقالت : بل قلت : أخرجني للنقلة ، فالقول قول الزوج ووارثه . وقيل : إن تحول الزوج معها إلى المنزل الثاني فهي المصدقة عليه وعلى وارثه . وإن انفردت بالتحول ، صدقاً عليها . أما إذا اتفقا على جريان لفظ الانتقال ، أو الإقامة ، بأن قال : انتقلي إلى موضع كذا ، أو أخرجني إليه وأقيم به ، قال الزوج : ضمت إليه : للنزهة ، أو شهراً ، أو نحوهما ، وأنكرت الزوجة هذه الضميمة ، أو قال ذلك وارثه ، فالقول قولها ، لأن الأصل عدم هذه الضميمة .

فصل

يجب على المعتدة ملازمة مسكن العدة ، فلا تخرج إلا لضرورة أو عذر ، فإن خرجت ، أثمت ، وللزوج منعها ، وكذا لوارثه عند موته ، وتعتد في الخروج في مواضع .

منها : إذا خافت على نفسها أو مالها من هدم أو حريق ، أو غرق ، فلها الخروج ، سواء فيه عدة الوفاة والطلاق ، وكذا لو لم تكن الدار حصينة وخافت لصوصاً ، أو كانت بين فسقة تخاف على نفسها ، أو تناذى من الجيران أو الأحماء تأذياً شديداً ، أو تبتدؤ أو تستطيل بلسانها عليهم ، يجوز إخراجها من المسكن ، ثم في « التهذيب » أنها إذا بذت على أحمائها ، سقطت سكنها ، وعليها أن تعتد في بيت أهلها ، والذي ذكره العراقيون والروبانى والجمهور : أنه ينقلها الزوج إلى مسكن آخر ، ويتحوى القرب من مسكن العدة . ثم موضع النقل بالبذاء ما إذا كانت الأحماء معها في دار تسع جميعهم ، وإن كانت ضيقة لاتسع جميعهم ، نقل الزوج الأحماء وترك الدار لها ، وإن كان الأحماء في دار أخرى ، لم ينقل المعتدة بالبذاء عن دارها ، ونقل المتولي أنها تنقل لإبذاء الجيران كما تنقل

الإيذاء الأحماء . فعلى هذا ، إذا كانت في دار والأحماء في القرى ، فإنها لا تنتقل بالبذاء إذا لم تكن الداران متجاورتين ، ولو كانت البذاء من الأحماء دونها ، نقلوا دونها ، ولو كانت في دار أبويها لكون الزوج كان يسكن دارهما ، فبذت على الأبوين ، أو بذت الأبوان عليها ، لم ينقل واحد منهم ^(١) ، لأن الشر والوحشة لا تطول بينهم ، فلو كان أحماؤهما في دار أبويها أيضاً ، وبذت عليهم ، نقلوا دونها ، لأنها أحق بدار أبويها .

ومنها : إذا احتاجت إلى شراء طعام ، أو قطن ، أو بيع غزل ونحو ذلك ، نظر ، إن كانت رجعية ، فهي زوجته ، فعليه القيام بكفالتها ، فلا تخرج إلا بإذنه . قال المتولي : وكذا الحكم في الجارية المشتراة ، والمسببة في مدة الاستبراء .

وأما سائر المعتدات : فيجوز المعتدة عن وفاة الخروج لهذه الحاجات نهائياً ، وكذا لها أن تخرج بالليل إلى دار بعض الجيران للغزل والحديث ، لكن لا تبين عندهم ، بل تعود إلى مسكنها للنوم . وحكم العدة عن شبهة أو نسكاح فاسد حكم عدة الوفاة . قال المتولي : إلا أن تكون حاملاً . وقلنا : إنها تستحق النفقة ، فلا يباح لها الخروج . وفي البائن بطلاق أو فسخ ، قولان . القديم : ليس لها الخروج ، والجديد : جوازه كالمتوفى عنها ، قال المتولي : هذا في الحائل ، أما الحامل : إذا قلنا : تعجل نفقتها ، فهي مكفية فلا تخرج إلا لضرورة .

ومنها : لو لزمها عدة وهي في دار الحرب ، لزمها أن تهجر إلى دار الاسلام . قال المتولي : إلا أن تكون في موضع لا تخاف على نفسها ، ولا على دينها ، فلا تخرج حتى تعتد .

(١) في الأصل : منها .

ومنها : إذا لزمها حق ، واحتيج إلى استيفائه ، فإن أمكن استيفاؤه في مسكنها ، كالدين والوديعة ، فعل ، وإن لم يمكن ، واحتيج فيه إلى الحاكم ، بأن توجه عليها حد أو يمين في دعوى ، فإن كانت برزة خرجت وحدث ، أو حلفت ، ثم تعود إلى المسكن ، وإن كانت مخدرة ، بعث الحاكم إليها نائباً ، أو أحضرها بنفسه .

ومنها : إذا كان المسكن مستعاراً ، أو مستأجراً ، فرجع المعير ، أو مضت المدة ، وطلبه المالك ، فلا بد من الخروج .
ومنها : البدوية تفارق المنزل وترتحل مع القوم إذا ارتحلوا .

فرع

لا تعذر في الخروج لأغراض تعد من الزيادات دون المهمات ، كالزيارة والعمارة واستثناء المال بالتجارة ، وتعجيل حجة الإسلام وأشباها .

فرع

زنت المعتدة عن وفاة في عدتها وهي بكر ، فعلى السلطان تغريبها ، ولا يؤخره إلى انقضاء عدتها ، وقيل : لا تغريب ، والصحيح الأول .

فصل

على الزوج أن يسكن مستحقة السكنى من المعنونات مسكناً يصلح لمثلها ، فإن كان مسكن النكاح كذلك ، فلا معدل عنه . وحيث قلنا : نجب ملازمة مسكن النكاح ، فهذا مرادنا به ، فإن أسكنها في النكاح داراً فوق سكنى مثلها ، فطلقها وهي فيها ، فله أن لا يرضى الآن ، وينقلها إلى دار بصفة استحقاقها ، ولورضيت بدار خسية ، فطلقها وهي فيها ، فله أن تطالب النقل إلى ما يليق بها ، ويلزمه الإبدال . وفي الصورتين احتمال ذكره في « البسيط » ، والمعروف للأصحاب ماسبق ،

وينبغي أن ينقلها إلى مسكن قريب من موضعها الأول ، ولا تنقل إلى الأبعد مع وجود الأقرب . وظاهر كلام الأصحاب أن رعاية هذا القريب واجبة ، واستبعد الغزالي الوجوب ، وتردد في الاستحباب .

فصل

محرم على الزوج مساكنة المعتدة في الدار التي تعتد فيها ومدخلتها ، لأنه يؤدي إلى الخلوة بها ، وخلوته بها كخلوته بالأجنبية ، ويستثنى من ذلك موضعان . أحدهما : أن يكون في الدار محرم لها من الرجال ، أو محرم له من النساء ، أو من في معنى المحرم ، كزوجة أخرى وجارية ، ولا بد في المحرم ومن في معناه من التمييز ، فلا عبرة بالمجنون ، والصغير الذي لا يميز ، واشترط الشافعي رضي الله عنه البلوغ ، قال القاضي أبو الطيب : لأن من لم يبلغ ، لا تكليف عليه ، فلا ينكر الفاحشة . وقال الشيخ أبو حامد : يكفي عندي حضور المرافق ، والنسوة الثقات كالمحرم على الصحيح ، ويكفي حضور المرأة الواحدة الثقة ، على الأصح ، وبه قطع صاحب « الشامل » وغيره ، والحكاية عن الأصحاب ، أنه لا يجوز أن يخلو رجلان بامرأة واحدة ، ويجوز أن يخلو الرجل بمرأتين ثقتين ، لأن استحباب المرأة من المرأة أكثر من استحباب الرجل من الرجل ، ثم لا يخفى أن مساكنة الزوج والمحرم ومن في معناه ، إنما يفرض فيما إذا كان في الدار زيادة على سكنى مثلها ، فإن لم يكن كذلك ، فعلى الزوج تخليتها للمعتدة ، والانتقال عنها ثم المساكنة ، وإن جازت بسبب المحرم ، فالكراهة باقية ، لأنه لا يؤمن النظر .

الموضع الثاني : إذا كانت في الدار حجرة ، فأراد أن يسكن أحدهما ويسكنها الأخرى ، فإن كانت مرافق الحجرة كالمطبخ والمستراح ، والبئر ، والمصعد إلى السطح في الدار ، لم يجوز إلا بشرط المحرم ، وإن كانت المرافق في

الحجرة ، جاز ، كالحجرتين والدارين المتجاورتين^(١) وحكم السفلي والعلوي ، حكم الدار والحجرة ، ثم ذكر البغوي والمتولي وغيرهما ، أنه يشترط أن لا يكون مر إحداهما على الأخرى ، ويغلق الباب بينهما أو يسد ، وهذا حسن . ويؤيده ما ذكره الأئمة أنه لو كانت الدار واسعة ولم يكن فيها إلا بيت والباقي صف ، لم يجوز أن يساكنها وإن كان معها محرم ، لأنها لا تتميز من المسكن بموضع ، فإن قال : أنا أبني بيني وبينها حائلاً ، وكان الذي يبقى لها سكنى مثلها ، فله ذلك ، ثم إن جعل باب ما يسكنه خارجاً عن مسكنها ، فلا حاجة إلى المحرم ، وإن جعله في مسكنها ، لم يجوز أن يسكنه إلا بشرط المحرم أو من في معناه ، وقيل : لا يشترط اختلاف المر ، بل يكفي أن يغلق على الحجرة باب . ولو كانا في بيتين من دار كبيرة ، وانفرد كل باب يغلق ، جاز على الأصح كبيتين من خان .

فصل

إذا كانت معتدة بالأقراء أو الحمل ، لم يصح بيع المسكن الذي يستحق فيه السكنى ، سواء كان لها عادة مستقيمة في الأقراء والحمل ، أم لا .

وإن كانت تعتد بالأشهر ، ففي صحة بيعه قولان ، كالدار المستأجرة ، وقيل : لا يصح قطعاً ، ويجري الطريقان سواء كانت تتوقع مجيء الحيض في أثناء الشهر ، بأن كانت بنت تسع سنين فصاعداً ولم تحض ، أو لا تتوقعه كالأيسة ، وبنت سبع سنين . وقيل : لا يصح البيع في الصورة الأولى قطعاً ، فإن جوزنا البيع ، فحاضت وانتقلت إلى الأقراء ، خرج ذلك على اختلاط الثمار المبيعة بالحادثة بعد البيع فيما لا يغلب فيه التلاحق ، وفيه قولان سبقا . أظهرهما : لا يفسخ البيع ، بل يثبت الحبار للمشتري .

(١) في الأصل : فالحجرتان كالدارين المتجاورتين .

فرع

لو كان المنزل مستعاراً ، لازمته ما لم يرجع المعير ، وليس للزوج نقلها ، وقيل : له نقلها في البلد الذي لا يعتاد فيه إعادة المنزل ، كيلا يلحقه منة ، والصحيح الأول . وإذا رجع ، قال المتولي وغيره : على الزوج أن يطلبه منه بأجرة ، فإن امتنع أو طلب أكثر من أجرة المثل ، نقلها ، وإن نقلها ثم بذل المنزل الأول مالكة ، قال الروياني : إن بذله بإعارة ، لم يلزم ردها إليه ، وإن بذل بأجرة ، فإن كان المنقول إليه مستعاراً ، وجب ردها إلى الأول ، وإن كان بأجرة ، فوجهان .

فرع

كان المنزل الذي تعتد فيه مستأجراً ، فانقضت مدة الاجارة ولم يجدد المالك اجارة ، فلا بد من نقلها ، وإذا وجب النقل في هذه الصور ، فالقول في تحريمي أقرب المواضع على ماسبق .

فرع

إذا كانت تسكن منزل نفسها ، ففي « المذهب » و « التهذيب » أنه يلزمها أن تعتد فيه ، ولها طلب الأجرة ، والأصح ما ذكره صاحب « الشامل » ، وغيره أنها إن رضيت بالإقامة فيه بإعارة أو إجارة ، جاز وهو الأولى ، وإن طلبت نقلها ، فلها ذلك ، إذ ليس عليها بذل منزلها بإعارة ولا إجارة .

فرع

لو طلقها وهي في منزل مملوك للزوج ، ثم أفلس وحجر عليه ، بقي لها حق السكنى ، وتقدم به على الغرماء ، وكذا لو مات وعليه ديون ، تقدم به على حق الغرماء والورثة ، وهل للحاكم بيع رقبة المسكن ؟ فيه الطريقان السابقان ،

ولو أفلس وحجر عليه ، ثم طلقها ، ضاربت الغرماء بالسكنى ، وليس ذلك كدين حادث ، لأن حقها مستند إلى سبب متقدم على الحجر وهو النكاح والوطء فيه ، ولو طلقها وليست في منزل له ، ضاربتهم بالأجرة ، سواء تقدم الطلاق أو تأخر ، لأن حقها هنا مرسل غير متعلق بعين .

ومتى ضاربت ، فإن كانت عدتها بالأشهر ، ضاربت بأجرة المثل للأشهر ، وإن كانت بالأقراء أو الحمل ، نظر ، إن لم تكن لها عادة فيها ، فوجهان . أصحابها : تضارب بأقل مدة يمكن انقضاء الأقراء فيها ، والحامل بأجرة ما بقي من أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر من حين العلوق ، لأن استحقاق الزيادة مشكوك فيه . والثاني : تؤخذ بالعادة ^(١) الغالبة ، فتضارب ذات الأقراء بأجرة ثلاثة أشهر ، والحامل بما بقي من تسعة أشهر ، وهذا اختيار صاحب « الحاوي » .

وإن كانت لها عادة مستقيمة فيها ، ضاربت ^(٢) بأجرة مدة العادة على الصحيح ، وقيل بالأقل ، وإن كان لها عادات مختلفة ، وراعينا العادة ، فالمعتبر أقل عاداتها .

وإذا ضاربت بأجرة مدة ، وانقضت العدة على وفق تلك المضاربة ، فهل ترجع على المفلس بالباقي من الأجرة عند يساره ؟ حكى الشيخ أبو علي فيه طريقين ، أحدهما : على وجهين بناءً على أن الزوجة إذا لم تطالب بالسكنى في النكاح أو في العدة مدة ، هل تصير سكنى المدة الماضية ديناً لها عليه ، وتطالب بهما ؟ وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى . وأصحابها : القطع بالرجوع ، كما في الباقي من ديون الغرماء ، بخلاف مسألة الوجهين ، لأنها هنا طلبت الجميع ، ولكن زحمة الغرماء منعها ، ولو انقضت العدة قبل تمام المدة التي ضاربت لها ، ردت الفضل على الغرماء ، وفي رجوعها على المفلس بما تقتضيه المحاصة للمدة المنقضية الطريقان .

(١) في الأصل : بالزيادة .

(٢) في الأصل : فضايرت .

ولو امتدت العدة وزادت على مدة المضاربة ، ففي رجوعها بحصة المدة الزائدة على الغرماء ثلاثة أوجه . أصحابها : الرجوع ، لأنها تبيننا استحقاقها ، كما لو ظهر غريم ، ولها أن ترجع على المفلس إذا أيسر ، والثاني : لا ترجع على ^(١) الغرماء ، لثلاث تغير ما حكمنا به ، وينسب هذا إلى النص ، وصححه الروياني في « التجربة » ، والثالث : ترجع الحامل لأنه حسيبي دون ذات الأقراء ، فإنها متهمة بتأخيرها ، وإذا قلنا : لا ترجع على الغرماء ، رجعت على الزوج على الأصح إذا أيسر ، قال الإمام : والخلاف في رجوعها على الغرماء ، إذا لم يصدقها ، فإن صدقها رجعت عليهم بخلاف ، قال : وفي غير صورة الإفلاس إذا مضى زمن العادة ، فادعت مزيداً ، وتغيراً في العادة ، فالذي يدل عليه كلام الأصحاب ، أنها تصدق بخلاف ، وعلى الزوج الإسكان ، قال : وفيه احتمال ، لأنها إذا صدقناها ربما تقادت في دعواها إلى سن اليأس .

فرع

إذا ضاربت في صورة الإفلاس بالأجرة ، استؤجر بحصتها المنزل الذي وجبت فيه العدة ، فإن تعذر ، فأقرب الممكن كما سبق . قال ابن الصباغ : فإذا جاوزت مدة ما أخذت أجرته ، سكنت حيث شئت .

فرع

لو كانت المطلقة رجعية ، أو حاملاً ، استحققت مع السكنى النفقة ، وتضارب الغرماء عند إفلاس الزوج بالنفقة والسكنى ، والقول في كيفية المضاربة والرجوع كما سبق ، ولكن إذا قلنا : إن نفقة الحامل لا تعجل ، لم يدفع إليها حصة النفقة في الحال .

(١) في الأصل : إلى .

فصل

إذا طلقها وهو غائب ، وهي في دار له بملك أو إجارة ، اعتدت فيها ، وإن لم يكن له مسكن وله مال ، اكترى الحاكم من ماله مسكناً تعتد فيه إن لم يجد متطوعاً به ، فإن لم يكن له مال ، اقترض عليه ، واكترى ، فإذا رجع ، قضاء ، فإن أذن لها أن تعترض عليه ، أو تكتري المسكن من مالها ، ففعلت ، جاز ، وترجع ، ولو اكترت من مالها ، أو اقترضت بقصد الرجوع ، ولم تستأذن الحاكم ، نظر ، إن قدرت على الاستئذان أو لم تقدر ولم تشهد ، لم ترجع ، وإن لم تقدر أو أشهدت ، رجعت على الأصح ، وكل هذا على ما سبق في مسألة هروب الجمل ونظائرها .

فرع

إذا مضت مدة العدة ، أو بعضها ، ولم تطلب حق السكنى ، سقط ، ولم يصر ديناً في الذمة ، نص عليه ، ونص أن نفقة الزوجة لا تسقط بمضي الزمان ، بل تصير ديناً في الذمة ، فقيل : قولان فيها لتردهما بين الديوت ونفقة القريب ، والمذهب تقرير النصين ، والفرق بأن النفقة بالتمكين ، وقد وجد ، والسكنى لصيانة مائه على موجب نظره ، ولم يتحقق ، وحكم السكنى في صلب النكاح كما ذكرنا في العدة .

فصل

إذا مات الزوج في خلال العدة ، لم يسقط ما استحقته المبتوتة من السكنى ، وإذا استحققت السكنى ، أو مات عنها وهي زوجة وقلنا : تستحق السكنى ، فإن كانت في مسكن مملوك للزوج ، لم يقسمه الورثة حتى تنقضي العدة ، ولو أرادوا التمييز بخطوط ترمم من غير نقض وبناء ، جاز إن قلنا : القسمة إفراز ، وإن قلنا : بيع ، فحكم بيع مسكن العدة كما سبق ، وقيل : إن قلنا : إفراز ،

فلهم القسمة كيف شاؤوا ، والصحيح الأول . وإن كان في مسكن مستأجراً أو مستعاراً ، واحتيج إلى نقلها ، فعلى الوارث أن يستأجر لها من التركة ، فإن لم يكن تركة ، فليس على الوارث إسكانها . فلو تبرع به ، لزمها الإجابة ، وإذا لم يتبرع ، ففي « التهذيب » أنه يستحب للسلطان أن يسكنها من بيت المال ، لاسيما إن كانت تنهم بريبة ، ولفظ الروياني في « البحر » أن السلطان لا يلزمه أن يكتري لها ، إلا عند الريبة فيلزمه .

وإذا قلنا : لا تجب السكنى في عدة الوفاة ، فالمذهب أن للورثة إسكانها حيث أرادوا ، وبهذا قطع الأصحاب . وحكى الغزالي وجهين ، أحدهما هذا ، والثاني : أنه إنما تلزمها الإجابة ، وإذا توقع شغل الرحم بالماء ، فإن لم يتبرع الوارث بإسكانها ، فالسلطان أن يحضنها بالاسكان . وفي « الوسيط » و « البسيط » ، أنه ليس للسلطان تعيين المسكن ، بخلاف الوارث ، والأول هو المذهب والمنصوص ، وبه قطع الجماهير ، وإذا لم يسكنها الوارث والسلطان ، سكنت حيث شاءت ، فلو أسكنها أجنبي متبرع ، قال الروياني : إن لم يكن المتبرع ذا ريبة ، فهو كالوارث ، فعليها أن تسكن حيث يسكنها .

قلت : وفي هذا نظر . والله أعلم

فرع

للواطىء بشبهة أو في نكاح فاسد إسكان المعتدة .

فصل

في مسائل تتعلق بالعدد

إحداها : إذا طلق الغائب ، أو مات ، فالعدة من حين الطلاق أو الموت ، لا من بلوغ الخبر .

الثانية : لو نكحت المعتدة بعد مضي قرء ، ووطئها الزوج الثاني ، ثم جاء الأول ووطئها بشبهة ، ثم فرق بينها وبين الثاني ، فتشتغل بالباقي من عدة الطلاق وهو قرءان ، ويدخل فيه قرءان من عدة وطء الشبهة ، ثم تعتد عن الثاني بثلاثة أقراء ، ثم تعتد عن الأول بقرء لما بقي من عدة الشبهة ، ذكره القفال في « الفتاوى » .

الثالثة : مات زوج المعتدة ، فقالت : انقضت عدتي قبل موته ، لا يقبل قولها في ترك العدة ، ولا ترث لإقرارها .

الرابعة : في فتاوى القفال : أن المعتدة لو أسقطت مؤنة السكنى عن الزوج ، لم يصح الإسقاط ، لأن السكنى تجب يوماً فيوماً ، ولا يصح إسقاط ما لم يجب .

الخامسة : في فتاوى القفال : أن المنكوحه لو وطئت بشبهة ، وصارت في العدة ، فوطئها الزوج ، لم يقطع وطؤه عدة الشبهة ، لأن وطء الزوج لا يوجب عدة ، فلا يقطعها كما لو زنت المعتدة .

الباب الخامس

في الاستبراء

فيه ثلاثة أطراف .

الأول : فيما يتعلق بنفس الاستبراء ، فإن كانت المستبرأة من ذوات الاقراء ، استبرأت بقرء ، وهو حيض على الجديد الأظهر ، وفي قول : هو طهر وفي وجه : أن استبراء أم الولد لموت السيد أو إعاقته بطهر ، والأمة التي يحدث ملكها بحيض ، فإن قلنا : القرء هو الطهر ، فصادف وجوب الاستبراء آخر الحيض ، كان الطهر الكامل بعده استبراء . وهل يكفي ظهور الدم بعده ، أم يعتبر يوم ولية ؟ فيه الخلاف السابق في العدة . وفي وجه : لا بد من مضي حيضة كاملة بعد ذلك الطهر ، وهو ضعيف عند الغزالي وغيره ، وصححه الروياني ، وإن وجد سبب الاستبراء وهي طاهر ، فهل يكفي بقية الطهر ؟ وجهان . أحدهما : يكفي

كما في العدة ، وهذا هو الراجح في « البسيط » ، وحكاة الماوردي عن البغداديين .
والثاني : لا يكفي ، ولا ينقضي الاستبراء حتى تحيض بعده ثم تطهر ، وبه قطع
البغوي ، وحكاة الماوردي عن البصريين . وإذا قلنا : القراء الحيض ، لم يكف
بقية الحيض ، بل يعتبر حيضة كاملة . فلو كانت حائضاً عند وجوب الاستبراء ،
لم ينقض الاستبراء حتى تطهر ، ثم تحيض حيضة ، ثم تطهر ، وإذا تباعد حيض
ذات الأقراء ، فحكمها في التربص إلى سن اليأس حكم المعتدة . فإن كانت
المستبرأة من ذوات الأشهر ، فهل تستبرئ بشهر ، أم بثلاثة ؟ قولان . أظهرهما
عند الجمهور : شهر ، لأنه بدل قراء ، ورجح صاحب « المذهب » وجماعة ، الثلاثة ،
وإن كانت حاملاً ، نظر ، إن زال فراشه عن مستولده ، أو أمته الحامل ، فاستبرأوها
بوضع الحمل . فإن ملك أمة ، فقد أطلق المتولي ، أن الحكم كذلك إن كان
الحمل ثابت النسب من زوج ، أو وطء بشبهة ، والأصح التفصيل . فإن ملكها
يسبى حصل الاستبراء بالوضع ، وإن ملك بالشرء ، فإن كانت حاملاً من زوج
وهي في نكاحه أو عدته ، أو من وطء شبهة وهي معتدة من ذلك الوطء ،
فسبأت إن شاء الله تعالى أنه لا استبراء في الحال على المذهب . وفي وجوبه بعد
العدة خلاف ، وإذا كان كذلك ، فليس الاستبراء بالوضع ، لأنه إما غير
واجب ، وإما مؤخر عن الوضع . وذكر البغوي في حصول الاستبراء في الوضع
قولين . ولو كان الحمل من زنا ، ففي حصول الاستبراء بوضعه حيث يحصل في
ثابت النسب ، وجهان . أصحها : الحصول ، لإطلاق الحديث ، ولحصول البراءة
بخلاف العدة ، فإنها مخصوصة بالتأكيد ، ولهذا اشترط فيها التكرار . فإن قلنا :
لا يحصل ، ورأت دماً على الحمل ، وقلنا : هو حيض ، حصل الاستبراء بحيضة على
الحمل على الأصح . وإن قلنا : ليس بحيض ، أو لم تر دماً ، فاستبرأوها بحيضة
بعد الوضع . ولو ارتابت المستبرأة بالحمل في مدة الاستبراء أو بعدها ، فعلى
مذكرناه في العدة .

الطرف الثاني : في سبب الاستبراء ، وهو سببان .

السبب الأول : حصول الملك ، فمن ملك جارية يارث أو هبة ، أو شراء أو وصية ، أو سبي ، أو عاد ملكه فيها بالرد بالعيب ، أو التحالف ، أو الإقالة ، أو خيار الرؤية ، أو الرجوع في الهبة ، لزمه استبراؤها ، سواء في الإقالة ونحوها ، ما قبل القبض وبعده ، وسواء كان الانتقال إليه بمن يتصور اشتغال الرحم بمائه أو بمن لا يتصور ، كأمراة وصبي ونحوهما ، وسواء كانت الأمة صغيرة ، أو آيسة ، أو غيرها ، بكرأ ، أو ثيبأ ، وسواء استبراها البائع قبل البيع ، أم لا . وعن ابن مريج تخريج في البكر : أنه لا يجب . وعن المزني : أنه إنما يجب استبراء الحامل والموطوءة . قال الروياني : وأنا أميل إلى هذا ، واحتج الشافعي رحمه الله بإطلاق الأحاديث في سبايا أو طاس ، مع العلم بأن فيهن الصغار ، والأبكار ، والآيات . ولا يجب على بائع الأمة استبراؤها قبل البيع ، سواء وطئها أم لا ، لكنه يستحب إن كان وطئها ليكون على بصيرة منها . ولو أقرض جارية لمن لا تحل له ، ثم استودعها قبل تصرف المقرض فيها ، لزم المقرض استبراؤها إن قلنا : إن القرض يملك بالقبض ، وإن قلنا : بالتصرف ، لم يلزمه .

فرع

كاتب جاريته ، ثم فسخت الكتابة ، أو عجزها السيد ، لزمها الاستبراء .

فرع

لو حرمت على السيد بصلاة أو صوم ، أو اعتكاف أو رهن ، أو حيض أو نفاس ، ثم زالت هذه الأشياء ، حلت بغير استبراء .

فرع

ارتدت أمته ثم أسلمت ، لزمه استبراؤها على الأصح ، لأنه زال ملك الاستمتاع ثم عاد . قال البغوي : الوجهان مبنيان على الوجهين فبما لو اشترى مرتدة ثم أسلمت ، هل يحسب حيضها في زمن الردة من الاستبراء ؟ فإن قلنا : يحسب ،

لم يجب الاستبراء ، وإلا وجب . ولو ارتد السيد ثم أسلم ، فإن قلنا : يزول ملكه بالردة ، لزمه الاستبراء قطعاً ، وإلا فعلى الأصح كردة الأمة .

فرع

أحرمت ثم تحلت ، فالذهب وبه قطع الجمهور : أنه لا استبراء كما لو صامت ثم أفطرت . وقيل : وجهان كالردة .

فرع

زوّج أمته ، فطلقت قبل الدخول ، فهل على السيد استبراؤها ؟ قولان يأتي بيانها ^(١) إن شاء الله تعالى .

فرع

باعها بشرط الخيار ، فعادت إليه بالفسخ في مدة الخيار ، ففي وجوب الاستبراء خلاف ، المذهب منه أنه يجب إن قلنا : يزول ملك البائع بنفس العقد ، وإلا فلا .

فرع

اشتري زوجته ، فوجهان . الأصح المنصوص ، أنه يدوم حل وطئها ، ولا يجب الاستبراء ، لكن يستحب ، أما أنه لا يجب ، فلا لأنه لم يتجدد حل ، ولأنه لا يؤدي إلى اختلاط ماء ، وأما استحبابه ، فلتمييز ولد النكاح عن ولد ملك اليمين ، فإنه في النكاح ينعقد بملوكاً ، ثم يعتق ولا تصير به أم ولد . وفي ملك اليمين ينعقد حراً وتصير أم ولد . والثاني : يجب الاستبراء لتجدد الملك . ولو اشتراها بشرط الخيار ، فهل له وطؤها في مدة الخيار لأنها منكوحة أو بملوكة ، أم لا للتردد في حالها ؟ وجهان ، قال البغوي : المنصوص أنه لا يحل . ولو طلقها

(١) في الأصل : بيانها .

ثم اشتراها في العدة ، وجب الاستبراء قطعاً ، لأنه ملكها وهي محومة عليه . ولو اشترى زوجته ثم أراد تزويجها لغيره ، لم يجوز إن كان دخل بها قبل الشراء إلا بعد قروين ، لأنه إذا انفسخ النكاح وجب أن تعتد منه ، فلا تنكح غيره حتى تنقضي عدتها بقروين . فلو مات عقب ^(١) الشراء ، لم يلزمها عدة الوفاة ، بل تكمل عدة الانفساخ ، كذا ذكره ابن الحداد ، وحكى عن نصه في « الاملاء » .

فرع

اشترى مزوجة أو معتدة عن زوج ، أو وطء شبهة ، والمشتري عالم بالحال أو جاهل ، وأجاز البيع ، فلا استبراء في الحال ، لأنها مشغولة بحق غيره . فإن طلقت قبل الدخول أو بعده ، وانقضت عدة الشبهة ^(٢) ، فهل يلزم للمشتري الاستبراء ؟ قولان . أظهرهما : نعم . وقد يقال : يجب الاستبراء ، ويرد الخلاف إلى أنه هل تدخل في العدة ؟ واستنبط القاضي حسين من القولين عبارتين يتخرج عليهما مسائل .

إحدهما : أن الموجب للاستبراء حدوث ملك الرقة مع فراغ محل الاستمتاع .
والثانية : أن الموجب حدوث حل الاستمتاع في المملوكة بملك اليمين ، فعلى العبارة الأولى : لا يجب الاستبراء عند انقضاء العدة ، لأنه لم يحدث حينئذ ملك ، وعند حدوثه لم يكن محل الاستمتاع فارغاً ، وعلى الثانية : يجب . وخرج بعضهم عليها الخلاف فيما لو اشترى مجوسية فحاضت إثم أسلمت ، هل يلزم الاستبراء بعد الاسلام ، أم يكفي ما سبق ؟ وكذا الخلاف فيما لو زوج وطلقت قبل الدخول ، هل على السيد استبراء ؟ فعلى الأولى ، لا . وعلى الثانية ، نعم . ويجوزي الخلاف فيما لو زوجها وطلقت بعد الدخول وانقضت عدتها ، أو وطئت بشبهة وانقضت عدتها .

(١) في الأصل : عقبى .

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية : وانقضت عدتها ، أو انقضت عدة الشبهة .

وإذا قلنا : فيما إذا اشترى مزوجة وطلقت ، لا يجب الاستبراء ، فلمن يريد تعجيل الاستمتاع أن يتخذ ذلك حيلة في اندفاع الاستبراء ، فيسأل البائع أن يزوجه ثم يشتريها ، ثم يسأل الزوج أن يطلقها ، فتحل في الحال ، لكن لا يجوز تزويج الموطوءة إلا بعد الاستبراء ، فإنما يحصل الغرض إذا لم تكن موطوءة ، أو كان البائع قد استبرأها .

وإذا كانت الجارية كذلك ، فلو أعتقها المشتري في الحال ، وأراد أن يزوجه البائع أو غيره ، أو يتزوجها بنفسه ، جاز على الأصح ، ذكره البغوي وغيره . فعلى هذا ، من يريد تعجيل الاستمتاع يمكنه أن يعتقها في الحال ويتزوجها ، ولا يحتاج إلى سؤال البائع أن يزوجه أولاً إذا كان يسمع بفوات ماليتها .

فرع

إذا تم ملكه على جميع جارية كانت مشتركة بينه وبين غيره ، لزمه الاستبراء ، ولو أسلم في جارية وقبضها ، فوجدتها بغير الصفة المشروطة فردها ، لزم المسلم إليه الاستبراء .

فرع

إذا كانت الجارية المشتراة محرماً للمشتري ، أو اشترى امرأة أو رجلان ، فلا معنى للاستبراء إلا فيما يرجع إلى التزويج .

فرع

ظهر بالمشتراة حمل فقال البائع : هو مني ، نظر ، إن صدقه المشتري ، فالبيع باطل باتفاقها ، والجارية مستولدة للبائع . وإن كذبه ، نظر ، إن لم يقر البائع بوطنها عند البيع ولا قبله ، لم يقبل قوله ، كما لو قال بعد البيع : كنت أعتقته ، لكن يحلف المشتري ، أنه لا يعلم كون الحمل منه . وفي ثبوت نسبه من البائع

خلاف ، لأنه يقطع إرث المشتري بالولاء ، وإن كان أقر بوطنها ، نظر ، إن كان استبرأها ثم باعها ، ثم ولدت لدون ستة أشهر من وقت استبراء المشتري ، فالولد لاحق للبائع ، والجارية مستولدة له ، والبيع باطل ، وإن ولدت لسته أشهر فأكثر ، لم يقبل قوله ، ولم يلحقه الولد ، لأنه لو كان ملكه ، لم يلحقه ، ثم ينظر ، إن لم يطأها المشتري ، أو وطئها وولدت لدون ستة أشهر من وقت وطئه ، فالولد بموكله . وإن ولدته لسته أشهر فأكثر من وطئه ، فالولد لاحق بالمشتري ، والجارية مستولدة له . وإن لم يستبرئ البائع قبل البيع ، نظر ، إن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت استبراء المشتري ، أو لأكثر ولم يطأها المشتري ، فالولد للبائع ، والبيع باطل . وإن وطئها المشتري وأمكن أن يكون من هذا ، وأن يكون من ذاك ، عرض على القائف .

فرع

لا يجب في شراء الأمة التي كان البائع يطؤها إلا استبراء واحد ، لحصول البراءة ، فلو اشتراها من شريكين وطئها في طهر واحد ، فهل يكفي استبراء لحصول البراءة ، أم يجب استبراء كالعدتين من شخصين ؟ وجهان . ويجوز أن فيها لو وطئها وأرادا تزويجها ، فهل يكفي استبراء ، أم يجب استبراءان . ولو وطئ أجنبيان أمة كل يظنها أمته ، قال المتولي : وطء كل واحد يقتضي استبراء بقره . وفي تداخلها وجهان . أصحها : المنع .

فصل

من ملك أمة ، لم يجز له وطؤها حتى ينقضي الاستبراء . وأما الاستمتاع بالقبلة واللمس والنظر بشهوة ونحوها ، فحرام إن ملكها بغير السبي ، وإن ملكها بالسبي ، فحلل على الأصح . وإذا طهرت من الحيض وتم الاستبراء ، بقي تحريم الوطء حتى تغتسل ، ويجل الاستمتاع قبل الغسل على الصحيح .

فصل

وجوب الاستبراء لا يمنع المالك من إثبات اليد على الجارية ، بل هو مؤتمن فيه

شرعاً ، لأن سبابا أوطاس لم ينزعن من أيدي أصحابهن ، وسواء كانت حسناء أم قبيحة .

فصل

لو مضى زمن الاستبراء بعد الملك وقبل القبض ، هل يعتد به ؟ نظر ، إن ملك بالإرث ، اعتد به ، وإن ملك بالهبة ، فلا . وإن ملك بالشراء ، اعتد به على الأصح ، وفي الوصية ، لا يعتد بما قبل القبول ، ويعتد بما بعده على المذهب . ولو وقع الحمل أو الحيض في زمن خيار الشرط في الشراء ، فإن قلنا : الملك للبائع ، لم يحصل الاستبراء . وإن قلنا : للمشتري ، لم يحصل أيضاً على الأصح ، لضعف الملك . وقيل : يحصل ، وقيل : يحصل في صورة الحمل دون الحيض ، لقوة الحمل .

فرع

لو اشترى مجوسية أو مرتدة ، فمضت عليها حيضة ، أو ولدت ثم أسلمت ، فهل تعتد بالاستبراء في الكفر لوجود الملك ، أم يجب بعد الإسلام ليستعقب حل الاستمتاع ؟ وجهان ، أصحابها الثاني .

فرع

إذا اشترى العبد المأذون له جارية ، فالسيد وطؤها إن لم يكن على العبد دين ، فإن كان ، لم يجز ، ثلثا مجلها . فإن انفكت عن الديون بقضاء أو إبراء ، وقد جرى قبل الانفكاك ما يحصل به الاستبراء ، فهل يعتد به ، أم يشترط وقوع الاستبراء بعد الانفكاك ؟ وجهان كالمجوسية ، أصحابها الثاني ، وبه قطع العراقيون . ولو رهنها قبل الاستبراء ، ثم انفك الرهن ، قال في « الشامل » : يجب استبرائها ، ولا يعتد بما جرى ، وهي مرهونة ، وغلظه الروياني .

فرع

لو وطئها قبل الاستبراء ، أو استمتع بها ، وقلنا بتحريمه ، أثم ، ولا ينقطع الاستبراء ، لأن الملك لا يمنع الاحتساب ، فكذا المعاشرة بخلاف العدة .

فلو أحبلها بالوطء في الحيض ، فإن انقطع الدم ، حلت له لتمام الحيضة ، وإن كانت طاهرأ عند الإحبال ، لم ينقض الاستبراء حتى تضع الحمل ، هذا لفظه في « الوسيط » وبالله التوفيق .

السبب الثاني : زوال الفراش عن موطوءة بملك يمين ، فإذا أعتق أمته التي وطئها ، أو مستولده ، أو مات عنها ، وليست في زوجية ولا عدة نكاح ، يلزمها الاستبراء ، لأنه زال عنها الفراش ، فأشبهت الحرة ، ويكون استبراؤها بقرء ، كالمملوكة .

ولو مضت مدة الاستبراء على أم الولد ، ثم أعتقها سيدها ، أو مات عنها ، فهل يكفي ذلك ، أم يلزمها الاستبراء بعد العتق ؟ وجهان ، وقيل : قولان أصحابهما : الثاني ، كما لا تعتد المنكوحه بما تقدم من الأقراء على ارتفاع النكاح ، والخلاف مبني على أن أم الولد ، هل تخرج عن كونها فراشاً بالاستبراء أو الولادة ، وهل تعود فراشاً للسيد إذا مات زوجها أو طلقها وانقضت عدتها ، أم لا تعود ولا تحل له إلا بالاستبراء ؟ ولو استبرأ الأمة الموطوءة ، ثم أعتقها ، قال الأصحاب : لا استبراء عليها ، ولها أن تتزوج في الحال ، ولم يطردوا فيها الخلاف الذي في المستولدة ، لأن المستولدة يشبه فراشها فراش النكاح ، ولو لم تكن الأمة موطوءة ، لم تكن فراشاً ، ولم يجب الاستبراء بإعتاقها .

فرع

لا يجوز تزويج الأمة الموطوءة قبل الاستبراء ، بخلاف بيعها ، لأن مقصود النكاح الوطء ، فينبغي أن يستعقب الحل . وفي جواز تزويج أم الولد خلاف

مذكور في «باب أمهات الأولاد» الأصح الصحة . فعلى هذا ، لا تزوج حتى تستبرأ .
ولو استبرأها ، ثم أعتقها ، فهل يجوز تزويجها في الحال ، أم تحتاج إلى استبراء
جديد ؟ وجهان .

قلت : أصحها ^(١) والله أعلم

ولو اشترى أمة وأراد تزويجها قبل الاستبراء ، فإن كان البائع وطئها ، لم
يجز إلا أن يزوجه بها . وإن لم يكن وطئها البائع ، أو وطئها واستبرأها قبل
البيع ، أو كان الانتقال من امرأة أو صبي ، جاز تزويجها في الحال على الأصح ،
كما كان للبائع تزويجها بعد الاستبراء .

فرع

إذا أعتق مستولده ، أو مات عنها وهي في نكاح أو عدة زوج ، فلا استبراء
عليها ، لأنها ليست فراشاً للسيد . وخرج ابن مريج قولاً أنه يلزمها الاستبراء
بعد فراغ عدة الزوج . وحكى المرخسي هذا قولاً قديماً ، وحكى أيضاً عن
الاصطخري ، والمذهب الأول ، وهو المنصوص ، وبه قطع الجمهور . وقال الشيخ
أبو علي : فعلى المذهب متى انقضت عدة الزوج ، وكان السيد حياً ، عادت
فراشاً له ، وعلى التخريج لا تعود فراشاً حتى يستبرئها . ولو أعتقها ، أو مات
عقب انقضاء عدة الزوج ، فقبل : لا استبراء عليها ، والصحيح المنصوص وجوبه .
لكن هل يشترط لوجوبه أن يقع إعتاق السيد أو موته بعد انقضاء العدة بلحظة
لنعود فيها فراشاً للسيد ، أم لا لكون مصيرها فراشاً أمراً حكماً لا يحتاج إلى
زمن حسي ؟ وجهان . أرجحها الثاني .

(١) بياض في جميع الأصول ، وعلى هامش أصلنا ما نصه : مضت المسألة ، واختار
وجوب الاستبراء بعد العتق فتأمل .

ولو انقضت عدتها ولم يموت السيد ولم يعتقها ، فالمذهب والمنصوص في الجديد :
أنها تعود فراشاً للسيد ، وتحل له بلا استبراء . وحكي قول قديم : أنها لا تحل
له بلا استبراء ، فعلى المذهب ، لو مات السيد بعد ذلك ، لزمها الاستبراء ، وعلى
القديم : لا استبراء . والخلاف في حل أم الولد إذا زال حق الزوج ، كالخلاف
فيما إذا زال حق الزوج عن الأمة المزوجة ، هل يحتاج السيد إلى استبراء؟ لكن
الراجع في الأمة الاحتياج . ونقله البندنجي عن النص ، لأن فراش أم الولد
أشبه بالنكاح ، ولهذا ولد أم الولد يلحقه إذا ولدته بعد ستة أشهر من حين
استبرائها ، وولد الأمة لا يلحقه ، كذا قاله الروياني .

ولو أعتق مستولده ، أو مات عنها وهي في عدة وطء شبهة ، فهل يلزمها
الاستبراء تفريعاً على المنصوص فيما إذا كانت في عدة زوج ؟ وجهان .
أصحها الوجوب .

فرع

أعتق مستولده ، وأراد أن يتزوجها قبل تمام الاستبراء ، جاز على الأصح ،
يتزوج المعتدة منه بنكاح أو وطء شبهة .

فرع

المستولدة المزوجة ، إذا مات عنها سيدها وزوجها جميعاً ، فلها أحوال .

أحدها : أن يموت السيد أولاً ، فقد مات وهي مزوجة ، وقد ذكرنا أنه
لا استبراء عليها على المذهب ، فإذا مات الزوج بعده ، اعتدت عدة حرة ، وكذا
لو طلقها .

الحال الثاني : أن يموت الزوج أولاً ، فتعتد عدة أمة شهرين وخمسة أيام ،
فإن مات السيد وهي في عدة الزوج ، فقد عتقت في أثناء العدة ، وقد سبق في

أول كتاب العدد^(١) الخلاف ، في أنها هل تكمل عدة حرة أم عدة أمة ؟ والمذهب أنه لا استبراء عليها كما ذكرناه قريباً . وإن أوجبناه ، فإن كانت من ذوات الأشهر ، استبرأت بشهر بعد العدة ، وإن كانت من ذوات الأقراء ، استبرأت بحيضة بعد العدة إن لم تحض في العدة ، فإن حاضت في العدة بعد ما عتقت ، كفاها ذلك .

وإن مات السيد بعد خروجها من العدة ، لزمه الاستبراء على الأصح تفريعاً على عودها فراشاً .

الحال الثالث : أن يموت السيد والزوج معاً ، فلا استبراء ، لأنها لم تعد إلى فراشه . ويجيء فيه الخلاف المذكور ، فيما إذا عتقت وهي معتدة ، وهل تعتد عدة أمة ، أم عدة حرة ؟ وجهان . أصحها عند الغزالي : عدة أمة ، وقطع البغوي بعدة حرة احتياطاً .

الحال الرابع : أن يتقدم أحدهما وبشكل السابق ، فله صور .

إحداها : أن يعلم أنه لم يتخلل بين موتها شهران وخمسة أيام ، فعليها أربعة أشهر وعشر من موت آخرهما موتاً ، لاحتمال أن السيد مات أولاً ، ثم مات الزوج وهي حرة ، ولا استبراء عليها على الصحيح ، لأنها عند موت السيد زوجة أو معتدة . وإن أوجبنا الاستبراء ، فحكمه كما نذكره إن شاء الله تعالى في الصورة الثانية .

ولو تخلل شهران وخمسة أيام بلا مزيد ، فهل هو كما لو كان المتخلل أقل من هذه المدة ، أم كما لو كان أكثر منها ؟ فيه الوجهان السابقان .

الصورة الثانية : أن يعلم أنه تخلل بين الموتين أكثر من شهرين وخمسة أيام ، فعليها الاعتداد بأربعة أشهر وعشرة أيام من موت آخرهما موتاً ، ثم إن لم تحض

(١) في الأصل : العدة .

في هذه المدة ، فعليها أن تبرص بعدها بحیضة لاحتمال أن الزوج مات أولاً ، وانقضت عدتها ، وعادت فراشاً للسيد ، وإن حاضت في هذه المدة ، فلا شيء عليها ، وسواء كان الحيض في أول المدة أو آخرها . وقيل : يشترط كونه بعد شهرين وخمسة أيام من هذه المدة اثلاً يقع الاستبراء وعدة الوفاة في وقت واحد . قال الأصحاب : هذا غلط ، لأن الاستبراء إنما يجب على تقدير تأخر موت السيد ، وحينئذ تكون عدة الوفاة منقضية بالمدة المتخللة ، ولا يتصور الاجتماع سواء كان الحيض في أول هذه المدة أو آخرها . ولو كانت المستولدة بمن لا تحيض ، كفأها أربعة أشهر وعشرة أيام .

الصورة الثالثة : أن لا يعلم كم المدة المتخللة ، فعليها التبرص كما ذكرناه في الصورة الثانية ، أخذاً بالأحوط ، ولا نورثها من الزوج إذا شككنا في أسبقها موتاً ، فإن ادعت علم الورثة أنها كانت حرة يوم موت الزوج ، فعليهم الحلف على نفي العلم .

فصل

متى قالت المستبرأة : حضت ، صدقت بلايين .

ولو امتنعت على السيد فقال : قد أخبرني بانقضاء الاستبراء ، صدق السيد على الأصح ، لأن الاستبراء مفوض إلى أمانة السيد ، ولهذا لا يحال بينه وبينها ، بخلاف المعتدة من وطء بشبهة ، فإنه يحال بين الزوج وبينها . وهل لها تحليف السيد ؟ وجهان . حقيقتها : أنه هل للأمة الخاصة ؟ ويقرب منه ما إذا ورث جارية فادعت أن مورثها وطئها ، وأنها حرمت عليه بوطئه ، فلا يلزمه تصديقها . وطريق الورع لا يخفى . وهل لها تحليفه ؟ فيه هذان الوجهان .

قلت : الأصح أن لها التحليف في صورتين ، وعليها الامتناع من التمكين إذا تحققت بقاء شيء من زمن الاستبراء وإن أبجناها له في الظاهر والله أعلم

فصل

وطء السيد أمته في عدتها عن وفاة زوج ، ثم مات السيد ، فعليها إكمال عدة الوفاة ، ثم تتربص بحیضة لموت السيد . فلو مرت بها حیضة في بقية عدة الوفاة ، لم يعتد بها ، لأنها واجبان لشخصين ، فلا يتداخلان . ولو لم يمت السيد ، لكن أراد تزويجها ، فكذلك تكمل عدة الوفاة ، ثم تتربص بحیضة ، ثم يتزوجها ، ولو أراد أن يطأها بعد عدة الوفاة ، فالصحيح جوازه ، ولا حاجة إلى الاستبراء ، ولو كانت في عدة طلاق ، فوطئها السيد ، ثم مات ، أكملت عدة الطلاق ، ثم تربصت بحیضة لموت السيد ، ولا تحسب المدة من وقت وطء السيد إلى موته إن كان يستفرشها ، كما لو نكحت في العدة وكان الزوج الثاني يستفرشها جاهلاً ، هذا كله إذا وطئها ولم يظهر بها حمل . أما إذا وطئها السيد في عدة الوفاة ومات ، فظهر بها حمل وولدت لزمن يمكن أن يكون من الزوج ، وأن يكون من السيد ، عرض على القائف ، فإن ألحقه بالزوج ، انقضت عدتها بالوضع ، وعليها حیضة بعد طهرها من النفاس ، وإن ألحقه بالسيد ، حصل الاستبراء بوضعه ، وعليها بعد إتمام عدة الوفاة . فإن لم يكن قائف ، فعليها إتمام بقية العدة بعد الوضع على تقدير كون الولد من السيد ، وعلى تقدير كونه من الزوج ، فعليها التربص بحیضة بعد الوضع ، فيلزمها أطول المدتين ، فإن وقعت الحيضة في بقية عدة الوفاة ، كفأها ذلك . ولو ظهر بها حمل والصورة في عدة الطلاق ، فولدت لزمان يحتملها ، فإن ألحق بالزوج ، فعليها بعد الوضع حیضة ، وإن ألحق بالسيد ، فعليها بعده بقية العدة ، وإن أشكل ، فعليها بقية العدة ، أو حیضة فتأخذ بأكثرهما .

فرع

اشتري مزوجة ، فوطئها قبل العلم بأنها مزوجة ، وظهر بها حمل ، ومات الزوج ، فإن ولدت لزمن يحتمل كونه منها ، بأن ولدت لسته أشهر فصاعداً من

وطء السيد ، ولاربعة سنين فأقل من وطء الزوج ، عرض على القائف . فإن أحلقه بالزوج ، انقضت العدة بالوضع ، وإن أحلقه بالسيد ، لم تنقض بالوضع ، وكذا لو لم يكن قائف ، أو أشكل عليه ، لم تنقض العدة بالوضع ، لاحتمال كونه من السيد ، وعليها إتمام عدة الوفاة شهرين وخمسة أيام ، ولا تحسب مدة افتراض السيد من العدة .

وإن احتمل أن يكون الولد من السيد دون الزوج ، فكذا الحكم ، وإن احتمل كونه من الزوج دون السيد ، انقضت العدة بوضعه ، وهل على السيد الاستبراء بعد العدة ؟ فيه الخلاف السابق ، ولو لم يظهر بها حمل والتصوير كما ذكرنا ، فإما أن يموت الزوج عقب الوطء ، وإما بعده بمدة ، فإن مات عقبه ، اعتدت عدة الوفاة . وهل تحل بعدها للسيد ، أم تحتاج إلى استبراء ؟ فيه الخلاف . ولا يجوز تزويجها إلا بعد الاستبراء بلا خلاف . وإن عاش بعد الوطء مدة ، لزمه اعتزالها إذا علم الحال حتى تنقضي مدة الاستبراء ، كالمنكوحة نوطاً بالشبهة . وإذا مات بعد انقضائها ، فليس عليها إلا عدة الوفاة ، وتحل للسيد بعدها ، وله تزويجها بلا استبراء جديد . ولو استقرشها الزوج بعد وطء السيد جاهلاً ثم مات ، فإذا قضت عدته ، فهل تحل للسيد بغير استبراء ؟ فيه الخلاف السابق . ولا يجوز تزويجها إلا بعد الاستبراء .

فرع

رجل له زوجة وأمة مزوجة ، حنت في طلاق الزوجة ، أو عتق الأمة ومات قبل البيان ، ثم مات زوج الأمة ، لزمها أن تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام من يوم مات الزوج ، لاحتمال أن السيد حنت في عتقها ، ويلزم امرأته الأكثر من أربعة أشهر وعشر ، وثلاثة أقراء . فلو كان لزوج الأمة أمة أيضاً ، وحنت أيضاً هو في عتقها ، أو طلاق زوجته الأمة وماتا قبل البيان ، فعلى كل واحدة الأكثر من أربعة أشهر وعشر ، وثلاثة أقراء .

الطرف الثالث : فيما تصير به الأمة فراشاً ، فيه مسائل .

الأولى ، لا تصير الأمة فراشاً بمجرد الملك ، فلو كانت تحل له وخلا بها ، فولدت ولداً يمكن كونه منه ، لم يلحقه ، بخلاف الزوجة ، لأن مقصود النكاح الاستمتاع والولد ، وإنما تصير الأمة فراشاً إذا وطئها ، فإذا أتت بعد الوطء بولد لزمان يمكن أن يكون منه ، لحقه ويعرف الوطء بإقراره أو بالبينة . فلو نفى الولد مع الاعتراف بالوطء ، فإن ادعى الاستبراء بحیضة بعد الوطء ، نظر ، إن ولدته لدون ستة أشهر من وقت الاستبراء ، فالاستبراء لغو فيلحقه الولد . فلو أراد نفيه باللعان ، فقد سبق في كتاب اللعان ، أن الصحيح جواز اللعان في هذه الصورة ، وإن ولدته لستة أشهر إلى أربع سنين ، فالمذهب والمنصوص أنه لا يلحقه ، وقد سبق فيه خلاف وتخريج . فلو أنكرت الاستبراء ، فهل يحلف السيد ، أم يصدق بغير بين ؟ وجهان . الصحيح الذي عليه الجمهور ، أنه يحلف . فعلى هذا ، هل يكفي الحلف على الاستبراء ، أم يضم إليه أن الولد ليس منه ، أم يكفي الحلف أن الولد ليس منه من غير تعرض للاستبراء كما في نفي ولد الزوجة ؟ فيه أوجه . أصحها الثالث ، ويفهم منه ، أنه لو علم أن الولد من غيره ولم يستبرأ ، جاز له نفيه والحلف عليه ، لا على سبيل اللعان . وإذا حلف على الاستبراء ، فهل يقول : استبرأته قبل ستة أشهر من ولادتها هذا الولد ، أم يقول : ولدته بعد ستة أشهر بعد استبرائي ؟ فيه وجهان . ولو نكل ، فوجهان . أحدهما : يلحقه بنكوله . والثاني : تحلف الأمة ، فإن نكلت توقفنا إلى بلوغ الصبي ، فإن حلف بعد البلوغ ، لحق به .

المسألة الثانية : ادعت الوطء وأمية الولد ، وأنكر السيد أصل الوطء ، فالصحيح أنه لا يحلف ، وإنما حلف في الصورة السابقة ، لأنه سبق منه الإقرار بما يقتضي ثبوت النسب ، وقيل : يحلف ، لأنه لو اعترف به ثبت النسب . وإذا لم يكن ولد ، لم يحلف بلا خلاف .

الثالثة : أقر بالوطء فأنت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الوطء ، لم يلحقه على الصحيح ، وقيل : يلحقه كولد الزوجة ، وهذا تفريع على أنه يلحقه بعد الاستبراء ، ويقرب منه الخلاف فيما لو أتت بولد يلحق السيد ، ثم ولدت آخر لستة أشهر فصاعداً ، هل يلحقه الثاني ، لأنها صارت فراشه فيلحقه أولادها كالزوجة ،

أم لا يلحقه ؟ إلا أن يقر بوطء جديد ، لأن هذا الفراش يبطل بالاستبراء ،
فبالولادة أولى .

أما لو أتت بالولد الثاني لدون ستة أشهر ، فيها حمل واحد ، فإذا لحقه الأول ،
لحقه الثاني بلا خلاف . وأصل الخلاف أن أم الولد ، هل تعود فراشاً للسيد إذا
انقطعت علاقة الزوج عنها نكاحاً وعدة ؟ وفيه قولان . أحدهما : تعود حتى لو مات
السيد ، أو أعتقها بعد ذلك لزمها الاستبراء . ولو أتت بولد لستة أشهر فصاعداً من
انقطاع علاقة الزوج ، لحق السيد . والثاني : لا تعود فراشاً ما لم يطأها ، فلو ولدت
لدون أربع سنين من الطلاق ، لحق بالزوج . لكن الأظهر ، أن أم الولد تعود
فراشاً ، والأصح أنه لا يلحقه الولد الثاني إلا أن يقر بوطء جديد ، لأن الولادة
أقوى من الاستبراء .

الوابة : قال : كنت أطأ وأعزل ، لحقه الولد على الأصح ، لأن الماء قد يسبق ،
ولأن أحكام الوطء لا يشترط فيها الإنزال . وقيل : ينتفي عنه كدعوى الاستبراء ،
ولو قال : كنت أطأ في الدبر ، لم يلحقه الولد على الصحيح ، ولو قال : كنت
أصيبها فيما دون الفرج ، لم يلحقه على الأصح .

فصل

لو اشترى زوجته ، فولدت بعد الشراء ، فقد سبق في « كتاب اللعان » بيان أنه
متى يلحقه هذا الولد بالنكاح ، ومتى يلحقه بملك اليمين ، ومتى لا يلحقه ؟ ولا يحكم
بكونها أم ولد إذا احتمل كونه من النكاح فلم يقر بالوطء بعد الشراء . وقيل :
يلحق إذا أمكن كونه من وطء ملك اليمين وهو ضعيف ، ولو أقر بالوطء بعد
الشراء ، ولحق الولد بملك اليمين ، ولكن احتمل كونه من النكاح ، ثبتت أمومة
الولد على الأصح ، وأجري الوجهان فيما لو زوج أمته وطلقت قبل الدخول ، وأقر
السيد بوطئها فولدت لزمن يحتمل كونه منها ، وبالله التوفيق .

(١) في الأصل : بالثاني .

كتاب الرضاع

الرضاع يؤثر في تحريم النكاح ، وثبوت المحرمية المفيدة لجواز النظر والخلوة دون سائر أحكام النسب ، كالميراث ، والنفقة ، والعق بالملك ، وسقوط القصاص ، ورد الشهادة وغيرها ، وهذا كله متفق عليه . ثم في كتاب الرضاع أربعة أبواب :

الاول : في أركانه وشروطه ، أما الأركان فثلاثة :

الأول : المرضع ، وله ثلاثة شروط ، الأول : كونه امرأة ، فلبن البهيمة لا يتعلق به تحريم ، فلو شربه صغيران لم يثبت بينهما أخوة ، ولا يحرم لبن الرجل أيضاً على الصحيح ، وقال الكرايسي : يحرم ، ولبن الخنثى لا يقتضي أنوثته على المذهب ، فلو ارتضعه صغير ، توقف في التحريم ، فإن بان أنثى ، حرم ، وإلا ، فلا .

الشرط الثاني : كونها حية ، فلو ارتضع ميتة ، أو حلب لبنها ، وهي ميتة ، لم يتعلق به تحريم ، كما لا تثبت حرمة المصاهرة بوطء الميتة . ولو حلب لبن حية ، وأوجر الصبي بعد موتها ، حرم على الصحيح المنصوص .

الشرط الثالث : كونها محتملة للولادة ، فلو ظهر لصغيرة دون تسع سنين لبن ، لم يحرم ، وإن كانت بنت تسع وإن لم يحكم ببلوغها ، لأن احتمال البلوغ قائم ، والرضاع كالنسب فكفى فيه الاحتمال .

فرع

سواء كانت المرضعة مزوجة ، أم بكرأ ، أم بخلافهما ، وقيل :
لا يحرم لبن البكر ، والصحيح الأول ، ونص عليه في البويطي •

فرع

نص في البويطي أنه إذا نزل لرجل لبن ، فارتضعته صبية ، كره
له نكاحها •

الركن الثاني : اللبن ، ولا يشترط لثبوت التحريم بقاء اللبن على
هيئته حالة انفصاله عن الثدي ، فلو تغير بحموضة ، أو انعقاد ، أو
إغلاء أو صار جنباً ، أو أقطأ ، أو زبدأ ، أو مخيضاً ، وأطعم الصبي ،
حرم لوصول اللبن إلى الجوف ، وحصول التغذية • ولو ثرد فيه طعام
ثبت التحريم • ولو عجن به دقيق ، وخبز ، تعلقت به الحرمة على
الصحيح • ولو خلط بمائع إما دواء ، وإما غيره ، حلال كالماء ولبن
الشاة ، أو حرام كالخمر ، نظر إن كان اللبن غالباً تعلقت الحرمة
بالمخلوط ، فلو شرب الصبي منه خمس مرات ثبت التحريم ، وإن كان
اللبن مغلوباً ففقولان ، أحدهما : لا يتعلق به تحريم كالنجاسة المستهلكة
في الماء الكثير لا أثر لها ، وكالخمر المستهلكة في غيرها لا يتعلق بها
حد ، وكالمحرم يأكل طعاماً استهلك فيه طيب ، لا فدية عليه • وأظهرهما :
يتعلق به التحريم لوصول عين اللبن في الجوف ، وذلك هو المعتبر ،
ولهذا يؤثر كثير اللبن وقليله ، وليس كالنجاسة ، فإنها تجنب
للاستقذار ، وهو مندفع بالكثرة ، ولا كالخمر ، فإن الحد منوط
بالشدة المزيلة للعقل ، ولا كالمحرم ، فإنه ممنوع من التطيب ، وليس

هذا بتطيب ، فعلى هذا إن شرب جميع المخلوط ، تعلق به التحريم ، وإن شرب بعضه فوجهان ، أحدهما : يثبت التحريم أيضاً إن شربه خمس دفعات ، أو شرب منه دفعة بعد أن شرب اللبن الصرف أربعاً ، وهذا اختيار الصيمري ، والقاضي أبي الطيب ، وأصحهما ، وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق والماوردي - : لا يتعلق به تحريم ، لأننا لم نتحقق وصول اللبن ، وهذا الخلاف فيما إذا لم يتحقق وصول اللبن مثل أن وقعت قطرة في جب ماء وشرب بعضه ، فإن تحققنا انتشاره في الخليط ، وحصول بعضه في المشروب ، أو كان الباقي من المخلوط أقل من قدر اللبن ، ثبت التحريم قطعاً ، ذكره الإمام وغيره . وهل يشترط أن يكون اللبن قدراً يمكن أن يسقى منه خمس دفعات لو انفرد عن الخليط ؟ وجهان حكاهما السرخسي وقال : أصحهما الاشتراط ، هذا هو المذهب في بيان حكم اختلاط اللبن بالمائعات ، وسواء فيه اختلاط اللبن بالماء وبغيره ، وحكى الإمام طريقاً آخر أنه إن كان الخليط غير الماء ، فعلى ما ذكرناه ، وإن كان ماء واللبن مغلوب ، فإن امتزج بسا دون القلتين ، وشرب الصبي كله ، ففي ثبوت التحريم قولان ، وإن شرب بعضه ، فقولان مرتبان وأولى بأن لا يثبت . وإن امتزج بقلتين ، فصاعداً ، فإن لم يثبت التحريم بدون القلتين فهنا أولى ، وإن أثبتنا ، وتناول بعضه ، لم يؤثر ، وإن شربه كله ، فقولان مرتبان ، وأولى بأن لا يؤثر . وهذه الطريقة ضعيفة ، وفي المراد بمصير اللبن مغلوباً وجهان ، أحدهما : خروجه عن كونه مغذياً ، والصحيح الذي قطع به الأكثرون أن الاعتبار بصفات اللبن الطعم واللون والرائحة ، فإن ظهر منها شيء في المخلوط ، فاللبن غالب ، وإلا فمغلوب . وتقل أبو الحسن العبادي في « الرقم » تفريراً على هذا عن الحلبي ما يفهم منه أنه لو زايسته الأوصاف الثلاثة ، اعتبر قدر اللبن بما له لون قوي يستولي على

الخليط ، فإن كان ذلك القدر منه يظهر في الخليط ثبت التحريم ، وإلا فلا ، قال الحليمي : وهذا شيء استنبطته أنا وكان في قلبي منه شيء ، فعرضته على القفال الشاشي وابنه القاسم ، فارتضياه ، فسكنت ، ثم وجدته لابن سريج ، فسكن قلبي إليه كل السكون ، وقد سبق نظير هذا في اختلاط المائع بالماء •

فرع

لو وقعت قطرة في فمه ، واختلطت بريقه ، ثم وصل جوفه ، فطريقان ، أحدهما : يعتبر كونه غالباً أو مغلوباً على ما ذكرناه • والثاني : القطع بالتحريم •

إذا اختلط لبن امرأة بلبن أخرى ، وغلب أحدهما ، فإن علقنا التحريم بالمغلوب ، ثبتت الحرمة منهما ، وإلا فيختص بغلبة اللبن •

الركن الثالث : المحل وهو معدة الصبي الحي ، أو ما في معنى المعدة ، فهذه ثلاثة قيود :

الأول : المعدة ، فالوصول إليها يثبت التحريم ، سواء ارتضع الصبي ، أو حلب اللبن ، وأوجز في حلقه حتى وصلها ، ولو حقن باللبن ، أو قطر في إحليله ، فوصل مثاقته ، أو كان على بطنه جراحة ، فصب اللبن فيها حتى وصل الجوف لم يثبت التحريم على الأظهر • ولو صب في أنفه فوصل دماغه ثبت التحريم على المذهب ، وقيل : فيه القولان ، قال البغوي : ولو صب في جراحة في بطنه فوصل المعدة لخرق الأمعاء ، أو وصل الدماغ بالصب في مأومة ثبت التحريم بلا

خلاف • ولو صب في أذنه ، ففي « البحر » أنه يثبت التحريم ، وفي « التهذيب » لا يثبت ، إذ لا منفذ منها إلى الدماغ ، ويشبه أن يكون كالحقنة • وأما الصب في العين ، فلا يؤثر بحال ، ولو ارتضع ، وتقياً في الحال ، حصل التحريم على الصحيح • وقيل : لا يحصل • وقيل : إن تقياً وقد تغير اللبن ، ثبت التحريم وإلا فلا •

القيد الثاني : الصبي والمراد به من لم يبلغ حولين ، فمن بلغ سنتين ، فلا أثر لارتضاعه ويعتبر الحولان بالأهلة ، فإن انكسر الشهر الأول ، اعتبر ثلاثة وعشرون شهراً بعده بالأهلة ويكمل المنكسر ثلاثين من الشهر الخامس والعشرين ، ويحسب ابتداء الحولين من وقت انفصال الولد بتمامه ، وقال الروياني : لو خرج نصف الولد ، ثم بعد مدة ، خرج باقيه ، فابتداء الحولين في الرضاع عند ابتداء خروجه • وحكى ابن كج فيه وجهين ، وحكى وجهين فيما لو ارتضع قبل انفصال جميعه هل يتعلق به تحريم ؟

القيد الثالث : الحي فلا أثر للوصول إلى معدة الميت •

فصل

في شرط الرضاع لا تثبت حرمة إلا بخمس رضعات هذا هو الصحيح المنصوص • وقيل : تثبت برضعة واحدة ، وقيل : بثلاث رضعات ، وبه قال ابن المنذر ، واختاره جماعة • فعلى المنصوص لو حكم حاكم بالتحريم برضعة ، لم ينقض حكمه على الصحيح ، وقال الاصطخري : ينقض • والرجوع في الرضعة والرضعات إلى العرف : وما تنزل عليه الأيمان في ذلك ، ومتى تخلل فصل طويل تعدد • ولو ارتضع ، ثم قطع إعراضاً ، واشتغل بشيء آخر ، ثم عاد وارتضع ، فهما رضعتان ، ولو قطعت المرضعة ، ثم عادت إلى الإرضاع ، فهما

رضعتان على الأصح ، كما لو قطع الصبي ، ولا يحصل التعدد بأن يلفظ الثدي ، ثم يعود إلى التقامه في الحال ، ولا بأن يتحول من ثدي إلى ثدي ، أو تحوله لنفاذ ما في الأول ، ولا بأن يلهو عن الامتصاص والثدي في فمه ، ولا بأن يقطع التنفس ، ولا بأن يتخلل النومة الخفيفة ، ولا بأن تقوم وتشتغل بشغل خفيف ، ثم تعود إلى الإرضاع ، فكل ذلك رضة واحدة .

قلت : قال ابراهيم المروذي : إن نام الصبي في حجرها وهو يرتضع نومة خفيفة ، ثم اتبه ورضع ثانياً ، فالجميع رضة ، وإن نام طويلاً ، ثم اتبه وامتص ، فإن كان الثدي في فمه فهي رضة ، وإلا فرضعتان . والله اعلم

قال الأصحاب : يعتبر ما نحن فيه بمرات الأكل ، فإذا حلف لا يأكل في اليوم إلا مرة واحدة فأكّل لقمة ، ثم أعرض واشتغل بشغل طويل ، ثم عاد وأكّل ، حنث ، ولو أطل الأكل على المائدة وكان ينتقل من لون إلى لون ويتحدث في خلال الأكل ، ويقوم ، ويأتي بالخبز عند نفاذه ، لم يحنث ، لأن ذلك كله يعد في العرف أكلة واحدة ، ولو ارتضع من ثدي امرأة ثم انتقل في الحال إلى ثدي آخر ، ففيه خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى في الفصل الذي يليه .

فرع

لا يشترط وصول اللبن في المرات على صفة واحدة ، بل لو ارتضع في بعضها ، وأوجر في بعضها ، وأسعط في بعضها حتى تم العدد ، ثبت التحريم ، وكذا الصب في الجراحة والحقنة إذا جعلناهما مؤثرين .

فرع

لو حلب لبن امرأة دفعة ، وأوجره الصبي في خمس دفعات ، فهل يحسب رضعة أم خمساً ؟ قولان ، أظهرهما : رضعة ، وقيل : رضعة قطعاً .
ولو حلب خمس دفعات ، وأوجره دفعة ، فالمذهب أنه رضعة ، وقيل : على الطريقين . ولو حلب خمس دفعات ، وأوجر في خمس دفعات من غير خلط ، فهو خمس رضعات قطعاً . وإن حلب خمس دفعات ، وخلط ، ثم فرق ، وأوجر في خمس دفعات ، فالمذهب أنه خمس رضعات ، وبه قطع الجمهور ، وقيل على قولين ، لأنه بالخلط صار كالمحلوب دفعة .
ولو حلب خمس نسوة في إناء ، وأوجره الصبي دفعة واحدة حسب من كل واحدة رضعة ، وإن أوجره في خمس دفعات ، حسب من كل واحدة رضعة ، وإن أوجره في خمس دفعات ، حسب من كل واحدة رضعة على الأصح ، وقيل : خمس رضعات .

فرع

لو شك هل أرضعته خمس رضعات ، أم أقل ، أو هل وصل اللبن جوفه أم لا ؟ فلا تحريم ولا يخفى الورع . ولو شك هل أرضعته الخمس في الحولين ، أم بعضها ، أو كلها بعد الحولين ، فلا تحريم على الأظهر أو الأصح ، والتحريم محكي عن الصيمري ، لأن الأصل بقاء المدة .

فصل

إذا كان لبن المرأة لرجل ، فسيأتي إن شاء الله تعالى أن المرتضع يصير ابناً للرجل كما يصير ابناً للمرأة ، واختار ابن بنت الشافعي أنه

لا يصير ، والصواب الأول . فإذا كان للرجل خمس مستولدات ، أو أربع زوجات ومستولدة ، فأرضعت كل واحدة طفلاً رضة لم يصرن أمهاته ، وهل يصير الرجل أباه ؟ وجهان ، قال الأنماطي وابن سريج وابن الحداد : لا ، وأصحهما - وبه قال أبو إسحاق وابن القاص - : نعم ، لأنه لبنه ، وهن كالظروف له ، فعلى هذا تحرم المرضعات على الطفل لا بالرضاع ، بل لأنهن موطوءات أبيه ، ولو كان تحته صغيرة وله خمس مستولدات ، فأرضعتها كل واحدة رضة بلبنه لم ينفسخ نكاح الصغيرة على الوجه الأول ، وينفسخ على الثاني ، وهو الأصح ، ولا غرم عليهن ، لأنه لا يثبت له دين على مملوكه ، ولو أرضع نسوته الثلاث ومستولداته زوجته الصغيرة فانفساخ نكاح الصغيرة على الوجهين ، وأما غرامة مهرها ، فإن أرضعن مرتباً ، فالانفساخ يتعلق بإرضاع الأخيرة فإن كانت مستولدة ، فلا شيء عليها ، وإن كانت زوجة ، فعليها الغرم ، وإن أرضعته معاً بأن أخذت كل واحدة لبنها في مسعط ، وأوجرته معاً ، فلا شيء على المستولدين وعلى النسوة ثلاثة أخماس الغرم ، ولا ينفسخ نكاح النسوة لأنهن لم يصرن أمهات الصغيرة . ولو كان له أربع ، فأرضعت إحداهن طفلاً رضعتين ، وأرضعته الباقيات رضة رضة ، أو كان له ثلاث مستولدات ، فأرضعت إحداهن الطفل بلبنه ثلاث رضعات ، والباقيتان رضة رضة ، جرى الخلاف في مصيره أباً ولا يصرن أمهات ، وعلى هذا قياس سائر نظائرها . ولو كان لرجل أو امرأة خمس بنات أو أخوات ، فأرضعت كل واحدة طفلاً رضة ، لم يصرن أمهاته ، ولا أزواجهن آباءه ، وكذا لا تثبت الحرمة بين الرضيع والرجل على المذهب ، وقيل : بطرد الوجهين ، فإن أثبتنا الحرمة ، قال البغوي : تحرم المرضعات على الرضيع لالكونهن

أمهات ، بل لكون البنات أخواته وكون الأخوات عماته ، ولك أن تقول إنما يصح كون البنات أخواته والأخوات عماته لو كان الرجل أباً ، والحرمة هنا إذا ثبتت إنما هي لكونه جداً لأم أو خالاً ، وفيه وضع بعضهم الخلاف ، فقال : في مصيره جداً لأم أو خالاً وجهان ، فينبغي أن يقال : يحرم لكونهن كالخالات ، وذلك لأن بنت الجد للأم إذا لم تكن أما ، كانت خالة ، وكذلك أخت الخال . ولو كان لرجل أم بنت وأخت وبنت أخ لأب ، وبنت أخت لأب ، فارتضع طفل من كل واحدة رضعة ، فإن قلنا : لا يثبت التحريم في الصورة الثانية ، فهنا أولى ، وإلا فالأصح أيضاً أن لا تحريم لأن هناك يمكن نسبة الرضيع إليه بكونه ابن ابن ، ونسبته إلى الرضيع بكونه جداً ، وهنا لا يمكن لاختلاف الجهات ، ولا يجوز أن يكون بعضه أخاً وبعضه ولد بنت ، وعن ابن القاص : اثبات الحرمة ، فعلى هذا تحرم المرضعات على الرضيع لا بالأمومة بل بجهات ، فأم الرجل كأنها زوجة أبيه ، لأن لبنها من أبي الرجل ، والرضيع كولده ، وبنت الرجل بنت ابن أبيه ، فتكون بنت أخيه ، وأخت الرجل بنت أبيه ، فتكون أخته ، وبنت أخي الرجل بنت ابن أبيه ، فتكون بنت أخيه ، وبنت أخت الرجل بنت أخته أيضاً .

ولو كان بدل إحدى هؤلاء المرضعات زوجة أوجدة كان الحكم كما ذكرنا . ولو أرضعت كل واحدة من هؤلاء زوجة الرجل رضعة ، فانفساخ نكاحه على الوجهين ، فإن قلنا : ينفسخ ، فإن أرضعن مرتباً ، غرمت الأخيرة للزوج ، وإن أرضعن معاً ، اشتركن فيه ، فإن اختلف عدد الرضعات بأن كن ثلاثاً فأرضعت واحدة رضعتين ، وأخرى كذلك ، والثالثة رضعة ، فهل يغرم من أثلاثاً على عدد الرؤوس ، أم أخماساً على عدد الرضعات ؟ وجهان ، وجميع ما ذكرناه هو فيما إذا أرضعت النسوة الخمس في أوقات متفاصلة ، فإن أرضعن متوالياً ، وحكمنا بالحرمة

في المتفاصل فهنا وجهان ، قال ابن القاص : لا يثبت ، لأنهن كالمراة الواحدة بالنسبة إلى الرجل وإرضاع المراة إنما يحرم إذا تفرقت أوقاته ، وأصحهما : التحريم لتعدد المرضعات ، فعلى الأول لو أرضعن متوالياً ، ثم أرضعته إحداهن أربع رضعات ، صارت أمأ له على الأصح ، لأنه ارتضع منها خمساً متفاصلة ، وقيل : لا ، لأن تلك الرضعة لم تكن تامة ، ويجري هذا الخلاف في انتقال الرضيع من ثدي امرأة إلى ثدي أخرى ، فعلى وجه لا يحسب لواحدة منهما رضعة ، وعلى الأصح : يحسب لكل واحدة رضعة ، لأن الاشتغال بالارتضاع من الأخرى قطع الارتضاع من الأولى ، فصار كالاغتغال بشيء آخر ، ويقرب منه خلاف فيما لو ارتضع في الحولين أربع رضعات ، وتم الحولان في خلال الرضعة الخامسة ، ففي وجه لا يثبت التحريم ، لأنها لم تتم في الحولين ، والأصح : ثبوته لأن ما يصل إلى الجوف في كل رضعة غير مقدر ، وذكر ابن كج أنه لو كان يرتضع الرضعة الخامسة ، فمات : أو ماتت المرضعة قبل أن يتمها ، وجهين في ثبوت التحريم كالوجهين فيما لو قطعت المرضعة .

فرع

لزيد ابن وابن ابن وأب وجد وأخ ارتضعت صغيرة من زوجة كل واحد منهم رضعة ، فلا تحرم على زيد على الأصح ، وحرما ابن القاص على زيد ، فعلى هذا تحرم على أبيه دون الابن وابن الابن ، لأنها بارتضاع لبن أخي زيد تكون بنت عم لابن ، وبنت العم لا تحرم ، ومتى كان في الخمسة من لا يقتضي لبنه تحريماً ، فلا تحريم .

خمسة إخوة ارتضعت صغيرة من لبن زوجة كل واحد رضعة ،

ففي تحريم الصغيرة على الإخوة الوجهان ، الأصح : المنع • امرأة لها بنت ابن ، وبنت ابن ابن ، وبنت ابن ابن ، أرضعت العليا طفلاً ثلاث رضعات ، والأخريان رضة رضة ، ففي مصير المرأة جدة للرضيع الوجهان ، فإن قلنا : نعم ، ففي تحريم الرضعات على الطفل وجهان ، أحدهما : لا لعدم العدد ، والثاني : أن الرضعات من الجهات تجمع ، إن كانت كل واحدة منها بحيث لو تم العدد منها ثبت التحريم ، فعلى هذا ينظر إن كانت الوسطى بنت أخي العليا ، والسفلى بنت أخي الوسطى ، حرمت العليا عليه ، لأن إرضاعها لو تم لكان الطفل ابنها ، وإرضاع الوسطى لو تم ، لكان الرضيع ابن بنت أخي العليا ، وإرضاع السفلى لو تم لكان للعليا ابن بنت ابن أخ • وهذه الجهات محرمة فتجمع ما فيها من عدد الرضعات • وإن كانت الوسطى بنت ابن عم العليا ، والسفلى بنت ابن ابن عمها ، لم تحرم العليا ، لأن إرضاع الوسطى لو تم ، لكان الرضيع للعليا ابن بنت ابن عم ، وإرضاع السفلى لو تم ، لكان لها ابن بنت ابن ابن العم ، وذلك لا يقتضي التحريم ، وأما الوسطى والسفلى ، فلا تحرمان عليه بحال ، لأن إرضاع العليا لو تم ، لكان للوسطى ابن العم ، وللسفلى ابن عم الأب • ولو أرضعته إحداهن خمس رضعات ، حرمت هي عليه ، وحرمت التي فوقها إذا كانت المرضعة بنت أخي التي فوقها ، لأنها تكون عمه أمه •

فرع

له زوجتان حلبت كل واحدة من لبنها دفعة ، ثم خلطا ، وشربه طفل دفعة ، ثبت لكل واحدة رضة ، ولو شربه مرتين ، فهل يحسب لكل واحدة رضعتان اعتباراً بوصول اللبن ، أم رضة اعتباراً بالحلب؟ وجهان ، وهو كما سبق فيما لو حلب لبن نسوة ، وخلط ، وشربه الطفل دفعة أو دفعات • وأما بين الرضيع والزوج ، فإن لم نجتمع في

حق الزوج رضعات زوجاته ، ثبت له رضعة واحدة ، وإن جمعنا ونظرنا إلى الحلب ، ثبت له رضعتان ، وإن نظرنا إلى وصول اللبن ثبت أربع رضعات •

فرع

كان له أربع نسوة وأمة موطوءات ، أرضعت كل واحدة طفلة بلبن غيره رضعة ، قال ابن القاص تفريعاً على ثبوت الأبوة : لو أرضعته بلبنه تحرم الطفلة عليه ، لأنها ربييته ، وإن كان فيهن من لم يدخل بها ، لم تحرم عليه ، لما سبق أنه متى كان فيهن من لو انفردت بالرضعات الخمس ، لم تثبت الحرمة ، لايثبت التحريم •



الباب الثاني

فيمن يحرم بالرضاع

تحريم الرضاع يتعلق بالمرضعة ، والفحل الذي له اللبن ، والطفل الرضيع ، فهم الأصول في الباب ، ثم تنتشر الحرمة منهم إلى غيرهم .
أما المرضعة فتنتشر الحرمة منها إلى آبائها من النسب والرضاع ، فهم أجداد الرضيع ، فإن كان الرضيع أنثى ، حرم عليهم نكاحها .
وإلى أمهاتها من النسب والرضاع ، فهن جدات للرضيع ، فيحرم عليه نكاحهن إن كان ذكراً ، وإلى أولادها من النسب والرضاع ، فهم إخوته وأخواته ، وإلى إخوتها وأخواتها من النسب والرضاع ، فهم أخواله وخالاته ، ويكون أولاد أولادها أولاد إخوة وأولاد أخوات للرضيع ، ولا تثبت الحرمة بين الرضيع ، وأولاد إخوة المرضعة ، وأولاد أخواتها ، لأنهم أولاد أخواله وخالاته .

وأما الفحل ، فكذاك تنتشر الحرمة منه إلى آبائه وأمهاته ، فهم أجداد الرضيع وجداته ، وإلى أولاده ، فهم إخوة الرضيع وأخواته ، وإلى إخوته وأخواته ، فهم أعمام الرضيع وعماته .

وأما المرتضع فتنتشر الحرمة منه إلى أولاده من الرضاع ، أو النسب ، فهم أحفاد المرضعة أو الفحل ، ولا تنتشر إلى آبائه وأمهاته وإخوته وأخواته ، فيجوز لأبيه وأخيه أن ينكح المرضعة وبناتها وقد سبق في النكاح أن أربع نسوة يحرم من النسب ومثلهن قد لا يحرم من الرضاع ، وجعلت تلك الصور مستثناة من قولنا : «يحرم

من الرضاع ما يحرم من النسب » وقد يقال : الحرمة في تلك الصور من جهة المصاهرة ، لا من جهة النسب .

فرع

إنما تثبت الحرمة بين الرضيع والفحل إذا كان منسوباً إلى الفحل بأن ينتسب إليه الولد الذي نزل عليه اللبن ، أما اللبن النازل على ولد الزنا ، فلا حرمة له ، فلا يحرم على الزاني أن ينكح الصغيرة المرتضعة من ذلك اللبن ، لكنه يكره وقد حكينا في النكاح وجهاً أنه لا يجوز له نكاح بنت زناه التي تعلم أنها من مائه ، فيشبه أن يجيء ذلك الوجه هنا ، ولو نفى الزوج ولداً باللعان ، وارتضعت صغيرة بلبنه ، لم تثبت الحرمة . ولو أرضعت به ثم لاعن ، انتفى الرضيع عنه ، كما ينتفي الولد . فلو استلحق الولد بعد ذلك ، لحق الرضيع ، ولم يذكروا هنا الوجهين المذكورين في نكاحه التي نفاهما باللعان ، ولا يبعد أن يسوى بينهما . ولو كان الولد من وطء شبهة ، فاللبن النازل عليه ينسب إلى الواطيء ، كما ينسب إليه الولد ، هذا هو المشهور ، وفي قول : لا تثبت الحرمة من جهة الفحل بلبن وطء الشبهة لأنه لا ضرورة إلى إثبات حرمة الرضاع بخلاف النسب .

فرع

إذا وطئت منكوبة بشبهة ، أو وطئ رجلان امرأة بشبهة ، أو نكح رجل امرأة في العدة جاهلاً ، وأتت بولد ، وأرضعت باللبن النازل عليه طفلاً ، فهو تبع للولد ، فإن لحق الولد أحدهما لانحصار الإمكان فيه ، فالرضيع ولده من الرضاع ، وإن لم يلحق واحداً منهما لامتناع الإمكان ، فالرضيع مقطوع عنهما ، وإن تحقق الإمكان فيهما ،

عرض الولد على القائف ، فبأيهما ألحقه ، تبعه الرضيع ، فإن لم يكن قائف ، أو نفاه عنهما ، أو أشكل ، توقفنا حتى يبلغ المولود ، فينتسب إلى أحدهما ، فإن بلغ مجنوناً ، صبرنا حتى يفيق ، فإذا انتسب ، تبعه الرضيع ، فإن مات قبل الانتساب وكان له ولد قام مقامه في الانتساب ، فإن كان له أولاد فانتسب بعضهم إلى هذا ، وبعضهم إلى هذا ، استمر الإشكال ، فإن لم يكن له ولد ، وبقي الاشتباه ، ففي الرضيع قولان ، أحدهما : أنه ابنهما جميعاً ، ويجوز أن يكون لواحد آباء من الرضاع بخلاف النسب ، وأظهرهما : لا يكون ابنهما ، لأنه تابع للولد فعلى الأول هل يكفي خمس رضعات ، أم يحتاج إلى عشر ؟ وجهان خرجهما الداركي ، وذكر في « البسيط » أن معنى هذا القول على ضعفه إثبات أبوتهما ظاهراً دون الباطن ، وهذا خلاف ما قاله الأصحاب ، وإن كان القول ضعيفاً بالاتفاق . وإذا قلنا بالأظهر ، فهل للرضيع أن ينتسب بنفسه ؟ قولان نص عليهما في « الأم » أحدهما : لا كما لا يعرض على القائف ، وأظهرهما : نعم كما للمولود . والرضاع يؤثر في الأخلاق بخلاف العرض على القائف ، فإن معظم اعتماده على الأشباه الظاهرة دون الأخلاق مع أن ابن كج نقل عن ابن القطان والقاضي أبي حامد وجهين في العرض على القائف وهو غريب ، فإن قلنا : له الانتساب ، فهل يجبر عليه كما يجبر المولود ؟ وجهان ، وقيل : قولان ، أحدهما : لا ، والفرق أن النسب تتعلق به حقوق له وعليه ، كالميراث والعق والشهادة وغيرها ، فلا بد من رفع الإشكال ، والذي يتعلق بالرضاع حرمة النكاح والامتناع منه سهل . وإذا انتسب إلى أحدهما ، كان ابنه ، وانقطع عن الآخر ، فله نكاح بنته ، ولا يخفى الورع ، وإن لم ينتسب ، أو قلنا : ليس له الانتساب ، فليس له أن ينكح بنتيهما جميعاً ، لأن إحداها أخته ، وفي « الحاوي » وجه أنه يجوز ، ويحكم بانقطاع

الأبوة عنهما ، وهذا غلط . وهل له أن ينكح بنت أحدهما ؟ وجهان ،
أصحهما : لا لأن إحداهما أخته ، فأشبهه ما إذا اختلطت أخته بأجنبية .
والثاني : يجوز وهو ظاهر ما نقله المزني ، لأن الأصل الحل في كل
واحدة ، فصار كما لو اشتبه ماء طاهر بنجس بخلاف الأخت والأجنبية ،
فإن الأصل في الأخت التحريم ، فصار كاشتباه الماء بالبول ، فإنه
يعرض عنهما ، فإن جوزنا نكاح إحداهما فالصحيح الذي قطع به
الجمهور أنه لا يحتاج إلى اجتهد بخلاف الأواني المشتبهة ، فإن فيها
علامات ظاهرة ، وذكر الفوراني أنه يجتهد في الرجلين أيهما الأب ، ثم
ينكح بنت من لا يراه أباً ، وإذا نكح واحدة ، ثم فارقها ، فهل له نكاح
الأخرى ؟ وجهان ، قال أبو إسحاق : نعم ، لأن التحريم غير متعين ،
فصار كمن صلى بالاجتهاد إلى جهة يجوز أن يصلي إلى جهة أخرى
باجتهاد آخر . وقال ابن أبي هريرة : لا يجوز ، واختاره القاضي أبو
الطيب كالأواني .

فصل

طلق زوجته ، أو مات عنها ، ولها لبن منه ، فأرضعت به طفلاً
قبل أن تنكح ، فالرضيع ابن المطلق والميت ، ولا تنقطع نسبة اللبن بموته
وطلاقه ، سواء ارتضع في العدة أو بعدها ، وسواء قصرت المدة أم
طالت كعشر سنين وأكثر ، وسواء انقطع اللبن ثم عاد ، أم لم ينقطع لأنه
لم يحدث ما يحال اللبن عليه ، فهو على استمراره منسوب إليه ، وقيل :
إن انقطع وعاد بعد مضي أربع سنين من وقت الطلاق لم يكن منسوباً
إليه كما لو أتت بولد بعد هذه المدة لایلحقه ، هكذا خصص البغوي
هذا الوجه بما إذا انقطع وعاد ، ومنهم من يشعر كلامه بطرده في صورة
استمرار اللبن ، وكيف كان ، فالصحيح ما سبق . فلو نكحت بعد

العدة زوجاً ، وولدت منه ، فاللبن بعد الولادة للثاني ، سواء انقطع وعاد ، أم لم ينقطع لأن اللبن تبع للولد ، والولد للثاني . وأما قبل الولادة من الزوج الثاني ، فإن لم يصبها أو أصابها ولم تحبل ، أو حبلت ولم يدخل وقت حدوث اللبن لهذا الحمل ، فاللبن للأول ، سواء زاد على ما كان أم لا ، وسواء انقطع ، ثم عاد أم لا ، ويقال : أقل مدة يحدث فيها اللبن للحمل أربعون يوماً . وإن دخل وقت حدوث اللبن للحمل ، فإما أن ينقطع اللبن مدة طويلة ، وإما أن لا يكون كذلك بأن لم ينقطع ، أو انقطع مدة يسيرة ، ففي الحالة الأولى ثلاثة أقوال ، أظهرها : أنه لبن الأول ، والثاني : أنه للثاني ، والثالث : لهما . وفي الحالة الثانية ثلاثة أقوال أيضاً ، المشهور أنه للأول ، والثاني لهما ، والثالث إن زاد اللبن فلهما ، وإلا فللأول . ولو نزل للبكر لبن ، فنكحت ، ولها لبن ثم حبلت من الزوج ، فحيث قلنا فيما سبق : إن اللبن للثاني أو لهما ، فهنا يكون للزوج ، وحيث قلنا : هو للأول ، فهو هنا للمرأة وحدها ولا أب للرضيع . ولو حبلت امرأة من الزنا وهي ذات لبن من زوج ، فحيث قلنا هناك : اللبن للأول ، أولهما فهو للزوج . وحيث قلنا : هو للثاني ، فلا أب للرضيع . ولو نكحت امرأة لا لبن لها ، فحبلت ونزل لها لبن ، قال المتولي في ثبوت الحرمة بين الرضيع والزوج وجهان بناء على الخلاف ، إن جعلنا اللبن للأول لم يجعل الحمل مؤثراً ولا تثبت الحرمة حتى يفصل الولد ، وإن جعلناه للثاني أولهما ، ثبتت .

الباب الثالث

في الرضاع القاطع للنكاح وحكم الغرم

فيه طرفان :

الأول في الغرم عند انقطاع النكاح . الرضاع الطارئ قد يقطع النكاح وإن لم يقتض حرمة مؤبدة ، وستأتي أمثلته إن شاء الله تعالى ، وقد يقطعه لاقتضائه حرمة مؤبدة ، فكل امرأة يحرم عليه أن ينكح بنتها إذا أرضعت تلك المرأة زوجته الصغيرة خمس رضعات ، ثبتت الحرمة المؤبدة ، وانقطع النكاح . فإذا كان تحتها صغيرة ، فأرضعتها أمه من النسب أو الرضاع ، أو جدته أو بنته أو حافدته منهما ، أو زوجة أبيه ، أو ابنه ، أو أخيه بلبانهم خمس رضعات ، انفسخ النكاح . فإن كان اللبن من غير الأب والابن والأخ لم يؤثر ، لأن غايته أن تصير ربيبة أبيه أو ابنه أو أخيه ، وليست بحرام . ولو أرضعتها زوجة أخرى له بلبنه ، انفسخ النكاح ، وثبتت الحرمة المؤبدة ، لأنها بنته ، وإن كان اللبن لغيره فسنذكره إن شاء الله تعالى ، ثم الصغيرة التي ينفسخ نكاحها بالرضاع تستحق نصف المسمى إن كان صحيحاً ، أو نصف مهر المثل إن كان فاسداً إلا أن يكون الانفساخ من جهتها بأن دبت ، فرضعت من نائمة ، فإنه لا شيء لها على المذهب ، كما سنذكره إن شاء الله تعالى ، ويجب على المرضعة الغرم للزوج ، سواء قصدت بالإرضاع فسخ النكاح أم لا ، وسواء وجب عليها الإرضاع بأن لا يكون هناك مرضعة غيرها أم لا ، لأن غرامة الإتلاف لا تختلف بهذه الأسباب ،

وفيما إذا لزمها الإرضاع احتمال للشيخ أبي حامد ، ثم نص هنا أن على المرضعة نصف مهر المثل ، ونص أن شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يلزمهم جميع مهر المثل ، فقيـل : فيهما قولان نقلاً وتخريجاً ، وقيل : بتقرير النصين ، لأن فرقة الرضاع حقيقية ، فلا توجب إلا النصف . وفي الشهادة النكاح باق في الحقيقة بزعم الزوج والشهود ، لكنهما حالاً بينه وبين البضع ، فغرماً قيمته ، كالعاصب الحائل بين المالك والمغضوب . فإن قلنا بالقولين ، فهل هما في كل المسمى ونصفه ، أم في مهر المثل ونصفه ؟ قولان ، فحصل في الرضاع أربعة أقوال ، أظهرها عند الجمهور : نصف مهر المثل . والثاني : جميعه ، والثالث : نصف المسمى ، والرابع جميعه .

فرع

نكح العبد صغيرة ، فأرضعتها أمه ، وانفسح النكاح ، فللصغيرة نصف المسمى في كسبه ، ولسيده الرجوع على أم العبد بالغرم ، لأنه بدل البضع ، فكان للسيد كعوض الخلع .

فرع

صغيرة مفوضة أرضعتها أم الزوج ، فلها على الزوج المتعة ، قال ابن الحداد : ويرجع الزوج على المرضعة بالمتعة ، والأظهر : أنه يرجع بنصف مهر المثل هناك وكذا هنا ، والصورة إذا كانت الصغيرة أمة ، فزوجها السيد بلا مهر ، لأن الصغيرة الحرة لا يتصور في حقها التفويض .

فرع

حلب أجنبي لبن أم الزوج ، أو كان محلوباً ، فأخذه ، وأوجره الصغيرة فالغرم على الأجنبي ، وفي قدره الأقوال الأربعة . ولو أوجرها

خمسة أنفس ، فعلى كل واحد خمس الغرم ، ولو أوجرها واحد مرة ،
وآخران مرتين مرتين ، فهل يوزع عليهم أثلاثاً أم على عدد الرضعات ؟
وجهان ، أصحهما الثاني •

فرع

أكرهت على الإرضاع ، فهل الغرم عليها ، أم على المكره ؟ وجهان ،
أصحهما : عليها ، قاله الروياني •

فرع

تحتة صغيرة وكبيرة ، فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة انفسخ نكاح
الصغيرة قطعاً والكبيرة أيضاً على الأظهر • ولو أرضعتها جدة الكبيرة
أو أختها أو بنت أختها فكذلك • ويجوز في الصور أن ينكح واحدة
منهما بعد ذلك ولا يجمعهما • ولو أرضعتها بنت الكبيرة ، فحكم
الانفساخ كما ذكرنا ، وتحرم الكبيرة على التأيد وكذا الصغيرة إن
كانت الكبيرة مدخولاً بها لكونها ربييته ، وحكم مهر الصغيرة على
الزوج ، والغرم على المرضعة كما سبق ، وكذا القول في الكبيرة إذا
قلنا بانفساخ نكاحها ولم تكن ممسوسة ، فإن كانت ، فعلى الزوج
مهرها المسمى ، وهل تغرم المرضعة له ؟ قولان ، أحدهما : لا ، لأن
البضع بعد الدخول لا يتقوم للزوج ، ولهذا لو انفسخ النكاح بردتها
بعد المسيس لا غرم عليها ، وأظهرهما : تغرم له مهر المثل ، كما لو
شهدوا بالطلاق بعد الدخول ، ثم رجعوا يغرمون مهر المثل • وكما
لو ادعى الزوج أنه راجعها قبل انقضاء العدة ، فأنكرت ، وصدقناها
بيمينها ، فنكحت ثم أقرت بالرجعة للأول لا يقبل إقرارها على الثاني ،
وتغرم للأول مهر مثلها ، لأنها أتلفت بضعها عليه •

فرع

إنما يجب الغرم في الصور السابقة على أم الزوج ومن في معناها إذا أرضعت أو مكنت الصغيرة من الارتضاع ، ولا يؤثر مع إرضاعها ارتضاع الصغيرة ، فلا يحال الانفساخ عليه ، فلو كانت ذات اللبـن نائمة ، فدبت إليها الصغيرة ، فارتضعت ، وانفسخ النكاح ، أحلنا الانفساخ على فعل الصغيرة ، فلا غرم على صاحبة اللبن ، لأنها لا فعل لها • وقال الداركي : عليها الغرم ، والصحيح الأول ، ولا مهر للصغيرة على الأصح ، وقيل : لها نصف المسمى ولا أثر لفعلها ، فعلى الأصح يرجع الزوج في مالها حيث ينفسخ نكاح الكبيرة ، بنسبة ما يغرم لها من مهر مثلها ، لأنها أتلقت عليه بضع الكبيرة ، ولا فرق في غرامة المتلفات بين الكبيرة والصغيرة • ولو وصلت قطرة بتطير الريح إلى جوف الصغيرة ، فلها نصف المهر ولا غرم على صاحبة اللبن ، ويجيء فيه وجه الداركي ، ولو ارتضعت منها وهي مستيقظة ساكنة ، فهل يحال الرضاع على الكبيرة لرضاها به أم لا لعدم فعلها كالنائمة ؟ وجهان حكاهما ابن كـج •

قلت : الأصح : الثاني • والله أعلم

ولو ارتضعت الصغيرة من أم الزوج رضعتين وهي نائمة ، ثم أرضعتها الأم ثلاث رضعات ففيه الوجهان السابقان في أن الغرم يوزع على المرضعات ، أو على الرضعات ، إن قلنا بالأول ، سقط من نصف المسمى نصفه ، ويجب على الزوج نصفه وهو الربع ، وإن قلنا بالثاني ، سقط من نصف المسمى خمسه ، ويلزم الزوج ثلاثة أخماسه ، هكذا قاله صاحب « المهذب » و « التهذيب » وهذا تفريع على الأظهر من

الأقوال السابقة في أن الرجوع بنصف مهر المثل ولو أرضعتها الأم أربع رضعات ، ثم ارتضعت الصغيرة منها وهي نائمة المرة الخامسة ، قال المتولي : في نظيره لأصحابنا وجهان ، وهو إذا طلقها ثلاثاً متعاقبات هل يتعلق التحريم بالثالثة وحدها ، أم بالثلاث ؟ إن علقنا بالثالثة يحال التحريم على الرضعة الأخيرة ، وتكون كما لو ارتضعت الخمس وصاحبة اللبن نائمة ، ولا غرم على الكبيرة ، ويسقط مهر الصغيرة . وإن علقنا بالثلاث ، تعلق التحريم هنا بالرضعات ، وعلى هذا فقياس التوزيع على الرضعات أن يسقط من نصف المهر خمس ، ويجب على الزوج أربعة أخماسه ، ويرجع على المرضعة بأربعة أخماس مهر المثل تفرعاً على الأظهر .

الطرف الثاني في المصاهرة المتعلقة بالرضاع :

فمن نكح صغيرة ، أو كبيرة ، حرمت عليه مرضعتها ، لأنها أم زوجته من الرضاع . ولو نكح صغيرة ثم طلقها ، فأرضعتها امرأة ، حرمت المرضعة على المطلق ، لأنها صارت أم من كانت زوجته ولا نظر إلى التاريخ في ذلك . ولو كانت تحته كبيرة فطلقها ، فنكحت صغيراً وأرضعته بلبن المطلق ، حرمت على المطلق أبداً كما تحرم على الصغير ، لأنها زوجة أبيه . ولو نكحت صغيراً ففسخت نكاحه بغية ، ثم نكحت آخر ، فأرضعت الأول بلبن الثاني ، انفسخ نكاحها ، وحرمت عليهما أبداً ، لأن الأول صار ابناً للثاني ، فهي زوجة ابن الثاني ، وزوجة أبي الأول . ولو جاءت زوجة أخرى للثاني ، وأرضعت الأول بلبن الثاني ، انفسخ نكاح التي كانت زوجة الصغير . ولو زوج مستولده بعده الصغير ، فأرضعته بلبن السيد ، حرمت على السيد والصغير معاً أبداً ، وحكى ابن الحداد أن المزني نقل عن الشافعي أنها لا تحرم على السيد ، وأن المزني أنكره على الشافعي ، وعلى ذلك جرى ابن الحداد والأصحاب

فجعلوا نقل المزني غلطاً ، قال الشيخ أبو علي : لكن يمكن تخريج ما نقل على قول في العبد الصغير أنه لا يجوز إجباره على النكاح ، أو على قول في أن أم الولد لا يجوز تزويجها بحال ، أو على وجه ذكر أنه لا يجوز للسيد تزويج أمته بعده بحال ، فإننا إذا لم نصحح النكاح على أحد هذه الآراء لم تكن زوجة الابن ، فلا تحرم على السيد . ولو أرضعته بلبن غير السيد ، انفسخ نكاحه ، لأنها أمة ، ولا تحرم على السيد ، لأنه لم يصّر ابناً له ، وكذا لو أرضعت المطلقة الصغير الذي نكحته بغير لبن الزوج ، انفسخ النكاح ، ولا تحرم هي على المطلق . ولو كان تحتها صغيرة ، فأرضعتها أمة له قد وطئها بلبن غيره ، بطل نكاح الصغيرة ، وحرمتا أبداً . ولو كان تحت زيد كبيرة ، وتحت عمرو صغيرة ، فطلق كل واحد زوجته ونكح زوجة الآخر ، ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة واللبن لغيرهما ، حرمت الكبيرة عليهما أبداً ، لأنها أم زوجتهما ، فإن كانا دخلا بالكبيرة ، حرمت الصغيرة عليهما أبداً وإلا ، فلا تحرم عليهما ، ولا ينفسخ نكاحها ، وكذا لو لم يدخل زيد بها حين كانت في نكاحه لا تحرم عليه الصغيرة ، ولا ينفسخ نكاحها ، وإذا انفسخ نكاحها ، فعلى زوجها نصف المسمى ، ويرجع بالفرم على الكبيرة ، ولا يجب للكبيرة شيء على زوجها إن لم يدخل بها ، لأن الانفساخ منها . ولو كان تحت زيد كبيرة وصغيرة ، فطلقهما ، فنكحهما عمرو ، ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة فحكم تحريمهما عليهما على ما فصلنا ، وينفسخ نكاحهما وإن لم يدخل عمرو بالكبيرة لاجتماع الأم والبنت في نكاحه .

فصل

تحتة صغيرة وكبيرة أرضعتها الكبيرة ، انفسخ نكاحهما ، وحرمت الكبيرة مؤبداً ، وكذا الصغيرة إن كانت الكبيرة أرضعتها بلبنه ، أو كانت مدخولاً بها وإلا فلا ، لأنها ربيبة لم يدخل بأمرها ، وعلى الزوج للصغيرة نصف المسمى ، وفيما يرجع به على الكبيرة الأقوال الأربعة ، ولا مهر للكبيرة إن لم يكن مدخولاً بها ، فإن كانت فلها المهر ، قال الأصحاب : ولا نقول : يرجع عليها بمهرها ، لكونها أتلفت عليه بضعها ، لأنه يؤدي إلى إخلاء نكاحها عن المهر . فلو كانت الكبيرة نائمة ، فارتضعت منها الصغيرة ، فلا مهر للصغيرة ، وللكبيرة نصف المسمى إن لم يدخل بها ، وجميعه إن دخل ، ويرجع بالغرم في مال الصغيرة كما سبق . ولو أرضعتها الكبيرة أربع رضعات ، ثم ارتضعت الصغيرة منها الخامسة وهي نائمة قال المتولي : إن قلنا التحريم يتعلق بالرضعات ولم نحله على الرضعة الخامسة ، سقط خمس مهر الصغيرة بفعلها ، ونصفه بالفرقة قبل الدخول ، ويجب على الزوج خمس ونصف ، ويرجع على الكبيرة بثلاثة أعشار مهر المثل على الأظهر ، وفي قول بأربعة أخماسه ، وأما الكبيرة ، فيسقط أربعة أخماس مهرها بفعلها ، والباقي بالفرقة قبل الدخول ، لأن مقتضاها سقوط النصف والباقي دون النصف فيسقط ، وقياس ما قدمناه عن « المذهب » و « التهذيب » أن يقال : يسقط الخمس من نصف مهر الصغيرة ، ويجب أربعة أخماسه وهما خمسا الجملة ، ويسقط أربعة أخماس نصف مهر الكبيرة ويجب خمسه . ولو كانت الكبيرة أمة نكحها ، تعلق الغرم برقبته ، وإن أرضعت الصغيرة أمتة ، أو أم ولده ، فلا غرم عليها للزوج ، لأن السيد لا يستحق على مملوكه مالا . ولو كانت

أمته ، أو أم ولده ، فأرضعت الصغيرة ، فعليها الغرم له ، فإن عجزها سقطت المطالبة بالغرم . ولو كانت مستولداته الخمس فأرضعن زوجته الصغيرة رضعة رضعة ، صارت بنتاً له على الأصح ، فينفسخ النكاح ، ويرجع عليهن بالغرم إن أرضعن ، وإلا فجميع الغرم على الخامسة ، ويمكن أن يجيء فيه خلاف في حوالة التحريم على الرضعات ، فتكون كما لو أرضعن معاً .

فرع

تحتة كبيرة وثلاث صغائر ، فأرضعتن بلبنه أو بغيره ، وهي مدخول بها ، حرم الأربع مؤبداً ، سواء أرضعتن معاً أو متعاقباً ، وعليه المسمى للكبيرة ، ونصف المسمى لكل صغيرة ، وعلى الكبيرة الغرم . فإن لم يكن مدخولاً بها ، وليس اللبن له ، نظر إن أرضعتن معاً الرضعة الخامسة من لبنها المحلوب ، أو ألقمت ثنتين ثديها ، وأوجرت الثالثة من لبنها المحلوب انفسخ نكاح جميعهن ، وحرمت الكبيرة مؤبداً ، ولا تحرم الصغائر مؤبداً ، بل له تجديد نكاح إحداهن ، ولا يجمع ثنتين ، لأنهن أخوات . وإن أرضعتن مرتباً ، حرمت الكبيرة مؤبداً ولا تحرم الصغائر مؤبداً ، ثم للترتيب أحوال ، أحدها : أن ترضع ثنتين معاً ، ثم الثالثة ، فينفسخ نكاح الأولين ، ولا ينفسخ نكاح الثالثة لانفرادها ووقوع إرضاعها بعد اندفاع نكاح أمها وأختها .

الحال الثاني : أن ترضع واحدة أولاً ، ثم ثنتين ، فينفسخ نكاح الأربع ، أما الأولى والكبيرة فلا اجتماع الأم والبنت ، وأما الأخريان ، فلائهما صارتا أختين .

الثالث : أن ترضعن متعاقباً ، فينفسخ نكاح الأولى مع الكبيرة لما ذكرنا ، ولا تنفسخ الثانية بمجرد ارتضاعها ، لأنها ليست محرمة ،

ولم تجتمع هي وأم ولا أخت ، فإذا ارتضعت الثالثة ، انفسخ نكاحها ، لأنها صارت أختاً للثانية التي هي في نكاحه ، وهل ينفسخ معها نكاح الثانية ، أم يختص الانفساخ بالثالثة ؟ قولان ، وينسب الثاني إلى الجديد ، ورجحه الشيخ أبو حامد ، والأول إلى القديم ، وهو الأظهر عند أكثر الأصحاب وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، واختاره المزني ، فعلى هذا المسألة من المسائل التي رجح فيها القديم . ولو كان تحته كبيرة وصغيرة ، فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة ، فقليل : ينفسخ نكاحهما قطعاً ، والأصح انفساخ الصغيرة ، وأن الكبيرة على القولين ، وبه قال القاضي أبو الطيب . ولو كانت تحته صغيرتان أرضعتها أجنبية ، نظر إن أرضعتها معاً انفسخ نكاحهما ، لأنهما صارتا أختين معاً ، وحرمت الأجنبية مؤبداً ، لأنها أم زوجته ، وله نكاح إحدى الصغيرتين . وإن أرضعتها متعاقباً ، لم تنفسخ الأولى بإرضاعها ، فإذا أرضعت الثانية ، انفسخت قطعاً ، وفي انفساخ الأولى القولان ، الأظهر الانفساخ .

فرع

تحتة صغيرة وثلاث كبائر ، أرضعتها كل كبيرة خمساً ، انفسخ نكاح الجميع ، لأن الكبائر أمهات زوجته ، والصغيرة بنت زوجها ، وحرمت الكبائر مؤبداً ، وكذا الصغيرة إن كان دخل بكبيرة ، وإلا فله نكاحها .

فرع

تحتة أربع صفائر أرضعتن أجنبية واحدة بعد واحدة ، فلا أثر لرضاع الأولى في نكاح واحدة منهن ، فإذا ارتضعت الثانية أختاً للأولى ، فينفسخ نكاح الثانية ، وفي الأولى القولان ، فإن فسخناها ،

فإذا أرضعت الثالثة ، لم ينفسخ نكاحها ، فإذا أرضعت الرابعة انفسخ نكاحها ، وإن قلنا : لا ينفسخ نكاح الأولى ، فإذا أرضعت الثالثة ، انفسخ نكاحها ، لأنها صارت أختاً للأولى وكذا الرابعة • ولو أرضعتن معاً ، أو أرضعت ثنتين معاً ، ثم ثنتين معاً ، انفسخ الجميع •

فرع

تحتة صغيرتان وكبيرتان أرضعت كل واحدة من الكبيرتين واحدة من الصغيرتين ، حرمن كلهن مؤبداً إن دخل بالكبيرتين ، أو لم يدخل بهما ، حرمت الكبيرتان مؤبداً ، وانفسخ نكاح الصغيرتين في الحال ، وله تجديد نكاحهما ، والجمع بينهما لعدم الأخوة • ولو أرضعتن إحدى الكبيرتين مرتباً ، انفسخ نكاح الأولى والمرضعة ، لاجتماع الأم والبنت ، ولم تنفسخ الصغيرة الثانية ، فإذا أرضعتن الكبيرة الثانية بعد إرضاع الأولى على ترتيب الثانية الأولى ، انفسخ نكاحها بإرضاع الصغيرة الأولى ، ولم ينفسخ نكاح الصغيرة الثانية لأنه لم يحصل في حقها اجتماع أم وبنت في النكاح • وإن أرضعتن على عكس ترتيب المرضعة الأولى انفسخ نكاح الجميع ، وله تجديد نكاح كل صغيرة إن لم يدخل بالكبيرتين ، ولا يجوز الجمع بينهما •

فرع

تحتة كبيرتان وصغيرة ، فأرضعتها دفعة بأن أوجرتاها لبنهما المحلوب المخلوط ، انفسخ نكاح الثلاث ، وحرمت الكبيرتان مؤبداً ، وكذا الصغيرة إن دخل بكبيرة وإلا فلا تحرم مؤبداً ، وعلى الزوج للصغيرة نصف المسمى ، ويرجع على الكبيرتين بالغرم • وأما الكبيرتان ،

فإن كان دخل بهما ، فعليه لكل واحدة منهما جميع المسمى ، ويرجع على كل واحدة منهما بنصف مهر مثل صاحبته تفريراً على الأظهر ، وهو إثبات الرجوع في غرم مهر الكبيرة المسوسة ، وذلك لأن انفساخ نكاح كل واحدة حصل بفعلها وفعل صاحبته ، فسقط النصف لفعلها ، ووجب النصف على صاحبته . وإن لم يدخل بواحدة منهما ، فلكل واحدة منهما ربع المسمى ، لأن الانفساخ حصل بفعلها ، فسقط بفعل كل واحدة نصف الشرط الواجب قبل الدخول ، ووجب النصف الآخر ، ويرجع الزوج على كل واحدة منهما بربع مهر مثل الأخرى تفريراً على الأظهر ، وهو أن التفرير في حق غير المسوسة يكون بنصف مهر المثل . وإن كانت إحدهما مدخولاً بها دون الأخرى ، فللمدخل بها تمام المسمى وللأخرى ربع مسماها ، ويرجع الزوج على التي لم يدخل بها بنصف مهر مثل المدخول بها وعلى المدخول بها بربع مهر مثل التي لم يدخل بها . ولو كانت المسألة بحالها لكن أوجرتها اللبن المخلوط في المرة الخامسة إحدى الكبيرتين وحدها فحكم التحريم كما سبق ، ويرجع الزوج بمهر الصغيرة على المرضعة في الخامسة وحدها ، وفيما يرجع به الأقوال . وأما الكبيرتان فالتى لم توجر ، إن كانت مدخولاً بها ، فلها على الزوج تمام المسمى ، ويرجع الزوج بمهر مثلها على الموجرة على الأظهر ، وإن لم يكن مدخولاً بها ، فلها على الزوج نصف المسمى ، ويرجع بالغرم على الموجرة كما في الصغيرة ، وأما الموجرة ، فإن كانت مدخولاً بها ، فلها جميع المهر ، وإلا فلا شيء لها ، لأنها سبب الفرقة ، هذا كله إذا كان من غير الزوج ، فإن كان لبنه - والتصوير كما سبق - صارت الصغيرة بنته ، وحرمت مؤبداً ، ولو تم التحريم في حق الزوج دون الكبيرتين بأن أرضعت هذه بعض الخمس وهذه بعضها ، حصل التحريم في حقه على الأصح كما سبق وحرمت الصغيرة مؤبداً ، لأنها

بنته ، ولا يفسخ نكاح الكبيرتين ، لأنه لم تصر واحدة منهن أمأ ، ثم إن حصلت الرضعات متفرقات بأن أرضعت هذه ثلاثاً ، وتلك مرتين ، فالغرم على التي أرضعت الخامسة كذا ذكره الشيخ أبو علي ، وقد سبق ما يقتضي خلافاً فيه • وإن اشتركتا في الخامسة بأن أرضعت كل واحدة رضعتين ، ثم أوجرتاهما لبنهما المخلوط دفعة ، فالغرم عليهما بالسوية • ولو حلبت إحداهما لبنها ثلاث دفعات في ثلاثة أوعية ، والأخرى دفعتين في إنائين ، ثم جمع الجميع ، وأوجرتة الصغيرة ، فإن أوجرتها إحداهما ، فالغرم عليها ، وإن أوجرتاهما ، فهل تغرمان بالسوية ، أم أخماساً ؟ وجهان ، أصحهما بالسوية • ولو حلبت إحداهما أربعاً في أربعة أوعية ، والأخرى ثلاثاً في ثلاثة ، ثم خلط ، وأوجرتاهما معاً ، فتغرمان بالسوية أم أسباعاً ؟ فيه الوجهان •

فرع

تحتة ثلاثة صفائر ، فجاءت ثلاث خالات للزوج من الأبوين وأرضعت كل واحدة صغيرة ، لم يؤثر ذلك في نكاحهن ، لأنه يجوز الجمع بين بنات الخالات • فلو جاءت أم أم الزوج بعد ذلك ، وأرضعت زوجة صغيرة رابعة للزوج ، حرمت الرابعة مؤبداً ، لأنها صارت خالته وخالة الصفائر الثلاث ، واجتمعت هي وهن في النكاح ، وفي انفساخ نكاح الثلاث القولان السابقان • وكذا الحكم لو أرضعت الرابعة امرأة أبي أم الزوج بلبنه • ولو كانت الخالات متفرقات ، وأرضعن الثلاث ، ثم أرضعت الرابعة أم أم الزوج ، انفسخ نكاحها ، ولا يفسخ نكاح الصغيرة التي أرضعتها الخالة للأب ، وفي الآخرين القولان • ولو كن متفرقات وأرضعت الرابعة امرأة أبي الزوج ، انفسخ نكاح الرابعة ، ولا يفسخ نكاح التي أرضعتها الخالة للأم ، وفي الآخرين القولان •

ولو أرضعت الصغائر ثلاث عمات للزوج من الأبوين ، أو من الأب ،
ثم أرضعت الرابعة أم أبيه أو امرأة أبي أبيه بلبنه ، فالحكم كما ذكرنا
في الخالات •

فرع

تحتة كبيرة وثلاث صغائر وللكبيرة ثلاث بنات ، فأرضعت كل
واحد منهن صغيرة ، فإن كانت الكبيرة مدخولاً بها حرمن مؤبداً ،
سواء أرضعن معاً أو مرتباً ، وعلى الزوج مهر الكبيرة بتمامه ، ويرجع
بغرمه على الأظهر عليهن إن أرضعن معاً ، وعلى الأولى إن أرضعن مرتباً ،
ولكل صغيرة على الزوج نصف المسمى ، ويرجع بالغرم لكل صغيرة على
مرضعتها • وإن لم تكن الكبيرة مدخولاً بها ، فإن أرضعن معاً المرة
الخامسة ، انفسخ نكاحهن ، لاجتماع الجدة والحفدة ، وتحرم الكبيرة
مؤبداً دون الصغائر ، وعلى الزوج نصف المسمى للكبيرة ولكل صغيرة ،
ويرجع بغرم كل صغيرة على مرضعتها ، وبنصف مهر مثل الكبيرة ، وعلى
الثلاث على كل واحدة سدس ، وإن أرضعن مرتباً ، فبإرضاع الأولى
تنفسخ الكبيرة وتلك الصغيرة ، ولكل واحدة منهما نصف المسمى على
الزوج ، ويرجع بالغرم ، ولا ينفسخ نكاح الآخرين ، سواء أرضعتا معاً
أو مرتباً ، لأنهما لم تصيرا أختين ، ولا اجتمعت الجدة وهما • ولو
أرضعت اثنتان صغيرتين معاً ، ثم أرضعت الثالثة ، لم ينفسخ نكاح
الثالثة وانفسخ نكاح الكبيرة والصغيرتين الأوليين وعلى الزوج نصف
المسمى لكل واحدة منهن ويرجع بغرم كل صغيرة على مرضعتها وبغرم
الكبيرة على المرضعتين جميعاً •

فرع

نكح صغير صغيرة هي بنت عمه ، فأرضعت جدتها أم أبي كل
واحد منها أحدهما ، ثبتت الحرمة بينهما ، وانفسخ النكاح ، وكذا

الحكم لو كانت أم أبي الصغير غير أم أبي الصغيرة بأن كان أبواهما
أخوين لأب ، فأرضعت إحدى الجدتين أحد الصغيرين بلبن جدهما ،
انفسخ النكاح . ولو نكح صغير بنت عمته الصغيرة ، فجاءت الجدة
التي هي أم أبي الصغير ، وأم أم الصغيرة ، فأرضعت أحدهما ، انفسخ
النكاح ، وكذا لو كانت أم أبي الصغير غير أم أم الصغيرة ، وأرضعت
جدتهما أم أم كل واحد منهما أحدهما ، انفسخ . ولو نكح صغير بنت
خاله ، فأرضعت جدتهما أم أم الصغير وأم أبي الصغيرة أحدهما ،
انفسخ ، وتنزيلاتها ظاهرة ، وبالله التوفيق .



الباب الرابع

في الاختلاف

فيه ثلاثة أطراف :

الأول في دعوى الرضاع وحكمها :

فإذا قال : فلانة أختي أو بنتي من الرضاع ، أو قال : فلان أخي أو ابني من الرضاع ، واتفقا على ذلك ، لم يحل النكاح بينهما بشرط الإمكان ، فإن لم يمكن بأن قال : فلانة بنتي وهي أكبر سناً منه ، فهو لغو . وإذا صح الإقرار ، ثم رجعا ، أو رجع المقر ، لم يقبل رجوعه ، ولا يصح النكاح . ولو اتفق الزوجان على أن بينهما رضاعاً محرماً ، فرق بينهما ، وسقط المسمى ، ويجب مهر المثل إن دخل بها ، وإلا فلا شيء . وإن اختلف الزوجان في الرضاع ولا بينة ، فإن ادعاه الزوج وأنكرته ، قبل في حقه فقط ، فيحكم ببطالان النكاح ، ويفرق بينهما ، ويجب لها نصف المسمى إن كان قبل الدخول ، وجميعه إن كان بعده ، وله تحليفها قبل الدخول وكذا بعده إن كان مهر المثل أقل من المسمى ، فإن نكلت ، حلف الزوج ، ولا شيء لها قبل الدخول ، ولا يجب أكثر من مهر المثل بعد الدخول . وإن ادعت الرضاع وأنكر ، فقد سبق في كتاب النكاح أنه إن جرى التزويج برضاها ، لم يقبل قولها ، بل يصدق الزوج بيمينه . وإن جرى بغير رضاها فأيهما المصدق بيمينه ؟ وجهان ، ظاهر كلام الشافعي وبه أجاب العراقيون ، وصححه الغزالي أنه المصدق ، وذكرنا هناك أن الأصح عند الشيخ أبي علي وجماعة أنها المصدقة ، وبه

أجاب المتولي والبغوي ، ونقله القفال عن النص • وإذا مكنت الزوج وقد زوجت بغير رضاها ، فتمكينها كرضاها ، والورع للزوج إذا ادعت الرضاع أن يدع نكاحها بتطليقة لتحل لغيره إن كانت كاذبة ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه ، وليس لها المطالبة بالمسمى إذا ادعت الرضاع ، لأنها لا تستحقه بزعمها ، ولها المطالبة بمهر المثل إن جرى دخول ، فإن كان ذلك بعد دفع الزوج الصداق ، لم يتمكن من الاسترداد لزعمه ، ويشبه أن يكون فيما يفعل بذلك المال الخلاف المذكور فيما إذا أقر لغيره بمال فأنكره المقر له •

فرع

أقرت أمة بأخوة الرضاع لغير سيدها ، يقبل ، فإذا اشتراها ذلك الغير ، لم يحل له وطؤها ، وإن أقرت لسيدها ، لم يقبل بعد التمكين ، وقبله وجهان •

الطرف الثاني : في كيفية الحلف في الرضاع •

من الأصول الممهدة أن الحالف على فعل غيره يحلف على البت إن كان إثباتاً ، وعلى نفي العلم إن كان نفياً ، والغرض هنا أن منكر الرضاع يحلف على نفي العلم ، ومدعيه يحلف على البت يستوي فيه الرجل والمرأة ، فلو نكلت عن اليمين ، ورددناها على الزوج ، أو نقل الزوج ورددناها عليها ، فاليمين المردودة تكون على البت ، لأنها مثبتة ، وقال القفال على نفي العلم ، وقيل : إن غير المنكر منهما على البت ، وقيل : يمينه إذا أنكر على البت ، ويمينها على نفي العلم ، والمذهب الأول • ولو ادعت الرضاع فشك الزوج ، فلم يقع في نفسه صدقها ولا كذبها ، فإن قلنا : الحلف على نفي العلم ، فله أن يحلف ، وإن قلنا : على البت ، فلا •

الطرف الثالث : في الشهادة على الرضاع فيه مسائل :

إحداها : يثبت الرضاع بشهادة رجلين ، ورجل وامرأتين ، وبأربع نسوة كالولادة ، ولا يثبت بدون أربع نسوة، ولا يثبت الإقرار بالرضاع إلا برجلين ، وفي « التتمة » أنه لو كان النزاع في شرب اللبن من ظرف، لم تقبل فيه شهادة النسوة المتحضات ، لأنه لا يختص باطلاع النساء ، وإنما تقبل شهادتهن إذا كان النزاع في الارتضاع من الثدي ، وأنه تقبل شهادتهن على أن اللبن الحاصل في الظرف لبن فلانة، لأن الرجال لا يطلعون على الحلب غالباً .

الثانية : لو كان فيمن يشهد بالرضاع ، أم المرأة ، أو بنتها على حرمة الرضاع بينها وبين الزوج فإن كان الزوج مدعياً ، والمرأة منكراً ، قبلت شهادتها ، وإن انعكس ، فلا ، قال الأصحاب : ولا يتصور أن تشهد على أمها أنها ارتضعت من أم الزوج ، لأن الشهادة على الرضاع تعتبر فيها المشاهدة ، لكن يتصور أن تشهد أنها أرضعت الزوج أو أرضعته أمها أو أختها ، ولو شهدت الأم أو البنت من غير تقدم دعوى على سبيل الحسبة ، قبلت وإن احتمل كون الزوجة مدعية ، لأن الرضاع تقبل فيه شهادة الحسبة ، وهذا كما لو شهد أبو الزوجة وابنها أو ابناها ابتداء أن زوجها طلقها ، قبلت . ولو ادعت الطلاق ، فشهدا ، لم تقبل .

الثالثة : لا تقبل شهادة المرضعة وحدها ، وهل تقبل شهادتها فيمن يشهد إن ادعت أجره الرضاع ، لم تقبل ، وفي وجه حكاها الماوردي عن أبي إسحاق : تقبل في ثبوت الحرمة دون الأجرة ، والصحيح المنع فيهما ، وإن لم تدع أجره ، نظر إن لم تتعرض لفعلها بأن شهدت بأخوة الرضاع بينهما ، أو على أنهما ارتضعا منها ، قبلت شهادتها ، ولا نظر إلى ما يتعلق به من ثبوت المحرمية، وجواز الخلوة والمسافرة، فإن الشهادة لا ترد بمثل

هذه الأغراض • ولهذا لو شهد رجلان أن زيدا طلق زوجته ، أو أعتق أمته ، قبل بلا خلاف ، وإن استفادا حل مناكحتها • وإن شهدت على فعل نفسها ، فقالت : أرضعتها ، فوجهان ، أحدهما : لا تقبل ، كما لا تقبل شهادتها على ولادتها ، ولا شهادة الحاكم على حكم نفسه بعد العزل ، ولا القسام على القسم • وأصحهما : تقبل ، وبه قطع الأكثرون ، لأنها لا تجر بها نفعا ولا تدفع ضررا بخلاف الولادة ، فإنه يتعلق بها حق النفقة والإرث ، وسقوط القصاص وغيرها ، وتخالف شهادة الحاكم والقسام ، فإن فعلهما مقصود ، وفعل المرضعة غير مقصود ، وإنما المعتبر وصول اللبن إلى الجوف ، ولأن الشهادة بالحكم والقسم تتضمن تركية النفس •

فرع

إذا لم يتم نصاب الشهادة بأن شهدت المرضعة وحدها ، أو امرأة أجنبية ، أو امرأتان ، أو ثلاث ، فالورع أن يترك نكاحها ، وأن يطلقها إن كان ذلك بعد النكاح •

فرع

لو شهد اثنان بالرضاع ، وقالوا : تعمدا النظر إلى الشدي لا لتحمل الشهادة ، لم تقبل شهادتهما لأنها فاسقان بقولهما ، وفي النظر إلى الشدي لتحمل الشهادة خلاف سبق في أول النكاح الأصح الجواز •

قلت : مجرد النظر معصية صغيرة لا ترد به الشهادة مالم يصر عليه فاعله ، ويشترط أيضاً أن لا تكون ظهرت توبته بعد ذلك • والله أعلم

بينهما رضاعاً محرماً ، أو حرمة الرضاع ، أو أخوته ، أو بنوته مقبولة ،

المسألة الرابعة : أطلق جماعة منهم الإمام أن الشهادة المطلقة أن بينهما رضاعاً محرماً ، أو حرمة الرضاع ، أو أخوته ، أو بنوته مقبولة ،

وقال الأكثرون : لاتقبل مطلقة، بل يشترط التفصيل والتعريض للشرائط، وهو ظاهر النص ، قال البغوي : وهو الصحيح لاختلاف المذاهب في شروط الرضاع ، فاشتراط التفصيل ليعمل القاضي باجتهاده ، ويحسن أن يتوسط فيقال : إن أطلق فقيه يوثق بمعرفته قبل وإلا فلا ، وينزل الكلامان عليه ، أو يخص الخلاف بغير الفقيه ، وقد سبق مثله في الإخبار بنجاسة الماء . والمانعون من قبول المطلقة ذكروا وجهين في قبول الشهادة المطلقة على الإقرار بالرضاع . ولو قال : هي أختي من الرضاع ، ففي « البحر » وغيره أنه لايفتقر إلى ذكر الشروط إن كان فقيهاً ، وإلا فوجهان ، وفرقوا بين الشهادة والإقرار بأن المقر يحتاط لنفسه ، فلا يقر إلا عن تحقيق .

الخامسة : إذا شهد الشاهد على فعل الرضاع والارتضاع ، لم يكف ، وكذلك في الإقرار ، بل لابد من التعرض للوقت والعدد بأن يشهد أنها أرضعته ، أو ارتضع منها في الحولين خمس رضعات متفرقات، وفي اشتراط ذكر وصول اللبن إلى الجوف وجهان ، أصحهما : نعم وبه قطع المتولي وغيره ، كما يشترط ذكر الإيلاج في شهادة الزنى . والثاني : لا ، لأنه لا يشاهد قال في « البسيط » : ولا شك أن للقاضي أن يستفصله ، ولو مات الشاهد قبل الاستفصال ، هل للقاضي التوقف ؟ وجهان .

فرع

الشاهد قد يستيقن وصول اللبن إلى الجوف بأن يعاين الحلب ، وإيجار الصغير المحلوب وازدراده ، وحينئذ يشهد به ، ولا إشكال . وقد يشاهد القرائن الدالة عليه وهي التقام الثدي وامتصاصه ، وحركة

الحلق بالتجرع والازدرداد بعد العلم بأنها ذات لبن ، وهذا يسلطه على الشهادة ، ولا يجوز أن يشهد على الرضاع بأن يراها أخذت الطفل تحت ثيابها ، وأدته منها كهيئة المرضعة ، لأنها قد توجره لبن غيرها في شيء كهيئة الثدي ، ولا بأن يسمع صوت الامتصاص فقد يمتص أصبعه أو أصبعها • ولو شاهد التقام الثدي والامتصاص وهيئة الازدرداد ، ولم يعلم كونها ذات لبن ، فهل له الشهادة لظاهر الحال أم لا ، لأن الأصل عدم اللبن ؟ وجهان ، أحدهما الثاني ، ولا يكفي في أداء الشهادة حكاية القرائن بأن يشهد برؤية الالتقام والامتصاص والتجرع من غير تعرض لوصول اللبن إلى الجوف ولا للرضاع المحرم ، وإن كان مستند علمه تلك القرائن ، لأن معاينتها تطلع على ما لا تطلع عليه الحكاية ، فإن اطلعته على وصول اللبن ، فليجزم به على قاعدة الشهادات وبالله التوفيق •

* * *

كُتَابُ النِّفَقَاتِ

لوجوب النفقة ثلاثة أسباب : ملك النكاح ، وملك اليمين ، وقرابة البعضية فالأولان يوجبان النفقة للمملوك على المالك ولا عكس ، والثالث يوجبها لكل واحد من القريرين على الآخر لشمول البعضية والشفقة ، ويشتمل الكتاب على ستة أبواب ، أما نفقة الزوجة ، فواجبة بالنصوص ، والإجماع ، وفيها ثلاثة أبواب :

الأول في قدر الواجب وكيفيته وفيه طرفان : الأول فيما يجب وهو ستة أنواع : الأول الطعام ، أما قدره ، فيختلف باختلاف حال الزوج باليسار والإعسار ، ولا تعتبر فيه الكفاية ، ولا ينظر إلى حال المرأة في الزهادة والرغبة ، ولا إلى منصبها وشرفها ، وتستوي فيه المسلمة والذمية ، الحرة والأمة ، فعلى الموسر مدان ، والمعسر مد والمتوسط مد ونصف ، والاعتبار بمد النبي صلى الله عليه وسلم وهو مائة وثلاثة وسبعون درهماً وثلاث درهم .

قلت : هذا تفريع منه على أن رطل بغداد مائة وثلاثون درهماً ، والمختار أنه مائة وثمانية وعشرون درهماً وأربعة أسباع درهم ، كما ذكرته في باب زكاة النبات . والله أعلم

وحكى الشيخ أبو محمد قولاً أن نفقة الزوجة يعتبر فيها الكفاية كنفقة القريب ، وحكى صاحب « التقريب » قولاً أن المعتبر ما يفرضه القاضي ، وعليه أن يجتهد ويقدر ، وهذان القولان شاذان . وحكى ابن كج عن ابن خيران وغيره أن المعتبر عرف الناس في البلد . والمذهب : التقدير كما سبق .

وفيما يضبط به اليسار والإعسار والتوسط أوجه ، أحدها : العادة وتختلف باختلاف الأحوال والبلاد ، وبه قطع المتولي وغيره • والثاني : أن الموسر من يزيد دخله على خرجه ، والمعسر عكسه ، والمتوسط من تساوى خرجه ودخله ، وبه قال القاضي حسين وحكاه البغوي • والثالث عن الماوردي أن الاعتبار بالكسب فمن قدر على نفقة الموسرين في حق نفسه ومن في نفقته من كسبه لامن أصل ماله ، فهو موسر ، ومن لا يقدر على أن ينفق من كسبه ، فمعسر ، ومن قدر أن ينفق من كسبه نفقة المتوسطين فمتوسط • والرابع وهو أحسنها وهو الذي ذكره الإمام والغزالي : أن من لا يملك شيئاً يخرج عن استحقاق سهم المساكين فهو معسر ، ومن يملكه ولا يتأثر بتكليف المدين موسر ، ومن يملكه ويتأثر بتكليف المدين ، ويرجع إلى حد المسكنة متوسط ، ولا بد في ذلك من النظر الرخص والغلاء •

فرع

القدرة على الكسب الواسع لاتخرجه عن الإعسار في النفقة ، وإن كانت تخرجه عن استحقاق سهم المساكين •

فرع

يعتبر في اليسار والإعسار طلوع الفجر ، فإن كان موسراً حينئذ ، فعليه نفقة الموسرين ، وإن أعسر في أثناء النهار ، وإن كان معسراً ، لم تلزمه إلا نفقة المعسرين ، وإن أيسر في أثناء النهار •

فرع

ليس على العبد إلا نفقة المعسر ، وكذا المكاتب وإن أكثر ماله لضعف ملكه ، وفيمن بعضه حر وجهان ، الأصح : معسر وإن كثر ماله

لنقص حاله • والثاني : أن عليه ببعضه الحر نفقة الموسر إذا كثر ماله ،
فعلى هذا إن كان نصفه حراً ونصفه رقيقاً فعليه مد ونصف •

فصل

وأما جنس الطعام فغالب قوت البلد من الحنطة أو الشعير أو
الأرز أو التمر أو غيرها ، حتى يجب الأقط في حق أهل البادية الذين
يقتاتونه • وعن ابن سريج أن المعتبر ما يليق بحال الزوج إلحاقاً للجنس
بالقدر ، والصحيح : الأول : فإن اختلف قوت البلد ، ولم يكن غالباً
وجب ما يليق بحال الزوج •

الواجب الثاني : الأدم وجنسه غالب أدم البلد من الزيت والشيرج
والسمن والتمر والخل والجبن وغيرها ، ويختلف باختلاف الفصول ،
وقد تغلب الفواكه في أوقاتها فتجب ، ويعود الوجه السابق في الطعام أن
الاعتبار بما يليق بالزوج ، وأما قدره ، فقال الأصحاب : لا يتقدر بل هو
إلى اجتهاد القاضي ، فينظر في جنس الأدم ، ويقدر باجتهاده ما يحتاج
إليه المد ، فيفرضه على المعسر ، وعلى الموسر مثليه ، والمتوسط بينهما ،
ويجب عليه أن يطعمها اللحم وفي كلام الشافعي رحمه الله أنه يطعمها في
كل اسبوع رطل لحم ، وهو محمول على المعسر ، وعلى الموسر رطلان
والمتوسط رطل ونصف ، واستحب أن يكون يوم الإعطاء يوم الجمعة ،
فإنه أولى بالتوسيع فيه • ثم قال الأكثرون : إنما قال الشافعي رحمه الله
هذا على عادة أهل مصر لعزة اللحم عندهم يومئذ ، وأما حيث يكثر
اللحم ، فيزاد بحسب عادة البلد : وقال البغوي : يجب في وقت الرخص
على الموسر في كل يوم رطل ، وعلى المتوسط في كل يومين أو ثلاثة ،
وعلى المعسر في كل أسبوع ، وفي وقت الفلاء يجب في أيام مرة على

ما يراه الحاكم • وقال آخرون منهم القفال : لا مزيد على ما ذكره الشافعي في جميع البلاد لأن فيه كفاية لمن قنع ، ويشبه أن يقال : لا يجب الأدم في اليوم الذي يعطيها اللحم ولم يتعرضوا له ، ويحتمل أن يقال : إذا أوجبنا على الموسر اللحم كل يوم يلزمه الأدم أيضاً ليكون أحدهما غداء ، والآخر عشاء على العادة •

فرع

لو تبرمت بالجنس الواحد من الأدم فوجهان ، أحدهما : يلزم الزوج إبداله ، إذ لا مشقة عليه ، وأصحهما : لا يلزمه وتبدل هي إن شاءت •

فرع

في أمالي السرخسي أنها لو صرفت شيئاً من الأدم إلى القوت أو بالعكس ، أو أبدلت الجنس الذي قبضته من الأدم بجنس آخر ، جاز ، ولا اعتراض للزوج ، وقيل : له المنع من إبدال الأشرف بالأخس •

فرع

لو كانت تقنع بالخبز ، ولا تأكل الأدم ، لم يسقط حقها منه ، كما لا يسقط حقها من الطعام بأن لا تأكل بعضه ، وعلى الوجه المجوز للزوج منعها من إبدال الأشرف له منعها من ترك التآدم •

فرع

لها على الزوج آلات الطبخ والأكل والشرب ، كالكوز والجرة والقدر والمغرفة والقصة ونحوها ، ويكفي كونها من خشب ، أو حجر ،

أو خزف • قال الإمام وغيره : يحتمل أن لايزاد في الجنس على ذلك ، ويقال : الزيادة من رعونات الأنفس ، ويجب أن يجب للشريفة الظروف النحاسية للعادة •

الواجب الثالث : الخادم • النساء صنفان ، صنف لا يخدمن أنفسهن في عادة البلد ، بل لهن من يخدمهن ، فمن كانت منهن ، فعلى الزوج إخدامها على المذهب وبه قطع الجمهور • وقيل في وجوب الخادم قولان ، وسواء في وجوب الإخدام كان الزوج معسراً أو موسراً أو مكاتباً أو عبداً ، والاعتبار بالمرأة في بيت أبيها • فلو ارتفعت بالانتقال إلى الزوج الخادم ، لم يجب ، صرح به في تعليق الشيخ أبي حامد • والواجب خادم واحد وإن ارتفعت مرتبتها ، ولا يلزمه تملكها جارية ، بل الواجب إخدامها بحرة أو أمة مستأجرة أو مملوكة ، أو بالاتفاق على من صحبتها من حرة أو أمة ، ويشترط كون الخادم امرأة أو صبياً ، أو محرماً لها ، وفي مملوكها والشيخ الهم اختلاف ، وفي الذمية وجهان ، لأن النفس تعاف استخدامها ، ثم إن أخدمها بمستأجرة ، فليس عليه إلا الأجرة ، وإن أخدمها مملوكته ، فعليه نفقتها بالملك ، وإن أخدمها بكفاية من صحبتها من حرة أو أمة فهذا موضع نفقة الخادم • والقول في جنس طعامها كهو في جنس طعام المخدومة ، وأما قدره ، فقليل : لا يختلف باختلاف حال الزوج ، بل يجب مد مطلقاً • والصحيح أنه يختلف ، فعلى المعسر مد ، والموسر مد وثلاث ، والمتوسط مد على الصحيح ، وقيل : مد وثلاث ، وقيل : مد وسدس • وفي استحقاق الخادم الأدم وجهان ، أحدهما : لا ويكتفى بفضل المخدومة • والصحيح : نعم • فعلى هذا جنسه جنس أدم المخدومة ، وفي نوعه وجهان ، أحدهما كالمخدومة ، وأصحهما وهو نفسه دون نوع أدم المخدومة ، وطرد الوجهان في نوع

الطعام ، وفي استحقاق الخادم اللحم وجهان ، ثم قدر أدمها بحسب
الطعام .

فرع

قالت : أنا أخدم نفسي ، وطلبت الأجرة ، أو نفقة الخادم ، لا يلزمه ،
وأشار الغزالي إلى خلاف فيه ، فعلى المذهب ، لو اتفقا على ذلك ، قال
المتولي : هو على الخلاف في الاعتياض عن النفقة ، ولو قال الزوج : أنا
أخدمها لتسقط مؤنة الخادم ، فليس له ذلك على الأصح ، لأنها تستحي
منه ، وتعير به ، وقيل : له ذلك ، وبه قال أبو إسحاق ، واختاره الشيخ
أبو حامد ، وقال القفال وغيره : له ذلك فيما لا يستحي منه كفعل الثوب ،
واستقاء الماء ، وكنس البيت والطبخ ، دون ما يرجع إلى خدمة نفسها
كصب الماء على يدها ، وحمله إلى المستحم ونحوهما وفي هذا تصريح
بأن هذين النوعين من وظيفة الخادم . وعلى هذا إذا تولى بنفسه مالا
يستحي منه ، فقد تولى عمل الخادم ، فهل تستحق تمام النفقة ، أم
شطرها ، أم توزع على الأفعال ؟ فيه أوجه ، وهذا فيه كلامان ، أحدهما :
ذكر أبو الفرج الزاز أن الذي يجب على الزوج كفايته في حق المخدمة
الشريفة الطبخ والغسل ونحوهما دون حمل الماء إليها للشرب وحمله
إلى المستحم ، لأن الترفع عن ذلك رعونة لا عبرة بها . الثاني : قال
البغوي يعني بالخدمة ما هو حاجتها ، كحمل الماء إلى المستحم ، وصبه
على يدها ، وغسل خرق الحيض ونحوها ، فأما الطبخ والكنس والغسل ،
فلا يجب شيء منها على المرأة ، ولا على خادمها ، بل هو على الزوج إن
شاء ، فعله بنفسه ، وإن شاء بغيره ، فالكلامان متفقان على أنه لا يتوظف
النوعان على خادم المرأة ، والاعتماد من الكلام على ما ذكره البغوي .

قلت : الذي أثبت الزاز من الطبخ والغسل ونحوهما هو فيما
يختص بالمخدمة ، والذي نفاه البغوي منهما هو فيما يختص بالزوج

كفسل ثيابه ، والطبخ لأكله ونحوه ، والطرفان متفق عليهما ، فلا خلاف بين الجميع في ذلك . والله أعلم

فرع

تنازعا في تعيين الخادم التي تخدمها من جواريه أو من يستأجرها فهل المتبع اختيار المخدمة لأن الخدمة لها ، وقد تكون التي عينتها أرفق بها وأسرع موافقة ، أم المتبع اختيار الزوج لأن الواجب كفايتها ؟ فيه وجهان ، الصحيح الثاني هذا في الابتداء ، أما إذا أخذها خادماً وألفتها ، أو كانت حملت معها خادماً ، فأراد إبدالها ، فلا يجوز ، لأنها تتضرر بقطع المألوف إلا إذا ظهرت ريبة أو خيانة ، فله الإبدال .

فرع

لو أرادت استخدام ثانية وثالثة من مالها ، فللزواج منعهم دخول داره ، وكذا لو حملت معها أكثر من واحدة ، فله أن يخرج من داره من زاد على واحدة ، وله أن يمنع أبويها من الدخول عليها ، وله أن يخرج ولدها من غيره إذا استصحبته .

فرع

إذا كانت المنكوحة رقيقة ، لكنها جميلة تخدم في العادة ، لم يجب إخراجها على المذهب ، وبه قطع الأكثرون لنقصها ، وقيل : وجهان ، ثانيهما يجب للعادة .

فرع

المبتوتة الحامل هل تستحق ثقة الخادم ؟ وجهان بناهما ابن المرزبان على أن تفقها للحمل أم للحامل ، إن قلنا : للحامل ، وجبت وإلا فلا . الصنف الثاني من تخدم نفسها في العادة فينظر إن احتاجت إلى الخدمة لزمانة أو مرض ، لزم الزوج إقامة من يخدمها ويمرضها ، وإذا لم تحصل

الكفاية بواحدة ، لزمه الزيادة بحسب الحاجة ، وسواء هنا كانت الزوجة حرة أو أمة ، هذا ما أطلقه الشافعي وجمهور الأصحاب رحمهم الله في المرض ، ومنهم من فصل فقال : إن كان المرض دائماً ، وجب الإخدام ، وإلا فلا ، وعلى هذا جرى الآخذون عن الإمام ، وإن لم يكن عذر محجوج إلى الخدمة ، فليس عليه الإخدام ، ولو أرادت أن تتخذ خادماً من مالها فله منعه من دخول داره ، قال المتولي : وعلى الزوج أن يكفيها حمل الطعام إليها ، والماء إلى المنزل ، وشبه ذلك •

الواجب الرابع : الكسوة ، فتجب كسبتها على قدر الكفاية ، وتختلف بطول المرأة وقصرها وهزالها وسمنها ، وباختلاف البلاد في الحر والبرد ، ولا يختلف عدد الكسوة بيسار الزوج وإعساره ، ولكنهما يؤثران في الجودة والرداءة ، وفي كلام السرخسي وإبراهيم المروذي أنه يعتبر في الكسوة حال الزوجين جميعاً ، فيجب عليه ما يلبس مثله مثلها •

وأما عدد الكسوة ، فيجب في الصيف قميص وسراويل وخمار وما تلبسه في الرجل من مكعب أو نعل ، وفي الشتاء تزداد جبة محشوة ، وقد يقام الإزار مقام السراويل ، والفرو مقام الجبة إذا كانت العادة لبسهما ، كذا قاله المتولي ، وعن « المنهاج » للجويني أن السراويل لا تجب في الصيف ، وإنما تجب في الشتاء ، وفي « الحاوي » أن نساء أهل القرى إذا جرت عادتھن أن لا يلبسن في أرجلهن شيئاً في البيوت ، لم يجب لأرجلهن شيء •

وأما جنس الكسوة ، فقد قال الشافعي رضي الله عنه : يكسوها الموسر جميع ذلك من لين البصرة أو الكوفة ، أو وسط بغداد ، والمعسر من غليظها ، والمتوسط ما بينهما ، وأراد المتخذ من القطن ، فإن جرت عادة البلد بالكتان أو الخز أو الحرير فوجهان ، أحدهما عن الشيخ أبي

محمد لا يلزم ذلك ، وأصحهما اللزوم ، وتفاوت بين الموسر والمعسر في مراتب ذلك الجنس ، قال الأصحاب : وإنما ذكر الشافعي ما ذكر على عادة ذلك الوقت ، لكن لو كان عادة البلد لبس الثياب الرقيقة كالقصب الذي لا يصلح ساتراً ، ولا تصح فيها الصلاة ، لم يعطها منه ، لكن من الصفيق الذي يقرب منه في الجودة كالديقي والكتان المرتفع ، قال السرخسي : وإذا لم تستغن في البلاد الباردة بالثياب عن الوقود يجب من الحطب أو الفحم بقدر الحاجة .

فرع

هذا المذكور حكم لباس البدن ، وأما الفرش ، فعلى الزوج أن يعطيها ما تفرشه للعود عليه ، ويختلف ذلك باختلاف حال الزوج ، قال المتولي : فعلى الموسر طنفسة في الشتاء ، ونطع في الصيف ، وعلى المتوسط زليّة (١) ، وعلى الفقير حصير في الصيف ولبد في الشتاء ، وتشبه أن تكون الطنفسة والنطع بعد بسط زليّة أو حصير فإن الطنفسة والتطع لا يسطان وحدهما ، وهل عليه فراش تنام عليه ؟ وجهان ، أحدهما : لا وتنام على ما يفرشه نهاراً ، وأصحهما : نعم للعادة ، فعلى هذا يلزمه مضربة وثيرة أو قطيفة ، ويجب لها مخدة ولحاف أو كساء في الشتاء ، وفي البلاد الباردة بلا خلاف ، ويكون كل ذلك لامرأة الموسر من المرتفع ، ولامرأة المعسر من النازل ، والمتوسط ، وذكر الغزالي يجب أيضاً شعار ، ولم يتعرض له الجمهور ، والحكم في جميع ذلك مبني على العادة نوعاً وكيفية حتى قال الروياني في « البحر » : لو كانوا

(١) بكسر الزاي : بساط من صوف كما في « الفروع » ٥٧٨/٥ لابن مفلح .

لا يعتادون في الصيف لنومهم غطاء غير لباسهم ، لم يلزم شيء آخر •

فرع

تجب للخادم الكسوة كالنفقة ، فلا بد من قميص ، وفي السراويل وجهان ، أحدهما عند البغوي والروائي تجب ، وكلام الجمهور يميل إلى عدم الوجوب ، وأما المقنعة ، فاطلق جماعة وجوبها ، وقال المتولي : تجب في الشتاء وكذا في الصيف إن كانت حرة ، فإن كانت أمة ، لم تجب إن كانت عادة إماء البلد كشف الرأس •

قلت : الصحيح القطع بالوجوب مطلقاً • **وانتاعلم**

ويجب للخادم في الشتاء جبة أو فرو ، ويجب الخف للخادم دون المخدومة ، ويجب لها ما تلتحف به عند الخروج ، وأما ما يفرش وتنام فيه ، فقد قال المتولي : لا بد من شيء تجلس عليه كبارية في الصيف ، وقطعة لبد في الشتاء ، ولا بد من مخدة وشيء تتغطى به في الليل من كساء ونحوه ، قال في « البحر » : ولا يجب لها الفراش ، بل يكتفى بالوسادة والكساء ، وما وجب يجب مما يليق بالخادم جنساً ونوعاً ، ويكون دون كسوة المخدومة •

فرع

قياس مسائل الباب أنه يجب زيادة على الجبة الواحدة حيث يشتد البرد ولا تكفي الواحدة •

الواجب الخامس : آلات التنظيف ، فعلى الزوج للزوجة ما تنظف به ، وتزيل الأوساخ التي تؤذيها وتؤذي بها كالمشط والدهن ، وما تفصل به الرأس من سدر أو خطمي أو طين على عادة البقعة ، والرجوع

في قدرها إلى العادة ، ويجب من الدهن ما يعتاد استعماله غالباً كالزيت والشيرج وغيرهما ، وإذا اعتادوا التطيب بالورد ، أو البنفسج ، وجب المطيب ، وأبدى الإمام وغيره احتمالاً في الدهن إذا قال الزوج : هو للتجمل وأنا لا أريده • والذي عليه الأصحاب القطع بالوجوب ، وأما ما يقصد للتلذذ والاستمتاع كالكلحل والخضاب ، فلا يلزم الزوج ، بل ذلك إلى اختياره ، فإن شاء هيأه لها ، وإذا هيأ لها أسباب الخضاب ، لزمها الاختضاب ، ومن هذا القبيل الطيب ، ولا يجب إلا ما يقصد به قطع السهوكة^(١) ويجب المرتك^(٢) ، أو ما في معناه لدفع الصنّان إذا لم ينقطع بالماء والتراب وفيه وجه ضعيف •

فرع

للزوج منعها من تعاطي الثوم ، وماله رائحة مؤذية على الأظهر ، وقد ذكرناه في كتاب النكاح ، وله منعها من تناول السموم بلا خلاف ، ولكل أحد المنع ، وهل له منعها من أكل ما يخاف منه حدوث مرض ؟ وجهان ، أحصهما : نعم •

فرع

لاستحق الزوجة الدواء للمرض ، ولا أجرة الطبيب والفصاد والحجام والختان ، لأن هذه الأمور لحفظ الأصل ، فكانت عليها كما يكون على المكري ما يحفظ العين المكررة ، ويلزم الزوج الطعام والأدم في أيام المرض ، ولها صرف ما تأخذه إلى الدواء ونحوه •

(١) سهك يسهك من باب تعب يتعب ، والسهك : ريح كريهة توجد من الإنسان إذا عرق .
(٢) المرتك وزان جعفر : ما يعالج به الصنّان والروائح الكريهة .

فرع

هل على الزوج أجرة الحمام لها ؟ وجهان ، أحدهما : لا تجب إلا إذا اشتد البرد ، وعسر الغسل إلا في الحمام ، واختاره الغزالي ، وأصحهما - وبه قطع البغوي والرويانى وغيرهما - الوجوب إلا إذا كانت من قوم لا يعتادون دخوله ، فإن أوجبتها ، قال الماوردي : إنما تجب في كل شهر مرة •

فرع

إذا احتاجت إلى شراء الماء للغسل إن كانت تغتسل من الاحتلام ، لم يلزم الزوج قطعاً وكذا إن اغتسلت عن الحيض على الأصح ، وإن اغتسلت عن الجماع والنفاس ، لزمه على الأصح ، لأنه بسببه ، وينظر على هذا القياس في ماء الوضوء إلى أن السبب منه كاللمس أم لا ؟

فرع

لا يلزمه أن يضحي عن زوجته ، نذرت التضحية أم لا •

فرع

لا يجب للخادمة آلات التنظف ، لأنها لا تتنظف له بخلاف المخدومة ، بل اللائق بالخادمة أن تكون شعثة لثلاث تمتد إليها العين ، لكن لو كثر الوسخ ، وتأذت بالهوام ، لزمه أن يعطيها ما تترفه به ، كذا استدركه القفال واستحسنوه ، وأطلق صاحب « العدة » وجهين في أنه هل يعطي الخادمة الدهن والمشط •

فرع

في وجوب تجهيز الزوجة الميتة وجهان سبقا في الجنائز ، ويجريان في تجهيز الخادمة ، ورأى المتولي ترتيبهما على الزوجة ، لأن علاقة النكاح تبقى في الغسل والإرث ، وكذا في التجهيز •

الواجب السادس : الإسكان ، فيجب لها مسكن يليق بها في العادة ، وقال المتولي : يليق بالزوجين جميعاً ، وله إسكانها في المملوك والمستأجر المستعار بلا خلاف •

الطرف الثاني : في كيفية الإنفاق ، في هذه الواجبات هي ضربان :

الأول : ما ينتفع به باستهلاكه كالطعام وفيه مسائل : إحداها : يجب التملك في الطعام والأدم ، وما يستهلك من آلة التنظيف كالدهن والطين ، وإذا أخذت نفقتها فلها التصرف فيها بالإبدال والبيع والهبة وغيرها ، لكن لو قترت على نفسها بما يضرها فله منعها • وثفقة الخادم يجب فيها التملك أيضاً ، قاله الأصحاب ، وقد سبق أن موضع وجوب نفقة الخادم إذا أخدمها بمملوكتها أو بحرة غير مستأجرة ، فإن كانت مملوكتها ، فيملكها نفقتها كما يملكها نفقة نفسها ، وإن كانت حرة فيجوز أن يقال : يملكها نفقتها كما يملك الزوجة ، وتستحق المرأة المطالبة بذلك لتوفر حق الخدمة ، ويجوز أن يقال : يملك الزوجة لتدفعها إلى الخادمة وعلى هذا لها أن تتصرف في المأخوذ ، وتكفي مؤنة الخادمة من مالها •

المسألة الثانية : لو قبضت الزوجة النفقة ، فلفت أو سرت ، لا يلزمه إبدالها •

الثالثة : الذي يجب تملكه من الطعام الحب كما في الكفارة لا الخبز والدقيق ، فلو طلبت غير الحب ، لم يلزمه ، ولو بذل غيره ، لم يلزمها قبوله ، وهل عليه مع الحب مؤنة طحنه وخبزه ؟ أوجه ، أحدها : لا كالکفارة ، وبه قطع ابن كج . والثاني : إن كانت من أهل القرى الذين عادتهم الطحن والخبز بأنفسهم ، فلا ، وإلا فنعم ، وبه قال الماوردي ، وأصحها : الوجوب مطلقاً ، لأنها في حبسه بخلاف الكفارة ، وعلى هذا تجب مؤنة طبخ اللحم وما يطبخ به . ولو باعت الحب ، أو أكلته حباً ، ففي استحقاقها مؤنة إصلاحه احتمالان للإمام .

الرابعة : ليس له تكليفها الأكل معه لأمع التملك ولا دونه .

الخامسة : لو كانت تأكل معه على العادة ، ففي سقوط نفقتها وجهان ، أقيسهما وهو الذي ذكره الروياني في « البحر » : لا تسقط وإن جريا على ذلك سنين ، لأنه لم يؤد الواجب وتطوع بغيره . والثاني : تسقط فإنه اللائق بالباب . قال الغزالي : وهذا أحسنهما لجريان الناس عليه في الأعصار ، واكتفاء الزوجات به ، ولأنها لو طلبت النفقة للزمن الماضي والحالة هذه لاستنكر ، وبني بعضهم هذا على المعاطاة ، إن جعلناها بيعاً برئت ذمته عن النفقة ، وإلا فلا ، وعليها غرامة ما أكلت ، ثم الوجهان في الزوجة البالغة ، أو صغيرة أكلت معه بإذن القيم ، فأما إذا لم يأذن القيم ، فالزوج متطوع ، ولا تسقط نفقتها بلا خلاف .

قلت : الصحيح من الوجهين سقوط نفقتها إذا أكلت معه برضاها وهو الذي رجحه الرافعي في « المحرر » وعليه جرى الناس من رسول الله صلى الله عليه وسلم وبعده من غير نزاع ولا إنكار ولا خلاف ولم ينقل أن امرأة طالبت بنفقة بعده ، ولو كانت لا تسقط مع علم النبي

صلى الله عليه وسلم يطباقهم عليه لأعلمهم بذلك ، واقتصره من تركة من مات ولم يوفه وهذا مما لا شك فيه . والله اعلم

السادسة : لو تراضيا باعتياضها عن النفقة دراهم أو دنانير أو ثياباً ونحوها ، جاز على الأصح . ولو اعتاضت خبزاً أو دقيقاً أو سويقاً فالمذهب أنه لا يجوز ، وهو الذي رجحه العراقيون والرويانى وغيره لأنه ربا ، وقطع البغوي بالجواز لأنها تستحق الحب وإصلاحه وقد فعله ، ولا يجوز الاعتياض عن نفقة زمن مستقبل ، ولا بيع نفقة حالة لغير الزوج قبل قبضها قطعاً .

السابعة : النفقة تستحق يوماً فيوماً ولها المطالبة بها إذا طلع الفجر كل يوم كذا قاله الجمهور وفي « المذهب » إذا طلعت الشمس . ولو قبضت نفقة يوم ، ثم ماتت ، أو أبانها في أثناء النهار لم يكن له الاسترداد ، بل المدفوع لورثتها لوجوبه بأول النهار . ولو ماتت أو أبانها في أثناء النهار ولم تكن قبضت نفقة يومها كانت ديناً عليه . وفي كتاب ابن كج له الاسترداد ، والصحيح الأول وبه قطع الجمهور . ولو نشزت في النهار ، فله الاسترداد قطعاً ، ولو قبضت نفقة أيام أو شهر فهل تملك الزيادة على نفقة اليوم ؟ وجهان ، أحدهما : لا للشك في استمرار الاستحقاق . وأصحهما : نعم كالأجرة والزكاة المعجلة ، فعلى هذا لو نشزت ، استرد نفقة المدة الباقية ، وإن ماتت ، أو أبانها ، استرد أيضاً على الأصح كالزكاة المعجلة ، وقيل : لا ، لأنها صلة مقبوضة . وإذا قلنا : لا تملك إلا نفقة يوم ، فكلما دخل يوم ملكت نفقته .

الثامنة : نفقة الخادم في وقت وجوب التسليم ، وفي استرداد المدفوع إليها كنفقة المخدمة بلا فرق .

الضرب الثاني : ما تنتفع به مع بقاء عينه كالكسوة وفيها وجهان ، أحدهما : لا يجب تملكها ، وبه قال ابن الحداد ، واختاره القفال ، بل يكون إمتاعاً كالمسكن والخدام . وأصحهما وينسب إلى النص : يجب تملكها كالنفقة والأدم وكسوة الكفارة ، ويجري الخلاف في كسوة الخادم وطرده البغوي في كل ما ينتفع به مع بقاء عينه كالفرش وظروف الطعام والشراب والمشط ، وألحق الغزالي في « البسيط » الفرش والظروف بالمسكن . واعلم أن الكسوة تدفع إليها في كل ستة أشهر ، ثم تجدد كسوة الصيف للصيف ، والشتاء للشتاء ، وأما ما يبقى سنة أو أكثر كالفرش والبسط والمشط ، فإنما تجدد في وقت تجديده ، وكذلك جبة الخز والإبريسم لا يجدد في كل شتوة ، وعليه تطريتها على العادة ، ويتفرع على الوجهين في وجوب تملك الكسوة صور .

منها : لو سلم إليها كسوة الصيف ، فتلقت في يدها قبل مضي الصيف فلا تقصير ، لزمه الإبدال إن قلنا : الكسوة إمتاع ، وإلا فلا على الصحيح . ولو أتلقتها ، أو تمزقت قبل أوان التمزق لكثرة تردها فيها ، وتحاملها عليها ، فإن قلنا : الكسوة تملك ، لم يلزم الإبدال ، وإن قلنا : إمتاع ، لزمها قيمة ما أتلقت ، ولزمه الإبدال .

ومنها : لو سلم إليها كسوة الصيف ، فماتت في أثناءه ، أو مات الزوج ، أو أبانها ، فله استردادها إن قلنا : إمتاع ، وإلا فلا على الصحيح . ومنها : إذا لم يكسها مدة ، صارت الكسوة ديناً عليه إن قلنا بالتمليك ، وإلا ، فلا .

ومنها : إن قلنا : إمتاع ، لم يجز الاعتياض عنها ، كما لا يجوز للقريب أن يعتاض عن نفقته ، وإن قلنا : تملك ، ففي الاعتياض الخلاف السابق في الاعتياض عن النفقة .

ومنها : لو أعطاه كسوة الصيف فمضى الصيف ، وهي باقية لرفقها بها ، فعليه كسوة الشتاء ، إن قلنا بالتملك ، وعلى الإمتاع لا يلزمه إلا ما يزداد للشتاء حتى يبلى ما عندها •

ومنها : له أن يأخذ المدفوع منها ، ويعطيها غيره إن قلنا بالإمتاع ، وإلا فلا إلا برضاها •

ومنها : لو ألبسها ثياباً مستعارة ، أو مستأجرة ، لم يجز على قولنا تملك ، ويجوز على الإمتاع ، فإن تلف المستعار ، فالضمان على الزوج •

ومنها : ليس بيع المقبوض إن قلنا إمتاع ، ويجوز على التملك كالقوت ، فعلى هذا وجهان ، أحدهما : ليس لها أن تلبس دون المقبوض كما في النفقة ، وأصحهما : المنع ، لأن للزوج غرضاً في تجملها •

فرع

ليس للزوج أن يدفع إليها ثمن الكسوة ، بل يجب تسليم الثياب ، وعليه مؤنة الخياطة •



الباب الثاني

في مسقطات النفقة

للباب مقدمة وأصل ، أما المقدمة ، فلا خلاف أن وقت وجوب تسليم النفقة صبيحة كل يوم ، والكسوة أول كل صيف وشتاء كما سبق ، وذلك بعد حصول التمكين ، وأما وقت ثبوتها في الذمة ، فللنفقة تعلق بالعقد والتمكين ، فإنها لاتجب قبل العقد ، ولكن تسقط بالنشوز ، وفيما تجب به قولان ، القديم : تجب بالعقد كالمهر ، ولا تتوقف على التمكين بدليل وجوبها للمريضة والرتقاء ، لكن لو نشزت سقطت فالعقد موجب ، والنشوز مسقط ، وإذا حصل التمكين ، استقر الواجب يوماً فيوماً كالأجرة المعجلة ، إلا أن الأجرة يجب تسليمها بالعقد جملة للعلم بها ، والنفقة غير معلومة الجملة ، والجديد الأظهر : أنها لاتجب بالعقد ، بل بالتمكين يوماً فيوماً ، فلو اختلفا ، فقالت : مكنت من وقت كذا . وأنكر الزوج ولا بينة ، فإن قلنا بالجديد ، فالقول قول الزوج ، وإلا فقولها ، لأن الأصل بقاء ماوجب بالعقد ، وقيل : القول قوله قطعاً . ولو انفقا على التمكين ، وقال : أديت نفقة المدة الماضية ، وأنكرت ، فالقول قولها ، سواء كان الزوج حاضراً عندها أم غائباً ، ولو لم يطالبها الزوج بالزفاف ، ولم تمتنع هي منه ، ولا عرضت نفسها عليه ، ومضت على ذلك مدة ، فإن قلنا بالقديم ، وجبت نفقة تلك المدة ، وإن قلنا بالجديد ، فلا . ولو توافقا على التمكين ، وادعى أنها بعده نشزت ، وأنكرت ، فالصحيح أن القول قولها ، لأن الأصل البراءة ، قال الأصحاب : إذا سلمت نفسها

إلى الزوج ، فعليه النفقة من وقت التسليم • ولو بعثت إليه : إني مسلمة نفسي ، فعليه النفقة من حين بلغه الخبر ، فإن كان غائبا ، رفعت الأمر إلى الحاكم ، وأظهرت له التسليم والطاعة ، ليكتب إلى حاكم بلد الزوج ، فيحضره ، ويعلمه الحال ، فإن سار إليها عند إعلامه ، أو بعث إليها وكيله فتسلمها ، وجبت النفقة من حين التسليم ، وإن لم يفعل ومضى زمن الوصول إليها ، فرض القاضي نفقتها في ماله ، وجعل كالمسلم ، لأن الامتناع منه • قال المتولي : فإن لم يعرف موضعه ، كتب الحاكم إلى حكام البلاد التي تردها القوافل من تلك البلدة في العادة ليطلب وينادي باسمه ، فإن لم يظهر ، فرض القاضي نفقتها في ماله الحاضر ، وأخذ منها كفيلا بما يصرف إليها لاحتمال وفاته وطلاقه ، ومن الأصحاب من لم يتعرض للرفع إلى القاضي ولا لكتابه ، وقال : تجب النفقة من حين تصله ، ويمضي زمن إمكان القدوم عليها ، وكذا ذكره البغوي • أما إذا لم تعرض نفسها على الزوج الحاضر ، أو الغائب ، ولا بعثت إليه ، فلا نفقة لها وإن طالت المدة تفريعا على الجديد ، ولا تؤثر غيبة الزوج بعد التسليم مادامت مقيمة على الطاعة • وإن طالت المدة ، هذا كله إذا كانت عاقلة بالغة ، فأما المراهقة والمجنونة ، فلا اعتبار بعرضهما ، وبذلها الطاعة ، وإنما الاعتبار فيهما بعرض الولي • ولو سلمت المراهقة نفسها ، فتسلمها الزوج ، ونقلها إلى داره ، وجبت النفقة ، وكذا لو سلمت الزوجة نفسها إلى الزوج المراهق بغير إذن الولي ، وجبت النفقة بخلاف تسليم المبيع إلى المراهق ، لأن المقصود هناك أن تصير اليد للمشتري ، واليد في عقد المراهق للولي لاله •

فصل

وأما الأصل في بيان موانع النفقة وهي أربعة :

الاول : النشوز ، فلا نفقة لناشزة ، وإن قدر الزوج على ردها

إلى الطاعة قهراً ، فلو نشزت بعض النهار فوجهان ، أحدهما : لاشيء لها .
والثاني : لها بقسط زمن الطاعة إلا أن تسلم ليلاً وتنشز نهاراً ، أو
بالعكس ، فلها نصف النفقة ، ولا ينظر إلى طول الليل وقصره ، وبالوجه
الثاني قطع السرخسي ، ومنهم من رجح الأول وهو أوفق لما سبق فيما
إذا سلم السيد الأمة المزوجة ليلاً فقط ، ونشوز المراهقة والمجنونة
كالبالغة العاقلة .

فرع

امتناعها عن الوطء والاستمتاع والزفاف بغير عذر نشوز ، فلو
قالت : سلم المهر لأسلم نفسي ، فإن جرى دخول ، أو كان المهر مؤجلاً ،
فهي ناشزة ، إذ ليس لها الامتناع والحالة هذه ، وإذا لم يجر دخول
والمهر حال ، فلها النفقة من حينئذ ، هذا هو المذهب ، وفيه خلاف سبق
في كتاب الصداق . ولو حل المؤجل ، فهل هو كالمؤجل أم كالحال ؟
وجهان وبالأول قطع البغوي ، لأن العقد لم يثبت هذا الامتناع . ولو
كانت مريضة ، أو كان بها قرح يضرها الوطء ، فهي معذورة في الامتناع
عن الوطء ، وعليه النفقة إذا كانت عنده . وكذا لو كان الرجل عبلاً ،
وهو كبير الذكر بحيث لا تحتمله ، فإن أنكر القرع المانع من الوطء ،
فلها إثباته بقول النسوة ، وهل يشترط أربع نسوة ، لأنه شهادة يسقط
بها حق الزوج ، أم تكفي امرأة ويجعل إخباراً ؟ وجهان ، أصحهما الأول ،
وبالثاني قال أبو إسحاق ، وكذا لو أنكر الضرر بسبب العباله يرجع
فيه إلى النسوة ولا بأس بنظرهن إليه عند اجتماعهما ليشهدن ، وليس
لها الامتناع من الزفاف بعذر عبالته كما سبق في أول كتاب الصداق ،
ولها الامتناع بعذر المرض ، لأنه متوقع الزوال .

فرع

لو قالت : لا أمكن إلا في بيتي ، أو في موضع كذا ، أو بلد كذا ،
فهي ناشزة •

فرع

هربها وخروجها من بيت الزوج وسفرها بغير إذنه نشوز ،
ويستثنى عن الخروج ما إذا أشرف المنزل على الانهدام ، أو كان المنزل
لغير الزوج ، فأخرجت ، فإن سافرت بإذنه ، فإن كان معه أو وحدها في
حاجته ، وجبت نفقتها ، فإن كانت وحدها لحاجتها ، فلا نفقة على الأظهر ،
وقيل : لافقة قطعاً ، وعن ابن الوكيل طرد القولين فيما إذا كانت معه
لحاجة نفسها ، وقطع الجمهور في هذه الصورة بالوجوب •

فرع

تجب النفقة للمريضة والرتقاء والمضناة التي لا تحتمل الجماع ،
سواء حدثت هذه الأحوال بعد التسليم ، أم قارنته ، لأنها أعذار دائمة ،
وقد سلمت التسليم الممكن ، وتمكن من الاستمتاع بها من بعض
الوجوه ، وكذا حكم أيام الحيض والنفاس ، قال البغوي : ولو غصبت ،
فلا نفقة ، وإن كانت معذورة لخروجها عن قبضته وفوات الاستمتاع
بخلاف المريضة •

قلت : ولو حبست ظلماً أو بحق ، فلا نفقة كما لو وطئت بشبهة ،
فاعتدت • والله أعلم

فرع

نشزت ، فغاب الزوج ، فعادت إلى الطاعة ، فهل يعود استحقاق
النفقة ؟ وجهان ، وفي « التتمة » قولان ، أحصهما : لا ، فعلى هذا يرفع
الأمر إلى القاضي ، ليقضي بطاعتها ويخبر الزوج بذلك ، فإذا عاد إليها ،

أو بعث وكيله ، فاستأنف تسلمها ، عادت النفقة ، وإن مضى زمن إمكان العود ولم يعد ، ولا بعث وكيله ، عادت النفقة أيضاً •

فرع

خرجت في غيبة الزوج إلى بيت أبيها لزيارة أو عيادة ، لأعلى وجه النشوز ، لا تسقط نفقتها ذكره البغوي •

المانع الثاني : الصغر ، فإذا كانت صغيرة وهو كبير أو صغير ، فلا نفقة لها على الأظهر ، وإن كانت كبيرة وهو صغير ، وجبت النفقة على الأظهر ، وقيل : قطعاً ، وقيل : إن علمت صغره ، فقولان ، وإلا فتجب قطعاً • ثم موضع الخلاف ما إذا سلمت إلى الزوج ، أو عرضت عليه ، فإن لم يوجد تسليم ولا عرض ، فالحكم كما سبق في الكبيرة ، وفي « الوسيط » ما يقتضي خلافه ، والمذهب الأول ، وإذا كان الزوج صغيراً ، كان العرض على وليه لا عليه ، والمراد بالصغيرة والصغير من لا يتأتى جماعه ، وبالكبير من يتأتى منه الجماع ، ويدخل فيه المراهق •

المانع الثالث : العبادات ، وفيه مسائل إحداها : إذا أحرمت بحج أو عمرة ، فلها حالان ، أحدهما : أن تحرم بإذنه ، فإذا خرجت ، فقد سافرت في غرض نفسها ، فإن كان الزوج معها لم تسقط على المذهب كما سبق ، وإلا فتسقط على الأظهر ، وسواء خرجت بإذنه أم بغيرها ، ولا أثر لنهيه عن الخروج لوجود الإذن في الإحرام ، وعن القفال : أنه إذا نهاها عن الخروج فلا نفقة قطعاً ، أما قبل الخروج ، فوجهان ، أحدهما : لانهقة لفوات الاستمتاع ، وأصحهما : وجوبها ، لأنها في قبضته ، وتقويت الاستمتاع بسبب إذن فيه •

الحال الثاني : أن تحرم بغير إذنه فقد سبق في الحج أن له أن يحللها من حج التطوع ، وكذا من الفرض على الأظهر ، فإن جوزنا له

التحليل ، فلم يحلل ، فلها النفقة مالم تخرج ، لأنها في قبضته وهو قادر على تحليلها والاستمتاع ، وقيل : لانفقة ، لأنها ناشئة بالإحرام ، والناشئة لا تستحق نفقة وإن قدر الزوج على ردها إلى الطاعة قهراً ، والصحيح الأول . فإذا خرجت بغير إذنه ، فلا نفقة ، فإن خرج معها ، فعلى ما سبق ، وإن أذن في الخروج ، فعلى القولين في السفر بإذنه ، وإن قلنا : ليس له التحليل ، فهي ناشئة من وقت الإحرام ، وقيل : لها النفقة مادامت مقيمة ، والصحيح الأول ، وحكي وجه شاذ أن الإحرام لا يسقط النفقة مطلقاً ، لأنها تسقط به فرضاً عليها .

المسألة الثانية في الصوم ، أما صوم رمضان ، فلا تمنع منه ، ولا تسقط النفقة بحال ، وأما قضاء رمضان ، فإن تعجل لتعديها بالإفطار لم تمنع منه ، ولم تسقط به النفقة على الأصح ، وإن فات الأداء بعذر ، وضاق وقت القضاء ، بأن لم يبق من شعبان إلا قدر القضاء ، فهو كأداء رمضان ، وإن كان الوقت واسعاً ، فقطع الأكثرون بأن له منعها من المبادرة إليه كصوم التطوع ، وقيل في جواز منعها وجهان ، وفي جواز إلزامها الإفطار إذا شرعت فيه وجهان مخرجان من القولين في التحليل من الحج ، فإن قلنا : لا يجوز ، ففي سقوط النفقة وجهان ، أحدهما : تسقط كالحج ، والثاني : لا لقصر الزمان ، وقدرته على الاستمتاع ليلاً .

قلت : الأصح السقوط . والله اعلم

وأما صوم التطوع ، فلا تشرع فيه بغير إذن الزوج ، فإن أذن ، لم تسقط به نفقتها ، وإن شرعت فيه بلا إذن ، فله منعها وقطعه ، فإن أفطرت ، فلها النفقة ، وإن أبت ، فلا نفقة على الأصح ، وقيل : تجب ، لأنها في داره وقبضته ، وحاصل هذا الوجه أن صوم التطوع لا يؤثر في النفقة ، وقيل : إن دعاها إلى الأكل ، فأبت ، لم تسقط نفقتها ، وإن

دعاها إلى الوط ، فأبت سقطت لمنعها حقه ، وإذا قلنا بسقوط النفقة بامتناعها فعن « الحاوي » أن ذلك فيما إذا أمرها بالإفطار في صدر النهار، فلو اتفق في آخره لم تسقط لقوت الزمان ، واستحسنه الروياني، ولم يتعرض الجمهور لهذا التفصيل • ولو نكحها وهي صائمة قال إبراهيم المروذي : لا يجبرها على الإفطار ، وفي النفقة وجهان •

وأما صوم النذر ، فإن كان نذراً مطلقاً ، فللزواج منعها منه على الصحيح ، لأنه موسع ، وإن كانت أياماً معينة ، نظر إن نذر بها قبل النكاح ، أو بعده بإذنه ، فليس له منعها ، وإلا فله ذلك ، وحيث قلنا : له المنع ، فشرعت فيه ، وأبت أن تفطر ، فعلى ما ذكرنا في صوم التطوع • وأما صوم الكفارة ، فهو على التراخي ، فللزواج منعها منه ، وعن الماوردي أنه إذا لم يمنعها حتى شرعت فيه ، فهل له إجبارها على الخروج منه ؟ وجهان ، وحيث قلنا : تسقط النفقة بالصوم ، فهل تسقط جميعها ، أم نصفها للتمكن من الاستمتاع ليلاً ؟ وجهان في « التهذيب » •

قلت : أرجحهما سقوط الجميع وقد سبق قريباً نظيره فيمن سلمت ليلاً فقط ، أو عكسه • والله أعلم

المسألة الثالثة : فرائض الصلوات الخمس لا منع منها ، ولا تؤثر في النفقة بحال ، وهل له منعها من المبادرة بها في أول الوقت ؟ وجهان، الأصح المنصوص ليس له ، لأن زمنها لا يمتد بخلاف الحج ، والتطوعات المطلقة كصوم التطوع ، وفي السنن الراتبية وجهان ، أصحهما : ليس له منعها لتأكيدا ، وله منعها من تطويلها ، وصوم يوم عرفة وعاشوراء كرواتب الصلاة ، وصوم الاثنين والخميس كالتطوع المطلق ، فله منعها قطعاً ، وله منعها من الخروج لصلاة العيدين والكسوفين، وليس

له المنع من فعلها في المنزل ، وقضاء الصلاة وفعل المنذورة كمثلها
في الصوم •

المسألة الرابعة : الاعتكاف ، إن خرجت له إلى المسجد بإذنه
وهو معهما تسقط نفقتها ، وإن لم يكن معها ، فعلى الخلاف في الخروج
للحج ، وقيل : إن لم تزد على يوم لم يؤثر قطعاً ، فإن كان بغير إذنه ،
نظر إن كان تطوعاً ، أو نذراً مطلقاً أو معيناً نذرته بعد النكاح ، سقطت
نفقتها ، وإن كان معيناً نذرته قبل النكاح ، فلا منع منه ، ولا تسقط
به النفقة •

فصل

أجرت نفسها قبل النكاح إجارة عين ، قال المتولي : ليس
للزوج منعها من العمل ، ولا نفقة عليه ، وعن « الحاوي » أن له الخيار
إن كان جاهلاً بالحال لفوات الاستمتاع عليه بالنهار ، وأنه لا يسقط
خياره بأن يرضى المستأجر بالاستمتاع نهاراً ، لأنه تبرع قد يرجع فيه •

المانع الرابع : العدة ، المعتدة الرجعية تستحق النفقة والكسوة
وسائر المؤن إلا آلة التنظف ، سواء كانت أمة أو حرة ، حاملاً أو
حائلاً ، ولا تسقط نفقتها إلا بما تسقط به نفقة الزوجة ، وتستمر إلى
انقضاء العدة بوضع الحمل أو غيره • ولو ظهر بها أمارات الحمل بعد
الطلاق ، لزم الزوج الإنفاق عليها ، فإذا أنفق ، ثم بان أنه لم يكن حمل ،
فله استرداد المدفوع إليها بعد انقضاء العدة ، وتسأل عن قدر الأقراء ،
فإن عينت قدرها ، صدقناها باليمين إن كذبها الزوج ، ولا يمين إن
صدقها ، وإن قالت : لا أعلم متى انقضت عدتي ، سألناها عن عادة
حيضها وطهرها ، فإن ذكرت عادة مضبوطة ، عملنا على قولها ، وإن
قالت : عادتي مختلفة ، أخذنا بأقل عاداتها ، ورجع الزوج فيما زاد ،

لأنه المستيقن ، وهي لا تدعي زيادة عليه ، وإن قالت : نسيت عادتي ، فعن نص الشافعي رحمه الله أنه يرجع في نفقة ما زاد على ثلاثة أشهر أخذاً بغالب العادات ، وقال الشيخ أبو حامد : يرجع فيما زاد على أقل ما يمكن انقضاء العدة فيه ، وبهذا قطع أبو الفرج ، وإن انقطع الولد الذي أمت به عن الزوج بأن ولدته لأكثر من أربع سنين ، إما من وقت الطلاق ، وإما من وقت انقضاء العدة على الخلاف السابق ، سئلت عن حال الولد ، فإن قالت : هو من زوج نكحته ، أو وطء شبهة حصل بعد ثلاثة أقراء ، فعليها رد المأخوذ بعد الثلاثة • وإن قالت : حصل ذلك في أثناء الأقراء ، فقد انقطعت عدتها بوطء الثاني وإحباله فتعود بعد الوضع إلى ما بقي منها ، وعليه النفقة في البقية ، وأما في مدة الحمل ، فتبنى على أنه هل للزوج الرجعة فيها ؟ وفيه وجهان سبقا في الرجعة والعدة ، إن قلنا : لارجعة فلا نفقة ، وإلا فوجهان ، وقيل : إن قلنا له الرجعة ، فلها النفقة ، وإلا فوجهان • وكيف كان ، فالمذهب أنه لانفقة في مدة الحمل وبه قطع الأكثرون ، فيسترجع ما أخذت لها • ولو قالت : وطئني الزوج ، وأنكر ، فهو المصدق بيمينه ، وتسأل عن وقت وطئه ، فإن قالت : بعد انقضاء الأقراء ، ردت ما زاد ، وإن قالت ، عقب الطلاق ، فقد بان أنها لم تقض عدته ، فترد ما أخذت وتعتد بعد الوضع ثلاثة أقراء ، ولها النفقة فيها ، هكذا ذكره ابن الصباغ وغيره ، وإنما يستمر ذلك على قولنا : إن العدتين المختلفتي الجنس من شخص لاتتداخلان •

فرع

ادعت الرجعية تباعد الحيض ، وامتداد الطهر ، فالصحيح أنها تصدق في استمرار النفقة إلى أن تقر بمضي العدة ، كما تصدق في

ثبوت الرجعة ، وقيل : لا تصدق في النفقة ، فإنها حقها بخلاف الرجعة .

فرع

وضعت حملاً ، وطلقها ، فقال : طلقته قبل وضعه ، وانقضت عدتك ، فلا نفقة الآن ، وقالت : بل طلقته بعد الوضع ، فلي النفقة ، فعليها العدة ، ولها النفقة ، لأن الأصل بقاء النكاح ولا رجعة له ، لأنها بائن بزعمه ، ولو وطئها قبل الوضع في الزمن الذي يزعم هو أنها مطلقة فيه لم يلزمه مهر المثل ، لأنها تزعم أن الوطء في النكاح . ولو اختلفا بالعكس ، فقال : طلقته بعد الولادة ، فلي الرجعة ، وقالت : بل قبلها ، وقد انقضت عدتي ، فالقول قوله في بقاء العدة ، وثبوت الرجعة ، ولا نفقة لها لزعمها .

فصل

البائن بخلع ، أو طلاق الثلاث لا نفقة لها ولا كسوة إن كانت حائلاً ، وإن كانت حاملاً ، فعلى الزوج نفقتها وكسوتها ، وهل هي للحمل أم للحامل ؟ قولان ، أظهرهما للحامل بسبب الحمل ، ويتفرع على القولين مسائل ، إحداها : المعتدة عن فرقة فسخ ، في استحقاقها النفقة إذا كانت حاملاً طرقت ، أحدها : إن حصلت الفرقة بما لا مدخل لها فيه كردة الزوج ، استحققت النفقة كالمطلقة ، وإن كان لها مدخل كفسخها بالعتق ، أو بعيه ، أو فسخه بعيه ، فقولان . والثاني : في المعتدات عن جميع الفسوخ قولان ، والثالث وهو الأصح وبه قال الجمهور : إن كان الفرقة بسبب عارض ، كالرضاع والردة ، فلها النفقة كالطلاق وإن استند إلى سبب قارن العقد كالعيب والغرور فقولان . والرابع وبه قطع المتولي : تستحق النفقة حيث تستحق السكنى وإلا فقولان ، وقد سبق بيان السكنى . وأما المفارقة باللعان إذا كانت حاملاً ولم ينف حملها ، ففيه الطرق ،

ولا يخفى على الطريق الثالث أن اللعان سبب عارض ، وأما على الأول فقيل : هو ممالها فيه مدخل ، لأنها أحوجته إليه ، والأصح أنه كالطلاق ، وإن نفى حملها لم تجب النفقة ، سواء قلنا : هي للحمل أم للحامل ، وتستحق السكنى على الأصح في هذه الحالة . ولو أبان زوجته بالطلاق ، ثم ظهر بها حمل ، وقلنا : له أن يلاعن لنفيه ، فلاعن ، سقطت النفقة ، قال القاضي أبو الطيب : فإن أثبتنا للملاعنة السكنى ، فهذه أولى ، لأنها معتدة عن طلاق ، وإلا فتحتمل وجهين ، وإذا لاعن وهي حامل ونفاه ثم أكذب نفسه ، واستلحق الولد ، طولب بنفقة ما مضى ، نص عليه فقيل : هو تفريع على أن النفقة للحامل . أما إذا قلنا : للحمل : فلا مطالبة ، لأن نفقة القريب تسقط بمضي المدة ، وقال الجمهور : تثبت المطالبة على القولين ، وهو المذهب ، لأنها وإن كانت للحمل ، فهي مصروفة إلى الحامل وهي صاحبة حق فيها فتصير ديناً كنفقة الزوجة . ولو أكذب نفسه بعدما أرضعت الولد ، رجعت عليه بأجرة الرضاع على الصحيح المنصوص في « الأم » ولو أنفقت على الولد مدة ، ثم رجع ، رجعت عليه بما أنفقت على الصحيح المنصوص ، لأنها أنفقت على ظن وجوبه عليها ، فإذا بان خلافه ، ثبت الرجوع ، كما لو ظن أن عليه ديناً فقضاه ، فبان خلافه يرجع ، وكما لو أنفق على أبيه على ظن إعساره ، فبان موسراً ، يرجع عليه بخلاف المتبرع .

المسألة الثانية في وجوب نفقة الحامل المعتدة عن نكاح فاسد ، أو وطء شبهة ، وجهان ، إن قلنا : للحمل وجبت ، وإلا فلا . هذا إذا كانت الموطوءة بشبهة غير منكوحة ، فإن كانت منكوحة وأوجبنا نفقتها على الواطئ ، سقطت عن الزوج قطعاً ، وإلا فعلى الأصح واستحسن في « الوسيط » أنها إن وطئت نائمة أو مكرهة ، فلها النفقة ، وإن مكنت على ظن أنه زوجها ، فلا نفقة ، لأن الظن لا يؤثر في الغرامات .

المسألة الثالثة : المعتدة عن الوفاة لانفقة لها ، وإن كانت حاملاً ،
سواء قلنا للحامل أو للحمل ، لأن نفقة القريب تسقط بالموت •

الرابعة : هل تتقدر النفقة الواجبة كنفقة صلب النكاح ، أم تعتبر
كفايتها ، سواء زادت أم نقصت ؟ فيه طريقتان ، المذهب ، وبه قطع
الجمهور أنها مقدرة ، وشذ الإمام ومتابعوه فحكوا خلافاً •

الخامسة : إذا مات زوج البائن الحامل قبل الوضع ، إن قلنا :
النفقة للحمل ، سقطت ، لأن نفقة القريب تسقط بالموت ، وإن قلنا :
للحامل فوجهان ، أحدهما عند الإمام وبه قال ابن الحداد : تسقط أيضاً
لأنها كالحاضنة للولد ، ولا تجب نفقة الحاضنة بعد الموت ، وقال
الشيخ أبو علي : لا تسقط ، لأنها لا تنتقل إلى عدة الوفاة ، بل تتم عدة
الطلاق ، والطلاق موجب •

قلت : قال المتولي : وكما تستحق البائن الحامل النفقة ،
تستحق الأدم والكسوة سواء قلنا النفقة للحامل أو للحمل • والله أعلم

فرع

لا يجب تسليم أنفقة قبل ظهور الحمل ، سواء قلنا : هي للحمل
أم للحامل ، فإذا ظهر هل يجب تسليمها يوماً بيوم ، أم تؤخر إلى أن
تضع ، فتسلم الجميع دفعة واحدة ؟ قولان ، أظهرهما الأول لقول الله
تعالى (وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن)^(١) فإن
قلنا : تؤخر ، فقالت : وضعت ، فكذبها ، فعليها البينة • وإن قلنا
بالتعجيل ، فادعت ظهور الحمل ، وأنكر فكذلك وتقبل فيهما شهادة
النساء ، وقيل : لا يعتمد قولهن إلا بعد مضي ستة أشهر ، والصحيح
الذي عليه الجمهور أن ذلك ليس بشرط • ولو كان ينفق على ظن

(١) الطلاق : ٦ •

الحمل ، فبان أن لاهمل ، فإن أوجبنا التعجيل ، أو أمره به الحاكم ، رجع عليها ، وإلا فإن لم يذكر أن المدفوع نفقة معجلة لم يرجع ، ويكون متطوعاً ، وإن ذكره وشرط الرجوع رجع ، وإلا فوجهان ، أصحهما : يرجع ، وخرج القفال من هذه المسألة أن الدلال إذا باع متاعاً لإنسان ، فأعطاه المشتري شيئاً وقال : وهبته لك ، أو قال له الدلال : وهبته لي ، فقال : نعم ، فإن علم المشتري أنه ليس عليه أن يعطيه شيئاً ، فله قبوله ، وإن ظن أنه يلزمه أن يعطيه ، فلا ، وللمشتري الرجوع فيه وأجرة الدلال على البائع الذي أمره بالبيع •

فرع

لو لم ينفق عليها حتى وضعت ، أو لم ينفق في بعض المدة، فالمذهب أنه لا تسقط نفقة المدة الماضية ، بل يلزمه دفعها إليها ، وبهذا قطع الجمهور، وقيل : في سقوطها خلاف مبني على أنها للحمل أم للحامل •

فرع

لو كان زوج البائن الحامل رقيقاً ، إن قلنا : النفقة للحامل لزمته، وإلا فلا ، لأنه لا يلزمه نفقة القريب • ولو كان الحمل رقيقاً ففي وجوب النفقة على الزوج حراً كان أو عبداً قولان ، إن قلنا : للحمل لم تجب ، بل هي على المالك وإلا فتجب •

فرع

ذكر ابن كج أنه لو كان الحمل موسراً ، وقلنا : النفقة للحمل وأنها تؤخر إلى أن تضع ، فإذا وضعت سلمت النفقة من مال الولد إلى الأم ، كما تنفق عليه في المستقبل من ماله، قال : ويحتمل عندي أن يكون ذلك على الأب ، وإن قلنا : يجب التعجيل ، لم تؤخذ من مال الحمل ، بل ينفق الأب عليها ، فإذا وضعت ، ففي رجوعه في مال الولد وجهان •

فرع

اختلفا فقالت : وضعت اليوم ، وطالبت بنفقة شهر قبله ، وقال : بل وضعت من شهر قبله ، فالقول قولها ، لأن الأصل عدم الوضع وبقاء النفقة . ولو وقع هذا الاختلاف والزوجة رقيقة ، فإن قلنا النفقة للحمل ، فلا معنى لهذا الاختلاف ، ولا شيء عليه قبل الوضع ولا بعده ، وإن قلنا : للحامل ، فهي كالحرّة . ولو وقع هذا الاختلاف بين موطوءة بشبهة ، أو نكاح فاسد ، وبين الواطئ ، فإن أوجبنا نفقتها بناء على أن النفقة للحمل ، فالقول قولها يمينها ، وإن لم نوجبها ، فلا معنى للاختلاف ، لكن لو اختلفا على العكس لنفقة الولد ، فقالت : ولدت من شهر ، فعليك نفقة الولد لشهر ، وقال : بل ولدت أمس ، بني على أن الأم إذا أنفقت على الولد أو استدانت للنفقة عليه ، هل ترجع على الأب ؟ وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

فرع

أبرأت الزوج من النفقة ، قال المتولي : إن قلنا النفقة للحامل ، سقطت ، وإن قلنا : للحمل ، فلا ، ولها المطالبة بعد الإبراء ، ولك أن تقول : إن كان الإبراء عن نفقة الزمن المستقبل ، فقد سبق حكمه ، وإن كان عما مضى ، فالنفقة مصروفة إليها على القولين ، وقد سبق أن الراجح أنها تصير ديناً لها حتى تصرف إليها بعد الوضع ، فينبغي أن يصح إبرؤها على القولين .

فرع

ذكر المتولي أنه لو أعتق أم ولده وهي حامل منه ، لزمه نفقتها إن قلنا : النفقة للحمل ، وإن قلنا : للحامل فلا ، وأنه لو مات ، وترك

أباه وامرأته حبلى ، لها مطالبة الجد بالنفقة إن قلنا : النفقة للحمل ،
وإن قلنا : للحامل فلا ، وقطع البغوي بأنها لا تطالب الجد ، ويقرب منه
كلام الشيخ أبي علي •

فرع

نشزت الزوجة وهي حامل ، حكى ابن كج تخريج سقوط النفقة
على أنها للحمل أو للحامل ، والمذهب القطع بسقوطها ، وإنما الخلاف
في البائن لا في الزوجة •

فرع

لو أنفق على من نكحها نكاحاً فاسداً مدة ، ثم بان فساد النكاح
وفرق بينهما ، قال الأصحاب : لا يسترد ما أنفق عليها ، بل يجعل ذلك
في مقابلة استمتاعه ، وسواء كانت حاملاً أو حائلاً • وبالله التوفيق •

* * *

الباب الثالث

في الإعسار بنفقة الزوجة

فيه أربعة أطراف :

الأول : في ثبوت الفسخ به ، فإذا عجز الزوج عن القيام بمؤن الزوجة الموظفة عليه ، فالذي نص عليه الشافعي رضي الله عنه في كتبه قديماً وجديداً أنها بالخيار إن شاءت صبرت ، وأنفقت من مالها ، أو اقترضت ، وأنفقت على نفسها ، ونفقتها في ذمته إلى أن يوسر ، وإن شاءت طلبت فسخ النكاح ، وقال في بعض كتبه بعد ذكر هذا : وقد قيل : لا خيار لها • ولأصحاب طريقتان ، أحدهما : القطع بأن لها حق الفسخ ، وهذا أرجح عند ابن كج والرويانى ، وأصحهما : اثبات قولين المشهور منهما أن لها الفسخ ، والثاني : لا • فالمذهب ثبوت الفسخ ، فأما إذا امتنع من دفع النفقة مع قدرته فوجهان ، أحدهما : لها الفسخ لتضررها ، وأصحهما : لافسخ لتمكنها من تحصيل حقها بالسلطان ، وكذا لو قدرت على شيء من ماله ، أو غاب وهو موسر في غيبته ، ولا يوفيهما حقها ، ففيه الوجهان ، أصحهما : لا فسخ وكان المؤثر تغييبه لخراب ذمته ، ولكن يبعث الحاكم إلى حاكم بلده ، ليطلبه إن كان موضعه معلوماً ، وعلى الوجه الآخر : يجوز الفسخ إذا تعذر تحصيلها ، وهو اختيار القاضي الطبري وإليه مال ابن الصباغ ، وذكر الرويانى وابن أخته صاحب «العدة» أن المصلحة الفتوى به ، وإذا لم نجوز الفسخ ، والغائب موسر ، فجهلنا يساره وإعساره ، فكذلك الحكم ، لأن السبب لم يتحقق ، ومتى ثبت إعسار الغائب عند حاكم بلدها ، فهل يجوز

الفسخ ، أم لا يفسخ حتى يبعث إليه فإن لم يحضر ، ولم يبعث النفقة ، فحينئذ يفسخ ؟ فيه وجهان ، أصحهما الأول ، وبه قطع المتولي . ولو كان الرجل حاضراً ، وماله غائب ، فإن كان على دون مسافة القصر ، فلا فسخ ، ويؤمر بتعجيل الإحضار ، وإن كان على مسافة القصر ، فلها الفسخ ولا يلزمها الصبر . ولو كان له دين مؤجل ، فلها الفسخ إلا أن يكون الأجل قريباً ، وينبغي أن يضبط القرب بمدة إحضار المال الغائب فيما دون مسافة القصر . وإن كان الدين حالاً وهو على معسر ، فلها الخيار ، وإن كان على موسر حاضر ، فلا خيار ، وإن كان غائباً فوجهان . ولو كان له دين على زوجته ، فأمرها بالإتفاق منه ، فإن كانت موسرة ، فلا خيار لها ، وإن كانت معسرة ، فلها الفسخ ، لأنها لاتصل إلى حقها ، والمعسر منظر ، وعلى قياس هذه الصور لو كان له عقار ونحوه لا يرغب في شرائه ينبغي أن يكون لها الخيار ، ومن عليه ديون تستغرق ماله لا خيار لزوجته حتى يصرف ماله إلى الديون .

لو تبرع رجل بأداء النفقة عن المعسر ، لم يلزمها القبول ، ولها الفسخ كما لو كان له دين على إنسان فتبرع غيره بقضائه ، لا يلزمه القبول ، لأن فيه منة للمتبرع ، وحكى ابن كج وجهاً أنه لا خيار لها ، لعدم ضررها بفوات النفقة ، والصحيح الأول . قال المتولي : ولو كان بالنفقة ضامن ، ولم نصح ضمان النفقة فالضامن كالمتبرع ، وإن صححناه ، فإن ضمن بإذن الزوج ، فلا خيار ، وبغير إذنه وجهان .

فرع

لو لم يعطها الموسر إلا نفقة المعسر ، فلا فسخ ، ويصير الباقي ديناً عليه .

فصل

القدرة بالكسب كالقدرة بالمال ، فلو كان يكسب كل يوم قدر النفقة فلا خيار ، ولو كان يكسب في يوم ما يكفي لثلاثة أيام ، ثم لا يكسب يومين أو ثلاثة ، ثم يكسب في يوم ما يكفي للأيام الماضية فلا خيار ، لأنه غير معسر ، ولا تشق الاستدانة لما يقع من التأخير اليسير . وكذا الحكم في النساج الذي ينسج في الأسبوع ثوباً تفي أجرته بنفقة الأسبوع ، كذا قاله أبو إسحاق والماوردي وصاحبها « المهذب » و « التهذيب » وقد ذكرنا في المال الغائب على مسافة القصر أن لها الخيار ، وقد يمكن إحضاره فيما دون أسبوع ، والوجه التسوية .

قلت : المختار هنا أنه لا خيار كما ذكره هؤلاء الأئمة .
وانتاعلم

وإذا عجز العامل عن العمل لمرض ، فلا فسخ إن رجي زواله في نحو ثلاثة أيام ، وإن كان يطول ، فلها الفسخ ، قال المتولي : ولو كان يكسب في بعض الأسبوع نفقة جميعه ، فتعذر العمل في أسبوع لعارض فلها الخيار على الأصح ، وإذا لم يستعمل البناء والتجار ، وتعذرت النفقة كذلك ، قال الماوردي : لا خيار إن كان ذلك نادراً ، وإن كان يقع غالباً ، فلها الخيار .

فرع

القادر على الكسب إذا امتنع كالموسر الممتنع إن أوجبنا الاكتساب لنفقة الزوجة ، وفيه خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى .

فصل

إنما يثبت الفسخ بالعجز عن نفقة المعسر ، فلو عجز عن نفقة المتوسط ، فلا خيار • ولو قدر كل يوم على دون نصف مد ، أو يوماً مداً ، ويوماً لا يجد شيئاً ، فلها الخيار على الصحيح • ولو وجد بالغداة ما يغديها ، وبالعشي ما يعشيها ، فلا خيار على الأصح •

فصل

لو أعسر بالأدم ، فلا خيار على الأصح عند الأكثرين ، وقال الداركي : يثبت • وقال الماوردي : إن كان القوت مما ينساغ دائماً للفقراء بلا أدم فلا خيار ، وإلا فيثبت •

فصل

يثبت الخيار بالإعسار بالكسوة على المذهب ، وبالمسكن على الأصح ، ولا يثبت بالإعسار بنفقة الخادم على الصحيح المنصوص ، لأنه ليس ضرورياً •

فصل

الإعسار بالمهر فيه طرق منتشرة ، المذهب منها عند الجمهور يثبت الفسخ إن كان قبل الدخول ، ولا يثبت بعده ، وقيل : يثبت فيهما قطعاً ورجحه البغوي وغيره ، وقيل بالمنع قطعاً ، وقيل قولان ، وقيل : يثبت قبله وفي بعده قولان ، وقيل : لا يثبت بعده ، وفي قبله قولان ، ولا خيار للمفوضة لأنها لا تستحق المهر بالعقد على الأظهر ، لكن لها المطالبة بالفرض ، فإذا فرض صار كالمسمى •

فصل

إذا لم ينفق على زوجته مدة ، وعجز عن أدائها لم يكن لها الفسخ

بسبب ما مضى حتى لو لم يفسخ في يوم جواز الفسخ ، فوجد نفقة بعده ، فلا فسخ لها بنفقة الأمس ، وما قبله كسائر ديونها ، وقيل : هو كالإعسار بالمهر بعد الدخول ، وليس بشيء ، ثم نفقة الماضي لا تسقط ، بل تبقى ديناً في ذمته ، سواء ترك الإنفاق بعذر أم لا ، وسواء فرض القاضي نفقتها ، أم لا ، ويثبت الأدم في الذمة كالنفقة ، وكذا نفقة الخادم على المشهور ، وثبتت الكسوة إن قلنا : يجب فيها التملك . وإن قلنا : إمتاع فلا ، ولا تثبت مؤنة السكنى على المذهب .

الطرف الثاني في حقيقة هذه الفرقة ، فإذا ثبت حق التفريق بسبب الإعسار، فلا بد من الرفع إلى القاضي ، لأنه مجتهد فيه، وحكى المتولي وغيره وجهاً أن للمرأة أن تتولى الفسخ بنفسها من غير رفع إلى القاضي ، كفسخ البيع بالعيب ، والصحيح المنصوص الأول ، وبه قطع الجمهور ، وعلى هذا يتولى القاضي الفسخ بنفسه ، أو يأذن لها فيه ، وهو مخير فيهما . وقيل : إنما يستقل بالفسخ بعد ثبوت الإعسار عنده ، والصحيح الأول . وتكون هذه الفرقة فسخاً على الصحيح المنصوص ، وفي قول مخرج هي طلاق ، فعلى هذا يأمره الحاكم بالتحمل في الإنفاق ، فإن أبى ، فهل يطلق الحاكم بنفسه ، أم يجبره ليطلق ؟ فيه القولان في المولى ، فإن طلق ، طلق طلقة رجعية ، فإن راجع ، طلق ثانية وثالثة ، أما إذا لم ترفع إلى القاضي ، بل فسخت بنفسها لعلمها بعجزه ، فلا ينفذ ظاهراً ، وهل ينفذ باطلاً حتى إذا ثبت إعساره متقدماً على الفسخ إما باعتراف الزوج ، وإما بينة يكتفى به وتحسب العدة منه ؟ فيه وجهان ، قال في « البسيط » : ولعل هذا فيما إذا قدرت على الرفع إلى القاضي ، فإن لم يكن في الناحية قاضٍ ولا محكم، فالوجه إثبات الاستقلال بالفسخ .

الطرف الثالث في وقت الفسخ قد سبق أنها تستحق تسلم النفقة كل يوم بطلوع الفجر ، فإذا عجز ، فهل ينجز الفسخ ، أم يمهل ثلاثة أيام ؟ قولان ، أظهرهما : الإمهال ، وقطع به جماعة وادعى ابن كج أنه طريقة الجمهور ، فإن قلنا : لا يمهل ثلاثاً فوجهان ، أحدهما : لها المبادرة إلى الفسخ في أول النهار ، وأقربهما ليس لها المبادرة ، فعلى هذا هل يؤخر الفسخ إلى نصف النهار ، أم إلى آخره ، أم إلى آخر الليلة بعده ؟ فيه احتمالات ، أرجحها عند الغزالي الثالث ، ثم هذا إذا لم يتخذ ذلك عادة ، فأما إن اعتاد إحضار الطعام ليلاً ، فلها الفسخ ، ويقرب من هذا ما ذكره صاحب « العدة » أنه لو لم يجد النفقة في أول النهار ، وكان يجدها في آخره ، فلها الفسخ على الأصح . فإذا قلنا : لا فسخ في أول النهار ، فلو قال صبيحة اليوم : أنا عاجز لا أتوقع شيئاً ، فهل لها الفسخ في الحال لتصريحه بالعجز ، أم يلزم التأخير ، فقد يرزق من حيث لا يحتسب ؟ فيه احتمالان ، أرجحهما : الثاني . أما المذهب وهو الإمهال ثلاثة أيام ، فيتفرع عليه مسألتان ، إحداهما : إذا مضت الثلاثة فلها الفسخ صبيحة الرابع إن لم يسلم نفقته ، وإن سلمها ، لم يجز الفسخ لما مضى ، وليس لها أن تقول : آخذ هذا عن نفقة بعض الأيام الثلاثة ، وأفسخ بتعذر نفقة اليوم ، لأن الاعتبار في الأداء بقصد المؤدي ، فلو توافقا على جعلها عما مضى ، فيحتمل أن يقال : لها الفسخ ، ويحتمل أن تجعل القدرة عليها مبطله للمهلة ، ولو مضى يومان بلا نفقة ، ووجد نفقة الثالث ، وعجز في الرابع ، فهل تستأنف المدة ، أم يبني فتصير يوماً آخر فقط ؟ وجهان ، أصحهما البناء ، ولو لم يجد نفقة يوم ووجد نفقة الثاني ، وعجز في الثالث ، وقدر في الرابع ، لفقت أيام العجز فإذا تمت مدة المهلة ، فلها الفسخ ، ولو مضت ثلاثة أيام في العجز ، ووجد نفقة الرابع ، وعجز في الخامس ، فالأصح وبه

قال الداركي : أن لها الفسخ ، ويكفي الإمهال السابق ، قال الروياني :
وقيل : يمهل مرة أخرى إن لم تتكرر .

المسألة الثانية : يجوز لها الخروج في مدة الإمهال لتحصيل
النفقة بكسب أو تجارة أو سؤال ، وليس له منعها من الخروج ، وقيل :
له منعها ، وقيل : إن قدرت على الإنفاق بمالها ، أو كسب في بيتها
كالخياطة والغزل ، فله منعها ، وإلا فلا ، والصحيح المنصوص أنه ليس
له منعها مطلقاً ، لأنه إذا لم يوف ما عليه لا يملك الحجر . قال الروياني :
وعليها أن تعود إلى منزله بالليل . ولو أراد الاستمتاع بها قال الروياني :
ليس لها المنع ، وقال البغوي : لها المنع وهو أقرب ، ولا شك أنها إذا
منعت نفسها منه لا تستحق نفقة مدة الامتناع ، فلا تثبت ديناً عليه .

فرع

إذا قلنا بالإمهال، فمضت المدة، فرضيت بإعساره والمقام معه ، أو
لم نقل بالإمهال ، فرضيت ثم أرادت الفسخ ، فلها الفسخ ، لأن الضرر
متجدد ولا أثر لقولها : رضيت بإعساره أبداً ، لأنه وعد لا يلزم الوفاء
به ، ولو نكحته عالمة بإعساره ، فلها الفسخ أيضاً ، وإذا عادت إلى طلب
الفسخ بعد الرضى ، جدد الإمهال على قولنا : يمهل ، ولا يعتد بالماضي ،
وفيه احتمال للإمام والرويانى وهو ضعيف ، وإذا اختارت المقام معه ،
لم يلزمها التمكين من الاستمتاع ، ولها الخروج من المنزل ذكره البغوي
وغيره ، فإن لم تمنع نفسها منه ، ثبت في ذمته ما يجب على المعسر من
الطعام والأدم وغيرهما ، وخروجها بالنهار للاكتساب لا يوجب نقصان
ما يثبت في ذمته .

فرع

إذا أعسر بالمهر ، ومكنها الحاكم من الفسخ ، فرضيت بالمقام
معه ، ثم أرادت الفسخ ، فليس لها ، لأن الضرر لا يتجدد هكذا أطلقه

الجمهور ، وهو المذهب ، وقال الماوردي : إن كانت المحاکمتان معاً قبل الدخول ، أو بعده ، فكذلك ، وإن كانت المحاکمة الأولى قبل الدخول ، والأخرى بعده ، فوجهان • وجه تجويز الفسخ إن بالدخول استقر مالم يكن مستقراً ، فالإعسار به يجدد خياراً ، ولو نكحته عالمة بإعساره بالصداق ، فليس لها الفسخ على الأصح ، كما لو رضيت به في النكاح ، ثم بدا لها ، بخلاف النفقة ، وليس لها الامتناع بعد الدخول إذا مكنها من الفسخ ، واختارت المقام ، ولا بد في الإعسار بالمهر من حكم القاضي كالنفقة ، والخيار فيه بعد المرافعة على الفور ، فلو أخرت الفسخ ، سقط ، ولو علمت إعساره ، وأمسكت عن المحاکمة ، فإن كان كذلك بعد طلبها المهر ، كان رضىً بالإعسار ، وسقط خيارها ، وإن كان قبل المطالبة ، لم يسقط ، فقد تؤخر المطالبة لتوقع اليسار ذكره الروياني •

الطرف الرابع : فيمن له حق الفسخ ، وهو للزوجة إن شاءت ، فسخت ، وإن شاءت صبرت ، ولا اعتراض للولي عليها ، وليس له الفسخ بغير توكيلها ، وليس لولي الصغيرة والمجنونة الفسخ ، وإن كان فيه مصلحتهما ، وينفق عليهما من مالهما ، فإن لم يكن لهما مال فنفتقتهما على من عليه نفقتهما لو كانتا خليتين ، وتصير نفقة الزوجة ديناً عليه يطالب به إذا أيسر ، وكذا لا يفسخ الولي بإعسار الزوج بالمهر إن جعلناه مثبتاً للخيار ، ولو أعسر زوج الأمة بالنفقة فلها الفسخ كما تفسخ ببجه ، ولأنها صاحبة حق في تناول النفقة ، فإن أرادت الفسخ ، لم يكن للسيد منعها ، فإن ضمن النفقة ، فهو كالأجنبي يضمنها ، ولو رضيت بالمقام ، أو كانت صغيرة أو مجنونة ، فهل للسيد الفسخ ؟ فيه أوجه ، الأصح : ليس له ، وبه قطع ابن الحداد والبغوي وجماعة ، وعلى هذا لا يلزم السيد نفقة الكبيرة العاقلة ، بل يقول : افسخي أو اصبري على الجوع ، والثاني : له ، والثالث : له في الصغيرة والمجنونة •

وأما إذا أعسر زوجها بالمهر ، وقلنا : يثبت به الفسخ ، فالفسخ للسيد ،
لأنه محض حقه لاتعلق للأمة به ، ولا ضرر عليها في فواته ، وقيل :
ليس له الفسخ ، وهو غلط .

فرع

قال الإمام والغزالي : تتعلق نفقة الأمة المزوجة بالأمة وبالسيد ،
أما السيد ، فلأنها تدخل في ملكه ، لأن الأمة لاتملك ، لكنها بحكم
النكاح مأذون لها في القبض ، وبالعرف في تناول المقبوض . وأما
الأمة فلها مطالبة الزوج ، كما كانت تطالب السيد ، وإذا أخذتها . فلها
أن تتعلق بالمأخوذ ولا تسلم إلى السيد حتى تأخذ بدله ، وله الإبدال
لحق الملك . والحاصل أن له حق الملك ولها حق التوثق ، ولا يجوز
للسيد الإبراء من نفقتها ، ولا بيع المأخوذ قبل تسليم البدل إليها ،
وفي « التتمة » ما يخالف بعض هذه الجملة ، فإنه قال : حق الاستيفاء
للسيد ، فلو سلمها الزوج إليها بغير إذن السيد لم يبرأ ، ولهذا لو قبض
النفقة ، وأتفق عليها من ماله ، جاز ، والأول أصح ، وذكر البغوي أنها
لو أبرأت الزوج عن نفقة اليوم ، جاز ، وليس لها الإبراء عما صار ديناً
في ذمته ، كما في الصداق ، وقد تنازع قياس الملك في الإبراء من نفقة
اليوم ، لكن نفقة اليوم للحاجة الناجزة ، وكأنا لا يثبت الملك للسيد
إلا بعد الأخذ ، وأما قبله فتمحض الحق لها ، ولو اختلفت الأمة وزوجها
في تسليم نفقة اليوم ، أو أيام مستقبله ، فالقول قولها يمينها ، ولا أثر
لتصديق السيد الزوج ، ولو اختلفا في النفقة الماضية ، وصدق السيد
الزوج ، فوجهان ، أحدهما : كان السيد شاهداً له ، ولا يثبت المدعى
بتصديقه ، وأصحهما : يثبت ، وتكون الخصومة في النفقة الماضية
للسيد ، لالها كالمهر ، وبهذا قطع المتولي ، كما لو أقر السيد بأن العبد
جنى خطأ ، وأنكر العبد ، لا يلتفت إلى إنكاره . ولو أقرت الأمة

بالقبض ، وأنكر السيد ، فأصحح المنصوص : أن القول قولها ، لأن القبض إليها بحكم النكاح ، أو صريح الإذن ، وقيل : قول السيد ، لأنه المالك .

فصل

جميع ما ذكرناه تفريع على المذهب ، وهو ثبوت الفسخ بالإعسار بالنفقة ، فإذا قلنا : لا يثبت ، فلها الخروج من المسكن لطلب النفقة إن احتاجت إليه لتحصيلها ، وكذا لو أمكنها أن تنفق من مالها في المسكن ، أو أن تكسب بغزل ونحوه في المسكن على الأصح ، ولها منعه من الطء على الأصح ، وشرط الغزالي فيه كونها لم تمكن من قبل ، ولم يشترطه الأكثرون .

فصل

إذا مضت مدة لم ينفق فيها على الزوجة ، فاختلفا ، فقالت : كنت موسراً في تلك المدة ، وقال : كنت معسراً ، فإن عرف له مال ، فالقول قولها ، وإلا فقوله .

فصل

قد سبق أن نفقة زوجة العبد من أين تكون ؟ وإذا لم يكن العبد مأذوناً له في التجارة ، ولا كسوباً فقد حكينا قولاً قديماً أن المهر على سيده ، ويكون بالإذن في النكاح ضامناً . قال الخصري^(١) وغيره :

(١) بكسر الخاء ، وإسكان الضاد ، وهو أبو عبد الله محمد بن أحمد المروزي إمام مرو وشيخها ومن كبار أئمة الشافعية ومتقدميهم . حدث عن الحسين بن إسماعيل المحاملي وغيره ، وعقد مجلس الإماء والتدريس ، وتفقه عليه جماعة ، منهم الأستاذ أبو علي الدقاق ، والفقيه حكيم بن محمد الديموني « طبقات الشافعية » ١٢٥/٢ .

وذلك القول يجيء في النفقة بطريق الأولى ، لأن الحاجة إليها أمس .
فلو كان العبد ينفق من كسبه ، فعجز بزمانة وغيرها ، فعلى القديم
للزوجة مطالبة السيد ، وعلى الأظهر لها أن تفسخ ، أو تصير نفقتها
ديناً في ذمة العبد .

فصل

إذا عجز عن نفقة أم ولده ، فعن الشيخ أبي زيد أنه يجبر على
عتقها ، أو تزويجها إن وجد راغب فيها ، وقال غيره : لا يجبر عليه بل
يخليها لتكسب وتنفق على نفسها .

: هذا الثاني أصح ، فإن تعذرت نفقتها بالكسب ، فهي
في بيت المال . والله أعلم

فصل

قد سبق في كتاب الضمان ، ضمان النفقة وبالله التوفيق .

* * *

الباب الرابع

في نفقة الأقارب

سبق أن أحد أسباب وجوب النفقة والمؤن : القرابة ، وفيه طرفان :

الأول : في مناط هذه النفقة ، وشرائط وجوبها وكيفيةها ، وفيه مسائل :

إخداها : إنما تجب النفقة بقرابة البعضية ، فتجب للولد على الوالد وبالعكس ، وسواء فيه الأب والأم والأجداد والجندات وإن علوا ، والبنون والبنات والأحفاد وإن نزلوا ، الذكر والأنثى والنوارث وغيره والمسلم والكافر من الطرفين ، وفي وجه : لاتجب على المسلم نفقة كافر ، وفي وجه : لاتجب على الأم نفقة بحال ، حكاها ابن كج ، وهما شاذان ضعيفان ، ولا يلحق بالأصول والفروع سائر الأقارب كالأخ والأخت ، والعم والخال ، والعمة والخالة وغيرهم .

الثانية : لاتجب نفقة القريب إلا على موسر ، وهو من فضل عن قوته وقوت عياله في يوم وليلة ما يصرفه إلى القريب ، فإن لم يفضل شيء ، فلا شيء عليه ، وفي « التهذيب » وغيره وجه : أنه لا يشترط يسار الوالد في نفقة الولد الصغير ، فعلى هذا يستقرض عليه ، ويؤمر بقضائه إذا أيسر ، والصحيح : الأول . ويبيع في نفقة القريب ما يباع في الدين من العقار وغيره ، لأنها حق مالي لا بدل له ، فأشبه الدين ، وفي كيفية بيع العقار وجهان ، حكاها ابن كج ، أحدهما : يباع كل

يوم جزء بقدر الحاجة • والثاني : ان ذلك يسبق ، فيقتضى عليه إلى أن يجمع ما يسهل بيع العقار له •

الثالثة : إذا لم يكن مال ، لكنه كان ذا كسب يمكنه أن يكسب ما يفضل عنه ، فهل يكلف الكسب لنفقة القريب ؟ فيه أوجه ، أحدهما : لا كما لا يكلف الكسب لقضاء الديون • والثاني وهو الصحيح وبه قطع الأكثرون ، لأنه يلزمه إحياء نفسه بالكسب فكذا أصله وفرعه ، ويخالف الدين ، فإنه لا ينضبط والنفقة يسيرة • والثالث : يكلف للولد دون الوالد •

فرع

يجب الاكتساب لنفقة الزوجة على المذهب ، ونقل الإمام وغيره فيه وجهين لالتحاقها بالديون •

الرابعة : من له مال يكفيه نفقته ، أو هو مكتسب لا تجب نفقته على القريب ، سواء كان مجنوناً صغيراً زمنياً أو بخلافه ، ومن لا مال له ولا هو مكتسب ، ينظر ، إن كان به نقص في الحكم كالصغير والمجنون ، أو في الخلقة كالزمن والمريض والأعمى ، لزم القريب نفقته ، فإذا بلغ الصغير والمجنون حداً يمكن أن يعلم حرفة ، أو يحمل على الكسب ، فللوالدي أن يحمله عليه ، وينفق عليه من كسبه ، لكن لو هرب عن الحرفة ، أو ترك الاكتساب في بعض الأيام ، فعلى القريب نفقته ، وكذا لو كان لا تليق به الحرفة ، وإن لم يكن به نقص في الحكم ولا في الخلقة ، لكنه كان لا يكتسب مع القدرة على الكسب ، فإن كان من الفروع لم تجب نفقته على المذهب ، سواء فيه الابن والبنت ، وإن كان من الأصول وجبت على الأظهر ، لأن الله تعالى أمر بمصاحبتهم بالمعروف ، وليس من المعروف تكليفهم الكسب مع كبر السن ، وكما يجب الإغفاف ،

ويمتنع القصاص ، ولحرمة الوالدين • هذه طريقة الجمهور ، ولم يفرقوا بين اكتساب واكتساب ، ومنهم من جعل الخلاف أولاً في اشتراط العجز عن كسب يليق به ، ثم قالوا : إن شرط ذلك ففي اشتراط العجز عن كل كسب يليق به بالزمان ، وجهان ، ورأوا الأعدل الأقرب الاكتفاء بعجزه عما يليق به من الأكساب ، وأوجبوا النفقة مع القدرة على الكسب وحمل القاذورات ، وسائر مالا يليق به ، وهذا حسن •

الخامسة : نفقة القريب لا تتقدر ، بل هي قدر الكفاية ، وعن ابن خيران أنها تتقدر بقدر نفقة الزوجة ، والصحيح الأول ، لأنها تجب لتزجية الوقت ودفع حاجته الناجزة ، فتعتبر الحاجة وقدرها ، حتى لو استغنى في بعض الأيام بضيافة وغيرها ، لم تجب ، وتعتبر حاله في سنه وزهاده ورغبته ، فالرضيع تكفي حاجته بمؤنة الإرضاع في الحولين ، والفطيم والشيخ ما يليق بهما ، ولا يشترط انتهاء المتفق عليه إلى حد الضرورة ، ولا يكفي ما يسد الرق ، بل يعطيه ما يستقل به ، ويتمكن معه من التردد والتصرف ، ويجب الأدم كما يجب القوت ، وفي « التهذيب » نزاع في الأدم ، وتجب الكسوة والسكنى على ما يليق بالحال ، وإذا احتاج إلى الخدمة ، وجبت مؤنة الخادم •

السادسة : تسقط نفقة القريب بمضي الزمان ، ولا يصير ديناً في الذمة ، سواء تعدى بالامتناع من الإنفاق أم لا ، وفي الصغير وجه ، أنها تصير ديناً تبعاً لنفقة الزوجة ، والصحيح الأول ، لأنها مواساة ، ولهذا قال الأصحاب : لا يجب فيها التملك ، وإنما يجب الامتناع ، ولو سلم النفقة إلى القريب ، فتلفت في يده أو أتلفها ، وجب الإبدال ، لكن إذا أتلفها ، لزمه ضمانها إذا أيسر ، ويستثنى ما إذا أقرضها القاضي ، أو أذن في الاقتراض لغية أو امتناع ، فيصير ذلك ديناً في الذمة •

السابعة : قد سبق في النكاح أن الابن يلزمه إعفاف أبيه على المشهور ، وأنه إذا أعفه بزوجة ، أو ملكه جارية ، لزمه نفقتها ومؤنتها حيث تلزمه نفقة الأب ، فلو كان للأب أم ولد لزم الولد أيضاً نفقتها ، ولو كان تحته زوجتان فأكثر ، لم يلزمه إلا نفقة واحدة ، ويدفع تلك النفقة إلى الأب وهو يوزعها عليهما ، ولكل واحدة الفسخ لفوات بعض حقها ، فإن فسخت واحدة تمت النفقة للآخرى ، وحكى الشيخ أبو علي وجهاً أنه إذا كان تحت الأب زوجتان فأكثر ، لم يلزم الولد لهما شيئاً ، لأن المستحقة لاتتعين ، وهو شاذ ضعيف . ولو كان للأب أولاد فوجهان ، قال المتولي : يلزم الابن الإنفاق عليهم ، لأن نفقتهم على الأب ، فيتحملها الابن عنه كنفقة الزوجة ، والصحيح : أنه لا يجب ، وبه قطع الشيخ أبو علي ، ويخالف الزوجة ، فإنها إن لم ينفق فسخت ، فيتضرر الأب ، ولأن نفقتها تجب على الأب وإن كان معسراً .

فرع

إذا كان الابن في نفقة أبيه ، وله زوجة ، فوجهان ، حكاها القاضي أبو حامد وغيره ، أحدهما : يلزم الأب نفقتها ونفقة كل قريب وجبت نفقته ، لأنه من تمام الكفاية ، وبهذا قطع صاحب « المذهب » وأصحهما : لا تلزمه لأنه لا يلزم الأب إعفاف الابن .

فرع

كما تجب على الابن نفقة زوجة الأب ، تجب عليه كسوتها ، قال البغوي : ولا يلزم الأدم ، ولا نفقة الخادم لأن فقدهما لا يثبت الخيار ، لكن قياس ما ذكرنا أن الابن يتحمل مالزم الأب وجوبهما لأنهما واجبان على الأب مع إعساره .

الثامنة : إذا امتنع الأب من الإنفاق على الولد الصغير ، أو كان غائباً ، أذن القاضي لأمه في الأخذ من ماله ، أو الاستقراض عليه ، والإنفاق على الصغير بشرط أهلينها لذلك ، وهل تستقل بالأخذ من ماله ؟ وجهان ، أحدهما : نعم لقصة هند . والثاني : المنع ، لأنها لا تتصرف في ماله ، وتحمل قصة هند على أنه كان قضاء ، أو إذناً لها لا إفتاء وحكماً عاماً ، وفي استقلالها بالاقتراض عليه إذا لم تجد له مالاً ، وجهان مرتبان وأولى بالمنع لخروجه عن صورة الحديث ، ومخالفته القياس ، وعن القفال تجويزه ، فإن أثبتنا استقلالها ، أو لم يكن في البلد قاض ، وأشهدت ، لزمه قضاء ما اقترضته ، وإن لم تشهد ، فوجهان ، ولو أنفقت على الطفل الموسر من مال نفسه بغير إذن الأب والقاضي ، فوجهان ، وأولى بالجواز ، لأنها لا تتعدى مصلحة الطفل ، ولا تتصرف في غير ماله . ولو أنفقت عليه من مالها بقصد الرجوع وأشهدت ، رجعت ، وإلا فوجهان .

التاسعة : إذا امتنع القريب من نفقة قريبه ، فللمستحق أخذ الواجب من ماله إن وجد جنسه ، وفي غير الجنس خلاف يأتي في الدعاوى إن شاء الله تعالى ، وإن كان غائباً ولا مال له هناك ، راجع القاضي ليقترض عليه ، فإن لم يكن هناك قاض واقترض ، نظر هل أشهد أم لا ؟ على ما ذكرناه في اقتراض الأم للطفل .

العاشرة : إذا كان الأب الذي عليه الإنفاق غائباً ، والجد حاضر ، فإن تبرع بالإنفاق فذاك ، وإلا فبقرض القاضي ، أو يأذن للجد في الإنفاق ، ليرجع على الأب ، وفي « البحر » وجه ضعيف ، أنه لا يرجع . ولو استقل الجد بالاقتراض ، فإن أمكنه مراجعة القاضي فليس على الأب قضاؤه على الصحيح ، وإلا فينظر في الإشهاد وعدمه .

الحادية عشرة : إذا وجبت نفقة الأب أو الجد على الصغير أو المجنون ، أخذها من ماله بحكم الولاية ، ولهما أن يؤجراه لما يطيقه من الأعمال ، ويأخذها من أجرته نفقة أنفسهما ، والأم لا تأخذ إلا بإذن الحاكم ، وكذا الابن إذا وجبت نفقته على الأب المجنون ، فلو كان يصلح لصناعة ، فللحاكم أن يولي ابنه إجارته ، وأخذ نفقة نفسه من أجرته .

فصل

يجب على الأم أن ترضع ولدها اللبن ، ولها أن تأخذ عليه الأجره إن كان لمثله أجره ، وفي وجه ذكره الماوردي : لا أجره لها ، لأنه متعين عليها ، والصحيح الأول ، كما يلزم بذل الطعام للمضطر ببذله ، ثم إن لم يوجد بعد سقي اللبن مرضعة غيرها ، لزمها الإرضاع ، وكذا لو لم يوجد إلا أجنبية ، لزمها الإرضاع ، وإن وجد غيرها وامتنعت الأم من الإرضاع ، لم تجبر ، سواء كانت في نكاح الأب أم بئنة ، وسواء كانت ممن يرضع مثله الولد في العادة أم لا .
وإن رغبت الأم في الإرضاع ، فلها حالان .

أحدهما : أن تكون في نكاح أبي الرضيع ، فهل له منعها من إرضاعه ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، لأن فيه إضراراً بالولد وأصحهما : نعم ، لأنه يستحق الاستمتاع بها في أوقات الإرضاع لكن يكره له المنع .

ثمت : الأول أصح : ومن صححه البغوي والرويانى في « الحلية » وقطع به الدارمي والقاضي أبو الطيب في « المجرد » والمحاملي والفوراني وصاحب « التنبيه » والجرجاني **وانتاعلم**

فإن قلنا : ليس له المنع ، أو توافقا على الإرضاع ، فإن كانت متبرعة فذاك ، وهل تزداد نفقتها للإرضاع ؟ وجهان ، أحدهما قاله

أبو إسحاق والاصطخري : نعم ، ويجتهد الحاكم في قدر الزيادة ، لأنها تحتاج في الإرضاع إلى زيادة الغذاء . وأصحهما : لا ، لأن قدر النفقة لا يختلف بحال المرأة وحاجتها ، وإن طلبت أجره ، بني على أن الزوج هل له استئجار زوجته لإرضاع ولده ؟ فيه وجهان ذكرناهما في الإجارة ، قال العراقيون : لا يجوز ، وأصحهما : الجواز ، فعلى هذا حكمها إذا طلبت الأجره حكم البائن إذا طلبت الإرضاع بأجره ، وسنذكره إن شاء الله تعالى . وإذا أرضعت بالأجره ، فإن كان الإرضاع لا يمنع من الاستمتاع ولا ينقصه ، فلها مع الأجره النفقة ، وإن كان يمنع ، أو ينقص ، فلا نفقة لها ، كذا ذكره البغوي وغيره ، ويشبه أن يجيء فيه الخلاف فيما لو سافرت لحاجتها بإذنه ، وإن قلنا : لا يجوز الاستئجار ، وأرضعت على طمع الأجره ، ففي استحقاقها أجره المثل وجهان ، قال ابن خيران : تستحق ، لأنها لم تبذل منفعتها مجافاً ، وقال الجمهور : لا تستحق .

الحال الثاني : أن تكون مفارقة ، فإن تبرعت بالإرضاع ، لم يكن للأب المنع ، وإن طلبت أجره ، نظر ، إن طلبت أكثر من أجره المثل ، لم يلزمه الإجابة ، وكان له استرضاع أجنبية بأجره المثل ، وإن طلبت أجره المثل ، فهي أولى من الأجنبية بأجره المثل ، فإن وجد أجنبية تبرع ، أو ترضى بدون أجره المثل ، فهل للأب انتزاع الولد منها ؟ فيه طريقان ، أشهرهما على قولين ، أظهرهما : له الانتزاع . والطريق الثاني : له الانتزاع قطعاً ، وبه قال ابن سريج ، وأبو إسحاق ، وابن أبي هريرة ، والاصطخري ، فعلى المذهب لو اختلفا ، فقال الأب : أجد متبرعة ، وأنكرت ، فهو المصدق بينيه ، لأنها تدعي عليه أجره ، الأصل عدمها ، ولأنه تشق عليه البينة ، وحيث أوجبنا الأجره فهي في مال الطفل ، فإن لم يكن له مال ، فعلى الأب كالنفقة .

الطرف الثاني في اجتماع أقارب المحتاج والأقارب المحتاجين ، وفيه أربعة فصول :

الأول : في اجتماع الفروع الذين تلزمهم النفقة للأصل المحتاج ، فإذا اجتمع اثنان من الأولاد ، نظر إن استويا في القرب والوراثة أو عدمها ، والذكورة والأنوثة ، فالنفقة عليهما بالسوية ، سواء استويا في اليسار ، أم تفاوتتا ، وسواء أيسرا بالمال ، أو الكسب ، أو أحدهما بمال ، والآخر بكسب ، فإن كان أحدهما غائباً ، أخذ قسطه من ماله ، فإن لم يكن له مال ، اقترض عليه • وإن اختلفا في شيء من ذلك ، ففيه طريقتان ، أحدهما : النظر إلى القرب ، فإن كان أحدهما أقرب فالنفقة عليه سواء كان وارثاً أو غيره ، ذكراً أو أنثى ، فإن استويا في القرب ، ففي التقديم بالإرث وجهان ، فإن قدمنا بالإرث ، فكأننا وارثين ، فهل يستويان في قدر النفقة ، أم تتوزع بحسب الإرث؟ وجهان ، الطريق الثاني : النظر إلى الإرث ، فإن كان أحدهما وارثاً دون الآخر ، فالنفقة على الوارث ، وإن كان الآخر أقرب ، فإن تساويا في الإرث ، قدم الأقرب ، فإن تساويا في القرب ، فالنفقة عليهما ، ثم هل تستوي أم توزع بحسب الإرث ؟ فيه الوجهان • وإذا استويا في المنظور إليه على اختلاف الطريقين ، فهل يختص الذكر بالوجوب ، أم يستويان ؟ وجهان ، وأصح الطريقين عند الإمام والغزالي والبعوي وغيرهم : الأول ، دون اعتبار الإرث والذكورة ، واختيار العراقيين يخالفهم في بعض الصور كما نذكره في الأمثلة إن شاء الله تعالى •

أمثلة : ابن وبنت ، النفقة عليهما سواء ، إن اعتبرنا القرب ، أو أصل الإرث ، وإن اعتبرنا مقدار الإرث ، فهي عليهما أثلاثاً ، وإن اعتبرنا الذكورة ، فعلى الابن فقط ، وهو اختيار العراقيين •

بنت وابن ابن ، هي على البنت إن اعتبرنا القرب ، وعليهما بالسوية إن اعتبرنا الإرث ، وعلى ابن الابن إن اعتبرنا الذكورة ، وهذا اختيار العراقيين •

بنت وبنت ابن ، هي على البنت إن اعتبرنا القرب ، وعليهما إن
اعتبرنا الإرث •

بنت وابن بنت ، هي على البنت إن اعتبرنا القرب ، أو الإرث ،
وعلى ابن البنت إن اعتبرنا الذكورة •

ابن ابن وابن بنت ، عليهما إن اكتفينا بالقرب ، وعلى الأول إن
رجعنا الإرث •

بنت ابن وابن بنت ، هي على بنت الابن ، إن اعتبرنا الإرث ،
وعلى ابن البنت إن اعتبرنا الذكورة ، وعليهما إن اكتفينا بالاستواء
في الدرجة •

بنت بنت وبنت ابن ابن ، هي على الأولى إن اعتبرنا القرب ،
وعلى الثانية إن اعتبرنا الإرث •

بنت بنت وبنت ابن ، عليهما إن اكتفينا بالاستواء في الدرجة ،
وعلى الثانية إن اعتبرنا الإرث •

ابن وولد خنثى، إن قلنا في اجتماع الابن والبنت، تكون عليهما،
فكذا هنا ، وإن قلنا : تكون على الابن ، فهنا وجهان ، أحدهما : على
الابن نصفها ، لأنه المستيقن ، والنصف الآخر يقترضه الحاكم ، فإن
بان ذكراً ، فالرجوع عليه ، وإلا فعلى الابن ، وأصحهما : يؤخذ
الجميع من الابن ، فإن بان الخنثى ذكراً ، رجع عليه بالنصف •

بنت وولد خنثى ، إن قلنا في اجتماع الابن والبنت : النفقةعليهما،
فكذا هنا ، وإن قلنا : على الابن ، فوجهان ، أحدهما : هي على الخنثى،
فإن بانت أنوثته ، رجعت على أختها بالنصف • والثاني : لا يؤخذ
منه إلا النصف ، لأنه اليقين ، ويؤخذ النصف الآخر من البنت ، فإن
بانت ذكوره ، رجعت عليه •

قلت : كان ينبغي أن يجيء وجه الاقتراض ، ولا يؤخذ من البنت شيء . • والله اعلم

الفصل الثاني : إذا اجتمع للمحتاج قريبان من أصوله ، نظر ، إن اجتمع أبوه وأمه ، فإن كان الولد صغيراً ، فالنفقة على الأب قطعاً ، وإن كان كبيراً ، فأوجه ، الصحيح : أنها على الأب ، والثاني : عليهما أثلاثاً كالإرث ، والثالث : عليهما نصفين . • وإن اجتمعت الأم وواحد من آباء الأب ، فأوجه ، الصحيح : أنها على الجد ، والثاني : على الأم ، والثالث : عليهما أثلاثاً ، والرابع : عليهما نصفين . • وإن اجتمع اثنان من الأجداد والجدات ، نظر ، إن كان أحدهما يدلي بالآخر ، فالنفقة على القريب ، وإلا ففيه خمسة أوجه أرجحها : اعتبار القرب ، والثاني : الإرث ، والثالث وهو اختيار المسعودي : الاعتبار بولاية المال ، فإن لم تكن لواحد منهما ولاية ، وأحدهما يدلي بالولي ، أو هو أقرب إدلاء بالولي ، فالنفقة عليه ، فإن استويا في الإدلاء به وجوداً وعدماء ، اعتبر فيه القرب ، والمراد بالولاية على هذا الوجه : الجهة التي تفيدها ، لانفس الولاية التي قد يمنع منها مانع مع وجود الجهة . • والرابع : الاعتبار بالذكورة ، فالنفقة على الذكر ، وإلا فعلى المدلي بذكر ، فإن استويا ، اعتبر القرب . • والخامس : يعتبر الإرث والذكورة معاً ، فإن اختص بهما أحدهما ، فالنفقة عليه ، وإن وجدا فيهما ، أو لم يوجد ، أو وجد أحدهما في أحدهما ، والآخر في الآخر ، اعتبر القرب ، وعلى هذا الوجه ، يجبر فقد كل واحد من المعنيين بالآخر . •

الأمثلة : أبو الأب ، وأبو الأم ، إن اكتفينا بالقرب ، سوينما بينهما ، وإن اعتبرنا الإرث ، أو الولاية ، فالنفقة على أبي الأب . • أم أب وأم أم ، إن اعتبرنا القرب أو الإرث ، سوينما بينهما ، وإن اعتبرنا الإدلاء بالولي أو بذكر ، فهي على أم الأب . •

أبو الأم ، وأم الأب ، إن اعتبرنا القرب ، سوينا ، وإن اعتبرنا الإرث ، أو الإدلاء بالولي فهي على أم الأب ، وعلى الوجه الخامس : يجبر فقدان الإرث فيه بالذكورة ، وفقدان الذكورة فيها بالوراثة ، فيستويان •

الفصل الثالث : إذا اجتمع للمحتاج واحد من أصوله ، وآخر من فروعه ، ففيه الأوجه الخمسة ، فيقدم الأقرب في وجهه ، والوارث في وجهه ، والولي في وجهه ، والذكر في وجهه ، ويستوي الذكر والأنثى في وجهه ، وإذا وجبت النفقة على وارثين ، جاء الخلاف في أن التوزيع بالسوية ، أم بحسب الإرث ؟ فلو كان له أب وابن ، فهل النفقة على الابن أم الأب أم عليهما ؟ فيه أوجه ، أصحها : الأول لأن عصوبته أقوى ، ولأنه أولى بالقيام بشأن الوالد ، وتجري هذه الأوجه في أب وبنت ، وفي جد وابن ابن ، وتجري أيضاً في أم وبنت على المذهب ، وقيل : يقطع بأنها على البنت ، قاله القاضي أبو حامد وغيره • وفي أم وابن طريقان ، أحدهما : طرد الأوجه الثلاثة ، والثاني : القطع بتقديم الابن ، لضعف الإناث عن تحمل المؤن ، ويجري الطريقتان في جد وابن ، وفي أب وابن ابن ، وقال البغوي : الأصح أنه لانهقة على الأصول ما دام يوجد واحد من الفروع ، قريباً كان أو بعيداً ، ذكراً أو أنثى •

الفصل الرابع : في ازدحام الآخذين ، فإذا اجتمع على الشخص الواحد محتاجون ممن تلزمه نفقتهم ، نظر ، إن وفي ماله أو كسبه بنفقتهم ، فعليه نفقة الجميع ، قريتهم وبعيدهم ، وإن لم يفضل عن كفاية نفسه إلا نفقة واحد ، قدم نفقة الزوجة على نفقة الأقارب ، هذا أطبق عليه الأصحاب لأن نفقتها أكد ، فإنها لاتسقط بمضي الزمان ، ولا بالإعسار ، ولأنها وجبت عوضاً ، واعترض الإمام بأن نفقتها إذا

كانت كذلك ، كانت كالديون ، ونفقة القريب في مال المفلس تقدم على الديون ، وخرج لذلك احتمالاً في تقديم القريب ، وأيده بالحديث أن رجلاً قال للنبي صلى الله عليه وسلم : معي دينار ؟ فقال : « أنفقه على نفسك » فقال : معي آخر ؟ فقال : « أنفقه على ولدك » ، فقال : معي آخر ؟ فقال : « أنفقه على أهلك »^(١) . فقدم نفقة الولد على الأهل ، وفي « التتمة » وجه أن نفقة الولد الطفل تقدم على نفقة الزوجة ، وأما الذين ينفق عليهم بالقرابة ، فتعود فيهم الأوجه في أنه يصرف الفاضل إلى الأقرب ، أو الوارث ، أو الولي ، وعلى الوجه الرابع القائل هناك أنها على الذكر ، يصرف الفاضل هنا إلى الأنثى لعجزها ، ويسوى في الوجه الخامس بين الذكر والأنثى ، وإذا صرف إلى وارثين ، فهل يوزع بالسوية ، أم بحسب الإرث ؟ وجهان ، قال الأكثرون بالسوية ، ونوضح ذلك بصور :

ابنان أو بنتان ، يصرف الموجود إليهما ، فإن اختص أحدهما بمزيد عجز ، بأن كان مريضاً ، أو رضيعاً ، قدم ، ذكره الروياني .
ابن وبنت ، الصحيح أنها كالابنين ، وقيل : تقدم البنت لضعفها .
ابن بنت ، وبنت ابن ، ذكر الروياني أن بنت الابن تقدم لضعفها ، ويشبه أن يجعل كالابن والبنت .

أب وجد ، أو ابن وابن ابن ، قيل : هما سواء ، والأصح : تقديم الأب والابن ، فإن كان الأبعد زمناً ، ففي « التهذيب » أنه يقدم ، وذكر أنه لو اجتمع جدان في درجة ، وأحدهما عصب ، كأبي الأب مع أبي الأم ، فالعصب أولى ، وأنه لو اختلفت الدرجة ، واستويا في العصبية

(١) أخرجه أبو داود (١٦٩١) وإسناده حسن ، وأخرجه أحمد ٢٥١/٢ ، والنسائي ٦٢/٥ وابن حبان (٨٢٨) بتقديم نفقة الزوجة على الولد .

أو عدمها ، فالأقرب مقدم ، وإن كان الأبعد عصبية ، تعارض القرب والعصوبة ، فيستويان •

أب وابن ، إن كان الابن صغيراً ، قدم ، وإلا فهل يقدم الابن أم الأب ، أم يستويان ؟ فيه ثلاثة أوجه ، ثالثها : اختيار التقفال ، وتجري الأوجه في الابن والأم ، وفي الأب والبنت ، وفي الجد وابن لابن • وابن الابن •

أب وأم ، تقدم الأم على الأب ، وقيل : الأب ، وقيل : يستويان •

جد وابن ، قيل بطرد الأوجه ، وقيل : يقدم الابن قطعاً ، وعن القاضي أبي حامد إذا اجتمع جدتان لإحادهما ولادتان ، وللأخرى ولادة ، فإن كانتا في درجة ، فذات الولادتين أولى ، وإن كانت أبعد ، فالأخرى أولى ، وأنه لو اجتمعت بنت بنت بنت أبوها ابن ابن بنته وبنت بنت بنت ليس أبوها من أولاده ، فإن كانتا في درجة ، فصاحبة القربتين أولى ، وإن كانت هي أبعد ، فالأخرى أولى •

مرع

متى استوى اثنان ، وزع الموجود عليهما ، فلو كثروا بحيث لو وزع ، لم يسد قسط كل واحد مسداً ، أقرع بينهم •

فرع

إذا أوجبت النفقة على أقرب القربين ، فمات أو أعسر ، وجبت على الأبعد ، فإن أيسر الأقرب بعد ذلك ، لم يرجع الأبعد عليه بما أنفق •

ذكر الروياني أنه لو كان له ولدان ، ولم يقدر إلا على نفقة أحدهما ، وله أب موسر ، لزم الأب نفقة الآخر ، فإن اتفقا على الإنفاق بالشركة ، أو على أن يختص كل واحد بواحد ، فذاك ، وإن اختلفا ،

عمل بقول من يدعو إلى الاشتراك . وأنه لو كان للأبوين المحتاجين ابن لا يقدر إلا على نفقة أحدهما ، وللابن ابن موسر ، فعلى ابن الابن باقي نفقتهما ، فإن اتفقا على أن ينفقا عليهما بالشركة ، أو يخص كل واحد بواحد ، فذاك ، وإن اختلفا ، رجعنا إلى اختيار الأبوين إن استوت نفقتهما ، وإن اختلفت ، اختص أكثرهما نفقة بمن هو أكثر يساراً ، وهذان الجوابان في الصورتين مختلفان ، والقياس أن يسوى بينهما ، بل ينبغي في الصورة الثانية أن يقال : تختص الأم بالابن تفرعاً على الأصح ، وهو تقديم الأم على الأب ، وإذا اختصت به ، تعين لأب لا اتفاق ابن الابن .

فصل

لاتلزم العبد نفقة ولده ، بل إن كانت الأم حرة ، فالولد حر وعليها نفقته ، وإن كانت رقيقة ، فهو رقيق نفقته على مالكة ، وإن كان الولد حراً ، وأبواه رقيقان ، فنفقته في بيت المال ، إلا أن يكون في فروعه من تلزمه نفقته ، ولا يلزم المكاتب نفقة ولده من زوجته ، سواء كانت حرة أو أمة أو مكاتبة ، بل لا يجوز له أن ينفق عليه صيانة لحق السيد ، فإن كانت زوجته الأمة لسيدة أيضاً ، جاز أن ينفق على ولده منها . وإن لم يجب ، لأنه ملك السيد ، وكذا لو كانت زوجته مكاتبة السيد ، إن جعلنا الولد ملكاً للسيد ، وإن قلنا : إنه يتكاتب عليها ، لم يجز له أن ينفق عليه ، لجواز أن تعتق المكاتبة والولد ، ويعجز المكاتب ، فيكون قد فوت مال سيده ، هكذا أطلقوه ، ولا يصح إطلاق بتجوير الإنفاق على ملكه بغير إذنه ، ولو استولد المكاتب جارية نفسه ، أو كنا لا نجوز له ذلك ، فيتكاتب الولد عليه ، وينفق المكاتب عليه من أكسابه ، لأنه إن عتق ، فقد أنفق ماله على ولده ، وإن رق ، رق الولد أيضاً ، فيكون قد أنفق مال السيد على عبده .

فرع

هل تجب نفقة المكاتب على ولده الحر؟ عن « الحاوي » أنه
يحتمل وجهين ، أحدهما : لا ، لبقاء أحكام الرق • والثاني : نعم ،
لانتقاع النفقة عن سيده •

قلت : الأول أصح ، لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، فينفق
من كسبه ، فإن تعذر ، عجز نفسه ، والنفقة على سيده • والله أعلم
من نصفه حر ، ونصفه رقيق ، قال في « البسيط » : الظاهر أنه
تلزمه نفقة القريب ، لأنها كالغرامات ، وهل تلزمه نفقة تامة أم نصفها ؟
وجهان ، حكاهما ابن كج •

قلت : الأصح نفقة كاملة ، لأنه كالحر كما في الكفارة •
والله أعلم

ولو كان من نصفه حر ونصفه رقيق محتاجاً ، هل يلزمه قربه
الحر نفقته بقدر ما فيه من الحرية ؟ وجهان حكاهما ابن كج •
قلت : الراجح الوجوب ، ويمكن بناؤهما على أنه هل يورث ؟
والأظهر أنه يورث كالأحرار • والله أعلم

الباب الخامس

في الحضانة

هي القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره ، وتربيته بما يصلحه، ووقايته عما يؤذيه، وهي نوع من ولاية وسلطنة، لكنها بالإناث أليق ، لأنهن أشفق ، وأهدى إلى التربية ، وأصبر على القيام بها ، وأشد ملازمة للأطفال . ومؤنة الحضانة على الأب ، لأنها من أسباب الكفاية ، كالنفقة ، وحكى السرخسي وجهاً أنه ليس للأم طلب الأجرة بعد الفطام ، والصحيح : الأول ، وأما أجرة الرضاع فقد سبق بيانها ، وفي الباب طرفان :

الأول : في صفات الحاضن والمجنون ، فإن كان أبو الطفل على النكاح ، فالطفل معهما يقومان بكفائته ، الأب بالإتفاق ، والأم بالحضانة والتربية ، وإن تفرقا بفسخ أو طلاق ، فالحضانة للأم إن رغبت فيها ، لكن لاستحقاقها شروط :

أحدها : كونها مسلمة ، إن كان الطفل مسلماً بإسلام أبيه ، فلا حضانة لكافرة على مسلم ، وقال الاصطخري : لها الحضانة ، وقيل : الأم الذمية أحق بالحضانة من الأب المسلم إلى أن يبلغ الولد سبع سنين ، ثم الأب بعد ذلك . قال الأصحاب : والصحيح الأول ، فعلى هذا حضاتته لأقاربه المسلمين على ما يقتضيه الترتيب ، فإن لم يوجد أحد منهم ، فحضاتته على المسلمين ، والمؤنة في ماله ، فإن لم يكن له مال ، فعلى أمه إن كانت موسرة ، وإلا فهو من محاييج المسلمين ، وولد

الذمين في الحضانة كولد المسلمين ، فالأم أحق بها ، ولو وصف صبي منهم الإسلام ، نزع من أهل الذمة ، سواء صححنا إسلامه أم لا ، ولا يمكنون من كفالاته ، والطفل الكافر والمجنون تثبت لقريبه المسلم حضاقته وكفالاته على الصحيح ، لأن فيه مصلحة له •

الشرط الثاني : كونها عاقلة ، فلا حضانة لمجنونة ، سواء كان جنونها مطبقاً ، أو منقطعاً ، إلا إذا كان لا يقع إلا نادراً ، ولا تطول مدته ، كيوم في سنين ، فلا يبطل الحق به ، كمرض يطرأ ويزول ، والمرض الذي لا يرجى زواله ، كالسل والفالج إن كان بحيث يؤلم أو يشغل الألم عن كفالاته وتدير أمره ، سقط حق الحضانة ، وإن كان تأثيره يعسر الحركة والتصرف ، سقطت الحضانة في حق من يباشرها بنفسه دون من يشير بالأمر ويباشرها غيره •

الشرط الثالث : كونها حرة ، فلا حضانة لرقيقة وإن أذن السيد ، ثم إن كان الولد حراً ، فحضاقته لمن له الحضانة بعد الأم من الأب وغيره ، وإن كان رقيقاً ، فحضاقته على السيد ، وهل له نزع من الأب وتسليمه إلى غيره ؟ وجهان بناء على القولين في جواز التفريق ، ولو كانت الأم حرة والولد رقيق ، بأن سبي طفل ثم أسلست أمه ، أو قبلت الذمة ، فحضاقته للسيد ، وفي الاتزاع منها الوجهان ، والمدبرة ، والمكاتب ، والمعق بعضها ، لا حضانة لهن ، لكن ولد المكاتب ، إذا قلنا : إنه لها تستعين به في الكتابة ، سلم إليها ، لا لأن لها حضانة ، بل لأن الحق لها . وولد أم الولد من زوج أو زنى له حكمها ، يعتق بموت السيد وحضاقته لسيدة مدة حياته ، وهل لها حق الحضانة في ولدها من السيد وجهان ، الصحيح : لاحضانة لها لنقصها ، وقال الشيخ أبو حامد : لها الحضانة إلى سبع سنين ، ثم السيد أولى بالولد بعد السبع ، ولو كان ولد نصفه حر ، ونصفه رقيق ، فنصف حضاقته لسيدة ، ونصفها لمن

يلي حضاتته من أقاربه الأحرار ، فإن اتفقا على المهايأة ، أو على استئجار حاضنة ، أو رضي أحدهما بالآخر ، فذاك ، وإن تمانعا ، استأجر الحاكم حاضنة ، وأوجب المؤنة على السيد وعلى من يقتضي الحال الإيجاب عليه .

الشرط الرابع : كونها أمينة ، فلا حضانة لفاسقة .

الشرط الخامس : كونها فارغة خلية ، فلو نكحت أجنبياً ، سقطت حضانتها لاشتغالها بحقوق الزوج ، فلو رضي الزوج ، لم يؤثر ، كما لا يؤثر رضي السيد بحضانة الأمة ، فقد يرجعان فيتضرر الولد ، فلو نكحت عم الطفل ، فوجهان ، أحدهما : لا تبطل حضانتها لأن العم صاحب حق الحضانة ، وشفقته تحمله على رعاية الطفل ، فيتعاونان على كفالته بخلاف الأجنبي ، وبهذا قطع القفال والغزالي والمتولي ، ويقال : إن صاحب التلخيص خرج من نص الشافعي رحمه الله ، أن الجدة إذا نكحت جد الطفل لا يبطل حقها من الحضانة ، وكذا لو كانت في نكاحه ، ثبت لها حق الحضانة بخلاف ما لو كانت في نكاح أجنبي ، والثاني : يبطل حق الأم ، وليس العم كالجد لأن الجد ولي تام الشفقة قائم مقام الأب ، وهذان الوجهان في نكاح الأم العم ، يطردان في كل من لها حضانتها ، نكحت قريباً للطفل له حق في الحضانة ، بأن نكحت أمه ابن عم الطفل ، أو عم أبيه ، أو نكحت خالته التي لها حضانة عم الطفل ، أو نكحت عمته خاله ، هكذا ذكره الشيخ أبو علي وغيره ، ثم إنما يبقى الحق إذا نكحت الجدة جد الطفل ، أو الأم عمه على الأصح إذا رضي الذي نكحته بحضانتها ، فإن أبى ، فله المنع ، وعليها الامتناع .

فرع

إذا اجتمعت هذه الشروط فإنما تثبت لها الحضانة إذا كان الأبوان مقيمين في بلد ، فإن سافر أحدهما ، فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى ،

وهل يشترط استحقاقها أن ترضع الولد إن كان رضيعاً ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، بل لها الحضانة وإن لم يكن لها لبن ، أو امتنعت من الإرضاع ، وعلى الأب أن يستأجر مرضعة ترضعه عند الإمام ، وهذا أصح عند البغوي ، والثاني وهو الصحيح وبه قطع الأكثرون : يشترط لعسر استئجار مرضعة تخلي بيتها ، وتنتقل إلى مسكن الأم ، وعلى هذا لا تمنع الأم من زيارته •

فرع

لو أسلمت الكافرة ، أو أفأقت المجنونة ، أو عتقت الأمة ، أو رشدت الفاسقة ، أو طلقت التي سقط حقها بالنكاح ، تثبت لها الحضانة لزوال المانع ، وسواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً ، هذا هو نص المذهب ، وخرج ابن سريج قولاً أنه لاحضانة للرجعية حتى تنقضي العدة ، وبه قال المزني لأن الرجعية زوجة ، فعلى المذهب : إن اعتدت في بيت الزوج فإنما تثبت لها الحضانة إذا رضي الزوج بأن يدخل الولد بيته ، فإن لم يرض ، لم يكن لها أن تدخله بيته ، وكذا في البائن ، وإذا رضي ، ثبت حقها بخلاف رضاه في صلب النكاح ، لأن المنع هناك لاستحقاقه الاستمتاع ، واستهلاك منافعها فيه ، وهنا للمسكن ، فإذا أذن صار معيراً •

فرع

إذا امتنعت الأم من الحضانة ، أو غابت ، فثلاثة أوجه ، الصحيح : أنها تنتقل إلى الجدة ، كما لو ماتت ، أو جنت ، والثاني : تنتقل إلى الأب ، والثالث : إلى السلطان لبقاء أهلية الأم كما لو غاب الولي في النكاح ، أو عضل ، يزوج السلطان لا الأبعد ، فعلى الصحيح متى امتنع الأقرب من الحضانة ، كانت لمن يليه ، لا للسلطان ، لأنها للحفظ والقريب الأبعد أشفق من السلطان •

فصل

أما المجنون ، فهو من لا يستقل بمراعاة نفسه ، ولا يهتدي إلى مصالحه لصغر أو جنون ، أو خبل وقلة تمييز ، ومتى بلغ الغلام رشيداً ، ولي أمر نفسه ولا يجبر على كونه عند الأبوين أو أحدهما ، ولكن الأولى أن لا يفارقهما ليخدمهما ويصلهما به ، وإن بلغ عاقلاً غير رشيد ، فقد أطلق جماعة أنه كالصبي ، لا يفارق الأبوين ، وتدام حضاتته ، وقال ابن كج : إن لم يحسن تدبير نفسه ، فالحكم كذلك ، وأما إن كان اختلال الرشيد لعدم الصلاح في الدين ، فالصحيح أنه يسكن حيث يشاء ، ولا يجبر أن يكون عند الأبوين ، أو أحدهما ، وقيل : تدام حضاتته إلى ارتفاع الحجر عنه ، وهذا التفصيل حسن . وأما الأنثى إذا بلغت ، فإن كانت مزوجة ، فهي عند زوجها ، وإلا ، فإن كانت بكرًا ، فعند أبيها أو أحدهما إن افترقا ، وتختار من شئت منهما ، وهل تجبر على ذلك ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، وليس لها الاستقلال ، والثاني : لا ، بل لها السكنى حيث شئت ، لكن يكره لها مفارقتها ، وبهذا قطع العراقيون ، وصحح ابن كج والإمام والغزالي الأول ، ثم صرح الغزالي باختصاص هذه الولاية بالأب والجد ، كولاية الإجماع في النكاح ، وذكر البغوي في ثبوتها أيضاً للأخ والعم وجهين .

قلت : أرجحهما ثبوتها . والله أعلم

وإن كانت ثيباً ، فالأولى أن تكون عند الأبوين ، أو أحدهما ، ولا تجبر على ذلك باتفاق الأصحاب ، لأنها صاحبة اختيار وممارسة ، وبعيدة عن الخديعة ، وهذا إذا لم تكن تهمة ، ولم تذكر برية ، فإن كان شيء من ذلك ، فللاب والجد ومن يلي تزويجها من العصابات منعها من الانفراد ، ثم المحرم منهم يضمها إلى نفسه إن رأى ذلك ، وغير

المحرم يسكنها موضعاً يليق بها ، ويلاحظها دفعاً للعار عن النسب ، كما يمنعونها نكاح غير الكفاء ، وأثبت البغوي للأم ضمها إليها عند الرتبة ، كما أثبتتها للعصبة ، ولو فرضت التهمة في حق البكر ، فهي أولى بالاحتياط ، فتمنع من الانفراد بلا خلاف ، ونقل في « العدة » عن الأصحاب أن الأمرد إذا خيف من انفراده فتنة ، وانقذت تهمة ، منع من مفارقة الأبوين •

قلت : الجدل كالأبوين في حق الأمرد ، وكذا ينبغي أن يكون الأخ والعلم ونحوهما لاشتراك الجميع في المعنى **وانتدعالم**

فرع

إذا ادعى الولي ربية ، وأنكرت ، فقد ذكر احتمالان ، أحدهما : لا يقبل قوله لأن الحكم على الحرية العاقلة بمجرد الدعوى بعيد ، وأصحهما : يقبل ويحتاط بلا بينة ، لأن إسكانها في موضع البراءة أهون من الفضيحة لو أقام بينة •

فصل

إنما يحكم بأن الأم أحق بالحضانة من الأب في حق من لا تمييز له أصلاً ، وهو الصغير في أول أمره ، والمجنون ، فأما إذا صار الصغير مميزاً ، فيخير بين الأبوين إذا افترقا ، ويكون عند من اختار منهما ، وسواء في التخيير الابن والبنت ، وسن التمييز غالباً سبع سنين ، أو ثمان تقريباً ، قال الأصحاب : وقد يتقدم التمييز عن السبع وقد يتأخر عن الثمان ، ومدار الحكم على نفس التمييز ، لا على سنه ، وإنما يخير بين الأبوين إذا اجتمع فيهما شروط الحضانة ، بأن يكونا مسلمين حرين عاقلين عدلين مقيمين في وطن واحد على ما سيأتي إن شاء الله تعالى ،

وأن تكون الأم خلية ، فإن اختل في أحدهما بعض الشروط ، فلا تخيير ، والحضانة للآخر ، فإن زال الخل ، انشئ التخيير ، ولو وجدت الشروط فيهما ، واختص أحدهما بزيادة في الدين أو المال أو محبة الولد ، فهل يختص به أم يجري التخيير ؟ وجهان ، أصحهما : الثاني ، ويجري التخيير بين الأم والجدة عند عدم الأب ، ويجري أيضاً بينها وبين من على حاشية النسب ، كالأخ والعم ، على الأصح ، وقيل : تختص به الأم ، وفي ابن العم مع الأم هذان الوجهان ، إن كان الولد ذكراً ، فإن كان أنثى ، فالأم أحق قطعاً ، ويجري الخلاف أيضاً بين الأب والأخت والخالة إذا قدمناها عليه قبل التمييز كما سنذكره إن شاء الله تعالى ، وإذا اختار أحد الأبوين ، ثم اختار الآخر ، حولناه إليه ، فإن عاد واختار الأول ، أعدناه إلى الأول ، فإن أكثر التنقل بحيث يظن أن سببه نقصانه وقلة تمييزه ، جعل عند الأم كما قبل التمييز ، وكذا لو بلغ على نقصانه وخبله .

فرع

إذا اختار الأب وسلم إليه ، فإن كان ذكراً ، لم يمنعه الأب من زيارة أمه ولا يحوجها إلى الخروج لزيارته ، وإن زارته ، لم يمنعه من الدخول عليه ، وله منع الأنثى من زيارة الأم ، فإن شاءت الأم ، خرجت إليها للزيارة ، لأنها أولى بالخروج لسنها وخبرتها ، ثم الزيارة تكون في الأيام على العادة ، لا في كل يوم ، وإذا دخلت ، لاتطيل المكث ، ولو مرض الولد ذكراً كان أو أنثى ، فالأم أولى بتريضه ، فإنها أشق وأهدى إليه ، فإن رضي بأن تمرض في بيته ، فذاك ، وإلا فينقل الولد إلى بيت الأم ، ويجب الاحتراز عن الخلوة إذا كانت تمرضه في بيت الأب ، وكذا إذا زارت الولد ، فإن لم يكن هناك ثالث ، خرج حتى تدخل ، وإذا مات ، لم تمنع من حضور غسله وتجهيزه إلى أن يدفن ، وإن مرضت الأم ، لم

يكن للأب منع الولد من عيادتها ، ذكراً كان أو أنثى ، ولا يمرضها ،
قال الروياني : إلا إذا أحسنت الأثى التمريض •

فرع

إذا اختار الأم ، فإن كان ابناً ، أوى إليها ليلاً ، وكان عند الأب
نهاراً يؤدبه ويعلمه أمور الدين والمعاش والحرفة ، وإن كانت بنتاً ،
كانت عند الأم ليلاً ونهاراً ، ويزورها الأب على العادة ، ولا يطلب
إحضارها عنده ، وهكذا الحكم إذا كان الولد عند الأم قبل سن التخيير •

فرع

إذا اختار الأم ، فليس للأب إهماله بمجرد ذلك ، بل يلزمه القيام
بتأديبه وتعليمه ، إما بنفسه وإما بغيره ويتحمل مؤنته ، وكذا المجنون
الذي لا تستقل الأم بضبطه يلزم الأب رعايته ، وإنما تقدم الأم فيما
يتأتى منها وما هو شأنها •

قلت : تأديبه وتعليمه واجب على وليه أباً كان أو جداً أو وصياً
أو قيمياً ، وتكون أجرة ذلك في مال الصبي ، فإن لم يكن له مال ، فعلى
من تلزمه نفقته ، وقيل : إن أجرة ما يلزمه تعلمه بعد البلوغ تكون في
مال الولي مع يسار الولد ، والأول أصح ، وقد سبق بعض هذا في أول
كتاب الصلاة • والله أعلم

فرع

لو خيرناه فاختارهما ، أقرع بينهما ، وإن لم يختر واحداً منهما ،
فوجهان ، أحدهما : يقرع وبه قطع البغوي ، وأصحهما : الأم أحق ،
لأنه لم يختر غيرها ، وكانت الحضانة لها فيستصحب ، وبه قطع في
« البسيط » •

قال الروياني : لو ترك أحد الأبوين في وقت التخيير كفالته للآخر ، كان الآخر أحق به ، ولا اعتراض للولد ، فإن عاد وطلب الكفالة ، عدنا إلى التخيير ، قال : ولو تدافع الأبوان كفالته ، وامتنعا منها ، فإن كان بعدهما من يستحق الحضانة ، كالجد والجدة ، خير بينهما ، وإلا فوجهان ، أحدهما : يخير الولد ، ويجبر من اختاره على كفالته ، فعلى هذا لو امتنعا من الحضانة قبل سن التمييز ، يقرع بينهما ، ويجبر من خرجت قرعته على حضاتته ، والثاني : يجبر عليها من تلزمه نفقته .

قلت : أصحهما الثاني . والله أعلم

فصل

ما سبق من أن الأم أولى من الأب قبل التمييز ، وأنه يخير بينهما بعد تمييزه ، هو فيما إذا كان الأبوان مقيمين في بلد واحد ، فأما إذا أراد أحدهما سفراً ، أو أرادا سفراً يختلف فيه بلدهما ، فينظر ، إن كان سفر حاجة ، كحج وغزو وتجارة ، لم يسافر بالولد ، لما في السفر من الخطر والمشقة ، بل يكون مع المقيم إلى أن يعود المسافر ، سواء طالت مدة السفر أم قصرت ، وعن الشيخ أبي محمد وجه أن للأب أن يسافر به إذا طال سفره ، وإن كان سفر نقلة ، نظر ، إن كان ينتقل إلى مسافة القصر ، فللأب أن ينتزعه من الأم ويستصحبه معه ، سواء كان المنتقل الأب أو الأم ، أو أحدهما إلى بلد والآخر إلى آخر ، احتياطاً للنسب ، فإن النسب يتحفظ بالآباء ، ولمصلحة التأديب والتعليم ، وسهولة القيام بنفقته ومؤنته ، وسواء نكحها في بلدها أو في الغربة ، فلو رافقته الأم في طريقه ، دام حقها ، وكذا في المقصد ، ولو عاد من سفر النقلة إلى بلدها ، عاد حقها ، ولو كان الطريق الذي يسلكه مخوفاً ، أو البلد الذي يقصده

غير مأمون لغارة ونحوها ، لم يكن له انتزاع الولد ، وإن كان الانتقال إلى دون مسافة القصر ، فوجهان ، أحدهما : لا يؤثر ، ويكونان كالمقيمين في محلّتين من بلد ، وأصحهما : أنه كمسافة القصر ، ولو اختلفا ، فقال : أريد الانتقال ، فقالت : بل التجارة ، فهو المصدق بيمينه ، وقال القفال : يصدق بلا يمين ، والأول أصح ، فإن نكل ، حلفت ، وأمست الولد ، وسائر العصابات من المحارم ، كالجد والأخ والعم ، بمنزلة الأب في انتزاع الولد ونقله إذا أرادوا الانتقال ، احتياطاً للنسب ، وكذا غير المحارم ، كابن العم ، إن كان الولد ذكراً ، وإن كان أنثى ، لم تسلم إليه ، قال المتولي : إلا إذا لم تبلغ حداً يشتهى مثلها ، وفي « الشامل » أنه لو كان له بنت ترافقه ، سلمت إلى بنته ، وأما المحرم الذي لا عصوبة له ، كالخال والعم للأم ، فليس له نقل الولد إذا انتقل ، لأنه لاحق له في النسب .

فرع

إنما يثبت حق النقل للأب وغيره ، إذا استجمع الصفات المعتبرة في الحضانة ، قال المتولي : ولو كان للولد جد مقيم ، وأراد الأب الانتقال ، كان له أن ينقل الولد ، ولم تمنع منه إقامة الجد ، وكذا حكم الجد عند عدم الأب ، ولا تمنعه إقامة الأخ أو العم ، لكن لو لم يكن أب ولا جد ، وأراد الأخ الانتقال ، وهناك ابن أخ أو عم يقيمان ، فليس للأخ انتزاعه من الأم لنقله ، بخلاف الأب والجد ، لكمال عنايتهما وتقارب عناية غيرهما من العصابات .

فرع

لو كان كل واحد من الأبوين يسافر لحاجة ، واختلف طريقهما ومقصدتهما ، فيشبه أن يدام حق الأم ، ويحتمل أن يكون مع الذي مقصده أقرب ، أو مدة سفره أقصر .

قلت : المختار أنه يدام مع الأم ، وهو مقتضى كلام الأصحاب .
والله اعلم

الطرف الثاني : في ترتيب المستحقين للحضانة ، فمتى اجتمع اثنان فصاعداً من مستحقي الحضانة ، نظر ، إن تراضوا بواحد ، فذاك ، وإن تدافعوا ، وجبت على من عليه النفقة ، وقيل : يقرع ، وتجب على من خرجت قرعته ، والصحيح الأول ، وإن طلبها كل واحدة ممن فيه شروطها ، فهم ثلاثة أضرب :

الضرب الأول : محض الإناث ، فأولاهن الأم ، ثم أمهاتها المدليات بالإناث ، تقدم أقربهن ، وتقدم البعدي منهن على القريبى من أمهات الأب ، ثم بعد أمهات الأم ، قولان ، الجديد : تقدم أم الأب ، ثم أمهاتها المدليات بالإناث ، ثم أم أبي الأب ، ثم أمهاتها المدليات بالإناث ، ثم أم أبي الجد ، ثم أمهاتها كذلك ، وتقدم الأقرب منهن فالأقرب ، ويتأخر عنهن الأخوات والخالات ، ودليل هذا القول ، أنهن جدات وارثات فقدمن على الأخوات والخالات ، كأمهات الأم ، ولأنهن أكثر شفقة ، وأقوى قرابة ، ولهذا يعتقن على الولد . والتقديم : أنه تقدم الأخوات والخالات على هؤلاء الجدات ، والقولان متفقان على تقديم جنس الأخوات على الخالات ، وعلى أن الخالات يقدمن على بنات الأخوات ، وبنات الإخوة ، والعمات ، لأنهن يشاركنهن في المحرمية والدرجة وعدم الإرث ، ويتميزون بالإدلاء بقرابة الأم ، وعن ابن سريج تقديم الخالة على الأخت للأب ، وهو شاذ ضعيف ، ثم الحضانة بعد الخالات لبنات الأخوات ، وبنات الأخوة يقدمن على العمات ، هكذا رتب الإمام الغزالي والبغوي ، وحكى الروياني هذا وجهاً ، وادعى أن الأصح تقديم العمات على بنات الإخوة وبنات الأخوات ، ثم حكى وجهين فيمن يقدم بعد العمات ، أحدهما :

بنات الأخوات والإخوة ، ثم بنات سائر العصابات بعد الإخوة ، ثم بنات الخالات ، ثم بنات العمات ، ثم خالات الأم ، ثم خالات الأب ، ثم عماته • والثاني : تقدم بعد العمات خالات الأم ، ثم خالات الأب ، ثم عماته ، ولا حضانة لعمات الأم لإدلائهن بذكر غير وارث ، ثم خالات الجد ، ثم عماته ، وهكذا ، فإن فقدن جميعاً ، فالحضانة لبنات الأخوات والإخوة ، وفي أي رتبة وقعن ، تقدم بنات الأخوات على بنات الإخوة ، كما تقدم الأخت على الأخ •

فرع

الأخت من الأبوين ، تقدم على الأخت من الأب ، وعلى الأخت من الأم ، وأما الأخت من الأب ، والأخت من الأم ، فأيهما تقدم على صاحبتهما ؟ وجهان ، الصحيح المنصوص في الجديد والقديم : تقديم الأخت من الأب ، وقال المزني وابن سريج : تقدم الأخت من الأم ، وأما الخالة من الأب مع الخالة من الأم والعمة ، فإن قدمنا الأخت للأم على الأخت للأب ، فكذا هنا ، وإن قدمنا الأخت للأب ، فوجهان ، أحدهما : تقدم الخالة للأم والعمة للأم ، وأصحهما : تقديم التي هي لأب ، وفي الخالة لأب وجه ، أنها لا تستحق حضانة أصلاً ، لأنها تدلي بأبي أم •

فرع

المنصوص أنه لاحضانة لكل جدة تسقط في الميراث ، وهي من تدلي بذكر بين اثنين ، وقيل : لهن الحضانة ، لكن يتأخرن عن جميع المذكورات أولاً ، وقيل : يتقدمن على الأخوات والخالات ، لأنهن أصول ، ويتأخرن عن الجدات الوارثات ، وفي معنى الجدة الساقطة ، كل محرم يدلي بذكر لا يرث ، كبنت ابن البنت وبنت العم للأم •

الأشئ التي ليست بمحرم ، كبنی الخالة والعمة ، وبنتي الخال والعم ، لهن الحضانة على الأصح ، فإن كان الولد ذكراً ، استمرت حضاتهن حتى يبلغ حداً يشتهى مثله ، وتقدم بنات الخالات على بنات الأخوات ، وبنات العمات على بنات الأعمام ، وتقدم بنات الخؤولة على بنات العمومة •

فرع

لبنت المجنون حضاتته إذا لم يكن له أبوان ، ذكره ابن كنج ، قال الروياني : ولو كان للمحزون زوجة كبيرة ، وكان له بها استمتاع ، أو لها به استمتاع ، فهي أولى بكفالتة من جميع الأقارب ، وإن لم يكن استمتاع ، فالأقارب أولى ، وكذا لو كان للمحزونة زوج كبير ، وهناك استمتاع ، فهو أولى ، وإلا فالأقارب ، فإن كان لها قرابة أيضاً ، فهل يرجح بالزوجية ؟ وجهان •

الضرب الثاني : محض الذكور ، وهم أربعة أصناف ، الأول : محرم وارث ، كالأب والجد والأخ وابن الأخ والعم ، فلهم الحضانة ، وحكى البغوي وغيره وجهاً ، أنه لاحضانة لغير الأب والجد من الرجال ، وقيل : لاحضانة للأخ من الأم خاصة لعدم العصوبة والولاية ، والصحيح الأول ، فيقدم الأب ، ثم الجد وإن علا ، يقدم منهم الأقرب فالأقرب ، ثم الأخ للأبوين ، ثم الأخ للأب ، ثم الأخ للأم ، ثم بنو الإخوة على هذا الترتيب ، ثم العم للأبوين ، ثم العم للأب ، ثم عم الأب ، ثم عم الجد ، هذا هو المذهب ، وفي وجه ، يقدم الأخ للأم على الأخ للأب ، وفي وجه ، يتقدم العم على الأخ للأم لعصوبته ، وفي وجه ، يتقدم الأعمام على بني الإخوة من الأم •

الصنف الثاني : وارث غير محرم ، كابن العم وابنه ، وابن عم الأب والجد ، فلهم الحضانة على الصحيح ، وفيهم الوجه الذي حكاه البغوي ، ثم إن كان الولد ذكراً أو أنثى لا تشتبه ، سلمت إليه ، وإن بلغت حداً تشتبه ، لم تسلم إليه ، لكن له أن يطلب تسليمها إلى امرأة ثقة ، وتعطى أجرتها ، فإن كانت له بنت ، سلمت إليه ، وفي ثبوت الحضانة للمعتق ، وجهان ، أحدهما : نعم ، كالإرث ، وولاية النكاح ، وتحمل الدية ، وأصحهما : لا ، لعدم القرابة التي هي مظنة الشفقة ، فعلى هذا لو كانت له قرابة وهناك من هو أقرب منه ، فهل يرجح لانضمام عصوبة القرابة إلى عصوبة الولاء ؟ وجهان ، حكاهما الروياني ، مثاله : عم وعم أب معتق •

قلت : الأصح لا يرجح • والله أعلم

الصنف الثالث : محرم غير وارث ، كأبي الأم ، والخال ، والعم للأُم ، وابن الأخت ، وابن الأخ للأُم ، فلا حضانة لهم على الأصح ، لضعف قرابتهم ، فإن قلنا : لهم حضانة ، تأخروا عن المحارم الوارثين ، وعن الوارثين الذين لا محرمية لهم •

الصنف الرابع : من ليس بمحرم ولا وارث من الأقارب ، كابن الخال والخالة والعمة ، فلا حضانة لهم على المذهب ، وقيل : وجهان ، وإذا أثبتنا الحضانة لجميع المذكورين من الأصناف الأربعة ، تفرعاً على المذهب في بعضهم ، وعلى الضعيف في بعضهم ، وتركنا التقسيم ، قلنا : يقدم الأب ، ثم أب الأب وإن علا ، ثم الإخوة ، ثم بنوهم ، ثم الأعمام ، ثم بنوهم ، ثم أعمام الأب ، ثم بنوهم ، ثم أعمام الجد ، ثم بنوهم ، ثم الجد أبو الأم ، وكل جد يدلي بذكر بين اثنين ، يقدم الأقرب منهم فالأقرب ، ثم الخال ، ثم العم للأُم ، ثم ابن الخال ، ثم ابن العم للأُم ،

ثم المعتق ، ثم عصباته ، ومنهم من يقتضي كلامه تأخر بني العم عن أعمام الأب والجد ، لأن لهم محرمية مع الإرث .

الضرب الثالث : في اجتماع الذكور والإناث ، فتقدم الأم على جميعهم ، حتى على الأب ، ثم أم الأم وإن علت ، تقدم على الأب وغيره ، فلو نكحت الأم ورضي أبو الولد وزوجها بكونه عندها ، سقط حق الجدة على الأصح ، وإذا اجتمع الأب والجدة من جهة ، قدم عليهن على الصحيح المنصوص ، لأنهن يدلن به ، وقيل : يتقدمنه ، لولادتهن وصلاحيتهن ، وطرد هذا الخلاف في الأخت للأب مع الأب وإن كانت فرعاً له ، لصلاحيتهما ، وأما الأخت من الأبوين ، أو من الأم والخالة ، فإن قلنا بالتقديم وقدمناهن على أمهات الأب ، قدمناهن على الأب ، وإن قدمنا أمهات الأب على الأخت والخالة ، يقدم الأب هنا على الأصح المنصوص ، وقيل : يتقدمان عليه لأنوثتهما وإدلائهما بالأم ، فعلى هذا لو كانت مع الأب أو الأخت للأب ، والخالة أم الأب ، فوجهان ، قال الاصطخري : الحضانة للأب ، لأن الأخت تسقط بأم الأب ، وهي تسقط بالأب ، وقال الأكثرون : الحضانة للأخت ، لأنها مقدمة على الأب على الوجه الذي تفرع عليه ، وتسقط أم الأب بالأب . ولو اجتمع الأب والأخت للأب والأخت للأم ، وقلنا بالصحيح : إن الأخت للأم مقدمة على الأخت للأب ، فهل الحضانة للأب ، أم للأخت للأم ؟ فيه هذان الوجهان ، فإذا قلنا بالصحيح في تقديم الأب على أمهاته ، وبالأصح في تقديمه على الأخت للأم والخالة ، فالمقدم بعد أمهات الأم الأب ، ثم أمهاته المدليات بالإناث ، ثم الجد أبو الأب ، وفيه مع أمهاته مافي الأب ، ثم أبو الجد وأمهاته كذلك ، ويتقدمون جميعاً على الأقارب الواقفين على حواشي النسب ، وأما الجدات الساقطات ، فقد سبق الكلام في استحقاقهن ، وفي زينتهن ، وإذا لم يوجد مستحق للحضانة من الأجداد

والجدات ، فثلاثة أوجه ، أحدها : نساء القرابة وإن بعدن أولى من الذكور ، وإن كانوا عصابات ، لصلاحيتهن ، فعلى هذا تقدم الأخوات والعمات والخالات وبناتهن على الإخوة والأعمام وبنيتهم ، والثاني : العصابات أولى ، لقوة نسبهم وقيامهم بالتأديب ، والثالث - وهو الأصح : لا يرجح واحد من الفريقين على الآخر ، بل يقدم منهم الأقرب ، فالأقرب ، فإن استوى اثنان ، قدم بالأنوثة ، فعلى هذا تقدم بعد الآباء والأمهات ، الإخوة والأخوات ، وتقدم الأخوات على الإخوة ، ثم بعد الإخوة بنات الأخوات ، ثم بنو الإخوة ، وتقدم بنت الأخ على ابن الأخت اعتباراً من يحضن لابن يدلي به ، فإن فقدوا كلهم ، فالحضانة للخطولة ، ثم العمومة ، وتقدم الخالات على الأخوال ، والعمات على الأعمام ، فإن فقدوا ، فالحضانة لأولادهم على ما ذكرنا في أصولهم ثم لخطولة الأبوين ثم لعمومتهم ، على هذا الترتيب ، وإذا استوى اثنان ، كأخوين أو خاليتين ، وتنازعا ، أقرعنا ، وإذا لم يوجد أحد من نساء القرابة ولا من العصابات ، وهناك رجال من ذوي الأرحام ، فحكمهم ما ذكرنا في الصنف الرابع •

فرع

الأخت مع الجد كهي مع الأب •

فرع

لو كان في أهل الحضانة خنثى ، هل يتقدم على الذكر في موضع لو كان أنثى لتقدم لاحتمال الأنوثة ، أم لا لعدم الحكم بها ؟ وجهان •

قلت الأصح : الثاني • والله أعلم

وإذا أخبر عن ذكوره أو أنوثته ، عمل بقوله في سقوط الحضانة ،
وهل يعمل بها في استحقاقها ، أم لا يعمل للتهمة ؟ وجهان ، حكاهما
الرويانى •

قلت : أصحهما : يعمل وهو الجارى على قواعد المذهب في نظائره •
والله أعلم

* * *

الباب السادس

في نفقة المملوك

تجب على السيد نفقة رقيقه ، قوتاً وأدماً ، وكسوته ، وسائر مؤناته ، قناً كان أو مدبراً ، أو أم ولد ، سواء الصغير والكبير ، والزمن والأعمى والسليم ، والمرهون والمستأجر وغيرهم ، فإن كان كسوباً ، فكسبه لسيدته ، فإن شاء أخذه وأنفق عليه من سائر أمواله ، وإن شاء ، أنفق عليه من كسبه ، فإن لم يف بها ، فالباقي على السيد ، وإن زاد ، فالزيادة للسيد ، ولو اشترك جماعة في رقيق ، فالنفقة عليهم بحسب أنصبتهم ، ولا تجب نفقة المكاتب على سيده •

قلت : وهل يلزم السيد شراء الماء لطهارة رقيقه ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، كفطرته ، والثاني : لا ، لأن له بدلاً وهو التيمم ، كما لا يلزمه دم بتمتعته بل يصوم • والله أعلم

فصل

لا تتقدر نفقة الرقيق ، بل تعتبر الكفاية ، وفيما تعتبره الكفاية ؟ أوجه ، أحدها : تعتبر كفايته في نفسه ، وتراعى رغبته وزهاده ، وإن زاد ذلك على كفاية مثله غالباً ، والثاني : يعتبر ما يكفي مثله في الغالب ، ولا يعتبر نفسه ، وعن صاحب « الحاوي » إن كان يؤثر فقد الزيادة في قوته وبدنه ، لزم السيد ، وإلا فلا ، وينبغي أن تجيء هذه الأوجه في نفقة القريب •

فصل

وأما جنس نفقة الرقيق ، فغالب القوت الذي يطعم منه الممالك في البلد ، من الحنطة والشعير وغيرهما ، وكذا الأدم الغالب ، والكسوة من القطن والكتان والصوف وغيرها ، وتراعى حال السيد في اليسار والإعسار ، فيجب ما يليق بحاله من رفيع الجنس الغالب وخسيسه ، ولا يجوز الاقتصار في الكسوة على ستر العورة ، وإن كان لا يتأذى بحر ولا برد ، ولو تنعم السيد في الطعام والأدم والكسوة ، استحب أن يدفع إليه مثله ، ولا يلزمه ، بل له الاقتصار على الغالب ، ولو كان السيد يأكل ويلبس دون المعتاد غالباً ، إما بخلاف وإما رياضة ، لزمه رعاية الغالب للرقيق على الصحيح ، وقيل : له الاقتصار على ما اقتصر عليه لنفسه .

فصل

إذا كان له عبيد ، يستحب أن يسوي بينهم في الطعام والكسوة ، ويفضل النفيس على الخسيس ، والصحيح : الأول ، وفي الجواري وجهان ، أحدهما : يسوي بينهما كالعبيد ، وأصحهما : يفضل ذوات الجمال والفراة للعادة ، وهذا هو المنصوص ، وسواء فيه السرية وغيرها ، والمراد بالتسوية أنه يكره التفضيل ، وبالتفضيل أنه مستحب لا واجب .

فصل

إذا ولي رقيقه معالجة طعامه ، فجاءه به ، فينبغي أن يجلسه معه ليتناول منه ، فإن لم يفعل السيد ، أو امتنع الرقيق توقيراً للسيد ، فينبغي أن يروغ له السيد لقمة أو لقتين ، ثم يناوله ، والتروغ : أن

يرويهما دسماً ، وأشار الشافعي رضي الله عنه في ذلك إلى ثلاثة أقوال ، أحدها : أنه يجب الترويع والمناولة ، فإن أجلسه معه ، فهو أفضل ، والثاني : يجب أحدهما لابعينه ، وأظهرهما : لا يجب واحد منهما ، والأمر بهما على الاستحباب ندباً إلى التواضع ومكارم الأخلاق ، ومنهم من قطع بنفي الوجوب ، وذكر قولين في أن الإجلال أفضل ، أم هما متساويان ، والمذهب الأول ، وأصل هذا الاستحباب في مناولة الطعام اللذيذ ، يشمل من عالجته وغيره ، لكنه فيمن عالجته أكد ، ورعايته في حق الحاضرين أهم ، والخلاف في الوجوب مختص بمن عالجته ، وليكن ما يناوله لقمة كبيرة تسد مسداً ، لاصغيرة تهيج الشهوة ، ولا تقضي النعمة .

فصل

نفقة الرقيق لاتصير ديناً ، بل تسقط بمضي الزمان ، ولو دفع إليه طعاماً ، ثم أراد إبداله ، قال الروياني : ليس له ذلك عند الأكل ، ويجوز قبله ، وعن الماوردي : أنه إن تضمن الإبدال تأخر الأكل ، لم يجز .

فصل

إذا ولدت أمته ، أو أم ولده منه ، فله أن يجبرها على إرضاعه ، لأن لبنها ومنافعها له ، ولو أراد تسليم الولد إلى غيرها ، وأرادت هي إرضاعه ، فوجهان ، أحدهما : له ذلك لأنها ملكه ، وقد يريد الاستمتاع بها واستخدامها ، وأصحهما : ليس له ، وبه قطع في « الوجيز » لأن فيه تفريقاً بين الوالدة وولدها ، لكن له أن يضمه في أوقات الاستمتاع إلى غيرها ، وليس له أن يكلفها إرضاع غير ولدها معه بأجرة ولا بغيرها ،

إلا أن يفضل لبنها عن ربي ولدها ، لقلّة شربه، أو لكثرة اللبن، أو لاجتزائه بغير اللبن في أكثر الأوقات ، ولو مات ولدها ، أو استغنى عن اللبن ، فله ذلك ، وله إجبارها على فطامه قبل الحولين إذا اجتزأ الولد بغير اللبن ، وعلى الإرضاع بعد الحولين ، وإن كان يجتزيء بغير اللبن ، إلا إذا تضررت به ، وليس لها الاستقلال بالفطام ولا الإرضاع .

فرع

الحرّة صاحبة حق في تربية الولد ، فليس لواحد من الأبوين الاستقلال بالفطام قبل تمام الحولين ، وعلى الأب الأجرة إذا امتنعت الأم من الفطام ، إما لها وإما لغيرها ، وذكر فيه احتمال إذا لم يتضرر به الولد ، وإن اتفقا عليه ، جاز ، إذا لم يتضرر الولد ، وأما بعد الحولين فيجوز لكل واحد منهما الفطام إذا اجتزأ بالطعام ، ويجوز أن يزداد في الإرضاع على الحولين إذا اتفقا .

فرع

لو لم يكن ولد الأمة من السيد ، بل مملوك له من زوج أو زنى ، فحضانته على السيد ، وحكم الإرضاع على ما ذكرنا ، وإن كان الولد حراً ، فله طلب الأجرة على الإرضاع ، ولا يلزمه التبرع به كما لا يلزم الحرّة التبرع ، ولو رضي بأن ترضعه مجافاً ، لم يكن لها الامتناع .

فصل

تجوز المخارجة وهي ضرب خراج معلوم على الرقيق يؤديه كل يوم أو أسبوع مما يكتسبه ، وليس للسيد إجبار العبد عليها ، ولا للعبد إجبار السيد ، كالكتابة ، وحكي قول مخرج أن للسيد إجباره كما

ينقل منافعه قهراً إلى غيره ، وليس بشيء ، وإذا تراضينا على خراج ،
فليكن له كسب دائم يفي بذلك الخراج ، فاضلاً عن نفقته وكسوته، إن
جعلهما في كسبه ، وإذا وفى وزاد كسبه ، فالزيادة بر من السيد لعبده ،
وتوسيع للنفقة عليه ، وإذا ضرب عليه خراجاً أكثر مما يليق ، وألزمه
تأديته ، منعه السلطان ، ويجبر النقص في بعض الأيام بالزيادة في بعضها،
والمخارجة غير لازمة •

فصل

لايجوز للسيد أن يكلف رقيقه من العمل إلا ما يطيق الدوام عليه،
فلا يجوز أن يكلفه عملاً يقدر عليه يوماً ويومين ، ثم يعجز عنه ، وإذا
استعمله نهاراً ، أراحه ليلاً ، وكذا بالعكس ، ويرى في الصيف في
وقت القيلولة ، ويستعمله في الشتاء ، النهار مع طرفي الليل ، ويتبع في
جميع ذلك العادة الغالبة ، وعلى العبد بذل المجهود ، وترك الكسل •

فصل

إذا امتنع من النفقة على مملوكه ، باع الحاكم ماله في نفقته ، وهل
يبع شيئاً فشيئاً ، أم يستدين عليه ، فإذا اجتمع عليه شيء صالح ، باع؟
فيه وجهان •

قلت : الثاني أصح • والله اعلم

فإن لم يجد له مالاً ، أمره بأن يبيعه ، أو يؤجره ، أو يعتقه ، فإن
لم يفعل ، باعه الحاكم أو أجره ، فإن لم يشتريه أحد ، أنفق عليه من بيت
المال ، فإن لم يكن فيه مال ، فهو من محاييج المسلمين ، فعليهم القيام
بكفائته •

فصل

من ملك دابة ، لزمه علفها ، وسقيها ، ويقوم مقام العلف والسقي
تخليتها لترعى ، وترد الماء إن كانت مما يرعى ويكتفي به لخصب الأرض
ونحوه ، ولم يكن مانع ثلج وغيره ، فإن أجذبت الأرض ولم يكفها الرعي ،
لزمه أن يضيف إليه من العلف ما يكفيها ، ويطردها في كل حيوان
محترم ، وإذا امتنع المالك من ذلك ، أجبره السلطان في المأكولة على
بيعها أو صيانتها عن الهلاك بالعلف أو التخلية للرعي أو ذبحها ، وفي غير
المأكولة على البيع أو الصيانة ، فإن لم يفعل ، ناب الحاكم عنه في ذلك
على ما يراه ويقضيه الحال ، وعن ابن القطان أنه لا يخليها لخوف الذئب
وغيره ، فإن لم يكن له مال ، باع الحاكم الدابة ، أو جزءاً منها ، أو
أكراها ، فإن لم يرغب فيها لعمى أو زمانة ، أنفق عليها بيت المال كالرقيق .

فرع

يجوز غضب العلف للدابة إذا لم يجد غيره ، ولم يبعه صاحبه ،
وكذا غضب الخيط لجراحاتها ، وفيهما وجه ضعيف .

فرع

يحرم تكليف الدابة مالا تطيقه ، من تثقيل الحمل ، وإدامة السير
وغيرهما .

قلت : يحرم تحميلها ما لا تطيق الدوام عليه ، وإن كانت تطيقه
يوماً ونحوه ، كما سبق في الرقيق . والله أعلم

فرع

لا يجوز نزع لبن الدابة بحيث يضر ولدها ، وإنما يحلب ما فضل

عن ري ولدها ، قال الروياني : ويعني بالري : ما يقيمه حتى لا يموت ، وقد يتوقف في الاكتفاء بهذا ، قال المتولي : ولا يجوز الحلب إذا كان يضر البهيمة لقلّة العلف ، قال : ويكره ترك الحلب إذا لم يكن فيه إضرار بها ، لأنه تضييع للمال ، قال : والمستحب أن لا يستقصي في الحلب ، ويدع في الضرع شيئاً ، وأن يقص الحالب أظفاره لئلا يؤذيها •

فرع

يبقى للنحل شيئاً من العسل في الكوارة ، فإن كان أخذه العسل في الشتاء ، وزمن تعذر خروج النحل ، كان المتبقي أكثر ، وإن أقام شيئاً مقام العسل لفدائها ، لم يتعين إبقاء العسل •

فرع

دود القز يعيش بورق التوت ، فعلى ما لكه تخليته لأكله ، فإن عز الورق ، ولم يعتن المالك به ، بيع ماله في تحصيل الورق لئلا يهلك من غير فائدة ، فإذا جاء الوقت ، جاز تجفيفه بالشمس ، وإن كان يهلك لتحصل فائدته •

فرع

مالاروح فيه كالعقار والقنسى والزرع والثمار ، لا يجب القيام بعمارتها ، ولا يكره ترك زراعة الأرض ، لكن يكره ترك سقي الزرع والأشجار عند الإمكان لما فيه من إضاعة المال ، قال المتولي : ويكره أيضاً ترك عمارة الدار إلى أن تخرب ، ولا يكره عمارات الدور وسائر العقار للحاجة ، والأولى ترك الزيادة ، وربما قيل : تكره الزيادة وبالله التوفيق •

كتاب الجنايات

وهي القتل والقطع والجرح الذي لا يزهق ولا يبين ، وقتل النفس بغير حق من أكبر الكبائر •

قلت : قال البغوي : هو أكبر الكبائر بعد الكفر ، وكذا نص عليه الشافعي في كتاب الشهادات من « المختصر » وتقبل التوبة منه • ولو قتل مسلم ، ثم مات قبل التوبة ، لا يتحتم دخوله النار ، بل هو في خطر المشيئة كسائر أصحاب الكبائر ، فإن دخلها ، لم يخلد فيها خلافاً للمعتزلة والخوارج • والله أعلم

ويتعلق بالقتل الذي هو ليس مباحاً سوى عذاب الآخرة مؤاخذات في الدنيا : القصاص والدية والكفارة ، لكن لا يجتمع القصاص والدية ، لا وجوباً ولا استيفاء ، وأما الكفارة فأعم منهما ، فتجب مع كل واحد منهما ، وقد تنفرد عنهما •

قلت : ويتعلق به أيضاً التعزير في صور منها : إذا قتل من نساء أهل الحرب أو صبيانهم • والله أعلم

ثم القصاص لا يختص بالنفس ، بل يجري في غير النفس من الأطراف وغيرها ، والكلام فيه قسمان ، أحدهما : في موجب القصاص ، والثاني : في حكمه ، استيفاء وعفو ، والأول نوعان ، قصاص نفس وقصاص طرف وجراحات ، فنذكر موجب القصاص وواجبه في النفس ثم في الطرف ، أما موجب القصاص في النفس فله ثلاثة أركان : القتل والقتيل والقاتل • الركن الأول : القتل وهو كل فعل عمد محض مزهق

للروح عدوان من حيث كونه مزهقاً ، فهذا هو القتل الذي يتعلق به القصاص ، وقولنا : كل فعل ، يشمل الجرح وغيره ، وقولنا : عدوان ، احتراز من القتل الجائز ، وقولنا : من حيث كونه مزهقاً ، احتراز عما إذا استحق حز رقبته قصاصاً فقدده نصفين ، فإنه لا يتعلق به قصاص ، وإن كان عدواناً ، لأنه ليس بعدوان من حيث كونه مزهقاً ، وإنما هو عدوان من حيث إنه عدل عن الطريق المستحق فيحتاج إلى بيان العمدية والمزهق ، وتعلق القصاص بالمباشرة والسبب ، وحكم اجتماع السبب والمباشرة ، وبيان حكم اجتماع المباشرتين ، وبيان اجتماع السببين ، فأما اجتماع السببين ، فمؤخر إلى كتاب الديات ، وأما الأربعة الباقية ، فتعقد فيها أطرافاً :

الطرف الأول : في بيان العمدية ، وتمييز العمد من الخطأ وشبه العمد ، فإذا صدر منه فعل قتل غيره ، نظر ، إن لم يقصد أصل الفعل بأن زلق ، فسقط على غيره ، فمات به ، أو تولد الهلاك من اضطراب يد المرتعش ، أو لم يقصد الشخص وإن قصد الفعل ، بأن رمى صيدا ، فأصاب رجلاً ، أو قصد رجلاً ، فأصاب غيره ، فهذا خطأ محض لا يتعلق به قصاص ، وإن قصد الفعل والشخص معاً ، فهذا قد يكون عمداً محضاً ، وقد يكون شبه عمد ، وفي التمييز بينهما عبارات للأصحاب يجمعها أربعة أوجه ، أحدها : أنه إذا وجد القصدان وعلمنا حصول الموت بفعله ، فهو عمد محض ، سواء قصد الإهلاك ، أم لا ، وسواء كان الفعل مهلكاً غالباً ، أم نادراً ، كقطع الأنملة ، وإن شككنا في حصول الموت به ، فهو شبه عمد ، والثاني : إن ضربه بجراح ، فالحكم على ما ذكرنا ، وإن ضربه بمثقل ، اعتبر مع ذلك في كونه عمداً أن يكون مهلكاً غالباً ، فإن لم يكن مهلكاً غالباً ، فهو شبه عمد ، واعترض الغزالي على الأول ، بأنه لو

ضرب كوعه بعضاً ، فتورم الموضع ، ودام الألم حتى مات ، فقد علمنا حصول الموت به ولا قصاص فيه ، بل تجب الدية ، وعلى الثاني بأن العمدية أمر حسي لا يختلف بالجراح والمثقل ، وكما يؤثر الجراح في الظاهر بالشق يؤثر المثقل في الباطن بالترضيض ، وفي كلام الإمام نحو هذا ، والوجه الثالث واختاره الغزالي: أن لإفضاء الفعل إلى الهلاك ثلاث مراتب : غالب وكثير ونادر ، والكثير : هو المتوسط بين الغالب والنادر ، ومثاله ، الصحة والمرض والجذام ، فالصحة هي الغالبة في الناس ، والمرض كثير ليس بغالب ، والجذام نادر ، فإن ضربه بما يقتل غالباً ، جارحاً كان أو مثقلاً ، فعمد ، وإن كان يقتل كثيراً فهو عمد إن كان جارحاً كالسكين الصغير ، وإن كان مثقلاً ، كالسوط والعصا ، فشبه عمد ، وإن كان يقتل نادراً ، فلا قصاص ، مثقلاً كان أو جارحاً ، كغرز إبرة لا يعقبه ألم ولا ورم ، والفرق بين الجراح والمثقل على هذا الوجه أن الجراحة لها أثر في الباطن قد يخفى ، ولأن الجرح وهو طريق الإهلاك غالباً بخلاف المثقل ، والوجه الرابع وهو الذي اقتصر عليه الجمهور ، أنه إن ضربه بما يقتل غالباً ، فعمد محض ، وإن لم يقتل غالباً ، فشبه عمد ، فهذه عبارات الأصحاب في التمييز ، والقصاص مختص بالعمد المحض دون الخطأ وشبه العمد .

فرع

جرحه بمحدد من حديد أو خشب أو حجر أو قصب أو زجاج أو نحاس أو غيرها ، فمات في الحال أو بعد مدة بسراية تلك الجراحة وجب القصاص . والظعن بالسنان ، وغرز المسلة كالضرب بالسيف ، وهذا في الجراحات التي لها تأثير ، فأما إبانة فلقة من اللحم خفيفة فهو كغرز الإبرة كذا ذكره الإمام ، وإذا غرز إبرة فمات ، نظر ، إن عرزها

في مقتل ، كالدماغ والعين وأصل الأذن والحلق وثغرة النحر والأخدع ، وهو عرق العنق ، والخاصرة والإحليل والأنثيين والمثانة والعجان ، وهو ما بين الخصية والدبر ، وجب القصاص ، وإن غرزها في غير مقتل ، نظر ، إن ظهر أثر الغرز بأن تورم الموضع ، للإمعان في الغرز ، والتوغل في اللحم ، وبقي متألماً إلى أن مات ، وجب القصاص على المذهب ، وحكى ابن كج وابن الصباغ فيه وجهين وإن لم يظهر أثر ، ومات في الحال ، فثلاثة أوجه ، أصحها : لا يجب القصاص ، ولكنه شبه عمد ، فيجب الدية ، والثاني : يجب القصاص ، والثالث : لا يجب قصاص ولا دية ، وفي « الرقم » للعبادي أن الغرز في بدن الصغير والشيخ الهم ونضو الخلق ، يوجب القصاص بكل حال ، ولو غرز إبرة في جلدة العقب ونحوها ، ولم يتألم به ، فمات ، فلا قصاص ولا دية ، لعلنا بأنه لم يمت به ، والموت عقبه موافقة قدر ، فهو كما لو ضربه بقلم ، أو ألقى عليه خرقة ، فمات في الحال •

فرع

لو ضربه بمثل كبير يقتل غالباً كحجر ، أو دبوس كبيرين ، أو أحرقه ، أو صلبه ، أو هدم عليه حائطاً ، أو سقفاً ، أو أوطأه دابة ، أو دفنه حياً ، أو عصر خصيته عصراً شديداً ، فمات ، وجب القصاص ، وإن ضربه بسوط ، أو عصاً خفيفة ، أو رماه بحجر صغير ، نظر ، وإن والى به الضرب حتى مات ، أو اشتد الألم ، وبقي متألماً حتى مات ، وجب القصاص ، وإن لم يوال واقتصر على سوط أو سوطين ، فإن كان في مقتل ، أو في شدة الحر أو البرد المعينين على الهلاك ، أو كان المضروب صغيراً أو ضعيفاً بأصل الخلقة أو بعارض ، وجب القصاص ، لأنه مهلك غالباً ، وإن لم يكن شيء من ذلك ، فهو شبه عمد ، وإن خنقه ، أو وضع على فمه يده ، أو مخدة ونحوها حتى مات بانقطاع

النفس ، وجب القصاص ، وإن خلاه وهو حي ، وجب القصاص أيضاً إن انتهى إلى حركة المذبوح ، أو ضعف وبقي متألماً حتى مات ، وإن زال الضعف والألم ، ثم مات ، فقد انقطع أثر ذلك الفعل ، فإن كانت مدة الإمساك على النعم قصيرة لا يموت مثله في مثلها غالباً ، فهو شبه عمد .

فرع

لو ضربه اليوم ضربة ، وغداً ضربة ، وهكذا فرق الضربات حتى مات ، فوجهان حكاهما ابن كج ، لأن الغالب السلامة عند تفريق الضربات ، وقال المسعودي : لو ضربه ضربة وقصد أن لا يزيد ، فشتمه ، فضربه ثانية ، ثم شتمه ، فضربه ثالثة حتى قتله ، فلا قصاص لعدم الموالاة ، وينبغي أن لا ينظر إلى صورة الموالاة ولا تقدر مدة التفريق ، بل يعتبر أثر الضربة السابقة والآلام الحاصلة بها ، فإن بقيت ثم ضربه أخرى ، فهو كما لو والى .

فرع

الضرب بجمع الكف ، كالضرب بالعصا الخفيفة .

فرع

لو سقاه دواء أو سماً لا يقتل غالباً ، لكنه يقتل كثيراً ، فهو كفرز الإبرة في غير مقتل ، لأن في الباطن أغشية رقيقة تنقطع به ، وفي إلحاقه بالثقل احتمال .

فرع

حبسه في بيت فمات جوعاً ، أو عطشاً ، نظر ، إن كان عنده طعام وشراب فلم يتناوله خوفاً أو حزناً ، أو أمكنه طلبه ولو بالسؤال ، فلم يفعل ، لم يجب على حابسه قصاص ولا ضمان ، لأن المحبوس قتل نفسه ، وإن منعه الطعام والشراب ، ومنعه الطلب حتى مات ، نظر ، إن

مضت مدة يموت مثله فيها غالباً بالجوع أو العطش ، وجب القصاص ، وتختلف المدة باختلاف حال المحبوس قوة وضعفاً ، والزمان حراً وبرداً ، وإن لم تمض هذه المدة ، ومات ، فإن لم يكن به جوع أو عطش سابق ، فهو شبه عمد ، وإن كان به بعض جوع أو عطش ، ففي وجوب القصاص ثلاثة أقوال ، أظهرها : أنه إن علم الحابس جوعه السابق ، لزمه القصاص ، وإلا فلا ، والثاني : يجب القصاص في الحالين ، والثالث : عكسه ، وشبهوا الجاهل بمن دفع رجلاً دفعاً خفيفاً ، فسقط على سكين وراءه ، والدافع جاهل بها ، لا قصاص عليه ، فإن أوجبنا القصاص ، وجبت دية عمد بكمالها إن كان عالماً ، ودية شبه عمد إن كان جاهلاً ، وإن لم نوجب القصاص ، فقولان ، أحدهما : تجب الدية بكمالها ، وإنما سقط القصاص للشبهة ، وأظهرهما وبه قطع الأكثرون : تجب نصف دية العمد ، أو شبه العمد • ولو منعه الشراب دون الطعام ، فلم يأكل المحبوس خوفاً من العطش ، فمات ، فلا قصاص قطعاً ، ولا ضمان أيضاً على الأصح ، وبه قطع البغوي ، لأنه المهلك نفسه ، وقال القفال : يجب ، ولو حبسه ، وراعه بالطعام والشراب ، فمات في الحبس ، فإن كان عبداً ، ضمنه باليد ، وإن كان حراً ، فلا ضمان أصلاً ، سواء مات حتف أنفه ، أو بانهدام سقف ، أو جدار عليه ، أو بلسع حية ونحوها • ولو حبسه وعراه حتى مات بالبرد ، فهو كما لو حبسه ، ومنعه الطعام والشراب ، ذكره القاضي حسين • ولو أخذ طعامه ، أو شرابه ، أو ثيابه في مفازة ، فمات جوعاً ، أو عطشاً ، أو برداً ، فلا ضمان ، لأنه لم يحدث فيه صنعا •

فرع

لو سحر رجلاً ، فمات ، سألناه ، فإن قال : قتلته بسحري ، وسحري يقتل غالباً ، لزمه القصاص ، وإن قال : قد يقتل ، والغالب أنه لا يقتل ، فهو

إقرار بشبهة العمد ، وإن قال : قصدت غيره ، فتأثر به لموافقة الاسم الاسم ، فهو إقرار بالخطأ ، وفي الحالين دية شبه العمد ، والخطأ يكون في ماله ، ولا يلزم العاقلة إلا أن يصدقوه ، وسيعود ذكر السحر إن شاء الله تعالى في كتاب الديات ، ثم في كتاب دعوى الدم ، ولنا وجه ضعيف مذكور هناك ، أن السحر لا حقيقة له ، فلا قصاص فيه .

الطرف الثاني في بيان الزهوق .

فالفضل الذي له مدخل في الزهوق ، إما أن لا يؤثر في حصول الزهوق ، ولا في حصول ما يؤثر في الزهوق ، وإما أن يؤثر في الزهوق ويحصله ، وإما أن يؤثر في حصول ما يؤثر في الزهوق ، فأما الأول ، فكحفر البثر مع التردى أو التردية ، وكالإمساك مع القتل ، وأما الثاني فكالقد ، وحز الرقبة ، والجراحات السارية ، وأما الثالث ، فكالإكراه المؤثر في القد ، فالأول شرط ، والثاني علة ، والثالث سبب ، ولا يتعلق القصاص بالشرط ، ويتعلق بالعلة ، وكذا بالسبب على تفصيل وخلاف سنراه إن شاء الله تعالى . ثم السبب ثلاثة أضرب .

الأول : مايولد المباشرة توليداً حسيّاً ، وهو الإكراه ، فإذا أكرهه على قتل بغير حق ، وجب القصاص على الأمر على الصحيح المنصوص ، وبه قطع الجمهور ، وعن ابن سريج أنه لا قصاص ، لأنه متسبب ، والمأمور مباشر آثم بفعله ، والمباشرة مقدمة ، وقد سبق بيان حقيقة الإكراه في كتاب الطلاق ، والذي مال إليه المتعبرون هنا ورجحوه ، أن الإكراه على القتل لا يحصل إلا بالتخويف بالقتل ، أو ما يخاف منه التلف ، كالقطع والجرح والضرب الشديد بخلاف الطلاق ، وحكم الإكراه الصادر من الإمام أو نائبه أو المتغلب سواء فيما ذكرناه .

الضرب الثاني : مايولدها شرعاً وهو الشهادة ، فإذا شهدوا على

رجل بما يوجب قتله قصاصاً ، أو بردة ، أو زنى وهو محصن ، فحكم القاضي بشهادتهم وقلته بمقتضاها ، ثم رجعوا وقالوا : تعمدنا وعلمنا أنه يقتل بشهادتنا ، لزمهم القصاص ، ولو شهدوا بما يوجب القطع قصاصاً ، أو في سرقة ، فقطع ، ثم رجعوا وقالوا : تعمدنا ، لزمهم القطع ، وإن سرى فعليهم القصاص في النفس ، وإن رجع الشهود وقالوا : لم نعلم أنه يقتل بقولنا ، أو رجع المزكي أو القاضي أو الوالي وحده أو مع الشهود ، فسيأتي بيان كل ذلك في كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى . وإنما يجب القصاص على الشهود بالرجوع واعترافهم بالتعمد ، لا بكذبهم ، حتى لو تيقنا كذبهم بأن شاهدنا المشهود بقلته حياً ، فلا قصاص عليهم لاحتمال أنهم لم يعتمدوا ، ولا يلزمهم القصاص بالرجوع إلا إذا أخرجت شهادتهم مباشرة الولي عن كونها عدواناً ، أما إذا اعترف الولي بكونه عالماً بكذبهم ، فلا قصاص عليهم ، وعلى الولي القصاص ، رجعوا أم لم يرجعوا .

الضرب الثالث : ما يولدها توليداً عرفياً ، كتقديم الطعام المسموم ، فإذا أوجروه سماً صرفاً ، أو مخلوطاً وهو مما يقتل غالباً ، سواء كان موحياً أو غير موح ، فمات ، لزمه القصاص ، وإن كان لا يقتل غالباً وقد يقتل فهو شبه عمد ، فلا قصاص على المشهور ، وحكى ابن كج قولاً : إنه يجب القصاص ، لأن للسم نكاية في الباطن كالجرح ، فعلى المشهور لو كان السم لا يقتل غالباً ، لكن أوجره ضعيفاً بمرض أو غيره ومثله يقتل مثله غالباً ، وجب القصاص ، ولو قال الموجر : كان مما لا يقتل غالباً ، ونازعه الولي ، فالقول قول الموجر بيمينه ، فإن ساعدته بينة ، فلا يمين عليه ، وإن أقام الولي بينة على ما يقوله ، وجب القصاص ، ولو اتفقا على أنه كان من هذا السم الحاضر ، وشهد عدلان أنه يقتل غالباً ، وجب القصاص ، ولو قال : لم أعلم أنه سم ، أو لم أعلم أنه يقتل غالباً ، ونازعه الولي ، فهل يصدق الموجر ؟ قولان ، قال الروياني :

فيما إذا قال : لم أعلم كونه قاتلاً ، أظهرهما : لا يصدق ، فيجب القصاص ، ولو لم يوجره السم القاتل ، لكن أكرهه على شربه ، فشربه ، قال الداركي وغيره : في وجوب القصاص قولان ، أظهرهما : الوجوب ، والوجه أن يكون هذا كإكراهه على قتل نفسه ، وسيأتي إن شاء الله تعالى .

فرع

لو ناوله الطعام المسموم وقال : كله ، أو قدمه إليه وضيئه به ، فأكله ، ومات به ، فإن كان صبياً أو مجنوناً ، لزمه القصاص ، سواء قال لهما : هو مسموم أم لا ، وذكروا مثله في الأعجمي الذي يعتقد أنه لا بد من الطاعة في كل ما يشار عليه به ، ولم يفرقوا بين الصبي المميز وغيره ، ولا نظروا إلى أن عمد الصبي عمد أم خطأ ، وللنظرين محال ، وإن كان بالغا عاقلاً ، فإن علم حال الطعام ، فلا شيء على المناول والمقدم ، بل الأكل هو المهلك نفسه ، وإلا ففي القصاص قولان ، وهما جاريان فيما لو غطى رأس بئر في دهليزه ، ودعا إلى داره ضيفاً ، وكان الغالب أنه يمر على ذلك الموضع إذا أتاه ، فأتاه وهلك بها ، أظهرهما : لا قصاص ، وطرد البغوي القولين فيما لو قال : كل ، وفيه شيء من السم ، لكنه لا يضر ، وفيما إذا جعل السم في جرة ماء على الطريق فشرب منه ، ومات ، ولتكن الصورة فيما إذا كان على طريق شخص معين ، إما مطلقاً ، وإما في ذلك الوقت ، وإلا فلا تتحقق العمدية ، فإذا قلنا : لا قصاص ، وجبت الدية على الأظهر ، فإن هذا أقوى من حفر البئر ، وفي قول : لا تجب تغليبا للمباشرة ، ولو دس السم في طعام رجل ، فأكله صاحبه جاهلاً بالحوال ، ومات ، فطريقان ، أصحهما : أنه

على القولين ، إذا كان الغالب أنه يأكل منه ، والثاني : القطع بالمنع ، لأنه لم يوجد منه تغير ، ولا حمل على الأكل ، وإنما وجد منه إتلاف طعامه ، فعليه ضمانه ، ولو دسه في طعام نفسه فدخل شخص داره بغير إذنه وأكله ، فلا ضمان ، فإن كان الرجل ممن يدخل داره ، ويأكل انبساطاً ، فهل يجري القولان في القصاص ، أم يقطع بنفيه ؟ طريقان •

فصل

فيما إذا جرى سبب وقدر المقصود على دفعه وفيه مسائل :

إحداها : جرحه جراحة مهلكة ، فلم يعالجها المجروح حتى مات ، وجب القصاص على الجارح ، لأن مجرد الجراحة مهلك ، بخلاف ما لو حبسه والطعام عنده فلم يأكل حتى مات ، لأن الحبس بمجرده ليس مهلكاً •

الثانية : غرقه في ماء ، فإن أمسكه فيه حتى مات ، أو تركه وفيه حياة ، ولكن تألم به ، وبقي متألماً حتى مات ، فعليه القصاص ، وإن ألقاه في الماء ، فمات به ، نظر إن كان الماء بحيث لا يتوقع الخلاص منه كلجة البحر التي لا تنفع فيها السباحة ، وجب القصاص ، سواء كان الملقى يحسن السباحة أم لا ، وإن كان يتوقع الخلاص منه ، فإن كان قليلاً لا يعد مثله مغرقاً ، بأن كان راكداً في موضع منبسط ، فمكث الملقى فيه مضطجعا ، أو مستلقياً حتى هلك ، فلا قصاص ولا دية ، فإنه المهلك نفسه ، ومثله لو فصدته فلم يعصب نفسه حتى مات ، لأن الدفع موثوق به ، لكن لو كتفه وألقاه على هيئة لا يمكنه الخلاص ، فعليه القصاص ، وإن كان يعد مغرقاً كالأنهار الكبار التي لا يخلص منها إلا بالسباحة ، فإن كان الملقى مكتوفاً ، أو صيباً ، أو

زمناً ، أو ضعيفاً ، أو قوياً لا يحسن السباحة ، وجب القصاص ، وإن كان يحسنها ، فمنعه منها عارض موج ، أو ريح ، فلا قصاص ، ولكنه شبه عمد ، وإن ترك السباحة بلا عذر ، حزناً أو لجأً ، ففي وجوب الدية وجهان ، أو قولان ، أصحهما : لا تجب ، وقيل : لا تجب قطعاً ، وقيل : عكسه ، ولا قصاص على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وقيل : يجب إن أوجبنا الدية •

المسألة الثالثة : لو ألقاه في نار لا يمكنه الخلاص منها ، لعظمها أو كونها في وهدة ، أو كونه مكتوفاً ، أو زمنياً ، أو صغيراً ، فمات فيها ، أو خرج منها متأثراً متألماً ، وبقي متألماً إلى أن مات ، فعليه القصاص ، وإن أمكنه التخلص ، فلم يفعل حتى هلك ، فلا تجب الدية على الأظهر ، ولا قصاص على الصحيح ، ولكن يجب ضمان متأثر بالنار بأول الملاقاة قبل تقصيره في الخروج ، سواء كان أرش عضو أو حكومة قطعاً •

فرع

قال الملقى : كان يمكنه الخروج مما ألقته فيه من ماء أو نار ، فقصر ، وقال الولي : لم يمكنه ، فأيهما يصدق بيمينه ؟ وجهان ، ويقال : قولان ، لتعارض براءة الذمة ، مع أن الظاهر أنه لو تمكن لخرج •

قلت : الرجح تصديق الولي • والله أعلم

فرع

كتفه وطرحه على الساحل ، فزاد الماء وهلك به ، إن كان في موضع يعلم زيادة الماء فيه ، كالمذ بالبحر ، وجب القصاص ، وإن كان قد

يزيد ، وقد لا يزيد ، فهو شبه عمد ، وإن كان بحيث لا يتوقع زيادته ،
فاتفق سيل نادر ، فخطأ محض •

انظر الثالث : في اجتماع السبب والمباشرة ، أو الشرط •

أما الشرط والمباشرة إذا اجتماعا ، فالقصاص والدية يتعلقان
بالمباشرة فقط ، فلو حفر بئراً في محل عدوان أو غيره ، فردى رجل
فيها شخصاً ، فالضمان على المردى دون الحافر ، ولو أمسك رجلاً ،
فقتله آخر ، فالضمان على القاتل ، ولا شيء على المسك ، إلا أنه يأنم
إذا أمسكه المقتل ، ويعزر • هذا في الحر ، أما لو كان المقتول عبداً ،
فيطالب المسك بالضمان باليد والقرار على القاتل ، ولو أمسك محرم
صيداً ، فقتله محرم آخر ، فقرار الضمان على القاتل ، وتتوجه المطالبة
على المسك ، هذا هو المذهب ، وفيه خلاف سبق في الحجج • ولو قدم
صبيّاً إلى هدف ، فأصابه سهم كان أرسله الرامي قبل تقديم الصبي ،
فقتله ، فالرامي كالحافر ، والمقدم كالمردى ، فعليه القصاص ، أما إذا
اجتمع السبب والمباشرة فهو ثلاثة أضرب :

أحدها : أن يغلب السبب المباشرة ، بأن أخرجها عن كونها عدواناً
مع توليده لها ، مثل أن شهدوا عليه بما يوجب الحد ، فقتله القاضي ،
أو جلاده ، أو بما يوجب القصاص ، فقتله الولي أو وكيله ، فالقصاص
على الشهود ، دون القاضي والولي ونائبهما •

الضرب الثاني : أن يصير السبب مغلوباً ، بأن رماه من شاهر ،
فتلقاه رجل بسيف ، فقدده نصفين ، أو ضرب رقبته قبل وصوله الأرض ،
فالقصاص على القاتل ، ولا شيء على الملقى ، سواء عرف الحال أم لا ،
وفي وجه : يجب عليه الضمان بالمال ، لا بالقصاص ، والصحيح : الأول •
ولو ألقي في ماء مغرق ، كلعجة بحر ، فالتقمه حوت ، فعلى الملقى القصاص

على الصحيح المنصوص ، وخرج الربيع قولاً : إنه لا قصاص ، لكن
تجب دية مغلظة ، وقيل : إن التقمه الحوت قبل الوصول إلى الماء ،
فلا قصاص ، كمسألة القاد ، وإلا فيجب ، والصحيح أنه لا فرق ، وفي
كلام الشيخ أبي حامد وغيره من العراقيين ، ما يشعر بأن القولين في
الانتقام قبل وصوله الماء ، والقطع بوجوب القصاص إذا كان بعده ،
وفرق الإمام بين مسألة القد والانتقام ، بأن القد قتل صدر من فاعل
مختار بفعل وروية ، فيقطع أثر السبب الأول ، والحوت يلتقم بطبعه
كالسبع الضاري ، فلم يقطع أثر السبب الأول ، ولذلك قلنا : لو
أمسكه ، فقتله آخر ، فالقصاص على القاتل دون المسك ، ولو أمسكه
وهدفه لوثة سبع ضار ، فافترسه ، فالقصاص على المسك ، لأن
الحيوان الضاري يفعل بطبعه عند التمكن ، وكأنه آلة لصاحب السبب
الأول نازل منزلة ما لو ألقاه في بئر وكان في سفلهما فصل منصوب
فمات به ، فالقصاص على الملقى ، بخلاف ما إذا كان الطارئ فعل
صاحب رأي ، فإنه يبعد تنزيله منزلة الآلة ، وبني على هذا أنه لو كان
في سفل البئر حية عادية بطبعها ، أو نمر ضار ، فقتله ، وجب القصاص
على المردى ، ولو كان هناك مجنون ضار على طبع السباع ، فكذلك ،
وإن لم يكن ضارياً ، كان كالعاقل في إسقاط الضمان عن المردى ، فلم
يجعل الهلاك الحاصل بالسبع الضاري كالتلقي بالسيف ، وأطلق
البعوي نفي الضمان إذا افترسه السبع قبل أن يصل إلى الأرض ، ولا
فرق في مسألة القد ، بين أن يكون القاد ممن يضمن أو ممن لا يضمن ،
كالحرابي ، ولو رفع الحوت رأسه ، فألقمه فاه ، لزمه القصاص بلا
خلاف ، ولو ألقاه في ماء غير مغرق ، فالتقمه حوت ، فلا قصاص قطعاً ،
لأنه لم يقصد إهلاكه ، ولم يشعر بسبب الهلاك ، فأشبه ما لو دفع
رجلاً دفعاً خفيفاً ، فألقاه ، فجرحه بسكين كان هناك لم يعلم به الدافع ،

فلا قصاص ، ولكن تجب في الصورتين دية شبه العمد ، كذا ذكره ابن الصباغ والبعوي وغيرهما ، وحكاه ابن كج عن الأصحاب ، ثم قال : ينبغي أن لا تتعلق به دية كما لا يتعلق به قصاص •

الضرب الثالث : أن يعتدل السبب والمباشرة ، كالإكراه ، فإذا أكره على القتل ، وجب القصاص على الأمر ، كما سبق ، وفي المأمور قولان ، أظهرهما : وجوب القصاص أيضاً ، لأنه آثم بالاتفاق بخلاف قتل الصائل ، وسواء في جريان القولين كان المكره سلطاناً أو متغلباً ، وقيل : هما في السلطان ، فإن كان متغلباً ، وجب القصاص قطعاً ، فإن أوجبنا القصاص ، فآل الأمر إلى الدية ، فهي عليهما كالشريكين ، وللولي أن يقتص من أحدهما ، ويأخذ نصف الدية من الآخر ، وإن لم نوجب القصاص على المأمور ، ففي وجوب نصف الدية ، وجهان ، أحدهما : لا يجب ، تنزيلاً له منزلة الآلة ، وأصحهما : يجب وهو المنصوص ، وبه قطع الأكثرون ، فإن أوجبناه ، وجبت الكفارة ، وحرم الميراث ، وهل تكون نصف الدية في ماله أم على عاقلته ؟ فيه تردد للإمام •

تمت : الأرجح أنه في ماله • **والله أعلم**

وإن قلنا : لادية ، وجبت الكفارة على الأصح ، لأنه آثم ، فإن أوجبنا الكفارة ، حرم الإرث ، وإلا فوجهان ، أحدهما : الحرمان •

فرع

إذا أوجبنا القصاص على المكره والمكره جميعاً ، وكان أحدهما مكافئاً للمقتول دون الآخر ، وجب القصاص على المكافئ دون الآخر ، كشريك الأب ، فإذا أكره عبد حراً على قتل عبد ، أو ذمي مسلماً على قتل ذمي ، وجب القصاص على الأمر دون المأمور ، ولو أكره حر عبداً

على قتل عبد ، أو مسلم ذمياً على قتل ذمي ، فالقصاص على المأمور ،
ولو أكره الأب أجنبياً على قتل الولد ، أو الأجنبي الأب ، فالقصاص
على الأجنبي .

فرع

إذا أكره بالغ صبيّاً مراهقاً على قتل ، فلا قصاص على الصبي ،
وأما المكره ، فيبني على أن عمد الصبي عمد أم خطأ ؟ فإن قلنا : عمد
وهو الأظهر ، فعليه القصاص ، وإن قلنا : خطأ ، فلا ، لأنه شريك
مخطيء ، قال الإمام : هذا إذا قلنا : يجب القصاص على المكره والمكره ،
وجعلناهما كالشريكين ، فأما إن قلنا : لا قصاص على المكره ، ففي
وجوب القصاص على المكره مع قولنا عمد الصبي خطأ ، وجهان ،
وأما الدية ، فجميعها على المكره إن لم نوجب على المكره شيئاً ، وإن
أوجبنا عليه نصفها ، فنصفها على المكره ، ونصفها في مال الصبي إن
قلنا : عمده عمد ، وإن قلنا : خطأ ، فعلى عاقلته ، ولو أكره مراهق
بالغاً ، فلا قصاص على المراهق ، وفي البالغ : القولان ، إن قلنا : عمد
الصبي عمد ، وإن قلنا : خطأ ، فلا قصاص قطعاً ، لأنه شريك مخطيء .

فرع

أكره رجل رجلاً على أن يرمي إلى طلل علم الأمر أنه إنسان ،
وظنه المأمور حجراً أو صيداً ، أو على أن يرمي سترة وراءها إنسان ،
وعلمه الأمر دون المأمور ، فلا قصاص على المأمور ، ويجب على الأمر
على الصحيح ، فإنه آلة له ، ووجه المنع أنه شريك مخطيء ، فإن آل
الأمر إلى الدية ، فوجهان ، أحدهما : تجب كلها على الأمر واختاره
البعوي ، والثاني : عليه نصفها وعلى عاقلة المأمور نصفها ، ولو أكرهه
على أن يرمي إلى صيد ، فرمى ، وأصاب رجلاً فقتله ، فلا قصاص على

واحد منهما ، لأنهما لم يتعمدا ، وأما الدية فجميعها على عاقلة الأمر إن لم نضمن المكره ، وإلا فعلى عاقلة كل واحد منهما نصفها ، ولو أكرهه على صعود شجرة ، أو نزول بئر ، ففعل ، فزلق وهلك ، فالصحيح أنه شبه عمد ، فلا قصاص ، لأنه لا يقصد به القتل غالباً ، وهذا هو الذي ذكره الفوراني والبغوي والرويانى ، وقال الغزالي : يجب القصاص •

فرع

لو قال : اقتل نفسك وإلا قتلتك ، فقتل نفسه ، ففي وجوب القصاص ، قولان ، أظهرهما : لا يجب ، فإن أوجبناه ، فعفى عنه على مال ، وجب جميع الدية ، وإن لم نوجهه ، فعليه نصف الدية إن أوجبنا الضمان على المكره ، وجميعها إن لم نوجهه ، ويجري القولان ، فيما لو أكرهه على شرب سم ، فشربه وهو عالم به ، وإن كان جاهلاً ، فعلى المكره القصاص قطعاً ، ولو قال : اقطع يدك وإلا قتلتك ، فهو إكراه قطعاً ، ذكره أبو الحسن العبادي •

فرع

قال : اقتلني وإلا قتلتك ، فهذا إذن منه في القتل وإكراه ، ولو تجرد الإذن ، فقتله المأذون له ، ففي وجوب الدية قولان مبنيان على أن الدية تجب للورثة ابتداء عقب هلاك المقتول ، أم تجب للمقتول في آخر جزء من حياته ثم تنتقل إليهم ؟ إن قلنا بالأول ، وجبت ولم يؤثر إذنه ، وإلا فلا ، وهذا الثاني أظهر ، كذا ذكره البغوي والغزالي وغيرهما ، لأنه ينفذ منها ديونه ووصاياه ، ولو كانت للورثة لم يكن كذلك ، وأما القصاص ، فلا يجب على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وعن سهل

الصعلوكي طرد الخلاف فيه ، ولو قال : أقطع يدي ، فقطعها ، فلا قصاص ولا دية قطعاً ، لأنه إتلاف مأذون فيه ، فصار كإتلاف ماله بإذنه ، ولو أذن عبد في القتل ، أو القطع ، لم يسقط الضمان ، وفي وجوب القصاص إذا كان المأذون له عبداً ، وجهان ، أما إذا انضم الإكراه إلى الإذن ، فسقوط القصاص أقوى ، وأما الدية ، فإن لم نوجبه عند تجرد الإذن فمع الإكراه أولى ، وإن أوجبناها ، بني على أن المكره هل عليه نصف الدية ؟ إن قلنا : نعم ، فعليه نصفها ، وإلا فلا .

واعلم أن الأئمة نقلوا أن المكره على قتله ، يجوز له دفع الأمر والمأمور جميعاً ، وأنه لاشيء عليه إذا قتلها ، وأن للمأمور دفع الأمر ، ولا شيء عليه إذا أتى الدفع على نفسه ، فعلى هذا إذا قتله دفعاً ينبغي أن يحكم بأنه لا قصاص ولا دية بلا تفصيل ولا خلاف ، وقد أشار إلى هذا أبو الحسن العبادي فقال : إذا قال : اقتلني وإلا قتلتك ، فإن لم يقتله ، فهو استسلام ، وإن قتله ، فهو دفع ، ويمكن أن يقال : موضع التفصيل والخلاف ما إذا أمكنه الدفع بغير القتل ، وإنما لا يلزمه شيء إذا لم يمكنه الدفع بغيره ، ولو قال : اقذفني وإلا قتلتك ، فقدفه ، ف قيل : لاحد ، كما لو قال : اقطنني ، قال البغوي : والصحيح وجوبه ، لأنه قد يستعين بالغير في قتل نفسه وقطعه ، ولا يستعان به في القذف ، فجعل القاذف مبتدئاً .

قلت : هذا الذي قاله البغوي عجب ، والصواب : أنه لاحد .
والله أعلم

فرع

لو قال : اقتل زيدا أو عمراً وإلا قتلتك ، فهذا ليس بإكراه ، بل تخيير ، فمن قتله منهما كان مختاراً لقتله ، وإنما المكره من حمل على

قتل معين لا يجد عنه محيصاً ، وفي « الرقم » وجه أنه إكراه ، وتقله المتولي عن اختيار القاضي حسين ، وليجىء مثله في الطلاق ، والصحيح الأول ، فعلى هذا من قتله منهما ، لزمه القصاص ، ولا شيء على الأمر غير الإثم .

فرع

لو أكره رجلاً على أن يكره ثالثاً على قتل رابع ، ففعلاً ، وجب القصاص على الأمر ، وفي الثاني والثالث : القولان ، لأنهما مكرهان .

فصل

إذا أمره السلطان بقتل رجل ظلماً ، فقتله المأمور ، نظر إن ظن المأمور أنه يقتله بحق ، فلا شيء على المأمور ، لأن الظاهر أنه لا يأمر إلا بحق ، ولأن طاعة السلطان واجبة فيما لا يعلم أنه معصية ، واستحب الشافعي رحمه الله أن يكفر لمباشرته القتل ، وأما الأمر ، فعليه القصاص ، أو الدية والكفارة ، وإن علم المأمور أنه يقتله ظلماً ، فهل ينزل أمره منزلة الإكراه ؟ وجهان ، ويقال : قولان ، أحدهما : لا ، وإنما الإكراه بالتهديد صريحاً كما في غير السلطان ، فعلى هذا لا شيء على الأمر سوى الإثم ، ويلزم المأمور القصاص ، أو الدية والكفارة ، والثاني : ينزل منزلة الإكراه لعلتين ، إحداهما : أن الغالب من حاله السطوة عند المخالفة ، والثاني : أن طاعته واجبة في الجملة ، فينتهض ذلك شبهة ، فإذا نزلناه منزلة الإكراه ، فعلى الأمر القصاص ، وفي المأمور ، القولان في المكروه ، ولو أمره صاحب الشوكة من البغاة ، كان كأمر إمام العدل ، لأن أحكامه نافذة ، ولو أمره غير السلطان بالقتل بغير الحق ، كالزعيم والمتغلب ، فقليل : نظر ، إن لم يخف من مخالفته المحذور ، فعلى المأمور القصاص أو الدية والكفارة ، وليس على الأمر إلا الإثم ، ولا

فرق بين أن يعتقده حقاً، أو يعرف كونه ظلماً، لأنه ليس بواجب الطاعة، وإن كان يخاف من مخالفته المحذور، بأن اعتيد منه ذلك، ففيه الخلاف المذكور في الإمام أن المعلوم هل يجعل كالمفوض به، والقياس جعله كالمفوض، وإلى ترجيحه مال الغزالي وغيره، وفي أمر السلطان مقتضى ما ذكره الجمهور تصريحاً ودلالة لا ينزل منزلة الإكراه، فحصل من هذا أن أمر السلطان من حيث هو سلطان لا أثر له، وإنما النظر إلى خوف المحذور •

فرع

لو أمر السيد عبده بقتل رجل ظلماً فقتله، فإن كان العبد مميزاً لا يرى طاعة السيد واجبة في كل ما يأمره به، فالقصاص على العبد، ولا شيء على السيد سوى الإثم، فإن عفا، أو كان مراهماً، تعلق الضمان برقبته، وكذا لو أمره بإتلاف مال، فأتلفه، وإن كان صغيراً لا يميز، أو مجنوناً ضارياً، أو أعجمياً يرى طاعة السيد واجبة في كل شيء، فهو كالآلة، والقصاص أو الدية على السيد • وفي تعلق المال برقبة مثل هذا العبد، وجهان، أحدهما: نعم، لأنه متلف، وأصحهما: لا، لأنه كالآلة، فأشبه ما لو أغرى بهيمته على إنسان فقتلته، لا يتعلق بها ضمان، ولو أمر عبد غيره، فكذلك الحكم إن كان العبد بحيث لا يفرق بين أمر سيده وغيره، ويسارع إلى ما يؤمر به، فإن قلنا: يتعلق الضمان برقبته، فبيع فيه، فعلى الأمر قيمته للسيد، وإذا لم تف قيمته بالواجب، فعلى الأمر الباقي، وكذا لو كان الأمر السيد، وليس هذا التعلق كتعلق الأرش برقبة سائر العبيد، ولو أمر أجنبي هذا العبد بقتل نفسه، ففعل، فعلى الأمر الضمان إن كان صغيراً أو مجنوناً، ولا يجب إن كان أعجمياً، لأنه لا يعتقد وجوب الطاعة في قتل

نفسه بحال ، لكن لو أمره ببط جراحة أو فتح عرق على مقتل ، وجب الضمان ، لأنه لا يظنه قاتلاً ، فيجوز أن يعتقد وجوب الطاعة ، هكذا حكى عن النص ، فإن كان الأجنبي الأمر عبداً ، فليكن القصاص على هذا التفصيل ، كما سيأتي نظيره إن شاء الله تعالى .

فرع

لو أمر رجل صبيّاً أو مجنوناً حراً بقتل شخص ، فقتله ، قال البغوي : إن كان لهما تمييز ، فلا شيء على الأمر سوى الإثم ، وتجب الدية في مال المأمور مغلظة ، إن قلنا : عمده عمد ، وإن قلنا : خطأ ، فعلى عاقلته مخففة ، وإن لم يكن لهما تمييز ، وكانا يسارعان إلى ما أغريا به ، أو كان المجنون ضارياً ، فالقصاص أو كمال الدية على الأمر ، ولياً كان ، أو أجنبياً ، ولو أمر أحدهما بقتل نفسه ، ففعل ، فعلى الأمر القصاص ، ولو أن مثل هذا الصبي أو المجنون قتل ، أو أتلّف مالا من غير أمر أحد ، ففي تعلق الضمان بهما الخلاف السابق في التعلق برقة العبد ، لأنه يشبه إتلاف البهيمة العادية ، ذكره الشيخ أبو محمد .

قلت : قال أصحابنا : لو أمر صبيّاً لا يميز بصعود شجرة ، أو نزول بئر ، ففعل ، فسقط فهلك ، فعلى عاقلة الأمر الدية . **والله أعلم**

فرع

لو أكره رجل عبداً صغيراً مميّزاً على قتل ، فقتل ، فهل تتعلق الدية برقبته ؟ قال الإمام : يبني على أن المكروه الحر هل تلزمه الدية ؟ إن قلنا : نعم ، فنعم ، وإلا ففي التعلق برقبته الخلاف السابق في التعليق برقة العبد الأعجمي ، لنزوله منزلة الآلة .

فرع

لو أمره الإمام بصعود شجرة ، أو نزول بئر ، فامتثل ، فهلك به ،

فإن قلنا : أمره ليس بإكراه ، فلا ضمان ، كما لو أمره أحد الرعية ،
وإن قلنا : إكراه ، فإن كان يتعلق بمصلحة المسلمين ، فالضمان على عاقلة
الإمام ، أو في بيت المال ؟ فيه القولان المعروفان في نظائره ، وإن تعلق
به خاصة ، فالضمان على عاقلته .

فصل

فيما يباح بالإكراه

الإكراه على القتل المحرم لا يبيحه ، بل يَأْثُم بالاتفاق
إذا قتل ، وكذا لا يباح الزنى بالإكراه ، ويباح بالإكراه شرب
الخمير والإفطار في رمضان ، والخروج من صلاة الفرض ، وإتلاف مال
الغير ، ويباح أيضاً كلمة الكفر ، وفي وجوب التلفظ بهما وجهان ،
أحدهما : نعم حفظاً لنفسه ، كما يجب أكل الميتة للضرورة ، والثاني -
وهو الصحيح : لا يجب للأحاديث الصحيحة في الحث على الصبر على
الدين ، واقتداء بالسلف ، فعلى هذا الأفضل أن يثبت ولا يتلفظ ، وإن
قتل ، وقيل : إن كان ممن يتوقع منه النكاية في العدو ، أو القيام بأحكام
الشرع ، فالأفضل أن يتلفظ ، وإلا ، فالأفضل الامتناع ، ولا يجب
شرب الخمير عند الإكراه على الصحيح ، ويمكن أن يجيء مثله في
الإفطار في رمضان ، ولا يكاد يجيء في الإكراه على إتلاف المال ، ثم إذا
أتلف مال غيره بالإكراه ، فللمالك مطالبة المكروه الأمر بالضمان ، وفي
مطالبة المأمور وجهان ، أحدهما : لا يطالب ، لأنه إتلاف مباح له
بالإكراه ، وأصحهما : يطالب ، لكنه يرجع بالمغرم على الأمر ، هذا
هو المذهب ، وقيل : إن الضمان على المأمور ، ولا رجوع له ، وقيل :
يتقرر الضمان عليهما بالسوية ، كالشريكين ، والقول في جزاء الصيد
إذا قتله المحرم مكرهاً ، كالقول في ضمان المال .

فرع

ذكره الرافعي في مسائل منشورة قبل كتاب الديات • يجوز للمكره على إتلاف مال ، ولصاحب المال دفع المكره بما أمكنهما ، وليس لصاحب المال دفع المكره ، بل يلزمه أن يقي روحه بماله ، كما يناول المضطر طعامه •

فصل

إذا أنهشه حية ، أو ألدغه عقرباً يقتل غالباً ، فقتلته ، وجب القصاص ، وإن لم يقتل غالباً ، فهل هو عمد ، أم شبه عمد ؟ قولان ، أظهرهما : الثاني ، وإن لم ينهشها ، ولكن ألقى الحية عليه ، أو ألقاه عليها ، أو قيده وطرحه في موضع فيه حيات وعقارب ، فقتلته ، فلا قصاص ولا ضمان ، سواء كان الموضع واسعاً أو ضيقاً ، لأنه لم يلجئها إلى قتله ، بل هي قتلته باختيارها ، فهو كالممسك مع القاتل • ولو عرضه لاقتراس سبع يقتل غالباً ، كالأسد والنمر والذئب ، وهدّفه له حتى صار السبع كالمضطر إلى قتله ، لزمه القصاص ، نص عليه ، فإن كان السبع مما لا يقتل غالباً ، فهو كالحية التي لا تقتل غالباً ، وإن أرسل عليه السبع ، أو أغرى به كلباً عقوراً في موضع واسع كالصحراء ، فقتله ، أو طرحه في مسبعة أو بين يدي سبع في الصحراء مكتوفاً ، أو غير مكتوف ، فقتله ، فلا قصاص ولا ضمان ، سواء كان المطروح صغيراً أو كبيراً ، لأنه لم يلجئه إلى قتله ، والذي وجد منه ليس بمهلك ، وهو كالممسك مع القاتل ، وفي الصبي وجه ، أنه يجب الضمان ، ولو أغراه به في موضع ضيق ، أو حبسه معه في بئر ، أو بيت ، فقتله ، وجب القصاص ، مكتوفاً كان أو غير مكتوف ، لأنه إلقاء السبع إلى قتله ، وليس السبع كالحية ،

حيث لم يفرق فيها بين الموضع الواسع والضيق ، لأن الحية تنفر من
الادمي ، والسبع يقصده في المضيق ويتوثب ، وفي الموضع الواسع
لا يقصده قصده في المضيق ، إنما يقصده دفعه ويمكن التحرز منه
والفرار ، فهذا هو المنصوص ، والمذهب ، وبه قطع الجمهور ، وعن
القاضي حسين أن الحية إن كانت تقصد ولا تنفر ، فهي كالسبع ، وأنها
أنواع مختلفة الطباع ، وأن السبع إذا كان ضارياً شديداً العدو ولا
يتأتى الهرب منه في الصحراء ، وجب القصاص ، وجعل الإمام هذا
بياناً لما أطلقه الأصحاب واستدراكاً ، وأما البغوي وغيره فجعلوا المسألة
مختلفة فيها ، وحكى ابن كج قولاً أنه لو جمع بينه وبين حية في بيت ،
وجب القصاص كالسبع ، وقولاً أنه لا يجب في السبع ، وهما غريبان ،
وحيث أوجبنا القصاص في الحية والسبع فذلك إذا قتل في الحال ، أو
جرح جراحة تقتل غالباً ، أما إذا جرحه جرحاً لا يقتل مثله غالباً ، فهو
شبه عمد ، وكأن تلك الجراحة صدرت من المغري ، وإذا أمكن المغري
عليه الفرار ، فلم يفر ، قال الإمام : هو كترك السباحة ، والمجنون
الضاري في ذلك كالسبع ، ولو ربط في داره كلباً عقوراً ، ودعا إليها
رجلاً ، فافترسه الكلب ، فلا قصاص ولا ضمان ، ولم يجعل على
الخلاص السابق في حفر البئر في الدهليز وتغطية رأسها ، لأن الكلب
يفترس باختياره ، ولأنه ظاهر يمكن دفعه بعصا وسلاح .

الطرف الرابع : في اجتماع مباشرتين :

فإذا صدر فعلاً من مزهقان من شخصين ، نظر ، إن وجدا معاً ، فهما
قاتلان ، سواء كانا مذفين^(١) بأن حرز أحدهما رقبته ، وقده الآخر

(١) الذف : الاجهاز على الجريح والإسراع في قتله ، وفي حديث
علي رضي الله عنه أنه أمر يوم الجمل فنودي : ألا يتبع مدبر ، ولا يقتل
أسير ، ولا يدفع على جريح .

نصفين ، أو لم يكونا ، بأن أجاف^(١) كل منهما ، أو قطعاً عضوين ، ومات منهما ، وإن كان أحدهما مذفقاً دون الآخر ، فقياس ما سنذكره إن شاء الله تعالى أن يكون المذفق هو القاتل ، وإن طرأ فعل أحدهما على الآخر فله حالان •

أحدهما : أن يوجد فعل الثاني بعد انتهاء المجني عليه إلى حركة المذبوح ، إما عقب الفعل الأول لكونه مذفقاً ، وإما لسرايته وتأثيره ، فالقاتل هو الأول ، ولا شيء على الثاني سوى التعزير ، لأنه هتك حرمة ميت ، فعزر ، كما لو قطع عضو ميت ، والمراد بحركة المذبوح الحالة التي لا يبقى معها الإبصار والإدراك ، والنطق والحركة الاختياريان ، وقد يُقَدِّم الشخص ، وترك أحشائه في النصف الأعلى فيتحرك ويتكلم بكلمات لكنها لا تنتظم ، وإن انتظمت ، فليست صادرة عن روية واختيار ، والحالة المذكورة وهي التي تسمى حالة اليأس ، لا يصح فيها الإسلام ، ولا شيء من التصرفات ، ويصير فيها المال للورثة ، ولو مات قريب لمن انتهى إليها ، لم يورث منه ، ولو أسلم كافر ، أو عتق رقيق فيها ، لم يزاحم سائر الورثة ، وكما لا يصح فيها الإسلام ، لا تصح فيها الردة ، هذا هو الصحيح ، وبه قطع الأصحاب ، وفي كتاب ابن كج : أنها تصح ، لأن الكافر يوقن حينئذ ، فإعراض المسلم قبيح ، وهذا ليس بشيء ، ومن قطع حلقومه ومريثه ، أو أيئت حشوته من جوفه ، فقد انتهى إلى حركة المذبوح ، ولو أصاب الحشوة حرق ، أو قطع ، وتيقن موته بعد يوم أو يومين ، وجب القصاص على قاتله في ذلك الحال •

(١) يقال : جافه وأجافه : إذا أصاب جوفه ، والجائفة : الطعنة التي تبلغ الجوف •

الحال الثاني : أن يوجد فعل الثاني قبل انتهائه إلى حركة المذبوح ، فينظر ، إن كان الثاني مذفقا بأن جرحه الأول ، وحز الثاني رقبته ، أو قده ، فالقاتل هو الثاني ، وأما الأول فليس عليه إلا القصاص في العضو المقطوع ، أو المال على ما يقتضيه الحال ، ولا فرق بين أن يتوقع البرء من الجرح السابق لو لم يطرأ الحز ، وبين أن يستيقن الهلاك بعد يومين أو نحو ذلك ، لأن حياته في الحال مستقرة ، وتصرفاته نافذة ، وإن لم يكن الثاني مذفقا أيضاً ، ومات بسرأتيهما ، بأن أجافاه ، أو قطع الأول يده من الكوع ، والثاني من المرفق ، فمات ، فهما قاتلان ، لأن القطع الأول قد انتشرت سرايته وألمه ولو شك في الانتهاء إلى حركة المذبوحين ، عمل فيه بقول أهل الخبرة .

فرع

المريض المشرف على الموت يجب القصاص على قاتله ، قال القاضي وغيره : سواء انتهى إلى حالة النزع أم لا ، ولفظ الإمام : أن المريض لو انتهى إلى سكرات الموت ، وبدت اماراته ، وتعثرت الأنفاس في الشراسيف ، لا يحكم له بالموت ، بل يلزم قاتله القصاص ، وإن كان يظن أنه في مثل حال المقدود ، وفرقوا بينهما بأن إنهاء المريض إلى تلك الحالة غير مقطوع به ، وقد يظن به ذلك ، ثم يشفى ، بخلاف المقدود ، ولأن المريض لم يسبق فعل بحال القتل وأحكامه عليه حتى يهدر الفعل الثاني والقد ونحوه بخلافه .

فصل

فيما إذا قتل انساناً يظنه على حال وكان بخلافه ، وفيه مسائل :
الأولى : قتل من ظنه كافراً ، بأن كان عليه زي الكفار ، أو رآه يعظم آلهتهم ، فبان مسلماً ، نظر ، إن كان ذلك في دار الحرب ، فلا

قصاص قطعاً ، ولا دية على الأظهر ، وتجب الكفارة قطعاً ، وإن كان في دار الإسلام ، وجبت الدية والكفارة قطعاً ، وكذا القصاص على الأظهر ، فإن لم نوجبه ، فهل الدية مغلظة أم مخففة على العاقلة ؟ قولان •

الثانية : قتل من ظنه مرتداً أو حريباً ، فلم يكن ، فعليه القصاص ، فإن عهده مرتداً ، أو ظن أنه لم يسلم وكان أسلم ، فالنص وجوب القصاص ، ونص فيما لو عهده ذمياً أو عبداً ، فقتله ظاناً أنه لم يسلم ، ولم يعتق ، فبان خلافه ، أنه لا قصاص ، فقيل : في الجميع قولان ، وقيل : بظاهر النصين ، لأن المرتد يحبس فلا يخلى ، فقاتله مقصر بخلاف الذمي والعبد ، وقيل : يجب القصاص في الجميع ، لأنه ظن لا يبيح القتل ، والمذهب وجوب القصاص في الجميع ، وإن أثبتنا الخلاف ، كما لو علم تحريم القتل ، وجهل وجوب القصاص ، ولو عهده حريباً فظن أنه لم يسلم ، فقيل : كالمرتد ، وقيل : لا قصاص قطعاً ، لأن المرتد لا يخلى ، والحربي يخلى بالمهادنة ، ويخالف العبد والذمي ، فإنه ظن لا يفيد الحل والإهدار ، بخلاف الحربي ، ولو ظنه قاتل أبيه ، فقتله ، فبان غيره ، وجب القصاص على الأظهر ، لأنه يلزمه التثبت ، ولم يعهده قاتلاً حتى يستصحبه ، ولو قال : تبينت أن أبي كان حياً حين قتلته ، وجب القصاص قطعاً ، وحيث قلنا : لا قصاص في هذه الصور ، فقال : ظننته كافراً أو رقيقاً ، فقال الولي : بل علمته مسلماً حراً ، فالقول قول القاتل ، لأنه أعرف ، ونقل الغزالي في موضع القولين فيما إذا قال : ظننته قاتل أبي ، طريقين ، أحدهما : موضعهما إذا تنازعا ، أما إذا صدقه الولي ، فلا قصاص قطعاً ، والثاني : طرد القولين في الحالين ، لأنه ظن من غير مستند شرعي •

الثالثة : ضرب مريضاً ضرباً يقتل المريض دون الصحيح ، فمات منه ، فإن علم مرضه ، فعليه القصاص قطعاً ، وكذا إن جهله على الصحيح ، لأن جهله لا يبيح الضرب •

الركن الثاني : القتل

وشرط وجوب القصاص كونه معصوم بالاسلام ، أو الجزية ، أو الأمان ، فالحربي مهدر ، والمترد مهدر في حق المسلم ، وأما في حق ذمي ومرتد آخر ، ففيه خلاف يأتي قريباً إن شاء الله تعالى ، ومن عليه قصاص إذا قتله غير مستحقه ، لزمه القصاص ، والزاني المحصن إن قتله ذمي ، فعليه القصاص ، وإن قتله مسلم ، فلا على الأصح المنصوص •

قلت : قال القاضي أبو الطيب في تعليقه : الخلاف إذا قتل قبل أن يأمر الإمام بقتله ، فإن قتل بعد أمر الإمام بقتله ، فلا قصاص قطعاً . والله أعلم

فرع

في فتاوى القفال : أن من ترك الصلاة عمداً حتى خرج وقتها ، وكان يؤمر بفعلها ، فلا يفعلها ، فقتله إنسان ، فلا قصاص ، وليكن هذا جواباً على الأصح المنصوص في الزاني المحصن ، قال : فلو جن قبل فعلها ، لم يقتل في حال الجنون ، فلو قتله حينئذ رجل ، لزمه القصاص ، وكذا لو سكر ، ولو جن المرتد ، أو سكر ، فقتله رجل ، فلا قصاص لقيام الكفر •

الركن الثالث : القاتل •

وشرطه أن يكون ملتزماً للأحكام ، فلا قصاص على صبي ولا مجنون ، كما لا قصاص على النائم إذا انقلب على شخص ، لأنه ليس لهما أهلية الالتزام ، ومن يقطع جنونه له حكم المجنون في حال جنونه ، وحكم العاقل في حال عقله ، ومن لزمه قصاص بإقرار ، أو بينة ، ثم جن ، استوفي منه حال جنونه ، لأنه لا يقبل الرجوع بخلاف ما لو أقر بعد ، ثم جن ، لا يستوفي منه ، والمذهب وجوب القصاص على السكران ، ومن تعدى بشرب دواء مزيل للعقل ، وفيه خلاف سبق في الطلاق •

فرع

لو قال القاتل : كنت يوم القتل صغيراً ، وقال الولي : بل بالغاً ، صدق القاتل يمينه ، لأن الأصل الصغير ، وهذا بشرط الإمكان ، ولو قال : أنا الآن صغير ، صدق ، ولا قصاص ولا يمين عليه ، لأن اليمين لإثبات المحلوف عليه ، ولو ثبت صباه ، لبطلت يمينه ، ولو قال : كنت مجنوناً عند القتل ، وكان عهد له جنون ، صدق ، وإلا فلا ، لأن الأصل السلامة ، ولو اتفقا على أنه كان زائلاً للعقل ، وقال القاتل : كنت مجنوناً ، وقال الوارث : بل سكران ، صدق القاتل ، ولو أقام القاتل بينة أنه كان يوم القتل مجنوناً ، وأقام الوارث بينة أنه كان حينئذ عاقلاً تعارضتا •

فرع

يجب القصاص على المرتد ، والمعصوم ، لالتزامه الأحكام ، ولا يجب على الحربي ، كما لا يضمن المال لعدم التزامه ، هذا هو الصحيح ،

وبه قطع الجمهور ، وقال الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني : يلزم الحربي ضمان النفس والمال ، لأنه مخاطب بفروع الشرع ، قال أبو الحسن العبادي : ويُعزى هذا إلى المزني في المنشور .

باب ما يشترط مساواة القتل القاتل فيه لوجوب القصاص وما لا يؤثر اختلافهما فيه .

الخصال التي يفضل القاتل القاتل بها كثيرة ، ولا يؤثر منها في منع القصاص إلا ثلاث وهي : الإسلام والحرية والولادة ، فإن استوى القاتل والمقتول في عدم الثلاثة ، أو وجود ما يمكن وجوده ، جرى القصاص بينهما ، وإلا قتل المفضول بالفاضل ولا عكس .

الخصلة الأولى : الإسلام ، فلا يقتل مسلم بكافر ، حربياً كان أو ذمياً ، أو معاهداً ، ويقتل الذمي والمعاهد بالمسلم ، ويقتل الذمي بالذمي وإن اختلفت ملتتهما ، كيهودي ونصراني ، ولو قتل ذمي ذمياً ، ثم أسلم القاتل ، اقتص منه ، ولو جرح ذمي ذمياً ، أو معاهداً ، وأسلم الجارح ، ثم مات المجروح بالسراية ، وجب القصاص على الأصح عند الجمهور ، وقطع به جماعة ، وهذا الخلاف في قصاص النفس ، فإن جرح جرحاً يوجب قصاصاً ، كقطع طرف ، ثم أسلم القاطع ، ثم سرى ، وجب القصاص في الطرف قطعاً ، ثم إذا طرأ إسلام القاتل بعد القتل ، أو بعد قطع الطرف ، استوفى الإمام القصاص بطلب الوارث ، ولا يفوضه إليه حذاراً من تسليط الكافر على المسلم ، إلا أن يسلم ، فيفوضه إليه ، ولو قتل مسلم ذمياً ، ثم ارتد ، أو جرحه ، ثم ارتد ، ثم مات المجروح ، فلا قصاص ، لعدم المكافأة حالة الجناية ، ولو قتل ذمي مسلماً ، ثم أسلم ، لم يسقط عنه القصاص ، ولو قتل عبد مسلم عبداً مسلماً لكافر ، فهل يثبت القصاص ، وجهان : أحدهما : وجوب

القصاص، وبه قال الشيخ أبو حامد والماوردي، وأصحهما عند المتأخرين، وهو اختيار القاضي أبي الطيب والقفال : لا قصاص ، لأنه لا يقتل بجزء الحرية جزء الحرية ، وبجزء الرق جزء الرق ، بل يقتل جميعه بجميعه ، ولهذا لو كان القتل خطأ ، أو آل الأمر إلى المال ، وأوجبنا نصف الدية ونصف القيمة مثلاً ، لانقول : نصف الدية في مال القاتل ، ونصف القيمة في رقبته ، بل يجب ربع الدية ، وربع القيمة في ماله ، وربع الدية وربع القيمة في رقبته ، وهذا متفق عليه ، ولو وقع الاستيفاء شائعاً ، لزم قتل البعض الحر بالبعض الحر والرقيق معاً .

فرع

قتل عبد مسلم حراً ذمياً ، أو حر ذمي عبداً مسلماً ، أو قتل كافر ابنه المسلم ، أو الابن المسلم أباه الكافر ، لا قصاص ، لأن الحر والمسلم والأب لا يقتل بمفضوله .

فرع

قتل المكاتب أباه وهو يملكه ، فلا قصاص على الأصح ، ولو قتل عبداً له غير أبيه ، فلا قصاص على المذهب ، وقيل : وجهان ، لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم .

قلت : إذا أوجبنا القصاص ، استوفاه سيد المكاتب ، لأنهما عبدان للسيد ، قتل أحدهما الآخر ، فهو كما لو قتله أجنبي . **وانتداهم**

الخصلة الثالثة : الولادة ، فلا قصاص على والد يقتل ولده ، والأم كالأب وكذلك الأجداد والجندات وإن علوا من قبل الأب والأم جميعاً ، وحكى ابن القاص وابن سلمة قولاً في الأجداد والجندات ،

وهو شاذ منكر ، قال الإمام : هذا لا يقبله الأصحاب منصوصاً ولا مخرجاً ، ولو حكم قاض بقتل الوالد بولده ، قال ابن كج : ينقض حكمه ، وليكن هذا فيما يوافقنا فيه مالك رحمه الله ، فإنه روي عنه أنه إن أضجمه وذبحه ، فعليه القصاص ، وإن حذفه بالسيف ، فلا ، لاحتمال قصده التأديب ، وعندنا : لافرق .

فرع

يقتل الولد بالوالد ، وكذا سائر المحارم بعضهم ببعض .

فرع

قتل الأب الرقيق عبد ابنه ، فلا قصاص ، لأن قصاصه لابنه ، ولو قتل الابن الرقيق عبد أبيه ، فلا لب القصاص .

فرع

لو قتل من يرثه ولد القاتل ، لم يجب القصاص ، مثاله : قتل زوجة ابنه ، أو زوجته وله منها ولد ، أو قتلت أم الولد سيدها وله منها ولد ، ولو ثبت عليه قصاص ، فورث ولده القصاص ، أو بعضه ، بأن قتل أبا زوجته ، ثم ماتت الزوجة ، ولها منه ولد ، أو قتل ابن عتيق ولده ثم مات العتيق وورثه الولد ، فلا قصاص ، وكذا لو ورث القاتل القصاص ، بأن قتل أحد الابنين أباه ، ثم مات الابن الآخر ، فورثه القاتل .

فرع

تداعى رجلان مولوداً مجهولاً ، ثم قتله أحدهما ، أو قتلاه ، فلا قصاص في الحال ، فإن ألحقه القائف بأحدهما ، وكانا مشتكين في

القتل ، فلا قصاص على الذي ألحق به ، ويقتص من الآخر ، وحكى ابن كج وجهاً شاداً أنه لا يقتص من الآخر ، لأن إلحاق القائف مبني على الأشباه ، وهو ضعيف ، فلا يرتب عليه القصاص الذي يسقط بالشبهات وإن كان القاتل أحدهما ، فألحقه بالآخر ، اقتص منه ، وكذا لو ألحقه بغيرهما ، ويعود فيه وجه ابن كج ، وإن رجعا عن الدعوة ، لم يقبل رجوعهما ، لأنه صار ابناً لأحدهما ، وفي رجوعه إبطال حق الولد ، وإن رجع أحدهما ، وأصر الآخر ، فهو ابن الآخر ، فيقتص من الراجع إن اشتركا في قتله ، أو إن انفرد هو بقتله ، هذا إذا لحق المولود أحدهما بالدعوة ، أما إذا لحق بالفراش ، بأن نكحت معتدة وأتت بولد يمكن كونه من الأول ومن الثاني ، أو فرض وطء شبهة ، فإنما يتعين أحدهما بإلحاق القائف ، أو بانتساب المولود بعد بلوغه ، فلو نفاه أحدهما ، فهل يتعين للثاني ، أم يبقى الإبهام حتى يعرض على القائف ، أو ينتسب؟ قولان ، أظهرهما : ثانيهما ، فإذا ألحقه القائف بأحدهما ، اقتص من الآخر إن انفرد بقتله ، أو شارك فيه ، وإن ألحقه بأحدهما ، أو انتسب بعد البلوغ ، فقتله الذي لحقه ، لم يقتص منه ، فإن أقام الآخر بينة بنسبه ، لحقه واقتص من الأول •

فرع

أخوان لأب وأم ، قتل أحدهما الأب والآخر الأم ، فلهما حالان ، أحدهما : أن يقتلاهما معاً ، والثاني : على التعاقب ، والاعتبار في المعية والتعاقب بزهوق الروح لا بالجرح •

الحال الأول : أن يقتلاهما معاً ، فكل واحد يستحق القصاص على الآخر ، فإن عفا أحدهما ، فللمعفو عنه أن يقتص من العافي ، وإن لم

يعف ، قدم للقصاص من خرجت قرعته ، وإذا استوفى أحدهما بقرعة ، أو بالمبادرة بلا قرعة ، فإن قلنا : القاتل بحق لا يحرم الميراث ، ولم يكن المقتص محجوباً ، سقط القصاص عنه ، لأنه ورث القصاص المستحق على نفسه ، أو بعضه ، وإن قلنا : يحرم الميراث وهو المذهب ، أو كان هناك من يحجبه ، فلوارث المقتص منه أن يقتص من المبادر •

الحال الثاني : أن يتعاقب القتلان ، فإن كانت الزوجية باقية بين الأب والأم ، فلا قصاص على القاتل أولاً ، ويجب على القاتل الثاني ، فإذا اقتص القاتل الأول من الثاني ، وقلنا : القاتل بحق يحرم الميراث ، أو كان المقتص محجوباً ، فلورثة المقتص منه نصيبه من دية القاتل الأول يطالبون به القاتل الأول ، وإن لم تكن الزوجية باقية بين الأب والأم ، فلكل واحد منهما حق القصاص على الآخر ، وهل يقدم بالقرعة ، أم يقتص من المبتدئ بالقتل ؟ وجهان ، ميل القاضي حسين والإمام إلى الأول ، وبالثاني أجاب الروياني وغيره •

قلت : لم يعبر عن ترجيح الوجهين بما ينبغي ، فقد قطع بالإقراع الشيخ أبو حامد والمحاملي وابن الصباغ وغيرهم ، وقطع بالثاني القاضي أبو الطيب والبغوي وغيرهما ، ونقله الإمام عن الأصحاب ، مع أنه رجح الإقراع ، والأرجح ما نقله عن الأصحاب • *واسمعلم*

ولو بادر من أردنا الاقتصاص منه بالقرعة أو لابتدائه بالقتل ، عاد النظر في أن القاتل هل يحرم الميراث وأنه هل خلف المقتول من يحجبه كما سبق ، وحكى الروياني عن الأصحاب فيما إذا وقع القتلان معاً ، وأقرعنا للابتداء ، فخرجت القرعة لأحدهما ، أنه لو وكل من خرجت قرعته وكيلاً ، جاز ، لأنه يقتص له في حياته ، ولو وكل الآخر ، لم يجز ، لأنه يقتص له بعد قتله ، ولا تبقى الوكالة حينئذ ، قال :

وعندي أن توكيله صحيح أيضاً ، ولهذا لو بادر وكيله ، فقتل ، لم يلزمه شيء ، لكن إذا قتل موكله ، بطلت الوكالة •

قلت : ولو وكل كل واحد من الأخوين وكيلاً قبل الإقراع ، صح ، ثم يفرع بين الوكيلين ، فإذا اقتص أحدهما ، انعزل الآخر •

والله أعلم

فرع

أربعة إخوة ، قتل الثاني أكبرهم ، ثم الثالث أصغرهم ، ولم يخلف القتيلان غير القاتلين ، فللثاني أن يقتص من الثالث ، ويسقط عن الثاني القصاص ، لأنه ورث ما كان الصغير يستحقه عليه •

فرع

قتل زيد ابناً لعمر ، وعمر ابناً لزيد ، وكل واحد من الأبوين متفرد بالإرث ، فلكل واحد منهما القصاص على الآخر ، وحكى ابن كج عن ابن أبي هريرة وابن القطان ، أنه لا قصاص بينهما ، بل يقع التقاص ، والصحيح الأول ، ولا بد من مجيء هذا الوجه في الأخوين •

قلت : قد صرح صاحب البيان بنقل الوجه في الأخوين عن ابن اللبان • والله أعلم

فرع

لو شهد الابن على أبيه بما يوجب القتل ، قبلت شهادته على الصحيح ، ونقل ابن كج عن ابن أبي هريرة أنها لا تقبل •

فرع

يكره للجلاد قتل والده حداً وقصاصاً •

فصل

فيما لا يؤثر اختلاف القاتل والمقتول فيه ، وفيه مسائل :

إحداها : يقتل الذمي بالمعاهد وبالعكس ، كما يستويان في الدية ، وفي الأول احتمال للإمام ، ولو أسر الإمام حربياً بالغاً ، فقتله ذمي قبل أن يرى الإمام إرقاقه أو غيره ، فلا قصاص ، لأنه على حكمه الذي كان حتى يرقه الإمام •

الثانية : يقتل الرجل بالمرأة ، وبالخشي ، وبالعكس ، كما يقتل العالم بالجاهل ، والشريف بالخسيس ، والشيخ بالصبي ، والشاب وبالعكس •

فرع

فيما لو قطع ذكر خشي مشكل وأنثياه وشفراه • وهو مبني على أصلين ، أحدهما : أنه هل يجب القصاص في شفري المرأة ؟ فيه خلاف ، والثاني : أن العضو الأصلي لا يقطع بزائد ، ويقطع الزائد بالزائد إذا اتحد المحل ، وسنذكر الأصلين إن شاء الله تعالى ، فإذا قطع رجل ذكر خشي مشكل وأنثيه وشفريه ، فلا قصاص في الحال ، لاحتمال أنه امرأة ، ثم إن صبر المقتوع إلى التبين ، فذاك ، فإن بان ذكراً اقتصر في الذكر والأنثيين ، وأخذ حكومة الشفرين ، وإن بان أنثى ، فلا قصاص ، وله دية الشفرين ، وحكومة الذكر والأنثيين ، وإن لم يصبر ، نظر ، إن قال : عفوت عن القصاص ، وطلب حقه من المال ، أعطي المستيقن ، وهو دية الشفرين وحكومة الذكر والأنثيين ، ثم إن بان أنثى ، فمعه حقه ، وإن بان ذكراً ، فله مائتان من الإبل عن الذكر والأنثيين ، وله حكومة الشفرين ، فيحسب ما كان معه ويعطى الباقي ، وحكى الإمام وجهاً أنه

إنما يعطى في الابتداء حكومة كل عضو ، لأنه المتيقن في ذلك العضو ، فلا نوجب دية الشفرين ، قال : وهذا ضعيف ، لأن استحقاق القدر المذكور متيقن ، وإن لم تتحقق جهته ، وإنما يصح ذلك إذا تعدد الجاني ، فقطع قاطع ذكره وأنثيه ، وآخر شفره ، وعفا عن القصاص ، فلا نوجب على كل واحد إلا حكومة ماقطعه ، وأما إذا لم يعف عن القصاص وطلب ما يجب له من المال مع القصاص ، فوجهان ، أحدهما : لانعطي شيئاً ، قاله ابن أبي هريرة والقفال ، لأننا لاندري ما الواجب ، وأصحهما : يعطى المستيقن مع القصاص ، وفي قدره ثلاثة أوجه ، أحدها : أقل الحكومتين من حكومة الشفرين على تقدير الذكورة ، وحكومة الذكر والأنثيين على تقدير الأنوثة ، والثاني : حكومة العضو المقتطوع آخراً ، لأنه قطعه والدم سائل من الأول ، فحكومته أقل ، وأصحها : يعطى أقل الأمرين من حكومة الشفرين بتقدير الذكورة ، وحكومة الذكر والأنثيين مع دية الشفرين ، أما إذا قطعت امرأة ذكر الخنثى وأنثيه وشفره ، فإن صبر إلى التبين ، توقفنا كما في الرجل ، فإن بان ذكراً ، فله ديتان للذكر والأنثيين وحكومة الشفرين ، وإن بان أنثى ، فلهما حكومة الذكر والأنثيين والقصاص في الشفرين ، إن أجرينا فيهما القصاص ، وإلا فلهما ديتهما أيضاً ، وإن لم يصبر ، بني على أن القصاص هل يجري في الشفرين ؟ إن قلنا : نعم ، قيسست الصورة بما ذكرنا في الرجل ، فإن عفا عن القصاص ، سلم إليه دية الشفرين وحكومة الذكر والأنثيين ، وإن لم يعف ، ففي وجه ، لا يعطى شيئاً ، وفي وجه ، يعطى أقل الحكومتين ، وفي وجه ، حكومة المقتطوع آخراً ، وفي وجه ، حكومة الذكر والأنثيين ليقع القصاص في الشفرين ، وإن قلنا : لا يجري القصاص فيهما ، فالحكم كما لو أجريناه ، فعفا ، ولو قطع رجل ذكره وأنثيه ، وأمرأة شفره ، ولم يعف ، لم يطالب واحد منهما

بمال لتوقع القصاص في حق كل واحد بناء على جريان القصاص في الشفرين ، فإن منع ، فلا يوقع فيهما ، فتجب حكومتها على المرأة ، وإن قطع رجل شفرية، وامرأة ذكره وأثثيه، فلا مجال للقصاص، فيطالب كل واحد بحكومة ما قطع ، ولو قطع مشكل جميع ذلك من مشكل ، فلاقصاص في الحال، فإن باناً ذكرين، أو أنثيين ، قطع الأصلي بالأصلي، والزائد بالزائد إن تساوى الزائدان ، وإلا ففي الزائد الحكومة ، وإن بان أحدهما ذكراً والآخر أنثى ، فقد سبق حكمه ، ولو عفا المقطوع قبل التبين ، دفع إليه المتيقن، وهو دية الشفرين ، وحكومة الذكر والأنثيين، وإن لم يعف ، فقد نقل الإمام وأبو الحسن العبادي : أنه يدفع إليه أقل الحكومتين ، والصحيح أنه لا يدفع إليه شيء في الحال ، لأن القصاص متوقع في الجميع ، وبيان حال الخنثى قد يكون بشيء من العلامات الحسية ، كالبول والمني ونحوهما ، فحكمه كما ذكرنا ، وقد يكون بالرجوع إلى قوله وإخباره عن ميله إلى الرجال أو النساء ، فإن أخبر عن حاله ، ثم جني عليه ، اعتمدنا قوله ، فإذا قال : أنا رجل ، ثم قطعه رجل، أوجبنا القصاص ، وإن جني عليه، ثم قال : أنا رجل، فهل يقبل قوله لإيجاب القصاص ولا يجب دية الذكر والأنثيين ؟ فيه وجهان، أحدهما : نعم ، كما قبل الجناية ، وأصحهما على ما ذكره القفال والإمام : المنع ، لأنه متهم ، وشبهوا بما إذا شهد برؤية هلال شوال ، فردت شهادته ، ثم أكل ، لا يعزر ، ولو أكل ثم شهد ، عزر للتهمة ، وبما لو ثبت بشهادة رجل وامرأتين أنه غصب ، ثم قال : إن كنت غصبت فامرأتي طالق ، يقع الطلاق ، ولو قال أولاً : إن غصبت فهي طالق ، فشهد رجل وامرأتان بغصبه ، لا تطلق على الأصح ، ولو اختلف الجاني والمقطوع ، فقال الجاني : أقررت بأنك امرأة ، فلا قصاص لك ، وقال : بل قلت : إني رجل ، فقولان وأظهرهما : القول قول الجاني ، لأن

الأصل براءته من القصاص ، وهذا نصه في مواضع ، والثاني : قول المقطوع ، لأنه أعرف بحاله •

فرع

لو قطع الخنثى المشكل ذكر رجل وأنثيه ، وقف ، فإن بان ذكراً ، اقتص منه ، وإن بان أنثى ، فعليه ديتان ولا قصاص ، فإن طلب منه مالا قبل التبين ولم يعف ، لم يعط ، لأن القصاص متوقع •

فرع

لو قطعت يد الخنثى ، وجب القصاص ، سواء قطعها رجل أو امرأة ، فلو آل الأمر إلى المال ، لم يؤخذ إلا اليقين ، وهو نصف دية المرأة ، وكذا لو قتل لا تؤخذ إلا دية امرأة •

المسألة الثالثة : إذا قتلت الجماعة واحداً ، قتلوا به ، سواء قتلوه بمحدد أو مثقل ، أو ألقوه من شاهق ، أو في بحر ، أو جرحوه جراحات مجتمعة أو متفرقة ، وأثبت ابن الوكيل قولاً أن الجماعة لا يقتلون بالواحد ، ونقل الماسرجسي عن القفال قولاً قديماً أن البولي يقتل واحداً من الجماعة أيهم شاء ، ويأخذ حصة الآخرين من الدية ، ولا يقتل الجميع ، ويكفي للزجر كون كل واحد منهم خائفاً من القتل ، وهذان القولان شاذان واهيان ، والمشهور قتل الجماعة بالواحد ، ثم للولي أن يقتل جميعهم ، وله أن يقتل بعضهم ، ويأخذ حصة الباقيين من الدية ، وله أن يقتصر على الدية ، فتكون على جميعهم دية واحدة موزعة على عددهم ، سواء كانت جراحة بعضهم أفحش أو عدد جراحات بعضهم أكثر ، أم لم يكن شيء من ذلك ، وسواء كان لجراحة بعضهم أرش مقدر ، أم لم يكن ، ثم إذا كانت الجماعة عشرة مثلاً ، فالولي يستحق دم كل واحد بكماله ، وعن الحلبي أنه إنما يستحق عشر دم كل

واحد ، لكنه يجوز قتله ، لأنه لا يمكن استيفاؤه إلا باستيفاء الباقي ،
والصواب الأول ، وبه قطع الجمهور ، قال الإمام : قول الحليمي بعيد ،
وكيف يريق تسعة أعشار دم غير مستحقة لتحصيل عشر •

المسألة الرابعة : إذا قتل واحد جماعة ، يقتل بأحدهم ووجبت
دية الباقي في ماله ، وسيأتي القول فيمن يقتل به في بابه إن شاء الله تعالى ،
ولو قطع أيدي جماعة ، قطع بواحد ، وللباقي الدية ، وحكى الروياني
وجهاً أنه إذا وقعت الجنايات معاً ، قتل ، أو قطع بهم جميعاً ، ويرجع
كل واحد من المستحقين إلى حصته من الدية ، وهذا شاذ ضعيف ، هذا
إذا كان القاتل حراً وقتل الجماعة في غير المحاربة ، فإن كان عبداً ، أو
قتل في المحاربة ، فسيأتي إن شاء الله تعالى •

فصل

في اجتماع سببين مختلفين في اقتضاء القصاص •

الجنايات الصادرة من جماعة الواردة على واحد المستعقبه موته إن
كانت بحيث يجب القصاص لو انفردت كل واحدة ، وجب القصاص على
الشركاء كما سبق ، وإلا فيما أن لا يجب القصاص بواحدة منها لتقاعده الفعل
عن إيجاب القصاص بأن قتلوه خطأ ، أو لعدم الكفاءة بأن قتل حران عبداً ، فلا
قصاص ، وإما أن يجب القصاص ببعضها دون بعض ، ولعدم الوجوب
في حق البعض أسباب ، أحدها : أن تكون جناية بعضهم ضعيفة لا تؤثر
في الزهوق كالخدشة الخفيفة فلا اعتبار بها ، وكأنه لم توجد سوى
الجنايات الباقية • الثاني : أن يغلب بعضها بقوته بحيث يقطع نسبة
الزهوق إلى سائر الجنايات ، بأن جرحه جماعة ، ثم حز رقبتة آخر ،
فقصاص النفس على الحاز ، وأما الأولون ، فجارحون ، يتعلق بفعلهم
مقتضاه من قصاص أو دية مغلظة أو مخففة ، وقد سبق بيانه في الطرف

الرابع من الركن الأول ، وعد من نظائره أن يصعد به على كرسي ، ويربط في عنقه حبلًا ، ويشده إلى فوق ، فيجىء آخر فينجي ما تحت قدميه ، فالقاتل هو المنجي . الثالث : أن تندمل بعض الجراحات ، ثم يوجد الباقي ، فعلى من أندملت جراحته ما تقتضيه جراحته ولا يلزمه قصاص النفس ، لأن القتل هو الجراحة السارية ، وإذا جرحه اثنان متعاقبان ، وادعى الأول الاندمال ، وأنكر الولي ، فلا قصاص على الأول ، وإذا عفا عن الثاني ، لم يأخذ منه إلا نصف الدية ، وإنما يأخذ منه كمال الدية إذا قامت بينة بالاندمال ، الرابع : أن يكون فعل أحدهما خطأ ، بأن جرحه أحدهما عمدًا ، والآخر خطأ ، فلا قصاص على واحد منهما ، وعلى عاقلة المخطيء نصف دية الخطأ ، وفي مال العامد نصف دية العمد إن كانت جناية لا توجب قصاصاً ، أو آل الأمر إلى الدية ، فإن قطع طرفاً ، فعليه قصاصه ، وكذا لو جرح أحدهما عمدًا ، والآخر شبه عمد ، لا قصاص على واحد منهما ، وتجب نصف دية شبه العمد على عاقلة صاحبه ، وحكى الروياني في « جمع الجوامع » أنه قيل : إن للشافعي رحمه الله قولاً أنه يجب القصاص على شريك المخطيء ، ذكره المزني في العقارب وتمنى الإمام أن يكون هذا قولاً في المذهب ، والمشهور المنصوص في كتب الشافعي وقطع به الأصحاب ، أنه لا قصاص . الخامس : أن يمتنع القصاص من بعضهم لمعنى فيه ، فله حالان ، أحدهما : أن يكون فعل من لا قصاص عليه مضموناً ، بأن شارك الأب أجنبياً في قتل الولد ، فعلى الأجنبي القصاص ، وعلى الأب نصف الدية المغلظة ، ومثله لو شارك حر عبداً في قتل عبد أو مسلم ذمياً في قتل ذمي ، لا قصاص على الحر والمسلم ، ويجب على العبد والذمي ، ولو جرح ذمي ذمياً ، ثم أسلم المجروح ، فجرحه مسلم ، أو

جرح عبد عبداً ، ثم عتق المجروح ، فجرحه حر ومات منهما ، فعليهما القصاص ، لأن كل واحد لو انفرد بجنايته لزمه القصاص .

الحال الثاني : أن لا يكون مضموناً ، بأن جرح حربي ومسلم مسلماً ، ومات منهما ، أو قطعت يد انسان في سرقة أو قصاص ، ثم جرحه رجل عدواناً ، أو جرح مسلم مرتداً أو حريباً ، ثم أسلم ، فجرحه غيره ، أو جرح ذمي حريباً ، ثم عقدت الذمة للمجروح ، فجرحه ذمي آخر ، أو جرح صائلاً ، ثم جرحه غيره ، ففي وجوب القصاص في الصور ، قولان ، أظهرهما : الوجوب كشريك الأب ، والثاني : لا ، بل عليه نصف الدية ، ولو جرحه سبع ، أو لدغته عقرب أو حية ، وجرحه مع ذلك رجل ، فطريقان ، أشهرهما : طرد القولين ، والثاني : القطع بأن لاقصاص ، وهذا أصح عند القاضي حسين ، والإمام والغزالي ، وموضع الطريقين فيما يقتضيه كلام الإمام أن يقصد السبع الجراحة ، فأما إذا وقع السبع عليه بلا قصد ، فلا قصاص قطعاً ، وقال البغوي : لا فرق بين أن يقصده السبع بالجرح أم لا ، فيه الطريقان ، ثم الخلاف فيما إذا كان جرح السبع بحيث يحصل منه الموت غالباً ، وإلا فشريكه شريك الجارح شبه عمد ، ولو جرح رجل عبده ، وجرحه عبد ، أو عتق ، فجرحه عبد ، أو حر ثم مات منهما ، ففي وجوب القصاص على شريك السيد طريقان ، أشهرهما ، طرد القولين ، والثاني : القطع بالوجوب ، لأن فعل السيد مضمون بالكفارة ، فشريكه شريك عامد ضامن ، كشريك الأب ، ولو جرح نفسه ، وجرحه غيره ، بني على أن قاتل نفسه هل عليه كفارة ؟ إن قلنا : نعم ، فكشريك السيد ، وإلا فكشريك الحربي ، وكيف كان فالمذهب الوجوب ، ولو رمى اثنان سهمين إلى مسلم في صف الكفار ، وقد علم أحدهما أنه مسلم ، ولم يعلم

الآخر أن هناك مسلماً ، فوجوب القصاص على العالم مبني على الخلاف
في شريك السيد ، لأن فعل الجاهل مضمون بالكفارة •

فرع

وجوب القصاص على شريك الصبي والمجنون العامدين ، يبنى
على أن عمدها عمد أم خطأ ؟ إن قلنا : عمد وهو الأظهر ، وجب ، وإلا
فلا ، كذا أطلقه مطلقون ، وعن القفال وغيره أن الخلاف في صبي يعقل
عقل مثله ، وفي مجنون له نوع تمييز ، فأما من لا تمييز له بحال ، فعمره
خطأ ، وشريكه شريك مخطيء قطعاً ، وعلى هذا جرى الأئمة ، منهم
البلغوي •

فرع

إذا جرح شخص شخصاً جراحتين إحداهما : عمد ، والأخرى :
خطأ ، فمات بهما ، فلا قصاص في النفس ، لأن الزهوق لم يحصل بعمد
محض ، وتجب نصف الدية المغلظة في ماله ، ونصف المخففة على عاقلته ،
وقد يتعلق القصاص بجراحة العمد ، بأن تكون قطع طرف ، وكذا لو
جرح حريباً أو مرتداً ، فأسلم ، فجرحه ثانياً ، أو قطع يد إنسان قصاصاً ،
أو بسرقة ، ثم جرحه ، أو قطع يده الأخرى ظلماً ، أو قطع الصائل دفعاً ،
فلما ولي ، جرحه ، أو قطع يده الأخرى ، فلا قصاص في النفس ، ويثبت
موجب الجراحة الواقعة في حال العصمة من قصاص ، أو دية مغلظة ،
وكذا لو جرح العادل الباغي في القتال ، ثم جرحه بعده ، أو السيد عبده
ثم جرحه بعد عتق ، أو جرح حربي مسلماً ، ثم أسلم الجارح ، وجرحه
ثانياً ، ولو قطع مسلم يد ذمي ، فأسلم ، فقطع يده الأخرى ، أو حر يد
عبد ، فعتق ، فقطع يده الأخرى ، ومات بالسراية ، فلا قصاص في النفس ،

ويجب قصاص الطرف المقطوع بعد الإسلام والحرية ، فإن اقتص في الطرف ، أخذ نصف الدية ، وإن عفا ، أخذ دية حر مسلم ، ولو قطع ذمي يد ذمي ، فأسلم القاطع ، ثم قطع يده الأخرى ، ومات بالسراية ، فلا قصاص في النفس ، ويجب قصاص الطرف المقطوع أولاً ، فإن عفا المستحق ، أخذ دية ذمي .

فرع

إذا داوى المجروح نفسه بسم قاتل ، بأن شربه ، أو وضعه على الجرح ، فإن كان السم مذفقاً ، فالمجروح قاتل نفسه ، وليس على الجارح قصاص في النفس ، وإنما عليه أرش جراحته أو القصاص إن تعلق بها قصاص طرف ، وإن كان السم مما لا يقتل غالباً ، فالجارح شريك لصاحب شبه عمد ، فلا قصاص عليه في النفس ، بل عليه نصف الدية المغلظة ، أو القصاص في الطرف إن اقتضته ، وإن كان السم قاتلاً غالباً فإن لم يعلم المجروح ذلك ، فهو كالحالة الثانية ، وإن علمه ، ففي وجوب القصاص على الجارح طريقان ، أحدهما : أنه كشريك جارح نفسه ، والثاني : لا يجب قطعاً ، لأنه شريك مخطيء ، لكونه قصد التداوي لا الإهلاك .

فرع

لو خاط جرحه في لحم ميت ، لم يؤثر ، لأنه لا يؤلم ، وعلى الجارح القصاص ، أو كمال الدية ، وإن خاطه تداوياً في لحم حي ، وكان ذلك مما يقتل غالباً ، ففي وجوب القصاص على الجارح الطريقان في التداوي بالسم القاتل غالباً ، وفي الصورتين لافرق بين أن يفعل المجروح ذلك بنفسه ، أو يأمر به ، ولا شيء على المأمور ، ولو استقل به غيره ، فهو والأول جارحان متعديان ، ولو تولاه الإمام في مجروح ، فإن كان بالغاً رشيداً ، فكذلك ، لأنه لا ولاية له عليه ، وإن كان صغيراً أو مجنوناً ،

فداواه لمصلحته ، فمات ، ففي وجوب القصاص على الإمام قولان ، كما لو قطع سلعة من صغير ، أو مجنون ، فمات منه ، فإن قلنا : لا قصاص ، وجب نصف دية مغلظة ، وهل هي على عاقلة الإمام أم في بيت المال ؟ فيه القولان المعروفان ، وحكم الجارح يبنى على الخلاف فيما إذا تولاه المجروح بنفسه ، فإن جعلنا وجوب القصاص عليه على الخلاف في مشاركة العائد الذي لا يضمن ، لم يجب هنا القصاص ، لأنه شارك من فعله مضمون بالقصاص ، أو الدية ، وإن نزلنا المجروح منزلة المخطئ لقصده التداعي ، ولم نوجب القصاص على شريكه ، فكذا هنا ، ولو قصد الخياطة في لحم ميت ، فغلط وخاط في حي ، فالجارح شريك مخطئ قطعاً ، قال القفال : وكذا لو قصد الخياطة في الجلد فغلط وأصاب الإبرة اللحم ، وأما الكي فكالخياطة ، فينظر أكوى لحمًا ميتاً أو حياً يؤلم وله سראה ، ولا اعتبار بالمداواة بما لا يضر ، ولا يخشى منه هلاك ، ولا بما على المجروح من قروح ، ولا بما به من مرض وضئى .

فرع

قطع أصبع رجل ، فتآكل موضع القطع ، فقطع المقطوع كفه خوفاً من السراية ، نظر ، إن لم يتآكل إلا موضع القطع ، فليس على الجاني إلا القصاص في الأصبع ، أو أرشها إن لم يسر إلى النفس ، فإن سرى ، ففي وجوب القصاص على الجاني في النفس ، الخلاف المذكور في الخياطة ، وإن سرت الجناية إلى الكف ، ثم قطعها ، نظر ، أقطع في لحم ميت أم في حي ، ويكون الحكم كما ذكرنا في الخياطة ، ولو جرح عضواً ، فداواه المجروح فتآكل العضو ، فسقط ، فإن كان ماداواه به لا يورث التآكل ، فعلى الجارح ضمان العضو ، وإن كان يورث التآكل فليس عليه إلا أرش الجراحة ، فلو قال الجاني : داويت بما يحدث منه التآكل ، وأنكر المجني عليه ، صدق المجني عليه يمينه ، لأن الجناية معلومة ، وغيرها

من الأسباب غير معلوم ، قال البغوي : ويحتمل أن يقال : المصدق الجاني يمينه ، لأن الأصل براءته ، ولو قطع يد إنسان ومات المقطوع ، فقال الوارث : مات بالسراية ، وقال الجاني : بل قتل نفسه ، فأيهما المصدق يمينه ؟ وجهان ، أصحهما : الوارث ، وهو نصه في «الأم» .

فرع

ضرب جماعة رجلاً بسياط ، أو عصى خفيفة حتى قتلوه ، نظر ، إن كانت ضربات كل واحد منهم قاتلة لو انفردت ، فعليهم القصاص ، وإن آل الأمر إلى الدية ، فهل توزع عليهم على عدد الضربات ، أم على عدد الرؤوس ؟ قولان ، أرجحهما الأول ، لأن الضربات تلاقي ظاهر البدن ، فلا يعظم فيها التفاوت بخلاف الجراحات ، وإن لم يكن ضرب كل واحد قاتلاً ، بأن ضربه كل واحد من العدد الكثير ضربة ، فمات ، فثلاثة أوجه ، أحدها : لا قصاص على واحد ، والثاني : يجب على الجميع القصاص ، لئلا يصير ذريعة إلى القتل ، وأصحها : أنهم إن تواطؤوا على أن يضربوه تلك الضربات ، فعليهم القصاص ، وإن وقعت اتفاقاً ، فلا ، وإذا لم نوجب القصاص ، وجبت الدية قطعاً ، كذا قاله الإمام ، وذكر البغوي أنه لو ضربه واحد سوطين ، أو ثلاثة ، وآخر خمسين سوطاً ، أو مائة قبل زوال ألم الأول ، ولا تواطؤ ، فلا قصاص على واحد منهما ، لأن ضرب الأول شبه عمد ، والثاني شريك له ، ويجب بضرب الأول نصف دية شبه العمد ، وبضرب الثاني نصف دية العمد ، وأنه لو ضربه واحد خمسين ، ثم ضربه الآخر سوطين قبل زوال ألم الأول ، فإن كان الثاني عالماً بضرب الأول ، فعليهما القصاص لظهور قصد الإهلاك فيهما ، وإن كان جاهلاً ، فلا قصاص على واحد منهما ، لأنه لم يظهر قصد الإهلاك من الثاني ، والأول شريكه ، ويجب بضرب الأول نصف

دية العمد ، وبضرب الثاني نصف دية شبه العمد ، وفرق بينه وبين ما إذا ضرب مريضاً سوطين ، جاهلاً مرضه ، حيث يجب القصاص ، بأن هناك لم يجد من يحيل عليه القتل سوى الضارب ، وليكن الحكم بتنصيف الدية في الصورتين تقريباً على أن التوزيع على الرؤوس دون الضربات .

فرع

جرحه رجل ، ونهشته حية ، ومات منهما ، فالجراح شريك الحية وقد سبق بيان القصاص ، وإذا آل الأمر إلى المال ، فعليه نصف الدية ، ولو جرحه مع ذلك سبع ، فوجهان ، أحدهما : عليه ثلث الدية ، والثاني : نصفها ، ويجعل غير الآدمي جنساً .

باب

تغير حال المجروح بين الجرح والموت

للتغير أحوال :

أحدها : أن يطرأ المضمن وفيه مسائل : إحداها : إذا جرح مرتداً أو حريباً بقطع يد أو غيره ، ثم أسلم ، أو عقدت للحربي ذمة ، ثم مات من تلك الجراحة ، فلا قصاص قطعاً ، ولا دية على الصحيح المنصوص ، وقيل : لادية قطعاً ، لأنه قطع غير مضمون ، فلم تضمن سرايته ، كسراية القصاص والسرقة .

الثانية : جرح حربي مسلماً ، ثم أسلم ، أو عقدت له ذمة ، ثم مات المجروح ، قطع البغوي بأنه لا ضمان ، ونقل بعضهم لزوم الضمان ، لأنه مضمون في الحالين .

قلت : الصحيح : لا ضمان . والله أعلم

الثالثة : جرح عبد نفسه ، ثم أعتقه ، فمات بالسراية ، فلا ضمان على السيد على المذهب والمنصوص ، وقيل : قولان ، ثانيهما : وجوب الدية .

الرابعة : رمى مرتداً أو حريباً ، فأسلم ، ثم أصابه السهم ، فلا

قصاص لعدم الكفاءة في أول أجزاء الجناية ، وتجب الدية على المذهب وهو المنصوص ، وقيل : لا تجب ، وقيل : تجب في المرتد دون الحربي ، لأن المرتد لا يجوز لغير الإمام قتله ، ولأن المرتد يقتل بالسيف ولا يرشق بالنشاب ، فرشقه ممنوع ، ويجري الخلاف فيما إذا رمى إلى قاتل أبيه ، ثم عفا عنه قبل الإصابة ، وهو أولى بالوجوب من المرتد ، وفيما إذا رمى إلى عبد نفسه ، ثم أعتقه قبل الإصابة ، وهو أولى بالوجوب ، لأن العبد معصوم مضمون بالكفارة .

الخامسة : حفر بئراً في محل عدوان ، فتردى فيها مسلم كان مرتدأ وقت الحفر ، أو حر كان عبداً ، وجبت الدية بلا خلاف ، لأن الحفر ليس سبباً ظاهراً للإهلاك ، ولا يتوجه نحو معين فلا يؤثر وجوده في زمن الإهدار بخلاف الرمي .

فرع

لو تغير حال الرامي ، بأن رمى حربي إلى مسلم ، ثم أسلم قبل الإصابة ، ففي وجوب الضمان وجهان .

فرع

إذا قلنا بوجوب الضمان فيما إذا جرح حريباً ، فأسلم ثم مات ، وفيما إذا جرح عبد نفسه ، ثم أعتقه فمات ، فالواجب دية حر مسلم ، وكذلك في مثلهما من صور الرمي . ثم الذي رأى الإمام القطع به وتابعه عليه الغزالي أن الدية في طريان الإسلام والعتق بعد الجرح تكون مخففة ، وعلى العاقلة ، كما لو رمى إلى صيد ، فأصاب آدمياً ، وأما في طريانهما بعد الرمي ، ففي الدية الواجبة خلاف مذكور في الديات .

الحال الثاني : أن يطرأ المهدر ، فإذا جرح مسلماً ، ثم ارتد ، ثم مات بالسراية ، أو ذمياً ، فنقض العهد ، ثم مات ، فلا يجب قصاص النفس ، ولا ديتهما ، ولا الكفارة ، لأنها تلفت وهي مهدرة ، وأما ما يتعلق بالجراحة ، ففيه صورتان ، إحداهما : أن تكون الجراحة مما يوجب القصاص ،

كالموضحة وقطع اليد ، ففي وجوب القصاص في الموضحة والطرف ، قولان ، أظهرهما : الوجوب ، فعلى هذا قال الشافعي رحمه الله في « المختصر » : لوليه المسلم أن يقتص ، فقليل : أراد بالولي ، السلطان ، لأنه وارث للمرتد ، وقال الجمهور : يستوفيه قريبه الذي كان يرثه لولا الردة ، لأن القصاص للتشفي ، وذلك يتعلق بالقريب دون السلطان ، فعلى هذا لو كان القريب صغيراً أو مجنوناً انتظر بلوغه وإفاقة ليستوفي . الصورة الثانية : أن تكون الجراحة موجبة للمال دون القصاص ، كالجائفة والهاشمة ، أو من جنس ما يوجب القصاص ، وقلنا : لا قصاص ، أو عفي عنه ، فهل يجب المال ؟ وجهان ، ويقال : قولان ، أصحهما : الوجوب ، فعلى هذا فيما يجب وجهان ، أصحهما ويحكمى عن النص : أنه يجب أقل الأمرين من الأرض الذي تقتضيه الجراحة ودية النفس ، والثاني ، وبه قال الاصطخري : يجب أرض الجراحات بالغاً ما بلغ ، فيجب فيما إذا قطع يديه ورجليه ديتان ، وعلى كل حال فالواجب فيء لا يأخذ القريب منه شيئاً ، هذا إذا طرأت الردة بعد الجرح ، فلو طرأت بعد الرمي وقبل الإصابة ، فلا ضمان باتفاقهم •

فرع

قطع يده ، ثم ارتد المقطوع ، واندمل جرحه ، فله قصاص اليد ، فإن مات قبل أن يقتص ، اقتص وليه ، ومن الولي ؟ فيه الخلاف السابق ، فإن كانت الجناية توجب المال ، قال البغوي : إن قلنا : ملكه باق ، أخذه ، وإن قلنا : زائل ، وقف ، فإن عاد إلى الإسلام ، أخذه ، وإلا ، أخذه الإمام .

الحال الثالث : أن يتخلل المهدر بين الجرح والموت ، فإذا جرح مسلم مسلماً ، ثم ارتد المجروح ، ثم أسلم ومات بالسراية ، وجبت الكفارة قطعاً ، وأما القصاص ، فنص أنه لا يجب ، ونص فيما إذا جرح ذمي ذمياً ،

أو مستأمناً فنقض العهد ، والتحق بدار الحرب ، ثم جدد العهد ، ومات بالسراية ، أن في وجوب القصاص قولين ، وللأصحاب طريقان ، أصحهما في المسألتين ، قولان ، أحدهما : وجوب القصاص ، لأنه مضمون بالقصاص في حالتي الجرح والموت ، والثاني : لا ، لتخلل حالة الإهدار ، والطريق الثاني : تنزيل النصين على حالين ، فحيث قال : لا قصاص ، أراد إذا طالت مدة الإهدار ، بحيث يظهر أثر السراية ، وحيث قال : يجب ، فذلك إذا قصرت المدة بحيث لا يظهر للسراية أثر ، وإذا قلنا بطريقة القولين ، ففي موضعهما طريقان ، أحدهما : تخصيصهما بما إذا قصرت المدة ، فإن طالت ، لم يجب القصاص قطعاً ، والثاني : طردهما في الحالين قاله ابن سريج وابن سلمة وابن الوكيل ، والأصح عند الجمهور : تخصيص القولين بقصر المدة ، والأظهر منهما عند الجمهور ، أنه لا قصاص ، وأما الدية ، ففيها أقوال ، أظهرها عند الجمهور : يجب كمال الدية ، والثاني : نصفها ، والثالث : ثلثاها ، والرابع : أقل الأمرين من كل الدية وأرش الجراحة ، وهذان الأخيران مخرجان ، ثم قال الجمهور : تختص الأقوال بما إذا طالت مدة الإهدار ، فإن قصرت ، وجب كل الدية قطعاً ، وقيل بطردها في الحالين ، قال الإمام : وإذا أوجبنا القصاص ، فالأمر إلى المال ، ففيه هذا الخلاف ، وقال البغوي : إذا أوجبنا القصاص ، فعني ، وجب كمال الدية بلا خلاف ، وإنما الخلاف إذا لم نوجب قصاصاً ، وهذا أرجح .

فرع

رمى إلى مسلم فارتد وعاد إلى الإسلام ، ثم أصابه السهم ، فلا قصاص على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، قال الإمام : ويجيء فيه قول . الحال الرابع : أن يطرأ ما يغير قدر الدية ، فيجب ما يقتضيه يوم الموت ، لأن الضمان بدل التالف ، فيعتبر وقت التلف ، وقد يكون التغير

من الأكثر إلى الأقل ، وقد ينعكس ، مثال الأول : جنى على نصراني ، فتمجس ثم مات ، فإن قلنا : يقر النصراني إذا تمجس على التمجس ، فعلى الجاني دية مجوسي ، وإن قلنا : لا يقر ، فهو كما لو ارتد المجروح ومات ، فعلى الأصح : يجب الأقل من أرش الجناية على نصراني ودية نفسه ، وعلى قول الاصطخري : يجب الأرش بالغاً ما بلغ ، ولو جرح نصرانياً ، فنقض المجروح العهد ، والتحق بالحرب ، ثم سبي واسترق ، ومات بالسراية ، فلا قصاص في النفس ، ويجب قصاص الطرف إن كانت الجناية بقطع طرف ، وإن أراد المستحق المال ، ففيما يجب ، قولان ، أحدهما : أقل الأمرين من أرش جنايته حراً ، وكمال قيمته عبداً ، وعلى هذا هو لورثته النصاري ، سواء كانوا عندنا أم في دار الحرب ، كذا حكاه ابن كج والرويانى ، وفي قول غريب ، يكون لبيت المال •

قلت : قد جزم البغوي على هذا القول بأنه لسيده ، لأنه بدل روحه وكانت ملكه • والله أعلم

وأظهرهما : أن الواجب قيمته بالغة ما بلغت ، وعلى هذا إن كانت القيمة والأرش سواء ، أو كانت القيمة أقل ، فالواجب للوارث ، وإن كان القيمة أكثر ، فقدر الأرش للوارث ، والباقي للسيد ، ولو أن الذي ملكه أعتقه ، فمات حراً فقولان في أن الواجب أقل الأمرين من الأرش ، ودية حر ذمي ، وعلى القولين فالواجب لورثته ، ولو أسلم وعتق ومات ، ففي القصاص قولان ، وفي المال الواجب قولان ، هل هو دية حر مسلم ، أم أقل الأمرين من الأرش ودية حر مسلم ؟ وعلى القولين ، فهو لورثته المسلمين • مثال العكس : جرح ذمياً ، فأسلم ، أو عبداً لغيره ، فعق ، ثم مات ، نظر ، إن مات بعد الاندمال ، وجب أرش الجناية ، ويكون الواجب في العبد لسيده ، فلو قطع يديه ، أو فقا عينيه ، لزمه كمال قيمته ، سواء كان العتق قبل الاندمال أم بعده ، وقيل : إن كان الاندمال

بعد العتق ، فعليه دية حر ، والصحيح الأول ، وإن مات بالسراية ، لم يجب قصاص النفس إذا كان جراح الذمي مسلماً ، وجراح العبد حراً ، وتجب فيه دية حر مسلم ، لأنه كان مضموناً أولاً ، وهو في الانتهاء حر مسلم ، ولا فرق بين أن تكون القيمة أقل من الدية ، أو أكثر ، حتى لو فقأ عيني عبد قيمته تساوي مائتين من الإبل ، أو قطع يديه ، لم يجب إلا مائة ، ثم إن كانت الدية مثل القيمة أو أقل ، فالجميع للسيد ، وإن كانت أكثر ، فالزيادة على القيمة للورثة ، لأنها وجبت بالحرية ، وقال المزني : إذا كانت القيمة أكثر ، وجبت بكمالها للسيد ، ولو قطع إحدى يدي عبد ، فعتق ومات بالسراية ، أوجبنا كمال الدية ، وفيما للسيد منها قولان ، أحدهما : أقل الأمرين من كل الدية ، وكل القيمة ، وأظهرهما : أقل الأمرين من كل الدية ، ونصف القيمة ، وهو أرش الطرف المقطوع في ملكه .

فصل

قطع يد عبد ، فعتق ، ثم جاء آخر ، فقطع يده الأخرى ، أو رجله ، نظر ، إن اندملت الجراحتان ، فلا قصاص على الأول إن كان حراً ، وعليه نصف القيمة للسيد ، وعلى الثاني القصاص ، أو نصف الدية ، وإن مات منهما ، فلا قصاص على الأول في النفس ، ولا في الطرف إن كان حراً ، وأما الثاني ، فللوارث أن يقتص منه في الطرف ، وكذا في النفس على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وقيل : لا قصاص ، وقيل : قولان كشريك المبيع ، وإذا أوجبنا القصاص ، فعفا المستحق ، فعليه كل الدية للسيد ، أقل من نصف الدية ونصف القيمة ، ويكون حقه فيما يجب على الأول دون الثاني ، وإن اقتص الوارث من الثاني ، بقي على الأول نصف الدية ، فإن كان قدر نصف القيمة أو أقل ، أخذه السيد ، وإن كان أكثر ،

فالزيادة للوارث ولو قطع حر يد عبد ، فعتق ، ثم قطع يده الأخرى ، فمات منها ، فللوارث القصاص في الطرف الثاني ولا يجب قصاص النفس على الصحيح ، فلو غفا المستحق عن قصاص الطرف ، ففيهما الدية ، وإن استوفاه ، بقي نصف الدية ، وحكم مالسيد في الحالين على ما ذكرنا فيما إذا كان القاطع غيره ، ولو قطع إصبع عبد ، فعتق ، ثم قطع آخر يده ، ومات منها ، فعليهما الدية ، وللسيد على أحد القولين : الأقل من نصف الدية ، ونصف القيمة ، وعلى الأظهر : الأقل من نصف الدية ، وعشر القيمة .

فرع

قطع إحدى يدي عبد ، فعتق ، ثم جرحه رجلان ، بأن قطع أحدهما يده الأخرى ، والآخر رجله ، ومات ، فلا قصاص على الأول ، لافي النفس ولا في الطرف إن كان حراً ، وعلى الآخرين القصاص في الطرف ، ويجب أيضاً في النفس على المذهب ، وأما الدية ، فتجب على الثلاثة أثلاثاً ، ولا حق للسيد فيما يجب على الآخرين ، وإنما يتعلق حقه بما على الأول ، وفيما يستحقه القولان ، فعلى القول الأول : أقل الأمرين من ثلث الدية ، وثلث القيمة ، وعلى الثاني : الأقل من ثلث الدية ، وأرش الجناية في ملكه وهو نصف القيمة ، فلو كانت الصورة بحالها ، فعاد الأول وجرح بعد العتق جراحة أخرى ومات بسراية الجميع ، فالدية عليهم أثلاثاً لما سبق أنا ننظر إلى عدد الجارحين ، لا إلى الجراحات ، ثم الثلث الواجب على الجاني الأول واجب عن جنايته ، فتقابل الجناية الواقعة في الرق سدس الدية ، فللسيد على القول الأول الأقل من سدس الدية الواجب بالجناية في ملكه ، أو سدس القيمة ، وعلى الثاني الأقل من سدس الدية أو نصف القيمة وهو أرش الجناية

في ملكه . ولو قطع يد عبد ، فعتق ، فجرحه آخر جراحة ، فعاد الأول ، فجرحه أخرى ، فعليهما الدية نصفين ، والنصف الواجب على الأول وجب بجنايتي الرق والحرية ، فحصة الجناية الأولى ربع الدية ، فللسيد في القول الأول الأقل من ربع الدية وربع القيمة ، وعلى الثاني الأقل من ربع الدية ، ونصف القيمة ، وبه أجاب ابن الحداد في هذه الصورة ، وذكر القاضي أبو الطيب أنه أظهر ، ولو جنى اثنان على عبد معتق ، ثم جنى عليه ثالث ، ومات بالسراية ، فعليهم الدية أثلاثاً ، وللسيد في القول الأول الأقل من ثلثي الدية وثلثي القيمة ، وفي الثاني الأقل من ثلثي الدية وأرش جنايتي الرق ، ولو جنى عليه ثلاثة في الرق ، فعتق ، ثم جنى رابع ومات ، فعليهم الدية أرباعاً ، للسيد في القول الأول الأقل من ثلاثة أرباع الدية وثلاثة أرباع القيمة ، وفي الثاني الأقل من ثلاثة أرباع الدية وأرش جنايات الرق ، ولو جنى اثنان في الرق ، وثلاثة بعد ما عتق ، فالدية عليهم أخماساً ، للسيد في القول الأول الأقل من خمسي الدية وخمسي القيمة ، وفي الثاني الأقل من خمسي الدية وأرش جنايتي الرق ، ولو أوضح^(١) عبداً ، فعتق ، فقطع آخر يده ، ومات منهما ، فعليهما الدية ، وللسيد على القول الأول أقل الأمرين من نصف الدية ، ونصف القيمة ، وعلى الثاني الأقل من نصف الدية ونصف عشر القيمة ، وهو أرش الموضحة ، ولو أوضحه ، فعتق ، فجاء تسعة فجرحوه ومات ، فعليهم الدية أعشاراً ، وللسيد على القول الأول الأقل من عشر الدية وعشر القيمة ، وعلى الثاني الأقل من عشر الدية ، ونصف عشر القيمة ، وهو أرش الموضحة ولو جرحه الأول جرحاً آخر مع

(١) يقال . أوضحت الشجة بالراس : إذا كشفت العظم ، فهي موضحة .

التسعة ، فالدية عليهم كذلك للسيد ، الأقل من نصف عشر الدية ونصف عشر القيمة على القولين ، لأنه لم يجب بالجناية واققة وسارية إلا نصف عشر الضمان ، وهكذا يتفق القولان إذا اتفق قدر الضمان على التقديرين ، كما إذا جنى خمسة في الرق ، وأرش جناياتهم نصف القيمة ، وخمسة بعد العتق ، فللسيد على القولين الأقل من نصف الدية ونصف القيمة .

فرع

قطع حر يد عبد ، فعتق ، فحز آخر رقبته ، فقد أبطل الحز السراية ، فعلى الأول نصف القيمة للسيد ، وعلى الثاني القصاص ، أو كمال الدية للوارث ، ولو قطع حر يد عبد ، فعتق ، ثم قطع آخر يده الأخرى ، ثم حزت رقبته ، فإن حزه ثالث ، فقد بطلت سراية القطعين ، فعلى الأول نصف القيمة للسيد ، وعلى الثاني القصاص في الطرف ، أو نصف الدية للوارث ، وعلى الثالث القصاص في النفس ، أو كمال الدية ، وإن حزه الأول ، نظر ، إن حزه بعد اندمال قطعه ، فعليه نصف القيمة للسيد ، والقصاص في النفس ، أو كمال الدية للوارث ، وعلى الثاني نصف الدية ، وإن حزه قبل الاندمال ، فعليه القصاص في النفس ، ثم إن قلنا بالصحيح : إن بدل الطرف يدخل في النفس ، فإن اقتص الوارث ، سقط حق السيد ، وإن عفا ، وجب كمال الدية للسيد منه الأقل من نصف الدية ، ونصف القيمة على أحد القولين كما سبق ، هذا هو الصحيح ، وقال القاضي أبو الطيب : عندي يسقط حق السيد وإن عفا الوارث ، لأنه إذا سقط حكم الطرف ، صار الحكم للنفس ، وكان المأخوذ بدل النفس المفوتة بعد زوال ملك السيد ، وعلى قول ابن سريج والاصطخري : أن بدل الطرف لا يدخل في النفس ، يكون

للسيد عليه نصف القيمة ، وللوارث القصاص في النفس ، أو كمال الدية ، وإن حز الثاني ، بطلت سراية الأول ، فعلى الأول نصف القيمة للسيد ، والثاني قطع طرف حز ثم قتله ، فإن قتله بعد الاندمال ، فللوارث أن يقتص منه في الطرف والنفس ، وله أن يأخذ نصف الدية ليد ، ودية كاملة للنفس ، فإن شاء ، اقتص فيهما ، وإن شاء ، أخذ بدلها ، وإن شاء ، بدل أحدهما وقصاص الآخر ، وإن قتله قبل الاندمال ، فللوارث القصاص في النفس بقطع اليد ، وله أخذ دية النفس فقط .

فرع

قد عرفت أن الواجب فيما إذا جنى على عبد ، فعتق ، وسرت الجناية إلى نفسه ، إنما هو الدية ، والدية الإبل ، قال الأصحاب : تؤخذ الدية ، وتصرف إلى السيد حصته على التفصيل السابق من الإبل ، وليس للوارث أن يقول : أستوفي الإبل ، وأدفع إليه ما يستحقه من الدراهم ، أو الدنانير ، زاعماً أنه إنما يستحق القيمة ، والقيمة دراهم أو دنانير ، لأن ما يستحقه يستحقه من عين الدية التي هي الواجبة وليست مرهونة بحقه ، بخلاف الدين مع التركة ، وليس للسيد أن يكلف الجاني تسليم الدراهم ، ولو أتى الجاني بالدراهم ، ففي إيجاب السيد على قبولها وجهان ، أرجحهما عند الإمام والغزالي : نعم ، وحاصله تخيير الجاني بين تسليم الدية والدراهم ، ولو أبرأ السيد الجاني عما يستحقه من الدية ، بريء ، وليس للورثة المطالبة به .

فرع

رمى إلى ذمي ، فأسلم ، أو عبد ، فعتق قبل الإصابة ، وجب دية حر مسلم ، ولا قصاص إذا كان الرامي حراً مسلماً ، وكذا لو رمى ذمي

إلى ذمي ، أو إلى عبد ، ثم أسلم الرامي ، أو عتق قبل الإصابة ،
لاقصاص ، لأنه لا كفارة عند الإصابة •

فرع

قد يعبر عن مسائل الباب في تغير الحال بين الجرح والموت ، وبين
الرمي والإصابة ، فيقال : كل جرح أوله غير مضمون لا ينقلب مضموناً
بتغير الحال في الانتهاء ، وإن كان مضموناً في الحالين ، اعتبر في قدر
الضمان الانتهاء ، وفي القصاص تعتبر الكفاءة في الطرفين والوسط ،
وكذا إذا تبدل الحال بين الرمي والإصابة ، اعتبر في القصاص الكفاءة
في الطرفين والوسط ، وكذا يعتبر الطرفان والوسط في تحمل العاقلة
وباقه التوفيق •

* * *

باب القصاص في الاطراف

فيه فصول أربعة :

الأول في أركانه وهي ثلاثة : القطع والقاطع والمقطوع ، وكما يعتبر في القتل أن يكون عمداً محضاً عدواناً يعتبر ذلك في الطرف ، فلا يجب القصاص بالجراحات ، وإبانة الأطراف إذا كانت خطأ ، أو شبه عمد ، ومن صور شبه العمد : أن يضرب رأسه بلطمة أو حجر لا يشج غالباً لصغره ، فيتورم الموضع ، ويتضح العظم ، وقد يكون الضرب بالعصا الخفيفة ، والحجر المحدد عمداً في الشجاج ، لأنه يوضح غالباً ، ويكون شبه عمد في النفس ، لأنه لا يقتل غالباً ، ولو أوضحه بما يوضح غالباً ، ولا يقتل غالباً ، فمات من تلك الموضحة ، فعن الشيخ أبي حامد أنه يجب القصاص في الموضحة ، ولا يجب في النفس ، واستبعده ابن الصباغ وغيره ، لأنه إذا كانت هذه الآلة توضح في الغالب كانت كالحديدة ، وفقء العين بالأصبع عمد ، لأنها في العين تعمل عمل السلاح ويعتبر في القاطع كونه مكلفاً ملتزماً للأحكام ، وفي المقطوع كونه معصوماً كما ذكرنا في النفس ، ومن قتل به الشخص ، قطع به ، ومن لا ، فلا ولا يشترط في قصاص الطرف التساوي في البدل ، فيقطع العبد بالعبد ، والمرأة بالرجل وبالعكس ، والذمي بالمسلم ، والعبد بالحر ، ولا عكس فيهما ، وتقطع الجماعة بالواحد إذا اشتركوا بأن وضعوا السكين على اليد ، وتحاملوا عليها دفعة واحدة حتى أبانوها ، أو ضربوه ضربة اجتمعوا عليها ، ولو تميز فعل الشركاء ، بأن قطع هذا من جانب ، وهذا من جانب حتى التقت الحديدتان ، أو قطع أحدهما بعض اليد ، وأبانها الآخر ، فلا قصاص على واحد منهما ، ويلزم كل

واحد منهما حكومة تليق بجنائته ، وينبغي أن يبلغ مجموع الحكومتين دية اليد ، وعن صاحب « التقريب » حكاية قول : إنه يقطع من كل واحد منهما بقدر ما قطع إن أمكن ضبطه ، والمشهور الأول ، ولو جزأ حديدة جز المنشار ، فقال الجمهور : هما فعلان متميزان ، وقال ابن كج : هو اشتراك موجب للقصاص ، قال الإمام : هذا يصور صورتين ، إحداهما : أن يتعاونوا في كل جذبة وإرسالة ، فتكون من صور الاشتراك ، والثانية : أن يجذب كل واحد إلى جهة نفسه ، ويفتر عن الإرسال في جهة صاحبه ، فيكون البعض مقطوع هذا ، والبعض مقطوع ذاك ، ويكون الحكم ما قاله الجمهور •

الفصل الثاني فيما يوجب قصاص الطرف •

الجنایات فيما دون النفس ثلاثة أنواع : جرح يشق ، وقطع يبين ، وإزالة منفعة بلا شق ولا إبانة •

النوع الأول : الجرح ، ويتعلق به القصاص في الجملة ، قال الله تعالى (والجروح قصاص) [المائدة : ٤٥] ثم تنقسم إلى واقعة على الرأس والوجه ، وإلى غيرها •

الضرب الأول : الواقعة على الرأس والوجه ، وتسمى الشجاج ، وهي عشر ، إحداها : الحارصة وهي التي تشق الجلد قليلاً نحو الخدش ، وتسمى الحرصة^(١) أيضاً ، الثانية : الدامية : وهي التي تدمي موضعها من الشق والخدش ، ولا يقطر منها دم ، هكذا نص عليه الشافعي وأهل اللغة ، قال أهل اللغة : فإن سال منها دم ، فهي الدامعة بالعين المهملة ، وذكر الإمام والغزالي في تفسيرها : سيلان الدم وهو خلاف الصواب ،

(١) بفتح الحاء وسكون الراء قال الراجز : وحرصة يففلها المأموم •

الثالثة : الباضعة وهي التي تبضع اللحم بعد الجلد ، أي : تقطعه ،
الرابعة : المتلاحمة وهي التي تغوص في اللحم ، ولا تبلغ الجلد بين
اللحم والعظم ، وتسمى اللاحمة أيضاً ، الخامسة : السمحاق وهي التي
تبلغ تلك الجلد ، وتسمى تلك الجلد السمحاق ، وقد تسمى هذه
الشجة : الميلطي والملطاة واللاطئة ، السادسة : الموضحة وهي التي
تخرق السمحاق ، وتوضح العظم ، السابعة : الهاشمة وهي التي تهشم
العظم ، أي : تكسره ، الثامنة : المنقلة^(١) وهي التي تنقل العظم من
موضع إلى موضع ، ويقال : هي التي تكسر وتنقل ، ويقال : هي التي
تكسر العظم حتى يخرج منها فراش العظام ، والفراشة : كل عظم رقيق ،
وفراش الرأس : عظام رقاق تلي القحف ، التاسعة : المأمومة وهي التي
تبلغ أم الرأس ، وهي خريطة الدماغ المحيطة به ، ويقال لها : الآمة
أيضاً ، العاشرة : الدامغة وهي التي تخرق الخريطة وتصل الدماغ وهي
مذففة . فهذه العشرة هي المشهورة ، وذكر فيها ألفاظ آخر تؤول إلى
هذه ، وجميع هذه الشجاج تتصور في الجبهة كما تتصور في الرأس ،
وكذلك تتصور ما عدا المأمومة والدامغة في الخد ، وفي قسبة الأنف ،
واللحي الأسفل ، إذا عرفت هذا ، فالقصاص واجب في الموضحة ،
لتيسر ضبطها ، واستيفاء مثلها ، ولا قصاص فيما بعدها من الهاشمة

(١) بتشديد القاف وفتحها، ويجوز كسرها، قال الفيومي : والاولى
ان تكون على صيغة اسم المفعول ، لأنها محل الإخراج ، وهكذا ضبطه ابن
السكيت ، ويؤيده قول الأزهري : قال الشافعي وأبو عبيد : المنقلة التي
تنقل منها فراش العظام وهو مارق منها، فصرح بأنها محل التنقل، وهذا
لفظ ابن فارس أيضاً ، ويجوز ان تكون على صيغة اسم الفاعل ، نص عليه
الفارابي ، وتبعه الجوهري على إرادة نفس الضربة ، لأنها تكسر العظم
وتنقله .

والمنقلة وغيرهما ، وأما ما قبلها ، فلا قصاص في الحارصة قطعاً ، ولا في الباضعة والمتلاحقة والسحقاق على المذهب ، والدامية كالحارصة ، وقيل : كالباضعة ، فإن أوجبنا القصاص في المتلاحمة والباطضة ، فإن كان على رأس كل واحد من الشاج والمشجوج موضحة ، تيسرت معرفة النسبة بهما ، وإن لم تكن ، راجعنا أهل الخبرة لينظروا في المقطوع والباقي ، ويحكموا بأنه نصف ، أو ثلث بالاجتهاد بعد غمر رأس الشاج والمشجوج ، ويحكمون أيضاً عند القصاص ، ويعمل باجتهادهم ، فإن شكوا في أن المقطوع نصفه أو ثلث أخذ باليقين •

الضرب الثاني : الجراحات في سائر البدن ، فما لا قصاص فيه إذا كان على الرأس والوجه لا قصاص فيه إذا كان على غيرهما ، وأما الموضحة التي توضح عظم الصدر ، أو العنق ، أو الساعد أو الأصابع ، ففي وجوب القصاص فيها وجهان ، أحدهما : لا ، كما لا يجب فيها أرش مقدر ، وأصحهما : نعم ، وهو ظاهر النص لتيسر استيفاء المثل ، وإذا اختصرت ، وأجبت في الجراحات في جميع البدن بالمختار ، قلت ، يجب القصاص في الجراحة على أي موضع كانت بشرط أن تنتهي إلى عظم ولا تكسره •

النوع الثاني : قطع الطرف ، فيجب القصاص بقطع الطرف بشرط إمكان المماثلة ، وأمن استيفاء الزيادة ، ويحصل ذلك بطريقين : أحدهما : أن يكون للعضو مفصل توضع عليه الحديد وتبان ، والمفصل موضع اتصال عضو بعضو على منقطع عظمين ، وقد يكون ذلك بمجاورة محضة ، وقد يكون مع دخول عضو في عضو ، كالمرق والركبة ، فمن المفاصل الأنامل والكوع^(١) والرفق ومفصل القدم والركبة ، فإذا وقع

(١) وهو طرف الزند الذي يلي الإبهام ، والجمع اكواع ، وما يلي الخنصر يقال له : كرسوع .

القطع على بعضها ، اقتص من الجاني ، قال الإمام : وفي بعض التعاليق عن شيخي حكاية وجه بعيد في المرفق والركبة ، قال : وأظنه غلطاً من المعلق ، ومن المفاصل أصل الفخذ والمنكب ، فإن أمكن القصاص بلا إجابة^(١) ، اقتص ، وإلا فلا ، سواء كان الجاني أجاف أم لا ، لأن الجوائف لا تنضبط ، وحكى الإمام وجهاً شاذاً أنه يجري القصاص إذا كان الجاني أجاف ، وقال أهل البصر : يمكن أن يقطع ، ويجاف مثل تلك الجائفة . الطريق الثاني : أن يكون للمضوحد مضبوط ينقاد لآلة الإبانة ، فيجب القصاص في فقء العين ، وفي الأذن ، والجفن ، والمارن^(٢) ، والذكر والأثنيين قطعاً ، وفي الشفة واللسان على الصحيح ، وفي الشفرين^(٣) والأليتين^(٤) على الأصح عند الأكثرين ، ولا قصاص في إطار الشفة بكسر الهمزة وتخفيف الطاء المهملة ، وهو المحيط بها ، لأنه ليس له حد مقدر ، والكلام في قدر الشفتين والشفرين والأليتين يأتي في الديات إن شاء الله تعالى .

فرع

لو قطع بعض الأذن ، أو بعض المارن من غير إبانة ، وجب القصاص على الأظهر ، لإحاطة الهواء بهما ، وإمكان الاطلاع عليهما من

(١) يقال للجراحة التي تصل الجوف : جائفة ، وجافه بها واجافه بها : أصاب جوفه .

(٢) المارن : مادون قصبة الأنف ، وهو ما لان منه ، والجمع موارن .

(٣) أي طرفي الفرج ، قال الشافعي رحمه الله في « الأم » ٦٥/٧ : وإذا قطعت اسكتا المرأة وهما شفرها ، فإن قطعه رجل ، فلا قصاص ، لأنه ليس له مثله ، فإن قطعت امرأة ، فعليها القصاص . . .

(٤) بفتح الهمزة : كل ما أشرف على الظهر من الماكمتين إلى ما أشرف على استواء الفخذين .

الجانبين ، ويقدر المقطوع بالجزئية ، كالثلث والرابع ، لا بالمساحة ، ولو قطع بعض الكوع ، أو مفصل الساق والقدم ، ولم يين ، فلا قصاص على الأظهر ، لأنها تجمع العروق والأعصاب ، وهي مختلفة الوضع تسفلًا وتصعدًا ، فلا يوثق بالمماثلة فيها بخلاف المارن ، ولو قطع فلكة من الأذن ، أو المارن ، أو اللسان ، أو الحشفة ، أو الشفة ، وأبانها ، وجب القصاص على الصحيح ، وتضبط بالجزئية ، ولو أبان قطعة من الفخذ ، فلا قصاص ، كذا جزم به الغزالي ، ويشبه أن يجيء فيه خلاف كالباضعة •

فرع

قطع يداً أو عضواً ، وبقي المقطوع متعلقاً بجلده ، وجب القصاص ، أو كمال الدية ، لأنه أبطل فائدة العضو ، ثم إذا انتهى العضو في الاقتصاص إلى تلك الجلدة ، فقد حصل القصاص ، ويراجع الجاني أهل الخبرة في تلك الجلدة ، ويفعل مصلحته من القطع والترك •

فرع

لاقتصاص في كسر العظام ، لعدم الوثوق بالمماثلة ، لكن للمجني عليه أن يقطع أقرب مفصل إلى موضع الكسر ، ويأخذ الحكومة للباقي ، وله أن يعفو ، ويعدل إلى المال ، ولو أوضح رأسه مع الهشم ، فللمجني عليه أن يقتص في الموضحة ، ويأخذ الهشم ما بين أرش الهاشمة والموضحة ، وهو خمس من الإبل ، ولو أوضح ونقل ، فللمجني عليه أن يقتص في الموضحة ، ويأخذ ما بين الموضحة والمنقلة ، وهو عشر من الإبل ، ولو أوضح وأمّ ، فله أن يوضح ، ويأخذ ما بين الموضحة والمأمومة ، وهو ثمانية وعشرون بعيراً وثلث بعير ، لأن في المأمومة ثلث الدية •

فرع

قطعه من الكوع ، فأراد المجني عليه أن يلقط أصابعه ، فليس له ذلك ، فلو بادر وفعله ، عزز ، ولا غرم عليه ، لأنه يستحق إتلاف الجملة ، فلا يلزمه إتلاف البعض غرم ، كما أن مستحق قتل النفس لو قطع طرف الجاني ، لاغرم عليه ، قال البغوي : وهل له أن يعود ويقطع الكف ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، كما أن مستحق النفس لو قطع يد الجاني له أن يعود ويحز رقبتة ، ولو طلب حكومتها ، لم يجب ، لأن حكومة الكف تدخل في دية الأصابع وقد استوفى الأصابع المقابلة بالدية ، ولو قطع يده من المرفق ، فأراد أن يقطع من الكوع ، أو يقطع أصبعاً ، ويرضى بها قصاصاً ومالاً ، لم يكن له ذلك ، لأنه عدول عن محل الجناية مع القدرة عليه ، وقيل : إن رضي بذلك بلا مال ، جاز ، والصحيح الأول ، فلو خالفنا فقطع من الكوع ، عزز ولا غرم لما سبق ، ولو أراد بعد ذلك أن يقطع من المرفق ، قال الإمام : لا يمكنه ، وجعله البغوي على وجهين ، ولو طلب حكومة الساعد لم تثبت له ، كذا نقله الإمام عن الأصحاب ، ونقله البغوي أيضاً ، ثم قال : وعندي أنها تثبت .

فرع

لو كسر عظم العضد ، وأبان اليد منه ، فللمجني عليه أن يقطع من المرفق ، ويأخذ الحكومة لما بقي ، وإن عفا ، فله دية الكف ، وحكومة للساعد ، وحكومة للمقطوع من العضد ، فلو أراد أن يترك المرفق ، ويقطع من الكوع ، فهل له ذلك ؟ وجهان ، أرجحهما عند البغوي : يجوز ، لعجزه عن محل الجناية ، ومسامحته ، وأرجحهما عند الروياني وغيره لا ، لأنه عدول عما هو أقرب إلى محل الجناية ولو أراد التقاط الأصابع ، لم يمكن قطعاً ، ولو أراد أخذ أصبع واحدة ، فالقياس أنه على الوجهين في قطع الكوع ، فإذا قلنا : ليس له القطع من الكوع ،

فقط، ثم أراد القطع من المرفق، لم يكن وليس له حكومة الساعد، وإن قلنا: له القطع من الكوع ، فقطع ، فله حكومة الساعد على الأصح ، وتجب له حكومة المقطوع من العضد ، هكذا جزم به الأصحاب ، وحكى الغزالي فيه وجهين ، والصواب الأول ، لأن استيفاء تلك البقية متعذر شرعاً ، ولم يوجد من المجني عليه فيها تقصير وعدول ، ولم أجد هذين الوجهين لغير الغزالي •

فرع

لو قطعه من نصف الساعد ، قطع من الكوع وأخذت حكومة نصف الساعد ، فلو عفا ، فله دية الكف ، وحكومة لنصف الساعد ، ولو أراد أن يلتقط أصابعه ، لم يمكن ، فلو فعل ، لم يمكن من القطع من الكوع ، قال البغوي : وليس له حكومة الكف ، وله حكومة نصف الساعد ، ويجيء في حكومة نصف الساعد الخلاف •

فرع

لو قطع يده من نصف الكف ، لم يقتص في الكف ، وله التقاط الأصابع • وإن تعددت الجراحة ، لأنه لا سبيل إلى إهماله ، وليس بعد موضع الجراحة إلا مفاصل متعددة ، وهل تجب مع قطعها حكومة نصف الكف ، أم تدخل الحكومة في قطعها ، كدخولها في استيفاء الدية ؟ وجهان ، أصحهما : الوجوب •

فرع

من « الأم^(١) » : لو شق كفه حتى انتهى إلى مفصل ، ثم قطع من

(١) انظر الجزء السادس صفحة ٤٧ •

المفصل أو لم يقطع ، اقتص منه إن قال أهل الخبرة : يمكن أن يفعل به مثله .

النوع الثالث : إبطال المنافع وهي لاتباشر بالتفويت ، وإنما تفوت تبعاً لمحلها ، وقد ترد الجناية على غير محلها ، وتفوت هي بالسراية لارتباط بينها وبين محل الجناية ، فلو أوضح رأسه ، فذهب ضوء عينيه ، فالنص أنه يجب القصاص في الضوء كما يجب في الموضحة ، ونص فيما إذا قطع أصبعه فسرى إلى الكف ، أو إلى أصبع أخرى بتآكل أو شلل ، أنه لا يجب القصاص في محل السراية ، فقليل : فيهما قولان ، والمذهب تقرير النصين ، والفرق أن الضوء ونحوه من اللطائف لاتباشر بالجناية ، وإنما تقصد بالجناية على محلها ، أو محل آخر ، وإذا أوجبنا القصاص في الضوء بالسراية ، فالذي صححه الإمام ثقلًا ومعنى أن السمع كالبصر ، وحكى فيما إذا أبطل بطش عضو بالسراية تردد الأصحاب ، منهم من ألحقه بالضوء ، وبه قال صاحب « التقريب » ومنهم من رأى البطش عسر الإزالة ، كالأجسام ، وإليه ميل الشيخ أبي محمد ، وفي العقل أيضاً تردد لبعده عن التناول بالسراية ، قال : ولا يبعد إلحاق الكلام بالبصر ، ورتبها فجعل البصر والسمع في درجة ، ويليها الكلام ، ويليها البطش ، ويليها العقل ، وذكر صاحب « المذهب » أنه لو جنى على رأسه ، فذهب عقله ، أو على أنفه ، فذهب شمه ، أو على أذنه ، فذهب سمعه ، فلا قصاص في العقل والشم والسمع ، والأقرب منع القصاص في العقل ، ووجوبه في الشم والبطش والذوق ، لأن لها محال مضبوطة ، ولأهل الخبرة طرق في إبطالها ، وإذا ذهب الضوء بالموضحة ، واقتصنا في الموضحة ، فلم يذهب ضوء الجاني ، أذهب بأخف ما يمكن ، كنتقريب حديدة محمأة من عينيه ، أو طرح كافور فيها ونحوهما ، وإن ذهب ضوء الجاني ، حصل القصاص .

وفيه شيء يأتي إن شاء الله تعالى • ولو هشم رأسه ، فذهب ضوءه ، عولج بما يزيل الضوء ولا يقابل الهشم بالهشم ، ولو لطمه ، فذهب ضوءه واللطمة بحيث تذهب الضوء غالباً ، فالمنقول عن نصه في «الأم» أنه يلطم مثل لطمته ، فإن ذهب الضوء فعلى ما ذكرنا في الموضحة ، وإلا أزيل بالمعالجة ، وإن ابيضت الحدقة ، أو شخصت ، فعل به مايفضي إليه إن أمكن ، ونسب صاحب « المذهب » هذا المنقول عن النص إلى بعض الأصحاب ، ثم قال : ويحتمل أن لا يقتص في اللطمة كما لا يقتص بالهاشمة ، لأنه لاقتصاص في اللطمة لو انفردت ، وهذا حسن ، وجعله صاحب « التهذيب » وجهاً ، وقال : هو الأصح •

فرع

إذا قلنا : لا يجب القصاص في الأجسام بالسراية ، فقطع أصبعه ، فسرى القطع إلى الكف وسقطت ، فلا يجب القصاص إلا في تلك الاصبع ، وإذا اقتص في الأصبع ، فسرى إلى الكف فالنص أن السراية لا تقع قصاصاً ، بل يجب على الجاني دية باقي اليد ، ونص فيما إذا أوضحه فذهب ضوءه وشعر رأسه ، فاققتص في الموضحة ، فذهب ضوء الجاني وشعر رأسه أيضاً ، أنه يكون مستوفياً حقه ، ولو لم يذهب ضوء الجاني ، ونبت شعره ، فعليه دية البصر وحكومة الشعر • وفي هذا النص إيقاع الشعر مقابلاً للشعر وهو من الأجسام ، فاقترض وقوع السراية في الأجسام قصاصاً ، فقل : قولان في أن السراية في الضوء والكف هل تقع قصاصاً ؟ وقيل : في الكف قولان ، ويقع الضوء قطعاً ، والمذهب أن السراية لا تقع قصاصاً في الكف ولا في الشعر ، ولو عفا المجني عليه عن قصاص الأصبع ، فله دية اليد ، وإن اقتص ، فلم يسر القطع إلى غير تلك الأصبع ، أو سرى وقلنا : لا يقع قصاصاً ، فله أربعة أخماس دية الكف للأصابع الأربع ، ولا تجب لمنابتها من الكف حكومة ، بل

تدخل في ديتها ، وفي دخول حكومة خمس الكف في قصاص الأصبع ، وجهان سيعودان إن شاء الله تعالى ، وما يجب من الدية يجب مغلطاً في مال الجاني ، لأنه وجب بجناية عمد موجبة للقتل ، وقيل : على العاقلة ، والصحيح الأول ، وله المطالبة به عقب قطع الأصبع ، وفي صورة الموضحة المذهبة للبصر ، لو أوضحه ، فلم يذهب ضوءه في الحال ، لا يطالب بالدية ، بل ينتظر ، فلعله يسري إلى البصر فيحصل الاقتصاص ، وكذا في النفس ، لو قطع أصبعه فسرى إلى نفسه ، فقطع الولي أصبع الجاني ، ينتظر السراية ولا يطالب بالدية في الحال .

فرع

له تعلق بالسراية • لو قتل مستحق القصاص الجاني خطأ ، أو ضربه بسوط خفيف ، فهل يصير مستوفياً ؟ فيه خلاف ، ومثله : لو وثب الصبي ، أو المجنون على قاتل مورثه فقتله ، هل يصير مستوفياً ؟ وجهان ، أصحابهما : لا ، فعلى هذا ينتقل حقه إلى الدية ، وتجب الدية بقتل الجاني ، وهل تكون عليه أم على عاقلته ؟ يبنى على الخلاف في أن عمدهما عمد أم خطأ ، ويجري فيما إذا ثبت قصاص لصبي أو مجنون ، فوثب على القاطع فقطع طرفه ، هل يكون مستوفياً لحقه ؟ ثم موضع الخلاف إذا لم يكن من الجاني تمكين ، فأما إذا أخرج يده إلى الصبي أو المجنون فقطعه ، فلا يكون مستوفياً لحقه بلا خلاف ، ويكون قطعه هدرأ •

الفصل الثالث في المائلة

وهي معتبرة في وجوب القصاص في الطرف ، كالكفاءة في النفس ، فلا يقابل طرف بغير جنسه ، كاليد بالرجل ، وإذا اتحد الجنس ، لم

يؤثر التفاوت في الصغر والكبر ، والطول والقصر ، والقوة والضعف ، والضخامة والنحافة ، كما لاتعتبر مماثلة النفسين في هذه الأمور ، وكذلك تقطع يد الصانع بيد الأخرق ، كما يقتل العالم بالجاهل ، وإنما يؤثر التفاوت في أمور :

أحدها : تفاوت المحل والقدر ، أما المحل ، فلا تقطع اليد اليمنى باليسرى ، ولا اليسرى باليمنى ، وكذا الرجل والعين والأذن ، ولا يقطع من الجنس الأعلى بالأسفل ، وكذا العكس ، وكذا في الشفة ، ولا أصبع ولا أنملة بغيرها ، ولا أصبع زائدة بزائدة أخرى ، إذا اختلف محلها ، بأن كانت زائدة بجانب الخصر ، وزائدة الجاني بجانب الإبهام •

وأما القدر ، فالتفاوت في الحجم صغراً وكبراً ، وطولاً وقصراً لا يؤثر في الأعضاء الأصلية قطعاً ، وكذا في الزائدة على الأصح ، فإن قلنا : تؤثر ، وكانت زائدة الجاني أكبر ، لم يقتص منه ، وإن كانت زائدة المجني عليه أكبر ، اقتص ، وأخذ حكومة قدر النقصان ، ثم الخلاف فيما رأى الإمام فيما إذا لم يؤثر تفاوت الحجم في الحكومة ، فإن أثر ، فلا قصاص ، قال : والاختلاف في الكون وسائر الصفات لا يؤثر بعد التساوي في الحكومة ، وتقطع الزائدة بالأصلية إذا اتفق محلها ، ولا شيء له لنقصان الزائدة ، كما لو رضي بالشلل عن السليمة •

فرع

نقلوا عن النص أنه لو كانت زائدة الجاني أتم ، بأن كان لأصبعه الزائدة ثلاث مفاصل ، ولزائدة المجني عليه مفصلان ، لم تقطع بها ، لأن هذا أعظم من تفاوت المحل •

فرع

الكلام في قصاص الموضحة يتعلق بالمساحة والمحل ، أما المساحة ، فمعتبرة طولاً وعرضاً ، فلا تقابل ضيقة بواسعة ، ولا يقنع بضيقة عن واسعة . فتذرع موضحة المشجوج بخشبة أو خيط ، ويخلق ذلك الموضع من رأس الشاج ، إن كان عليه شعر ، ويخط عليه بسواد أو حمرة ، ويضبط الشاج حتى لا يضطرب ، ويوضح بحديدة حادة كال موسى ، ولا يوضح بالسيف ، وإن كان أوضح به ، لأنه لا تؤمن الزيادة ، وكذا لو أوضح بحجر ، أو خشب ، يقتص منه بالحديدة ، كذا ذكره القفال وغيره . وتردد فيه الروياني ، ثم يفعل ما هو أسهل عليه من الشق دفعة واحدة ، أو شيئاً فثميناً ، ويرفق في موضع العلامة ، ولا عبرة بتفاوت الشاج والمشجوج في غلط الجلد واللحم ، وأما المحل ، فإن أوضح جميع رأسه ، ورأساهما متساويان في المساحة ، أوضح جميع رأسه ، وإن كان رأس الشاج أصغر ، استوعبناه إيضاحاً ، ولا يكفي به ولا ينزل لإتمام المساحة إلى الوجه ، ولا إلى القفا ، بل يؤخذ قسط ما بقي من الأرض إذا وزع على جميع الموضحة ، وإن كان رأس الشاج أكبر ، لم يوضح جميعه ، بل بقدره بالمساحة والاختيار في موضعه إلى الجاني ، وقيل : إلى المجني عليه ، وقيل : يبتدىء من حيث بدأ الجاني ، ويذهب به في الجهة التي ذهب إليها إلى أن يتم القدر ، والصحيح الأول وبه قطع الأكثرون ، فإن كان في رأس الجاني موضحة ، والباقي بقدر ما فيه القصاص ، تعين ، وصار كأنه كل الرأس ، ولو أراد أن يستوفي بعض حقه من مقدم الرأس ، وبعضه من مؤخره ، لم يكن له ذلك على الصحيح ، لأنه يأخذ موضحتين بدل موضحة ، ولو أراد أن يستوفي البعض ويأخذ للباقي قسطه من الأرض مع تمكنه من استيفاء الباقي ، لم يكن له ذلك على الأصح ، بخلاف مالو أوضح في موضعين ، فإن

له أن يقتص في أحدهما ، ويأخذ أرش الآخر ، لأنهما جنايتان ، ولو أوضح الجاني بعض الرأس ، كالقذال والناصية ، أوضحنا ذلك القدر وتمناه من الرأس إن بقي من حقه شيء ، وقيل : لا يجوز مجاوزة ذلك الموضع ، والأول هو الصحيح المنصوص ، ولو أوضح جبهته ، وجبهة الجاني أصغر ، لم يرتق إلى الرأس ، وليجيء في مجاوزة موضع من الوجه إلى موضع يلاصقه الوجهان ، وإذا أوجبنا القصاص في موضحة سائر البدن ، فأوضح ساعده وساعد الجاني أصغر ، لم يجاوزه إلى العضد ولا إلى الكتف ، كما في الوجه والرأس •

فرع

لو زاد المقتص في الموضحة على قدر حقه ، نظر ، إن زاد باضطراب الجاني . فلا غرم ، وإن زاد عمداً ، اقتص منه في الزيادة ولكن بعد اندمال الموضحة التي في رأسه ، وإن آل الأمر إلى المال ، أو أخطأ باضطراب يده ، وجب الضمان ، وفي قدره وجهان ، أحدهما : يوزع الأرش عليهما ، فيجب قسط الزيادة ، وأصحهما : يجب أرش كامل ، ولو قال المقتص : أخطأت بالزيادة ، فقال المقتص منه : بل تعمدها ، صدق المقتص بيمينه ، ولو قال : تولدت الزيادة باضطرابك ، وأنكر ، فأيهما يصدق ؟ وجهان ، لأن الأصل براءة الذمة وعدم الاضطراب •

فرع

اشترك جماعة في موضحة ، بأن تحاملوا على الآلة وحزوها معاً ، ففيه احتمالان للإمام ، أحدهما : يوزع عليهم ، ويوضح من كل واحد قدر حصته لإمكان التجزئة ، بخلاف القتل ، والثاني : يوضح من كل واحد مثل تلك الموضحة ، كالشركاء في القطع ، وبهذا قطع البغوي ،

ويجري الاحتمالان فيما لو آل الأمر إلى المال ، هل يجب على كل واحد أرش كامل أم يوزع عليهم ؟ قال الإمام : وهذا الثاني أقرب ، وبالأول قطع البغوي •

فرع

ما ذكرنا أنه يحلق شعر رأس الشاج عند الاقتصاص ، مفروض فيما إذا كان لكل منهما شعر ، فإن لم يكن للشاج شعر ، فلا حلق ، وإن لم يكن على رأس المشجوج شعر ، وكان على رأس الشاج شعر ، لم يمكن من القصاص لما فيه من إتلاف شعر لم يتلفه ، نص عليه في « الأم » ولا يضر التفاوت في خفة الشعر وكثافته •

فرع

لو شك هل أوضح بالشجة أم لا ، لم يقتض مع الشك ، ويبحث عن الحال بمسار حتى يعرف ، ويشهد به شاهدان ، أو يعترف به الجاني ، لأن حكم الإيضاح يتعلق بالانتهاء إلى العظم حتى لو غرز إبرة فاتت إلى العظم ، كان ذلك موضحة ، وإن كان لا يظهر العظم للنظر •

التفاوت الثاني في الصفات التي يؤثر التفاوت فيها وفيه مسائل :

إحداها : مطلق التفاوت لا يؤثر ، بل تقطع اليد البيضاء بالسوداء ،

والسليمة بالبرصاء ، ويد الصانع بيد الأخرق •

الثانية : لا تقطع يد أو رجل صحيحة بشلاء وإن رضي به الجاني ، وإنما الواجب في الطرف الأشل الحكومة ، كما لا يقتل الحر بالعبد ، والمسلم بالذمي وإن رضي الجاني ، فلو خالف المجني عليه ، وقطع الصحيحة ، لم تقع قصاصاً ، بل عليه نصف الدية ، ولو سرى فعليه

القصاص في النفس ، فإن كان قطع بإذن الجاني ، فلا قصاص عند السراية ، لأنه بإذنه ، ثم ينظر ، إن قال الجاني : اقطع يدي ، وأطلق ، جعل المجني عليه مستوفياً لحقه ، ولم يلزمه شيء ، وإن قال : اقطعها عوضاً عن يدك ، أو قصاصاً ، فوجهان ، أحدهما وبه قطع البغوي : أن على المجني عليه نصف الدية ، وعلى الجاني الحكومة ، لأنه لم يذلها مجاناً ، والثاني : لا شيء على المجني عليه ، وكان الجاني أدى الجيد عن الرديء ، وقبضه المستحق .

الثالثة : اليد الشلاء ، والرجل الشلاء ، هل تقطعان بالصحيحتين؟ وجهان ، أحدهما : لا ، لأن الشرع لم يرد بالقصاص فيها ، والثاني وهو الصحيح الذي عليه الأصحاب : أنه يراجع أهل البصر ، فإن قالوا : لو قطعت لم ينسد فم العروق بالحسم ، ولم ينقطع الدم ، لم تقطع بها ، وتجب دية يده ، وإن قالوا : تنقطع ، فله قطعها ، وتقع قصاصاً ، كقتل الذمي بالمسلم ، وليس له أن يطلب بسبب الشلل أرشاً .

الرابعة : هل تقطع الشلاء بالشلاء؟ وجهان ، أحدهما : لا ، لأن الشلل علة ، والعلل يختلف تأثيرها في البدن ، والثاني وهو الصحيح الذي قطع به الجمهور : أنهما إن استويا في الشلل ، أو كان شلل يد القاطع أكثر ، قطعت بها ، والشرط أن لا يخاف نزف الدم كما ذكرنا ، وإن كان الشلل في يد المقطوع أكثر ، لم يقطع بها .

فرع

قال الشيخ أبو محمد : المراد بالشلل في اليد والرجل زوال الحس والحركة ، وقال الإمام : لا يشترط زوال الحس بالكلية ، وإنما الشلل بطلان العمل .

الخامسة : لا أثر لتفاوت البطش ، بل تقطع يد القوي بيد الشيخ

الذي ضعف بطشه ، لكن لو كان النقص بجناية ، بأن ضرب رجل يده فنقص بطشها ، وألزمناه الحكومة ، ثم قطع تلك اليد كاملة البطش ، فقد حكى الإمام أنه لا قصاص ، وأنه لا تجب دية كاملة على الأصح ، وهذا كما سبق أن صار إلى حالة المحتضر بلا جناية ، لو حزن إنسان رقبته ، لزمه القصاص ، ولو انتهى إلى تلك الحالة بجناية ، فلا قصاص على حازه •

السادسة : تقطع يد السليم ورجله بيد الأعسم ورجل الأعرج ، لأنه لا خلل في اليد والرجل ، والعسم : تشنج في المرفق ، أو قصر في الساعد أو العضد •

السابعة : لا اعتبار باضرار الأظفار واسودادها وزوال نضارتها ، فإنها علة ومرض في الأظفار ، والطرف السليم يستوفى بالعليل ، وأما التي لا أظفار لها ، فالصحيح الذي ذكره العراقيون وغيرهم : أنه لا تقطع بها سليمة الأظفار ، وأنها تقطع بالسليمة ، وكذا حكاه الإمام عنهم ونسبه إلى النص ، لكن عن الشيخ أبي حامد وغيره ، أنه تكمل فيها الدية ، ولالإمام احتمال في جريان القصاص وإن عدت الأظفار ، لأنها زوائد ، ولو لم يجر القصاص لما تمت دية اليد والأصبع الساقط ظفرها ، وقال البغوي : ينقص من الدية شيء •

الثامنة : لا تقطع يد صحيحة بيد فيها أصبع شلاء ، ولا تقطع من الكوع يد مسبحتها شلاء بيد وسطاها شلاء ، فإن استويا في الشلل ، فهما كالشلاوين •

التاسعة : إذا قطع سليم اليد يداً شلاء ، ثم شلت يده ، فعن القفال أنه خرج في الاقتصاص منه قولين ، ثم رجع وقطع بالمنع ، وهو الذي رآه الإمام مذهباً ، والمذكور في « التهذيب » أنه يقتص منه ، وكذا لو قطع يداً ناقصة أصبعاً ، ثم سقطت تلك الأصبع من القاطع ، بخلاف

ما لو قطع حر دمي يد عبد ، ثم تقض العهد ، وسبي واسترق لا يقطع ، ولو قتله لا يقتل ، وفرق بأن القصاص هناك سقط لعدم الكفاءة ، والكفاءة تراعى حال الجناية ، والامتناع هنا لزيادة حسية في يد القاطع والاعتبار فيها بحالة الاستيفاء ، فإذا زالت ، قطع ، ولهذا لو قطع الأشل يبدأ شلاء ، ثم صحت يد القاطع ، لا يقتص منه لوجود الزيادة عند الاستيفاء ، قال : وكذا اليد ذات الأظفار لا تقطع بما لا أظفار لها ، فلو سقطت أظفار القاطع ، قطعت بها ، والتي لا أظفار لها تقطع بمثلها ، فلو نبتت أظفار القاطع لم تقطع لحدوث الزيادة •

العاشرة : يجب في قطع الذكر ، وفي قطع الأنثيين وإشلالها القصاص ، سواء قطع الذكر والأنثيين معاً ، أو قدم الذكر ، أو الأنثيين ، ولو دق خصيه ، ففي « التهذيب » أنه يقتص بمثله إن أمكن ، وإلا وجبت الدية ، ويشبه أن يكون الدق ككسر العظام ، ولو قطع ، أو أشل إحدى الأنثيين وقال أهل البصر : يمكن القصاص من غير إتلاف الأخرى ، اقتص ، وذكر الروياني أن الماسرجسي قال : إنه ممكن وإنه وقع في عهده لرجل من أهل فراوة • والقول في قطع الذكر الصحيح بالأشل وبالعكس ، والأشل بالأشل على ما ذكرنا في اليد والرجل ، وشلل الذكر أن يكون منقبضاً لا ينبسط ، أو منبسطاً لا ينقبض ، هذه عبارة الجمهور وقيل : هو الذي لا يتقلص في البرد ولا يسترسل في الحر ، وهو بمعنى العبارة الأولى ، ولا اعتبار بالاتشار وعدمه ، ولا بالتفاوت في القوة والضعف ، بل يقطع ذكر الفحل الشاب بذكر الخصي والشيخ والصبي والعين ، لأنه لا خلل في نفس العضو وإنما تعذر الاتشار لضعف في القلب أو الدماغ وسواء الألف والمختون •

الحادية عشرة : تقطع أذن السميع بأذن الأصم وبالعكس ، وهل

تقطع الأذن الصحيحة بالمستحشفة^(١) ؟ قولان ، أظهرهما : نعم ، لبقاء الجمال والمنفعة من جمع الصوت ورد الهوام بخلاف اليد الشلاء ، وبيان الاستحشاف يأتي في الديات إن شاء الله تعالى ، وسواء المثقوبة وغيرها إذا كان الثقب للزينة ولم يورث شيئاً ونقصاً ، فإن أورث نقصاً فلتكن المثقوبة كالمخرومة ، ولا تقطع صحيحة بمخرومة ، وهي التي قطع بعضها ، ولكن يقطع منها بقدر ما كان بقي من المخرومة ، وهذا إذا قلنا : يجب القصاص في بعض الأذن كما سبق ، فإن شقت ولم يبق منها شيء ، فنقل الإمام عن العراقيين أنه لا تقطع الصحيحة بها أيضاً ، لفوات الجمال ، قال : ولست أرى الأمر كذلك لبقاء الجرم بصفة الصحة •

قلت : هذا الذي قاله الإمام ضعيف والله أعلم

وتقطع المخرومة بالصحيحة ويؤخذ من الدية بقدر ما ذهب من المخرومة ، وسواء في المثقوبة والمخرومة المرأة والرجل •

الثانية عشرة : يقطع أنف الصحيح بأنف الأخشم ، لأن الشم ليس في جرم الأنف ، وهل يقطع الأنف السليم بالمجدوم ؟ قال البغوي : إن كان في حال الاحمرار ، قطع به ، وإن اسود ، فلا قصاص ، لأنه دخل في حد البلى ، وإنما تجب فيه الحكومة ، ولم يفرق الجمهور بين الاحمرار والاسوداد ، وقالوا : يجب القصاص ما لم يسقط منه شيء ، فإن سقط ، لم يقطع به الصحيح ، لكن يقطع منه ما كان بقي من المجني عليه إن أمكن ، وإن كان بأنف الجاني نقص كنقص المجدوم جرى القصاص وفيه وجه ، قال الإمام : هو غلط •

(١) أي : اليابسة ، يقال : استحشفت الأذن : إذا يبست ، واستحشف الأنف : يبس غضروفه ، فعدم الحركة الطبيعية •

الثالثة عشرة : لا تؤخذ العين السليمة بالحدقة العمياء ، والصورة القائمة من الحدقة كاليد الشلاء ، وتؤخذ القائمة بالصحيحة إذا رضي المجني عليه ، ويقطع جفن البصير بجفن الأعمى لتساوي الجرمين ، وفقد البصر ليس في الجفن •

الرابعة عشرة : لا يقطع لسان ناطق بأخرس ويجوز العكس برضى المجني عليه ، ويقطع لسان المتكلم بلسان الرضيع إن ظهر فيه أثر النطق بالتحريك عند البكاء وغيره ، وإلا فلا ، فإن بلغ أوان التكلم ولم يتكلم ، لم يقطع به المتكلم •

فرع

قطع أذن شخص ، فألصقها المجني عليه في حرارة الدم فالتصقت ، لم يسقط القصاص ولا الدية عن الجاني ، لأن الحكم يتعلق بالإبانة وقد وجدت ، ثم ذكر الشافعي والأصحاب رحمهم الله أنه لا بد من قطع الملصق لتصح صلاته وسببه نجاسة الأذن إن قلنا : ما يبان من الآدمي نجس ، وإلا فسببه الدم الذي ظهر في محل القطع فقد ثبت له حكم النجاسة فلا تزول بالاستيطان ويجيء فيه ما سبق في كتاب الصلاة في الوصل بعظم نجس والتفصيل بين أن ينبت اللحم على موضع النجاسة ، أولا ينبت ، وبين أن يخاف التلف من القطع أو لا يخاف ، ولو قطعها قاطع ، فلا قصاص عليه ، لأنها مستحقة الإزالة وإن لم يوجب إزالتها لخوف التلف مثلاً ، فلو سرى قطع القاطع إلى النفس ، حكى الإمام عن المحققين أن عليه القصاص ، قال : ولا يبعد خلافه ، ثم هي وإن كانت مستحقة الإزالة فليس للجاني أن يقول : أزيلوها ثم اقطعوا أذني ، لأن إزالتها من باب الأمر بالمعروف لا اختصاص له به ، والنظر في مثله إلى الإمام ، ولو اقتصر المجني عليه فألصق الجاني أذنه ،

فالقصاص حاصل بالإبانة ، وأما قطع ما ألصق فلا يختص به المجني عليه ، ولو قطع بعض أذنه ولم يبنه ، ففي القصاص في ذلك القدر خلاف سبق ، وذلك إذا بقي غير ملتصق ، فأما إذا ألصقه المجني عليه ، فالتصق ، فيسقط القصاص والدية عن الجاني ، ويرجع المجني عليه إلى الحكومة ، كالإفشاء إذا اندمل يسقط الدية ، ولذلك نقول : لو جاء رجل وقطع الأذن بعد الالتصاق ، لزمه القصاص ، أو الدية الكاملة ، هذا هو الصحيح المنصوص ، وقيل : لا يسقط القصاص في القدر المقطوع ، كما لا يسقط قصاص الموضحة بالاندمال ، ولا يجب قطع الملتصق قبل تمام الإبانة ، وهكذا أطلقوه ، وفيه نظر إن عللنا بظهور الدم ، ولو استأصل أذنه ، وبقيت معلقة بجلدة ، وجب القصاص بلا خلاف ، فلو ألصقها المجني عليه ، لم يجب قطعها ، وفي سقوط القصاص عن الجاني هذا الخلاف ، ولو أبان أذنه ، فقطع المجني عليه بعض أذنه مقتصاً ، فألصقه الجاني ، فللمجني عليه أن يعود ، ويقطعه لاستحقاقه الإبانة .

فرع

ربط السن المقلوعة في مكانها ، وثبوتها كإلصاق الأذن المقطوعة فيما ذكرناه .

فصل

في السن القصاص ، وإنما يجب إذا قلعها ، فلو كسرها ، فلا قصاص ، كذا ذكره البغوي وغيره ، وحكى ابن كج عن نصه في « الأم » أنه إذا كسر بعض سنه يراجع أهل الخبرة ، فإن قالوا : يمكن استيفاؤه بلا زيادة ولا صدع في الباقي ، اقتص منه ، وبهذا قطع صاحب « المذهب » ولا تؤخذ السن الصحيحة بالمكسورة ، وتؤخذ المكسورة بالصحيحة مع قسط الذهاب من الأرض ، ، وتؤخذ الزائدة

بالزائدة بالشرط السابق ، ولو قلع سن رجل ، وليس للجاني تلك السن ، فلا قصاص ، وتؤخذ الدية ، فلو نبت بعد ذلك ، فلا قصاص أيضاً ، لأنها لم تكن موجودة حال الجناية •

فرع

إذا قلع مشغور وهو الذي سقطت روضه سن صبي لم يشغر ، فلا قصاص في الحال ولا دية ، لأنها تعود غالباً ، فإن نبت ، فلا قصاص ولا دية ، ولكن عليه الحكومة إن نبت سوداء ، أو معوجة ، أو خارجة عن سم الأسنان ، أو بقي شين بعد النبات ، وإن نبت أطول مما كانت ، أو نبت معها سن شاغية^(١) ، فكذلك على الأصح ، وإن نبت أقصر مما كانت ، وجب بقدر النقص من الأرض ، وإن جاء وقت نباتها ، بأن سقط سائر الأسنان ، وعادت ، ولم تنبت المقلوعة ، أريناه أهل الخبرة ، فإن قالوا : يتوقع نباتها إلى وقت كذا ، توقعنا تلك المدة ، فإن مضت ولم تنبت ، أو قالوا : فسد المنبت ولا يتوقع النبات ، وجب القصاص على المذهب ، وبه قطع الأصحاب ، وحكى الغزالي فيه قولين ، لأن سن الصغير ناقصة ، ولم يذكر الخلاف غير الغزالي ، ثم إذا أوجبنا القصاص ، فالاستيفاء إنما يكون بعد البلوغ ، فإن مات الصبي قبل بلوغه ، اقتصر وارثه في الحال ، أو أخذ الأرض ، وإن مات قبل حصول اليأس ، وقبل تبين الحال ، فلا قصاص ، وفي الأرض وجهان يأتيان في الديات إن شاء الله تعالى •

(١) السن الشاغية : هي الزائدة على الأسنان ، وهي المخالفة لنبتة غيرها من الأسنان •

فرع

قلع مشغور سن مشغور ، وجب القصاص ، فلو نبت سن المجني عليه ، ففي سقوط القصاص قولان ، أحدهما : يسقط ، لأن العائد قائم مقام الأول ، كما في غير المشغور ، وأظهرهما : لا يسقط ، لأن هذا هبة جديدة من الله تعالى ، وعلى القولين لا تنتظر العود ، بل للمجني عليه أن يقتص ، أو يأخذ الدية في الحال ، وقيل : يراجع أهل الخبرة ، فإن قالوا : قد يعود إلى مدة كذا ، انتظر تلك المدة ، ويكون الحكم كما ذكرنا في غير المشغور ، ولو التأمت الموضحة والتحت ، لم تسقط الدية ولا القصاص ، لأن العادة فيها الالتحام ، وكذا حكم الجائفة ، وعن صاحب «التقريب» وجه أنها إذا التحمت ، زال حكمها ، ورأى الإمام تخصيص هذا الوجه على ضعفه بما إذا نفذت الحديدية إلى الجوف ، وحصل خرق من غير زوال لحم دون ما إذا زال شيء ، ونبت لحم جديد ، ورأى طرده في مثلها في الموضحة ، ولو قطع لساناً فنبت ، ففي سقوط القصاص طريقتان ، أحدهما : قولان كالسن ، والمذهب القطع بالمنع ، لأن عوده بعيد جداً ، فهو هبة محضة ، وجنس السن معتاد العود ، التفريع على القولين في عود السن ، فإذا اقتص المجني عليه ، أو أخذ الأرش ، ثم نبتت سنه ، فليس للجاني قلعها ، وهل يسترد الأرش إن كان المجني عليه أخذه ؟ وجهان أو قولان ، إن قلنا : العائد كالأول ، استرد ، وإن قلنا : هبة ، فلا ، وإن كان المجني عليه اقتص ، فهل يطالبه الجاني بأرش السن ؟ يبني على الخلاف ، وقال ابن سلمة : لا يطالب هنا قطعاً لتعذر استرداد القصاص ، وهذا ضعيف ، ولو تعدى الجاني ، فقلع العائد وقد اقتص منه ، فإن قلنا : العائد كالأول ، لزمه الأرش بهذا القلع لتعذر القصاص وقد وجب له على المجني عليه الأرش بالعود ففيه الكلام في التقاص ، وإن جعلناه هبة ، لزمه الأرش بالقلع الثاني ، وعلى

هذا القول لو لم يقتص منه أولاً وأخذ الأرض ، فللمجني عليه أن يقتص للقلع الثاني ، فلو لم يكن اقتص للأول ولا أخذ الأرض ، لزمه قصاص وأرش ، أو أرشان بلا قصاص ، أما إذا اقتصنا من الجاني فعاد سنه دون المجني عليه ، فإن قلنا : العائد كالأول ، فهل للمجني عليه القلع ثانياً ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، لأنه قابل قلعاً بقلع فلا تشني عليه العقوبة ، لكن له الأرض لخروج القلع الأول عن كونه قصاصاً ، وكأنه تعذر القصاص بسبب ، والثاني : نعم ، لأن الجاني أفسد منبته ، فيكرر عليه حتى يفسد منبته ، وإن قلنا : هبة ، فلا شيء للمجني عليه وقد استوفى حقه بما سبق ، وهذا هو الأظهر ، ولو اقتص ، فعاد سن الجاني والمجني عليه معاً ، فلا شيء لواحد منهما على الآخر باتفاق القولين •

فرع

قلع غير مشغور سن مشغور ، قال ابن كج : للمجني عليه أن يأخذ الأرض إن شاء ، ويقتص إن شاء ، وليس له مع القصاص شيء آخر كما في أخذ السلاء بالصحيحة ، هذا إذا كان غير المشغور بالغاً ، وإلا فلا قصاص ، وفي أمالي أبي الفرج أنه يقال له : إن قلعت سنه الآن ، فالظاهر منها العود ، فاصبر إلى أن يصير مشغوراً ، فإن استعجل ، أجيب وشرط عليه أن لا حق له فيما يعود •

فرع

قلع غير مشغور سن غير مشغور ، فلا قصاص في الحال ، فإن نبت ، فلا قصاص ولا دية ، وإن لم تنبت وقد دخل وقته ، فالمجني عليه يأخذ الأرض أو يقتص ، فإن اقتص ولم يعد سن الجاني فذاك ، وإن عادت ، فهل يقلع ثانياً ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، قاله الإمام •

التفاوت الثالث في العدد وفيه مسائل :

إحداها : قطع يداً كاملة الأصابع ، ويد الجاني ناقصة أصبعاً ،
فللمجني عليه أن يأخذ دية اليد ، وله أن يقطع اليد الناقصة ، ويأخذ
الأرش للأصبع ، ولو كانت ناقصة أصبعين ، فله قطع يده وأرش
أصبعين ، ولو قطع أصبعين وله أصبع واحدة ، فللمجني عليه قطع
الموجودة ، وأرش المفقودة ، ولو قطع أصبعاً صحيحة ، وتلك الأصبع
منه شلاء ، فأراد المجني عليه قطع الشلاء وأخذ شيء للشلل ، لم يكن
له .

الثانية : إذا كان النقص في يد المجني عليه ، بأن قطع السليم
ناقصة بأصبع ، فليس للمجني عليه قطع اليد الكاملة ، لكن له أن
يلتقط الأصابع الأربع ، وله أخذ ديتها ، فإن التقطها فقد ترك كف
الجاني مع قطعه كفه ، فله حكومة خمس الكف ، وهو ما يقابل منبت
أصبعه الباقية ، وهل له حكومة أربعة أخماسها ؟ وجهان ، أحدهما :
لا ، بل تدخل تحت قصاص الأصابع ، كما تدخل تحت ديتها ، وأصحهما :
نعم ، لأن القصاص ليس من جنسها ، ويجري الوجهان فيما إذا كانت
يد الجاني زائدة بأصبع ، ويد المجني عليه معتدلة ، فلنقص الخمس لتعذر
القطع من الكوع بسبب الزائدة ، وهل تدخل حكومة الكف تحت
قصاص الخمس ولو أخذ دية الأصابع الأربع في الصورة الأولى ، دخلت
حكومة منابتها فيها على الصحيح ، وقيل : لا تدخل ، بل تختص قوة
الاستتباع بالكل ، وأما حكومة الخمس الباقي من الكف ، فتجب على
الصحيح ، وحكي وجه أن كل أصبع تستتبع الكف كما تستتبعها كل
الأصابع .

الثالثة : إذا قطع كفاً لا أصابع لها ، فلا قصاص إلا أن تكون كف القاطع مثلها ، ولو قطع صاحب هذه الكف يد سليم ، فله قطع كفه ودية الأصابع ، حكاه ابن كج عن النص •

الرابعة : إذا كان على يد الجاني أصبعان شلاوان ، ويد المجني عليه سليمة ، فإن شاء قطع يده وقنع بها ، وإن شاء لقط الثلاث السليمة وأخذ دية أصبعين ، وفي استتباع الثلاث حكومة منبتها واستتباع دية الأصبعين حكومة منبتها الخلاfan السابقان ، ولو كانت يد الجاني سليمة ، ويد المجني عليه فيها أصبعان شلاوان ، لم يجب القصاص من الكوع ، ولكن للمجني عليه قطع الثلاث السليمة وحكومة الشلاوين ، ويعود الخلاف في استتباع القصاص في الثلاث حكومة منبتها ، وفي استتباع حكومة الشلاوين حكومة منبتها وجهان ، أحدهما عند الإمام والغزالي والبغوي : المنع ، وهو ظاهر نصه في « المختصر » والثاني : أنه يستتبع ، وبه قطع العراقيون •

الخامسة : قطع كفاً لها أصبع فقط خطأ ، وجبت دية تلك الأصبع ، والصحيح أنه تدخل حكومة منبتها فيها ، وأنه يجب حكومة باقي الكف ، وعلى الوجه المحكي في آخر المسألة الثانية : لا حكومة أصلاً •

فرع

في « التهذيب » أنه لو كانت أصابع إحدى يديه وكفها أقصر من الأخرى ، فلا قصاص في القصيرة ، لأنها ناقصة ، وفيها دية ناقصة بحكومة •

السادسة : سبق أن الزائد من الأعضاء يقطع بالزائد إذا اتحد المحل ، وذكرنا خلافاً في اشتراط التساوي في الحجم ، فلو فرض شخصان لكل منهما أصبع زائدة ، قطع أحدهما زائدة الآخر ، اقتص

منه إذا حصل شرطه ، وكذا لو قطع أحدهما يد الآخر ، ولو قطع المعتدل
 يداً لها أصبع زائدة ، قطع ، وأخذ منه حكومة للزائدة ، سواء كانت
 معلومة بعينها أم لا ، وإن شاء المجني عليه أخذ دية اليد وحكومة
 الزائدة ، ولو قطع صاحب الأصابع الست يد معتدل ، لم تقطع يده من
 الكوع إلا أن تكون الزائدة نابتة في الأصابع وللمجني عليه لقط الخمس
 الأصلية ، ويعود الوجهان في استتباع قصاصها حكومة الكف ، فإن
 كانت الزائدة بجنب أصلية بحيث لو قطعت الأصلية سقطت الزائدة ،
 لم تقطع ، بل يقتصر على قطع الأربع ويأخذ دية الخامسة ، ولو كانت
 نابتة على أصبع وأمكن قطع بعضها مع الأربع بأن كانت نابتة على
 الأنملة الوسطى من أنمله ، قطعت الأنملة العليا مع الأربع ، وأخذ ثلاثية
 أصبع ، هذا إذا كانت في الست زائدة معلومة بعينها ، أما إذا كانت
 الست كلها أصلية ، بأن انقسمت القوة في الست على ستة أجزاء
 متساوية في القوة والعمل بدلاً عن القسمة على خمسة أجزاء ، فللمجني
 عليه أن يلتقط منها خمساً على الولاء من أي جانب شاء ، هكذا أطلق ،
 ولك أن تقول : إن لم تكن الست على تقطيع الخمس المهودة فهذا
 قريب ، وإن كانت على تقطيعها ، فمعلوم أن صورة الإبهام من الخمس
 تباين صورة باقيها ، فإن كانت التي تشبه الإبهام على طرف ، فينبغي أن
 يلقط الخمس من ذلك الجانب ، وإن وقعت ثانية وكانت التي تليها على
 الطرف كالملاحقة بها ، فينبغي أن يلقط الخمس من الجانب الآخر ، قال
 الإمام : ويختلج في النفس أن يقال : ليس له لقط الخمس لوقوع
 الست على نظم يخالف نظم الخمسة المعتدلة ، ثم إنه لا يستكمل حقه
 بقطع الخمس ، لأنها خمسة أسداس اليد ، فله مع ذلك سدس الدية ،
 لكن يحط من السدس شيء لأن الخمس الملقوطة وإن كانت خمسة
 أسداس ، فهي في الصورة كالخمس المعتدلة ، وتقدير المحطوط إلى

رأي المجتهد ، ولو بادر المقطوع فقطع الست ، قال البغوي : يعزر ولا شيء عليه ، ولو قيل : يلزمه شيء لزيادة الصورة ، لم يبعد ، ولو قطع صاحب الست أصبعاً لمعتدل ، قطعت أصبعه ، وأخذ ما بين خمس دية اليد وسدسها ، وهو بعير وثلاثا بعير ، لأن خمسها عشرة ، وسدسها ثمانية وثلاث ، وقياس ما سبق أن يقال : يحط من قدر التفاوت شيء ، ولو قطع معتدل اليد اليد الموصوفة ، قطعت يده ، وأخذ منه شيء للزيادة المشاهدة ، كذا حكاه الإمام وغيره ، ولو قطع أصبعاً ، لم يقتص ، لما فيه من استيفاء خمس سدس ، ولكن يأخذ منه سدس دية اليد ، ولو قطع أصبعين ، قطع منه أصبع ، وأخذ ما بين ثلث دية اليد وخمسها ، وهو ستة أبرة وثلثان ، ولو قطع ثلاثاً ، قطع منه أصبعان وأخذ ما بين نصف دية اليد وخمسها ، وهو خمسة أبرة ، ولو بادر المجني عليه ، وقطع بأصبعه المقطوعة أصبعاً منها ، قال الإمام : هو كمن قطع يداً شلاء فابتدر المجني عليه ، وقطع بها الصحيحة •

المسألة السابعة : إذا قطع صاحب الست يد معتدل ، وقال أهل البصر : نعلم أن واحدة من الست زائدة ، وهي ملتبسة ، فليس للمجني عليه قطع الخمس ، لأن الزائدة لا تقطع بالأصلية عند اختلاف المحل ، ولا يؤمن أن تكون الزائدة هي إحدى المستوفيات ، ولو بادر وقطع خمساً ، عزر ، ولا شيء له ، ولا شيء عليه ، لاحتمال أن المقطوعات أصليات ، وإن بادر وقطع الكل ، فعليه حكومة للزائدة ، وإن قال أهل البصر : لا ندري أهى كلها أصليات ، أم خمس منها أصلية ، وواحدة زائدة ، فلا قصاص أيضاً ، فلو قطع جميعها أو خمساً منها ، عزر ، ولا شيء له ، ولا عليه ، لأنه إن قطع الكل ، احتمل أنهن أصليات ، وإن قطع خمساً احتمل أن الباقية زائدة •

الثامنة : في الزائدة من الأنامل قد أجرى الله سبحانه وتعالى العادة

أن كل أصبع سوى الإبهام منقسمة ثلاثة أقسام وهي الأنامل الثلاث ، فلو انقسمت على خلاف العادة أصبع بأربع أنامل ، فلها حالان ، أحدهما : أن تكون الأربع أصلية عند أهل البصر ، وقد يستدل عليه بأن تكون غير مفرطة الطول ، وتناسب باقي الأصابع ، فإذا قطع صاحبها أنملة لمعتدل ، قطعت منه أنملة ، لكن لا يتم بها حق المجني عليه ، لأن أنملته ثلث الأصبع ، وهذه ربعها ، فيطالب بما بين الربع والثلث من دية أصبع ، وهو خمس أسداس بعير ، وإن قطع أنملتين ، قطعنا منه أنملتين ، وطالبناه بما بين نصف دية الأصبع وثلثها ، وهو بعير وثلثا بعير ، وإن قطع أصبع معتدل بتمامها ، فهل يقطع أصبعه بها ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، وبه قطع الغزالي والرويانى ، وصححه الإمام ، وأصحهما عند البغوي : المنع ، فعلى هذا يقطع ثلاث أنامل هي ثلاثة أرباع حصته ، ويطالب بالتفاوت بين جميع الدية ، وثلثة أرباعها ، وهو بعيران ونصف ، ولو بادر المجني عليه ، وقطع أصبعه ، عزرر ولا شيء عليه ، ولو قطع معتدل أنملة من له هذه الأصبع ، لم تقطع أنملته ، لكن يؤخذ منه ربع دية أصبع ، ولو قطع أنملتين ، فللمجني عليه أن يقطع منه أنملة ويأخذ بعيراً وثلثين ، ولو قطع ثلاث أنامل ، فله أن يقطع أنملتين ويأخذ خمسة أسداس بعير ، ولو قطع الأصبع بتمامها ، قطعت أصبعه ، ولم يلزمه شيء آخر ، هكذا ذكره الإمام والرويانى .

الحال الثانى : أن تكون الأنملة العليا زائدة خارجة عن أصل الخلقة ، فإن قطع صاحبها أصبع معتدل ، لم يقطع أصبعه ، لما فيها من الزيادة ، وتؤخذ منه الدية ، ولو قطعها معتدل ، قطعت أصبعه ، وأخذت منه حكومة للزائدة ، وتختلف الحكومة بكون الزائدة عاملة أم لا ، ولو قطع المعتدل أنملة منها ، فلا قصاص ، وعليه الحكومة ، ولو قطع

أنملتين ، قطع منه أنملة وأخذت الحكومة للزائدة ، ولو قطع ثلاثاً ،
قطعت منه أنملتان وأخذت الحكومة •

فرع

لو كان لأنملة طرفان ، أحدهما أصلي عامل ، والآخر زائد غير
عامل ، ففي الأصل القصاص والأرشف الكامل ، وفي الآخر الحكومة ،
ولو قطع صاحبها أنملة معتدل ، قطع منه الأصلي إن أمكن إفراده ، وإن
كانا عاملين مشتدين ، قال الإمام : القول فيهما قريب من القول في
الأصابع الست الأصلية ، وإن قطع المعتدل أحد الطرفين ، لم تقطع
أنملته ، وإن قطعهما معاً ، قطعت أنملته ، ولزمه لزيادة الخلقة شيء ،
وإن قطع صاحبها أنملة معتدل ، لم يقطع طرفاً أنملته ، بل يختار
المقطوع أحدهما فيقطعه ، ويأخذ معه نصف الأرشف ، ويحط منه شيء ،
هذا كله إذا نبت طرفاً تلك الأنملة على رأس الأنملة الوسطى ، فلو بقي
رأسها عظم ، ثم انشعب الطرفان من ذلك العظم ، فإن لم يكن مفصل
بين العظم وبينها ، فليس ذلك موضع القصاص ، وإن كان لكل طرف
مفصل هناك ، فالعظم الحائل بين الشعبتين والأنملة الوسطى أنملة
أخرى ، وهي أصبع لها أربع أنامل ، والعليا منها ذات طرفين ، ولو كان
على الساعد كفان ، أو على الساق قدمان ، فحكمه كالأنملتين على
رأس أصبع •

المسألة التاسعة : لو كانت أصبع ليس لها إلا أنملتان ، وهي
تناسب سائر الأصابع في الطول ، فلإمام فيه احتمالان ، أحدهما :
ليست أصبعاً تامة ، وإنما هي أنملتان ، وأصحهما : أنها أصبع
تامة ، لكنها ذات قسمين ، كما لو كان لها أربع أنامل كانت أصبعاً ذات
أربع أقسام ، ولو وجدت أصبع لا مفصل لها ، قال الإمام : الأرجح

عندي نقصان شيء من الدية ، لأن الاثشاء إذا زال ، سقط معظم منافع الأصبع ، وقد ينجر هذا إلى أن لا تقطع أصبع السليم بها .

العاشرة : سليم اليد قطع الأنملة الوسطى من فاقد العليا ، فلا سبيل إلى الاقتصاص مع بقاء العليا ، فإن سقطت بأفة أو جناية ، اقتص من الوسطى ، وللقفال احتمال أنه لا يقتص ، ومثله لو قطع السليم كفاً لا أصابع لها ، فحكمه ما ذكرنا ، فلو بادر المجني عليه فقطع الوسطى مع العليا ، فقد تعدى ، وعليه أرش العليا ، ولو أراد طلب أرش الوسطى في الحال للحيلولة ، فليس له ذلك على الصحيح إلا أن يعفو ، ولو كانت العليا مستحقة القطع قصاصاً ، فليس له أيضاً طلب أرش الوسطى من غير عفو على الأصح ، وقيل : له ، لأن استيفاء القصاص مرتقب ، ومن صور استحقاق العليا بالقصاص ما نص عليه في « المختصر » وهو أن تقطع الأنملة العليا من رجل ، والوسطى من آخر فاقد للعليا ، فلصاحب العليا القصاص فيها أولاً ، وإن كان قطعه متأخراً ، فإن طلب القصاص ، اقتص ، ويمكن مستحق الوسطى من استيفائها ، قال أبو بكر الطوسي : ولو اتفقا على وضع الحديد على مفصل الوسطى واستوفيا الأنملتين بقطعة واحدة ، جاز ، وقد هونا الأمر عليه ، وإن لم يطلب صاحب العليا القصاص ، صبر صاحب الوسطى أو عفا .

فرع

قطع الأنملة العليا لرجل ، والعليا والوسطى لغيره ، نظر ، إن سبق قطع الأنملة ، فلصاحبها الاقتصاص فيها ، ويتخير الآخر بين أن تقطع الوسطى ، ويأخذ دية العليا ، وبين أن يعفو ويأخذ ديتها ، ولو بادر صاحب الأنملتين فقطعهما ، كان مستوفياً لحقه ، ويأخذ الآخر دية العليا من الجاني .

الفصل الرابع في وقت الاقتصاص في الجروح

المستحب في قصاص الجروح والأطراف التأخير إلى الاندمال ، فلو طلب المستحق الاقتصاص في الحال ، مكن منه على المذهب والمنصوص ، ولو طلب الأرش ، لم يمكن منه على المذهب والمنصوص ، لأن القصاص في تلك الجراحة ثابت وإن سرت إلى النفس ، أو شاركه غيره في الجرح ، وأما المال ، فلا يتقدر ، فقد تعود الديتان في اليدين والرجلين إلى واحدة بالسراية إلى النفس ، وقد يشاركه جماعة ، فيقل واجبه ، وقيل : في التعجيل في المال والقصاص قولان ، فإن قلنا : يعجل المال ، ففي قدر المعجل وجهان ، أحدهما : تعجل أروش الجراحات وديات الأطراف وإن كثرت ، فإن حصلت سراية ، استرد ، والثاني : لا يعجل إلا دية نفس ، لاحتمال السراية •

قلت : الثاني الأصح • والله اعلم

باب

اختلاف الجاني ومستحق الدم

فيه مسائل :

إحداها : قد ملفوفاً في ثوب نصفين وقال : كان ميتاً ، وقال الولي : كان حياً ، فأيهما يصدق ؟ قولان ، أظهرهما : الولي ، وقيل : يفرق بين أن يكون ملفوفاً على هيئة التكفين ، أو في ثياب الأحياء ، فلالإمام : وهذا لا أصل له ، ويجري القولان فيما لو هدم عليه بيتاً وادعى أنه كان ميتاً ، وأنكر الولي ، وسواء قلنا : المصدق الولي ، أو الجاني ، فللولي أن يقيم بينة بحياته ويعمل بها ، وللشهود أن يشهدوا بالحياة إذا كانوا رأوه يتلف في الثوب ، ويدخل البيت ، وإن لم يتيقنوا حياته حالة القدر والانهدام استصحاباً لما كان ، ولكن لا يجوز أن يقتصروا على أنهم رأوه يدخل البيت ويتلف في الثوب ، ذكره البغوي وغيره •

قلت : وإذا صدقنا الولي بلا بيئة، فالواجب الدية دون القصاص، ذكره المحاملي والبغوي ، وقال المتولي : هو على الخلاف في استحقاق القود بالقسامة • والله اعلم

الثانية : قتل شخصاً ، وادعى رقه ، وقال قريه : كان حراً ، فالنص أن القول قول القريب ، ونص أنه لو ادعى رق المقدوف ، فالقول قول القاذف ، فقليل بظاهر النصين ، والأصح أن فيهما قولين ، أظهرهما : تصديق القريب ، لأن الغالب والظاهر الحرية ، ولهذا حكمنا بحرية اللقيط المجهول •

الثالثة : قطع طرفه ، وادعى نقصه بشلل في اليد أو الرجل أو الذكر ، أو فقد أصبع أو بخرس أو عمى ، وأنكره المجني عليه ، ففيه نصوص وطرق مختصرها أربعة أقوال ، أحدها : يصدق المجني عليه ، والثاني : الجاني ، والثالث : يصدق المجني عليه إن ادعى السلامة من الأصل ، وإن ادعى زوال النقص بعد وجوده ، صدق الجاني ، والرابع وهو المذهب : يصدق المجني عليه إلا في العضو الظاهر عند إنكار أصل السلامة ، لأنه يمكن إقامة البيئة ، والمراد بالعضو الباطن ما يعتاد ستره مروءة ، وقيل : ما يجب وهو العورة ، وبالظاهر ما سواء ، وإذا صدقنا الجاني ، احتاج المجني عليه إلى بيئة بالسلامة ، ثم الأصح أنه يكفي قول الشهود : كان صحيحاً ، ولا يشترط تعرضهم لوقت الجناية ، وقيل : إن شهدوا بالسلامة عند الجناية ، كفى ولا يحتاج معها إلى يمين ، وإن شهدوا أنه كان سليماً ، احتاج معها إلى اليمين لجواز حده ث النقص ، ثم تجوز الشهادة بسلامة العين إذا رأوه يتبع بصره الشيء زمنًا طويلاً ويتوقى المهالك ، ولا يجوز بأن يروه يتبعه بصره زمنًا يسيراً ، لأنه قد يوجد من الأعمى ، وكذلك تجوز الشهادة بسلامة اليد والذكر برؤية الانقباض والانبساط •

فرع

إذا اختلفا في أصل العضو ، فقل بإطلاق الخلاف في أن المصدق أيهما ؟ وأنكر الإمام هذا ، وقال : من أنكر أصل العضو ، أنكر الجناية عليه ، فيقطع بتصديقه ، وإنما الخلاف إذا اختلفا في صحته ، ومنه ما إذا قطع كفه ، واختلفا في نقص أصبع ، وليس منه ما إذا ادعى المقطوع قطع الذكر والأثنين ، وقال الجاني : لم أقطع إلا أحدهما •

الرابعة : قطع يديه ورجليه ومات ، فقال الجاني : مات بالسراية ، فعلي دية ، وقال الولي : بل مات بعد الاندمال ، فعليك ديتان ، نظر ، إن لم يمكن الاندمال في تلك المدة لقصرها كيوم ويومين ، فالقول قول الجاني بلا يمين ، وقيل : يمين ، قاله الشيخ أبو حامد ، لاحتمال الموت بعارض ، كحبة وسم مذفف^(١) ، والصحيح الأول ، لأن الاختلاف في الاندمال فقط ، فلا ينظر إلى غيره ، وإن أمكن الاندمال في تلك المدة ، ففيه أوجه ، أصحها : أن القول قول الولي يمينه ، وبهذا قطع الأكثرون ، والثاني : إن مضت مدة طويلة لا يمكن أن تبقى الجراحة فيها غير مندملة ، صدق الولي بلا يمين ، وإلا فيمين ، قطع به ابن الصباغ والرويانى ، والثالث : إن كان احتمال الاندمال مع إمكانه بعيداً ، صدق الجاني يمينه ، وإلا فالولي ، وادعى الإمام اتفاق الأصحاب عليه ، وليس كما ادعى ، ولو اختلفا في مضي زمن الاندمال ، صدق الجاني ، لأن الأصل أنه لم يمض • ولو قال الجاني : مات سراية ، أو قتلته أنا قبل الاندمال ، وقال الولي : بل مات بسبب آخر ، بأن قال : قتل نفسه ، أو قتله آخر ، أو شرب سماً موحياً ، فأيهما يصدق ؟ وجهان ، أصحهما : الولي ، لأن الأصل بقاء الديتين بالجنايتين ، والأصل عدم السبب الآخر ، ولو اقتصر الولي على أنه مات بسبب آخر ولم يعينه ، قال الصيدلاني : لا يلتفت إلى قوله إن قصر الزمان

(١) أي : سريع الإجهاز على من شربه ، والذفاف : السم القاتل .

ولم يمكن فيه الاندمال ، فإن أمكن ، فإن صدقناه يمينه ولم نحوجه إلى بيته ، قبل قوله ، وحلف أنه مات بسبب آخر ، وإن لم نصدقه وأحوجناه إلى البيته ، فلا بد من التعيين لتصور إقامة البيته ، قال الإمام : ولا يبعد طرد الوجهين ، وإن لم يمكن الاندمال ، ولو اتفقا على أن الجاني قتله ، لكن قال : قتلته قبل الاندمال فعلي دية ، وقال الولي : بل بعده ، فعليك ثلاث ديات ، والزمان محتمل للاندمال ، صدق الولي في بقاء الديتين ، والجاني في نفي الثالثة ، ويجيء وجه أنه يصدق الجاني مطلقاً .

فرع

لو قطع إحدى يديه ومات ، فقال الجاني : مات بسبب آخر ، فعلي نصف الدية ، وقال الولي : مات بالسراية ، فعليك دية ، فأيهما يصدق ؟ وجهان ، أصحهما : الولي ، ولو قال الجاني : مات بعد الاندمال ، فعلي نصف دية ، وقال الولي : مات بالسراية ، والزمن محتمل للاندمال ، فالمصدق الجاني على الأصح ، ولو اختلفا في مضي زمن الإمكان ، فالمصدق الولي ، لأن الأصل عدم المضي ، ولو قتله الجاني بعد القطع ، وقال : قتلته قبل الاندمال ، فعلي دية ، وقال الولي : بعده ، فعليك دية ونصف ، فالمصدق الجاني .

فرع

جرحه بقطع يد أو غيره ، فمات ، فقال الجاني : حز آخر رقبتة ، فليس علي قصاص النفس ، وقال الولي : بل مات بسراية جرحك ، فأيهما يصدق ؟ وجهان ، أصحهما : الولي ، وبه قطع الداركي . ولو قال الولي : مات بالسراية ، وقال الجاني : مات بعد الاندمال ، قال الإمام : إن طالت المدة ، وكان الظاهر الاندمال ، صدق الجاني يمينه ، وإن قصرت المدة ، وبعد احتمال الاندمال ، فالمصدق الولي ، وقيل : في المصدق قولان مطلقاً متى كانت المدة محتملة ، وإن لم تحتمل المدة

الاندمال ، صدق الولي بلا يمين ، وإن لم تحتمل بقاء الجرح ، صدق
الجاني بلا يمين •

فرع

حيث صدقنا مدعي الاندمال ، فأقام الآخر بينة بأن المجروح لم
يزل متألماً من الجراحة حتى مات ، رجعنا إلى تصديقه •

الخامسة : أوضحه موضحتين ، ثم رفع الحاجز بينهما وقال :
رفعته قبل الاندمال ، فليس علي إلا أرش واحد ، وقال المجني عليه :
بل بعده ، فعليك أرش ثلاث موضحات ، قال الأصحاب : إن قصر
الزمان ، صدق الجاني بيمينته ، وإن طال ، صدق المجني عليه ، وإذا
حلف المجني عليه ، ثبت الأرشان ، ولا يثبت الثالث على الأصح ، ولو
وجدنا الحاجز مرتفعاً ، وقال الجاني : رفعته أنا ، أو ارتفع بالسراية ،
وقال المجني عليه : بل رفعه آخر ، أو رفعته أنا ، فالظاهر تصديق
المجني عليه ، ولو كان الموجود موضحة واحدة ، فقال الجاني : هكذا
أوضحت ، وقال المجني عليه : بل أوضحت موضحتين ، وأنا رفعت
الحاجز بينهما ، صدق الجاني •

قلت : باب الاختلاف واسع ، وإنما أشار هنا إلى مسائل منه ،
وباقها مفرق في مواضعه ، ومنها : لو قطع أصبعه ، فداوى جرحه
وسقطت الكف ، فقال الجاني : تأكل بالدواء ، وقال المجني عليه : بل
تأكل بسبب القطع ، قال المتولي : نسأل أهل الخبرة ، فإن قالوا :
هذا الدواء يأكل اللحم الحي والميت ، صدق الجاني ، وإن قالوا :
لا يأكل اللحم الحي ، صدق المجني عليه ، وإن اشتبه الحال ، صدق المجني
عليه ، لأنه أعرف به ، ولا يتداوى في العادة بما يأكل • **واستدل**

باب استيفاء القصاص

فيه اطراف :

الأول : فيمن له ولاية الاستيفاء ، أما القصاص ، فيستحقه جميع الورثة على فرائض الله تعالى ، وفي وجه تستحقه العصبه خاصة ، وفي وجه يستحقه الوارثون بالنسب دون السبب ، حكاهما ابن الصباغ ، وهما شاذان ، والصحيح الأول وبه قطع الجمهور ، ولو قيل : من ليس له وارث خاص ، فهل للسلطان أن يقتص من قاتله ، أم يتعين ، أخذ الدية ؟ فيه قولان سبقا في كتاب اللقيط ، وإن خلف بنتاً ، أو جدة ، أو أختاً لأُم ، فإن قلنا : للسلطان الاستيفاء إذا لم يكن وارث ، استوفاه مع صاحب الفرض ، وإلا فالرجوع إلى الدية .

فرع

لو كان في الورثة غائب ، أو صبي ، أو مجنون ، انتظر حضور الغائب أو إذنه ، وبلوغ الصبي ، وإفاقة المجنون ، وليس للآخرين الانفراد بالاستيفاء .

فرع

إذا انفرد صبي ، أو مجنون باستحقاق القصاص ، لم يستوفه ونه سواء فيه قصاص النفس والطرف ، وأما أخذ الولي له الدية ، وجواز رد المستحق لها إذا كمل واقتصاصه ، فقد ذكرناه في كتابي الحجر واللقيط ، ويجبس القاتل إلى أن يبلغ الصبي ويفيق المجنون ، ولا يخلى بالكفيل ، فقد يهرب ، ويفوت الحق ، وكذلك يجبس إلى أن يقدم الغائب ، كما لو وجد الحاكم مال ميت مغصوباً ، والوارث غائب ، فإنه يأخذه حفظاً لحق الميت ، وذكر ابن الصباغ أنه لا يجبس في قصاص الطرف إلى قدوم الغائب ، لأن الحاكم لا ولاية له على الغائب

المكلف ، كما لا يأخذ ماله المفضوب ، وفي كلام الإمام وغيره ما ينازع فيه ويشعر بأنه يأخذ مال الغائب ويحفظه له ، وأنه يحبس لقصاص الطرف ، وفي أمالي السرخسي أن الشيخ أبا علي قال : لا يحبس القاتل ، لأنه عقوبة زائدة ، وحمل الحبس في كلام الشافعي رحمه الله على التوقف للانتظار ، والصحيح الأول ، وبه قطع الجماهير قال الأصحاب : وجبسه أهون عليه من تعجيل القتل ، ولا طريق إلى حفظ الحق سواه •

فصل

إذا كان القصاص لجماعة حضور كاملين ، فليس لهم أن يجتمعوا على مباشرة قتله ، لأن فيه تعذيباً ، ولكن يتفقون على واحد يستوفيه ، أو يوكلون أجنبياً ، فإن طلب كل واحد أن يستوفيه بنفسه ، أفرع ، فمن خرجت قرعته ، تولاه بإذن الباقيين ، فلو آخروا لم يكن له الاستيفاء بخلاف ما إذا تنازعوا في التزويج ، فخرجت قرعة واحد ، فإنه يزوج ، ولا يحتاج إلى إذن الباقيين ، لأن القصاص مبني على الإسقاط ولجميعهم ولبعضهم تأخيرهم كإسقاطه ، والنكاح لا يجوز تأخيرهم ، هذا هو الصحيح ، وعن القفال تفريعاً أنه لا يفرع بينهم إلا بإذنهم بخلاف القرعة في القسمة وبين الأولياء ، وحكى الإمام وغيره وجهاً أنه لا حاجة بعد خروج القرعة إلى إذن الباقيين ، لتظهر فائدة القرعة ، وإلا فاتفاقهم على واحد مغل عن القرعة ، ولا شك أنه لو منع بعضهم من خرجت له القرعة من الاستيفاء ، لم يكن له الاستيفاء ، وهل يدخل في القرعة العاجز عن الاستيفاء ، كالشيخ والمرأة ؟ وجهان ، وقيل : قولان ، أحدهما عند الأكثرين : لا ، لأنه ليس أهلاً للاستيفاء ، والقرعة إنما تكون بين المستوين في الأهلية ، والثاني : نعم ، فإن خرجت القرعة له ، وكل ، فإن قلنا : لا يدخل ، فخرجت القرعة لقادر ، فعجز ، أعيدت بين الباقيين ، وإن قلنا : يدخل ، لاتعاد ، لكن يستتيب ، هذا كله إذا كان

المستحق القصاص في النفس لحز الرقبة ، فأما قصاص الطرف ، وقصاص النفس المستحق بقطع الطرف ونحوه ، فسيأتي إن شاء الله تعالى .

فصل

من عليه قصاص إذا قتله أجنبي ، لزمه القصاص كما سبق ، ويكون هذا القصاص لورثته ، لالمن كان يستحق القصاص عليه ، قال البغوي : فلو عفا ورثته عن القصاص على الدية ، فالدية للورثة على الصحيح ، وقيل : لمن له القصاص ، كما إذا قتل المرهون تكون قيمته مرهونة ، وهو ضعيف ، وأما إذا بادر أحد ابني المقتول الحائزين ، فقتل الجاني بغير إذن الآخر ، فينظر أوقع ذلك قبل عفو أخيه أم بعده ؟ الحالة الأولى : إذا قتله قبل العفو ، ففي وجوب القصاص عليه ، قولان ، أظهرهما : لا يجب ، لأن له حقاً في قتله ، فصار شبهة ، والقولان فيما إذا قتله عالماً بالتحريم ، فإن جهل ، فلا قصاص بلا خلاف ، الحالة الثانية : أن يقتله بعد العفو ، فإن علم العفو ، وحكم الحاكم بسقوط القصاص عن الجاني ، لزمه القصاص قطعاً ، وإن لم يحكم به ، لزمه أيضاً على المذهب ، وقيل : لا ، لشبهة اختلاف العلماء ، وإن جهله ، فإن قلنا : لا قصاص إذا علمه ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان ، ولو قتله العافي ، أو عفوا ، ثم قتله أحدهما ، لزمه القصاص قطعاً . التفريع على الحالة الأولى ، فإذا أوجبنا القصاص على الابن المبادر ، وجبت دية الأب في تركة الجاني ، كما لو قتله أجنبي ، فإن اقتصر وارث الجاني من المبادر ، أخذ وارث المبادر والابن الآخر الدية من تركة الجاني ، وكانت بينهما نصفين ، وإن عفا مجافاً ، أو أطلق العفو ، وقلنا : العفو المطلق لا يوجب الدية ، أخذها الأخوان ، وإن عفا على الدية ، أو أطلق وجعلنا المطلق موجباً للدية ، فلأخ الذي لم يقتل نصف الدية في تركة الجاني ، وللمبادر النصف وعليه دية الجاني بتمامها ، ويقع الكلام في التقاص ، وقد يصير النصف بالنصف قصاصاً ، ويأخذ وارث الجاني النصف الآخر ،

وقد يختلف القدر بأن يكون المقتول أولاً رجلاً ، والجاني امرأة ، وإذا قلنا بالأظهر ، ولم نوجب القصاص على المبادر ، فلاخيه نصف الدية ، ومن يأخذها ؟ قولان ، أحدهما : من أخيه المبادر ، وأظهرهما : من تركه الجاني ، فإذا قلنا : يأخذ من أخيه ، فأبرأ أخاه ، برىء ، وإن أبرأ وارث الجاني ، لم يصح ، لأنه لاحق له عليه ، ولو أبرأ وارث الجاني المبادر عن الدية ، لم يسقط النصف الثابت عليه لأخيه ، وأما النصف الثابت للوارث ، فيبنى على التقاص في الدينين ، هل يحصل بنفس الوجوب ؟ إن قلنا : نعم ، فالعفو لغو ، وبمجرد وجوبهما ، سقطا ، وإن قلنا : لا يحصل حتى يتراضيا ، صح الإبراء ، وسقط ماثبت للوارث على المبادر ، ويبقى للمبادر النصف في تركه الجاني ، وإن قلنا : حق الذي لم يقتل في تركه الجاني لأعلى أخيه ، فلوارث الجاني على المبادر دية تامة ، وللمبادر نصف الدية في تركه الجاني ، فيقع النصف تقاصاً ، ويأخذ وارث الجاني منه النصف الآخر ، فلو أبرأ الذي لم يقتل أخاه ، فأبرأؤه لغو إذ لا شيء له عليه ، ولو أبرأ وارث الجاني ، صح ، ولو أسقط وارث الجاني الدية عن المبادر ، فإن قلنا : يقع التقاص بنفس الوجوب ، فقد سقط النصف بالنصف ، ويؤثر الإسقاط في النصف الآخر ، فلا يبقى لأحدهما على الآخر شيء ، وإن قلنا : لا يقع التقاص إلا بالتراضي ، سقط حق الوارث بإسقاطه ، وبقي للمبادر نصف الدية في تركه الجاني ، وإذا كان المبادر جاهلاً بالتحريم ، وجبت الدية بقتله ، وهل يكون في ماله لقصده القتل ، أم على عاقلته ، لأن الجهل كالخطأ ؟ قولان ، فإن قلنا : في ماله ، فالابن الذي لم يقتل يأخذ نصف الدية من أخيه ، أو من تركه الجاني ، فيه القولان ، وإن قلنا : على العاقلة ، أخذ الابن الدية من تركه الجاني في الحال ، ووارث الجاني يأخذ ديته من عاقلة المبادر ، كما تؤخذ الدية من العواقل ، هذا تفرع الحالة الأولى ، أما إذا قتله بعد عفو أخيه ، فإن أوجبنا القصاص ، واقتص وارث

الجاني ، فلورثة المقتص منه نصف الدية في تركة الجاني ، وأما العافي ، فلا شيء له إن عفا مجاناً ، وإن عفا على نصف الدية ، عاد الخلاف في أنه ممن يأخذه ، وإن لم يقتص منه الوارث ، بل عفا ، نظر في حال العفوين وما يقتضيانه من وجوب المال وعدمه ، وإن لم نوجب القصاص ، فإن كان الآخر عفا على الدية ، أو مطلقاً ، وقلنا : المطلق يقتضي الدية ، فلاثنين دية أيهما ، وعلى المبادر دية الجاني ، فيقع ماله وما عليه في التقاص ، ويأخذ الآخر النصف من أخيه ، أو من تركة الجاني على الخلاف ، وإن عفا مجاناً أو مطلقاً وقلنا : لا يوجب المال ، فلا شيء للعافي ، وللمبادر نصف دية أبيه ، وعليه جميع دية الجاني ، وما ذكرناه في المسألة من صور مجيء الخلاف في التقاص كذا أطلقه الأصحاب وفيه نظر ، لأن شرط التقاص استواء الديتين في الجنس والصفة حتى لا يجري إذا كان أحدهما مؤجلاً والآخر حالاً واختلف أجلهما ، وهنا أحد الديتين في ذمة الابن المبادر لورثة الجاني ، والآخر يتعلق بتركة الجاني ولا يثبت في ذمة أحد ، وهذا الاختلاف أشد من اختلاف قدر الأجل .

فصل

الواحد إذا قتل جماعة ، قتل بأحدهم وللباقيين الديات ، وكذا لو قطع أطراف جماعة كما سبق ، وفي البيان وجه أنه يقتل بالجميع وليس بشيء ، فلو رضي الأولياء بأن يقتل بهم جميعاً ويرجع كل واحد إلى ما يبقى له من الدية عند توزيع القصاص عليهم ، لم يجابوا إليه بلا خلاف ، قاله الإمام ، ثم ينظر إن قتلهم مرتباً ، قتل بالأول ، فإن عفا ولي الأول ، قتل بالثاني وهكذا يراعى الترتيب ، وإن لم يعف ولي الأول ولا اقتص ، فلا اعتراض عليه ، وليس لولي الثاني المبادرة بقتله ، فلو فعل ، عزر ولا غرم ، بل يقع قتله عن القصاص المستحق له ، وينتقل الأول إلى الدية ، وفي وجه يغرم للأول دية قتله ، ويأخذ من تركة الجاني دية قتيل نفسه ، وليس بشيء ، ولو كان ولي القاتل الأول غائباً

أو صبياً أو مجنوناً ، حبس القاتل حتى يحضر الولي ، أو تكمل حاله ، وحكى الفوراني قولاً عن رواية حرمة أن للثاني الاقتصاص ، ويصير الحضور والكمال مرجحاً ، والمشهور الأول ، وأما إذا قتلهم معاً ، بأن هدم عليهم جداراً أو جرحهم وماتوا معاً ، فيقرع بينهم ، فمن خرجت قرعته ، قتل به ، فإن خرجت لواحد ، فعفا وليه ، أعيدت القرعة بين الباقيين ، وكذا لو عفا ، بأن خرجت قرعته ، وهذا الإقراع واجب على مقتضى كلام الجمهور ، وحكى أبو الفياض وغيره أنه مستحب وللإمام أن يقتله بمن شاء منهم ، قال الروياني : وهو الأصح ، وعليه جرى ابن كج وغيره ، وحكوا عن نص الشافعي رحمه الله أنه قال : أحببت أن يقرع بينهم ، ولو رضوا بتقديم واحد بلا قرعة ، جاز ، فإن بدا لهم ، ردوا إلى القرعة ، ذكره الإمام ، ولو كان ولي بعض القتلى غائباً أو صبياً أو مجنوناً ، فالذهب الانتظار إذا أوجبنا الإقراع ، وفي « الوسيط » عن رواية حرمة أن للحاضر والكمال الاقتصاص ، وإذا أشكل الحال ، فلم يدر أقتلهم دفعة أو مرتباً ، أقرع بينهم ، فإن أقر بسبق قتل بعضهم ، اقتص منه وليه ، ولولي غيره تحليفه إن كذبه •

فرع

إذا قتل مرتباً ، فجاء ولي الثاني يطلب القصاص ، ولم يجرى الأول ، فعن نص الشافعي رضي الله عنه قال : أحببت أن يبعث الإمام إلى ولي الأول ، ليعرف أهو طالب أو عاف ، فإن لم يبعث وقتله بالثاني ، كرهته ولا شيء عليه ، لأن لكلهم عليه حق القود ، ويشبه أن تكون الكراهة كراهة تحريم ، ويؤيده أنه قال في « الأم » : فقد أساء •

فرع

قتل جماعة جماعة ، فالقاتلون كشخص ، فإن قتلوهم مرتباً ، قتلوا بالأول ، وإلا فيقرع ، فمن خرجت قرعته ، قتلوا به ، وللباقيين الديات في تركات القاتلين •

فرع

إذا قتل عبد جماعة أحراراً أو عبيداً ، فوجهان ، أحدهما : يقتل جميعهم ، لأن في تخصيص بعضهم تضييع حق الآخرين ، ولأن العبد لو قتلهم خطأ ، تضاربوا في رقبته ، فكذا في قصاصه بخلاف الحر ، وأصحهما عند الأكثرين : لا يقتل جميعهم ، بل يكون كالحر المعسر ، يقتل بواحد ، وللباقيين الديات في ذمته يلتقى الله تعالى بها ، فعلى هذا إن قتلهم مرتباً ، قتل بالأول ، وإن قتلهم معاً ، أقرع ، وقتل بمن خرجت قرعته ، ولو عفا ولي الأول ، أو ولي من خرجت قرعته على مال ، تعلق المال برقبته ، وللثاني قتله وإن بطل حق الأول ، لأن تعلق المال لا يمنع القصاص ، كجناية المراهون ، وإن عفا الثاني أيضاً على مال ، تعلق المالان برقبته ولا يرجح بالتقدم ، كما لو أتلّف أموالاً لجماعة في أزمّة .

فرع

إذا تمالأ على الجاني أولياء القتل ، فقتلوه جميعاً ، فثلاثة أوجه ، أصحها : يقع القتل موزعاً على جميعهم ، ويرجع كا واحد بقسط ما بقي من ديته ، والثاني : يقرع ويجعل القتل واقعاً عن خرجت قرعته ، وللباقيين الديات ، والثالث قاله الحلبي : يكتفى به عن جميعهم ، ولا رجوع إلى شيء من الدية .

فرع

قتل رجلاً ، وقطع طرف آخر ، وحضر المستحقان ، يقطع طرفه ، ثم يقتل ، سواء تقدم قتله ، أم قطعه ليجمع بين الحقين ، وإن قطع يمين زيد ، ثم أصبعاً من يمين عمرو ، وحضرا ، قطعت يمينه لزيد ويأخذ عمرو دية الأصبع ، فإن عفا زيد ، قطعت أصبعه لعمرو ، وإن كان قطع الأصبع

أولاً ، قطعت أصبعه للأول ، ويأخذ الثاني دية اليد ، وإن شاء ، قطع ما بقي من يد الجاني ، وأخذ دية الأصبع ، وإن وقع القطعان معاً ، أقرع ، فمن خرجت قرعته مكانه يقدم قطعه .

فصل

ليس لمستحق القصاص استيفاءه إلا بإذن الإمام أو نائبه ، وعن أبي إسحاق ومنصور التميمي أن المستحق يستقل بالاستيفاء كالأخذ بالشفعة وسائر الحقوق ، والصحيح المنصوص الأول ، وسواء فيه قصاص النفس والطرف ، وإذا استقل به عزز ، لكنه لاغرم عليه ، ويقع عن القصاص ، ولو استقل المقدوف باستيفاء حد القذف بإذن القاذف ، أو بغير إذنه ، ففي الاعتداد به وجهان ، فإن قلنا : لا يعتد به ، ترك حتى يبرأ ثم يحد ، ولو مات منه . وجب القصاص إن جلد به بغير إذنه ، وإن كان بإذنه ، فلا قصاص ، وفي الدية خلاف ، كما لو قتله بإذنه ، ثم إذا طلب المستحق أن يستوفي القصاص بنفسه ، فإن لم يره أهلاً له كالشيخ والزمن والمرأة ، لم يجبه ، وأمره أن يستتيب ، وإن رآه أهلاً له ، فإن كان المطلوب قصاص النفس . والطالب الولي ، فوضه إليه بخلاف الجلد في القذف لا يفوض إلى المقدوف ، لأن تفويت النفس مضبوط ، والجلدات يختلف موقعها ، والتعزير كحد القذف ، وإن كان المطلوب قصاص الطرف ، والطالب المجني عليه ، فوجهان ، أحدهما : يفوضه إليه كالنفس ، لأن إبانة الطرف مضبوطة ، وأصحهما : المنع ، لأنه لا يؤمن أن يردد الجديدة ، ويزيد في الإيلام .

فرع

يستحب للإمام أن يحضر الاقتصاص عدلين متيقظين ، ليشهدا إن أنكر المقتص ، ولا يحتاج إلى القضاء بعلمه إن كان الترافع إليه .

فرع

يتفقد الإمام السيف ، ويقتص بصارم لا كال ، فلو كان الجاني قتل بكال ، فهل يقتص بكال أم يتعين الصارم ؟ وجهان ، أصحهما : الأول ، وإذا لم نجوز بالكال، فإن بعد الاستيفاء كلاله، عزر المستوفي.

فرع

يضبط الجاني في قصاص الطرف ، لثلا يضطرب ، فيؤدي إلى استيفاء زيادة .

فرع

إذا أذن للولي في ضرب الرقبة ، فأصاب غيرها ، واعترف بأنه تعمد ، عزر ، وكذا لو ادعى الخطأ فيما لا يقع الخطأ بمثله ، بأن ضرب رجله أو وسطه ، لكن لا يمنع من الاستيفاء ، ولا يعزل ، لأنه أهل له ، وإن تعدى بفعله ، كما لو جرحه قبل الارتفاع إلى الحاكم ، لا يمنع من الاستيفاء ، وفيه وجه ، أو قول ضعيف : انه يعزل ، ويؤمر بالاستنابة ، لأنه لا يؤمن أن يتعدى ثانياً ، ولو ادعى الخطأ فيما يمكن فيه الخطأ ، بأن ضرب كتفه ، أو رأسه مما يلي الرقبة ، حلف ، ولا يعزر إذا حلف ، لكن يعزل ، لأن حاله يشعر بعجزه وخرقه ، وحكي قول ، أو وجه : انه يعذر بالخطأ ولا يعزل ، قال الإمام : وهذا الوجه ينبغي أن يكون مخصوصاً بما إذا لم يتكرر الخطأ منه ، ولم يظهر خرقه ، فإن ظهر فليمنع بلا خلاف ، قال : وعزله على الصحيح ينبغي أن يكون مخصوصاً بمن لم تعرف مهارته في ضرب الرقاب ، فأما الماهر فينبغي أن لا يعزل بخطأ اتفق له بلا خلاف .

فرع

هل يمنع من الاستيفاء بالسيف المسموم ، وجهان ، الصحيح : المنع ، هكذا أطلقهما مطلقون ، وخصهما الإمام بما إذا كان تأثير السم

في التقطع ، واكتفيت بتأخر عن الدفن ، فإن كان يؤثر قبل الدفن ، منع بلا خلاف لما فيه من هتك الحرمه وعسر الغسل والدفن ، وحيث يمنع ، فلو بان بعد القطع أنه كان مسموماً ، عزر ، وأما في قصاص الطرف ، فيمنع من المسموم بلا خلاف ، فلو استوفاه بمسموم ، فمات المقتص منه ، فلا قصاص ، لأنه مات من مستحق وغيره ، وتجب نصف الدية ، وهل تكون على المستوفي ، أم على عاقلته ؟ وجهان ، أصحهما : الأول ، وحكى ابن كج وجهاً غريباً أنه يجب القصاص ، قال : ولو كان السم موحياً ، وجب القصاص بلا خلاف .

فرع

لينصب الإمام من يقيم الحدود ويستوفي القصاص بإذن المستحقين له ، ويرزقه من خمس خمس الفية والغنيمة المرصد للمصالح ، فإن لم يكن عنده من سهم المصالح شيء ، أو كان واحتاج إليه لأهم منه ، فأجرة الاقتصاص على المقتص منه ، لأنها مؤنة حق لزمه أدائه ، وقيل : على المقتص ، والصحيح المنصوص الأول ، وبه قطع الجمهور ، وفي أجرة الجلاء في الحدود ، والقاطع في السرقة ، وجهان ، أصحهما : على المجلود والشارق ، لأنها تنتمى الحد الواجب عليه ، والثاني : في بيت المال ، ومنهم من خص الإيجاب في بيت المال بما إذا لم يكن للجاني مال ، وأجرة الجلاء في القذف كأجرة الاقتصاص ، وإذا قلنا : تجب في بيت المال ، فلم يكن فيه ما يمكن صرفه إليه ، اقترض الإمام على بيت المال إلى أن يجد سعة ، قال الروياني : أو يستأجر بأجرة مؤجلة ، أو يسخر من يقوم به على ما يراه ، والاستئجار قريب والتسخير بعيد ، وبتقدير جوازه يجوز أن يأخذ الأجرة ممن يراه من الأغنياء ويستأجر بها ، ولو قال الجاني : أنا أقتص من نفسي ، ولا أؤدي الأجرة ، فهل يقبل منه ؟ وجهان ، قال الداركي : نعم ، وأصحهما : لا ، فعلى هذا

لو قتل نفسه ، أو قطع طرفه يأذن المستحق ، ففي الاعتداد به عن القصاص وجهان ، أحدهما : لا ، كما لو جلد نفسه في الزنى يأذن الإمام ، وفي القذف يأذن المقدوف ، لا يسقط الحد عنه ، وكما لو قبض المبيع من نفسه يأذن المشتري ، لا يعتد به ، والثاني : نعم ، لحصول الزهوق ، وإزالة الطرف ، بخلاف الجلد فإنه قد لا يؤلم نفسه ، ويوهم الإيلام ، فلا يتحقق حصول المقصود ، وفي البيع المقصود إزالة يد البائع ، ولم تزل ، قال البغوي : ولو قطع السارق يد نفسه يأذن الإمام اعتد به عن الحد ، وهل يمكنه إذا قال : أقطع بنفسني ؟ وجهان ، أقربهما : نعم ، لأن الغرض التنكيل ، ويحصل بذلك .

الطرف الثاني : في وقت الاقتصاص

لمستحق القصاص استيفاءه على الفور إذا أمكن ، فلو التجأ الجاني إلى الحرم ، جاز استيفاءه منه في الحرم ، سواء فيه قصاص النفس والطرف ، ولو التجأ إلى المسجد الحرام ، قال الإمام : أو غيره من المساجد ، أخرج منه وقتل ، لأن هذا تأخير يسير ، وفيه صيانة للمسجد ، وفيه وجه ضعيف أنه تبسط الأنطاع ، ويقتل في المسجد تعجيلاً لتوفية الحق وإقامة الهيبة .

قلت : ولو ألتجأ إلى الكعبة ، أو إلى ملك إنسان ، أخرج قطعاً . والله اعلم

فصل

لو قطع طرفه ، فمات بالسراية ، فسيأتي إن شاء الله تعالى أن القصاص يستوفى بمثله ، فإذا قطع طرف الجاني ، فله أن يحز رقبة في الحال ، وله أن يؤخر ، فإن مات بالسراية ، فذاك ، وإلا حز رقبة ، لأنه استحق إزهاق روحه ، فإن شاء عجل ، وإن شاء أخر .

فصل

لا يؤخر قصاص الطرف لشدة الحر والبرد ، ولا بسبب المرض وإن كان مخطراً ، وكذا لا يؤخر الجلد في القذف بخلاف قطع السرقة والجلد في حدود الله تعالى ، لأن حقوق الله تعالى مبنية على التخفيف ، هكذا قطع به الغزالي والبغوي وغيرهما ، وفي « جمع الجوامع » للرويانى أنه نص في « الأم » على أنه يؤخر قصاص الطرف بهذه الأسباب ، ولو قطع أطراف رجل ، فللمجنى عليه أن يقتص في الجميع متوالياً سواء قطعها الجاني متوالية أم متفرقة ، وقيل : يفرق مطلقاً ، وقيل : يفرق إن فرق ، ويوالي إن والى ، والصحيح الأول ، لأنها حقوق واجبة في الحال •

فصل

المرأة الحامل لا يقتص منها في نفس ولا طرف ، ولا تحد للقذف ، ولا في حدود الله تعالى قبل الوضع ، سواء الحامل من زنى أو غيره ، وسواء وجبت العقوبة قبل الحمل أم بعده ، حتى إن المرتدة لو حبلت من زنى بعد الردة ، لا تقتل حتى تضع ، وإذا وضعت لاستوفى العقوبة حتى تسقي الولد اللبن ، ومال القاضي أبو الطيب إلى أنها لا تمهل لإرضاعه اللبن ، لأنه قد يعيش دونه ، والصحيح الأول ، وبه قطع الجمهور ، لأن الغالب أنه لا يعيش بدونه مع أنه تأخير يسير ، ثم إذا أرضعته اللبن ، فإن لم يكن هناك من يرضعه ، ولا ما يعيش به الولد من لبن بهيمة وغيره ، فوجهان ، قال ابن خيران : يقتص منها ، ولا يبالى بالطفل ، والصحيح الذي عليه الجمهور : أنه يجب التأخير إلى أن توجد مرضعة أو ما يعيش به ، أو ترضعه هي حولين وتقطمه ، لأنه إذا وجب تأخير العقوبة احتياطاً للحمل ، فوجوبه بعد وجود الولد ، وتيقن

حياته أولى ، فلو بادر مستحق القصاص والحالة هذه فقتلها ، فمات الطفل ، فالصحيح أنه قاتل للطفل عمداً ، فيلزمه قوده ، كما لو حبس رجلاً في بيت ومنعه الطعام ، وبهذا قطع الشيخ أبو حامد ، ونقله ابن كنج عن النص ، وعن الماسرجسي قال : سمعت ابن أبي هريرة يقول : عليه دية الولد ، فقلت له : أليس لو غصب طعام رجل في البادية أو كسوته ، فمات جوعاً أو برداً ، لاضمان عليه ، فتوقف ، فلما عاد إلى الدرس قال : لاضمان فيهما ، أما إذا أمكن تربية الولد بمراضع يتناوبن عليه ، أو بلبن شاة ونحوه ، ولم توجد مرضعة راتبة ، فيستحب للمستحق أن يصبر لترضعه هي لئلا يفسد خلقه ونشوؤه بالألبان المختلفة ولبن البهيمة ، فإن لم يصبر وطلب القصاص ، أجيب إليه ، ولو وجدت مرضعة راتبة ، فله الاقتصاص في الحال ، ولو وجد مراضع وامتنع ، أجبر الحاكم من يرى منهن بالأجرة . والجلد في القذف كالقصاص ، وأما الرجم وسائر حدود الله تعالى ، فلا تستوفى وإن وجدت مرضعة ، بل ترضعه هي ، وإذا انقضى الإرضاع لم يستوف أيضاً حتى يوجد للطفل كافل ، والفرق بين الحدود والقصاص أنها على المساهلة كما سبق .

فرع

تحبس الحامل في القصاص إلى أن يمكن الاستيفاء كما ذكرنا فيما إذا كان في المستحقين صبي ، ولو كان عليها رجم ، أو غيره من حدود الله تعالى ، لم تحبس على الصحيح ، لأنه على التخفيف ، وقيل : تحبس ، كالقصاص ، قال الإمام : وإطلاق هذا الوجه بعيد ، والأقرب أنه مخصوص بما إذا ثبت بالبينة ، فإن ثبت بالإقرار ، فلا معنى للحبس مع أنه بعرض السقوط بالرجوع .

فرع

جميع ما ذكرناه إذا ثبت الحمل بإقرار المستحق ، أو شهادة النسوة ، فلو ادعت الجانية الحمل ، هل يمتنع عنها بمجرد دعواها ؟ وجهان ، قال الاصطخري : لا ، وقال الجمهور : نعم وهو الصحيح ، قال الإمام : ولا أدري أيقول هؤلاء بالصبر إلى انقضاء مدة الحمل أم إلى ظهور المخايل ، والأرجح الثاني ، فإن التأخير أربع سنين من غير ثبت بعيد ، قال الغزالي : فعلى قول الاصطخري : لا يمكن الاقتصاص من منكوحة يخالطها زوجها ، وهذا إن أراد به إذا ادعت الحمل ، فهو كذلك ، وإن أراد الامتناع بمجرد المخالطة والوطء بغير دعواها ، فليس كذلك ، لأن الأصل عدم الحمل .

فرع

إذا قتلت الحامل على خلاف ما أمرنا به ، نظر ، إن بادر إليه الولي مستقلاً ، أثم ووجبت غرة الجنين إن انفصل ميتاً ، وتكون على عاقلة الولي ، وإن انفصل حياً متألماً فمات ، وجبت الدية ، وإن أذن له الإمام في قتلها ، فقتلها ، فنتكلم في ثلاثة أشياء ، أحدها : الإثم وهو تبع للعلم فإن علم الولي والإمام بالحمل ، أثماً ، وإن جهلاً ، فلا ، وإن علم أحدهما ، اختص بالإثم . الثاني : الضمان ، فإن لم ينفصل الجنين ، فلا ضمان ، وإن انفصل ميتاً ، ففيه الغرة والكفارة ، وإن انفصل حياً متألماً فمات به ، ففيه دية وكفارة ، وإن انفصل سليماً ، ثم مات ، سم يجب فيه شيء . الثالث : فيمن عليه الضمان ، فإن كان الإمام والولي عالمين أو جاهلين ، فالصحيح المنصوص أن الضمان على الإمام ، لأن البحث عليه ، وهو الأمر به ، وقيل : على الولي ، لأنه المباشر ، وقيل :

عليهما بالسوية ، وإن كان الإمام عالماً ، والولي جاهلاً ، فإن أوجبنا الضمان إذا علما على الإمام ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان ، وإن كان الولي عالماً والإمام جاهلاً ، فالصحيح أن الضمان على الولي ، وقيل : على الإمام لتقصيره ، وحيث ضمنا الولي ، فالغرة على عاقلته ، والكفارة في ماله ، وحيث ضمنا الإمام ، فإن كان عالماً ففي ماله ، وإن كان جاهلاً ، فعلى القولين في أن ما يجب بخطأ الإمام في الاجتهاد ، هل هو على عاقلته أم في بيت المال ؟ أظهرهما وهو المنصوص هنا : أنه على عاقلته ، وبه قطع ابن سلمة وأبو علي الطبري ، وإذا قلنا : الدية والغرة في بيت المال ، ففي الكفارة وجهان ، لقربها من القربات ، وبعدها من التحمل ، ولو باشر القتل نائب الإمام ، أو جلاده دون الولي ، فإن كان جاهلاً ، فلا ضمان عليه بحال ، لأنه سيف الإمام ، وإن كان عالماً ، فخلاص مرتب على ما إذا أذن الإمام للولي وعلم الولي ، وأولى بأن لا ضمان ، لأنه آلة الإمام ، ولهذا لا كفارة عليه إذا جرى على يده قتل بغير حق ، وهل يؤثر على الولي مع الجلاد ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، حتى إذا كانوا عاملين ، ضمنوا أثلاثاً ، هذا كله في ضمان الجنين ، أما الأم فلا يجب ضمانها ، لأنها تلفت في حد أو عقوبة عليها ، قال البغوي : هذا إذا ماتت بألم الضرب ، فإن ماتت بألم الولادة ، وجبت ديتها ، وإن ماتت منهما ، وجب نصف ديتها والمراد إذا ضربها في الحد ، فأفضى إلى الإجهاض وماتت .

فرع

إذا لم يعلم الإمام الحمل فأذن للولي في القتل ، ثم علم ، فرجع عن الإذن ، ولم يعلم الولي رجوعه ، فقتل ، فعلى من الضمان ؟ ينسب ذلك على ما إذا عفا الموكل عن القصاص ولم يعلم الوكيل ، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى .

فرع

ليس المراد مما أطلقناه من العلم بالحمل وعدمه ، حقيقة العلم ، بل المراد ظن مؤكد بمخايله وبالله التوفيق •

الطرف الثالث في كيفية المائلة :

وهي مشترطة في استيفاء القصاص ، فإذا قتله قتلاً موجياً بسحده ، كسيف وغيره ، أو بمثقل ، أو خنقه ، أو غرقه في ماء ، أو ألقاه في نار ، أو جوعه حتى مات ، أو رماه من شاهق ، فللولي أن يقتله بمثل ماقتل به ، ويستثنى عن هذه القاعدة ثلاث صور ، إحداها : إذا قتله بسحر ، اقتص منه بالسيف ، لأن عمل السحر حرام ولا ينضبط ، الثانية : إذا قتله باللواط ، وهو مما يقتل غالباً ، بأن لاط بصغير ، فالصحيح أنه يقتل بالسيف كسألة السحر ، والثاني : تدس في دبره خشبة قريية من آله ويقتل بها ، قاله أبو إسحاق والاصطخري ، قال المتولي : هذا إن توقع موته بالخشبة ، وإلا فالسيف ، والثالث : لا يجب به القصاص ، لأنه لا يقصد به الإهلاك ، فيكون القتل به خطأ ، أو شبه عمد ، وهو غريب ضعيف ، الثالثة : إذا أوجره خمرأ حتى مات ، فثلاثة أوجه ، الصحيح : أنه يقتل بالسيف ، والثاني : يوجر مائعاً ، كخل أو ماء أو شيء مر ، والثالث : لاقصاص ، لأنه لا يقصد به القتل وهو غريب ضعيف ، ولو سقاه بولاً ، فكالخمر ، وقيل : يسقى بولاً ، لأنه يباح عند الضرورة بخلاف الخمر ، ولو أوجره ماء نجساً ، أو جر ماء طاهراً •

فرع

كما ترعى المائلة في طريق القتل ، ترعى في الكيفية والمقدار ، ففي التجويع يجب مثل تلك المدة ويمنع الطعام ، وفي الإلقاء في الماء والنار يلقي في ماء ونار مثلهما ، ويترك تلك المدة ، وتشدد قوائمه عند الإلقاء

في الماء إن كان يحسن السباحة ، وفي التخنيق يخنق بمثل ما خنق مثل تلك المدة ، وفي الإلقاء من الشاهق يلقي من مثله وتراعى صلابة الموضع ، وفي الضرب بالمثل يراعى الحجم وعدد الضربات ، وإذا تعذر الوقوف على قدر الحجر ، أو قدر النار ، أو عدد الضربات فعن القفال أنه يقتل بالسيف ، وعن بعضهم يؤخذ باليقين .

قلت : هذا الثاني أصح . والله اعلم

فرع

متى عدل المستحق من غير السيف إلى السيف ، مكن منه ، لأنه أوحى^(١) وأسهل ، قال البغوي : وهو الأول ، وأشار الإمام إلى وجه أنه لا يعدل من الخنق إلى السيف ، والمذهب : الأول .

فرع

إذا جوع الجاني مدة تجويعه ، أو ألقي في النار مثل مدته ، أو ضرب بالسوط والحجر كضربه ، فلم يمت ، فقولان ، أحدهما : يزداد في ذلك الجنس حتى يموت ، والثاني : يقتل بالسيف ، وفرق جماعة فقالوا : يفعل الأهون منهما ، وهذا أقرب ، والأول : أظهر عند البغوي ، وقيل : يعدل في السوط والحجر إلى السيف ، قال الإمام : ولو قتل نحيفاً بضربات تقتل مثله غالباً ، وعلمنا أو ظننا ظناً مؤكداً أن الجاني لا يموت بتلك الضربات لقوة جثته ، فالوجه القطع بأنه لا يضرب ، ثم قال : وفيه احتمال .

(١) اي : أسرع ، يقال : موت وحيٍّ مثل سريع وزناً ومعنى ، فاعيل بمعنى فاعل .

فرع

هذا الذي ذكرناه في الاقتصاص بالقتل الموحى ، فأما غير الموحى من القتل ، كالجروح وقطع الأطراف إذا سرت إلى النفس ، فله حالان ، أحدهما : أن تكون الجراحة بحيث يقتض فيها لو وقفت ، كالموضحة وقطع الكف ، فللمستحق أن يحز رقبته ، وله أن يوضحه أو يقطع كفه ، ثم إن شاء حز رقبته في الحال ، وليس للجاني أن يقول : أمهلوني مدة بقاء المجني عليه بعد جنايتي ، لأن القصاص ثابت في الحال ، وعن ابن القطان أن له ذلك ، والصحيح الأول ، وإن شاء أمهله إلى السراية كما سبق ، وليس للجاني أن يقول : أريحوني بالقتل أو العفو ، بل الخيرة للمستحق ، وإذا اقتصر في موضحة الجناية ، أو قطع العضو المقطوع مثله ، لم يكن له أن يوضح موضعاً آخر ، ولا أن يقطع عضواً آخر بلا خلاف ، بل ليس له إلا حز الرقبة •

الحال الثاني : أن تكون الجراحة بحيث لا يقتض فيها لو وقفت ، كالجائفة وقطع اليد من نصف الساعد ، فهل يجوز استيفاء القصاص بهذا الطريق تحقيقاً للمائلة ، أم يجب العدول إلى حز الرقبة ؟ قولان ، أظهرهما عند الأكثرين : الأول ، فعلى هذا لو أجافه كجائفته ، فلم يمت ، فهل يزداد في الجوائف ، وجهان ، أصحهما : لا ، قال البغوي : وإذا قلنا : يجوز الاقتصاص بطريق الجائفة ، فقال : أجيفه ، ثم أعفو عنه إن لم يمت ، لم يمكن منه ، إنما يمكن إذا قال : أجيفه ، ثم أحز رقبته ، وكذا لو قال : أرميه من الشاهق ثم أعفو ، قال : ولو أجافه ثم عفا عنه ، عزز على مافعل ، ولم يجبر على قتله ، فإن مات ، بان بطلان العفو ، والقولان في أنه هل يستوفى القصاص بالجائفة ونحوها ؟ يجريان فيما قطع يداً شلاء ، ويد القاطع صحيحة ، أو ساعداً ممن لا كف له ، والقاطع سليم ، هل يستوفى القصاص بقطع اليد والساعد ؟

فرع

المماثلة مرعية في قصاص الطرف ، كما هي مرعية في قصاص النفس بشرط إمكان رعايتها، فلو أبان طرفاً من أطرافه بمثل، لم يقتص إلا بالسيف ، ولو أوضح رأسه بالسيف ، لم يوضح بالسيف ، بل يوضح بحديدة خفيفة ، فإن كان الطريق موثقاً به مضبوطاً ، وقبل بمثله ، كفء العين بالأصبع •

فرع

قطعه رجل من الكوع ، ثم قطع آخر ساعده من المرفق قبل اندمال القطع الأول ، فمات بالسراية ، فلقصاص عليهما ، وطريق استيفائه من الأول أن تقطع يده من الكوع ، فإن لم يمت، حزت رقبته، وأما الثاني ، فإن كان له ساعد بلا كف ، اقتص منه بقطع مرفقه ، ثم يقتل ، وإن كانت يده سليمة ، فهل تقطع من المرفق ثم تحز رقبته ، أم يقتصر على الحز ؟ قولان ، ويقال : وجهان ، أظهرهما : الأول ، وهو نصه في « المختصر » لتردد الحديدية على موردها في الجناية ، ولا عبرة بزيادة الكف الهالكة بهلاك النفس ، ولو أراد الولي العفو عن الأول بعد أن قطعه من الكوع ، قال الأصحاب : لا يجوز أن يعفو على مال ، لأن الواجب عليه نصف الدية ، فإنه أحد القاتلين ، وقد استوفى النصف باليد التي قطعها ، وإن أراد أن يعفو عن الثاني على مال ، فله نصف الدية إلا قدر أرش الساعد ، فإنه لم يستوف منه إلا الساعد •

فرع

إذا اقتص من قاطع اليد ، ثم مات المجني عليه بالسراية ، فللولي أن يحز رقبته ، وله أن يعفو ويأخذ نصف الدية ، واليد المستوفاة مقابلة

بالنصف ، فإن مات الجاني ، أو قتل ظلماً ، أو في قصاص آخر ، تعين أخذ نصف الدية من تركته ، ولو قطع يدي رجل ، فقطعت يده قصاصاً ، ثم مات المجني عليه بالسراية ، فللولي حز رقبة الجاني ، فلو عفا ، فلا مال له ، لأنه استوفى ما يقابل الدية ، وهذه صورة يستحق فيها القصاص ولا تستحق الدية بالعفو عليها ، ولو اقتص من قاطع اليد ، فمات بالسراية ، فلا شيء على المقتص ، ولو ماتاً جميعاً بالسراية بعد الاقتصاص في اليد ، نظر ، إن مات المجني عليه أولاً ، أو ماتاً معاً ، فوجهان ، الصحيح الذي عليه الجمهور : أنه لا شيء على الجاني ، والثاني : أن في تركته نصف الدية ، نقله ابن كج عن عامة الأصحاب ، وإن مات الجاني أولاً ، فهل يجب في تركته نصف الدية ، أم لا شيء ؟ وجهان ، أصحهما : الأول ، فلو كان ذلك في الموضحة ، وجب تسعة أعشار الدية ونصف عشرها ، وقد أخذ بقصاص الموضحة نصف العشر .

فرع

قطعه ، فحز المقطوع رقبة الجاني ، فإن مات المقطوع بالسراية ، صار قصاصاً ، وإن اندمل ، قتل قصاصاً ، وفي تركة الجاني نصف الدية لقطعه اليد ، هكذا ذكره البغوي .

فرع

قطع يد رجل وقتل آخر ثم مات المقطوع بالسراية فقد قتل شخصين ، نقل صاحب « الشامل » عن الأصحاب أنه يقتل بالمقتول دون المقطوع ، لأن قصاص المقطوع وجب بالسراية وهي متأخرة عن وجوبه للمقتول ، لكن لولي المقطوع أن يقطع يده ، فإذا قتله الآخر ، أخذ نصف الدية من تركته ، وتوقف في تخصيص الاقتصاص في النفس

بالمقتول ، ولو أنه بعد ما قطع واحداً ، وقتل آخر قطعت يده قصاصاً ، ومات بالسراية ، فلولي المقتول الدية في تركته ، وإن قطع قصاصاً ثم قتل قصاصاً ، ثم مات المقطوع الأول ، فلويله نصف الدية في تركة الجاني •

فصل

سبق أنه لا تقطع يمين ييسار ولا عكسه ، ولو وجب القصاص في يمين واتفقا على قطع يسار بدلها ، لم يكن بدلاً ، كما لو قتل غير القاتل برضاه بدلاً ، لا يقع بدلاً ، ولكن لا قصاص في اليسار لشبهة البذل وتجب ديتها ، ومن علم منهما فساد هذه المصالحة ، أثم بقطع اليسار ، وهل يسقط قصاص اليمين بما جرى ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ، ولو قال مستحق قصاص اليمين للجاني : أخرج يمينك ، فأخرج يساره ، فقطعها المستحق ، فللمخرج أحوال ، أحدهما : أن يعلم أن اليسار لا تجزى عن اليمين ، وأنه يخرج اليسار ويقصد بإخراجها الإباحة للمقتص ، فلا قصاص في اليسار ولا دية ، نص عليه الشافعي ، واتفق عليه الأصحاب ، وقالوا : قد بذلها صاحبها مجاناً ، وإن لم يتلفظ بإباحة قالوا : والفعل بعد السؤال كالإذن في المسؤول ، حتى لو قال لأجنبي : أخرج يدك لأقطعها ، أو قال : ملكني قطعها ، فأخرجها ، كان ذلك إباحة ، ولو قال : ناولني متاعك لألقيه في البحر ، فناوله كان كما لو نطق بالإذن فيه ، فلا يجب ضمانه إذا ألقاه في البحر ، ولو قدم طعاماً إلى من استدعاه ، كان كما لو قال له : كل ، وحكى ابن القطن وجهاً أنه يجب ضمان اليسار إذا لم يتلفظ المخرج بالإذن في القطع ، وحمل نص الشافعي على ما إذا أذن لفظاً ، والصحيح الأول ، وبه قطع الأصحاب ، وسواء علم القاطع أنها اليسار ، وأنها لا تجزى أم لا ، لكن إذا علم ، عزر ، وعن ابن سلمة احتمال في وجوب القصاص إذا كان عالمياً ، ولو

قصد شخص قطع يد رجل ظلماً ، فلم يدفعه المقصود وسكت حتى قطع ،
فهل يكون سكوته إهداراً ؟ وجهان ، الصحيح : لا ، لأنه لم يوجد
منه لفظ ولا فعل ، فصار كسكوته عن إتلاف ماله ، والثاني : نعم ،
لأنه سكوت محرم ، فدل على الرضى ، ولو سرى قطع اليسار إلى نفس
المخرج ، ففي وجوب الدية الخلاف السابق فيما إذا قال : اقتلني ،
فقتله ، وبني وجوب الكفارة على المقطوع يساره على الخلاف في أن
قاتل نفسه هل تلزمه الكفارة ؟ هذا حكم قطع اليسار في هذه الحالة ،
وأما قصاص اليمين ، فيبقى كما كان ، لكن إذا سرى قطع اليسار إلى
النفس ، فات القصاص ، فيعدل إلى دية اليد ، فلو قال القاطع : قطعت
اليسار على ظن أنها تجزىء عن اليمين فوجهان ، أحدهما : لا يسقط
قصاصه في اليمين ، لأنه لم يسقطه ولا اعتاض عنه ، وأصحهما وبه قطع
البغوي واختاره الشيخ أبو حامد والقاضي حسين : يسقط ، لأنه
رضي بسقوطه اكتفاء باليسار ، فعلى هذا يعدل إلى دية اليمين ، لأن
اليسار وقعت هدرأ ، وطرد الوجهان فيما لو جاء الجاني بالدية وطلب
من مستحق القطع متضرعاً إليه أن يأخذها ويترك القصاص ، فأخذها ،
فهل يجعل الأخذ عفواً ، ولو قال القاطع : علمت أن اليسار لا تجزىء عن
اليمين شرعاً ، لكن جعلتها عوضاً عنها ، اطردها ، وجعل الإمام
هذه الصورة أولى بالسقوط . الحال الثاني : أن يقول : قصدت بإخراج
اليسار إيقاعها عن اليمين لظني أنها تقوم مقامها ، فنسأل المقتصص لم
قطع ؟ وله في جوابه ألفاظ أحدها أن يقول : ظننت أنه أباحها بالإخراج ،
فلا قصاص عليه في اليسار ، وفيه احتمال للإمام ، ويبقى قصاص اليمين
كما كان قطعاً ، الثاني : أن يقول : علمت أنها اليسار ، وأنها لا تجزىء
ولا تجعل بدلاً ، ففي وجوب القصاص وجهان ، أحدهما : لا يجب ،
لكن تجب الدية ، وعلى الوجهين يبقى قصاص اليمين ، الثالث أن يقول :

قطعتها عوضاً عن اليمين ، وظننتها تجزىء كما ظنه المخرج ، فالصحيح
 أنه لا قصاص في اليسار ، وأنه يسقط قصاص اليمين ، ولكل واحد
 منهما دية ما قطعه الآخر ، الرابع : أن يقول : ظننت المخرجة اليمين ، فلا
 قصاص في اليسار على المذهب ، وفي « التهذيب » فيه وجهان ، كما لو
 قتل رجلاً وقال : ظننته قاتل أبي فلم يكن ، فإن لم نوجب القصاص ،
 وجبت الدية على الأصح ، لأنه لم يذللها مجافاً ويبقى قصاص اليمين
 على المذهب ، ويجيء فيه الخلاف السابق . الحال الثالث : أن يقول
 المخرج : دهشت فأخرجت اليسار ، وظني أنني أخرج اليمين ، فيسأل
 المقتص عن قصده في قطعه اليسار ، وله في جوابه صيغ ، إحداها : أن
 يقول : ظننت أن المخرج قصد الإباحة ، فقياس مثله في الحال الثاني
 أن لا يجب القصاص في اليسار ، والذي ذكره البغوي أنه يجب القصاص
 كمن قتل رجلاً وقال : ظننت أنه أذن لي في القتل ، وهذا يوافق الاحتمال
 المذكور هناك وهو المتوجه في الموضعين . الثانية : أن يقول : علمت أنها
 اليسار وأنها لا تجزىء ، فيجب القصاص على الأصح ، لأنه لم يوجد
 من المخرج بذل . الثالثة : أن يقول : ظننت اليسار تجزىء ، قال
 الأصحاب : لا قصاص فيه ، وفيه احتمال للإمام . الرابعة : أن يقول :
 ظننتها اليمين ، فلا قصاص على المذهب ، وفي جميع هذه الصيغ يبقى
 قصاص اليمين إلا إذا قال : ظننت أن اليسار تجزىء ، فإن الأصح
 سقوطه ، وإذا سقط القصاص من الطرفين ، فلكل واحد منهما الدية
 على الآخر ، ولو قال القاطع : دهشت فلم أدر ما قطعت ، قال الإمام :
 لا يقبل منه ويلزمه القصاص في اليسار ، لأن الدهشة لا تليق بحال
 القاطع ، وفي كتب الأصحاب لاسيما العراقيين ، أن المخرج لو قال :
 لم أسمع من المقتص : أخرج يمينك ، وإنما وقع في سمعي : أخرج يسارك ،
 فأخرجتها ، فالحكم فيه كقوله : دهشت ، فأخرجت وأنا أظنها اليمين ،

لكن مقتضى ماسبق أن الفعل المطابق للسؤال كالإذن لفظاً أن يلحق ذلك بصورة الإباحة •

فرع

جميع ما ذكرناه في القصاص، فأما إذا وجب قطع يمينه في السرقة، فقال الجلال للسيار: أخرج يمينك، فأخرج يساره، فقطعها، فقولان، أحدهما ويقال: إنه قديم، ويقال: مخرج: أن الحكم كما ذكرنا في القصاص، والثاني وهو المشهور: أنه يقع قطع اليسار عن الحد، فيسقط قطع اليمين، لأن المقصود التنكيل وقد حصل، ولأن الحد مبني على التخفيف، واستدرك القاضي حسين، فحمل ما أطلقه الأصحاب على الحاليين الأخيرين من الأحوال الثلاثة، وقال في الحال الأول وهو الإخراج بقصد الإباحة: ينبغي أن لا يسقط قطع اليمين، كما لو قطع السارق يسار نفسه، أو قطعها غيره بعد وجوب قطع اليمين •

فرع

لو كان المقتص منه مجنوناً، فهو كما لو أخرج اليسار مدهوشاً، ولا يتحقق منه البدل، ولو كان المقتص منه عاقلاً، والمستحق مجنوناً، فقطع يمين المقتص منه مكرهاً له، فهل يكون مستوفياً لحقه؟ فيه خلاف سبق، فإن قلنا: لا يصير مستوفياً وهو الصحيح، انتقل حقه إلى الدية، ويجب للجاني دية يده، فإن جعلنا عمده عمداً، فالدية في ماله، والصورة من صور التقاص، وإن جعلناه خطأ، فدية اليسار على عاقلته ولا تقاص، ولو قال لمن عليه القصاص: أخرج يمينك، فأخرجها، فقطعها المجنون، قال الأصحاب: لا يصح استيفاؤه، وينتقل حقه إلى الدية، ولا ضمان عليه، لأنه أتلّفها ببذله وتسليطه، وإن أخرج يساره، فقطعها، فهي مهدرة ويبقى حقه في قصاص اليمين •

فرع

حيث أوجبنا دية اليسار في الصور السابقة ، فهي في ماله ، لأنه قطع متعمداً ، وعن نصه في « الأم » أنها تجب على العاقلة .

فرع

حيث قلنا : يبقى القصاص في اليمين ، لا يستوفى حتى يندمل قطع اليسار لما في توالي القطعين من خطر الهلاك ، نص عليه ، ولو قطع طرفي رجل معاً ، اقتص فيهما معاً ، ولا يلزمه التفريق ، نص عليه ، فقيل : فيهما قولان ، والمذهب تقرير النصين ، والفرق أن خطر الموالاة في الصورة الأولى يحصل من قطع مستحق وغير مستحق .

فرع

قال المخرج : قصدت بالإخراج إيقاعها عن اليمين ، وقال القاطع : أخرجتها بقصد الإباحة ، فالمصدق المخرج لأنه أعرف بقصده .

فرع

ثبت له القصاص في أنملة ، فقطع من الجاني أنملتين ، سئل ، فإن اعترف بالتعمد ، قطعت منه الأنملة الثانية ، وإن قال : أخطأت وتوهمت أنني أقطع أنملة واحدة ، صدق بيمينه ، ووجب أرش الأنملة الزائدة ، وهل هي في ماله أم على عاقلته ؟ قولان ، أو وجهان ، أصحهما : في ماله .

باب العفو عن القصاص

هو مستحب ، فإن عفا بعض المستحقين ، سقط القصاص وإن كره
الباقون ، ولو عفا عن عضو من الجاني ، سقط القصاص كله ، ولو أقت
العفو ، تأبّد ، ويشتمل الباب على طرفين :

أحدهما : في حكم العفو ، وهو مبني على أن موجب العمد في
النفس والطرف ماذا ؟ وفيه قولان ، أظهرهما عند الأكثرين : أنه القود
المحض ، وإنما الدية بدل منه عند سقوطه ، والثاني : أنه القصاص أو
الدية ، أحدهما لابعينه ، وعلى القولين للولي أن يعفو على الدية بغير
رضى الجاني ، ولو مات أو سقط الطرف المستحق ، وجبت الدية ،
وحكي قول قديم أنه لا يعدل إلى المال إلا برضى الجاني ، وأنه لو مات
الجاني ، سقطت الدية وليس بشيء ، فإذا قلنا : الواجب أحدهما
لابعينه ، فعفا عن القصاص والدية جميعاً ، فلا مطالبة بواحد منهما ،
ولو قال : عفوت عما وجب لي بهذه الجناية ، أو عن حقي الثابت عليك
وما أشبهه ، فلا مطالبة أيضاً بشيء ، نقله ابن كج عن النص ، ولو قال :
عفوت على أن لا مال لي ، فوجهان ، أحدهما : أنه كعفوه عنهما ،
والثاني : لا تسقط المطالبة بالمال ، لأنه لم يسقطه ، وإنما شرط انتفاءه ،
وإلى هذا مال الصيدلاني ، ولو عفا عن القصاص ، تعينت الدية ، ولو
عفا عن الدية ، فله أن يقتص ، فلو مات الجاني بعد ذلك ، فله الدية
لفوات القصاص بغير اختياره ، ونقل ابن كج قولاً أنه لا مال له ،
والمشهور الأول ، وهل له أن يعفو بعد هذا عن القصاص ويرجع إلى
الدية ؟ فيه ثلاثة أوجه ، أصحهما وهو محكي عن النص : لا ، فعلى هذا
لو عفا مطلقاً ، لم يجب شيء ، والثاني : نعم ، وحاصل هذا الوجه أن

العفو عن الدية لغو ، والولي على خيرته كما كان ، والثالث : إن عفا على الدية ، وجبت ، وإن عفا مطلقاً ، فلا ، فإن قلنا : لارجوع إلى الدية استقلالاً ، فلو تراضيا بمال من جنس الدية أو غيره بقدرها ، أو أقل ، أو أكثر ، فوجهان ، أحدهما : لا يجوز كما لا تجوز المصالحة عن حد القذف على عوض ، والصحيح الجواز ، لأن الدم متقوم شرعاً ، كالْبضع بخلاف العرض ، ولو جرى الصلح مع أجنبي ، جاز أيضاً على الأصح ، كاختلاع الأجنبي وأولى ، لأن حقن الدم مرغّب فيه ، ولو عفا ، أو صالح عن القصاص على مال قبل أن يعفو عن الدية ، فإن كان المصالح عليه من غير جنس الدية ، جاز ، سواء كانت قيمته بقدر الدية ، أم أقل ، أو أكثر ، وإن كان من جنسه ، فسيأتي إن شاء الله تعالى ، ويجري الخلاف فيما لو ثبت القصاص بلا دية ، وصورته ما إذا قطع يديه ، فسرى إلى النفس ، فقطعت يد الجاني قصاصاً ، أو قطعت يده قصاصاً ، ثم سرت الجناية إلى نفس المجني عليه ، فإنه يجوز حَزْ رقبته ، ولا يجوز العفو على الدية كما سبق ، ولو قال : عفوت عنك ولم يذكر القصاص ولا الدية ، أو قال : عفوت عن أحدهما ، ولم يعين ، فوجهان ، أحدهما : يحمل على القصاص ويحكم بسقوطه ، وأصحهما : يرجع إليه ، فإذا بين مانواه ، ترتب عليه حكمه ، فعلى هذا لو قال : لم تكن لي نية ، فوجهان ، أحدهما : يحمل على القصاص ، وأصحهما : يقال له : اصرف الآن إلى ما شئت منهما ، ولو قال : اخترت الدية ، سقط القصاص ووجبت الدية ، ويكون كقوله : عفوت عن القصاص ، هذا هو الصحيح ، وبه قطع الجمهور ، وعن القفال أن اختياره أحدهما لا يسقط حقه من الثاني ، بل يبقى خياره كما كان ، ولو قال : اخترت القصاص ، فقياس القفال ظاهر ، وأما على الصحيح ، فهل له الرجوع إلى الدية لأنها أخف ، أم لا كمكسه ؟ وجهان ، أحدهما : الثاني ، قاله البغوي ،

هذا كله تفريع على قولنا : الواجب أحدهما ، أما إذا قلنا : الواجب القصاص بعينه ، فلو عفا عنه على الدية ، وجبت ، وإن عفا عنه على مال آخر ، فإن كان من جنس الدية ، فسيأتي إن شاء الله تعالى ، وإن عفا ، أو صالح على غير جنسها ، وقبل الجاني ، ثبت المال ، وسقط القود ، وإن لم يقبل الجاني ، لم يثبت المال قطعاً ، ولم يسقط القصاص على الأصح ، فإن قلنا : يسقط القصاص ، فهل تثبت الدية ؟ قال البغوي : هو كما لو عفا مطلقاً ، ولو عفا عن القود على نصف الدية ، قال القاضي حسين : هذه معضلة أسهرت الجلة ، قال غيره : هو كعفوه عن القود ونصف الدية ، فيسقط القود ، ونصف الدية ، ولو عفا عن القود مطلقاً ولم يتعرض للدية ، لم تجب دية على المذهب ، لأن القتل لم يوجبها على هذا القول ، والعفو إسقاط ثابت لا إثبات معدوم ، فإن قلنا : لا تثبت الدية بنفس العفو ، فاختارها بعد العفو ، قال ابن كج : تثبت الدية ، ويكون اختيارها بعد العفو كالعفو عليها ، وحكي عن النص أن هذا الاختيار يكون عقب العفو ، وعن بعض الأصحاب أنه يجوز فيه التراخي ، ولو عفا عن الدية ، فهو لغو على هذا القول ، فله بعد ذلك العفو عن القود على الدية ، فلو عفا مطلقاً ، عاد الخلاف في وجوب الدية •

فصل

لو كان مستحق القصاص محجوراً عليه ، نظر ، إن كان مسلوب العبارة ، كالصبي والمجنون ، فعفوه لغو ، وإلا فإن كان الحجر عليه لحق غيره ، كالحجر بالفلس ، فله أن يقتص ، ولو عفا عن القصاص ، سقط ، وأما الدية ، فإن قلنا : موجب القتل أحد الأمرين ، فليس له العفو عن المال ، وإذا تعين المال بالعفو عن القصاص ، دفع إلى غرمائه ، ولا يكلفه تعجيل القصاص ، أو العفو ليصرف المال إليهم ، وإن قلنا :

موجب القتل القصاص ، فعفا على مال ، ثبت المال ، وإن عفا مطلقاً ،
 ثبتت الدية إن قلنا : المطلق يوجب الدية ، وإن قلنا : لا يوجبها ، لم
 تثبت ، وإن قال : عفوت على أن لا مال ، فإن لم يوجب مطلق عفوه المال ،
 فالمعتد بالنفي أولى ، وإلا فوجهان ، أحدهما : لا يوجبها ، لئلا يكلف
 المفلس الاكتساب ، وعفو المريض مرض الموت ، وعفو الورثة عن
 القصاص مع نفي المال إذا كان على التركة دين أو وصية ، كعفو المفلس ،
 وأما المحجور عليه لسفه ، فيصح منه إسقاط القصاص واستيفاءه ،
 وفيما يرجع إلى الدية حكمه حكم المفلس على الأصح ، وبه قطع
 الجمهور ، وقيل : لا يصح عفوه عن المال بحال ، كالصبي ، وعفو
 المكاتب عن الدية تبرع ، فلا يصح بغير إذن سيده ، وبإذنه قولان .

فصل

لو صالح من القصاص على أكثر من الدية من جنسها ، بأن صالح
 على مائتين من الإبل ، فإن قلنا : الواجب أحد الأمرين ، لم يصح ،
 كالصالح من ألف على ألفين ، وإن قلنا : الواجب القود بعينه ، صح على
 الأصح ، وثبت المال المصالح عليه .

فصل

إذا سقطت القصاص بعفو بعض المستحقين ، فللباقين الدية بالحصة ،
 وأما العافي ، فإن عفا على حصته من الدية ، ثبتت ، وإن نفى المال ،
 لم تثبت ، وإن أطلق ، فإن قلنا : موجب القتل أحد الأمرين : ثبتت ،
 وإلا فعلى الخلاف في أن مطلق العفو ، هل يوجب الدية ؟

الطرف الثاني في العفو الصحيح والفاسد والفاظه وفيه مسائل :

إحداها : إذا قال لغيره : اقطع يدي ، والقاتل مالك لأمره ،
 فقطع المأذون له يده ، فلا قصاص ولادية ، كما لو أذن في إتلاف ماله ،
 فلا ضمان بإتلافه ، فلو سرى القطع ، أو قال : اقتلني ، فقتله ، فقد

سبق في فصل الإكراه أنه لا قصاص على المذهب ، ولادية على الأظهر ،
فإن قلنا : لادية ، وجبت الكفارة على الأصح ولا تؤثر فيها الإباحة ،
وقيل : تسقط تبعاً •

الثانية : قطع عضو زيد ، كيده أو أصبعه ، فعفا عن موجب
الجناية قوداً أو أرشاً ، فللجناية أحوال ، أحدها : أن تندمل ، فلا
قصاص ولا أرش ، وقال المزني : يجب أرشه ، وسواء اقتصر على قوله :
عفوت عن موجبها ، أو قال : وعما يحدث منها ، لأنه لم يحدث شيء ،
ولو قال : عفوت عن هذه الجناية ، ولم يزد ، نص في « الأم » أنه عفو
عن القصاص ، وعن الأصحاب أنه تفريع على قولنا : موجب العمد القود
فإن قلنا : أحد الأمرين ، ففي بقاء الدية احتمالان للروائي ، الثاني :
أن يسري القطع إلى النفس ، فلا قصاص في النفس ، كما لا قصاص في
الطرف ، وعن ابن سريج وابن سلمة وجوب قصاص النفس ، لأنه
لم يدخل في العفو ، فعلى هذا إن عفا عن القصاص ، فاه نصف الدية
فقط ، لسقوط نصفها بالعفو عن اليد ، والصحيح الأول ، وأما المال ،
فهو قسمان ، أرش اليد والزيادة عليه إلى تمام الدية ، فأما أرش اليد ،
فينظر ، إن جرى لفظ الوصية بأن قال : أوصيت له بأرش هذه الجناية ،
فهو وصية للقاتل ، وفيها القولان ، فإن أبطلناها ، لزمه أرش اليد ،
وإن صححناها ، سقط الأرش إن خرج من الثلث ، وإلا سقط منه قدر
الثلث ، وإن جرى لفظ العفو أو الإبراء أو الإسقاط ، بأن قال : عفوت
عن أرش هذه الجناية ، أو أبرأته ، أو أسقطته ، فقليل : هو كالوصية
للاتفاق على أنه يعتبر من الثلث ، فيكون على القولين ، والمذهب أنه
يسقط قطعاً ، لأنه إسقاط ناجز ، والوصية ماتعلق بالموت ، وأما الزيادة
فهو واجبة إن اقتصر على العفو عن موجب الجناية ولم يقل : وما
يحدث منها ، فإن قال : وما يحدث ، نظر ، إن قاله بلفظ الوصية ،
كقوله : أوصيت له بأرش هذه الجناية وأرش ما يحدث منها ، أو يتولد ،

أو يسري إليه ، بني على القولين في الوصية للقاتل ، ويجيء في جميع الدية ما ذكرناه في أرش اليد ، وإن قال : عفوت عنه ، أو أبرأته من ضمان ما يحدث ، أو أسقطته ، لم يؤثر فيما يحدث على الأظهر ، فيلزمه ضمانه ، لأنه إسقاط قبل الثبوت ، والثاني : يؤثر ، فلا يلزمه شيء ، هذا كله إذا كان الأرش دون الدية ، فأما إذا قطع يديه ، فغفا عن أرش الجنائية وما يحدث منها ، فإن لم نصحح الوصية ، وجبت الدية بكمالها ، وإن صححناها ، سقطت بكمالها إن وفي بها الثلث ، سواء صححنا الإبراء عما لم يجب ، أم لم نصحه • الثالث : أن يسري إلى عضو آخر ، بأن قطع أصبعه فتأكل باقي الكف بها ، ثم اندمل ، فلا قصاص ، ويمكن أن يجيء فيه خلاف ، وأما الدية ، فتسقط دية العضو المقطوع بالعفو ، ولا يسقط ضمان السراية على الأصح ، فإن قال : عفوت عن هذه الجنائية وما يحدث منها ، فإن لم نوجب الضمان إذا أطلق ، فهنا أولى ، وإلا فعلى الخلاف في الإبراء عما لم يجب وجرى سبب وجوبه .

السالة الثالثة : جنى عبد جنائية توجب المال ، وعفا المجني عليه عن أروشها ، ثم مات بالسراية ، أو اندمل الجرح ، وعفا في مرض الموت ، فإذا أن يطلق العفو ، وإما أن يضيفه إلى السيد ، أو إلى العبد ، فإن أطلقه ، انبت صحته على أن أرش جنائية العبد يتعلق برقبته فقط أم بها وبالذمة حتى يطالب بما فضل بعد العتق ؟ وفيه قولان مذكوران في الديات ، فإن قلنا : يتعلق بالرقبة فقط ، صح العفو ، لأنه تبرع على غير القاتل وهو السيد ، وإن قلنا : يتعلق بالذمة أيضاً ، ففائدة العفو تعود إلى العبد ، فيبنى على الوصية للقاتل ، إن صححناها ، صح العفو ، وإلا فلا ، وحكى الإمام وجهين إذا قلنا بالتعلق بالذمة في أن المجني عليه هل يملك فك الرقبة عن التعلق ، وجعل الحق في الذمة خاصة كما يملك فك المرهون ؟ قال : وعلى الوجهين يبقى تعلق الأرش بالرقبة إذا أبطلنا

العفو ، وأما إذا أضاف العفو إلى السيد ، فقال : عفوت عنك ، فيصح إن علقنا الأرض بالرقية فقط ، وإلا فلا ، وإن أضافه إلى العبد ، فإن قلنا : يتعلق بالرقية فقط ، لم يصح ، وإلا فعلى القولين في الوصية للقاتل ، أما إذا كانت الجناية موجبة للقصاص ، فالعفو عن العبد صحيح ، فإنه عليه بكل حال *

المسألة الرابعة : جرح حر رجلاً خطأ ، فعفا عنه ، ثم سرت الجناية إلى النفس ، يتي على أن الدية في قتل الخطأ تجب على العاقلة ابتداء ، أم على القاتل ، ثم تتحملها العاقلة ، وفيه خلاف مذكور في بابه ، فإن قال : عفوت عن العاقلة ، أو أسقطت الدية عنهم ، أو قال : عفوت عن الدية ، فهذا تبرع على غير القاتل ، فينفذ إذا وفي الثلث به ، ويرؤون ، سواء جعلناهم متأصلين أم متحملين ، وإن قال للجاني : عفوت عنك ، لم يصح ، وقيل : إن قلنا : يلاقيه الوجوب ثم يحمل عنه ، صح ، والمذهب الأول ، لأنه بمجرد الوجوب ينتقل عنه ، فيصافه العفو ، ولا شيء عليه ، هذا إذا ثبتت الجناية باليمنة ، أو باعتراف العاقلة ، فأما إذا أقر القاتل ، وأنكرت العاقلة ، فالدية على القاتل ، ويكون العفو تبرعاً على القاتل ، ففيه الخلاف ، ولو عفا الوارث بعد موت المجني عليه عن العاقلة ، أو مطلقاً ، صح ، ولو عفا عن الجاني ، لم يصح ، لأنه لا شيء عليه ، فإن ثبت بإقراره ، صح *

فرع

لو كان الجاني قسماً وعاقلته مسلمين أو حريين ، فالدية في ماله ، فإن عفا عنها ، فهي وصية للقاتل ، وفيها القولان .

الخامسة : جنى عليه جناية توجب القصاص لو اندملت ، كقطع يد ، فعفا على الدية ، ثم سرت إلى النفس ، لم يجب القصاص في النفس ،

وفيه الوجه المنسوب إلى ابن سريج وابن سلمة ، ولو جنى بما لا قصاص فيه ، كالجائفة وكسر الذراع ، فأخذ المجني عليه الأرض ، ثم سرت إلى النفس ، وجب القصاص ، وفيه احتمال للإمام ، ولو كان المجني عليه قد قال والحالة هذه : عفوت عن القصاص ، فهو لغو ، لأن هذه الجناية لا قصاص فيها ، ولو عفا المجني عليه عن قطع اليد ونحوها على الدية ، ثم عاد الجاني فحز رقبتة ، نظر ، إن حز بعد الاندمال ، فعليه القصاص في النفس ودية اليد ، وإن حز قبل الاندمال ، فوجهان ، أحدهما : لا قصاص ، لأنه عفا عن بعض النفس ، لكن له الباقي من الدية ، وأصحهما : يجب القصاص . فعلى هذا لو عفا عن القصاص ، فهل له دية كاملة ، أم الباقي من الدية ؟ وجهان ، أحدهما : الثاني .

السادسة : عفا الوارث بعد موت المجني عليه ، صح ، ولو وجب على الجاني قصاص طرف إنسان ونفسه ، نظر ، إن كان مستحق هذا غير مستحق ذاك ، فلا شك أن عفو أحدهما لا يسقط حق الآخر ، ومن صورته أن يقطع عبد يد عبد ، فيعتق المجني عليه ، ثم يسري إلى نفسه ، فالقصاص في اليد للسيد ، وفي النفس لورثة العتيق ، وإن استحقتهما واحد ، فعفا عن النفس ، وأراد القصاص في الطرف ، فله ذلك على المذهب ، وانفرد الغزالي بحكاية وجه فيه ، وإن عفا عن الطرف ، لم يسقط قصاص النفس على الأصح ، ولو استحق قصاص النفس بقطع الطرف ، بأن كان الجاني قد قطع المجني عليه ، ومات بالسراية ، ثم عفا الولي عن قصاص النفس ، فليس له قطع الطرف ، لأن المستحق هو القتل ، والقطع طريقه ، وقد عفا عن المستحق ، وإن عفا عن القطع ، فله حز رقبتة على الأصح ، ولو قطع يد رجل ثم حز رقبتة قبل الاندمال ،

فَعَفُو الْوَلِيِّ عَنِ الْقَطْعِ لَا يَسْقُطُ حَزُّ الرِّقْبَةِ ، وَكَذَا عَفْوُهُ عَنِ النَّفْسِ لَا يَسْقُطُ الْقَطْعُ .

السابعة : إِذَا قَتَلَ رَجُلًا بِالْقَطْعِ السَّارِي ، فَقَطَعَهُ الْوَلِيُّ ، ثُمَّ عَفَا عَنِ النَّفْسِ مَجَانًّا ، فَإِنْ سَرَى الْقَطْعُ ، بَانَ بَطْلَانُ الْعَفْوِ ، وَإِنْ وَقَفَ ، صَحَّ الْعَفْوُ ، وَلَمْ يَلْزَمْهُ لِقَطْعِ الْيَدِ شَيْءٌ ، وَكَذَا لَوْ كَانَ قَتْلُهُ بِغَيْرِ الْقَطْعِ ، وَقَطَعَ الْوَلِيُّ يَدَهُ مُتَعَدِّيًا ، ثُمَّ عَفَا عَنْهُ ، لِأُضْمَانٍ عَلَيْهِ ، وَلَوْ رَمَى الْوَلِيُّ إِلَى الْجَانِي ثُمَّ عَفَا عَنْهُ قَبْلَ الْإِصَابَةِ ، فَبَيَّنَّا نَفْوَ دِيَّةِ وَجْهَانٍ ، أَحَدُهُمَا : لَا يَنْفُذُ لَخُرُوجِ الْأَمْرِ عَنْ اخْتِيَارِهِ ، وَأُصْحَبُهُمَا : أَنَّهُ كَقَطْعِ الْيَدِ ، فَإِنْ لَمْ يَصُبِ السَّهْمُ ، فَالْعَفْوُ صَحِيحٌ مُفِيدٌ ، وَإِنْ أَصَابَهُ وَقَتْلُهُ ، تَبَيَّنَا بَطْلَانُ الْعَفْوِ ، وَفِي وَجُوبِ الدِّيَةِ عَلَى الْعَافِي وَجْهَانٍ سَبَقَا فِي بَابِ تَغْيِيرِ الْحَالِ بَيْنَ الْجَرْحِ وَالْمَوْتِ ، أَصْحَبُهُمَا : الْوُجُوبُ ، لِأَنَّهُ مُحَقَّقُونَ الدَّمَ عِنْدَ الْإِصَابَةِ .

الثامنة : قَطَعَ ذِمِّي يَدَ مُسْلِمٍ ، فَاقْتَصَ مِنْهُ ، أَوْ يَدَ ذِمِّيٍّ ، فَاقْتَصَ مِنْهُ ، ثُمَّ أَسْلَمَ الْمَقْطُوعُ ، ثُمَّ مَاتَ بِالسَّرَايَةِ ، فَلِلْوَلِيِّ الْقَصَاصُ فِي النَّفْسِ ، فَإِنْ عَفَا عَلَى مَالٍ ، فَهَلْ لَهُ نِصْفُ الدِّيَةِ ، أَمْ خُمْسَةُ أَسَدَاسِ دِيَةِ مُسْلِمٍ ؟ وَجْهَانٌ ، أَصْحَبُهُمَا : الثَّانِي ، لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ دِيَةَ مُسْلِمٍ سَقَطَ مِنْهَا مَا اسْتَوْفَاهُ وَهُوَ يَدُ ذِمِّيٍّ بِسُدُسِ دِيَةِ مُسْلِمٍ ، وَلَوْ قَطَعَ ذِمِّيُّ يَدَ مُسْلِمٍ ، فَاقْتَصَ مِنْهُ ، وَمَاتَ الْمُسْلِمُ بِالسَّرَايَةِ ، فَعَفَا الْوَلِيُّ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ لَا شَيْءَ لَهُ ، وَعَلَى الْأُصْحَبِ لَهُ ثَلَاثُ دِيَةِ الْمُسْلِمِ ، لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَا يَقَابِلُ ثُلْثَ دِيَةِ الْمُسْلِمِ ، وَلَوْ قَطَعَتْ امْرَأَةٌ يَدَ رَجُلٍ ، فَاقْتَصَ مِنْهَا ، ثُمَّ مَاتَ الرَّجُلُ بِالسَّرَايَةِ ، وَعَفَا الْوَلِيُّ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، لَهُ نِصْفُ الدِّيَةِ ، وَعَلَى الْأُصْحَبِ ، ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا ، وَلَوْ قَطَعَتْ الْمَرْأَةُ يَدَيَّ رَجُلٍ ، فَاقْتَصَ مِنْهَا ، ثُمَّ مَاتَ الْمُجْنِي عَلَيْهِ بِالسَّرَايَةِ ، وَعَفَا الْوَلِيُّ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، وَعَلَى الْأُصْحَبِ ، لَهُ نِصْفُ الدِّيَةِ ،

ولو قطع يد حر ، فاقترض منه ، ثم عتق العبد ، ومات المجني عليه بالسراية ، ففي وجه يسقط نصف الدية ، وعلى السيد أقل الأمرين من نصف دية الحر وكمال قيمة العبد ، لأنه صار مختاراً للفداء ، وفي وجه يسقط من دية الحر بقدر نصف قيمة العبد ، وعلى السيد الأقل من باقي الدية ، وكمال قيمة العبد .

التاسعة : سبق في كتاب الوكالة أن التوكيل في استيفاء القصاص جائز في حضرة الموكل ، وكذا في غيبته على المذهب ، وحد القذف كالقصاص ، وسواء جوزناه أم لا ، فإذا استوفاه الوكيل ، صار حق الموكل مستوفى ، كما لو وكله في بيع سلعة توكيلاً فاسداً ، فباع الوكيل ، صح البيع . إذا عرفت هذا ، فإذا وكل وغاب ، أو تنحى الوكيل بالجاني ليقترض منه ، فعفا الموكل ، نظر ، إن لم يعلم أكان العفو قبل القتل أم بعده ، فلا شيء على الوكيل ، وإن عفا بعد قتله ، فهو لغو ، وإن عفا ، ثم قتل الوكيل ، فإن كان عالماً بالعفو ، فعلى الوكيل القصاص ، وإن كان جاهلاً به ، فلا قصاص على المذهب والمنصوص وبه قطع الأصحاب ، وحكى الشيخ أبو محمد في «السلسلة» قولاً مخرجاً : أنه يجب القصاص ، وليس بشيء ، فإن ادعى على الوكيل العلم بالعفو ، فأفكر ، صدق يمينه ، فإن نكل ، حلف الوارث واستحق القصاص ، وفي وجوب الدية إذا قتله جاهلاً قولان : أظهرهما : تجب ، لأنه بان أنه قتله بغير حق ، ولو عزله ، فقتله الوكيل جاهلاً بالعزل ، ففي وجوب الدية القولان ، فإن لم توجب الدية ، وجبت الكفارة على الأصح ، وإذا أوجبنا الدية ، فهي مغلظة على المشهور ، وفي قول مخففة ، فإن قلنا : مخففة ، فهي على العاقلة ، وإن قلنا : مغلظة ، فهي على الوكيل على الأصح ، لأنه متعدد ،

وإنما سقط القصاص للشبهة ، وقيل : على العاقلة ، لأنه جاهل بالحال ،
فأشبه المخطيء ، فإن قلنا : على الوكيل ، فهل هي حالة أم مؤجلة ؟ وجهان ،
حكاهما الإمام •

قلت : أصحهما : حالة • والله أعلم

ثم الدية هنا تكون لورثة الجاني لا تعلق للموكل بها بخلاف
ما إذا ثبت القصاص لابنين ، وبادر أحدهما ، وقتل الجاني ، يجب عليه
نصف الدية للآخر على أحد القولين ، والفرق أن القاتل هناك أتلف حق
أخيه ، فتعلق الأخ ببذله ، والوكيل هنا قتل بعد سقوط حق الموكل ،
ونقل ابن كج عن بعضهم جملة على الخلاف ، ثم إذا غرم الوكيل ، أو
عاقلته الدية ، فهل يرجع الغرم على العافي ؟ فيه أوجه ، أصحها : لا ،
لأن العافي محسن بالعفو غير مغرر بخلاف الناصب إذا قدم الطعام
المغصوب إلى الضيف ، والثاني : نعم ، والثالث : يرجع على الوكيل
دون العاقلة ، فإذا قلنا بالرجوع ، فهل لولي الجاني أن يأخذ الدية ابتداء
من العافي ؟ وجهان ، وأما الكفارة فلا يرجع بها على الأصح ، كما لا تضرب
على العاقلة ، وهل للموكل العافي دية قتيله ؟ ينظر ، إن عفا مجاناً أو مطلقاً ،
وقلنا : المطلق لا يوجب الدية ، فلا شيء له ، وإن عفا على مال ، أو مطلقاً ،
وقلنا : يوجب المال ، فله الدية في تركة الجاني مغلفة إن أوجبنا بقتل
الوكيل ، الدية ، وإن لم نوجبها به ، فلا دية للموكل لخروج العفو على
هذا التقدير عن الفائدة • والله التوفيق •

باب

في مسائل منثورة :

إذا جنى عبد على حر جنابة ، تعلق الأرض برقبتة ، فاشتراه بالأرض ،
فإن جهل أحد المتبايعين عدد الإبل الواجبة أو سنّها ، لم يصح البيع ،

وإن علماً ذلك ، ولم يبق إلا الجهل بأوصافها ، ففي صحة البيع الوجوهان ، أو القولان في صحة الصلح من إبل الدية على مال ، وقد سبق في كتاب الصلح ، وإن كانت الجناية موجبة للقصاص ، فاشترأ بالأرض ، فهو اختيار للمال ، وإسقاط للقصاص ، وحيث صححنا البيع ، فوجد المشتري بالعبد عيباً ، فله الرد ، فإذا رد ، بقي الأرض متعلقاً بالرقبة ، ولا يكون السيد ملتزماً للفداء ، بل له الخيار بين الفداء ، وتسليمه للبيع ، ولو اشترأ المجني عليه بمال غير الأرض ، صح ولم يسقط القصاص ، فلو صالح عن القود على مال ، جاز وإن كانت الدية مجهولة ، فإن تلفت عين المال المصالح عليه ، أو استحققت ، أوردناها بعيب ، فلا رجوع إلى القصاص ، فهل يرجع بقيمة العين ، أم بضمان الجناية ؟ قولان بناء على أن بدل الصلح عن الدم مضمون ضمان العقد أم ضمان اليد ، وقد ذكرناه في كتاب البيع ، فإن قلنا : يرجع بضمان الجناية ، فهو على السيد لاختياره الفداء ببذل المال ، وهل عليه أرض الجناية بالغاً ما بلغ ، أم الأقل من الأرض بقيمة العبد ؟ قولان يذكران في موضعهما إن شاء الله تعالى ، ولو كانت الجناية موجبة للمال ، وصالح من الإبل على مال ، ففي صحته الخلاف ، فإن صححناه ، فهلك المصالح عليه قبل القبض ، أو خرج مستحقاً ، أورده بعيب ، فالرجوع إلى الأرض بلا خلاف ، لأن الصلح هنا عن المال ، ويكون السيد مختاراً للفداء ، وهل يلزمه الأرض أم الأقل ؟ فيه القولان .

فرع

جنى حر على حر جناية توجب القصاص ، فصالحه على عين ، كعبد وثوب ، جاز وإن لم تكن الدية معلومة لهما ، فإن تلفت العين قبل القبض ، أو خرجت مستحقة ، أوردناها بعيب ، فلا رجوع إلى القصاص ، فهل يرجع

بقيمة العين أم بأرش الجناية ؟ يبنى على أن بدل الصلح عن الدم مضمون ضمان العقد أم ضمان اليد ؟ وإن كانت الجناية موجبة للدية ، فصالح عنها على عين ، أو اشترى بها عيناً ، إما من العاقلة في الخطأ ، وإما من الجاني في العمد ، نظر ، أعلمنا عدد الإبل وأسنانها أم لا ، وحكمه ما بينا ، وإذا صح ، فتلف المصالح عليه ، وأورده بعيب ، رجع إلى الأرض بلا خلاف ، لأنه يمكن الرجوع إلى المصالح عنه ، لأنه مال بخلاف القصاص .

فرع

جنت حرة على رجل ، فتزوجها على القصاص ، أو تزوجها وارثه على القصاص ، جاز ، وسقط القصاص ، وإن طلقها قبل الدخول ، فهل يرجع بنصف أرش الجناية ، أم بنصف مهر المثل ؟ قولان ، أظهرهما : الأول ، وإن كانت الجناية موجبة للدية ، فنكحها عليها ، صح النكاح ، وفي صحة الصداق ما سبق في الاعتياض عن إبل الدية .

فرع

إذا أوجبت الجناية مالا معلوم القدر والوصف ، بأن أتلف مالا أو قتل عبداً ، ووجبت قيمته ، فصالحه المستحق على عين وهما يعلمان ، صح الصلح بلا خلاف ، فإن تلفت قبل القبض ، أوردت بعيب ، فالرجوع بالأرث بلا خلاف ، وإن كان الجاني والحالة هذه عبداً ، كان السيد مختاراً للفداء ، فإن صالح على رقبته ، ثم رده بعيب ، لم يكن مختاراً ، بل الأرض في رقبته كما كان حتى لو مات سقط حق المجني عليه .

فصل

قطع يدي رجل ورجليه ، فمات ، فقطع الولي يدي الجاني وعفا عن الباقي على الدية ، لم تكن له الدية ، لأنه استوفى ما يقابلها ، ولو

عفا على غير جنسها ، فوجهان ، أحدهما : لا يجب كالدية ، والثاني : يجب ويكون عوضاً عن القصاص الذي تركه ، ولو قطع إحدى يديه ، وعفا عن الباقي على الدية ، فله نصف الدية فقط •

فصل

قتل مسلم ذمياً ، فقتل ولي الذمي القاتل بغير حكم حاكم ، فعليه القصاص ، نقله الروياني عن والده •

فصل

أكره رجلاً على أن يرمي صيداً ، فرماه ، فأصاب آدمياً فقتله ، فهما قاتلان خطأ ، فعلى كل منهما كفارة ، وعلى عاقلة كل واحد نصف الدية ، وهل لعاقلة المكره الرجوع بما يغرمون على المكره ؟ نقل الروياني عن والده أنه يحتمل أن لا يرجعوا وإن كان متعدياً ، كما لا يرجعون في شبه العمد على القاتل ، قال : ويحتمل أن لا يجب شيء على المكره وعاقلته ، لأنه لم يتلف ما أكرهه عليه •

فصل

قطع يديه عمداً ، فمات بالسراية ، فقطع الوارث إحدى يدي الجاني ، فمات قبل قطعه الأخرى ، فلا شيء للوارث في تركة الجاني ، لأنه إذا سرت الجراحة إلى النفس سقط حكم الأطراف وصارت النفس بالنفس ، وقد قتله فصار كحز الرقبة ، ولو قطع يدي رجل ، فاندملتا ، فقطع إحدى يدي الجاني ، فمات ، فله دية اليد الأخرى من تركته ، لأنه استحق قصاصها وقد فات بما لا ضمان عليه فأشبه سقوطها بآفة ، ولو قطع إحدى يدي الجاني ، وعفا عن الأخرى على ديتها وقبضها ،

ثم انتقضت جراحة المجني عليه ، ومات بها ، فلا قصاص لورثته ، لأنه مات من جراحتين إحداها معفو عنها ، ولا شيء لهم من الدية ، لأنه استوفى نصف الدية ، واليد المقابلة بالنصف •

فصل

في فتاوى البغوي : أنه لو قتل أحد عبدي الرجل الآخر ، فللسيد القصاص ، ولا يثبت له مال على عبده ، فلو أعتقه ، لم يسقط القصاص ، ولو عفا بعد العتق مطلقاً ، لم يثبت المال ، لأن القتل لم يقتضه ، وإن عفا بعد العتق على مال ، ثبت المال ، وأنه لو قطع يدي رجل ، إحداها عمداً ، والأخرى خطأ ، فمات منهما ، فلا قصاص في النفس وتجب الدية ، نصفها في مال الجاني ونصفها على عاقلته ، فإن استوفى الولي قصاص اليد المقطوعة عمداً ، فمات الجاني منه ، كان مستوفياً لحقه ولا يبقى له شيء على العاقلة ، كما لو قتل من له عليه القصاص خطأ ، فإنه يكون مستوفياً حقه ، وأنه إذا وجب القصاص على مرتد ، فقتله الولي عن جهة الردة ، نظر ، إن كان ولي القصاص هو الإمام ، فله الدية في تركة المرتد ، لأن للإمام قتله عن الجهتين ، وإن كان غير الإمام ، وقع قتله عن القصاص ولا دية له ، لأن غير الإمام لا يملك قتله عن الردة ، قال : وكذا لو اشترى عبداً مرتداً ، وقتله المشتري قبل القبض عن جهة الردة ، يفسخ العقد إن كان المشتري هو الإمام ، وإن كان غيره صار قابضاً ، كما لو قتله ظلماً محضاً ، وأنه لو ضرب زوجته بالسوط عشر ضربات فصاعداً متوالية ، فماتت ، فإن قصد في الابتداء العدد المهلك ، وجب القصاص ، وإن قصد تأديبها بسوطين أو ثلاثة ، ثم بدا له فجاوز ، لم يجب القصاص ، لأنه اختلط العمد بشبه العمد ، وأن الوكيل باستيفاء القصاص إذا قال : قتلته بشهوة نفسي لا عن جهة الموكل ، لزمه القصاص وينتقل حق الموكل إلى

التركة ، وأنه لو ضرب سنه ، فزلزلها ، ثم سقطت بعد ذلك ، وجب القصاص وكذا لو ضرب يده ، فاضطربت أو تورمت ، ثم سقطت بعد أيام ، وأنه لو أشكلت الحادثة على القاضي ، فتوقف ، فروى شخص خبراً عن النبي صلى الله عليه وسلم فيها ، وقتل القاضي بها رجلاً ، ثم رجس الراوي وقال : كذبت وتعمدت ، ينبغي أن يجب القصاص كالشاهد إذا رجس والذي ذكره القفال في الفتاوى ، والإمام أنه لا قصاص بخلاف الشهادة فإنها تتعلق بالحادثة ، والخبر لا يختص بها .

فصل

في فتاوى الغزالي : لو افتصد فمنعه رجل من أن يعصب العرق حتى مات ، أو عصبه فحله رجل ومنعه من إعادة العصابة حتى مات ، وجب القصاص .

فصل

في « التتمة » أنه لو قتله بالدخان ، بأن حبسه في بيت وسد منافذ البيت ، فاجتمع فيه الدخان وضاق نفسه ، فمات ، وجب القصاص ، وأنه لو رمى إلى شخصين أو جماعة وقصد إصابة أي واحد منهم كان ، فأصاب واحداً ، ففي القصاص وجهان ، لأنه لم يقصد عينه .

فت : الأرجح وجوبه . والله أعلم

وأن حلمة الرجل تقطع بحلمة الرجل ، وحلمة المرأة تقطع بحلمة المرأة ، والثدي بالثدي ، وفيما إذا لم يتدل وجه ضعيف ، لأنه لا يتميز عن لحم الصدر ، وفي قطع حلمة المرأة بحلمة الرجل وجهان بناء على وجوب الدية في حلمة الرجل ، وتقطع حلمة الرجل بحلمة المرأة بلا خلاف وبالله التوفيق .

كتاب الديات

فيه ستة أبواب :

الأول في دية النفس :

فيجب بقتل الحر المسلم مائة من الإبل ، فإن كان القتل خطأ ، وجبت خمسة : عشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وأبدل ابن المنذر بني النبون ببني مخاض . ثم قد يعرض ما تغلظ به الدية وما تنقص به ، أما المغلظات فأربعة أسباب .

أحدها : أن يقع القتل في حرم مكة ، فتغلظ به دية الخطأ ، سواء كان القاتل والمقتول في الحرم ، أو كان فيه أحدهما ، كجزاء الصيد ، ولا تغلظ بحرم المدينة ولا بالقتل في الإحرام على الأصح فيهما .

الثاني : أن يقتل في الأشهر الحرم وهي : ذو القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب ، ولا يلحق بها رمضان قطعاً .

الثالث : أن يقتل قريباً له محرماً ، فإن كان قريباً غير محرم ، فلا تغليظ على الصحيح وبه قال الأكثر ، ولا أئثر لمحرمة الرضاع والمصاهرة قطعاً .

الرابع : أن يكون القتل عمداً أو شبه عمد .

فرع

إذا قتل في دار الحرب مسلماً وجده على زي الكفار ، فظنه كافراً ،

فقد سبق أن أظهر أنه لادية فيه ، فإن أوجبناها ، فهل هي دية عمد ، أم شبه عمد أم خطأ ؟ فيه أوجه ، ولو رمى إلى مرتد أو حربي ، فأسلم ، ثم أصابه السهم ومات ، فقد سبق أن الأصح وجوب الدية ، وفي كيفيتها هذه الأوجه ، وهذا أولى بأن تكون دية خطأ ، وهو الأرجح ، ورجح ابن كج كون الدية في ماله ، ولو رمى إلى شيء يظنه شجرة أو صيداً ، فكان إنساناً ، فالصحيح أنه خطأ محض ، كما لو رمى إلى صيد ، فعرض في الطريق رجل ، أو مرق منه السهم ، فأصاب رجلاً ، قال الغزالي : وتجري هذه الأوجه في كل قتل عمد محض صدر عن ظن في حال القتل .

فصل

الدية تتغلظ في قتل العمد من ثلاثة أوجه ، فتجب على الجاني ، ولا تحملها العاقلة ، وتجب حالة ، ومثلثة ، وثلثن حقة ، وثلثن جذعة ، وأربعون خلفه ، والخلفة : الحامل ، ويسمى هذا الثالث تغليظاً بالسن ، وسواء كان العمد موجباً للقصاص ، فعفي على الدية ، أو لم يوجبه ، كقتل الوالد ولده ، وتتنخف دية الخطأ من ثلاثة أوجه ، فتجب على العاقلة خمسة مؤجلة في ثلاث سنين ، ودية شبه العمد تتخفف من وجهين ، فتجب على العاقلة مؤجلة ، وتتغلظ من وجه ، فتجب مثلثة ، وحكي وجه وقول مخرج أن شبه العمد لا تحمله العاقلة ، وليس بشيء ، وقتل الخطأ في الحرم ، أو الأشهر الحرم ، أو المصادف لذي الرحم المحرم ، ديته كدية شبه العمد ، فتجب على العاقلة مؤجلة مثلثة ، والدية الخمسة إنما تفاوتت أقسامها بالسن إلا في بنات اللبون وبنو اللبون ، فإن تفاوتهما في الذكورة ، ثم التخسيس حاصل في هذه الدية بأقسام متعادلة ، والتثليث في الدية المثلثة غير حاصل على التعديل ، بل نسبتها المخففة بالأعشار ، ثلاثة أعشار حقائق ، وثلاثة أعشار جذاع ، وأربعة أعشار خلفات ، ثم هذه النسبة في

المخففة والمغلظة تعتبر في دية المرأة والأطراف والجروح ، ودية اليهودي والنصراني والمجوسي وأطرافهم وجروحهم ، فتجب في قتل المرأة خطأ ، عشر بنات مخاض وعشر بنات لبون وهكذا إلى آخر الأقسام ، وفي قتلها عمداً وشبه عمد خمس عشرة حقة ، وخمس عشرة جذعة ، وعشرون خلفه ، وكذا حكم دية اليد ، وفي الموضحة إذا كانت خطأ بنت مخاض ، وبنت لبون ، وابن لبون ، وحقة وجذعة ، إذا كانت عمداً أو شبه عمد حقة ونصف ، وجذعة ونصف ، وخلفتان ، وفي قطع الأصبع خطأ بنتا مخاض ، وبنتا لبون ، وابنا لبون ، وحقتان وجذعتان ، وإذا كانت عمداً أو شبه عمد ثلاث حقات ، وثلاث جذاع ، وأربع خلفات ، وعلى هذا القياس •

نزع

بدل العبد الدراهم والدنانير ، فلا مدخل للتغليظ فيه كسائر الأموال •

فصل

وأما المنقصات فأربعة

أحدها : الأنوثة ، فدية المرأة نصف دية الرجل ، ودية الخنثى كذلك ، لأنه اليقين ، ودية أطرافها أو جروحها نصف ذلك من الرجل ، وفي القديم قول ، إنها تساوي الرجل في الأطراف إلى ثلث الدية ، فإذا زاد الواجب على الثلث ، صارت على النصف ، فعلى هذا في أصبعها عشر من الإبل ، وفي أصبعين عشرون ، وفي ثلاث ثلاثون ، وفي أربع عشرون ، وهو نصف ما في أصابع الرجل الأربع ، والمشهور الأول وهو نصه في الجديد •

الثاني : الاجتنان ، ففي الجنين غرة ، وسيأتي إيضاحه في بابه إن شاء الله تعالى •

الثالث : الرق ، ففي قتل العبد قيمته ، سواء زادت على الدية ، أم نقصت ، سواء قتله عمداً أم خطأ ، وأما جروح العبد وأطرافه ، فسيأتي بيانها في بابها إن شاء الله تعالى .

الرابع : الكفر ، والكفار أصناف ، أحدها : اليهودي والنصراني ، فديته ثلث دية المسلم ، وأما السامرة من اليهود ، والصائبون من النصاري ، فإن كانوا ملاحدة في دينهم ، كفره عندهم ، فحكمهم حكم من لا كتاب له من الكفار ، وإن كانوا لا يكفرونهم فهم كسائر فرقهم وقد سبق في مناقحتهم طريق ضعيف بإطلاق قولين ، ولا بد من مجيئه هنا ، الثاني : المجوسي ، وديته ثلثا عشر دية المسلم ، ودية المجوسية نصف دية المجوسي ، وقيل : كديته ، وطرد هذا الوجه في سائر الكفار الذين تجب فيهم دية مجوسي ، والصحيح الأول ، ويراعى في ديات هؤلاء التغليظ والتخفيف ، فإذا قتل يهودي عمداً أو شبه عمد ، وجب فيه عشر حقاق وعشر جذاع وثلث عشرة خلفه وثلث ، وإذا لم يوجد مغلظ ، وجب ست بنات مخاض وثلثا السابعة ، وكذا من بنات اللبون وسائر الأخماس ، وفي المجوسي عند التغليظ حقتان وجذعتان وخلفتان وثلثا خلفه ، وعند التخفيف بنت مخاض وثلث وبنت لبون وثلث وكذا من الباقي ، ولا يخفى أن الدية إنما تجب في الصنفين إذا كان لهم عصمة بذمة أو عهد أو أمان . الصنف الثالث : كافر لا كتاب له ، ولا شبهة كتاب ، كعابد الوثن والشمس والقمر والزنديق والمرتد ، فهؤلاء لا يتصور لهم عقد ذمة ، لكن قد يكون لهم أمان ، بأن دخل بعضهم رسولا ، فقتل ، ففيه دية مجوسي ، إلا المرتد فلا شيء فيه ، فإنه مقتول بكل حال ، وليس من أهل الأمان ، قال الإمام : ولو تحزبت طائفة من المرتدين ومست الحاجة إلى سماع رسالتهم ، فجاء رسولهم فقد قيل : لا يتعرض لهم ، لكن لو قتل ، فلا ضمان ، وتردد الشيخ أبو محمد في إلحاق

الزندق بالمرتد ، والصحيح إلحاقه بالوثني ، وأما من لا عهد له ولا أمان من الكفار ، فلا ضمان في قتله على أي دين كان •

قلت : قد سبق خلاف في الذمي والمرتد إذا قتل مرتداً هل تجب الدية ؟ فإن أوجبناها فهي دية مجوسي ، ذكره البغوي • **وانتدأ علم**

وجميع ما ذكرناه في كافر بلغته دعوتنا وخبر نبينا صلى الله عليه وسلم ، أما من لم يبلغه دعوتنا ، فلا يجوز قتله قبل الإعلام والدعاء إلى الإسلام ، فلو قتل ، كان مضموناً قطعاً ، وكيف يضمن • أما الكفارة فتجب بلا تفصيل ، ثم له ثلاثة أحوال ، أحدها : أن لا تكون بلغته دعوة نبي أصلاً ، فلا قصاص على الصحيح ، وأوجب القفال ، وأما الدية ، فهل تجب دية مجوسي أم مسلم ؟ وجهان ، أو قولان ، أصحهما : الأول وبه قطع جماعة ، الثاني : أن يكون متمسكاً بدين ولم يبدل ولم يبلغه ما يخالفه ، فلا قصاص على الأصح ، فعلى هذا هل تجب دية مسلم أم دية أهل ذلك الدين ؟ وجهان ، أصحهما : الثاني ، الثالث : أن يكون متمسكاً بدين لحقه التبديل لكن لم يبلغه ما يخالفه ، فلا قصاص قطعاً ، وهل تجب دية مجوسي أم دية أهل دينه أم لا يجب شيء ؟ فيه أوجه ، أصحها : الأول •

فرع

من أسلم في دار الحرب ولم يهاجر مع التمكن أو دونه ، إذا قتله مسلم ، تعلق بقتله القصاص والدية ، لأن العصمة بالإسلام •

فصل

لا يجزىء في الدية مريض ولا معيب بعيب يثبت الرد في البيع إلا برضى المستحق ، سواء كانت إبل من عليه سليمة أم معيبة •

فرع

الغالب أن الناقة لاتحمل حتى يكون لها خمس سنين وهي الثانية .
فلو حملت قبل ذلك ، فهل يلزمه قبولها في الخلفات ؟ قولان ، أظهرهما :
نعم ، وإذا تنازعا في كونها خلفات ، عمل بقول عدلين من أهل الخبرة ،
وإذا أخذت بقول العدلين ، أو بتصديق المستحق ، فماتت عند المستحق
وتنازعا في الحمل ، شق جوفها لتعرف ، فإن بان أنها لم تكن حاملا ،
غرمها المستحق وأخذ بدلها خلفه ، وفي وجه يأخذ أرش النقص فقط ،
والصحيح الأول ، ولو صادفنا الناقة المأخوذة حائلا ، فقال المستحق :
لم يكن بها حمل ، وقال الدافع : أسقطت عندك ، فإن لم يحتمل الزمان
الإسقاط ، ردت ، وطولب بخلفة ، وإن احتمل . نظر ، إن أخذت بقول
الجاني فقط ، صدق المستحق بيمينه ، وإن أخذت بقول أهل الخبرة ،
فأيهما يصدق ؟ وجهان ، أصحهما : الدافع .

فرع

من لزمته الدية من الجاني أو العاقلة له حالان، الأولى : أن لا يملك
إبلا ، فيلزمه تحصيل الواجب من غالب إبل البلدة أو القبيلة إن كانوا
أهل بادية ينتقلون ، فإن تفرقت العاقلة في البلدان أو في القبائل ، أخذت
حصة كل واحد من غالب إبل بلده أو قبيلته ، فإن لم يكن في البلد أو
القبيلة إبل ، أو كانت بعيدة عن البلد ، اعتبر إبل أقرب البلاد ، ويلزمه
النقل إن قربت المسافة ، فإن بعدت وعظمت المؤنة والمشقة ، لم يلزمه ،
وسقطت المطالبة بالإبل ، وأشار بعضهم إلى ضبط البعيد بمسافة القصر ،
وقال الإمام : لو زادت مؤنة إحضارها على قيمتها في موضع العزة ، لم
يلزمه تحصيلها ، وإلا فيلزم . الحالة الثانية : أن يملك إبلا ، فإن كانت
من غالب إبل البلدة أو القبيلة ، فذاك ، وإن كانت من صنف آخر ، أخذت

أيضاً من أي صنف كانت ، هذا هو الصحيح ، وبه قطع الأكثرون من العراقيين وغيرهم ، وهو ظاهر نصه في «المختصر» وفي وجه حكاه الإمام عن محققي المرازمة واختاره أنه يجب غالب إبل البلد ، ومتى تعين نوع ، فلا عدول إلى ما فوقه أو دونه إلا بالتراضي ، وإذا كان الاعتبار بإبل البلد ، أو القبيلة ، فكانت نوعين فأكثر ، ولا غالب فيها ، فالخيرة إلى الدافع ، وإذا اعتبرنا إبل من عليه ، فتنوعت ، فوجهان ، أحدهما : تؤخذ من الأكثر ، فإن استويا ، دفع ما شاء ، والثاني : تؤخذ من كل بقسطه إلا أن يتبرع ، فيعطي الجميع من الأشرف ، ولو دفع نوعاً غير ما في يده ، أجبر المستحق على قبوله إذا كان من غالب إبل البلد والقبيلة كذلك ، وإذا كانت الإبل تباع بأكثر من ثمن المثل فهي كالمعدومة فلا يلزم تحصيلها •

فرع

إذا كانت الإبل موجودة وعدل من عليه الدية ومستحقها إلى القيمة أو غيرها بالتراضي ، جاز ، كما لو أتلّف مثلياً وتراضياً على أخذ القيمة مع وجود المثل ، جاز ، قال صاحب البيان : هكذا أطلقوه ، وليكن ذلك مبنياً على جواز الصلح عن إبل الدية ، ولو أراد أحدهما العدول عن الإبل ، لم يجبر الآخر عليه ، وحكي وجهه عن ابن سلمة وغيره أن الجاني يتخير بين الإبل والدراهم والدنانير المقدرة على القول القديم تفريعاً على القديم ، والمذهب الأول ، فإن لم توجد الإبل في الموضع الذي يجب تحصيلها منه ، أو وجدت بأكثر من ثمن المثل ، فقولان ، الجديد أظهر : أن الواجب قيمة الإبل بالغة ما بلغت ، والقديم : يجب ألف دينار ، أو اثنا عشر ألف درهم ، وفي وجه مخرج على القديم عشرة آلاف درهم ، والاعتبار بالدراهم والدنانير المضروبة الخالصة ، وذكر الإمام أن الدافع

يتخير بين الدراهم والدنانير ، وقال الجمهور : على أهل الذهب ذهب ، وعلى أهل الورق ورق ، فإن كان الواجب دية مغلظة ، فهل يزداد للتغليظ سيء ؟ وجهان ، أصحهما : لا ، والثاني : يزداد ثلث المقدّر ، فعلى هذا لو تعدد سبب التغليظ بأن قتل محرماً في الحرم ، فهل يتكرر التغليظ ؟ وجهان ، أصحهما : لا فلا يزداد على الثلث ، كما لو قتل المحرم صيداً حرمياً ، يلزمه جزاء فقط ، والثاني : يزداد لكل سبب ثلث دية ، فعلى هذا لو قتل ذا رحم محرماً في الحرم والأشهر الحرم عمداً ، وجب ثمانية وعشرون ألف درهم ، وأما إذا قلنا بالجديد ، فتقوم الإبل بغالب نقد البلد وتراعى صفتها في التغليظ إن كانت مغلظة ، قال الإمام : فإن غلب نقدان في البلد ، يخير الجاني بينهما ، وتقوم الإبل التي لو كانت موجودة وجب تسليمها ، فإن لم يكن هناك إبل ، قومت من صنف أقرب البلاد إليهم ، وهل تعتبر قيمة موضع الوجود ، أم موضع الإعواز لو كانت فيه إبل ؟ وجهان ، أصحهما : الثاني ، وتعتبر قيمتها يوم وجوب التسليم ، هذا هو المفهوم من كلام الأصحاب ، وقال الروياني : إن وجبت الدية والإبل مفقودة ، اعتبرت قيمتها يوم الوجوب ، وإن وجبت وهي موجودة فلم تؤد حتى أعوزت وجبت قيمتها يوم الإعواز ، وإن وجد بعض الإبل الواجبة ، أخذ الموجود وقيمة الباقي •

فرع

قال الإمام : لو قال المستحق عند إعواز الإبل : لا أطلب الآن بشيء ، وأصبر إلى أن يوجد ، فالظاهر أن الأمر إليه ، لأن الأصل هو الإبل ، ويحتمل أن يقال لمن عليه أن يكلفه قبض ما عليه لتبرأ ذمته ، قال : ولم يصّر أحد من الأصحاب إلى أنه لو أخذ الدراهم ، ثم وجدت الإبل يرد الدراهم ، ويرجع إلى الإبل ، بخلاف ما إذا غرم قيمة المثلي لإعواز المثل ، ثم وجد ، ففي الرجوع إلى المثل خلاف • وبالله التوفيق •

الباب الثاني

في دية مادون النفس

هي ثلاثة أقسام : جرح ، وإبانة طرف ، وإزالة منفعة •

القسم الأول : الجروح ، وهي نوعان ، جائفة وغيرها ، الأول : غير الجائفة ، وهي ضربان : جراحات الرأس والوجه ، وجراحات سائر البدن •

الضرب الأول : جراحات الرأس والوجه ، فهي الموضحة : خمس من الإبل ، سواء كانت على الهامة والناصية أو القذال ، وهو جماع مؤخر الرأس ، أو الخششاء ، وهي العظم الذي خلف الأذن ، أو منحدر القمَحْدُوَّة إلى الرقبة ، وهي ما خلف الرأس ، وذكر في العظم الواصل بين عمود الرقبة وكرة الرأس وجه أنه ليس محلاً للموضحة ، كالرقبة ، ويشبه أن تكون هي المنحدر المذكور ، أو تكون منه •

وأما الوجه ، فالجبهة منه والجبينان ، والخدان ، وقصبة الأنف ، واللحيان ، كلها محل الإيضاح ، سواء المقبل من اللحين الذي تقع به المواجهة ، وما تحت المقبل خارجاً عن حد المغسول في الوضوء ، لأن اسم الموضحة يشمل جميعها ، وإنما يجب في الموضحة خمس من الإبل في حق من تجب الدية الكاملة بقتله ، وهو الحر المسلم الذكر ، وهذا المبلغ نصف عشر ديته ، فتراعى هذه النسبة في حق غيره ، فتجب في موضحة اليهودي نصف عشر ديته ، وهو بعير وثلثان ، وفي موضحة المرأة بعيران ونصف ، وفي موضحة المجوسي ثلثاً بعير ، وعن الاصطخري وأبي محمد الفارسي أن في موضحة الوجه أكثر الأمرين من خمس من الإبل والحكومة ، وهذا شاذ مردود ولا تفريع عليه •

فرع

إذا هشم العظم مع الإيضاح ، وجب عشر من الإبل ، وإن نقل مع ذلك وجب خمسة عشر بغيراً ، وحكى السرخسي قولاً قديماً أن في الهاشمة خمساً من الإبل وحكومة ، وليس بشيء .

فرع

في المأمومة ثلث الدية ، وفي الدامغة أيضاً ثلث الدية على الصحيح المنصوص ، وقال الماوردي : ثلث الدية وحكومة ، وحكى الفوراني وجماعة أن فيها الدية بكماها ، لأنها تذقف ، وبهذا قال الإمام ، وكأن الأولين يمنعون تذييفها .

فرع

هشم العظم ولم يوضح ، وجب خمس من الإبل على الأصح المنصوص ، وقال ابن أبي هريرة : تجب حكومة ككسر سائر العظام ، ولو نقل العظم من غير إيضاح ، فهل يجب عشر من الإبل أم حكومة ؟ فيه هذان الوجهان ، وفي « الرقم » وغيره أن موضع الوجهين ما إذا لم يحوج الهشم إلى بط وشق لإخراج العظم أو تقويمه ، فإن أحوج إليه ، فالذي أتى به هاشمة تجب فيها عشر من الإبل .

فرع

أوضح واحد ، وهشم آخر ، ونقل ثالث ، وأم رابع ، فعلى الأول القصاص ، أو خمس من الإبل ، وعلى الثاني خمس ، وعلى الثالث خمس ، وعلى الرابع ما بين المنقلة والمأمومة ، وهو ثمانية عشر بغيراً وثلث بغير ، وقيل : يجب على الجميع ثلث الدية أرباعاً ، والصحيح الأول ، فلو خرق

خامس خريطة الدماغ ، ففي « التهذيب » أن عليه تمام دية النفس ، كمن
حز رقبة إنسان بعدما قطعت أطرافه ، وهذا على طريقة من قال : الدامغة
مذففة •

فرع

ما قبل الموضحة من الشجاج كالدامية والحارصة والباضعة والمتلاحمة
ليس فيها أرش مقدر وفي واجبها وجهان ، أحدهما : الحكومة ، ولا يبلغ
بحكومتها أرش موضحة ، والثاني وبه قال الأكثرون : إن لم يمكن معرفة
قدرها من الموضحة فكذلك ، وإن أمكن بأن كان على رأسه موضحة
إذا قيس بها الباضعة مثلاً ، عرف أن المقطوع ثلث أو نصف في عمق
اللحم وجب قسطه من أرش الموضحة ، فإن شككنا في قدرها من الموضحة ،
أوجبنا التعين ، قال الأصحاب : وتعتبر مع ذلك الحكومة ، فيجب أكثر
الأمرين من الحكومة ، وما يقتضيه التقسيط ، لأنه وجد سبب كل
واحد منهما •

الضرب الثاني : جراحات سائر البدن ، فليس في إيضاح عظامه
ولا هشمها ولا تنقيها ، أرش مقدر النوع •

النوع الثاني : الجائفة ، وفيها ثلث الدية ، وهي الجراحة الواصلة إلى
الجوف الأعظم من البطن أو الصدر ، أو ثغرة النحر ، أو الجنبين ، أو
الخاصرة ، أو الورك ، أو العجان إلى الشرج وقد سبق أن العجان ما بين
الفقحة والخصية ، وكذا الجراحة النافذة إلى الحلق من القفا ، أو الجانب
المقبل من الرقبة ، والنافذة من العانة إلى المثانة ، وفي النافذة من الذكر
إلى مسر البول وجهان ، أحدهما : ليست بجائفة ، ولو نفذت إلى داخل
الفم بهشم الخد أو اللحي ، أو بخرق الشفة ، أو الشدق ، أو إلى داخل
الأنف بهشم القصبه ، أو بخرق المارن ، فليست بجائفة على الأظهر ،

ويقال : الأصح ، لأنها ليسا من الأجواف الباطنة ولهذا لا ينظر بالواصل إليهما ، ولأنه لا يعظم فيهما الخطر بخلاف ما يصل إلى جوف الرأس والبطن ، فعلى هذا يجب في صورة الهشم أرش هاشمة أو منقطة ، وتجب معه حكومة للنفوذ إلى الفم والأنف ، لأنها جناية أخرى ، ولو نفذت الجراحة من الجفن إلى بيضة العين ، فهل هي جائفة أم لا تجب إلا حكومة؟ وجهان ، أصحهما : الثاني ، ولو وضع السكين على الكتف أو الفخذ وجرحها حتى بلغ البطن ، فأجاف ، لزمه أرش الجائفة وحكومة لجراحة الكتف والفخذ ، لأنها في غير محل الجائفة بخلاف ما لو وضعها على صدره ، وجرحها حتى أجاف في البطن أو في ثغرة النحر ، فإنه يجب أرش الجائفة بلا حكومة ، لأن جميعه محل الجائفة .

فرع

لا فرق بين أن يجيف بحديدة أو خشبة محددة ، ولا بين أن تكون الجائفة واسعة أو ضيقة ، حتى لو غرز فيه إبرة فوصلت إلى الجوف فهي جائفة ، وقيل : إنما تكون جائفة إذا قال أهل الخبرة : إنه يخاف منه الهلاك ، وليس بشيء .

فصل

لا فرق في الموضحة بين الصغيرة والكبيرة ، والبارزة والمستورة بالشعر ، والتي يتولد منها شين فاحش والتي لا يتولد ، فلا يجب في الجميع إلا خمس من الإبل ، فإن تعددت الموضحة ، تعدد الأرش ، وتعددها يكون بأسباب .

الأول : اختلاف الصورة ، بأن أوضحه في موضعين من رأسه ، وبقي اللحم والجلد بينهما ، فيجب أرشان ، سواء رفع الحديدة عن موضحة

ثم وضعها على موضع آخر فأوضحه ، أو جرها على الرأس من موضع الإيضاح إلى أن تحامل عليها في موضع آخر فأوضحه ، وبقي اللحم والجلد بينهما سليمين ، وحكى الإمام في الصورة الثانية وجهاً ضعيفاً أن الحاصل موضحة واحدة لاتحاد الفعل ، ولو كثرت الموضحات ، تعدد الأرش بحسبها ولا ضبط ، وقيل : إذا كثرت وصارت بحيث لو أوجبنا لكل موضحة خمساً من الإبل ، لزاد المبلغ على دية نفس ، لم يوجب أكثر من دية نفس ، والصحيح الأول ، ولو لم يبق الحاجز بين موضعى الإيضاح بكماله ، بل بقي جلد دون اللحم أو عكسه ، فأربعة أوجه ، أصحها : أن الحاصل موضحة ، والثاني : موضحتان ، والثالث : إن بقي الجلد ، فموضحة ، وإن بقي اللحم ، فموضحتان ، والرابع : عكسه ، فعلى الأول ، لو أوضح في موضعين ثم أوغل الحديد ، وتفذهما من إحدهما إلى الأخرى في الداخل ثم سلها ، فهل يتحدان ؟ وجهان ، ولو عاد الجاني ، فرفع الحاجز بين موضحتيه قبل الاندمال ، فالصحيح أنه لا يلزمه إلا أرش واحد ، وقيل : أرشان ، وقيل : ثلاثة ، ولو تأكل الحاجز بينهما ، كان كما لو رفعه الجاني ، لأن الحاصل بسراية فعله منسوب إليه ، ولو رفع الجلد أو اللحم ، أو تأكل أحدهما دون الآخر ، ففيه الأوجه الأربعة ، ولو رفع الحاجز غير الجاني ، فعليه أرش موضحة ، وعلى الأول : أرشان ، ولو رفعه المجني عليه ، ففعله هدر ، ولا يسقط به شيء مما وجب على الجاني ، ولو أوضحه رجلان ، فتأكل الحاجز بين موضحتيهما ، عادتا إلى واحدة ، فعلى كل واحد نصف الأرش ، ولو اشتركا في موضحتين ، ثم رفع أحدهما الحاجز بينهما ، فعلى الرافع نصف أرش وعلى الآخر أرش كامل .

فرع

شجه شجة ، بعضها موضحة ، وبعضها متلاحمة ، أو سمحاق ،

فالواجب في الجميع أرش موضحة ويدخل فيها حكومة المتلاحمة والسمحاق ، لأنها لو كانت كلها موضحة لم يجب إلا أرش ، فهنا أولى ، فلو اقتصر فيما فيها من الموضحة ، فهل له الحكومة لما حولها من المتلاحمة والسمحاق ؟ قال البغوي : يحتل أن يكون فيه وجهان ، كما لو قطع يده من نصف الكف ، فاقتصر من الأصابع ، هل له حكومة نصف الكف ؟ وجهان .

السبب الثاني : اختلاف المحل ، فلو نزل في الإيضاح من الرأس إلى الجبهة إما لشمول الإيضاح ، وإما بأن أوضح شيئاً من الرأس وشيئاً من الوجه ، وجرح بينهما جراحة دون الموضحة ، فوجهان ، أحدهما : الحاصل موضحة ، لأن الجبهة والرأس محل الإيضاح ، وأصحهما : موضحتان لاختلاف المحل ، ولو شملت الموضحة الجبهة والوجهة ، قال الإمام : في التعدد تردد ، والمذهب الاتحاد تنزيلاً لأجزاء الوجه منزلة أجزاء الرأس ، ولو جر السكين من موضحة الرأس إلى القفا ، وجرح القفا مع إيضاحه أو بغير إيضاحه ، لزمه مع أرش الموضحة حكومة لجرح القفا ، لأنه ليس محل الإيضاح ، فلم تدخل حكومته في الأرش ، ولو جر السكين من موضحة الرأس إلى الجبهة ، وجرحها جراحة متلاحمة ، فإن قلنا : لو أوضح في الجبهة أيضاً ، كان الحاصل موضحة ، دخلت حكومة جراحة الجبهة في أرش الموضحة ، وإن قلنا : الحاصل موضحتان ، وجب مع الأرش حكومة .

السبب الثالث : تعدد الفاعل ، بأن أوضح رجلاً ، فوسع آخر تلك الموضحة ، أو أوضح قطعة متصلة بموضحة الأول ، فعلى كل واحد منهما أرش كامل ، ولو وسع الأول موضحته ، لزمه أرش واحد على الصحيح ، وقيل : أرشان .

السبب الرابع : اختلاف الحكم ، بأن أوضحه موضحة واحدة هو في بعضها مخطيء ، وفي بعضها متعمد ، أو في بعضها مقتص وفي بعضها متعدد ، فهل الحاصل موضحة لاتحاد الصورة والجاني والمحل ، أم موضحتان لاختلافهما ؟ وجهان ، أصحهما : موضحتان ، فإن قلنا : موضحة ، وزع الأرض على البعضين ، وإن قلنا : موضحتان ، وجب أرض كامل لما تعدى به ، ولو أوضح موضحتين عمداً ورفع الحاجز بينهما خطأ ، وقلنا بالصحيح : انه لو رفعه عمداً تداخل الأرشان : فهل يلزمه أرش ثالث أم لا يلزمه إلا أرش واحد ؟ وجهان .

: أرجحهما : أرش فقط . والله أعلم

فرع

يتعدد أرش الجائفة بتعدددها ، فلو أجاف جائفتين ، ثم رفع الحاجز بينهما ، أو تأكل ما بينهما ، أو رفعه غير الجاني ، فعلى ما ذكرناه في الموضحة . وتتعدد الجائفة بتعدد الصورة ، بأن يجرحه جراحتين نافذتين إلى الجوف ، فإن بقي بينهما الجلدة الظاهرة ، أو انخرق ما تحتها ، أو بالعكس ، فيشبه أن يكون حكمه كما ذكرنا في الموضحة ، وتتعدد بتعدد المحل ، بأن ينفذ جراحتين إلى جوفين ويتعدد الفاعل ، بأن يوسع جائفة غيره ، وفصله الأصحاب فقالوا : إن أدخل السكين في جائفة غيره ولم يقطع شيئاً ، فلا ضمان عليه ويعزر ، وإن قطع شيئاً من الظاهر دون الباطن أو بالعكس ، فعليه حكومة ، وإن قطع شيئاً من الظاهر ومن جانب بعض الباطن ، قال المتولي : ينظر في ثخانة اللحم والجلد ويسقط أرش الجائفة على المقطوع من الجائفتين ، وقد يقتضي التقسيط تمام الأرض ، بأن يقطع نصف الظاهر من جانب ، ونصف الباطن من جانب ، ولو لم يقطع من أطراف الجائفة شيئاً ، ولكن زاد في غورها ، أو كان قد ظهر عضو

باطن ، كالكد ، ففرز السكين فيه . فعليه الحكومة ، ولو عاد الجاني فوسع الجائفة ، أو زاد في غورها ، لم يزد الواجب وكان كما لو أجاف ابتداء كذلك . ويمكن أن يعود فيه الوجه السابق في توسيع الموضحة ، ويجيء في اختلاف حكم الجائفة وانقسامها إلى عمد وخطأ ما سبق في الموضحة ، ولو ضربه بسنان ، أو مشقص له رأسان ، فنفذ إلى جوفه والحاجز بينهما سليم ، فهما جائفتان ، ولو طعنه بسنان في بطنه ، فأثذه من ظهره ، أو من أحد الجنبين إلى الآخر ، فهل هما جائفتان أم جائفة ؟ وجهان ، ويقال : قولان ، أصحهما : جائفتان ، فإن قلنا : جائفة ، وجب معها حكومة على الأصح ، وقيل : لا حكومة .

فصل

إذا أوضحه ، فاندملت أطراف الجراحة ، وبقي شيء من العظم بارزاً ، لم يسقط شيء من الأرض قطعاً ، وإن التحم الموضع ولم يبق شيء من العظم بارزاً ، فكذلك على الصحيح ، وقيل : إن لم يبق شين ، سقط الأرض ولا حكومة ، وإن بقي ، سقط الأرض ، ووجبت حكومة ، وليس بشيء ، وإذا اندملت الجائفة ، لم يسقط شيء من الأرض على المذهب ، وقيل : يعود إلى الحكومة ، وقيل : في سقوطه قولان ، كعود السن .

فرع

إذا التحمت الجائفة ، أو الموضحة ، فجاء جان إما الأول وإما غيره . فأوضح في ذلك الموضع ، أو أجاف ، فعليه أرش آخر إن كان الالتحام قد تم سواء نبت عليه الشعر أم لا ، وسواء كان متغير اللون مشيناً أم لا ، وإن لم يتم الالتحام ، ففتقه ، فعليه الحكومة فقط ، ولو نزع الخيط الذي خيطت الجائفة به قبل أن يلتحم ، فعليه التعزير ، وأجرة مثل الخياط ، وضمان الخيط إن تلف ، ولا أرش ولا حكومة ، وإن التحمت ظاهراً

وباطناً فانفتحت ، فهي جائفة جديدة ، وكذا لو انفتح جانب منها بعد تمام التحامه ، فإن التحم ظاهرها دون باطنها ، أو بالعكس ، فعليه الحكومة دون الأرش ، ولا يجب مع الأرش أو الحكومة أجرة الخياط ، لكن يجب ضمان الخيط إن تلف •

فرع

في مسائل منثورة تتعلق بما سبق

إحداهما : غرز إبرة في رأس رجل حتى انتهت إلى العظم وسلها ، فهي موضحة على المذهب وبه قطع الجمهور ، وخرجه الإمام على وجهين •
الثانية : موضحة هشم في بعضها فقط ، ليس فيها إلا أرش هاشمة •
الثالثة : أوضح وهشم في موضعين واتصل الهشم بينهما في الباطن ، فالصحيح أنهما هاشمتان ، وقيل : هاشمة •

الرابعة : أوضح في مواضع متفرقة ، وهشم في كل واحد منها ، فهي هاشمتان على الصحيح ، وقيل : موضحتان وهاشمة واحدة •
الخامسة : أدخل في دبره شيئاً خرق به حاجزاً في الباطن ، هل عليه أرش جائفة ؟ وجهان •

السادسة : شجه متلاحمة ، فأوضحه آخر في ذلك الموضع بقطع اللحم الباقي ، فعلى كل منهما حكومة •
السابعة : أجافة ونكأ في بعض الأعضاء الباطنة ، كالأمعاء ، فعليه مع أرش الجائفة حكومة •

القسم الثاني : إيانة الأطراف •

والمقدر بدله من الأعضاء ستة عشر عضواً ، العضو الأول : الأذنان

وفي استئصالهما قطعاً أو قلعاً كمال الدية ، وحكي قول أو وجه مخرج أن فيهما الحكومة ، والمذهب الأول ، وفي إحداهما نصف الدية ، وفي بعضها بقسطه ، وتقدر بالمساحة ، وسواء أذن السميع والأصم ، لأن السمع ليس في نفس الأذن ، ولو ضرب أذنه ، فاستحشفت ، أي : يبست كشلل اليد ، فقولان ، أظهرهما : تجب ديتها ، كما لو ضرب يده ، فشلت ، والثاني : لا تجب إلا الحكومة ، لأن منفعتها لا تبطل بالاستحشاف بخلاف الشلل . ولو قطع أذنًا مستحشفة ، بني على هذا الخلاف ، إن قلنا هناك : تجب الدية ، وجب هنا حكومة ، كمن قطع يداً سلاء ، وإن قلنا : تجب الحكومة ، وجب هنا الدية ، وعن الشيخ أبي حامد : هذه الحكومة مع الحكومة الواجبة بالجناية التي حصل بها الاستحشاف عن كمال الدية وجهان .

فرع

لو لم يقتصر على استئصال الشاخص ، بل أوضح معه العظم ، وجب دية الأذن ، وأرش الموضحة ولا تتبعها ، لأنه لا يتبع مقدر مقدراً .

العضو الثاني : العينان ، ففي فقئهما كمال الدية ، وفي إحداهما : نصفها ، وعين الأعور السليمة لا يجب فيها إلا نصف الدية عندنا . كما أن يد الأقطع ليس فيها إلا نصف الدية ، ولو فقا الأعور مثل عينه المبصرة ، اقتص منه ، وتكمل الدية في عين الأحوال والأعمش ، والعمش : ضعف الرؤية مع سيلان الدمع في أكثر الأوقات ، ويقال : إن خلل الأعمش في الأجفان ، وفي عين الأعشى ، وهو الذي لا يبصر ليلاً ، ويبصر نهاراً ، والأخفش ، وهو صغير العين ضعيف البصر ، وقيل : هو من يبصر بالليل دون النهار ، لأن المنفعة باقية في أعين هؤلاء ، ومقدار المنفعة لا ينظر إليه ، ولو كان في العين بياض لا ينقص الضوء لم يمنع القصاص ولا كمال .

الدية ، سواء كان على بياض الحدقة أو سوادها ، وكذا لو كان على الناظر إلا أنه رقيق لا يمنع الإبصار ولا ينقص الضوء ، وإن كان ينقص الضوء ، نظر ، إن أمكن ضبط النقص بالاعتبار بالصحيحة التي لا بياض فيها ، سقط من الدية قسط ما نقص ، وإلا فالواجب الحكومة •

العضو الثالث : الأجنان الأربعة ، وفيها كمال الدية ، وفي كل جفن ربعها ، وفي بعض الجفن قسطه من الربع ، وسواء الجفن الأعلى والأسفل ، وجفن الأعمى والأعمش وغيرهما ، ولادية في الجفن المستحشف ، وإنما فيه الحكومة ، ولو ضرب الجفن ، فاستحشف ، لزمه الدية قطعاً ، ولو نلع الأجنان والعينان ، لزمه ديتان •

فرع

إزالة الأهداب وسائر الشعور ، كشعر الرأس واللحية ، بالحلق وغيره من غير إفساد المنبت لا يوجب إلا التعزير ، فإن أفسد المنبت ، لزمه الحكومة ، فإذا لم يكن على الأجنان أهداب ، فالواجب بقطعها الدية ، فإن قطعت وعليها أهداب ، فهل تجب مع الدية حكومة الأهداب ، أم تدخل في الدية ؟ وجهان ، أصحهما : الدخول ، وتدخل حكومة الشعر على محل الموضحة في أرش الموضحة على المذهب ، وقيل : فيه وجهان •

العضو الرابع : الأنف ، ففي قطع المارن ، وهو مالان من الأنف وخلا من العظم كمال الدية ، والمارن : ثلاث طبقات ، الطرفان ، والوترة الحاجزة بينهما ، وفي كيفية توزيع الدية ، وجهان ، أحدهما - وبه قال أبو علي الطبري ، ورجحه القاضيان الطبري والرويانى - ، توزع على الثلاث ، فعلى هذا إن رفع الحاجز وحده ، وجب ثلث الدية ، ولو قطع أحد الطرفين ، فكذلك ، ولو قطعهما دون الحاجز ، أو أحدهما مع الحاجز ، وجب ثلثا الدية ، ولو قطع أحدهما ، ونصف الحاجز ، وجب

نصف الدية ، والوجه الثاني ، وهو المنصوص ، ويحكى عن ابن سريج ، وأبي إسحاق ، وصححه البغوي : أن الدية تتعلق بالطرفين ، وليس في الحاجز إلا الحكومة ، فعلى هذا في الحاجز وحده الحكومة ، وفي أحد الطرفين ، نصف الدية ، وفي قطعهما دون الحاجز كمال الدية ، وفي أحدهما مع الحاجز أو بعضه نصف الدية وحكومة ، ولو سقط بعض أنف المجذوم ، فقطع رجل الباقي ، وجب قسطه من الدية ، وأنف الأخشم كأنف الأشم ، ولو ضرب أنفه فاستحشف ، أو قطع أنفاً مستحشفاً ، فعلى الخلاف المذكور في الأذن ، ولو شق مارنه ، فذهب بعضه ولم يلتئم ، فعليه من الدية قسط الذاهب ، وإن لم يذهب منه شيء ، فعليه الحكومة ، سواء التأم أم لا ، ولو انجبرت القصبة بعد الكسر ، فعليه الحكومة ، فإن بقي معوجاً ، كانت الحكومة أكثر .

العضو الخامس : الشفتان ، ففي استيعابهما كمال الدية ، سواء كانتا غليظتين أم دقيقتين ، كبيرتين أم صغيرتين ، وفي إحداهما نصفها ، سواء التأم أم لا ، ولو انجبرت القصبة بعد الكسر ، فعليه الحكومة ، إلى الشدقين ، وفي ضبطه في الطول أربعة أوجه ، أصحها وهو المنصوص وبه قطع الأكثرون : أن الشفة من جوف الفم إلى الموضع الذي يستر اللثة ، والثاني : أنها المتجاني إلى محل الارتاق ، والثالث : الذي ينتأ عند إطباق الفم ، والرابع : الذي لو قطع لم تنطبق الشفة الأخرى على الباقي ، ولو ضرب شفته ، فأشلها ، فصارت منقبضة لا تسترسل ، أو مسترسلة لا تنقبض ، فعليه كمال الدية ، وفي الشفة الشلاء الحكومة ، ولو شق شفته ولم يبق منهما شيء ، لزمه حكومة ، ولو قطع شفة مشقوقة ، فعليه دية ناقصة بقدر حكومة الشق ، ولو قطع بعض الشفة ، وتقلص الباقي حتى بقيت كالمقطوع جميعها ، فهل يجب كمال الدية ،

أو تتوزع على المقطوع والباقي ؟ وجهان ، وهل تتبع حكومة الشارب دية الشفة ؟ وجهان •

العضو السادس : اللسان ، ففيه دية ، ولسان الألكن ، والمبرسم الذي ثقل كلامه ، والألتع كغيره ، وفي لسان الأخرس حكومة ، سواء كان خرسه أصليا أم عارضا ، وفي وجوب الدية فيه احتمال لابن سلمة ، والمذهب الأول ، وهذا إذا لم يذهب الذوق بقطع الأخرس ، أو كان قد ذهب ذوقه قبله ، فأما إذا قطع لسانه ، فذهب ذوقه ، ففيه الدية ، ولو تعذر النطق لا لخلل في اللسان ، ولكنه ولد أصم ، فلم يحسن الكلام ، لأنه لم يسمع شيئا ، فهل تجب فيه الدية أم الحكومة ، وجهان يجيء ذكرهما إن شاء الله تعالى ، ولو قطع لسان طفل ، نظر ، إن نطق بـ بابا ودادا ونحوهما ، أو كان يحركه عند البكاء والضحك والامتصاص تحريكاً صحيحاً ، وجبت الدية لظهور آثار الكلام فيه ، وإن لم يوجد نطق وتحريك ، فإن كان بلغ وقت النطق والتحريك ، فالواجب حكومة ، وإلا فالمذهب وجوب الدية أخذاً بظاهر السلامة ، كما تجب الدية في رجله ويده ، وإن لم يكن في الحال بطش ، وبهذا قطع جماهير الأصحاب في طرقهم ، ونقل الإمام عن الأصحاب ، أن الواجب الحكومة ، ونقل ابن القطان فيه قولين ، وإذا قطع بعض لسانه طفل واقتضى الحال إيجاب الحكومة ، فأخذناها ، ثم نطق ببعض الحروف وعرفنا سلامة لسانه أوجبنا تمام القدر الذي يقتضيه القطع من الدية ، ولو كان للسانه طرفان ، نظر ، إن استويا في الخلقة ، فهو لسان مشقوق ، فيجب بقطعهما الدية ، وبقطع أحدهما قسطه من الدية ، وإن كان أحدهما تام الخلقة أصليا ، والآخر ناقص الخلقة زائداً ، ففي قطعهما دية وحكومة ، وفي الأصلي دية ، وفي الزائد حكومة ، ولا يبلغ بحكومته دية قدره من اللسان من ثلث وربع ونحوهما ، وفي قطع اللهاة الحكومة •

السابع : الأسنان ، فيجب في كل سن من الذكر الحر المسلم ، خمس من الإبل ، سواء قلعها ، أو قطعها ، أو كسرها ولو اقتلعها ، فبقيت معلقة بعروق ، ثم عادت إلى ما كانت فليس عليه إلا حكومة ، ذكره الروياني ، وتستوي الأسنان في الدية وإن اختلفت منافعها ، وتكمل دية السن بقلع كل سن أصلية تامة مشغورة غير متقلقلة ، فهذه أربعة قيود ، الأول : كونها أصلية ، ففي الشاغية الحكومة لا الدية ، ولو سقطت سنه فاتخذ سنأ من ذهب أو حديد أو عظم طاهر ، فلا دية في قلعها ، وأما الحكومة ، فإن قلعت قبل الالتحام ، لم تجب ، لكن يعزر القالع ، وإن قلعت بعد تشبث اللحم بها ، واستعدادها للمضغ والقطع ، فلا حكومة أيضاً على الأظهر .

الثاني : كونها تامة ، وتكمل دية السن بكسر مظهر من السن ، وإن بقي السنخ^(١) بحاله ، ولو قلع السن من السنخ ، وجب أرش السن فقط على المذهب ، وقيل في وجوب الحكومة معه وجهان ، ولو كسر الظاهر رجل ، وقلع السنخ آخر ، فعلى الأول دية سن ، وعلى الثاني حكومة قطعاً ، ولو عاد الأول وقلعه بعد الاندمال ، فعليه حكومة مع الدية ، وإن قلعه قبل الاندمال ، فكذلك على الأصح ، وقيل : لا حكومة ، وطرده مثل هذا في قطع الكف بعد قطع الأصابع من القاطع أو غيره ، ولو قطع بعض الظاهر ، فعليه قسطه من الأرش وينسب المقطوع إلى الباقي من الظاهر ، ولا يعتبر السنخ على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وقيل : وجهان ، ثانيهما يوزع عليه وعلى السنخ ، وفي معنى هذا صور منها : أن الدية تكمل في قطع الحشفة ، فلو أسوئصل الذكر ، فهل يفرد بقية الذكر بحكومة أم تدخل حكومتها في دية الحشفة؟ فيه طريقان ، أحدهما : نعم ، والثاني : على وجهين .

(١) أي : أصل السن ، والسنخ : الأصل من كل شيء .

ومنها : حلمة الثدي فيها كمال الدية ، فلو استؤصل الثدي ففيه الطريقان ، والمذهب فيهما الاندراج ، •

ومنها : في المارن الدية ، فلو قطعه مع القصبة ، فهل تدرج حكومة القصبة في دية المارن ؟ وجهان ، الصحيح الاندراج •

واعلم أنا قدمنا أن قصبة الأنف محل الموضحة في الوجه ، وكذا هي محل الهاشمة والمنقلة ، وإبانة القصبة أعظم من المنقلة ، فيجب أن تجب فيها مع دية المارن أرش المنقلة ، وإبانة القصبة أعظم من المنقلة ، فيجب أن يجب فيها مع دية المارن أرش المنقلة ، وقد حكى ابن كج هذا عن النص ، لكن لم أجد لغيره تعرضاً له •

وإذا قلنا بالاندراج في هذه الصور ، فقطع بعض الحشفة أو الحلمة أو المارن ، فهل ينسب المقطوع إلى الحشفة أم جميع الذكر ، وإلى الحلمة أم جميع الثدي ، وإلى المارن أم إليه مع القصبة ؟ فيه الطريقان اللذان في بعض ظاهر السن ، والمذهب التوزيع على الحشفة والجلمة والمارن فقط ، فإذا اختلفا في قدر المكسور من ظاهر السن ، فالمصدق الجاني ، لأن الأصل براءته •

نزع

كسر واحد بعض ظاهر السن ، ثم كسر غيره الباقي من الظاهر ، فعلى كل منهما قسط ما كسره من الأرش ، ولو قلع الثاني الباقي مع السنخ ، فطريقان ، أحدهما على وجهين ، أحدهما : عليه أرش الباقي وحكومة السنخ ، والثاني : عليه الأرش فقط ، والطريق الثاني — وهو الأصح وبه قطع الأكثر — ينظر في جنابة الأول ، فإن كسر بعض السن في العرض ، وبقي الأسفل بحاله ، فليس على الثاني حكومة السنخ ، بل يدخل في أرش الباقي ، وإن كسر بعضها في الطول ، فحكومة السنخ بقدر

ما يجب الباقي من السن يدخل في أرشه، وما لاشيء فوقه تلزمه حكومته.

فرع

لو ظهر بعض السنخ بخلل أصاب اللثة ، لم يلحق ذلك بالظاهر ، بل تكمل الدية فيما كان ظاهراً في الأصل .

فرع

لو تناثر بعض السن ، أو تأكل ، ففي قلعها قسط ما بقي من الدية، فإن اختلفا في قدر المتناثر والمتأكل ، صدق المجني عليه بيمينه .

فرع

لو كانت أسنانه من الأعلى طويلة ، ومن الأسفل قصيرة ، أو بالعكس ، لم يؤثر ذلك ، ووجب لكل واحدة كمال الأرش ، والغالب أن الشيا من الأسنان تكون أطول من الرباعيات بقليل ، فلو كانت ثنياه كرباعياته أو أقصر منها ، فوجهان ، أحدهما حكاه الإمام عن الأكثرين : لا يجب فيها تمام الأرش بل ينقص منه بحسب نقصانها ، وبهذا قطع الروياني ، والثاني : يجب كمال الأرش ، وبه قطع البغوي ، ولو كانت إحدى الثنيتين من الأعلى أو الأسفل أقصر من أختها ، فقلعت الصغيرة ، نقص من ديتها بقدر نقصانها ، لأن الغالب أنهما لا تختلفان ، فإذا اختلفتا ، كانت القصيرة ناقصة ، ولو أنهى صغر السن إلى أن بطلت منفعته ولم يصلح للمضغ ، ففي قلعها الحكومة دون الدية ، كاليد الشلاء .

القيد الثالث : كونها مشغورة ، فلو قلع سن صغير لم يشغر ، فقد سبق في كتاب الجنایات أنه لا يستوفى في الحال قصاص ولا دية ، لأن الغالب عودها ، فهي كالشعر يحلق ، لكن ينتظر عودها فإن عادت ، فلا

قصاص ولا دية ، وتجب الحكومة إن بقي شين ، وإلا فهل يعتبر حال الجناية وقيام الألم أم لا يجب شيء ؟ فيه خلاف يأتي في باب الحكومات إن شاء الله تعالى ، وإن مضت المدة التي يتوقع فيها العود ولم تعد ، وفسد المنبت ، استوفي القصاص أو الدية ، فإن مات الصبي قبل بيان الحال ، ففي وجوب الأرض وجهان ، وقيل : قولان ، أحدهما : يجب لتحقيق الجناية والأصل عدم العود ، وأصحهما : لا ، لأن الأصل البراءة ، والظاهر العود لو عاش ، فعلى هذا تجب الحكومة ، قال المتولي : هذا على طريقة من يعتبر حال الجناية والألم ، ولو قلع رجل سن الصغير ، وجنى آخر على منبته جناية أبطلت النبات ، قال الإمام : لا وجه لإيجاب الأرض على الثاني ولا عليهما ، أما الأول فيجوز أن يقال بوجوبه عليه ، ويجوز أن يقتصر على الحكومة ، ولو سقطت سنه بنفسها ، ثم جنى جان وأفسد المنبت ، فيجوز أن يقال بوجوب الأرض على الثاني ، لأنه أفسد المنبت ، ولم تسبقه جناية بحال عليها •

فرع

لو قلع سن مشغور ، فأخذ منه الأرض ، فعادت السن على التدور ، لم يسترد الأرض على الأظهر ، ولو التحمت الموضحة أو الجائفة بعد أخذ أرضها ، لم يسترد على الصحيح ، ولو جنى على يده فذهب بطشها ، أو على عينه فذهب بصرها ، فأخذنا ديتهما لظن زوال البطش والبصر ، ثم قويت اليد والعين فصار يبطش ويبصر ، استردت الدية قطعاً ، لأن الشلل والعنى المحققين لا يزولان ، وكذا الحكم في السمع وسائر المعاني •

فرع

قلع سن صغير ، فطلع بعضها ومات الصغير قبل أن يتم نباتها ، فعليه من الدية قسط ما لم ينبت إن قلنا بوجوب الدية فيما إذا مات قبل

النبات ، والحكومة إن قلنا : لاتجب هناك الدية، نص عليه الشافعي رحمه الله ، ولو قلعها قبل تمام الطلوع آخر ، فعن النص انتظار نباتها ، فإن لم تنبت ، فعليه الدية ، وإن نبتت ، لزمه حكومة هي أكثر من حكومة المرة الأولى .

القيد الرابع : كونها ثابتة غير متقلقلة ، فإن كانت متحركة حركة يسيرة لاتنقص المنافع ، لم يؤثر تحركها في قصاص ولا دية ، وإن كان بها اضطراب شديد بهرم أو مرض ونحوهما ، نظر ، إن بطلت منفعتها ، ففيها الحكومة ، وإن نقصت ، فهل يجب الأرش أم الحكومة ؟ قولان ، أظهرهما : الأرش ، وقال الإمام : إن كان الغالب على الظن نباتها ، وجب الأرش قطعاً ، وإن كان الغالب على الظن سقوطها ، فهو موضع القولين ، ولو ضرب سن رجل فترلزلت وتحركت ، نظر ، إن سقطت بعد ذلك ، لزمه الأرش ، وإن عادت كما كانت ، فلا أرش ، وفي وجوب الحكومة وجهان ، كما إذا لم يبق في الجراحة نقص ولا شين ، وإن بقيت كذلك ناقصة المنفعة ، فهل يجب الأرش أم الحكومة ؟ فيه القولان ، فإن قلعها آخر ، فعليه الأرش إن أوجبنا على الأول الحكومة ، والحكومة إن أوجبنا على الأول الأرش ، قال الشيخ أبو حامد : إن قلنا : تجب الحكومة ، فهي دون حكومة السن المتحركة بهرم ومرض ، لأن النقص الذي فيها قد غرمه الجاني الأول بخلاف الهرم ، وقطع المتولي بأنه ليس على الثاني إلا حكومة بخلاف ما لو كان الاضطراب بهرم ومرض ، لأن خلل الجناية يخالفهما ، ولهذا لو قتل مشرفاً على الموت في آخر رمق بالمرض ، وجب القصاص ، ولو كان في هذا الحال بجناية ، فلا قصاص ، ولو جنى على سن ، فاضطربت ونقصت منفعتها ، وقلنا : الواجب عليه الحكومة ، فعاد وقلعها قبل أن يضمن الحكومة ، فعليه الأرش بكماله .

فرع

قلع سنأ سوداء كاملة المنفعة ، نظر ، إن كانت سوداء قبل أن يشغر
وبعده ، لزمه كمال الأرض ، وإن كانت في الأصل بيضاء ، فلما ثغر نبتت
سوداء ، أو نبتت بيضاء ثم اسودت ، فعن نص الشافعي رحمه الله أنه
يراجع أهل الخبرة ، فإن قالوا : لا يكون ذلك إلا لعلة حادثة ، ففي قلعها
الحكومة ، وإن قالوا : لم يحدث ذلك لعلة ، أو قالوا : مثل هذا قد يكون
لعلة ومرض ، وقد يكون لغيره ، وجب كمال الأرض ، والرد إلى الحكومة
للمرض مع كمال المنفعة خلاف القياس ، وإن ضرب سنأ فاسودت ، فهل
يجب الأرض أم الحكومة ؟ نقل المزيني اختلاف نص فيه ، فقليل : قولان
والمذهب وما قطع به الجمهور تنزيل النصين على حالين ، إن فاتت
المنفعة مع الاسوداد ، وجب الأرض ، وإلا فالحكومة ، ولو اخضرت السن
بجناية أو اصفرت ، وجبت الحكومة ، وحكومة الاخضرار أقل من
الاسوداد ، وحكومة الاصفرار أقل من الاخضرار •

فصل

الأسنان في غالب القطرة اثنتان وثلاثون ، منها أربع ثنايا وهي
الواقعة في مقدم الفم ، ثنتان من أعلى وثنان من أسفل ، ويليهما أربع
من أعلى وأسفل يقال لها : الرباعيات بفتح الراء وتخفيف الباء ، ثم
أربع ضواحك ، ثم أربعة أنياب وأربعة نواجذ ، واثنان عشر ضرساً ، ويقال
لها : الطواحن ، ففي كل سن منها خمس من الإبل كما سبق ما لم يجاوز
عشرين سنأ ، فإن جاوزها ، فقولان ، أحدهما : لا يجب إلا مائة من الإبل ،
وأظهرهما وقطع به جماعة : يجب لكل سن خمس ، فلو كانت ثنتين
وثلاثين ، فقلعها ، وجب مائة وستون بغيراً ، وهذا الخلاف إذا اتحد
الجاني والجناية ، فإن تعدد الجاني ، بأن قلع عشرين سنأ ، وقلع غيره
الباقى ، فعلى الأول مائة بغير ، وعلى الثاني ستون قطعاً ، وإن اتحد

الجاني ، وتعددت الجناية ، نظر ، إن تخلل الاندمال بأن قلع سنًا وتركه حتى برأت اللثة ، وزال الألم ، ثم قلع أخرى وهكذا إلى استيعاب الأسنان ، لزمه لكل سن خمس قطعاً ، وإن لم يتخلل الاندمال ، فعلى القولين ، وقيل : يتعدد قطعاً ، وصورة الجناية الواحدة أن يسقطها كلها بضربة أو يسقيه دواء يسقطها •

فرع

قد تزيد الأسنان على ثنتين وثلاثين ، فإن زادت ، فهل يجب لكل سن خمس ، أم لا يجب في الزائد على ذلك إلا الحكومة كالأصبع الزائد؟ وجهان •

العضو الثامن : اللحيان ، وهما العظامان اللذان عليهما منبت الأسنان السفلى وملتقاها الذقن ، وفيهما كمال الدية ، وفي أحدهما إن ثبت الآخر نصفها ، فلو كان على اللحين أسنان كما هو الغالب ، فوجهان ، أحدهما : لا يجب إلا دية اللحين ويدخل فيها أروش الأسنان ، وأصحهما : تجب دية اللحين وأروش الأسنان •

التاسع : اليدان ، وفيهما كمال الدية ، وفي إحداهما نصفها ، وتكمل الدية بقطع الأصابع ، ولو قطع من الكوع ، فالواجب ما يجب في الأصابع وتدخل حكومة الكف في ديتها ، ولو قطع من بعض الساعد ، أو المرفق ، أو المنكب ، وجبت حكومتها مع الدية بخلاف الكف ، لأن الكف مع الأصابع كالعضو الواحد ، وقال ابن حربويه من أصحابنا : نهاية اليد التي يجب فيها الدية : الإبط والمنكب ، ويجب فيما دون ذلك قسطه من الدية ، والصحيح الأول ، وبه قطع الجمهور ، وفي كل أصبع عشر من الإبل ، تستوي فيه جميع الأصابع ، وفي كل أنملة من الإبهام خمس من الإبل ، وفي كل أنملة من غيرها ثلاثة أبعرة وثلاث ، ولو انقسمت أصبع بأربع أنامل متساوية ، ففي كل واحدة بغيران ونصف •

فرع

ماذكرناه من اندراج حكومة الكف تحت دية الأصابع هو فيما إذا قطع من الكوع ، وأبان الكف والأصابع بجناية واحدة ، فأما إذا قطع واحد الأصابع ، وآخر الكف ، أو قطع واحد الأصابع ثم الكف قبل الاندمال أو بعده ، فعلى ماذكرناه في الأسنان .

فرع

إذا كان على معصم إنسان كفان مع الأصابع ، أو على العضد ذراعان وكفان ، أو على المنكب عضدان وذراعان وكفان مع الأصابع ، نظر إن لم يبطش بواحد منهما ، فليس فيهما قصاص ولا دية ، وإنما يجب فيهما الحكومة كاليد الشلاء ، وإن كان فيهما بطش ، نظر ، إن كانت إحداهما أصلية والأخرى زائدة ، ففي الأصلية القصاص والدية ، وفي الزائدة الحكومة ، وطريق معرفة الزائدة أن ينظر ، فإن اختصت إحداهما ببطش أو قوة بطش ، فهي الأصلية ، وسواء كانت الباطشة أو التي هي أقوى بطشاً على استواء الذراع ، أو منحرفة عنه ، فإن كانت إحداهما مستوية ، والأخرى منحرفة ، فالمستوية هي الأصلية ، وإن كانت إحداهما معتدلة الأصابع والأخرى زائدة ، فوجهان ، قال القاضي حسين : المعتدلة هي الأصلية ، لأن الزيادة على الكمال نقصان ، وقال الأكثرون : لا يؤثر ذلك في التمييز ، لأن اليد الأصلية كثيراً ماتشتمل على الأصبع الزائدة ، ولو كانت إحداهما ناقصة بأصبع ، ولكنها مستوية ، والأخرى كاملة الاصابع منحرفة ، فأيتها الأصلية ؟ فيه احتمال للإمام ، وأما إذا لم تتميز الأصلية عن الزائدة بشيء ، فهما كيد واحدة ، فيجب في قطعهما القصاص أو كمال الدية ، ويجب مع القصاص أو الدية حكومة لزيادة الصورة ، وعن المزني أنه لا قصاص

لنقصهما بتشوه الخلقة ، ولو قطعت إحداهما لم يجب القصاص ، ويجب فيها نصف دية وزيادة حكومة ، وقيل : لاتجب الحكومة ، وهو غريب ، والصحيح الأول ، فعلى هذا في الأصبع منها نصف دية اصبع وحكومة ، وفي الأنملة نصف دية أنملة وحكومة ، ولو عاد الجاني بعد أخذ الأرش والحكومة منه ، فقطع اليد الأخرى ، وأراد المجني عليه القصاص ورد ما أخذه غير قدر الحكومة ، هل له ذلك ، وجهان ، أحدهما : لا ، لأنه أسقط بعض القصاص فلا عود إليه ، والثاني : نعم ، لأن القصاص لم يكن ممكناً ، وإنما أخذ الأرش لتعذره لا لإسقاطه .

فرع

لو قطع صاحب اليدين الباطشتين يد معتدل لم تقطع يده للزيادة ، وللمجني عليه أن يقطع إحداهما ، ويأخذ نصف دية اليد ناقصاً بشيء ، فلو بادر وقطعها ، عزر ، وأخذت منه حكومة للزيادة ، وإن كانت إحدى يدي القاطع زائدة ، وأمكن أفراد الأصلية بالقطع ، قطعت ولم يلزم شيء آخر ، وإن علم أن إحداهما زائدة ولم تعلم عينها ، لم تقطع واحدة منهما .

فرع

كانت إحدى يمينيه باطشة دون الأخرى ، فقطعت الباطشة ، فاستوفى ديتها ، فصارت الأخرى باطشة ، أو كانت ناقصة البطش ، فقوي ، فقد تبينا أن الثانية أصلية حتى لو قطعها قاطع لزمه القصاص ، أو كمال الدية ، وهل يسترد القاطع أولاً الأرش ويثرد إلى مقدار الحكومة ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، فلا يغير ما مضى ، وهذه نعمة من الله تعالى ، ولو كانتا باطشتين على السواء ، فغرنا قاطع إحداهما نصف دية اليد وزيادة حكومة ، فازدادت قوة الباقية ، واشتد بطشها ،

فهل يسترد من أرش الأولى ما يرده إلى قدر الحكومة ؟ فيه الوجهان ، وإن ضعفت الثانية لما قطعت الأولى ، وبطل بطشها ، عرفنا أن الأصلية هي المقطوعة ، فعلى قاطعها القصاص أو كمال الدية ، قال ابن كسج : ويحتمل أن لاقصاص •

العضو العاشر : الرجلان ، ففيهما كمال الدية ، وفي إحداهما نصفها ، ورجل الأعرج كرجل الصحيح ، لأنه لاخلل في العضو ، ولو قطع رجلاً تعطل مشيها بكسر الفقار ، فوجهان ، أحدهما : الواجب الحكومة ، كاليد الشلاء ، وأصحهما : الدية ، لأن الرجل صحيحة ، والخلل في غيرها ، وتكمل دية الرجلين بالتقاط أصابعهما ، والقدم كال كف ، والساق كالساعد ، والفخذ كالعضد ، وأنامل أصابع الرجل كأنامل أصابع اليد ، وقدمان على ساق ، وساقان على ركة ككفين على معصم ، وساعدين على عضد ، وقد سبق بيان الجميع ، وكذا يقاس بما تقدم حكم الرجل الشلاء ، وحصول الشلل بالجناية عليها •

العضو الحادي عشر : حكمة المرأة ، وفيها كمال ديتها ، وفي إحداها نصفها ، والحكمة : المجتمع نابتاً على رأس الثدي ، قال الإمام : ولون الحلمة يخالف لون الثدي غالباً ، وحواليها دارة على لونها ، وهي من الثدي لا من الحلمة ، ولو قطع الثدي مع الحلمة ، لم يجب إلا الدية ، وتدخل فيها حكومة الثدي ، وفيه وجه قدمناه ، وعن الماسرجسي نقله قولاً ، ولو قطع مع الثدي جلدة الصدر ، وجبت حكومة الجلدة مع الدية قطعاً ، وإن وصلت الجراحة إلى الباطن ، وجب مع دية الحلمة أرش الجائفة ، وهل يجب في قطع حلمة الرجل دية أم حكومة ؟ قولان ، أظهرهما : حكومة ، وقيل : حكومة قطعاً ، ولو قطع مع حلمة الرجل الشدوة ، أفردت الشدوة بحكومة على المذهب ، وقيل : إذا أوجبنا في حلمته دية ، دخلت فيها حكومة الشدوة ، والشدوة : لحمة تحت الحلمة إذا لم يكن الرجل مهزولاً •

فرع

تقطع حلمة المرأة بحلمة المرأة ، وفي « التهمة » وجه أنه إذا لم يتدل الثدي ، فلا قصاص ، لاتصالها بلحم الصدر، وتعذر التمييز، والصحيح الأول ، قال البغوي : ولا قصاص في الثدي ، لأنه لا يمكن المماثلة ، وللمجني عليها أن تقتص في الحلمة ، وتأخذ حكومة الثدي ، ولك أن تقول : المماثلة ممكنة ، فإن الثدي هذا الشاخص ، وهو أقرب إلى الضبط من الشفتين والألتين ونحوهما ، وتقطع حلمة الرجل بحنمة الرجل إن أوجبنا فيها الحكومة أو الدية ، وتقطع حلمة الرجل بحلمة المرأة وبالعكس، إن أوجبنا في حلمة الرجل الدية، فإن أوجبنا الحكومة، لم تقطع حلمتها بحلمته وإن رضيت، كما لاتقطع صحيحة بشلاء، وتقطع حلمته بحلمتها إن رضيت ، كما تقطع الشلاء بالصحيحة إذا رضي المستحق .

فرع

هل يستدل بنهود الثدي وتدليها على أنوثة الخنثى ؟ وجهان سبقا في الطهارة ، قال أبو علي الطبري : نعم ، والجمهور : لا ، فإن قطعاً ، فعلى قول الطبري : تجب دية امرأة ، وعلى قول الجمهور ، إن قلنا : في حلمة الرجل الدية ، وجب هنا دية امرأة أخذاً باليقين . وإن قلنا : الحكومة ، وجب هنا حكومة .

فرع

ضرب ثدي المرأة ، فشل ، فعليه الدية ، ولو كانت ناهداً ، فاسترسل ثديها ، لم تجب إلا الحكومة ، لأن الفأنت مجرد الجمال ، ولو استرسل بالضرب ثدي الخنثى ولم يجعل الثدي أمانة الأنوثة ،

فلا حكومة في الحال ، لجواز كونه رجلاً ، فلا يلحقه نقص بالاسترسال ، ولا يفوت جماله ، فإن بانت امرأة ، وجبت الحكومة .

العضو الثاني عشر : الذكر ، وفيه كمال الدية ، سواء ذكر الشيخ والشاب والصغير والعين والخصي وغيرهم ، وفي الأشل حكومة ، ولو ضرب ذكراً فشل ، فعليه كمال الدية ، ولو خرج عن أن يمكن به الجماع من غير شلل ولا تعذر انقباض وانبساط ، فعليه الحكومة ، لأن العضو ومنفعته باقيان ، والخلل في غيرهما ، فلو قطعه قاطع بعد ذلك ، فعليه القصاص أو الدية ، هكذا ذكره ابن الصباغ والبغوي وغيرهما ، وفيه نظر ، وتكمل الدية بقطع الحشفة ، وفي بعض الحشفة قسطه من الدية ، وهل يكون التقسيط على الحشفة فقط أم على جملة الذكر ؟ فيه خلاف سبق في فصل الأسنان ، والمذهب أولهما ، قال المتولي : هذا إذا لم يختل مجرى البول ، بأن قطع بعض الذكر طولاً ، فإن اختل ، فعليه أكثر الأمرين من قسطه من الدية ، وحكومة فساد المجرى ، قال : ولو قطع جزءاً من الذكر مما تحت الحشفة ، فإن انتهت الجراحة إلى مجرى البول ، فقد سبق خلاف في كونها جائفة ، وإن لم ينته ، فإن قلنا : في قطع بعض الحشفة يقسط على الحشفة فقط ، فعليه هنا حكومة ، وإن قسطنا على الذكر ، فعليه قسط المقطوع من الدية ، وإن لم يين شيئاً من الذكر ، لكن شقه طولاً ، وزالت منفعته بذلك ، وجبت الدية كالشلل ، وتجب في بقية الذكر وحدها الحكومة ، وإذا استأصل الذكر ، وجبت الدية بلا حكومة على المذهب ، وقيل : تجب مع الدية حكومة .

العضو الثالث عشر : الأثيان ، وفيهما كمال الدية ، وفي إحداها نصفها .

العضو الرابع عشر : الأليان^(١) ، وفيهما كمال الدية ، وفي إحداهما نصفها ، والألية الناتئ المشرف على استواء الظهر والفخذ ، ولا يشترط في وجوب الدية قرع العظم ، واتصال الحديدية إليه ، ولو قطع بعض إحداهما ، وجب قسط المقطوع إن عرف قدره وضبطه ، وإلا فالحكومة ، وسواء في هذا العضو الرجل والمرأة ، ولا نظر إلى اختلاف القدر الناتئ ، واختلاف الناس فيه كاختلافهم في سائر الأعضاء . ولو قطع أليته ، فنبتت ، والتحم الموضع ، قال البغوي : لاتسقط الدية على المذهب .

الخامس عشر : الشفران للمرأة : هما اللحمان المشرفان على المنفذ ، وفيهما كمال الدية ، وفي إحداهما نصفها ، سواء فيه السمينية والمهزولة ، والبكر والثيب ، والرتقاء والقرناء ، إذ لا خلل في نفس شفرهما ، وسواء المختونة وغيرها ، ولو ضرب شفرها فشلاً ، وجب كمال الدية ، ولو قطع مع الشفرين الركب بفتح الراء والكاف وهو عانة المرأة ، وجب حكومة مع الدية ، وكذا لو قطع شيئاً من عانة الرجل مع الذكر ، ولو قطع شفري بكر ، وأزال بالجناية بكارتها ، وجب مع دية الشفرين أرش البكارة ، ولو قطع شفرها ، فجرح موضعها آخر بقطع لحم وغيره ، لزم الثاني حكومة .

السادس عشر : الجلد ، فإذا سلخ جلده ، وجب كمال الدية ،

(١) قال أبو زيد : هما اليان للآيتين ، فإذا افردت الواحدة قلت : ألية وأنشد :

ترجأ الياء ارتجاج الوط .

وقال ابن بري : وقد جاء اليتان قال عنتره

متى ماتلقني فردين ترجف روائف اليتيك وتستطارا

قال الأئمة : وسلخ جميعه قاتل ، لكن قد يفرض حياة مستقرة بعد ، فتظهر فائدة إيجاب الدية فيه لو حز غيره رقبته ، وحكى الإمام عن الشيخ أبي علي أنه لو قطعت يده بعد سلخ الجلد ، توزع مساحة الجلد على جميع البدن ، فما يخص اليدين يحط من دية اليدين ويجب الباقي ، وعلى هذا القياس لو قطع يد رجل ، ثم جاء آخر ، فسלخ جلده ، لزم السالخ دية الجلد إلا قسط اليدين •

فصل

الترقوة : هي العظم المتصل بين المنكب وتغرة النحر ، ولكل شخص ترقوتان ، فالمشهور من نصوص الشافعي رحمه الله في « الأم » وغيره أن في الترقوتين حكومة ، ونص في « اختلاف الحديث » وغيره أن فيه جملاً ، فقليل : قولان ، القديم جمل ، والجديد حكومة ، وقطع الجمهور بالحكومة وهو المذهب ، كالضلع وسائر العظام •

القسم الثالث : إزالة المنافع وهي ثلاثة عشر شيئاً •

الأول : العقل ، فتجب بإزالته كمال الدية ، ولا يجب فيه قصاص لعدم الإمكان ، ولو نقص عقله ولم تستقم أحواله ، نظر ، إن أمكن الضبط ، وجب قسط الزائل ، والضبط قد يتأتى بالزمان بأن يجن يوماً ، ويفيق يوماً ، فتجب نصف الدية ، أو يوماً ويفيق يومين ، فيجب الثلث ، وقد يتأتى بغير الزمان ، بأن يقابل صواب قوله ، ومنظوم فعله بالخطأ المطروح منهما ، وتعرف النسبة بينهما ، فيجب قسط الزائل ، وإن لم يمكن الضبط ، بأن كان يفزع أحياناً مما يفزع ، أو يستوحش إذا خلا ، وجبت حكومة يقدرها الحاكم باجتهاده ، وذكر المتولي أن الدية إنما تجب عند تحقق الزوال بأن يقول أهل الخبرة :

لا يزول العارض الحادث ، أما إذا توقعوا زواله ، فيتوقف في الدية ،
فإن مات قبل الاستقامة ، ففي الدية وجهان ، كما لو قلع سن مشغور ،
فمات قبل عودها •

فرع

ينظر في الجناية التي ذهب بها العقل ، فإن لم يكن لها أرش ، بأن
ضرب رأسه ، أو لطمه ، فذهب عقله ، وجبت دية العقل ، وإن كان
لها أرش مقدر ، كالموضحة واليد والرجل أو غير مقدر كالجراحة الموجبة
للعقوبة ، فقولان ، القديم : أنه يدخل الأقل في الأكثر ، فإن كانت
دية العقل أكثر بأن أوضحه فزال عقله ، دخل فيها أرش الموضحة ، وإن
كان أرش الجناية أكثر ، بأن قطع يديه ورجليه ، أو يديه مع بعض
الذراع فزال عقله ، دخل فيه دية العقل ، والجديد الأظهر : لاتداخل ،
بل يجب دية العقل وأرش الجناية ، فعلى هذا لو قطع يديه ورجليه فزال
عقله ، وجب ثلاث ديات ، وعلى القديم تجب ديتان ، وقيل : إن كان
أرش الجناية بقدر الدية أو أكثر ، وجب دية العقل معها قطعاً ، وإلا
فعلى القولين ، وقيل : إن لم يكن أرش الجناية مقدراً ، لم يدخل في
دية العقل قطعاً •

فرع

أنكر الجاني زوال العقل ونسبه إلى التجانن ، راقبناه في الخلوات
والغفلات ، فإن لم تنتظم أفعاله وأقواله ، أوجبنا الدية ولا نحلفه ، لأنه
يتجانن في الجواب ، ولأن يمينه ثبت جنونه ، والمجنون لا يحلف ، وإن
وجدناها منظومة ، صدق الجاني بيمينه ، وإنما حلفناه ، لاحتمال
صدورها منه اتفاقاً وجرياً على العادة •

الثاني : السمع ، وفي إبطاله كمال الدية ، ولو أبطله من إحدى الأذنين ، وجب نصف الدية على الصحيح وبه قطع الجمهور ، وقيل : يجب بقسط ما تنقص من السمع من الدية ، ولو قطع الأذن ، وبطل السمع ، وجب ديتان ، لأن السمع ليس في الأذن ، ولو جنى عليه ، فصار لا يسمع في الحال ، لكن قال أهل الخبرة : يتوقع عوده ، نظر ، إن قدروا مدة ، انتظرناها ، فإن لم يعد ، أخذت الدية ، واستثنى الإمام ما إذا قدروا مدة يغلب على الظن انقراض العمر قبل فراغها ، وقال : الوجه أن تؤخذ الدية ولا ينتظر هذه المدة ، وإن لم يقدرها مدة ، أخذت الدية في الحال ، فإن عاد ، ردت ، لأنه بان أنه لم يزل ، وإن قال أهل الخبرة : لطيفة السمع باقية في مقرها ، ولكن ارتق داخل الأذن بالجناية وامتنع نفوذ الصوت ، ولم يتوقعوا زوال الارتقاق ، فالواجب الحكومة على الأصح ، وقيل : الدية ، ويجري الوجهان فيما لو أذهب سمع صبي فتعطل لذلك نطقه ، فإن الطفل يتدرج إلى النطق تلقياً مما يسمع أنه هل تجب دية للنطق مضومة إلى دية السمع ؟

فرع

أنكر الجاني زوال السمع ، امتحن المجني عليه ، بأن يصاح به في نومه وحال غفلته صياحاً منكراً ، وبأن يتأمل حاله عند صوت الرعد الشديد ، فإن ظهر منه انزعاج واضطراب ، علمنا كذبه ، ومع ذلك يحلف الجاني لاحتمال أن الانزعاج بسبب آخر اتفاقي ، وإن لم يظهر عليه أثر ، علمنا صدقه ومع ذلك يحلف لاحتمال أنه يتجلد ، وإن ادعى ذهاب سمع إحدى الأذنين ، حشيت السليمة وامتحن في الأخرى على ما ذكرناه .

فرع

نقص سمعه من الأذنين ، نظر ، إن عرف قدر ما نقص ، بأن علم أنه كان يسمع من موضع فصار يسمع من دونه ، ضبط ما نقص ، ووجب قسطه من الدية ، وإن لم يعلم ولكن نقص سمعه ، وثقلت أذنه ، قال الأكثرون : تجب فيه حكومة يقدرها الحاكم باجتهاده ، وذكر الإمام وغيره ، أنه يقدر بالاعتبار بسليم السمع في مثل سنه وصحته ، بأن يجلس بجانب المجني عليه ، ويؤمر من يرفع صوته ، وينادي بهما من مسافة بعيدة لا يسمعه واحد منهما ، ثم يقرب المنادي شيئاً فشيئاً إلى أن يقول السليم : سمعت ، فيعرف الموضع ، ثم يديم المنادي ذلك الحد من رفع الصوت ويقرب إلى أن يقول المجني عليه : سمعت ، فيضبط ما بينهما من التفاوت ، وإن نقص سمعه من إحدى الأذنين ، صممت العلية ، وضبط منتهى سماع الصحيحة ، ثم تصمم الصحيحة ، ويضبط منتهى سماع العلية ، ويجب من الدية بقسط التفاوت ، وإن كذبه الجاني في دعوى انتقاص السمع ، فالمصدق المجني عليه يمينه ، سواء ادعى نقصه من الأذنين أو إحداهما ، لأنه لا يعرف إلا من جهته .

الثالث : البصر . ففي إذهابه من العينين كمال الدية ، ومن إحداهما نصفها ، سواء ضعيف البصر بالعمش وغيره ، والأحول والأخفش وغيرهم ، ولو فقأ عينيه ، لم تجب إلا دية ، كقطع يديه بخلاف ما لو قطع أذنيه ، وذهب سمعه ، لما سبق أنه ليس السمع في الأذنين ، ولو قال عدلان : إن البصر يعود ، فرق بين أن يقدروا مدة ، أو لا يقدروا ، ويكون حكمه ما سبق في الأذنين ، ولو مات المجني عليه قبل مضي تلك المدة ، فلا قصاص للشبهة ، وفي الدية طريقتان ، أحدهما : على الوجهين فيمن قلع سن غير مشغور ، ومات قبل أوان النبات ،

والمذهب القطع بوجوبها ، لأن الظاهر في السن العود لو عاش بخلاف
البصر، ولو قال الجاني : مات بعد عود السمع أو البصر، وقال الوارث:
قبله ، صدق الوارث •

فرع

ادعى المجني عليه زوال البصر ، وأنكر الجاني، فوجهان، أحدهما
وهو نصه في « الأم » : يراجع أهل الخبرة ، فإنهم إذا وقموا الشخص
في مقابلة عين الشمس ، ونظروا في عينيه ، عرفوا أن الضوء ذاهب أم
موجود ، بخلاف السمع لا يراجعون فيه إذ لا طريق لهم إليه ، والثاني :
يمتحن بتقريب حية ، أو عقرب منه ، أو حديدة من حدقته مغافصة^(١)،
فإن انزعج ، فالقول قول الجاني بيمينه ، وإلا فقول المجني عليه بيمينه،
قال المتولي : الأمر إلى خبرة الحاكم ، إن أراد مراجعتهم ، فعل ، وإن
أراد امتحانه فعل ، وإذا روجع أهل الخبرة ، فشهدوا بذهاب البصر ،
فلا حاجة إلى التحليف ، وتؤخذ الدية بخلاف الامتحان ، فإنه لا بد من
التحليف بعده ، ولا يقبل في ذهاب البصر إن كانت الجناية عمداً إلا
شهادة رجلين ، وإن كانت خطأ ، قبل رجل وامرأتان ، وإذا ادعى ذهاب
بصر إحدى العينين ، روجع أهل الخبرة ، أو امتحن كما ذكرنا في العينين •

فرع

إذا نقص ضوء العينين ولم يذهب ، فإن عرف قدره ، بأن كان
يرى الشخص من مسافة ، فصار لا يراه إلا من بعضها ، وجب من
الدية قسط الذاهب ، وإن لم يعرف ، فعلى الخلاف في السمع ، قال

(١) يقال : غافست فلاناً : إذا فاجأته ، واخذته على غرة منه •

الأكثرون : تجب حكومة يقدرها الحاكم باجتهاده ، ولا يعتبر تغييره لاختلاف الناس في الإدراك • عن الماسرجسي قال : رأيت صياداً يرى الصيد على فرسخين • وإن نقص ضوء إحدى العينين ، عصبت العليلة ، وأطلقت الصحيحة ، ووقف شخص في موضع يراه ، ويؤمر أن يتباعد حتى يقول : لا أراه ، فتعرف المسافة ، ثم تعصب الصحيحة وتطلق العليلة ، ويؤمر الشخص بأن يقرب راجعاً إلى أن يراه ، فيضبط ما بين المسافتين ، ويجب قسطه من الدية ، ثم إنه متهم في هذا الضبط بالزيادة في الصحيحة ، وبالنقص في العليلة ، فلا يؤمن كذبه ، فيمتحن في قوله أبصر في الصحيحة ، بأن تغير ثياب الشخص الذي يبعد ويقرب ، ويسأل عنها ، فينظر ، أيصيب أم لا ، وأما في العليلة فقل : يحلف أنه لا يبصر فوق ذلك ، وقال الأكثرون : يمتحن بأن تضبط تلك الغاية ويؤمر الشخص بأن ينتقل إلى سائر الجهات والمجني عليه بأن يدور ، فإن توافقت الغاية من الجهات صدقناه ، وإلا كذبناه ، ويجري مثل هذا الامتحان في نقصان سمع إحدى الأذنين ، فيمتحن في قوله : أسمع بالصحيحة ، بأن يغير المنادي نداءه وكلامه ، وينظر ، هل يقف عليه المجني عليه ، وفي قوله : لا أسمع بالعليلة ، بأن ينتقل المنادي إلى سائر الجهات ، وإذا عرف تفاوت مسافتي الإبصار ، فالواجب القسط ، فإن أبصر بالصحيحة من مائتي ذراع ، وبالعليلة من مائة ذراع ، فموجبه التنصيف ، لكن لو قال أهل الخبرة : إن المائة الثانية تحتاج إلى مثلي ما تحتاج إليه المائة الأولى لقرب الأولى وبعد الثانية ، وجب ثلثا دية العليلة ، قال الشافعي رحمه الله : وما أرى ذلك يضبط •

فرع

الأعشى الذي يبصر بالنهار دون الليل فيه كمال الدية ، وفي « التهذيب » أنه لو جني عليه ، فصار أعشى ، لزمه نصف الدية ،

ولو عثيت إحدى عينيه بالجناية ، لزمه ربع الدية ، ومقتضى هذا إيجاب نصف الدية إذا جنى على الأعشى ، فأذهب بصره ، وكذا من يبصر بالليل دون النهار •

فرع

شخصت عينه بجناية ، أو صار أعمش أو أحول ، وجبت حكومة •

فرع

ذهب ضوء عينه بجناية ، وقلع آخر الحدقة ، فقال : قلعت قبل عود الضوء ، وقال الأول : بل بعده ، صدق الثاني ، فلو صدق المجني عليه الأول ، برىء الأول ، ويحلف الثاني وعليه حكومة •

الرابع : الشم ، وفي إزالته بالجناية على الرأس وغيره كمال الدية على الصحيح المشهور ، وحكي وجه وقول أن واجبه الحكومة ، وهو ضعيف ، فلو أذهب شم أحد المنخرين ، فنصف الدية ، ولو سد المنفذ فلم يدرك الروائح ، وقال أهل الخبرة : القوة باقية : فليكن كما سبق في السمع ، وإذا أنكر الجاني ذهاب الشم ، امتحن المجني عليه بتقريب ماله رائحة حادة منه ، طيبة وخبيثة ، فإن هش للطيبة وعبس للمنتن ، صدق الجاني يمينه ، وإن لم يظهر عليه أثر ، صدق المجني عليه يمينه ، وإن نقص الشم ، نظر ، إن علم قدر الذاهب ، وجب قسطه من الدية ، وإن لم يعلم ، وجبت حكومة يقدرها الحاكم بالاجتهاد ، ولم يذكروا هنا الامتحان بسن هو في مثل شمه ، ولا يبعد طرده هنا ، وإن نقص شم أحد المنخرين ، فيمكن أن يعتبر بالجانب الآخر ، ولم يذكروه ، ولعلمهم اكتفوا بالمذكور في السمع والبصر ، وإذا ادعى النقص

وأنكر الجاني ، صدق المجني عليه يمينه ، لأنه لا يعرف إلا منه . قال الإمام : وينبغي أن يعين المجني عليه قدرأ يطالب به ، وإلا فهو مسدع مجهولاً ، وطريقه في نفسه أن يطلب الأقل المتيقن ، ولو أخذ دية الشم وعاد ، وجب ردها ، ولو وضع يده على أنفه عند رائحة منكرة ، فقال الجاني : فعلت ذلك لعود شمك ، وأنكر المجني عليه ، صدق المجني عليه يمينه ، لأنه قد يفعله اتفاقاً ، ولا متخاط ، وبفكر ورعاف وغيرها .

الخامس : النطق ، فإذا جنى على لسانه فأبطل كلامه ، وجب كمال الدية ، وإنما تؤخذ الدية إذا قال أهل الخبرة : لا يعود نطقه ، فإن أخذت فعاد ، استردت ، ولو ادعى ذهاب النطق ، وأنكر الجاني ، قال المتولي : يفرع في أوقات الخلوة ، وينظر ، هل يصدر منه ما يعرف به كذبه ، فإن لم يظهر شيء ، حلف كما يحلف الأخرس ، ووجب الدية ، ولو بطل بالجناية بعض الحروف ، وزعت الدية عليها ، سواء ما خف منها على اللسان وما ثقل ، والحروف مختلفة في اللغات ، فكل من تكلم بلغة ، فالنظر عند التوزيع إلى حروف تلك اللغة ، فلو تكلم بلغتين ، فبطل بالجناية حروف من هذه وحروف من تلك ، فهل توزع على أكثرهما حروفاً أم على أقلهما ؟ وجهان ، ثم في الحروف الموزع عليها وجهان ، أصحهما وبه قال الأكثرون ، وهو ظاهر النص : أن التوزيع يكون على جميعها ، وهي ثمانية وعشرون حرفاً في اللغة العربية ، فإن ذهب نصفها ، وجب نصف الدية ، وإن ذهب حرف فأكثر ، وجب لكل حرف سبع ربع الدية ، والثاني قاله الاصطخري : لا يدخل في التوزيع الحروف الشفهية ، وهي الباء والناء والميم والواو ، ولا الحلقية وهي الهاء والهمزة ، والعين والحاء ، والغين والخاء ، وإنما التوزيع على الحروف الخارجة من اللسان وهي ما عدا المذكورات ، هذا إذا ذهب بعض الحروف ، وبقي في البقية كلام مفهوم ، فأما إذا لم يبق في البقية

كلام مفهوم ، فوجهان ، أحدهما : يجب كمال الدية ، قاله أبو إسحاق والقفال ، وجزم به البغوي ، وذكر الروياني أنه المذهب ، والثاني : لا يلزمه إلا قسط الحروف الفائتة ، قال المتولي : وهو المشهور ، ونصه في « الأم » : ولو ضرب شفتيه ، فأذهب الحروف الشفوية ، أو رقبتة ، فأذهب الحروف الحلقية ، قال المتولي : إن قلنا بقول الاصطخري ، وجبت الحكومة فقط ، وإن قلنا بقول الأكثرين ، وجب قسط الذاهب من جميع الحروف ، وذكر ابن كج أنه لو قطع شفتيه ، فأذهب الباء والميم ، فقال الاصطخري : يجب مع دية الشفتين أرش الحرفين ، وقال ابن الوكيل : لا يجب غير الدية ، كما لو قطع لسانه فذهب كلامه ، لا يجب إلا الدية .

فرع

جنى على لسانه فصار يبدل حرفاً بحرف ، وجب قسط الحرف الذي أبطله ، ولو ثقل لسانه بالجناية ، أو حدثت في كلامه عجلة ، أو تمتمة ، أو أفأاة ، أو كان ألثغ ، فزادت لثغته ، فالواجب الحكومة لبقاء المنفعة .

فرع

من لا يحسن بعض الحروف كالأرت والألثغ الذي لا يتكلم إلا بعشرين حرفاً مثلاً ، إذا أذهب كلامه وجهان ، أحدهما : يجب كمال الدية ، فعلى هذا لو أذهب بعض الحروف ، وزع على ما يحسنه ، لأعلى الجميع ، والثاني : لا يجب إلا قسطها من جميع الحروف ، وفي بعضها بقسطه من الجميع ، فعلى هذا لو كان يقدر على التعبير عن جميع مقاصده لفطنته واستمداده من اللغة ، لم تكمل الدية أيضاً على الأصح ،

لأن قدرته لحذقه لا بالكلام ، هذا إذا كان نقص حروفه خلقه ، أو حدث بآفة سماوية ، فلو حدث بجناية ، فالمذهب أنه لا تكمل الدية ، لئلا يتضاعف الغرم في القدر الذي أبطله الجاني الأول .

فرع

في الجناية على محل ناقص المنفعة أو الجرم ، أما المنافع التي لا تتقدر تقدر النطق بالحروف كالبطش والبصر ، فإن كان النقص فيها بآفة ، فلا اعتبار به ، ويجب على من أبطلها الدية الكاملة ، وكذا من قطع العضو الذي هو محل تلك المنفعة ، لأنه لا ينضب ضعفها وقوتها ، وإن كان النقص بجناية ، فأوجه ، أصحها : لا تكمل الدية بل يحط منها قدر الحكومة التي غرمها الأول عن مبطل المنفعة وقاطع العضو جميعاً حذاراً من تضعف الغرامة ، والثاني : يجب كمال الدية ، والثالث : لا يحط عن قاطع الجرم ، ويحط عن مبطل المنفعة الناقصة لتجانس جنايته وجناية الأول ، وأما الاجرام ، فإن كان لما نقص أرش مقدر لزم الثاني دية يحط منها أرش ما نقص ، سواء حصل النقص بآفة أم بجناية ، فلو سقطت أصبعه ، أو أنملته بآفة ، ثم قطعت يده ، حط من دية اليد أرش الأصبع أو الأنملة ، ولو جرح رأسه متلاحمة ، فجعلها آخر موضحة ، لزم الثاني أرش موضحة يحط منه واجب المتلاحمة ، سواء قدرنا وواجبها ، أم أوجبنا فيها الحكومة ، ولو التأمت المتلاحمة ، واكتسى موضعها بالجلد لكن بقي غائراً ، فأوضح فيه آخر ، فالصحيح أن حكم ذلك الجرح قد سقط ، وعلى من أوضح أرش كامل ، أما إذا لم يكن لما نقص أرش مقدر ، كفلقة تنفصل من لحم الأنملة ، فإن لم تؤثر في المنفعة ، لم تنقص به الدية ، وإن وجب فيه حكومة للشين ، وسواء حصل ذلك بآفة أم بجناية وإن أثر في المنفعة ، فإن حصل بآفة لم تنقص

الدية ، وإن حصل بجناية ، ففيه احتمالان للإمام ، أقربهما : يحط عن الثاني قدر حكومة الأول .

فصل

نزل العلماء النطق في اللسان منزلة البطش في اليد والرجل ، فقالوا : إذا استأصل لسانه بالقطع وأبطل كلامه ، لم يلزمه إلا دية واحدة ، ولو قطع عذبة اللسان ، وبطل الكلام ، فكذلك ، كما لو قطع أصبعاً من اليد فشلت ، ولو قطع بعض اللسان ، فذهب بعض الكلام ، نظر ، إن تساوت نسبة جرم اللسان والكلام ، بأن قطع نصف لسانه ، فذهب نصف كلامه ، وجب نصف الدية ، وإن اختلفت بأن قطع الربع فذهب نصف الكلام أو عكسه ، وجب نصف الدية قطعاً ، واختلفوا في علته ، فقال الجمهور : اللسان مضمون بالدية ومنفعته أيضاً كذلك ، فوجب أكثرهما ، وقال أبو إسحاق : الاعتبار بالجرم ، لأنه الأصل وفيه تقسع الجناية ، قال : وإنما وجب نصف الدية في قطع ربعه إذا ذهب نصف الكلام ، لأنه قطع ربعاً ، وأشل ربعاً ، وتظهر فائدة الخلاف في صور ، إحداها : قطع نصفه ، فذهب ربع الكلام ، واستأصل آخر الباقي ، فعلى قول الأكثرين يلزم الثاني ثلاثة أرباع الدية ، وعلى قول أبي إسحاق نصفها ، الثانية : قطع ربعه ، فذهب نصف الكلام ، واستأصله آخر ، فعند الأكثرين يلزم الثاني ثلاثة أرباع الدية ، وعند أبي إسحاق نصف الدية وحكومة ، لأنه قطع نصفاً صحيحاً وربعاً أشل ، الثالثة : ذهب نصف الكلام بجناية على اللسان من غير قطع منه ، ثم قطعه آخر ، فيلزم الثاني عند الأكثرين دية كاملة ، وعنده نصفها وحكومة ، لأن نصف اللسان صحيح ونصفه أشل لذهاب نصف الكلام .

فرع

رجلان قطع من أحدهما نصف لسانه وذهب ربع كلامه ، ومن الآخر نصف لسانه وذهب نصف كلامه ، فقطع الأول النصف الباقي من الثاني ، لا يقتص منه ، وإن أجرينا القصاص في بعض اللسان لنقص المجني عليه .

فرع

قطع نصف لسانه ، فذهب نصف كلامه ، فاقتص من الجاني ، فلم يذهب إلا ربع كلامه ، فللمجني عليه ربع الدية ليتم حقه ، وإن ذهب من المقتص منه ثلاثة أرباع كلامه ، فلا شيء على المجني عليه ، لأن سرية القود مهدرة .

فرع

عود الكلام بعد أخذ الدية ، كعود السمع .

فرع

من لا يتكلم بحرف إذا ضرب لسانه فنطق بذلك الحرف وفات حرف آخر ، يجب قسط الفاءت ولا ينجبر ، وهل يوزع على الحروف وفيها الحرف المستفاد أم عليها قبل الجناية ؟ قال الإمام : هذا موضع نظر ، ولك أن تقول : ليبن على الخلاف فيمن يحسن بعض الحروف وله كلام مفهوم إذا أبطل بالجناية بعض ما يحسنه ، هل التوزيع على ما يحسنه أم على الجميع ؟ فإن قلنا بالثاني ، دخل المستفاد ، وإلا فلا .

فرع

في لسانه عجلة واضطراب ، فضرب فاستقام ، فلا شيء على الضارب .

فرع

قطع بعض لسانه ، ولم يبطل به شيء من كلامه ، هل تجب الحكومة أم قسط المقطوع من الدية ؟ وجهان ، أحدهما : الحكومة ، إذ لو وجب القسط للزم إيجاب الدية الكاملة في لسان الأخرس •

السادس : الصوت ، فإذا جنى على شخص ، فأبطل صوته ، وبقي اللسان على اعتداله ، ويمكنه من التقطيع والترديد ، لزمه لإبطال الصوت كمال الدية ، فإن أبطل معه حركة اللسان حتى عجز عن التقطيع والترديد ، فوجهان ، أرجحهما : يجب ديتان ، لأنهما منفعتان في كل واحدة إذا أفردت كمال الدية ، والثاني : يجب دية فقط ، فإن قلنا : ديتان ، وكانت حركة اللسان باقية فقد تعطل النطق بسبب فوات الصوت ، فيجئ الخلاف السابق في أن تعطل المنفعة هل هو كزوالها ؟ فإن قلنا : نعم ، وجب ديتان ، وإلا فدية •

السابع : الذوق ، وفي إبطاله كمال الدية ، وقد يبطل بجناية على اللسان أو الرقبة أو غيرهما ، والمدرّك بالذوق خمسة أشياء : الحلاوة والحموضة والمرارة والملوحة والعذوبة ، والدية تتوزع عليها ، فإذا أبطل إدراك واحد ، وجب خمس الدية ، ولو نقص الإحساس فلم يدرك الطعوم على كمالها ، فالواجب الحكومة ، وإذا اختلفا في ذهاب الذوق ، جرب بالأشياء المرة أو الحامضة الحادة ، فإن ظهر منه تعبس وكراهة ، صدقنا الجاني يمينه ، وإلا فالمجنى عليه ، ولو ضربه ضربة زال بها ذوقه ونطقه ، وجب ديتان •

الثامن : المضغ ، وفي إبطاله كمال الدية ، ولإبطاله طريقان ، أحدهما : أن يصلب مغرس اللحين حتى تمتنع حركتهما مجيئاً وذهاباً ، والثاني : أن يجني على الأسنان ، فيصيبهما خدر ، وتبطل صلاحيتهما للمضغ •

التاسع والعاشر والحادي عشر : الإماء والإجبال والجماع ،
 فإذا كسر صلبه ، فأبطل قوة إماءته، وجب كمال الدية، ولو قطع انثيه،
 فذهب ماؤه ، لزمه ديتان ، وكذا لو أبطل من المرأة قوة الإجبال ،
 لزمه ديتها ، ولو جنى على ثديها ، فانقطع لبنها ، لزمه حكومة ، فإن
 نقص ، وجبت حكومة تليق به ، وإن لم يكن لها لبن عند الجناية ، ثم
 ولدت ولم يدر لها لبن ، وامتنع به الإرضاع ، وجبت حكومة إذا قال
 أهل الخبرة : إن الانقطاع بجنايته ، أو جوزوا أن يكون هو سببها ،
 وللإمام احتمال أنه تجب الدية بإبطال الإرضاع ، ولو جنى على صلبه ،
 فذهب جماعه ، وجبت الدية ، لأن المجامعة من المنافع المقصودة ، ولو
 ادعى ذهابه ، فأنكر الجاني ، صدق المجني عليه بيمينه ، لأنه لا يعرف
 إلا منه ، ثم إنهم صوروا ذهاب الجماع فيما إذا لم ينقطع ماؤه وبقي
 ذكره سليماً ، وذكروا أنه لو كسر صلبه ، وأشل ذكره ، فعليه دية
 الذكر وحكومة لكسر الصلب ، وإذا كان الذكر سليماً ، كان الشخص
 قادراً على الجماع حساً ، فأشعر ذلك بأنهم أرادوا بذهاب الجماع
 بطلان الالتذاذ به والرغبة فيه ، ولذلك صور الإمام والغزالي المسألة
 في إبطال شهوة الجماع مع أن الإمام استبعد ذهاب الشهوة مع
 بقاء المنى .

فرع

لو جنى على عنقه ، فلم يمكنه ابتلاع الطعام إلا بمشقة لالتواء
 العنق أو غيره ، لزمه حكومة ، فلو لم ينفذ الطعام والشراب أصلاً
 لانسداد المنفذ ، فلا يعيش المجني عليه والحالة هذه ولم تزد طائفة
 من الأصحاب على أنه إن ساغ الطعام والشراب ، فحكومة، وإن مات،
 فالدية ، ونقل الإمام والغزالي أن نفس الجناية المفضية إلى الانسداد

توجب الدية حتى لو حز غيره رقبتة وفيه حياة مستقرة، لزم الأول دية، ولو مات بامتناع نفوذ الطعام والشراب ، قال الإمام : إن قلنا : من قطع يدي رجل ورجليه ثم حز رقبتة ، تلزمه دية فقط ، فكذا هنا ، وإن قلنا : هناك ديتان ، فيحتمل هنا دية ويحتمل ديتان •

الثاني عشر : إفضاء المرأة ، وفيه كمال دية، وهو رفع الحاجز بين مسلك الجماع والدبر على الأصح ، وقيل : رفع الحاجز بين مسلك الجماع ومخرج البول ، قال المتولي : الصحيح أن كل واحد منهما إفضاء موجب للدية ، لأن الاستمتاع يختل بكل واحد منهما ، ولأن كل واحد منهما يمنع إمساك الخارج من أحد السيلين ، فعلى هذا لو أزال الحاجزين ، لزمه ديتان ، وتختلف الدية الواجبة بالإفضاء خفة وغلظاً باختلاف حال الإفضاء ، فقد يكون عمداً محضاً ، بأن تكون المرأة ضعيفة أو نحيفة ، والغالب إفضاء وطئها إلى الإفضاء ، وقد يكون عمد خطأ ، بأن لا يتضمن وطئها الإفضاء غالباً ، وقد يكون خطأ محضاً ، بأن يجد امرأة على فراشه ، فيظنها امرأته التي عهداها ، فيطؤها فيفضيها ، هذا إذا حصل الإفضاء بالوطء ، ولا فرق في الدية بينه وبين أن يحصل بأصبع أو خشبة أو شيء محدد ، وإذا أفضاها ، فصار بولها يسترسل ولا يستمسك ، لزمه مع الدية حكومة الشين ، وقيل : لاحكومة وهو ضعيف ، وسواء في وجوب الدية بالإفضاء الحاصل بالوطء ، الزوج والواطئ بشبهة والزاني ، ويستقر المهر على الزوج بالوطء المتضمن للإفضاء ، ويجب به مهر المثل على الواطئ بشبهة ، وكذا على الزاني إن كانت مكرهة وعليه الحد •

فصل

لبكارة المرأة حالان، أحدهما : أن يزيلها من لا يستحق افتضاها، فإن أزالها بغير آلة الجماع ، كالأصبع والخشبة ، لزمه أرش البكارة ، والمراد الحكومة المأخوذة من تقدير الرق كما سيأتي في بيان الحكومة إن شاء الله تعالى ، وهل يكون جنس الواجب من الإبل ، أم من نقد البلد ؟ وجهان ، أصحهما : الإبل على قاعدة الجناية على الأحرار ، ولو أزالته بكر بكارة أخرى ، اقتضت منها ، وإن أزالها بآلة الجماع ، فإن طاوعته المرأة فلا أرش كما لا مهر ، وإن كانت مكرهة أو كان هناك شبهة نكاح فاسد أو غيره فوجهان ، أصحهما وهو المنصوص : أنه يجب مهر مثلها ثيباً وأرش البكارة ، والثاني : يجب مهر مثلها بكرة ، فإن أفردنا الأرض عاد الوجهان في أن جنسه الإبل أم النقد .

الحال الثاني : أن يزيلها مستحق الافتضا ، وهو الزوج ، فإن أزالها بآلة الجماع ، فقد استوفى حقه ، وإن أزالها بغيره ، فوجهان ، أصحهما : لا شيء عليه ، لأنه حقه وإن أخطأ في طريقه ، والثاني : يلزمه الأرض ، ثم من افتض ، وألزمناه أرش البكارة ، فلو أفضاها مع الافتضا ، ففي دخول أرش البكارة في دية الإفضاء وجهان ، أصحهما : الدخول ، لأن الدية والأرش تجبان للإتلاف ، فدخل أقلهما في أكثرهما بخلاف المهر ، فإنه يجب للاستمتاع ، فلا يدخل في بدل الإتلاف ، كما لو تحامل على الموطوءة ، فكسر رجلها ، لا يدخل المهر في دية الرجل .

فصل

إذا كانت الزوجة لا تحتل الوطء إلا بالإفضاء ، لم يجز للزوج وطؤها ، ولا يلزمها تمكينه ، ثم قال الغزالي : إن كان سببه ضيق المنفذ

بحيث يخالف العادة ، فللزواج خيار الفسخ ، كالرتق ، وإن كان سببه كبر آله بحيث يخالف العادة ، فلها الخيار ، كما في الجب ، والذي قاله الأصحاب : إنه لا فسخ بذلك مطلقاً بخلاف الجب والرتق ، فإنهما يمنعان الوطء مطلقاً ، ويشبه أن يفصل فيقال : إن كانت نحيفة لو وطئها الزوج لأفضاها ، لكن لو وطئها نحيف احتملته ، فلا فسخ ، وإن كان ضيق المنفذ بحيث يفضيها أي شخص وطئها ، فهذا كالرتق ، وينزل ما قاله الأصحاب على الأول ، وما قاله الغزالي على الثاني •

فرع

إذا التأم الجرح بعد الإفضاء ، سقطت الدية وعليه الحكومة إن بقي أثر ، كما لو عاد ضوء العين ، وفي وجه لا تسقط ، كما لو التحمت الجائفة •

فرع

لو أفضى الخنثى المشكل ، قال في « البيان » : إن قلنا : الإفضاء رفع الحاجز بين منفذ البول ومدخل الذكر ، لم تجب الدية ، وإن قلنا : رفع الحاجز بين القبل والدبر ، فوجهان ، ولو أزيلت البكارة من فرج المشكل وجبت حكومة جراحة ، ولا تعتبر البكارة ، لأننا لا نتحقق كونه فرجاً •

الثالث عشر : البطش والمشي ، ففي كل واحد منهما كمال الدية ، فإذا ضرب يديه فشلتا ، لزمه الدية ، ولو ضرب أصبعه فشلت ، لزمه دية أصبع ، ولو ضرب صلبه فبطل مشيه ورجله سليمة ، وجبت الدية ، ولا تؤخذ الدية حتى تندمل ، فإن انجر وعاد مشيه كما كان ، فلا دية وتجب الحكومة إن بقي أثر ، وكذا إن نقص مشيه ، بأن احتاج إلى

عصا ، أو صار يمشي محدودباً ، ولو كسر صلبه ، وشلت رجله ، قال المتولي : يلزمه دية لقوات المشي ، وحكومة لكسر الظهر ، بخلاف ما إذا كانت الرجل سليمة لا يجب مع الدية حكومة ، لأن المشي منفعة في الرجل ، فإذا شلت الرجل فقوات المنفعة لشلل الرجل ، فأفرد كسر الصلب بحكومة ، أما إذا كانت سليمة ، فقوات المشي لخلل الصلب ، فلا يفرد بحكومة ، ويوافق هذا ما ذكره ابن الصباغ ، أنه لو كسر صلبه فشل ذكره ، تجب حكومة الكسر ودية لشلل الذكر ، وفي هذا تصريح بأن مجرد الكسر لا يوجب الدية ، وإنما تجب الدية إذا فات به المشي ، أو الماء أو الجماع كما سبق ، وإذا ادعى ذهاب المشي ، فكذبه الجاني ، امتحن ، بأن يقصد بالسيف في غفلته ، فإن تحرك ومشى ، علمنا كذبه ، وإلا فيحلف ويأخذ الدية ، ولو أذهب كسر الصلب مشيه ومنيه ، أو مشيه وجماعه ، وجبت ديتان على الأصح ، وقيل : دية •

فصل

قد ذكرنا الديات في الجروح والأعضاء والمنافع مفصلة ، فيجوز أن تجتمع في شخص ديات كثيرة ، بأن تزال منه أعضاء ومنافع ، ولا يسري إلى النفس ، بل تندمل ، وهذا بيان الديات • الأذنان ، أو إبطال إحساسهما ، العينان أو البصر ، الأنفان ، المارن ، الشفتان ، اللسان أو النطق ، لأسنان ، اللحيان ، اليدين ، الرجلان ، الذكر ، الأنثيان أو الحلمتان والشفران ، الأليان ، العقل ، السمع ، الشم ، الصوت ، الذوق ، المضغ ، الإماء أو الإحبال ، إبطال لذة الجماع ، إبطال لذة الطعام ، الإفضاء في المرأة ، البطش ، المشي ، وقد يضاف إليها الموضح وسائر الشجات ، والجوائف والحكومات ، فيجتمع شيء كثير لا ينحصر ، فإذا اندملت هذه الجراحات ، وجب جميع هذه الديات ، وإن سرت فمات

منها ، وجب دية واحدة بلا خلاف ، ولو عاد الجاني ، فحز رقبة المجرورح ، أو قده نصفين ، فإن كان ذلك بعد الاندمال ، وجبت دية الأطراف ودية النفس لاستقرار دية الأطراف بالاندمال ، وإن كان قبل الاندمال ، فوجهان ، الأصح المنصوص : أنه لا يجب إلا دية النفس ، كالسرابة ، والثاني خرجه ابن سريج ، وبه قال الاصطخري ، واختاره الإمام : تجب ديات الأطراف مع دية النفس ، هذا إذا اتفقت الجناية على النفس والأطراف في العمد أو الخطأ ، فأما إذا كانت إحدهما عمداً ، والأخرى خطأ ، وقلنا بالتداخل عند الاتفاق ، فهنا وجهان ، أحدهما : التداخل أيضاً ، وأصحهما : لا ، لاختلافهما واختلاف من يجنيان عليه ، فلو قطع يده خطأ ، ثم حز رقبة قبل الاندمال عمداً ، فللولي قتله قصاصاً وليس له قطع يده ، فإن قتله قصاصاً ، فإن قلنا بالتداخل ، وجعلنا الحكم للنفس ، فلا شيء له من الدية ، وإن قلنا : لا تداخل ، أخذ نصف الدية من العاقلة للبد ، وإن عفا عن القصاص ، فإن قلنا بالتداخل ، فوجهان ، أحدهما : يجب دية نصفها مخففة على العاقلة ، ونصفها مغلظة على الجاني ، وينسب هذا إلى النص ، وأصحهما وبه قطع البغوي : يجب دية مغلظة على الجاني ، لأن معنى التداخل إسقاط بدل الطرف والاقتصار على بدل النفس لمصير الجناية نفساً ، وإن قلنا : لا تداخل ، وجب نصف دية مخففة على العاقلة ، ودية مغلظة عليه ، وإن قطع يده عمداً ، ثم حز رقبة خطأ قبل الاندمال ، فللولي قطع يده ، وإذا قطعها إن قلنا بالتداخل ، فله نصف الدية المخففة ، لأنه أخذ بالقطع نصف بدل النفس ، وإن قلنا : لا تداخل ، فله كمال الدية المخففة ، وإن عفا عن القطع ، فإن قلنا بالتداخل ، فعلى الوجهين ، على النص يجب نصف دية مخففة ، ونصف مغلظة للبد ، وعلى الآخر دية مخففة للنفس ، قال الإمام : ولو قطع يديه أو يديه ورجليه أو أصبعه عمداً ، ثم حز رقبة قبل الاندمال خطأ أو بالعكس ، وقلنا : تراعى صفة

الجنائتين على القول بالتداخل ، تنصفت تخفيفاً وتغليظاً ، ولا نظر إلى
أقدار أروش الأطراف ، لأن الحكم بالتداخل مبني على أن الحز بعد
قطع الأطراف كسراية الأطراف ، فكان الحز مع الجراحات السابقة ،
كجراحات مؤثرة في الزهوق انقسمت عمداً وخطأً ، وحينئذ تنصف
الدية تخفيفاً وتغليظاً ولا نظر إلى أقدار الأروش •

الباب الثالث في بيان الحكومات والجناية على الرقيق

فيه طرفان :

الأول في الحكومة : وهي جزء من الدية نسبتة إليها نسبة ما تقتضيه
الجناية من قيمة المجني عليه على تقدير تقويمه رقيقاً ، فيقوم المجني
عليه بصفاته التي هو عليها لو كان عبداً ، وينظر كم نقصت الجناية من
قيّمته ، فإن قوم بعشرة دون الجناية ، وبتسعة بعد الجناية ، فالتفاوت
العشر ، فيجب عشر دية النفس ، وقيل : عشر دية العضو الذي جنسي
عليه ، والصواب الأول وبه قطع الجمهور ، وتكون الحكومة من جنس
الإبل ، ثم إن كانت الجناية على عضو له أرش مقدر ، نظر ، إن لم
تبلغ الحكومة أرش ذلك العضو ، وجبت بكما لها ، وإن بلغت ، نقص
الحاكم شيئاً منه بالاجتهاد ، قال الإمام : ولا يكفي حط أقل ما يتمول
فحكومة الأنملة العليا بجرحها ، أو قلع ظفرها ينقص عن أرش الأنملة ،
والجناية على الأصبع إذا أتت على طولها لا تبلغ حكومتها أرش
الأصبع ، وعلى الرأس لا تبلغ حكومتها أرش الموضحة ، وعلى البطن
لا تبلغ أرش الجائفة ، وحكومة جرح الكف لا تبلغ دية الأصابع
الخمس ، وكذا حكومة قطع الكف التي لا أصبع عليها ، وكذا حكم
القدم ، وهل يجوز أن تبلغ حكومة الكف دية أصبع ؟ وجهان ،
أصحهما : نعم ، لأن منفعتها دفعا واحتواء تزيد على منفعة أصبع ، وكما

أن دية اليد الشلاء لا تبلغ دية اليد ، ويجوز أن تبلغ دية أصبع ، وأن تزيد عليها ، أما إذا كانت الجراحة على عضو ليس له أرش مقدر ، كالظهر والكتف والفخذ ، فيجوز أن تبلغ حكومتها دية عضو مقدر ، كاليد والرجل ، وأن تزداد عليه ، وإنما تنقص عن دية النفس ، وعد المتولي والبغوي من هذا القبيل الساعد والعضد، فيجوز أن تبلغ حكومة جرح أحدهما دية الأصابع الخمس ، وأن يزداد عليها ، وسوى الغزالي بينهما وبين الكف ، والأول أصح ، فإن الكف هي التي تتبع الأصابع دون الساعد والعضد .

فصل

إنما يقوم لمعرفة الحكومة بعد اندمال الجراحة ، ونقصان القيمة حينئذ قد يكون لضعف ونقص في المنفعة ، وقد يكون لنقص الجمال باعوجاج ، أو أثر قبيح ، أو شين من سواد وغيره ، فلو اندملت الجراحة ولم يبق نقص في منفعة ولا في جمال ولم تنقص القيمة، فوجهان أحدهما وينسب إلى ابن سريج : لا شيء عليه سوى التعزير ، كما لو لطمه ، أو ضربه بمثقل ، فزال الألم ، ولم ينقص منفعة ولا جمال ، وأصحهما عند الأكثرين ، وبه قال أبو إسحاق ، وهو ظاهر النص : أنه لا بد من وجوب شيء ، فعلى هذا وجهان ، أحدهما : يقدر الحاكم شيئاً بأجتهاده بأن ينظر إلى خفة الجناية وفحشها في المنظر سعة أو غوصاً وقدر الآلام المتولدة ، وأصحهما : أنه ينظر إلى ما قبل الاندمال من الأحوال التي تؤثر في نقص القيمة ويعتبر أقربها إلى الاندمال ، فإن لم يظهر نقص إلا في حال سيلان الدم ، ترقبنا واعتبرنا القيمة والجراحة السائلة ، فإن فرضت الجراحة خفيفة لا تؤثر في تلك الحالة أيضاً ، ففي « الوسيط » أنا نلحقها باللطم والضرب للضرورة ، وفي « التتمة » أن الحاكم يوجب شيئاً بالاجتهاد ، ولو قطع أصبعاً أو سنناً زائدة أو أتلّف لحية امرأة ، وأفسد منبتها ، ولم تنقص القيمة بذلك ، وربما زادت

لزوال الشين ، فهل يجب شيء ؟ فيه الوجهان في أصل المسألة ، فإن أوجبنا ، فهو الأصح ، فقيل : يجتهد الحاكم فيه ، والأصح : أنه يعتبر في قطع الأصبع الزائدة أقرب أحوال النقص من الاندمال كما سبق ، وفي السن يقوم وله سن زائدة نابتة فوق الأسنان ولا أصلية خلفها ، ثم يقوم مقلوع تلك الزائدة ، ويظهر التفاوت ، لأن الزائدة تسد الفرجة ويحصل بها نوع جمال ، وفي لحية المرأة تقدر كونها لحية عبد كبير يتزين باللحية ، ولو قطع أنملة لها شعبتان ، أصلية وزائدة ، قدر الحاكم للزائدة شيئاً بالاجتهاد ، ولو ضربه بسوط أو غيره أو لطمه ولم يظهر أثر ، لم يتعلق به ضمان ، فإن اسود أو اخضر وبقي الأثر بعد الاندمال ، وجبت الحكومة ، فإن زال الأثر بعد أخذ الحكومة ، وجب ردها وضبطت هذه الصور بأن قيل : إذا بقي أثر الجناية من ضعف أو شين ، وجبت الحكومة ، وإن لم يبق أثر والجناية ضرب ونحوه ، فلا شيء ، وإن كانت جرحاً ، فوجهان •

فرع

كسر عظماً في غير الرأس والوجه ، وعاد بعد الكسر مستقيماً ، فإن بقي فيه ضعف وخلل وهو الغالب ، وجبت الحكومة ، وإلا فعلى الوجهين ، وإذا كان مع الضعف اعوجاج ، كانت الحكومة أكثر ، وليس للجاني كسره ثانياً ليجبر مستقيماً ، ولو فعل ، لم تسقط الحكومة الأولى ، وتجب للكسر الثاني حكومة أخرى ، لأنها جناية جديدة •

فرع

إزالة الشعور من الرأس وغيره ، بحلق أو غيره ، من غير إفساد المنبت ، لا يجب بها حكومة أصلاً بلا خلاف ، لأن الشعر يعود •

فصل

إذا كان للجراحة أرش مقدر ، كالموضحة ، فالشين حوالها يتبعها ولا يفرد بحكومة ، هذا إذا كان الشين في محل الإيضاح ، فلو أوضح رأسه ، واتسع الشين حتى انتهى إلى القفا ، فوجهان لتعديه محل الإيضاح وهل المتلاحمة كالموضحة في استتباع الشين ، إذا قدرنا أرشها بالنسبة إلى الموضحة ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ، وإن لم يكن للجراحة أرش مقدر ، فقد سبق أن ما دون الموضحة من جراحات الرأس إذا أمكن تقديرها موضحة على الرأس يجب فيها أكثر الأمرين من قسط أرش الموضحة والحكومة على قول الأكثرين ، والجراحات على البدن إن أمكن تقديرها بالجائفة ، بأن كان بقربها جائفة ، هل تقدر بها كالتقدير بالموضحة أم الواجب فيها الحكومة لا غير ؟ وجهان ، أرجحهما : الأول : وإذا عرف ذلك ، فإن قدرت الجراحة بالنسبة إلى جراحة مقدرة الأرش ، وأوجبنا ما يقتضيه التقسيط لكونه أكثر من الحكومة ، فالشين تابع له لا يفرد بحكومة كالموضحة ، وإن كانت الحكومة أكثر فأوجبناها فقد وفينا حق الشين .

فرع

أوضح جبينه ، وأزال حاجبه ، فعليه الأكثر من أرش الموضحة وحكومة الشين وإزالة الحاجب ، قاله المتولي .

الطرف الثاني في الجناية على الرقيق : قد سبق أن الواجب بقتل الرقيق قيمته بالغة ما بلغت ، يستوي فيه القن والمدبر والمكاتب وأم الولد ، وأما الجناية عليه فيما دون النفس ، فينظر ، إن كانت مما يوجب في الحر بدلاً مقدراً ، كالموضحة وقطع الأطراف ، فقولان ، أظهرهما : أن الواجب فيها جزء من القيمة ، نسبته إلى القيمة كنسبة الواجب في

الحر إلى الدية ، والثاني : الواجب ما نقص من قيمته ، ومن الأصحاب من أنكر القول الثاني وقطع بالأول ، والجمهور على إثباتهما ، ثم منهم من يقول : الأول منصوص ، والثاني خرجه ابن سريج من قوله : لا تحمل العاقلة عبداً ، فإنه جعله كالبهيمة ، ومنهم من يقول : هما منصوبان ، الأول جديد ، والثاني قديم ، وإن كانت الجناية لا توجب مقدراً في الحر ، فواجبها في العبد ما نقص من القيمة بلا خلاف . إذا عُرِفَ هذا فعلى الأظهر في يد العبد نصف قيمته ، وفي يديه قيمته ، وفي أصبعه عشرها ، وفي أناملته ثلث عشرها ، وفي موضحته نصف عشرها ، وعلى هذا القياس . ولو قطع ذكره وأثنيه ، فعليه قيمتان ، وعلى القول الآخر الواجب فيها كلها ما نقص ، فإن لم تنقص القيمة بقطع الذكر والأثنين ، أو زادت ، فوجهان ، أصحهما : لا يجب شيء ، والثاني : تجب حكومة يقدرها الحاكم بالاجتهاد ، أو يعتبر بما قبل الاندمال ، كالوجهين فيما إذا اندملت الجراحة ولم يبق شين ولا أثر ، ومنهم من قطع بالوجه الأول ، ولو قطع يد عبد قيمته ألف ، فعادت إلى مائتين ، فعلى الأظهر يجب خمسمائة ، وعلى القديم ثمانمائة ، ولو عادت إلى ثمانمائة وجب على الأظهر خمسمائة ، وعلى القديم مائتان ، ولو جنى على العبد اثنان ، فقطع أحدهما يده ، والآخر يده الأخرى ، نظر ، إن وقعت الجنايتان معاً ، فعليهما قيمته ، وإن تعاقبتا وكانت القيمة عند قطع الثاني ناقصة بسبب القطع الأول ، فإن مات منهما ، ففي الواجب عليهما أوجه سبقت في كتاب الصيد والذبائح ، وإن وقف القطعان ، نظر ، إن كان قطع الثاني بعد اندمال الأول ، لزم كل واحد منهما نصف قيمته قبل جنايته ، فإن كانت قيمته ألفاً ، فصارت بالقطع الأول ثمانمائة ، وبالثاني ستمائة ، لزم الأول خمسمائة ، والثاني أربعمائة ، وإن قطع الثاني قبل الاندمال الأول ، لزم الثاني نصف ما أوجبنا

على الأول وهو مائتان وخمسون ، لأن الجناية الأولى لم تستقر وقد أوجبنا نصف القيمة فكأنه انتقص نصف القيمة ، فلو قطع الواحد يدي العبد ولم يسر ، فالحكم كما لو قطعه اثنان ، هذا كله تفريع على الأظهر ، وعلى الثاني يلزم كل قاطع ما نقص بجنائته ، وإذا قطعت أطراف عبد ، ثم حز رقبتة ، لزمه قيمة العبد ذاهب الأطراف ، وبالله التوفيق .

الباب الرابع في موجب الدية وحكم السحر

فيه خمسة أطراف :

الأول : السب ، والواجب في إهلاك النفس وما دونها ، كما يجب بالمباشرة يجب بالتسبب ، وقد سبق أن مراتب الشيء الذي له أثر في الهلاك ثلاث ، وهي : العلة والسبب والشرط ، وضابطه أن يقال : ما يحصل الهلاك عنده أو عقبه إن كان هو المؤثر في الهلاك ، فهو علة للهلاك ، وتتعلق به الدية لا محالة ، وإن لم يكن هو المؤثر ، فإن توقف تأثير المؤثر عليه ، كالحفر مع التردى تعلقت به الدية أيضاً ، وإن لم يتوقف ، لم تتعلق به الدية ، بل الموت عنده اتفاقي ، ثم فيه مسائل : إحداها : صفعة خفيفة ، فمات ، فلا ضمان للعلم بأنه لا أثر لها في الهلاك ، الثانية : صاح على صبي غير مميز على طرف سطح أو بئر أو نهر ، فارتعد وسقط ومات منه ، وجبت الدية قطعاً ، ولا قصاص على الأصح ، وقيل : الأظهر ، ومن أوجب يدعي أن التأثير به غالب ، ولو كان الصبي على وجه الأرض ، فمات من الصيحة ، فقليل : هو كالسقوط من سطح ، والأصح أنه لا ضمان ، لأن الموت به في غاية البعد ، ولو صاح على بالغ على طرف سطح ونحوه ، فسقط ومات فلا قصاص ، وفي الضمان أوجه ، أصحها : لا يجب ، والثاني : يجب ، والثالث : إن غافسه^(١) من

(١) : أخذه على غرة .

ورائه ، وجب ، وإن صاح به من وجهه ، فلا ، ولو صاح على صغير فزال عقله ، وجب الضمان ، وإن كان بالغاً ، فعلى الأوجه الثلاثة ، والمجنون والمعته ، والذي تعتريه الوسوس والنائم والمرأة الضعيفة ، كالصبي الذي لا يميز ، والمراهق المتيقظ كالبالغ ، وشهر السلاح والتهديد الشديد كالصياح ، ولو صاح على صيد ، فاضطرب منه الصبي على طرف السطح ، وسقط ، وجب الضمان ، لكن الدية والحالة هذه تكون مخففة على العاقلة ، وفيما إذا قصد الصبي نفسه تكون مغلفة على العاقلة ، وقياس من يوجب القصاص أن تجب مغلفة على الجاني ، وعن صاحب « التلخيص » أن الصائغ إن كان محرماً أو في الحرم تعلق بصيحته الضمان لتعديه ، وإلا فلا ، وذكر على قياسه أنه لو صاح على صبي في ملكه ، لم يجب الضمان تشبيهاً بما لو حفر بئراً في ملكه ، فسقط فيها رجل ، والأصح أنه لا فرق .

فرع

إذا بعث السلطان إلى امرأة ذكرت عنده بسوء ، وأمر بإحضارها ، فأجهضت جنيناً فزعاً منه ، وجب ضمان الجنين ، ولو كذب رجل ، فأمرها على لسان الإمام بالحضور ، فأجهضت ، فالضمان على عاقلة الرجل ، ولو هدها غير الإمام حاملاً ، وأجهضت فزعاً ، فليكن كالإمام ، لأن إكراهه كإكراه الإمام ، ولو ماتت الحامل المبعوث إليها ، أو بعث الإمام إلى رجل ذكر بسوء وهده ومات ، فلا ضمان على الصحيح ، لأنه لا يفيضي إلى الموت ، وفي « النهاية » أنه يجب .

فرع

لو فزع إنساناً ، فأحدث في ثيابه فأفسدها ، فلا ضمان .
الطرف الثاني : فيما يغلب إذا اجتمعت العلة والسبب أو الشرط ،

فحفر البئر شرط أو سبب ، والتردي علة ، فإذا اجتمعا ، نظر ، إن كانت العلة عدواناً ، بأن حفر بئراً ، فردى فيها غيره إنساناً ، فالقصاص والضمان يتعلقان بالتردية ، ولا اعتبار بالحفر معها ، وإن لم تكن العلة عدواناً ، بأن تخطى شخص الموضع جاهلاً ، فتردى فيها وهلك ، فإن كان الحفر عدواناً ، تعلق الضمان به ، وإلا فلا ضمان •

فرع

وضع صبيّاً في مسبعة ، فافترسه سبع ، نظر ، إن كان يقدر على الحركة والانتقال عن موضع الهلاك فلم يفعل ، فلا ضمان على الواضع . كما لو فتح عِرْقَه فلم يَعَصِبْهُ حتى مات ، وإن كان لا يقدر على الانتقال ، فلا ضمان أيضاً على الأصح ، وبه قطع الأكثرون ، لأن الواضع ليس بإهلاك ولم يوجد منه ما يلجىء السبع إليه ، فإن كان الموضوع بالغاً ، فلا ضمان قطعاً ، ويشبه أن يقال : الحكم منوط بالقوة والضعف ، لا بالصغر والكبر •

فرع

لو اتبع إنساناً بسيف ، فولى المطلوب هارباً ، فألقى نفسه في نار أو ماء ، أو من شاهق ، أو من سطح عال أو في بئر ، فهلك ، فلا ضمان ، لأنه باشر إهلاك نفسه قصداً ، والمباشرة مقدمة على السبب ، فلو لم يعلم بالمهلك ، فوقع من غير قصد في النار أو الماء ، أو من الشاهق والسطح بأن كان أعمى ، أو في ظلمة الليل ، أو في موضع مظلم ، أو في بئر مغطاة ، وجب على المتبع الضمان ، ولو استقبله سبع في طريقه ، فافترسه ، أو لص فقتله ، فلا ضمان على المتبع ، بصيراً كان المطلوب أو أعمى ، لأنه لم يوجد من المتبع إهلاك ، ومباشرة السبع العارضة

كعروض القتل على إمساك المسك ، لكن لو ألجأه إليه في مضيق ،
وجب الضمان على المتبع ، ولو انخسف به سقف في هربه ، وجب الضمان
على الأصح المنصوص ، وهو الذي أورده العراقيون ، ولو ألقى نفسه
على السقف من علو ، فانخسف به لثقله ، فهو كما لو ألقى نفسه في ماء
أو نار ، وما ذكرناه من سقوط الضمان عن المتبع إذا ألقى المطلوب
نفسه في ماء ، أو نار ، أو من سطح قصداً ، أردنا به العاقل البالغ ، أما
إذا كان المطلوب صبياً أو مجنوناً ، فيبنى على أن عمدتهما عمد أم خطأ ؟
إن قلنا : خطأ ، ضمن ، وإلا فلا .

فرع

سلم صبي إلى سباح ليعلمه السباحة ، فغرق ، وجبت فيه دية شبه
العمد على الصحيح ، كما لو ضرب المعلم الصبي للتأديب ، فهلك ،
وقيل : لا ضمان ، كما لو وضعه في مسبعة ، ويجري الخلاف فيما لو
كان الولي يعلمه السباحة بنفسه فغرق ، ولو أدخله الماء ليعبره به ،
فالحكم كما لو ختنه أو قطع يده من أكليّة ، فمات منه ، كذا ذكره
المتولي ، ولو سلم بالغ نفسه ، ليعلمه السباحة ، ففي « الوسيط » أنه
إن خاض معه اعتماداً على يده ، فأهمله ، احتمل أن يجب الضمان .
والذي ذكره العراقيون والبعثوني أنه لا ضمان ، لأنه مستقل وعليه أن
يحتاط لنفسه ، ولا يغتر بقول السباح .

فصل

في بيان الحفر الذي هو في محل عدوان وغيره ، والحفر يقع في
مواضع ، أحدها : إذا حفر في ملك نفسه ، فلا عدوان ، فلو دخل
ملكه داخل ياذنه ، وتردى فيه ، لم يجب ضمانه إذا عرفه المالك أن هناك
بشراً ، أو كانت مكشوفة والداخل متمكن من التحرز ، فأما إذا لم

يعرفه ، والداخل أعمى ، أو الموضع مظلم ، ففي « التتمة » أنه كما لو دعاه لطعام مسموم ، فأكله ، ولو حفر بئراً في دهليز داره ، ودعا إليها رجلاً ، فتردى فيها ، ففي الضمان قولان سبقا في أول الجنايات ، أظهرهما : الوجوب ، وقيل : إن كان الطريق واسعاً وعن البئر معدل ، فقولان ، وإن كان ضيقاً ، فقولان مرتبان ، وأولى الوجوب ، وعلى هذا قياس تقديم الطعام المسموم وأطعمة فيها طعام مسموم . الموضوع الثاني : إذا حفر في موات للتملك أو للارتفاق بالاستقاء منها ، فلا ضمان ، لأنه جائز كالحفر في ملكه ، وعلى هذا يحمل قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح « البئر جبار » .

الثالث : إذا حفر في ملك غيره ، نظر إن حفر بإذن المالك فهو كحفره في ملكه ، وإن حفر بغير إذن ، تعلق به الضمان ، لكونه عدواناً ، وتكون الدية على العاقلة ، ولو هلك به دابة ، أو مال آخر ، وجب الضمان في ماله ، وهل يجعل رضى المالك بقاء البئر المحفورة كرضاه بالحفر ؟ وجهان سبقا في الغصب ، أصحهما : نعم ، ولو كان الحافر عبداً ، فالضمان يتعلق برقبته ، فلو أعتقه السيد ، فضمان من يتردى بعد العتق يتعلق بالعتيق ، ولو حفر في ملك مشترك بينه وبين غيره بغير إذن الشريك ، تعلق به الضمان أيضاً ، لأنه لا يجوز الحفر في المشترك ، وإذا حفر في ملك الغير متعدياً ، ودخله رجل بغير إذن ، فتردى فيها ، ففي تعلق الضمان بالحافر وجهان ، قال في « البيان » : لو قال المالك : حفر بإذني ، لم يصدق .

الرابع : إذا حفر في شارع ، نظر ، إن كان ضيقاً يتضرر الناس بالبئر فيه ، وجب ضمان ما هلك بها ، سواء أذن الإمام أم لا ، وليس للإمام الإذن فيما يضر ، وإن كان لا يتضرر بها لسعة الشارع ، أو انعطاف موضع البئر ، نظر ، إن كان الحفر لمصلحة عامة ، كالحفر

للاستقاء ، أو لاجتماع ماء المطر ، فإن أذن فيه الوالي ، فلا ضمان ، وإلا فالأظهر الجديد أنه لا ضمان ، وأشار في القديم إلى وجوبه ، وإن حفر لغرض نفسه ، فإن كان بغير إذن الإمام ، ضمن ، وإلا فلا على الأصح ، وبه قطع العراقيون والمتولي والروائي ، وهذا جار على ما سبق في إحياء الموات أن الأصح الذي عليه الأكثر أن يجوز أن يقطع الإمام من الشوارع ما لا ضرر فيه ، وأن للمقطع أن يبنى فيه .

فرع

الحفر في المسجد كالحفر في الشارع ، فلو بنى مسجداً في شارع لا يتضرر به المارون ، جاز ، فلو تعثر به إنسان أو بهيمة ، أو سقط جداره على إنسان ، أو مال ، فأهلكه ، فلا ضمان إن كان بإذن الإمام ، وكذا إن لم يكن بإذنه على الأظهر الجديد ، ولو بنى سقف مسجد أو نصب فيه عماداً ، أو طين جداره أو علق فيه قنديلاً ، فسقط على إنسان أو مال ، فأهلكه ، أو فرش فيه حصيراً ، أو حشيشاً ، فزلق به إنسان ، فهلك ، أو دخلت شوكة منه في عينه ، فذهب بها بصره ، فإن جرى ذلك بإذن الإمام أو متولي أمر المسجد ، فلا ضمان ، وإلا فلا ضمان أيضاً على الجديد الأظهر . ونقل البغوي عن أبي إسحاق أنه إن لم يأذن أهل المحلة ضمن .

قلت : قال البغوي : ومثل هذا لو وضع دناً على بابه ليشرب الناس منه ، فإن وضعه بإذن الإمام ، لم يضمن ما تلف به ، وإلا فوجهان ، يعني أحدهما لا ضمان بخلاف ما لو بنى دكة على باب داره فهلك بها نبيء ، فإنه يضمن ، لأنه فعله لمصلحة نفسه . والله أعلم

فصل

في مسائل تتعلق بالتصرف في الشارع ، وفي ملك نفسه ، والقول

في التصرف في الشارع سبق بعضه في الصلح وفي إحياء الموات ، ويذكر هنا بقيته إن شاء الله تعالى •

المسألة الأولى : لا يجوز إشراع الأجنحة التي تضر بالمارة إلى الشارع ، فلو فعل ، منع وما يتولد منه من هلاك يكون مضموناً ، فإن كان الجناح عالياً غير مضر ، فلا منع من إشراعه ، وكذا بناء الساباط العالي ، لكن لو تولد منه هلاك إنسان ، فهو مضمون بالدية على العاقلة ، وإن هلك به مال ، وجب الضمان في ماله ، ولم يفرقوا بين أن يأذن الإمام أم لا ، ولو أشرع جناحاً إلى درب منسد بغير إذن أهله ، ضمن المتولد منه ، ويأذن أهله لا ضمان ، كالخفر في دار الغير يأذنه •

الثانية : يتصرف كل واحد في ملكه بالمعروف ، ولا ضمان فيما يتولد منه بشرط جريانه على العادة واجتناب الإسراف ، فلو وضع حجراً في ملكه أو نصب شبكة ، أو سكيناً ، وتعثر به إنسان فهلك ، أو على طرف سطحه ، فوقع على شخص ، أو على مال ، أو وضع عليه جرة ماء ، فألقته الريح ، أو ابتل موضعها ، فسقطت ، فلا ضمان ، وكذا لو وقف دابة في ملكه فرفست إنساناً أو بالت فأفسدت به ثوباً أو غيره مما هو خارج الملك ، أو كان يكسر الحطب في ملكه ، فأصاب شيء منه عين إنسان فأبطل ضوءها ، فلا ضمان، وكذا لو حفر بئراً في ملكه فتندى جدار جاره فانهدم ، أو غار ماء بئره أو حفر بالوعة فتغير ماء بئر الجار ، فلا شيء عليه ، لأن الملاك لا يستغنون عن مثل هذا بخلاف الإشراع إلى الشارع فإنه يستغنى عنه، ولو قصر فخالف العادة في سعة البئر، ضمن، فإنه إهلاك ، وليكن كذلك إذا قرب الحفر من الجدار على خلاف العادة ، ويمنع من وضع السرجين في أصل حائط الجار ، ولو أوقد ناراً في ملكه ، أو على سطحه ، فطار الشرر إلى ملك الغير ، فلا ضمان إلا أن

يخالف العادة في قدر النار الموقدة ، أو يوقد في يوم ريسح عاصفه ، فيكون ذلك كطرح النار في دار غيره ، فيضمن ، فإن عصفت الريح بفتة بعد ما أوقد ، فهو معذور ، ولو سقى أرضه ، فخرج الماء من جحر فأرة ، أو شق ، فدخل أرض غيره ، فأفسده زرعه ، فلا ضمان إلا أن يخالف العادة في قدر الماء ، أو كان عالماً بالجحر أو الشق ، فلم يحتط . ولو حفر البئر في أرض خوارة ولم يطوها^(١) ، ومثلها تنهار إذا لم تطه ، كان مقصراً ، كما ذكرنا في سعة البئر ، ولا بد من هذا الاحتياط حيث جوزنا حفر البئر في الشارع .

الثالثة : يجوز إخراج الميزاب إلى الشارع ، وليكن عالياً ، كالجناح ، فلو سقط منه شيء ، فهلك به إنسان أو مال ، فقولان ، القديم : لا ضمان ، والجديد الأظهر : يضمن ، فعلى هذا إن كان الميزاب كله خارجاً بأن سمر عليه ، تعلق به جميع الضمان ، وإن كان بعضه في الجدار ، وبعضه خارجاً ، فإن انكسر ، فسقط الخارج ، أو بعضه ، تعلق به جميع الضمان أيضاً ، وإن انقلع من أصله ، فوجهان أو قولان ، أصحهما : يجب نصف الضمان ، والثاني : يجب بقسط الخارج ، ويكون التقسيط بالوزن ، وقيل : بالمساحة ، وسواء أصابه الطرف الداخل أو الخارج ، لأن الهلاك يحصل بثقل الجميع ، والحكم في كيفية التضمن إذا حصل الهلاك بجناح مشروع ، إما بالخارج منه ، وإما بالخارج والداخل جميعاً كما ذكرنا في الميزاب بلا فرق .

(١) يقال : طوى البئر : إذا بناها بالحجارة والآجر حفظاً لها من الانهيار .

فرع

ذكر البغوي أنه لو رش ماء الميزاب على ثوب إنسان ، ضمن ما ينقص •

الرابعة : الجدار الملاصق للشارع إن بناه صاحبه مستوياً ، فسقط من غير ميل ولا استهدام وتولد منه هلاك ، فلا ضمان ، ولو بناه مائلاً إلى ملكه ، أو مال إليه بعد البناء وسقط ، فلا ضمان أيضاً ، وإن بناه مائلاً إلى الشارع ، وجب ضمان ما تولد من سقوطه ، وإن بناه مستوياً ثم مال إلى الشارع وسقط ، فإن لم يتسكن من هدمه وإصلاحه ، فلا ضمان قطعاً ، وكذا إن تمكن على الأصح عند الجمهور ، ويجري الوجهان فيما لو سقط إلى الشارع ، فلم يرفعه حتى هلك به إنسان ، أو مال • ولا فرق بين أن يطالبه الوالي ، أو غيره بالنقض ، وبين أن لا يطالب ، لأنه بنى في ملكه بلا ميل ، والهلاك حصل بغير فعله ، وإذا وجب ضمان في البناء المائل ابتداءً أو دواماً ، فلو مال بعضه ، نظر ، هل حصل التلف برأسه المائل ، أم بالباقي على الاستواء ، أم بالجميع ، ويكون حكمه كما ذكرنا في الميزاب •

فرع

إذا باع ناصب الميزاب ، أو باني الجدار المائل الدار ، لم يبرأ من الضمان ، حتى لو سقط على إنسان فهلك به ، يجب الضمان على عاقلة البائع ، هكذا ذكره البغوي •

فرع

لو أراد الجار أن يبني جداره الخالص أو المشترك مائلاً إلى ملك الجار ، فله المنع ، وإن مال فله المطالبة بالنقص ، كما إذا اتسرت

أغصان شجرته إلى هواء غيره ، فله المطالبة بإزالتها ، فلو تولد منه هلاك ، فالضمان على ما ذكرنا فيما إذا مال إلى الشارع .

فرع

لو استهدم الجدار ولم يمل ، قال الاصطخري : لا يطالب بنقضه ، لأنه لم يجاوز ملكه ، وفي « التتمة » وجه آخر أن للجار وللمارة المطالبة به لما يخاف من ضرره ، وأورد ابن الصباغ هذا احتمالاً على الأول لا ضمان فيما تولد منه ، وعلى الثاني هو كما لو مال ، فلم ينقضه .

الخامسة : قمامة البيت ، وقشور البطيخ ، والرمال ، والبقلاء إذا طرحها في ملكه أو في موات ، فزلق بها إنسان ، فهلك ، أو تلف بها مال ، فلا ضمان ، وإن طرحها في الطريق فحصل بها تلف ، وجب الضمان على الصحيح وبه قطع الجمهور ، وقيل : لا ضمان لأطراد العرف بالمسامحة به مع الحاجة ، وقيل : إن ألقاها في متن الطريق ، ضمن ، وإن ألقاها في منعطف وطرف لا ينتهي إليه المارة غالباً ، فلا . قال الامام : والوجه القطع بالضمان بالإلقاء في متن الطريق ، وتخصيص الخلاف بالإلقاء على الطرف ولك أن تقول : قد يوجد بين العمارات مواضع معدة للإلقاء فيها تسمى تلك المواضع السباطات والمزابل ، وتعد من المرافق المشتركة بين سكان البقعة ، فيشبه أن يقطع بنفي الضمان إذا كان الإلقاء فيها ، فانه استيفاء منفعة مستحقة ويخص الخلاف بغيرها وإذا أوجبنا الضمان ، فذلك إذا كان المتعثر بها جاهلاً ، أما إذا مشى عليها قصداً ، فلا ضمان كما لو نزل البئر فسقط .

فرع

لو رش الماء في الطريق ، فزلق به إنسان أو بهيمة ، فإن رش

لمصلحة عامة ، كدفع الغبار عن المارة فليكن كحفر البئر للمصلحة العامة ، وإن كان لمصلحة نفسه ، وجب الضمان ، ويمكن أن يجيء فيه الوجه المذكور في طرح القشور ، ولو جاوز القدر المعتاد في الرش ، قال المتولي : وجب الضمان قطعاً ، كما لو بل الطين في الطريق ، فإنه يضمن ما تلف به .

فرع

لو بنى على باب داره دكة^(١) فتلف بها إنسان أو دابة ، وجب الضمان ، وكذا الطوائف إذا وضع متاعه في الطريق ، فتلف به شيء ، لزمه الضمان بخلاف ما لو وضع على طرف حانوته .

فرع

لو بالت دابته ، أو راثت ، فزلق به رجل أو دابة ، أو تطاير منه شيء إلى طعام إنسان فنجسه ، نظر ، إن كانت الدابة في ملكه ، فلا ضمان ، وإن كانت في الطريق ، أو ربطها في الطريق فأتلفت ، فحكمه سينأتي إن شاء الله تعالى في آخر كتاب موجبات الضمان ، ولو مشى قصداً على موضع الرش أو البول ، فلا ضمان .

السادسة : أسند خشبه إلى جدار ، فسقط الجدار على شيء فأتلفه ، إن كان الجدار لغير المسند ولم يأذن له فعليه ضمان الجدار وما سقط عليه ، سواء سقط عقب الإسناد أم متأخراً عنه ، وإن كان الجدار للمسند أو لغيره ، وقد أذن له في الإسناد ، لم يجب ضمان الجدار ، وفي ضمان ما سقط عليه وجهان ، قال ابن القاص وأبو زيد ،

(١) المكان المرتفع يسطح أعلاه يجلس عليه .

إن سقط في الحال ، ضمن ، كما لو أسقط جداراً على مال رجل ، وإن سقط بعد زمان، لم يضمن ، كما لو حفر بئراً في ملكه ، وعن القفال أنه لا يضمن في الحالين ، كما لا يضمن ما سقط في البئر في الحالين ، فإن ضمنه إذا سقط في الحال ، فلم يسقط ، لكنه مال في الحال إلى الشارع ، ثم سقط بعد مدة ، وجب الضمان ، كما لو بنى الجدار مائلاً ، لأنه مال بفعله بخلاف ما لو مال في الدوام بنفسه .

السابعة : نخس دابة أو ضربها مغافصة فقفزت ورمت راكبها ، فمات أو أتلقت مالا ، وجب الضمان ، قال البغوي : فإن كان النخس ياذن المالك فالضمان عليه ، ولو غلبته دابته ، فاستقبلها رجل ، وردها ، فأتلقت في انصرافها ، فالضمان على الراد .

فرع

رجل حمل رجلاً ، فجاء فقرص الحامل ، أو ضربه ، فتحرك ، فسقط المحمول عن ظهره ، قال المتولي : هو كما لو أكره الحامل على إلقائه عن ظهره .

الطرف الثالث في اجتماع سبيين . فستى اجتمع سببا هلاك ، قدم الأول منهما ، لأنه المهلك ، إما بنفسه ، وإما بوساطة الثاني ، فأشبه التردية مع الحفر ، فإذا حفر بئراً في محل عدوان ، أو نصب سكيناً ، ووضع آخر حجراً ، فتعثر بالحجر ، فوقع على مؤخر السكين ، أو في مقدم البئر ، فمات فالضمان يتعلق بواضع الحجر ، وقال أبو الفياض من أصحابنا : يتعلق بناصب السكين إذا كانت قاطعة موحية ، والصحيح الأول ، وبه قطع الجمهور ، لأن التعثر بالحجر هو الذي ألجأه إلى الوقوع في البئر ، أو على السكين ، وكأنه أخذه فرداه ، وصار كما لو كان في يده سكين ، فألقى عليه رجل إنساناً ، وجب القصاص والضمان

على الملقى ، ولو أهوى إليه من في يده سكين ووجهه نحوه حين ألقاه الملقى كان القصاص على صاحب السكين ، هذا إذا كانا متعدين ، فلو حفر بئراً ، أو نصب سكيناً في ملكه ، ووضع متعدياً حجراً فعثر رجل بالحجر ، ووقع في البئر ، أو على السكين ، فالضمان أيضاً على واضع الحجر ، ولو وضع حجراً في ملكه ، وحفر متعدياً هناك بئراً ، أو نصب سكيناً ، فعثر رجل بالحجر ، ووقع في البئر أو على السكين ، فالمنقول أنه يتعلق الضمان بالحافر وناصب السكين ، فإنه المتعدي ، وينبغي أن يقال : لا يتعلق بالحافر والناصب ضمان ، كما سنذكره قريباً في مسألة السيل إن شاء الله تعالى ، ويدل عليه أن المتولي قال : لو حفر بئراً في ملكه ، ونصب غيره فيها حديدة ، فوقع رجل في البئر فجرحته الحديدة ومات ، فلا ضمان على واحد منهما •

فرع

حفر بئراً في محل عدوان ، وحصل حجر على طرف البئر بحمل السيل ، أو بوضع حربي أو سبع ، فعثر رجل بالحجر ، فوقع في البئر ، فهلك ، فلا ضمان على أحد ، كما لو ألقاه الحربي ، أو السبع في البئر ، وقيل : يجب الضمان على عاقلة الحافر وهو ضعيف ، ولو حفر بئر عدوان ، ونصب آخر في أسفلها سكيناً فالضمان على عاقلة الحافر على الصحيح ، وقيل : على ناصب السكين •

فرع

حفر بئراً قريبة العمق ، فعمقها غيره ، فوجهان ، أحدهما : يختص الأول بضمان التالف فيها ، وأصحهما : يتعلق بهما ، وعلى هذا هل يتنصف ، أم يوزع على الأذرع التي حفراها ؟ وجهان •

قلت : الأصح : التنصيف ، كالجراحات . والله أعلم

ولو حفر بئراً وطمها ، فأخرج غيره ما طمت به ، فهل يتعلق ضمان التالف فيها بالأول ، لأنه المبتدئ ، أم بالثاني لانقطاع أثر الأول بالطم ؟ وجهان .

قلت : أصحهما الثاني . والله أعلم

فرع

وضع زيد حجراً في طريق ، وآخران حجراً بجانبه ، فتعثر بهما إنسان ومات ، فالأصح تعلق الضمان بهما أثلاثاً ، كالجراحات المختلفة ، وقيل : يتعلق بزيد نصفه ، وبالأخرين نصفه .

مسألة

وضع الحجر كحفر البئر يتعلق الضمان به إذا عثر به من لم يره كما سبق ، فلو وضع حجراً في طريق ، فعثر به رجل ودحرجه ، ثم عثر به ثان ، فهلك ، فضمان الثاني يتعلق بالمدحرج ، لأن الحجر إنما حصل هناك بفعله .

فرع

من قعد في موضع ، أو نام ، أو وقف ، فعثر به ماش ، وماتا أو مات أحدهما ، نظر ، إن كان قعوده في ملكه ، ودخله الماشي بلا إذن ، فالماشي مهدر ، وعلى عاقلته دية القاعد والواقف ، وكذا لو قعد ، أو وقف في موات أو طريق واسع لا يتضرر به المارة ، وسواء كان القاعد أو الواقف بصيراً أو أعمى ، كما لو قتل شخصاً أمكنه الدفع عن نفسه ، وإن قعد أو نام في طريق ضيق يتضرر به المارة فعثر به الماشي وماتا ، ففيه طرق : المذهب منها وهو المنصوص : أن دم القاعد والنائم مهدر ،

وعلى عاقلتهما دية الماشي ، وأنه إذا عثر بالواقف ، كان دم الماشي مهدرًا
وعلى عاقلته دية الواقف ، لأن الإنسان قد يحتاج إلى الوقوف لكال ،
أو انتظار رفيق ، أو سماع كلام ، فالوقوف من مرافق الطريق كالمشي ،
لكن الهلاك حصل بحركة الماشي ، فخص بالضمان ، والقيود والنوم
ليسا من مرافق الطريق ، فمن فعلهما فقد تعدى وعرض نفسه للهلاك ،
والثاني : وجوب دية كل واحد منهما على عاقلة الآخر مطلقاً ، والثالث :
يهدر دم القاعد والنائم والواقف ، وتجب دية الماشي على عاقلتهم ،
والرابع : يهدر دم الماشي ، وتجب دية هؤلاء على عاقلته ، لأن القتل
حصل بحركته ، كما لو تردد الأعمى في الطريق بلا قائد فأتلف يلزمه
الضمان ، هذا كله إذا لم يوجد من الواقف فعل ، فإن وجدنا بأن انحرف
إلى الماشي لما قرب منه ، فأصابه في انحرافه ، فماتا ، فهما كماشين
اصطدما ، وسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى . ولو انحرف عنه ، فأصابه
في انحرافه ، أو انصرف إليه ، فأصابه بعد تمام انحرافه ، فالحكم كما
لو كان واقفاً لا يتحرك ، ولو جلس في مسجد ، فعثر به إنسان وماتا ،
فعلى عاقلة الماشي دية الجالس ، ويهدر دم الماشي ، كما لو جلس في
ملكه ، فعثر به ماش ، ولو نام في المسجد معتكفاً ، فكذلك ، ولو جلس
لأمر ينزه المسجد عنه ، أو نام غير معتكف ، فهو كما لو نام في الطريق ،
هكذا ذكره البغوي .

فرع

حيث أطلق الضمان في هذه الصور وما قبلها ، وقيل : إنه على
الحافر ، أو واضع الحجر ، أو القاعد ، وناصب الميزاب والجناح ،
وملقي القمامة ، وقشر البطيخ ونحوهم ، فالمراد أنه يتعلق الضمان بهم ،
ومعناه أنه يجب على عاقلتهم .

فصل

وقع في البئر واحد خلف واحد ، فهلكوا ، أو هلك بعضهم ، فله حالان •

الأولى : أن يقع الثاني بغير جذب الأول ، فإن مات الأول ، فالثاني ضامن ، فإن تعمد إلقاء نفسه عليه ، ومثله يقتل مثله غالباً لضخامته وعمق البئر وضيقها ، لزمه القصاص ، وإن تعمده ، لكنه لا يقتل غالباً ، فهو شبه عمد ، وإن لم يتعمد ووقع في البئر بغير اختياره ، أو لم يعلم وقوع الأول ، فهو خطأ محض ، ثم أطلق مطلقون أنه إذا آل الأمر إلى المال ، وجبت دية كاملة ، وقال آخرون : إنما على الثاني نصف الدية ، لأن الأول مات بوقوعه في البئر وبوقوع الثاني عليه ، ويكون النصف الآخر على الحافر ، إن كان الحفر عدواناً ، وإلا فمهدر وهذا أصح عند المتولي وغيره ، لكن لو نزل الأول إلى البئر ولم ينصدم ، فوقع عليه الثاني ، تعلق بوقوعه كل الدية ، وأما إذا مات الثاني ، فإن تعمد إلقاء النفس فيها ، أو لم يكن الحفر عدواناً ، فهو هدر ، وإلا تعلق الضمان بعاقلة الحافر ، وإن ماتا معاً ، فالحكم في حق كل واحد ما ذكرنا ، ولو تردى في البئر ثلاثة ، واحد بعد واحد فوجهان ، أحدهما : تجب دية الأول على عاقلة الثاني والثالث ، قاله الشيخ أبو حامد ، والثاني : يجب على عاقلتهما ثلثا الدية ، والثلث الباقي على عاقلة الحافر إن كان متعدياً ، وإلا فهو هدر ، قاله القاضي أبو الطيب واختاره ابن الصباغ •

الحالة الثانية : أن يقع الثاني في البئر بجذب الأول ، فإذا تزلق على طرف بئر ، فجذب غيره ، ووقع في البئر ، ووقع الثاني فوقه فماتا ، فالثاني هلك بجذب الأول ، فكأنه أخذه وألقاه في البئر إلا أنه قصد

الاستمساك والتحرز عن الوقوع ، فكان مخطئاً ، فيجب ضمان الثاني على عاقلة الأول ، وأما الأول ، فإن كان الحفر عدواناً ، فوجهان ، أحدهما يحكى عن الخصري : أنه مهدر ، وأصحهما : تجب نصف دية على عاقلة الحافر ويهدر النصف ، لأنه مات بسببين : صدمة البئر وثقل الثاني منسوب إليه ، وإن لم يكن الحفر عدواناً ، فالأول مهدر بلا خلاف ، وليحمل على هذه الحالة إطلاق من أطلق إهدار الأول ، وقد أطلقه كثيرون .

ولو كانت الصورة كما ذكرنا ، وجذب الثاني ثالثاً ، وماتوا جميعاً فأما الأول ففيه وجهان ، أحدهما : تهدر نصف دية لجذبه الثاني ، ويجب نصفها على عاقلة الثاني لجذبه الثالث ، وهذا تفريع على أنه لا أثر للحفر مع الجذب ، وأصحهما : أنه مات بثلاثة أسباب : صدمة البئر وثقل الثاني والثالث ، فهدر ثلث الدية لجذبه الثاني ، ثم ينظر إن كان الحفر عدواناً ، وجب ثلثها على عاقلة الحافر ، وثلثها على عاقلة الثاني لجذبه الثالث ، وإن لم يكن الحفر عدواناً ، أهدر ثلث آخر ووجب ثلث على عاقلة الثاني ، وقال ابن الحداد : مات بالوقوع في البئر وبجذبة الثاني ، فيهدر نصف دية ، ويجب نصفها على عاقلة الحافر ، وأعرض عن تأثره بثقل الثالث ، وهذا ضعيف عند الأصحاب ، وأما الثاني ، فمات بجذب الأول ، وبثقل الثالث ، وثقل الثالث حصل بفعله ، فيهدر نصف ويجب نصف على عاقلة الأول ، وأما الثالث فتجب جميع دية على الثاني على الأصح ، وقيل : على الأول والثاني ، والمراد عاقلتهما ، ولو كانت الصورة بحالها وجذب الثالث رابعاً وماتوا ، وجب جميع دية الرابع بلا خلاف ، وهل تتعلق بالثالث وحده أم بالثلاثة ؟ وجهان ، أصحهما : الأول .

وأما ديات الثلاثة ففيها أوجه ، أصحها : أن الأول مات بأربعة أسباب : صدمة البئر ، وثقل الثلاثة ، فيهدر ربع دية لجذبه الثاني ،

ويجب الربع على عاقلة الحافر إن كان الحفر عدواناً ، وإن لم يكن عدواناً ، أهدر أيضاً ، ويجب ربع على عاقلة الثاني ، وربع على عاقلة الثالث ، وأما الثاني ، فلا أثر للحفر في حقه وقد مات بجذب الأول، وثقل الثالث والرابع ، فيهدر ثلث ديته ، ويجب ثلثها على عاقلة الأول وثلثها على عاقلة الثالث ، وأما الثالث فمات بجذب الثاني وثقل الرابع ، فيهدر نصف ديته ، ويجب نصفها على عاقلة الثاني ، والوجه الثاني لا يجب للأول شيء لأنه باشر قتل نفسه بجذب الثاني وما تولد منه ، وأما الثاني فيهدر نصف ديته ويجب نصفها على عاقلة الأول ، وأما الثالث ، فيهدر نصف ديته ، ويجب نصفها على عاقلة الثاني ، ومقتضى هذا الوجه أن لا يجب للأول في صورة الثلاثة شيء أصلاً وإن لم يذكره هناك ، والوجه الثالث أنه تجعل دية الثلاثة أثلاثاً ، فيهدر ثلث دية كل واحد ويجب الثلثان من دية الأول على عاقلتي الثاني والثالث ، والثلثان من دية الثاني على عاقلتي الأول والثالث ، والثلثان من دية الثالث على عاقلتي الأول والثاني ، والوجه الرابع حكاه المتولي : يجب للأول ربع الدية إن كان الحافر متعدياً ، وللثاني الثلث، وللثالث النصف للقصة المروية من قضاء علي رضي الله عنه بهذا وإمضاء النبي صلى الله عليه وسلم لذلك ، لكنه حديث ضعيف^(١) وجميع ما ذكرناه إذا وقع الثلاثة أو الأربعة بعضهم فوق بعض ، أما إذا كانت البئر واسعة وجذب بعضهم بعضاً لكن وقع كل واحد في ناحية ، فدية كل مجذوب على عاقلة جاذبه ودية الأول على عاقلة الحافر إن كان متعدياً ، ومن وجبت في هذه الصور دية بعضهم أو بعضها على عاقلته ، لزمه الكفارة في ماله ، ويقع النظر في أنها هل تتجزأ ؟ ومن أهدر دمه أو شيء منه لفعله ، ففي وجوب الكفارة عليه الخلاف في أن قاتل نفسه هل عليه كفارة ؟

(١) هو في المسند برقم (٥٧٣) و (٥٧٤) و (١٠٦٣) و (١٣٠٩) وفي سنده حنن بن المعتمر مختلف فيه ، والاكثر على تضعيفه .

الطرف الرابع في اجتماع سببين متقاومين وفيه مسائل :

إحداها : إذا اصطدم حران ماشيان ، فوقعا وماتا ، فكل واحد مات بفعله وفعل صاحبه ، فهو شريك في القتلين ، ففعله هدر في حق نفسه مضمون في حق صاحبه ، فالصحيح أن في تركة كل واحد منهما كفارتين بناء على أن الكفارة لا تتجزأ ، وأن قاتل نفسه عليه كفارة ، وأما الدية ، فتسقط نصف دية كل واحد ، ويجب نصفها ، ثم إن لم يقصدا الاصطدام بأن كانا أعميين ، أو في ظلمة ، أو مدبرين ، أو غافلين ، فهو خطأ محض ، فعلى عاقلة كل واحد نصف دية الآخر ، وإن تعمدوا الاصطدام ، فوجهان ، أحدهما : أن الحاصل عمد محض ، ويجب في مال كل واحد نصف دية الآخر ، قاله أبو إسحاق ، واختاره الإمام والغزالي ، وأصحهما عند الأكثرين وهو نصه في « الأم » : أن الحاصل شبه عمد ، لأن الغالب أن الاصطدام لا يفضي إلى الموت ، فلا يتحقق فيه العمد المحض ، ولذلك لا يتعلق القصاص إذا مات أحدهما دون الآخر ، فيجب على عاقلة كل واحد نصف دية الآخر مغلظة .

الثانية : إذا كان المصطدمان راكبين ، فحكم الدية والكفارة كما ذكرنا ، فلو تلفت الدابتان ، ففي تركة كل واحد نصف قيمة دابة صاحبه ، ولو غلبتهما الدابتان ، فجرى الاصطدام والراكبان مغلوبان ، فالمذهب أن المغلوب كغير المغلوب كما سبق ، وفي قول أنكره جماعة أن هلاكهما وهلاك الدابتين هدر ، إذ لا صنع لهما ، ولا اختيار ، فصار كالهلاك بأفة سماوية ، ويجري الخلاف فيما لو غلبت الدابة راكبها أو سائقها ، وأتلفت مالا ، هل يسقط الضمان عنه ؟

فرع

سواء في اصطدام الراكبين اتفق جنس المركوبين وقوتهما ، أم

اختلف ، كراكب فرس ، أو بعير مع راكب بغل أو حمار ، وسواء في اصطدام الرجلين اتفق سيرهما ، أو اختلف ، بأن كان أحدهما يمشي والآخر يعدو ، وسواء كانا مقبلين ، أم مدبرين ، أو أحدهما مقبلاً والآخر مدبراً ، قال الإمام : لكن لو كانت إحدى الدابتين ضعيفة بحيث يقطع بأنه لا أثر لحركتها مع قوة الدابة الأخرى ، لم يتعلق بحركتها حكم ، كغرز الإبرة في جلدة العقب مع الجراحات العظيمة ، وسواء وقع المصطدمان مقبلين أو مستلقين ، أو أحدهما مستلقياً والآخر مكباً ، وعن المزني أنه إذا وقع أحدهما مكباً والآخر مستلقياً ، فالمكب مهدر وعلى عاقلته ضمان المستلقي ، وعن ابن القاص مثله تخريجاً ، وعنه أن المكبين مهدران ، والمذهب الأول ، وبه قطع الجمهور ، ولو اصطدم ماش وراكب لطول الماشي وهلكا ، فالحكم ما سبق .

فرع

تجاذب رجلان جبلاً ، فانقطع ، فسقطا وماتا ، وجب على عاقلة كل واحد نصف دية الآخر ويهدر النصف ، سواء وقعا مكبين أو مستلقين ، أو أحدهما هكذا والآخر كذلك ، لكن قال البغوي : إن أكب أحدهما ، واستلقى الآخر ، فعلى عاقلة المستلقي نصف دية المكب مغلظة ، وعلى عاقلة المكب نصف دية المستلقي مخففة ، وهذا إن صح اقتضى أن يقال مثله في الاصطدام ، هذا إذا كان الجبل لهما أو مغضوباً ، فإن كان لأحدهما والآخر ظالم ، فدم الظالم هدر ، وعلى عاقلته نصف دية المالك ، ولو أرخى أحد المتجاذبين ، فسقط الآخر ، ومات فنصف ديته على عاقلة المرخي ويهدر نصفها ، ولو قطع الجبل قاطع ، فسقطا وماتا ، فديتهما جميعاً على عاقلة القاطع .

فرع

ما ذكرنا أنه يهدر نصف قيمة الدابة ويجب النصف الآخر هو فيما إذا كانت الدابة للراكب ، فإن كانت مستعارة أو مستأجرة لم يهدر منها شيء ، لأن العارية مضبونة ، وكذا المستأجر إذا أتلغه المستأجر .

الثالثة : إذا اصطدم صبيان أو مجنونان ، نظر ، إن كانا ماشيين ، أو راكبين ركبا بأنفسهما ، فهما كالبالغين إلا أنا إذا أوجبنا هناك دية مغلظة ، فهي هنا مخففة إلا إذا قلنا : عمد الصبي والمجنون عمد ، وإن أركبهما من لا ولاية له عليهما ، لم يهدر شيء من ديتهما ، ولا من قيمة الدابتين ، ولا شيء على الصبيين ، ولا على عاقلتهما ، بل إن كان المركب واحداً ، فعليه قيمة الدابتين ، وعلى عاقلته دية الصبيين ، وإن أركب هذا واحداً وذاك آخر ، فعلى كل واحد نصف قيمة كل دابة ، وكذا يضمن ما أتلفته دابة من أركبه بيدها أو رجلها ، وعلى عاقلة كل واحد نصف ديتي الصبيين ، هذا هو الصحيح المعروف الذي قطع به الأصحاب ، وقال الداركي وابن المرزبان : يلزم عاقلة كل مركب دية من أركبه ، قال الشيخ أبو حامد : هذا غلط ، قال في « الوسيط » : فلو تعمد الصبي والحالة هذه ، احتمل أن يحال الهلاك عليه إذا قلنا : عمده عمد ، لأن المباشرة مقدمة على التسبب ، وهذا احتمال حسن ، فإن قيل به ، فحكمه كما لو ركبا بأنفسهما ، والاعتذار عنه تكلف ، ولو وقع الصبي ، فمات ، فقد أطلق الشيخ أبو حامد أنه يتعلق بالمركب الضمان ، وقال المتولي : إن كان مثله لا يستمسك على الدابة ولم يشده ، وجب الضمان ، وإن كان يستمسك ، فإن كان ينقله من موضع إلى موضع ، فلا ضمان ، سواء أركبه الولي أو غيره ، لأنه لا يخاف منه الهلاك غالباً ، وإن أركبه ليتعلم الفروسية ، فهو كما لو تلف في يد السباح ، وفي كل واحد من الإطلاق والتفصيل نظر ، أما إذا أركبهما ولياهما لمصلحتهما فوجهان ، أحدهما : لاضمان على الولي ، كما لو

ركبا بأنفسهما إذ لا تقصير ، والثاني قاله القفال : يجب الضمان ، لأن في الإركاب خطراً ، هكذا أطلق جماعة الوجهين ، وخصهما الإمام بالإركاب لزينة أو حاجة غير مهمة ، قال : فأما إذا مست حاجة أرهقت إلى إركابه للانتقال إلى مكان ، فلا ضمان قطعاً ، ثم الوجهان مخصوصان بما إذا ظهر ظن السلامة ، فأما إذا أركبه الولي دابة شرسة جموحاً ، فلا شك في أنه يتعلق به الضمان •

الرابعة : اصطدام المرأتين كالرجلين ، فإن اصطدم حاملان فماتتا ومات جنيناهما ، وجب في تركة كل واحدة منهما أربع كفارات على الصحيح ، وهو إيجاب الكفارة على قاتل نفسه ، وعدم تجزئة الكفارة ، فإن لم نوجبها على قاتل نفسه ، وجب ثلاث كفارات ، وإن قلنا بالتجزئة ، وجب ثلاثة أنصاف كفارة وعلى عاقلة كل واحدة نصف دية صاحبها ونصف غرة كل جنين •

الخامسة : اصطدم عبدان ، فمات أحدهما ، وجب نصف قيمته متعلقاً برقبة الحي ، وإن ماتا فمهدران ، لأن ضمان جناية العبد تتعلق برقبته ، سواء اتفقت قيمتهما ، أم اختلفت ، وإن اصطدم حر وعبد ومات العبد ، فنصفه هدر ، وتجب نصف قيمته ، وهل تكون على الحر أم على عاقلته ؟ فيه الخلاف في تحمل العاقلة قيمة العبد ، وإن مات الحر ، وجب نصف دية متعلقاً برقبة العبد ، وإن ماتا معاً ، فإن قلنا : قيمة العبد لا تحملها العاقلة ، وجب نصفها في تركة الحر ، ويتعلق به نصف دية الحر ، لأنه بدل رقبته ، وإن قلنا : تحمل العاقلة القيمة ، فنصف قيمة العبد على عاقلة الحر ، ويتعلق به نصف دية الحر ، فيأخذ السيد من العاقلة نصف القيمة ، ويدفع نصف الدية إلى ورثة الحر ، إما من عين المأخوذ وإما من غيره ، قال الإمام : والوجه أن يثبت لورثة الحر مطالبة عاقلته بنصف القيمة ، وإن كان ملكه السيد ليتوثقوا به

وكذا إذا تعلق أرش برقة عبد ، فقتله أجنبي ، ثبت للمجني عليه مطالبه قاتل الجاني بالقيمة ، ويثبت للمرتهن مطالبة قاتل المرهون بالقيمة ليتوثق بها ، وليكن هذا مبنياً على أن المرتهن هل له أن يخاصم الجاني ؟ وفيه خلاف سبق ، الأصح : المنع وبتقدير أن يخاصم ويأخذ ، فإن لم يصر المأخوذ ملكاً للراهن ، لم يصح التوثق ، وإن صار ، فجعل المرتهن نائباً عنه قهراً بعيد .

السادسة : اصطدم مستولدتان لرجلين فماتتا ، أهدر نصف قيمة كل منهما ووجب نصف قيمة كل واحدة على سيد الأخرى ، لأن ضمان جناية المستولدة على سيدها ، كما سيأتي في بابها إن شاء الله تعالى ، والمذهب أنه يضمن أقل الأمرين من أرش الجناية وقيمة مستولده ، وإن كانتا حاملين ، فماتتا ، وأجهضتا جنينهما ، فحكم القيمة ما ذكرنا ، وأما ضمان الجنينين ، فإن كانا رقيقين ، فعلى سيد كل واحدة مع نصف قيمة الأخرى نصف عشر قيمتها لنصف جنينها ، وإن كانتا حاملين بحرين من شبهة ، فعلى كل سيد مع نصف قيمة الأخرى نصف غرة لجنين مستولده ، ونصف غرة لجنين الأخرى ، وإن كانتا حاملين بحرين من السيدين ، فنصف كل جنين هدر ، لأن المستولدة إذا جنت على نفسها ، وألقت جنيناً ، كان هدرأ ، وعلى كل واحد من السيدين نصف غرة جنين الأخرى ، وتصير الصورة من صور التقاص ، وإذا فضل لأحدهما شيء أخذه ، وإن كانت إحداهما حاملاً ، فألقت جنينها ميتاً ، فنصف الغرة على سيد الحامل ، فإن كان للجنين أم أم وارثة ، فلها نصف سدس الغرة ، والباقي لسيد الحامل ، وعليه للجنة نصف سدس أيضاً ليكمل لها سدس الغرة .

السابعة : إذا اصطدم سفيتتان ، وغرقتا بما فيهما ، فيما أن

يحصل الاصطدام بفعلهما ، وإما لا ، فهما حالان .

الأول بفعلهما ، فينظر إن كانت السفينتان وما فيهما ملكاً للملاحين المجريين لهما ، فنصف قيمة كل سفينة وما فيهما مهدر ، ونصف قيمتها ونصف قيمة ما فيها على صاحب الأخرى ، فإن هلك الملاحان أيضاً، فهما كالفارسين يموتان بالاصطدام، وإن كانت السفينتان لهما وحملتا الأموال والأنفس تبرعاً أو بأجرة ، نظر إن تعمدا الاصطدام بما يعده أهل الخبرة مفضياً إلى الهلاك ، تعلق بفعلهما القصاص حتى إذا كان في كل سفينة عشرة أنفس مثلاً يقرع بينهم لموتهم معاً ، فمن خرجت قرعته ، قتل به الملاحان ، وفي مال كل واحد منهما نصف ديات الباقي ، فيكون على كل واحد تسع ديات ونصف مع القصاص ، وفي مال كل واحد من الكفارات بعدد من في السفينتين من الأحرار والعبيد، وعلى كل واحد منهما نصف قيمة ما في السفينتين لا يهدر منه شيء ، ونصف قيمة سفينة صاحبه ، ويهدر نصفها ، ويجري التقاص في القدر الذي يشتركان فيه ، وإن تعمدا الاصطدام بما لا يفضي إلى الهلاك غالباً وقد يتفضي إليه ، فهو شبه عمد ، والحكم كما ذكرنا ، إلا أنه لا يتعلق به قصاص ، وتكون الدية على العاقلة مغلظة ، وإن لم يتعمدا الاصطدام بل ظنا أنهما يجريان على الريح فأخطأ أو لم يعلم واحد منهما أن يقرب سفينته سفينة الآخر ، فالدية على العاقلة ، وإن كانت السفينتان لغير الملاحين ، وكانا أجيرين للمالك ، أو أمينين ، لم يسقط شيء من ضمان السفينتين بل على كل واحد منهما نصف قيمة كل سفينة ، وكل واحد من المالكين مخير بين أن يأخذ جميع قيمة سفينته من أمينه ، ثم هو يرجع بنصفها على أمين الآخر ، وبين أن يأخذ نصفها منه ونصفها من أمين الآخر ، وإن كان المجريان عبيدين ، فالضمان يتعلق برقبتهما .

الحال الثاني : أن يحصل الاصطدام لا بفعلهما ، فإن وجد منهما تقصير بأن توانيا في الضبط ، فلم يعدلاهما عن صوب الاصطدام مع إمكانه ، أو سيراً في ربح شديدة لا تسير في مثلها السفن ، أو لم يكسلا عدتهما من الرجال والآلات ، وجب الضمان على ماذكرنا ، وإن لم يوجد منهما تقصير ، وحصل الهلاك بغلبة الرياح وهيجان الأمواج ، ففي وجوب الضمان قولان ، أحدهما : نعم كالفارسين إذا غلبتهما دابتهما ، وأصحهما : لا ، لعدم تقصيرهما ، كما لو حصل الهلاك بصاعقة بخلاف غلبة الدابة ، فإن ضبطها ممكن باللجام ، وقيل : القولان إذا لم يكن منهما فعل ، بأن كانت السفينة مربوطة بالشاطئ أو مرساة في موضع ، فهاجت ربح فسيرتها فأما إذا سيراهما ، ثم غلبت الرياح ، وعجزا عن ضبطهما ، فيجب الضمان قطعاً ، والمذهب طرد القولين في الحالين ، فإن قلنا : يجب الضمان ، فهو كما لو فرطاً ، ولكن لم يقصدا الاصطدام ، وإن قلنا بالأظهر : لم يجب ضمان الأحرار ، ولا ضمان الودائع والأمانات فيهما ولا ضمان الأموال المحمولة بالأجرة إن كان مالكة أو عبده معها يحفظها ، وإن استقل المجريان باليد ، فعلى القولين في أن يد الأجير المشترك هل هي يد ضمان ؟ وإن كان فيهما عبيد ، فإن كانوا أعواناً أو حفاظاً للمال لم يجب ضمانهم ، وإلا فهم كسائر الأموال ، وعلى هذا لو اختلف صاحب المال والملاحان ، فقال صاحب المال : كان الاصطدام بفعلكما ، وقالوا : بل بغلبة الرياح ، صدقاً يمينهما ، ومتى كان أحدهما مفرطاً أو عامداً دون الآخر ، خص كل واحد منهما بالحكم الذي يقتضيه حاله على ماذكرنا ، ولو صدمت سفينة السفينة المربوطة بالشاطئ فكسرتها ، فالضمان على مجري السفينة الصادمة .

فرع

إذا خرق واحد سفينة ، ففرق ما فيها من نفس ومال ، وجب ضمانه ،

ثم إن تعمد الخرق بما يفضي إلى الهلاك غالباً كالخرق الواسع الذي لا مدفع ، وجب القصاص والدية المغالطة في ماله، وإن تعمد به ما لا يحصل به الهلاك غالباً ، فهو شبه عمد ، وكذا لو قصد إصلاح السفينة، فنفذت الآلة في موضع الإصلاح ففرقت به السفينة ، وإن أصابت الآلة غير موضع الإصلاح ، أو سقط من يده حجر ، أو غره ، فخرقت السفينة ، فهو خطأ محض .

فرع

لو كانت السفينة مثقلة بتسعة أعدال ، فوضع آخر فيها عدلاً آخر عدواناً ، ففرقت ، فهل يغرم جميع الأعدال التسعة أم بعضها ؟ وجهان : أحدهما : جسيعها ، لأن الهلاك ترتب على فعله ، وأصحهما : البعض ، وفيه وجهان ، أحدهما : النصف ، والثاني : قسطه إذا وزع على جميع الأعدال، وهو كالخلاف في الجلاذ إذا زاد على الحد المشروع، وله نظائر متقدمة .

فصل

إذا أشرفت السفينة على الغرق ، جاز إلقاء بعض أمتعتها في البحر، ويجب الإلقاء رجاء نجاة الراكبين إذا خيف الهلاك ، ويجب إلقاء مالا روح فيه لتخليص ذي الروح ، ولا يجوز إلقاء الدواب إذا أمكن دفع الغرق بغير الحيوان ، وإذا مست الحاجة إلى إلقاء الدواب ، ألقيت لإبقاء الآدميين ، والعبيد كالأحرار ، وإذا قصر من عليه الإلقاء حتى غرقت السفينة ، فعليه الإثم ولا ضمان كما لو لم يطعم صاحب الطعام المضطر حتى مات ، يعصي ولا يضنه ، ولا يجوز إلقاء المال في البحر من غير خوف ، لأنه إضاعة للمال ، وإذا ألقى متاع نفسه أو متاع

غيره بإذنه رجاء السلامة ، فلا ضمان على أحد ، ولو ألقى متاع غيره بغير إذنه ، وجب الضمان ، وقيل : إذا ألقى من لاخوف عليه متاع نفسه لإتقاذه غيره ، ففي رجوعه عليه وجهان ، كمن أطعم المضطر قهراً والمذهب الأول ، ولو قال لغيره : ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه أو على أي ضامن ، أو على أي أضمن قيمته ، فألقاه فعلى الملتمس ضمانه ، وقال أبو ثور وبعض الأصحاب : لا يجب ضمانه ، لأنه ضمان مالم يجب ، والصحيح الأول وبه قطع الجمهور ، لأنه التماس إتلاف بعوض له فيه غرض صحيح ، فصار كقوله : أعتق عبدك على كذا ، فأعتق ، قال الأصحاب : وليس هذا على حقيقة الضمان وإن سمي ضماناً ، ولكنه بذل مال للتخليص عن الهلاك ، فهو كما لو قال : أطلق هذا الأسير ولك علي كذا ، فأطلقه ، يجب الضمان ، وبني القاضي حسين عليه أنه لو قال لمن له القصاص : اعف ولك كذا ، أو قال لرجل : أطعم هذا الجائع ولك علي كذا ، فأجاب ، يستحق المسمى ، أما إذا اقتصر على قوله : ألق متاعك في البحر ، ولم يقل : وعلي ضمانه ، فألقاه فقبل في وجوب الضمان خلاف ، كقوله : أد ديني ، وقطع الجمهور بأنه لا ضمان ، لأن قضاء الدين ينفعه قطعاً وهذا قد لا ينفعه ، قال البغوي : وتعتبر قيمة الملقى قبل هيجان الأمواج ، فإنه لا قيمة للمال في تلك الحال ، فلا تجعل قيمة المال في البحر وهو على خطر الهلاك كقيمة البر ، ثم إنما يجب الضمان على الملتمس بشرطين ، أحدهما : أن يكون الالتماس عند خوف الغرق ، فأما في غير حال الخوف فلا يقتضي الالتماس ضماناً ، سواء قال : على أي ضامن ، أو لم يقل ، كما لو قال : اهدم دارك ، ففعل .

الشرط الثاني : أن لا تختص فائدة الإلقاء بصاحب المتاع ، واعلم أن فائدة التخليص بإلقاء المتاع تتصور في صور :

إحداها : أن يختص بصاحب المتاع ، فإذا كان في السفينة المشرفة راكب ومتاعه ، فقال له رجل من الشط ، أو من زورق بقربها : ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه ، فألقى ، لا يجب الضمان ، ولا يحل له أخذ الضمان ، لأنه فعل ما هو واجب عليه لغرض نفسه ، فلا يستحق عوضاً ، كما لو قال للمضطر : كل طعامك وأنا ضامن لك ، فأكله ، لاشيء على الملتمس .

الثانية : أن يختص بالملتمس ، بأن أشرفت سفينة على الفرق وفيها متاع رجل وهو خارج عنها ، فقال للخارج : ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه ، فألقى ، وجب الضمان كما ذكرنا سواء حصلت السلامة أم لا ، حتى لو هلك الملتمس وجب الضمان في تركته .

الثالثة : أن يختص بغيرهما ، بأن كان الملتمس وصاحب المتاع خارجين عن السفينة وفيها جماعة مشرفون على الفرق ، وجب الضمان على الملتمس أيضاً ، لأنه غرض صحيح .

الرابعة : أن تعود المصلحة إلى ملقي المتاع وغيره دون الملتمس ، فوجهان ، أحدهما : يجب ضمان جميع المتاع ، والثاني : بقسط الملقى على مالكة وسائر من فيها ، فيسقط قسط المالك ويجب الباقي ، فإن كان معه واحد ، وجب نصف الضمان ، وإن كان معه تسعة ، وجب تسعة أعشاره .

الخامسة : أن يكون في الإلقاء تخليص الملتمس وغيره ، بأن التمس بعض ركاب السفينة من بعض ، فيجب الضمان على الملتمس ، قال الإمام : ويجيء الوجهان في أنه هل تسقط حصة المالك ؟

فرع

إذا قال : ألتق متاعك في البحر وأنا وركاب السفينة ضامنون ، كل واحد منا على الكمال ، أو على أنني ضامن وكل واحد منهم ضامن ، فعليه ضمان الجميع ، ولو قال : أنا وهم ضامنون كل واحد منا بالحصة ، لزمه ما يخصه ، وكذا لو قال : أنا وهم ضامنون ، واقتصر عليه ، ولو قال : وأنا ضامن وركاب السفينة ، أو على أن أضمنه أنا والركاب ، أو قال : وأنا ضامن وهم ضامنون ، لزمه ضمان الجميع على الأصح ، وقيل : على القسط ، ثم قوله : هم ضامنون ، إما للجميع ، وإما للحصة ، إن أراد به الإخبار عن ضمان سبق منهم ، واعترفوا به ، لزمهم ، وإن أنكروا ، فهم المصدقون ، وإن قال : أردت إنشاء الضمان عنهم ، فقليل : إن رضوا به ، ثبت المال عليهم ، والصحيح أنه لا يثبت ، لأن العقود لا توقف ، وإن قال : وأنا وهم ضماء وضمنت عنهم بإذنهم ، طوب هو بالجميع بقوله ، وإذا أنكروا الإذن ، فهم المصدقون حتى لا يرجع عليهم ، ولو قال : أنا وهم ضماء ، وأصححه من مالهم ، فقد نقل الأئمة لاسيما العراقيون ، أنه يطالب بالجميع أيضاً ، وكذا لو قال : أنا أحصله من مالهم كما لو قال : اخلعها على ألف أصححها لك من مالها ، أو أضمنها لك من مالها ، يلزمه الألف ، ولو قال : ألتقي متاعك في البحر على أنني وهم ضماء ، فأذن له في الإلقاء ، فألقاه ، فهل تلزمه الحصة أم الجميع ، لأنه باشر الإلتلاف ؟ وجهان •

فرع

قال : ألتق متاعك وعلي نصف الضمان ، وعلى فلان الثلث ، وعلى فلان السدس ، لزمه النصف •

فرع

قال لرجل : ألتق متاع زيد وعلي ضمانه إن طالبك ، فالضمان على الملقى دون الأمر •

فرع

قال الإمام : المتاع الملقى لا يخرج عن ملك مالكة حتى لو لفظه البحر على الساحل ، وظفروا به ، فهو لمالكة ، ويسترد الضامن المبذول ، وهل للمالك أن يمسك ما أخذه ، ويرد بدله ؟ فيه خلاف كالخلاف في العين المقرضة إذا كانت باقية ، فهل للمقترض إمسакها ورد بدله ؟

المسألة الثامنة : إذا عاد حجر المنجنيق على الرامين ، فقتل أحدهم ، فقد مات بفعله وفعل شركائه ، وحكمه كالاصطدام ، فإن كانوا عشرة ، سقط عشر ديته ، ووجب على عاقلة كل واحد من التسعة عشرها ، ولو قتل اثنين منهم ، فصاعداً فكذاك ، فلو قتل العشرة ، أهدر من دية كل واحد عشرها ، ووجب على عاقلة كل واحد من الباقيين عشرها ، ولو أصاب الحجر غيرهم ، نظر ، إن لم يقصدوا واحداً أو أصاب غير من قصدوه ، بأن عاد فقتل بعض النظارة ، فهذا خطأ يوجب الدية المخففة على العاقلة ، وإن قصدوا شخصاً أو جماعة بأعيانهم فأصابوا من قصدوه ، فوجهان ، قطع العراقيون بأنه شبه عمد ، لأنه لا يتحقق قصد معين بالمنجنيق ، والثاني وبه قطع الصيدلاني ، والإمام والغزالي والمتولي ، ورجحه البغوي والرويانى : أنه عمد إذا كانوا حاذقين تتأتى لهم الإصابة ، والغالب الإصابة .

قلت : هذا الثاني هو الذي صححه في « المحرر » . **والله اعلم**

وإن قصدوا واحداً أو جماعة ، والغالب أنه لا يصيب من قصدوه وقد يصيب ، فهو شبه عمد ، والعلم بأنه يصيب أحدهم لابعينه ، أو جماعة منهم لا بأعيانهم ، لا يحقق العسدية ، ولا يوجب القصاص ، لأن العسدية تعتمد قصد عين الشخص ولهذا لو قال : اقتل أحد هؤلاء وإلا قتلتك ، فقتل أحدهم ، لا قصاص على الأمر ، لأنه لم يقصد عين أحدهم ، ثم قال الغزالي : يكون هذا خطأ في حق ذلك الواحد ، وقال البغوي :

يكون شبه عمد تجب به دية مغلظة على العاقلة وهذا هو الصحيح إذا قصدوا واحداً أو جماعة لا بأعيانهم ، وكذا لو رمى سهماً إلى جماعة ، ولم يعين أحدهم ، ثم استدرك الإمام فقال : قولنا لا يجب القصاص مفروض فيمن قصد إصابة واحد لا بعينه ، أو جماعة لا بأعيانهم وأصاب الحجر بعضهم ، فأما إذا كان القوم محصورين في موضع وعلم الحاذق أنه إذا سدد عليهم الحجر أصاب جميعهم وحقق قصده ، فأتى عليهم ، فالذي أراه وجوب القصاص •

التاسعة : جرح مرتداً بقطع يده أو غيرها ، فأسلم ، ثم جرحه الأول ، ثم جرحه ثلاثة آخرون فمات ، نظر ، إن وقعت الجراحات الأربع بعد اندمال الأولى ، لزمهم الدية أربعاً ، وإن وقعت قبل اندمالها ومات من الجراحات الخمس ، ففيما عليهم وجهان ، أحدهما وبه قال ابن الحداد : توزع الدية على عدد الجارحين وهم أربعة ، فيجب على كل واحد ربعها ، ثم يعود ما على الجراح في الردة إلى الثمن ، لأن جراحة الردة مهدرة ، والثاني : توزع الدية على الجراحات ، فيسقط خمسها للردة ، ويجب على كل واحد من الأربعة خمسها ، كما لو جرحه واحد في الردة وأربعة بعد الإسلام ، فإنه يلزم كل واحد من الأربعة خمس الدية ، ولو جرحه ثلاثة في الردة ، ثم جرحوه مع رابع في الإسلام ، ومات بالجراحات ، فعلى قول ابن الحداد توزع الدية على الأربعة وقد جرح ثلاثة منهم جراحتين ، إحداهما في الردة ، فيعود ما على كل منهم إلى الثمن ، ويبقى على الرابع الربع ، وعلى الوجه الآخر : الجراحات سبع ، فيسقط ثلاثة أسباع الدية بجراحات الردة ، ويجب على كل واحد سبعها ، ولو جرحه في الردة أربعة ، ثم جرحه أحدهم مع ثلاثة في الإسلام ، فعلى قول ابن الحداد : الجارحون سبعة فعلى كل واحد من الذين لم يجرحوا إلا في الإسلام سبع الدية ، ولا شيء على الجارحين في الردة فقط ، وعلى الجراح في الحالين نصف سبع ، وعلى الوجه

الآخر مات بشان جراحات ، أربع في الإهدار ، فعلى كل واحد من الجارحين في الإسلام ثمن الدية . ولو جرحه أربعة في الردة ، ثم جرحه أحدهم وحده في الإسلام ، فعلى قول ابن الحداد : الجارحون أربعة ، يلزم الجارح في الإسلام الثمن ، لأن حصته الربع ، فيسقط نصفه بجراحة الردة ، ولا شيء على الباقي ، وعلى الوجه الآخر يلزمه خمس الدية ، ويسقط أربعة أخماسها ، ولو جرحه ثلاثة في الردة ، ثم جرحه أحدهم في الإسلام ، فهل عليه سدس الدية أم ربعها ؟ فيه الوجهان ، ولو جرحه اثنان في الردة ، ثم جرحه أحدهما مع ثالث في الإسلام ، فعلى قول ابن الحداد ، لا شيء على الذين لم يجرح إلا في الردة ، وعلى الجارح في الحاليين سدس ، وعلى الآخر ثلث ، وعلى الوجه الآخر ، يلزم الجارح في الحاليين ربع الدية ، وكذا الجارح في الإسلام . ولو جرحه اثنان في الردة ، ثم في الإسلام ، لزم كل واحد منهما ربع الدية باتفاق الوجهين ، ولو جرحه ثلاثة في الردة ثم في الإسلام ، لزم كل واحد سدس الدية باتفاق الوجهين ، وكذا يتفقان متى لم يختلف عدد الجراحات ولا الجارحين في الحاليين .

فرع

إذا اختلفت جنايات رجل عمداً وخطأً ، وشاركه غيره بأن جرح خطأً ، ثم عاد مع آخر ، فجرحا عمداً ، فالتوزيع لمعرفة ما يؤخذ منه وما يضرب على عاقلته كما سبق فيما إذا جنى في الردة والإسلام .

العاشرة : جنى عبد على زيد بإيضاح ، أو قطع يد ، أو أصبع أو غيرها ، ثم قطع عسرو يد العبد ، ثم جنى العبد على بكر ، ومات زيد وبكر بالجراحة أو لم يموتا ، ومات العبد بالقطع ، لزم عمراً قيمة العبد ، فحصة اليد منها يخص بها زيد ، ويتضارب زيد وبكر أو ورثتهما في الباقي : زيد بما بقي بعد أخذ حصة اليد ، وبكر بالجميع ،

العفو ، وأما إذا أضاف العفو إلى السيد ، فقال : عفوت عنك ، فيصح إن علقنا الأرض بالرقية فقط ، وإلا فلا ، وإن أضافه إلى العبد ، فإن قلنا : يتعلق بالرقية فقط ، لم يصح ، وإلا فعلى القولين في الوصية للقاتل ، أما إذا كانت الجناية موجبة للقصاص ، فالعفو عن العبد صحيح ، فإنه عليه بكل حال •

المسألة الرابعة : جرح حر رجلاً خطأ ، فعفا عنه ، ثم سرت الجناية إلى النفس ، ينبي على أن الدية في قتل الخطأ تجب على العاقلة ابتداء ، أم على القاتل ، ثم تتحملها العاقلة ، وفيه خلاف مذكور في بابه ، فإن قال : عفوت عن العاقلة ، أو أسقطت الدية عنهم ، أو قال : عفوت عن الدية ، فهذا تبرع على غير القاتل ، فينفذ إذا وفى الثلث به ، ويبرؤون ، سواء جعلناهم متأصلين أم متحملين ، وإن قال للجاني : عفوت عنك ، لم يصح ، وقيل : إن قلنا : يلاقيه الوجوب ثم يحمل عنه ، صح ، والمذهب الأول ، لأنه بمجرد الوجوب ينتقل عنه ، فيصافه العفو ، ولا شيء عليه ، هذا إذا ثبتت الجناية بالبين ، أو باعتراف العاقلة ، فأما إذا أقر القاتل ، وأنكرت العاقلة ، فالدية على القاتل ، ويكون العفو تبرعاً على القاتل ، ففيه الخلاف ، ولو عفا الوارث بعد موت المجني عليه عن العاقلة ، أو مطلقاً ، صح ، ولو عفا عن الجاني ، لم يصح ، لأنه لا شيء عليه ، فإن ثبت بإقراره ، صح •

فرع

لو كان الجاني ذمياً وعاقلته مسلمين أو حريين ، فالدية في ماله ، فإن عفا عنها ، فهي وصية للقاتل ، وفيها القولان •

الخامسة : جنى عليه جناية توجب القصاص لو اندملت ، كقطع يد ، فعفا على الدية ، ثم سرت إلى النفس ، لم يجب القصاص في النفس ،

وفيه الوجه المنسوب إلى ابن سريج وابن سلمة ، ولو جنى بما لا قصاص فيه ، كالجائفة وكسر الذراع ، فأخذ المجني عليه الأرض ، ثم سرت إلى النفس ، وجب القصاص ، وفي احتمال للإمام ، ولو كان المجني عليه قد قال والحالة هذه : عفوت عن القصاص ، فهو لغو ، لأن هذه الجناية لا قصاص فيها ، ولو عفا المجني عليه عن قطع اليد ونحوها على الدية ، ثم عاد الجاني فحز رقبتة ، نظر ، إن حز بعد الاندمال ، فعليه القصاص في النفس ودية اليد ، وإن حز قبل الاندمال ، فوجهان ، أحدهما : لا قصاص ، لأنه عفا عن بعض النفس ، لكن له الباقي من الدية ، وأصحهما : يجب القصاص ، فعلى هذا لو عفا عن القصاص ، فهل له دية كاملة ، أم الباقي من الدية ؟ وجهان ، أحدهما : الثاني .

السادسة : عفا الوارث بعد موت المجني عليه ، صح ، ولو وجب على الجاني قصاص طرف إنسان ونفسه ، نظر ، إن كان مستحق هذا غير مستحق ذلك ، فلا شك أن عفو أحدهما لا يسقط حق الآخر ، ومن صورته أن يقطع عبد يد عبد ، فيعتق المجني عليه ، ثم يسري إلى نفسه ، فالقصاص في اليد للسيد ، وفي النفس لورثة العتيق ، وإن استحقهما واحد ، فعفا عن النفس ، وأراد القصاص في الطرف ، فله ذلك على المذهب ، وانفرد الغزالي بحكاية وجه فيه ، وإن عفا عن الطرف ، لم يسقط قصاص النفس على الأصح ، ولو استحق قصاص النفس بقطع الطرف ، بأن كان الجاني قد قطع المجني عليه ، ومات بالسراية ، ثم عفا الولي عن قصاص النفس ، فليس له قطع الطرف ، لأن المستحق هو القتل ، والقطع طريقه ، وقد عفا عن المستحق ، وإن عفا عن القطع ، فله حز رقبتة على الأصح ، ولو قطع يد رجل ثم حز رقبتة قبل الاندمال ،

وبعض المحرمات وأما الحديث الصحيح : « كان نبي من الأنبياء يخط ،
فمن وافق خطه ، فذاك » فمعناه : من علمتم موافقته له ، فلا بأس ،
ونحن لانعلم الموافقة ، فلا يجوز ، لأن الجواز معلق بمعرفة الموافقة •
والله اعلم

نصل

القتل بالسحر لا يثبت بالبينة ، لأن الشاهد لا يعلم قصد الساحر ،
ولا يشاهد تأثير السحر ، وإنما يثبت ذلك بإقرار الساحر ، وقد سبق
في الجنائيات أنه إذا قال : قتلته بسحري ، وسحري يقتل غالباً ، فقد
أقر بقتل العمد ، وإن قال : وهو يقتل نادراً ، فهو إقرار بشبه العمد ،
وإن قال : أخطأت من اسم غيره إلى اسمه ، فهو إقرار بالخطأ ، ثم دية
شبه العمد ، ودية الخطأ المخففة كلاهما في مال الساحر ، ولا تطالب
العاقلة بشيء إلا أن يصدقوه ، لأن إقراره عليهم لا يقبل ، كما سيأتي في
باب العاقلة إن شاء الله تعالى ، وقوله في « الوجيز » هي على العاقلة
خطأ وسبق قلم ، لم يذكره غيره ، ولا هو في « الوسيط » •

فرع

قال الشافعي رحمه الله في « الأم » : لو قال : أمرض بسحري
ولا أقتل ، وأنا سحرت فلاناً فأمرضته ، عزز ، قال : ولو قال : لا أمرض
به ، ولكن أؤذي ، نهي عنه ، فإن عاد ، عزز ، لأن السحر كله حرام •

فرع

إذا قال : أمرضته بسحري ولم يمت به ، بل بسبب آخر ، نص
الشافعي رحمه الله في « المختصر » أنه لو ثبث يقسم به الولي ، ويأخذ
الدية ، قال الإمام : وفيه قول مخرج : انه ليس بلوث ، والمذهب
والمنصوص في « الأم » وما عليه الجمهور ، أنه إن بقي متألم إلى أن

مات ، حلف الولي ، وأخذ الدية ، وذلك قد ثبت بالبينة ، وقد ثبت
باعتراف الساحر ، وإن ادعى الساحر البرء من ذلك المرض وقد مضت
مدة يحتمل البرء فيها ، فالقول قوله يمينه ، وعلى هذا يحمل نص
« المختصر » .

فرع

قال : قتلت بسحري جماعة ، ولم يعين أحداً ، فلا قصاص ولا
يقتل حداً ، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله .

فرع

إذا أصاب غيره بالعين ، واعترف بأنه قتله بالعين ، فلا قصاص ،
وإن كانت العين حقاً ، لأنه لا يفضي إلى القتل غالباً ، ولا يعد مهلكاً .
قلت : ولا دية فيه أيضاً ولا كفارة ، ويستحب للعائن أن يدعو
للمعين بالبركة ، فيقول : اللهم بارك فيه ولا تضره ، وأن يقول : ما شاء
الله لا قوة إلا بالله ، وفي صحيح مسلم : أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال : « العين حق ، وإذا استغسلتم فاغسلوا » قال العلماء :
الاستغسال . أن يقال للعائن : اغسل داخلة إزارك مما يني الجلد بماء ،
ثم يصب على المعين ، وعن عائشة رضي الله عنها قالت : كان يؤمر العائن
أن يتوضأ ، ثم يغتسل منه المعين . وقد جاء في هذه المسألة أحاديث في
الصحيح وغيره وغيرها أوضحها في أواخر كتاب « الأذكار » والله أعلم

الباب الخامس في العاقلة ومن عليه الدية ، وفي جناية الرقيق

قد سبق عند ذكر جهات تخفيف الدية وتغليظها ، أن الدية في
العمد على الجاني ، وفي شبه العمد والخطأ على العاقلة ، وسواء في
العمد كان موجباً للدية ابتداء كقتل الأب الابن ، أم كان موجباً
للقصاص ، ثم عفي على الدية ، ولا تحمل العاقلة أيضاً دية الأطراف في

جناية العمد ، ثم بدل العمد يجب حالاً على قياس أبدال المتلفات ، وبدل شبه العمد والخطأ ، يجب مؤجلاً ، وفي الباب أطراف :

الأول في بيان العاقلة ، والثاني : في صفتهم ، والثالث : في كيفية الضرب عليهم ، وهذه الأطراف مختصة بجناية الحر ، والرابع : في جناية الرقيق •

أما العاقلة فجهاث التحمل ثلاث : القرابة والولاء وبيت المال ، وليست المحالفة والموالاتة من جهات التحمل ، ولا يتحمل الحليف ولا العديد الذي لا عشيرة له ، فيدخل نفسه في قبيلة ليعد منها ، ولا يتحمل أيضاً عندنا أهل الديوان بعضهم عن بعض بمجرد ذلك ، أما جهة القرابة فإنما يتحمل منها من كان على حاشية النسب وهم الإخوة وبنوهم والأعمام وبنوهم ، وأما أبو الجاني وأجداده وبنوه وبنو بنيه ، فلا يتحملون ، لأنهم أبعاضه وأصوله ، فلم يتحملوه ، كما لا يتحمل الجاني ، وفي الحديث الصحيح أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بدية مقتولة على عاقلة القاتلة ، وبرأ زوجها والولد ، وفي الحديث الآخر قال لرجل معه ابنه : « لا يجني عليك ولا تجني عليه » أي : لا يلزمك موجب جنايته ، ولا يلزمه موجب جنايتك ، فلو جنت امرأة ولها ابن هو ابن ابن عمها ، لم يتحمل على الأصح ، لأن البنوة مانعة •

فرع

يقدم أقرب العصابات فأقربهم ، ومعنى التقديم : أن ينظر في الواجب عند آخر الحول ، وفي الأقربين فإن كان فيهم وفاء إذا وزع الواجب عليهم لقلة الواجب أو لكثرتهم ، وزع عليهم ولا يشاركهم من بعدهم وإلا فيشاركهم في التحمل من بعدهم ثم الذين يلونهم • والمقدم من العاقلة الإخوة ثم بنوهم وإن سفلوا ، ثم الأعمام ثم بنوهم ، ثم أعمام الأب ثم بنوهم ، ثم أعمام الجد ثم بنوهم على ما سبق في الميراث ، وهل يقدم من

يدلي من هؤلاء بالأبوين على المدلي بالأب كالأخ من الأبوين مع الأخ
من الأب أم يستويان؟ قولان ، الجديد الأظهر تقديمه •

فرع

ذوو الأرحام لا يتحملون ، قال المتولي : إلا إذا قلنا بتوريثهم
فيتحملون عند عدم العصبات كما يرثون عند عدمهم ، ولا تحمل
بالزوجة بحال •

الجهة الثانية : الولاء ، فإذا لم يكن للجاني عصة نسب ،
أو كانوا ولم يف التوزيع عليهم يحمل معتقه ، فإن لم يكن ، أو فضل
عنه شيء ، تحمل عصبته من النسب ، فإن لم يكونوا ، أو فضل شيء ،
تحمل معتق المعتق ، ثم عصباته ، ولا يدخل في عصة المعتق ابنه وأبوه
على الأصح ، وقيل : يدخل لفقد البعضية بينه وبين الجاني ، ويجري
الوجهان في ابن معتق المعتق وأبيه ، فإن لم يوجد من له نعمة الولاء على
الأب الجاني ولا أحد من عصباته ، تحمل معتق الأب ثم عصباته ، ثم معتق
معتق الأب ثم عصباته ، فإن لم يوجد من له نعمة الولاء على الأب ،
تحمل معتق الجد ثم عصباته كذلك إلى حيث ينتهي ، واللقيط الذي
لا يعرف نسبه لو ادعاه رجل ، أو بلغ وانتسب إلى ميت واعترف به
ورثته ، يثبت نسبه ، وتؤخذ دية جنايته من عصباته ، فإن قامت بينة
بأنه من قبيلة أخرى ، فالحكم للبينه •

فصل

سيأتي إن شاء الله تعالى أن المرأة لا تتحمل العقل بحال ، فلو
أعتقت عبداً لم تحمل عقله ، وإنما يحمله من يحمل دية جنايتها ، كما
يزوج عتيقها من يزوجها •

فرع

أعتق جماعة عبداً ، فجنى خطأ ، حملوا عنه حمل شخص واحد ، لأن الولاء لجميعهم لا لكل واحد ، فإن كانوا أغنياء فالمضروب على جميعهم نصف دينار ، وإن كانوا متوسطين ، فربع ، وإن كانوا بعضاً وبعضاً ، فعلى الغني حصته من النصف وعلى المتوسط حصته من الربع ، ولو كان المعتق واحداً ومات عن إخوة مثلاً ، ضرب على كل واحد حصته تامة من نصف دينار أو ربه ، ولا يقال : يوزع عليهم ما كان الميت يحمله ، لأن الولاء لا يتوزع عليهم توزعه على الشركاء ، ولا يرثون الولاء من الميت ، بل يرثون به ، ولو مات واحد من الشركاء المعتقين ، أو جميعهم ، حمل كل واحد من عصبته مثل ما كان يحمله الميت وهو حصته من نصف أو ربع ، لأن غايته نزوله منزلة ذلك الشريك .

فرع

إذا ضربنا على المعتق ، فبقي شيء من الواجب ، فهل يضرب على عصبته في حياته ؟ نقل الإمام والغزالي المنع إذ لاحق لهم في الولاء ولا بالولاء في حياته ، وتردد الإمام فيما لو لم يبق المعتق وضربنا على عصبته ، فهل يخص بالأقربين ، لأنهم أهل الولاء والإرث ، أم يتعدى إلى الأبعد كعصبة الجاني ؟ ورجح الاحتمال الثاني ، وجزم به الغزالي ، وصرح صاحباً « الشامل » و « التتمة » وغيرهما بالضرب عليهم .

فصل

في تحمل العتيق عن المعتق قولان ، أظهرهما : المنع إذ لا إرث ، والثاني : نعم ، ويتأخر عن المعتق ، ولا يضرب على عصبته بحال ، قال في « البيان » : مقتضى المذهب أن يكون في عتيق العتيق القولان ، لأن الجاني يتحمل عنه .

فصل

سيأتي إن شاء الله تعالى في كتاب العتق أن من لم يمسه رق قد يثبت عليه ولاء لمعتق أبيه أو جده أو أمه ، وإن أمه إذا كانت عتيقة والأب رقيق ، فعليه الولاء لمعتقها ، فإن أعتق الأب ، انجر ولاء الولد إلى مولى الأب ، وتحمل عقله مفرع على الولاء ، فيتحملة من له الولاء ، فلو جنى متولد من عتيقة ورقيق ، فالدية على مولى الأم ، ولو جرح رجلاً ، فأعتق أبوه ، ثم مات المجروح فأرث الجراحة على مولى الأم ، والباقي على الجاني ، لأنه لا يمكن إيجابه على معتق الأم ، لزوال استحقاقه الولاء ، ولا على معتق الأب ، لأنه وجب بصرية وجدت قبل انجرار الولاء إليه ، ولا على بيت المال لوجود جهة الولاء ، هكذا قاله ابن الحداد والأصحاب ، ولالإمام والغزالي احتمال في بيت المال ، لأن تعذر الولاء كعدمه ، والمسألة نظائر منها : متولد من عتيقة ورقيق حفر بئراً عدواناً ، أو أشرع جناحاً أو ميزاباً ، فمات به رجل ، فالدية على مولى الأم ، فإن أعتق أبوه ، ثم حصل الهلاك ، فالدية في ماله ، ولو حفر العبد بئراً ، ثم عتق ، ثم تردى فيها شخص ، أو رمى إلى صيد ، فعتق ، ثم أصاب السهم شخصاً ، فالدية في ماله ، ولو قطع يد إنسان خطأ ، فأعتقه سيده ، ثم سرت إلى النفس ، صار السيد بإعتاقه مختاراً للدفاء ، فعليه الأقل من نصف الدية وكمال قيمة العبد ، ويجب في مال الجاني نصف الدية ، قال البغوي : ويجيء وجه أن السيد يفديه بالأقل من كل الدية وكل القيمة ، لأن الجناية وجدت في الرق •

ومنها : رمى ذمي صيداً ، فأسلم ، ثم أصاب إنساناً ، فالدية في ماله لأعلى عاقلة الذمي ولا المسلم ، لأن الدية إنما يحملها من كان عاقلة في حاتتي الرمي والإصابة ، ولو رمى يهودي صيداً ، ثم تنصر ، ثم أصاب

شخصاً ، قال الأصحاب : إن قلنا : لا يقر عليه ، فهو مرتد لا عاقلة له ، فالدية في ماله ، وإن قلنا : يقر ، فالدية على عاقلته ، على أي دين كانوا ، وليكن تحملهم على خلاف نذكره إن شاء الله تعالى متصلاً به ، ولو جرح ذمي رجلاً خطأ ، وأسلم ، ثم مات المجروح ، فأرش الجرح على عاقلته الذمين ، والباقي في ماله ، فإن زاد أرش الجرح على دية بأن قطع يديه ورجليه ، فالواجب دية النفس على عاقلته الذمين ، قاله ابن الحداد ، ووافقهم الجمهور ، وفيه وجه قطع به في « المذهب » أن الأرش والزائد على العاقلة الذمين اعتباراً بحال الجرح ، ولو عاد بعد الإسلام وجنى على المجني عليه جناية أخرى خطأ ، ومات منهما ، فنصف الدية على عاقلته المسلمين ، وأما الذميون ، فإن كان أرش الجرح نصف الدية أو أكثر ، فعليهم النصف أيضاً ، وإن كان أقل كأرش موضحة ، فهو على الذمين ، وما زاد إلى تمام النصف ، فعلى الجاني ، وإن كان الجرح بعد الإسلام مذنباً قال الشيخ أبو علي وغيره : أرش الجرح الواقع في الكفر على الذمين ، والباقي إلى تمام الدية على المسلمين ، وفي « النهاية » و « البيان » إن هذا تفريع على قول ابن سريج فيمن جرح ثم قتل لأنه لا يدخل أرش جرحه في الدية ، وأما على الصحيح وهو الدخول ، فجميع الدية على المسلمين ، ولو عاد بعد الإسلام ، فجرحه مع آخر خطأ ، بني على الخلاف السابق أن الدية توزع على الجارحين أم على الجراحات ؟ إن قلنا : على الجارحين وهو الأصح ، فعليه نصف الدية وهو واجب بالجرحين ، فحصة جرح الإسلام وهي الربع على عاقلته المسلمين ، وأما جرح الكفر ، فإن كان أرشه كربع الدية أو أكثر ، فعلى الذمين الربع أيضاً ، وإن كان دون الربع ، فعليهم قدر الأرش ، والزيادة إلى تمام الربع في مال الجاني ، وإن وزعنا على الجراحات ، فثلث الدية وهو حصة جرح الإسلام على عاقلته المسلمين ، وجرح الكفر إن كان

أرشه كثلث الدية أو أكثر ، فعلى الذميين الثلث ، وإن كان أقل ، فعليهم الأرش ، والباقي إلى تمام الثلث في مال الجاني •

ومنها : لو جرح شخصاً خطأ ، ثم ارتد ، ثم مات المجروح بالسراية ، فأرش الجرح على عاقلته المسلمين ، والباقي إلى تمام الدية في مال الجاني ، فإن كان الأرش كالدية ، أو أكثر بأن قطع يديه ورجليه ، فقدّر الدية وهو الواجب يلزم العاقلة ، ولو جرح وهو مرتد ، ثم أسلم ، ثم مات المجروح ، فالدية في ماله إذا عاقلة للمرتد ، ولو جرحه وهو مسلم ، فارتد الجراح ، ثم أسلم ، ثم مات المجروح ، فهل على عاقلته جميع الدية اعتباراً بالطرفين ، أم عليهم أرش الجرح وما زاد في مال الجاني ؟ قال الشيخ أبو علي : فيه قولان ، وجزم آخرون بوجوب الجميع عليهم إن قصر زمان الردة المتخللة . وخصوا القولين بطول زمانها ، قال البغوي : ويجيء وجه أن على العاقلة ثلثي الدية لوجود الإسلام في حالين . ولو رمى سهماً إلى صيد وارتد . فأصاب شخصاً ، أو رمى المرتد صيداً فأسلم ، فأصاب السهم . فالدية في ماله ، لأنه تبدل حاله رمياً وإصابة ، ولو تخللت الردة بين الرمي والإصابة ، فكذا الجواب في « التهذيب » وذكر أبو علي أنهم خرجوها على قولين ، أحدهما : تجب الدية على عاقلته المسلمين ، والثاني : في ماله •

الجهة الثالثة : بيت المال . فيتحمل جناية من لاعصبة له بنسب ولا ولاء ، أوله عصبة معسرون ، أو فضل عنهم شيء من الواجب ، فيجب الباقي في بيت المال إن كان الجاني مسلماً ، فإن كان مستأمناً أو ذمياً ، فلا ، بل الدية في ماله على المذهب ، وقيل : قولان ، كسلم لا عاقلة له ولا بيت مال ، وهل يتحمل أبوه وابنه ؟ وجهان كالوجهين في المسلم إذا لم يكن له عاقلة ولا بيت مال ، وقلنا : تجب عليه الدية ، هل

كتاب الديات

فيه ستة أبواب :

الأول في دية النفس :

فيجب بقتل الحر المسلم مائة من الإبل ، فإن كان القتل خطأ ، وجبت خمسة : عشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وأبدل ابن المنذر بني النبون ببني مخاض • ثم قد يعرض ماتغلظ به الدية وما تنقص به ، أما المغلظات فأربعة أسباب •

أحدها : أن يقع القتل في حرم مكة ، فتغلظ به دية الخطأ ، سواء كان القاتل والمقتول في الحرم ، أو كان فيه أحدهما ، كجزاء الصيد ، ولا تغلظ بحرم المدينة ولا بالقتل في الإحرام على الأصح فيهما •

الثاني : أن يقتل في الأشهر الحرم وهي : ذو القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب ، ولا يلحق بها رمضان قطعاً •

الثالث : أن يقتل قريباً له محرماً ، فإن كان قريباً غير محرم ، فلا تغليظ على الصحيح وبه قال الأكثرون ، ولا أثر لمحرمية الرضاع والمصاهرة قطعاً •

الرابع : أن يكون القتل عمداً أو شبه عمد •

فرع

إذا قتل في دار الحرب مسلماً وجده على زي الكفار ، فظنه كافراً ،

فقد سبق أن أظهر أنه لادية فيه ، فإن أوجبناها ، فهل هي دية عمد ، أم شبه عمد أم خطأ ؟ فيه أوجه ، ولو رمى إلى مرتد أو حربي ، فأسلم ، ثم أصابه السهم ومات ، فقد سبق أن الأصح وجوب الدية ، وفي كيفيتها هذه الأوجه ، وهذا أولى بأن تكون دية خطأ ، وهو الأرجح ، ورجح ابن كج كون الدية في ماله ، ولو رمى إلى شيء يظنه شجرة أو صيداً ، فكان إنساناً ، فالصحيح أنه خطأ محض ، كما لو رمى إلى صيد ، فعرض في الطريق رجل ، أو مرق منه السهم ، فأصاب رجلاً ، قال الغزالي : وتجري هذه الأوجه في كل قتل عمد محض صدر عن ظن في حال القتل .

فصل

الدية تتغلظ في قتل العمد من ثلاثة أوجه ، فتجب على الجاني ، ولا تحملها العاقلة ، وتجب حالة ، ومثلثة ، وثلاثين حِقَّةً ، وثلاثين جَذَعَةً ، وأربعون خلفه ، والخَلْفَةُ : الحامل ، ويسمى هذا الثالث تغليظاً بالسن ، وسواء كان العمد موجباً للقصاص ، فعفي على الدية ، أو لم يوجب ، كقتل الوالد ولده ، وتتنخف دية الخطأ من ثلاثة أوجه ، فتجب على العاقلة خمسة مؤجلة في ثلاث سنين ، ودية شبه العمد تنخف من وجهين ، فتجب على العاقلة مؤجلة ، وتتغلظ من وجه ، فتجب مثلثة ، وحكي وجه وقول مخرج أن شبه العمد لا تحمله العاقلة ، وليس بشيء ، وقتل الخطأ في الحرم ، أو الأشهر الحرم ، أو المصادف لذي الرحم المحرم ، ديته كدية شبه العمد ، فتجب على العاقلة مؤجلة مثلثة ، والدية الخمسة إنما تتفاوت أقسامها بالسن إلا في بنات اللبون وبنو اللبون ، فإن تفاوتهما في الذكورة ، ثم التخميس حاصل في هذه الدية بأقسام متعادلة ، والتثليث في الدية المثلثة غير حاصل على التعديل ، بل نسبتها المخففة بالأعشار ، ثلاثة أعشار حقائق ، وثلاثة أعشار جذاع ، وأربعة أعشار خلفات ، ثم هذه النسبة في

يلزم العاقلة بذل الدنانير بأعيانها ، لأن الإبل هي الواجب في الدية ، وما يؤخذ يصرف إلى الإبل ، وللمستحق أن لا يقبل غيرها ، يوضحه أن المتولي قال : عليه نصف دينار ، أو ستة دراهم •

الطرف الثالث : في كيفية الضرب على العاقلة ، قد سبق بيان ترتيب العصابات والجهات ، وقدر الواجب ، فإذا انتهى التحمل إلى بيت المال ، فلم يكن فيه مال ، فهل يؤخذ الواجب من الجاني ؟ وجهان بناء على أن الدية تجب على العاقلة أولاً ، أم على الجاني ، ثم تحملها العاقلة ؟ وفيه وجهان ، ويقال : قولان ، أحدهما : تؤخذ من الجاني ، فإن قلنا : لا تؤخذ ، ففي وجه تجب الدية على جماعة المسلمين كنفقة الفقراء ، ولم يذكر الجمهور هذا ، لكن لو حدث في بيت المال مال ، هل يؤخذ منه الواجب ؟ وجهان : أحدهما القاضي حسين وغيره ، أحدهما : لا ، كما لا يطالب فقير العاقلة لغناه بعد الحول ، وإن قلنا : تؤخذ من الجاني ، فهي مؤجلة عليه كالعاقلة ، وهل تجب على أبيه وابنه ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، والثاني : نعم ، ويقدمان على القاتل •

فرع

إذا اعترف الجاني بالخطأ أو شبه العمد ، وصدقته العاقلة ، فعليهم الدية ، وإن كذبوه ، لم يقبل إقراره عليهم ولا على بيت المال ، لكن يحلفون على نفي العلم . فإذا حلفوا ، فالدية على المقر قطعاً ، وعن المزني : أنه لا شيء عليه إن قلنا : تجب الدية أولاً على العاقلة ، قال الإمام : ولا يبعد هذا عن القياس ، والذي قطع به الأصحاب هو الأول ، وتتأجل الدية عليه كالعاقلة ، لكنه يؤخذ منه في آخر كل حول ثلث الدية بخلاف الواحد من العاقلة ، فلو مات ، فهل تحل الدية ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، لأن الأجل يلزم دية الخطأ ، وأحدهما : نعم ،

كسائر الديون المؤجلة بخلاف ما لو مات أحد العاقلة في أثناء الحول ،
لا تؤخذ من تركته ، لأن سبيله المواساة ، والوجوب على الجاني سبيله
صيانة الحق عن الضياع ، فلا يسقط ، فلو مات معسراً ، قال البغوي :
يحتمل أن تؤخذ الدية من بيت المال ، كمن لاعاقلة له ، ويحتمل المنع
كما لو كان حياً معسراً •

قلت : هذا الثاني أرجح • والله أعلم

ولو غرم الجاني ثم اعترفت العاقلة ، فإن قلنا : الوجوب يلاقيه ،
لم يرد الولي ما قبض ، بل يرجع الجاني على العاقلة ، وإن قلنا : هي
على العاقلة أولاً ، رد الولي ما أخذ ، وابتدأ بمطالبة العاقلة ، وفي
« التهذيب » أنه لو ادعى عليه قتل خطأ ، أو شبه عمد ولا بينة ونكل
المدعى عليه عن اليمين ، فحلف المدعي ، فإن قلنا : اليمين المردودة
كإقرار المدعى عليه ، وجبت الدية على المدعى عليه إن كذبت العاقلة
المدعي ، وإن قلنا : كالبينة . فهل الدية على العاقلة ، أم على المدعى
عليه ذهاباً إلى أنها لا تكون كالبينة إلا في حق المتداعيين ؟ فيه وجهان •

فصل

بدل الأطراف وأروش الجراحات والحكمات قليلها وكثيرها
يضرب على العاقلة على المشهور كدية النفس ، وحكي عن القديم قول
انها لا تضرب عليهم ، لأن الضرب على خلاف القياس لكن ورد الشرع
به في النفس ، فيقتصر عليها ، ولهذا لا كفارة ولا قسامة في الطرف ، وقول
آخر : إن مادون ثلث الدية لا يضرب ، لأنه لا يعظم اجحافه بالجاني •

فرع

لو كان الأرش نصف دينار مثلاً ، والعاقلة جماعات ، فوجهان ،

أصحهما : يوزع النصف عليهم ، والثاني : يعين له القاضي واحداً ، أو جماعة باجتهاده كي لا يعسر التوزيع ، وهذا كالخلاف فيما لو كثرت العاقلة في درجة بحيث لو وزع الواجب ، لأصاب كل غني دون نصف ، وكل متوسط دون ربع ، فقولان ، المشهور : ضربه على الجميع ، والثاني : يخص الإمام جماعة يضرب على أغنيائهم النصف ، ومتوسطهم الربع ، وعلى هذا وجهان ، الصحيح : أنه يخص جماعة باجتهاده ، والثاني : يجعلهم فريقين أو ثلاثة كما يقتضيه الحال ويقرعه .

فصل

لاخلاف أن ما يضرب على العاقلة يضرب مؤجلاً وأن الأجل لا ينقص عن سنة ، وأن دية النفس الكاملة تؤجل إلى ثلاث سنين ، يؤخذ في كل سنة ثلثها ، واختلف الأصحاب في علته ، فراع طائفة كونها بدل نفس محترمة ، وراعى آخرون قدر الواجب واعتبروا التأجيل به ، وهذا أصح ، وتظهر فائدة الخلاف في صور :

إحداها : بدل العبد أو طرفه إذا جني عليه خطأ ، أو شبه عمد ، هل تحمله العاقلة أم هو في مال الجاني ؟ قولان ، أظهرهما : الأول وهو الجديد ، لأنه بدل آدمي ويتعلق به قصاص وكفارة ، فعلى هذا لو اختلف السيد والعاقلة في قيمته ، صدقوا بأيمانهم ، فلو صدقه الجاني لم يقبل عليهم بل الزيادة على ما اعترفت به العاقلة في ماله ، وعلى هذا القول لو كانت قيمة العبد قدر دية حر ضربت في ثلاث سنين ، ولو كانت قدر ديتين ، فهل تضرب في ثلاث سنين لكونها بدل نفس ، أم في ست سنين في كل سنة قدر ثلث دية نظراً إلى القدر ؟ وجهان ، أصحهما : الثاني .

الثانية : في دية النفس الناقصة ، كامرأة وذمي وغرة جنين ، وجهان ، أحدهما : في ثلاث سنين ، لأنها نفس ، وأصحهما : ينظر إلى القدر ، فدية اليهودي والنصراني والمجوسي والجنين في سنة ، فإنها لا تزيد على الثلث ، ودية المرأة في سنتين ، في آخر الأولى ثلث دية الرجل ، وفي آخر الثانية الباقي •

الثالثة : قتل جماعة كثلاثة رجال مثلاً ، فهل تضرب دياتهم على عاقلته في ثلاث سنين أم في تسع ؟ وجهان أصحهما : الأول ، ولو قتل ثلاثة واحداً ، فعلى عاقلة كل واحد ثلث ديته ، مؤجل عليهم في ثلاث سنين على الصحيح ، وقيل : في سنة •

الرابعة : دية الأطراف وأروش الجراح والحكومات ، قيل : تضرب في سنة قلت أم كثرت ، والصحيح : التفضيل ، فإن لم يزد الواجب على ثلث الدية ، ضرب في سنة ، وإن زاد عليه ولم يجاوز الثلثين ، ففي سنتين في آخر الأولى ثلث دية وفي آخر الثانية الباقي ، وإن زاد على الثلثين ولم يجاوز الدية ، ففي ثلاث سنين ، وإن زاد كقطع يديه ورجليه ، فالمذهب أنه في ست سنين ، وقيل : في ثلاث ، ويد المرأة في سنة ويدها كنفسها •

فصل

مات بعض العاقلة في أثناء السنة لا يؤخذ شيء من تركته ، كالزكاة ، ولو مات بعد الحول والوجوب عليه ، وجب في تركته •

فصل

إن كانت العاقلة حاضرين في بلد الجناية ، فالدية عليهم ، وإن كانوا غائبين ، لم يستحضروا ولا ينتظر حضورهم بل إن كان لهم

هناك مال أخذ منه ، وإلا فيحكم القاضي عليهم بالدية على ترتيبهم ، ويكتب بذلك إلى قاضي بلدهم ليأخذها ، وإن شاء حكم بالقتل وكتب إلى قاضي بلدهم ليحكم عليهم بالدية ، ويأخذها منهم ، وإن غاب بعضهم وحضر بعضهم ، نظر ، إن استووا في الدرجة ، فقولان ، أحدهما : يقدم من حضر لقرب داره وإمكان النصرة منه ، وأظهرهما : تضرب على الجميع ، ويكون كما لو حضروا كلهم أو غابوا ، وعلى الأول إن لم يكن في الحاضرين وفاء ، ضرب الباقي على الغائبين ، وطريقه كتاب القاضي كما سبق ، وإن اختلفت دارهم ، قدم الأقرب داراً فالأقرب ، هكذا ذكر القولين الجمهور ، وجعلهما المتولي في أنه هل يجوز تخصيص الحاضرين وإن اختلفت درجاتهم ، فإن كان الحاضرون أقرب ، وزع عليهم ، فإن لم يفوا بالواجب كتب القاضي لما بقي ، وإن كانوا أبعد ففي تخصيص الحاضرين طريقان ، أحدهما : طرد الخلاف ، والثاني : القطع بالضرب على الأقربين وإن بعدت دارهم ، وبه قطع الشيخ أبو حامد والعراقيون .

فصل

ابتداء المدة في دية النفس من وقت الزهوق ، سواء قتله بجرح مدفع أو بسراية جرح ولا خلاف فيما ذكرناه في كتب الأصحاب في جميع الطرق ، وأما قول الغزالي : إن ابتداء المدة من وقت الرفع إلى القاضي ، فلا يعرف لغيره ، وقد نقله صاحب «البيان» عن الخراسانيين ، ويمكن أنه أراد به الغزالي ، وأما أرش ما دون لنفس ، فإن لم يسر واندملت ، فابتداء مدتها من وقت الجناية على الصحيح ، وقال أبو الفياض : من الاندمال ، فعلى الأول ، لو مضت سنة ولم تندمل ، ففي مطالبة العاقلة بالأرش الخلاف السابق في مطالبة الجاني العائد قبل الاندمال ، وإن سرت من عضو إلى عضو ، بأن قطع أصبعه ، فسرت إلى كفه ، فهل ابتداء المدة من سقوط الكف أم من الاندمال ، أم أرش

الأصبع من يوم القطع ، وأرشف الكف من يوم سقوطها؟ فيه ثلاثة أوجه،
وبالأول قطع البغوي ، وبالثاني الشيخ أبو حامد وأصحابه ، والثالث
اختاره القفال والإمام والغزالي والرويانى .

فصل

في مسائل منثورة :

القاتل خطأ لا يحمل شيئاً من الدية ، ومن قتل نفسه
أو قطع طرفه خطأ أو عمداً فهدر . جناية الصبي والمجنون محمولة
إن كانت خطأ أو شبه عمد أو عمداً ، وقلنا : عمدهما خطأ . لو حل
نجم ولا إبل في البلد ، قومت يومئذ ، وأخذت قيمتها ، ولا تعتبر بعض
النجوم ببعض ، وفي فتاوى البغوي أن من نصفه حر ، ونصفه رقيق إذا
قتل خطأ تجب نصف الدية على عاقلته .

الطرف الرابع : في جناية العبد وأم الولد ، فإذا جنى عبد
جناية توجب مالاً أو قصاصاً ، وغفي على مال ، تعلق برقبته فتؤدى
منها ، وهل تتعلق مع ذلك بذمته ؟ فيه قولان مستنبطان من قواعد
الشافعي رحمه الله تعالى ، ويقال : وجهان ، أحدهما : نعم ، فتكون
الرقبة مرهونة به ، وأظهرهما عند الجمهور : لا ، وينسب إلى الجديده،
فإن قلنا بالذمة ، فبقي شيء بعد صرف ثمنه إلى الأرض ، اتبع به بعد
العق ، وكذا لو ضاع الثمن قبل صرفه إلى المجني عليه يطالب بالجميع ،
وهل يجوز ضمانه ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، لعدم استقراره في الحال ،
وأصحهما : نعم ، كضمان المعسر وأولى لتوقع يساره ، وضمان ما يلزم
ذمته بدين المعاملة أولى بالصحة . ولا خلاف أنه يصح ضمان ما تعلق
بكسبه ، كالمهر في نكاح صحيح ، ولو ضمنه السيد فمرتب على ضمان
الأجنبي وأولى بالصحة لتعلقه بملكه ، ثم العبد المتعلق برقبته مال
لا يصير ملكاً للمجني عليه ، بل سيده بالخيار بين أن يبيعه بنفسه ، أو

يسلمه للبيع ، وبين أن يقيه لنفسه ويفديه ، ويكون المال الذي بذله فداء كالثمن الذي يشتريه به أجنبي ، وإذا سلمه للبيع ، فإن كان الأرض يستغرق قيمته ، بيع كله ، وإلا فقدّر الحاجة إلا أن يأذن سيده في بيع الجميع ، فيؤدي الأرض ويكون الباقي له ، وكذا الحكم لو لم يوجد من يشتري بعضه ، وإن أراد سيده فداءه ، فبكم يفديه ؟ قولان ، أظهرهما باتفاق الأصحاب وهو الجديد : بأقل الأمرين من قيمته وأرض الجناية ، والقديم : بالأرض بالغاً ما بلغ ، فعلى الجديد قال البغوي : النص أنه تعتبر قيمته يوم الجناية ، وقال القفال : ينبغي أن تعتبر قيمته يوم الجناية ، وقال القفال : ينبغي أن تعتبر قيمته يوم الفداء ، لأن ما نقص قبل ذلك لا يؤاخذ السيد به ، وحمل النص على ما إذا سبق من السيد منع من بيعه حالة الجناية ، ثم نقصت قيمته ، ولو جنى ، ففداه ، ثم جنى ، فإما أن يسلمه لبيع ، وإما أن يفديه ثانياً ، فإن كانت الجناية الثانية قبل الفداء ، فإن سلمه للبيع ، يبع ووزع الثمن على أرض الجنائتين ، وإن اختار الفداء ، فداه على الجديد : بأقل الأمرين من القيمة والأرشين ، وعلى القديم : بالأرشين ، وكذا الحكم لو كان سلمه للبيع ، فجنى ثانياً قبل البيع ، ولو قتل السيد عبده الجاني أو أعتقه أو باعه ، وقتلنا بنفوذهما ، أو استولد الجانية ، لزمه الفداء ، وفي قدره طريقان ، أحدهما : طرد القولين ، وأصحهما : القطع بأقل الأمرين لتعذر البيع وبطلان توقع زيادة راغب . ولو مات الجاني أو هرب قبل أن يطالب السيد بتسليمه ، فلا شيء على السيد ، وكذا لو طوبل ولم يمنعه ، فلو منعه ، صار مختاراً للفداء ، قال البغوي : ولو قتل الجاني ، فللسيد أن يقتص ، وعليه الفداء للمجني عليه ، ويجوز أن ينظر في وجوب الفداء عليه إلى أن موجب العمد القصاص ، أو أحد الأمرين ، فإن كان القتل موجباً للمال ، تعلق حق المجني عليه بقيمته ، وإذا أخذت ،

يخير السيد في تسليم عينها أو بدلها من سائر أمواله ، وإذا لزم الفداء بعد موت العبد أو قبله ، ففيما يفديه به ؟ الطريقان فيمن قتل العبد أو أعتقه لحصول اليأس من بيعه بما يزيد على قيمته ، ولو قال السيد : اخترت الفداء ، أو قال : أنا أفديه ، فوجهان ، أحدهما : يلزمه الفداء ولا يقبل رجوعه ، والصحيح : أنه لا يلزمه بل يبقى خياره كما كان ، وموضع الخلاف ما إذا كان العبد حياً ، فإن مات فلا رجوع له بحال •

فصل

إذا جنت مستولدة على نفس أو مال ، وجب على سيدها الفداء ، وفيما يفديها به طريقان ، المذهب أنه بأقل الأمرين من قيمتها والأرث ، والثاني : على قولين ، كالقن ، والفرق أنها غير قابلة للبيع ، وهل تعتبر قيمة يوم الجناية ، أم يوم الاستيلاد ، وجهان ، أحدهما : الأول ، ولو جنت جنيتين ، وقلنا : يفدي بالأرث ، لزم السيد الأروش بالغة ما بلغت ، وإن قلنا بالمذهب : إن الواجب أقل الأمرين ، فإن كان أرث الجناية الأولى دون القيمة وفداها به وكان الباقي من قيمتها يفي بأرث الجناية الثانية ، فداها بأرثها أيضاً ، وإن كان أرث الأولى كالقيمة أو أكثر أو أقل ، والباقي من القيمة لا يفي بأرث الجناية الثانية ، فثلاثة أقوال ، أظهرها : أن الجنائيات كلها كواحدة ، فيلزمه البيع فداء واحد ، والثاني : يلزمه لكل جناية فداء ، والثالث : إن فدى الأولى قبل جنائيتها الثانية ، لزمه فداء آخر ، وإلا فواحد ، وإذا ألزمناه فداء واحداً ، اشترك فيه المجني عليهما أو عليهما على قدر جنائياتهم ، فلو كانت قيمة المستولدة ألفاً وأرث كل واحدة من الجنائيتين ألفاً ، فلكل منهما خمسمائة ، فإن كان الأول قبض الألف ، استرد الثاني منه خمسمائة ، فإن كانت قيمتها ألفاً وأرث الأولى ألف والثانية خمسمائة ، يرجع الثاني على الأول بثلاث

الألف ولو كانت الأولى خمسمائة والثانية ألفاً ، أخذ الثاني من السيد خمسمائة تمام القيمة ، ورجع على الأول بثلاث خمس المائة التي قبضها ليصير معه ثلثا الألف ، ومع الأول ثلثه ، ثم قيل : الخلاف عند تخلل الفداء فيما إذا دفع السيد الفداء إلى المجني عليه الأزل باختياره ، أما إذا دفعه بقضاء القاضي فلا يلزمه شيء آخر قطعاً ، وعن ابن أبي هريرة أنه لا فرق ، وتجري الأقوال في الجناية الثالثة والرابعة وإلى مالا نهاية له ، ومهما زادت الجناية ، زاد الاسترداد ، وشبه ذلك بما إذا قست تركة إنسان على غرمائه أو ورثته وكان حفر برّ عدوان ، فهلك بها شيء ، زاحم المستحق الغرماء والورثة ، واسترد منهم حصته ، فلو هلك آخر ، زاد الاسترداد •

فرع

جنى القن ، فمنع السيد بيعه ، واختار الفداء ، ثم جنى ، ففعل مثل ذلك ، لزمه لكل جناية الأقل من أرشها وقيمتها ، ولو جنى جنايات ثم قتله السيد أو أعتقه ، لا يلزمه إلا فداء واحد •

فرع

وطئ الجانية ، فوجهان ، أحدهما : أنه اختيار للفداء ، كما أن وطئ البائع في زمن الخيار فسخ ، ووطئ المشتري إجازة . والصحيح : المنع ، لأن الوطئ لا دلالة له على الالتزام ، مع أنه لو التزم لم يلزمه على الأصح كما سبق ويخالف الخيار . فإنه ثبت بفعله فسقط به ، وخيار السيد هنا ثبت بالشرع ، فلا يسقط بفعله •

فرع

جنت جارية لها ولد ، أو ولدت بعد الجناية ، من كان موجوداً حال

الجنانية ، أو حدث بعدها لا يتعلق به الأرض ، فإن لم يجوز التفريق ، يبيع معها وصرفت حصة الأم إلى الأرض ، وحصة الولد للسيد ، وهل تباع حاملاً بحمل كان يوم الجنانية أو حدث ؟ إن قلنا : الحمل لا يعرف ، بيعت ، كما لو زيدت زيادة متصلة ، وإلا ، فلا تباع حتى تضع ، لأنه لا يمكن إجبار السيد على بيع الحمل ، ولا يمكن استثناءه .

فرع

لو لم يفد السيد الجاني ولا سلمه للبيع ، باعه القاضي ، وصرف الثمن إلى المجني عليه ، ولو باعه بالأرض ، جاز إن كان نقداً ، وكذا إن كان إبلاً وقلنا : يجوز الصلح عنها .

الباب السادس في الجنين

فيه أطراف :

الأول: الموجب وهو جنانية توجب انفصال الجنين ميتاً ، فهذه قيود ، الأول : الجنانية وهي ما يؤثر في الجنين من ضرب ، وإيجار دواء ونحوهما ، ولا أثر للطمّة خفيفة ونحوها : كما لا يؤثر في الدية . الثاني : الانفصال ، فلو ماتت الأم ولم ينفصل جنين ، لم يجب على الضارب شيء ، وكذا لو كانت منتفخة البطن ، فضربها شخص فزال الانتفاخ ، أو كانت تجد حركة في بطنها فزال ، لجواز أنه كان ريحاً فانفشت ، ثم هل يعتبر انكشاف الجنين بظهور شيء منه أم الانفصال التام ؟ وجهان ، أحدهما : الأول لتحقق وجوده ، ويتفرع عليهما ما لو ضرب بطنها ، فخرج رأس الجنين مثلاً ، وماتت الأم كذلك ، ولم ينفصل ، أو خرج رأسه ثم جنى عليها فماتت ، فعلى الأصح تجب الغرة لتيقن وجوده ، وعلى الثاني لا ، ولو قدت نصفين ، وشوهد الجنين في بطنها ولم ينفصل ، ففيه الوجهان ، ولو

خرج رأسه وصاح فحز رجل رقبته ، فعلى الأصح يجب القصاص والدية ، لأننا تيقنا بالصياح حياته ، وإن اعتبرنا الانفصال ، فلا قصاص ولا دية ، ولو صاح ومات ، فوجوب الدية على الخلاف • الثالث : كون المنفصل ميتاً ، فلو انفصل حياً ، نظر ، إن بقي زماناً سالماً غير متألم ثم مات ، فلا ضمان على الضارب لأن الظاهر أنه مات بسبب آخر ، وإن مات عند خروجه أو بقي متألماً حتى مات ، وجبت فيه دية كاملة ، لأننا تيقنا حياته ، فأشبهه سائر الأحياء ، وسواء استهل ، أو وجد ما يدل على حياته ، كتنفس وامتصاص لبن وحركة قوية ، كقبض يد وبسطها ، ولا عبرة بمجرد الاختلاج على المشهور ، وإذا علمت الحياة ، فسواء كان انتهى إلى حركة المذبوح أم لم ينته ، وبقي يوماً ويومين ثم مات ، لأننا تيقنا الحياة في الحالين ، والجناية عليه ، والظاهر موته بها ، وسواء انفصل لوقت يعيش فيه ، أو لوقت لا يتوقع أن يعيش ، بأن يفصل لدون ستة أشهر ، وقال المزني : إن لم يتوقع أن يعيش أو كان انتهى إلى حركة المذبوح ، ففيه الغرة دون الدية ، ولو قتل شخص هذا الجنين بعد انفصاله ، فإن انفصل لا بجناية ، فعلى القاتل القصاص ، كما لو قتل مريضاً مشرفاً على الموت ، وإن انفصل بجناية ، فإن كان فيه حياة مستقرة فكذلك ، وإلا فلا شيء على الثاني ، والقاتل هو الأول ، ولو انفصل ميتاً بعد موت الأم من الضرب ، وجبت الغرة كما لو انفصل في حياتها ، لأنه شخص مستقل ، فلا يدخل في ضمانها •

فرع

سواء في وجوب الغرة كان الجنين ذكراً أو أنثى ، ثابت النسب أو غيره ، تام الأعضاء أو ناقصها ، ولو اشترك اثنان في الضرب ، فالغرة عليهما ، ولو أُلقت جنينين ، وجب غرتان ، ولو أُلقت حياً وميتاً ، ومات الحي ، وجب دية وغرة ، ولو ضرب بطن ميتة فانفصل منها جنين ميت ،

فلا غرة ، كذا قاله البغوي ، قال القاضي الطبري : يجب لأن الجنين قد يبقى في جوفها حياً ، والأصل بقاء الحياة .

فرع

أَلَقْتُ الْمَضْرُوبَةَ يَدًا أَوْ رِجْلًا وَمَاتَتْ ، وَلَمْ يَنْفَصِلِ الْجَنِينُ بِتَسَامِهِ ، فَالصَّحِيحُ وَجُوبُ الْغَرَةِ ، وَهُوَ نَصُهُ فِي « الْمَخْتَصَرِ » وَفِي وَجْهِهِ يَجِبُ نَصْفُ غَرَةٍ ، لِأَنَّ الْيَدَ تَضُمُّ نِصْفَ الْجُمْلَةِ ، وَهُوَ تَفْرِيعٌ عَلَى أَنَّ الْجَنِينَ لَا يَضْمُنُ حَتَّى يَنْفَصَلَ كُلُّهُ ، وَلَوْ أَلَقْتُ يَدَيْنِ أَوْ رِجْلَيْنِ ، أَوْ يَدًا وَرِجْلًا ، وَجِبَتْ غَرَةٌ قِطْعًا ، وَلَوْ أَلَقْتُ مِنَ الْأَيْدِي وَالْأَرْجُلِ ثَلَاثًا . أَوْ أَرْبَعًا ، أَوْ رَأْسَيْنِ ، فَغَرَةٌ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَقِيلَ : غَرَتَانِ ، وَلَوْ أَلَقْتُ بَدْنَيْنِ ، فَغَرَتَانِ ، لِأَنَّ الشَّخْصَ الْوَاحِدَ لَا يَكُونُ لَهُ بَدَنَانِ بِحَالٍ ، كَذَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ وَالْغَزَالِيُّ وَالْبَغَوِيُّ وَغَيْرُهُمْ ، وَحَكَى الرَّوْيَانِيُّ مِنْ نَصِّ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ خِلَافَهُ وَجُوزَ بَدْنَيْنِ لِرَأْسٍ ، كَرَأْسَيْنِ لِبَدَنِ ، وَلَوْ أَلَقْتُ عَضْوًا ، كَيْدَ أَوْ رِجْلَ . ثُمَّ أَلَقْتُ جَنْبِيًا ، فَلَهُ حَالَانِ ، أَحَدُهُمَا : أَنَّ يَكُونُ الْجَنِينُ فَقِيدَ ذَلِكَ الْعَضْوِ ، فَيَنْظُرُ ، إِنْ أَلَقْتَهُ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ ، وَزَوَالَ أَلَمِ الضَّرْبِ ، فَإِنْ كَانَ مَيِّتًا ، لَمْ تَجِبْ إِلَّا غَرَةٌ ، وَبِقَدْرِ الْعَضْوِ مَبْنًى مِنْهُ بِالْجَنَائَةِ ، وَإِنْ انْفَصَلَ حَيًّا ، ثُمَّ مَاتَ مِنَ الْجَنَائَةِ ، وَجِبَ دِيَةٌ وَدَخَلَ فِيهَا أَرْشُ الْيَدِ ، وَإِنْ عَاشَ ، فَقَدْ أَطْلُقَ الْبَغَوِيُّ وَجُوبَ نِصْفِ الدِّيَةِ عَلَى عَاقِلَةِ الضَّارِبِ . وَنَقَلَ ابْنُ الصَّبَّاحِ وَغَيْرُهُ أَنَّهُ تَرَاجَعَ الْقَوَائِلُ ، فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهَا يَدٌ مِنْ خَلْقٍ فِيهِ حَيَاةٌ ، وَجِبَ نِصْفُ الدِّيَةِ ، وَكَذَا إِنْ عَلِمْنَا انْفِصَالَ الْيَدِ مِنْهُ بَعْدَ خَلْقِ الْحَيَاةِ ، بِأَنَّ أَلَقْتَهَا ثُمَّ انْفَصَلَ الْجَنِينُ عَقِبَ الضَّرْبِ ، وَإِنْ شَكَكْنَا فِي حَالِهِ . وَجِبَ نِصْفُ الْغَرَةِ عَمَلًا بِالْيَقِينِ ، وَلَيْكُنْ أَطْلَاقُ الْبَغَوِيِّ مَحْمُولًا عَلَى ذَا التَّفْصِيلِ . وَإِنْ أَلَقْتَهُ بَعْدَ الْإِنْدِمَالِ ، لَمْ يَضْمَنْ الْجَنِينُ ، حَيًّا كَانَ أَوْ مَيِّتًا ، لَزَوَالِ الْأَلَمِ الْحَاصِلِ بِفَعْلِهِ ، وَأَمَّا الْيَدُ ، فَإِنْ خَرَجَ مَيِّتًا ، فَعَلَيْهِ نِصْفُ غَرَةٍ لَهَا ، وَإِنْ خَرَجَ حَيًّا وَمَاتَ أَوْ عَاشَ ، فَقِيلَ : يَجِبُ نِصْفُ غَرَةٍ ، كَمَا لَوْ قُطِعَ يَدٌ

شخص فاندمل ثم مات ، وقيل : تراجع القوابل كما سبق ، ولو ضرب بطنها فألقت يداً ، ثم ضربها آخر فألقت جنيناً لا يد له ، فإن ضرب الثاني قبل الاندمال وانفصل الجنين ميتاً ، فالغرة عليهما ، وإن انفصل حياً ، فإن عاش ، فعلى الأول نصف الدية ، وليس على الثاني سوى التعزير ، وإن مات فعليهما الدية ، وإن ضرب الثاني بعد الاندمال . فإن انفصل ميتاً ، فعلى الأول نصف الغرة ، وعلى الثاني غرة كاملة ، كما لو قطع يد رجل فاندمل ، ثم قتله آخر ، فعلى الأول نصف دية ، وعلى الثاني دية ، وإن خرج حياً ، فعلى الأول نصف الدية ، ثم إن عاش فليس على الثاني إلا التعزير ، وإن مات ، فعليه دية كاملة .

الحال الثاني : أن انفصل الجنين كامل الأطراف . فينظر : إن انفصل قبل الاندمال ، فمقتضى ما سبق فيمن أَلقت ثلاث أيدٍ ، أن يقال : إن انفصل ميتاً ، لم يجب إلا غرة واحدة ، لاحتمال أن التي أَلقتها كانت يداً زائدة ، وإن انفصل حياً ومات ، فالواجب غرة ، وإن عاش ، لم يجب إلا حكومة ، وبهذا التفصيل جزم الغزالي ، وفي « التتمة » و « التهذيب » أنه إن انفصل ميتاً وجب غرتان ، إحداهما لليد ، والأخرى للجنين ، وإن خرج حياً ومات ، وجب دية وغرة ، ولو أَلقت أولاًً جنيناً كاملاً ، ثم يداً ، فالحكم كذلك ، وإن انفصل الجنين بعد الاندمال ، لم يجب بسبب الجنين شيء ، ولو ضربها رجل ، فألقت اليد ، ثم ضربها آخر ، فألقت الجنين ، ففي « التهذيب » أن ضمان الجنين على الثاني ، سواء ضرب بعد اندمال الأول ، أو قبله ، فإن خرج ميتاً ، وجب فيه غرة ، وإن خرج حياً فمات ، فدية ، وقياس ما سبق أن يقال : إن ضرب الثاني قبل الاندمال وانفصل ميتاً ، وجبت الغرة عليهما ، وإن انفصل حياً وعاش ، فعلى الأول حكومة ، وليس على الثاني إلا التعزير ، وإن مات ، فعليهما الدية .

الطرف الثاني في الجنين الذي تجب فيه الغرة :

قد سبق في كتاب العدة أن الغرة تجب إذا سقطت بالجناية مظهر فيه صورة آدمي ، كعين أو أذن أو يد ونحوها ، ويكفي الظهور في طرف ولا يشترط في كلها ، ولو لم يظهر شيء من ذلك ، فشهد القوابل أن فيه صورة خفية يختص بمعرفتها أهل الخبرة ، وجبت الغرة أيضاً ، وإن قلن : ليس فيه صورة خفية ، لكنه أصل آدمي ولو بقي لتصوره ، لم تجب الغرة على المذهب ، وإن شككن هل هو أصل آدمي ، لم تجب قطعاً .

فصل

إنما تجب الغرة الكاملة في جنين محكوم بإسلامه تبعاً لأبويه أو أحدهما ، وبحريته ، فأما الجنين المحكوم بأنه يهودي أو نصراني تبعاً لأبويه ، ففيه أوجه ، أحدها : لا يجب فيه شيء أصلاً ، والثاني : تجب غرة كالمسلم ، وأصحها وبه قطع الجمهور : يجب ثلث غرة المسلم ، فعلى هذا في الجنين المجوسي ثلثا عشر غرة المسلم ، وهو ثلث بعير ، ثم قيل : يؤخذ هذا القدر من الدية ويدفع إلى المستحق ، ولا يصرف في غرة ، وقيل : يدفع هذا القدر ، أو غرة بقيمته ، والأصح المنصوص : أنه يشتري به غرة إلا أن لا توجد فيعدل حينئذ إلى الإبل أو الدراهم ، ونو كان أحد أبوي الجنين يهودياً أو نصرانياً ، والآخر مجوسياً ، فهل يجب فيه ما يجب في الجنين النصراني أم المجوسي ، أم يعتبر بالأب ؟ فيه أوجه ، الأصح المنصوص هو الأول ، ولو كان أحد أبويه ذمياً ، والآخر وثنيّاً لا أمان له ، فعلى الأصح يجب ما يجب فيمن أبواه ذميان ، وعلى الثاني : لا شيء فيه ، وعلى الثالث : يعتبر جانب الأب ، والجنين المتولد من مستأمنين كجنين الذميين ، ولو اشترك مسلم وذمي في وطء ذمية بشبهة فحبلت وأجهضت جنيناً بجناية ، يعرض الجنين على القائف وله حكم من

الحقه به ، وإن أشكل الأمر أخذ الأقل ووقف إلى أن ينكشف الحال أو يصطلحوا ، قال في « البيان » : ولا يجوز أن يصطلح الذمي والذمية في قدر الثلث منه لجواز أن يكون الجميع للمسلم لاحق لهما فيه ، ويجوز أن يصطلح في الثلث المسلم والذمية ، لأنه لاحق للذمي فيه ، ولا يخرج استحقاقه عنهما ، والمسألة مفرعة على أن الميث يعرض على القائف وهو الصحيح ، ولو جنى على مرتدة حبلى ، فأجهضت ، نظر ، إن ارتدت بعد الحمل ، وجبت غرة ، لأن الجنين محكوم بإسلامه ، وإن جبلت بعد الردة من مرتد ، بني على المتولد من مرتدين . سلم أم كافر ؟ إن قلنا : مسلم ، وجب غرة ، وإلا فلا شيء فيه على الصحيح ، كجنين الحريين ، وبه قطع الشيخ أبو علي وغيره ، وفي « التهذيب » أن فيه دية جنين مجوسي لعلقة الإسلام .

فرع

جنى على ذمية حبلى من ذمي ، فأسلم أحدهما ، ثم أجهضت ، وجبت غرة كاملة ، لأن الاعتبار في الضمان بآخر الأمر . وكذا حكم من جنى على أمة حبلى ، فعتقت ثم ماتت ، وفيما يستحقه سيدها من ذلك وجهان ، أو قولان ، الصحيح : الأقل من عشر قيمة الأمة ومن الغرة ، والثاني : لا يستحق السيد بحكم الملك شيئاً ، قاله القاضي أبو الطيب والقفال ، لأن الإجهاض حصل حال الحرية ، فصار كحر تردى في بئر كان عند حفرها رقيقاً ، لا شيء لسيدة من الضمان .

فرع

جنى على حربية ، فأسلمت ثم أجهضت ، فالأصح وبه قال ابن الحداد : لا يجب شيء ، وقيل : يجب غرة .

قلت : قال البغوي : يجري البوهان فيما لو جنى السيد على أمته الحامل من غيره ، فعتقت ، ثم ألت الجنين **والله أعلم**

فرع

الجنين الرقيق فيه عشر قيمة الأم ، ذكراً كان أو أنثى ، فنة كانت أمه أو مدبرة ومكاتبة ومستولدة ، ولو ألت جنيناً ميتاً ، فعتقت ، ثم ألت آخر ميتاً ، فالواجب في الأول عشر قيمة الأم ، وفي الثاني الغرة ، وفي القيمة المعتبرة وجهان ، أحدهما : قيمة يوم الإجهاض ، والأصح المنصوص تعتبر القيمة أكثر ما كانت من الجنابة إلى الإجهاض ، فلو كان الجنين سليماً والأم مقطوعة الأطراف أو بالعكس ، فوجهان ، أحدهما : تقوم مقطوعة ، وأصحهما : سليمة ، كما لو كانت كافرة والجنين مسلم ، يقدر فيها الإسلام وتقوم مسلمة ، وكما لو كان الجنين رقيقاً وهي حرة ، بأن كانت لرجل والجنين لآخر فأعتقها صاحبها ، وبقي الجنين رقيقاً لصاحبه ، تقدر الأم رقيقة ، ويجب في الجنين عشر قيمتها .

فرع

جارية مشتركة بينهما نصفين ، حبلت من زوج أو زنى ، وجنى عليها رجل فألت جنيناً ميتاً ، لزمه عشر قيمة الأم للسيد ، فلو جنى عليها أحدهما ، فألت ميتاً ، لزمه نصف عشر قيمة الأم لشريكه ، ولو أعتقها بعد ما جنى ، ثم ألقته ، نظر ، إن كان معسراً ، عتق نصيبه من الأم والجنين وعليه نصف عشر قيمة الأم لشريكه ، وهل يلزمه نصف الغرة للنصف الحر؟ وجهان ، قال ابن الحداد : لا . لأنه وقت الجنابة كان ملكه ، وقال آخرون : نعم ، وهو نصه في « الأم » لأن الجنابة على الجنين إنما تتحقق عند الإلقاء ، وهو حر حينئذ ، والخلاف مبني على أن الموجب للغرة الضرب أو الإجهاض ، وفيه وجهان ، وأكثر الناقلين يميلون إلى ترجيح

وجوب نصف الغرة ، والأصح ما رجحه الشيخ أبو علي وجماعة أنه لا يجب ، وأن الموجب الضرب لتأثيره ، فإن أوجبنا ، بني على أن من بعضه رقيق هل يورث ، إن قلنا : نعم ، فهو لورثته غير سيده وأمه ، لأنه قاتل وبعضها رقيق ، وإن قلنا : لا ، فهل هو لبيت المال أم للمالك نصفه ؟ فيه الخلاف السابق في الفرائض ، أما إذا كان المعتق موسراً ، فإن قلنا : تحصل السراية بنفس الإعتاق أو بأداء القيمة وأداها قبل الإجهاض ، فعلى الجاني الغرة وتصرف إلى ورثة الجنين ، وإن قلنا : تحصل بأداء القيمة ولم يؤدها حتى أجهضت ، فحكمه كما ذكرنا فيما لو كان معسراً ، وإن قلنا : العتق موقوف ، فإن أدى القيمة تبين حصول العتق من وقت اللفظ ، ويكون حكمه كما إذا قلنا : تحصل بنفس الإعتاق ، وإن لم يؤد ، فكما ذكرنا لو كان معسراً ، ولو كانت المسألة بحالها لكن أعتق أحدهما نصيبه ثم جنى عليها جان ، فألقت جنيئاً ميتاً ، فالجاني المعتق أو شريكه أو أجنبي ، فإن كان المعتق . نظر . إن كان معسراً ، بقسي نصيب الشريك ملكاً له ، فعليه له نصف عشر قيمة الأم ، وعليه للنصف الذي عتق نصف الغرة بلا خلاف ، ولمن يكون ذلك ؟ يبنى على الخلاف فيمن بعضه حر ، هل يورث كما سبق . وإن كان موسراً ، فإن قلنا : تحصل السراية بأداء القيمة ، أو قلنا : بالوقف ، وأدى القيمة ، غرم لشريكه نصف قيمة الأمة حاملاً ولا يفرد الجنين بقيمته ، بل يتبع الأم في التقويم ، كما يتبعها في البيع ، ويلزمه بالجناية الغرة ، لأن الجنين حر ، وترث الأم منها ، لأنها حرة ، والباقي منها لعصبته ولا شيء للمعتق ، لأنه قاتل ، وإن جنى الشريك الآخر ، فإن كان المعتق معسراً ، فنصف الجنين مملوك للجاني ، فيلزمه نصف غرة للنصف الحر ، ويعود الخلاف في أنه لمن هو ، وإن كان موسراً ، فإن قلنا : لا تحصل السراية إلا بأداء القيمة ، أو قلنا : بالوقف ، ولم يؤد القيمة ، فالحكم كما لو كان معسراً ،

وإن قلنا : يعتق باللفظ أو بالتوقف ، وأدى القيمة ، فللجاني على المعتق نصف قيمتها حاملاً وعلى الجاني الغرة، وترثها الأم والعصبة، وإن كان الجاني أجنبياً ، فإن كان المعتق معسراً ، فقد أتلف الأجنبي جنيئاً نصفه حر ، ونصفه رقيق ، فعليه نصف غرة ، ونصف عشر قيمة الأم ، وإن كان المعتق موسراً ، وعتق كله ، فقد أتلف الأجنبي جنيئاً حراً ففيه غرة ، ولو جنى عليها الشريكان معاً ، فأجهضت جنيئاً ، فعلى كل واحد منهما للآخر ربع عشر قيمة الأم ، لأن كل واحد منهما جنى على ملك نفسه وملك صاحبه ، ونصيب كل واحد تلف بفعليهما ، فهدر جنايته على ملكه والحقان من جنس واحد ، فيكون على خلاف التقاص . وإن أعتقاها معاً بعد ماجنيا ، أو وكلا رجلاً ، فأعتقها بكلمة ، ثم أجهضت ، فقد عتق الجنين مع الأم قبل الإجهاض ، فيضمن بالغرة ، وفيما يجب على كل واحد منهما وجهان ، قال ابن الحداد : ربع الغرة اعتباراً بحال الجناية ، وقال غيره : نصفها اعتباراً بحال الإجهاض ، وللأم ثلث الواجب والباقي للعصبة ، ولا يرث السيدان منها شيئاً ، لأنهما قاتلان ، ولو جنى عليها أحدهما ، ثم أعتقاها ، ثم أجهضت ، فعلى قول ابن الحداد : على الجاني نصف الغرة ، ولشريكه الأقل من نصفها ونصف عشر قيمة الأم ، وعلى قول غيره : عليه غرة كاملة اعتباراً بيوم الإجهاض .

فرع

وطيء شريكان مشتركة ، فجلبت ، فجنى ، فألقت ميتاً ، فإن كانا موسرين ، فالجنين حر وعلى الجاني غرة ، وهي لمن يلحقه الجنين ، وإن كانا معسرين ، فهل كل الولد حر أم نصفه ؟ قولان ، أظهرهما : الثاني ، فعلى هذا على الجاني نصف الغرة ، ونصف عشر قيمة الأم ، فنصف الغرة لمن يلحقه ، ونصف عشر القيمة للآخر .

فرع

جنت مستولدة حامل من سيدها على نفسها ، فألقت جنيناً ميتاً ، فلا ضمان إن لم يكن للجنين وارث سوى السيد ، وإن كان له أم أم حرة ، غرم السيد لها الأقل من قيمة المستولدة وسدس الغرة ، قال الشيخ أبو علي : ويجيء قول : ان عليه سدس الغرة بالغاً ما بلغ على أن أرش جنابة المستولدة يلزم السيد بالغاً ما بلغ •

فرع

مات عن زوجة حامل وأخ لأب ، وفي التركة عبد ، فضرب بطنها ، فألقت الجنين ميتاً ، تعلقت الغرة برقبة العبد وللأم ثلثها ، وللعلم ثلثها ، والعبد ملكهما ، والمالك لا يستحق على ملكه شيئاً فيقابل ما يرثه كل واحد بما يملكه ، فالأخ يملك ثلاثة أرباع العبد ، فيتعلق به ثلاثة أرباع الغرة ، وله ثلثا الغرة ، يذهب الثلثان بالثلثين يبقى نصف سدس الغرة متعلقاً بحصته من العبد ، والزوجة تملك ربع العبد ، فيتعلق به ربع الغرة ، ولها ثلث الغرة ، يذهب ربع برقع ، يبقى لها نصف سدس الغرة متعلقاً بنصيب الأخ ، وهو ثلاثة أرباع العبد ، فيفديه بأن يدفع نصف سدس الغرة إلى الزوجة •

فرع

جنى حر أبوه رقيق وأمه عتيقة على امرأة حامل ، ثم أعتق أبوه ، انجر ولأوه من معتق أمه إلى معتق أبيه ، ثم أجهضت الحامل ، قال ابن الصباغ : على قياس ابن الحداد يتحمل بدل الجنين مولى الأم اعتباراً بحال الجنابة ، وعلى قياس غيره ، يتحمل مولى الأب اعتباراً بحال الإجهاض •

فرع

أحبلى مكاتب أمته ، فجنى عليها ، فأجهضت ، وجب فى الجنين
عشر قيمة الأم ، لأنها رقيقة بعد •

الطرف الثالث : فى صفة الغرة

هى رقيق سليم من عيب ، يثبت رد المبيع ، له سن مخصوص ،
فيجبر المستحق على قبولها من أى نوع كانت ، وسواء الذكر والأنثى ،
ولا يجبر على قبول خصي وخنثى وكافر ، ولو رضى بقبول الميعب ،
جاز ، ولا يجبر على قبول من لم يبلغ سبع سنين ، وفى لفظ الشافعى رحمه
الله ، لا يقبل دون سبع أو ثمان ، فليل : معناه ما ذكرنا ، ويمكن أن
المراد لا يقبل دون سن التمييز وهو سبع أو ثمان ، ويختلف باختلاف
الصبيان ، ولا يقبل من ضعف بالهرم ، وخرج عن الاستقلال ، ويقبل
دونه ، وقيل : لا يقبل بعد عشرين سنة ، غلاماً كان أو جارية ، وقيل :
لا تقبل الجارية بعد عشرين ، ولا الغلام بعد خمس عشرة ، وصحح جماعة
هذا ، والأول أصح ، وحكوه عن النص •

قلت : كذا ضبطوه على الوجه الثالث بخمس عشرة سنة وعللوه
بأنه لا يدخل على النساء ، وكان ينبغى أن يضبط بالبلوغ ، فلا يقبل
من بلغ لدون هذا السن • والله اعلم

وهل تتقدر قيمة الغرة ؟ وجهان ، أحدهما : الإبل إذا وجدت
السلامة والسن ، وجب القبول وإن قلت قيمتها ، وأصحهما وبه قطع
الجمهور : يشترط أن تبلغ قيمتها نصف عشر الدية ، وهو خمس من
الإبل ، ومتى وجدت الغرة بصفاتها لم يجبر على قبول غيرها ، والاعتياض
عنها كالاغتياض عن إبل الدية ، وإن لم توجد الغرة ، فطريقان ،
أصحهما : على قولين ، أظهرهما : يجب خمس من الإبل ، والثانى :

قيمة الغرة ، والطريق الثاني : خمس من الإبل قطعاً ، فإذا أوجبنا الإبل ،
ففقدت ، فهو كفقدها في الدية ، فعلى الجديد : تجب قيمتها ، وعلى
القديم : يجب خمسون ديناراً ، أو ستمائة درهم •

الطرف الرابع في مستحق الغرة ومن تجب عليه

أما المستحق ، فورثة الجنين ، فلو جنت الحامل على نفسها بشرب
دواء أو غيره ، فلا شيء لها من الغرة المأخوذة من عاقلتها ، لأنها قاتلة ،
وهي لسائر ورثة الجنين •

وأما من تجب عليه الغرة ، فالجناية على الجنين قد تكون خطأ
محضاً ، بأن يقصد غير الحامل فيصيبها ، وقد تكون شبه عمد ، بأن
يقصد ضربها بما يؤدي إلى الإجهاض غالباً ، فتجهض ، ولا تكون عمداً
محضاً ، لأنه لا يتحقق وجوده وحياته حتى يقصد ، هذا هو الصحيح ،
وبه قطع الجمهور ، وفي « المذهب » أنه يكون عمداً محضاً إذا قصد
الإجهاض ، وقال ابن الصباغ : قال أبو إسحاق : وإن قصدها بالضرب
يكون خطأ محضاً في حق الجنين ، فعلى الصحيح ، سواء كانت خطأ ،
أو شبه عمد ، فالغرة على العاقلة ، قال ابن الصباغ : والغرة بدل نفس ،
فلا يجيء فيها القول القديم في أن العاقلة لا تحمل مادون النفس ، وفي
« جمع الجوامع » للرويان أن بعضهم أثبت فيها القديم ، وليس بشيء ،
وإذا فقدت الغرة وقلنا : تنتقل إلى خمس من الإبل ، غلظنا إن كانت
الجناية شبه عمد ، بأن تؤخذ حقة ونصف ، وجذعة ونصف ، وخلقتان ،
قاله الأصحاب ، ولم يتكلموا في التغليظ عند وجود الغرة ، لكن قال
الرويان : ينبغي أن يقال : تجب غرة قيمتها نصف عشر الدية المغلظة ،
وهذا حسن ، أما بدل الجنين الرقيق فليسده ، وهل تحمله العاقلة ؟ فيه
القولان في بدل العبد •

فرع

قطع طرف حامل أو جرحها ، فألقت جنيناً ميتاً ، يجب مع ضمان الجنين ضمان الجناية ، حكومة كان أو أرشاً مقدراً ، ويكون ضمان الجناية لها ، ولو تأملت بالضرب ، وألقت جنيناً ، فإن لم يبق شين ، لم يجب للألم شيء ، وإن بقي ، وجبت له حكومة في الأصح .

فصل

سقط جنين ميت ، وادعى وارثه على رجل أنه سقط بجنائته ، فأنكر أصل الجناية ، صدق بيمينه ، ولا يقبل قول المدعي إلا بشهادة رجلين ، فإن أقر بالجناية ، وأنكر الإسقاط وقال : السقط ملتقط ، فهو المصدق أيضاً ، وعلى المدعي البينة ، وتقبل شهادة النساء ، لأن الإسقاط ولادة ، وإن أقر بالجناية والإسقاط ، وأنكر كون الإسقاط بسبب جنائته ، نظر ، إن أسقطت عقب الجناية ، فهي المصدقة باليمين ، سواء قال : إنها شربت دواء ، أو ضرب بطنها آخر ، أو قال : انفصل الجنين لوقت الولادة ، لأن الجناية سبب ظاهر ، وإن أسقطت بعد مدة من وقت الجناية ، صدق بيمينه ، لأن الظاهر معه إلا أن تقوم بينة على أنها لم تنزل متألمة حتى أسقطت ، ولا تقبل هذه الشهادة إلا من رجلين ، وضبط المتولي المدة المتخللة بما يزول فيه ألم الجناية وأثرها غالباً ، وإن اتفقا على سقوطه بجنائته ، فقال الجاني : سقط ميتاً ، فالواجب الغرة ، وقال الوارث : بل حياً ، ثم مات ، والواجب الدية ، فعلى الوارث البينة لما يدعيه من استهلال وغيره ، وتقبل فيه شهادة النساء ، لأن الاستهلال حينئذ لا يطلع عليه غالباً إلا النساء ، وعن رواية الربيع أنه يشترط رجلان ، ولو أقام كل بينة لما يقوله ، فبينة الوارث أولى ، لأن معهما

زيادة علم ، ولو اتفقا على أنه انفصل حياً بجنايته ، وقال الوارث : مات بالجناية ، وقال الجاني : بل مات بسبب آخر ، فإن لم يمتد الزمان ، فالمصدق الوارث يمينه ، وإن امتد ، صدق الجاني يمينه ، إلا أن يقيم الوارث بينة أنه لم يزل متألماً إلى أن مات ، ولو ألفت جنينين ، وادعى الوارث حياتهما ، وأنكر الجاني حياتهما ، فأقام الوارث بينة باستهلاك أحدهما ، قال المتولي : الشهادة مسموعة ، ثم إن كانا ذكراً ، وجب دية رجل وغرة ، وإن كانا أنثيين ، فدية امرأة وغرة ، وإن كانا ذكراً وأنثى ، وجب اليقين وهو دية امرأة وغرة ، ولو صدق الوارث في حياة أحدهما ، وكانا ذكراً وأنثى ، فقال الوارث : الحي هو الذكر ، وقال الجاني : بل الأنثى ، صدق الجاني يمينه ، ويحلف على نفي العلم بحياة الذكر ، وتجب دية امرأة وغرة ، ولو صدقه الجاني في حياة الذكر ، وكذبه العاقلة ، فعلى العاقلة دية أنثى وحكومة ، والباقي في مال الجاني ، ولو ألفت جنينين حين وماتا ، وماتت الأم بينهما ، ورثت الأم من الأول ، وورث الثاني من الأم ، ولو قال وارث الجنين : ماتت الأم أولاً فورثها الجنين ، ثم مات ، فورثته أنا ، وقال وارث الأم : بل مات الجنين أولاً ، فورثته الأم ، ثم ماتت ، فورثها ، فإن كان بينة ، حكم بها ، وإلا فإن حلف أحدهما ونكل الآخر ، قضى للحالف ، وإن حلفا أو نكلا ، لم يورث أحدهما من الآخر ، لأنه عمي موتها كالغرقى ، وما تركه كل واحد لورثته الأحياء .

باب كفارة القتل

هي عتق رقبة مؤمنة ، فإن لم يجد ، فصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع ، فهل عليه إطعام ستين مسكيناً ؟ قولان ، وقال القفال : وجهان ، وأنكر على صاحب « التلخيص » رواية القولين ، أظهرهما :

لا ، فعلى هذا لو مات قبل الصوم أخرج من تركته لكل يوم مد طعام ، كفوات صوم رمضان ، والقول في صفة الرقبة والصيام والإطعام إن أوجبناه ، وما يجوز النزول من درجة إلى درجة ، على ما سبق في الكفارات •

فصل

قتل العمد ، وشبه العمد والخطأ يوجب الكفارة ، وقال ابن المنذر : لا تجب في العمد ، وحكى الروياني وجهاً ضعيفاً عن رواية أبي علي بن أبي هريرة والطبري أنه إذا اقتصر من المتعمد ، فلا كفارة في ماله ، فعلى هذا إنما يجب إخراج الكفارة إذا لم يقتصر منه ، بأن مات أو عفي عنه ، وتجب الكفارة في القتل بالسبب كما في المباشرة ، فتجب على حافر البئر عدواناً ، ومن نصب شبكة ، فهلك بهما شخص ، وعلى المكره وشاهد الزور ، ولا تجب في القتل المباح ، كقتل مستحق القصاص الجاني ، وكقتل الصائل والباغي ، ونعني بالمباح ما أذن فيه ، والخطأ لا يوصف بكونه مباحاً ولا حراماً ، بل المخطئ غير مكلف فيما هو مخطئ فيه •

فصل

تجب الكفارة على الذمي والعبد وفي مال الصبي والمجنون إذا قتلا ، ولا تجب بوطئه في صوم رمضان لأنه غير متعد ، والتعدي شرط في وجوب تلك الكفارة ، وإذا وجبت الكفارة بقتل الصبي والمجنون ، أعتق الولي من مالهما ، كما يخرج الزكاة والفطرة منه ، ولا يصوم عنهما بحال ، ولو صام الصبي في صغره فهل يجزئه ؟ وجهان ، كما لو قضى في صغره حجة أفسدها ، وإذا أدخلنا الإطعام في هذه الكفارة ، أطعم الولي إن كانا من أهله ، وينبغي أن يقال : إن اكتفينا بصوم الصبي لم

يجز العدول إلى الإطعام . وإلا فيجوز كالمجنون ، ولو أعتق الوبي من مال نفسه عنهما ، أو أطعم . قال البغوي : إن كان أباً أو جداً ، جاز ، وكأنه ملكهما ، ثم ناب عنهما في الإعتاق والإطعام . وإن كان وصياً أو قيمياً ، لم يجز ، حتى يقبل القاضي لهما التملك ، ولا كفارة على حربي ، لأنه غير ملتزم . وهل تجب على من قتل نفسه ؟ وجهان ، أحدهما : نعم . لأنه قتل محرم . فتخرج من تركته ، ويجري الخلاف فيمن حفر بئراً عدواناً فهلك بها رجل بعد موته ، ووجه المنع أن في الكفارة معنى العبادة . فيبعد وجوبها على ميت ابتداءً ، ولو اشترك جماعة في قتل . فهل على كل واحد كفارة ، أم على الجميع كفارة واحد ؟ وجهان ، أحدهما : الأول .

فصل

شرط القتل الذي تجب بقتله الكفارة أن يكون آدمياً معصوماً بإيمان أو أمان . فتجب على من قتل عاقلاً أو مجنوناً أو صبياً أو جنيناً أو ذمياً أو معاهداً أو عبداً ، وعلى السيد في قتل عبده ، ولا تجب بقتل حربي ومرتد . وقاطع طريق ، وزان محصن ، ولا بقتل نساء أهل الحرب وأولادهم وإن كان قتلهم محرماً ، لأن تحريمه ليس لحرمتهم ، بل لمصلحة المسلمين ، لئلا يفوتهم الارتفاق بهم .

فرع

إذا قتل مسلماً في دار الحرب ، وجبت الكفارة بكل حال ، قال الله تعالى : (وإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة)^(١) معناه عند الشافعي وغيره رحمهم الله : وإن كان من قوم عدوكم . وأما القصاص والدية ، فإن ظنه القاتل كافراً ، لكونه بزي الكفار ،

(١) النساء : ٩٢ .

فلا قصاص ، وفي الدية قولان ، أظهرهما : لا تجب ، وإلا فإن عرف مكانه ، فهو كما لو قتله في دار الإسلام ، حتى إذا قصد قتله ، يجب القصاص أو الدية المغلظة في ماله مع الكفارة ، وإن لم يعرف مكانه ، ورمى سهماً إلى صف الكفار في دار الحرب ، سواء علم في البدار مسلماً أم لا ، نظر ، إن لم يعين شخصاً أو عين كافراً فأخطأ ، وأصاب مسلماً ، فلا قصاص ولادية ، وكذا لو قتله في بيات أو غارة ولم يعرفه ، وإن عين شخصاً فأصابه وكان مسلماً ، فلا قصاص ، وفي الدية قولان ، ويشبه أن يكونا هما القولين فيمن ظنه كافراً ، ولو دخل الكفار دار الإسلام ، فرمى إلى صفهم ، فأصاب مسلماً ، فهو كما لو رمى إلى صفهم في دار الحرب • وبالله التوفيق •



تم بعونه تعالى الجزء التاسع
من روضة الطالبين
ويليه الجزء العاشر وأوله
(كتاب دعوى الدم والقسامة)

كتاب دعوى الدم والقسامة

والشهادة على الدم

فيه ثلاثة أبواب :

الأول : في الدعوى ولها خمسة شروط ، أحدها : تعيين المدعى عليه ، بأن ادعى القتل على شخص أو جماعة معينين ، فهي مسموعة ، وإذا ذكرهم للقاضي ، وطلب إحضارهم ، أجابه ، إلا إذا ذكر جماعة لا يتصور اجتماعهم على القتل ، فلا يحضرهم ، ولا يبالي بقوله . فإنه دعوى محال ، ولو قال : قتل أبي أحد هذين ، أو واحد من هؤلاء العشرة ، وطلب من القاضي أن يسألهم ، ويحلف كل واحد منهم ، فهل يجيبه ؟ وجهان ، أصحهما : لا ، وبه قطع جماعة للإبهام ، كمن ادعى ديناً على أحد رجلين ، والثاني : نعم ، للحاجة ولا ضرر عليهم في يمين صادقة ، ويجري الخلاف في دعوى الغصب والإتلاف والسرقة ، وأخذ الضالة على أحد رجلين أو رجال ، ولا يجري في دعوى قرض وبيع وسائر المعاملات ، لأنها تنشأ باختيار المتعاقدين ، وشأنها أن يضبط كل واحد منهما صاحبه ، هذا هو المذهب في الصورتين ، وقيل بطرد الخلاف في المعاملات ، وقيل بقصره على دعوى الدم لعظم خطرها ، فلو لم يكن الجماعة التي ادعى عليهم القتل حاضرين ، وطلب إحضارهم ، ففي إجابته الوجهان ، ولو قال : قتله أحدهم ، ولم يطلب إحضارهم ، ليسألوا ، ويعرض عليهم اليمين ، لم يحضرهم القاضي ، ولم يبالي بكلامه ، هكذا ذكره المتولي ، وذكر أن الوجهين فيما إذا تعلقَت الدعوى بواحد من

جماعة محصورين ، فأما إذا قال : قتله واحد من أهل القرية أو المحلة وهم لا ينحسرون ، وطلب إحضارهم ، فلا يجاب ، لأنه يطول فيه العناء على القاضي ، ويتعطل زمانه في خصومة واحدة ، وتتأخر حقوق الناس .

الشرط الثاني : أن تكون الدعوى مفصلة ، أقتله عمداً أم خطأ ، أم شبه عمد ، منفرداً أم مشارك غيره ، لأن الأحكام تختلف بهذه الأحوال ، ويتوجه الواجب تارة على العاقلة ، وتارة على القاتل ، فلا يعرف من يطالب إلا بالتفصيل ، وفيه وجه سنذكره إن شاء الله تعالى ، أنه يجوز كون الدعوى مجهولة ، فعلى الصحيح لو أجمل الولي فوجهان ، أحدهما : يعرض القاضي عنه ، ولا يستفصل ، لأنه ضرب من التلقين ، والثاني وهو الصحيح المنصوص ، وبه قطع الجمهور : يستفصل ، وربما وجد في كلام الأئمة ما يشعر بوجوب الاستفصال ، وإليه أشار الروياني ، وقال الماسرجسي : لا يلزم الحاكم أن يصحح دعواه ، ولا يلزمه أن يستمع إلا إلى دعوى محررة ، وهذا أصح ، ثم إذا قال : قتله منفرداً أو عمداً ووصف العمد أو خطأ ، وطالب المدعى عليه بالجواب ، وإن قال : قتله بشركة ، سئل عن شاركة ، فإن ذكر جماعة لا يمكن اجتماعهم على القتل ، لغا قوله ودعواه ، وإن ذكر جماعة يتصور اجتماعهم ، ولم يحضرهم ، أو قال : لا أعرف عددهم ، فإن ادعى قتلا يوجب الدية بأن قال : قتله خطأ ، أو شبه عمد ، أو تعمد وفي شركائه مخطيء ، لم تسمع دعواه لأن حصة المدعى عليه من الدية لا تعلم إلا بحصر الشركاء ، فلو قال : لا أعلم عددهم تحقيقاً ، ولكن أعلم أنهم لا يزيدون على عشرة ، سمعت دعواه ، وطالب بعشر الدية ، وإن ادعى ما يوجب القود بأن قال : قتل عمداً مع شركاء عامدين ، فوجهان ، أحدهما : تسمع دعواه ، ويطالب بالقصاص ، لأنه لا يختلف بعدد

الشركاء ، والثاني : لا ، لأنه قد يختار الدية فلا يعلم حقه منها .
وأشير إلى وجه ثالث : أنا إن قلنا : موجب العمد القود ، سمعت :
وإن قلنا : أحدهما ، فلا .

الشرط الثالث : أن يكون المدعي مكلفاً ملتزماً ، فلا تسمع
دعوى صبي ومجنون وحربي ، ولا يضر كون المدعي صبيّاً أو مجنوناً ،
أو جنيناً حالة القتل إذا كان بصفة الكمال عند الدعوى ، لأنه قد يعلم
الحال بالتسامع ، ويمكنه أن يحلف في مظنة الحلف إذا عرف ما يحلف
عليه بإقرار الجاني ، أو سماع ممن يثق به ، كما لو اشترى عيناً وقبضها ،
فادعى رجل ملكها ، فله أن يحلف أنه لا يلزمه التسليم إليه اعتماداً على
قول البائع ، وأما المحجور عليه بسفه ، فتسمع دعواه الدم ، وله أن
يَحْلِفَ وَيُحْلَفَ ، ويستوفي القصاص ، وإذا آل الأمر إلى المال
أخذه الولي ، كما في دعوى المال ، يدعي السفيه ويحلف ، والولي
يأخذ المال .

الرابع : أن يكون المدعى عليه مكلفاً ، فلا يدعي على صبي
ومجنون ، فلو ادعى على محجور عليه بسفه ، نظر ، إن كان هناك لوث ،
سمعت الدعوى ، سواء ادعى عمداً ، أو خطأ ، أو شبه عمد ، ويقسم
المدعي ، ويكون الحكم كما في غير السفيه ، وإذا كان اللوث قول
عدل واحد ، حلف المدعي معه ، ويثبت المال بالشاهد واليمين ، وإن لم
يكن لوث ، فإن ادعى قتلاً يوجب القصاص ، سمعت الدعوى ، لأن
إقراره بما يوجب القصاص مقبول ، فإن أقر ، أمضى حكمه عليه ، وإن
نكل ، حلف المدعي ، وكان له أن يقتص ، وإن ادعى خطأ ، أو شبه عمد ،
فهذا مبني على أن إقرار المحجور عليه بالإتلاف هل يقبل ؟ وفيه وجهان
سبقا في الحجر ، وسواء قبلناه ، أم لا ، فتسمع أصل الدعوى ، أما

إذا قلنا إقراره ، فليمض عليه الحكم إن أقر ، وليقم البينة عليه إن أنكر . وأما إذا لم تقبل وهو الأصح ، فليقم البينة عليه إن أنكر ، ثم إذا أنكر هل يحلف ؟ يبنى على أن يكون المدعى عليه مع يمين المدعي كبينة يقيمها المدعي أم كإقرار المدعى عليه إن قلنا : كالبينة ، حلف ، فربما نكل ، وإن قلنا : كالإقرار ، لم يحلف على الأصح ، وقيل : يحلف لتقطع الخصومة في الحال .

فرع

تسمع دعوى القتل على المحجور عليه بفلس ، فإن كان بينة ، أو لوث ، وأقسم المدعي ، فهو كغيره ، ويزاحم المستحق الغرماء بالمال ، وإن لم تكن بينة ولا لوث ، حلف المفلس ، فإن نكل ، حلف المدعي ، واستحق القصاص إن ادعى قتلاً يوجب القصاص ، قال الروياني : فإن عفا عن القصاص على مال ثبت ، وهل يشارك به الغرماء ؟ يبنى على أن اليمين المردودة كالبينة أم كالإقرار ، إن قلنا : كالبينة ، فنعم ، وإلا فقولان ، كما لو أقر بعين في يده ، أو بمال نسبه إلى ما قبل الحجر ، وإن كان المدعي قتل خطأ ، أو شبه عمد ، ثبت باليمين المردودة الدية ، وتكون على العاقلة إن قلنا : كالبينة ، وإن قلنا : كالإقرار كانت على الجاني ، وفي مزاحمة المدعي الغرماء بها القولان .

فرع

ادعى مثلاً على عبد إن كان لوث ، سعت ، وأقسم المدعي واقتص إن ادعى عمداً وأوجبنا القصاص بالقسامة ، وإلا فتعلق الدية برقة العبد ، وإن لم يكن لوث ، فدعوى القتل الموجب للقصاص تكون على العبد ، ودعوى الموجب للمال على السيد ، وتتمام المسألة يأتي في الدعوى والبيانات إن شاء الله تعالى .

الشرط الخامس : أن لا تتناقض دعواه، فلو ادعى على شخص تفرده بالقتل ، ثم على آخر تفرده بالقتل أو مشاركته ، لم تسمع الثانية؛ ولو لم يقسم على الأول ، ولم يمض حكم ، فلا يمكن من العود إليه . لأن الثانية تكذيبها، ولو صدقه الثاني في دعواه الثانية فوجهان، أحدهما . ليس له مؤاخذته ، لأن في الدعوى على الأول اعترافاً ببراءة غيره . وأصحهما : له مؤاخذته ، لأن الحق لا يعدوهما ، ويحتمل كذبه في الأولى وصدقه في الثانية ، ولو ادعى قتلاً عمداً فاستفصل ، فوصفه بما ليس بعمد، نقل المزني أنه لا يقسم، والربيع أنه يقسم، قال الاكثرون: في المسألة قولان ، أحدهما : تبطل الدعوى ولا يقسم لأن في دعوى العمد اعترافاً ببراءة العاقلة ، فلا يمكن من مطالبتهم بعده ولأن فيه اعترافاً بأنه ليس بسخطى، فلا يقبل رجوعه عنه ، وأظهرهما : لا تبطل . لأنه قد يظن الخطأ عمداً ، فعلى هذا يعتمد تفسيره ويمضي حكمه . ومنهم من قطع بهذا وتأول نقل المزني على أنه لا يقسم على العمد . ويجري الطريقتان فيسن ادعى خطأ ، وفسر بعمد ، وكذا فيمن ادعى شبه عمد ، وفسر بخطأ ، وقيل : يقبل تفسيره قطعاً ، لأن فيه تخفيفاً عن العاقلة ورجوعاً عن زيادة ادعاها عليهم .

فرع

ادعى قتلاً ، فأخذ المال ، ثم قال : ظلّمته بالأخذ ، وأخذته باطلاً . أو ما أخذه حرام علي ، سئل ، فإن قال : كذبت في الدعوى وليس هو قاتلاً ، استرد المال منه ، وإن قال : أردت أني حنفي لا أعتقد أخذ المال يمين المدعي ، لم يسترد ، لأن النظر إلى رأي الحاكم واجتهاده ، لا إلى مذهب الخصمين ، وذكروا للمسألة نظائر .

منها : مات شخص . فقال ابنه : لست أرثه ، لأنه كان كافراً ،
فسئل عن كفره ، فقال : كان معتزلياً أو رافضياً ، فيقال له : لك ميراثه
وأنت مخطيء في اعتقادك . لأن الاعتزال والرفض ليس بكفر ، هكذا
قاله القفال ، والبغوي والرويانى وغيرهم •

قال الفوراني : ومن شيوخنا من يكفر أهل الأهواء ، فعلى هذا
يحرم الميراث •

قلت : هذا الوجه خطأ ، والصواب المنصوص والذي قطع به
الجمهور : أنا لانكفرهم •

ومنها : قضى حنفي لشافعي بشفعة الجوار ، فأخذ الشقص ، ثم
قال : أخذته باطلاً ، لأنني لا أرى شفعة الجوار ، لا يسترد منه •

ومنها : مات عن جارية أو لديها بنكاح ، فقال وارثه : لا أتملكها .
لأنها صارت أم ولد له بذلك ، وعتقت بموته ، فيقال له : هي مملوكتك
ولا تصير أم ولد بالبنكاح •

واعلم أن جميع هذا فيما يتعلق بظاهر الحكم ، أما الحل باطناً
إذا حكم القاضي في مواضع الخلاف لشخص على خلاف اعتقاده ،
كحكم حنفي لشافعي بشفعة جوار ، ففي ثبوته خلاف ، وميل الأئمة
هنا إلى ثبوته ، وسنذكره إن شاء الله تعالى في كتاب الأقضية • ولو
قال : أردت بقولي . حرام أنه مغضوب ، فإن عين المغضوب منه ، لزمه
تسليمه إليه . ولا رجوع له على المأخوذ منه ، لأن قوله لا يقبل عليه ،
وإن لم يعين أحداً ، فهو مال ضائع ، وفي مثله خلاف مشهور ، والجواب
في « الشامل » أنه لا يلزمه رفع يده عنه ، ولو قال بعد ما أقسم : ندمت
على الأيمان ، لم يلزمه بهذا شيء •

فرع

ادعى القتل على رجل ، وحلف وأخذ المال ، فجاء رجل وقال : أنا قتلت مورثك ، ولم يقتله الذي حلف عليه ، فإن لم يصدقه الوارث : لم يؤثر قوله فيما جرى ، وإن صدقه ، لزمه رد ما أخذ ، وهل له الدعوى على الثاني ومطالبته ؟ فيه قولان ، وهما نظير الوجهين السابقين في أول هذا الشرط .

الباب الثاني في القسامة

هي الأيمان في الدماء : وصورتها : أن يوجد قتيل بموضع لا يعرف من قتله ، ولا بينة . ويدعي وليه قتله على شخص أو جماعة ، وتوجد قرينة تشعر بصدقه ، ويقال له : اللوث ، فيحلف على ما يدعيه ، ويحكم له بما سذكركه إن شاء الله تعالى ، وفي الباب أربعة أطراف :

الأول : في محل القسامة ، وهو قتل الحر في محل اللوث ، فهذه ثلاثة قيود ، الأول : القتل ، فلا قسامة في إتلاف المال ، ولا فيما دون النفس من الجروح والأطراف ، بل القول فيها قول المدعى عليه بيمينه ، وإن كان هناك لوث ، لأن النص ورد في النفس ، وهي أعظم من الأطراف ، ولهذا اختصت بالكفارة ، فلا تلحق بها الأطراف ، وحكى الروياني وجهاً في الأطراف ، وغلط قائله ، فعلى الصحيح لو جرح مسلم ، فارتد ، ثم مات بالسراية ، فلا قسامة ، فلو عاد إلى الإسلام ، جرت القسامة ، سواء أوجبنا كمال الدية أم لا ، لأن الواجب هنا بدل النفس ، وكذا الحكم فيما لو جرح ذمي ، فنقض عهده ، ثم مات ، أو جدد العهد ثم مات .

القيد الثاني : كون القتل حراً ، فلو قتل العبد ، وهناك لوث ، فادعى السيد على عبد ، أو حر أنه قتله ، فهل يقسم السيد ؟ فيه طريقان ، أشهرهما : على القولين في أن بدل العبد هل تحمله العاقلة ؟ إن قلنا : لا ، فقد ألحقناه بالبهيمة ، فلا قسامة ، وإن قلنا : نعم وهو الأظهر ، أقسم السيد وهو المنصوص . والثاني : يقسم قطعاً ، لأن القسامة تحفظ الدماء ، وهذه الحاجة تشل العبد ، كالقصاص والكفارة . والمدبر والمكاتب وأم الولد في هذا كالقن ، فإذا أقسم السيد ، فإن كانت الدعوى على حر ، أخذ الدية من ماله في الحال إن ادعى عمداً محضاً ، وإن ادعى خطأ ، أو شبه عمد ، أخذها من عاقلته في ثلاث سنين . وإن كانت الدعوى على عبد ، فإن ادعى العمد ، ففي القصاص القولان في ثبوته بالقسامة ، فإن منعاه وهو الأظهر ، أو ادعى خطأ ، أو شبه عمد ، تعلقت القيمة برقبته .

الثالث : كونه في محل اللوث ، فإن لم يكن لوث ، لم يبدأ يمين المدعي ، واللوث قرينة تثير الظن وتوقع في القلب صدق المدعي وله طرق :

منها : أن يوجد قتيل في قبيلة ، أو حصن ، أو قرية صغيرة ، أو محلة منفصلة عن البلد الكبير ، وبين القتل وبين أهلها عداوة ظاهرة فهو لوث في حقهم ، فإذا ادعى وليه القتل عليهم ، أو على بعضهم ، كان له أن يقسم ، ويشترط أن لا يساكنهم غيرهم ، وقيل : يشترط أن لا يخالطهم غيرهم ، حتى لو كانت القرية بقارة طريق يطررها التجار والمجتازون وغيرهم ، فلا لوث ، والصحيح أن هذا ليس بشرط .

ومنها : لو تفرق جماعة عن قتيل في دار دخلها عليهم ضيفاً ، أو دخل معهم لحاجة ، أو في مسجد أو بستان أو طريق أو صحراء ، فهو

لوث ، وكذا لو ازدحم قوم على بئر ، أو باب الكعبة ، أو في الطواف ، أو في مضيق ، ثم تفرقوا عن قتيل ، ولا يشترط في هذا أن تكون بينه وبينهم عداوة •

ومنها : لو تقابل صفان ، فتقاتلا ، وانكشفا عن قتيل من أحدهما ، فإن اختلطوا ، أو وصل سلاح أحدهما إلى الآخرين رمياً أو طعناً أو ضرباً ، فهو لوث في حق الصف الآخر ، وإن لم يصل سلاح ، فهو لوث في حق أهل صفه •

ومنها : إذا وجد قتيل في صحراء ، وعنده رجل معه سلاح متلطيخ بدم ، أو على ثوبه أثر دم ، فهو لوث ، وإن كان بقربه سبع ، أو رجل آخر مول ظهره ، أو وجد أثر قدم ، أو ترشيش دم في غير الجهة التي فيها صاحب السلاح ، فليس بلوث في حقه ، ولو رأينا من بعد رجلاً يحرك يده كما يفعل من يضرب بسيف أو سكين ثم وجدنا في الموضع قتيلًا ، فهو لوث في حق ذلك الرجل •

ومنها : لو شهد عدل بأن زيداً قتل فلاناً ، فلوث على المذهب ، سواء تقدمت شهادته على الدعوى أو تأخرت ، ولو شهد جماعة تقبل روايتهم ، كعبيد ونسوة ، فإن جاؤوا متفرقين ، فلوث ، وكذا لو جاؤوا دفعة على الأصح ، وفي « التهذيب » أن شهادة عبيدين ، أو امرأتين كشهادة الجمع ، وفي « الوجيز » أن القياس أن قول واحد منهم لوث ، وفيمن لا تقبل روايتهم ، كصبيان أو فسقة أو ذميين ، أوجه ، أصحها : قولهم لوث ، والثاني : لا ، والثالث : لوث من غير الكفار ، ولو قال المجروح : جرحني فلان ، أو قتلني ، أو دمي عنده ، فليس بلوث ، لأنه مدع ، ولو تفرق عنه جماعة لا يتصور اجتماعهم على القتل ، لم تسمع الدعوى عليهم ولا قسامة كما سبق ، ولو ازدحم قوم لا يتصور اجتماعهم

على القتل في مضيق ، وتفرقوا عن قتيل ، فادعى الولي القتل على عدد منهم يتصور اجتماعهم ، فينبغي أن تقبل ويمكن من القسامة ، كما لو ثبت اللوث في جماعة محصورين فادعى الولي القتل على بعضهم •

فرع

قال البغوي : لو وقع في السنة العام والخاص أن زيداً قتل فلاناً ، فهو لوث في حقه ، وسواء في القسامة ادعى كافر على مسلم ، أو مسلم على كافر ، قال الإمام : لو عاين القاضي ما هو لوث ، فله اعتماده ولا يخرج على الخلاف في قضائه بعلمه ، لأنه يقضي بالإيمان ، قال المتولي : إذا وجد قتيل قريب من قرية ، وليس هناك عمارة أخرى ، ولا من يقيم بالصحراء ، ثبت اللوث في حقهم ، يعني إذا وجدت العداوة ، وكنا نحكم باللوث لو وجد فيها ، قال : ولو وجد بين قريتين ، أو قبيلتين ، ولم يعرف بينه وبين إحداها عداوة ، لم يجعل قربه من إحداها لوثاً •

فصل

قد يعارض القرينة ما يمنع كونها لوثاً ، ويعارض اللوث ما يسقط أثره ، ويطل الظن الحاصل به ، وذلك خمسة أنواع :

أحدها : أن يتعذر إثباته ، وإذا ظهر لوث في حق جماعة ، فللولي أن يعين واحداً أو أكثر ويدعي عليه ويقسم ، فلو قال : القاتل أحدهم ولا أعرفه ، فلا قسامة ، وله تحليفهم ، فإن حلفوا إلا واحداً ، فنكوله يشعر بأنه القاتل ، ويكون لوثاً في حقه ، فإذا طلب المدعي أن يقسم عليه ، مكن منه ، ولو نكل الجميع ، ثم عين الولي أحدهم وقال : قد بان لي أنه القاتل ، وأراد أن يقسم عليه ، مكن منه على الأصح •

الثاني : إذا ظهر لوث في أصل القتل دون كونه خطأ أو عمداً ، فهل يتمكن الولي من القسامة على أصل القتل ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، قال البغوي : لو ادعى على رجل أنه قتل أباه ، ولم يقل عمداً ولا خطأ ، وشهد له شاهد ، لم يكن ذلك لوثاً ، لأنه لا يمكنه أن يحلف مع شاهده ، ولو حلف ، لا يمكن الحكم به ، لأنه لا يعلم صفة القتل حتى يستوفي موجه •

واعلم أن هذا المذكور يدل على أن القسامة على قتل موصوف يستدعي ظهور اللوث في قتل موصوف ، وقد يفهم من إطلاق الأصحاب أنه إذا ظهر اللوث في أصل القتل ، كفى ذلك في تمكن الولي من القسامة على القتل الموصوف ، وليس هذا بعيد ، ألا ترى أنه لو ثبت اللوث في حق جماعة وادعى الولي على بعضهم ، جاز ، ويمكن من القسامة ، فكما لا يعتبر ظهور اللوث فيما يرجع إلى الأفراد والاشترار لا يعتبر في صفة العمد والخطأ •

الثالث : أن ينكر المدعى عليه اللوث في حقه ، بأن قال : لم أكن مع القوم المتفرقين عن القتل ، أو قال : لست أنا الذي رأيته مع السكين المتلطح على رأسه ، أو لست أنا المرئي من بعيد ، فعلى المدعي البينة على الأمانة التي ادعاها ، فإن لم يكن بينة ، حلف المدعى عليه على نفيها ، وسقط اللوث ، وبقي مجرد الدعوى ، ولو قال : كنت غائباً يوم القتل ، أو ادعى على جمع ، فقال أحدهم : كنت غائباً ، صدق بيمينه ، لأن الأصل براءته ، وعلى المدعي البينة على حضوره يومئذ ، أو إقراره بالحضور ، فإن أقام بينة بحضوره ، وأقام المدعى عليه بينة نفيته ، ففي « الوسيط » : أنهما تتساقطان ، وفي « التهذيب » : تقدم بينة الغيبة ، لأن معها زيادة علم ، هذا إذا اتفقا أنه كان حاضراً من قبل :

ويعتبر في بيئة الغيبة أن يقولوا : كان غائباً في موضع كذا، فلو اقتصروا على أنه لم يكن هنا ، فهذا نفي محض لا تسمع الشهادة عليه ، ولو أقسم المدعي ، وحكم القاضي بموجب القسامة ، ثم أقام المدعى عليه بيئة على غيبته يوم القتل ، أو أقر بها المدعي ، نقض الحكم واسترد المال ، وكذا لو قامت بيئة على أن القاتل غيره ، ولو قال الشهود : لم يقتله هذا ، واقتصروا عليه ، لم تقبل شهادتهم ، ولو كان محبوساً أو مريضاً يوم القتل ، فهل هما كالغيبة حتى يسقط اللوث إذا ثبت الحال بإقرار المدعي، أو بيئة ؟ وجهان ، وموضعها إذا أمكن كونه قاتلاً بحيلة ولو في صورة بعيدة ، أصحهما : هما كالغيبة •

الرابع : شهد عدل أو عدلان أن زيدا قتل أحد هذين القبيلين ، فليس بلوث ، ولو شهد أو شهدا أن زيدا قتل أحد هذين ، ثبت اللوث في حقهما على الصحيح ، فإذا عين الولي أحدهما وادعى عليه ، فله أن يقسم ، كما لو تفرق جماعة عن قتيل ، وقيل : لا لوث ، كالصورة لأولى •

الخامس : تكذيب بعض الورثة ، فإذا كان للميت ابنان ، فقال أحدهما : قتل زيد أبانا ، وقد ظهر عليه اللوث ، وقال الآخر : لم يقتله ، بل كان غائباً يوم القتل ، وإنما قتله فلان ، أو اقتصر على نفي القتل عنه ، أو قال : برأ من الجراحة ، أو مات حتف أنفه ، فهل يبطل تكذيبه اللوث ، ويمنع الأول القسامة ؟ فيه قولان ، أظهرهما : نعم ، وسواء كان المكذب عدلاً أو فاسقاً ، وقيل : لا تبطل بالفاسق قطعاً ، والمنصوص الأصح : أنه لا فرق ، فإن قلنا : لا تبطل ، حلف المدعي خمسين يمينا ، وأخذ حقه من الدية ، ولو قال أحدهما : قتل أبانا زيد ، وقال الآخر : بل قتله عمرو ، وقلنا : لا يبطل اللوث بالتكاذب ، أقسم كل واحد على من

عينه ، وأخذ نصف الدية ، وإن قلنا : يبطل ، فلا قسامة ، ويحلف كل واحد من عينه ، ولو قال أحدهما : قتل أبانا زيد ورجل لا أعرفه ، وقال الآخر : قتله عمرو ، ورجل لا أعرفه ، فلا تكاذب ، فيقسم كل واحد على من عينه ، ويأخذ منه ربع الدية ، فإن عادا ، وقال كل واحد منهما : قد بان لي أن المبهم هو الذي عينه أخي ، فلكل واحد أن يقسم على الآخر ، ويأخذ منه ربع الدية ، وهل يحلف كل واحد خمسين يمينا ، أم خمسا وعشرين ؟ فيه خلاف يأتي في نظائره إن شاء الله تعالى ، وإن قال كل واحد : المبهم غير الذي عينه أخي ، حصل التكاذب ، فإن قلنا : تبطل القسامة ، رد كل واحد ما أخذ بها ، وإلا فيقسم كل واحد على من عينه ثانياً ، ويأخذ منه ربع الدية ، ولو قال الذي عين زيداً : تبينت أن الذي أبهمت ذكره عمرو الذي عينه أخي ، وقال الذي عين عمراً : تبينت أن الذي أبهمت ذكره غير زيد ، فالذي عين عمراً لا يكذبه أخوه ، فله أن يقسم على عمرو ، ويأخذ منه ربع الدية ، والذي عين زيداً ، كذبه أخوه ، فإن قلنا : تبطل القسامة ، رد ما أخذ ، وحلف المدعى عليه ، وإلا أقسم على من عينه ، وأخذ منه ربع الدية ، ولو قال أحدهما : قتل أبانا زيد وحده ، وقال الآخر : قتله زيد وعمرو ، فإن قلنا : التكاذب لا يبطل القسامة ، أقسم الأول على زيد ، وأخذ منه نصف الدية ، ويقسم الثاني عليهما ، ويأخذ من كل واحد ربع الدية ، وإن قلنا : يبطل ، فالتكاذب هنا في النصف ، وفي بطلان القسامة في كل وجهان ، أصحهما : لا تبطل ، فيقسم الأول على زيد ، ويأخذ منه ربع الدية ، وكذا يقسم الثاني عليه ويأخذ ربعها ، ولا يقسم الثاني على عمرو ، لأن أخاه كذبه في الشركة ، وللأول تحليف زيد ، لما بطلت فيه القسامة ، وللثاني تحليف عمرو ، ولو قال أحدهما : قتل أبانا زيد وعمرو ، وقال الآخر : قتله بكر وخالد ، فإن أبطلنا القسامة بالتكذيب ، لم يقسم واحد منهما ، ولكل واحد

تحليف اللذين عينهما ، وإن لم يطلها ، أقسم كل واحد على اللذين
عينهما ، وأخذاً من كل منهما ربع الدية .

فرع

لا يشترط في اللوث والقسامة ظهور دم ولا جرح ، لأن القتل
يحصل بالخنق ، وعصر الخصية ، وغيرهما ، فإذا ظهر أثره ، قام مقام
الدم ، فلو لم يوجد أثر أصلاً ، فلا قسامة على الصحيح ، وبه قطع
الصيدلاني والمتولي ، فلا بد أن يعلم أنه قتل ، ليبحث عن القاتل ، ولو
وجد بعضه في محلة وتحقق موته ، ثبتت القسامة ، سواء وجد رأسه
أو بدنه ، أقله أو أكثره ، وإذا وجد بعضه في محلة وبعضه في أخرى ،
فللولي أن يعين ويقسم .

الطرف الثاني : في كيفية القسامة وفيه مسائل :

مسألة : أيمانها خمسون يميناً ، وكيفية اليمين كسائر
الدعاوى ، ويقول في يمينه : لقد قتل هذا ، ويشير إليه ، أو لقد قتل
فلان ابن فلان ، ويرفع في نسبه ، أو يعرفه بما يمتاز به من قبيلة أو
صنعة ، أو لقب فلان ابن فلان ، ويعرفه كذلك منفرداً بقتله ، وإن ادعى
على اثنين ، قال : قتلاه منفردين بقتله ، نص الشافعي رحمه الله على
ذكر الانفراد ، فقليل : هو تأكيد ، لأن قوله : قتله ، يقتضي الانفراد ،
وقيل : شرط ، لاحتمال الانفراد صورة والاشتراك حكماً ، كالمكره مع
المكره ، ويتعرض لكونه عمداً أو خطأ ، وذكر الشافعي رحمه الله أن
الجاني لو ادعى أنه برىء من الجرح ، زاد في اليمين : وما برىء من جرحه
حتى مات منه .

الثانية : يستحب للقاضي أن يحذر المدعي إذا أراد أن يحلف ، ويعظه ويقول : اتق الله ، ولا تحلف إلا عن تحقق ، ويقرأ عليه (إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً)^(١) الآية ، والقول في التغليظ في اليمين زماناً ومكاناً ولفظاً منه ما سبق في اللعان ، ومنه ما هو مؤخر إلى الدعوى والبيّنات •

الثالثة : لا تشترط موالاة الأيمان على المذهب ، وقيل : وجهان ، فعلى المذهب : لو حلف الخمسين في خمسين يوماً ، جاز •

الرابعة : جنّ المدعي في خلال الأيمان ، أو أغشى عليه ، ثم أفاق ، يبنى عليها ، ولو عزل القاضي ، أو مات في خلالها ، فالأصح أن القاضي الثاني يستأنف منه الأيمان ، وحكي عن نصه في « الأم » أنه يكفيه البناء ، قال الروياني : وهو الأصح ، لكن المتولي حمل النص على ما إذا حلف المدعى عليه بعض الأيمان تفرعاً على تعدد يمينه ، فمات القاضي ، أو عزل وولي غيره ، يعتد بالأيمان السابقة ، وفرق بأن يمين المدعى عليه على النفي فتنفذ بنفسها ، ويمين المدعي للإثبات فتوقف على حكم القاضي ، والقاضي لا يحكم بحجة أقيمت عند الأول ، قال : وعزل القاضي وموته بعد تمام الأيمان ، كالعزل في أثنائها في الطرفين . قال : ولو عزل القاضي في أثناء الأيمان من جانب المدعي أو المدعى عليه ، ثم تولى ثانياً ، فيبنى على أن الحاكم هل يحكم بعلمه ؟ إن قلنا : لا . استأنف ، وإلا بنى ، ولو مات الولي المقسم في أثنائها ، نص في « المختصر » أن وارثه يستأنف الأيمان ، وقال الخضري : يبنى عليها ، والصحيح الأول ، ولو مات بعد تمامها ، حكم لوارثه ، كما لو أقام بينة ثم مات ولو مات المدعى عليه في أثناء الأيمان ، إذا حلفناه في غير صورة اللوث ، أو فيها ، لنكول المدعي ، بنى وارثه على أيمانه •

(١) آل عمران : ٧٧ .

الخامسة : في جواز القسامة في غيبة المدعى عليه وجهان، أصحهما: نعم ، كالبينة ، والثاني : لا ، لضعف القسامة ، ولا يمنع من القسامة كون المدعي كان غائباً عن موضع القتل ، كما لا يمنع كونه صبيّاً أو جنيناً، لأنه قد يعرف الحال بإقرار المدعى عليه ، أو بسماع ممن يثق به .

السادسة : ما يستحق بالقسامة يستحق بخمسين يميناً ، فإن كان الوارث واحداً وهو جائز ، حلف خمسين وأخذ الدية ، وإن لم يكن جائزاً ، حلف أيضاً خمسين ، لأنه لا يمكنه أخذ شيء إلا بعد تمام الحجة ، فإذا حلف أخذ قدر حقه ولا يثبت الباقي يمينه ، بل حكمه حكم من مات ولا وارث له وسيأتي إن شاء الله تعالى ، وإن كان للقتيل وارثان فأكثر ، فقولان ، أحدهما : يحلف كل واحد خمسين يميناً ، وأظهرهما : يوزع الخمسون عليهم على قدر موارثهم ، ومنهم من قطع بهذا ، فعلى هذا إن وقع كسر ، تمننا المنكسر ، فإذا كان ثلاثة بنين ، حلف كل ابن سبع عشرة ، وإن خلف أمّاً وابناً ، حلفت تسعاً ، وحلف اثنتين وأربعين ، وإن خلف زوجة وبنْتاً ، جعلت الأيمان بينهما أخماساً ، فتحلف الزوجة عشراً ، والبنْت أربعين ، وفي زوج وبنْت ، تجعل أثلاثاً ، وإذا خلف أكثر من خمسين ابناً أو أخاً ، حلف كل واحد يميناً ، وإن كانوا تسعة وأربعين ، حلف كل واحد يمينين ، وفي صورة الجد والإخوة تقسم الأيمان ، كقسم المال ، وفي المعادة لا يحلف ولد الأب إن لم يأخذ شيئاً ، فإن أخذ ، حلف بقدر حقه ، فإذا خلّف جداً وأخاً للأبوين وأخاً لأب ، حلف الجد سبع عشرة والأخ للأبوين أربعاً وثلاثين ، ولا يحلف الأخ للأب وعلى التوزيع لو نكل بعضهم عن جميع حصته ، أو بعضها ، فلا يستحق الآخر شيئاً حتى يحلف خمسين ولو غاب بعضهم ، فالحاضر بالخيار بين أن يصبر حتى يحضر الغائب ، فيحلف كل واحد قدر حصته ، وبين

أن يحلف في الحال خمسين . ويأخذ قدر حقه ، فلو كان الورثة ثلاثة بنين أحدهم حاضر ، فأراد أن يحلف ، حلف خمسين يمينا ، وأخذ ثلث الدية ، فإذا قدم ثان ، حلف نصف الخمسين ، وأخذ الثلث فإذا قدم الثالث ، حلف سبع عشرة ، وأخذ ثلث الدية . ولو كانوا أربعة ، حلف الحاضر خمسين ، وأخذ ربع الدية ، فإذا قدم ثان ، حلف خمسا وعشرين ، وأخذ ربعها ، وثالث يحلف سبع عشرة والرابع ثلاث عشرة ، ولو قال الحاضر : لا أحلف إلا بقدر حصتي لا يبطل حقه من القسامة حتى إذا قدم الغائب حلف معه بخلاف ما إذا قال الشفيع الحاضر : لا آخذ إلا قدر حصتي . فإنه يبطل حقه . لأن الشفعة إذا أمكن أخذها ، فالتأخير تقصير مفوت ، واليمين في القسامة لا تبطل بالتأخير ، ولو كان في الورثة صغير ، أو مجنون ، فالبالغ العاقل كالحاضر ، والصبي والمجنون كالغائب في جميع ما ذكرنا ، ولو حلف الحاضر ، أو البالغ خمسين ، ثم مات الغائب أو الصبي ، وورث الحالف ، لم يأخذ نصيبه إلا بعد أن يحلف حصته ولا يحسب ما مضى ، لأنه لم يكن مستحقاً له يومئذ .

فرع

كان في الورثة خنثى مشكل ، أخذ بالاحتياط واليقين في الأيمان والميراث ، فإن خلف ولداً خنثى ، حلف خمسين لاحتمال أنه ذكر ، ولا يأخذ إلا نصف المال ، ثم إن لم يكن معه عصة ، لم يأخذ القاضي الباقي من المدعى عليه بل يوقف حتى يبين الخنثى ، فإن بان ذكراً أخذه ، وإن بان أنثى حلف القاضي المدعى عليه للباقي ، وإن كان معه عصة كأخ ، فإن شاء صبر إلى وضوح الخنثى ، وإن شاء حلف ، فإن صبر توقفنا ، وإن حلف حلف خمسا وعشرين ، وأخذ القاضي النصف الآخر ، ووقفه بين الأخ والخنثى ، فإذا بان المستحق منهما ، دفعه إليه باليمين السابقة ، ولو خلف ولدين خنثيين ، حلف كل واحد منهما ثلثي الأيمان مع الجبر

وهي أربع وثلاثون يميناً ، لاحتمال أنه ذكر ، والآخر أثني ، ولا يأخذان إلا الثلثين لاحتمال أنهما أنثيان ، ولو خلف ابناً وخنثى ، حلف الابن ثلثي الأيمان ، وأخذ نصف الدية ، وحلف الخنثى نصفها ، وأخذ ثلث الدية ، ووقف السدس بينهما ، ولو خلف بنتاً وخنثى ، حلفت نصف الأيمان ، والخنثى ثلثيها ، وأخذ ثلثي الدية ، ولا يؤخذ الباقي من المدعى عليه حتى يظهر الخنثى ، وهنا صور آخر في الخنثى تعلم من الضابط والمثال المذكور حذفها اختصاراً ولعدم الفائدة فيها وتعذر وقوعها •

فرع

مات بعض الورثة المدعين الدم ، قام وارثه مقامه في الأيمان ، فإن تعددوا ، عاد القولان ، فإن قلنا : يحلف كل وارث خمسين ، فكذا ورثة الورثة ، وإن قلنا : بالتوزيع ، وزعت حصة ذلك الوارث على ورثته ، فلو كان للقتيل ابنان ، مات أحدهما عن ابنين ، حلف كل منهما ثلاث عشرة ، فلو حلف أحدهما ثلاث عشرة ، فمات أخوه قبل أن يحلف ، ولم يترك سوى هذا الحالف ، حلف أيضاً ثلاث عشرة بقدر ما كان يحلف الميت ، ولا يكفيه إتمام خمس وعشرين ، ولو مات وارث القتل بعد حلفه ، أخذ وارثه ما كان له من الدية ، وإن مات بعد نكوله ، لم يكن لوارثه أن يحلف ، لأنه بطل حقه من القسامة بنكوله ، لكن لوارثه تحليف المدعى عليه •

فرع

للقاتل ابنان ، حلف أحدهما ، ومات الآخر قبل أن يحلف عن ابنين ، فحلف أحدهما حصته ، وهي ثلاث عشرة ونكل الآخر ، وزع الربع الذي

نكل عنه على أخيه وعمه على نسبة ما يأخذان من الدية ، فيخص الأخ أربع وسدس يضم ذلك إلى حصته في الأصل ، وهي اثنتا عشرة ونصف . فتبلغ ست عشرة وثلثين فتكمل ، وقد حلف ثلاث عشرة ، فيحلف الآن أربعاً ، ويخص العم ثمان وثلث ، فيحلف تسعاً فيكمل له أربع وثلثون .

فرع

جميع ما سبق في أيمان القسامة من جهة المدعي ، أما إذا ادعى القتل بغير لوث وتوجهت اليمين على المدعى عليه ، فهل يغلظ عليه بالعدد؟ قولان ، أظهرهما : نعم ، لأنها يمين دم ، فإن نكل المدعى عليه رد على المدعي ما توجه على المدعى عليه على اختلاف القولين ، ويجري القولان في يمين المدعي مع الشاهد الواحد ، ولو كانت الدعوى في محل اللوث ، ونكل المدعي عن القسامة ، غلظت اليمين على المدعى عليه بالعدد قطعاً ، وقيل : بطرد القولين ، فإن قلنا : بالتعدد ، وكانت الدعوى على جماعة مع لوث أو مع عدمه ، فهل يقسط الخمسون عليهم بعدد الرؤوس ، أم يحلف كل واحد خمسين ؟ قولان ، أظهرهما : الثاني ، فإن قسطننا فكانت الدعوى على اثنين ، حاضر وغائب ، حلف الحاضر خمسين ، فإذا حضر الغائب وأنكر ، حلف خمساً وعشرين ، وإن كافا حاضرين ، فنكل أحدهما ، حلف الآخر خمسين ، لأن البراءة عن الدم لا تحصل بدونها على قول التعدد ، ويحلف المدعي على الناكل خمسين ، ولو نكل المدعى عليه عن اليمين والمدعون جماعة وقلنا : بالتعدد ، فهل توزع الأيمان على قدر مواريتهم أم يحلف كل واحد خمسين ؟ فيه القولان السابقان .

فرع

هذا الذي سبق حكم الأيمان في دعوى النفس ، فأما دعوى

الطرف والجرح ، فقد سبق أنه لا قسامة فيها ، ولا اعتبار باللوث ، ولكن يحلف المدعى عليه ، وهل تتعدد اليمين ؟ يبنى على أن يمين المدعى عليه في دعوى النفس هل تتعدد ؟ إن قلنا : لا ، فهنا أولى ، وإلا فقولان أو وجهان ، أشبههما بالترجيح التعدد ، قال ابن الصباغ : هذا الخلاف في دعوى العمد المحض ، أما في الخطأ وشبه العمد فتتحد فيه اليمين بلا خلاف ، ولم يفرق الأكثرون كما في النفس ، وإذا قلنا : بالتعدد ، فذلك إذا كان الواجب فيما يدعيه قدر الدية ، فإن نقص كبديل اليد والحكومة ، فقولان ، أظهرهما : يحلف المدعى عليه خمسين يميناً أيضاً ، والثاني : توزع الخمسون على الإبدال ، ففي اليد خمس وعشرون ، وفي الموضحة ثلاث ، ولو زاد الواجب على دية نفس ، فهل يزداد في قدر الأيمان بزيادة قدر الأروش ؟ طرد الإمام حكاية الخلاف فيه ، ولو كانت الدعوى في الطرف على جماعة ، فهل يحلف كل واحد منهم بقدر ما يحلف المنفرد ، أم يوزع على رؤوسهم ؟ فيه قولان كما سبق ، ومتى نكل المدعى عليه عن اليمين المعروضة عليه ، ردت على المدعي ، وحلف بقدر ما كان يحلف المدعى عليه ، فإن تعدد المدعون ، فهل توزع عليهم بقدر الإرث ، أم يحلف كل واحد كما يحلف المنفرد ؟ فيه القولان السابقان .

فرع

كان مع المدعي شاهد ، فأراد أن يحلف معه ، فإن قلنا : تتحد اليمين مع الشاهد في دعوى الدم ، نظر ، إن جاء بصيغة الإخبار أو شهد على اللوث ، حلف معه خمسين يميناً ، وإن جاء بلفظ الشهادة وحافظ على شرطها ، حلف معه يميناً واحدة ، قال الإمام : ويثبت المال إن كان القتل خطأ ، وإن كان المدعى قتل عمد ، فلا قصاص قطعاً ، وفي المال خلاف يأتي نظيره إن شاء الله تعالى ، وإذا قلنا : تعدد اليمين مع الشاهد ، فلا بد من خمسين يميناً بكل حال .

الطرف الثالث في حكم القسامة :

فإذا أقسم الولي في محل اللوث ، فإن كان ادعى قتل خطأ ، أو شبه عمد ، وجبت الدية على عاقلة المحلوف عليه ، مخففة في الخطأ ، ومغلظة في شبه العمد ، وإن ادعى قتلاً عمداً والمدعى عليه ممن يقتل بذلك القتل ، فهل يجب القصاص بالقسامة ؟ قولان ، القديم : نعم . والجديد الأظهر : لا ، فعلى الجديد تجب الدية في مال القاتل حالة ، وعلى القديم لافرق بين أن تكون الدعوى على واحد ، أو جماعة كالبينة ، وخرج ابن سريج على القديم أن الولي يختار واحداً منهم ، فيقتله قصاصاً ، ولا يقتل الجميع ، وقيل : على هذا يأخذ من الباقي حصتهم من الدية ، وهو ضعيف ، وإذا ادعى القتل على ثلاثة في محل اللوث ، والحاضر منهم واحد ، فإن قال : تعدوا جميعاً ، أقسم على الحاضر خمسين يمينا ، وأخذ ثلث الدية من ماله على الجديد ، وعلى القديم له القصاص ، فإذا قدم أحد الغائبين ، فإن أقر ، اقتص منه ، وإن أنكر ، أقسم عليه المدعي . وهل يقسم خمسين أم خمسا وعشرين ؟ وجهان ، ويقال : قولان ، أصحهما : الأول ، هكذا أطلقوه ، وينبغي أن يكون هذا على الخلاف السابق في جواز القسامة في غيبة المدعى عليه ، فإن جوزناها وذكره في الأيمان السابقة اكتفى بها ، ثم إذا حلف عليه ، عاد القولان ، الجديد والقديم ، فإذا قدم الثالث وأنكر فكم يحلف عليه ؟ فيه الخلاف السابق ، وإن قال : تعد هذا الحاضر ، وكان الغائبان مخطئين ، أقسم على الحاضر ولا يقتص منه قطعاً ، فإذا حضر الغائبان وأنكرا ، فكم يحلف عليهما ؟ فيه الخلاف ، وإن أقرأ وصدقتهما العاقلة ، فالدية على العاقلة ، وإلا ففي مالهما مخففة ، وإن قال : تعد الحاضر ولا أدري أتعمد الغائبان أم أخطأ ، أقسم على الحاضر خمسين وأخذ

منه ثلث الدية على الجديد ، وعلى القديم يوقف الأمر حتى يحضرا .
فإن حضرا واعترفا بالتعمد ، اقتص منها ويقتص من الأول أيضاً في
القديم . وإن اعترفا بالخطأ ، وجبت الدية المخففة عليهما إن كذبتهما
العاقلة ، وإلا فعلى العاقلة ، وإن أنكرا أصل القتل : فهل يقسم
المدعي ؟ فيه الوجهان السابقان فيما إذا ادعى القتل وظهر اللوث فيه
ولم يذكر أنه عمد أم خطأ ، الأصح : لا يقسم ، فإن قلنا : يقسم ، فأقسم .
حسبنا حتى يصفى القتل ، وكم يقسم ؟ فيه الخلاف ، ولو ادعى القتل
على شخصين ، وعلى أحدهما لوث دون الآخر ، أقسم المدعي على الذي
عليه لوث خمسين ، وفي الاقتصاص منه القولان ، وحلف الذي لالوث عليه .

فرع

إذا نكل المدعي عن القسامة في محل اللوث ، حلف المدعي عليه
كما سبق ، فإن نكل ، فهل ترد اليمين على المدعي ؟ ينظر إن ادعى قتلاً
يوجب القصاص ، وقلنا : القسامة لا توجب القصاص ، ردت اليمين
قطعاً ، لأنه يستفيد بها مالا يستفيد بالقسامة ، وهو القصاص ، وإن
كان قتلاً لا يوجب القصاص ، أو يوجهه وقلنا : القسامة توجهه ، فقولان ،
أحدهما : لا ترد ، لأنه نكل عن اليمين في هذه الخصومة ، وأظهرهما :
الرد ، لأنه إنما نكل عن يمين القسامة ، وهذه غيرها ، والسبب الممكن
من تلك هو اللوث ، ومن هذه نكول المدعي عليه ، ولو كانت الدعوى
في غير صورة اللوث ، ونكل المدعي عليه عن اليمين ، والمدعي عن اليمين
المردودة ، ثم ظهر لوث وأراد المدعي أن يقسم فقد أجروا القولين في
تمكينه منه ، ولو أقام المدعي شاهداً في دعوى بمال ، ونكل عن الحلف
معه ، ونكل المدعي عليه عن اليمين المعروضة عليه ، فأراد المدعي أن يحلف

اليمين المردودة ، عاد القولان هكذا أطلقوه ، ومقتضى ما ذكرنا في أول المسألة أن يقال : إن جرى ذلك في دعوى قتل يوجب قصاصاً ، حلف اليمين المردودة قطعاً ، لأنه لا يستفيد باليمين مع الشاهد القصاص ، ويستفيد باليمين المردودة .

فرع

إذا حلف المدعى عليه تخلص عن المطالبة ، ولا يطالب أهل الموضع الذي وجد فيه القتيل ، ولا يأتي ذلك الموضع ولا عاقلته ولا عاقلة الحالف ولا غيرهم سواء كان المدعى قتلاً عمداً أم خطأ ، وإذا حلف المدعي عند نكول المدعى عليه ، فإن كان المدعى قتلاً عمداً ، ثبت القصاص ، لأن اليمين المردودة كالإقرار ، أو كالبينة ، والقصاص يثبت بكل منهما ، وإن كان المدعى خطأ ، أو شبه عمد ، وجبت الدية ، ثم قيل : إن قلنا : اليمين المردودة كالبينة ، فهي على عاقلته ، وإن قلنا : كالإقرار ، ففي ماله ، وقيل : في ماله مطلقاً ، لأنها إنما تكون كالبينة في حق المتداعين .

الطرف الرابع فيمن يحلف في الفسامة :

وهو كل من يستحق بدل الدم ، فيدخل فيه السيد ، فإنه إذا قتل عبده ، أقسم على المذهب كما سبق ، وعلى هذا يقسم المكاتب إذا قتل عبده ، ولا يقسم سيده ، بخلاف ما إذا قتل عبد المأذون له فإن السيد يقسم دون المأذون له ، لأنه لاحق له ، بخلاف المكاتب ، فإن عجز قبل أن يقسم ، وتعرض عليه اليمين ، أقسم السيد ، وإن عجز بعد عرض اليمين ونكوله ، لم يقسم السيد ، لبطلان الحق بنكوله ، كما لا يقسم

الوارث إذا نكل المورث ، ولكن يحلف المدعى عليه ، وإن عجز بعد ما أقسم ، أخذ السيد القيمة ، كما لو مات الولي بعد ما أقسم .

فرع

ملك عبده عبداً ، فقتل وهناك لوث ، فإن قلنا : العبد لا يملك بتملك السيد ، أقسم السيد ، لأن المقتول عبده ، فإن أقسم ، كانت القيمة له ولورثته بعده ، وإن قلنا : يملك بالتملك ، بني ذلك على أن من ملك عبده شيئاً فأتلف ، هل ينقطع حق العبد منه وتكون القيمة للسيد ، أم ينتقل حقه إلى القيمة ؟ وفيه وجهان ، أحدهما : الانقطاع ، لضعف ملكه ولأنه لو أعتق أو انتقل من ملك السيد ، انقلب ما ملكه إلى ملك سيده ، فإن قلنا : ينقطع ، أقسم السيد ، وإلا فوجهان ، أحدهما : يقسم العبد كالمكاتب ، والثاني : لا ، لضعف ملكه ، فعلى هذا لا يقسم السيد أيضاً ، لأنه لا ملك له ، ولو استرجع السيد الملك ، وأعاد القيمة إلى ملكه ، لم يقسم السيد أيضاً ، لأنها لم تثبت للعبد ، فكيف يخلفه السيد فيها ، وإن قلنا : يقسم العبد ، فقد قيل : لا يقسم السيد أيضاً ، لأن العبد لم يكن له حين قتل ، ولا صارت القيمة له حينئذ ، وإنما يملك بالاسترجاع ، قال الإمام : ويجوز أن يجعل السيد خلفاً عن العبد كالوارث مع مورثه ، ولو ملك مستولده عبداً كان كما لو ملك عبده القن في جميع ما ذكرنا ، وإن عتقت بموت السيد ، ولو أوصى لمستولده بعد ، فقتل وهناك لوث ، أقسم السيد وأخذ القيمة وبطلت الوصية ، ولو أوصى لها بقيمة عبده بعدما قتل ، أو أوصى لها بقيمة عبده فلان إن قتل ، صحت الوصية ، لأن القيمة له ولا يقدح فيها الخطر ، لأن الوصية تحتمل الإخطار ، وليست الوصية للمستولدة كالوصية للقن ، لأنها تعتق بالموت وهو وقت استحقاق الوصية ، والقن ينتقل إلى الوارث ، فلا يمكن تصحيح الوصية له ، قال

الرواياني : وعلى هذا لو أوصى لعبد نفسه ، ثم أعتقه قبل موته ، صحت الوصية ، وعن القاضي أبي الطيب ، أنه لو باعه بعد الوصية ، صحت الوصية ، ويثبت الاستحقاق للمشتري ، وإذا صحت الوصية لها ، فإن أقسم السيد ، ثم مات ، فالقيمة لها ، وإن لم يقسم حتى مات ولم يوجد منه نكول ، أقسم الورثة ، وتكون القيمة لها بالوصية ، وإنما أقسم الورثة ، وإن كانت القيمة للمستولدة ، لأن العبد يوم القتل كان للسيد ، والقسامة من الحقوق المعلقة بالقتل ، فيرثونها كسائر الحقوق ، وتثبت القيمة له ، ثم يصرفونها إلى المستولدة بموجب وصيته ، ولهم غرض ظاهر في تنفيذ وصيته ، وتحقيق مراده ، وهذا كما أنهم يقضون دينه ، وليس سبيلهم فيه سبيل سائر الناس ، حتى لو مات من عليه دين ولا تركه له ، فقضاء الورثة من مالهم ، لزم المستحق قبوله بخلاف ما لو تبرع به أجنبى ، قال الإمام : وغالب ظني أنني رأيت فيه خلافاً ، قال : ولو أوصى لإنسان بمال ومات . فجاء من ادعى استحقاقه هل يحلف الوارث لتنفيذ الوصية ؟ فيه احتمالان ، والفرق أن القسامة تثبت على خلاف القياس احتياطاً للدماء . ولو نكل الورثة عن القسامة ، فهل للمستولدة أن تقسم وتأخذ القيمة ؟ قولان ، أحدهما : نعم ، لأن الحق لها ، وأظهرهما : لا ، لأن القسامة لإثبات القيمة ، وهي تثبت للسيد ثم تنتقل بالوصية إليها ، ولا يقوم مقام السيد إلا وارثه ، ويجري القولان في المديون إذا لم يقسم ورثته ، هل يقسم غرماءه ؟ ولا خلاف أن للورثة الدعوى ، وطلب اليمين من المدعى عليه إذا لم يقسموا ، وأما المستولدة ، فهل لها الدعوى وطلب اليمين ؟ قيل : إن قلنا : لها أن تقسم ، فلها ذلك ، وإلا فلا ، والمذهب والمنصوص أن لها ذلك ، وإن قلنا : لا تقسم ، لأنها صاحبة القيمة ، وأما القسامة فللورثة ، فلو نكل الخصم ردت اليمين عليها ، قال الإمام : وعلى هذا لا يفتقر طلبها ودعواها إلى إعراض الورثة عن الطلب .

واعلم أن الورثة وإن كان لهم القسامة ، لاتجب عليهم وإن كانوا متيقنين ، فالإيمان لاتجب قط .

فرع

لو قطعت يد عبد ، فعتق ومات بالسراية ، فقد سبق أن الواجب فيه الدية ، وذكرنا قولين ، أظهرهما : للسيد أقل الأمرين من نصف قيمة العبد وكمال الدية ، والثاني : أنه أقل الأمرين من كمال القيمة وكمال الدية ، فلو وقعت هذه الجناية في محل لوث وكان الواجب قدر ما يأخذه السيد ولا يفضل شيء للورثة ، فهل يقسم ؟ يبنى على ما لو مات رقيقاً ، إن قلنا : يقسم ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان ، أحدهما : يقسم أيضاً ، لأن القتل حر ، والواجب دية ، وإن كان يفضل عن الواجب شيء للورثة ، أقسم الورثة قطعاً ، وفي قسامة السيد الخلاف ، إن قلنا : لا يقسم ، أقسم الورثة خمسين يميناً ، وإلا فالسيد مع الوارث كالوارثين ، فيعود القولان في أن كل واحد يحلف خمسين يميناً ، أم توزع الأيمان عليهما بحسب ما يأخذان .

فرع

إذا ارتد ولي القتل بعد ما أقسم ، فالدية ثابتة ، ولها حكم سائر أمواله التي ارتد عليها ، وإن ارتد قبل أن يقسم ، قال الأصحاب : الأولى أن لا يعرض الحاكم القسامة عليه ، لأنه لا يتورع عن اليمين الكاذبة ؛ فإذا عاد إلى الإسلام ، أقسم ، ولو أقسم في الردة ، فالذهب صحة القسامة ، واستحقاق الدية بها ، وهي كمال كسبه بعد الردة باحتطاب واصطياد ونحوهما ، ولو ارتد الولي قبل موت المجروح ، ومات المجروح والولي مرتد ، لم يقسم ، لأنه لا يرث بخلاف ما إذا قتل العبد ، وارتد

السيد ، لا يفرق بين أن يرتد قبل موت العبد أم بعده ، بل يقسم إذا قلنا بالقسامة في بدل العبد ، لأن استحقاقه بالملك لا بالإرث .

فرع

قتل من لا وارث له بجهة خاصة وهناك لوث ، فلا قسامة لعدم المستحق المعين ، لكن ينصب القاضي من يدعي عليه ويحلفه ، فإن نكل ، فهل يقضى عليه بنكوله ؟ فيه خلاف يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى .

فصل

في مسائل مثورة :

ينبغي للقاضي أن لا يحلف السكران مدعياً كان ولا مدعى عليه ، حتى يعلم ما يقول ، وما يقال له ، ويتزجر عن اليمين الكاذبة ، فإن حلفه في السكر ، فعلى الخلاف في أن السكران كالصاحي أم كالمجنون . والأصح : الأول ، ولو قتل رجل وكان اللوث على عبده ، فأراد وارثه أن يقسم عليه ، فله ذلك إن أوجبنا القصاص بالقسامة ليقترض منه ، وإلا فلا يقسم ، لأنه لا يثبت له في رقبة عبده مال إلا أن يكون مرهوناً ، فيستفيد بالقسامة فك الرهن ويبيعه ، وقسمة ثمنه على الغرماء ، ولو ادعى على رجل أنه قتل أباه عمداً ، فقال المدعى عليه : قتلته ولكن خطأ ، أو شبه عمد ، فإن لم يكن لوث ، صدق المدعى عليه بيمينه ، وإن كان بأن نهده عبيد أو نسوة على إقراره بالعمدية ، فأيهما يصدق ؟ وجهان ، صحهما : المدعي ، وبه قطع الإمام والمتولي ، فإن حلف المدعى عليه ، لم يحلف ؟ يبنى على ما لو أنكر أصل القتل إن قلنا : يميناً واحدة ، فكذا هنا . إن قلنا : خمسين ، فكذا هنا على الأصح ، وقيل : يسيراً ، لأن إنكار لصفة أخف من إنكار الأصل ، وإذا حلف المدعى عليه ، فهل للمدعي

طلب الدية ؟ فيه وجهان بناء على أن الدية في الخطأ تجب على العاقلة ابتداء أم تجب على الجاني وهم يحملون ، إن قلنا بالأول ، ليس له الطلب ، لأنه ادعى حقاً على المدعى عليه ، وهو اعترف بوجوبه على غيره ، وإن قلنا بالثاني ، بني على أن الخلف في الصفة هل هو كالخلف في الموصوف ؟ وفيه قولان سبقا في مسائل خيار النكاح ، إن قلنا : نعم ، فكأنه ادعى مالا فاعترف بمال آخر لا يدعيه ، وإن قلنا : لا ، طالب بالدية وهو المذهب وعليه اقتصر الأكثرون ، وتكون الدية على المدعى عليه مخففة مؤجلة إلا أن تصدقه العاقلة ، فتكون عليهم ، ولو ادعى أنه قتل أباه خطأ ، فقال : قتلته عمداً ، فلا قصاص ، وهل له المطالبة بدية مخففة ؟ قال المتولي : فيه الوجهان ، ولو نكل المدعى عليه في الصورة الأولى ، حلف المدعي أنه كان عمداً ويكون عدد يمينه بعدد يمين المدعى عليه ، ويثبت له يمينه القصاص أو الدية المغلظة في ماله •

فرع

ادعى جرحاً لا يوجب قصاصاً كجائفة ، وأقام بها شاهداً ، وحلف معه يميناً واحدة ليستحق المال ، ثم مات المجروح بالسراية ، قال ابن الحداد : لا يعطى الورثة شيئاً إلا بخمسين يميناً ، لأنها صارت نفساً ، قال القاضي أبو الطيب : تصوير ابن الحداد مبني على أن دعوى الجرح والبيئة به تسمعان قبل اندماله ، وفيه خلاف ، ومفرع على أن الإيمان لا تتعدد في الجراحات ، فإن قلنا : تتعدد ، وحلف مع شاهده خمسين ، وإن قلنا : بالتوزيع على قدر الدية ، حلف للجائفة مع الشاهد ثلث الخمسين ، ثم إذا مات المجروح ، وصارت الجراحة نفساً ، أقسم الورثة واللوث حاصل بشهادة الشاهد الذي أقامه مورثهم ، ولا تحسب يمينه لهم ، وقال الخضري : تحسب حتى لو حلف خمسين على قولنا بالتكميل ، فلا يمين على الورثة ، والصحيح : الأول •

الباب الثالث

في الشهادة على الدم

صفات الشهود ، ونصب الشهادات ، وشروطها تستوفى في كتاب الشهادات ، لكن ذكر الشافعي رضي الله عنه مسائل تتعلق بالشهادة على الجناية ، فراعى معظم الأصحاب ترتيبه ، فكل قتل أو جرح يوجب القصاص ، لا يثبت إلا بشهادة رجلين يشهدان على نفس القتل أو الجرح ، أو إقرار الجاني به ، وما لا يوجب إلا الدية ، كالخطأ وشبه العمد ، وجناية الصبي والمجنون ، ومسلم على ذمي ، وحر على عبد ، وأب على ابن ، يثبت بشهادة رجل وامرأتين ، وبرجل ويمين ، ولو كانت الجناية المدعاة بحيث توجب القصاص ، وقال المدعي : عفوت عن القصاص فاقبلوا مني رجلاً وامرأتين ، أو شاهداً ويميناً لأخذ المال ، فهل يقبل ويثبت المال ؟ وجهان ، الأصح المنصوص : المنع ، لأنها في نفسها موجبة للقصاص ، ومنهم من قطع بهذا ، ومن القسم الأول ، موضحة توجب القصاص ، ومن الثاني ، هاشمة ومأمومة وجائفة تجردت عن الإيضاح ، فلو كانت هاشمة مسبوقة بإيضاح ، فهل يثبت أرش الهاشمة برجل وامرأتين ، وبشاهد ويمين ؟ النص أنه لا يثبت ، ونص فيما لو رمى سهماً إلى زيد فمرق منه إلى غيره ، أنه يثبت الخطأ الوارد على الثاني برجل وامرأتين ، وبشاهد ويمين ، وفيهما طريقان ، أحدهما : على قولين ، ثبوت الهشم والجناية على الثاني برجل وامرأتين ، وبشاهد ويمين ، والثاني : المنع ، والمذهب تقرير النصين ، والفرق أن الهشم المشتمل على الإيضاح جناية واحدة ، وإذا اشتملت الجناية على ما يوجب القصاص ، احتيط لها ، ولم يثبت إلا بحجة كاملة ، وفي صورة مروق السهم حصل جنايتان لاتتعلق إحداها بالأخرى ، قال الإمام : ولو قال المدعي : أصاب سهمه الرجل

الذي قصده ، ونفذ منه إلى أبي فقتله ، ولم تكن الجناية الأولى متعلق
 حق المدعي ، وجب القطع بثبوت الخطأ بالبينة الناقصة ، ومحل الخلاف
 ما إذا كانت الجناية الأولى متعلق حق المدعي ، قال : وفيه احتمال ،
 قال : ولو ادعى أنه أوضح رأسه ، ثم عاد وهشمه ، ينبغي أن يثبت أرش
 الهاشمة برجل وامرأتين ، لأنها لم تتصل بالموضحة ، ولم تتحد الجناية ،
 قال : ولو ادعى مع القصاص مالا من جهة لا تتعلق بالقصاص ، وأقام
 على الدعويين رجلاً وامرأتين ، فالمذهب ثبوت المال ، وبه قطع الجمهور ،
 وأبعد بعضهم فخالف فيه ، وفي « الوسيط » أنه لا خلاف أنه لو ادعى
 قتل عمرو خطأ ، فشهدوا ، وذكروا مروق السهم إليه من زيد لا يقدح
 في الشهادة ، لأن زيدا ليس مقصوداً بها ، فإذا أثبتنا الهاشمة المسبوقة
 بإيضاح ، وأوجبنا أرشها ، قال صاحب « التقريب » : في وجوب
 القصاص في الموضحة وجهان ، وجه الوجوب التبعية للهاشمة ، وقال
 الشيخ أبو علي والأئمة : لا قصاص في الموضحة ، وفي أرشها وجهان ،
 لأننا وجدنا متعلقاً لثبوت المال ، فلا يبعد أن يستتبع مال مالا .

صل

لتكن الشهادة على الجناية مفسرة مصرحة بالغرض ، فيشترط أن
 يضيف الهلاك إلى فعل المشهود عليه ، فلو قال : ضربه بالسيف ، لم يثبت
 به شيء ، ولو قال : ضربه فأنهر الدم ، أو قال : جرحه أو ضربه بالسيف
 فأنهر الدم ، أو فمات ، لم يثبت به شيء أيضاً لاحتمال الموت بسبب آخره .
 ولو قال : جرحه ، فقتله ، أو فمات من جراحته ، أو أنهر دمه فمات بسبب
 ذلك ، ثبت القتل ، وفي معناه قوله : جرحه أو ضربه بالسيف فأنهر دمه
 ومات مكانه ، نص عليه في « المختصر » وجعل قوله : ومات مكانه ، كقوله :
 ومات من جراحته ، وفي لفظ الإمام ما يشعر بنزاع فيه ، ثم الشاهد

يعرف حصول القتل بقرائن يشاهدها ، فإن لم ير إلا الجرح وإنهار الدم ، وحصول الموت ، فللإمام تردد في جواز تحصيل الشهادة به ، قال : والوجه : المنع ، ولو قال : ضرب رأسه فأدماه ، أو أسال دمه ، ثبتت الدامية ، ولو قال : فسال دمه ، لم تثبت : لاحتمال حصول السيلان بغيره . ولو قال : ضربه بسيف ، فأوضح رأسه . أو فاتضح من ضربه أو بجرحه ، ثبتت الموضحة ، ولو قال : ضربه ، فوجدنا رأسه موضحاً ، أو فاتضح ، لم تثبت ، وحكى الإمام والغزالي أنه يشترط التعرض لوضوح العظم ، ولا يكفي إطلاق الموضحة ، فإنها من الإيضاح ، وليست مخصوصة بإيضاح العظم ، وتنزيل لفظ الشاهد على ألقاب اصطلاح الفقهاء عليها لا وجه له ، فلو كان الشاهد فقيهاً ، وعلم القاضي أنه لا يطلق الموضحة إلا على ما يوضح العظم ، ففيه تردد للإمام ، قال : يجوز أن يكتفى به ، لفهم المقصود ، ويجوز أن يعتبر الكشف لفظاً ، لأن للشرع تعبداً في لفظ الشهادات وإن أفهم غيرها المقصود ، ولا بد من تعيين محل الموضحة وبيان مساحتها ليجب القصاص ، فلو كان على رأسه مواضع . وعجزوا عن تعيين موضحة المشهود عليه : فلا قصاص ، ولو لم يكن على رأسه إلا موضحة ، وشهدوا أنه أوضح رأسه ، فلا قصاص أيضاً ، لجواز أنها كانت موضحة صغيرة فوسعها ، وإنما يجب القصاص إذا قالوا : أوضح هذه الموضحة ، وهل يجب الأرض إذا أطلقوا أنه أوضح موضحة ، وعجزوا عن تعيينها ؟ وجهان : أحدهما : نعم . لأن الأرض لا يختلف باختلاف محلها وقدرها ، وإنما تعذر القصاص لتعذر الماثلة ، ويدل عليه نصه في « الأم » أنهما لو شهدا أنه قطع يد فلان . ولم يعينها ، والمشهود له مقطوع اليدين ، لا يجب القصاص ، وتجب الدية ، ولو كان مقطوع يد واحدة والصورة هذه ، فهل تنزل شهادتهم هذه على ما نشاهدها مقطوعة أم يشترط تنصيبهم ؟ يجوز أن يقدر فيه خلاف .

قلت : الصواب الجزم هنا بالتنزيل على المقطوعة • **وانتهائهم**
ولو شهدا بموضحة شهادة صحيحة ، ورأينا رأس المشجوج سليماً
لا اثر عليه ، والعهد قريب بالشهادة ، فالشهادة مردودة •

فصل

سيأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى أنه من شرط الشاهد أن
ينفك عن التهمة ، ومن التهمة أن يجر إلى نفسه نفعاً ، أو يدفع ضرراً ،
ومن صور الجرح أن يشهد على جرح مورثه ، فإذا ادعى على شخص أنه
جرحه ، وشهد للمدعي وارثه ، نظر ، إن كان من الأصول أو الفروع ،
لم تقبل شهادته للبعضية ، وإن كان من غيرهم وشهد بعد الاندمال ،
قبلت شهادته ، وإن شهد قبله ، فلا ، وإن شهد بمال آخر لمورثه المريض
مرض الموت ، قبلت شهادته على الأصح عند الجمهور ، ولو شهد بالجرح
محبوبان ، ثم صاروا وارثين . فالشهادة في الأصل مقبولة ، فإن صاروا
وارثين قبل قضاء القاضي بشهادتهما ، لم يقض ، وإن كان بعد قضائه ،
لم ينقض القضاء ، كما لو شهد الشاهد ثم فسق ، وقيل : في المسألة
قولان ، أحدهما : هذا ، والثاني : الاعتبار بحال الشهادة ، ولو شهد
وارثان ظاهراً ، ثم ولد ابن يحجبهما ، فالشهادة مردودة للتهمة عند أدائها ،
وقيل بطرد القولين ، ولو شهد بجرحه وارثاه فبرأ ، فالصحيح أنه لا تثبت
الجراحة للتهمة عند الأداء • ومن صور دفع الضرر : أن تقوم بينة بقتل
خطئاً ، فيشهد اثنان من العاقلة الذين يتحملون الدية على فسق بينة
القتل ، فلا تقبل شهادتهما ، لأنهما يدفعان عنهما ، فلو كان الشاهدان
من فقراء العاقلة ، فالنص أنه لا تقبل شهادتهما ، وإن كانا من الأبعد ،
وفي عدد الأقربين وفاء بالواجب ، فالنص قبول شهادتهما ، فقيل : قولان ،
والمذهب عند الجمهور تقرير النصين ، والفرق أن المال غاد ورائح ،

فالغنى غير مستبعد ، فتحصل التهمة ، وموت القريب كالمستبعد في الاعتقاد ، فلا تتحقق فيه تهمة ، وتقبل شهادة العاقلة على فسق بينة قتل العمد وبينة الإقرار بالخطأ ، لأن الدية لاتلزمهم ، فلا تهمة .

فرع

شهد رجلان على رجلين أنهما قتلا زيدا ، فشهد المشهود عليهما على الأولين أنهما قتلاه ، قال الشافعي والأصحاب رحمهم الله : يسأل الولي ، فإن صدق الأولين دون الآخرين ، ثبت القتل على الآخرين ، وإن صدق الآخرين دون الأولين ، أو صدق الجميع ، أو كذب الجميع ، بطلت شهادة الجميع ، لأن الآخرين يدفعان عن أنفسهما ضرراً ، ولأنهما عدوان للأولين ، واعترض على تصوير المسألة بأن الشهادة لاتسمع إلا بعد تقدم دعوى على معين ، وأجيب بأوجه ، أحدها عن أبي إسحاق : إن تقدم الدعوى إنما يشترط إذا كان المدعي يعبر عن نفسه ، وتجاوز الشهادة قبل الدعوى لمن لايعبر ، كصبي ومجنون ، والشهادة هنالقتيل ، ولهذا تقضى منها ديونه ووصاياه ، وهذا ذهاب إلى قبول شهادة الحسبة في الدماء ، وهو وجه ضعيف . الثاني عن الماسرجسي والأستاذ أبي طاهر : أن صورتها إذا لم يعلم الولي القاتل ، وتسمع الشهادة قبل الدعوى والحالة هذه ، وهذا وجه ضعيف أن شهادة الحسبة تقبل إن لم يعلم بها المستحق . الثالث قاله الجمهور تفريعاً على أن الشهادة لاتقبل إلا بعد تقديم الدعوى ، وهو المذهب ، وصورتها أن يدعي الولي القتل على رجلين ، ويشهد له شاهدان ، فيأدر المشهود عليهما ، ويشهدان على الشاهدين بأنهما القاتلان ، وذلك يورث رية للحاكم ، فيراجع الولي ، ويسأله احتياطاً ، ولو كان المدعي وكيل الولي ، نظر ، إن كان عين الآخرين وأمره بالدعوى عليهما ، ففعل ، وأقام بها شاهدين ، فشهد

المشهود عليهما على الشاهدين، فإن استمر الوكيل على تصديق الأولين، ثبت القتل على الآخرين، وإن صدقهم جميعاً، أو صدق الآخرين، انعزل عن الوكالة، ولا تبطل دعوى الموكل على الآخرين، وإن لم يعين الوكيل أحداً، بل قال : تأري عند اثنين من هؤلاء الجماعة، فادّع عليهما واطلب تأري منهما، ففي صحة التوكيل هكذا وجهان، قال البغوي : وعلى تصحيحه عمل الحكام، وعلى الصحيح ينطبق ما ذكره صاحب «التقريب» وأبو يعقوب الأبيوردي أن المسألة من أصلها فيمن وكل اثنين في الدم فادّعى أحدهما على رجلين، والآخر على آخرين، وشهد كل اثنين على الآخرين، ولو عين الوكيل شخصين، والتوكيل منهم كما صورنا، وأقام عليهما شاهدين، فشهد المشهود عليهما على الشاهدين، واستمر الوكيل على تصديق الأولين، ثبت القتل على الآخرين، وإن صدق الآخرين، جاز، أو صدق الجميع، انعزل عن الوكالة، ثم إن صدق الموكل الأولين، ثبت القتل على الآخرين، وإن صدق الآخرين، جاز، وله الدعوى على الأولين إذا لم يتقدم منه ما يناقض ذلك، لكن لا تقبل شهادة الآخرين، وإذا قلنا : تقبل الشهادة قبل الدعوى، فابتدر أربعة إلى مجلس القاضي، فشهد اثنان منهم على الآخرين أنهما قتلا فلاناً، وشهد الآخران على الأولين أنهما القاتلان، فوجهان، أحدهما : تبطل الشهاداتان لتضادهما، والثاني : يسأل الولي، فإن لم يصدقهم، بطلت شهادتهم، وإن صدق اثنين، تأيدت شهادتهما بالتصديق، فيقضي بها، وقيل : يعمل بشهادة الأولين، وترد شهادة الآخرين، لأنهما عدوان ودافعان .

فرع

شهد رجلان على رجلين بالقتل، فشهد المشهود عليهما بذلك القتل على أجنبي أو أجنبى، فالنظر في كون الشهادة واقعة بعد الدعوى أو

قبلها ، وفي تصديق الولي الصنفين أو أحدهما على ما سبق ، ولو كان المدعي وكيل الولي ، ولم يكن الولي عين أحداً ، ثم إنه صدق الآخرين ، كان له أن يدعي على الأولين ، لأنه لم يسبق منه ما يناقضه ، ولا تقبل شهادة الآخرين ، لأنهما متهمان بالدفع ، وعن الصيدلاني أنه يحتمل أن لا يجعل متهمين •

فرع

شهد رجلان على رجلين على التصوير المتقدم ، فشهد أجنبيان على الشاهدين أنهما القاتلان ، عاد التفصيل ، فإن كان الولي ادعى بنفسه وكذب الأجنبيين ، بطلت شهادتهما ، ولو صدقهما ، أو صدق الجميع ، بطلت الشهادات للتناقض ، وإن كان المدعي الوكيل ، ولم يعين الموكل أحداً ، فلموكل الدعوى على الأولين ، والأجنبيان ليسا دافعين ، ولكنهما مبادران إلى الشهادة قبل الاستشهاد ، فإن ادعى عليهما ، وشهد الأجنبيان ، فعلى الخلاف في قبول الشهادة المعادة من المبادر ، وقال البغوي : إن ادعى ، وأعاد الشهادة في مجلس آخر ، قبلت قطعاً ، وإن ادعى ، وشهدا في ذلك المجلس ، فوجهان •

فرع

ادعى على اثنين ألفاً ، وشهد به شاهدان ، ثم شهد المشهود عليهما ، أو أجنبيان بأن للمدعي على الشاهدين ألفاً ، وصدق المدعي الآخرين أيضاً ، لم تبطل دعواه الأولى ولا شهادة الأولين على الآخرين ، ولـه أن يدعي على الآخرين أيضاً ، لإمكان اجتماع الألفين ، وشهادة الآخرين على الأولين شهادة قبل الدعوى والاستشهاد ، قال البغوي : فلو ادعى ، وشهدا في مجلس آخر ، قبلت ، وإن جرى في ذلك المجلس ، فوجهان •

فصل

أقر بعض الورثة بعفو أحدهم عن القصاص ، وعينه أو لم يعينه ، سقط القصاص ، وأما الدية ، فإن لم يعين العافي ، فللورثة كلهم الدية ، وإن عينه ، وأنكر ، فكذلك ، ويصدق يمينه في كونه لم يعف ، وإن أقر بالعفو ، فلغير العافي حقهم من الدية ، والعافي وإن عفا على الدية ، فكذلك ، وإن أطلق العفو ، فعلى القولين في وجوب الدية بالعفو المطلق ، ولو شهد بعض الورثة بعفو أحدهم ، فإن كان فاسقاً أو لم يعين العافي ، فحكمه حكم الإقرار ، وإن كان عدلاً وعين العافي ، وشهد بأنه عفا عن القصاص والدية جميعاً ، فللجاني أن يحلف معه ، ويسقط القصاص والدية ، أما القصاص ، فبالإقرار الذي تضمنته الشهادة ، وأما الدية ، فلأن العفو عن المال يثبت بشاهد ويمين ، وكذا الحكم لو شهد رجل وامرأتان من الورثة • وإذا حلف الجاني ، فيحلف : لقد عفا عن الدية ، وقيل : يحلف : لقد عفا عن القصاص والدية ، وهو ظاهر النص ، وهو ضعيف ، والنص مؤول ، لأن القصاص سقط بالإقرار ، وإذا ادعى الجاني على الورثة أو بعضهم العفو عن القصاص على الدية ، فأنكره ، فهم المصدقون باليمين ، فإن نكلوا ، حلف ، وثبت العفو بيمين الرد ، وإن أقام بينة على العفو ، لم يقبل إلا رجلان ، ولو آل الأمر إلى المال ، فادعى على بعضهم عفو عن حصته من الدية فله اثباته برجل وامرأتين ، وشاهد ويمين •

فصل

إذا اختلف شاهدا القتل في زمان ، بأن قال أحدهما : قتله بكرة ، وقال الآخر : عشية ، أو مكان ، فقال أحدهما : في البيت ، والآخر : في

السوق ، أو آلة ، فقال أحدهما : قتله بسيف ، والآخر : برمح أو عصا ، أو هيئة ، فقال أحدهما : حزه ، والآخر : قده ، لم يثبت القتل ، وهكذا حكم ما يشهدان به ، ويختلفان فيه من الأفعال والألفاظ المنشأة ، ولا يكون ذلك لوثاً على المذهب ، ولو شهد أحدهما أنه أقر بالقتل عمداً ، أو خطأ يوم السبت ، والآخر أنه أقر به يوم الأحد ، ثبت القتل ، لأنه لا اختلاف في القتل وصفته ، ولو قال أحدهما : أقر أنه قتله بمكة يوم كذا ، وقال الآخر : أقر أنه قتله بمصر ذلك اليوم ، سقط قولهما ، ولو شهد أحدهما أنه قتله ، والآخر أنه أقر بقتله ، لم يثبت القتل ، ولكنه لوث ، فإن كان المدعى قتل عمداً ، وأقسم الولي ، ترتب على القسامة حكمها ، وإن كان قتل خطأ ، حلف مع أي الشاهدين شاء ، وتعدد اليمين واتحادها على ما سبق ، فإن حلف مع شاهد القتل ، فالدية على العاقلة ، وإن حلف مع شاهد الإقرار ، ففي مال الجاني ، وإن ادعى قتل عمداً ، فشهد أحدهما على إقراره بقتل عمداً ، والآخر على إقراره بقتل مطلق ، أو أحدهما بقتل عمداً ، والآخر بقتل مطلق ، ثبت أصل القتل ، لاتفاقهما عليه ، حتى لا يقبل من المدعى عليه إنكاره ، ويسأل عن صفة القتل ، فإن أصر على إنكار أصله ، قال له الحاكم : إن لم تبين صفته ، جعلتك ناكلاً ، ورددت اليمين على المدعي أنك قتلت عمداً ، وحكمت عليك بالقصاص ، فإن بين صفته ، فقال : قتلته عمداً ، أجري عليه حكمه ، وإن قال : قتلته خطأ ، وكذبه الولي ، فأطلق مطلقون أنه يصدق في نفي العمدية ، فيحلف وتجب دية خطأ في ماله ، لأنها تثبت بإقراره ، وإن نكل ، حلف ، ووجب القصاص ، واستدرك الإمام والغزالي ، فقالا : يصدق في نفي العمدية إن لم يكن هناك لوث ، فإن كان ، أقسم المدعي ، ويشبه أن يكون المراد لوث العمدية ، وإلا فأصل اللوث حاصل بأصل القتل لاتفاق الشاهدين ، وقد سبق خلاف في أنه لو ظهر لوث بأصل القتل دون كونه خطأ أو عمداً ، هل تثبت القسامة ؟ وهذا نازع إليه .

فرع

شهد أحدهما أنه قتله عمداً ، والآخر أنه قتله خطأ ، والدعوى بقتل عمد ، ففي ثبوت أصل القتل وجهان ، أصحهما : يثبت ، فإن قلنا : لا يثبت ، فحكمه كما سبق في صور التكاذب ، وإن قلنا : يثبت ، سئل الجاني ، فإن أقر بالعمد ، ثبت ، أو بخطأ وصدقه الولي ، ثبت ، وإن كذبه ، فللولي أن يقسم ، لأن معه شاهداً ، وذلك لوث هنا قطعاً ، فإن أقسم الولي ، حكم بمقتضى القسامة ، وإلا فيحلف الجاني ، فإن حلف ، فالدية مخففة في ماله ، وإن نكل ، ففي رد اليمين على المدعي قولان سبقا ، فإن ردت ، وحلف ، ثبت موجب العمد ، فإن لم ترد ، أو ردت ، وامتنع من الحلف ، تثبت دية الخطأ في ماله ، وقال البغوي : إن كان المدعي قتل عمد ، فشهادة الخطأ لغو ، ويحلف الولي مع شاهد العمد خمسين يميناً ، ويثبت مقتضى القسامة ، وإن كان قتل خطأ ، فشهادة العمد لغو ، ويحلف مع شاهد الخطأ ، وتجب دية على العاقلة ، قال : ولو شهد أحدهما أنه أقر بقتله عمداً ، والآخر أنه أقر بقتله خطأ ، فالحكم كذلك إلا أنه إذا حلف مع شاهد الخطأ ، فالدية على الجاني إلا أن تصدقه العاقلة •

فرع

شهدا أنه ضرب ملفوفاً في ثوب ، ففقد نصفين ، ولم يتعرضا لحياته وقت الضرب ، لم يثبت القتل بشهادتهما ، فلو اختلف الولي والجاني في حياته حينئذ ، فأيهما يصدق ؟ فيه قولان سبقا ، أظهرهما : الولي ، وفي موضع القولين ثلاث طرق ، أصحهما : إطلاقهما ، والثاني قاله أبو إسحاق : ينظر إلى الدم السائل ، فإن قال أهل الخبرة : هو دم حي ، صدق الولي ، وإن قالوا : دم ميت ، صدق الجاني ، وإن اشتبه ، ففيه

القولان ، والثالث قاله أبو الحسن الطيبي ، بكسر الطاء وبالباء الموحدة: أنه إن كان ملفوفاً في ثياب الأحياء ، صدق الولي ، وإن كان في الكفن ، صدق الجاني ، وإن اشتبه ، ففيه القولان ، فإن صدقنا الجاني ، فحلف ، برئ ، وإن صدقنا الولي ، فله الدية ، وفي القصاص وجهان ، قال الشيخ أبو حامد : لا ، للشبهة ، وقال الماسرجسي والقاضي أبو الطيب وغيرهما : يجب القصاص ، لأنه مقتضى تصديقه •

فُرع

شهد رجل على رجل أنه قتل زيداً ، وشهد آخر أنه قتل عمراً ، حصل اللوث في حقهما جميعاً ، فيقسم الوليان ، نص عليه في « الأم » رضي الله عنه وبالله التوفيق •



كتاب الإمامة وقتال البغاة

فيه بابان :

الأول في الإمامة ، وفيه فصول :

الأول في شروط الإمامة وهي كونه مكلفاً مسلماً عدلاً ، حراً ذكراً عالماً ، مجتهداً شجاعاً ، ذا رأي وكفاية ، سميعاً بصيراً ، ناطقاً قرشياً ، وفي اشتراط سلامة سائر الأعضاء ، كاليد والرجل والأذن خلاف ، جزم المتولي بأنه لا يشترط ، وجزم الماوردي باشتراط سلامته من نقص يمنع استيفاء الحركة وسرعة النهوض ، وهذا أصح .

قلت : قال الماوردي : عشا العين لا يمنع من انعقاد الإمامة ، لأنه مرض في زمن الاستراحة ، ويرجى زواله ، وضعف البصر إن كان يمنع معرفة الأشخاص ، منع انعقاد الإمامة واستدامتها ، وإلا فلا ، وفقد الشم والذوق وقطع الذكر والأنثيين ، لا يؤثر قطعاً . والله أعلم

فإن لم يوجد قرشي مستجمع الشروط ، فكفاني ، فإن لم يوجد ، فرجل من ولد إسماعيل صلى الله عليه وسلم ، فإن لم يكن فيهم مستجمع الشرائط ، ففي « التهذيب » أنه يولى رجل من العجم ، وفي « التتمة » أنه يولى جرهمي ، وجرهم أصل العرب ، فإن لم يوجد جرهمي ، فرجل من ولد إسحاق صلى الله عليه وسلم ، ولا يشترط كونه هاشمياً ، ولا كونه معصوماً ، وفي جواز تولية المفضول خلاف مذكور في أدب القضاء ، فإن لم تتفق الكلمة إلا عليه ، جازت توليته بلا خلاف ، لتندفع الفتنة ، ولو نشأ من هو أفضل من المفضول ، لم يعدل إلى الناشئ بلا خلاف .

الفصل الثاني : في وجوب الإمامة وبيان طرقها ، لا بد للأمة من إمام يقيم الدين ، وينصر السنة ، وينتصف للمظالمين ، ويستوفي الحقوق ويضعها مواضعها .

قلت : تولي الإمامة فرض كفاية ، فإن لم يكن من يصلح إلا واحداً ، تعين عليه ولزمه طلبها إن لم يتدثروه . **واسألهم**

وتنقذ الإمامة بثلاثة طرق ، أحدها : البيعة ، كما بايعت الصحابة أبا بكر رضي الله عنهم ، وفي العدد الذي تنقذ الإمامة ببيعتهم ستة أوجه ، أحدها : أربعون ، والثاني : أربعة ، والثالث : ثلاثة ، والرابع : اثنان ، والخامس : واحد ، فعلى هذا يشترط كون الواحد مجتهداً . وعلى الأوجه الأربعة يشترط أن يكون في العدد المعتبر مجتهد لينظر في الشروط المعتبرة ، ولا يشترط أن يكون الجميع مجتهدين ، والسادس وهو الأصح : أن المعتبر بيعة أهل الحل والعقد من العلماء والرؤساء وسائر وجوه الناس الذين يتيسر حضورهم ، ولا يشترط اتفاق أهل الحل والعقد في سائر البلاد والأصقاع ، بل إذا وصلهم خبر أهل البلاد البعيدة ، لزمهم الموافقة والمتابعة ، وعلى هذا لا يتعين للاعتبار عدد ، بل لا يعتبر العدد ، حتى لو تعلق الحل والعقد بواحد مطاع ، كفت بيعته لانقضاء الإمامة ، ويشترط أن يكون الذين يبايعون بصفة الشهود ، وذكر في « البيان » في اشتراط حضور شاهدين البيعة ، وجهين .

قلت : الأصح : لا يشترط إن كان العاقدون جمعاً ، وإن كان واحداً ، اشترط الإشهاد ، وقد قال إمام الحرمين في كتابه « الإرشاد » : قال أصحابنا : يشترط حضور الشهود لئلا يدعى عقد سابق ، ولأن الإمامة ليست دون النكاح ، لكن اختيار الإمام انعقادها بواحد ، وذكر الماوردي أنه يشترط في العاقلين : العدالة والعلم والرأي ، وهو كما قال . **واسألهم**

ويشترط لانقضاء الإمامة أن يجيب المبايع ، فإن امتنع ، لم تنقذ إمامته ، ولم يجبر عليها .

قلت : إلا أن لا يكون من يصلح إلا واحد ، فيجبر بلا خوف .
واتداعلم

الطريق الثاني : استخلاف الإمام من قبل ، وعهده إليه ، كما عهد أبو بكر إلى عمر رضي الله عنهما ، وانعقد الإجماع على جوازه ، والاستخلاف أن يعقد له في حياته الخلافة بعده ، فإن أوصى له بالإمامة ، فوجهان حكاهما البغوي ، ولو جعل الأمر شورى بين اثنين فصاعداً بعده ، كان كالاستخلاف ، إلا أن المستخلف غير متعين ، فيتشاورون ، ويتفقون على أحدهم ، كما جعل عمر رضي الله عنه الأمر شورى بين ستة ، فاتفقوا على عثمان رضي الله عنه ، وذكر الماوردي أنه يشترط في المعهود إليه شروط الإمامة من وقت العهد إليه حتى لو كان صغيراً أو فاسقاً عند العقد ، بالغاً عدلاً عند موت العاهد ، لم يكن إماماً ، إلا أن يبايعه أهل الحل والعقد ، وقد يتوقف في هذا .

قلت : لا توقف فيه ، فالصواب الجزم بما ذكره الماوردي ، والفرق بينه وبين الوصي ظاهر .
واتداعلم

وذكر الماوردي أنه إذا عهد إلى غائب مجهول الحياة ، لم يصح ، وإن كان معلوم الحياة ، صح ، فإن مات المستخلف وهو بعد غائب ، استقدمه أهل الاختيار ، فإن بعدت غيبته وتضرر المسلمون بتأخير النظر في أمورهم ، اختار أهل الحل والعقد نائباً له يبايعونه بالنيابة دون الخلافة ، فإذا قدم انعزل النائب ، وأنه إذا عزل الخليفة نفسه ، كان كما لو مات . فتنتقل الخلافة إلى ولي العهد ، ويجوز أن يفرق بين أن يقول : الخلافة بعد موتي لفلان ، أو بعد خلافتي .

تمت : توقف إمام الحرمين في كتابه « الإرشاد » في انزال الإمام
بعزله نفسه • والله أعلم

وذكر الماوردي أنه يجوز العهد إلى الوالد والولد ، وفيه مذهبان
آخران ، أحدهما : المنع ، كالتزكية والحكم لهما ، والثاني : يجوز للوالد
دون الولد ، لشدة الميل إليه ، وإن ولي العهد لو أراد أن ينقل ما إليه
من العهد إلى غيره ، لم يجوز ، وأنه لو عهد إلى جماعة مرتبين ، فقال
الخليفة : بعد موتي فلان ، وبعد موته فلان ، وبعد موته فلان ، جاز .
وانتقلت الخلافة إليهم على مراتب ، كما رتب رسول الله صلى الله عليه
وسلم أمراء جيش مؤتة ، وأنه لو مات الأول في حياة الخليفة ، فالخلافة
لثاني ، ولو مات الأول والثاني في حياته ، فهي للثالث ، وأنه لو مات
الخليفة وبقي الثلاثة أحياء ، فانتصب الأول للخلافة ، ثم إن أراد أن
يعهد بها إلى غير الآخرين ، فالظاهر من مذهب الشافعي رحمه الله جوازه ،
لأنها لما انتهت إليه صار أملك بها بخلاف ما إذا مات ولم يعهد إلى أحد ،
فليس لأهل البيعة أن يبايعوا غير الثاني ، ويقدم عهد الأول على اختيارهم
وأنه ليس لأهل الشورى أن يعينوا واحداً منهم في حياة الخليفة إلا أن
يأذن لهم في ذلك ، فإن خافوا انتشار الأمر بعده استأذنوه ، فإن أذن ،
فعلوه ، وأنه يجوز للخليفة أن ينص على من يختار خليفة بعده ، كما
يجوز أن يعهد إلى غيره ، ثم لا يصح إلا اختيار من نص على أنه يختار ،
كما لا يصح إلا تقليد من عهد إليه ، وأنه إذا عهد إلى غيره بالخلافة ،
فالعهد موقوف على قبول المعهود إليه ، واختلف في وقت قبوله ، فقيل :
بعد موت الخليفة ، والأصح أن وقته ما بين عهد الخليفة وموته ، قال
صاحب « التتمة » : وإذا امتنع المعهود إليه من القبول ببيع غيره ،
وكانه لا عهد ، وكذا إذا جعل الأمر شوري ، فترك القوم الاختيار
لا يجبرون عليه ، وكانه لم يجعل الأمر إليهم •

قلت : ومما ذكره الماوردي في « الأحكام السلطانية » من هذا ، أنه لو جمع شروط الإمامة اثنان ، استحب لأهل العقد أن يعقدوها لأحدهما ، فإن عقدها للآخر ، جاز ، فإن كان أحدهما أعلم ، والآخر أشجع ، روعي في الاختيار ما يوجب حكم الوقت ، فإن دعت الحاجة إلى زيادة الشجاعة لظهور البغاة وأهل الفساد ، كان الأشجع أحق ، وإن دعت إلى زيادة العلم لسكون الفتن ، وظهور البدع ، كان الأعلم أحق ، وأنه لو تنازعا اثنان ، فقد قال بعض الفقهاء : يقدر ذلك فيهما فيعدل إلى غيرهما ، والذي عليه الجمهور : أنه لا يقدر ، لأن طلب الخلافة ليس مكروهاً ، ثم هل يقرع بينهما عند التساوي ، أم يقدم أهل الاختيار من شأؤوا بلا قرعة ؟ فيه خلاف ، وأن الخليفة إذا أراد العهد ، لزمه أن يجتهد في الإصلاح ، فإذا ظهر له واحد ، جاز أن ينفرد بعقد بيعته من غير حضور غيره ، ولا مشاوراة أحد ، وأن المعهود إليه إذا استعفى ، لم يبطل عهده حتى يعفى ، فإن وجد غيره ، جاز استعفاؤه ، وخرج من العهد باجماعهما ، وإن لم يوجد غيره ، لم يجز إعفاؤه ولا استعفاؤه ، ويبقى العقد لازماً . **والله أعلم**

فصل

وأما الطريق الثالث ، فهو القهر والاستيلاء ، فإذا مات الإمام ، فتصدى للإمامة من جمع شرائطها من غير استخلاف ولا بيعة ، وقهر الناس بشوكته وجنوده ، انعقدت خلافته لينتظم شمل المسلمين ، فإن لم يكن جامعاً للشرائط بأن كان فاسقاً ، أو جاهلاً ، فوجهان ، أحدهما : انعقادها لما ذكرناه ، وإن كان عاصياً بفعله .

فرع

لو تفرد شخص بشروط الإمامة في وقته ، لم يصير إماماً بمجرد ذلك . بل لابد من أحد الطرق .

الفصل الثالث في احكام الإمام وفيه مسائل :

إحداها : تجب طاعة الإمام في أمره ونهيه ما لم يخالف حكم الشرع ، سواء كان عادلاً أو جائراً .

الثانية : لا يجوز نصب إمامين في وقت واحد وإن تباعد إقليماهما ، وقال الأستاذ أبو إسحاق : يجوز نصب إمامين في إقليمين ، لأنه قد يحتاج إليه ، وهذا اختيار الإمام ، والصحيح الذي عليه الجمهور هو الأول ، فإن عقدت البيعة لرجلين معاً ، فالبيعتان باطلتان ، وإن ترتبتا فالثانية باطلة ، ثم إن جهل الثاني ومبايعوه بيعة الأول ، لم يعزروا ، وإلا فيعزرون ، ولو عرف سبق أحدهما ولم يتعين ، أو شككنا في معيتهما وتعاقبهما ، فليكن كما سبق في الجمعيتين ، ولو سبق أحدهما : وتعين ، واشتبه ، وقف الأمر حتى يظهر ، فإن طالت المدة ، ولم يكن الانتظار ، فقد ذكر الماوردي أنه تبطل البيعتان ، وتستأنف بيعة لأحدهما ، وفي جواز العدول إلى غيرهما خلاف .

قلت : الأصح المنع . والله أعلم

قال الماوردي : ولو ادعى كل واحد أنه الأسبق ، لم تسمع دعواه ، ولم يحلف الآخر ، لأن الحق للمسلمين ، ولو قطعاً التنازع ، وسلم أحدهما الأمر للآخر ، لم تثبت الإمامة له ، بل لا بد من بينة بسبقه ، قال : ولو أقر أحدهما بسبق صاحبه ، خرج منها المقر ، ولا تثبت للآخر إلا بينة ، فإن شهد له المقر مع آخر ، قبلت شهادته إن كان يدعي اشتباه الأمر قبل الإقرار ، وإن كان يدعي التقديم ، لم تسمع للتكاذب في قوله .

المسألة الثالثة : إذا ثبتت الإمامة بالقهر والغلبة ، فجاء آخر ، فقهره ، انزل الأول ، وصار القاهر الثاني إماماً .

الرابعة : لا يجوز خلع الإمام بلا سبب ، فلو خلعوه ، لم ينخلع ، ولو خلع الإمام نفسه ، نظر ، إن خلع لعجزه عن القيام بأمر المسلمين لهرم أو مرض ونحوهما ، انزل ، ثم إن ولى غيره قبل عزل نفسه ، انعقدت ولايته ، وإلا فيبايع الناس غيره ، وإن عزل نفسه بلا عذر ، ففيه أوجه : أصحها : لا ينزل ، وبه قطع صاحب « البيان » وغيره ، والثاني : ينزل ، لأن إلزامه الاستمرار قد يضربه في آخرته ودينه ، والثالث وبه قطع البغوي : إن لم يظهر عذر ، فعزل نفسه ولم يول غيره ، أو ولى من هو دونه ، لم ينزل ، وإن ولى مثله ، أو أفضل ، ففي الانعزال وجهان ، وهل للإمام عزل ولي العهد ؟ قال المتولي : نعم ، والماوردي : لا ، لأنه ليس نائباً له بل للمسلمين .

قلت : قول الماوردي أصح ، قال الماوردي : فلو عزله الإمام ، وعهد إلى ثان ، ثم عزل المعهود إليه أولاً نفسه ، فعهد الثاني باطل ، ولا بد من استنفاه والله أعلم

الخامسة : سبق في باب الأوصياء أن الإمام لا ينزل بالفسق على الصحيح ، ولا ينزل بالإغماء لأنه متوقع الزوال ، وينزل بالمرض الذي ينسيه العلوم ، وبالجنون ، قال الماوردي : فلو كان يجن ويفيق ، وزمن الإفاقة أكثر ، ويمكن فيه من القيام بالأمر ، لم ينزل ، وينزل بالعمى والصمم والخرس ، ولا ينزل بثقل السمع ، وتمتمة اللسان ، وفي منعهما ابتداء الولاية خلاف ، والأصح أن قطع إحدى اليدين أو الرجلين ، لا يؤثر في الدوام وبالله التوفيق .

قلت : وما يتعلق بالباب مسائل : إحداها : قال الماوردي : لو

أسر الإمام ، لزم الأمة استنقاذه ، وهو على إمامته ما دام مرجو الخلاص بقتال أو فداء ، فإن أيس منه ، نظر ، ان أسره كفار ، خرج من الإمامة ، وعقدوها لغيره ، فإن عهد بالإمامة وهو أسير ، نظر إن كان بعد اليأس من خلاصه ، لم يصح عهده ، لأنه عهد بعد انعزاله ، وإن عهد قبل اليأس ، صح عهده لبقاء ولايته ، وتستقر إمامة المعهود إليه باليأس من خلاص العاهد لانعزاله ، ولو خلاص من أسره ، نظر إن خلاص بعد اليأس ، لم تعد إمامته ، بل تستقر لولي عهده ، وإن خلاص قبل اليأس ، فهو على إمامته ، وأما إذا أسره بغاة من المسلمين ، فإن كان مرجو الخلاص ، فهو على إمامته ، وإن لم يرج وكانت البغاة لا إمام لهم ، فالأسير على إمامته ، وعلى أهل الاختيار أن يستنبيوا عنه إن لم يقدر هو على الاستنابة ، فإن قدر ، فهو أحق بالاستنابة ، فإن خلع الأسير نفسه ، أو مات ، لم يصير المستناب إماماً ، وإن كان للبغاة الذين أسروه إمام نصبوه ، خرج الأسير من الإمامة إن أيس من خلاصه ، وعلى أهل الاختيار في دار العدل عقد الإمامة لمن يصلح لها ، فإن خلاص الأسير ، لم يعد إلى الإمامة لخروجه منها .

المسألة الثانية : تجب نصيحة الإمام بحسب القدرة .

الثالثة : يجوز أن يقال للإمام : الخليفة والإمام وأمير المؤمنين ، قال الماوردي : ويقال أيضاً : خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال البغوي في « شرح السنة » : ويقال له أمير المؤمنين وإن كان فاسقاً ، وقد أوضحت ذلك وما يتعلق به في أواخر كتاب الأذكار^(١) . والله أعلم

(١) ٨٣/٧ ، ٨٤ بشرح ابن علان ، ونقل عن أبي الحسن الماوردي أن جمهور العلماء منعوا من تسمية الخليفة خليفة الله ، ونسبوا قائله إلى الفجور .

الباب الثاني

في قتال البغاة

وفيه اطراف :

الأول في صفتهم • الباغي في اصطلاح العلماء : هو المخالف للإمام العدل ، الخارج عن طاعته بامتناعه من أداء واجب عليه أو غيره بشرطه الذي سنذكره إن شاء الله تعالى ، قال العلماء : ويجب قتال البغاة ، ولا يكفرون بالبغي ، وإذا رجع الباغي إلى الطاعة قبلت توبته ، وترك قتاله ، وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم على قتال البغاة ، ثم أطلق الأصحاب القول بأن الباغي ليس باسم ذم ، وبأن الباغي ليسوا بفسقة ، كما أنهم ليسوا بكفرة ، لكنهم مخطئون فيما يفعلون ويذهبون إليه من التأويل ، ومنهم من يسميهم عصاة ، ولا يسميهم فسقة ويقول : ليس كل معصية فسق ، والتشديدات الواردة في الخروج عن طاعة الإمام «وفي مخالفته كحديث «من حمل علينا السلاح فليس منا» وحديث «من فارق الجماعة فقد خلع ربقة الإسلام من عنقه» وحديث «من خرج من الطاعة وفارق الجماعة فميته جاهلية» كلها محمولة على من خرج عن الطاعة وخالف الإمام بلا عذر ولا تأويل •

فصل

الذين يخالفون الإمام بالخروج عليه وترك الانقياد ، والامتناع من أداء الحقوق ينقسمون إلى بغاة وغيرهم ، ولكل واحد من الصنفين أحكام خاصة ، فنصف البغاة بما يتميزون به ، ونذكر في ضمنهم غيرهم من المخالفين • أما البغاة ، فتعتبر فيهم خصلتان ، إحداهما : أن يكون لهم تأويل يعتقدون بسببه جواز الخروج على الإمام ، أو منع الحق المتوجه عليهم ، فلو خرج قوم عن الطاعة ، ومنعوا الحق بلا تأويل ، سواء كان

حداً أو قصاصاً أو مالا لله تعالى أو للآدميين ، عناداً أو مكابرة ، ولم يتعلقوا بتأويل ، فليس لهم أحكام البغاة ، وكذا المرتدون ، ثم التأويل للبغاة إن كان بطلانه مظهرًا ، فهو معتبر ، وإن كان بطلانه مقطوعاً به ، فوجهان ، أوفقهما لإطلاق الأكثرين : أنه لا يعتبر ، كتأويل المرتدين وشبهتهم ، والثاني : يعتبر ، ويكفي تغليبهم فيه ، وقد يغلط الإنسان في القطعيات .

فرع

الخوارج صنف من المبتدعة يعتقدون أن من فعل كبيرة ، كفر وخلد في النار ، ويطعنون لذلك في الأئمة ، ولا يحضرون معهم الجمعات والجماعات ، قال الشافعي وجماهير الأصحاب رضي الله عنهم : لو أظهر قوم رأي الخوارج ، وتجنبوا الجماعات ، وكفروا بالإمام ومن معه ، فإن لم يقاتلوا وكانوا في قبضة الإمام ، لم يقتلوا ولم يقاتلوا ، ثم إن صرحوا بسب الإمام أو غيره من أهل العدل ، عزروا ، وإن عرضوا ، ففي تعزيرهم وجهان .

قلت : أصحابهما : لا يعزرون ، قاله الجرجاني ، وقطع به صاحب « التنبيه » . والله أعلم

ولو بعث الإمام إليهم والياً فقتلوه ، فعليهم القصاص ، وهل يتحتم قتل قاتله ، كقاطع الطريق ، لأنه شهر السلاح أم لا لأنه لم يقصد إخافة الطريق ؟ وجهان .

قلت : أصحابهما : لا يتحتم . والله أعلم

وأطلق البغوي أنهم إن قاتلوا ، فهم فسقة وأصحاب بهت ، فحكمهم حكم قطاع الطريق ، فهذا ترتيب المذهب والمنصوص وما قاله الجمهور ،

وحكى الإمام في تكفير الخوارج وجهين ، قال : فإن لم نكفرهم ، فلهم حكم المرتدين ، وقيل : حكم البغاة ، فإن قلنا : كالمتردين ، لم تنفذ أحكامهم .

الخصلة الثانية : أن يكون لهم شوكة وعدد بحيث يحتاج الإمام في ردهم إلى الطاعة إلى كلفة ، ببذل مال ، أو إعداد رجال ، ونصب قتال ، فإن كانوا أفراداً يسهل ضبطهم ، فليسوا بغاة ، وشرط جماعة من الأصحاب في الشوكة أن ينفردوا ببلدة ، أو قرية ، أو موضع من الصحراء ، وربما قيل : يشترط كونهم في طرف من أطراف ولاية الإمام بحيث لا يحيط بهم أجنادهم ، والأصح الذي قاله المحققون : أنه لا يعتبر ذلك ، وإنما يعتبر استعصاؤهم وخروجهم عن قبضة الإمام حتى لو تمكنوا من المقاومة وهم مخفوفون بجند الإسلام ، حصلت الشوكة ، وتعلق بالشوكة صور ذكرها الإمام :

إحداها : حكى في قوم قليلي العدد تقووا بحصن وجهين ، ورأى أن الأولى أن يفصل ، فيقال : إن كان الحصن على حافة الطريق ، وكانوا يستولون بسببه على ناحية وراء الحصن ، فالشوكة حاصلة وحكم البغاة ثابت ، لئلا تتعطل أقضية أهل تلك الناحية ، وإلا فليسوا بغاة ، ولا نبالي بما وقع من التعطل في العدد القليل .

الثانية : قال : لو تحرب من الشجعان عدد يسير يقيون بفضل قوتهم على مصارمة الجموع الكثيرة ، حصلت الشوكة بلا خلاف .

الثالثة : قال : يجب القطع بأن الشوكة لا تحصل إذا لم يكن لهم متبوع مطاع ، إذ لا قوة لمن لا يجمع كلستهم مطاع ، وهل يشترط أن يكون فيهم إمام منصوب لهم أو منتصب ؟ وجهان ، ويقال : قولان ، أحدهما عند الأكثرين : لا يشترط ، وبه قال العراقيون والإمام ، وفي

« المنهاج » للشيخ أبي محمد : أنه يشترط فيهم أن يمتنعوا من حكم الإمام ، وأن يظهروا لأنفسهم حكماً ، ويشبه أن يقال : هذا طريق مخالفة الإمام ، ولا بد فيهم منها ، ثم تعتبر الخصلتان فليس فيه مخالفة ماسقةناه .
بالله التوفيق .

الطرف الثاني في حكم البغاة وفيه مسألتان :

إحداها : شهادة البغاة مقبولة بناء على أنهم ليسوا فسقة ، ولفظ الشافعي رحمه الله : ولو شهد منهم عدل ، قبلت شهادته مالم يكن يرى الشهادة لموافقته بتصديقه ، فأثبت العدالة مع البغي ، فإن كان لهم قاض في بلد ، قال المعتبرون من الأصحاب : إن كان يستحل دماء أهل العدل ، لم ينفذ حكمه ، لأنه ليس بعدل ، ومن شرط القاضي العدالة ، وكذا يقول هؤلاء فيما لو كان الشاهد يستحل دماء أهل العدل وأموالهم ، ومنهم من يطلق نفوذ قضاء البغاة لمصلحة الرعية ، وإن لم يكن قاضيهم ممن يستحل دماء أهل العدل وأموالهم ، ونفذ حكمه فيما ينفذ فيه حكم قاضي أهل العدل ، فلو حكم بما يخالف النص أو الإجماع أو القياس الجلي ، فهو باطل ، حتى لو قضى على رجل من أهل العدل بضمان ما أتلّف في الحرب عليهم ، لم ينفذ قضاؤه ، وكذا لو حكم بسقوط ضمان ما أتلّفوه هم على أهل العدل في غير القتال ، لم ينفذ ، ولو حكم بسقوط ضمان ما أتلّفوه في القتال ، نفذ حكمه ، ولا تجوز مطالبتهم بعد ذلك ، لأنه مجتهد فيه ، ولا ينفذ قضاء الباغي إذا كان من الخطائية الذين يقضون لموافقته بتصديقهم إذا قضى لموافقته ، كما ترد شهادته له .

فرع

إذا كتب قاضيهم حيث ينفذ قضاؤه بما حكم به إلى حاكم أهل العدل ، جاز قبوله وتنفيذه ، ويستحب أن لا يقبل استخفافاً بهم . وإن كتب بما ثبت عنده ولم يحكم به ، فهل يحكم قاضينا به ؟ فيه قولان ، أظهرهما : نعم ، وحكى الإمام طرد القولين فيما حكم به ، واستعان فيه بالاستيفاء ، قال : وكنت أود لو فصل فاصل بين حكم يتعلق بأهل النجدة ، وحكم يتعلق بالرعايا .

فرع

لو ورد من قاضي البغاة كتاب على قاضينا ، ولم يعلم أنه ممن يستحل دماء أهل العدل أم لا ، ففي قبوله والعمل به قولان . حكاها ابن كج ، قال : واختيار الشافعي منهما : المنع .

المسألة الثانية : إذا أقام البغاة الحدود على جناة البلد الذي استولوا عليه ، وأخذوا الزكاة من أهله وخراج أرضه ، وجزية الذميين فيه ، اعتد بما فعلوه ، وإذا عاد البلد إلى أهل العدل ، لم يطالبوا أهله بشيء من ذلك ، وفي الجزية وجه شاذ لبعدها عن المسافة ، ولو فرقوا سهم المرتزقة من الفيء على جندهم ، ففي وقوعه موقعه وجهان ، أحدهما : لا ، لئلا يكون عوناً لهم ، وأصحهما : نعم ، لأنهم من جند الإسلام ، وإرغاب الكفار حاصل بهم .

فرع

إذا عاد البلد إلى أهل العدل ، فادعى من عليه حق أن البغاة استوفوه ، ولا يعلم الإمام ذلك ولا بينة ، فإن كان زكاة ، صدق يمينه ، وهل اليمين واجبة أم مستحبة ؟ فيه خلاف سبق في الزكاة ، وإن كان

جزية ، لم يصدق على الصحيح ، وكذا إن كان خراجاً على الأصح ،
لأنه أجرة أو ثمن بخلاف الزكاة ، فإنها عبادة ومواساة ومبناها على
الرفق ، وإن كان حداً فقال المتولي : يصدق إن كان أثره باقياً على
بدنه ، وإلا فإن ثبت بالإقرار ، صدق ، لأنه يقبل رجوعه ، وإن ثبت
بالبينة ، فلا •

فصل

الذين لهم تأويل بلا شوكة ، أو شوكة بلا تأويل ، ليس لهم حكم
البغاة ، ولا ينفذ قضاء حاكمهم ، ولا يعتد باستيفائهم الحقوق والحدود ،
وفي أصحاب الشوكة احتمال للإمام لئلا يتضرر أهل الناحية التي
استولوا عليها ، والمعروف للأصحاب ما سبق ، والتحكيم فيهم على
الخلاف المعروف في غيرهم •

الطرف الثالث في حكم ضمان المتلف من نفس أو مال بين

الفريقين •

فإذا أتلّف باغ على عادل أو عكسه في غير القتال ، ضمن قطعاً
على ما تقرر من القصاص والقيمة ، وأما في حال القتال ، فماتلّفه العادل
على الباغي لايضمنه ، وما يتلفه الباغي على العادل من نفس أو مال هل
يضمنه ؟ قولان ، أظهرهما : لا ، فإن كان القتل عمداً ، ففي القصاص
طريقان ، أحدهما : طرد القولين ، والثاني : القطع بالمنع لشبهة تأويلهم ،
فإن أوجبنا القصاص ، فالأمر إلى الدية ، فهي في مال القاتل ، وإن
لم نوجهه ، فهل يكون له حكم العمد ، فتتجمل الدية في مال القاتل ، أم
حكم شبه العمد ، فتتأجل على العاقلة ؟ فيه خلاف ، كمن قتل مسلماً
على زي الكفار ، وأما الكفارة ، فتجب حيث أوجبنا قصاصاً أو دية ،

وإلا فوجهان ، أصحابهما : المنع طرداً للإهدار ، ولأنها أولى بالمسامحة من حق الآدمي .

فرع

القولان فيما أتلّف بسبب القتال ، وتولد منه هلاكه، فلو أتلّف في القتال ما ليس من ضرورة القتال ، وجب ضمانه قطعاً كالمتلّف قبل القتال ذكره الإمام .

فرع

الأموال المأخوذة في القتال يجب ردها بعد انقضاء الحرب إلى أصحابها ، يستوي فيه الفريقان ، فإن أتلّفت بعد انقضاء الحرب ، وجب الضمان .

فرع

لو استولى باغ على أمة أو مستولدة لأهل العدل ، فوطئها ، ألزمه الحد ، فإن أولدها ، فالولد رقيق غير نسيب ، فإن كانت مكرهة، فهل يجب المهر ؟ قيل : فيه القولان في ضمان المال ، وقال البغوي . ينبغي أن يجب قطعاً ، كما لو أتلّف المأخوذ بعد الانهزام ، ولو استولى حربي على أمة مسلمة وأولدها ، فالولد رقيق وغير نسيب ، ولا حد ولا مهر ، لأنه لم يلتزم الأحكام .

فرع

هذا الذي سبق من حكم الإتلاف هو في قتال البغاة، فأما المخالفون للإمام بتأويل بلا شوكة ، فيلزمهم ضمان ما أتلّفوه من نفس ومال ، وإن كان في حال القتال كقطاع الطريق ، وأما الذين لهم شوكة بلا تأويل ، ففي ضمان ما أتلّفوه في القتال طريقان ، أحدهما : يجب قطعاً كعكسه ،

وأصحهما : طرد القولين كالبಾಗಿ ، لأن سقوط الضمان عن البಾಗಿ لقطع الفتنة واجتماع الكلمة ، وهذا موجود هنا ، ولو ارتدت طائفة لهم شوكة ، فأتلفوا مالا أو نفساً في القتال ، ثم تابوا وأسلموا ، ففي ضمانهم القولان كالبغة ، أظهرهما عند بعضهم : لاضمان ، وخالفه البಾಗಿ ، ولا ينفذ قضاء قاضي المرتدين قطعاً .

الطرف الرابع في كيفية قتال البغة :

طريقها طريق دفع الصائل ، والمقصود ردهم إلى الطاعة ، ودفع شرهم ، لا النفي والقتل ، فإذا أمكن الأسر ، لا يقتل ، وإذا أمكن الإيخان ، لا يذفف ، فإن التحم القتال ، واشتدت الحرب ، خرج الأمر عن الضبط ، قال الإمام : وقد يتخيل من هذا أنا لانسير إليهم ، ولا تفاتهم بالقتال ، وأنهم إذا ساروا إلينا لا نبداً بقتالهم ، بل نصطف قبالتهم ، فإن قصدونا ، دفعناهم ، قال : وقد رأيت هذا لطائفة من الأصحاب وهو خطأ ، بل إذا آذنتهم الإمام بالحرب ، ولم يرجعوا إلى الطاعة ، سار إليهم ، ومنعهم من القطر الذي استولوا عليه ، فإن انهزموا وكلمتهم واحدة ، اتبعناهم إلى أن يتوبوا ويطيعوا ، وليس قتال الفريقين كصيال الواحد ودفعه ، ويتعلق بكيفية قتالهم مسائل :

الاولى : لا يغتالون ولا يبدؤون بالقتال حتى يئذروا ، فيبعث الإمام إليهم أميناً فطناً ناصحاً ، فإذا جاءهم سألهم ما ينقمون؟ فإن ذكروا مظلمة ، وعللوا مخالفتهم بها ، أزالها ، وإن ذكروا شبهة ، كشفها لهم ، وإن لم يذكروا شيئاً ، أو أصروا بعد إزالة العلة ، نصحهم ووعظهم ، وأمرهم بالعود إلى الطاعة ، فإن أصروا ، دعاهم إلى المناظرة ، فإن لم يجيبوا ، أو أجابوا فغلبوا ، وأصروا مكابرين ، آذنتهم بالقتال ، فإن استنظروا ، بحث الإمام عن حالهم واجتهد ، فإن ظهر له أنهم عازمون

على الطاعة ، وأنهم يستنظرون لكشف الشبهة ، أو التأمل والمشاورة ، أنظرهم ، وإن ظهر له أنهم يقصدون الاجتماع ، أو يستلحقون مدداً لهم ، لم ينظرهم ، وإن سألوا ترك القتال أبداً ، لم يجبههم ، وحيث لا يجوز الإِنظار ، فلو بذلوا مالاً ، ورهنوا أولادهم والنساء ، لم يقبله ، لأنهم قد يقوون في المدة ، ويظهرون على أهل العدل ويستردون ما بذلوه ، وإذا كان بأهل العدل ضعف ، آخر القتال ، ونص في « الأم » أنه لو كان عندهم أسارى من أهل العدل فسألوا - والحرب قائمة - أن يمسك ليطلقوهم ، وأعطوا بذلك رهائن ، قبلنا ، فإن أطلقوا الأسارى ، أطلقنا الرهائن ، وإن قتلوهم ، لم يجز قتل الرهائن ، بل لابد من إطلاقهم بعد انقضاء الحرب .

الثانية : من أدبر منهم وانهزم ، لم يتبع ، وكذا من ألقى سلاحه وترك القتال ، لم يقاتل ، وانهزام الجند بأن يتبدد ، وتبطل شوكتهم واتفاقهم ، فلو ولوا ظهورهم وهم مجتمعون تحت راية زعيمهم ، لم ينكف عنهم ، بل يطلبهم حتى يرجعوا إلى الطاعة ، ولو بطلت قوة واحد واعتضاده بالجمع لتخلفه عنهم مختاراً ، أو غير مختار ، لا يقتل ولا يتبع ، ومن ولى متحرفاً لقتال ، أتبع وقوتل ، وإن ولى متحيزاً إلى فئة ، فإن كانت قرية ، أتبع ، وإلا فلا على الأصح ، وربما أطلق وجهان من غير فرق بين قرية وبعيدة ، وأجري الوجهان فيما لو بطلت شوكة الجند في الحال ولم يؤمن اجتماعهم في المال ، وموضع الاتفاق أن يؤمن اجتماعهم .

الثالثة : لا يقتل مشخنهم ولا أسيرهم ، وجوز أبو حنيفة قتلها صبراً ، فلو قتل عادل أسيرهم ، ففي وجوب القصاص عليه وجهان لشبهة خلاف أبي حنيفة .

: أصحهما : لا قصاص . والله أعلم

ولا يطلق الأسير قبل انقضاء الحرب إلا أن يبايع الإمام ، ويرجع إلى الطاعة باختياره ، ولو انقضت الحرب وجموعهم باقية ، لم يطلق إلا أن يبايع ، وإن بذلوا الطاعة ، أو تفرقت جموعهم ، أطلق ، فإن توقع عودهم ، ففي الإطلاق الوجهان السابقان ، وينبغي أن يعرض على أسراهم بيعة الإمام ، هذا في أسير هو أهل للقتال ، فأما إذا أسر نساءهم وأطفالهم ، فيحبسون إلى انقضاء القتال ثم يطلقون ، هذا هو الأصح ، وفي وجه لأبي إسحاق : إن رأى الإمام في إطلاقهم قوة أهل البغي ، وأن حبسهم يردهم إلى الطاعة ، ويدعوهم إلى مراجعة الحق ، حبسهم حتى يطيعوا ، وفي وجه له حبسهم مطلقاً كسراً لقلوب البغاة ، وعلى هذا وقت تخليتهم وقت تخلية الرجال ، وأما العبيد والمراهقون ، فأطلق جماعة أنهم كالنساء وإن كانوا يقاتلون ، وقال الإمام والمتولي : إن كان يجيء منهم قتال ، فهم كالرجال في الحبس والإطلاق ، وهذا حسن ، ولا شك أن العبيد والمراهقين والنساء إذا قاتلوا فهم كالرجال في أنهم يقتلون مقبلين ، ويتركون مدبرين ، ويجوز أسر كل هؤلاء المذكورين ابتداء .

فرع

إذا ظفرنا بخيلهم وأسلحتهم ، لم نردها حتى ينقضي القتال ، ونأمن غائلتهم بعودهم إلى الطاعة ، أو تفرقهم ، ولا يجوز استعمالها في القتال ، فلو وقعت ضرورة ولم يجد أحداً ما يدفع عن نفسه إلا سلاحهم ، أو ما يركبه وقد وقعت هزيمة إلا خيولهم ، جاز الاستعمال والركوب ، كما يجوز أكل مال الغير للضرورة ، وما ليس من آلات الحرب من أموالهم يرد إليهم عند انقضاء الحرب .

الرابعة : لا يقاتلهم بما يعم ويعظم أثره ، كالمنجنيق والنار ، وإرسال السيول الجارفة ، لكن لو قاتلونا بهذه الأوجه ، واحتجنا إلى

المقابلة بمثلها دفعا ، أو أحاطوا بنا ، واضطرونا إلى الرمي بالنار ونحوها ، فعلناه للضرورة ، وإن تحصنوا ببلدة أو قلعة ، ولم يتأت الاستيلاء عليها إلا بهذه الأسباب ، فإن كان فيها رعايا لابغي فيهم ، لم يجز قتالهم بهذه الأسباب ، وإن لم يكن فيها إلا البغاة المقاتلون ، فكذلك في الأصح ، لأن ترك بلدة في أيدي طائفة من المسلمين قد يسكن الاحتيال في محاصرتهم والتضييق عليهم أقرب إلى الإصلاح من اصطلام^(١) أمم .

الخامسة : لا يجوز أن يستعان عليهم بكفار ، لأنه لا يجوز تسليط كافر على مسلم ، ولهذا لا يجوز لمستحق قصاص أن يوكل كافراً باستيفائه ، ولا للإمام أن يتخذ جلاداً كافراً لإقامة الحدود على المسلمين ، ولا يجوز أن يستعان بمن يرى قتلهم مدبرين إما لعداوة وإما لاعتقاده ، كالحنفي ، إلا أن يحتاج إلى الاستعانة بهم ، فيجوز بشرطين ، أحدهما : أن تكون فيهم جرأة وحسن إقدام ، والثاني : أن يتمكن من منعهم لو ابتغوا أهل البغي بعد هزيتهم ، ولا بد من اجتماع الشرطين لجواز الاستعانة ، كذا حكاه ابن الصباغ والرويانى وغيرهما عن اتفاق الأصحاب ولفظ البغوي يقتضي جوازها بأحدهما .

السادسة : لو استعان البغاة علينا بأهل الحرب ، وعقدوا لهم ذمة وأماناً ليقاتلوا معهم ، لم ينفذ أمانهم علينا ، فلنا أن نغنم أموالهم ، ونسترقهم ، ونقتلهم إذا وقعوا في الأسر ، ونقتلهم مدبرين ، ونذفف على جريحهم ، وقال القاضي حسين : لا يتبع مدبرهم ، ولا يذفف على جريحهم ، والصحيح الأول ، وهل ينعقد الأمان في حق البغاة ؟ وجهان ، أحدهما :

(١) الاصطلام : افتعال من الصلم وهو القطع ، يقال : اصطليم القوم إذا استؤصلوا وأبيدوا .

نعم ، فإن قلنا : لا ، فقال البغوي : لأهل البغي أن يكرؤا عليهم بالقتل والاسترقاق ، والذي ذكره الإمام على هذا ، أنه أمان فاسد ، وليس لأهل البغي اغتيالهم ، بل يبلغونهم المأمن ، فلو قالوا : ظننا أنه يجوز لنا أن نعين بعض المسلمين على بعض ، أو ظننا أنهم المحقون ، أو ظننا أنهم استعانوا بنا في قتال الكفار ، فوجهان ، أحدهما : لا اعتبار بظنهم الفاسد ، ولنا قتلهم واسترقاقهم ، وأصحهما : أنا نبأهم المأمن ، ونقاتلهم مقاتلة البغاة ، فلا يتعرض لهم مدبرين ، وما أئلفه أهل الحرب على أهل العدل غير مضمون عليهم ، وما يتلفون على أهل البغي مضمون إن نفذنا أمانهم لهم ، وإلا فلا ، ولو استعان البغاة بأهل الذمة في قتالنا ، نظر ، إن علموا أنه لا يجوز لهم قتالنا ولم يكرهوا ، انتقض عهدهم ، وحكسهم حكم أهل الحرب ، فيقتلون مقبلين ومدبرين ، ولو أئلفوا بعد القتال شيئاً ، لم يضمنوه ، وقيل : في انتقاض عهدهم قولان ، وإن قالوا : كنا مكرهين ، لم ينتقض على المذهب ، ويقاثلون مقاتلة البغاة ، وإن قالوا : ظننا أنه يجوز لنا إعانة بعض المسلمين على بعض ، أو أنهم يستعينون بنا على كفار ، أو أنهم المحقون ، لم ينتقض على المذهب ، وقيل : قولان ، وإن لم يذكروا عذراً ، انتقض على المذهب ، وقيل : قولان ، ثم قيل : القولان إذا لم نشترط عليهم ترك القتال في عقد الذمة ، فإن شرط ، انتقض قطعاً ، وقيل : قولان مطلقاً ، وحيث قلنا : ينتقض ، فهل يبلغون المأمن أم يجوز قتلهم واسترقاقهم ؟ فيه خلاف مذكور في الجزية ، فإن قلنا : يبلغون المأمن ، فهل لنا قتلهم منهزمين ؟ وجهان ، وجه الجواز أنه من بقية العقوبة على القتال ، ثم الذي ذكره البغوي وغيره ، أنه كما ينتقض عهدهم في حق أهل العدل ينتقض في حق أهل البغي . وفي « البيان » أنه ينبغي أن يكون في انتقاضه في حق البغاة الخلاف في المسألة السابقة ، وإن قلنا : لا ينتقض ، فهم كالبغاة في أنه لا يتبع مدبرهم

ولا يذفف على جريحهم ، ولو أتلفوا شيئاً على أهل العدل ، لزمهم الضمان بخلاف البغاة ، فإنهم لا يضمنون في قول ، لأننا أسقطنا الضمان عنهم استمالة لقلوبهم إلى الطاعة لئلا ينفرهم الضمان ، وأهل الذمة في قبضة الإمام ، ولو أتلفوا نفساً ، قال الإمام : إن أوجبنا القصاص على البغاة ، فأهل الذمة وإلا فوجهان ، أحدهما : يجب ، كالضمان ، والثاني : لا ، للشبهة المقترنة بأحوالهم ، وإذا قلنا : لا ينتقض الأمان فجاءنا ذمي تائباً ، ففي ضمان ما أتلف طريقان ، أحدهما : نعم ، والثاني : على قولين ، كالبغاة •

فرع

قاتل أهل الذمة أهل البغي ، لا ينتقض عهدهم على الصحيح ، لأنهم حاربوا من يلزم الإمام محاربتهم •

فرع

استعان البغاة بمن لهم أمان إلى مدة ، انتقض أمانهم ، فإن قالوا : كنا مكرهين ، وأقاموا بينة على الإكراه فهم على العهد ، وإلا انتقض أيضاً •

فصل

اقتتل طائفتان باغيتان ، فإن قدر الإمام على قهرهما ، ومزيمهما ، لم يعن إحداهما على الأخرى إلا إذا أطاعت ، فيعينها على الأخرى ، وإن لم يقدر على قهرهما ، ضم إلى نفسه أقربهما إلى الحق ، واستعان بهم على الأخرى ، وإن استويا اجتهد فيهما ، ولا يقصد بضم المضمومة إليه معاونتها ، بل يقصد دفع الأخرى ، فإن اندفع شر الأخرى ، لم يقاتل المضمومة إلا بعد أن يدعوها إلى الطاعة ، لأنها بالاستعانة صارت في أمانه ، ولو أمن عادل باغياً ، نفذ أمانه وإن كان عبداً أو امرأة •

فرع

حكم دار البغي حكم دار الإسلام، وإذا جرى فيها ما يوجب الحد،
أقامه الإمام •

فرع

يتحرز العادل عن قتال قريبه الباغي ما أمكنه •

فرع

قال المتولي : يلزم الواحد من أهل العدل مصابرة اثنين من البغاة ،
فلا يولي عنهما إلا متحرفاً لقتال أو متحيزاً إلى فئة •

فرع

نص في « المبسوط » أنه إذا غزا أهل العدل والبغاة مشركين ،
 واجتمعوا في دار الشرك ، فهم في الغنيمة سواء ، والقاتل منهم يستحق
 السلب ، وأما الخمس ، فيفرقه الإمام ، وأنه لو وادع أهل البغي مشركين ،
 لم يقصدهم أحد من المسلمين ، ولو غزا أهل البغي قوماً من المشركين
 قد وادعهم الإمام ، فسيبوا منهم ، فإذا ظهر الإمام عليهم ، رد السبي على
 المشركين ، وأنه لو أمن أهل العدل رجلاً من البغاة ، فقتله رجل جاهل
 بأمانه ، وقال : علمته باغياً ، وظننت أنه جاءنا لينال غرتنا ، حلف وألزم
 الدية ، وإن قتله عامداً ، اقتصر منه ، وأنه لو قتل عادل عادلاً في القتال
 وقال : ظننته باغياً ، حلف وضمن الدية ، وأنه لو سبى الكفار من أهل
 البغي ، وقدرنا على استنقاذهم ، وجب الاستنقاذ ، وبالله التوفيق •

كتاب الردّة

هي أفحش أنواع الكفر ، وأغلظها حكماً ، وفيه بابان :

الأول : في حقيقة الردّة ، ومن تصح منه ، وفيه طرفان .

الأول : في حقيقتها ، وهي قطع الإسلام ، ويحصل ذلك تارة بالقول الذي هو كفر ، وتارة بالفعل ، والأفعال الموجبة للكفر هي التي تصدر عن تعمد واستهزاء بالدين صريح ، كالسجود للصنم أو للشمس ، وإلقاء المصحف في القاذورات ، والسحر الذي فيه عبادة الشمس ونحوها ، قال الإمام : في بعض التعاليق عن شيخي أن الفعل بمجردة لا يكون كفراً ، قال : وهذا زلل عظيم من المعلق ذكرته للتنبيه على غلظه ، وتحصل الردّة بالقول الذي هو كفر ، سواء صدر عن اعتقاد أو عناد أو استهزاء ، هذا قول جملي ، وأما التفصيل فقال المتولي : من اعتقد قدم العالم ، أو حدوث الصانع ، أو نفى ما هو ثابت للتقديم بالإجماع ، ككونه عالماً قادراً ، أو أثبت ما هو منفي عنه بالإجماع ، كالألوان ، أو أثبت له الاتصال والانفصال ، كان كافراً ، وكذا من جحد جواز بعثة الرسل ، أو أنكر نبوة نبي من الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم . أو كذبه ، أو جحد آية من القرآن مجعاً عليها ، أو زاد في القرآن كلمة واعتقد أنها منه ، أو سب نبياً ، أو استخف به ، أو استحل محرماً بالإجماع ، كالخمر والزنى واللواط ، أو حرم حلالاً بالإجماع ، أو نفى وجوب مجمع على وجوبه ، كركعة من الصلوات الخمس ، أو اعتقد وجوب ما ليس بواجب بالإجماع ، كصلاة سادسة وصوم شوال ، أو نسب عائشة رضي الله عنها إلى الفاحشة ، أو ادعى النبوة بعد نبينا صلى الله

عليه وسلم ، أو صدق مدعياً لها ، أو عظم صنماً بالسجود له ، أو التقرب إليه بالذبح باسمه ، فكل هذا كفر •

قلت : قوله : إن جاحد المجمع عليه يكفر ، ليس على إطلاقه ، بل الصواب فيه تفصيل سبق بيانه في باب تارك الصلاة عقب كتاب الجنائز ، ومختصره أنه إن جحد مجمعاً عليه يعلم من دين الاسلام ضرورة ، كفر إن كان فيه نص ، وكذا إن لم يكن فيه نص في الأصح ، وإن لم يعلم من دين الاسلام ضرورة بحيث لا يعرفه كل المسلمين ، لم يكفر •
والله أعلم

قال المتولي : ولو قال المسلم : يا كافر بلا تأويل ، كفر ، لأنه سمي الاسلام كفراً ، والعزم على الكفر في المستقبل كفر في الحال ، وكذا التردد في أنه يكفر أم لا ، فهو كفر في الحال ، وكذا التعليق بأمر مستقبل ، كقوله : إن هلك مالي أو ولدي تهودت ، أو تنصرت ، قال : والرضى بالكفر كفر ، حتى لو سأله كافر يريد الإسلام أن يلقنه كلمة التوحيد ، فلم يفعل ، أو أشار عليه بأن لا يسلم ، أو على مسلم بأن يرتد ، فهو كافر بخلاف ما لو قال لمسلم : سلبه الله الإيمان ، أو لكافر : لا رزقه الله الإيمان ، فليس بكفر ، لأنه ليس رضى بالكفر ، لكنه دعا عليه بتشديد الأمر والعقوبة عليه •

قلت : وذكر القاضي حسين في « الفتاوى » وجهاً ضعيفاً ، أن من قال لمسلم : سلبه الله الإيمان ، كفر • والله أعلم

ولو أكره مسلماً على الكفر ، صار المكروه كافراً ، والإكراه على الإسلام ، والرضى به ، والعزم عليه في المستقبل ليس بإسلام ، ومن دخل دار الحرب ، وشرب معهم الخمر ، وأكل لحم الخنزير ، لا يحكم

بكفره ، وارتكاب كبائر المحرمات ليس بكفر ، ولا ينسلب به اسم الإيمان ، والفاسق إذا مات ولم يتب لا يخلد في النار •

فرع

في كتب أصحاب أبي حنيفة رحمه الله اعتناء تام بتفصيل الأقوال والأفعال المقتضية للكفر ، وأكثرهما مما يقتضي إطلاق أصحابنا الموافقة عليه ، فنذكر ما يحضرنا مما في كتبهم •

منها : إذا سخر باسم من أسماء الله تعالى ، أو بأمره ، أو بوعدده أو وعيده ، كفر ، وكذا لو قال : لو أمرني الله تعالى بكذا لم أفعل ، أو لو صارت القبلة في هذه الجهة ما صليت إليها ، أو لو أعطاني الجنة ما دخلتها •

قلت : مقتضى مذهبنا والجاري على القواعد أنه لا يكفر في قوله : لو أعطاني الجنة ما دخلتها ، وهو الصواب • والله أعلم

ولو قال لغيره : لا تترك الصلاة ، فإن الله تعالى يؤاخذك ، فقال : لو واخذني الله بها مع ما بي من المرض والشدة ، ظلمني ، أو قال المظلوم : هذا بتقدير الله تعالى ، فقال الظالم : أنا أفعل بغير تقدير الله تعالى ، كفر ، ولو قال : لو شهد عندي الأنبياء والملائكة بكذا ما صدقتهم ، كفر ، ولو قيل له : قلم أظفارك ، فإنه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : لا أفعل وإن كان سنة ، كفر •

قلت : المختار أنه لا يكفر بهذا إلا أن يقصد استهزاء • والله أعلم واختلفوا فيما لو قال : فلان في عيني كاليهودي ، والنصراني في عين الله تعالى ، أو بين يدي الله تعالى ، فمنهم من قال : هو كفر ، ومنهم من قال : إن أراد الجارحة ، كفر ، وإلا فلا ، قالوا : ولو قال : إن الله

تعالى جلس للإنصاف ، كفر ، أو قام للإنصاف ، فهو كفر ، واختلفوا فيما إذا قال الطالب ليمين خصمه ، وقد أراد الخصم أن يحلف بالله تعالى : لا أريد الحلف بالله تعالى ، إنما أريد الحلف بالطلاق والعتاق ، والصحيح أنه لا يكفر ، واختلفوا فيمن نادى رجلاً اسمه عبد الله ، وأدخل في آخره حرف الكاف الذي يدخل للتصغير بالعجمية ، فقيل : يكفر ، وقيل : إن تعدد التصغير كفر ، وإن كان جاهلاً لا يدري ما يقول ، أو لم يكن له قصد ، لا يكفر ، واختلفوا فيمن قال : رؤيتي إياك كرؤية ملك الموت ، وأكثرهم على أنه لا يكفر ، قالوا : ولو قرأ القرآن على ضرب الدف أو القضيب ، أو قيل له : تعلم الغيب ، فقال : نعم ، فهو كفر ، واختلفوا فيمن خرج لسفر ، فصاح العقق ، فرجع هل يكفر ؟

قلت : الصواب أنه لا يكفر في المسائل الثلاث . والله أعلم

ولو قال : لو كان فلان نبياً ، آمنت به ، كفر ، وكذا لو قال : إن كان ما قاله الأنبياء صدقاً نجونا ، أو قال : لأدري أكان النبي صلى الله عليه وسلم انسياً أم جنياً ، أو قال : إنه جن ، أو صغر عضواً من أعضائه على طريق الإهانة ، واختلفوا فيما لو قال : كان طويل الظفر ، واختلفوا فيمن صلى بغير وضوء متعمداً ، أو مع ثوب نجس ، أو إلى غير القبلة .

قلت : مذهبنا ومذهب الجمهور ، لا يكفر إن لم يستحله .

والله أعلم

ولو تنازع رجلان ، فقال أحدهما : لاحول ولا قوة إلا بالله ، فقال الآخر : لاحول لاتغني من جوع ، كفر ، ولو سمع أذان المؤذن فقال : إنه يكذب ، أو قال وهو يتعاطى قدح الخمر ، أو يقدم على الزنى : باسم الله تعالى ، استخفافاً باسم الله تعالى ، كفر ، ولو قال : لا أخاف القيامة ، كفر ، واختلفوا فيما لو وضع متاعه في موضع وقال :

سلمته إلى الله تعالى ، فقال له رجل : سلمته إلى من لا يتبع السارق إذا سرق ، ولو حضر جماعة ، وجلس أحدهم على مكان رفيع تشبهاً بالذكرين ، فسأله المسائل وهم يضحكون ، ثم يضربونه بالمخراق ، أو تشبه بالمعلمين ، فأخذ خشبة ، وجلس القوم حوله كالصبيان ، وضحكوا واستهزؤوا ، وقال : قصعة تريد خير من العلم ، كفر •

قلت الصواب أنه لا يكفر في مسألتني التشبه • **وانتألم**

ولو دام مرضه واشتد فقال : إن شئت توفيني مسلماً ، وإن شئت توفيني كافراً ، صار كافراً ، وكذا لو ابتلي بمصائب ، فقال : أخذت مالي ، وأخذت ولدي ، وكذا وكذا ، وماذا تفعل أيضاً ، أو ما ذا بقي ولم تفعله ، كفر ، ولو غضب على ولده أو غلامه ، فضربه ضرباً شديداً ، فقال رجل : لست بمسلم ، فقال : لا ، متعمداً كفر ، ولو قيل له : يا يهودي ، يا مجوسي ، فقال : لبيك ، كفر •

قلت : في هذا نظر إذا لم ينو شيئاً • **وانتألم**

ولو أسلم كافر ، فأعطاه الناس أموالاً ، فقال مسلم : ليتني كنت كافراً فأسلم ، فأعطى ، قال بعض المشايخ : يكفر •

قلت : في هذا نظر ، لأنه جازم بالإسلام في الحال والاستقبال ، وثبت في الأحاديث الصحيحة في قصة أسامة رضي الله عنه حين قتل من نطق بالشهادة ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : « كيف تصنع بلا إله إلا الله إذا جاءت يوم القيامة ؟ » قال : حتى تمنيت أني لم أكن أسلمت قبل يومئذ ، ويمكن الفرق بينهما • **وانتألم**

ولو تمنى أن لا يحرم الله تعالى الخمر ، أو لا يحرم المناكحة بين الأخ والأخت ، لا يكفر ، ولا تمنى أن لا يحرم الله تعالى الظلم أو الزنى ،

وقتل النفس بغير حق ، كفر ، والضابط أن ما كان حلالاً في زمان فتمنى حله لا يكفر ، ولو شد الزنار على وسطه ، كفر ، واختلفوا فيمن وضع قلنسوة المجوس على رأسه ، والصحيح أنه يكفر ، ولو شد على وسطه حبلاً ، فسئل عنه ، فقال : هذا زنار ، فالأكثر أن على أنه يكفر ، ولو شد على وسطه زناراً ، ودخل دار الحرب للتجارة ، كفر ، وإن دخل لتخليص الأسارى ، لم يكفر .

قلت : الصواب أنه لا يكفر في مسألة التمني وما بعدها إذا لم تكن فيه . **والله أعلم**

ولو قال معلم الصبيان : اليهود خير من المسلمين بكثير ، لأنهم يقضون حقوق معلمي صبيانهم ، كفرو ، قالوا : ولو قال : النصرانية خير من المجوسية ، كفر ، ولو قال : المجوسية شر من النصرانية ، لا يكفر .

قلت : الصواب أنه لا يكفر بقوله : النصرانية خير من المجوسية إلا أن يريد أنها دين حق اليوم . **والله أعلم**

قالوا : ولو عطس السلطان ، فقال له رجل : يرحمك الله ، فقال آخر : لا تقل للسلطان هذا ، كفر الآخر .

قلت : الصواب أنه لا يكفر بمجرد هذا . **والله أعلم**
قالوا : ولو سقى فاسق ولده خمرأً ، فنشر أقرباءه الدراهم والسكر ، كفروا .

قلت : الصواب أنهم لا يكفرون . **والله أعلم**

قالوا : ولو قال كافر لمسلم : اعرض علي الإسلام ، فقال : حتى أرى ، أو اصبر إلى الغد ، أو طلب عرض الإسلام من واعظ ، فقال :

اجلس إلى آخر المجلس ، كفر ، وقد حكينا نظيره عن المتولي ، قالوا :
ولو قال لعدوه : لو كان نبياً لم أؤمن به ، أو قال : لم يكن أبو بكر
الصديق رضي الله عنه من الصحابة ، كفر ، قالوا : ولو قيل لرجل :
ما الإيمان ، فقال : لا أدري ، كفر ، أو قال لزوجته : أنت أحب إلي من
الله تعالى ، كفر ، وهذه الصور تتبعوا فيها الألفاظ الواقعة في كلام
الناس وأجابوا فيها اتفاقاً أو اختلافاً بما ذكر ، ومذهبنا يقتضي موافقتهم
في بعضها ، وفي بعضها يشترط وقوع اللفظ في معرض الاستهزاء .

قلت : قد ذكر القاضي الإمام الحافظ أبو الفضل عياض رحمه
الله في آخر كتابه « الشفاء بتعريف حقوق نبينا المصطفى صلوات الله
وسلامه عليه » جملة في الألفاظ المكفرة غير ماسبق ، نقلها عن الأئمة ،
أكثرها مجمع عليه ، وصرح بنقل الإجماع فيه . **وانتدأ علم**

فمنها : أن مريضاً شفي ثم قال : لقيت في مرضي هذا ما لو قتلت
أبا بكر وعمر رضي الله عنهما لم استوجبه ، فقال بعض العلماء : يكفر
ويقتل ، لأنه يتضمن النسبة إلى الجور ، وقال آخرون : لا يتحتم قتله
ويستتاب ويعزر ، وأنه لو قال : كان النبي صلى الله عليه وسلم أسود ،
أو توفي قبل أن يلتحي ، أو قال : ليس هو بقرشي ، فهو كفر ، لأن
وصفه بغير صفته نفي له وتكذيب به ، وأن من ادعى أن النبوة مكتسبة ،
أو أنه يبلغ بصفاء القلب إلى مرتبتها ، أو ادعى أنه يوحى إليه وإن لم
يدع النبوة ، أو ادعى أنه يدخل الجنة ويأكل من ثمارها ، ويعانق الحور ،
فهو كافر بالإجماع قطعاً ، وأن من دافع نص الكتاب أو السنة المقطوع
بها المحمول على ظاهره ، فهو كافر بالإجماع ، وأن من لم يكفر من دان
بغير الإسلام كالنصارى ، أو شك في تكفيرهم ، أو صحح مذهبهم ،
فهو كافر وإن أظهر مع ذلك الإسلام واعتقده ، وكذا يقطع بتكفير
كل قائل قولاً يتوصل به إلى تضليل الأمة ، أو تكفير الصحابة ، وكذا

من فعل فعلاً أجمع المسلمون أنه لا يصدر إلا من كافر ، وإن كان صاحبه مصرحاً بالاسلام مع فعله ، كالسجود للصليب ، أو النار والمشي إلى الكنائس مع أهلها بزيهم من الزناير وغيرها ، وكذا من أنكر مكة ، أو البيت ، أو المسجد الحرام ، أو صفة الحج ، وأنه ليس على هذه الهيئة المعروفة ، أو قال : لا أدري أن هذه المسماة بمكة هي مكة أم غيرها ، فكل هذا أو شبهه لاشك في تكفير قائله إن كان ممن يظن به علم ذلك ، ومن طالت صحبتته المسلمين ، فإن كان قريب عهد بإسلام ، أو بمخالطة المسلمين ، عرفناه ذلك ، ولا يعذر بعد التعريف ، وكذا من غير شيئاً من القرآن ، أو قال : ليس بمعجز ، أو قال : ليس في خلق السماوات والأرض دلالة على الله تعالى ، أو أنكر الجنة أو النار ، أو البعث أو الحساب ، أو اعترف بذلك ، ولكن قال : المراد بالجنة والنار والبعث والنشور ، والثواب والعقاب غير معانيها ، أو قال : الأئمة أفضل من الأنبياء .

• الطرف الثاني فيمن تصح رده وشرطها التكليف .

فلا تصح ردة صبي ولا مجنون ، ومن ارتد ثم جن لا يقتل في جنونه ، وكذا من أقر بالزنى ثم جن ، لا يقام عليه الحد ، لأنه قد يرجع عن الإقرار بخلاف ما لو أقر بقصاص ، أو حد قذف ثم جن ، فإنه يستوفى في جنونه ، لأنه لا يسقط برجوعه ، وبخلاف ما لو قامت بينة بزناه ، ثم جن ، قال البغوي : هذا كله على سبيل الاحتياط ، فلو قتل في حال الجنون ، أو أقيم عليه الحد ، فمات لم يجب شيء ، وتصح ردة السكران على المذهب كما سبق في طلاقه ، فإن صححناها ، فارتد في سكره ، أو أقر بالردة ، وجب القتل ، لكن لا يقتل حتى يفيق فيعرض عليه الاسلام ، وفي صحة استنابته في السكر وجهان حكاهما البغوي ،

أحدهما : نعم ، لكن يستحب أن تؤخر إلى الإفاقة ، والثاني : المنع ،
وبه قطع ابن الصباغ ، لأن الشبهة لاتزول في ذلك الحال ، ولو عاد إلى
الإسلام في السكر ، صح إسلامه ، وارتفع حكم الردة ، وسبق ذكر
طريق أنه يصح تصرف السكران فيما عليه دون ماله ، فعلى هذا لا يصح
إسلامه وإن صحت ردته ، وقيل : لا يصح قطعاً ، والمذهب الأول ، فإن
صححنا إسلامه ، فقتله رجل ، لزمه القصاص والضمان على المشهور .
وحكي قول في إهداره ، وإن قلنا : لاتصح ردة السكران ، فقتل تعلق
بقتله القصاص والضمان ، وعن ابن القطان : تجب الدية دون القصاص
للشبهة ، والصحيح الأول ، ولو ارتد صاحباً ، ثم سكر فأسلم ، حكى
ابن كج القطع بأنه لا يكون إسلاماً ، والقياس جعله على الخلاف •

صل

المؤمن إذا أكره على أن يتكلم بكلمة الكفر فتكلم بها ، لا يحكم
بردته ، فلا تبين زوجته ، ولو مات ورثه ورثته المسلمون ، وسبق في
أول الجنائيات أنه يباح له التكلم بكلمة الكفر بالإكراه ، وأن الأصح
أنه لا يجب ، وأن الأفضل أن يثبت ولا يتكلم بها ، وهل تقبل الشهادة
على الردة مطلقاً ، أم لاتقبل حتى يفصل لاختلاف الناس فيما يوجبها ؟
فيه قولان ، أظهرهما : الأول ، وعلى هذا لو شهد عدلان بردته فقتل .
كذباً ، أو ما ارتددت ، قبلت شهادتهما ، ولا يغنيه التكذيب ، بل يلزمه
أن يأتي بما يصير به الكافر مسلماً ، ولا ينفعه ذلك في بينونة زوجته ،
وكذا الحكم لو شرطنا التفصيل ، ففصلاً ، وكذبهما ، فلو قال : كنت
مكراً فيما فعلته ، نظر إن كانت قرائن الأحوال تشهد له ، بأن كان في
أسر الكفار ، أو كان محفوفاً بجماعة منهم وهو مستشعر ، صدق بيمينه ،
قال صاحب « البيان » وغيره : وكذا الحكم لو قامت بينة بإقراره بالبيع

وغيره وكان مقيداً أو مجبوساً ، فقال : كنت مكرهاً ، وإن لم تشهد القرائن بصدقه ، بأن كان في دار الإسلام ، لم يقبل قوله ، وأجريت عليه أحكام المرتدين ، وكذا لو كان في دار الحرب وهو مخلي آمن ، ولو لم يقل الشاهدان : ارتد ، بل قالوا : تلفظ بكلمة الكفر ، فقال : صدقاً ، ولكنني كنت مكرهاً ، قال الشيخ أبو محمد وتابعوه عليه : يقبل قوله ، لأنه ليس فيه تكذيب الشاهد بخلاف ما إذا شهد بالردة ، فإن الإكراه ينافي الردة ولا ينافي التلفظ بكلمتها ، قال الشيخ : والجزم أن يحدد كلمة الإسلام ، فلو قتل قبل التجديد ، فهل يكون قتله مضموناً ، لأن الردة لم تثبت أم لا ، لأن لفظ الردة وجد والأصل الاختيار ؟ فيه قولان قال الإمام : والقولان إذا لم يدع الإكراه ، أو لم يحلف عليه ، فأما إذا ادعاه وحلف عليه ، فقد ثبت الإكراه بالحجة ، فنقطع بأنه مضمون ، وفيما ذكرناه دلالة بينة على أنهما لو شهدا بردة الأسير ، ولم يدع إكراهاً ، حكم برده ، ويؤيده ما حكى عن الفقهاء ، أنه لو ارتد أسير مع الكفار ، ثم أحاط بهم المسلمون ، فاطلع من الحصن وقال : أنا مسلم وإنما تشبهت بهم خوفاً ، قبل قوله وحكم بإسلامه ، وإن لم يدع ذلك حتى مات ، فالظاهر أنه ارتد طائعاً ، وإن مات أسيراً ، وعن نص الشافعي رحمه الله أنهما لو شهدا بتلفظ رجل بالكفر وهو مجبوس أو مقيد ، لم يحكم بكفره ، وإن لم يتعرض الشاهدان للإكراه ، وفي « التهذيب » أن من دخل دار الحرب وكان يسجد للصنم ، ويتكلم بالكفر ، ثم قال : كنت مكرهاً ، فإن فعله في مكان خال ، لم يقبل قوله كما لو فعله في دار الاسلام ، وإن فعله بين أيديهم ، قبل قوله إن كان أسيراً ، وإن كان تاجراً ، فلا .

فرع

مات معروف بالاسلام عن ابنين مسلمين ، فقال أحدهما : مات

مسليماً ، وقال الآخر : كفر بعد إسلامه ومات كافراً ، فإن بين سببه ، فقال : سجد لصنم ، أو تكلم بكلام كفر به ، فلا إرث له ، ويصرف نصيبه إلى بيت المال ، وإن أطلق ، فثلاثة أقوال ، أحدها : يصرف إليه نصيبه ولا أثر لإقراره ، لأنه قد يتوهم ما ليس بكفر كافراً ، والثاني : يجعل فيئاً ، والثالث وهو الأظهر : يستفصل ، فإن ذكر ما هو كفر ، كان فيئاً ، وإن ذكر ما ليس بكفر ، صرف إليه ، ولو قال : مات كافراً ، لأنه كان يشرب الخمر ويأكل الخنزير ، فهل يرثه ؟ قولان ، أظهرهما : نعم .

فرع

تلفظ أسير بكلمة كفر مكرهاً ، لا يحكم بكفره ، فإن مات هناك ، مات مسليماً وورثه ورثته المسلمون ، فإن رجع إلى دار الإسلام ، عرض عليه الدين لاحتمال أنه كان مختاراً فيما أتى به ، وهنا ثلاثة أشياء ، أحدها : أطلق الجمهور العرض ، وشرط له ابن كج أن لا يؤم الجماعات ولا يقبل على الطاعات بعد العود إلينا ، فإن فعل ذلك فلا عرض . الثاني : سكت الجمهور عن كون هذا العرض مستحباً أم واجباً ، وقال ابن كج : مستحب ، لأنه لو أكره على الكفر في دار الإسلام لا يعرض الإسلام عليه بعد زوال الإكراه باتفاق الأصحاب . الثالث : إذا امتنع بعد العرض ، فالمنقول أنه يحكم بكفره ، ويستدل بامتناعه على أنه كان كافراً عند التلفظ ، ومقتضى هذا أن الحكم بكفره من يومئذ ، قال الإمام : وفي الحكم بكفره احتمال ، ولو مات قبل العرض والتلفظ بالإسلام ، فالصحيح أنه كما لو مات قبل أن يعود إلينا ، وقيل : يموت كافراً وكان من حقه إذا جاء أن يتكلم بكلمة الإسلام .

فرع

ارتد الأسير مختاراً ثم رأيناه يصلي صلاة المسلمين في دار الحرب ،

فالصحيح المنصوص أنه يحكم بإسلامه بخلاف ما لو صلى في دار الإسلام لا يحكم بإسلامه ، لأنها في دار الحرب لا تكون إلا عن اعتقاد ، وفي دار الإسلام قد تكون للتقية ، وقال الإمام : قال العراقيون : هي إسلام ، ثم استبعده وقال : الوجه في قياس المرازقة القطع بأنه ليس إسلاماً ، كما لو رأينا الكافر الأصلي يصلي في دار الحرب ، وسوى صاحب « البيان » بين الأصلي والمترد ، فقال : إذا صلى الكافر الأصلي بدار الحرب ، حكم بإسلامه ، ولو صلى في دار الإسلام ، لم يحكم به .

قلت : هذا المنقول عن صاحب « البيان » هو قول القاضي أبي الطيب ، وقد سبقت حكاية الرافعي له في صلاة الجماعة ، وشذ المتولي ، فحكاه هناك عن نص الشافعي رحمه الله ، والصحيح الذي عليه الأصحاب أنه لا يكون إسلاماً من الأصلي بخلاف المترد ، لأن علاقة الإسلام باقية في المترد ، فصلاته عود منه إلى ما كان ، ثم سواء في كل ما ذكرنا الصلاة منفرداً وإماماً ومقتدياً ، وهذا إذا لم يسمع منه لشهد فيها ، فإن سمعناه ، فهو مسلم حيث ما كان ، وأي كافر كان ، وفيه وجه شاذ سبق في باب الأذان . والله اعلم

الباب الثاني في حكم الردة

أحكامها كثيرة متفرقة في الأبواب ، والمقصود هنا نفسه وولده وماله ، أما نفسه ، فمهدرة ، فيجب قتله إن لم يتب ، سواء انتقل إلى دين أهل كتاب أم لا ، حراً كان أو عبداً ، أو امرأة ، فإن تاب وعاد إلى الإسلام ، قبلت توبته وإسلامه ، سواء كان مسلماً أصلياً ، فارتد ، أو كافراً أسلم ثم ارتد ، وسواء كان الكفر الذي ارتد إليه كفراً ظاهراً ، أو غيره ، ككفر الباطنية ، وسواء كان ظاهر الكفر ، أو زنديقاً يظهر الإسلام ، ويبطن الكفر ، وسواء تكررت منه الردة والإسلام ، أم لا ،

فيقبل إسلام الزنديق ومن تكررت رده وغيـره ، هذا هو الصحيح المنصوص في « المختصر » وبه قطع العراقيون ، والوجه الثاني : لايقبل إسلام الزنديق ، قال الروياني في « الحلية » : والعمل على هذا ، والثالث عن القفال الشاشي : أن المتناهيـن في الخبث ، كدعاة الباطنية ، لايقبل توبتهم ورجوعهم إلى الإسلام و يقبل من عوامهم ، والرابع عن الأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني : أنه إن أخذ ليقـتل ، فتاب ، لم تقبل ، وإن جاء تائباً ابتداء ، وظهرت أمارات الصدق ، قبلت ، والخامس عن أبي إسحاق المروزي : لايقبل إسلام من تكررت رده ، وعلى الصحيح إذا تكررت رده ، عزز • ويقتل المرتد بضرب الرقبة دون الإحراق وغيره ، ويتولاه الإمام أو من ولاه ، فإن قتله غيره ، عزز ، ويستتاب المرتد قبل قتله ، وهل الاستتابة واجبة أم مستحبة ؟ قولان ، ويقال : وجهان ، أظهرهما : واجبة ، وعلى التقديرين في قدرها قولان ، أحدهما : ثلاثة أيام ، وأظهرهما : في الحال ، فإن تاب وإلا قتل ولم يمهل ، وقيل : لايجب الإمهال ثلاثاً قطعاً ، وإنما الخلاف في استحبابه ، ولا خلاف أنه لايجب في مدة الإمهال ، بل يجبس ، ولا خلاف أنه لو قتل قبل الاستتابة ، أو قبل مضي مدة الإمهال ، لم يجب بقتله شيء ، وإن كان القاتل مسيئاً بفعله •

فرع

إذا وجب قتل المرتد إما في الحال ، وإما بعد الاستتابة ، فقال : عرضت لي شبهة فأزيلوها ، لأعود إلى ما كنت عليه ، فهل نناظره لإزالتها وجهان ، أحدهما : نعم ، لأن الحجة مقدمة على السيف ، والثاني : لا ، لأن الشبه لا تنحصر ، فيورد بعضها يـأثر بعض فتطول المدة ، فحقه أن يسلم ، ثم يستكشفها من العلماء ، والأول أصح عند الغزالي ، وحكى

الرويانى الثانى عن النص ، واستبعد الخلاف ، وعن أبى إسحاق أنه لو قال : أنا جائع فأطعمونى ، ثم ناظرونى ، أو كان الإمام مشغولاً بما هو أهم منه ، أخرناه ، ولا يجوز استرقاق المرتد بحال ، سواء فيه الرجل والمرأة •

فصل

أما ولد المرتد ، فإن كان منفصلاً ، أو انعقد قبل الردة ، فمسلم ، حتى لو ارتدت حامل ، لم يحكم بردة الولد ، فإن بلغ وأعرب بالكفر ، كان مرتداً بنفسه ، وإن حدث الولد بعد الردة ، فإن كان أحد أبويه مسلماً ، فهو مسلم بلا خلاف ، وإن كانا مرتدين ، فهل هو مسلم ، أم مرتد ، أم كافر أصلي ؟ فيه ثلاثة أقوال ، أظهرها : مسلم •

قلت : كذا صححه البغوي ، فتابعه الرافعي ، والصحيح أنه كافر ، وبه قطع جميع العراقيين ، نقل القاضي أبو الطيب في كتابه « المجرد » أنه لا خلاف فيه في المذهب ، وإنما الخلاف في أنه كافر أصلي أم مرتد ، والأظهر : مرتد • والله أعلم

فإذا قلنا : إنه مسلم ، لا يسترق بحال ، وإن مات صغيراً ورثه قرابته المسلمون ، ويجزىء عتقه عن الكفارة إن كان رقيقاً ، وإن بلغ وأعرب بالكفر ، فمرتد ، وإن قلنا : كافر أصلي ، جاز استرقاقه ، قال الإمام : ويجوز عقد الجزية معه إذا بلغ وهو الكافر الأصلي في كسل معنى ، والذي قطع به البغوي وغيره ، وحكاه الرويانى عن المجموع أنه لا يجوز عقد جزية له ، لأنه ليس كتابياً ، وإن قلنا : إنه مرتد ، لم يسترق بحال ، ولا يقتل حتى يبلغ فيستتاب ، فإن أصر ، قتل ، وأولاده أولاد المرتدين ، حكمهم حكم أولاد المرتدين •

قلت : قال البغوي : لو كان أحد الأبوين مرتداً والآخر كافراً أصلياً ، فإن قلنا : إذا كانا مرتدين يكون الولد مسلماً ، كان هنا مسلماً أيضاً ، وإن قلنا : يكون هناك مرتداً أو كافراً أصلياً ، كان هنا كافراً أصلياً ، يقر بالجزية إن كان الأصلي ممن يقربها ، كما لو كان أحد أبويه مجوسياً والآخر وثنيّاً ، وإن كان الأصلي كتابياً ، كان الولد كتابياً .
والله أعلم

فرع

الذمي والمستأمن إذا نقض العهد ، ولحق بدار الحرب ، وترك ولده عندنا ، لا يجوز استرقاقه ، فإذا بلغ وقبل الجزية فذاك ، وإلا فلا يجبر ويلحق بالمأمن ، وفي وجه : يسترق ولده بلحقه بدار الحرب ، وفي وجه : إن هلك هناك ، أو استرق ، استرق ولده .

فصل

وأما ماله ، فهل يزول ملكه عنه بنفس الردة ؟ فيه أقوال ، أحدها : نعم لزوال عصمة الإسلام ، وقياساً على النكاح ، والثاني : لا ، كالزاني المحصن ، وأظهرها : موقوف ، فإن مات مرتداً ، بان زواله بالردة ، وإن أسلم ، بان أنه لم يزل ، لأن بطلان أعماله يتوقف على موته مرتداً ، فكذا ملكه ، ومنهم من قطع باستمرار ملكه ، وجعل الخلاف في أنه هل يصير بالردة محجوراً عليه في التصرف ، والخلاف في زوال الملك يجري في ابتداء التملك إذا اصطاد ، أو احتطب ، فإن قلنا : يزول ، قال الإمام : ظاهر القياس أنه يثبت الملك لأهل الفتي فيما اصطاد واحتطب ، كما يحصل ملك السيد فيما احتطب العبد ، قال : وليكن شراؤه واتهابه ، ك شراء العبد واتهابه بغير إذن السيد ، حتى يجيء الخلاف ، والذي ذكره المتولي أنه يبقى على الإباحة ، كما إذا اصطاد المحرم لا يملكه ، ويبقى الصيد على الإباحة ، وإن قلنا : يبقى ملك المرتد فيما احتطبه ، أو اصطاده

ملكه كالحربي ، وإن قلنا : موقوف ، فموقوف ، فإن عاد إلى الإسلام ، بأن أنه ملكه من يوم الأخذ ، وإن مات مرتداً ، قال المتولي : حكم بأن المأخوذ باق على الإباحة ، وعلى قياس ما ذكره الإمام يبين أنه لأهل الفیء ، وعلى الأقوال كلها ، تقضى من ماله ديونه التي لزمته قبل الردة ، لأنها لاتزيد على الموت ، وقد تكون نفقة الزوجة من الدين اللازم قبل الردة ، ولا تكون نفقة القريب منه لسقوطها بمضي الزمان ، وقال الاصطخري : لاتقضى ديونه على قول زوال الملك ، ويجعل المال كالتالف ، والمذهب الأول ، وأما في مدة الردة ، فينفق عليه من ماله ، وتكون نفقته كحاجة الميت إلى الكفن بعد زوال ملكه ، ونقل ابن كج عن ابن الوكيل ، أنه لا ينفق عليه على قول زوال الملك ، بل ينفق عليه مدة الاستتابة من بيت المال ، وهذا شاذ ضعيف ، وهل تلزمه نفقة زوجاته الموقوف نكاحهن ، ونفقة قريية ، وغرامة ما يتلفه من الردة على قول زوال الملك ؟ وجهان ، قال ابن سلمة والاصطخري : لا ، واختاره المتولي ، إذ لا ملك له وأصحهما عند الجمهور : نعم ، كما أن من حفر بئر عدوان ، ومات ، وحصل بها إتلاف ، يؤخذ الضمان من تركته ، وإن زال ملكه بالموت .

فرع

إذا قلنا بزوال ملكه ، فأسلم ، عاد ملكه بلا خلاف ، لأن إزالة ملكه عقوبة ، فعاد بالتوبة .

فرع

إذا قلنا بزوال ملكه لا يصح تصرفه ببيع وشراء وإعتاق ووصية وغيرها ، لأنه لا مال له ، وفي الشراء ما سبق عن الإمام ، وإن قلنا : يبقى ملكه منع من التصرف ، نظراً لأهل الفیء ، وهل يصير بنفس الردة محجوراً عليه ، أم لا بد من ضرب القاضي ؟ وجهان ، ويقال :

قولان ، أصحهما : الثاني ، ومنهم من قطع به ، وخص الخلاف بقولنا : ملكه موقوف ، ثم على الوجهين ، هل هو كحجر السفه ، لأنه أشد من تضييع المال أم كحجر المفلس ، لأنه لصيانة حق غيره ؟ وجهان ، أصحهما : الثاني ، فإن قلنا : لا بد من ضرب القاضي ، ولم يضرب ، نفذت تصرفاته ، وإن قلنا : يحصل الحجر بلا ضرب أو بالضرب ، فاضرب ، فإن جعلناه كحجر السفه ، لم ينفذ تصرفه في الحال في المال ، وإذا أقر بدين ، لم يقبل إقراره ، وإن جعلناه كمفلس : فهل تبطل تصرفاته أم توقف ؟ قولان كما في المفلس ، وإقراره بالدين وبالعين كما سبق في المفلس ، وإن قلنا بالوقف ، فكل تصرف يحتمل الوقف ، كالعتق والتدبير والوصية ، موقوف أيضاً ، وأما البيع والهبة والكتابة ونحوها ، فهي على قولين وقف العقود ، فعلى الجديد هي باطلة ، وعلى القديم توقف ، إن أسلم حكم بصحتها ، وإلا فلا ، ولا يصح نكاحه ولا إنكاحه ، لسقوط ولايته ، وحكى البغوي على قولنا : لا يزول ملكه وجهاً أنه يجوز تزويج أمته إذا لم يحجر الحاكم عليه ، كسائر تصرفه المالي ، قال : وهذا غير قوي ، وقطع المتولي وغيره بهذا •

فرع

على الأقوال كلها لا يعتق بالردة مدبر المرتد ، ولا أم ولده ، فإن مات مرتداً ، عتقت المستولدة ، وفي المدبر كلام يأتي إن شاء الله تعالى •

فرع

سواء في جميع ما ذكرناه التحق المرتد بدار الحرب ، أم كان في قبضة الإمام ، وعلى الأقوال يوضع مال مرتد عند عدل ، وأمته عند امرأة ثقة ، لأننا وإن قلنا ببقاء ملكه ، فقد تعلق به حق المسلمين ، فيحتاج ، ويؤجر عقاره ورقيقه وأم ولده ومدبره ، ويؤدي مكاتبه النجوم إلى

الحاكم ، وإذا لحق بدار الحرب ورأى الحاكم الحظ في بيع الحيوان ، فعل ، وإذا ارتد وعليه دين مؤجل ، فإن قلنا بزوال ملكه ، حل الدين كما لو مات ، وإن قلنا : لا يزول ، لم يحل ، وإن قلنا بالوقف ، فعاد إلى الإسلام ، بأن أنه لم يحل ، وإذا استولد جاريته ، نفذ الاستيلاء إن أبقينا ملكه ، وإن أزلناه فلا ، فإن أسلم ، فقولان ، كما لو استولد المشتري الجارية المبعة في زمن الخيار ، وقلنا : الملك للبائع ، فتم البيع .

فصل

إذا ارتد جماعة . وامتنعوا بحصن وغيره . وجب قتالهم ، ويقدم على قتال غيرهم ، لأن كفرهم أغلظ ، ولأنهم أعرف بعورات المسلمين . ويتبع في القتال مدبرهم . ويدفع على جريحهم ، ومن ظفروا به ، استتبهوا ، وهل عليهم ضمان ما أتلّفوه من نفس ومال في القتال ؟ فيه خلاف سبق في قتال البغاة ، وإذا أتلّف المرتد في غير القتال ، فعليه الضمان والقصاص ، ويقدم القصاص على قتل الردة ، فإن بادر الإمام بقتله عن الردة ، أو عفا المستحق ، أو مات المرتد ، أخذت الدية من ماله ، ولو جنى خطأ ومات ، أو قتل مرتدّاً ، أخذت الدية من ماله عاجلاً ، ولو وطئت مرتدة بشبهة أو مكرهة ، فإن قلنا : الردة لا تزيل الملك ، فلها مهر المثل ، كما لو وطئت زانية محصنة بشبهة بخلاف ماله وطئت حرة بشبهة ، فلا مهر ، لأن مالها غير مضمون ، فكذا منفعة بضعها ، ومال المرتدة مضمون ، وإن قلنا : يزول ملكها ، لم يجب ، كما لو وطئ ميتة على ظن أنها حية بشبهة ، وإن قلنا : الملك موقوف ، فالمهر موقوف ، ولو أكره مرتد على عمل ، فالقول في أجره مثله كما في المهر ، ولو استأجره وسمى أجره ، بني على صحة عقوده ، وحكم المسمى إن صححنا

عقوده ، وأجرة المثل إن لم نصححها حكم المهر ، ولو زنى في رده ، أو شرب ، فهل يكفي قتله ، أم يحد ثم يقتل ؟ وجهان ، أصحهما : الثاني .

فصل

فيما تحصل به توبة المرتد وفي معناها إسلام الكافر الأصلي

وقد وصف الشافعي رضي الله عنه توبته فقال : أن يشهد أن لا إله إلا الله ، وأن محمداً رسول الله ، ويبرأ من كل دين خالف الإسلام ، وقال في موضع : إذا أتى بالشهادتين ، صار مسلماً ، وليس هذا باختلاف قول عند جمهور الأصحاب كما ذكرنا في كتاب الظهار . بل يختلف الحال باختلاف الكفار وعقائدهم ، قال البغوي : إن كان الكافر وثيقاً أو ثنويّاً لا يقر بالوحدانية ، فإذا قال : لا إله إلا الله ، حكم بإسلامه ، ثم يجبر على قبول جميع الأحكام ، وإن كان مقرأ بالوحدانية ، منكرّاً نبوة نبينا صلى الله عليه وسلم ، لم يحكم بإسلامه حتى يقول مع ذلك : محمد رسول الله ، فإن كان يقول : الرسالة إلى العرب خاصة ، لم يحكم بإسلامه حتى يقول : محمد رسول الله إلى جميع الخلق ، أو يبرأ من كل دين خالف الإسلام ، وإن كان كفره بجحود فرض أو استباحة محرم ، لم يصح إسلامه حتى يأتي بالشهادتين ، ويرجع عما اعتقده ، ويستحب أن يمتحن كل كافر أسلم بالإيمان بالبعث ، ولو قال كافر : أنا ولي محمد ، لم يصح إسلامه كذا ولو قال : أنا مثلكم ، أو مسلم ، أو آمنت ، أو أسلمت ، لم يصح إسلامه ، ولو قال : أنا من أمة محمد صلى الله عليه وسلم ، أو دينكم حق ، حكم بإسلامه ، ولو أقر بركن من أركان الإسلام على خلاف عقيدته ، كفرية إحدى الصلوات ، أو أقر بتحريم الخمر والخزير ، حكم بإسلامه ، وما يصير به المسلم كافراً إذا جحد ، يصير به الكافر مسلماً إذا أقر به ، ويجبر على قبول

سائر الأحكام ، فإن امتنع ، قتل كالمترد ، ولو أقر يهودي برسالة عيسى صلى الله عليه وسلم ، ففي قول يجبر على الإسلام ، لأن المسلم لو جحد رسالته ، كفر ، نقل هذا كله البغوي وهو طريقة ، ذكرنا في كتاب الكفارات أن الإمام نسبها إلى المحققين ، والذي عليه الجمهور خلافها .

فرع

في « المنهاج » للإمام الحلي أنه لا خلاف أن الإيمان ينعقد بغير القول المعروف ، وهو كلمة لا إله إلا الله ، حتى لو قال : لا إله غير الله ، أو لا إله سوى الله ، أو ما عدا الله ، أو ما من إله إلا الله ، أو لا إله إلا الرحمن ، أو لا رحمن إلا الله ، أو لا إله إلا الباري ، أو لا باري إلا الله ، وإن قوله : أحمد أو أبو القاسم رسول الله ، كقوله : محمد رسول الله ، وأنه لو قال كافر : آمنت بالله ، نظر ، إن لم يكن على دين قبل ذلك ، صار مؤمناً بالله تعالى ، وإن كان يشرك بالله تعالى غيره ، لم يكن مؤمناً حتى يقول : آمنت بالله وحده وكفرت بما كنت أشرك به ، وإن قوله أسلمت لله ، أو أسلمت وجهي لله ، كقوله : آمنت بالله ، وأنه لو قيل لكافر : أسلم لله ، أو آمن بالله ، فقال : أسلمت أو آمنت ، يحتمل أن يجعل مؤمناً ، وأنه لو قال : أؤمن بالله أو أسلم لله ، فهو إيمان ، كما أن قول القائل : أقسم بالله ، يمين ، ولا يحمل على الوعد إلا أن يريد ، وأنه لو قال : الله ربي ، أو الله خالقي ، فإن لم يكن له دين قبل ذلك ، فهو إيمان ، وإن كان يقول بقدم شيء مع الله تعالى ، لم يكن مؤمناً حتى يقر بأنه لا قديم إلا الله ، وكذا الحكم لو قال : لا خالق إلا الله ، وأنه لو قال اليهودي المشبه : لا إله إلا الله ، لم يكن إسلاماً حتى يتبرأ من التشبيه ويقر بأنه ليس كمثل شيء ، فإن قال مع ذلك : محمد رسول الله ، فإن كان يعلم أن محمداً صلى الله عليه وسلم

جاء بنفي التشبيه ، كان مؤمناً ، وإلا فلا بد أن يتبرأ من التشبيه ، وطرد هذا التفصيل فيما إذا قال من يزعم قدم أشياء مع الله : لا إله إلا الله محمد رسول الله ، حتى إذا كان يعلم أن محمداً صلى الله عليه وسلم جاء بنفي ذلك ، كان مؤمناً ، وأن الشوي إذا قال : لا إله إلا الله ، لم يكن مؤمناً حتى يتبرأ من القول بقدم الظلمة والنور أن لا قديم إلا الله كان مؤمناً ، وإن الوثني إذا قال : لا إله إلا الله ، فإن كان يزعم أن الوثن شريك لله تعالى ، صار مؤمناً ، وإن كان يرى أن الله تعالى هو الخالق ويعظم الوثن لزعمه أنه يقربه إلى الله تعالى ، لم يكن مؤمناً حتى يتبرأ من عبادة الوثن ، وأنه لو قال البرهمي وهو الموحد الجاحد للرسول : محمد رسول الله ، صار مؤمناً ، ولو أقر برسالة نبي قبل محمد صلى الله عليه وسلم ، لم يكن مؤمناً . ويجيء فيه القول الذي حكاه البغوي في يهودي أقر بنبوة عيسى صلى الله عليه وسلم ، وإن المعطل إذا قال : محمد رسول الله ، فقد قيل : يكون مؤمناً ، لأنه أثبت المرسل والرسول ، وإن الكافر لو قال : لا إله إلا الذي آمن به المسلمون ، صار مؤمناً . ولو قال : آمنت بالذي لا إله غيره ، أو بمن لا إله غيره ، لم يكن مؤمناً ، لأنه قد يريد الوثن ، وأنه لو قال : آمنت بالله وبمحمد ، كان مؤمناً بالله لإثباته الإله ، ولا يكون مؤمناً بنبوة محمد صلى الله عليه وسلم حتى يقول : بمحمد النبي ، أو محمد رسول الله ، وإن قوله : آمنت بمحمد النبي ، إيمان برسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقوله : آمنت بمحمد الرسول ، ليس كذلك ، لأن النبي لا يكون إلا لله تعالى ، والرسول قد يكون لغيره ، وإن الفلسفي إذا قال : أشهد أن الباري سبحانه وتعالى علة الموجودات أو مبدؤها أو سببها ، لم يكن ذلك إيماناً حتى يقر أنه مخترع لما سواه ومحدثه بعد أن لم يكن ، وإن الكافر إذا قال : لا إله

إلا المحيي المميت ، فإن لم يكن من الطبائعين ، كان مؤمناً ، وإن كان منهم ، فلا حتى يقول : إلا الله ، أو إلا الباري ، أو اسماً آخر لاتأويل لهم فيه ، وأن الكافر إذا قال : لا إله إلا المالك ، أو الرازق ، لم يكن مؤمناً ، لأنه قد يريد السلطان الذي يملك أمر الجند ويرتب أرزاقهم ، ولو قال : لا مالك إلا الله ، أو لا رازق إلا الله ، كان مؤمناً ، وبشله أجاب فيما لو قال : لا إله إلا الله العزيز ، أو العظيم ، أو الحكيم ، أو الكريم ، وبالعكوس ، وانه لو قال : لا إله إلا الله الملك الذي في السماء ، أو إلا ملك السماء ، كان مؤمناً ، قال الله تعالى : (أأمنتُم من في السماء) [الملك : ١٦] ولو قال : لا إله إلا ساكن السماء ، لم يكن مؤمناً ، وكذا لو قال : لا إله إلا الله ساكن السماء ، لأن السكون محال على الله تعالى ، وأنه لو قال : آمنت بالله إن شاء ، أو إن كان شاء بنا ، لم يكن مؤمناً ، وانه لو قال اليهودي : أنا بريء من اليهودية ، أو نصراني : أنا بريء من النصرانية ، لم يكن مؤمناً ، لأنه ضد اليهودية غير منحصر في الاسلام ، وكذا لو قال : بريء من كل ملة تخالف الاسلام ، فليس مؤمناً ، لأنه لاينفي التعطيل ، لأنه مخالف وليس بملة ، فإن قال : من كل ما يخالف الإسلام من دين ورأي وهوى ، كان مؤمناً ، وانه لو قال : الإسلام حق ، لم يكن مؤمناً ، لأنه قد يقر بالحق ولا ينقاد له ، وهذا يخالف ما حكينا عن البغوي في قوله : دينكم حق ، وانه لو قال لمعتقد ملة : أسلم ، فقال : أسلمت ، أو أنا مسلم ، لم يكن مقراً بالإسلام ، لأنه قد يسمى دينه الذي هو عليه إسلاماً ، ولو قال في جوابه : أنا مسلم مثلكم ، كان مقراً بالإسلام ، ولو قيل لمعطّل : أسلم ، فقال : أنا مسلم ، أو من المسلمين ، كان مقراً بالإسلام ، لأنه لا دين له يسميه إسلاماً ، وقد يتوقف في هذا • وبالله التوفيق •

كتاب حد الزنى

هو من المحرمات الكبائر ، وموجب للحد ، وفيه بابان

الأول : فيما يوجب الحد ، ومعرفة الحد .

وضابط الموجب أن إيلاج قدر الحشفة من الذكر في فرج محرم يشتهى طبعاً لا شبهة فيه سبب لجوب الحد، فإن كان الزاني محصناً، فحدّه الرجم ولا يجلد معه، وقال ابن المنذر من أصحابنا: يجلد، ثم يرجم، وإن كان غير محصن، فواجبه الجلد والتغريب، وسواء في هذين الرجل والمرأة، ويشترط في المحصن هنا ثلاث صفات، إحداها: التكليف، فلا حد على صبي ولا مجنون، لكن يؤدبان بما يزرهما، الثانية: الحرية، فليس الرقيق والمكاتب وأم الولد ومن بعضه رقيق محصنين، الثالثة: الوطء في نكاح صحيح، ويكفي تغييب الحشفة، ولا يشترط كونه ممن ينزل، ويحصل بوطء في الحيض والإحرام، وعدة الشبهة، ولا يحصل بالوطء بملك اليمين، وهل يحصل بالوطء بشبهة أو في نكاح فاسد؟ قولان: المشهور وبه قطع الجمهور: لا؛ وهل يحصل بوطء زوجة قبل التكليف والحرية؟ وجهان، أصحهما عند الجمهور، وهو ظاهر النص: لا، فلا يجب الرجم على من وطئ في نكاح صحيح وهو صبي أو مجنون أو رقيق، ثم زنى بعد كماله، وحكي وجه ثالث أنه يحصل بوطء الصبي دون الرقيق، ووجه رابع عكسه، فإن شرطنا وقوعه في حال الكمال، فهل يشترط كون الزاني الآخر كاملاً حينئذ؟ فيه ثلاثة أقوال، أظهرها: لا، فلو كان أحدهما كاملاً دون الآخر، صار الكامل محصناً، لأنه حر مكلف وطئ في نكاح صحيح، والثاني: نعم، فلو كان أحدهما

غير كامل ، لم يصر الكامل محصناً ، والثالث : إن كان نقص الناقص بالرق ، صار الكامل محصناً ، وإن كان بصغر أو جنون ، فلا ، وقال الإمام : هذا الخلاف في صغيرة أو صغير لا يشتهيه الجنس الآخر ، فإن كان مراهماً ، حصل قطعاً .

فرع

إذا زنى البكر بمحصنة ، أو المحصن ب بكر ، رجم المحصن منهما ، وجلد الآخر وغرب .

فرع

الرقيق يجلد خمسين ، سواء فيه القن والمكاتب وأم الولد ، ومن بعضه حر ، وفيمن نصفه حر ونصفه رقيق وجه أنه يحد ثلاثة أرباع حد الحر ، ووجه ثالث أنه إن كان بينه وبين سيده مهايأة ووافق نوبة نفسه فعليه حد الحر ، وإلا فحد العبد ، والصحيح الأول ، وهل يغرب العبد نصف سنة أم سنة أم لا يغرب ؟ أقوال ، أظهرها : الأول .

فصل

في تغرب الحر وفيه مسائل :

أحداها : تغرب المرأة كما يغرب الرجل ، لكن هل تغرب وحدها ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، هكذا أطلق مطلقون الوجهين ، وخصهما الإتمام والغزالي بما إذا كان الطريق آمناً ، فعلى هذا يشترط محرم أو زوج يسافر معها ، وفي النسوة الثقات عند أمن الطريق وجهان ، وربما اكتفى بعضهم بواحدة ثقة ، وشرط بعضهم أن يكون معها زوج أو محرم ، فإن قلنا بالأصح ، فتطوع الزوج ، أو محرم بالسفر ، أو وجدت نسوة ثقات يسافرن فذاك ، وإن لم يخرج المحرم ولا الزوج إلا

بأجرة ، أعطي أجرة ، وهل هي في مالها أم في بيت المال ؟ وجهان كأجرة الجلاب ، أصحهما : الأول ، وإن امتنع من الخروج بأجرة ، لم يجبر على الأصح كما في الحج ، فعلى هذا قياس اشتراط المحرم أن يؤخر التغريب حتى يتيسر ، وذكر الروياني أنها تغرب ، ويحتاج الإمام في ذلك ، وإن قلنا بالإجبار وهو محكي عن ابن سريج فاجتمع بمحرمان أو محرم وزوج فأيهما يقدم ؟ لم يتعرض الأصحاب •

قلت : يحتسل وجهين كنظائره ، أحدهما : الإقراع ، والثاني : يقدم باجتهاده من يراه ، وهذا أرجح • **والله اعلم**

الثانية : يغرب الزاني إلى مسافة القصر ، وقيل : يجوز دونها ، وقيل : يكفي التغريب إلى موضع لو خرج المبكر إليه ، لم يرجع بيومه ، لإطلاق لفظ التغريب ، والصحيح الأول ، ولو رأى الإمام التغريب إلى فوق مسافة القصر ، فعل ، وقال المتولي : إن كان على مسافة القصر موضع صالح لم يجز التغريب إلى ما فوقه ، والصحيح الأول ، وبه قطع الجمهور ، غرب عمر رضي الله عنه إلى الشام ، وعثمان رضي الله عنه إلى مصر ، والبدوي يغرب عن حِلَّتِهِ وقومه ، ولا يمكن من الإقامة بينهم ، ولو عين السلطان جهة لتغريبه ، فطلب الزاني جهة غيرها ، فهل يجب أم يتعين ما عينه الإمام ؟ وجهان ، أصحهما : الثاني ، قال البغوي : لا يرسله الإمام إرسالاً بل يغربه إلى بلد معين ، وإذا غرب إلى بلد معين ، فهل يمنع من الانتقال إلى بلد آخر ؟ وجهان ، أصحهما لا ، وبه قطع المتولي واختاره الإمام •

الثالثة : قال البغوي : لا يمكن المغرب من أن يحمل معه أهله وعشيرته ، لأنه لا يستوحش حينئذ ، وله أن يحمل جارية يتسرى

بها ، وما يحتاج إليه للنفقة ، وقال المتولي : لو خرج معه عشيرته ، لم يمنعوا •

الرابعة : الغريب إذا زنى، يغرب من بلد الزنى تنكيلاً وإبعاداً عن موضع الفاحشة ، ولا يغرب إلى بلده ولا إلى بلد بينه وبين بلده دون مسافة القصر ، ولو رجع هذا الغريب إلى بلده فهل يمنع ؟ وجهان، أصحهما : نعم ، ثم هذا في غريب له وطن ، فإن لم يكن ، بأن هاجر حربي إلى دار الإسلام ولم يتوطن بلداً ، قال المتولي : يتوقف الإمام حتى يتوطن بلداً ثم يغربه ، ولو زنى مسافر في طريقه ، غرب إلى غير مقصده •

الخامسة : إذا رجع المغرب إلى البلد الذي غرب منه ، رد إلى الموضع الذي غرب إليه، وهل تستأنف المدة أم يبني ؟ وجهان، أصحهما: تستأنف ، وهما راجعان إلى أنه هل يجوز تفريق سنة التغريب •

السادسة : لا يعتقل في الموضع الذي غرب إليه ، لكن يحفظ بالمراقبة والتوكيل به ، فإن احتيج إلى الاعتقال خوفاً من رجوعه ، اعتقل •

السابعة : لو زنى ثانياً في البلد المغرب فيه ، غرب إلى موضع آخر ، قال ابن كج : وتدخل بقية مدة الأول ، لأن الحدين من جنس فيتداخلان •

الثامنة : لو أراد الحاكم تغريبه ، فخرج بنفسه ، وغاب سنة ، ثم عاد ، قال ابن كج : قال بعض الأصحاب : يكفيه ذلك ، والصحيح خلافه ، لأن المقصود التنكيل ، ولا يحصل إلا بتغريب الإمام •

التاسعة : قال ابن كج : مؤنة المغرب بقدر مؤنة الحضر في ماله ، وما زاد في بيت المال ، وهذا غريب •

قلت : الصواب أن الجميع في ماله • والله أعلم

العاشرة : يجوز تقديم التغريب على الجلد •

فرع

ذكر الروياني أن الأصح أنه لا يلزم المغرب أن يقيم في بلد الغربة حتى يكون كالجس له ، فلا يمكن من الضرب في الأرض ، لأنه كالنزهة ، ومما يناسب التغريب النفي في قطع الطريق ، وسيأتي إن شاء الله تعالى ، وثبت في الحديث نفي المخثن وهو تعزير •

فرع

ليس من شرط الإحصان الإسلام ، فإذا زنى ذمي مكلف حر وطىء في نكاح صحيح ، رجم ، ولو ارتد محصن ، لم يبطل إحصانه ، فلو زنى في الردة أو بعد الإسلام ، رجم •

فصل

قولنا : إيلاج الفرج في الفرج ، يدخل فيه اللواط ، وهو من الفواحش الكبائر ، فإن لاط بذكر ، ففي عقوبة الفاعل قولان ، أظهرهما : أن حده حد الزنى ، فيرجم إن كان محصناً ، ويجلد ويغرب إن لم يكن محصناً ، والثاني : يقتل محصناً كان أو غيره ، وفي كيفية قتله أوجه ، أحدها : بالسيف كالمرتد ، والثاني : يرحم تغليظاً عليه ، والثالث : يهدم عليه جدار ، أو يرمى من شاهق حتى يموت أخذاً من عذاب قوم لوط صلى الله عليه وسلم •

نات : أصحهما بالسيف • والله أعلم

وأما المفعول به ، فإن كان صغيراً أو مجنوناً أو مكرهاً ، فلا حد عليه ، ولا مهر ، لأن منفعة البضع غير متقومة ، وإن كان مكلفاً طائعاً ، فإن قلنا : إن الفاعل يقتل ، قتل المفعول به بما يقتل الفاعل ، وإن قلنا : حده حد الزنى ، جلد المفعول به وغرب محصناً كان أو غيره ، وإن وطئ امرأة أجنبية في دبرها ، فطريقان ، أصحهما : أنه كاللواط بذكر ، فيجىء في الفاعل القولان ، وتكون عقوبة المرأة الجلد والتغريب على الأصح ، وقيل : هو زنى في حقها ، فترجم المحصنة ، وتجلد وتغرب غيرها ، ولو لاط بعبد ، فهو كاللواط بأجنبي ، ولو وطئ زوجته أو أمته في دبرها ، فالمذهب أن واجبه التعزير ، وقيل : في وجوب الحد قولان ، كوطء الأخت المملوكة •

فرع

المفاخذات ومقدمات الوطء ، وإتيان المرأة المرأة ، لاحد فيها ، ولو وجدنا رجلاً وامرأة أجنبيين تحت لحاف ، ولم يعرف غير ذلك ، لم نحدهما ، ويجب التعزير في هذه الصور ، ولو وجدنا بامرأة خلية حبلاً ، أو ولدت وأنكرت الزنى ، فلا حد •

قلت : ولو لم تنكر ، ولم تعترف ، بل سكنت فلا حد ، وإنما يجب الحد بينة أو اعتراف • والله أعلم

والاستمناء حرام ، وفيه التعزير ، ولو مكن امرأته أو جاريته من العبث بذكره ، فأنزل ، قال القاضي حسين في أول فتاويه : يكره ، لأنه في معنى العزل •

فصل

أما قولنا : المشتهى طبعاً ، فيحترز عن صورتين ، إحداهما : إذا أولج في فرج ميتة ، فلا حد في الأصح ، الثانية : إتيان البهيمة حرام . وفي واجبه أقوال ، أظهرها : التعزير ، والثاني : القتل محصناً كان أو غيره ، والثالث : حد الزنى ، فيفرق بين المحصن وغيره ، وقيل : واجبه واجب اللواط ، وقيل : التعزير قطعاً ، فإن قلنا : يقتل ، ففي كيفيته الخلاف السابق في اللواط ، وفي قتل البهيمة ثلاثة أوجه ، أصحها : تقتل المأكولة دون غيرها ، وسواء أتاها في دبرها أو قبلها ، وقيل : إن أتاها في دبرها ، لم تقتلها ، وهل يحل أكلها إذا كانت مأكولة فذبحت؟ وجهان ، أصحهما : نعم ، وقيل : يحل قطعاً ، فإن قلنا : لا يحل أكلها ، أو كانت غير مأكولة ، فهل يجب ضمانها إذا كانت لغير الفاعل ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ، فعلى هذا هل الضمان على الفاعل أم في بيت المال ، أصحهما : الأول كالوجهين في أجره الجلال ، وإن قلنا : يحل أكلها ، ففي التفاوت بين قيمتها حية ومذبوحة الوجهان ، ولو مكنت امرأة قرداً من نفسها ، كان الحكم كما لو أتى الرجل بهيمة ، حكاه البغوي وغيره ، ولا يثبت اللواط وإتيان البهيمة إلا بأربعة عدول ، وقيل : إن قلنا : الواجب التعزير ، كفى عدلان ، وهو ضعيف مخالف للنص .

فصل

أما قولنا : لاشبهة فيه ، فالشبهة ثلاثة أقسام ، في المحل والفاعل والجهة .

أما الشبهة في المحل ، فوطء زوجته الحائض والصائمة والمحرمة ، وأمته قبل الاستبراء ، وجارية ولده ، لاحد فيه ، ولو وطئ أمته المحرمة

عليه بمحرمة رضاع أو نسب أو مصاهرة ، كأخته منهما وبنته وأمه من رضاع ، وموطوءة أبيه وابنه ، لم يجب الحد على الأظهر ، ولو وطئ جارية له فيها شرك ، أو أمته المزوجة ، أو المعتدة من غيره ، أو المجوسية والوثنية ، أو أسلمت أمة ذمي فوطئها قبل أن تباع ، فلا حد على المذهب ، وقيل : فيه القولان ، فإن قلنا : لا حد ، ثبت النسب والمصاهرة ، وإلا فلا ، وقيل : يثبت النسب وتصير الجارية أم ولد بلا خلاف •

وأما الشبهة في الفاعل ، فمثل أن يجد امرأة في فراشه ، فيطأها ظاناً أنها زوجته أو أمته ، فلا حد ، وإذا ادعى أنه ظن ذلك ، صدق بيمينه ، نص عليه ، وسواء كان ذلك ليلة الزفاف أو غيرها ، ولو ظنها جارية له فيها شرك ، فكانت غيرها ، وقلنا : لا يجب الحد بوطء المشتركة ، قال الإمام : فيه تردد ، يجوز أن يقال : لا حد ، لأنه ظن ما يسقط الحد ، ويجوز أن يقال : يحد ، لأنه علم التحريم ، وإنما جهل وجوب الحد ، وكان من حقه أن يمتنع •

قلت : هذا الثاني هو الظاهر الجاري على القواعد في نظائره •
والله أعلم

وأما الشبهة في الجهة ، فقال الأصحاب : كل جهة صححها بعض العلماء ، وأباح الوطء بها ، لا حد فيها على المذهب ، وإن كان الواطئ يعتقد التحريم ، وذلك كالوطء في النكاح بلا ولي ، كمذهب أبي حنيفة ، وبلا شهود كمذهب مالك ، ونكاح المتعة ، وقيل : يجب في النكاح بلا ولي على من يعتقد تحريمه دون غيره ، وقيل : يجب على من اعتقد الإباحة أيضاً ، كما نحد الحنفي على شرب النبيذ ، ولو وطئ المرهونة بإذن الراهن ، وجب الحد على الصحيح •

فرع

لو تزوج بنته أو غيرها من محارمه بنسب أو رضاع أو مصاهرة ،
أو من طلقها ثلاثاً ، أو من لاعنها ، أو نكح من تحته أربع خامسة ، أو
نكح أختاً على أخت ، أو معتدة أو مرتدة ، أو نكح ذات زوج ، أو نكح
كافر مسلمة ووطى عالماً بالحال ، وجب الحد ، لأنه وطء صادف محلاً
لاملك له فيه ولا شبهة ملك ، وهو مقطوع بتحريمه ، فتعلق به الحد ،
وحكى ابن كسج فيمن نكح أخته من رضاع ، ووطى وادعى جهل
التحريم ، قولين في تصديقه ، ولا خلاف أنه لا يقتل في الأخت من النسب ،
ولو نكح وثنية أو مجوسية ، قال البغوي : وجب الحد ، وقال الروياني
في « جمع الجوامع » : لا حد في المجوسية للخلاف ، ولو ادعى الجهل
بكونها معتدة ، أو مزوجة ، حلف إن كان ما يدعيه ممكناً ، ولا حد ،
نص عليه ، وعن القاضي أبي حامد أنه نقل أن اليمين مستحبة ، ولو
قالت المرأة : علمت أنني معتدة أو مزوجة ، حدث ، وإن لم يحد الواطى ،
ولو استأجر امرأة ، فزنى بها ، لزمها الحد ، ولو أباحت له الوطء
لزمها الحد ، ولو أباح وطء جاريته لغيره ، فعلى ما ذكرنا في الرهن ،
ولو زنت خرساء بناطق ، أو عكسه ، أو زنى بامرأة له عليها قصاص ،
لزمها الحد ، ويقبل إقرار الأخرس ، ولو زنى مكلف بمجنونة ، أو
مراهقة ، أو نائمة ، حد ، ولو مكنت مكلفة مجنوناً أو مراهقاً ، أو
استدخلت ذكر نائم ، لزمها الحد ، ولو قال : زنت بها ، فأنكرت ، لزمه
حد الزنى وحد القذف ، ولو زنى في دار الحرب ، وجب عليه الحد ،
والمشهور أن للإمام أن يقيمه هناك إن لم يخف فتنة ، وفي قول :
لا يقيمه هناك .

فصل

يشترط لوجوب الحد كون الفاعل مختاراً مكلفاً ، فلو أكره رجل على الزنى ، فزنى لم يجب الحد على الأصح ، ولا حد على صبي ولا مجنون ، ومن جهل تحريم الزنى لقرب عهده بالإسلام ، أو لأنه نشأ ببادية بعيدة عن المسلمين ، لاحد عليه ، ومن نشأ بين المسلمين وقال : لم أعلم التحريم ، لم يقبل قوله ، ولو علم التحريم ، ولم يعلم تعلق الحد به ، فقد جعله الإمام على التردد الذي ذكره فيمن وطئ من يظنها مشتركة فكانت غيرها .

قلت : الصحيح الجزم بوجوب الحد ، وهو المعروف في المذهب ، والجاري على القواعد . والله أعلم

فصل

يشترط للحد ثبوت الزنى عند القاضي بيينة أو إقراره ، ويستحب لمن ارتكب كبيرة توجب الحد لله تعالى أن يستر على نفسه ، وهل يستحب للشهود ترك الشهادة في حدود الله تعالى ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، لئلا تتعطل .

قلت : الأصح أن الشاهد إن رأى المصلحة في الشهادة ، شهد ، وإن رآها في الستر ، ستر . والله أعلم

وإذا ثبت الحد ، لم يجز العفو عنه ولا الشفاعة فيه ، وإذا أقر على نفسه بزنى ، ثم رجع عنه سقط الحد ، وهل يستحب له الرجوع ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، كالستر ابتداء ، والثاني : لا ، لأن الهتك قد حصل .

قلت : مقتضى الحديث الصحيح في قصة ما عزر رضي الله عنه أنه يستحب فهو الراجح • والله أعلم

ولو قال : زنت بفلانة ، فهو مقر بالزنى قاذف لها ، فإن أنكرت ، أو قالت : كان تزوجني ، لزمه حد زنى وحد القذف ، فإن رجع ، سقط حد الزنى وحده ، ولو قال : زنت بها مكرهة ، لم يجب حد القذف ، ويجب مع حد الزنى المهر ، ولا يسقط المهر بالرجوع ، ولو رجع بعد ما أقيم بعض الحد ، ترك الباقي ، ولو قتله شخص بعد الرجوع ، ففي وجوب القصاص وجهان نقلهما ابن كج ، وقال : الأصح لا يجب ، وبه قال أبو إسحاق لاختلاف العلماء في سقوط الحد بالرجوع ، ولو رجع بعد ما جلد بعض الحد ، فأثم الإمام الحد ، فمات منه ، والإمام يعتقد سقوط الحد بالرجوع ، فنقل ابن القطان في وجوب القصاص قولين ، فإن قلنا : لا يجب ، فهل يجب نصف الدية ، أم يوزع على السياط ؟ قولان ، وقال ابن كج : عندي لا قصاص ، والرجوع كقوله : كذبت ، أو رجعت عما أقررت به ، أو ما زنت ، أو كنت فاخذت ، أو لمست فظننته زنى ، ولو شهدوا على إقراره بالزنى ، فقال : ما أقررت ، أو قال بعد حكم الحاكم بإقراره : ما أقررت ، فالصحيح أنه لا يلتفت إلى قوله ، لأنه تكذيب للشهود والقاضي ، وعن أبي إسحاق والقاضي أم الطيب : يقبل ، لأنه غير معترف في الحال ، وإن قال : لا تقيموا علي الحد ، أو هرب ، أو امتنع من الاستسلام ، فهل هو رجوع ؟ وجهان ، أصحهما : لا ، لكن يخلو في الحال ولا يتبع ، فإن رجع فذاك ، وإلا أقيم عليه الحد ، ولو أتبع الهارب ، فرجم ، فلا ضمان ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يوجب عليهم في قضية ما عزر رضي الله عنه شيئاً ، والرجوع عن الإقرار بشرب الخمر ، كالرجوع عن الإقرار بالزنى ، وفي الرجوع عن

الإقرار بالسرقة وقطع الطريق خلاف يأتي في السرقة إن شاء الله تعالى •

فرع

لو تاب من ثبت زناه ، فهل يسقط الحد عنه بالتوبة ؟ قولان ،
أظهرهما وهو الجديد : لا يسقط ، لئلا يتخذ ذلك ذريعة إلى إسقاط
الحدود والزواج ، ثم قيل : القولان فيمن تاب قبل الرفع إلى القاضي ،
فأما بعده ، فلا يسقط قطعاً ، وقيل : هما في الحالين •

مرع

إذا ثبت زناه بيينة ، لم يسقط الحد برجوع ولا بالتماس ترك الحد ،
ولا بالهرب ولا غيرها ، هذا هو المذهب ، وفيه خلاف حكاه الإمام ،
ولو أقر بالزنى ، ثم شهد عليه أربعة بالزنى ، ثم رجع عن الإقرار ، هل
يحد ؟ وجهان ، قال ابن القطان : نعم ، وأبو إسحاق : لا ، إذ لا أثر
للبيينة مع الإقرار وقد بطل الإقرار •

فرع

الكلام في عدد الشهود لزنى ورجوع بعضهم أو كلهم مذكور في
كتاب الشهادات ، وهناك يذكر إن شاء الله تعالى كيفية الشهادة وأنه
يشترط تفسير الزنى بخلاف القذف ، فإنه لو قال : زنت ، كان قاذفاً
لحصول العار ، وهل يشترط في الإقرار بالزنى التفسير كالشهادة أم لا
كالقذف ؟ وجهان •

قلت : الاشتراط أقوى ، ويستأنس فيه بقصة ماعز رضي الله عنه •
والله أعلم

وسواء شهدوا بالزنى في مجلس ، أو مجالس متفرقة ، ولو شهدوا ثم غابوا ، أو ماتوا ، فللحاكم أن يحكم بشهادتهم ويقيم الحد . وتقبل الشهادة بالزنى بعد تطاول الزمن . ولو شهد أربعة على امرأة بالزنى ، وشهد أربع نسوة أنها عذراء ، فلا حد للشبهة ، ولو قذفها قاذف ، لم يلزمه حد القذف لوجود الشهادة ، واحتمال عود البكارة ، وكذا لا يجب حد القذف على الشهود ، ولو أقامت هي أربعة على أنه أكرهها على الزنى وطلبت المهر ، وشهد أربع نسوة أنها عذراء ، فلا حد عليه للشبهة ، وعليه المهر ، لأنه يثبت مع الشبهة . ولا يجب عليها حد القذف لشهادة الشهود ، ولو شهد اثنان أنه وطئها بشبهة ، وأربع نسوة أنها عذراء ، فلا حد عليه للشبهة ويجب المهر ، ولو شهد أربعة عليها بالزنى ، وشهد أربع نسوة أنها رتقاء ، فليس عليها حد الزنى . ولا عليهم حد القذف لأنهم رموا من لا يمكنه الجماع ، ولو شهد أربعة بالزنى وعين كل واحد منهم زاوية من زوايا بيت ، فلا حد على المشهود عليه ، وفي وجوب حد القذف على الشهود خلاف يأتي إن شاء الله تعالى لأنه لم يتم عددهم في زنية . ولو شهد اثنان أن فلاناً أكره فلانة على الزنى ، لم يثبت الزنى ، وهل يثبت المهر ؟ يبنى على أنه إذا شهد بالزنى أقل من أربعة هل عليهم حد القذف ، إن قلنا : لا . وجب المهر ، وإلا فلا ، ولو شهد اثنان أنه زنى بها مكروهة ، وآخر أنه زنى بها طائعة ، لم يجب عليها حد الزنى ، وهل يجب على الرجل ؟ يبنى على أن شاهدي الطوعية هل عليهما حد القذف للمرأة ، قولان ، إن قلنا : نعم ، وهو الأظهر ، فلا ، لأن الشاهدين فاسقان ، وإن قلنا : لا ، وجب على الأصح ، لاتفاقهم على زناه ، وكذلك يجب عليه المهر ، ولا خلاف أنه لا يجب حد القذف على شاهدي الإكراه ، ولا يجب حد القذف للرجل .

الباب الثاني في استيفاء الحد

فيه طرفان ، الأول : في كيفيته ، وفيه مسائل :

إحداها : إقامة الحدود على الأحرار إلى الإمام ، أو من فوض إليه الإمام ، وإذا أمر باستيفائه ، جاز للمفوض إليه ، ولا يجب حضور الإمام ، سواء ثبت بالبينة أو بالإقرار ، ولا حضور الشهود إذا ثبت بالبينة ، لكن يستحب حضورهم وابتدأؤهم بالرجم ، ويستحب أن يستوفى بحضرة جماعة أقلهم أربعة •

الثانية : لا يقتل المحصن بالسيف ، لأن المقصود التمثيل به وتنكيله بالرجم فيرجم ، وليس لما يرجم به تقدير ، لاجنساً ولا عدداً ، فقد تصيب الأحجار مقاتله ، فيموت سريعاً ، وقد تبطىء موته ، ولا يرمى بصخرة تذف ، ولا يطول تعذيبه بالحصيات الخفيفة ، بل يحيط الناس به فيرمونه من الجوانب بحجارة معتدلة ومدر ونحوها حتى يموت ، فإن كان رجلاً لم يحفر له عند الرجم سواء ثبت زناه بالبينة أم بالإقرار ، وفي المرأة أوجه ، أحدها : يستحب أن يحفر لها إلى صدرها ليكون أستر لها ، والثاني : لا يستحب ، بل هو إلى خيرة الإمام ، وأصحها : إن ثبت زناها بالبينة يستحب أن يحفر ، وإن ثبت بالإقرار ، فلا يمكنها الهرب إن رجعت •

الثالثة : الصحيح الذي قطع به الجمهور أن الرجم لا يؤخر للمرض ، لأن نفسه مستوفاة ، فلا فرق بينه وبين الصحيح ، وقيل : إن ثبت بالإقرار ، أخر حتى يبرأ ، لأنه ربما رجع في أثناء الرمي فيعين ذلك على قتله ، ومثل هذا الخلاف يعود في أنه هل يرجم في شدة الحر والبرد ؟ وإن كان الواجب الجلد ، فإن كان المرض مما يرجى زواله ، أخر حتى يبرأ ، وكذا المحدود والمقطوع في حد وغيره لا يقام عليه حد آخر حتى

يبرأ ، وفي وجهه : لا يؤخر ، بل يضرب في المرض بحسب ما يحتمله من
 ضرب بعشكال وغيره ، ولو ضرب كما يحتمله ، ثم برأ هل يقام عليه
 حد الأصحاء ؟ وجهان حكاهما ابن كج ، وليكونا مبنيين على أنه هل
 تؤخر إقامة الجلد أم تستوفى بحسب الإمكان ؟ إن قلنا بالأول ، فالذي
 جرى ليس بحد ، فلا يسقط كما لو جلد المحصن لا يسقط الرجم ، وإن
 قلنا بالثاني ، لم يعد الحد ، وإن كان المرض مما لا يرجى زواله ،
 كالسل والزمانة ، أو كان مخدجاً وهو الضعيف الخلقة الذي لا يحتمل
 السياط ، لم يؤخر إذ لا غاية تنتظر ، ولا يضرب بالسياط ، بل يضرب
 بعشكال عليه مائة شمراخ ، وهو الغصن ذو الفروع الخفيفة ، ولا يتعين
 العشكال ، بل له الضرب بالنعال وأطراف الثياب ، كذا حكاه ابن الصباغ
 والرويانى وغيرهما ، فلو كان على الغصن مائة فرع ، ضرب به دفعة
 واحدة ، وإن كان عليه خمسون ، ضرب به مرتين ، وعلى هذا القياس ،
 ولا يكفي الوضع عليه ، بل لابد مما يسمى ضرباً ، وينبغي أن تمسه
 الشماريخ ، أو ينكبس بعضها على بعض لثقل الغصن ، ويناله الألم ،
 فإن لم تمسه ، ولا انكبس بعضها على بعض ، أو شك فيه ، لم يسقط
 الحد ، وفي « النهاية » وجه ضعيف أنه لا يشترط الإيلام ، ولا تفرق
 السياط على الأيام ، وإن احتمل التفريق ، بل يقام عليه الممكن ويخلى
 سبيله ، ولو كان لا يحتمل السياط المعتبرة في جلد الزنى ، وأمكن ضربه
 بقضبان وسياط خفيفة فقد تردد فيه الإمام وقال : ظاهر كلام الأصحاب
 أنه يضرب بالشماريخ ، والذي أراه أنه يضرب بالأسواط ، لأنه أقرب
 إلى صورة الحد ، ولو برأ قبل أن يضرب بالشماريخ ، أقيم عليه حد
 الأصحاء ، وإن برأ بعد ، لم يعد عليه ، وفي إقامة الضرب بالشماريخ
 مقام الضربات والجلد بالسياط مزيد كلام نذكره في الإيمان إن شاء
 الله تعالى .

فرع

يؤخر قطع السرقة إلى البرء ، ولو سرق من لا يرجى زوال مرضه ، قطع على الصحيح ، لثلا يفوت الحد ، ولو وجب حد القذف على مريض ، قال ابن كج : يقال للمستحق : اصبر إلى البرء ، أو اقتصر على الضرب بالعشكال ، وفي « التهذيب » أنه يجلد بالسياط ، سواء يرجى زوال مرضه أم لا ، لأن حقوق الآدمي مبنية على الضيق ، وجلد الشرب كجلد الزنى .

فرع

الرابعة : لا يقام الجلد في حر ولا برد شديدين ، بل يؤخر إلى اعتدال الوقت ، وكذا القطع في السرقة بخلاف القصاص وحد القذف ، وأما الرجم ، فإن ثبت بالينة ، لم يؤخر ، لأنه مقتول ، وكذا إن ثبت بالإقرار على الصحيح .

فرع

لو جلد الإمام في مرض أو شدة حر ، أو برد ، فهلك المجلود بالسراية ، فالنص أنه لا يضمن ، ونص أنه لو ختن أqlف في شدة حر أو برد ، فهلك ، ضمن . فقل في وجوب الضمان فيهما : قولان ، وقيل : بظاهر النصين وهو الأصح ، لأن الجلد ثبت بالنص ، والختان بالاجتهاد ، فإن أوجبنا الضمان ، فهل يضمن جميعه أم نصفه ؟ وجهان ، وهل الضمان على عاقلة الإمام أم في بيت المال ؟ قولان سبقا ، قال الإمام : إن لم نوجب الضمان فالتأخير مستحب قطعاً ، وإن أوجبناه فوجهان ، أحدهما : أن التأخير واجب ، وضمناء لتركه الواجب ، والثاني : يجوز التعجيل

ولكن بشرط سلامة العاقبة كما في التعزير ، وفي عبارة الغزالي ما يشعر بأن الراجح استحباب التأخير ، وفي « المذهب » وغيره الجزم بأنه لا يجوز التعجيل في شدة الحر والبرد ، ويجوز أن يقال بوجوب التأخير مع الاختلاف في وجوب الضمان ، كما يجب على آحاد الناس تفويض رجم الزاني المحصن إلى الإمام مع الاختلاف في ضمانه لو بادر بقتله .

قلت : المذهب وجوب التأخير مطلقاً . **والله أعلم**

ولو عجل جلد المريض قبل برئه ، فهلك ، ففي ضمانه الخلاف في الجلد في الحر والبرد بلافرق .

الطرف الثاني في بيان مستوفيه

فإن كان المحدود حراً ، فالمستوفي الإمام ، أو من فوض إليه كما سبق ، هذا هو المذهب والمنصوص وبه قطع الأصحاب ، وحكي عن القفال رواية قول : إنه يجوز للأحد استيفاء حصة ، كالأمر بالمعروف ، وليس بشيء . وإن كان مملوكاً ، فليس له إقامة الحد عليه ، وله تفويضه إلى غيره ، ولا يحتاج إلى إذن الإمام فيه ، وسواء العبد والأمة ، وخرج ابن القاص قولاً في العبد كأنه ألحقه بالاجبار على النكاح ولم يوافق عليه ، بل قطع الأصحاب بأن له إقامته عليهما ، ويجوز للإمام أيضاً إقامته على الرقيق ، ومن بدر إليه منها وقع الموضع ، وهل الأولى للسيد أن يقيمه بنفسه ليكون أستر ، أم الأولى تفويضه إلى الإمام ، ليخرج من خلاف أبي حنيفة في إلحاقه بالحر ؟ وجهان نقلهما الشيخ أبو خلف الطبري .

قلت : أصحهما الأول لثبوت الحديث فيه ، ولا يراعى الخروج من خلاف يخالف السنة . **والله أعلم**

ولو تنازع في إقامته الإمام والسيد ، فأيهما أولى ؟ فيه احتمالات للإمام أظهرها : الإمام لعموم ولايته ، والثاني : السيد لغرض إصلاح ملكه ، والثالث : إن كان جلدًا فالسيد ، وإن كان قتلاً أو قطعاً ، فالإمام ، لأن أعمال السلاح بصاحب الأمر أليق . والعبد المشترك يقيم حده ملاكاً ، وتوزع السياط على قدر الملك ، فإن حصل كسر ، فوض المنكسر إلى أحدهم ، وهل يغربه السيد إن قلنا بتغريب العبد ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ، لأنه بعض الحد ، والمدبر وأم الولد والمعلق عتقه ، كالقن والمكاتب ، كالحر على الصحيح ، وعن ابن القطان ، كالقن ، ومن بعضه حر لا يحده إلا الإمام ، وهل إقامة السيد الحد بالولاية على ملكه : كولاية التزويج ، أم تأديباً وإصلاحاً ، كمعالجته بالفصد والحجامة ؟ وجهان .

فرع

فيما يقيمه السيد على رقيقه من العقوبات ، أما التعزير ، فله ذلك في حقوق الله تعالى ، كما يؤدبه لحق نفسه ، وفيه وجه ضعيف ، لأن التعزير غير مضبوط ، فيفتقر إلى اجتهاده ، وأما الحدود ، فله الجلد في الزنى والقذف والشرب ، وفي الشرب وجه ، لأن للسيد في بضعة أمته وعبدته حقاً ، فإنه لا يتزوج إلا بإذنه بخلاف الشرب . وقياس هذا الفرق مجيء الوجه في جلد القذف ، وهل له قطعه في السرقة والمجاربة ، وقتله في الردة ؟ وجهان ، الأصح المنصوص : نعم ، لإطلاق الخبر . ومنهم من جزم بجواز القطع ، وأجرى ابن الصباغ وجباة هذا الخلاف في القطع والقتل قصاصاً ، وفي « التهذيب » أن الأصح أن القطع والقتل إلى الإمام .

فرع

في أحوال السيد إن جمع شروط الولاية أقام الحد ، وإن كان السيد امرأة ، فهل تقيمه هي أم السلطان أم وليها ؟ فيه أوجه ، أصحها الأول ، وللناسق والمكاتب والكافر إقامة على رقيقهم على الأصح بناء على أن سبيله سبيل الإصلاح ، وفي كتاب ابن كج أن السيد لا يحد عبيد مكاتبه على المذهب ، وإن قلنا : يحدهم المكاتب إذ لا تصرف له فيهم ، وفيه أنه ليس لكافر أن يحد عبده المسلم بحال ، وهل يقيم الأب والجد والوصي والقيم الحد على رقيق الطفل ؟ وجهان ، وقيل : لا يجوز لغير الأب والجد وفيهما الوجهان ، ويشبه أن يقال : إن قلنا : الحد إصلاح ، فلمهم إقامته ، وإن قلنا : ولاية ، ففيه الخلاف ، وهل يجوز كون السيد جاهلاً ؟ وجهان بناء على أنه إصلاح أم ولاية ؟ ويشترط كونه عالماً بقدر الحد وكيفيته .

فرع

العقوبة التي يقيها السيد على عبده ، يقيها إذا أقر العبد عنده بسوجبها ، فلو شاهده السيد ، فله إقامتها على الأصح ، وله سماع البينة بذلك على الأصح ، لأنه يملك إقامة هذا الحد ، فيسمع بينته كالإمام ، وعلى هذا ينظر تزكية الشهود ، ويشترط كونه عالماً بصفاتهم ، وأحكام الحدود . وقيل : ليس له سماعها ، وإنما يحدّه بعد ثبوته عند الإمام .

فرع

قذف رقيق زوجته الرقيقة ، هل يلاعن بينهما السيد كما يقيم الحد ؟ وجهان ، ولو قذف العبد سيده ، فله إقامة الحد عليه ، ولو قذف

لسيد عبده ، فله رفع الأمر إلى القاضي ليعزره ، ولو زنى ذمي ، ثم
نقض العهد واسترق ، لم يسقط عنه الحد ، ويقيمہ الإمام لا السيد ،
لأنه لم يكن مملوكاً يومئذ ، ولو زنى عبد ، فباعه سيده ، فإقامة الحد
إلى المشتري اعتباراً بحال الاستيفاء •

فرع

من قتل حداً بالرجم وغيره ، غسل وكفن ، وصلي عليه ، ودفن في
مقابر المسلمين •

* * *

كتاب حد القذف

القذف من الكبائر ، ويتعلق به الحد بالنص والإجماع ، ويشترط لوجوب الحد على القاذف كونه مكلفاً مختاراً ، فلا حد على صبي ومجنون ومكره ، ويعزر الصبي والمجنون الذي له نوع تمييز ، وسواء في هذا المسلم والذمي والمعاهد ، فإن كان القاذف حراً ، فحده ثمانون جلدة ، وإن كان رقيقاً ، أو مكاتباً ، أو مدبراً ، أو أم ولد ، أو بعضه حر فأربعون جلدة ، ويشترط كون المقدوف محصناً ، وقد سبق في كتاب اللعان بيان ما يحصل به إحصانه ، ولا يحد الأب والجد بقذف الولد وولد الولد ، وقال ابن المنذر : يحد •

قلت : الأم والجدة كالأب • **والله أعلم**

ومن ورث من أمه حد قذف على أبيه ، سقط ، ومن قذف شخصاً بزنتين ، فالمذهب أن عليه حداً واحداً وقد سبق إيضاحه في اللعان ، ولو قال لرجل : يازانية ، أو لامرأة : يازاني ، فقد سبق في اللعان أنه قذف ، وكذا لو خاطب خنثى بأحد اللفظتين ، ولو قال له : زنى فرجك وذكرك ، فقذف صريح ، ولو قال : زنى فرجك ، أو قال : زنى ذكرك ، قال صاحب « البيان » الذي يقتضيه المذهب أن فيه وجهين ، أحدهما : قذف صريح ، والثاني : كناية ، كما لو أضاف الزنى إلى يد رجل أو امرأة ، وصرائح القذف وكناياته سبقت في اللعان •

فصل

قال الأصحاب : حد القذف وإن كان حق آدمي ، ففيه مشابهة حدود الله تعالى في مسائل :

إحداها : لو قال له : اقذفني ، فقذفه ، ففي وجوب الحد وجهان الأصح : لا ، وقول الأكثرين : لا يجب •

الثانية : لو استوفى المقذوف حد القذف ، لم يقع الموقع ، كحد الزنى لو استوفاه أحد الرعية ، وفي وجه ضعيف : يقع الموقع كما لو استقل المقتص بقتل الجاني •

الثالثة : ينشطر بالرق كما سبق ، وحقوق الآدمي لا تختلف ، قالوا : لكن الغلب فيه حق الآدمي لمسائل منها : أنه لا يستوفى إلا بطلبه بالاتفاق ، ويسقط بعفوه ، ويورث عنه ، ولو عفا عن الحد على مال ، ففي صحته وجهان •

قلت : الصحيح أنه لا يستحق المال • والله أعلم

فرع

من التعريض في القذف أن يقول : ما أنا بآبى أسكاف ولا خباز ، ولو قال : يا قواد ، فليس صريحاً في قذف زوجة المخاطب ، لكنه كناية ، ولو قال : يا مؤاجر ، فليس بصريح في قذف المخاطب على الصحيح الذي قاله الجمهور ، وقال ابن إبراهيم المروذي عن شيخه التيمي : هو صريح في قذفه بالتمكين من نفسه ، لا اعتياد الناس القذف به ، وقيل : هو صريح من العامي فقط ، ولو رماه بحجر ، فقال : من رمانى فأمه زانية ، فإن كان يعرف الرامي ، فقاذف ، وإلا فلا •

فصل

الرمي بالزنى لافي معرض الشهادة يوجب حد القذف ، فأما في

معرض الشهادة ، فينظر إن تم العدد وثبتوا ، أقيم حد الزنى على المرمي ، ولا شيء عليهم ، وإن لم يتم العدد ، بأن شهد اثنان أو ثلاثة ، فهل يلزمهم حد القذف ؟ قولان ، أظهرهما : نعم ، وهو نصه قديماً وجديداً ، لأن عمر رضي الله عنه جلد الثلاثة الذين شهدوا ، ولثلاث اتخذ صورة الشهادة ذريعة إلى الوقعة في أعراض الناس ، ولو شهد على زنى امرأة زوجها مع ثلاثة ، فالزوج قاذف ، لأن شهادته عليها بالزنى لا تقبل ، وفي الثلاثة القولان ، ولو شهد أربع تسوة أو ذميون ، أو عبيد ، أو فيهم امرأة ، أو عبد ، أو ذمي ، فالمذهب أنهم قذفة ، فيحدون ، لأنهم ليسوا من أهل الشهادة ، فلم يقصدوا إلا العار ، وقيل : فيهم القولان ، وصور الإمام المسألة فيما إذا كانوا في ظاهر الحال بصفة الشهود ، ثم بانوا عبيداً أو كفاراً ، ومراده أن القاضي إذا علم حالهم لا يصغي إليهم فيكون قولهم قذفاً محضاً لا في معرض شهادة ، ولو شهد أربعة فساق ، أو فيهم فاسق ، نظر إن كان فسقهم مقطوعاً به ، كالزنى والشرب ، فقليل : فيهم القولان ، وقيل : لا يحدون قطعاً وهو الأصح عند القاضي أبي حامد لأن نقص العدد متيقن ، وفسقهم إنما يعرف بالظن ، والحد يسقط بالشبهة ، وإن كان فسقهم مجتهداً فيه ، كشرب النبيذ ، لم يحدوا قطعاً ، وفي معنى الفسق المجتهد فيه ، ما إذا كان فيهم عدو للمشهود عليه ، لأن رد الشهادة بالعداوة مجتهد فيه ، ولو حددنا العبيد الذين شهدوا ، فعتقوا وأعادوا الشهادة ، قبلت ، ولو لم يتم العدد ، فحددنا من شهد ، ثم عاد من يتم به العدد فشهدوا ، لم تقبل شهادتهم ، كالفساق ترد شهادته ثم يتوب ويعيدها ، لا تقبل ، وهذا الخلاف المذكور هو فيمن شهد في مجلس القاضي ، أما من شهد في غير مجلسه ، فقاذف بلا خلاف ، وإن كان بلفظ الشهادة •

فرع

لو شهد أربعة بالشروط المعتبرة ، ثم رجعوا ، لزمهم حد القذف لأنهم ألحقوا به العار سواء تعمدوا أو أخطؤوا ، لأنهم فرطوا في ترك التثبت ، وقيل : في حدهم القولان ، لأنهم شهود ، والمذهب الأول ، ولو رجع بعضهم ، فعلى الراجح الحد على المذهب ، وقيل : بالقولين ، وأما من أصر على الشهادة ، فلا حد عليه ، وقيل : بالقولين ، والمذهب الأول ، وسواء الرجوع بعد حكم القاضي بالشهادة وقبله ، ولو شهد أكثر من أربعة ، فرجع بعضهم ، إن بقي أربعة فلا حد على الراجعين ، وإلا فعلى الراجعين الحد •

فرع

شهد واحد على إقراره بالزنى ، ولم يتم العدد ، فطريقان ، أحدهما : في وجوب حد القذف عليه القولان ، والمذهب : القطع بأن لا حد ، لأنه لا حد على من قال لغيره : أقررت بأنك زنت ، وإن ذكره في معرض القذف والتعيير •

فرع

تقاذف شخصان ، لا يتقاصان ، لأن التقاص إنما يكون عند اتفاق الجنس والصفة ، وقد سبق معظم مسائل الكتاب في كتاب اللعان وبالله التوفيق •

كتاب السرقة

هي موجبة للقطع بالنص والإجماع ، وفيه ثلاثة أبواب :
الأول : فيما يوجب القطع ، وهو السرقة ولها ثلاثة أركان :
أحدها : المسروق ، وله ستة شروط ، أحدها : أن يكون نصاباً ، وهو
ربع دينار من الذهب الخالص ، فلا قطع فيما دونه ، ويقطع برقع دينار
قراضة بلا خلاف ، ولو سرق ديناراً مغشوشاً ، فإن بلغ خالصه ربعاً ،
قطع ، وإلا فلا ، ولو سرق دراهم أو غيرها ، قوم بالذهب ، وحكي
أن ابن بنت الشافعي رحمهما الله اختار مذهب داود ، وهو أنه يجب
القطع بسرقة القليل ، ولا يعتبر نصاب •

قلت : هذا غلط مخالف للأحاديث الصحيحة الصريحة في اعتبار
ربع دينار • **والله أعلم**

والاعتبار بالذهب المضروب ، فبه يقع التقويم ، حتى لو سرق شيئاً
يساوي ربع مثقال من غير المضروب ، كالسيكة وحلي لا تبلغ ربعاً
مضروباً بالقيمة ، فلا قطع على الأصح ، وبه قال الاصطخري وأبو علي
ابن أبي هريرة والطبري ، وصححه الإمام وغيره ، وجزم به العبادي ،
ولو سرق خاتماً وزنه دون ربع ، وقيمه بالصنعة تبلغ ربعاً ، فلا قطع
على الصحيح ، والخلاف في المسألتين راجع إلى أن الاعتبار بالوزن أو
بالقيمة ، وأما التبر الذي إذا خلص نقص ، فلا قطع في سرقة ربع منه ،
بل يشترط أن يخلص منه ربع ، ولا سرق فلوساً ظنها دنائير ، قطع
إن بلغت قيمتها نصاباً ، وإلا فلا ، ولو سرق دنائير ظنها فلوساً لا تبلغ
قيمتها نصاباً ، قطع ، ولو سرق ثوباً خسيساً وفي جيبه ربع دينار ، أو

ما تبلغ قيمته نصاباً ولم يعلم بالحال ، وجب القطع على الأصح ، لأنه أخرج نصاباً من حرزه بقصد السرقة .

فرع

لو أخرج نصاباً من حرز دفعتين فصاعداً ، نظر إن تخلل اطلاع المالك وإعادته الحرز بإصلاح النقب أو إغلاق الباب ، فالإخراج الثاني سرقة أخرى ، فإن كان المخرج في كل دفعة دون النصاب ، لم يجب القطع ، وإن لم يتخلل الاطلاع والإعادة ، ففيه أوجه ، أصحها : يجب القطع ، والثاني : لا ، والثالث : إن عاد وسرق ثانياً بعد ما اشتهر خراب الحرز ، وعلم به الناس أو المالك ، فلا قطع ، وإن عاد قبله ، قطع ، والرابع : إن عاد تلك الليلة ، قطع ، وإن عاد في ليلة أخرى ، فلا ، والخامس : إن لم يطل الفصل بين الإخراجين ، قطع ، وإن طال ، فلا ، والسادس : إن كان يخرج شيئاً فشيئاً ، ويضعه خارج البيت أو خارج الباب ، حتى تم نصاباً ولم يفارق الحرز ، قطع ، وإن ذهب بالمسروق أولاً إلى بيته ونحوه مسرعاً وعاد ولو مع قرب الفصل ، فلا قطع .

فرع

اثتال الحنطة ونحوها عند فتح أسفل وعائه أو نحوه ، هل هو كإخراجه باليد ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، لأنه خرج بسبب لامباشرة ، والسبب ضعيف فلا يقطع به ، وأصحهما : نعم ، لأنه بفعله هتك الحرز ، فعلى هذا لو أخرج بيده أو اثتال دفعة مايساوي نصاباً ، قطع ، وإن أخرجه شيئاً فشيئاً على التواصل ، أو اثتال كذلك ، قطع على المذهب ، وقيل : وجهان ، ولو طرَّ جيبه أو كمه ، فسقطت الدراهم

شيئاً فشيئاً فكاثيئال الحبوب ، ولو أخذ طرف منديل أو جذع .
وأخرجه من الحرز جراً ، قطع ، لأنه شيء واحد ، ولو أخرج نصفه وترك
النصف الآخر في الحرز لخوف أو غيره ، فلا قطع وإن كان حصّة المخرج
أكثر من نصاب ، لأنه مال واحد ، ولم يتم إخراجه •

فرع

لو جمع من البذر المبثوث في الأرض ما بلغ نصاباً ، فإن لم تكن
الأرض محرزة ، فلا قطع ، وإن كانت فوجهاً . أصحهما : يقطع ، لأن
الأرض تعد بقعة واحدة ، والبذر المفرق فيها كأمتعة في زوايا بيت ،
وسياتي إن شاء الله تعالى بيان إحراز الأرض •

فرع

لو أخرج اثنان من حرز نصاباً أو أكثر ولم يبلغ نصابين ، فلا قطع
عليهما وإن أخرج ما يبلغ نصابين ، قطعاً جميعاً . وإن انفرد كل واحد
بإخراج ، قطع من بلغ ما أخرجه نصاباً دون من لم يبلغ ما أخرجه نصاباً •

فرع

قال الإمام : إذا كان المسروق عرضاً تبلغ قيمته بالاجتهاد ربع دينار
فقد يوجد للأصحاب أنه يجب الحد ، والذي أرى الجزم به أنه لا يجب
ما لم يقطع المقومون ببلوغها نصاباً ، وللمقومين قطع واجتهاد . والقطع
من جماعة لا يزلون معتبر ، ومن جماعة لا يبعد الزلل منهم فيه احتمالان ،
أحدهما : يكفي ، كما تقبل الشهادة مع احتمال الغلط ، والثاني : المنع .
لأن الشهادة تستند إلى معاينة ، وقال الروياني في « جمع الجوامع » :
لو شهد عدلان بسرقة ، فقوم أحدهما المسروق نصاباً ، والآخر دونه :
فلا قطع ، وأما المالك فإن رضي بأقل القيمتين فذاك

واه أن يحلف مع الذي شهد بالأكثر ويأخذه ، ولو شهدا بأنه نصاب ،
وقومه آخران بدلونه ، فلا قطع ، ويؤخذ في الغرم بالأقل ، وقال أبو
حنيفة بالأكثر •

فرع

القيمة تختلف بالبلاد والأزمان ، فيعتبر في كل مكان وزمان قيمة
ذلك المكان والزمان •

فرع

ادعى السارق نقص قيمة المسروق عن النصاب ، لم يقطع ، فإن
قامت بينة بأن قيمته نصاب ، قطع •

فرع

نقصت قيمة المسروق في الحرز عن نصاب ، بأن أكل بعضه ، أو
'حرقه ، وأخرج دون نصاب ، فلا قطع ، وإن نقص بعد الإخراج ، قطع ،
ولو شق الثوب في الحرز ، أو ذبح الشاة في الحرز ، ثم أخرجه ، فعليه
ضمان النقص ، وإن كان المخرج نصاباً ، قطع ، وإلا فلا •

فرع

سواء كان النصاب المسروق لواحد أو لجماعة ، فيجب القطع إذا
اتحد الحرز •

الشرط الثاني : أن يكون مملوكاً لغير السارق ، فلا قطع على
من سرق مال نفسه من يد غيره ، كيد المرتهن والمستأجر والمستعير
والمودع وعامل القراض والوكيل والشريك ، فلو أخذ مع ماله نصاباً

آخر ، لزمه القطع ، ولو سرق ما اشتراه من يد البائع في زمن الخيار أو بعده ، فلا قطع ، وإن سرق معه مالا آخر ، فإن كان قبل أداء الثمن . قطع ، وإن كان بعده ، فلا قطع على الأصح ، كمن سرق من دار اشتراها ، ولو وهب له شيء . فسرقة بعد القبول وقبل القبض ، فالصحيح أنه لا قطع ، بخلاف ما لو أوصى له بشيء فسرقة قبل موت الموصي . فإنه يقطع ، وإن سرق بعد موت الموصي وقبل القبول . بني على أن الملك في الوصية بئذا يحصل ؟ إن قلنا : بالموت . لم يقطع ، وإلا قطع . ولو أوصى بئال للفقراء ، فسرقة فقير بعد موته ، لم يقطع . كسرقة المال المشترك وإن سرقه غني ، قطع .

فرع

لو طرأ الملك في المسروق قبل إخراجه من الحرز ، بأن ورثه السارق . أو اشتراه ، أو اتهمه وهو في الحرز ، فلا قطع ، وإن طرأ الملك بعد إخراجه من الحرز ، لم يسقط القطع . لكن لو وقع ذلك قبل الرفع إلى القاضي لم يمكن استيفاء القطع بناء على أن استيفاء القطع يتوقف على دعوى المسروق منه ومطالبته بالمال كما سيأتي إن شاء الله تعالى .

فرع

إذا ادعى السارق أن ما أخذه على صورة السرقة ملكه ، فقال : كان قد غصبه مني ، أو من مورثي ، أو كان وديعة لي عنده ، أو عارية ، أو كنت اشتريته منه ، أو وهبه لي وأذن لي في قبضه ، أو أذن لي في أخذه ، لم يقبل قوله في المال ، بل يصدق المأخوذ منه بيمينه في نفي الغصب والبيع والهبة ، وبلا يمين في قوله : أذن لي في أخذه ، ويسقط القطع بدعوى الملك على الصحيح المنصوص الذي قطع به الجمهور ، وفيه وجه أو قول مخرج ، ويجري الخلاف فيما لو ادعى أن المسروق

منه عبده ، وهو مجهول النسب ، أو أن الحرز ملكه غصبه منه المسروق منه ، وفيما إذا شهد عليه بزنى ، فادعى أن المرأة زوجته ، أو كانت أمة ، فقال : باعنيها مالكما ، ورأى الإمام الأصح في حد الزنى أنه لا يسقط بهذه الدعوى بناء على المذهب فيما إذا قامت بينة أنه زنى بأمة فلان الغائب أنه يحد ، ولا ينتظر حضور الغائب بخلاف مثله في السرقة على ما سيأتي إن شاء الله تعالى ، ولا يجري فيسن قطع يد إنسان وادعى أنه أذن له في قطعها ، بل يقتص منه بلا خلاف ، لأن القطع حق آدمي ، فهو كامال ، ولو أقر المسروق منه أن المال كان ملك السارق ، فلا قطع بلا خلاف ، وإذا قلنا : بالمنصوص ، فسرق شخصان ، وادعى أن المسروق ملكهما ، لم يقطعا ، وإن ادعاه أحدهما لنفسه أولهما وأنكره الآخر ، واعترف بالسرقة ، فلا قطع على المدعي ، وفي المنكر وجهان ، أصحهما : يقطع ، ولو قال أحدهما : هذا ملك شريكي وأخذت معه يادنه ، وأنكر الشريك ، فالذي نقله الأصحاب أنه كالصورة المتقدمة ، لا قطع على من يدعي ملك الشريك ، وفي الآخر الوجهان . وقال البغوي : ينبغي أن يقال : يقطع المنكر ، وفي المدعى الوجهان ، ولو سرق عبد وادعى أن المسروق ملك سيده ، فإن صدقه السيد ، فلا قطع ، وكذا إن كذبه على الأصح .

فرع

قال الإمام : يجري الخلاف في دعوى الملك إذا ظهرت صورة السرقة ، فإن سرق من حرز هو بما فيه في يد رجل ، ولم تقم بينة مفصلة ، فقال السارق : هو ملكي . فعلى قولنا بسقوط القطع ببقاء النزاع بينهما في المال ، فيصدق المأخوذ منه بيسينه ، وإن قلنا : لا يسقط القطع بالدعوى . فإن حلف المسروق منه ، ثبت القطع مع المال ، ويجيء الخلاف في أن القطع يثبت باليمين المردودة ، والأصح ثبوته كما سنذكره إن شاء الله

تعالى ، ويجري أيضاً فيما لو قامت بينة مفصلة يثبت مثلها في السرقة ، فقال السارق : كان أباحه ، أو وهبه ، أو باعه لي ، واعتمد الشهود ظاهر الحال ، أما إذا قال : لم يزل ملكي وكان غصبيه ، أو قال : ما سرت أصلاً ، فهذا يناقض قول الشهود ويكذبهم ، فهل يسقط به الحد تقريباً على أن الدعوى التي لا تكذبهم مسقطه ؟ فيه وجهان ، أحدهما : نعم ، قال ابن كج : موضع الخلاف في أن القطع يسقط بدعوى السارق الملك ما إذا حلف المسروق منه على نفي الملك الذي يدعيه ، أما لو نكل حلف وحلف السارق ، فيستحق المال ، ويسقط عنه القطع بلا خلاف ، ولو نكل السارق أيضاً ، فيشبه أن يجيء فيه الخلاف .

الشرط الثالث : أن يكون محترماً ، فلو سرق خمرأ ، أو كلبأ ، أو جلد ميتة غير مدبوغ ، فلا قطع ، سواء سرقه مسلم أم ذمي ، لأنه ليس ببال ، فلو كان الإفاء الذي فيه الخمر يساوي نصاباً ، قطع على الأصح المنصوص ، وإن كان فيه بول ، فالمذهب وجوب القطع ، وطرده صاحب « البيان » فيه الوجهين ، وطردهما فيما يستهان به ، كقشور الرمان ، وهو بعيد ، بل الصواب القطع بالوجوب ، ولو سرق آلات الملاهي ، كالطنبور والمزمار ، أو صنماً ، فإن كان لا يبلغ بعد الكسر والتغيير نصاباً ، فلا قطع ، وإن بلغه ، قطع على الأصح عند الأكثرين منهم العراقيون والرويان ، لأنه سرق نصاباً من حرز ، واختار الإمام وأبو الفرج الزاز أنه لا قطع ، لأنه من الملاهي فأشبهه الخمر ، ولأنه غير محرز ، لأن كل أحد مأمور بإفساد آلات الملاهي ، ويجوز الهجوم على الدور لكسرها وإبطالها ، ولأنه لا يجوز إمساكها ، فهي كالمغصوب يسرق من حرز الغاصب ، ثم الوجهان فيما إذا قصد السرقة ، أما إذا قصد بإخراجها أن يشهد تغييرها وإفسادها ، فلا قطع بلا خلاف ، ولو كسر ما أخذه في

الحرز ، ثم أخرجه وهو يبلغ نصاباً ، قطع على المذهب ، ولو سرق آنية ذهب أو فضة ، ففي « المهذب » و « التهذيب » أنه يقطع ، لأنها تتخذ للزينة ، والوجه ما قاله صاحب « البيان » أنه يبنى على اتخاذها ، إن جوزناه قطع ، وإلا فلا ، كالملاهي ، وكذا ذكره الإمام ، لكنه رأى نفي القطع بعيداً •

الشرط الرابع : أن يكون الملك تاماً قوياً وفيه مسائل :

إحداها : إذا سرق أحد الشريكين من حرز الآخر مالهما المشترك ، فهل يقطع ؟ قولان ، أظهرهما : لا ، لأن له في كل قدر جزءاً وإن قل ، فيصير شبهة كوطء المشتركة ، فعلى هذا لو سرق ألف دينار له منه قدر دينار شائعاً ، لم يقطع ، والثاني : نعم ، إذ لا حق له في نصيب الشريك ، فعلى هذا ثلاثة أوجه ، قال الأكثرون : إن كان المال بينهما بالسوية ، فسرق نصف دينار فصاعداً ، فقد سرق من الشريك نصاباً ، وإن كان ثلثاه للسارق ، فإذا سرق ثلاثة أرباع فقد سرق منه نصاباً ، والثاني : إنما يجعل سارقاً لنصاب من الشريك إذا زاد المأخوذ على قدر حقه بنصاب ، فلو كان بينهما مناصفة ، فسرق نصف المال وزيادة ربع دينار ، أو كان ثلثاه للسارق ، فسرق ثلثيه وزيادة لا تبلغ ربع دينار ، فلا قطع ، والثالث : إن كان المشترك مما يجبر على قسمته ، كالحبوب وسائر المثليات ، فلا قطع حتى يزيد المأخوذ على قدر حصته بنصاب ، وإن كان مما لا يجبر فيه ، كالثياب ، فإذا سرق نصف دينار إن اشتركا بالسوية أو ثلاثة أرباع دينار إن كان الثلثان للسارق ، قطع •

الثانية : إذا سرق من مال بيت المال ، نظر إن سرق مما أفرز لطائفة مخصوصين وليس السارق منهم ، قطع ، قال الإمام : وكذا النفي ، المعد للمرتزقة تفريعاً على أنه ملكهم ، وإن سرق من غيره ، فأوجه ،

أحدها وهو مقتضى إطلاق العراقيين : لاقطع ، سواء كان غنياً أو فقيراً ،
وسواء سرق من الصدقات ، أو مال المصالح ، والثاني : يقطع ، وأصحابها :
التفصيل ، فإن كان السارق صاحب حق في المسروق ، بأن سرق فقير من
الصدقات ، أو مال المصالح ، فلا قطع ، وإن لم يكن صاحب حق فيه ،
كالغني ، فإن سرق من الصدقات ، قطع ، وإن سرق من المصالح ، فلا
قطع على الأصح ، لأنه قد يصرف ذلك إلى عمارة المساجد والرباطات
والقناطر فينتفع بها الغني والفقير ، أما إذا سرق ذمي مال المصالح ،
فالصحيح أنه يقطع ، لأنه مخصوص بالمسلمين ، ولا ينظر إلى إفتاق
الإمام عليهم عند الحاجة ، لأنه إنما ينفق للضرورة ، وبشرط الضمان ،
ولا ينظر إلى انتفاعه بالقناطر والرباطات ، لأنه إنما ينتفع تبعاً ، وفي
وجه : لاقطع ، واختاره البغوي وقال : ينبغي أن لا يكون إفتاق الإمام
عليه بشرط الضمان ، قال : وهذا في مال المصالح ، أما لو سرق من مال
من مات ولم يخلف وارثاً ، فعليه القطع ، لأنه إرث للمسلمين خاصة ،
ولو كفن مسلم من بيت المال ، فسرقة نباش كفته ، قطع إذا لم يبق لغير
الميت فيه حق ، كمالو كسناه حياً .

الثالثة : إذا سرق ستر الكعبة وهو محرز بالخياطة عليه ،
فالمذهب وجوب القطع وبه قطع الجمهور ونقل ابن كج فيه قولين ،
والمعروف الأول ، وألحقوا باب المسجد وجذعه وتأزيه وسواريه ،
فأوجبوا القطع بسرقتها ، قالوا : ولا قطع بسرقة ما يفرش في المسجد
من حصير وغيره ، ولا في القناديل المرسجة ، لأنها معدة لارتفاع
الناس ، والقناديل التي لا تسرج ، ولا يقصد منها إلا الزينة كالأبواب ،
هذه طريقة الجمهور ، ورأى الإمام تخريج وجه في الأبواب والسقوف ،
لأنها من أجزاء المسجد ، والمسجد مشترك وذكر في الحصر والقناديل

ونحوها ثلاثة أوجه ، ثالثها : الفرق بين ما يقصد به الاستئناء أو الزينة ، وكل هذا في المسلم ، أما الذمي إذا سرق الباب أو الحصار أو غيرهما ، فيقطع بلا خلاف ، وذكر الفوراني في سرقة بكرة اليد المسبلة أنه يقطع ، وكذا حكاه البغوي قال : والوجه عندي أنها كحصير المسجد ، لأنها لمنفعة الناس .

الرابعة : لو سرق مالاً موقوفاً ، أو مستولدة وهي نائمة ، أو مجنونة ، وجب القطع على الأصح بخلاف المكاتب ، لأنه في يد نفسه ، وكذا من بعضه حر ، ولو سرق من غلة الأرض الموقوفة أو ثمرة شجرة موقوفة ، قطع بلا خلاف ، فلو كان للشارق استحقاق ، أو شبهة استحقاق ، بأن وقف على جماعة ، فسرقة أحدهم ، أو سرق أبو بعض الموقوف عليهم ، أو ابنه ، أو وقف على الفقراء ، فسرقة فقير ، فلا قطع بلا خلاف .

فرع

الصحيح وجوب الحد على من زنى بجارية بيت المال، وإن لم يجب القطع بسرقة مال .

الشرط الخامس : أن لا يكون فيه شبهة استحقاق للشارق وفيه مسائل :

أحداها : سرق مستحق الدين مال المدين ، نص أنه لا قطع ، فقليل بإطلاقه ، والأصح : التفصيل ، فإن أخذه لا يقصد استيفاء الحق . أو بقصده ، والمدين غير جاحد ولا مماطل ، قطع ، وإن قصده وهو جاحد أو مماطل ، فلا قطع . ولا فرق بين أن يأخذ من جنس حقه ، أو من غيره ، وقيل : يختص بمن أخذ جنس حقه ، والصحيح الأول ، ولو أخذ زيادة على قدر حقه ، فلا قطع على الصحيح ، لأنه إذا تمكن من الدخول

والأخذ ، لم يبق المال محرراً عنه ، وقيل : إن بلغت الزيادة نصاباً وهي مستقلة ، قطع .

الثانية : من يستحق النفقة بالبعضية على المسروق منه ، لا يقطع بسرقة ماله ، ويقطع بسرقة مال الأخ وسائر الأقارب ، ولو سرق أحد الزوجين مال الآخر ، إن لم يكن محرراً عنه ، فلا قص ، وإلا فثلاثة أقوال ، أظهرها : يقطع ، والثاني : لا ، والثالث : يقطع الزوج دون الزوجة ، وقيل : يقطعان بلا خلاف ، قال الأصحاب : ومن لا يقطع بسرقة مال شخص ، لا يقطع عبده بسرقة مال ذلك الشخص ، فلا يقطع العبد بسرقة مال أبي سيده وابنه ، وفي قطع عبد أحد الزوجين بسرقة مال الآخر الخلاف ، وفي وجه يقطع العبد وإن لم يقطع سيده ، ورجحه الإمام . والصحيح المنصوص الذي قطع به الجمهور هو الأول ، لأن يد العبد كيد السيد ، ولو سرق مكاتب أحد الزوجين مال الآخر وقتلنا : لا قطع على العبد فوجهان ، كما لو سرق المكاتب مال سيده ، ففيه خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى ، وعن القاضي حسين أنا إذا لم تقطع أحد الزوجين بسرقة مال الآخر ، ينبغي أن لا يقطع ولد أحدهما بسرقة مال الآخر ، وغلط القاضي في ذلك ، ولو كان لرجل زوجتان ، سرق إحداهما مال الأخرى ، أو سرق مال زوجة أبيه ، أو ابنه ، فالمذهب وجوب الحد ، ولا يقطع العبد بسرقة مال سيده بخلاف مالو زنى بجاريته ، والمدبر وأم الولد ومن بعضه حر في كل ذلك كالقن ، وكذا المكاتب في الأصح ، ولا خلاف أن السيد لا يقطع بما في يد مملوكه وإن قدرنا له ملكاً ، ولو سرق ممن بعضه مملوكه ما ملكه ببعضه الحر ، قال القفال : لا يقطع ، وقال الشيخ أبو علي : يقطع .

الثالثة : لو أخذ المال على صورة السرقة على ظن أن المأخوذ

ملكه : أو ملك أبيه ، أو ابنه أن الحرز ملكه ، فلا قطع على الأصح
للشبهة .

فرع

في صور يتوهم أنها شبهة ، وليست مؤثرة ، فلا أثر لكون المسروق
مباح الأصل ، كالحطب والحشيش والصيد ومال المعدن ، ولا لكونه
معرضاً للفساد . كالرطب والتين والرياحين والشواء والهريسة والجمد
والشمع المشتعل ، ولو سرق عيناً فقطع ، ثم سرقها من المالك الأول أو
غيره ، قطع ثانياً ، ولا يشترط كون المسروق في يد المالك ، بل السرقة
من يد المودع والمرتهن والوكيل وعامل القراض والمستعير والمستأجر ،
يوجب القطع ، والخصم فيها المالك ، وإذا قلنا : الماء لا يملك ، فلا قطع
بسرقة ، وإن قلنا : يملك ، قطع في الأصح ، ووجه المنع أنه تافه ، ويجري
الوجهان في سرقة التراب ، لأنه لا تقصد سرقة لكثرتة ، ويجب القطع
بسرقه المصحف وكتب التفسير والحديث والفقه ، وكذا الشعر الذي
يحل الانتفاع به ، وما لا يحل الانتفاع به لا قطع فيه إلا أن يبلغ الجلد
والقرطاس نصاباً ، ويجب القطع بسرقة قرون الحيوان .

الشرط السادس : كونه محرزاً ، فلا قطع في سرقة ما ليس
بمحرز ، ويختلف الحرز باختلاف الأحوال والأموال ، والتعويل في
صيانة المال وإحرازه على شيئين ، أحدهما : الملاحظة والمراقبة ، والثاني :
حصانة الموضع ووثاقته ، فإن لم يكن للموضع حصانة ، كالموضوع
في صحراء ، أو مسجد ، أو شارع ، اشترط مداومة اللحاظ ، وإن كان
له حصانة ، وانضم إليها اللحاظ المعتاد ، كفى ، ولم تشترط مداومته ،
ويحكم في ذلك العرف ، وتفضيله بمسائل :

أحداها : الاصطبل حرز الدواب مع نفاستها وكثرة قيمتها ،
وليس حرزاً للثياب والنقود ، والصفة في الدار وعرضتها حرزان للأواني
وثياب البذلة دون الحلي والنقود ، لأن العادة فيها الإحراز في المخازن ،
وكذا الثياب النفسية تحرز في الدور ، وفي بيوت الحانات وفي الأسواق
المنيعه ، والمتبن حرز للتبن دون الأواني والفرش •

واعلم أن ما كان حرزاً لنوع كان حرزاً لما دونه، وإن لم يكن حرزاً
لما فوقه •

الثانية : إذا نام في صحراء ، أو مسجد ، أو شارع على ثوبه ،
أو توسد عيبته^(١) أو متاعه ، أو اتكأ عليه ، فسرقت الثوب من تحته ، أو
العيبة ، أو أخذ المندبل من رأسه ، أو المداس من رجله ، أو الخاتم من
أصبعه ، وجب القطع ، لأنه محرز به ، ولو زال رأسه عما توسده ، أو
انقلب في النوم عن الثوب وخلاه ، فلا قطع بسرقة ، ولو رفع السارق
النائم عن الثوب أولاً ، ثم أخذه ، فلا قطع ، ولو وضع متاعه أو ثوبه
بقربه في الصحراء أو المسجد ، فإن نام أو ولاه ظهره ، أو ذهل عنه بشاغل ،
لم يكن محرزاً ، وإن كان متيقظاً يلاحظه فتغفله السارق ، وأخذ المال ،
قطع على الصحيح ، وهل يشترط أن لا يكون في الموضع زحمة الطارقين؟
وجهان ، أحدهما : لا ، وتكفي الملاحظة ، لكن لا بد بسبب الزحمة من
مزيد مراقبة وتحفظ ، وأصحهما : نعم ، وتخرجه الزحمة عن كونه محرزاً ،
وأجري الوجهان في الخباز والبزاز وغيرهما إذا كثرت الزحمة على
حانوته ، قال الإمام : ولو وضع المتاع في شارع ، ولاخظه جمع ، صار
عدد اللاحظين في معارضة عدد الطارقين ، كلاحظ في الصحراء في معارضة
طارق ، ويشترط كون الملاحظ بحيث يقدر على المنع لو اطلع على سارق
إما بنفسه ، وإما بالاستغاثة ، فإن كان ضعيفاً لا يبالى به السارق ،

(١١) العيبة : وعاء من آدم يجعل فيه الثياب •

والموضع بعيد عن الغوث ، فليس بحرز ، بل الشخص شائع مع ماله ،
وينبغي أن لا يفرق بين كون الصحراء مواتاً أو غيره •

واعلم أن الركن الأول في كونه محرزاً الملاحظة ، فلا تكفي حصانة
الموضع على أصل الملاحظة ، حتى إن الدار المنفردة في طرف البلد لا تكون
حرزاً وإن تناهت في الحصانة ، وكذا القلعة المحكمة ، لأنه إذا لم يكن
الموضع على أصل الملاحظة ، حتى إن الدار المنفردة في طرف البلد لا تكون
خطر ، لكن لا يحتاج مع الحصانة إلى دوام الملاحظة بخلاف ما ذكرنا
في الصحراء •

فَرَع

لو أدخل يده في جيب إنسان أو كفه ، وأخذ المال ، أو طر جيبه
أو كفه ، وأخذ المال ، قطع ، لأنه محرز به ، وسواء ربطه من داخل الكم ،
أم من خارجه أم لم يربطه ، وإن أخذه من رأس منديل على رأس ، قال
البلغوي : إن كان قد شده عليه ، قطع ، وإلا فلا •

الثالثة : الدار إن كانت منفصلة عن العمارات ، بأن كانت
في بادية ، أو في الطرق الخراب من البلد ، أو في بستان ، فليست بحرز
إن لم يكن فيها أحد ، سواء كان الباب مفتوحاً أو مغلقاً ، فإن كان
فيها صاحبها ، أو حافظ آخر ، نظر إن كان نائماً والباب مفتوح ، فليست
حرزاً ، وإن كان مغلقاً فوجهان ، الذي أجاب به الشيخ أبو حامد ومن
تابعه : أنه محرز ، والذي يقتضيه إطلاق الإمام والبلغوي خلافه •

قلت : الذي قاله أبو حامد أقوى ، وجزم الرافعي في « المحرر »
بأنه غير محرز • والله أعلم

وإن كان من فيها متيقظاً ، فالأمتعة فيها محرزة ، سواء كان الباب مفتوحاً أو مغلقاً ، لكن لو كان ممن لا يبالي به وهو بعيد عن الغوث ، فالحكم على ما ذكرناه في الملحوظ بعين الضعيف في الصحراء ، وإن كانت الدار متصلة بدور أهله ، نظر إن كان الباب مغلقاً وفيها صاحبها ، أو حافظ آخر ، فهي حرز لما فيها ليلاً ونهاراً متيقظاً كان الحافظ أو نائماً ، وإن كان الباب مفتوحاً ، فإن كان من فيها نائماً لم يكن حرزاً ليلاً قطعاً ، ولا نهاراً في الأصح ، وقيل : حرز نهاراً في زمن الأمن من النهب وغيره ، وإن كان من فيها متيقظاً لكنه لا يتم الملاحظة بل يتردد في الدار ، فتغفله انسان فسرق ، لم يقطع على الأصح المنصوص للتقصير بإهمال المراقبة مع فتح الباب ، ولو كان يبالي في الملاحظة بحيث يحصل الإحراز بمثله في الصحراء ، فانتهاز السارق فرصة ، قطع بلا خلاف ، ولو فتح صاحب الدار بابها ، وأذن للناس في الدخول كشراء متاعه ، كما يفعله من يخبز في داره فوجهان ، لأن الزحمة تشغل ، فأما إذا لم يكن فيها أحد ، فالمذهب وبه قطع البغوي : أنه إن كان الباب مغلقاً ، فهو حرز بالنهار في وقت الأمن ، وليس حرزاً في وقت الخوف ولا في الليل ، وإن كان مفتوحاً ، لم يكن حرزاً أصلاً ، ومن جعل الدار المنفصلة عن العمارات حرزاً عند إغلاق الباب فأولى أن يجعل المتصلة بها عند الإغلاق حرزاً ، وإذا ادعى السارق أن صاحب الدار نام ، أو ضيع ما فيها وأعرض عن اللحاظ ، فقال الغزالي : يسقط القطع بمجرد دعواه ، كما في دعوى الملك ، ويجيء فيه الوجه المذكور هناك .

واعلم أن الأمر في كل هذا مبني على العادة الغالبة في الإحراز ، وعلى هذا الأصل ، قال الأصحاب : النقد والجوهر والسياب لا تكون محرزة إلا بإغلاق الباب عليها ، وأمتعة العطارين والبقالين والصيدالة إذا تركها على باب الجانوت ونام فيه ، أو غاب عنه ، فإن ضم بعضها إلى

بعض وربطها بحبل ، أو علق عليها شبكة ، أو وضع لوحين على باب الحانوت مخالفين ، كفى ذلك إحرازاً في النهار ، لأن الجيران والمارة ينظرونها ، وإن تركها مفرقة ولم يفعل شيئاً مما ذكرناه ، لم تكن محرزة ، وأما بالليل ، فلا تكون محرزة إلا بحارس ، قال الروياني : والبقل والفجل قد يضم بعضه إلى بعض ، وي طرح عليه حصير ، ويترك على باب الحانوت وهناك حارس ينام ساعة ، ويدور ساعة ، فيكون محرزاً ، وقد يزين العامي حانوته أيام العيد بالأمتعة النفيسة ، ويشق عليه رفعها ليلاً ، فيتركها ، ويلقي عليها نطعاً ، وينصب حارساً ، فتكون محرزة بخلاف سائر الأيام ، لأن أهل السوق يعتادون ذلك ، فيقبو بعضهم بعض ، والثياب على باب حانوت القصار والصباغ ، كأمتعة العطارين ، هذا فيما ينقل في العادة إلى داخل بناء ويغلق عليه باب ، فأما الأمتعة الثقيلة التي يشق نقلها ، كالخطب ، فهي محرزة بأن يشد بعضها إلى بعض ، وكذلك الخزف والقدور تحرز بالشرائح التي تنصب على وجه الحانوت ، وإن تركت متفرقة لم تكن محرزة ، وفي وجه لا يكفي الشد ، بل يشترط أن يكون عليها باب مغلق ، أو يكون على سطح محوط ، والأول أصح حيث جرت العادة به ، وكذا الطعام في الغرائر في موضع البيع محرزاً إذا شد بعضها إلى بعض بحيث لا يمكن أخذ شيء منه إلا بحل الرباط ، أو فتق بعض الغرائر ، نص عليه الشافعي رحمه الله ، والخطب والقصيل على السطح المحوط محرزان ، والأجذاع الثقيل على أبواب المساكن محرزة ، وقال البغوي : متاع البقال في الحانوت في الليل محرز في وقت الأمن إذا كان الباب مغلقاً ، وفي غير وقت الأمن لا بد من حارس ، ومتاع البياح والبزار ، لا يكون محرزاً إلا بالحارس ، وإن الكدس في الصحراء والبذر المستتر بالتراب ، والزرع والقطن ،

قصيلاً كانا ، أو اشتد الحرب^(١) وخرج الجوزق ليست محرزة إلا بحارس ، وفي « جمع الجوامع » للرويانى أن الزرع في المزارع محرز وإن لم يكن حارس ، وفي تعليقة الشيخ إبراهيم المروذي أن الزرع إذا كان قصيلاً لا يحتاج إلى حارس لأنه يحفظ مثله في العادة . وهذا يجري في البذر المستتر ، ولو كانت هذه الأشياء في محوط فهي كالثمار في البساتين ، والثمار على الأشجار إن كانت في برية لا تكون محرزة إلا بحارس ، وفي الكرم والبساتين المحوطة كذلك إن كانت بعيدة عن الطرق والمساكن ، وإن كانت متصلة بها . والجيران يراقبونها في العادة ، فهي محرزة ، وإلا فيحتاج إلى حارس . والأشجار في أفنية الدور محرزة . وفي البرية تحتاج إلى حارس ، والحنطة في مطامير المفازة ، والتبن في المتبن ، والثلج في المثلجة ، والجند في المجددة في الصحراء غير محرزة إلا بحارس ، وباب الدار والحانوت والمغلاق والحلقة على الباب محرزة بالتركيب والتسمير ، وكذا الآجر إذا سرق من صحن الدار ، أو استخرجه من الجدار داخلًا أو خارجًا ، ليلاً أو نهاراً ، وجب القطع . والشرط في كونها محرزة أن تكون الدار بحيث تحرز ما فيها ، ولو كان باب الدار مفتوحاً ، فدخل داخل ، وقلع باب بيت وأخرجه ، فعن أبي إسحاق أنه لا قطع ، كما لو أخذ متاعاً منها ، وقال الأكثرون : يقطع . والباب محرز بالتركيب كباب الدار ، والقفل على الباب محرز كالباب والحلقة ، وقال ابن سلمة : ليس بسحرز ، لأنه للإحراز به لا لإحرازه ، والأول أصح .

(١) الحَرْب : الطاع ، والجوزق وزان فاعل : كمام القطن وهو معرب قاله الأزهري .

المسألة الرابعة : الخيام بربطها وتنضيد الأمتعة فيها له تأثير في الاستغناء عن دوام اللحاظ المعتبر في الأمتعة الموضوعة في الصحراء ، لكنها ليست كالدور في الحصانة ، لأنها في نفسها قابلة للسرقة ، فإذا ضرب في صحراء خيمة ، وآوى إليها متاعاً ، فسرقت منها ، أو سرت هي ، نظر إن لم يشد أطنابها ، ولم يرسل أذيالها ، فهي وما فيها كالمَتَاع الموضوع في الصحراء ، وإن شدها بالأوتاد وأرسل أذيالها ، فإن لم يكن صاحبها فيها ، فلا قطع ، وقيل : الخيمة محرزة دون ما فيها ، والصحيح الأول ، وإن كان صاحبها في نفسها مستيقظاً ، أو نائماً ، أو نام بقربها ، وجب القطع بسرقتها أو سرقة ما فيها لحصول الإحراز في العادة ، قال الأئمة : والشرط أن يكون هناك من يتقوى به ، فأما إذا كان في مفازة بعيدة عن الغوث وهو ممن لا يبالى به ، فليس بحرز ، ولو ضرب خيمة بين العساة ، فهو كالمَتَاع الموضوع بين يديه في السوق ، وهل يشترط إسبال باب الخيمة إذا كان من فيها نائماً ؟ وجهان ، أصحهما : لا ، ولو شدها بالأوتاد ولم يرسل أذيالها وكان يمكن دخولها من كل وجه ، فهي محرزة وما فيها ليس بمحرز ، هكذا ذكروه ، وقد يفهم منه أن الأمتعة والأحمال إذا شد بعضها ببعض تكون محرزة بعض الإحراز ، وإن لم يكن هناك خيمة ، ولو أن السارق يجيء النائم في الخيمة ، ثم سرق ، فلا قطع ، لأنها لم تكن حرزاً حين سرق .

الخامسة : المواشي في الأبنية المغلقة الأبواب محرزة إن اتصلت بالعساة ، سواء كان صاحبها فيها أم لم يكن ، للعادة ، وإن كانت في برية ، لم تكن محرزة إلا إذا كان صاحبها فيها مستيقظاً ، أو نائماً ، فإن كاب الباب مفتوحاً ، اشترط كونه مستيقظاً ، ويكفي أن يكون المراح من حطب أو حشيش ، وأما في غير الأبنية فلها أحوال .

احدها : أن تكون الإبل ترعى في صحراء ، فهي محرزة إذا كان

معها حافظ يراها جميعاً ، ويبلغها صوته ، فإن لم ير بعضها ، لكونه في
وهدة أو خلف جبل أو حائط ، فذلك البعض غير محرز ، ولو نام ، أو
تشاغل لم تكن محرزة ، ولو لم يبلغ صوته بعضها ففي «المهذب» وغيره
أن ذلك البعض غير محرز ، وسكت آخرون عن اعتبار بلوغ الصوت
اكتفاء بالنظر ، لأنه إذا قصد ما يراه أمكنه العدو إليه ، وحكم الخيل
والبغال والحمير وهي ترعى حكم الإبل ، وكذا الغنم إذا كان الراعي
على نشز من الأرض يراها جميعاً فهي محرزة إذا بلغها صوته ، وإن
كانت متفرقة .

الثاني : أن تكون سائرة ، أما الإبل فإن كانت مقطورة
يسوقها سائق ، فمحرزة إن انتهى نظره إليها ، وإن كان يقودها اشترط
أن ينظر إليها كل ساعة ، وينتهي نظره إليها إذا التفت ، فإن كان لا يرى
البعض لحائل جبل أو بناء ، فذلك البعض غير محرز ، وحكى ابن كج
وجهاً أنه لا يشترط انتهاء النظر إلى آخرها ، وليجيء هذا في سوقها .
ولو ركب الحافظ أولها فهو كقائدها ، ولو ركب غير الأول ، فهو لما
بين يديه كسائق ، ولما خلفه كقائد ، وحيث يشترط انتهاء نظره إليها
ففي اشتراط بلوغ الصوت ما سبق ، وقد يستغنى بنظر المارة عن نظره
إذا كان يسيرها في سوق مثلاً ، أما إذا لم تكن مقطورة ، بأن كانت
تساق أو تقاد ، فمنهم من أطلق أنها غير محرزة ، لأنها لا تسير هكذا
غالباً ، وبهذا قطع البغوي وقال صاحب الإفصاح : المقطورة وهذه سواء .
وبهذا أخذ الروياني ، المعتبر أن تقرب منه ، ويقع نظره عليها ، ولا
تعتبر صورة القطر ، فإن اعتبرناه ، فيشترط أن لا يزيد القطر الواحد
على تسعة للعادة الغالبة ، فإن زاد فهي كغير المقطورة ، ومنهم من أطلق
ذكر القطر ولم يقيد بعدد ، والأصح توسط ذكره أبو الفرج السرخسي
فقال : في الصحراء لا يتقيد بعدد ، وفي العمران يعتبر ما جرت العادة بأن

يجعل قطاراً ، وهو ما بين سبعة إلى عشرة ، فإن زاد ، لم تكن الزيادة محرزة ، والخيـل والبغال والحمير والغنم السائرة ، كالإبل السائرة إذا لم تكن مقطورة ، ولم يشترطوا القطر فيها ، لكنه معتاد في البغال ، ويختلف عدد الغنم المحرزة بالواحد بالبلد والصحراء •

الثالث : أن تكون الإبل مناخة ، فإن لم يكن معها أحد ، فليست محرزة ، وإن كان معها صاحبها ، فإن كانت معقولة ، لم يضر نومه ولا اشتغاله عنها ، لأن في حل المعقولة ما يوقظ النائم والمشتغل ، وإن لم تكن معقولة اشترط أن ينظر إليها ويلاحظها •

فرع

الطعام على دابة محرزة محرز ، فيقطع سارقه سواء سرقه من الوعاء ، أو مع الوعاء ، أو مع الدابة ، ولو ساق بقرة وتبعها عجلها ، فإنما يكون العجل محرزاً إذا قرب منه بحيث يراه إذا التفت ، وأن يلتفت كل ساعة كما سبق في قائد القطار ، وعن المسعودي أن الغنم المرسلـة في سكة تشرع إليها أبواب الدور لا تكون محرزة حتى تأوي إلى موضع ، وليكن هذا فيما إذا كثرت ، وتعذرت الملاحظة ، ومن دخل مراحاً ، وحلب الغنم ، أو جز صوفها وأخرج منه نصاباً ، قطع •

السادسة : إذا نبش قبراً وسرق منه الكفن ، فالمذهب وجوب القطع في الجملة ، وبه قطع الجمهور ، وحكى ابن خيران وابن الوكيل قولاً آخر أنه لا قطع فيه بحال ، لأنه موضوع للبلى لا للإحراز ، ويتفرع على المذهب صور

إحداها : إن كان القبر في بيت محرز ، قطع بسرقة الكفن منه ، وكذا لو كانت المقبرة محفوفة بالعمارة ينذر تخلف الطارقين عنها في زمن يتأتى فيه النبش ، أو كان عليها حراس مرتبون ، ولو كان القبر

في مفازة وبقعة ضائعة ، فوجهان ، أحدهما : ليس بحرز ، وبه قطع صاحب « المهذب » والغزالي وعزاه إلى جماهير الأصحاب ، لأن السارق يأخذ من غير خطر ، والثاني واختاره القفال والقاضي ، ورجحه العبادي : القبر حرز للكفن حيث كان ، لأن النفوس تهاب الموتى ، ولو كان القبر في بيت محرز فسرق الكفن حافظ البيت ، فعلى الوجه الأول لا قطع ، وعلى الثاني : يجب ، ولو كان القبر في مقابر البلاد الواقعة على طرف العمارة ، فإن كان لها حارس ، وجب القطع ، وإلا فوجهان ، أصحهما : يجب أيضاً ، لأنه حرز في العادة .

الثانية : لو وضع في القبر شيء سوى الكفن ، قال الإمام : إن كان القبر في بيت ، تعلق القطع بسرقة ، وإن كان في المقابر فوجهان ، أصحهما وبه قطع الجمهور : لا قطع للعادة ، بخلاف الكفن ، لأن الشرع قطع فيه النباش ، وجعله محرراً لضرورة التكفين والدفن ، وخص الإمام الوجه الآخر بما إذا كان من جنس الكفن ، كثوب وضع فيه ، وكسا لو كفن في زيادة على خمسة أثواب ، ففي الزيادة على الخمسة التي تلي الميت الوجهان ، وليس الوجه مختصاً فقد حكاه الروياني فيما لو وضع في القبر مضربة ، أو وسادة للميت ، وعن بعضهم أنه أجراه فيما لو وضع معه دراهم أو دنائير ، بل في « الرقم » للعبادي أن القفال أوجب القطع فيما لو دفن معه مال في بركة ، والتابوت الذي يدفن فيه كالأكفان الزائدة : والزيادة على ما استحجب تطيب الميت به ، كسائر الأموال ، وعن الماسرجسي أنه يقطع بالقدر المستحب كالكفن .

الثالثة : إذا كفن من تركته ، فلمن الكفن ؟ فيه أوجه ، أصحها : للورثة ، لكن يقدم الميت فيه كقضاء دينه وإن كان الملك للورثة ، وعلى هذا لو سرقه بعض الورثة ، أو ولد بعضهم ، فلا قطع ،

والثاني : يبقى على ملك الميت لحاجته إليه وإن كان لا يشبث له الملك ابتداء ، كما يبقى الدين عليه وإن لم يشبث عليه ابتداء ، والثالث : أن الملك فيه لله عز وجل ، فإن قلنا : الملك فيه للوارث ، فهو الخصم في السرقة ، وإن قلنا : للميت ، فهل الخصم الوارث أم الحاكم ؟ وجهان ، وإن قلنا : لله عز وجل ، فالخصم الحاكم ، هذا ما ذكره الأصحاب ، وقال الإمام : إن كان من يقول : الملك لله تعالى أو للميت ، يقول : يتعين رده بعد ما أخذه النباش إلى الميت ، ولا يجوز للوارث إبداله ، فالتفريع والخلاف في أن الخصم من هو صحيح ، لكن هذا قول عري عن التحصيل ، والوجه عندي أن للوارث إبداله بعد انفصاله عن الميت ، وحينئذ يجب الجزم بأنه الخصم لا غير ، ولو أكل الميت سبع ، أو ذهب به سيل ، وبقي الكفن ، فإن قلنا : إنه ملك الورثة ، اقتسموه ، وإن قلنا : ملك الميت ، فالأصح أنه يجعل في بيت المال لمصالح المسلمين ، والثاني : أنه للورثة ، وإن قلنا : لله تعالى ، جعل في بيت المال قطعاً ، هذا كله إذا كفن من تركته ، فإن كفنه أجنبي ، أو كفن من بيت المال ، فلمن الملك فيه ؟ فيه طريقتان : أحدهما : على الأوجه ، والثاني : يبقى للأجنبي ، أو على حكم بيت المال ، ويكون كالعارية .

قلت : هذا أصح . والله اعلم

والقول في أن الخصم في السرقة من هو ، وفي أنه لو أكله سبع إلى من يرد الكفن ؟ مبني على الخلاف في الملك .

فرع

كفن سيد عبده ، فهل الكفن ملك السيد أم لا يملكه أحد ؟ وجهان ،

أصحهما : الأول ، ولو سرق الكفن وضاع ، كفن ثانياً من التركة ، فإن لم يكن ، فهو كمن مات ولا تركة له .

قلت : هكذا جزم صاحب « التتمة » بأنه يجب تكفينه ثانياً من التركة ، وقال صاحب « الحاوي » : إذا كفن من ماله وقسمت التركة ، ثم سرق الكفن ، استحب للورثة تكفينه ثانياً ، ولا يلزمهم ذلك ، وهذا قوي . والله أعلم

وإنما يقطع النباش إذا أخرج الكفن من جميع القبر ، أما إذا أخرجه من اللحد إلى فضاء القبر ، وتركه هناك لخوف أو غيره ، فلا يقطع ، هكذا نص عليه الشافعي رحمه الله ، ويجوز أن يخرج على الخلاف في الإخراج من بيت إلى صحن الدار .

فصل

إذا كان الحرز ملكاً للشارق ، نظر إن كان في يد المسروق منه بإجارة ، فسرق منه المؤجر ، قطع ، لأن المنافع مستحقة للمستأجر ، وفي هذا الاستدلال إعلام بأن التصوير فيمن استحق بالإجارة إيواء المتاع دون من استأجر أرضاً للزراعة فأوى إليها ماشية ، وإن كان الحرز في يده بإعارة وسرق المعير منه مال المستعير ، قطع على الأصح المنصوص ، وقيل : لا ، وقيل : إن دخل الحرز بنية الرجوع عن العارية فلا قطع ، وإن دخل بنية السرقة قطع ، ولو أعار عبداً لحفظ مال ، أو رعي غنم ، ثم سرق مما يحفظه عبده ، فليل : يقطع قطعاً ، وقيل : فيه الأوجه ، ولو أعار قميصاً ، فلبسه المستعير ، وطرّ المعير جيبه ، وأخذ ما فيه ، قطع ، ولو كان الحرز في يده بغصب ، فسرق مالك الحرز منه ، فلا قطع ، لأن دخوله جائز فليس محرزاً عنه ، وإن سرق منه أجنبي ، لم يقطع على

الأصح ، ولو اشترى الحرز ، وسرق منه قبل القبض مال البائع ، فإن لم يكن أدى الثمن ، قطع ، وإلا فلا على الأصح ، ولو غصب مالاً . أو سرقه ووضعه في حرزه ، فجاء مالك المال ، وسرق من ذلك الحرز مالاً للغاصب ، فلا قطع على الأصح ، لأن له دخول الحرز وهتكه لأخذ ماله ، وخصص جماعة الوجهين بما إذا كان مال الغاصب متميزاً لا عن ماله ، سواء أخذه وحده أم مع مال نفسه ، فأما إذا كان مخلوطاً به بحيث لا يتميز أحدهما ، فلا قطع قطعاً ، وهذا تفريع على أن المال المشترك لا يقطع به الشريك ، ولو سرق أجنبي المال المفصوب أو المسروق ، لم يقطع على الأصح .

فصل

سرق طعاماً في عام القحط والمجاعة ، فإن كان يوجد عزيزاً بشمن غال ، قطع ، وإن كان لا يوجد ولا يقدر عليه ، فلا قطع ، وعلى هذا يحصل ما جاء عن عمر رضي الله عنه : لا قطع في عام المجاعة .

الركن الثاني : نفس السرقة ، وهي أخذ المال على وجه الخفية ، فلا قطع على من أخذ عياناً ، كالمختلس والمنتهب ، فالمختلس : هو من يعتمد الهرب ، والمنتهب : الذي يعتمد القوة والغلبة ، ولا يقطع المودع إذا جحد ، وفيه ثلاثة أطراف :

الأول في إبطال الحرز ، وقد يكون بالنقب وفتح الباب ، وقد يكون بتغيبه عن نظر الملاحظ ، وفيه صور :

الأولى : إذا نقب ، ثم عاد وأخرج نصاباً في ليلة أخرى ، فإن علم صاحب الحرز بالنقب ، أو كان ظاهراً يراه الطارقون ، وبقي كذلك .

فلا قطع ، لانتهاك الحرز ، وإلا فيقطع على الأصح ، وبه قال ابن سريج وغيره ، كما لو نقب وأخرج المال آخر ، ولو نقب واحد ، ودخل آخر الحرز وأخرج المال في الحال ، أو بعده لم يقطع واحد منهما ، ويضمن الأول الجدار .

والثاني ما أخذه ، وقيل : في وجوب القطع على الثاني قولان . والمذهب الأول ، فلو كان في الدار حافظ قريب من النقب ، وهو يلاحظ المتاع فهو محرز به ، فيقطع الآخذ ، وإن كان الحافظ نائماً ، لم يقطع في الأصح كما سبق فيمن نام في الدار وبابها مفتوح .

الثانية : تعاون شريكان على النقب ، وأخرجا نصابين ، بأن أخرج كل واحد نصاباً ، أو حملاً متاعاً يساوي نصابين ، لزمهما القطع ، وإن تعاونا على النقب ، وانفرد أحدهما بالإخراج ، فالقطع على المخرج خاصة ، وحكى الإمام في المخرج وجهاً شاذاً جداً ، ولو نقب واحد ، ودخل مع آخر ، وأخرجا المال ، قطع الجامع بين النقب والإخراج دون الآخر ، ولو اشتركا في النقب ولم يخرجوا إلا نصاباً ، فقد سبق أنه لا قطع على واحد منهما ، ولو أخرج أحدهما بعد الاشتراك في النقب ثلثاً ، والآخر سدساً ، قطع صاحب الثلث دون الآخر ، وفيما يحصل به الاشتراك في النقب وجهان ، أحدهما : لا يحصل بأخذ آلة واحدة ويستعملها معاً ، كما لا يحصل الاشتراك في قطع اليد إلا بأن يمرأ حديدة واحدة ، وأصحهما : تحصل الشركة وإن أخذ هذا لبنات وهذا لبنات .

الثالثة : الشريكان في النقب ، إذا دخل أحدهما ووضع المتاع قريباً من النقب ، أو دخل أحد السارقين ووضعهُ قريباً من باب الحرز ، وأدخل الآخر يده وأخذه ، فالقطع على الثاني المخرج دون الأول ، وكذا لو وقف أحدهما على طرف السطح ، ونزل الآخر وجمع الثياب وربطها

جبل ، فرفعها الواقف ، فالقطع عليه لا على الأول ، وعليهما الضمان .
 ولو وضع الداخل المتاع خارج الحرز أو الباب ، وأخذه الآخر ، فالقطع
 على المخرج دون الآخذ ، ولو وضع المتاع على وسط النقب ، فأخذه
 الآخر وأخرجه وهو يساوي نصابين فقولان ، أحدهما : يقطعان .
 وأظهرهما : لا قطع على واحد منهما ، ولو ناول الداخل الخارج في فم
 النقب ، قال الروياني : لا يقطع واحد منهما ، ذكره بعد حكايته القولين
 المذكورين ، ويشبه أن يكون هذا تفرعاً على الأظهر ، وإلا فلا فرق ،
 ولو نقب اثنان ودخلا ، وأخذ أحدهما المال وشده على وسط الآخر ،
 فخرج به الآخر . فالقطع على هذا الآخر دون الأول . ولو أن
 الآخر أخذ المال فأخرجه ، والمتاع في يده : قطع المحصول . وفي
 الحامل وجهان ، أصحهما : لا يقطع ، لأنه ليس بحامل للمال ، ولهذا لو
 حلف لا يحمل طبقاً ، فحمل رجلاً حاملاً طبقاً ، لا يحنث ، ولو نقب زمن
 وأعسى ، وأدخل الأعسى الزمن فأخذ المال ، وحمله الأعسى وأخرجه ،
 قطع الزمن ، وفي الأعسى الوجهان ، قال صاحب « البيان » : ولو أن
 الأعسى حمل الزمن وأدخله ، فدل الزمن الأعسى على المال ، وأخذه ،
 وخرج به ، قطع الأعسى ، ولا يقطع الزمن على الأصح . ولو نقب واحد
 ودخل ، فوضع المتاع على وسط النقب ، فأخذه آخر ، أو دخل غير
 الناقب ووضعه في الوسط ، فأخذه الناقب ، فلا قطع على واحد منهما .

فرع

لافرق في هتك الحرز بين النقب ، وكسر الباب . وقلعه ، وفتح
 المغلاق والقفل ، وتسور الحائط ، فيجب القطع بأخذ المال في جسيم
 هذه الأحوال .

الطرف الثاني في وجوه النفل وفيه مسائل :

إحداها : رمى المال إلى خارج الحرز من النقب أو الباب ، أو من فوق الجدار ، لزمه القطع ، سواء أخذه بعد الرمي ، أو تركه فضاع أو أخذه غيره ، وقيل : إن لم يأخذه ، فلا قطع ، فعلى هذا لو أخذه معينه ، ففيه تردد للإمام ، والصحيح الأول ، ولو أدخل يده في النقب ، أو أدخل فيه محجناً ، وأخرج المتاع ، قطع ، ولو أرسل محجناً أو حبلاً في رأسه كلاب من السطح ، وأخرج به ثوباً ، أو إناء ونحوه ، قطع .

الثانية : لو أتلف المال في الحرز بأكل أو إحراق ، فلا قطع . ولو ابتلع في الحرز جوهرة أو ديناراً فثلاثة أوجه ، أصحها : أنها إن خرجت منه بعد ذلك ، قطع . وإلا فلا . والثاني : لا يقطع مطلقاً ، والثالث : يقطع ، ونقل الغزالي وجهاً رابعاً أنه إن أخذها بعد الانفصال عنه ، قطع ، وإلا فلا ، ولم أره لغيره ، ولو أخذ الطيب ، فتطيب به في الحرز ، ثم خرج ، فإن لم يمكن أن يجتمع منه ما يبلغ نصاباً ، فلا قطع ، وكذا إن أمكن على الأصح ، لأن استعماله يعد إهلاكاً ، كأكل الطعام .

الثالثة : لو كان في الحرز ماء جارٍ فوضع المتاع عليه حتى خرج . قطع على الصحيح ، وإن كان الماء راكداً ، وحركه حتى خرج به ، فهو كالجارى ، وإن حركه غيره ، فخرج ، فالقطع على المحرك ، وإن زاد الماء بانفجار أو مجيء سيل ، فخرج به ، لم يقطع على الأصح ، ولو كان في بستان أترج والماء يدخل من أحد طرفيه ويخرج من الآخر ، فجمع نأراً ووقوداً ووضع على الماء حتى دخل وعلا الدخان ، فأسقط الأترج في الماء ، وخرج من الطرف الآخر ، فأخذه ، أو رمى الأشجار بحجارة من خارج البستان حتى تناثرت الشمار في الماء ، وخرجت من الجانب الآخر ، لم يقطع على الصحيح ، ولو كانت الريح تهب ، فعرض المتاع

حتى خرجت به ، أو وضعه على طرف النقب ، فطارت به الريح ، قطع ، ولا أثر لمعاونة الريح ، كما أنها لاتمنع وجوب القصاص وحل الصيد والحالة هذه ، ولو كانت الريح راكدة ، فوضعه على طرف النقب ، فهبت وأخرجته ، فلا قطع على الأصح •

الرابعة : لو وضع متاعاً في حرز على ظهر دابة ، وسيرها بسوق أو قود حتى خرجت ، أو عقد اللؤلؤة على جناح طائر وطييره ، قطع على المذهب ، وبه قطع الأصحاب ، وفي « البيان » وجه ، ولو كانت الدابة في السير ، فوضع المتاع عليها فخرجت به ، فلا قطع ، فهو كما لو سيرها ، ولو لم تكن سائرة ولا سيرها ، بل كانت واقفة ، فوضع المتاع عليها ، فسارت وخرجت به ، فلا قطع على الأصح ، لأن لها اختياراً في السير ، وقيل : لا قطع بلا خلاف ، وقيل : إن سارت في الحال ، قطع ، وإلا فوجهان ، وقيل : إن وقفت ، ثم سارت ، فلا قطع ، وإن سارت في الحال فوجهان ، ولو أخرج شاة ، فتبعها أخرى أو سخلتها ، ولم تكن الأولى نصاباً ، ففيه هذا الخلاف ، والمذهب أنه لا قطع في الصورتين ، وفي دخول السخلة في ضمانه وجهان ، ولو نقب الحرز ، ثم أمر صبيلاً لا يميز بإخراج المال ، فأخرجه ، فقال الجهور : يجب القطع على الأمر قطعاً ، وقيل : على الخلاف في خروج البهيمة التي كانت واقفة ، وإن كان مميزاً وله اختيار صحيح ورؤية ، فلا قطع ، لأنه ليس آلة له ، والعبد الأعجمي كالصبي الذي لا يميز •

الخامسة : لو سرق عبداً صغيراً لا يميز ، قطع إن كان محرزاً ، وإنما يكون محرزاً إذا كان في دار السيد ، أو بفناء داره ، فإن بعد عنها ، ودخل سكة أخرى ، فليس بمحرز ، وسواء في المحرز بفناء الدار كان وحده ، أو كان يلعب مع الصبيان ، لأنه لا يعد مضيعة ، وسواء

حملة نائماً أو مستيقظاً ، أو دعاه فتبعه ، لأنه كالبهيمة يساق أو يقاد ، ويجيء فيه الخلاف في تسيير البهيمة والمجنون والأعجمي الذي لا يميز كصغير لا يميز ، وإن كان الصغير مميزاً ، فسرقة نائماً أو سكران أو مضبوطاً ، فعلى ما ذكرناه في غير المميز ، ولو دعاه وخدعه فتبعه باختياره ، فليس بسرقة ، بل هو خيانة ، ولو أكرهه بالسيف حتى خرج من الحرز ، قطع على الأصح ، ولو حمل عبداً قوياً قادراً على الامتناع ، فلم يتمتع ، فلا قطع ، ولو حملة نائماً أو سكران ، قال الإمام : الوجه عندي الجزم بثبوت يده عليه حتى لو تلف قبل التيقظ ، ضمنه ، لأن المنقول لا يتوقف ثبوت اليد عليه على الاستيلاء والتمكن من المقاومة عند طلب الاسترداد ، قال : وفي تحقيق السرقة نظر ، لأن مثل هذا العبد محرز بيده وقوته ، هكذا ذكر المسألة الإمام والغزالي في « الوسيط » على التردد ، وأطلق في « الوجيز » أنه لا قطع ، قال الإمام : ولو جلس حيث لاستغاث يصاح به ، وهو يلاحظ متاعه ، فتغفله ضعيف ، وأخذ المال ، ولو شعر به صاحب المال لطرده ، فهل نقول : لا قطع ، كما لو أخذه قوبي لا يباي بصاحب المال ، أم نقول : يختلف الحكم بحسب اختلاف الآخذين ؟ الظاهر عندنا أنه يختلف .

السادسة : الحر لا يضمن باليد ، فلا قطع بسرقة وإن كان طفلاً ، لأنه ليس بمال ، فلو كان مع الصبي مال ، أو في عنقه قلادة تبلغ نصاباً ، فلا قطع أيضاً على الأصح ، لأنه في يد الصبي ومحرز به فلم يخرج من حرزه ، هكذا أطلق الجمهور الوجهين ، وصورهما الإمام فيما لو كان الصبي نائماً أو مربوطاً عند الحمل ، قال : ويجريان في أن من حملة على غير صورة السرقة هل تدخل الثياب التي عليه في ضمانه ؟ ولو حمل حراً مستقلاً وأخرجه من الحرز وعليه ثيابه ، أو معه مال

آخر ، قال الإمام : تقدم عليه مسألة وهي أنه لو نام على بعير عليه أمتعة ، فجاء سارق فأخذ بزمامه ، وأخرجه عن القافلة ، وجعله في مضیعة ، وفيه أربعة أوجه ، أحدها : يجب القطع ، لأنه أخرج نصاباً من الحرز والمأمن إلى المضیعة ، والثاني : لا قطع ، لأن البعير وما عليه محرز بالراكب ولم يخرج من يده ، والثالث : إن كان الراكب قوياً لا يقاومه السارق لو اتبته فلا قطع ، وإن كان ضعيفاً لا يبالى به السارق ، قطع ولا أثر ليد الضعيف ، والرابع وهو الأصح ، ولم يذكر كثيرون سواء : إن كان الراكب حراً ، فلا قطع ، لأن المتاع والبعير في يده ، وإن كان عبداً ، قطع ، لأن العبد في نفسه مسروق يتعلق به القطع ، ثم بنى الإمام على هذا الخلاف خلافاً حكاه في أن المستقل إذا حملة حامل ، هل يدخل ما عليه من الثياب تحت يد الحامل ؟ قال : والقول بدخولها بعيد ، وهو في الحر القوي أبعد منه في الضعيف ، قال : وحيث لا تثبت يد الحامل على الثياب فلا سرقة ، وحيث أثبتنا يده ، والمحمول قوي ، ففي السرقة وجهان ، والمذهب : أنه لا تثبت السرقة ، وأن ما مع الحر لا يدخل في يد الحامل ، لأن يد المحمول ثابتة على ما معه ، ولهذا نقول : ما يوجد مع اللقيط يحكم بأنه في يده •

فرع

لو سرق حلياً من عنق صبي ، أو سرق ثيابه ، قطع ، وفي الموضع الذي يكون العبد الصغير محرزاً ، ولو سرق قلادة من عنق كلب ، أو سرقها مع الكلب ، قطع ، وحرز الكلب كحرز الدواب •

الطرف الثالث في المحل المنقول إليه

فلا قطع بنقل المتاع من بعض زوايا الحرز إلى بعضها ، ولو نقل من بيت إلى صحن الدار ، نظر إن كان باب البيت مغلقاً وباب الدار

مفتوحاً ، قطع ، لأنه أخرجه من حرزه ، وجعله في محل الضياع ، وإن كان باب البيت مفتوحاً وباب الدار مغلقاً ، فلا قطع ، وإن كان البابان مغلقين ، فلا قطع على الأصح المنصوص ، وقيل : يقطع ، وقيل : إن كان الصحن حرزاً ، لم يقطع ، وإلا فيقطع ، وإن كان باب البيت والدار مفتوحين فالمال ضائع إذا لم يكن محرزاً باللاحظ ، فلا قطع ، وهذه الصور الأربع ظاهرة التصوير إذا لم يوجد من السارق تصرف في باب الدار ، بأن تسور الجدار ودخل ، أما إذا فتح باب الدار المغلق ، ثم أخرج المتاع من البيت إلى الصحن ، فالحرز الذي يهتكه السارق في حكم الحرز الدائم بالنسبة إليه ، فيكون كما لو نقل إلى الصحن وباب الدار مغلق ، هذا ما رآه الإمام أصح ، فإن أغلق الباب بعد فتحه ، فهو أظهر ، وجميع ما ذكرنا في دار هي وبيوتها لواحد ، فلو سكنها جماعة ، وانفرد كل واحد بحجرة أو بيت وفي معناها الخانات والمدارس والرباطات ، فهو في حق من لا يسكن الخان كدار يختص بها واحد ، حتى إذا سرق من حبرها أو صحنها ما يحرزه الصحن ، وأخرج من الخان ، قطع ، وإن أخرج من البيوت والحجر إلى صحن الخان فوجهان ، أحدهما : يقطع بكل حال ، لأن الصحن ليس حرزاً لصاحب البيت بل هو مشترك بين السكان ، كالسكة المشتركة بين أهلها ، وبهذا قطع صاحب « المهذب » وجماعة ، والثاني وبه قطع الغزالي والبعوي وغيرهما : أنه كالإخراج من بيوت الدار إلى صحنها ، فيفرق بين أن يكون باب الخان مفتوحاً أو مغلقاً ، ويقرب من هذا ما حكى عن الشيخ أبي محمد أنه إن كان نهاراً ، قطع ، وإن كان ليلاً ، فلا ، لأن الباب يكون مغلقاً ، وأما إذا سرق أحد السكان ، فإن سرق من العرصة ، فلا قطع ، لأنها مشتركة وما فيها غير محرز عنهم ، قال الإمام : هذا إذا كان فتح الباب هيناً على من يخرج منها ، بأن كان موثقاً بسلاسل ونحوها ، أما إذا كان موثقاً بالمغاليق وله مفتاح بيد حارس وكان يحتاج مخرج المتاع إلى معاناة وما يحتاج إليه من يحاول

الدخول من خارج ، ففيه تردد ، وإن أخرجه من بعض البيوت إلى الصحن ، وكان باب البيت مغلقاً ، والصحن في حق السكان كسكة منسدة بالإضافة إلى الدور ، ولا فرق بين أن يكون باب الخان مفتوحاً أو مغلقاً ، كما لو كان على السكة باب لافرق بين أن يكون مغلقاً أو مفتوحاً .

فرع

سرق الضيف مال المضيف من موضع محرز عنه ، قطع ، وإن سرقه من غير محرز عنه ، لم يقطع ، ولو سرق جار من طرف حانوت جاره حيث يحرز بلحاظ الجيران ، فلا قطع ، لأنه محرز به لاعنه .

فرع

دخل رجل الحمام مغتسلاً ، فسرق ، لم يقطع ، فإن دخل سارقاً وهناك حافظ الحمامي أو غيره ، قطع ، فإن كان نائماً أو معرضاً ، أو لم يكن أحد ، فلا قطع ، قال البغوي وغيره : إنما يقطع بسرقة ثوب من دخل الحمام إذا استحفظ الحمامي فحفظه ، فإن لم يستحفظه ، فلا ضمان على الحمامي بترك الحفظ ، ولا قطع على السارق ، وإن استحفظه ، فلم يحفظ ، ضمن ولا قطع على السارق .

فرع

أذن صاحب الدكان للناس في دخوله للشراء ، فمن دخل مشترياً وسرق ، لم يقطع ، ومن دخل سارقاً ، قطع ، وإن لم يأذن في دخوله ، قطع كل داخل .

الركن الثالث : السارق ، وشرطه التكليف والاختيار والالتزام ، فلا قطع على صبي ومجنون ومكره وحربي ، وفي السكران الخلاف

السابق في الطلاق وغيره ، ويقطع المسلم والذمي بسرقة مال المسلم والذمي ، وكذا يحد الذمي إذا زنى ، ثم في « التهذيب » وغيره أنا إذا ألزمتنا حاكمها الحكم بينهم أقام عليه الحد وقطعه ، وإن لم يرض وإن لم يلزمه الحكم ، لم يحدده ولم يقطعه إلا برضاه ، سواء سرق من مسلم أو ذمي ، وإن كان يجب الحكم بين المسلم والذمي بلا خلاف ، لأن القطع حق لله تعالى ، لاحق المسروق منه ، وأشار الإمام إلى الجزم بأنه يقطع إذا سرق مال مسلم ولا يتوقف على رضاه ، وذكر أنه إذا سرق مال ذمي ، لم يقطع حتى يترافعوا إلينا ، ويجيء القولان في إجبار الممتنع إذا جاءنا الخصم ، قال : ولو زنى بمسلمة ، ففي كلام بعض الأصحاب أن الحد على القولين ، قال الإمام : وهذا غلط ، والصواب الجزم بإقامة الحد قهراً ، وإن كان ذلك لله تعالى ، لأننا لو فوضنا الأمر إلى رضاه ، لجر ذلك فضيحة عظيمة ، وغايتنا أن نحكم بنقض العهد ، وإذا طلب تجديده ، وجب التجديد ، وكيف قدر الخلاف ، فالمذهب أنه لا يشترط رضاه على الإطلاق ، كما سبق في بابي الزنى والنكاح ، وأما المعاهد ومن دخل بأمان ، ففيه أقوال ، أظهرها عند الأصحاب ، وهو نصه في أكثر كتبه : لا يقطع ، لأنه لم يلتزم ، فأشبهه الحربي ، والثاني : يقطع كالذمي ، وكحد القذف والقصاص ، والثالث وهو حسن : إن شرط عليه في العهد قطعه إن سرق ، قطع ، وإلا فلا ، ومنهم من اكتفى على هذا القول بأن يشرط عليه أن لا يسرق ، ومنهم من قطع بالتفصيل ، ومنهم من قطع بنفي القطع ، ولا خلاف أنه يسترد المسروق أو بدله إن تلف ، ولو سرق مسلم مال معاهد ، قال الإمام : التفصيل فيه كالتفصيل في معاهد سرق مال مسلم ، ولو زنى معاهد بمسلمة فطريقان ، أحدهما : أن في حد الزنى الخلاف ، كالقطع ، والثاني : الجزم بأن لا حد ، لأنه محض حق لله تعالى لا يتعلق بخصومة آدمي وطلبه ، وهذا موافق لنقل

العراقيين والبغوي ، وفي انتقاض عهد المعاهد بالسرقة أوجه ، ثالثهما :
إن شرط أن لا يسرق ، انتقض ، وإلا فلا .

فرع

سواء في وجوب القطع الرجل والمرأة والعبد الآبق وغيره .

الباب الثاني فيما ثبت به السرقة

ثبت بثلاث حجج ، إحداها : اليمين المردودة ، فإذا ادعى عليه سرقة توجب القطع ، فأنكر وحلف ، فلا شيء عليه ، وإن نكل ، ردت اليمين على المدعي ، فإذا حلف ، وجب المال والقطع ، هكذا نقله الإمام عن الأصحاب ، وكذا ذكره الغزالي وابراهيم المروزي ، لأن اليمين المردودة كالإقرار وكالبينة ، وكلاهما يوجب القطع ، والذي ذكره صاحباً « الشامل » و « البيان » وغيرهما أنه لا يثبت بها القطع ، لأنه حق لله تعالى ، فأشبهه ما لو قال : أكره أمتي على الزنى ، فحلف المدعي بعد نكول المدعى عليه ، يثبت المهر دون حد الزنى .

قلت : صحح الرافعي في « المحرر » الأول . والله اعلم

الحجة الثانية : الإقرار ، فإذا أقر بسرقة توجب القطع ، أجري عليه حكمها ، ولا يشترط تكرير الإقرار ، فلو أقر ثم رجع ، فالمذهب أنه لا يقبل في المال ، وأنه يقبل في سقوط القطع ، فلو رجع بعد قطع بعض اليد ، سقط الباقي ، فإن كان يرجى برؤه ، فذاك وإلا فللمقطوع قطع الباقي لئلا يتأذى به ، ولا يلزم الإمام ذلك . ولو أقر اثنان بسرقة نصابين ، ثم رجع أحدهما ، سقط القطع دون الآخر ، والرجوع عن الإقرار بقطع الطريق ، كالرجوع عن الإقرار بالسرقة ، ولو أقر بإكراه أمة على الزنى ، ثم رجع ، فالمذهب سقوط الحد دون المهر .

فرع

إذا أقر ابتداء من غير تقدم دعوى بأنه سرق من زيد الغائب سرقة
توجب القطع ، فهل يقطع في الحال ، أم ينتظر حضور زيد ومطالبته ؟
وجهان ، أصحهما : الثاني ، لأنه ربما حضر ، وأقر أنه كان أباحه المال ،
فيسقط الحد وإن كذبه السارق ، والحد يسقط بالشبهة ، فتأخيره أولى ،
ولو أقر بإكراه جارية غائب على الزنى فوجهان ، أصحهما : يحد للزنى
ولا يؤخر ، لأنه لا يتوقف على طلبه ، ولو حضر وقال : كنت أبحتها له ،
لم يسقط الحد ، وقال ابن سريج : يؤخر لاحتمال أنه يقر بأنه وقف عليه
تلك الجارية ، قال الإمام : وعلى الأول لو قال المالك : كنت بعثتها ،
أو وهبتها ، وأنكر المقر ، ينبغي أن لا يسقط الحد ، وعلى قياسه ينبغي
أن لا يسقط الحد إذا أقر بوقف الجارية ، وكذبه المقر •

قلت : ليس الوقف كالبيع ، فإنه يصح بلا قبول على المختار •
والله أعلم

وإذا قلنا : لا يقطع حتى يحضر الغائب ، فهل يحبس ؟ فيه أوجه ،
أحدها : نعم ، كمن أقر بقصاص لغائب أو صبي ، والثاني : إن قصرت
المسافة وتوقع قدومه على قرب ، حبس ، وإلا فلا ، والثالث : إن كانت
العين تالفة ، حبس للغرم ، وإن كانت باقية ، أخذت منه ، ثم يفرق بين
طول المسافة وقصرها ، ولو أقر بغصب مال غائب ، لم يحبس ، لأن
الحاكم لا مطالبة له بمال الغائب •

فرع

لو أقر عبد بسرقة موجبة للقطع ، قطع ، وفي قبوله في المال أقوال ،
أظهرها : لا يقبل ، والثاني : يقبل ، والثالث : إن كان المال في يده ، قبل ، وإن

تلف ، فلا ، والرابع : عكسه ، هذا إذا كان المال في يده ، أما إذا كان في يد السيد ، أو أجنبي ، فلا يقبل إقراره فيه بلا خلاف ، ولو أقر بسرقة دون النصاب ، لم يقبل بلا خلاف إلا أن يصدقه سيده .

فرع

متى رفع إلى مجلس القضاء ، واتهم بما يوجب عقوبة الله تعالى ، فللقاضي أن يعرض له بالإنكار ، ويحمله عليه ، فلو أقر بذلك ابتداء ، أو بعد الدعوى ، فهل يعرض له بالرجوع ؟ فيه أوجه ، الصحيح الذي قطع به عامة الأصحاب : نعم ، للحديث الصحيح أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لما عزر رضي الله عنه بعد إقراره بالزنى : « لعلك قبلت » والثاني : لا ، ونقله الإمام عن الجمهور ، وليس كما قال ، والثالث : إن لم يكن عالماً بجواز الرجوع ، عرض له ، وإلا فلا ، فعلى الأول هل يستحب للقاضي التعريض ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، للحديث ، وأصحهما : لا ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم ترك التعريض في أكثر الأوقات . والتعريض في الزنى : لعلك فاخذت ، أو لمست ، أو قبلت . وفي شرب الخمر : لعلك لم تعلم أن ما شربته مسكر . وفي السرقة : لعلك غصبت ، أو أخذت بإذن المالك ، أو من غير حرز ونحوها ، ولا يحمله القاضي على الرجوع تصريحاً بأن يقول : ارجع عن الإقرار ، أو اجده ، وإذا ثبت الحد بالبينة لا يحمله على الإنكار ، وأما حقوق الآدمي ، فلا يعرض له بالرجوع عن الإقرار بها ، حتى لا يعرض في السرقة بما يسقط الغرم ، إنما يسعى في دفع القطع ، وهل للحاكم أن يعرض للشهود بالتوقف في حدود الله تعالى ؟ وجهان .

قلت : أصحهما : نعم إن رأى المصلحة في الستر ، وإلا فلا .
والله أعلم

فرع

قال الإمام : في الحديث « من أتى شيئاً من هذه القاذورات فليستتر بستر الله » : هذا دليل على أنه لا يجب على من قارف موجب حد إظهاره للإمام : قال : وكان شيخي يقطع به ، وفيه احتمال إذا قلنا : الحد لا يسقط بالتوبة .

قلت : الصواب : الجزم بأنه لا يجب الإظهار لقصة ما عر ، وإنما لا يسقط الحد بالتوبة على قول في ظاهر الحكم ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى ، فالتوبة تسقط أثر المعصية . والله أعلم

الحجة الثالثة : الشهادة، فيثبت القطع بشهادة رجلين، ولا يثبت برجل وامرأتين ، فلو شهد رجل وامرأتان بالسرقة ، أو شاهد وحلف المدعي معه ، ثبت المال ولا يثبت القطع ، كما لو علق الطلاق أو العتق على غضب أو سرقة ، فشهد رجل وامرأتان على الغضب أو السرقة ، ثبت المال دون الطلاق والعتق ، وقيل : في ثبوت المال في السرقة قولان ، والمذهب الأول ، ولا تقبل في السرقة شهادة مطلقة لاختلاف المذاهب فيها ، فيشترط بيان السارق بالإشارة إليه إن كان حاضراً، أو ذكر اسمه ونسبه بحيث يتميز إن كان غائباً ، ويكفي عند حضوره أن يقول : سرق هذا ، وحكى ابن كج وجهاً أنه يشترط أن يقول : هذا بعينه ، وليس بشيء . ويشترط أن يبين المسروق والمسروق منه ، وكون السرقة من حرز بتعيين الحرز أو صفته ، وعن القاضي أبي الطيب وغيره ، أن الشاهد يقول أيضاً ، ولا أعلم له فيه شبهة ، قال صاحب « الشامل » : وليكن هذا تأكيداً ، لأن الأصل عدم الشبهة ، ويشترط أن تتفق شهادة الشاهدين . فلو شهد أحدهما أنه سرق بكرة ، والآخر أنه سرق عشيّة ، أو أحدهما بسرقة كبش أبيض ، والآخر بكبش أسود ، فهما شهادتان على سرقتين

مختلفتين ، فلا قطع ، وللمشهود له أن يحلف مع أحدهما ، فيغرمه ، ولو شهد اثنان أنه سرق كذا غدوة ، وشهد آخران أنه سرق عشية ، فالبيعتان متعارضتان ، فلا يحكم بواحدة منهما ، وفي الصورة الأولى لا يقال : متعارضتان ، لأن الحجة لم تتم ، فلو لم تتوارد الشهاداتان على معين ، بل قال بعضهم : سرق كبشاً غداة ، وقال بعضهم : سرق كبشاً عشية ، فإن كان الذي شهد واحداً واحداً ، فلا قطع ، وللمشهود له أن يحلف مع أحدهما ، ويأخذ الغرم ، أو معهما ويأخذ غرم ما شهدا به جميعاً ، وإن شهد اثنان واثنان ، وجب القطع ، وغرم ما شهد به هذان وهذان ، لكمال الحجتين ، ولو شهد واحد بسرقة كبش ، وآخر بسرقة كبشين ، ثبت الواحد وتعلق به القطع إن بلغ نصاباً ، ولو شهد واحد بسرقة ثوب قيمته ربع دينار ، وشهد آخر بسرقة ذلك الثوب ، وقومه بثمان دينار ، لم يقطع ويغرم ثمن دينار ، وللمشهود له أن يحلف مع شاهد الربع ويستحقه ، ولو شهد اثنان بسرقة وقالوا : قيمته ربع ، وشهد آخران بسرقة وقالوا : قيمته ثمن ، لم يقطع ، وللمشهود له الثمن ، ولو شهد أحدهما بسرقة ثوب أبيض قيمته ربع ، والآخر بسرقة ثوب أسود قيمته ثمن ، فلا قطع ، ولا يثبت بهما شيء لاختلافهما ، وله أن يحلف مع أحدهما ، وإن شهد اثنان واثنان تمت الشهاداتان ، فيقطع ويغرم الربع والثلث معاً .

فرع

كما يشترط التفصيل في الشهادة بالسرقة يشترط في الإقرار بها ، فلا قطع على من أقر بالسرقة مطلقاً ، لأنه قد يظن غير السرقة سرقة ، واسم السرقة يقع على ما يقطع به وعلى غيره ، وفي الشهادة على الزنى يشترط التفصيل ، وكذا في الإقرار به على الأصح .

فرع

الشهادة بالسرقة إن ترتبت على دعوى المسروق منه أو وكيله ،
فذاك ، وإن شهد الشهود على سبيل الحسبة ، فهل تقبل شهادتهم ؟
وجهان ، أصحهما : نعم ، فعلى هذا إن كان المسروق منه غائباً ، فالنص
أنه لا يقطع حتى يحضر الغائب ، ونص فيما لو شهد أربعة بالزنى بجارية
غائب أنه يحد ، ولا ينتظر حضور الغائب ، فقولان فيهما ، وقيل :
ينتظر المالك في الصورتين ، وغلطوا ناقل نص الزنى أو تأولوه ، والمذهب
تقرير النصين ، ، والفرق أن حد الزنى لا يسقط بإباحة الوطاء ، وحد
السرقة يسقط بإباحة المال ، فربما كان الغائب أباحه فانتظر اعترافه ،
ولأن القطع متعلق حق الآدمي ، فإنه شرع حفظاً لماله ، فاشتراط حضوره ،
فإن قلنا : لا يقطع ولا يحد في الحال ، فهل يحبس ؟ فيه الخلاف السابق
فيمن أقر بسرقة مال غائب ، أو بالزنى بجارية غائب ، وأشار الإمام إلى
أن الظاهر عند الأصحاب أنه يحبس لما يتعلق به من حق الله تعالى ، وإذا
لم يقطع حتى حضر المالك ، فإن لم يطلب المال ، أو اعترف بما يسقط
القطع ، فلا قطع ، وإن طلب ولم تظهر شبهة ، فإن قلنا : شهادة الحسبة
مقبولة ، قطع ، وهل تجب إعادة الشهادة لثبوت المال ؟ وجهان ، أصحهما :
نعم ، لأن شهادة الحسبة لا تقبل في الأموال ، والثاني : لا ، ويثبت الغرم
تبعاً ، وإن قلنا : غير مقبولة ، فلا بد من إعادة البينة للمال ، والأصح
أنها لا تعاد للقطع .

فرع

سرق مال صبي أو مجنون ، قال ابن كج : إن انتظرنا حضور
الغائب واعتبرنا طلبه ، انتظر بلوغه وإفاقته ، وإلا قطعناه في الحال .

فرع

إذا قلنا : يسقط الحد بدعوى الملك ، فهل يستفصله القاضي سعيًا في سقوط الحد ؟ فيه تردد للإمام •

قلت : الأصح لا يستفصله ، لأنه إغراء له بادعاء الباطل •
والله أعلم

الباب الثالث في الواجب على السارق

وهو شيئان :

أحدهما : رد المال إن كان باقياً ، وضمانه إن تلف ، سواء في ذلك الغني والفقير •

الثاني : القطع ، فتقطع من السارق والسارقة يده اليمنى ، فإن سرق ثانياً ، قطعت رجله اليسرى ، فإن سرق ثالثاً ، قطعت يده اليسرى ، فإن سرق رابعاً ، قطعت رجله اليمنى ، فإن سرق بعد ذلك ، عزز ، ونقل الإمام عن القديم قولاً ، أنه يقتل للحديث ، والمشهور التعزير ، والحديث منسوخ أو مؤوّل على أنه قتله لاستحلاله ، أو لسبب آخر ، وتقطع اليد من الكوع ، والرجل من المفصل بين الساق والقدم ، ويمد العضو مدأً عنيفاً حتى ينخلع ، ثم يقطع بحديدة ماضية ، ويمكن المقطوع جالساً ويضبط لئلا يتحرك ، ويحسم موضع القطع بأن يغمس في زيت أو دهن مغلي ، لتتسد أفواه العروق وينقطع الدم ، وهل هذا حق لله تعالى وتمة للحد ، أم هو حق للمقطوع ونظر له ؟ وجهان ، أصحهما : الثاني ، فعلى الأول يتركه الإمام ، ويكون ثمن الدهن ومؤنة الحسم على الخلاف في مؤنة الجلاد ، وإن قلنا بالأصح ، فالمؤنة على

المقطوع ، ولو تركه السلطان ، فلا شيء عليه ، وحينئذ يستحب للسارق أن يحسم ولا يجب ، لأن في الحسم ألماً شديداً وقد يهلك الضعيف ، والمداواة بمثل هذا لا تجب بحال ، وقيل : للإمام إجباره ، والصحيح الأول ، ويستحب للإمام أن يأمر بالحسم عقب القطع ، ولا يفعله إلا بإذن السارق إلا على قول من أجبره ، والسنة أن تعلق اليد المقطوعة في عنقه ، ثم الذي يوجد في كتب الجمهور أنها تعلق ساعة ، وأطلقوا ولم يفوضوه إلى رأي الإمام ، وحكى الإمام وجهاً أنها لاتعلق ، ووجهاً تعلق ثلاثاً ووجهاً الأمر فيه إلى رأي الإمام ، وهذه الأوجه غريبة ضعيفة .

فرع

لو كان على يمينه أصبع زائدة ، فوجهان ، أحدهما : لاتقطع ، بل تقطع رجله اليسرى ، وأصحهما : تقطع ولا يبالى بالزيادة ، لأن المراد التنكيل بخلاف القصاص ، فإن مقصوده المساواة ، ولو كانت اليمين شلاء ، فإن قال أهل الخبرة : إن قطعت لا ينقطع الدم ، لم تقطع ، ويكون كمن لا يمين له ، وإن قالوا : ينقطع ، قطعت واكتفي بها ، ولو كانت ناقصة أربع أصابع ، اكتفينا بها لحصول الإيلام والتنكيل ، وإن لم يبق إلا الكف ، أو بعض الكف بلا أصابع ، ففي الاكتفاء بذلك وجهان ، أو قولان ، أحدهما : الاكتفاء لما ذكرنا ، وطرده القاضي أبو حامد الوجهين فيما لو كانت يمينه بلا إبهام .

فرع

من لا يمين له ، تقطع رجله اليسرى كما ذكرنا ، ولو سرق ويمينه سليمة ، فسقطت بأفة أو جناية ، سقط عنه القطع ، وقيل : يعدل إلى الرجل ، كما لو فات محل القصاص يعدل إلى بدله ، وهو الدية ، والصحيح

الأول ، لأن القطع تعلق بها ، ولو سرق مراراً ولم يقطع ، اكتفي بقطع يمينه عن الجميع ، كمن زنى ، أو شرب مرات يلزمه حد واحد .

فرع

بدر أجنبي ، فقطع يمين السارق بغير إذن الإمام ، لا قصاص عليه ، لأنها مستحقة القطع ، فلو سرى إلى النفس ، فلا ضمان ، لأنها متولدة من مستحق ، لكن يعزر المبادر لافتئاته على الإمام ، هكذا أطلقوه ، ويشبه أن يجعل وجوب القصاص على الخلاف في قتل الزاني المحصن ولو قطع يساره جان ، أو قطعها الجلاد عمداً ، وجب القصاص على القاطع ، ولا يسقط عن السارق قطع اليمين ، فلو قال القاطع : لم أعلم أنها يساره ، حلف ولزمته الدية ، ولو قال الجلاد للسارق : أخرج يمينك ، فأخرج يساره ، فقطعها ، فطريقان ، قال القاضي أبو الطيب وآخرون : إن قال المخرج : ظننتها اليمين ، أو أن اليسار تجزى ، سقط بها القطع على الأظهر ، فإن قلنا : لا يسقط ، فقال القاطع : علمت أنها اليسار ، وأنها لا تجزى ، لزمه القصاص ، وإن قال : ظننتها اليمين ، أو أنها تجزى ، لزمه الدية ، وقال الشيخ أبو حامد : يراجع القاطع أولاً ، فإن قال : علمتها اليسار وأنها لا تجزى ، لزمه القصاص وبقي القطع واجباً في اليمين ، وإن قال : ظننتها اليمين ، أو أن اليسار تجزى ، لزمه الدية ، وفي سقوط قطع اليمين القولان ، وكلام الإمام وغيره يوافق هذا الطريق ، إلا أن القصاص إنما يلزم القاطع ، وإن علم الحال إذا لم يوجد من المخرج قصد بذل وإباحة ، ولو سقطت يسار السارق بأفة بعد وجوب قطع اليمين ، فقال أبو اسحاق : يسقط قطع اليمين في قول كما في مسألة غلط الجلاد ، وغلطه الأصحاب وقالوا : لا يسقط .

فرع

لو كان لمعصمه كفان نقل الإمام عن الأصحاب أنهما تقطعان ، ولا يبالى بالزيادة ، كالأصبع الزائدة ، واختار هو أن يفصل ، فإن تميزت الأصلية ، وأمكن الاقتصار على قطعها ، لم تقطع الزائدة ، وإلا فتقطع ، فلو أشكل الحال ، قال الإمام : فالذي رأيته للأصحاب أنهما يقطعان ، ويوافقهما ما في فتاوى القفال أن الكفين الباطشتين تقطعان جميعاً ، لأنهما في حكم يد ، ولهذا لا تجب فيهما ديتان ، لكن في « التهذيب » أنه تقطع في السرقة إحداهما ، فإن سرق ثانياً ، قطعت الأخرى ، ولا تقطعان بسرقة واحدة بخلاف الأصبع الزائدة ، لأنه لا يقع عليها اسم يد وهذا أحسن ، قال : ولو كان يبطش بأحدهما ، قطعت الباطشة دون الأخرى ، وإن سرق ثانياً ، قطعت رجله ، فلو صارت الأخرى باطشة ، فسرق ثانياً ، قطعت هي لا الرجل ، فإن سرق ثالثاً ، قطعت الرجل .

قلت : الصحيح المنصوص أنه لا يقطع إلا إحداهما كما ذكره في « التهذيب » ، وقد جزم به جماعة ، منهم القاضي أبو الطيب وصاحب « البحر » والشيخ نصر المقدسي وغيرهم ، ونقله القاضي والمقدسي عن نص الشافعي رحمه الله ، وقد أوضحته في صفة الوضوء من شرح المذهب .
والله أعلم

فصل

في مسائل منشورة

في فتاوى القفال ، إذا كان ثوبه بين يديه في المسجد ، فقال لرجل : احفظ ثوبي ، فقال : نعم أحفظه ، فرقد صاحب الثوب ، وذهب الرجل ، وترك الثوب ، فسرق ، لزمه الضمان ، ولو سرقه المستحفظ فلا قطع عليه ، ولو أغلق باب داره أو حانوته ، وقال للحارس : انظر إليّ أو

احفظه ، فأهمله الحارس ، فسرق ما فيه ، لم يضمن ، لأنه محرز في نفسه ، ولم يدخل تحت يده ، ولو سرقه الحارس ، قطع ، وفي فتاوى الغزالي . إذا تغفل السارق الحمامي وسرق الثياب ، اعتبر في وجوب القطع أن يخرجها من الحمام ، وأن الموضوع في الصحراء لا يكفي لوجوب القطع أخذه ، ولا النقل بخطوة ونحوها ، بل ضبط مثل ذلك أن يقال : إحراز مثله بالمعاينة ، فإذا غيبه عن عينه بحيث لو تنبه له لم يره ، بأن دفنه في تراب ، أو وراه تحت ثوبه ، أو حال بينهما جدار ، فقد أخرجه من حرزه ، وأنه لو علم قرداً النزول إلى الدار ، وإخراج المتاع ، فنقب ، وأرسل القرد وأخرج المتاع ، ينبغي أن لا يقطع ، لأن للحيوان اختياراً بخلاف الأخذ بالمحجن ، وفي فتاوى البغوي : لو وضع ميت على وجه الأرض ونضدت الحجارة عليه ، كان ذلك كالدفن ، حتى يجب القطع بسرقة الكفن لاسيما إذا كان لا يمكنهم الحفر .

قلت : ينبغي أن لا يقطع إلا إن تعذر الحفر ، لأنه ليس بدفن .
والله أعلم

وأنهم لو كانوا في بحر ، فطرح الميت في الماء ، فأخذ رجل كفنه ، لم يقطع ، لأنه ظاهر ، فهو كما لو وضع الميت على شفير القبر ، فأخذ ، ولو غيبه الماء ، فغاص سارق ، وأخذ الكفن ، لم يقطع أيضاً ، لأن طرحه لا يعد إحرازاً ، وقد يتوقف في هذا والله التوفيق .

* * *

باب قطاع الطرق

فيه اطراف :

الأول : في صفتهم ، وتعتبر فيهم الشوكة ، والبعد عن الغوث ، وأن يكونوا مسلمين مكلفين ، فالكفار ليس لهم حكم القطاع وإن أخافوا السبيل ، وقيل : والمراهقون لاعتقوبة عليهم ، ويضمنون المال والنفس ، كما لو أتلفوا في غير هذا الحال ، وأما الشوكة ، فقطاع الطريق طائفة يترصدون في المكامن للرفقة ، فإذا رأوهم ، برزوا قاصدين الأموال معتمدين في ذلك على قوة وقدرة يتغلبون بها ، وفيهم شرعت العقوبات الغليظة التي سننها إن شاء الله تعالى ، وأما الذين لا يعتمدون قوة ، ولكن ينتهزون ويختلسون ، ويولون معتمدين على ركض الخيل ، أو العدو على الأقدام ، كما يتعرض الواحد والنفر اليسير لأخذ القافلة فيسلبون شيئاً ، فليسوا بقطاع ، وحكمهم في الضمان والقصاص حكم غيرهم ، ولو خرج واحد أو شرذمة يسيرة ، فقصدتهم جماعة يغلبونهم بقوتهم ، فهم قطاع وإن لم يكثروا عددهم ، لاعتمادهم على الشوكة والنجدة بالإضافة إلى الواحد والشرذمة ، كذا نقله الإمام عن طرق الأصحاب ، ويقرب منه ما ذكره ابن كج أنه لو أقام خمسة أو عشرة في كهف ، أو شاهق جبل ، فإن مر بهم قوم لهم شوكة وعدة ، لم يتعرضوا لهم ، وإن مر قوم قليلو العدد ، قصدوهم بالقتل وأخذ المال ، فحكمهم حكم قطاع الطريق في حق الطائفة اليسيرة ، وإن تعرضوا للأقوياء وأخذوا شيئاً ، فهم مختلسون ، ورأى الإمام أن يفصل القول في الرفقة اليسيرة والواحد ، فيقال : إن كان خروجهم في مثل ذلك الطريق يعد تضييعاً وتغريباً بالنفس والمال ، فالمتعرضون لهم ليسوا بقطاع ، وينزل خروجهم في هذه الحالة كترك المال في موضع لا يعد حرزاً ، وأقام الإمام

مارآه وجهاً ، ولو كانت الرفقة يتأتى منهم دفع القاصدين ومقاومتهم ، فاستسلموا حتى قتلوا وأخذت أموالهم ، فالقاصدون لهم ليسوا بقطاع ، لأن ما فعلوه لم يصدر عن شوكتهم ، بل الرفقة ضيعوا ، هكذا أطلقه الأصحاب ، ويجوز أن يقال : ليست الشوكة مجرد العدد والعدة ، بل تحتاج مع ذلك إلى اتفاق كلمة ومتبوع مطاع وعزيمة على القتال ، والقاصدون للرفقة هكذا يكونون في الغالب ، والرفقة لاتجتمع كلمتهم ، ولا يضبطهم مطاع ، ولا عزم لهم على القتال ، وخلوهم عن هذه الأمور يوقعهم في التخاذل لا عن قصد منهم ، فينبغي أن لا يجعلوا مضيعين ، ولا يخرج قاصدوهم عن كونهم قطاعاً ، ولو أن الرفقة قاتلوهم ، ونالت كل طائفة من الأخرى ، فهل هم قطاع ؟ فيه احتمالان للإمام ، أحدهما . نعم ، وبه جزم الغزالي ، وأما البعد عن الغوث ، فإنما اشترط ليتمكنهم الاستيلاء والتهر مجاهرة وذلك إنما يتحقق غالباً في المواضع البعيدة عن العمار ، ولو خرج جماعة في المصر ، فحاربوا ، أو أغار عسكر على بلدة أو قرية ، أو خرج أهل أحد طرفي البلد على الطرف الآخر وكان لا يلحق المقصودين غوث لو استغاثوا ، فهم قطاع طريق ، وإن كان يلحقهم غوث ، فهم منتهبون ليسوا قطاعاً ، وامتناع لحاق الغوث لضعف السلطان أو لبعده وبعد أعوانه ، وقد يغلب أهل الفساد في مثل هذه الحالة ، فلا يقاومهم أهل العفة ، وتتعذر عليهم الاستغاثة ، ولو دخل جماعة بالليل داراً وكابروا ، ومنعوا أصحاب الدار من الاستغاثة مع قوة السلطان وحضوره ، فالأصح أنهم قطاع ، وبه قطع القفال والبغوي ، والثاني : أنهم سراق ، والثالث : مختلسون .

فرع

لا يشترط في قطاع الطريق الذكورة ، بل لو اجتمع نسوة لهن شوكة وقوة ، فهن قاطعات طريق ، ولا يشترط أيضاً شهر السلاح ، بل

الخارجون بالعصي والحجارة قطاع ، وذكر الإمام أنه يكفي القهر وأخذ المال باللكز ، والضرب بجمع الكف ، وفي « التهذيب » نحوه ، وكلام جماعة يقتضي أنه لا بد من آلة ، ولا يشترط العدد ، بل الواحد إذا كان له فضل قوة يغلب بها الجماعة ، وتعرض للنفوس والأموال مجاهراً ، فهو قاطع طريق •

الطرف الثاني في عقوبتهم :

فإذا علم الإمام من رجل ، أو من جماعة أنهم يترصدون للرفقة ، ويخيفون السبيل ، ولم يأخذوا بعد مالاً ، ولا قتلوا نفساً ، طلبهم ، وعزّهم بالحبس وغيره ، قال ابن سريج : والحبس في هذه الحال في غير موضعهم أولى ، لأنه أحوط وأبلغ في الزجر والإيحاش ، وإن أخذ قاطع من المال قدر نصاب السرقة ، قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى ، فإن عاد مرة أخرى ، قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى ، وإنما يقطع من خلاف لتلا يفوت جنس المنفعة ، وسواء كان النصاب لواحد أو لجماعة الرفقة كما سبق في السرقة ، وإن كان المأخوذ دون نصاب ، فلا قطع ، وقال ابن خيران : فيه قولان ، كالقولين في قتل قاطع الطريق ، هل تعتبر فيه الكفاءة ، لأنه فارق السرقة في اشتراط الحرز فكذا في النصاب ، والمذهب الأول ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « القطع في ربع دينار فصاعداً » وما ادعاه في الحرز ممنوع ، بل الذي قاله الأصحاب : أنه لو كان المال ضائعاً تسير به الدواب بلا حافظ ، فلا قطع ، ولو كانت الجمال مقطورة ولم تتعهد كما شرطنا فيها ، لم يجب القطع ، وإن قتل قاطع الطريق ، قتل ، وهو قتل متحتم ليس سبيله ، سبيل القصاص ، وإن جمع بين القتل وأخذ المال ، قتل وصلب ، ويعتبر في المال كونه نصاباً ، ويجيء فيه خلاف ابن خيران ، هذا هو المذهب ، وخرج ابن سلمة قولاً : أنه تقطع يده ورجله ويقتل ويصلب ، وحكى صاحب «التقريب»

قولاً : انه إن قتل وأخذ نصاباً ، قطع وقتل ، ولم يصلب ، وإن قتل وأخذ دون نصاب ، لم يقطع بل يقتل ويصلب ، وفي كيفية القتل والصلب إذا اجتمعا قولان ، أظهرهما : يقتل ثم يصلب ، وعلى هذا كم يترك مصلوباً ؟ وجهان ، أحدهما وهو نصه : ثلاثاً ، فإذا مضى الثلاث ، وسال صليبه ، وهو الودك ، أنزل ، وإلا فوجهان ، أحدهما : لا ينزل بل يترك حتى يسيل صليبه ، وأصحهما : ينزل ، ويكفي ما حصل من النكال ، ولو خيف التغير قبل الثلاث هل ينزل ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، وبه قال الماسرجسي وغيره ، والوجه الثاني من الأصل يترك مصلوباً حتى يسيل صديده ويتهرأ ولا ينزل بحال ، والوجهان متفقان على أن يصلب على خشبة ونحوها ، وهو الصحيح ، وعن ابن أبي هريرة أنه يطرح على الأرض حتى يسيل صديده ، قال الإمام وذكر الصيدلاني : أنه يترك حتى يتساقط ، وفي القلب منه شيء ، فإني لم أره لغيره ، وإذا قلنا : ينتظر سيلان الصليب ، لم نبال تنته ، ولفظ البغوي في حكاية وجه ابن أبي هريرة أنه يترك حتى يسيل صديده إلا أن يتأذى به الأحياء ، وما ذكره الإمام أقرب إلى سياق ذلك الوجه .

والقول الثاني في كيفية القتل : انه يصلب حياً ، ثم يقتل ، وعلى هذا كيف يقتل ، أترك بلا طعام وشراب حتى يموت ، أم يجرح حتى يموت ، أم يترك مصلوباً ثلاثاً ، ثم ينزل ويقتل ، فيه أوجه ، ويعرف بهذا أن الصلب على هذا القول يراد به صلب لا يموت منه ، وتقدم في كتاب الجنائز حكم الصلاة عليه ، وأن الخلاف السابق في إنزاله عن الخشبة بعد ثلاث وتركه جار تفرعاً على القول الثاني ، أما إذا لم يأخذ مالا ولا قتل ، ولكن كثر جمع القاطعين ، وكان رداء لهم ، وأرغب الرفقة عليه ، كما لاحد في مقدمات الزنى ، ولو أخذ بعضهم أقل من نصاب ، فكذلك الحكم إذا شرطنا النصاب ، ولا يكمل نصابه بما أخذه غيره ، وفيما يعاقب به الردء وجهان ، أحدهما : يعزره الإمام باجتهاده بالحبس

أو التغريب أو سائر وجوه التأديب ، كسائر المعاصي ، والثاني : يغربه
بنفيه إلى حيث يرى ، وليختر جهة يحف بها أهل النجدة من أصحاب
الإمام ، وإذا عين صوباً ، منعه العدول إلى غيره ، وعلى هذا هل يعزر
في البلد المنفي إليه بضرب وجس وغيرهما ، أم يكفي النفي ؟ وجهان •
قلت : الأصح : أنه إلى رأي الإمام وما اقتضته المصلحة •

والله أعلم

فرع

من اجتمع عليه قتل وصلب ، فمات ، فهل يجب صلبه ؟ وجهان ،
أحدهما : نعم ، لأن القتل والصلب مشروعان ، تعذر أحدهما
فوجب الآخر ، والثاني : لا ، وبه قال الشيخ أبو حامد ، وينسب إلى
النص ، لأنه تابع للقتل ، فسقط بسقوط المتبوع •

الطرف الثالث في حكم هذه العقوبة وهو امران

الاول : السقوط بالتوبة ، وقد سبق أن قاطع الطريق إذا هرب ،
يطلب ويقام ما يستوجبه من حد أو تعزير ، فلو تاب قبل القدرة عليه ،
سقط ما يختص بقطع الطريق من العقوبات على المذهب ، وقيل : قولان ،
وإن تاب بعد القدرة ، لم يسقط على المذهب ، وقيل : قولان ، وهل
تؤثر التوبة في إسقاط حد الزنى والسرقة والشرب في حق غير قاطع
الطريق ، وفي حقه قبل القدرة وبعدها ؟ فيه قولان سبقا ، الأظهر :
لا يسقط ، صححه الإمام والبعوي وغيرهما ، وهو منسوب إلى الجديد
لإطلاق آية الزنى ، وقياساً على الكفارة ، ورجح جماعة من العراقيين
السقوط •

قلت : رجع الرافعي في « المحرر » منع السقوط ، وهو أقوى •
والله أعلم

ثم ما يسقط بالتوبة في حق قاطع الطريق قبل القدرة يسقط بنفس التوبة ، وأما توبته بعد القدرة ، وتوبة الزاني والشارق فوجهان ، أحدهما : كذلك ، ويكون إظهار التوبة كإظهار الإسلام تحت السيف ، والثاني : يشترط مع التوبة إصلاح العمل ليظهر صدقه فيها ، ونسب الإمام هذا الوجه إلى القاضي حسين ، والأول إلى سائر الأصحاب ، والذي ذكره جماعة من العراقيين والبعثيين والرويانى هو ما نسبته إلى القاضي ، واحتجوا بظاهر القرآن ، قال الله تعالى في قطاع الطريق : (إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) [المائدة : ٣٤] لم يذكر غير التوبة ، وقال في الزنى : (فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما) [النساء : ١٦] وفي السرقة : (فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح) [المائدة : ٣٦] قال الإمام : معرفة إصلاح العمل بأن يمتحن سراً وعلناً ، فإن بدا الإصلاح ، أسقطنا الحد عنه ، وإلا حكمنا بأنه لم يسقط ، قال الإمام : وهذا مشكل ، لأنه لا سبيل إلى حقيقته ، وإن خلى ، فكيف يعرف صلاحه ، ويشبه أن يقال تفرعاً على هذا : إذا أظهر التوبة ، امتنعنا من إقامة الحد ، فإن لم يظهر ما يخالف الإصلاح ، فذاك ، وإن ظهر ، أقمنا عليه الحد ، وقد ذكرنا في باب حد الزنى في موضع القولين في سقوط الحد بالتوبة طريقين ، أحدهما : تخصيصهما بمن تاب قبل الرفع إلى القاضي ، فإن تاب بعد الرفع ، لم يسقط قطعاً ، والثاني : طردهما في الحالين ، وقد يرجع هذا الخلاف إلى أن التوبة بمجرد تسقط الحد ، أم يعتبر الإصلاح ، إن اعتبرناه اشترط مضي زمن يظهر به الصدق ، فلا تكفي التوبة بعد الرفع .

فرع

إذا تاب قاطع الطريق قبل القدرة ، فإن كان قد قتل ، سقط عنه احتمال القتل ، فللولي أن يقتص ، وله العفو وهذا هو المذهب ، وفيه وجه شاذ يسقط القصاص ، فلا يبقى عليه شيء أصلاً ، وحكي وجه

أنه يسقط بالتوبة القصاص وحد القذف ، لأنهما يسقطان بالشبهة ، كحدود الله تعالى ، ونقله ابن القطان في القذف قولاً قديماً ، وليس بشيء ، وإن كان قد قتل وأخذ المال ، سقط الصلب ، وانحتم القتل . وبقي القصاص ، وضمان المال ، وفي القصاص ما ذكرنا ، وإن كان قد أخذ المال ، سقط قطع الرجل ، وكذا قطع اليد على المذهب .

الامر الثاني في حكم قتله ، فإذا قتل قاطع الطريق خطأ ، بأن رمى شخصاً فأصاب غيره ، أو شبه عمد ، لم يلزمه القتل ، وتكون الدية على عاقلته ، وإن قتل عمداً ، فقد سبق أنه يتحتم قتله ، واختلفوا في حكم قتله ، فقالت طائفة وهو الأصح : هذا قتل فيه معنى القصاص ومعنى الحدود ، لأنه في مقابلة قتل ولكن لا يصح العفو عنه ويتعلق استيفاؤه بالسلطان ، وما المذهب من المعنيين ؟ فيه قولان ، وقال آخرون : هل يتمحض حقاً لله تعالى أم فيه أيضاً حق آدمي ؟ قولان ، أظهرهما : الثاني ، ويقال على هذا القول : أصل القتل في مقابلة القتل ، والتحتم حق لله تعالى ، ويتفرع على هذا الخلاف صور .

منها : لو قتل قاطع الطريق من لا يكافئه ، كابنه وعبد وذمي ، فإن لم يراع معنى القصاص وحق الآدمي ، قتلناه حداً ولم نبال بعدم الكفاءة ، وإن راعيناه ، لم نقتله به وأوجبنا الدية أو القيمة ، ولو قتل عبداً نفسه ، فقال ابن أبي هريرة والقاضي حسين : هو على الخلاف ، وقال أبو إسحاق : لا يقتل قطعاً ، كما لا يقطع إذا أخذ مال نفسه ، واختاره الصيدلاني .

ومنها : لو مات ، فإن راعينا القصاص أخذنا الدية من تركته ، وإلا فلا شيء فيها .

ومنها : لو قتل في قطع الطريق جماعة ، فإن راعينا القصاص ، قتل
بواحد وللباقين الديات ، فإن قتلهم مرتباً ، قتل بالأول ، ولو عفا ولي
الأول ، لم يسقط ذكره البغوي ، وإن لم نراع القصاص ، قتل بهم ، ولأدية .

ومنها : لو عفا الولي على مال إن راعينا القصاص ، سقط القصاص
ووجب المال ، وقتل حداً كمرتد وجب عليه قصاص ، وعفي عنه . وإن لم
نراعه ، فالعفو لغو .

ومنها : لو تاب قبل القدرة ، لم يسقط القصاص إن راعينا معناه
ويسقط الحد ، وإلا فلا شيء عليه .

ومنها : لو قتل بمثقل ، أو بقطع عضو ، فإن راعينا القصاص ،
قتلناه بمثل ما قتل ، وإلا فيقتل بالسيف ، كالمترد .

ومنها : لو قتله شخص بغير إذن الإمام إن راعينا القصاص ، لزمه
الدية لورثته ولا قصاص ، لأن قتله متحتم ، ويجيء فيه وجه . وإن لم
نراعه ، فليس عليه إلا التعزير لافتئاته على الإمام .

فرع

إذا جرح قاطع الطريق جرحاً سارياً ، فهو قاتل ، وقد سبق حكمه .
وإن جرح جرحاً واقفاً ، نظر إن كان مما لا قصاص فيه كالجائفة ، فواجبه
المال ولا قتل ، وإن كان مما فيه قصاص ، كقطع يد ورجل ، قوبلت بمثله ،
وهل يتحتم القصاص في الجراحة ؟ فيه أقوال ، أظهرها : لا ، كب
لا كفارة ، والثاني : نعم ، والثالث : يتحتم في اليدين والرجلين دون
الأنف والأذن والعين وغيرها ، قال ابن الصباغ : لو قطع يد رجل ثم قتله ، فإن
قلنا : الجراحة لا تتحتم ، فهو كما لو قطعه في غير المحاربة ثم قتله فيها .

وسياتي إن شاء الله تعالى • وإن قلنا : يتحتم ، قطع ثم قتل • ولو قطع في المحاربة وأخذ المال ، نظر إن قطع يمينه ، فإن قلنا : لا يتحتم وعفا ، أخذ دية اليد ، وقطعنا يمين المحارب ورجله اليسرى حداً ، وإن لم يعف • أو قلنا : يتحتم ، قطعت يمينه بالقصاص وقطعت رجله حداً ، كما لو قطع الطريق ولا يمين له • وإن قطع يساره ، فإن قلنا : لا يتحتم وعفا ، أخذ الدية ، وقطعت يده اليمنى ورجله اليسرى ، وإن لم يعف ، أو قلنا : بالتحتم ، قطعت يساره • وتؤخر قطع اليمين والرجل اليسرى حتى تندمل اليسار ، ولا يوالى بين عقوبتين •

فصل

يوالى على قاطع الطريق بين قطع يده ورجله ، لأن قطعهما عقوبة واحدة ، كالجلدات في الحد الواحد ، وإن كان مقطوع اليمين ، قطعت رجله اليسرى ولا تجعل اليد اليسرى بدلاً عن اليسرى ، فإن كان مفقود اليد اليسرى والرجل اليسرى ، قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى ، ولو قطع يسار إنسان وسرق ، قطعت يساره قصاصاً وأمهل إلى الاندمال ثم تقطع يمينه عن السرقة ولا يوالى ، لأنهما عقوبتان مختلفتان ، وقدم القصاص ، لأن العقوبة التي هي حق آدمي أكد من التي هي حق الله تعالى ، لأنها تسقط بما لا تسقط به عقوبة الآدمي بخلاف الحقوق المالية ، فإن فيها ثلاثة أقوال في أنه يقدم حق الله تعالى أم الآدمي ، أم يستويان لاستوائهما في التأكد وعدم السقوط بالشبهة ، ولو وجب قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى بقطع الطريق ، وقطع اليد اليسرى بقصاص ، قدم قطع اليسرى قصاصاً ، ثم يمهل إلى الاندمال ، ثم يقطع العضوان لقطع الطريق ، ولو استحققت يمينه بقصاص وقطع للطريق ، فإن عفا

مستحق القصاص ، قطعت يمينه مع رجله اليسرى حداً ، وإلا فيقدم القصاص ، وتقطع الرجل اليسرى عن الحد ، وتقطع عقيب القصاص ، وقيل : يهل بها إلى الاندمال ، والأول أصح ، ولو استحققت يده اليمنى ورجله اليسرى بفصاص وقطع طريق ، نظر إن عفا مستحق القصاص ، قطع العضوان عن الحد ، وإن اقتص فيهما ، سقط الحد لفوات محله الذي تعلق به ، ولو قطع العضوين في قطع الطريق وأخذ المال ، فإن قلنا : الجراحة في قطع الطريق لا تتحتم ، فهو كما لو قطع العضوين في غير المحاربة وقطع أيضاً الطريق ، وإن قلنا : تتحتم ، قطعناهما قصاصاً ، وسقط الحد ، كذا ذكره الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وغيرهما ، وسووا بين قطع العضوين قبل أخذ المال وبعده ، قال صاحب «المهدب» : إن قلنا بالتحتم ، فإن تقدم أخذ المال ، واقتص في العضوين ، سقط الحد ، وإن تقدم قطع العضوين ، ثم أخذ المال ، لم يسقط بالقصاص حد قطع الطريق ، بل تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى •

فصل

اجتمع عليه عقوبات آدميين ، كحد قذف وقصاص عضو وقصاص نفس ، فإن حضر المستحقون وطلبوا حقوقهم جميعاً ، جلد ، ثم قطع ، ثم قتل ، ويبادر بالقتل بعد القطع ، ولا يبادر بالقطع بعد الجلد إن كان مستحق القتل غائباً ، لأنه قد يهلك بالموالاة فيفوت قصاصه ، وإن كان حاضراً وقال : عجلوا القطع وأنا أبادر بالقتل بعد القطع ، فوجهان ، أحدهما : يبادر ، لأن التأخير كان حقه وقد رضي بالتقديم • وأصحهما : المنع خوفاً من هلاكه بالموالاة ، ورأى الإمام تخصيص الوجهين بمن خيف موته بالموالاة بحيث يتعذر قصاص النفس لاتتهائه إلى حركة

المذبوح ، ورأى الجزم بالمبادرة إذا أمكن استيفاء القصاص بعد القطع ، أما إذا لم يجتمعوا على الطلب ، فإن آخر مستحق النفس حقه ، جلد ، فإذا برأ ، قطع ، وإن آخر مستحق الطرف حقه ، جلد ، ويتعذر القتل لحق مستحق الطرف ، وعلى مستحق النفس الصبر حتى يستوفي مستحق الطرف حقه ، قال الغزالي : ولو مكن مستحق النفس من القتل ، وقيل لمستحق الطرف : بادر وإلا ضاع حقتك لفوات محله ، لم يكن بعيداً ، ولو بادر مستحق النفس فقتله ، كان مستوفياً حقه ، ورجع مستحق الطرف إلى الدية ، ولو آخر مستحق الجلد حقه ، فقياس ما سبق أن يصبر الآخرون ، وإذا اجتمع عليه حدود قذف لجماعة ، حد لكل واحد حداً ، ولا يوالى بل يمهل بعد كل حد حتى يبرأ ، هكذا ذكره البغوي وغيره ، لكن سبق في القصاص أنه يوالى بين قطع الأطراف قصاصاً ، وقياسه أن يوالى بين الحدود ، وذكروا تفريراً على الأول الوجهين فيما لو وجب على عبد حدان لقذف شخصين ، هل يوالى ؟ أصحهما عند البغوي : لا ، لأنهما حدان ، والثاني : نعم ، لأنهما كحد حر ، قال الروياني : هذا أقرب إلى المذهب ، وأما ترتيب حدود القذف فينبغي أن يقال : إن قذفهم مرتباً ، حد للأول فالأول ، وإن قذفهم بكلمة وقلنا بالأظهر : إنه يتعدد الحد ، أقرع •

فرع

اجتمع عليه حدود لله تعالى ، بأذ شرب وزنى وهو بكر ، وسرق ، ولزمه قتل بردة ، قدم الأخف فالأخف ، وتجب رعاية هذا الترتيب والإمهال سعيًا في إقامة الجميع ، وأخفها حد الشرب ، ثم يمهل حتى يبرأ ، ثم يجلد للزنى ، ويمهل ، ثم يقطع ، فإذا لم يبق إلا القتل ، قتل ولم يمهل ، وحكى أبو بكر الطوسي وجهاً : أنه إذا كان فيها قتل يوالى

بلا إمهال ، والصحيح الأول ، وبه قطع الجمهور ، ولو اجتمع معها أخذ مال في محاربة ، قطعت يده ورجله بعد جلد الزنى ، وهل يوالى بين قطع اليد والرجل أم يؤخر قطع الرجل حتى تندمل اليد ؟ وجهان ، أحدهما : يؤخر لأن اليد مقطوعة عن السرقة ، والرجل عن المحاربة ولا يوالى بين حدين ، وأصحهما وهو المنصوص : يوالى ، لأن اليد تقع عن المحاربة والسرقة ، فصار كما لو انفردت المحاربة ، ولو اجتمعت عقوبات لله تعالى ولآدمي ، بأن انضم إلى هذه العقوبات حد قذف ، قدم حد القذف على حد الزنى ، نص عليه ، واختلفوا لم قدم ؟ فقال أبو إسحاق وجماعة : لأنه حق آدمي ، وقال ابن أبي هريرة : لأنه أخف ، والأول أصح عند الأصحاب ، وفيما يقدم من حد الشرب والقذف وجهان بناء على المعنيين ، ويجريان في حد الزنى وقصاص الطرف والإمهال بعد كل عقوبة إلى الاندمال على ما ذكرنا ، ولو كان الواجب بدل قتل الردة قتل قصاص ، فالقول في الترتيب والإمهال كذلك ، ولو اجتمع الرجم للزنى وقتل قصاص ، فهل يقتل رجماً بإذن الولي ليتأدى الحقان ، أم يسلم إلى الولي ليقتله قصاصاً ؟ وجهان ، أحدهما : الثاني . ولو كان الواجب قتل محاربة ، فهل يجب التفريق بين الحدود المقامة قبل القتل ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، لأنه متحتم القتل ، فلا معنى للإمهال بخلاف قتل الردة والقصاص ، فإنه يتوقع الإسلام والعفو ، وأصحهما : نعم ، لأنه قد يموت بالموالاة ، فتفوت سائر الحدود ، ولو اجتمع قتل محاربة مع قصاص في غير محاربة ، نظر إن سبق قتل المحاربة ، قتل حداً ، ويعدل صاحب القصاص إلى الدية ، وإن سبق قتل القصاص ، خير الولي فيه ، فإن عفا ، قتل وصلب للمحاربة ، وإن اقتصر . عدل لقتل المحاربة إلى الدية ، وهل يصلب ؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا مات المحارب قبل قتله ، ولو

سرق ثم قتل في المحاربة ، فهل يقطع للسرقة ويقتل للمحاربة ، أم يقتصر على القتل والصلب ، ويندرج حد السرقة في حد المحاربة ؟ وجهان •

فروع

من زنى مراراً وهو بكر ، حد لها حداً واحداً ، وكذا لو سرق ، أو شرب مراراً ، وهل يقال : تجب حدود ثم تعود إلى حد واحد ، أم لا يجب إلا حد ، وتجعل الزنيات كالحركات في زنية واحدة ؟ ذكروا فيه احتمالين ، ولو زنى أو شرب فأقيم عليه الحد ، ثم زنى أو شرب ، أقيم عليه حد آخر ، فإن لم يبرأ من الأول ، أمهل حتى يبرأ ، ولو أقيم عليه بعض الحد فارتكب الجريمة ثانياً ، دخل الباقي في الحد الثاني ، وإذا زنى فجلد ، ثم زنى قبل التغريب ، جلد ثانياً وكفاه تغريب واحد ، ولو جلد خمسين ، فزنى ثانياً ، جلد مائة وغرب ودخل في المائة الخمسون الباقية ، ولو زنى وهو بكر ، ثم زنى قبل أن يحد وقد أحصن ، فهل يكتفى بالرجم ويدخل فيه الجلد أم يجمع بينهما ؟ وجهان ، أصحهما عند الإمام والغزالي : الأول ، وأصحهما عند البغوي وغيره : الثاني ، لاختلاف العقوبتين ، وعلى هذا فهل يجلد مائة ويغرب عاماً ثم يرجم ، أم يجلد ويرجم ، ويدخل التغريب في الرجم ؟ وجهان ، أصحهما : الثاني • ولو زنى عبد ، فعتق قبل الحد ، وزنى ثانياً ، فإن كان بكراً ، جلد مائة وغرب عاماً ، وإن كان محصناً ، جلد خمسين ، ثم رجم ، هكذا أطلقه البغوي ، ويشبه أن يكون على الخلاف فيمن زنى وهو بكر ، ثم زنى وهو محصن • ولو زنى ذمي محصن ، ثم نقض العهد واسترق ، فزنى ثانياً ، ففي دخول الجلد في الرجم الوجهان ، قال البغوي : الأصح : المنع ، فيجلد خمسين ثم يرجم ، وإن قلنا : بتغريب العبد ، ففي اندراج التغريب في الرجم الوجهان •

فصل

لا يثبت قطع الطريق إلا بشهادة رجلين ويشترط في الشهادة التفصيل وتعيين قاطع الطريق ومن قتله أو أخذ ماله ، وتقاس صورته بما سبق في الشهادة على السرقة ، ولو شهد اثنان من الرفقة ، نظر إن لم يتعرضا لقصد المشهود عليه نفساً ومالاً ، قبلت شهادتهما ، وليس على القاضي أن يبحث عنهما هل هما من الرفقة أم لا ، فإن بحث ، فلهما أن لا يجيبا ، وإن لم يثبتا على الشهادة وإن قالوا : قطع هذا وهؤلاء علينا الطريق ، فأخذوا مالنا ومال رفقتنا ، لم تقبل شهادتهما في حق أنفسهما ولا في حق غيرهما ، وقيل : في حق غيرهما قولان ، والمذهب الأول ، لأنهما صاروا عدوين ، قال الماسرجسي وغيره : لو شهد رجلان بوصية لهما فيها نصيب أو إشراف ، لم تقبل في شيء ، وإن قالوا : نشهد بها سوى ما يتعلق بنا من المال والإشراف ، قبلت شهادتهما •

فصل

يحسم موضع القطع من قاطع الطريق كما سبق في السارق ، ويجوز أن تحسم اليد ، ثم تقطع الرجل ، وأن تقطعا جميعاً ، ثم تحسما ، قال العبادي في « الرقم » : إن قلنا : إن قتل قاطع الطريق يراعى فيه معنى القصاص ، لزمه الكفارة ، وإن قلنا : حد محض ، فلا كفارة •

باب حد شارب الخمر

شرب الخمر من كبائر المحرمات ، قال الأصحاب : عصير العنب إذا اشتد وقذف بالزبد حرام بالإجماع ، وسواء قليله وكثيره ، ويفسق شاربه ويلزمه الحد ، ومن استحلّه كفر ، وعصير الرطب النّيء ، كعصير العنب النّيء . كذا ذكره البغوي وطائفة ، وحكاه الروياني عن بعضهم واستغربه ، واختار كونه كسائر الأشربة ، أما سائر الأشربة المسكرة ، فهي في التحريم ووجوب الحد عندنا كمصير العنب ، لكن لا يكفر مستحلّها ، لاختلاف العلماء فيها ، وذكر الأصحاب خلافاً في أن اسم الخمر هل يتناولها ؟ والأكثر على المنع ، وكل شراب حكمنا بتحريمه ، فهو نجس ، ويبيع باطل ، ومالا يسكر من الأنبذة لا يحرم ، لكن يكره شرب المنصف والخليطين للحديث الناهي عنهما ، والمنصف : ما عمل من تمر ورطب ، وشراب الخليطين : ما عمل من بسر ورطب ، وقيل : ما عمل من تمر وزبيب ، وسبب النهي أن الإسكار يسرع إليه بسبب الخلط قبل أن يتغير طعمه ، فيظن الشارب أنه ليس بسكر ويكون مسكراً ، وهذا كالنهي عن الاتباز في الأوعية التي كانوا ينبذون فيها ، كالدباء وهو القرع ، والحنتم وهو جرار خضر ، والنقير وهو جذع ينقر ويتخذ منه إناء ، والمزفت وهو المطلي بالزفت وهو القار ، ويقال له : المقير ، لأن هذه الأوعية يشتد فيها ولا يعلم به بخلاف الأسقية من الأدم .

قلت : والنهي عن هذه الأوعية منسوخ ، ثبت نسخه من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم في صحيح مسلم . والله أعلم

وفي الباب طرفان :

الأول : في الشراب الموجب للحد ، فكل ملتزم لتحريم المشروب شرب ما يسكر جنسه مختاراً بلا ضرورة ولا عذر ، لزمه الحد ، فهذه خمسة قيود .

الأول : الملتزم ، فلا حد على صبي ومجنون وحربي ، والمذهب أن الذمي لا يحد بالخمير ، وأن الحنفي يحد بشرب النبيذ وإن كان لا يعتقد تحريره ، ويأتي في الشهادة إن شرب الحنفي النبيذ هل يفسق به وترد شهادته ؟ إن شاء الله تعالى .

الثاني : قولنا : شرب ما يسكر جنسه يخرج بلفظ الشرب ما لو احتقن ، أو استعط بالخمير ، فلا حد ، لأن الحد للزجر ، ولا حاجة فيه إلى الزجر ، وقيل : يحد ، وقيل : يحد في السعوط دون الحقنة ، والأول أصح ، ويتعلق بكون المشروب مسكراً في جنسه صور :
منها : أنه يدخل فيه النبيذ ودردي الخمر والثخين منها إذا أكله بخبز ، أو ترد فيها وأكل الثريد ، أو طبخ بها ، وأكل المرق ، فيحد بكل ذلك ، ولا يحد بأكل اللحم المطبوخ بها ، ولا بأكل خبز أو معجون عجن بها على الصحيح فيهما ، وعلى هذا قال الإمام : من شرب كوز ماء فيه قطرات خمر والماء غالب ، لم يحد لاستهلاك الخمر .

الثالث : كون الشارب مختاراً ، فلا حد على من أوجر قهراً ، والمذهب أنه لا يحد من أكره حتى شرب ، وذكر ابن كج فيه وجهين .
الرابع : أن لا يكون مضطراً ، فلو غص بلقمة ، ولم يجد ما يسيغها غير الخمر ، وجب عليه إساعتها بالخمير ولا حد ، وحكى إبراهيم المروذي في تحريم الإساعة وجهين لعموم النهي ، والمذهب الأول ، وأما شربها للتداوي والعطش والجوع إذا لم يجد غيرها ففيه أوجه ، أصحها والمنصوص وقول الأكثرين : لا يجوز لعنوم النهي ، ولأن بعضها يدعو إلى بعض . والثاني : يجوز كما يجوز شرب البول والدم لذلك وكما يتداوى بالنجاسات ، كلحم الحية والسرطان والمعجون فيه خمر . والثالث : يجوز للتداوي دون العطش والجوع ، ورجحه الروياني . والرابع : عكسه ، لأن دفع العطش موثوق به في الحال ، وهذا هو الصحيح عند الإمام ، ونقل اتفاق الأصحاب على تحريم التداوي ، قال : وبلغنا عن

آحاد من المتأخرين لسب (١) بجوازه من غير تدوين في كتاب. والخامس: يجوز للعطش دون الجوع لأنها تحرق كبد الجائع ثم الخلاف في التداوي مخصوص بالقليل الذي لا يسكر ، ويشترط خبر طيب مسلم ، أو معرفة المتداوي إن عرف ، ويشترط أن لا يجد ما يقوم مقامها ، ويعتبر هذان الشرطان في تناول سائر الأعيان النجسة ، ولو قال الطبيب : يتعجل بها الشفاء ، فالأصح أنه كرجاء الشفاء ، ثم قال القاضي حسين والغزالي : لاحد على المتداوي وإن حكمنا بالتحريم لشبهة الخلاف ، وقال الإمام : أطلق الأئمة المعتبرون أقوالهم في طرقهم أن التداوي حرام موجب للحد ، وإذا جوزنا الشرب للعطش ، لزمه الشرب ، كتناول الميتة للمضطر ولا حد ، وإذا لم نجوزه ، ففي الحد الخلاف كالتداوي .

الخامس : أن لا يكون له عذر في الشرب ، فلو شرب قريب عهد بالاسلام وادعى جهل التحريم ، لم يحد ، فلو قال : علمت التحريم وجهلت الحد ، وجب الحد ، ولو شرب خمراً وهو يظن أنه يشرب غير مسكر في جنسه ، فلا حد وإن سكر منه لم يلزمه قضاء الصلوات ، كالمنفى عليه ، وإن علم أنه من جنس المسكر ، وظن أن ذلك القدر لا يسكر ، حد ، ولزمه قضاء الصلوات الفاتئة في السكر .

فرع

إنما يجب الحد إذا ثبت الشرب بإقراره أو شهادة رجلين . وفي تعليق الشيخ أبي حامد أنه يجب أيضاً إذا علمنا شربه المسكر ، بأن رأيناه شرب من شراب إناء شرب منه غيره فسكر ، وليكن هذا مبنياً على أن القاضي يقضي بعلمه ، ولا تعويل على النكهة وظهور الرائحة منها ، ولا على مشاهدة سكره وتقيئه الخمر ، لاحتمال غلط أو إكراه . ثم صيغة المقر والشاهد إن كانت مفصلة بأن قال : شربت الخمر ، أو شربت ما شرب منه غيري ، فسكر منه ، وأنا به عالم مختار . وفصل الشاهد

(١) كذا الأصل ولم نتيبناه .

كذلك ، فذاك ، وإن قال : شربت الخمر ، أو ما شربه غيري فشرب منه فسكر منه ، واقتصر عليه ، أو شهد اثنان أنه شرب الخمر من غير تعرض للعلم والاختيار ، فوجهان ، أحدهما : لاحد ، لاحتمال الجهل والإكراه ، كما لا بد من التفصيل في الزنى ، وبهذا قال القاضي أبو حامد واختاره الإمام ، وأصحهما وأشهرهما وظاهر النص وبه قطع بعضهم : يجب الحد ، لأن إضافة الشرب إليه حاصلة ، والأصل عدم الإكراه ، والظاهر من حال الآكل والشارب العلم بما يشربه ، وصار كالإقرار بالبيع والطلاق وغيرهما ، والشهادة عليها لا يشترط فيها تعرض للاختيار والعلم بخلاف الزنى فإنه يطلق على مقدماته ، وفي الحديث « العيانان تزنيان » •

فروع

ما يزيل العقل من غير الأشربة ، كالبنج ، حرام لكن لاحد في تناوله ، ولو احتيج في قطع اليد المتأكلة إلى زوال عقله هل يجوز ذلك ؟ يخرج على الخلاف في التداوي بالخمر •

قلت : الأصح : الجواز ، وقد سبق في مسائل طلاق السكران ومن زال عقله ما يقتضي الجزم به ، ولو احتاج إلى دواء يزيل العقل لغرض صحيح جاز تناوله قطعاً كما سبق هناك • **وانتأعلم**

الند (١) المعجون بالخمر نجس ، قال ابن الصباغ : ولا يجوز بيعه ، وكان ينبغي أن يجوز ، كالشوب النجس ، لإمكان تطهيره بنقعه في الماء ، ومن يتخر به هل يتنجس ؟ فيه وجهان ، كدخان النجاسة •

الطرف الثاني في الحد الواجب في الشرب

وهو أربعون جلدة على الحر ، وعشرون على الرقيق ، واختار ابن المنذر أنه ثمانون ، وهل يجوز أن يضرب بالأيدي والنعال وأطراف الثياب والسوط ، أم يتعين ما عدا السوط ، أم يتعين السوط ؟ فيه

(١) هو ضرب من الطيب ، وقال أبو عمرو بن العلاء : يقال للعنبر :

ثلاثة أوجه : الصحيح الأول ، وهو جواز الجميع ، ولو رأى الإمام أن يبلغ به ثمانين أو ما بينها وبين الأربعين ، جاز على الأصح ، فعلى هذا هل الزيادة تعزير أم حد ؟ وجهان ، أحدهما عند الجمهور : تعزير ، لأنها لو كانت حداً لم يجز تركها ، وتركها جائز ، فعلى هذا هو تعزيرات على أنواع من هذيان يصدر منه ونحوه ، والثاني : أن الزيادة حد ، لأن التعزير لا يكون إلا على جناية مخففة ، ثم كان ينبغي أن لا ينحصر في ثمانين وتجوز الزيادة عليها وهي غير جائزة بالاتفاق ، وعلى هذا حد الشرب مخصوص بأن يتحتم بعضه ، ويتعلق بعضه باجتهاد الإمام .

فصل

في كيفية الجلد في الزنى والقذف والشرب .

وهو بسوط معتدل الحجم بين القضيب والعصا ، وبه تعتبر الخشبات ، ولا يكون رطباً ولا شديد اليوسة ، خفيفاً لا يؤلم ، ويضرب ضرباً بين ضريين ، فلا يرفع الضارب يده فوق رأسه بحيث يبدو بياض إبطه ، لأنه يشتد ألمه ، ولا يضع السوط عليه وضعاً ، فإنه لا يؤلم ، ولكن يرفع ذراعه ليكسب السوط ثقلًا ، فإن كان المجلود رقيق الجلد يدمى بالضرب الخفيف ، لم يبال به ويفرق السياط على الأعضاء ، ويتقي الوجه والمقاتل ، كثرة النحر والفرج ونحوهما ، وهل يجتنب الرأس ؟ وجهان ، أحدهما عند الجمهور : لا ، لأنه مستور بالشعر بخلاف الوجه ، ولا تشد يده بل تترك يده ليتقي بهما ، ولا يلقي على وجهه ، ولا يمد ، ولا يجرد عن الثياب بل يترك عليه قميص أو قميصان ، ولا يترك عليه ما يمنع الألم من جبة محشوة وفروة ، ويجلد الرجل قائماً ، والمرأة

جالسة وتلف ، أو تربط عليها ثيابها ، ويتولى لف ثيابها امرأة ، وأما
الضرب ، فليس من شأن النساء ، فيتولاه رجل ، ويوالي بين الضربات ،
ولا يجوز أن يفرق ، فيضرب في كل يوم سوطاً أو سوطين ، لأنه لا يحصل
به إيلاء وتنكيل وزجر ، ولو جلد في الزنى في يوم خمسين متوالية ،
وفي يوم يليه خمسين كذلك ، أجزأ ، قال الإمام في ضبط التفريق : إن
كان بحيث لا يحصل من كل دفعة ألم له وقع ، كسوط أو سوطين في كل
يوم ، لم يجز ، وإن كان يؤلم ويؤثر بماله وقع ، فإن لم يتخلل زمن
يزول فيه الألم الأول ، كفى وإن تخلل ، لم يكف على الأصح •

فرع

لا يقام حد الشرب في السكر ، بل يؤخر حتى يضيق •

فرع

لا تقام الحدود في المسجد ولا التعزير ، فإن فعل ، وقع الموقع ،
كالصلاة في أرض مغضوبة •

* * *

باب التعزير

هو مشروع في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة ، سواء كانت من مقدمات ما فيه حد ، كمباشرة أجنبية بغير الوطء ، وسرقة مالا قطع فيه ، والسب والإيذاء بغير قذف ، أو لم يكن ، كشهادة الزور والضرب بغير حق . والتزوير ، وسائر المعاصي ، وسواء تعلقت المعصية بحق الله تعالى أم بحق آدمي ، ثم جنس التعزير من الحبس أو الضرب جلدأ أو صفعأ إلى رأي الإمام ، فيجتهد ويعمل ما يراه من الجمع بينهما والاقتصار على أحدهما ، وله الاقتصار على التوبيخ باللسان على تفصيل يأتي إن شاء الله تعالى . قال الإمام : قال الأصحاب : عليه أن يراعي الترتيب والتدرج : كما يراعيه دافع الصائل ، فلا يرقى إلى مرتبة وهو يرى ما دونها مؤثراً كافياً ، وأما قدر التعزير ، فإن كان من غير جنس الحد ، كالحبس ، تعلق باجتهاد الإمام ، وإن رأى الجلد فيجب أن ينقص عن الحد ، وفي ضبطه أوجه ، أحدها : أنه يفرق بين المعاصي وتقاس كل معصية بما يناسبها من الجناية الموجبة للحد ، فيعزر في الوطء المحرم الذي لا يوجب حداً ، وفي مقدمات الزنى دون حد الزنى ، وفي الإيذاء والسب بغير قذف دون حد القذف ، وفي إدارة كأس الماء على الشرب تشبيهاً بشاربي الخمر دون حد الخمر ، وفي مقدمات السرقة دون حد الزنى ، وعلى هذا فتعزير الحر يعتبر بحدده ، والعبد بحدده ، والوجه الثاني : أن جميع المعاصي سواء ولا يزداد تعزير على عشر جلدات للحديث الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد » والثالث وهو الأصح عند الجمهور وظاهر النص : أنه تجوز الزيادة على عشرة بحيث ينقص عن أدنى حدود المعزر ، فلا يزداد تعزير حر على تسع وثلاثين جلدة ، ولا العبد على تسع عشرة ،

والحديث قال بعضهم : إنه منسوخ ، واستدل بعمل الصحابة رضي الله عنهم بخلافه من غير إنكار ، والرابع : يعتبر أدنى الحدود على الإطلاق ، فلا يزداد حر ولا عبد على تسع عشرة ، والخامس حكاه البغوي : الاعتبار بحد الحر ، فيبلغ بالحر والعبد تسعاً وثلاثين •

فصل

من الأصحاب من يخص لفظ التعزير بضرب الإمام أو نائبه للتأديب في غير حد ، ويسمي ضرب الزوج زوجته ، والمعلم الصبي ، والأب ولده تأديباً لاتعزيراً ، ومنهم من يطلق التعزير على النوعين وهو الأشهر ، فعلى هذا مستوفي التعزير الإمام والزوج والأب والمعلم والسيد ، أما الإمام فيتولى بالولاية العامة إقامة العقوبات حداً وتعزيراً ، والأب يؤدب الصغير تعليماً وزجراً عن سيء الأخلاق ، وكذا يؤدب المعتوه بما يضبطه ، ويشبه أن تكون الأم في زمن الصبي في كفالته كذلك كما ذكرنا في تعليم أحكام الطهارة والصلاة والأمر بها والضرب عليها أن الأمهات كالآباء ، والمعلم يؤدب الصبي بإذن الولي ونياية عنه ، والزوج يعزر زوجته في النشوز وما يتعلق به ، ولا يعزرها فيما يتعلق بحق الله تعالى ، والسيد يعزر في حق نفسه وكذا في حق الله تعالى على الأصح ، وإذا أفضى تعزير إلى هلاك ، وجب الضمان على عاقلة المعزر ، ويكون قتله شبه عمد ، فإن كان الإسراف في الضرب ظاهراً وضربه بما يقصد به القتل غالباً ، فهو عمد محض ، وحكى الإمام عن المحققين تفريعاً على هذه القاعدة أن المعزر إذا علم أن التأديب لا يحصل إلا بالضرب المبرح ، لم يكن له الضرب المبرح ولا غيره ، أما المبرح ، فلا أنه مهلك ، وليس له الإهلاك ، وأما غيره ، فلا فائدة فيه •

فصل

الجناية المتعلقة بحق الله تعالى خاصة ، يجتهد الإمام في تعزيرها بما يراه من ضرب أو حبس ، أو اقتصار على التوبيخ بالكلام ، وإن رأى المصلحة في العفو ، فله ذلك ، وإن تعلقت الجناية بحق آدمي فهل يجب التعزير إذا طلب ؟ وجهان ، أحدهما : يجب ، وهو مقتضى كلام صاحب « المهذب » كالقصاص ، والثاني : لا يجب ، كالتعزير لحق الله تعالى ، وهذا هو الذي أطلقه الشيخ أبو حامد وغيره ، ومقتضى كلام البغوي ترجيحه ، وقال الإمام : قدر التعزير وما به التعزير إلى رأي الإمام ، ولا تكاد تظهر جنايته عند الإمام إلا ويوبخه ، ويفلظ له القول ، فيؤول الخلاف إلى أنه هل يجوز الاقتصار على التوبيخ ؟ ولو عفا مستحق العقوبة عن القصاص أو الحد أو التعزير ، فهل للإمام التعزير ؟ فيه أوجه ، أحدها : لا ، لأنه أسقطها ، والثاني : نعم ، لأن فيه حقاً لله تعالى ويحتاج إلى زجره وزجر غيره عن مثل ذلك ، وأصحها : إن عفا عن الحد ، فلا تعزير ، وإن عفا عن تعزير ، عزر ، لأن الحد مقدر لا نظر للإمام فيه ، فإذا سقط ، لم يعدل إلى غيره ، والتعزير يتعلق أصله بنظره ، فلم يؤثر فيه إسقاط غيره وبالله التوفيق .



كتاب ضمان إتلاف الإمام

وحكم الصيال وإتلاف البهائم

فيه ثلاثة أبواب .

الأول : في ضمان يلزم الولاة بتصرفاتهم وفيه طرفان ، الأول في موجب الضمان ، والثاني في محله .

أما الأول فما يفضي إلى الهلاك من التصرفات المتعلقة بالولاة أنواع :

أحدها : التعزير ، فإذا مات منه المعزر ، وجب ضمانه ، لأنه تبين بالهلاك أنه جاوز الحد المشروع ، وحكي وجه أنه لاضمان إذا عزر لحق الآدمي بناء على أنه واجب إذا طلب المستحق فصار كالحد ، والصحيح الأول ، ويجب الضمان أيضاً في تعزير الزوج والمعلم إذا أفضى إلى الهلاك ، سواء ضربه المعلم بإذن أبيه ، أو دون إذنه ، لكن لو كان مملوكاً ، فضربه بإذن سيده ، قال البغوي : لاضمان ، لأنه لو أذن في قتله ، فقتله ، لم يضمه ، ثم الضمان الواجب الدية على عاقلة الزوج والمعلم ، وفي حق الإمام هل هو على عاقلته أم في بيت المال ؟ فيه خلاف سبق ويعود أيضاً إن شاء الله تعالى ، لكن لو أسرف المعزر ، وظهر منه قصد القتل ، تعلق به القصاص والدية المغلظة في ماله .

الثاني : الحد ، والحدود في غير الشرب مقدرة بالنص ، فمن مات منها ، فالحد قتلته ، فلا ضمان ، لكن لو أقيم الحد في حر أو برد مفترطين ، ففي الضمان خلاف سبق والمذهب أنه لاضمان أيضاً ، وأما حد الشرب ، فإن ضرب بالنعال وأطراف الثياب فسات منها ، ففي وجوب الضمان وجهان بناء على أنه هل يجوز أن يحد هكذا ؟ إن قلنا : نعم ،

وهو الصحيح فلا ضمان ، كسائر الحدود ، وإلا فيجب
لأنه عدل عن الجنس الواجب ، ولو ضرب أربعون جلدة ، فمات ، ففي
الضمان قولان ، ويقال : وجهان ، أحدهما : يضمن ، لأن تقديره بأربعين
كان بالاجتهاد ، والمشهور : لا ضمان ، كسائر الحدود ، لأن الصحابة
رضي الله عنهم أجمعوا على أن الشارب يضرب أربعين ، وفي الصحيح
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جلد في الخمر أربعين ، فإن قلنا
بالضمان ، فهل يجب كل الضمان أم نصفه ، أم يوزع على التفاوت بين
أنم السياط ، والضرب بالنعال ، وأطراف الثياب ؟ فيه أوجه ، أصحها
الأول ، وإن ضربه أحداً وأربعين ، فهل يجب كل الضمان أم نصفه أم
جزء من أحد وأربعين جزءاً ؟ فيه أقوال ، أظهرها : الثالث ، وإن ضرب
اثنين وأربعين وقلنا بالثالث ، وجب جزءان من اثنين وأربعين ، وعلى
هذا القياس ، حتى إذا ضرب ثمانين استوى القول الثاني والثالث ،
ووجب النصف ، ولو جلد في القذف أحداً وثمانين ، فمات ، فهل يجب
نصف الدية ، أم جزء من أحد وثمانين جزءاً منها ؟ فيه القولان ، ثم إن
كانت الزيادة من الجلاذ ولم يأمره الإمام إلا بالثمانين ، فالضمان على
اختلاف القولين على الجلاذ ، وإن أمر الإمام بذلك ، فالضمان متعلق
بالإمام ، وكذا لو قال الإمام : اضرب وأنا أعد ، فغلط في العد ، فزاد
على الثمانين ، ولو أمر الإمام بثمانين في الشرب . فزاد الجلاذ جلدة
واحدة ، ومات المجلود فأربعة أوجه ، أصحها : توزع الدية أحد وثمانون
جزءاً ، يسقط منها أربعون ويجب أربعون على الإمام ، وجزء على
الجلاذ ، والثاني : يسقط ثلث الدية ، ويجب على الإمام ثلث ، وعلى
الجلاذ ثلث ، والثالث : يسقط نصفها ، ويجب على الإمام ربع ، وعلى
الجلاذ ربع ، والرابع : يسقط نصفها ، ويوزع نصفها على أحد وأربعين
جزءاً : أربعون على الإمام ، وجزء على الجلاذ .

الثالث : الاستصلاح بقطع سلعة وبإختان وفيه مسائل :

إحداها : في حكم قطع السلعة من العاقل المستقل بأمر نفسه ، والسلعة بكسر السين وهي غدة تخرج بين اللحم والجلدة نحو الحمصة إلى الجوزة فما فوقها ، وقد يخاف منها ، وقد لا يخاف ، لكن تشين . فإن لم يكن في قطعها خطر ، وأراد المستقل قطعها لإزالة الشين ، فله قطعها بنفسه ، ولغيره بإذنه ، وإن كان في قطعها خطر ، نظر إن لم يكن في بقائها خطر ، لم يجز القطع لإزالة الشين ، فإن كان في بقائها خوف أيضاً ، نظر إن كان الخطر في القطع أكثر ، لم يجز القطع ، وإن كان في الإبقاء أكثر ، جاز القطع على الصحيح ، وقيل : لا ، لأنه فتح باب الروح بخلاف الإبقاء ، وإن تساوى الخطر ، جاز القطع على الأصح ، إذ لا معنى للمنع مما لا خطر فيه ، وأما من عظمت آلامه ولم يطقها ، فأراد أن يريح نفسه بمهلك مذفف ، فيحرم ذلك ، فلو وقع في نار علم أنه لا ينجو منها ، وأمكنه أن يلقي نفسه في بحر ، ورأى ذلك أهون عليه من الصبر على لفحات النار ، فله ذلك على الأصح ، وهو قول الشيخ أبي محمد ، ولو تأكل بعض الأعضاء ، فهو كسلعة يخاف منها ، ولو قطع السلعة ، أو العضو المتأكل من المستقل قاطع بغير إذنه ، فمات ، لزمه القصاص ، سواء فيه الإمام وغيره ، لأنه متعد .

الثانية : المولى عليه لصغر أو جنون ، يجوز لوليه الخاص وهو الأب والجد أن يقطع من السلعة واليد المتأكلة ، وإن كان فيه خوف وخطر إذا كان الخطر في الترك أكثر ، وليس للسلطان ذلك ، لأن القطع يحتاج إلى نظر دقيق ، وفراغ تام ، وشفقة كاملة ، كما أن للأب والجد تزويج البكر الصغيرة دون السلطان ، قال الإمام : وقد ذكرنا عند استواء الطرفين في الخوف خلافاً في أن المستقل هل له القطع من نفسه ، والأصح

والحالة هذه أنه لا يقطع من طفله ، وأما مالا خطر فيه ولا خوف غالباً ، كالقصد والحجامة وقطع سلعة بلا خطر ، فيجوز فعله للولي الخاص . وكذا للسلطان . وفي « التهذيب » وجه أن القطع المخطر لا يجوز للولي الخاص . وفي « جمع الجوامع » للرويانى وجه أنه لا يجوز للسلطان القصد والحجامة . والصحيح ما سبق ، وليس للأجنبي المعالجة ولا القطع المخطر بحال ، ولو فعل ، فسرى ومات به ، تعلق بفعله القصاص والضمان ، وأما السلطان إذا فعل بالصبي ما منعناه . فسرى إلى نفسه . فعليه الدية مغلظة في ماله . لتعديه ، وقيل : في كونه في بيت المال ، أو على عاقلته القولان ، كما لو أخطأ : لأنه قصد الإصلاح ، والمذهب الأول . وفي وجوب القصاص قولان . أظهرهما : لا يجب . لأنه قصد الإصلاح . واستبعد الأئمة وجوب القصاص . وقال صاحب « الافصاح » : القولان إذا كان للصبي أب أوجد ، فإن لم يكونا فلا قود بلا خلاف . لأنه لا بد له ممن يقوم بشأنه ، وهذا راجع إلى أن للسلطان قطع السلعة ، ولو قطع الأب والجد السلعة حيث لا يجوز ، فمات ، فلا قصاص للبعضية ، وتجب الدية في ماله . وقيل : لاضمان على الأب أصلاً ، لأن ولايته أتم وإنما يقطعها للشفقة ، وأما ما يجوز للأب والسلطان من فصد الصغير وحجامته وقطع سلعته للأب إذا أفضى إلى تلف ، فلا ضمان فيه على الأصح ، وبه قال الجماهير ، لئلا يمتنع من ذلك ، فيتضرر الصغير بخلاف التعزير .

الثالثة : الختان واجب في حق الرجال والنساء . وقيل :

سنة ، وقيل : واجب في الرجل ، سنة في المرأة ، والصحيح المعروف هو الأول ، وختان الرجل : قطع الجلد التي تغطي الحشفة حتى تنكشف جميع الحشفة ، ويقال لتلك الجلد : القلفة ، قال الإمام : فلو بقي مقدار ينسبط على سطح الحشفة ، وجب قطعه ، حتى لا يبقى جلد

متجاف ، هذا هو الصحيح المعروف للأصحاب ، وقال ابن كج : عندي يكفي قطع شيء من الحشفة وإن قل بشرط أن يستوعب القطع تدوير رأسها ، وأما من المرأة ، فتقطع من اللحم التي في أعلى الفرج فوق مخرج البول ، وتشبه تلك اللحمية عرف الديك ، فإذا قطعت ، بقي أصلها كالنواة ، ويكفي أن يقطع ما يقع عليه الاسم ، قال الأصحاب : وإنما يجب الختان بعد البلوغ ، ويستحب أن يختن في السابع من ولادته إلا أن يكون ضعيفاً لا يحتمله فيؤخر حتى يحتمله ، قال الإمام : ولو كان الرجل ضعيف الخلقة بحيث لو ختن خيف عليه ، لم يجز أن يختن ، بل ينتظر حتى يصير بحيث يغلب على الظن سلامته ، وفي وجه في تعليق القاضي حسين ، وهو مقتضى كلام البغوي : لا يجوز ختان الصغير حتى يبلغ عشر سنين •

قلت ولنا وجه في « البيان » وغيره أنه يجب على الولي ختان الصغير قبل بلوغه ، لأنه أرفق ، فعليه النظر له ، والصحيح أنه لا يجب حتى يبلغ ، وهل يحسب يوم الولادة من السبعة المستحبة ؟ وجهان في « المستظهر » أصحابهما : لا ، وحكاه عن الأكثرين ، وأما الخنثى ، فلا يختن في صغره ، فإذا بلغ فوجهان ، أحدهما : يجب ختان فرجه ليتوصل إلى المستحق ، وبهذا قطع في « البيان » وأصحابهما : لا يجوز ختانه ، لأن الجرح لا يجوز بالشك ، وبه قطع البغوي ، فعلى الأول : إن أحسن الختان ، ختن نفسه ، وإلا اشترى جارية تختنه ، فإن لم يمكن تولاه الرجال والنساء للضرورة ، كالتطبيب ، ولو كان لرجل ذكران ، إن كانا عاملين ، ختناه ، وإن كان أحدهما ، ختن وحده ، وهل يعرف العمل بالجماع أو البول ؟ وجهان • والله أعلم

فرع

مؤنة الختان في مال المختون ، وفي وجهه : يجب على الوالد إذا ختن صغيراً .

فرع

إذا بلغ غير مختون ، أمره به الإمام ، فإن امتنع ، أجبره . فإن ختن المستنع ، فمات ، فلا ضمان . لأنه مات من واجب . لكن لو وقع ختانه في حر أو برد شديدين . ففي الضمان خلاف سبق في الزنى ، والمذهب وجوبه ، وأجرى الإمام هذا الخلاف فيما لو ختنه الأب في حر أو برد شديدين ، وجعل الأب أولى بنفي الضمان ، لأن الأب هو الذي يتولى الختان غالباً ، فهو في حقه كالحد في حق الإمام . ومن ختن صبيّاً في سن لا يحتمله ، فمات منه ، لزمه القصاص . سواء الولي وغيره ، لكن لا قصاص على الأب والجدة للبعضية ، وعليهما الدية . وإن كان في سن يحتمله ، فمات ، نظر إن ختنه أبوه أو جده . أو الإمام إذا لم يكن له ولي غيره ، فلا ضمان على الأصح . وإن ختنه أجنبي ، فقال البغوي : يحتمل أن يبنى على ختن الإمام في الحر الشديد ، إن ضناه ، ضمن هنا . وإلا فلا ، وقال السرخسي : يبنى على أن الجرح اليسير هل فيه قصاص؟ وفيه وجهان ، إن قلنا : نعم ، فهو عمد ، وإلا فثبته عمد ، وإذا أوجبنا الضمان في حر شديد ، فالواجب نصف الضمان على الأصح . وقيل : كله .

الطرف الثاني في محل ضمان إتلاف الإمام

فما تعدى به من التصرفات ، وقصر فيه ، أو أخطأ لا يتعلق بالحكم : بأن رمى صيداً ، فقتل إنساناً ، حكمه فيه حكم سائر الناس ، فيجب

في ماله ، أو على عاقلته ، وأما الضمان الواجب بخطئه في الأحكام وإقامة الحدود ، فهل هو على عاقلته ، أم في بيت المال ؟ قولان ، أظهرهما : على عاقلته وقد سبقا في باب العاقلة ، فإن قلنا : على العاقلة ، فالكفارة في ماله ، وإن قلنا : على بيت المال ، فهل الكفارة في بيت المال أم في ماله ؟ وجهان . فلو ضرب الإمام في الخمر ثمانين ، ومات المجلود ، ففي محل الضمان القولان ، ولو جلد حاملاً حداً ، فألقت جنيناً ميتاً ، ففي محل الغرة القولان إن جهل حملها ، فإن علمه ، فقيل : بالقولين ، والمذهب أنها على عاقلته ، لأنه عدل عن الصواب عمداً ، ولو انفصل حياً ومات ، وجب كل الدية ومحلها على ما ذكرنا ، ولو ماتت الحامل ، فقد أطلق في « المختصر » أنه لا يضمنها ، قال الشيخ أبو حامد وغيره : إن ماتت من الجلد وحده ، بأن ماتت قبل الإجهاض ، فلا ضمان وهو موضع النص ، وذكر ابن الصباغ أن فيه والحالة هذه الخلاف فيما لو حده في حر مفرط ، فمات ، وإن ماتت من الإجهاض وحده ، بأن أجهضت ، ثم ماتت ، وأحيل الموت على الإجهاض ، وجب كمال ديتها ، وإن قيل : ماتت بالحد والإجهاض جميعاً ، وجب نصف ديتها .

فرع

سنذكر في الشهادات إن شاء الله تعالى أن القاضي إذا حكم بشهادة اثنين ، ثم بانا عبيدين أو ذميين ، نقض الحكم ، وإن بانا فاسقين ، نقضه على الأظهر ، فلو أقام الحد بشهادة اثنين ، ثم بانا ذميين أو عبيدين أو امرأتين أو مراهقين أو فاسقين ، ومات المحدود ، فقد بان بطلان الحكم ، فينظر إن قصر في البحث عن حالهما ، فالضمان عليه لا يتعلق ببيت المال ولا بالعاقلة أيضاً إن تعمد ، قال الإمام : وإنما يتردد في وجوب القصاص ، والراجح الوجوب ، لأن الهجوم على القتل ممنوع

منه بالإجماع ، ويحتمل أن لا يجب بإسناده القتل إلى صورة البينة ، وإن لم يقصر في البحث ، بل بذل وسعه ، جرى القولان في أن الضمان على عاقلته أم في بيت المال ، ثم إذا ضمنت العاقلة أو بيت المال ، فهل يثبت الرجوع على الشاهدين ؟ فيه أوجه ، أحدها : نعم ، لأنهما غرا القاضي ، وأصحهما : لا ، لأنهما يزعمان أنهما صادقان ، ولم يوجد منهما تعد ، وقد ينسب القاضي إلى تقصير في البحث ، والثالث : يثبت الرجوع للعاقلة دون بيت المال ، فإن أثبتنا الرجوع ، طوبى الذميان في الحال ، وفي العبدین يتعلق بذمتهما على الأصح ، وقيل : بالرقبة ، وأما المراهقان ، فإن قلنا : يتعلق برقبة العبدین نزلنا ما وجد منهما منزلة الإلتلاف ، وإلا فقول الصبي لا يصلح للالتزام ، فلا رجوع ، وإن بانا فاسقين ، فإن قلنا : لا ينقض الحكم ، فلا أثر له ، وإن قلنا : ينقض ، ففي الرجوع عليهما أوجه ، أحدها : نعم كالعبدین ، والثاني : لا ، لأن العبد مأمور بإظهار حاله بخلاف الفاسق ، وأصحها : إن كان مجاهرًا بالفسق ، ثبت الرجوع ، لأن عليه أن يمتنع من الشهادة ، ولأن قبول شهادته مع مجاهرته يشعر بتعزيزه ، وإن كان مكاتماً ، فلا .

فرع

قتل الجلاذ وضربه بأمر الإمام كمباشرة الإمام إذا لم يعلم ظلمه وخطأه ، ويتعلق الضمان والقصاص بالإمام دون الجلاذ ، لأنه آله ، ولو ضمناء لم يتول الجلاذ أحد ، وإن علم أن الإمام ظالم أو مخطيء ، ولم يكرهه الإمام عليه فالقصاص والضمان على الجلاذ دون الإمام ، لأنه إذا علم الحال لزمه الامتناع ، ويحيى على قولنا : أمر الإمام إكراه ، أن يكون هذا كما لو أكرهه ، وإن أكرهه ، فالضمان عليهما ، وإن اقتضى الحال القصاص ، وجب على الإمام ، وفي الجلاذ قولان ، ولو أمره بضربه

وقال : أنا ظالم في ضربه ، فضربه الجلاذ ومات ، قال البغوي : إن قلنا : أمر السلطان ليس بإكراه ، فالضمان على الجلاذ ، وإن قلنا : إكراه ، فإن قلنا : لا ضمان على المكره ، فالضمان على الإمام ، ولو قال : افعل إن شئت ، فليس بإكراه قطعاً ، ولو قال : اضرب ما شئت ، أو ما أحببت ، لم تكن له الزيادة على الحد ، فإن زاد ، ضمن ، ولو أمره بقتل في محل الاجتهاد ، كقتل مسلم بذي ، وحر بعد ، والإمام والجلاذ يعتقدان أنه غير جائز ، فقتله ، قال البغوي القود عليهما إن جعلنا أمر السلطان إكراهاً ، وأوجبنا القود على المكره والمكره جميعاً ، ولو اعتقد الجلاذ منعه ، والإمام جوازه ، أو ظن أن الإمام اختار ذلك المذهب ، ففي وجوب القصاص والضمان على الجلاذ وجهان ، أصحهما عند الأصحاب : الوجوب ، وبه قطع ابن الصباغ والبغوي وغيرهما ، لأن واجبه الامتناع ، فإن أكره فحكمه معروف ، والثاني : لا اعتبار باعتقاد الإمام ولو كان الإمام لا يعتقد جواز قتل حرب بعد ، فأمره به تاركاً للبحث ، وكان الجلاذ يعتقد جوازه ، فقتله عملاً باعتقاده ، فقد بني على الوجهين قتله ، فإن اعتبرنا اعتقاد الإمام ، وجب القصاص ، وإن اعتبرنا اعتقاد الجلاذ ، فلا ، قال الإمام : وهذا ضعيف هنا ، لأن الجلاذ مختار عالم بحال ، والإمام لم يفوض إليه ، النظر والاجتهاد بل القتل فقط ، فالجلاذ كالمستقل .

فصل

لا ضمان على الحجام إذا حجم أو فصد بإذن من يعتبر إذنه ، فأفضى إلى تلف ، وكذا لو قطع سلعة بالأذن للمعنى الذي ذكرناه في الجلاذ بخلاف من قطع يداً صحيحة بإذن صاحبها ، فمات منه ، حيث توجب الدية على قول ، لأن الإذن هناك لا يبيح القتل ، وهنا الفعل جائز

لفرض صحيح ، وأما إذا قطع بالإذن ، ووقف القطع فلم يسر ، فلا ضمان
بلا خلاف • وبالله التوفيق •

الباب الثاني في الصيال

هو متضمن لمعرفة الصائل وهو المدفوع ، والمصول عليه وهو
المدفوع عنه ، وكيفية الدفع وحكمه • أما الصائل ، فكل قاصد من مسلم
وذمي وعبد وحر وصبي ومجنون وبهيمة ، يجوز دفعه فإن أبى الدفع
على نفسه ، فلا ضمان بقصاص ولا دية ولا كفارة ولا قيمة ، ولو
سقطت جرة من علو ، واستوت على رأس إنسان ، وخاف منها ونم
يمكنه دفعها إلا بإتلافها ، ففي الضمان وجهان ، أحدهما : يجب ، لأنه
قصد لها بخلاف الآدمي والبهيمة ، ولو حالت بهيمة بين جائع وطعامه
في بيت ، ولم يصله إلا بقتلها ، ففي الضمان الوجهان ، ويمكن أن يجعل
الأصح هنا نفي الضمان كما ذكرنا فيما لو عم الجراد المسالك فوطئه
المحرم •

أما المصول عليه ، فيجوز الدفع عن النفس والطرف ومنفعته ،
والبضع ومقدماته ، وعن المال وإن قل إذا كانت المذكورات معصومة ،
ويجوز لغير المصول عليه الدفع ، وله دفع مسلم صال على ذمي ، وأب
صال على ابنه ، وسيد صال على عبده ، لأنهم معصومون مظلومون ،
وحكى الإمام قولاً قديماً أنه لا يجوز الدفع عن المال إذا لم يحصل
الدفع إلا بقتل ، أو قطع طرف ، والمشهور الأول ، وبه قطع الجماهير ،
وفي الحديث الصحيح : « من قتل دون ماله فهو شهيد » فله الدفع
في كل هذه الصور ، وإن أتى الدفع على الصائل ، فلا ضمان فيه ، ولو
وجده ينال من جاريته مادون الفرج ، فله دفعه ، وإن أتى على نفسه
وللأجنبي دفعه كذلك حسبة ، ويجوز أن يكون المدفوع عنه ملك

القاصد ، فمن رأى إنساناً يتلف مال نفسه ، بأن يحرق كدسه ، ويفرق متاعه ، جاز له دفعه ، وإن كان حيواناً بأن رآه يشدخ رأس حماره ، وجب على الأجنبي دفعه على الأصح وبه قطع البغوي ، لحرمة الحيوان ، أما كيفية الدفع ، فيجب على الموصول عليه رعاية التدريج والدفع بالأهون فالأهون ، فإن أمكنه الدفع بالكلام ، أو الصياح ، أو الاستغاثة بالناس ، لم يكن له الضرب ، وكذا لو اندفع شره ، بأن وقع في ماء أو نار ، أو انكسرت رجله ، لم يضربه ، وكذا لو حال بينهما جدار أو خندق أو نهر عظيم ، فإن حال نهر صغير وغلب على ظنه أنه إن عبر النهر عليه ، قال ابن الصباغ : فله رمية ومنعه العبور ، أما إذا لم يندفع الصائل إلا بالضرب ، فله الضرب ، ويراعى فيه الترتيب ، فإن أمكن باليد ، لم يضربه بسوط ، وإن أمكن بسوط ، لم يجز بالعصا ، ولو أمكن بقطع عضو ، لم يجز إهلاكه ، وإذا أمكن بدرجة ، فدفعه بما فوقها ، ضمن ، وكذا لو هرب فتبعه وضربه ، ضمن ، ولو ضربه ضربة فولى هارباً أو سقط وبطل صياله فضربه أخرى ، فالثانية مضمونة بالقصاص وغيره ، فإن مات منهما ، لم يجب قصاص النفس ، ويجب نصف الدية ، لأنه هلك من مضمون وغيره ، ولو عاد بعد الجرحين ، فصال ، فضربه ثالثة فمات منها ، لزمه ثلث الدية ، ومتى غلب على ظنه أن الذي أقبل عليه بالسيف يقصده ، فله دفعه بما يمكنه ، وإن لم يضربه المقبل ، ولو كان الصائل يندفع بالسوط والعصا ، ولم يجد الموصول عليه إلا سيفاً أو سكيناً ، فالصحيح أن له الضرب به ، لأنه لا يمكنه الدفع إلا به ولا يمكن نسبته إلى التقصير بترك استصحاب سوط ، والمعتبر في حق كل شخص حاجته ، ولذلك نقول : العاذق الذي يحسن الدفع بأطراف السيف من غير جرح يضمن إن جرح ، ومن لا يحسن ، لا يضمن بالجرح ، ولو قدر الموصول عليه على الهرب ، أو التحصن بموضع حصين ، أو على

الالتجاء إلى فئة هل يلزمه ذلك ، أم له أن يثبت ويقاقل ؟ فيه اختلاف نص ، وللأصحاب طريقتان ، أصحهما : على قولين ، أظهرهما : يجب الهرب ، لأنه مأمور بتخليص نفسه بالأهون ، والطريق الثاني : حمل نص الهرب على من يتقن النجاة بالهرب ، والآخر على من لم يتيقن •

فرع

عض شخص يده ، أو عضواً آخر ، فليخلصه بأيسر الممكن ، فإن أمكن رفع لحييه ، وتخليص ما عضه ، فعل ، وإلا ضرب شدة ليدعه ، فإن لم يمكنه وسل يده ، فسقطت أسنانه ، فلا ضمان ، وسواء كان العاض ظالماً أو مظلوماً ، لأن العض لا يجوز بحال ، ومتى أمكنه التخلص بضرب فمه ، لا يجوز العدول إلى غيره ، فإن لم يمكنه إلا بعضو آخر ، بأن يبيع بطنه ، أو يفقأ عينه ، أو يعصر خصيه ، فله ذلك على الصحيح ، وقيل : ليس له قصد عضو آخر •

فصل

أما حكم الدفع ، فقد ذكرنا أنه جائز ، وهل يجب أم يجوز الاستسلام وترك الدفع ، ينظر إن قصد أخذ المال ، أو إتلافه ولم يكن ذا روح ، لم يجب الدفع ، لأن إباحة المال جائزة ، وإن قصد أهله ، وجب عليه الدفع بما أمكنه ، لأنه لا مجال فيه ، وشرط البغوي للوجوب أن لا يخاف على نفسه ، وإن قصد نفسه ، نظر إن كان كافراً ، وجب الدفع ، وأشار الروياني إلى أنه لا يجب ، بل يستحب وهو غلط ، والصواب الأول ، وبه قطع الأصحاب ، وإن كان بهيمة ، وجب ، وإن كان مسلماً فقولان ، وقيل : وجهان ، أظهرهما : لا يجب الدفع ، بل له الاستسلام ، والثاني : يجب ، وعن القاضي حسين أنه إن أمكنه دفعه بغير قتله ،

وجب ، وإلا فلا ، والقائلون بجواز الاستسلام ، منهم من يزيد ويصفه بالاستحباب ، وهو ظاهر الأحاديث ، وإن كان الصائل مجنوناً ، أو مراهقاً ، فقل : لا يجوز الاستسلام قطعاً ، لأنهما لا إثم عليهما ، كالبهيمة ، والمذهب طرد القولين لحرمة الآدمي ، ورضى بالشهادة . وهل يجب الدفع عن الغير ؟ فيه ثلاث طرق ، أصحها : أنه كالدفع عن نفسه ، فيجب حيث يجب ، ولا يجب حيث لا يجب ، والثاني : القطع بالوجوب ، لأن له الإيثار بحق نفسه دون غيره ، والثالث ونسبه الإمام إلى معظم الأصوليين : القطع بالمنع ، لأن شهر السلاح يحرك الفتن ، وليس ذلك من شأن آحاد الناس ، وإنما هو وظيفة الإمام ، وعلى هذا هل يحرم أم يجوز ؟ فيه خلاف عنهم ، فإن أوجبنا ، فذلك إذا لم يخف على نفسه ، ثم قال الإمام : الخلاف في أن آحاد الناس هل لهم شهر السلاح حسبة لا يختص بالصيال ، بل من أقدم على محرم ، من شرب خمر أو غيره ، هل لآحاد الناس منعه بما يجرح ويأتي على النفس ؟ فيه وجهان ، أحدهما : نعم نهياً عن المنكر ، ومنعاً من المعصية ، والثاني : لا ، خوفاً من الفتن ، ونسب الثاني إلى الأصوليين ، والأول إلى الفقهاء ، وهو الموجود للأصحاب في كتب المذهب ، حتى قال الفوراني والبغوي والرويان وغيرهم : من علم خمرأ في بيت رجل ، أو طنبوراً ، وعلم شربه ، أو ضربه ، فله أن يهجم على صاحب البيت ، ويريق الخمر ، ويفصل الطنبور ، ويمنع أهل الدار الشرب والضرب ، فإن لم ينتهوا ، فله قتالهم وإن أتى القتال عليهم ، وهو مثاب على ذلك ، وفي تعليق الشيخ إبراهيم المروذي أن من رآه مكباً على معصية من زنى أو شرب خمر ، أو رآه يشدخ شاة أو عبداً ، فله دفعه ، وإن أتى الدفع عليه ، فلا ضمان .

نصل

إذا وجد رجلاً يزني بامرأته أو غيرها ، لزمه منعه ودفعه ، فإن هلك في الدفع ، فلا شيء عليه . وإن اندفع بضرب غيره ثم قتله ، لزمه القصاص إن لم يكن الزاني محصناً . فإن كان ، فلا قصاص على الصحيح . وقد سبق في الجنايات . وإذا قال : قتلته لذلك . وأنكر وليه ، فعلى القاتل البيئة ، وينظر إن ادعى أنه قصد امرأته ، فدفعه فأنتى الدفع على نفسه . ثبت ذلك بشاهدين ، وإن ادعى أنه زنى بها وهو محصن . لم يثبت الزنى إلا بأربعة ، فإن لم يكن بينة ، حلف ولي القاتل على نفي العلم بما يقوله . ويمكن من القصاص ، ولو كان للقاتل وارثان . فحلف أحدهما . ونكل الآخر ، حلف القاتل للآخر ، وعليه نصف الدية للحالف . وإن كان أحدهما بالغاً ، والآخر صغيراً ، وحلف البالغ . لم يقتص حتى يبلغ الصغير ، فيحلف ، أو يموت ، فيحلف وارثه ، وإن أخذ البالغ نصف الدية حكى الروياني أنه يؤخذ للصغير أيضاً ، فإذا بلغ . حلف ، فإن نكل وحلف القاتل ، رد عليه ما أخذ ، ولو أقر الورثة أن مورثهم كان معها تحت ثوب يتحرك تحرك المجامع وأنزل ، ولم يقرؤا بما يوجب الحد ، لم يسقط القصاص . وإن أقرؤا بما يوجب وقالوا : كان بكراً ، فالقول قولهم ، وعلى القاتل البيئة بالحصان ، ولو أخرج سارق المتاع من حرزه ، ثم ألقاه وهرب ، لم يكن له أن يتبعه فيضربه ، فمإن تبعه ، فقطع يده التي وجب قطعها بالسرقة ، فلا قصاص ، لأنها مستحقة الإزالة ، وكذا في قطع الطريق إذا قطع ما وجب قطعه منه لا قصاص ، لكن يعزر لافتتاته ، ويجيء في وجوب القصاص بخلاف السابق في الزاني المحصن ، ولو وجب الجلد على زان ، فجلده واحد من الناس ، لم يقع حداً إلا بإذن الإمام بخلاف القطع ، وفي تعليق إبراهيم المروذي وجهان فيمن جلد رجلاً ثمانين ، وقال : كان قذفي ، وأقام بينة به ، هل يحسب ذلك عن

الحد؟ وبني على الوجهين أنه إن عاش هل يعاد الحد، وإن مات هل يجب القصاص على الضارب؟ •

فصل

إذا نظر إلى حرمة إنسان في داره من كوة، أو ثقب، أو شق باب، فنهاه صاحب الدار، فلم ينته، فرماه بحصاة ونحوها، فأصاب عينه فأعماه، أو أصاب قريباً من عينه فجرحه، فلا ضمان، وإن سرى إلى النفس، لم يضمن، قال الشافعي رحمه الله: ولو ثبت المطلع، ولم يندفع بعد رميه بالشيء الخفيف، استغاث عليه صاحب الدار، فإن لم يكن في موضع غوث، قال: أحببت أن ينشده بالله تعالى، فإن لم يندفع، فله ضربه بالسلاح ويناله بما يردعه، فإن أتى على نفسه، فلا ضمان، ولو لم نل منه صاحب الدار، عاقبه السلطان، وسواء كان وقوف الناظر في الشارع أو في سكة منسدة الأسفل، أو في ملك نفسه، إذ ليس للواقف في ملكه مد النظر إلى حرم الناس، وعن القاضي حسين وجه ضعيف أنه ليس له قصد عينه إذا وقف في الشارع، أو ملك نفسه، وإنما يقصده إذا وقف في ملك المنظور إليه وليس بشيء، ثم إنما يرمي عينه إذا قصد النظر والتطلع، أما إذا كان مخطئاً، أو وقع بصره اتفاقاً، وعلم صاحب الدار الحال، فلا يرميه، فلو رماه، وقال الناظر: لم أكن قاصداً، أو لم أطلع على شيء، فلا شيء على الرامي، لأن الاطلاع حاصل، وقصده أمر باطن لا يطلع عليه، وهذا ذهاب إلى جواز الرمي من غير تحقق قصده، وفي كلام الإمام ما يدل على أنه لا يرمي حتى يتبين الحال، وهو حسن •

فرع

هل يجوز رميه قبل إنذاره؟ وجهان، أحدهما يحكى عن الشيخ أبي حامد والقاضي حسين: لا، بل ينذره ويزجره ويأمره بالانصراف،

فإن أصر ، رماه ، جرياً على قياس الدفع بالأهون ، ولأنه قد يكون له عذر ، وأصحهما وبه قال الماسرجسي ، والقاضي أبو الطيب ، وجزم به الغزالي : يجوز رميه قبل الإنذار ، واستدل صاحب « التقريب » بجواز الرمي هنا قبل الإنذار على أنه لا يجب تقديم الكلام في دفع كل صائل ، وأنه يجوز للمصول عليه الابتداء بالفعل ، قال الإمام : مجال التردد في كلامه هو موعظة قد تفيد وقد لا تفيد ، فأما ما يوثق بكونه دافعاً من تخويف وزعقة مزعجة ، فيجب قطعاً ، وهذا أحسن ، وينبغي أن يقال : مالا يوثق بكونه دافعاً ، ويخاف من الابتداء به بمبادرة الصائل لا يجب الابتداء به قطعاً .

فرع

ليكن الرمي بشيء خفيف تقصد العين بمثله ، كبنقرة وحصى خفيفة ، أما إذا رشقه بنشاب ، أو رماه بحجر ثقيل ، فيتعلق به القصاص والدية ، لكن لو لم يمكن قصد عينه ، أو لم يتزجر ، فيستغيث عليه ويدفعه بما أمكنه كما سبق ، ولا يقصد رمي غير العين إذا أمكنه إصابتها ، فإن لم يمكن ، فرمى عضواً آخر ، ففي « التهذيب » حكاية وجهين فيه ، ونقل أنه لو أصاب موضعاً بعيداً عن عينه بلا قصد ، فلا يضمن على الأصح ، والأشبه ما ذكره الروياني أنه إن رماه ، فأصاب غير العين ، فإن كان بعيداً لا يخطيء من العين إليه ، ضمن ، وإن كان قريباً يخطيء إليه ، لم يضمن .

فرع

لو كان للناظر مجرم في الدار ، أو زوجة ، أو متاع ، لم يجز قصد عينه ، لأن له في النظر شبهة ، وقيل : لا يكفي أن يكون في الدار مجرم ، بل لا يمنع قصد عينه إلا إذا لم يكن في الدار إلا محارمه .

والصحيح الأول : ولو كان الناظر محرماً لحرم صاحب الدار ، فلا يرمى إلا أن تكون متجردة . إذ ليس للمحرم النظر إلى ما بين السرة والركبة .

فرع

لو لم يكن في الدار حرم ، بل كان فيها المالك وحده ، فإن كان مكشوف العورة ، فله الرمي ولا ضمان ، وإلا فوجهان : أحدهما : لا يجوز رميه ، والثاني : يجوز ، لأن من الأحوال ما يكره الاطلاع عليه . ولو كان الحرم في الدار مستترات بالثياب ، أو في بيت ، أو منعطف لا يستد النظر إليهن ، فهل يجوز قصد عينه ؟ وجهان : أحدهما : نعم ، لعموم الأحاديث ، ولأنه يريد سترهن عن الأعين وإن كن مستورات بثياب ، ولأن الحرم في الدار لا يدرى متى يسترن وينكشفن ، فيحسم باب النظر .

فرع

لو كان باب الدار مفتوحاً ، فنظر منه ، أو من كوة واسعة . أو ثلثة في الجدار ، فإن كان مجتازاً ، لم يجز رميه ، وإن وقف ونظر متعسداً ، لم يجز رميه أيضاً في الأصح ، لتفريط صاحب الدار ، ولو نظر من سطح نفسه ، أو نظر المؤذن من المنارة ، جاز رميه في الأصح ، إذ لا تفريط من صاحب الدار ، ولو وضع الأعمى عينه على شق الباب ، فرماه . ضمن ، سواء علم عنه ، أم لا ، ولو نظرت المرأة أو المراهق ، جاز رميهما على الأصح ، ولو قعد في طريق مكشوف العورة ، فنظر إليه ناظر ، لم يجز له رميه ، لأنه الهاتك حرمة ، قال ابن المرزبان : لو دخل مسجداً ، وكشف عورته ، وأغلق الباب أو لم يغلقة ، فنظر إليه إنسان ، لم يكن له رميه . لأن الموضع لا يختص به ، ولو كانت الدار ملكاً للناظر ، قال السرخسي :

إن كان من فيها غاصباً ، لم يكن له الرمي ، وإن كان مستأجراً ، فله ذلك ،
وفي المستعير وجهان •

فرع

لو انصرف الناظر قبل الرمي إليه ، لم يجز أن يتبعه ويرميّه ،
كالصائل إذا أدبر •

فرع

لو دخل دار رجل بغير إذنه . فله أمره بالخروج ودفعه ، كما يدفعه
عن سائر أمواله ، والأصح أنه لا يدفعه قبل الإنذار ، كسائر أنواع
الدفع ، وبه قال الماسرجسي ، ثم هل يتعين قصد رجله لكون الدخول بها
كما يتعين قصد العين في النظر ، أم لا يتعين ، لأنه دخل بجميع البدن ؟
وجهان ، أصحهما : الثاني ، وهل يجوز قصد العين ؟ وجهان ، قال أبو
إسحاق وأبو علي بن أبي هريرة والطبري : يجوز ، لأنه بأول الهجوم
متطلع ، ومنهم من منعه ، والأصح : أن له دفعه بما يتيسر ، ولا يتعين
قصد عضو بعينه ، ولا يستتبع قصد عضو • ودخول الخيمة في الصحراء ،
كالدار في البنيان ، ولو أخذ المتاع وخرج ، فله أن يتبعه ويقاقله إلى أن
يطرح متاعه ، ولو قتله وقال : قتلته ، لأنه كابر ولم يخرج ، وأنكر
الولي : فهو المصدق ، وعلى القاتل البيّنة ، وإن قال : قتلته ، لأنه
قصدني ، فكذلك ، وقد ذكر أنه يحتاج إلى بيّنة بأنه دخل داره مقبلاً
شاهراً سلاحه ، ولا تكفي بيّنة بأنه دخل داره بسلام من غير شهر •

فرع

لو وضع أذنه على شق الباب ، أو وقف على الباب يتسمع ، لم يجز
رمي أذنه ، إذ ليس السمع كالبصر في الاطلاع على العورات ، وقال
الإمام : وفي بعض التعليقات عن شيخي وجه ، ولا أثق بالمعلق •

فصل في مسائل من الصيال

قال ابن كج : لو صال عليه فحل ، وأمكنه الهرب ، فلم يهرب وقتله دفعاً . هل يلزمه الضمان ؟ يبنى على أنه هل يجب الهرب إذا صال عليه إنسان ، إن قلنا : نعم ، ضمن ، وإلا فلا ، وأبدى تردداً في حل أكل لحم البهيمة التي تلفت بالدفع ، قال إبراهيم المروذي : إن لم يصب المذبح ، لم تحل . وإن أصابه ، فوجهان ، لأنه لم يقصد الذبح والأكل ، ولو صال العبد المبيع على البائع ، أو أجنبي قبل القبض ، فقتله دفعاً ، انفسخ العقد . ولو صال العبد على المشتري فقتله ، ففي مصيره قابضاً وجهان . ولو صال العبد المغصوب أو المستعار على مالكه ، فقتله دفعاً ، لم يبرأ الغاصب والمستعير على الأصح ، وفي « البيان » أنه لو قطع يد الصائل دفعاً ، فلما ولي تبعه فقتله ، لزمه القصاص في النفس ، ثم حكى عن بعض الأصحاب أن لورثة المصول عليه أن يرجعوا في تركة الصائل بنصف الدية ، قال : والذي يقتضيه المذهب ، أنهم لا يرجعون بشيء ، لأن النفس لا تنقص بنقص اليد .

الباب الثالث

في ضمان ماتلفه البهائم

إذا اتلفت البهيمة ، فإما أن لا يكون معها أحد من مالك وغيره ، وإما أن يكون .

الحال الأول :

أن لا يكون أحد ، وأتلفت زرعاً أو غيره ، نظر إن أتلفته بالنهار ، فلا ضمان على صاحبها ، وإن أتلفته بالليل ، لزم صاحبها الضمان ، للحديث الصحيح في ذلك ، ولأن العادة أن أصحاب الزروع والبساتين يحفظونها نهاراً ، ولا بد من إرسال المواشي للرعي ، ثم العادة أنها لا تترك

منتشرة ليلاً ، فإذا تركها ليلاً ، فقد قصر . فضسن . ولو جرت العادة في ناحية بالعكس ، فكانوا يرسلون المواشي ليلاً للرعي ، ويحفظونها نهاراً ، وكانوا يحفظون الزرع ليلاً ، فوجهان ، أحدهما : ينعكس الحكم ، فيضن ما أتلفته بالنهار دون الليل اتباعاً لمعنى الخبر والعادة ، والثاني : لا تأثير للعادة ويتعلق به فروع •

الأول : المزارع في الصحراء والبساتين التي لاجدار لها ، حكسها مذكراً ، أما إذا كان الزرع في محوط ، وكان للبساتين باب يغلق ، فتركه مفتوحاً فوجهان : أحدهما : الحكم كذلك لإطلاق الحديث ولأن العادة حفظ البهائم وربطها ليلاً ، فأرسالها تقصير . وأصحها : لا ضان وإن أتلفت بالليل : لأن التقصير من صاحب الزرع بفتح الباب •

الثاني : إننا يعتاد إرسال المواشي إذا كان هناك مراعى بعيدة عن المزارع ، وحينئذ إن فرض انتشارها إلى أطراف المزارع ، لم يعد تقصيراً ، فأما إذا كانت المراعى متوسطة للمزارع . أو كانت البهائم ترعى في حريم السواقي ، فلا يعتاد إرسالها بلا راع ، فإن أرسلها ، فمقصر ضامن لما أفسدته وإن كان نهاراً . هذا هو المذهب . وبه قطع الجمهور •

الثالث : لو ربط بهيسته . وأغلق بابه . واحتاط على العادة ، ففتح الباب لص ، أو انهدم الجدار . فخرجت ليلاً ، فلا ضان . إذ لا تقصير ، ولو قصر صاحب البهيسة ، وحضر صاحب الزرع ، فإن قدر على تنفيرها . فليفعل ، فإن تهاون فهو المقصر المضيع لزرعه . فلا ضان على الصحيح ، وينبغي أن لا يبالغ التنفير والإبعاد . بل يقتصر على قدر الحاجة ، فإن زاد ، فضاقت ، قال إبراهيم المروذي : لزمه الضان وتصير داخله في ضنائه بالتباعد فوق قدر الحاجة . ولو أخرجها من زرعه وأدخلها في زرع غيره ، فأفسدته ، لزمه الضان . فإن كانت محفوفة بمزارع الناس . ولم

يسكن إخراجها إلا بإدخالها مزرعة غيره ، لم يجز أن يقي مال نفسه بمال غيره ، بل يصبر ويغرم صاحبها •

الرابع : إذا أرسل دابة في البلد ، فأتلقت شيئاً ، ضمن على الأصح ، وجميع ما ذكرنا فيما إذا تعلق إرسال الدابة وضبطها باختياره ، فإن ائفلت ، لم يضمن ما أتلفته بحال ، ولو ربط دابته في موات ، أو ملك نفسه ، وغاب عنها ، لم يضمن ما تتلفه ، وإن ربطها في الطريق على باب داره ، أو في موضع آخر ، لزمه الضمان ، سواء كان الطريق ضيقاً أو واسعاً ، لأن الارتفاق في الطريق إنما يجوز بشرط سلامة العاقبة ، كإشراع الجناح ، وقيل : إن كان واسعاً ، فلا ضمان ، والصحيح المنصوص هو الأول ، ولم يتعرضوا للفرق بين ربطه بإذن الإمام ودون إذنه •

فرع

إذا أرسل الحمام ، أو غيرها من الطير ، فكسرت شيئاً ، أو التقطت حباً ، فلا ضمان . لأن العادة إرسالها ، ذكره ابن الصباغ •

الحال الثاني : إذا كان مع البهيمة شخص ، ضمن ما أتلفته من نفس ومال ، سواء أتلقت ليلاً أو نهاراً ، وسواء كان سائقها أو راكبها أو قائدها ، وسواء أتلقت بيدها أو رجلها أو عضها أو ذنبها ، لأنها تحت يده وعليه تعهدها وحفظها ، وسواء كان الذي مع البهيمة مالكة أو أجيره ، أو مستأجراً أو مستعيراً أو غاصباً ، لشمول اليد ، وسواء البهيمة الواحدة والعدد . كالإبل المقطورة ، وحكى ابن كنج وجهاً أنه إن كانت الماشية مساقاً . كالغنم ، فساقها ، لم يضمن ، وإن كانت مساقداً ،

فساقها ، ضمن ، والصحيح أنه يضمن في الحالين وبه قطع الجماهير ، ولو كان معها قائد وسائق ، فالضمان عليهما نصفين ، وفي الراكب مع السائق أو القائد وجهان ، أحدهما : عليهما نصفين ، والثاني : يخص الراكب بالضمان لقوة يده وتصرفه ، ولو اجتمع راكب وسائق وقائد ، فهل يختص الراكب بالضمان أم يجب عليهم أثلاثاً ؟ وجهان ، ولو كان يسير دابة ، فنخسها إنسان ، فرمحت وأتلفت شيئاً ، فالضمان على الناحس على الصحيح ، وقيل : عليهما ، ولو انفلتت الدابة من يد صاحبها وأتلفت شيئاً ، فلا ضمان عليه من يده ، فلو أمسك على اللجام ، وركبت رأسها فهل يضمن ما تتلفه ؟ قولان ، وعن صاحب «التلخيص» طرد الخلاف ، وإن لم يكن معها الراكب ، كما إذا غلبت السفينتان الملاحين ، قال الإمام : والدابة النزقة التي لا تنضبط بالكبح ، والترديد في معاطف اللجام ، لا تركب في الأسواق ، ومن ركبها ، فهو مقصر ضامن لما تتلفه ، وإذا راثت الدابة ، أو بالت في سيرها في الطريق ، فزلق به إنسان ، وتلفت نفس أو مال ، أو فسد شيء من رشاش الوحل بمشاها وقت الوحول والأنداء ، أو مما يثور من الغبار ، وقد يضر ذلك بشاب البزازين والفواكه ، فلا ضمان في كل ذلك ، لأن الطريق لا يخلو عنه ، والمنع من الطرق لا سبيل إليه ، لكن ينبغي أن يحترز مما لا يعتاد ، كالركض المفرط في الوحل ، والإجراء في مجتمع الوحول ، فإن خالف ، ضمن ما يحدث منه ، وكذا لو ساق الإبل في الأسواق غير مقطورة ، لأنه لا يمكن ضبطها حينئذ ، وإذا بالت الدابة ، أو راثت في الطريق وقد وقفها فيه ، فأفضى المرور في موضع البول إلى تلف ، فعلى الخلاف السابق فيما لو أتلفت الدابة الموقوفة هناك شيئاً ، والمذهب : أنه لا ضمان وقيل : يفرق بين طريق واسع وضيق ، وعن ابن الوكيل وجه أنه يجوز أن تقف الدابة في الطريق مطلقاً ، كما يجوز أن يجريها ، فإذا بالت أو

رائث في وقوفها ، وتلف به إنسان ، فلا ضمان ، ولو كان يركض دابته ، فأصاب شيء من موضع السنايك عين إنسان ، وأبطل ضوءها ، فإن كان الموضع موضع ركض ، فلا ضمان ، وإلا فيضمن ، ولو كان يسوق دابة عليها حطب ، أو حملة على ظهره ، أو على عجلة ، فاحتك ببناء وأسقطه ، لزمه ضمانه ، وإن دخل السوق به ، وتلف منه مال أو نفس ، ففي « التهذيب » وغيره أنه إن كان ذلك وقت الزحام ، ضمن ، وإن لم يكن زحام ، وتمزق ثوبه بخشبة تعلقت به مثلاً ، فإن كان صاحب الثوب مستقبلاً للدابة ، فلا ضمان ، لأن التقصير منه إلا أن يكون أعمى ، فعلى صاحب الدابة إعلامه ، وإن كان يمشي قدام الدابة ، لزم صاحبها الضمان إذا لم يعلمه ، لأنه مقصر في العادة ، وإن كان من صاحب الثوب جذبه أيضاً بأن تعلقت الخشبة بثوبه فجذبه وجذبتها الدابة ، فعلى صاحبها نصف الضمان ، ولو كان يمشي ، فوقع مقدم مداسه على مؤخر مداس غيره وتمزق ، لزمه نصف الضمان ، لأنه تمزق بفعله وفعل صاحبه ، هكذا ذكره إبراهيم المروذي ، وينبغي أن يقال : إن تمزق مؤخر مداس السابق ، فالضمان على اللاحق ، وإن تمزق مقدم مداس اللاحق ، فلا ضمان على السابق ، وجميع ما ذكرنا في وجوب الضمان على صاحب الدابة هو فيما إذا لم يوجد من صاحب المال تقصير ، فإن وجد بأن عرضه للدابة ، أو وضعه في الطريق ، فلا ضمان على صاحب الدابة .

فرع

إذا كانت له هرة تأخذ الطيور ، وتقلب القدور ، فأتلقت شيئاً فهل على صاحبها ضمان ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، سواء أتلقت ليلاً أو نهاراً ، لأن مثل هذه الهرة ينبغي أن تربط ويكف شرها ، وكذا الحكم في كل حيوان تولع بالتعدي ، والثاني : لا ضمان ، سواء أتلقت ليلاً

أو نهاراً ، لأن العادة لا تربط ، أما إذا لم يعهد منها ذلك فوجهان ،
أصحهما : لا ضمان ، لأن العادة حفظ الطعام عنها لا ربطها ، والثاني :
يفرق بين الليل والنهار كما سبق في البهيمة ، وأطلق الإمام في ضمان
ما تتلفه الهرة أربعة أوجه ، أحدها : يضمن ، والثاني : لا ، والثالث :
يضمن ليلاً لا نهاراً ، كالبهيمة ، والرابع : عكسه ، لأن الأشياء تحفظ
عنها ليلاً ، وإذا أخذت الهرة حمامة وهي حية ، جاز قتل أذننها وضرب
فمها لترسلها ، وإذا قصدت الحمام ، فأهلك في الدفع ، فلا ضمان ، فلو
صارت ضارية مفسدة فهل يجوز قتلها في حال سكونها ؟ وجهان ،
أصحهما وبه قال القفال : لا يجوز ، لأن ضراوتها عارضة والتحرز عنها
سهل ، وقال القاضي حسين : تلتحق بالفواسق الخمس ، فيجوز قتلها ،
ولا يختص بحال ظهور الشر ، قال الإمام : وقد انتظم لي كلام الأصحاب
أن الفواسق مقتولات لا يعصمها الاقتناء ، ولا يجري الملك عليها ، ولا
أثر لليد والاختصاص فيها •

فرع

لو كان في داره كلب عقور ، أو دابة رموح ، فدخلها إنسان ،
فرمخته ، أو عضه الكلب ، فلا ضمان إن دخل بغير إذن صاحب الدار ،
أو بإذنه وأعلمه بحال الكلب والدابة ، وإن لم يعلسه فقولان ، كما لو
وضع بين يديه طعاماً مسموماً ، ومنهم من خص الخلاف بسن كان أعمى ،
أو في ظلمة ، وقطع بنفي الضمان إذا كان بصيراً يرى •

فرع

لو ابتلعت البهيمة في مرورها جوهره ، ضمنها صاحبها إن كان
معها . أو وجد منه تقصير ، بأن طرح لؤلؤة غيره بين يدي دجاجة ، وإلا
فوجهان ، أحدهما : يفرق بين الليل والنهار ، كالزرع ، والثاني : يضمن

ليلاً ونهاراً ، وإذا أوجبنا الضمان ، فطلب صاحب الجوهرة ذبحها ورد الجوهرة ، فقد سبق بيانه في الغصب •

فصل

في مسائل منثورة من الباب ، وربما سبق بعضها فاعلناه ، أو صح في فتاوى البغوي أن الراعي كالمالك يضمن ما أتلفته الدابة في يده ، ولو كان عنده دابة وديعة ، فأرسلها فأتلفت ، لزمه الضمان ليلاً أو نهاراً ، لأن عليه حفظها ليلاً ونهاراً ، وفي هذا توقف ، ويشبه أن يقال : عليه حفظها بحسب ما يحفظ الملاك ، وأنه لو استأجر رجلاً لحفظ دوابه ، فأتلفت زرعاً ليلاً أو نهاراً ، فعلى الأجير الضمان ، لأن عليه حفظها في الوقتين ، وذكر أنه رأى المسألة كذلك في طريقة العراق •

قلت ينبغي أن لا يضمن الأجير والمودع إذا أتلفت ليلاً كان أو نهاراً ، لأن على صاحب الزرع حفظه نهاراً ، وتفريط الأجير إنما يؤثر في أن مالك الدابة يضمنه • **والله أعلم**

وأنه لو دخلت دابة ملك رجل فأخرجها ، ضمن ، كما لو هبت الريح بثوب في حجره ، فألقاه ، ضمن ، بل عليه ردها إلى المالك ، فإن لم يجده سلمها إلى الحاكم إلا أن تكون مسيبة من جهة المالك ، كالإبل والبقر ، وعلى هذا فالذي سبق أنه يخرجها من زرعه إلا إذا كان زرعه محفوظاً بزرع الغير يحتمل على ما إذا كانت مسيبة من جهة المالك ، وأنها لو دخلت بهيمة أرضه ، قتلت زرعه ، دفعها كما يدفعها لو صالت ، فإن نحاها عن الزرع ، واندفع ضررها ، لم يجز إخراجها عن الملك ، لأن شغلها المكان وإن كان فيه ضرر بحيث لا يبيح إضاعة مال غيره ، ولو أن مالكا أدخلها في ملك صاحب الأرض بغير إذنه ، فأخرجها بعد غيبة

مالكها ، أو وضع إنسان متاعه في المفازة على دابة شخص بغير إذنه ، وغاب ، ألقاه صاحب الدابة ، فيحتمل وجهين في الضمان وعدمه ، وأنه لو كان يقطع شجرة في ملكه ، فسقطت على رجل أحد النظارة ، فانكسرت ، فإن عرف القاطع أنها إذا سقطت تصيب الناظر ، ولم يعرف الناظر ذلك ، ولا أعلمه القاطع ، ضمن القاطع ، سواء دخل ملكه بإذنه أو بغير إذنه ، وإن عرف الناظر ذلك ، أو عرفاه جميعاً ، أو جهلاه ، فلا ضمان ، وأنه لو دخلت بقرة ملكه ، فأخرجها من ثلثة ، فهلك ، ضمن إن لم تكن الثلثة بحيث تخرج البقرة منها بسهولة ، وأنه لو دخلت دابة ملكه ، فرمحت صاحب الملك ، فمات ، فحكم الضمان كما لو أتلقت زرعه ، يفرق بين الليل والنهار ، وإذا أوجنا الضمان ، فالدية على العاقلة ، كحفر البئر ، وأنه لو ركب صبي أو بالغ دابة رجل دون إذنه ، فغلبته الدابة وأتلقت شيئاً ، فعلى الراكب الضمان بخلاف ما لو ركب المالك ، فغلبته ، حيث لا يضمن في قول ، لأنه غير متعد ، وأنه إذا أهاجت الرياح وأظلم النهار ، فنفرت غنم الراعي ووقعت في زرع ، فأفسدته ، فالراعي مغلوب ، وفي وجوب الضمان عليه قولان ، أظهرهما : لا ضمان ، وكذا الحكم لو ند بعير من صاحبه ، فأتلقت شيئاً ، ولو نام وتفرقت الأغنام وأتلقت ، ضمن لتقصيره ، وأن الرجل لو كان على دابة ، فسقطت ميتة وأهلكت شيئاً ، أو مات الراكب وسقط على شيء ، لم يضمن ، وكذا لو انتفخ ميت ، وتكسر بسبب انتفاخه قارورة بخلاف الطفل يسقط على قارورة ، يضمن ، لأن للطفل فعلاً بخلاف الميت ، وأنه لو استقبل دابة فردها ، فأتلقت في انصرافها شيئاً ، ضمنه الراد ، ولو نخسها ، فأسقطت الراكب ، أو رمحت منه إنساناً ، فأتلقت ، فعلى الناحس الضمان ، فإن نخس بإذن الراكب ، تعلق الضمان بالراكب ،

ولو حل قيداً عن دابة ، فخرجت وأتلفت شيئاً ، لا يضمن ، كما لو أبطل
الحرز فأخذ المال ، وأنه لو سقطت دابة في وهدة ، فنفر من سقطها بغير
وهلك ، لا يجب ضمانه على صاحب الدابة ، وأله إذا ابتاع بهيمة بضمن
في ذمته ، فأتلفت على المشتري مالا ، ضمنه البائع ، لأنها في يده ، كما
لو أتلفت المستعارة شيئاً على المعير ، يضمنه المستعير ، وأنه لو ألقى
نخاعته في الحمام ، فزلق بها حر أو عبد وانكسر ، لزمه الضمان إن
ألقاها على الممر وبالله التوفيق •

* * *

كتاب السير

هي جمع سيرة ، وهي الطريقة ، والمقصود : الكلام في الجهاد وأحكامه وفيه ثلاثة أبواب :

الأول : في وجوب الجهاد ، وبيان فروض الكفايات ، وفيه أطراف

الأول : في مختصر يتعلق بابتداء الأمر بالجهاد وغيره ، قال الشافعي والأصحاب رحمهم الله : لما بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بالتبليغ والإنذار بالقتال ، واتبعه قوم بعد قوم ، وفرضت الصلاة بمكة ، ثم فرض الصوم بعد الهجرة بسنتين ، واختلفوا في أن الزكاة فرضت بعد الصوم أم قبله ، ثم فرض الحج سنة ست ، وقيل : سنة خمس ، وكان القتال ممنوعاً منه في أول الإسلام وأمروا بالصبر على أذى الكفار ، فلما هاجر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المدينة ، وجبت الهجرة على من قدر ، فلما فتحت مكة ، ارتفعت الهجرة منها إلى المدينة ، ونفي وجوب الهجرة من دار الحرب على ما سنذكره . إن شاء الله تعالى ، ثم أذن الله سبحانه وتعالى في القتال للمسلمين إذا ابتدأهم الكفار بقتال ، ثم أباح القتال ابتداءً . لكن في غير الأشهر الحرم ، ثم أمر به من غير تقييد بشرط ولا زمان ، ولم يعبد رسول الله صلى الله عليه وسلم صنماً قط قال صاحب « البيان » : كان متمسكاً قبل النبوة بدين إبراهيم صلى الله عليه وسلم .

قلت تعرض الرافعي رحمه الله لهذه النبذ ، ولم يذكر فيها ما يليق به ولا بهذا الكتاب ، وأنا أشير إلى أصول مقاصدها بالفاظ وجيزة إن

شاء الله تعالى ، اتفقوا أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يعبد صنماً قط ،
 والأنبياء قبل النبوة معصومون من الكفر ، واختلفوا في العصاة من
 المعاصي . وأما بعد النبوة فمعصومون من الكفر ، ومن كل ما يخل
 بالتبليغ ، وما يزي بالمروءة ، ومن الكبائر ، واختلفوا في الصغائر
 فجوزها الأكثرون . ومنعها المحققون وقطعوا بالعصاة منها . وتأولوا
 الظواهر الواردة فيها ، واختلفوا في أن نبينا صلى الله عليه وسلم هل
 كان قبل النبوة يتعبد على دين نوح وإبراهيم أم موسى أم عيسى ، أم
 يتعبد لا ملتزماً دين واحد من المذكورين ، والمختار أنه لا يجزم في ذلك
 بشيء ، إذ ليس فيه دلالة على عقل ولا ثبت فيه نص ولا إجماع ،
 واختلف أصحابنا في شرع من قبلنا ، هل هو شرع لنا إذا لم يرد شرعنا
 بنسخ ذلك الحكم ؟ والأصح أنه ليس بشرع لنا ، وقيل : بلى ، وقيل :
 شرع إبراهيم فقط ، وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم وله أربعون
 سنة ، وقيل : أربعون ويوم ، فأقام في مكة بعد النبوة ثلاث عشرة
 سنة ، وقيل : عشر ، وقيل : خمس عشرة ، والصحيح الأول ، ثم هاجر
 إلى المدينة ، فأقام بها عشر ، بالإجماع ، ودخلها رسول الله صلى الله
 عليه وسلم ضحى يوم الاثنين لاثنتي عشرة خلت من شهر ربيع الأول ،
 وتوفي صلى الله عليه وسلم ضحى يوم الاثنين لاثنتي عشرة خلت من
 شهر ربيع الأول سنة إحدى عشرة من الهجرة ومنها ابتداء التاريخ ،
 ودفن ليلة الأربعاء ، وقيل : ليلة الثلاثاء ، ومدة مرضه صلى الله عليه
 وسلم الذي توفي فيه اثنا عشر يوماً ، وقيل : أربعة عشر ، وغسله علي
 والعباس والفضل وقثم وأسامة وشقران رضي الله عنهم ، وكفن في ثلاثة
 أثواب بيض ليس فيها قميص ولا عمامة ، وصلى عليه المسلمون أفراداً
 بلا إمام ، ودخل قبره علي والعباس والفضل وقثم وشقران ، ودفن في
 اللحد وجعل فيه تسع لبنات ، ودفن في الموضع الذي توفي فيه ، وهو

حجرة عائشة ، ثم دفن عنده أبو بكر ، ثم عمر رضي الله عنهما ، ولم يحج صلى الله عليه وسلم بعد الهجرة إلا حجة الوداع سنة عشر ، وسميت حجة الوداع لأنه ودع الناس فيها صلى الله عليه وسلم ، واعتمر صلى الله عليه وسلم أربع عمر ، واختلفوا هل فرض الحج سنة ست أو خمس أو تسع ، وأول ما وجب الإنذار والدعاء إلى التوحيد ، ثم فرض الله تعالى من قيام الليل ما ذكره في أول سورة المزمل ، ثم نسخه بما في أواخرها ، ثم نسخه بإيجاب الصلوات الخمس ليلة الإسراء بمكة بعد العبوة بعشر سنين وثلاثة أشهر ليلة سبع وعشرين من رجب ، وكان صلى الله عليه وسلم مأموراً بالصلاة إلى بيت المقدس مدة مقامه بمكة وبعد الهجرة ستة عشر شهراً أو سبعة عشر ، ثم أمره الله تعالى باستقبال الكعبة .

ذكر بعض الأمور المشهورة بعد الهجرة على ترتيب السنين :

السنة الأولى : فيها بنى صلى الله عليه وسلم مسجده ومسكنه ، وأخى بين المهاجرين والأنصار ، وشرع الأذان وأسلم عبد الله بن سلام .

السنة الثانية : فيها حولت القبلة إلى الكعبة ، قال محمد ابن حبيب الهاشمي : حولت في الظهر يوم الثلاثاء نصف شعبان ، كان صلى الله عليه وسلم في أصحابه ، فحانت صلاة الظهر في منازل بني سلمة ، فصلى بهم ركعتين من الظهر في مسجد القبلتين إلى القدس ، ثم أمر في الصلاة باستقبال الكعبة وهو راكع في الركعة الثانية ، فاستدار واستدارت الصفوف خلفه صلى الله عليه وسلم ، فأتم الصلاة ، فسمي مسجد القبلتين ، وفي شعبان منها فرض صوم رمضان ، وفيها فرضت صدقة الفطر ، وفيها كانت غزوة بدر في رمضان ، وفي شوال منها تزوج عائشة ، وفيها تزوج علي فاطمة .

السنة الثالثة : فيها غزوات وأربع سرايا ، منها غزوة أحد يوم السبت السابع من شوال ، ثم غزوة بدر الصغرى في هلال ذي القعدة ، وفيها غزوة بني النضير ، وحرمت الخمر بعد غزوة أحد ، وتزوج حفصة ، وتزوج عثمان أم كلثوم ، وولد الحسن بن علي •

الرابعة : فيها غزوة الخندق وذكرها جماعة في الخامسة ، والصحيح أنها في الرابعة ، ويقال لها : الأحزاب أيضاً ، وكان حصار الأحزاب المدينة خمسة عشر يوماً ثم هزمهم الله تعالى ، وفيها قصرت الصلاة ونزل التيمم ، وتزوج أم سلمة •

الخامسة : فيها غزوة ذات الرقاع في أول المحرم وبها صلى صلاة الخوف ، وهي أول صلوات الخوف ، ثم غزوة دومة الجندل ، وغزوة بني قريظة •

السادسة : غزوة الحديبية وبيعة الرضوان ، وغزوة بني المصطلق ، وكسفت الشمس ، ونزل الظهار •

السابعة : فيها غزوة خيبر ، وتزوج أم حبيبة وميمونة وصفية ، وجاءته مارية وبغلته دلدل ، وقدم جعفر وأصحابه من الحبشة ، وأسلم أبو هريرة ، وعمره القضاء •

الثامنة : فيها غزوة مؤتة ، وذات السلاسل ، وفتح مكة في رمضان ، وولد ابراهيم ، وتوفيت زينب ، وغزوة حنين والطائف ، وفيها غلاء السعر ، فقالوا : سعر لنا •

التاسعة : فيها غزاة تبوك ، وحج أبو بكر رضي الله عنه بالناس ، وتوفيت أم كلثوم والنجاشي ، وتتابعت الوفود ، ودخل الناس في دين الله أفواجا •

العاشره : فيها حجة الوداع ، و وفاة ابراهيم ، وإسلام جرير .
ونزل (اليوم أكملت لكم دينكم) وغزواته صلى الله عليه وسلم بنفسه
خمسة وعشرون غزوة ، وقيل : سبع وعشرون ، وسراياه ست وخمسون ،
وقيل غير ذلك . والله أعلم

الطرف الثاني في وجوب الجهاد

قد يكون فرض كفاية ، وقد يتعين كما سيأتي إن شاء الله تعالى ،
وهل كان فرض كفاية في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أم فرض
عين ؟ فيه وجهان ، أحدهما : فرض كفاية لقوله تعالى (لا يستوي
القاعدون) الآية وأما اليوم فهو ضربان ، أحدهما : أن يكون الكفار
مستقرين في بلدانهم ، فهو فرض كفاية ، فإن امتنع الجميع منه ، أثموا ،
وهل يعصم الإثم ، أم يختص بالذين يدنوا إليه ؟ وجهان .

قلت : الأصح أنه يأنم كل من لاعد له كما سيأتي بيان الأعذار إن
شاء الله تعالى . والله أعلم

وإن قام من فيه كفاية ، سقط عن الباقي . وتحصل الكفاية بشيئين .
أحدهما : أن يشحن الإمام الثغور بجماعة يكافئون من يازاؤونهم
من الكفار ، وينبغي أن يحتاط بإحكام الحصون وحفر الخنادق
ونحوهما ، ويرتب في كل ناحية أميراً كافياً يقلده الجهاد وأمور المسلمين .

الثاني : أن يدخل الإمام دار الكفر غازياً بنفسه ، أو بجيش يؤمر
عليهم من يصلح لذلك ، وأقله مرة واحدة في كل سنة ، فإن زاد فهو
أفضل ، ويستحب أن يبدأ بقتال من يلي دار الإسلام من الكفار ، فإن
كان الخوف من الأبعدين أكثر ، بدأ بهم ، ولا يجوز إخلاء سنة عن جهاد

إلا لضرورة ، بأن يكون في المسلمين ضعف وفي العدو كثرة ، ويخاف من ابتدائهم الاستئصال ، أو لعذر بأن يعز الزاد وعلف الدواب في الطريق ، فيؤخر إلى زوال ذلك ، أو ينتظر لحاق مدد ، أو يتوقع إسلام قوم ، فيستميلهم بترك القتال ، هذا ما نص عليه الشافعي ، وجرى عليه الأصحاب رحمهم الله ، وقال الإمام : المختار عندي في هذا مسلك الأصوليين ، فإنهم قالوا : الجهاد دعوة قهرية ، فيجب إقامته بحسب الإمكان حتى لا يبقى إلا مسلم أو مسالم ، ولا يختص بمرة في السنة ، ولا يعطل إذا أمكنت الزيادة ، وما ذكره الفقهاء حملوه على العادة الغالبة ، وهي أن الأموال والعدد لا تتأتى لتجهيز الجنود في السنة أكثر من مرة ، ثم إن تمكن الإمام من بث الأجناد للجهاد في جميع الأطراف ، فعسل ، وإلا فيبدأ بالأهم فالأهم ، وينبغي له أن يرعى النصفة بالمناوبة بين الأجناد في الإغراء ، ويسقط الوجوب في هذا الضرب بأعذار .

منها : الصغر والجنون والأنوثة ، ولالإمام أن يأذن للمراهقين والنساء في الخروج ، وأن يستصحبهم لسقي الماء ومداواة المرضى ومعالجة الجرحى ، ولا يأذن للمجانين بحال ، ولا جهاد على الخنثى .

ومنها : المرض ، فلا جهاد على من به مرض يسنعه من القتال والركوب على دابة ، ولا على من لا يمكنه القتال إلا بمشقة شديدة ، ولا اعتبار بالصداع ووجع الضرس والحمى الخفيفة ونحوها .

ومنها : العرج ، فلا جهاد على من به عرج بين وإن قدر على الركوب ووجد دواب ، وقيل : يلزمه الجهاد راكباً ، والصحيح الأول ، وسواء العرج في رجل أو رجله ، ولا اعتبار بعرج يسير لا يمنع المشي ، ولا جهاد على أشل اليد ، ولا من فقد معظم أصابعه بخلاف فاقد الأقل .

ومنها : العمى ، فلا جهاد على أعمى ، ويجب على الأعور والأعشى

وعلى ضعيف البصر إن كان يدرك الشخص ، ويمكنه أن يتقي السلاح .
ومنها : الفقر ، فلا جهاد على من عجز عن سلاح وأسباب القتال ،
ويشترط أن يجد نفقة طريقه ذهاباً ورجوعاً ، فإن لم يكن له أهل ولا
عشيرة ، ففي اشتراط نفقة الرجوع وجهان سبقا في الحج ، فإن كان
القتال على باب البلد ، أو حواليه ، سقط اشتراط نفقة الطريق ،
ويشترط وجدان راحلة إن كان سفره مسافة القصر ، ويشترط كون
جميع ذلك فاضلاً عن نفقة من يلزمه نفقته ، وسائر ما ذكرناه في الحج ،
وكل عذر يمنع وجوب الحج ، يمنع وجوب الجهاد إلا أمن الطريق ،
فإنه شرط هناك ولا يشترط هنا ، لأن مبنى الغزو على ركوب المخاوف ،
هذا إن كان الخوف من طلائع الكفار ، وكذا لو كان من متلصصي
المسلمين على الصحيح ، ولو بذل للفاقد ما يحتاج إليه ، لم يلزمه قبوله ،
إلا أن يبذله الإمام ، فيلزمه أن يقبل ويجاهد ، لأن ما يعطيه الإمام حقه ،
ولا يلزم الذمي الجهاد ، والحاصل أن الجهاد لا يجب إلا على مسلم بالغ
عقل ذكر حر مستطيع ، ولا جهاد على رقيق وإن أمره سيده ، إذ ليس
القتال من الاستخدام المستحق للسيد ، ولا يلزمه الذب عن سيده عند
خوفه على روحه إذا لم نوجب الدفع عن الغير ، بل السيد في ذلك
كالأجنبي ، وللسيد استصحابه في سفر الجهاد وغيره لخدمته ويسوس
دوابه ، والمدبر والمكاتب ومن بعضه حر لا جهاد عليهم .

فرع

مما يمنع وجوب الجهاد الدّين ، فمن عليه دين حال لمسلم أو ذمي
ليس له أن يخرج في سفر جهاد أو غيره إلا بإذنه ، وله أن يسئله السفر
لتوجه المطالبة به ، والحبس إن امتنع ، وإن كان معسراً ، فليس له
منعه على الصحيح ، إذ لا مطالبة في الحال ، ولو استتاب المוסر من
يقضي دينه من مال حاضر ، فله الخروج ، وإن أمره بالقضاء من مال

غائب ، فلا ، ومتى أذن صاحب الدين ، فله الخروج ، ويلتحق بأصحاب فرض الكفاية ، وفيه احتمال للإمام ، وإن كان الدين مؤجلاً ، فله أن يخرج في سفر لا يغلب فيه الخطر على ما سبق في التفليس ، وهل لصاحب الدين منعه من سفر الجهاد ؟ فيه خمسة أوجه ، أحدها : لا ، والثاني : نعم ، إلا أن يقيم كفيلاً بالدين ، والثالث : له المنع إن لم يخلف وفاء ، والرابع : له المنع إن لم يكن من المرتزقة ، والخامس : له ذلك إن كان الدين يحل قبل رجوعه ، وركوب البحر كسفر الجهاد على الأصح .

فرع

من أحد أبويه حي ، يحرم عليه الجهاد إلا بإذنه ، أو بإذنها إن كانا حينئذ مسلمين ، ولا يحتاج إلى إذن كافر ، والأجداد والجندات كالوالدين ، وقيل : لا يشترط إذن الجد مع وجود الأب ، ولا الجدة مع وجود الأم ، والأول أصح ، وليس للوالد منع الولد من حجة الاسلام على الصحيح ، وله المنع من حج التطوع ، وأما سفره لطلب العلم ، فإن كان لطلب ماهو متعين ، فله الخروج بغير إذنها ، وليس لهما المنع ، وإن كان لطلب ماهو فرض كفاية ، بأن خرج لطلب درجة الفتوى وفي الناحية مستقل بالفتوى ، فليس لهما المنع على الأصح ، فإن لم يكن هناك مستقل ، ولكن خرج جماعة ، فليس لهما على المذهب ، لأنه لم يوجد في الحال من يقوم بالمقصود ، والخارجون ، فلا يظفرون بالمقصود ، وإن لم يخرج معه أحد ، لم يحتاج إلى إذن ، ولا منع لهما قطعاً ، لأنه يدفع الإثم عن نفسه ، كالفرض المتعين عليه ، وقيد بعضهم هذه الصورة بما إذا لم يمكنه التعلم في بلده ، ويجوز أن لا يشترط ذلك ، بل يكفي أن يتوقع في السفر زيادة فراغ أو إرشاد أستاذ أو غيرهما ، كما لم يقيد الحكم في سفر التجارة بمن لم يتمكن منها بلده ، بل اكتفي بتوقع زيادة ربح ، أو رواج ، وأما سفر

التجارة وغيره ، فإن كان قصيراً ، فلا منع منه بحال ، وإن كان طويلاً ، نظر إن كان فيه خوف ظاهر ، كركوب بحر أو بادية مخطرة ، وجب الاستئذان على الصحيح ، ولهما المنع ، وإن كان الأمن غالباً ، فالأصح أنه لا منع ولا يلزمه الاستئذان ، والولد الكافر في هذه الأسفار كالمسلم ، بخلاف سفر الجهاد ، فإنه متهم فيه ، والرقيق كالحر على الصحيح لشمول معنى البر والشفقة .

فرع

من خرج للجهاد بإذن صاحب الدين أو الوالدين ، ثم رجعوا عن الإذن ، أو كان الأبوان كافرين ، فخرج ثم أسلسا ، ولم يأذنا ، وعلم المجاهد الحال ، فإن لم يشرع في القتال ، ولم يحضر الواقعة لزمه الانصراف إلا أن يخاف على نفسه أو ماله أو يخاف انكسار قلوب المسلمين ، فلا يلزمه ، فإن لم يمكنه الانصراف للخوف ، وأمكنه أن يقيم في قرية في الطريق حتى يرجع الجيش ، لزمه أن يقيم ، وأوهم في « الوسيط » خلافاً في وجوب الإقامة هناك ، وحكى ابن كج قولاً أنه لا يلزمه الانصراف ، والمشهور الأول ، وإن علم بعد الشروع في القتال ، فأربعة أوجه ، أصحها : تجب المصابرة ، ويحرم الانصراف ، والثاني : يجب الانصراف ، والثالث : يتخير بين الانصراف والمصابرة ، والرابع : يجب الانصراف إن رجع صاحب الدين دون الأبوين إن رجع ، لعظم شأن الدين ومن شرط عليه الاستئذان ، فخرج بلا إذن ، لزمه الانصراف ما لم يشرع في القتال ، لأن سفره سفر معصية إلا أن يخاف على نفسه أو ماله ، فإن شرع في القتال ، فوجهان مرتبان ، وهذه الصورة أولى بوجوب الانصراف ، لأن أول الخروج معصية ، ولو خرج عبد بغير إذن سيده ، لزمه الانصراف ما لم يحضر الواقعة ، فإن حضر ، فلا ، قال الروياني : يستحب الرجوع .

فرع

لو مرض من خرج للجهاد أو عرج، أو فني زاده، أو هلكت دابته، فله أن ينصرف ما لم يحضر الواقعة، وكذا الحكم لو كان العذر حاصلًا وقت الخروج، فإن حضر الواقعة، فهل يلزمه الثبات أم له الرجوع؟ وجهان، أصحهما: الثاني، قال الإمام: والوجهان إذا لم يورث انصرافه فشلاً في الجند، فإن أورثه، حرم الرجوع قطعاً، وفي « التهذيب » في صورة موت الدابة يلزمه القتال راجلاً إن أمكنه ذلك، وإلا فلا، وقيل: إذا انقطع عنه سلاحه، أو انكسر، لزمه القتال بالحجارة إن أمكنه.

فرع

حيث جوزنا الانصراف لرجوع الأبوين أو صاحب الدين عن الإذن، أو لحدوث المرض ونحوه، فليس للسلطان حبسه، قال الشافعي رحمه الله: إلا أن يتفق ذلك لجماعة، ويخشى من انصرافهم خلل في المسلمين، ولو انصرف لذهب نفقة، أو هلاك دابة، ثم قدر على النفقة والدابة في بلاد الكفار، لزمه الرجوع للجهاد، وإن كان فارق بلاد الكفر، لم يلزمه الرجوع، وعن نصه أن من خرج للجهاد، وبه عذر مرض وغيره، ثم زال عذره، وصار من أهل فرض الجهاد، لم يكن له الرجوع عن الغزو، وكذا لو حدث العذر، وزال قبل أن ينصرف.

فرع

من شرع في قتال ولا عذر له، لزمه المصابرة، وعبر الأصحاب عن هذا بأن الجهاد يصير متعيناً على من هو من أهل فرض الكفاية بالشروع، ولو اشتغل شخص بالتعلم، وأنس الرشد فيه من نفسه، هل يحرم عليه قطعه؟ وجهان، أحدهما: نعم، فيلزمه الإتمام، قاله القاضي حسين، وأصحهما: لا، لأن الشروع لا يغير حكم المشروع فيه بخلاف الجهاد، فإن رجوعه يؤدي إلى التخذيل، وهل يجب إتمام صلاة الجنازة إذا

شرع فيها ؟ وجهان ، قال القفال : لا ، وقال الجمهور : نعم ، وهو الأصح ، قال الغزالي : الأصح أن العلم وسائر فروض الكفاية تتعين بالشروع •

الضرب الثاني : الجهاد الذي هو فرض عين ، فإذا وطئ الكفار بلدة للمسلمين ، أو أطلوا عليها ، ونزلوا بابها قاصدين ، ولم يدخلوا ، صار الجهاد فرض عين على التفصيل الذي نبينه إن شاء الله تعالى ، وعن ابن أبي هريرة وغيره أنه يبقى فرض كفاية ، والصحيح الأول ، فيتعين على أهل تلك البلدة الدفع بما أمكنهم ، وللدفع مرتبتان .

إحداهما : أن يحتمل الحال اجتماعهم وتأهبهم واستعدادهم للحرب ، فعلى كل واحد من الأغنياء والفقراء التأهب بما يقدر عليه ، وإذا لم يمكنهم المقاومة إلا بموافقة العبيد ، وجب على العبيد الموافقة ؛ فينحل الحجر عن العبيد حتى لا يراجعوا السادات ، وإن أمكنهم المقاومة من غير موافقة العبيد ، فوجهان ، أحدهما : أن الحكم كذلك ، لتقوى القلوب ، وتعظم الشوكة ، وتشتد النكاية ، والثاني : لا ينحل الحجر عنهم للاستغناء عنهم ، والنسوة إن لم تكن فيهن قوة دفاع لا يحضرن ، وإن كان فعلى ما ذكرنا في العبيد ، ويجوز أن لا يحوج المروجة إلى إذن الزوج ، كما لا يحوج إلى إذن السيد ، ولا يجب في هذا النوع استئذان الوالدين وصاحب الدين •

المرتبة الثانية : أن يتغشاهم الكفار ، ولا يتمكنوا من اجتماع وتأهب ، فمن وقف عليه كافر ، أو كفار ، وعلم أنه يقتل إن أخذ ، فعليه أن يتحرك ، ويدفع عن نفسه بما أمكن ، يستوي فيه الحر والعبد ، والمرأة والأعمى ، والأعرج ، والمريض ، ولا تكليف على الصبيان والمجانين ، وإن كان يجوز أن يقتل ويؤسر ، ولو امتنع لقتل ، جاز أن

يستسلم ، فإن المكاوحة^(١) والحالة هذه استعجال القتل ، والأسر يحتمل الخلاص ، ولو علمت المرأة أنها لو استسلمت امتدت الأيدي إليها ، لزمها الدفع وإن كانت تقتل ، لأن من أكره على الزنى لا تحل له المطاوعة لدفع القتل ، فإن كانت لا تقصد بالفاحشة في الحال وإنما يظن ذلك بعد السبي ، فيحتمل أن يجوز لها الاستسلام في الحال ، ثم تدفع حينئذ ، ولو كان في أهل البقعة كثرة ، خرج بعضهم وفيهم كفاية ، ففي تحتم المساعدة على الآخرين وجهان ، أصحهما : الوجوب ، لأن الواقعة عظيمة ، وأما غير أهل تلك الناحية ، فمن كان منهم على دون مسافة القصر ، فهو كبعضهم ، حتى إذا لم يكن في أهل البلدة كفاية ، وجب على هؤلاء أن يطيروا إليهم ، وإن كان فيهم كفاية ، ففي وجوب المساعدة عليهم الوجهان ، ومن كان على مسافة القصر ، إن لم يكن في أهل البلدة والذين يلونهم كفاية ، وجب عليهم أن يطيروا إليهم ، فإن طار إليهم من تحصل به الكفاية ، سقط الحرج عن الباقيين ، وهذا معنى قول البغوي : إذا دخل الكفار دار الإسلام ، فالجهاد فرض عين على من قرب ، وفرض كفاية في حق من بعد ، وعلى هذا فحكم أهل الأعذار على ما ذكرناه في الضرب الأول وفيه وجه ، أنه يجب على جميعهم المساعدة والمسارة وليكن هذا في الأقربين ممن هو على مسافة القصر ، وإن كان في أهل البلدة والذين يلونهم كفاية ، فالأصح أنه لا يجب على الذين فوق مسافة القصر المساعدة ، لأنه يؤدي إلى إيجاب على جميع الأمة ، وفي ذلك حرج من غير حاجة ، والثاني : يجب على الأقربين فالأقربين بلا ضبط حتى يصل الخبر بأنهم قد دفعوا وأخرجوا ، وليس لأهل البلدة ، ثم الأقربين

(١) المكاوحة : المقاتلة ، يقال : كاوحت فلانا مكاوحة : إذا قاتلته فقلبتنه .

فالأقربين إذا قدروا على القتل أن يلبثوا إلى لجوق الآخرين ، ولا يشترط وجود المركوب فيمن دون مسافة القصر ، وفيمن على مسافة القصر فما فوقها وجهان ، أحدهما : الاشتراط ، كالحيح ، والثاني : لا ، لشدة الخطب ، ويشترط فيمن فوق مسافة القصر ودونها وجود الزاد على الأصح ، إذ لا استقلال بغير زاد ، ولا معنى لإلزامهم الخروج مع العلم بأنهم سيهلكون ، ولو نزل الكفار على خراب ، أو جبل في دار الإسلام بعيد عن الأوطان والبلدان ، ففي نزوله منزلة دخول البلدة وجهان أطلقهما الغزالي ، والذي نقله الإمام عن الأصحاب أنه ينزل منزلته ، لأنه من دار الإسلام ، واختار هو المنع ، لأن الدار تشرف بسكن المسلمين ، فإذا لم يكن مسكناً لأحد ، فتكليف المسلمين التهاوي على المتالف بعيد .

قلت : هذا الذي اختاره الإمام ليس بشيء ، وكيف يجوز تمكين الكفار من الاستيلاء على دار الإسلام مع إمكان الدفع . والله أعلم

فرع

لو أسروا مسلماً ، أو مسلمين ، فهل هو كدخول دار الإسلام ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، لأن إزعاج الجنود لواحد بعيد ، وأحدهما : نعم ، لأن حرمة أعظم من حرمة الدار ، فعلى هذا لا بد من رعاية النظر ، فإن كانوا على قرب دار الإسلام ، وتوقعنا استخلاص من أسروه لو طرنا إليهم ، فعلنا ، وإن توغلوا في بلاد الكفر ولا يمكن التسارع إليهم ، وقد لا يتأتى خرقها بالجنود ، اضطررنا إلى الانتظار ، كما لو دخل منهم ملك عظيم الشوكة طرف بلاد الإسلام ، لا يتسارع إليه آحاد الطوائف .

الطرف الثالث في بيان فروض الكفاية

هي كثيرة مفرقة في أبوابها ، كغسل الميت وتكفينه والصلاة عليه

ودفنه ، وكذا صلاة الجماعة والأذان والعيد إذا قلنا : إنهن فرض كفاية ، وكذا التقاط المنبوذ وغير ذلك ، وفروض الكفاية أمور كلية تتعلق بها مصالح دينية أو دنيوية لا ينتظم الأمر إلا بحصولها ، فيطلب الشارع تحصيلها ، ولا يطلب تكليف واحد فواحد بها ، بخلاف فرض العين ، فإن كل واحد مكلف بتحصيله ، وفروض الكفاية أقسام ، منها ما يتعلق بأصل الدين ، وهو إقامة الحجة العلمية ، ومعناها أنه كما تجب إقامة الحجة القهرية بالسيف ، يجب أن يكون في المسلمين من يقيم البراهين ، ويظهر الحجج ، ويدفع الشبهات ، ويحل المشكلات ، ومنها ما يتعلق بالفروع ، كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، والمراد منه : الأمر بواجبات الشرع ، والنهي عن محرماته ، فهو فرض كفاية ، فإن نصب لذلك رجل ، تعين عليه بحكم الولاية ، وهو المحتسب ، ولقد أحسن أقضى القضاة الماوردي ترتيب الأمر بالمعروف وتقسيمة ، فجعله ثلاثة أضرب :

أحدهما : ما يتعلق بحقوق الله تعالى ، وهو نوعان ، أحدهما : يؤمر به الجميع دون الأفراد ، كإقامة الجمعة حيث تجتمع شروطها ، فإن كانوا عدداً يرون انعقاد الجمعة بهم ، والمحتسب لا يراه ، فلا يأمرهم بما لا يجوز ، ولا ينهاهم عما يروونه فرضاً عليهم ، ويأمرهم بصلاة العيد ، وهل هو واجب أم مستحب ؟ وجهان •

قلت : الصحيح وجوب الأمر ، وإن قلنا : صلاة العيد سنة ، لأن الأمر بالمعروف هو الأمر بالطاعة ، لا سيما ما كان شعاراً ظاهراً •
والله أعلم

النوع الثاني : يؤمر به الآحاد ، مثل إن أخر بعض الناس

الصلاة عن وقتها ، فإن قال : نسيتهما ، حثه على المراقبة ، ولا يعترض على من أخرها والوقت باق لاختلاف العلماء في فضل التأخير .

الضرب الثاني : ما يتعلق بحق آدمي ، وينقسم إلى عام ، كالبلد إذا تعطل شربه ، أو انهدم سورته ، أو طرقه أبناء السبيل المحتاجون وتركوا معوتتهم ، فإن كان في بيت المال مال ، لم يؤمر الناس بذلك ، وإن لم يكن ، أمر أهل المكنة برعايتها . وإلى خاص ، كمطل المدين الموسر ، فالمحتسب يأمره بالخروج عنه إذا استعداه صاحب الدين ، وليس له الضرب والجس .

الثالث : الحقوق المشتركة ، كأمر الأولياء بإنكاح الأكفاء ، وإلزام النساء أحكام العدد ، وأخذ السادة بحقوق الأرقاء ، وأصحاب البهائم بتعهدها ، وأن لا يستعملوها فيما لا تطيق ، وذكر في المنكرات أن من يغير هيئة عبادة ، كجهره في صلاة سرية وعكسه ، وزيادة في الأذان؛ يمنعه وينكر عليه ، ومن تصدى للتدريس ، أو الوعظ وليس هو من أهله ، ولا يؤمن اغترار الناس به في تأويل أو تحريف ، أنكر عليه المحتسب ، وشهر أمره لئلا يغتر به ، وإذا رأى رجلاً واقفاً مع امرأة في شارع يطرقة الناس ، لم ينكر عليه ، وإن كان في طريق خال ، فهو موضع ريبة ، فينكر ويقول : وإن كانت محرماً لك ، فصنها عن مواقف الريب ، ولا ينكر في حقوق الآدميين ، كتعديه في جدار جاره إلا باستعداد صاحب الحق ، وينكر على من يطيل الصلاة من أئمة المساجد المطروقة ، وعلى القضاة إذا حجبوا الخصوم ، وقصروا في النظر والخصومات ، والسوقي الذي يختص بمعاملة النساء تختبر أمانته ، فإن ظهرت منه خيانة ، منع من معاملتهن ، وهذا باب لا تنهاه صورته .

قلت : الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض كفاية بإجماع الأمة ،

وهو من أعظم قواعد الإسلام ، ولا يسقط عن المكلف لكونه يظن أنه لا يفيد ، أو يعلم بالعادة أنه لا يؤثر كلامه ، بل يجب عليه الأمر والنهي ، فإن الذكرى تنفع المؤمنين ، وليس الواجب عليه أن يقبل منه ، بل واجبه أن يقول كما قال الله تعالى : (ما على الرسول إلا البلاغ) قالوا : ومن أمثلته : أن يرى مكشوف بعض عورته في حمام ونحو ذلك ، ولا يشترط في الأمر والنهي كونه ممثلاً ما يأمر به ، مجتنباً ما ينهى عنه ، بل عليه الأمر والنهي في حق نفسه ، وفي حق غيره ، فإن أخل بأحدهما ، لم يجز الإخلال بالآخر ، ولا يختص الأمر والنهي بأصحاب الولايات والراتب ، بل ذلك ثابت لآحاد المسلمين ، وواجب عليهم ، قال إمام الحرمين : والدليل عليه إجماع المسلمين ، فإن غير الولاية في الصدر الأول كانوا يأمررون الولاية وينهونهم مع تقرير المسلمين إياهم وترك توبيخهم على التشاغل بذلك بغير ولاية ، ويدل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم في صحيح مسلم : « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه » قال أصحابنا : وإنما يأمر وينهى من كان عالماً بما يأمر به وينهى عنه ، وذلك يختلف بحسب الأشياء ، فإن كان من الواجبات الظاهرة ، والمحرمات المشهورة ، كالصلاة والصيام والزنى والخمر ونحوها ، فكل المسلمين علماء بها ، وإن كان من دقائق الأقوال والأفعال ، ومما يتعلق بالاجتهاد ، لم يكن للنوام الابتداء بإنكاره ، بل ذلك للعلماء ، ويلتحق بهم من أعلمه العلماء بأن ذلك مجمع عليه ، ثم العلماء إنما ينكرون ما أجمع على إنكاره ، أما المختلف فيه فلا إنكار فيه ، لأن كل مجتهد مصيب ، أو المصيب واحد ولا نعلمه ، ولا إثم على المخطيء ، لكن إن ندبه على جهة النصيحة إلى الخروج من الخلاف ، فهو حسن محبوب ، ويكون برفق ، لأن العلماء متفقون على استحباب الخروج من الخلاف إذا لم يلزم منه إخلال بسنة

ثابتة ، أو وقوع في خلاف آخر ، وذكر الماوردي خلافاً في أن من قلده السلطان الحسبة ، هل له حمل الناس على مذهبه فيما اختلف العلماء فيه إذا كان المحتسب مجتهداً أم ليس له تغيير ما كان على مذهب غيره ؟ والأصح أنه ليس له تغييره لما ذكرناه ، ولم يزل الخلاف بين الصحابة والتابعين في الفروع ، ولا ينكر أحد على غيره مجتهداً فيه ، وإنما ينكرون ما خالف نصاً ، أو إجماعاً ، أو قياساً جلياً •

وأما صفة النهي عن المنكر ومراتبه ، فضابطه قوله صلى الله عليه وسلم : « فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه » فعليه أن يغير بكل وجه أمكنه ، ولا يكفي الوعظ لمن أمكنه إزالته باليد ، ولا تكفي كراهة القلب لمن قدر على النهي باللسان ، وقد سبق في كتاب الغصب صفة كسر الملاهي وجملة متعلقة بالمنكرات ، وينبغي أن يرفق في التغيير بالجاهل وبالظالم الذي يخاف شره ، فإن ذلك أدعى إلى قبول قوله ، وإزالة المنكر ، وإن قدر على من يستعين به ولم يمكنه الاستقلال ، استعان ما لم يؤد ذلك إلى إظهار سلاح وحرب ، فإن عجز ، رفع ذلك إلى صاحب الشوكة ، وقد تقدم هذا في كتاب الصيال ، فإن عجز عن كل ذلك ، فعليه أن يكرهه بقلبه ، قال أصحابنا وغيرهم : وليس للأمر والنهي البحث والتنقيب والتجسس واقتحام الدور بالظنون ، بل إن رأى شيئاً غيره ، قال الماوردي : فإن غلب على ظن المحتسب أو غيره استسرار قوم بالمنكر بأمانة وآثار ظهرت ، فذلك ضربان ، أحدهما : أن يكون فيه انتهاك حرمة يفوت تداركها ، بأن يخبره من يثق بصدقه أن رجلاً خلا برجل ليقتله ، أو بامرأة ليزني بها ، فيجوز التجسس والإقدام على الكشف والإنكار ، والثاني : ما قصر عن هذه الرتبة ، فلا يجوز فيه الكشف والتجسس •

واعلم أنه لا يسقط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلا بأن يخاف
منه على نفسه أو ماله ، أو يخاف على غيره مفسدة أعظم من مفسدة
المنكر الواقع • والله أعلم

فصل

ومن فروض الكفاية إحياء الكعبة بالحج في كل سنة ، هكذا
أطلقوه ، وينبغي أن تكون العمرة كالحج ، بل الاعتكاف والصلاة في
المسجد الحرام ، فإن التعظيم وإحياء البقعة يحصل بكل ذلك •
قلت : لا يحصل مقصود الحج بما ذكر فإنه مشتمل على الوقوف
والرمي والمبيت بمزدلفة ومنى ، وإحياء تلك البقاع بالطاعات وغير
ذلك • والله أعلم

ومنها : ما يتعلق بمصالح المعاش وانتظام أمور الناس ، كدفع
الضرر عن المسلمين ، وإزالة فاقتهم ، كستر العورة ، وإطعام الجائعين ،
وإغاثة المستغيثين في النائبات ، فكل ذلك فرض كفاية في حق أصحاب
الثروة والقدرة إذا لم تف الصدقات الواجبة بسد حاجاتهم ، ولم يكن
في بيت المال ما يصرف إليها ، فلو انسدت الضرورة ، فهل يكفي ذلك
أم تجب الزيادة إلى تمام الكفاية التي يقوم بها من تلزمه النفقة ؟ حكى
الإمام فيه وجهين •

قلت : قال الإمام في كتابه « الفياثي ^(١) » : يجب على المورس المواساة
بما زاد على كفاية سنة .

وأما الحرف والصناعات وما به قوام المعاش ، كالبيع والشراء
والحراثة ، وما لا بد منه حتى الحجامة والكنس ، فالنفوس مجبولة على
القيام بها ، فلا تحتاج إلى حث عليها وترغيب فيها ، لكن لو امتنع الخلق
منها ، أثموا وكانوا ساعين في إهلاك أنفسهم ، فهي إذن من فروض
الكفاية .

فصل

ومن فروض الكفاية ما يتعلق بالدين ، وبصلاح المعيشة ، كتحمل
الشهادة وأدائها ، وإعانة القضاة على استيفاء الحقوق ونحو ذلك ،
وكتجهيز الموتى غسلًا وتكفينًا وصلاة ودفنًا ونحو ذلك .

فصل

من العلوم ما يتعين طلبه وتعلمه ، ومنها فرض كفاية .
فمن المتعين : ما يحتاج إليه لإقامة مفروضات الدين ، كالوضوء
والصلاة والصيام وغيرها ، فإن من لا يعلم أركان الصلاة وشروطها
لا يمكنه إقامتها ، وإنما يتعين تعلم الأحكام الظاهرة دون الدقائق
والمسائل التي لاتعم بها بلوى ، وإن كان له مال زكوي ، لزمه تعلم

(١) المراد بالإمام هو إمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله الجويني
النيسابوري الشافعي المتوفى (٤٧٨) هـ وكتابه هذا صنفه للوزير غياث
الدين نظام الملك . وسماه الفياثي نحا فيه منحى « الأحكام السلطانية »
وكان هذا الكتاب بخط المصنف عند السبكي صاحب « الطبقات » صرح
بذلك في ترجمة مصنفه ٢٧٤/٣ ، ونقل منه خمسة أبيات من نظمه مما
خاطب بها نظام الملك .

ظواهر أحكام الزكاة ، قال الروياني : هذا إذا لم يكن له ساع
يكفيه الأمر •

قلت : الراجح أنه لا يسقط عنه التعلم بالساعي ، إذ قد يجب عليه
مالا يعلمه الساعي •

ومن يبيع ويشترى ويتجر يتعين عليه معرفة أحكام التجارات ،
وكذا ما يحتاج إليه صاحب كل حرفة يتعين عليه تعلمه ، والمراد الأحكام
الظاهرة الغالبة دون الفروع النادرة والمسائل الدقيقة • وأما فرض
الكفاية ، فالقيام بعلوم الشرع فرض كفاية ، ويدخل في ذلك : التفسير
والحديث على ما سبق في الوصية ، ومنها : أن ينتهي في معرفة الأحكام
إلى حيث يصلح للفتوى والقضاء كما سنذكره في أدب القاضي إن شاء
الله تعالى ، وهناك يتبين أن المجتهد في الشرع مطلقاً يفتي ، وأن المتبحر
في مذهب بعض الأئمة المجتهدين يفتي أيضاً على الصحيح ، ولا يكفي
أن يكون في الاقليم مفت واحد ، لعسر مراجعته ، واعتبر الأصحاب فيه
مسافة القصر ، وكأن المراد أن لا يزيد ما بين كل مفتين على مسافة
القصر ، وأما العلوم العقلية ، فمنها ما هو فرض كفاية ، كالطب والحساب
المحتاج إليه ، وقسمة الوصايا والموارث ، قال الغزالي : ولا يستبعد
عد الطب والحساب من فروض الكفاية ، فإن الحرف والصناعات التي
لا بد للناس منها في معاشهم ، كالزراعة فرض كفاية ، فالطب والحساب
أولى ، وأما أصول العقائد ، فالاعتقاد المستقيم مع التصميم على ماورد
به القرآن والسنة فرض عين ، وأما العلم المسمى علم الكلام ، فليس بفرض
عين ، ولم يكن الصحابة رضي الله عنهم يشتغلون به ، قال الإمام :
ولو بقي الناس على ما كانوا عليه في صفوة الإسلام لما أوجبنا التشاغل
به ، وربما نهينا عنه ، فأما اليوم وقد ثارت البدع ، فلا سبيل إلى تركها

تلتظم ، ولا بد من إعداد ما يدعى به إلى المسلك الحق ، وتزال به الشبه ، فصار الاشتغال بأدلة العقول فرض كفاية ، فأما من استراب في أصل من أصول الاعتقاد ، فيلزمه السعي في إزاحته حتى تستقيم عقيدته •

قلت : ولا يتعين تعلم كيفية الوضوء والصلاة وشبههما إلا بعد وجوب ذلك ، فإن كان بحيث لو صبر إلى دخول الوقت لم يتمكن من إتمام تعلمها مع الفعل في الوقت ، فهل يلزمه التعلم قبل الوقت ؟ تردد فيه الغزالي ، والأصح : ما جزم به غيره أنه يلزمه ، كما يلزم السعي إلى الجمعة قبل الوقت لمن بعد منزله ، وإذا كان ما تعلق به الوجوب على الفور ، كان تعلم كيفيته على الفور ، وإن كان على التراخي ، كالحج ، فتعلم الكيفية على التراخي ، وأما علم القلب ، كالحسد والعجب والرياء وشبهها ، فقد قال الغزالي : معرفة حدودها وأسبابها وطبها وعلاجها فرض عين ، وقال غيره : فيه تفصيل ، فمن رزق قلباً سنياً من هذه الأمراض المحرمة كفاه ذلك ، ومن لم يسلم وتمكن من تطهير قلبه بغير تعلم العلم المذكور ، أوجب تطهيره ، وإن لم يتمكن إلا بتعلم ، وجب ، وقد سبق في كتاب الصلاة وجوب تعليم الصغار على أوليائهم ، ومن فرض الكفاية ، معرفة أصول الفقه والفقه ، والنحو واللغة والتصريف ، وأسماء الرواة ، والجرح والتعديل ، واختلاف العلماء واتفاقهم ، وقد يكون من العلم مستحب ، كالتبحر في أصول الأدلة بالزيادة على القدر الذي يحصل به فرض الكفاية ، وكتعلم العامي نوافل العبادات لغرض العمل ، لا لما يقوم به المجتهدون من تمييز الفرض من النفل ، فإن ذلك فرض كفاية في حقهم ، قال صاحب « الحاوي » : وإنما يتوجه فرض الكفاية في العلم على من جمع أربعة شروط وهي : أن يكون مكلفاً ، وممن يتقصد القضاء ، لا عبداً ولا امرأة ، وأن لا يكون بليداً ، وأن يقدر على الانقطاع إليه بأن تكون له كفاية ، ويدخل الفاسق في الفرض ولا

يسقط به ، لأنه لا تقبل فتواه للمستفتين ، وفي دخول المرأة والعبد
وجهان ، لأنهما أهل للفتوى دون القضاء •

واعلم أن تعليم الطالبين ، وإفتاء المستفتين فرض كفاية ، فإن لم
يكن من يصلح إلا واحداً وكان هناك جماعة ، ولا يحصل الغرض إلا
بكلهم ، تعين عليهم ، وإذا كان هناك غير المفتي ، هل يأثم بالرد ؟ وجهان ،
أصحهما : لا ، وينبغي أن يكون المعلم كذلك ، ويستحب الرفق بالمعلم
والمستفتي ، فهذه أنواع العلوم الشرعية ، ووراءها أشياء تسمى علوماً ،
منها : محرم ومكروه ومباح ، فالمحرم ، كالفسلفة والشعبذة والتنجم
والرمل وعلوم الطبائعين ، وكذا السحر على الصحيح ، فكل ذلك محرم ،
وتتفاوت دركات تحريمه • والمكروه : كأشعار المولدين المشتعلة على
الغزل والبطالة • والمباح : كأشعار المولدين التي ليس فيها سخر ، ولا
شيء مما يكره ، ولا ينشط إلى الشر أو يشبط عن الخير ولا يحث عليه ،
أو يستعان به عليه • والله اعلم

فرع

إذا تعطل فرض كفاية ، أثم كل من علم به ، وقدر على القيام به ،
وكذا من لم يعلم ، وكان قريباً من الموضع يليق به البحث والمراقبة ، قال
الإمام : ويختلف هذا بكبر البلد وصغره ، وقد يبلغ التعطل مبلغاً ينتهي
خبره إلى سائر البلاد ، فيجب عليهم السعي في التدارك ، وفي الصورة
دليل على أنه لا يجوز الإعراض والإهمال ، ويجب البحث والمراقبة على
ما يليق الحال •

فرع

إذا قام بالفرض جمع لو قام به بعضهم يسقط الحرج عن الباقي ،

كانوا كلهم مؤدين للفرض ، ولا مزية للبعض على البعض ، وإذا صلى على الجنازة جمع ، ثم آخرون . كانت صلاة الآخرين فرض كفاية كالأولين .

قلت : للقائم بفرض الكفاية مزية على القائم بفرض العين من حيث إنه أسقط الحرج عن نفسه وعن المسلمين ، وقد قال إمام الحرمين في كتابه « الغياثي » : الذي أراه أن القيام بفرض الكفاية أفضل من فرض العين . لأنه لو ترك المتعين ، اختص هو بالإثم ، ولو فعله ، اختص بسقوط الفرض . وفرض الكفاية لو تركه ، أثم الجميع ، وفرض الكفاية لو فعله ، سقط الحرج عن الجميع ، وفاعله ساع في صيانة الأمة عن المأثم ، ولا يشك في رجحان من حل محل المسلمين أجمعين في القيام بهم من مهمات الدين . والله أعلم

فصل

في السلام ، فيه مسائل :

الأولى : ابتداء السلام سنة مؤكدة ، فإن سلم على واحد ، وجب عليه الرد . وإن سلم على جماعة . فالرد في حقهم فرض كفاية ، فإن رد أحدهم ، سقط الحرج عن الباقيين ، وإن رد الجميع ، كانوا مؤدين للفرض . سواء ردوا معاً أو متعاقبين ، فإن امتنعوا كلهم ، أثموا ، ولو رد غير من سلم عليه ، لم يسقط الفرض عن من سلم عليه ، ويكون ابتداء السلام أيضاً سنة على الكفاية ، فإذا لقي جماعة آخرين ، فسلم أحد هؤلاء على هؤلاء ، كفى ذلك في إقامة أصل السنة .

الثانية : لابد من ابتداء السلام ورده من رفع الصوت بقدر ما يحصل به الإسماع ، ويجب أن يكون الرد متصلاً بالسلام الاتصال

المشترط بين الإيجاب والقبول في العقود ، قال المتولي : لو ناداه من وراء حائط أو ستر ، وقال : السلام عليك يا فلان ، أو كتب كتاباً وسلم عليه فيه ، أو أرسل رسولاً فقال : سلم على فلان ، فبلغه الكتاب والرسالة ، لزمه الرد ، ولو سلم على أصم ، أتى باللفظ لقدرته عليه ، ويشير باليد ليحصل الإفهام ، فإن لم يضم الإشارة إلى اللفظ ، لم يستحق الجواب ، وكذا في جواب سلام الأصم ، يجب الجمع بين اللفظ والإشارة ، وسلام الأخرس بالإشارة معتد به ، وكذا رده .

الثالثة : صيغته ، السلام عليكم ، أو سلام عليكم ، قال الإمام : وكذا لو قال : عليكم السلام ، وقال المتولي : عليكم السلام ليس بتسليم .

قلت : الصحيح أنه تسليم يجب فيه الرد ، كما قال الإمام ، ومن قال أيضاً إنه تسليم أبو الحسن الواحدي من أصحابنا ، ولكن يكره الابتداء به ، نص على كراهته الغزالي في «الإحياء» ويدل عليه الحديث الصحيح في سنن أبي داود والترمذي عن أبي جري بضم الجيم تصغير جرو رضي الله عنه ، قال : قلت : عليك السلام يا رسول الله ، قال : لا تقل : « عليك السلام ، فإن عليك السلام تحية الموتى » . والله أعلم

ويستحب مراعاة صيغة الجمع ، وإن كان المستلم عليه واحداً خطاباً ولما لئكته ، ولو قال : السلام عليك وترك صيغة الجمع ، حصل أصل السنة ، وصيغة الجواب ، وعليكم السلام ، أو عليك السلام للواحد ، فلو ترك حرف العطف فقال : عليكم السلام ، قال الإمام : يكفي ذلك ، ويكون جواباً ، والأفضل أن يدخل الواو ، وقال المتولي : ليس بجواب .

قلت : الصحيح المنصوص وقول الأكثرين أنه جواب • والله أعلم

ولو قال المجيب : وعليكم ، قال الإمام : الرأي عندنا أنه لا يكون جواباً ، فإنه ليس فيه تعرض للسلام ، ومنهم من جعله جواباً للعطف •
ولو قال : عليكم بغير واو ، فليس بجواب قطعاً ، وكمال السلام أن يقول : السلام عليكم ورحمة الله ، وكمال الرد : وعليكم السلام ورحمة الله وبركاته •

قلت : قد قال الماوردي وغيره : إن الأفضل في الابتداء : السلام عليكم ورحمة الله وبركاته ، وفيه حديث حسن ، ولو قال المجيب : السلام عليكم ، أو سلام عليكم ، كان جواباً ، والألف واللام أفضل •

والله أعلم

ولو تلاقى رجلان فسلم كل واحد على صاحبه ، وجب على كل واحد منهما جواب الآخر ، ولا يحصل الجواب بالسلام ، وإن ترتب السلامان ، قاله المتولي •

قلت : قد قاله أيضاً شيخه القاضي حسين ، لكن أنكره الشاشي فقال : هذا يصلح للجواب ، فإن كان أحدهما بعد الآخر كان جواباً ، وإن كانا دفعة ، لم يكن جواباً ، هذا كلام الشاشي ، وتفصيله حسن وينبغي أن يجزم به • والله أعلم

الرابعة : لو سلم عليه جماعة ، فقال : وعليكم السلام ، وقصد الرد عليهم جميعاً ، جاز ، وسقط الفرض في حق الجميع ، كما لو صلى على جنائز صلاة واحدة •

الخامسة : السنة أن يسلم الراكب على الماشي ، والماشي على

الجالس ، والطائفة القليلة على الكثيرة ، ولا يكره ابتداء الماشي والجالس •

قلت : وكذا لا يكره ابتداء الكثيرين بالسلام على القليل ، وإن كان خلاف السنة ، والسنة أن يسلم الصغير على الكبير ، ثم هذا الأدب فيما إذا تلاقيا ، أو تلاقوا في طريق ، فأما إذا ورد على قاعد ، أو قعود ، فإن الوارد يبدأ ، سواء كان صغيراً أو كبيراً ، قليلاً أو كثيراً .
والله أعلم

السادسة : يكره أن يخص طائفة من الجمع بالسلام •

السابعة : لا يلزم الصبي جواب السلام ، لأنه ليس مكلفاً ، ولو سلم على جماعة فيهم صبي ، لم يسقط الفرض عنهم بجوابه •

قلت : هذا هو الأصح وبه قطع القاضي والمتولي ، وقال الشاشي : يسقط ، كما يصح أذانه للرجال ويتأدى به الشعار ، وهذا كالخلاف في سقوط الفرض بصلاته على الميت • والله أعلم

ولو سلم صبي على بالغ ، ففي وجوب الرد عليه وجهان بناء على صحة إسلامه •

نسب : كذا ذكره القاضي والمتولي ، والصحيح وجوب الرد ، قال الشاشي : هذا البناء فاسد ، وهو كما قال ، واعلم أن السلام على الصبيان سنة • والله أعلم

الثامنة : سلام النساء على النساء ، كسلام الرجال على الرجال ، ولو سلم رجل على امرأة أو عكسه ، فإن كان بينهما زوجية

أو محرمة ، جاز ووجب الرد ، وإلا فلا يجب إلا أن تكون عجزاً خارجة عن مظنة الفتنة .

قلت : وجاريته كزوجته ، وقوله : جاز ، ناقص ، والصواب أنه سنة كسلام الرجل على الرجل ، قاله أصحابنا ، قال المتولي : ولو سلم على شابة ، لم يجز لها الرد ، ولو سلمت ، كره له الرد عليها ، ولو كان النساء جمعاً ، فسلم عليهن الرجل ، جاز ، للحديث الصحيح في ذلك .
والله اعلم

التاسعة : في السلام بالعجمية ثلاثة أوجه ، ثالثها : إن قدر على العربية ، لم يجزئه .

قلت : الصواب صحة سلامه بالعجمية إن كان المخاطب يفهمها ، سواء قدر على العربية أم لا ، ويجب الرد ، لأنه يسمى تحية وسلاماً .
والله اعلم

ومن لا يستقيم نطقه بالسلام ، يسلم كيف أمكنه .
العاشرة : في استحباب السلام على الفساق ، ووجوب الرد على المجنون والسكران إذا سلما ، وجهان ، ولا يجوز ابتداء أهل الذمة بالسلام ، فلو سلم على من لم يعرفه ، فبان ذمياً ، استحجب أن يسترد سلامه ، بأن يقول : استرجعت سلامي ، تحقيراً له ، وله أن يحيي الذمي بغير السلام ، بأن يقول : هداك الله ، أو أنعم الله صباحك ، ولو سلم عليه ذمي ، لم يزد في الرد على قوله : وعليك .

قلت : ما ذكره من استحباب استرداد السلام من الذمي ، ذكره المتولي ، ونقله عن ابن عمر رضي الله عنهما ، وقوله : أن يحيي الذمي بغير السلام ، ذكره المتولي ، وهذا إذا احتاج إليه لعذر ، فأما من غير حاجة ، فلاختيار أن لا يبتدئه بشيء من الإكرام أصلاً ، فإن ذلك بسط

له وإيناس وملاطفة وإظهار ود ، وقد قال الله تعالى : (لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله) وأما المبتدع ، فالمختار أنه لا يبدأ بسلام إلا لعذر ، أو خوفاً من مفسدة ، ولو مر على جماعة فيهم مسلمون ، أو مسلم وكفار ، فالسنة أن يسلم ويقصد المسلمين أو المسلم ، ولو كتب كتاباً إلى مشرك ، وكتب فيه سلاماً ، فالسنة أن يكتب كما كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى هرقل : « سلام على من اتبع الهدى » • والله اعلم

الحادية عشرة : قال المتولي : ما يعتاده الناس من السلام عند القيام ومفارقة القوم دعاء وليس بتحية ، فيستحب الجواب عنه ، ولا يجب •

قلت : هذا الذي قاله المتولي قاله شيخه القاضي حسين ، وقد أنكره الشاشي ، فقال : هذا فاسد لأن السلام سنة عند الانصراف ، كما هو سنة عند القدوم ، واستدل بالحديث الصحيح في سنن أبي داود والترمذي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إذا انتهى أحدكم إلى المجلس فليسلم ، فإذا أراد أن يقوم فليسلم ، فليست الأولى بأحق من الآخرة » قال الترمذي : حديث حسن • والله اعلم

الثانية عشرة : قال المتولي : يستحب لمن دخل دار نفسه أن يسلم على أهله ، ولمن دخل مسجداً أو بيتاً ليس فيه أحد أن يقول : سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين •

قلت : يستحب أن يسمي الله تعالى قبل دخوله ، ويدعو ، ثم يسلم • والله اعلم

الثالثة عشرة : من سلم في حال لا يستحب فيها السلام ، لم

يستحق جواباً ، فمن تلك الأحوال ، أنه لا يسلم على من يقضي حاجته ، ولا على من في الحمام ، قال الشيخ أبو محمد والمتولي : لا يسلم على مشغل بالأكل ، ورأى الإمام حمل ذلك على ما إذا كانت اللقمة في فمه وكان يضي زمان في المضغ والابتلاع . ويعسر الجواب في الحال . أما إذا سلم بعد الابتلاع وقبل وضع لقمة أخرى . فلا يتوجه المنع . وأما المصلي ، فأطلق الغزالي أنه لا يسلم عليه حتى يفرغ ، ويجوز أن يجب في الصلاة بالإشارة ، نص عليه في القديم . وقيل : يجب . وقيل : يجب الرد باللفظ بعد الفراغ ، والصحيح أنه لا يجب الرد مطلقاً ، فإن قال في الصلاة : عليكم السلام ، بطلت . وإن قال : عليهم السلام . لم تبطل وقد سبق هذا في كتاب الصلاة . ولا منع من السلام على من هو في مساومة أو معاملة .

قلت : ومن الأحوال التي لا يسلم فيها حالة الأذان والإقامة والخطبة على خلاف وتفصيل سبق فيها . وأما المشتغل بقراءة القرآن ، فقال أبو الحسن الواحدي المفسر من أصحابنا : الأولى ترك السلام عليه ، قال : فإن سلم ، كفاه الرد بالإشارة ، وإن رد باللفظ ، استأنف الاستعاذة ، ثم يقرأ . وفيما قاله نظر ، والظاهر أنه يسلم عليه ، ويجب الرد باللفظ ، وأما الملبى في الإحرام فيكره السلام عليه . فإن سلم ، رد عليه لفظاً ، نص عليه ، وقد سبق في الحج ، ولو سلم في هذه المواضع التي لا يستحق فيها جواباً ، هل يشرع الرد ؟ فيه تفصيل ، أما المشتغل بالبول والجساع ونحوهما ، فيكره له الرد كما سبق في باب الاستطابة ، وأما الأكل ومن في الحمام ، فيستحب له الرد ، وأما المصلي ، فيسن له الرد إشارة كما سبق . والله أعلم

الرابعة عشرة : التحية بالطلبقة وهي : أظال الله بفاك ، وحنى الظهر ، وتقيل اليد لا أصل له في الشرع ، لكن لا يمنع الذمي من تعظيم المسلم بها ، ولا يكره تقيل اليد لزهد وعلم وكبر سن ، وتسن المصافحة ، ويكره للداخل أن يطعم في قيام القوم ، ويستحب لهم أن يكرموه ، ويسن تسميت العاطس وهو سنة على الكفاية كما سبق في ابتداء السلام ، وإنما يسن إذا قال العاطس : الحمد لله ، والتسميت أن يقول : یرحمك الله ، أو یرحمك ربك ، ويكرر التسميت إذا تكرر العطاس إلا أن يعلم أنه مزكوم ، فيدعو له بالشفاء ، ويسن للعاطس أن يجيب المسمت ، فيقول : يهديكم الله ، أو يغفر الله لكم ، ولا يجب ذلك ، وتسن عيادة المريض وزيارة القادم ومعارفته .

قلت : قد اختصر الإمام الرافعي الكلام في السلام وما يتعلق به ، وقد جمعت فيه في كتاب « الأذكار » جملاً نفيسة موضحة بدلائلها من الأحاديث الصحيحة مع آيات من القرآن العزيز ، وضمت إليها مهمات متعلقة بما لا يستغني راجب في الخير عن معرفة مثلها ، وقد خللت بعضها فيما سبق ، وأنا أرمز إلى جملة من الباقي إن شاء الله تعالى ، فمن ذلك ، السنة أن يرفع صوته بالسلام رفعاً يسمعه المسلم عليهم سماعاً محققاً ، ولا يزيد رفعه على ذلك ، وإذا شك في سماعهم ، زاد في الرفع واستظهر ، وإن سلم على أيقاظ عندهم نيام ، خفض صوته بحيث يسمع الأيقاظ ولا يوقظ النيام ، ثبت ذلك في صحيح مسلم عن فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والإشارة بالسلام باليد ونحوها بلا لفظ خلاف الأولى ، فإن جمع بين الإشارة واللفظ ، فحسن وعليه يحمل حديث الترمذي وهو حديث حسن أن النبي صلى الله عليه وسلم ألوى يده بالتسليم ، ويستحب أن يرسل سلامه إلى من غاب عنه ، ويلزم

الرسول أن يبلغه ، فإنه أمانة ويجب أداء الأمانة ، وقد سبق أنه يلزم المرسل إليه رد السلام على الفور ، ويستحب أن يرد على المبلغ أيضاً ، فيقول : وعليه عليك السلام ورحمة الله وبركاته ، ولو سلم على إنسان ، ثم لقيه على قرب ، قال سنة أن يسلم عليه ثانياً وثالثاً وأكثر ، والسنة أن يبدأ بالسلام قبل كل كلام ، والأحاديث الصحيحة وعمل الأمة على وفق ذلك مشهور ، وأما حديث السلام قبل الكلام فضعيف ، ويستحب لكل واحد من المتلاقين أن يحرص على الابتداء بالسلام للحديث الحسن « أولى الناس بالله تعالى من بدأهم بالسلام » ولو مشى في سوق ، أو شارع يطرق كثيراً ، ونحوه مما يكثر فيه المتلاقون ، قال صاحب « الحاوي » : إنما يسلم هنا على بعض الناس دون بعض ، لأنه لو سلم على الجميع ، تعطل عن كل مهم ، وخرج به عن العرف ، قال : ولو دخل على جماعة قليلة يعمهم سلام ، اقتصر على سلام واحد عليهم ، وما زاد من تخصيص بعضهم ، فهو أدب . ويكفي أن يرد أحدهم ، فإن زادوا ، فأفضل ، فإن كانوا جميعاً لا ينتشر فيهم سلام واحد ، كالجامع والمجلس الحفل ، فسنة السلام أن يبدأ به إذا شاهدتهم ، ويكون مؤدياً سنة السلام في حق من سمعه ، ويدخل في فرض الكفاية في الرد كل من سمعه ، فإن جلس فيهم ، سقط عنه سنة السلام في حق من لم يسمع ، وإن أراد الجلوس فيمن بعدهم ممن لم يسمعه فوجهان ، أحدهما : أن سنة السلام حصلت بالسلام على أولهم ، لأنه جمع واحد ، فإن أعاد السلام عليهم ، كان أدباً ، والثاني : أنها باقية لم تحصل ، قال : فعلى الأول يسقط فرض الرد عن الأولين برد واحد من الآخرين ، وعلى الثاني لا يسقط ، ولعل الثاني أصح ، ولا يترك السلام لكونه يغلب على ظنه أن المسلم عليه لا يرد .

قال المتولي : وأما التحية عند خروجه من الحمام بقول : طاب

حمامك ونحوه ، فلا أصل له ، وهو كما قال ، فلم يصح في هذا شيء ، لكن لو قال لصاحبه حفظاً لوده : أدام الله لك هذا النعيم ، ونحو ذلك من الدعاء ، فلا بأس به إن شاء الله تعالى ، وإذا ابتدأ المار فقال : صبحك الله بخير ، أو بالسعادة ، أو قواك الله ، أولاً أو حش الله منك ، أو نحو ذلك من ألفاظ أهل العرف ، لم يستحق جواباً ، لكن لو دعا له قبالة كان حسناً إلا أن يريد تأديبه وتأديب غيره لتخلفه وإهماله السلام .

وإذا قصد باب إنسان وهو مغلق ، فالسنة أن يسلم ، ثم يستأذن فيقول : السلام عليكم ، أأدخل ، فإن لم يجبه أحد ، أعاد ذلك ثانياً وثالثاً ، فإن لم يجبه أحد ، انصرف ، وذكر صاحب « الحاوي » خلافاً في تقديم السلام على الاستئذان وعكسه ، واختار مذهباً ثالثاً ، فقال : إن وقعت عين المستأذن على صاحب البيت قبل دخوله ، قدم السلام ، وإن لم تقع عليه عينه ، قدم الاستئذان ، والصحيح المختار تقديم السلام ، فقد صحت فيه أحاديث صريحة ، وإذا استأذن بدق الباب ونحوه ، فليل : من أنت ، فليل : فلان ابن فلان ، أو فلان الفلاني ، أو المعروف بكذا وما أشبهه بحيث يحصل تعريف تام ، ويكره أن يقتصر على قوله : أنا ، أو الخادم ، أو المحب ، أو نحو ذلك مما لا يعرف به ، والحديث الصحيح في ذلك مشهور ، ولا بأس أن يصف نفسه بما يعرف به وإن تضمن تبجيلاً له إذا لم يعرفه المخاطب إلا به ، بأن يكتفي نفسه ، أو يقول : القاضي فلان ، أو الشيخ فلان أو نحوه .

وأما قول الرافعي : إذا قال : أطال الله بقاءك إلى آخره ، فيحتاج فيه إلى تتمات ، فأما أطال الله بقاءك ، فقد نص جماعة من السلف على كراهته ، وأما حني الظهر فمكروه للحديث الصحيح في النهي عنه ، ولا يغتر بكثرة من يفعله ممن ينسب إلى علم وصلاح .

وأما القيام ، فالذي نختاره أنه مستحب لمن فيه فضيلة ظاهرة من علم أو صلاح أو ولادة أو ولاية مصحوبة بصيانة ، ويكون على جهة النبر والإكرام لا للرياء والإعظام ، وعلى هذا استمر عمل الجمهور من السلف والخلف ، وقد جمعت جزءاً في ذلك ضمنته أحاديث صحيحة وآثاراً وأفعال السلف وأقوالهم الدالة لما ذكرته ، وأجبت عما خالفها ، وأما الداخل فيحرم عليه أن يحب قيامهم له ، ففي الحديث الحسن « من أحب أن يمثل له الناس قياماً ، فليتبوأ مقعده من النار » وهذا ظاهر في التحريم ، وقد روي بالفاظ أوضحها مع معناه وما يتعلق به في جزء الترخيص في القيام ، وأما قوله : لا يمنع الذمي من تعظيم المسلم بها ، فلا نوافق عليه .

وأما تقبيل اليد ، فإن كان لزهدي صاحب اليد وصلاحه ، أو علمه أو شرفه وصيافته ونحوه من الأمور الدينية ، فمستحب ، وإن كان لدنياه وثروته وشوخته ووجاهته ونحو ذلك ، فمكروه شديد الكراهة ، وقال المتولي : لا يجوز ، وظاهره التحريم ، وأما تقبيله خد ولده الصغير وبنته الصغيرة وسائر أطرافه على وجه الشفقة والرحمة واللفظ ومحبة القرابة ، فسنة ، والأحاديث الصحيحة فيه كثيرة مشهورة ، وكذا قبلة ولد صديقه وغيره من الأطفال الذين لا يشتهدون على هذا الوجه ، وأما التقبيل بشهوة فحرام بالاتفاق ، وسواء في ذلك الوالد وغيره ، بل النظر إليه بالشهوة حرام على الأجنبي والقريب بالاتفاق ، ولا بأس بتقبيل وجه الميت الصالح للتبرك .

وسن تقبيل وجه صاحبه إذا قدم من سفر ونحوه ، ومعاقنته للحديث الصحيح فيهما ، وأما المعاقنة وتقبيل الوجه لغير القادم من سفر ونحوه ، فمكروهان ، صرح به البغوي وغيره للحديث الصحيح

في النهي عنهما ، وأما المصافحة ، فسنة عند التلاقي ، سواء فيه الحاضر والقادم من سفر ، والأحاديث الصحيحة فيها كثيرة جداً ، وأما ما اعتاده الناس من المصافحة بعد صلاتي الصبح والعصر ، فلا أصل لتخصيصه ، لكن لا بأس به ، فإنه من جملة المصافحة ، وقد حث الشرع على المصافحة ، وجعله الشيخ الإمام أبو محمد ابن عبد السلام من البدع المباحة ، ويستحب مع المصافحة البشاشة بالوجه والدعاء بالمغفرة وغيرها .

ويسن زيارة الصالحين والإخوان والجيران والأصدقاء والأقارب وإكرامهم وبرهم وصلتهم ، وضبط ذلك يختلف باختلاف أحوالهم ومراتبهم وفراغهم ، وينبغي أن تكون زيارته على وجه يرتضونه وفي وقت لا يكرهونه ، ويستحب أن يطلب من أخيه الصالح أن يزوره ، وأن يكثر زيارته إذا لم يشق ، وأما العاطس ، فيسن له أن يقول : الحمد لله ، وإن كان في صلاة قاله وأسمع نفسه ، ولو قال : الحمد لله على كل حال ، كان أفضل ، ففيه حديث صحيح ، ويسن بمن جاءه العطاس ، أن يضع يده أو ثوبه ونحوه على وجهه ، ويخفض صوته وتشميته إلى ثلاث مرات : فإن زاد ، دعا له بالشفاء ، ولا يشمته حتى يسمع تحميده ، وأقل التشميت وجوابه أن يسمعه ، ولو قال لفظاً آخر غير الحمد لله ، لم يشمت ، ففي صحيح مسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا عطس أحدكم فحمد الله تعالى ، فشمتوه ، فإن لم يحمد الله تعالى ، فلا تشمتوه » وهذا الحديث مما ينبغي حفظه وإشاعته ، فإن كثيراً من الناس يتساهلون فيه ، وإذا لم يحمد الله تعالى ، يستحب لمن عنده أن يذكره الحمد ، ولو سمع حمده بغض القوم ، يشمته السامعون فقط ، ولو عطس يهودي ، فليقل : يهديكم الله ، ولا يقل : يرحمكم الله ، ففيه

حديث صحيح ، ولو ثائب ، فالسنة أن يرده ما استطاع ، وأن يضع يده على فمه ، ثبت ذلك في صحيح مسلم ، وسواء كان في صلاة أو غيرها ، ويستحب إجابة من ناداه ، بلبيك ، وأن يقول لمن ورد عليه : مرحباً ، وأن يقول لمن أحسن إليه : جزاك الله خيراً ، أو حفظك الله ونحوهما ، ويسن لمن أحب أخاً له في الله تعالى أن يخبره أنه يحبه ، وهذا الباب واسع جداً ، وفيما ذكرته مقنع ، وقد أوضحت جميع ذلك بدلائله الصحيحة المتظاهرة في كتاب « الأذكار » وفيه مالا يستغنى عن مثله من أشباهه ، وإنما بسطت هذا الفصل على خلاف العادة ، لأنه أحكام وسنن تدعو الحاجة إليها ، ويكثر العمل بها ، فهي أولى من نواذر المسائل التي لا تقع في العادة ، وأسأل الله الكريم التوفيق للخيرات . والسلام

الباب الثاني

في كيفية الجهاد وما يتعلق به ، فيه اطراف

الأول : في قتال الكفار ، وفيه مسائل : إحداها : يكره الغزو بغير إذن الإمام أو الأمير المنصوب من جهته ، ولا يحرم ، وإذا بعث سرية ، أمر عليهم أميراً ، ويأمرهم بطاعته ، ويوصيه بهم ، ويسن أن يأخذ البيعة عليهم أن لا يفروا ، وأن يبعث الطلائع ، ويتجسس أخبار الكفار ، ويستحب خروجهم يوم الخميس أول النهار ، وأن يعقد الرايات ، ويجعل كل فريق تحت راية ، ويجعل لكل طائفة شعاراً حتى لا يقتل بعضهم بعضاً بياتاً ، وأن يدخل دار الحرب بتعيينه الحرب . لأنه أحوط وأهيب ، وأن يستنصر بالضعفاء ، وأن يدعو عند التقاء الصفين ، وأن يكبر من غير إسراف في رفع الصوت ، وأن يحرض الناس على القتال وعلى الصبر والثبات .

الثانية : لا يقاتل من لم تبلغه الدعوة حتى يدعوه إلى الإسلام ، وأما من بلغتهم الدعوة ، فيستحب أن يعرض عليهم الإسلام ، ويدعوهم إليه ، ويجوز بياتهم بغير دعاء ، ثم الذين لا يقرون بالجزية ، يقاتلون ، وتسبى نساؤهم ، وتغنم أموالهم حتى يسلموا ، والذين تقبل منهم الجزية يقاتلون حتى يسلموا ، أو يذلولوا الجزية .

الثالثة : تجوز الاستعانة بأهل الذمة وبالمشركين في الغزو ، ويشترط أن يعرف الإمام حسن رأيهم في المسلمين ، ويأمن خيانتهم ، وشرط الإمام والبغوي وآخرون شرطاً ثالثاً ، وهو أن يكثر المسلمون بحيث لو خان المستعان بهم ، وانضموا إلى الذين يغزوهم ، لأمكننا مقاومتهم جميعاً ، وفي كتب العراقيين وجماعة أنه يشترط أن يكون في المسلمين قلة ، وتمس الحاجة إلى الاستعانة ، وهذان الشرطان كالمختلفين ، لأنهم إذا قلوا حتى احتاجوا لمقاومة فرقة إلى الاستعانة بالأخرى ، فكيف يقاومونها ؟ .

قلت : لا منافاة ، فالمراد أن يكون المستعان بهم فرقة لا يكثر العدو بهم كثرة ظاهرة ، وشرط صاحب « الحاوي » أن يخالفوا معتقد العدو ، كاليهود مع النصارى ، قال : وإذا خرجوا بشروطه ، اجتهد الأمير فيهم ، فإن رأى المصلحة في تمييزهم ليعلم نكائتهم ، أفردهم في جانب الجيش بحيث يراه أصلح ، وإن رآها في اختلاطهم بالجيش لئلا تقوى شوكتهم ، فرقمهم بين المسلمين . والله أعلم

ثم إن حضر الذمي بإذن الإمام ، استحق الرضخ ^(١) ، إلا أن يكون استأجره ، فلا يستحق غير الأجرة ، وإن نهاه عن الحضور ، فحضر ،

(١) الرضخ : العطية القليلة .

فلا شيء له ، ولالإمام تعزيره إذا رآه ، وإن لم ينهه ، ولم يأذن له ، لم يرضخ له على الأصح •

الرابعة : يجوز الاستعانة بالعبد إذا أذن سيده . وأن يستصحب المراهقين إذا كان فيهم جلادة وغناء في القتال ، وكذا المصلحة سقي الماء ، ومداواة الجرحى ، ويستصحب النساء لمثل ذلك كما سبق ، وفي جواز إحضار نساء أهل الذمة وصبيانهم قولان : أحدهما : نعم ، كالمسلمين ، والثاني لا ، إذا كان لا قتال فيهم ولا رأي ولا يتبرك بحضورهم •

الخامسة : يمنع المخذل من الخروج في الجيش ، فإن خرج ، رده ، فلو قاتل ، لم يستحق شيئاً ، ولو قتل كافراً ، لم يستحق سلبه ، والمخذل من يخوف الناس ، بأن يقول : عدونا كثير ، وخيولنا ضعيفة ، ولا طاقة لنا بهم ، ونحو ذلك ، وفي معناه المرجف والخائن ، فالمرجف : من يكثر الأراجيف ، بأن يقول : قتلت سرية كذا ، أو لحقهم مدد للعدو من جهة كذا ، أولهم كمين في موضع كذا ، والخائن : من يتجسس لهم ، ويطلعهم على العورات بالمكاتبة والمراسلة ، وحكى الروياني وجهاً ، أنه يسهم للمخذل إذا لم ينهه الإمام ، ووجهاً أنه يرضخ له ، والصحيح الذي قطع به الأصحاب ، لا سهم ولا رضح مطلقاً •

السادسة : لا يجوز أن يستأجر الإمام ولا أحد الرعية مسلماً للجهاد ، لأنه إن لم يكن متعيناً عليه ، فمتى حضر الصف ، تعين ، ولا يجوز أخذ أجره عن فرض العين ، وعن الصيدلاني أنه يجوز للإمام أن يستأجره ، ويعطيه أجره من سهم المصالح ، والصحيح الأول ، لكن الإمام يرغب في الجهاد ببذل الأهبة والسلاح من بيت المال ، أو من مال نفسه ، فينال ثواب الإغاثة ، ويقع الجهاد عن المباشر ، وكذا إذا بذل أهبته واحد من الرعية من ماله ، قال الأصحاب : وما يدفع إلى المرتقة

من الفيء ، وإلى المطوعة من الصدقات حقوقهم المرتبة ، وليس أجرة ،
وجهادهم واقع عنهم ، ولو أكره الإمام جماعة على الخروج والجهاد ،
لم يستحقوا أجرة لما ذكرنا من وقوع الجهاد عنهم ، وامتناع استئجارهم ،
هكذا أطلقوه ، وقال البغوي : إن تعين عليهم الجهاد ، فالحكم كذلك ،
وإلا فلهم الأجرة من حين أخرجهم إلى أن حضروا الواقعة ، وأطلقوا
مطلقون أنه لو عين الإمام رجلاً ، وألزمه بغسل الميت ودفنه ، لم يكن
له أجرة ، واستدرك الإمام فقال : هذا إذا لم يكن للميت تركة ، ولا في
بيت المال اتساع ، فإن كان له تركة ، فمؤنة تجهيزه في تركته ، وإلا ففي
بيت المال إن اتسع ، فيستحق المكروه الأجرة ، والتفصيلان حسنان ،
فليحمل عليهما الإطلاقان . وهل يجوز للإمام استئجار عبيد المسلمين ؟
قال الإمام : إن جوزنا استئجار الحر ، فكذا العبد ، وإلا فوجهان بناء
على أنه لو وطئ الكفار دار المسلمين هل يتعين على العبيد الجهاد ؟ إن
قلنا : نعم ، فهم من أهل فرض الجهاد ، فإذا وافوا الصف ، وقع الجهاد
عنهم ، فيكون استئجارهم كالأحرار ، وإلا فيجوز استئجارهم ، وإن
أخرج الإمام العبيد قهراً ، لزمت أجرتهم من يوم الإخراج إلى أن يعود
كل عبد إلى يد سيده ، هكذا أطلقه البغوي وغيره ، وينبغي أن يبنى
ذلك على الوجهين إن قلنا : إنهم من أهل فرض الجهاد ، فكالأحرار ،
أما الذمي فللإمام أن يستعمله للجهاد بما لا يبدله له ، وهل طريقه الإجارة
أم الجعالة ؟ وجهان ، أحدهما : الجعالة ، لجهالة العمل ، وأصحهما :
الإجارة ، وتحتل جهالة العمل ، لأن المقصود القتال ، ولو كان جعالة
لجاز للذمي الانصراف متى شاء ، وهو بعيد ، وعلى هذا وجهان ،
أحدهما : لا يجوز أن يبلغ بالأجرة سهم راجل ، وكان حاصل هذا
الوجه الحكم بالانقضاء والرد إلى أجرة المثل إن بان زيادة الأجرة على
سهم ، وإلا ففي الابتداء لا يعلم سهم الرجل من الغنيمة ، والصحيح

أنه لا حرج في قدر الأجرة ، كسائر الإجازات ، وهل لآحاد المسلمين
استئجار الذمي للجهاد ؟ وجهان ، أصحابهما : المنع ، لأن الآحاد لا يتولون
المصالح العامة ، وقد يكون في حضوره مفسدة يعلمها الإمام دون
الآحاد .

فرع

لو أخرج الإمام أهل الذمة ، استحَب أن يسمي لهم أجرة ، فإن
ذكر شيئاً مجهولاً ، بأن قال : فرضيكم ، أو نعطيكم ما تستعينون به ،
وجبت أجرة المثل ، وإن أخرجهم وحملهم على الجهاد كرهاً ، وجبت
أجرة المثل ، وإن خرجوا راضين ، ولم يسم لهم شيئاً ، فهذا موضع
الرضخ ، وفي محله أقوال سبقت في قسم الغنيمة ، وأما الأجرة الواجبة ،
مسماة كانت أو أجرة المثل ، فهل تؤدي من خمس الخمس سهم
المصالح من هذه الغنيمة أو غيرها ، أم من أصل الغنيمة ، أم من أربعة
أخماسها ؟ أوجه ، أصحابها : الأول ، وهو نصه في « المختصر » وقطع
به جماعة .

فرع

لو أخرجهم قهراً ، ثم خلى سبيلهم قبل وقوفهم في الصف ، أو
هربوا ولم يقفوا ، لم يجب لهم إلا أجرة الذهاب ، وإن تعطلت منافعهم
في الرجوع ، لأنهم يتصرفون حينئذ كيف شاءوا ، ولو وقف المهجورون
ولم يقاتلوا ، فهل لهم أجرة مدة الوقوف ؟ وجهان ، أصحابهما : لا ، فعلى
هذا إن لم يكن عليهم حبس وقهر ، فلا شيء لهم ، وإلا ففيه الخلاف
في أن منفعة الحر هل تضمن بالحبس والتعطيل دون الاستيفاء ؟ ولو
استأجر الذمي فلم يقاتل ، ففي استحقاقه الوجهان .

السابعة : فيمن يمتنع قتله من الكفار في الحرب ، فيكره للغازي قتل قريبه ، فإن كان القريب محرماً ازدادت الكراهة ، فإن سمع أباً ، أو قريباً آخر يذكر الله تعالى ، أو رسوله صلى الله عليه وسلم بسوء ، لم يكره قتله ، ويحرم قتل نساء الكفار وصبيانهم والمجانين والخثائي ، فإن قاتلوا ، جاز قتلهم ، ولو أسر منهم مراهق ، وشككنا في بلوغه ، كشفت عاتته ، فإن كان أنبت ، حكم ببلوغه ، وإلا فهو صبي ، وقد سبق في كتاب الحجر قولان في أن الإنبات بلوغ أم دليل بلوغ ، فإن قال المأثور : استعجلت الشعر بالدواء ، فإن قلنا : هو بلوغ ، لم يقبل قوله ، بل يحكم ببلوغه ، وإن قلنا : دليل البلوغ وهو الأظهر ، فيصدق يمينه ، ويحكم بالصغر ، هكذا نص عليه وبه أخذ الأصحاب وذكروا فيه إشكالين ، أحدهما : أن اليمين تعمل في النفي وهذه لإثبات الاستعجال ، وأجيب بأننا فعلناه لحقن الدم ، وقد يخالف القياس لذلك ، ولهذا قبلنا جزية المجوس دون نكاحهم ، والثاني : كيف يحلف من يدعي الصبي ، فقال بعض الأصحاب : اليمين احتياط أو استظهار لا واجبة ، وقال الجمهور : لا بد منها ، لأن الدليل الظاهر موجود ، فلا يترك بمجرد قوله ، وقد سبق في الحجر أن المعتبر الشعر الخشن دون اللين ، وأن في إلحاق شعر الإبط والوجه الخشن بالعانة وجهين ، ونبات الشارب كاللحية ، ولا أثر لاختضاره •

الثامنة : في جواز قتل الراهب ، شيخاً كان أو شاباً ، والأجير والمحترف المشغول بحرفته ، والشيخ الضعيف والأعمى والزمن ، ومقطوع اليد والرجل قولان ، أظهرهما : الجواز : وقيل : يقتل الأجير والمحترف قطعاً ، فإن كان فيهم من له رأي يستعين الكفار برأيه وتدير الحرب ، قتل قطعاً ، ثم الذي يفهم من كلام الأصحاب أنه لا فرق بين

أن يحضر ذو الرأي في صف القتال ، أولا يحضر في أنه يجوز قتله ، ولا بين أن يقدر على الأخرق منهم في صف القتال ، أو يدخل بعض بلادهم ، فيجده هناك في أن في قتله القولين ، وفي السوق طريقان ، المذهب : القطع بقتلهم ، والثاني : على القولين ، فإن جوزنا قتل هؤلاء ، جاز استرقاقهم ، وسبي نسائهم وصبيانهم ، واغتنام أموالهم ، وإلا فالمذهب أنهم يرقون بنفس الأسر كالنساء ، وقيل : قولان ، كأسير إذا أسلم قبل الاسترقاق ، ففي قول : يتعين رقه ، وفي قول : للإمام أن يرقه وأن يمن عليه ، أو يفاديه ، وقيل : لا يجوز استرقاقهم ، بل يتركون ولا يتعرض لهم ، ويجوز سبي نسائهم وصبيانهم على الأصح ، وقيل : لا يجوز ، وقيل : يجوز سبي نسائهم دون صبيانهم ، لأنهم أبعاضهم ، وأجرى بعضهم الخلاف في اغتنام الأموال ، قال الإمام : من منع اغتنام أموال السوق ، فقد قرب من خرق الإجماع ، ولو ترهبت امرأة ، ففي جواز سبيها وجهان بناء على قتل الراهب .

فرع

لا يجوز قتل رسول الكفار .

التاسعة : يجوز للإمام محاصرة الكفار في بلادهم ، والحصون والقلاع ، وتشديد الأمر عليهم بالمنع من الدخول والخروج ، وإن كان فيهم النساء والصبيان ، واحتمل أن يصيبهم ، ويجوز التحريق بإضرار النار ورمي النفط إليهم ، والتغريق بإرسال الماء ، ويبيتهم وهم غافلون ، ولو تترسوا بالنساء والصبيان ، نظر إن دعت ضرورة إلى الرمي والضرب ، بأن كان ذلك في حال التحام القتال ولو تركوا لغلّبوا المسلمين ، جاز الرمي والضرب ، وإن لم تكن ضرورة ، بأن كانوا يدفعون بهم عن أنفسهم واحتمل الحال تركهم ، فطريقان .

أصحهما: على قولين، أحدهما: يجوز رميهم، كما يجوز نصب المنجنيق على القلعة وإن كان يصيبهم ، ولثلا يتخذوا ذلك ذريعة إلى تعطيل الجهاد ، والثاني : المنع ، وهذا أصح عند القفال ، ومال إلى ترجيح الأول مائلون •

والطريق الثاني : القطع بالجواز ورد المنع إلى الكراهة ، وقيل : في الكراهة على هذا قولان ، ولو تترسوا بهم في القلعة ، فقليل : هذه الصورة أولى بالجواز ، لثلا يتخذ ذلك حيلة إلى استبقاء القلاع لهم ، وفي ذلك فساد عظيم ، وقيل : قولان ، وإن عجزنا عن القلعة إلا به •

قلت : الراجح في الصورتين ، الجواز • **والله اعلم**

ولو كان في البلدة أو القلعة مسلم ، أو أسير ، أو تاجر ، أو مستأمن ، أو طائفة من هؤلاء ، فهل يجوز قصد أهلها بالنار والمنجنيق وما في معناهما ؟ فيه طرق ، المذهب : أنه إن لم يكن ضرورة ، كره ولا يحرم على الأظهر لثلا يعطلوا الجهاد بحبس مسلم فيهم ، وإن كانت ضرورة ، كخوف ضررهم ، أو لم يحصل فتح القلعة إلا به ، جاز قطعاً ، والطريق الثاني : لا اعتبار بالضرورة ، بل إن كان ما يرمى به يهلك المسلم ، لم يجز ، وإلا فقولان ، والثالث وبه أجاب صاحب « الشامل » : إن كان عدد المسلمين الذين فيهم مثل المشركين ، لم يجز رميهم ، وإن كان أقل ، جاز ، لأن الغالب أنه لا يصيب المسلمين ، والمذهب : الجواز ، وإن علم أنه يصيب مسلماً وهو نصه في « المختصر » لأن حرمة من معنا أعظم حرمة ممن في أيديهم ، فإن هلك منهم هالك ، فقد رزق الشهادة ، قاله أبو إسحاق ، ولو رمى بشيء منها إلى القلعة ، أو

البلدة ، فقتل مسلماً ، فإن لم يعلم أن فيها مسلماً ، لم يجب إلا الكفارة ، وإن علم ، وجبت الدية والكفارة ، حكاه الروياني •

فرع

لو تترس الكفار بمسلمين من الأسارى وغيرهم ، نظر إن لم تدع ضرورة إلى رميهم واحتمل الحال الإعراض عنهم ، لم يجز رميهم ، فإن رمى رام ، فقتل مسلماً قال البغوي : هو كما لو قتل مسلماً في دار الحرب ، إن علمه مسلماً لزمه القصاص ، وإن ظنه كافراً فلا قصاص وتجب الكفارة ، وفي الدية قولان ، وإن دعت ضرورة إلى رميهم ، بأن تترسوا بهم في حال التحام القتال وكانوا بحيث لو كففنا عنهم ظفروا بنا ، وكثرت نكائتهم فوجهان ، أحدهما : لا يجوز الرمي إذا لم يمكن ضرب الكفار إلا بضرب مسلم ، لأن غايته أن نخاف على أنفسنا ، ودم المسلم لا يباح بالخوف بدليل صورة الإكراه ، والثاني وهو الصحيح المنصوص ، وبه قطع العراقيون : جواز الرمي على قصد قتال المشركين ، ويتوقى المسلمون بحسب الإمكان ، لأن مفسدة الإعراض أكثر من مفسدة الإقدام ، ولا يبعد احتمال طائفة للدفع عن بيضة الإسلام ومراعاة للأمور الكليات ، فإن جوزنا الرمي ، فرمى وقتل مسلماً ، فلا قصاص ، فتجب الكفارة ، وفي الدية طرق ، أصحها وظاهر النص ، وبه قال المزني وابن سلمة : إن علم أن المرمي مسلم ، وجبت ، وإلا فلا ، والثاني قاله أبو إسحاق : إن قصده بعينه ، وجبت ، سواء علمه مسلماً أم لا ، وإلا فلا ، والثالث : قولان مطلقاً ، والرابع قاله ابن الوكيل : إن علم أن هناك مسلماً ، وجبت ، وإلا فقولان ، وإن لم نجوز الرمي ، فرمى وقتل ، ففي وجوب القصاص طريقان ، أحدهما قولان ، المكروه ، والثاني : يجب قطعاً ، كالمضطر إذا قتل رجلاً ليأكله ، بخلاف المكروه ، فإنه ملجأ ، ولأن هناك من يحال عليه وهو المكروه •

ولو تترس الكفار بذمي أو مستأمن أو عبد ، فالحكم في جواز الرمي والدية والكفارة كما ذكرنا ، لكن حيث تجب دية ، يجب في العبد قيمته ، وفي « التهذيب » أنه لو تترس كافر بترس مسلم ، أو ركب فرسه ، فرماه مسلم فأتلفه ، فإن كان في غير التحام ، أو في التحام ، وأمكنه أن يتوقى الترس والفرس ، ضمن ، وإن لم يمكنه في الالتحام الدفع إلا بإصابته ، فإن جعلناه كالمكره ، لم يضمن ، لأن المكره في المال يكون طريقاً في الضمان ، وهنا لاضمان على الحربي حتى يجعل المسلم طريقاً ، وإن جعلناه مختاراً ، لزمه الضمان .

العاشرة : في حكم الهزيمة ، إذا التقى الصفان ، قد أطلق الغزالي أنه إن كان في انهزامه كسر المسلمين ، لم يجز الانهزام بحال ، وإلا ففيه التفصيل الآتي إن شاء الله تعالى ، ولم يتعرض الجمهور لذلك بل قالوا : إذا التقى الصفان ، فله حالان ، أحدهما : أن لا يزيد عدد الكفار على ضعف عدد المسلمين بل كانوا مثلي المسلمين أو أقل ، فتحرم الهزيمة والانصراف إلا متحرفاً للقتال ، أو متحيزاً إلى فئة ، فالمتحرف : من ينصرف ليكمن في موضع ، ويهجم ، أو يكون في مضيق ، فينصرف ليتبعه العدو إلى متسع سهل للقتال ، أو يرى المصلحة في التحول إلى مضيق ، أو يتحول من مقابلة الشمس والرياح إلى موضع يسهل عليه القتال . والمتحيز إلى فئة : من ينصرف على قصد أن يذهب إلى طائفة يستجد بها في القتال ، وسواء كانت تلك الطائفة قليلة أو كثيرة ، قرية أو بعيدة ، وقيل : يشترط قربها ، والصحيح الأول ، وعلى هذا هل يلزمه تحقيق عزمه بالقتال مع الفئة المتحيز إليها ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، لأن العزم مرخص ، فلا حرج عليه بعد ذلك ، والجهاد لا يجب قضاؤه ، وفي كلام الإمام ، أن التحيز إنما يجوز إذا استشعر المتحيز

عجزاً محجوراً إلى الاستنجد لضعف المسلمين ، ولعل ما حكيناه عن الغزالي أخذه من هذا ، ولم يشترط الأصحاب ما ذكرناه وكأنهم رأوا ترك القتال والانهزام في الحال مجبوراً بعزمه ، وكل واحد من التحرف والتحيز يتضمن العزم على العود إلى القتال ، والرخصة منوطة بعزمه ، ولا يمكن مخادعة الله تعالى في العزم ، هذا الذي ذكرناه من تحريم الهزيمة إلا للتحرف أو متحيز هو في حال القدرة ، أما من عجز بمرض ونحوه ، أو لم يبق معه سلاح ، فله الانصراف بكل حال ، ويستحب أن يولي متحرفاً أو متحيزاً ، فإن أمكنه الرمي بالأحجار ، فهل تقوم مقام السلاح ؟ وجهان .

قلت : أصحابهما : تقوم . والله أعلم

ولو مات فرسه وهو لا يقدر على القتال راجلاً ، فله الانصراف ، ومن غلب على ظنه أنه إن ثبت قتل ، هل له الانصراف ؟ وجهان ، الصحيح : المنع ، ثم المتحيز إلى فئة بعيدة لا يشارك الجيش فيما يغنمونه بعد مفارقتهم ، ولا يبطل حقه مما غنموه قبل مفارقتهم ، هكذا نص عليه ، وبمثله أجاب في المتحرف ، ومنهم من أطلق بأن المتحرف يشارك ، ولعله فيمن لم يبعد ، ولم يغب ، والنص فيما إذا تحرف ، ثم انقطع عن القوم قبل أن يغنموا ، وهل يشارك المتحيز إلى فئة قريبة فيما غنموه بعد مفارقتهم ؟ وجهان ، أصحابهما : نعم ، لبقاء نصرته والاستنجد به ، فهو كالسرية القريبة تشارك الجيش فيما غنمه .

الحالة الثانية : إذا زاد عدد الكفار على مثلي المسلمين ، جاز الانهزام ، وهل يجوز انهزام مائة من أبطالنا من مائتين ، وواحد من ضعفاء الكفار ؟ وجهان ، أصحابهما : لا ، لأنهم يقاومونهم لو ثبتوا ، وإنما يراعى العدد عند تقارب الأوصاف ، والثاني : نعم ، لأن اعتبار

الأوصاف يعسر ، فتعلق الحكم بالعدد ، ويجري الوجهان في عكسه ، وهو فرار مائة من ضعفائنا من مائة وتسعة وتسعين من ضعفائهم ، فإن اعتبرنا العدد ، لم يجز ، وإن اعتبرنا المعنى ، جاز ، وإذا جاز الفرار ، نظر إن غلب على ظنهم أنهم إن ثبتوا ظفروا ، استحب الثبات ، وإن غلب على ظنهم الهلاك ، ففي وجوب الفرار وجهان ، وقال الإمام : إن كان في الثبات الهلاك المحض من غير نكاية ، وجب الفرار قطعاً ، وإن كان فيه نكاية فوجهان .

قلت : هذا الذي قاله الإمام هو الحق ، وأصح الوجهين ، أنه لا يجب ، لكن يستحب . والله أعلم

فرع

لقي مسلم مشركين ، إن طلباه ، فله الفرار ، وإن طلبهما ولم يطلباه ، فهل له أن يولي بعد ذلك ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ، لأن فرض الجهاد والثبات إنما هو في الجماعة ، ولو ولئى النساء ، لم يأتى ، فلسن من أهل فرض الجهاد ، نص عليه ، كما لا إثم على صبي ومغلوب على عقله إذا وليا ، ويأثم السكران ، ولو قصد الكفار بلداً ، فتحصن أهله إلى أن يجدوا قوة ومدداً ، لم يأثموا ، إنما الإثم على من ولى بعد اللقاء .

قلت : قال صاحب « الحاوي » و « البحر » : تجوز الهزيمة من أكثر من المثليين ، وإن كان المسلمون فرساناً والكفار رجالة ، وتحرم الهزيمة من المثليين وإن كان المسلمون رجالة والكفار فرساناً ، وهذا الذي قالاه فيسه نظر ، ويمكن تخريجه على الوجهين السابقين في أن الاعتبار بالمعنى أم بالعدد . والله أعلم

فصل

المبارزة جائزة ، ولو خرج كافر وطلبها ، استحب الخروج إليه ،
وابتداء المبارزة ، لا مستحب ولا مكروه ، وقال ابن أبي هريرة : تكره :
وأطلق ابن كج استحبابها ، والصحيح الأول ، وإنما تحسن المبارزة ممن
جرب نفسه وعرف قوته وجراته ، فأما الضعيف الذي لا يثق بنفسه ،
فتكره له المبارزة ابتداء وإجابة ، نص عليه ، وفيه وجه : أنه يحرم ،
والصحيح الأول ، ويستحب أن لا يبارز إلا بإذن الأمير ، فلو بارز بغير
إذنه ، جاز على الصحيح ، وبه قطع الجمهور ، لأن التفرير بالنفس في
الجهاد جائز ، والثاني : يحرم ، لأن للإمام نظراً في تعيين الأبطال .

فصل

نقل رؤوس الكفار إلى بلاد الإسلام ، فيه وجهان ، أحدهما :
لا يكره للإرغاب ، والثاني وهو الصحيح ، وبه قطع العراقيون والروائيون :
يكره ، ولم يتعرض الجمهور للفرق بين كافر فيه نكاية وغيره ، وقال
صاحب « الحاوي » : لا يكره ، إن كان فيه نكاية ، بل يستحب .

الطرف الثاني في سبي الكفار واسترقاقهم ، وفيه مسائل :

إحداها : نساء الكفار وصبيانهم إذا وقعوا في الأسر ، رقوا ،
وكان حكمهم حكم سائر أموال الغنيمة ، فالخمس لأهل الخمس ، والباقي
للغنائم ، والعبيد إذا وقعوا في الأسر ، كانوا كسائر أموال الغنيمة ،
لا يتخير الإمام فيهم ، لأن عبد الحربي مال له ، واحتج له الشيخ أبو علي
بأن عبد الحربي لو أسلم في دار الحرب ، ولم يخرج ، ولا قهر سيده ،

لا يزول ملك الحربي عنه ، وإذا سباه المسلمون ، كان عبداً مسلماً ، ولا يجوز المن عليه ، ويسترق ، ولولا أنه مال يخلى سبيله ، كالحرق ، ولما جاز استرقاقه ، هكذا ذكره ابن الحداد ، وصرح بأنه ليس للإمام قتل العبيد ، ولا المن عليهم ، وتابعه الأصحاب على هذا ، وفي « المذهب » أنه لو رأى الإمام قتله لشره وقوته ، قتله وضمن قيمته للغانمين ، وأما الرجال الأحرار الكاملون إذا أسروا ، فالإمام مخير بين أن يقتلهم صبراً بضرب الرقبة ، لا بتحريق وتغريق ، ولا يمثل بهم ، أو يمن عليهم بتخلى سبيلهم ، أو يفاديهم بالرجال ، أو بالمال ، أو يسترقهم ، ويكون مال الفداء ورقابهم إذا استرقوا ، كسائر أموال الغنيمة ، وليس هذا التخيير للتشهي ، بل يلزم الإمام أن يجتهد ويفعل من هذه الأمور الأربعة ما هو الحظ للمسلمين ، فإن لم يظهر له وجه الصواب في الحال وتردد ، حبسهم حتى يظهر ، وسواء في الاسترقاق كان الأسير كتابياً أو وثنيّاً ، وقال الاصطخري : يحرم استرقاق الوثني ، لأنه لا يقر بالجزية ، والصحيح الأول ، وسواء كان الكافر من العرب ، أو غيرهم على الجديد المشهور ، وفي القديم لا يجوز استرقاق العرب ، وهل يجوز استرقاق بعض شخص؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، قال البغوي : فإن منعناه ، فضرب الرق على بعضه ، رق كله ، وكان يجوز أن يقال : لا يرق شيء ، وإذا اختار الفداء ، جاز بالمال سلاحاً كان أو غيره ، ويجوز بأسارى المسلمين ، فيرد مشركاً بمسلم ، أو مسلمين ، أو مشركين بمسلم ، ويجوز أن يفديهم بأسلحتنا التي في أيديهم ، ولا يجوز أن يرد أسلحتهم التي في أيدينا بمال يذلونه ، كما لا يجوز أن يبيعهم السلاح ، وفي جواز ردها بأسارى المسلمين وجهان .

فرع

لو قتل مسلم أو ذمي الأسير قبل أن يرى الإمام رأيته فيه ، عزز

ولا قصاص ولادية ، لأنه لا أمان له وهو حر إلى أن يسترق ، ولذلك يجوز أن يخلى سبيله ، والأموال لا ترد إليهم بعد الاغتنام ، ولو وقع في الأسر صبي أو امرأة ، ففيل : وجبت القيمة ، لأنه صار مالا بنفسه ، الأسر ، ثم إن سبي الصبي وحده ، فهو محكوم بإسلامه تبعاً للسابي ، ففيه قيمة عبد مسلم ، وإن كان قاتله عبداً ، لزمه القصاص •

فرع

لو أسر بالغ له زوجة ، لم يفسخ عقد نكاحه بالأسر ، فإن فاداه الإمام ، أو من عليه ، استمرت الزوجية ، وإن استرقه ، ارتفع النكاح حينئذ ، وإن أسر صبي له زوجة ، انفسخ النكاح بنفس أسره •

فرع

لو أسر كافر ومعه زوجته وصبيان ، يخير الإمام فيه دونهم •

المسألة الثانية : إذا أسلم الأسير وهو رجل حر مكلف قبل أن يختار الإمام فيه شيئاً ، عصم دمه ، وهل يصير رقيقاً بنفس الإسلام ؟ فيه طريقتان ، أصحابهما : على قولين ، أحدهما : نعم ، لأنه أسير محرم القتل فأشبهه الصبي ، وأظهرهما : لا يرق ، بل للإمام أن يسترقه ، أو يسن ، أو يفادي ، والطريق الثاني : القطع بالتخير ، لأنه كان ثابتاً ، فلا يزول ، فإن اختار الفداء ، فشرطه أن يكون له فيهم عز أو عشيرة يسلم بها دينه ونفسه ، وسواء قلنا : يرق ، أو يجوز إرقاقه ، فأرقه ، كان غنيمة ، وكذا لو فاداه بمال ، كان غنيمة ، ولو أسلم قبل أسره والظفر به ، عصم دمه وماله ، سواء أسلم وهو محصور وقد قرب الفتح ، أو أسلم في حال أمنه ، وسواء أسلم في دار الحرب ، أو الإسلام ، ويعصم أيضاً أولاده الصغار عن السبي ، ويحكم بإسلامهم تبعاً له ، والحصل كالمنفصل ، فلا يسترق تبعاً لأنه ، وهل يعصم إسلام الجد ولد ابنه

الصغير ؟ فيه أوجه ، أصحابها : نعم ، والثاني : لا ، والثالث : إن كان الابن ميتاً ، عصم ، وإلا فلا ، والمجنون من أولاده ، كالصغير ، فلو كان بلغ عاقلاً ، ثم جن ، عصمه أيضاً على الصحيح ، ولو أسلمت المرأة قبل الظفر بها ، عصمت نفسها ومالها وأولادها الصغار ، وحكى الفوراني في الأولاد قولاً ، وهو شاذ مردود ، وأما الأولاد البالغون العقلاء ، فلا يعصمهم إسلام الأب لاستقلالهم بالإسلام ، وهل يعصم إسلامه قبل الأسر زوجته عن الاسترقاق ؟ نص أنه يجوز استرقاقها ، ونص أن المسلم لو أعتق كافراً ، فالتحق بدار الحرب ، لا يجوز استرقاقه ، فقيل : فيهما قولان ، أحدهما : لا تسترق زوجته ولا عتيقه لتلا ييطل حقه ، كما لا يغنم ماله ، والثاني : يسترقان لاستقلالهما ، والمذهب تقرير النصين ، لأن الولاء لا يرتفع وإن تراضيا بخلاف النكاح ، ويجري الخلاف في استرقاق حربية نكحها مسلم وهو في دار الحرب ، فإن قلنا : لا يعصمها وكانت حاملاً عند إسلامه ، ففي جواز استرقاقها وجهان ، أحدهما : المنع ، لأن الحمل محكوم بإسلامه ، فلا تملك دونه كما لا تباع دونه ، وأصحابها : نعم ، لأنها حربية ، فأشبهت غيرها ، وإذا استرقت ، فإن كان قبل الدخول ، انقطع النكاح في الحال ، لأنه زال ملكها عن نفسها ، فملك الزوج أولى ، ولأنها صارت أمة كافرة ، ولا يجوز إمساك أمة كافرة للنكاح ، وقيل : يستمر النكاح وإن استرقت ، حكاه صاحب «التقريب» والصحيح الأول ، وإن كان بعد الدخول فوجهان ، أصحابها : انقطاع النكاح ، والثاني : يتوقف مدة العدة ، فإن أعتقت ، وأسلمت قبل انقضاء العدة ، استمر النكاح ، وكذا لو أعتقت ولم تسلم ، لأن إمساك الحرة الكتائية للنكاح جائز ، فلو أسلمت ولم تعتق ، فإن كان الزوج ممن يجوز له نكاح الأمة ، فله إمساكها ، وإلا ففي جواز إمساكها وجهان ، ولو أسلم بعد ما استرقت زوجته الحامل ، حكم بإسلام الحمل ، ولم

يبطل رقه ، ولو أسلمت حامل تحت حربي ، لم تسترق هي ولا ولدها ،
لأنهما مسلمان •

فرع

لو استأجر مسلم دار حربي في دار الحرب ، ثم غنمها المسلمون ،
أو استأجر حريباً رقيقاً ، أو حراً ، فاسترق ، لم تنقطع الإجارة ، بل
يبقى للمستأجر استحقاق المنفعة ، لأن منافع الأموال مملوكة ملكاً تاماً
مضمونة . كأعيان الأموال بخلاف منفعة البضع ، فإنها تستباح ، ولا
تملك ملكاً تاماً . ولهذا لا تفسد باليد ، وقيل : في انقطاع الإجارة
خلاف كانقطاع النكاح •

فرع

يجوز سبي منكوبة الذمي إذا كانت حربية ، وينقطع به نكاحه ،
وأما سبي عتيقه واسترقاقه فيبني على استرقاق عتيق المسلم ، إن جوزناه ،
فهنا أولى ، وإلا فوجهان ، أحدهما : يجوز ، لأن الذمي لو التحق بدار
الحرب ، استرق ، فعتيقه أولى ، ولو أعتق ذمي عبداً ، ثم نقض السيد
العهد وصار حريباً ، فالصحيح أن ولاءه على عتيقه لا يبطل ، حتى لو
عتق كان ولاؤه باقياً عليه ، ولمعتقه أيضاً الولاء على عتيقه ، ولو ملك
عتيقه ، فأعتقه ، كان لكل واحد منهما الولاء على الآخر ، وفي وجه
يبطل باسترقاقه ولاؤه على عتيقه ، كما يبطل ملكه على عبده •

فرع

إذا سبي الزوجان معاً ، أو سبي أحدهما ، انفسخ النكاح ،
صغيرين كانا أو كبيرين ، واسترق الزوج ، وسواء كان قبل الدخول
أو بعده ، لقول الله تعالى : « والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيما نكم »

ولقوله صلى الله عليه وسلم : « لا توطأ حامل حتى تضع »^(١) ولم يفرق ، ولأن الرق يزيل ملكها عن نفسها ، فعصمة النكاح أولى بالزوال ، وإن كان الزوجان رقيقين ، فغنا ، أو أحدهما ، ففي انقطاع النكاح وجهان ، سواء أسلما أم لا ، أصحابهما : لا ينقطع إذا لم يحدث رق ، وإنما انتقل من شخص إلى شخص ، فأشبهه البيع وغيره ، والثاني : ينقطع ، لحدوث السبي ، ولهذا لو سبيت مستولدة ، صارت قنة ، ومنهم من قطع بالأول .

المسألة الثالثة : لو كان لمسلم على حربي دين ، فاسترق ، لم يسقط الدين ، فلو كان الدين للسابي ، ففي سقوطه الوجهان فيمن كان له دين على عبد غيره فملكه ، وإذا لم يسقط ، قضى من الغنيمة بعد استرقاقه ويقدم الدين على الغنيمة ، كما يقدم على الوصية ، وإن زال ملكه بالرق . كما أن الدين على المرتد يقضى من ماله ، وإن أزلنا ملكه ، ولأن الرق كالموت والحجر ، وكلاهما يعلق الدين بالمال ، فإن غنم المال قبل استرقاقه ، ملكه الغانمون ، ولم يقض منه الدين ، كما لو انتقل ملكه بوجه آخر ، وإن غنم مع استرقاقه ، فوجهان ، أحدهما : يقدم الدين ، كما يقدم في التركة ، وأصحابهما : تقدم الغنيمة ، لتعلقها بالعين ، كما يقدم حق المجني عليه على حق المرتهن ، وليس من المعية أن يقع الاغتنام مع الأسر ، لأن المال يملك بنفس الأخذ ، والرق لا يحصل بنفس الأسر في

(١) حديث صحيح أخرجه أبو داود (٢١٥٧) والدارقطني ص ٤٧٢ ، والحاكم ١٩٥/٢ وفيه شريك القاضي وهو سيء الحفظ ، لكن له شاهد من حديث رويغ بن ثابت الأنصاري عند أبي داود (٢١٥٨) وأحمد ١٠٨/٤ وآخر من حديث ابن عباس عند الدارقطني ص ٣٩٨ ، وثالث من حديث علي عند ابن أبي شيبة ورابع عن جابر عند أبي داود الطيالسي (١٦٧٩) فيصح الحديث ويقوى .

الرجال الكاملين ، ولكن يظهر ذلك في النسوة ، وفيما إذا وقع الاغتنام مع إرقاق الإمام بعد الأسر ، وإذا لم يوجد مال يقضي منه الدين ، فهو في ذمته إلى أن يعتق ، وهل يحل الدين المؤجل بالرق ؟ وجهان مرتبان على الخلاف في الحلول بالإفلاس ، وأولى بالحلول ، لأنه يشبه الموت من حيث إنه يزيل الملك ، ويتقطع النكاح ، هذا إن كان الدين لمسلم ، فإن كان لذمي ، فمثله أجاب الإمام ، وقال : دين الذمي محترم ، كعين ماله ، وذكر البغوي فيه وجهين ، وإن كان الحربي ، واسترق المدين ، فالمحكي عن القاضي حسين وهو الظاهر : سقوط الدين وفيه احتمال للإمام ، هذا إذا استرق من عليه الدين ، أما إذا استرق من له الدين ، فلا تبرأ ذمة المدين ، بل هو كودائع الحربي المسيء ، هذا لفظه في « الوسيط » ولم ينص والحالة هذه على حال من عليه الدين ، وذكر الإمام هذا الجواب فيما إذا استقرض مسلم من حربي ، أو اشترى منه شيئاً والتزم الثمن ثم استرق المستحق ، قال : لا يسقط ، وفي « التهذيب » أنه لو كان لحربي على حربي دين ، واسترق من أحدهما ، سقط لزوال ملكه ، قال : ولو قهر المدين رب الدين ، سقط ، لأن الدار دار حرب ، حتى إذا قهر العبد سيده يصير حراً ويصير السيد عبداً له ، ولو قهرت امرأة زوجها ، ملكته ، وانفسخ النكاح ، وقد يفهم من هذه الجملة أنه إن كان دين المسترق على مسلم ، طوبى به ، كما يطالب بودائعه ، لأنه ملتزم ، وإن كان على حربي ، سقط ، لأن المستحق زال ملكه ، والحربي غير ملتزم حتى يطالب ، ولو اقترض من حربي ، أو التزم بالشراء ثمناً ، ثم أسلما ، أو قبلا الجزية ، أو الأمان ، فالاستحقاق مستمر ، وكذا يبقى مهر الزوجة إذا أسلما إن لم يكن خيراً ونحوه . ولو سبق المستقرض إلى الإسلام أو الأمان ، فالنص أن الدين يستمر . كما لو أسلما ، ونص أنه لو ماتت زوجة حربي ، فجاءنا مسلماً ، أو

مستأمناً ، فجاء ورثتها يطلبون مهرها ، لم يكن لهم شيء ، ولالأصحاب طريقان ، أحدهما : فيهما قولان ، أظهرهما : يبقى الاستحقاق ، وعلى هذا تبتنى قواعد نكاح المشركات ، والثاني : المنع ، لأنه يبعد أن يمكن الحربي من مطالبة مسلم أو ذمي ، والطريق الثاني : القطع بالقول الأول ، وحمل النص الثاني على من أصدقها خيراً ، وقبضته في الكفر ، ولو أتلّف حربي مالاً على حربي ، أو غصبه ، ثم أسلم ، أو أسلم المثلّف ، فوجهان ، أصحهما : لا يطالب بالضمان ، لأنه لم يلتزم شيئاً ، والإسلام يجب ما قبله ، والإتلاف ليس عقداً يستدام ، ولأن الحربي لو قهر حريباً على ماله ملكه ، والإتلاف نوع من القهر ، ولأن إتلاف مال الحربي لا يزيد على إتلاف مال المسلم ، وهو لا يوجب الضمان على الحربي ، والثاني . يطالب ، لأنه لازم عندهم ، فكأنهم تراضوا عليه ، ويزيد على هذا ما نقل عن القاضي حسين أن الحربي لو جنى على مسلم ، فاسترق ، فأرّش الجناية في ذمته ، قال الإمام : هذا إخلال من ناقل ، أو هفوة من القاضي .

المسألة الرابعة : إذا سببت امرأة وولدها الصغير ، لم يفرق بينهما في القسمة ، بل يقومهما ، فإن وافقت قيمتهما نصيب أحداً الغانمين ، جعلهما له ، وإلا اشترك فيهما اثنان ، أو باعهما ، وجعل ثمنهما في المغنم ، فإن فرق بينهما في القسمة ، ففي صحتها قولان كما سبق في البيع ، فإن صححناه ، فعن صاحب «الحاوي» أن المتبايعين لا يقران على التفريق ، بل يقال لهما : إن تراضيتما ببيع الآخر ليجتمعا في الملك ، فذاك ، وإلا فسخنا البيع ، وقال ابن كج : يقال للبائع : يتطوع بتسليم الآخر ، أو يفسخ البيع ، فإن تطوع ، فامتنع المشتري من القبول ، ففسخ البيع ، ولو رضيت الأم بالتفريق ، لم يرتفع التحريم على الصحيح رعاية لحق الولد ، وأم الأم عند عدم الأم كالأم ، فلو كان له أم وجدة ، فبيع مع الأم ، فلا تحريم ، وإن بيع مع الجدة ، وقطع عن الأم ، حرم على الأظهر ، والأب كالأم على

الأظهر أو الأصح ، وفي الأجداد والجندات من جهة الأب أوجه ، ثالثها : يجوز التفريق بينه وبين الأجداد دون الجدات ، لأنهن أصلح للتربية ، ولا يحرم التفريق بينه وبين سائر المحارم ، كالأخ والعم وغيرهما ، على المذهب ، وقيل : هم كالأب ، ولو كان له أبوان ، حرم التفريق بينه وبين الأب ، ويجوز التفريق للضرورة ، مثل أن تكون الأم حرة ، فيجوز بيع الولد ، ولو كانت الأم لواحد والولد لآخر ، فلكل منهما بيع ملكه منفرداً ، وقد سبق في كتاب البيع أن التحريم هل ينتهي لسن التمييز أم يبقى إلى البلوغ ؟ قولان ، أظهرهما : الأول .

الطرف الثالث في إتلاف أموالهم

إن احتاج المسلمون إلى إتلاف أموال الكفار ، كتخريب بناء ، وقطع شجر ، ليكفوا عن القتال أو ليظفروا بهم ، فلهم ذلك ، وإن لم يحتاجوا ، نظر إن لم يغلب على ظنهم حصول ذلك المال للمسلمين ، جاز إتلافه مغايظة لهم وتشديداً عليهم ، وإن غلب على الظن حصوله ، كره الإتلاف ، ولا يحرم على الأصح ، هذا إذا دخل الإمام دارهم مغيراً ولم يمكنه الاستقرار فيها ، فأما إذا فتحها قهراً ، فيحرم التخريب والقطع ، لأنها صارت غنيمة ، وكذا لو فتحها صلحاً على أن تكون لنا ، أو لهم ، ولو غنما أموالهم وانصرفنا ، وخفنا الاسترداد ، فإن كانت غير حيوان ، جاز إتلافها ، لئلا يأخذوها فيقتلوا بها ، وأما الحيوان ، فإن قاتلونا عليه واحتجنا في القتال إلى عقره لدفعهم أو للظفر بهم ، جاز ، وإن غنمنا خيلهم وماشييتهم ، ولحقونا وخفنا الاسترداد ، أو ضعف بعضها ، وتعذر سوقها ، لم يجز عقرها وإتلافها ، لكن تذبح للأكل ، وإن خفنا أنهم يأخذون الخيل ، ويقاقلوننا عليها ، ويشدد الأمر ، جاز إتلافها ، ولو لحقونا ومعنا نساؤهم وصبيانهم ، وخفنا استردادهم ، لم يجز قتلهم قطعاً .

فرع

لو ظفرتنا بكتب لهم مما يحل الانتفاع به ، كطب وشعر ولغة وحساب وتواريخ ، فلها حكم سائر الأموال ، فتباع أو تقسم ، وما حرم الانتفاع به ، ككتب الكفر والهجو والفحش المحض ، لم يترك بحاله بل إن كان في رق أو كاغد ثخين وأمكن غسله ، غسل ، ثم هو كسائر الأموال ، فإن لم يمكن ، أبطلت منفعته بتمزيق ، ثم الممزق كسائر الأموال ، وعن القاضي أبي الطيب أنها تمزق أو تحرق ، وضعفوا الإحراق لما فيه من التضييع ، لأن للمزق قيمة وإن قلت ، وكتب التوراة والانجيل مما يحرم الانتفاع به ، لأنهم بدلوا وغيروا ، وإنما نقرها في أيديهم كما نقر الخمر .

فرع

إذا دخلنا دارهم غزاة ، قتلنا الخنازير ، وأرقنا الخمر ، وتحمل ظروفها إلا أن لا تزيد قيمتها على مؤنة حملها ، فنتلفها ، وإن وقع كلب ينتفع به للاصطياد أو للماشية والزرع ، فحكى الإمام عن العراقيين أن للإمام أن يسلمه إلى واحد من المسلمين ، لعلمه بحاجته إليه ، ولا يحسب عليه ، واعترض بأن الكلب منتفع به ، فليكن حق اليد فيه لجميعهم . كما أن من مات وله كلب لا يستبد به بعض الورثة ، والموجود في كتب انعراقيين أنه إن أراده بعض الغانمين ، أو أهل الخمس ولم ينازعه غيره ، سلم إليه ، وإن تنازعوا ، فإن وجدنا كلاباً وامكنت القسمة عدداً ، قسم ، وإلا أقرع بينهم ، وهذا هو المذهب وقد سبق في الوصية أنه تعتبر قيمتها عند من يرى لها قيمة ، وتعتبر منافعها فيمكن أن يقال به هنا .

الطرف الرابع في الاغتنام

قد سبق في كتاب قسم الغنيمة أن الغنيمة : المال المأخوذ من

الكفار بالقهر وإيجاف خيل وركاب ، والفبيء : ما حصل منهم بلا قتال، وإذا دخل واحد أو شردمة دار الحرب مستخفين ، وأخذوا مالاً على صورة السرقة ، فوجهان ، أحدهما وبه قطع الغزالي ، وادعى الإمام أنه المذهب المعروف : أنه ملك من أخذه خاصة ، والأصح الموافق لكلام الجمهور : أنه غنيمة مخسنة ، وقد قال الأصحاب : لو غزت طائفة بغير إذن الإمام متلصصين وأخذت مالاً ، فهو غنيمة مخسنة ، وفي « التهذيب » أن الواحد إذا دخل دار الحرب ، وأخذ مال حربي بقتال، أخذ منه الخمس ، والباقي له ، وإن أخذه على جهة السبوم ، ثم جرده ، أو هرب ، فهو له ، ولا يخمس ، وهذه الصورة قريبة من السرقة ، والمأخوذ على صورة اختلاس كالمأخوذ على صورة السرقة ، وقال صاحب « الحاوي » : هو غنيمة ، وعن أبي إسحاق أنه فيء ، لأنه بغير إيجاف خيل ، وليكن الوجه القائل باختصاص السارق والمختلس مخصوصاً بما إذا دخل واحد أو نفر يسير دار الحرب ، وأخذوا ، فأما إذا أخذ بعض الجيش بسرقة أو اختلاس ، فيشبه أن يكون غلولاً ، ويدل عليه أن الروياني نقل أن ما يهديه الكافر إلى الإمام ، أو إلى واحد من المسلمين والحرب قائمة ، لا يملكه المهدي إليه بكل حال ، وإذا لم يختص المهدي إليه بالهدية ، فأولى أن لا يختص سارق بمسروق .

فرع

المال الضائع الذي يؤخذ في دارهم على هيئة اللقيطة ، إن كان مما يعلم أنه للكفار، فالصحيح المنصوص الذي قطع به الجمهور : أنه غنيمة، لا يختص به الآخذ ، وقال الإمام والغزالي : هو لمن أخذه بناء على أن المسروق لمن أخذه ، فإن أمكن كونه للمسلمين، بأن كان هناك مسلمون، أو أمكن أن يكون ضالة بعض الجيش ، وجب تعريفه ، ثم بعده يعود خلاف الجمهور والإمام في أنه غنيمة أم للاخذ ؟ وأما صفة التعريف ،

فقال الشيخ أبو حامد : يعرفه يوماً أو يومين ، ويقرب منه قول الإمام : يكفي بلوغ التعريف إلى الأجناد إذا لم يكن هناك مسلم سواهم ، ولا ينظر إلى احتمال مرور التجار ، وفي « المهذب » و « التهذيب » يعرفه سنة ، ولفظ « التهذيب » : أنه لو وجد ضالة في دار الحرب لحربي ، فهي غنيمة ، فالخمس لأهله ، والباقي له ولمن معه ، ولو وجد ضالة لحربي في دار الاسلام ، لم يختص هو بها ، بل تكون فيئاً ، وكذا لو دخل صبي ، أو امرأة منهم بلادنا ، فأخذه رجل ، يكون فيئاً ، وإن دخل منهم رجل ، فأخذه مسلم ، كان غنيمة ، لأن لأخذه مؤنة ، ولالإمام الخيار فيه ، فإن استرقه ، كان الخمس لأهله ، والباقي لمن أخذه بخلاف الضالة ، لأنها مال للكفار حصل في أيدينا بلا قتال .

فرع

المباحات التي لم يملكها أحد ، كالحطب والحشيش والحجر والصيد البري والبحري ، من أخذها ، ملكها كدار الإسلام ، قال الشافعي رضي الله عنه في « المختصر » : إلا أن يكون مصنوعاً أو صيداً مقرطاً أو موسوماً ، فلا يكون لمن أخذه ، يعني إلا أن يكون حجراً مصنوعاً بنقر أو نقش ، أو منحوتاً ، والمقرط : في أذنه قرط ، و يروى مقرطق ، وهو الذي جز صوفه ، وجعل على هيئة القرطق ، فهذه الأحوال آثار للملك والدار للكفار ، فالظاهر أنها كانت لهم ، فتكون غنيمة ، فإن أمكن كونها لمسلم ، فهي كسائر الضوال يجب تعريفها كما سبق .

فصل

للغنيمة أحكام ، أحدها : يجوز التبسط بتناول أطعمتها ، وبعلف الدواب قبل القسمة بلا عوض ، فيحتاج إلى بيان جنس المأخوذ ، والمنفعة المعتبرة ، والأخذ ومكان الأخذ ، أما جنسه ، فهو القوت وما يصلح به القوت ، واللحم والشحم وكل طعام يعتاد أكله على العموم ، ولعلف

الدواب التبن والشعير وما في معناهما ، وذكر الإمام فيما ليس بقوت ، ولكن يؤكل غالباً ، كالفواكه ، وجهين . وقطع الجمهور بجواز التبسط في الجميع ، وأما الفانيد والسكر والأدوية التي تندر الحاجة إليها : ففيها أوجه ، الصحيح وبه قال الجمهور : لاتباح لندور الحاجة . فإن احتاج إليها مريض منهم ، أخذ قدر حاجته بقيمته ، وينبغي أن يقال : يراجع أمير الجيش فيه ، والثاني : تباح للحاجة بلا عوض ، والثالث : أن مالا يؤكل إلا تداوياً ، يحسب عليه . وما يكون للتداوي وغيره . لا يحسب عليه ، وأما المنفعة المعتبرة ، فمنفعة الأكل والشرب والعلف . وفي جواز أخذ الشحم والدهن لتوقيع^(١) الدواب ، وهو مسحها بالمذاب . وهو المغلي ولجربها وجهان ، أحدهما : الجواز . كعلفها ، والأصح المنصوص : المنع ، كالمداواة ، وعلى الأول ينبغي أن يجوز الإدهان بها . ولا يجوز إطعام البزاة والصقور منها بخلاف الدواب المحتاج إليها للركوب والحمل . ولا يجوز أخذ سائر الأموال ولا الانتفاع بها ، كلبس ثوب وركوب دابة ، فلو خالف ، لزمته الأجرة ، كما تلزمه القيمة إذا أتلّف بعض الأعيان ، فإن احتاج لبرد وغيره ، قال الروائي : يستأذن الإمام ويحسب عليه ، ويجوز أن يأذن في لبسه بالأجرة مدة الحاجة ، ثم يرده إلى المغنم . ولا يجوز استعمال السلاح إلا أن يضطر إليه في القتال ، فإذا انقضت الحرب ، رده إلى المغنم ، ويجوز ذبح الحيوان المأكول للحمة . كتناول الأطعمة ، وقيل : لا يجوز ، لندور الحاجة إليه ، والصحيح الأول . ثم قال الجماهير : لافرق بين الغنم وسائر الحيوانات المأكولة ، وأشار

(١) في اللسان : حافر وقاح : صلب باق على الحجارة . والتوقيع : أن يوقع الحافر بشحمة تذاب حتى إذا تشيبت الشحمة وذابت . كوي بها مراضع الحفا والأشاعر .

الإمام إلى تخصيص الذبح بالغنم ، وصرح به الغزالي ، والصواب الأول .
ثم ما يذبح يجب رد جلده إلى المغنم ، إلا ما يؤكل مع اللحم ، ويحرم على
الذابح أن يتخذ من جلده سقاء أو حذاء أو شراكاً ، فإن فعل ، وجب
رد المصنوع كذلك ولا شيء له في الصنعة ، بل إن نقص ، لزمه الأرش ،
وإن استعمله ، لزمه الأجرة ومتى ذبح ما يجوز ذبحه ، هل تلزمه قيمته
لندور الحاجة ؟ وجهان ، الصحيح : المنع ، كالأطعمة ، ودعوى الندور
منوعة .

أما الأخذ وقدر المأخوذ ، فيجوز أخذ العلف والطعام لمن يحتاج
إليه ، فلو كان معه ما يغنيه عنهما ، هل له الأخذ ؟ وجهان ، أحدهما :
لا ، لاستغنائه ، وأصحهما : نعم ، لإطلاق الأحاديث ، وكل من أخذ ،
فليأخذ كفايته ، ولا بأس باختلاف قدر ما يأخذون بحسب الحاجة ، قال
البعوي : ولهم التزود لقطع مسافة بين أيديهم ، ولو أكل فوق حاجته ،
لزمه قيمته ، نص عليه ، ولو كان معه دابتان فأكثر ، فله أخذ علفهن ،
وفي وجه لا يأخذ إلا علف واحدة ، كما لا يسهم إلا لفرس ، والصحيح
الأول ، ولو أخذ غانم فوق حاجته ، وضيف به غانماً أو غانمين ، جاز ،
وليس فيه إلا أنه تولى إصلاح الطعام لهم وليس له أن يضيف به غير
الغانمين ، فإن فعل ، لزم الأكل الضمان ، ويكون المضيف كمن قدم
طعاماً مغصوباً إلى ضيف فأكله ، فينظر أعلم الحال أم جهله ، والحكم
ما سبق في كتاب الغصب ، ولو أتلف بعض الغانمين من طعام الغنيمة
شيئاً ، كان كإتلافه مالاً آخر ، فيلزمه رد القيمة إلى المغنم ، لأنه لم
يستعمله في الوجه المسوغ شرعاً ، وما يأخذه لا يملكه بالأخذ ، لكن
أبيح له الأخذ ، كالضيف ، ذكره الإمام .

ولو لحق الجيش مدد بعد انقضاء القتال وحيازة المال ، هل لهم

التبسط في الأطعمة ؟ وجهان ، أحدهما : المنع ، وبه قطع البغوي .
ووجه الجواز مظنة الحاجة وعزة الطعام هناك ، ومن دخل من الغانمين
دار الإسلام وقد فضل مما أخذه شيء ، ففي وجوب رده إلى المغنم ثلاثة
أقوال ، أظهرها : يجب ، لزوال الحاجة والمأخوذ متعلق حق الجميع .
والثاني : لا ، لإباحة الأخذ ، والثالث : إن كان قليلاً لا يبالى به ، ككسر
الخبز وبقية التبن في المخالي ، لم يرد ، وإلا فيرد ، ومتى وجب الرد ،
فإن لم تقسم الغنيمة ، رده إلى المغنم ، وإن قسمت ، رده إلى الإمام ، فإن
أمكن قسمته كما قسمت الغنيمة ، فعل ، وإن لم يكن لنزارة ذلك القدر
ولتفرق الغانمين ، قال الصيدلاني : يجعل في سهم المصالح ، أما مكان
الأخذ والتبسط ، فهو دار الحرب ، فإذا انتهوا إلى عمران دار الإسلام ،
وتمكنوا من الشراء ، أمسكوا ، ولو خرجوا عن دار الحرب ، ولم
ينتهوا إلى عمران دار الإسلام فوجهان ، أحدهما : جواز التبسط ،
لبقاء الحاجة ، والثاني : المنع ، لأن مظنة الحاجة دار الحرب ، فيناط
الحكم به وعكسه ، ولو وجدوا سوقاً في دار الحرب ، وتمكنوا من
الشراء ، فقد طرد الغزالي فيه الوجهين لانعكاس الدليلين ، وقطع الإمام
بالجواز وقال : لم أر أحداً منع التبسط بهذا السبب ، ونزلوا دار الحرب
في إباحة الطعام منزلة السفر في الرخص ، فإنها وإن ثبتت لمشقة السفر ،
فالمره الذي لا كلفة عليه يشارك فيها ، وذكر أنه لو كان لجماعة من
الكفار معنا مهادنة ، وكانوا لا يمتنعون من مبايعة من يطرقهم من المسلمين ،
فالظاهر وجوب الكف عن أطعمة المغنم في دارهم ، لأنها وإن لم تكن
مضافة إلى دار الإسلام ، فهي في قبضة الإمام بمثابة دار الإسلام فيما
نحن فيه للتمكن من الشراء منهم .

فرع

ليس للغنائم أن يقرض ما أخذه من الطعام والعلف لغير الغانمين

ولا أن يبيعه ، فإن فعل ، لزم الآخذ رده إلى المغنم ، فلو أقرضه غانما آخر فوجهان ، الصحيح عند الجمهور وهو المنصوص : أن للمقرض مطالبة المقرض بعينه أو بمثله من المغنم ، لامن خالص ماله ، لأنه إذا أخذه صار أحق به ، ولم تزل يده عنه إلا يبدل . والثاني وهو قول الشيخ أبي حامد ، ورجحه الإمام : أنه لا مطالبة ، ولا يلزمه الرد ، لأن الآخذ من جملة المستحقين ، وإذا حصل في يده ، فكأنه أخذه بنفسه ، والوجهان متفقان أنه ليس قرضاً محققاً ، لأن الآخذ لا يملك المأخوذ حتى يملكه لغيره ، فعلى الأول : لورد عليه من خالص ملكه ، لم يأخذه المقرض ، لأن غير المملوك لا يقابل بالمملوك حتى إذا لم يكن في المغنم طعام آخر ، سقطت المطالبة ، وإذا رد من المغنم ، صار الأول أحق به لحصوله في يده ، وعلى هذا إذا دخلوا دار الإسلام ، انقطعت حقوق الغانمين عن أطعمة المغنم ، فيرد المستقرض على الإمام ، وإذا دخلوا دار الإسلام وقد بقي عين المستقرض في يد المقرض ، بني على أن الباقي من طعام المغنم هل يجب رده إلى المغنم ؟ إن قلنا : نعم ، رده إلى المغنم ، وإلا ، فإن جعلنا للقرض اعتباراً ، رده إلى المقرض ، وإلا لم يلزمه شيء .

فرع

لو باع غانم ما أخذه لغانم آخر ، فهذا إبدال مباح بباح ، وهو كإبدال الضيفان لقمة بلقمة ، وكل واحد منهما أولى بما صار إليه ، ولو تبايعا صاعاً بصاعين ، لم يكن ذلك ربا ، لأنه ليس بمعاوضة محققة .

فرع

مقتضى ما تكرر أن المأخوذ مباح للغانم غير مملوك أنه لا يجوز له أن يأكل طعام نفسه ، ويصرف المأخوذ إلى حاجة أخرى بدلاً عن طعامه ، كما لا يتصرف الضيف فيما قدم إليه إلا بالأكل .

فرع

قال الإمام : لو قل الطعام ، واستشعر الأمير الازدحام والتنازع فيه ، جعله تحت يده ، وقسمه على المحتاجين على قدر حاجاتهم ، وله أن يمنع من معه كفايته مزاحمة المحتاجين .

الحكم الثاني : سقوط حق الغانمين بالإعراض وفيه مسائل :
إحداها : يسقط حق الغانم بالإعراض عن الغنيمة ، وتركها قبل القسمة ، لأن المقصود الأعظم من الجهاد إعلاء الدين ، والذب عن الملة ، والغنيمة تابعة ، فمن أعرض عنها ، فقد محض عمله للمقصود الأعظم ، ولو قال أحدهم : وهبت نصيبي للغانمين ، فإن أراد الإسقاط ، سقط حقه ، وإن أراد التمليك ، فوجهان ، أصحهما عند صاحب « الشامل » : الصحة ، وبه قال أبو إسحاق ، وأقواهما : المنع وبه قال ابن أبي هريرة ، وأما بعد القسمة فيستقر الملك ، ولا يسقط بالإعراض ، كسائر الأملاك ، ولو أفرز الخمس ، ولم يقسم الأخماس الأربعة فوجهان ، ويقال : قولان ، الأصح المنصوص : يصح الإعراض ، لأنه لم يتعين حقه ، والثاني خرجه ابن سريج : لا يصح ، لأن حقهم تميز عن الجهات العامة ، فصار كمال مشترك ، ولو قال : اخترت الغنيمة ، هل يمنع ذلك من صحة الإعراض وجهان ، أشبههما : نعم ، ولو أعرض جميع الغانمين فوجهان ، أصحهما : يصح إعراضهم ، فيصرف الجميع إلى مصرف الخمس ، لأن المعنى المصحح للإعراض يشمل للواحد والجمع ، وأما أصحاب الخمس فغير ذوي القربى جهات عامة لا يتصور فيها إعراض ، وفي صحة إعراض ذوي القربى وجهان ، أحدهما : نعم ، كالغانم ، وأصحهما : لا ، لأنهم يستحقونه بلا عمل ، فأشبه الإرث ، ولو كان من الغانمين محجور عليه بفلس ، صح إعراضه ، لأن اختيار التملك كالاكتساب ، فلا يلزمه ، ولأن الإعراض يحض جهاده للأخرة ، فلا يمنع

منه ، ولو أعرض محجور عليه بسفه ، قال الإمام : ففي صحة إعراضه تردد ، ولعل الظاهر : المنع ، فلوفك حجره قبل القسمة ، صح إعراضه ، ولا يصح إعراض صبي عن الرضخ ، ولا إعراض وليه ، فإن بلغ قبل القسمة ، صح إعراضه ، ولا يصح إعراض العبد عن رضخه ، ويصح إعراض سيده ، لأنه حقه ، ولا يصح إعراض مستحق السلب عنه على الأصح ، لأنه متعين كالوارث ، وكنصبيه بعد القسمة .

فرع

من أعرض من الغانمين ، قدر كأنه لم يحضر ، وضم نصيبه إلى المغنم ، وقيل : يضم إلى الخمس خاصة ، والصحيح الأول ، ولو مات غانم ولم يعرض ، انتقل حقه إلى ورثته ، فإن شأؤوا طلبوا ، أو أعرضوا .

المسألة الثانية : في وقت ملك الغانمين الغنيمة ثلاثة أوجه ، أصحابها : لا يملكون إلا بالقسمة ، لكن لهم أن يملكوا بين الحيابة والقسمة ، لأنهم لو ملكوا لم يصح إعراضهم ، كمن احتطب ، ولأن للإمام أن يخص كل طائفة بنوع من المال ، ولو ملكوا ، لم يصح إبطال حقهم عن نوع بغير رضاهم ، والثاني : يملكون بالحيابة والاستيلاء التام ، لأن الاستيلاء على ما ليس بمعصوم من المال سبب للملك ، ولأن ملك الكفار زال بالاستيلاء ، ولو لم يملكوا ، لزال الملك إلى غير مالك ، لكنه ملك ضعيف يسقط بالإعراض ، والثالث : موقوف ، فإن سلمت الغنيمة حتى قسموها ، بان أنهم ملكوا بالاستيلاء ، وإلا فإن تلفت ، أو أعرضوا ، تبينا عدم الملك ، فعلى هذا قال الإمام : لا نقول بان بالقسمة أن حصّة كل واحد بعينها ، صارت ملكه بالاستيلاء ، بل نقول : إذا اقتسموا ، بان أنهم ملكوا الغنيمة ملكاً مشاعاً ، ثم بالقسمة تميزت الحصص ، وقيل : يتعين بالقسمة أن كل واحد ملك حصته على التعيين ،

وهو ضعيف • واعلم أن في كلام الأصحاب تصريحاً بأن الغانمين وإن لم يملكوا الغنيمة ، فمن قال منهم : اخترت ملك نصيبي ، ملكه ، وقد ذكرنا هذا في كتاب الزكاة ، فإذا الاعتبار باختيار التملك لا بالقسمة ، وإنما تعتبر القسمة لتضمنها اختيار التملك •

فرع

ذكروا هنا وفي كتاب الزكاة أن للإمام أن يقسم الغنيمة قسمة تحكم ، فيخص بعضهم ببعض الأنواع ويبيع الأعيان ، وحينئذ فقولنا : تملك بالقسمة ، معناه في غالب الأمر ، وهو إذا رضي الغانم بالقسمة ، أو قبل ما عينه له الإمام ، فأما إذا رد ، فينبغي أن يصح رده ، وذكر البغوي فيه خلافاً ، فقال : إذا أفرز الإمام الخمس ، وأفرز نصيب كل واحد منهم ، أو أفرز لكل طائفة شيئاً معلوماً ، فلا يملكونه قبل اختيار التملك على الأصح ، حتى لو ترك بعضهم حقه ، صرف إلى الباقين •

فرع

لو سرق بعض الغانمين من الغنيمة قبل إفراز الخمس ، لم يقطع ، حرأ كان أو عبداً ، لأن له حقاً في خمس الخمس وفي الأخماس الأربعة ، وإن سرق بعد إفراز الخمس ، نظر إن سرق منه ، فلا قطع ، وإن سرق من الأخماس قدر نصيبه أو أكثر ولم تبلغ الزيادة نصاباً ، فلا قطع ، وكذا إن بلغته على الأصح ، لأن حقه متعلق بجميع الغنيمة لجواز إعراض الباقين ، فيكون الجميع له ، وعلى كل حال يسترد المسروق ، وإن تلف ، فبدله ، ويجعل في المغنم ، ولو غل من الغنيمة بعض الغانمين ، عزر ، وإن سرق غير الغانمين ، نظر إن كان له في الغانمين ولد أو والد أو عبد ، فهو كسرقة الغانم ، وإلا فإن سرق قبل إفراز الخمس ، فهو كسرقة مال بيت

المال ، لأن فيه مالا لبيت المال ، وإن سرق بعد إفراز الخمس ، فإن سرق من الأخماس الأربعة ، قطع ، وإن سرق من الخمس قبل إخراج خمسة ، أو سرق من خمس المصالح بعد إفرازه ، فهو سرقة مال بيت المال ، وإن سرق من أربعة أخماسه ، لم يقطع إن كان من أهل استحقاقها ، وإلا فيقطع على الأصح ، ووجه المنع أنه يجوز أن يصير منهم •

فرع

لو وطئ أحد الغانمين جارية من الغنيمة قبل القسمة ، فلا حد عليه ، وفي قول قديم ، يحد ، والمشهور الأول ، لأن له شبهة ، لكن يعزر إن كان عالماً ، وإن كان جاهلاً لقرب عهده بالإسلام نهي عنه ، ويعرف حكمه ، وإذا لم يجب الحد ، وجب المهر ، ثم ينظر إن كان الغانمون محصورين يتيسر ضبطهم ، ففي قدره وجهان ، أحدهما : كل المهر ، والصحيح المنصوص : أنه يغرم منه حصة الخمس وحصة غيره من الغانمين وتسقط حصته ، وفي قول : إن وقعت الجارية في حصة الواطئ ، فلا شيء عليه ، وخرج الإمام وجهاً أنها إن وقعت في حصة غيره ، وجب له المهر ، والمذهب ماسبق عن المنصوص ، وإن كان الغانمون غير محصورين ، ومعناه أن يعسر ضبطهم لكثرتهم ، نظر إن أفرز الإمام الخمس ، وعين لكل طائفة شيئاً ، وكانت الجارية معينة لمخصوصين ، فإوطئ بعضهم بعد اختيارهم تملكها ، فهذا وطء جارية مشتركة ، فيغرم من المهر قسط شركائه ، وإن وطئ قبل اختيارهم التملك ، فقيل : هو كما بعد الاختيار ، والمذهب أنه كما لو كانوا محصورين في الأصل ، إلا أنه لا يخمس المهر هنا ، بل يوزع عليهم ، فيسقط قسط الواطئ ، ويلزمه قسط الباقيين ، وإن لم يفرز الإمام ، ولا عين شيئاً ، غرم الواطئ كل المهر ، وضم إلى المغنم ، وقسم بين

الجميع ، فيعود إلى الواطيء حصته ، ولا يكلف الإمام أن يضبطهم ويعرف حصته لما فيه من المشقة بخلاف ما لو كانوا محصورين وسهل الضبط ، قال الإمام : وليكن هذا الذي ذكره الأصحاب مخصوصاً بما إذا طابت نفس الواطيء بغرم الجميع ، فإن قال : أسقطوا حصتي ، فلا بد من إجابته •

قلت : ظاهر كلام الأصحاب خلاف قول الإمام ، ويحتمل أخذ هذا القدر منه وإن كان يستحقه للمصلحة العامة والمشقة الظاهرة ، ولئلا يقدم بعض المستحقين في الإعطاء على بعض • والله أعلم

أما إذا أحبلها ، فحكم الحد والمهر ما ذكرنا ، ويزيد أمور منها : الاستيلاء ، فإن كان موسراً ، ففي نفوذه في نصيبه طريقان ، المذهب أنه لا ينفذ ، وبه قطع العراقيون وكثير من غيرهم ، فعلى هذا إن ملك الجارية بسهمه ، أو بسبب آخر في وقت ، ففي نفوذ الاستيلاء قولان يطردان في نظائره ، الأظهر : النفوذ ، وبه قطع البغوي ، وقال صاحب « الحاوي » : إن كانوا محصورين ، ولم يغنموا غير تلك الجارية ، نفذ الاستيلاء في حصته قطعاً بخلاف ما إذا كان في الغنيمة غيرها ، فإنه يحتمل أن يجعل الإمام الجارية لغيره ، وإذا ثبت استيلاء نصيبه ، سرى ليساره إلى الباقي ، وهل تحصل السراية بنفس العلوق ، أم بأداء قيمة نصيب الشريك ؟ قولان موضعهما كتاب العتق ، قال الإمام والغزالي : ويحصل اليسار بحصته من المغنم لغيرها ، فإن لم تف حصته من غير تلك الجارية بالقيمة ، سرى بقدر الحصة ، وكان يمكن أن يخرج ذلك على أن الملك في الغنيمة هل يحصل قبل القسمة ؟ إن قلنا : لا ، لم

يكن موسراً يدل عليه أن الإمام ذكر أن الحكم بفناه موقوف على أن لا يعرض ويستقر ملكه ، فإن أعرض ، تبين أنه لم يكن غنياً ، ولا تقول : حق السراية يلزمه أن يتملك ، لأن التملك كابتداء كسب ، ومتى حكمنا بالاستيلاء في الحال ، أو بعد وقوعه في حصته ، لزمه القيمة ، ثم هو في سقوط حصته ، وأخذ الجميع بحسب انحصار القوم ، وعدم انحصارهم على ما ذكرنا في المهر ، وإن لم نحكم بالاستيلاء ، فإن تأخرت القسمة حتى وضعت ، جعلت في المغنم ودخلت في القسمة ، فإن دخلها نقص بالولادة ، لزمه الأرض ، وأما قبل الوضع ، فهي حامل بحر ، ويع الحمل بحر لا يصح على الأصح كما سبق في البيع ، وإذا جعلنا القسمة بيعاً ، لم يمكن إدخالها في القسمة ، فهل تقوم عليه ، وتؤخذ منه قيمتها ، وتجعل في المغنم ، لأنه بالإجمال حال بين الغانمين وبينها بيعاً وقسمة ، أم تسلم إليه بحصته إن احتملتها ، أم يجوز إدخالها في القسمة للضرورة ؟ فيه خلاف ، أما إذا كان معسراً ، فإن كانوا محصورين ، أو غير محصورين ، وأفرز الإمام الجارية لطائفة ، ففي ثبوت الاستيلاء في حصته الخلاف المذكور في حصة الموسر ، فإن أثبتناه ، فلا سراية ، وإن كانوا غير محصورين ولم يفرزها ، فلا استيلاء في الحال ، فإن وقعت في حصته ، ثبت الاستيلاء حينئذ ، وإن حصل له بعضها ، ثبت في ذلك البعض .

ومنها : الولد ، وهو حر نسيب ، وهل تلزمه قيمته ؟ يبنى على أن الجارية هل تقوم عليه ؟ إن قلنا : نعم ، فلا ، لأنها ملكه حين الولادة ، وإن قلنا : لا ، فنعم ، لأنه منع رقه بوطئه ، ثم حكم قيمة الولد حكم المهر ، هذا إذا كان موسراً وثبت الاستيلاء في كلها ، فإن كان معسراً وثبت في حصته ولم يسر ، فهل ينقذ الولد حرأ كله أم قدر حصته حر والباقي رقيق ؟ قولان أو وجهان ، أحدهما : كله حر ، لأن الشبهة نعم

الجارية ، وحرية الولد تثبت بالشبهة وإن لم يثبت الاستيلاء ، ولهذا لو وطئ جارية غيره وهو يظنها أمته أو زوجته الحرة ، انعقد الولد حراً وإن لم يثبت الاستيلاء ، ووجه الثاني أنه تبع للاستيلاء وهو متبع بخلاف الشبهة فإنها ناشئة من ظن لا يتبعض ، فعلى هذا لو ملك باقي الجارية بعد ذلك بقي الرق فيه ، لأنها علقت في غير ملكه برقيق ، وإن قلنا . جميعه حر ، ففي ثبوت الاستيلاء في باقيها إذا ملكه قولان ، لأنه أولدها حراً في غير ملك ، وهذا الخلاف في تبعيض حرية الولد يجري فيما إذا أولد أحد الشريكين المشتركة وهو معسر ، فإن قلنا : جميعه حر ، لزم المستولد قيمة حصة الشركاء من الولد ، وهذا هو الأصح ، كذا قاله القاضي أبو الطيب والرواياني وغيرهما ، وسواء في ترجيح حرية جميعه استيلاء أحد الغانمين واستيلاء أحد الشريكين ، وسئل القاضي حسين عن أولد امرأة ، نصفها حر ، ونصفها رقيق بنكاح أو زنى ، كيف حال الولد ؟ فقال : يمكن تخريجه على الوجهين في ولد المشتركة من الشريك المعسر ، ثم استقر جوابه على أنه كالأم حرية ورقاً ، قال الإمام : وهذا هو الوجه ، لأنه لا سبب لحرته إلا حرية الأم فيتقدر بها ، ثم ما ذكرناه من ثبوت الاستيلاء في حصة المعسر ، والخلاف في حال الولد موضعه ما إذا انحصر المستحقون ، فإن لم ينحصروا ، فقال البغوي : إن قلنا عند الانحصار : كل الولد حر ، أخذ منه قيمته ، وجعلت في المغنم ، وقسم على الجميع ، وإن قلنا : الحر بعضه ، كان كله هنا رقيقاً ، ثم الإمام يجتهد حتى تقع الأم والولد في حصة الواطئ ، فإن وقعاً فيها ، فهي أم ولد والولد حر ، وإن وقع البعض ، ثبت الاستيلاء بقدره ، وعق من الولد بقدر ما يملك ، هذا كلام البغوي ، ولك أن تقول : قد سبق أن للإمام أن يقسم الغنيمة قسمة تحكم ، ولا يشترط رضى الغانمين ولا الإقراع ، وحينئذ فلا حاجة إلى سعي واجتهاد ، بل

ينبغي أن يقال : يوقعهما في حصته ، أو يوقع بعضهما • وقوله : يعتق من الولد بقدر ماملك ينبغي أن يجيء فيه الخلاف في أن الولد يعتق كله أو بالحصّة ، فلعله فرعه على وجه التبعية أو أراد أن قدر الحصّة يعتق قطعاً وفي الباقي الخلاف ، وجميع ما ذكرنا إذا كان الاستيلاء قبل القسمة واختيار التملك ، وسواء كان قبل إفراز الخمس أم بعده ، وقبل القسمة بين الغانمين إذا كانت الجارية من الأخماس الأربعة ، فلو كان بعد القسمة وبعد اختيار التملك ، فهو كوطء جاريته أو جارية غيره أو مشتركة ، ولا يخفى حكمه ، ولو كان بعد القسمة وقبل اختيار التملك ، فهو كما قبل القسمة ، وفيه وجه أنهم إن كانوا محصورين ، أو أفرزت الجارية لطائفة محصورين ، فهو كما بعد القسمة واختيار التملك ، وقد سبق نظيره ، ولو وطئ أحدهم بعد إفراز الخمس جارية من الخمس ، فكوطء الأجنبي ، ولو وطئ أجنبي جارية من الخمس ، أو قبل إفراز الخمس ، ففي وجوب الحد وجهان ، أصحهما : يجب ، كوطء جارية بيت المال بخلاف ماله سرق مال بيت المال ، لأنه يستحق فيه النفقة دون الإعفاف ، والثاني : لا ، لأنه لمصالح المسلمين ، وإن وطئ الأجنبي جارية من الأخماس الأربعة ، حد إلا أن يكون له في الغانمين ولد •

المسألة الثالثة : إذا أسر من يعتق على بعض الغانمين ، ورق بنفس الأسر أو بإرقاقه ، فالنص أنه لا يعتق قبل القسمة ، واختيار التملك ، ونص فيما لو استولد بعض الغانمين جارية من المغنم أنه يثبت الاستيلاء كما سبق ، فقيل : فيهما قولان بناء على أن الغنيمة تملك بالحيازة أم لا ؟ إن قلنا : نعم ، نفذ ، أو غرم القيمة وجعلت في المغنم ، وإلا فلا ، وقيل : بتقرير النصين ، لقوة الاستيلاء ، ولهذا ينفذ استيلاء المجنون واستيلاء جارية ابنه دون الإعتاق ، وسواء ثبت الخلاف أم لا ،

فالمذهب منع العتق في الحال ، فإن وقع في نصيبه ، واختار تملكه ، أو وقع بعضه واختاره ، عتق عليه ونظر إلى يساره وإعساره في تقويم الباقي ، وقال صاحب « الحاوي » : إن انحصروا ، أو لم يكن في الغنيمة غير قريبه ، ملك حصته ، وإن لم يختار التملك ، وعلى هذا لا يقوم عليه الباقي ، لأنه دخل في ملكه بغير اختياره ، ولو أعتق بعض الغانمين عبداً منها ، ففي ثبوت العتق في الحال ما ذكرنا من عتق القريب ، كذا نقله البغوي وغيره ، وقال صاحب « الحاوي » : لا يعتق بحال بخلاف عتق القريب ، فإنه يثبت بلا اختيار وهو أقوى مما يثبت باختيار ، ولهذا يعتق على المحجور عليه قريبه إذا ملكه ، ولو أعتق ، لم ينفذ .

فرع

لو كان الغانمون طائفة يسيرة ، ووقع في الغنيمة من يعتق عليهم جميعاً ، لم يتوقف العتق إلا على اختيارهم التملك ، ويجيء وجه أنه لا حاجة إلى الاختيار ، وإذا اختاروا جميعاً ، لم يفرض فيه تقديم بعض على بعض .

فرع

دخل مسلم دار الحرب منفرداً ، وأسر أباه ، أو ابنه البالغ ، لم يعتق منه شيء في الحال ، لأنه لا يصير رقيقاً بنفس الأسر ، فإن اختار الإمام قتله أو المن أو الفداء ، فذاك ، وإن اختار تملكه ، نظر إن لم يختار الأسر التملك ، لم يعتق على الصحيح . وإن اختار ، صار له أربعة أخماسه ، فيعتق عليه ، ويقوم الخمس لأهل الخمس إن كان موسراً . ولو أسر أمه ، أو بنته البالغة ، رقت بنفس الأسر ، فإذا اختار الأسر التملك ، كان الحكم ما ذكرنا ، وألحق ابن الحداد الابن الصغير بالأم ، وهو هفوة عند الأصحاب ، لأن المسلم يتبعه ولده الصغير في الإسلام ،

فلا يتصور منه سبيه ، ولو أسر أباه في القتال ، زاد النظر في أن الأسير إذا رق هل يكون من السلب ؟ وفيه خلاف سبق في الغنائم •

الحكم الثالث في حكم الأرض أرض الكفار وعقارهم تملك بالاستيلاء ، كما تملك المنقولات ، وأما مكة ففتحت صلحاً ، هذا مذهب الشافعي والأصحاب رحمهم الله ، وقال صاحب « الحاوي » : عندي أن أسفلها دخل خالد بن الوليد رضي الله عنه عنوة ، وأعلىها فتح صلحاً ، والصحيح الأول ، فدورها وعراضها المحيطة مملوكة ، كسائر البلاد ، فيصح بيعها ولم يزل الناس يتبايعونها ، وأما سواد العراق ، فقال أبو إسحاق : فتح صلحاً ، والصحيح المنصوص أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فتحه عنوة ، وقسمه بين الغانمين ، ثم استطاب قلوبهم واسترده ، واختلف الأصحاب فيما فعله بأرضه على وجهين ، الصحيح الذي قاله الأكثرون ، ونص عليه في كتاب الرهن ، وفي سير الواقدي : أنه وقفها على المسلمين وآجره لأهلها ، والخراج المضروب عليه أجرة منجمة تؤدي كل سنة ، والثاني وبه قال ابن سريج : أنه باعه لهم والخراج ثمن منجم ، فعلى هذا يجوز رهنه وهبته وبيعه ، وعلى الصحيح : لا يجوز ذلك ، ويجوز لأهلها إجارته بالاتفاق مدة معلومة ، ولا تجوز إجارته مؤبداً على الأصح بخلاف إجارة عمر رضي الله عنه مؤبداً ، فإنها احتملت لمصلحة كلية ، ولا يجوز لغير سكانه أن يزعم ساكناً ويقول : أنا استغله وأعطي الخراج ، لأنه ملك بالإرث المنفعة أو الرقبة ، هذا حكم الأرض التي تزرع وتغرس ، فأما ما في حد السواد من المساكن والدور ، فالمذهب جواز بيعها ، لأن أحداً لم يمنع شراءها ، وهل يجوز لمن في يده الأرض تناول ثمر أشجارها ؟ إن قلنا : الأرض مبيعة ، فكذا الشجر والثمر ، وإن قلنا : مستأجرة ، فوجهان ، أحدهما : يجوز له تناولها للحاجة ، ويحتمل ذلك

كما يحتمل التأييد ، وأصحهما : المنع ، بل الإمام يصرفها وأثمانها إلى مصالح المسلمين •

وأما حد السواد ، فأطلق جماعة أنه من عبادان إلى حديثة الموصل طولاً ، ومن عذيب القادسية إلى حلوان عرضاً ، وهو بالفراسخ مائة وستون فرسخاً طولاً ، وثمانون عرضاً ، وفي هذا الإطلاق تساهل لما قد علم أن أرض البصرة كانت سبخة أحياء عثمان بن أبي العاصي وعتبة ابن غزوان رضي الله عنهما بعد فتح العراق ، وهي داخلة في هذا الحد ولا بد من استثناءها ، وقد أطلق البغوي أن البصرة لا تدخل في حكم السواد وإن كانت داخلة في حده ، وقال صاحب « الحاوي » : حضرت الشيخ أبا حامد وهو يدرس في تحديد السواد فأدخل فيه البصرة ثم أقبل علي وقال : هكذا تقول؟ قلت : لا إنما كانت مواتاً أحياء المسلمون ، فأقبل على أصحابه وقال : علقوا ما يقول ، فإن أهل البصرة أعرف بها ، ولكن في إطلاق استثناء البصرة تساهل أيضاً ، والصحيح ما أورده صاحب « المذهب » وغيره أن البصرة ليس لها حكم السواد إلا في موضع من شرقي دجلتها يسمى الفرات ، وموضع من غربي دجلتها يسمى نهر الصراة •

فرع

ما يؤخذ من خراج هذه الأرض يصرفه الإمام في مصالح المسلمين الأهم فالأهم ، ويجوز صرفه إلى الفقراء والأغنياء من أهل الفتيء وغيرهم ، وقدر الخراج في كل سنة على كل جريب شعير درهمان ، وجريب الحنطة أربعة دراهم ، وجريب الشجر وقصب السكر ستة ، والنخل ثمانية ، والكرم عشرة ، وقيل : النخل عشرة ، والزيتون اثنا عشر درهماً •

فرع

لو رأى الإمام اليوم أن يقف أرض الغنيمة كما فعل عمر رضي الله عنه ، جاز إذا استطاب قلوب الغانمين في النزول عنها بعوض أو بغير عوض ، فإن امتنع بعضهم ، فهو أحق بماله ، وكذا المنقولات والصبيان والنساء لا يجوز رد شيء منها إلى الكفار إلا بطيب أنفس الغانمين ، لأنهم ملكوها ، قال الإمام : وليس للإمام أن يأخذ الأرض قهراً وإن كان يعلم أنهم يتوانون بسببها في الجهاد ، ولكن يقهرهم على الخروج إلى الجهاد بحسب الحاجة •



الباب الثالث

في ترك القتال والقتل بالامان

قد تقتضي المصلحة الأمان لاستماتته إلى الإسلام ، أو إراحة الجيش ، أو ترتيب أمرهم ، أو للحاجة إلى دخول الكفار ، أو لمكيدة وغيرها ، وينقسم إلى عام وهو ما تعلق بأهل إقليم أو بلد ، وهو عقد الهدنة ، ويختص بالإمام وولاته ، وسيأتي في باب إن شاء الله تعالى ، وإلى خاص وهو ما تعلق بآحاد ، ويصح من الولاة والآحاد ، والباب معقود لهذا وفيه مسائل :

إحداها : إنما يجوز لآحاد المسلمين أمان كافر ، أو كفار محصورين ، كعشرة ومائة ، ولا يجوز أمان ناحية وبلدة ، وفي « البيان » أنه يجوز أن يؤمن واحد أهل قلعة ، ولا شك أن القرية الصغيرة في معناها ، وعن الماسرجسي أنه لا يجوز أمان واحد لأهل قرية وإن قل عدد من فيها ، والأول أصح ، وضابطه أن لا ينسب به باب الجهاد في تلك الناحية ، فإذا تأتى الجهاد بغير تعرض لمن آمن ، نفذ الأمان ، لأن الجهاد شعار الدين والدعوة القهرية ، وهو من أعظم مكاسب المسلمين ، ولا يجوز أن يظهر بأمان الآحاد انسداد أو نقصان يحس ، قال الإمام : ولو آمن مائة ألف من الكفار ، فكل واحد لم يؤمن إلا واحداً ، لكن إذا ظهر انسداد أو نقصان ، فأمان الجميع مردود ، ولك أن تقول : إن أمنوهم معاً فرد الجميع ظاهر ، وإن أمنوهم متعاقبين ، فينبغي أن يصح أمان الأول فالأول إلى ظهور الخلل ، على أن الروياني ذكر أنه لو آمن كل واحد واحداً ، جاز ، وإن كثروا حتى زادوا على عدد أهل البلدة .

: المختار أنه يصح أمان المتعاقبين إلى أن يظهر الخلل ، وهو
مراد الإمام • والله أعلم

وسواء كان الكافر المؤمن في دار الحرب ، أو في حال القتال أو
الهزيمة ، أو عند مضيق ، بل يصح الأمان مادام الكافر ممتنعاً ، فأما بعد
الأسر ، فلا يجوز للأحاد أمانه ولا المن عليه ، ولو قال واحد من المسلمين :
كنت أمنتك قبل هذا ، لم يقبل بخلاف ما لو أقر بأمان من يجوز أمانه في
الحال ، فإنه يصح ، ولو قال جماعة : كنا أمانه ، لم يقبل أيضاً لأنهم
يشهدون على فعلهم ، ولو قال واحد : كنت أمنتك ، وشهد به اثنان ،
قبلت شهادتهما •

فرع

في جواز عقد المرأة استقلالاً وجهان •

الثانية : يصح الأمان من كل مسلم مكلف مختار ، فيصح أمان
العبد المسلم وإن كان سيده كافراً ، والمرأة والخنثى ، والفقير والمفلس ،
والمحجور عليه بسفه ، والمريض والشيخ الهرم ، والفاسق وفي الفاسق
وجه ضعيف ، ولا يصح أمان كافر وصبي ومجنون ومكره ، وفي الصبي
المميز وجه كتديره •

الثالثة : ينعقد الأمان بكل لفظ يفيد الغرض ، صريح أو كناية ،
فالصريح : أجرتك ، أو أنت مجار ، أو أمنتك ، أو أنت آمن ، أو في
أمانى ، أولاً بأس عليك ، أولاً خوف عليك ، أو لاتخف ، أو لاتفرع ،
أو قال بالعجمية : مترس ، وقال صاحب « الحاوي » : لاتخف ، لاتفرع •
كناية • والكناية ، كقوله : أفت على ماتحب ، أو كن كيف شئت ، وتنعقد
بالكتابة والرسالة ، سواء كان الرسول مسلماً أو كافراً ، وبالإشارة
المفهمة من قادر على العبارة • وبناء الباب على التوسعة • فأما الكافر المؤمن
فلا بد من علمه وبلوغ خبر الأمان إليه ، فإن لم يبلغه ، فلا أمان ، فلو

بدر مسلم فقتله ، جاز وإذا خاطبه بالأمان ، أو بلغه الخبر ، فردده ، بطل ، وإن قبل ، أو كان قد استجار من قبل ، تم الأمان ، ولا يشترط قبوله لفظاً ، بل تكفي الإشارة والأمانة المشعرة بالقبول ، فإن كان في القتال ، فينبغي أن يترك القتال ، فلو سكت ، فلم يقبل ولم يرد ، قال الإمام : فيه تردد ، والظاهر : اشتراط قبوله ، وبه قطع الغزالي ، واكتفى البغوي بالسكوت ، ولو قال الكافر : قبلت أمانك ، ولست أؤمنك فخذ حذرک ، قال الإمام : هو رد للأمان ، لأن الأمان لا يثبت في أحد الطرفين دون الآخر ، ويصح تعليق الأمان بالأعذار ، ولو أشار مسلم إلى كافر في القتال ، فأنحاز إلى صف المسلمين ، وتفاهما الأمان ، فهو أمان ، وإن قال الكافر : ظننت أنه يؤمنني ، وقال المسلم : لم أردده ، فالقول قول المسلم ولا أمان ، ولكن لا يفتال ، بل يلحق بمأمنه ، وكذا لو دخل بأمان صبي أو مجنون أو مكره ، وقال : ظننت صحته ، أو ظننته بالغاً ، أو عاقلاً ، أو مختاراً ، ولو قال : علمت أنه لم يرد الأمان ، فقد دخل بلا أمان ، وكذا لو قال : علمت أنه كان صبياً وأنه لا أمان للصبي ، ولو مات المسلم المشير قبل البيان ، فلا أمان ولا اغتيال .

فرع

ما ذكرناه من اعتبار صيغة الأمان هو فيما إذا دخل الكافر بلادنا بلا سبب ، فلو دخل رسولاً ، فقد سبق أن الرسول لا يتعرض له ، ولو دخل ليسمع الذكر ، وينقاد للحق إذا ظهر له ، فكذلك ، وقصد التجارة لا يفيد الأمان ، ولكن لو رأى الإمام مصلحة في دخول التجار ، فقال : من دخل تاجراً ، فهو آمن ، جاز ، ومثل هذا الأمان لا يصح من الآحاد ، ولو قال : ظننت أن قصد التجارة يفيد الأمان ، فلا أثر لظنه ويغتال إذ لا مستند له ، ولو سمع مسلماً يقول : من دخل تاجراً ، فهو آمن ، فدخل وقال : ظننت صحته ، فالأصح أنه لا يفتال .

الرابعة : شرط الأمان أن لا يزيد على أربعة أشهر ، وفي قول : يجوز ما لم يبلغ سنة ، فلو زاد على الجائز ، بطل الزائد ، ولا يبطل في الباقي على الأصح تخريجاً من تفريق الصفقة ، قال الروياني : وإذا أطلق حمل على أربعة أشهر ، ويبلغ بعدها المأمن ، ويشترط أن لا يتضرر به المسلمون ، فلو أمن جاسوساً ، أو طليعة لم ينعقد الأمان ، قال الإمام : وينبغي أن لا يستحق تبليغ المأمن ، لأن دخول مثله خيانة ، فحقه أن يقتل ، ولو أمن آحاداً على مدارج الغزاة ، وعسر بسببه مسير العسكر واحتاجوا إلى نقل الزاد ، فهو مردود للضرر ، ولا يشترط لانعقاد الأمان ظهور المصلحة ، بل يكفي عدم المضرة .

الخامسة : إذا انعقد الأمان ، صار المؤمن معصوماً عن القتل والسبي ، فلو قتل ، قال الإمام : الوجه عندنا أنه يضمن بما يضمن به الذمي ، وهو لازم من جهة المسلمين ، فليس للإمام نبذه ، فإن استشعر منه خيانة ، نبذه ، لأن المهادنة تنبذ بذلك ، فأمان الآحاد أولى وهو جائز من جهة الكافر ينبذه متى شاء ، ولا يتعدى الأمان إلى ما خلفه بدار الحرب من أهل ومال ، وأما مامعه منهما ، فإن تعرض له ، اتبع الشرط ، وإلا فلا أمان فيه على الأصح ، لقصور اللفظ .

السادسة : الأسير في أيدي الكفار إذا أمن بعضهم مكرهاً ، لم يصح ، وإن أمنه مختاراً ، لم يصح أيضاً على الأصح ، لأنه مقهور في أيديهم ، وقال الإمام : إن أمن من هو في أسره ، لم يصح ، لأنه كالمكره معه ، وإن أمن غيره ، ففيه الوجهان ، فإن أبطلنا ، فهل يصح ويلزم في حق الآمن ؟ وجهان ، أصحهما : المنع .

فرع

المسلم إن كان ضعيفاً في دار الكفر لا يقدر على إظهار الدين ،
حرم عليه الإقامة هناك ، وتجب عليه الهجرة إلى دار الإسلام ، فإن لم
يقدر على الهجرة ، فهو معذور إلى أن يقدر ، فإن فتح البلد قبل أن
يهاجر ، سقط عنه الهجرة ، وإن كان يقدر على إظهار الدين ، لكونه
مطاعاً في قومه ، أو لأن له هناك عشيرة يحمونه ، ولم يخف فتنة في
دينه ، لم تجب الهجرة ، لكن تستحب ، لئلا يكثر سوادهم ، أو يميل
إليهم ، أو يكيدوا له ، وقيل : تجب الهجرة ، حكاة الإمام ، والصحيح
الأول .

قلت : قال صاحب « الحاوي » : فإن كان يرجو ظهور الإسلام
هناك بمقامه ، فالأفضل أن يقيم ، قال : وإن قدر على الامتناع في
دار الحرب والاعتزال ، وجب عليه المقام بها ، لأن موضعه دار إسلام ،
فلو هاجر ، لصار دار حرب ، فيحرم ذلك ، ثم إن قدر على قتال الكفار
ودعائهم إلى الإسلام ، لزمه ، وإلا فلا . والله أعلم

فرع

الأسير المقيهور متى قدر على الهرب ، لزمه ، ولو أطلقوا أسيراً
بلا شرط ، فله أن يقتلهم قتلاً وسيياً وأخذاً للمال ، وإن أطلقوه على
أنه في أمان منهم وهم في أمان منه ، حرم عليه اغتيالهم ، وإن أطلقوه
على أنه في أمان منهم ، ولم يستأمنوه ، فالصحيح المنصوص أن الحكم
كذلك ، وعن ابن أبي هريرة : أن له اغتيالهم ، ولو تبعه قوم بعد
خروجه ، فله قصدهم وقتلهم في الدفع بكل حال ، ولو أطلقوه وشرطوا
عليه أن لا يخرج من دارهم ، لزمه الخروج وحرم الوفاء بالشرط ، فإن
حلفوه أن لا يخرج ، فإن حلف مكرهاً ، خرج ولا كفارة ، لأنه لم تنعقد

يمينه ، ولا طلاق عليه إن حلفوه بالطلاق ، وإن حلف ابتداء بلا تحليف ليتوثقوا به ولا يتهموه بالخروج ، نظر إن حلف بعدما أطلقوه ، يلزمه الكفارة بالخروج ، وإن حلف وهو محبوس أن لا يخرج إذا أطلق ، فالأصح أنه ليس يمين إكراه ، قال البغوي : ولو قالوا : لا نطلقك حتى تحلف أن لا تخرج ، فحلف ، فأطلقوه ، لم يلزمه كفارة بالخروج ، ولو حلفوه بالطلاق ، لم يقع ، كما لو أخذ اللصوص رجلاً وقالوا : لا تتركك حتى تحلف أنك لا تخبر بمكاننا ، فحلف ، ثم أخبر بمكانهم ، لا يلزمه الكفارة ، لأنه يمين إكراه ، وليكن هذا تفرعاً على أن التخويف بالحبس إكراه .

قلت : ليس هو كالتخويف بالحبس ، فإنه يلزمه هنا الهجرة والتوصل إليها بما أمكنه . والله أعلم

وعلى الأحوال لا يغتالهم ، لأنهم آمنوه ، ولو كان عندهم عين مال لمسلم ، فأخذها عند خروجه ليردها على مالكها ، جاز ، فإن شرطوا الأمان في ذلك المال ، فهل يصير مضموناً عليه ؟ فيه طريقتان ، أحدهما : أنه على القولين فيما إذا أخذ المغصوب من الغاصب ليرده على مالكه ، وعن القفال : القطع بالمنع ، لأنه لم يكن مضموناً على الحربي بخلاف المغصوب . ولو شرطوا عليه أن يعود إليهم بعد الخروج إلى دار الإسلام ، حرم عليه العود ، ولو شرطوا أن يعود ، أو يبعث إليهم مالاً فداء ، فالعود حرام وأما المال ، فإن شارطهم عليه مكرهاً ، فهو لغو ، وإن صالحهم مختاراً ، لم يجب بعثه ، لأنه التزام بغير حق ، لكن يستحب ، وفي قول : يجب ، لئلا يمتنعوا من إطلاق

الأسارى ، وفي قول قديم : يجب بعث المال ، أو العود إليهم ، والمشهور الأول ، وبه قطع الجمهور ، قال صاحب « البيان » : والذي يقتضي المذهب أن المبعوث إليهم استحباباً أو وجوباً لا يملكونه ، لأنه مأخوذ بغير حق ، ولو اشترى منهم الأسير شيئاً لبيعث إليهم ثمنه ، أو اقترض ، فإن كان مختاراً ، لزمه الوفاء ، وإن كان مكرهاً ، فثلاث طرق ، المذهب والمنصوص : أن العقد باطل ، ويجب رد العين ، كما لو أكره مسلم مسلماً على الشراء ، والثاني : الصحة ويلزم الثمن ، لأن المعاملة مع الكفار يتساهل فيها ، والثالث : قولان ، الجديد : البطلان ، والقديم : أنه مخير بين رد العين ورد الثمن ، ولو لم يجز لفظ بيع ، بل قالوا : خذ هذا ، وابعث كذا من المال ، فقال : نعم ، هو كالشراء مكرهاً ، ولو أعطوه شيئاً لبيعه في دار الإسلام ، وبيعث إليهم ثمنه ، فهو وكيل يجب عليه ما على الوكيل .

السابعة : إذا بارز مسلم كافراً بإذن الإمام ، أو بغير إذنه وقلنا بالأصح : إنه يجوز ، وشرط المتبارزان أن لا يعين المسلمون المسلم ، ولا الكفار الكافر إلى انقضاء القتال وجب الوفاء بالشرط ، ولم يجز لمن في الصف الإعانة ، ثم إن هرب أحدهما ، أو قتل المسلم ، جاز للمسلمين قصد الكافر ، لأن الأمان كان إلى انقضاء القتال وقد انقضى ، فإن شرط الأمان إلى العود إلى الصف ، وفي به ، فإن ولى المسلم عنه ، فتبعه ليقتله ، أو ترك قتال المسلم وقصد الصف ، فلهم قتله لنقضه الأمان ، ولو أئخن ، جاز قتله أيضاً لانقطاع القتال ، وإذا قصد قتل المئخن ، منع ، وقيل : فإن شرط له التمكين منه ، فهو شرط باطل ، لما فيه من الضرر ، وهل يفسد به أصل الأمان ؟ وجهان ، ولو خرج المشركون لإعانة المشرك ، خرج المسلمون لإعانة المسلم ، فإن كان الكافر استنجدهم ، جاز قتله معهم ، وكذا لو خرجوا بغير استنجاده

فلم يمنعهم ، وإن خرجوا بغير إذنه ، ومنعهم ، فلم يمتنعوا ، جاز قتلهم ولم يجز التعرض له ، هذا كله إذا شرطاً الأمان ، فإن لم يشرط ، ولكن اطردت عادة المتبارزين بالأمان ، فهو كالمشروط على الأصح ، فإن لم يشرط ، ولم تجر عادة ، فللمسلمين قتله •

فرع

لو أئخذ المسلم الكافر ، فهل يجوز قتله أم يترك ؟ وجهان ، نقلهما ابن كج ، وينبغي أن يقال : إن شرط الأمان إلى انقضاء القتال ، جاز قتله ، وإن شرط أن لا يتعرض للمشخن ، وجب الوفاء بالشرط •

الثامنة : مسألة العليج ، وهو الكافر الغليظ الشديد ، سمي به لأنه يدفع بقوته عن نفسه ، ومنه سمي العلاج لدفعه الداء وصورتها أن يقول كافر للإمام : أدلك على قلعة كذا على أن تعطيني منها جارية كذا ، فيعاقده الإمام ، فيجوز وهي جمالة يجعل مجهول غير مملوك احتملت للحاجة ، ولو قال الإمام ابتداء : إن دللتني على هذه القلعة ، فلك منها جارية كذا ، فكذلك الحكم ، وسواء كانت المينة حرة أم أمة لأن الحرية ترق بالأسر ، ولو شرط العليج أو الإمام جارية مبهمة ، جاز على الصحيح ، ويشترط كون الجعل مما يدل عليه العليج ، فلو قال : أعطيك جارية مما عندي ، أو ثلث مالي ، لم يصح كونه مجهولاً كسائر الجعالات ، ولو قال مسلم : أدلك على أن تعطيني منها جارية كذا ، أو ثلث ما فيها ، فوجهان ، أحدهما عند الإمام : لا يجوز ، لأن فيه أنواع غرر ، فلا تحتمل مع المسلم الملتزم للأحكام بخلاف الكافر ، فإن الحاجة تدعو إليه ، لأنه أعرف بقلاعهم وطرقهم غالباً ، والثاني : يجوز ، وبه قال العراقيون للحاجة ، فقد يكون المسلم أعرف وهو أنصح ، ولأن العقد متعلق بالكفار ، قال الإمام : والوجهان مفرعان على تجويز

استنجار المسلم للجهاد ، وإلا فلا تصح هذه المعاملة مع مسلم ، ولا يستحق أجره المثل ، ثم إذا فتحنا القلعة بدلالة العليج ، وظفرنا بالجارية ، سلمناها إليه ، ولا حق فيها لغيره ، وإن دلنا ، وفتحناها بغير دلالتنا ، لم يستحقها على الأصح ، وإن لم نفتحها ، فإن علق الشرط بالفتح ، فلا شيء له ، وإلا فأوجه ، أصحها : لا يستحق شيئاً ، والثاني : يستحق أجره المثل ، والثالث : يرضخ له ، والرابع : إن كان القتال ممكناً والفتح متوقفاً قريباً ، استحق ، وإن لم يتوقع إلا باحتمال نادر ، فلا ، أما إذا قاتلنا ، فلم نظفر ، فلا شيء له على المذهب ، ولو تركناها ، ثم عدنا ، ففتحناها بدلالة ، فله الجارية على الصحيح ، وإن فتحناها بطريق آخر ، فلا شيء له على الصحيح ، ولو فتحها طائفة أخرى بالطريق الذي دلنا عليه ، فلا شيء له عليهم ، لأنه لم يجر معهم شرط .

فرع

إذا لم يكن في القلعة تلك الجارية ، فلا شيء له ، وكذا لو كانت وماتت قبل الشرط ، وإن ماتت بعد الشرط ، فالمذهب أنها إن ماتت بعد الظفر ، وجب بدلها ، لأنها حصلت في يد الإمام ، فتلفت من ضمانه ، وإن ماتت قبل الظفر ، فلا شيء له ، وقيل : قولان في الحالين ، فإن قلنا : يجب البديل ، فما البديل ؟ بناء الإمام على مقدمة في جعل الجمالة ، فقال : إذا جعل الجعل عيناً ، كثوب وعبد ، وتمم العامل العمل والعين تالفة ، فإن تلفت قبل إنشاء العمل ، نظر إن علم العامل تلفها ، فلا شيء له ، لأن المعاودة كانت مقصورة على تلك العين ، فإذا عمل عالماً بتلفها ، كان كالمتبرع ، وإن جهل ، فله أجره المثل لعدم التبرع ، وإن تلفت بعد العمل ، نظر إن لم يطالبه العامل بتسليمها ، فهل يرجع بقيمة العين أو أجره المثل ؟ قولان بناء على أن الجعل المعين مضمون ضمان العقد ،

أم ضمان اليد ؟ وفيه قولان ، كالصداق ، قال الإمام : ولا يبعد عندي القطع بأن الجعل يضمن ضمان العقد ، لأنه ركن في الجعالة وليس الصداق ركناً في النكاح ، وإن تلف بعد المطالبة وامتناع الجاعل من التسليم ، فإن قلنا بضمان اليد ، فالحكم كما سبق ، وإن قلنا : ضمان العقد ، فقال القاضي حسين : التلف بعد الامتناع كإتلاف الجاعل ، فيكون في قول : كتلفه بأفة فينفسخ العقد ويرجع العامل بأجرة المثل ، وفي قول : كإتلاف الأجنبي ، فيتخير العامل بين الفسخ والإجارة إذا عرفت المقدمة ، فبدل الجارية حيث حكمنا به هو أجرة المثل إن قلنا بضمان العقد ، وقيمتها إن قلنا بضمان اليد ، هكذا قاله الإمام ، ولكن الأظهر من قولي الصداق وجوب مهر المثل ، والموجود لجمهور الأصحاب هنا قيمة الجارية ، ثم محل الخلاف إذا كانت جارية معينة ، فإن كانت مبهمة ومات كل من فيها من الجواري ، وأوجبنا البذل ، فيجوز أن يقال : يرجع بأجرة المثل قطعاً ، لتعذر تقويم المجهول ، ويجوز أن يقال : تسلم إليه قيمة من تسلم إليه قبل الموت ، ثم البذل الواجب هل يجب في مال المصالح أم في أصل الغنيمة ؟ فيه الخلاف المذكور في الرضخ .

فرع

إذا شرط جارية مبهمة ولم يوجد إلا جارية ، سلمت إليه ، وإن وجد جوار ، فللإمام التعيين ، ويجبر العليج على القبول ، لأن المشروط جارية وهذه جارية ، كما أن للمسلم إليه أن يعين ماشاء بالصفة المشروطة ، ويجبر المستحق على القبول ، ولو شرط جارية معينة ، فلم يجد فيها شيئاً سوى تلك الجارية ، فهل تسلم إليه ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، وفاء بالشرط ، والثاني : لا ، لأن سعيها حينئذ يكون للعليج خاصة ،

والخلاف فيما إذا لم يمكن أن يتملك القلعة ، ويديم اليد عليها ، لكونها مخنوفة ببلاد الكفر ، فإن أمكن ، وجب الوفاء قطعاً .

فرع

لو وجدنا الجارية مسلمة ، نظر إن أسلمت قبل الظفر وهي حرة ، لم يجز استرقاقها ، وعن ابن سريج أن فيه قولاً أنها تسلم إلى العليج ، لأنه استحقها قبل الإسلام ، والمذهب الأول ، وإن أسلمت بعد الظفر . فإن كان الدليل مسلماً ، وصححنا هذه المعاقدة معه ، أو كافراً وأسلم ، سلمت إليه ، وإلا فينبى على شراء الكافر عبداً مسلماً ، إن جوزناه ، سلمناها إليه ، ثم يؤمر بإزالة الملك ، وإن لم نجوزه ، لم تسلم إليه ، وإذا لم تسلم إليه بعد الإسلام ، ففي وجوب بدلها طريقان ، أحدهما : طرد الخلاف في الموت ، لا اشتراكهما في تعذر التسليم ، والثاني : القطع بالوجوب ، والمذهب وجوب البدل ، وإن ثبت الخلاف وهو فيما إذا أسلمت بعد الظفر أظهر منه فيما إذا أسلمت قبله ، لأنها إذا أسلمت بعده تكون مملوكة .

فرع

جميع ما ذكرناه فيما إذا فتحت عنوة ، فإن فتحت صلحاً ، نظر إن كانت الجارية المشروطة خارجة عن الأمان ، بأن كان الصلح على أمان صاحب القلعة وأهله ولم تكن الجارية من أهلها ، سلمت إلى العليج . وإن كانت داخلة في الأمان ، أعلمنا صاحب القلعة بشرطنا مع العليج وقلنا له : إن رضيت بتسليمها إليه ، غرمتنا قيمتها وأمضينا الصلح ، وتكون القيمة من بيت المال ، قلّه البغوي ، وفي « الشامل » أنها على الخلاف في الرضخ ، وإن لم يرض ، راجعنا العليج ، فإن رضي بقيمتها أو بجزية أخرى ، فذاك ، وإلا قلنا لصاحب القلعة : إن لم تسلمها ،

فسخنا الصلح ، ونبذنا عهدك ، فإن امتنع ، رددناه إلى القلعة ، واستأنفنا القتال ، هذا هو الصحيح ، وبه قطع الجمهور ، وعن أبي إسحاق أن الصلح في الجارية فاسد ، لأنها مستحقة .

فرع

لو كان الإمام نازلاً بجانب قلعة وهو لا يعرفها فقال : من دلني على قلعة كذا ، فله منها جارية ، فقال له علج : هي هذه التي أنت عندها ، قال ابن كج : المذهب أنه يستحق تلك الجارية إذا فتحت ، كما لو قال : من جاءني بعبدي الآبق ، فله كذا ، فجاء به إنسان من البلد .

المسألة اثنتاسعة : إذا دخل كافر دار الإسلام بأمان أو ذمة ، كان ما معه من المال والأولاد في أمان ، فإن شرط الأمان في المال والأهل ، فهو تأكيد ولا أمان لما خلفه بدار الحرب ، فيجوز اغتنام ماله وسبي أولاده هناك ، وعن صاحب « الحاوي » أنه إن قال : لك الأمان ، ثبت الأمان في ذريته وماله ، وإن قال : لك الأمان في نفسك ، لم يثبت في الذرية والمال . وأطلق الجمهور قالوا : وقد يفرق المالك والمملوك في الأمان . ولهذا لو دخل مسلم دار الحرب بأمان ، فبعث معه حربي مالا لشراء متاع ، كان ماله في أمان حتى يرده ، وإن لم يكن المالك في أمان . وكذا لو بعثه مع ذمي دخل دار الحرب بأمان ، وفي قول : لا يكون مع الذمي في أمان . لأن أمان الذمي باطل ، والمشهور الأول ، لأن الحربي اعتقد صحته ، فوجب رده إليه ، ولو دخل حربي دارنا بأمان أو ذمة أو لرسالة فنقض العهد ولحق بدار الحرب . ومن أسباب النقض أن يعود لبيتوطن هناك . فلا يسبى أولاده عندنا . وإن مات فأبلغوا ، فإذا بلغوا وقبلوا الجزية . تركوا . وإلا بلغوا المأمن ، وما خلفه عندنا من ودعية ودين من قرض أو غيره ، فهو في أمان لا يتعرض له مادام حياً ، هذا هو

الصحيح ، وفيه وجه أنه ينتقض الأمان في ماله لا انتفاضه في نفسه ، لأنه يثبت في المال تبعاً ، ووجه ثالث : أنه إذا لم يتعرض للأمان في ماله ، حصل الأمان فيه تبعاً ، فينتقض فيه تبعاً ، وإن ذكره في الأمان لم ينتقض ، قال الإمام : فإذا قلنا بالصحيح ، فللكافر أن يدخل دار الإسلام من غير تجديد أمان لتحصيل ذلك المال ، والدخول له يؤمنه ، كالدخول لرسالة وسماع كلام الله تعالى ، ولكن ينبغي أن يجعل في تحصيل غرضه ، ولا يعرج على غيره ، وكذا لا يكرر العود لأخذ قطعة من المال في كل مرة ، فإن خالف ، تعرض للقتل والأسر ، وهذا الذي ذكره الإمام محكي عن ابن الحداد ، وقال غيره : ليس له الدخول ، وثبت الأمان في المال لا يوجب ثبوته في النفس ، وإن قلنا : لا يبقى الأمان في ماله كان فيئاً ، قال الإمام : والخلاف في ماله المخلف بعد التحاقه بدار الحرب ، فأما إذا فارق المال ولم يلتحق بعد بدار الحرب ، فالوجه الجزم ببقاء الأمان ، ويحتمل طرد الخلاف ، وإذا نبذ المستأمن العهد ، وجب تبليغه المأمن ، ولا يتعرض لما معه بلا خلاف ، هذا حكم ما تركه في حياته ، فلو مات هناك أو قتل وقلنا بالصحيح ، وهو بقاء الأمان فيه في حياته ، فقولان ، أحدهما : يكون فيئاً ، وأظهرهما : أنه لو ارثه ، فإن لم يكن وارث ، فهو فيئ قطعاً ، ولو مات عندنا ، ففيل بطرد القولين ، والمذهب : القطع برده إلى وارثه ، لأنه مات والأمان باق في نفسه ، فكذا في ماله ، وهناك انتقض في نفسه ، فكذا في ماله ، فإن كان وارثه حربياً ، فعلى الخلاف في أن الذمي والحربي هل يتوارثان ؟ ولو خرج المستأمن إلى دار الحرب غير ناقض للعهد بل لرسالة أو تجارة ومات هناك ، فهو كسوته في دار الإسلام ، ولو التحق بدار الحرب ناقضاً للعهد ، فسبى واسترق ، بني على ما إذا مات ، فإن قلنا : إذا مات يكون لو ارثه ، وقف ، فإن عتق ، فهو له ، وإن مات رقيقاً فقولان ، أحدهما : يصرف إلى وارثه كسأ لو

مات حراً ، وأظهرهما : يكون فيئاً ، لأن الرقيق لا يورث ، وإن قلنا .
إذا مات يكون فيئاً ، فهنا قولان ، أحدهما : هذا ، والثاني وبه قطع ابن
الصباغ : يوقف لاحتمال أن يعتق ويعود بخلاف الموت . فإن عتق ،
سلم إليه . وإلا فهو فيء على الأصح ، وقيل : للسيد ، قال الإمام : وإذا
سرفناه إلى الورثة ، احتمل أن يصرف إليهم إرثاً ، ولا يلزم الكفار
تفضيل شرعنا في منع التوريث من رقيق ، ويحتمل أن لا يصرف إليهم
إرثاً ، بل لأنهم أخص به ، وإذا قلنا بالتوريث . فهل يرثون إذا مات أم
يستند استحقاق الورثة إلى ما قبل جريان الرق ؟ فيه احتمالان للإمام ،
وإذا قلنا : الصرف إلى الورثة . فلهم دخول الإسلام لطلب ذلك المال
بغير أمان . ويجيء فيه الوجه السابق في صاحب المال .

فرع

دخل مسلم دار الحرب بأمان . فاقترض منهم شيئاً . أو سرق وعاد
إلى دار الإسلام ، لزمه رده ، لأنه ليس له التعرض لهم إذا دخل بأمان .
المأثرة : إذا حاصرنا قلعة أو بلدة . فنزلوا على حكم الإمام .
جاز ، وكذا لو نزلوا على حكم غيره . وشرطه كونه مسلماً ذكراً حراً
مكلفاً عدلاً . لأنه ولاية حكم ، كالقضاء . لكن يجوز أن يكون أعشى .
لأن المقصود هنا الرأي . فهو كالشهادة بالاستفاضة تصح من الأعشى .
وأطلقوا أنه يشترط كونه عالماً ، وربما قالوا : فقيهاً ، وربما قالوا :
مجتهداً ، قال الإمام : ولا أظنهم شرطوا أوصاف الاجتهاد المعتمدة في
المفتي ، ولعلمهم أرادوا التهدي إلى طلب الصلاح وما فيه النظر للمسلمين .
ويكره أن يكون الحكم حسن الرأي في الكفار ، ويجوز أن ينزلوا على
حكم اثنين ، أو على حكم من يختاره الإمام ، أو من يتفقون عليه مع
الإمام ، ولا يجوز على حكم من يختارونه إلا إذا شرطوا الأوصاف

المشروطة ، ولو استنزلهم على أن يحكم فيهم بكتا بالله تعالى ، كره ذلك ، لأن هذا الحكم ليس منصوصاً في كتاب الله تعالى فيحصل منه اختلاف ، هكذا ذكره الروياني ، قال البغوي : ولو استنزلهم على أن ما يقضي الله تعالى فيهم ينفذه ، لم يجز ، لأنهم لا يعرفون الحكم فيهم ، وإذا نزلوا على حكم اثنين ، فليتنفقا على الحكم ، فإن اختلفا ، لم ينفذ إلا أن تتفق الطائفتان على حكم ، ولو مات أحد الحكمين ، أو نزلوا على حكم واحد . فمات قبل الحكم ، أو نزلوا على حكم من لا يجوز حكمه ، ردوا إلى القلعة إلى أن يرضوا بحكم حاكم في الحال ، ولا يجوز للحاكم أن يحكم إلا بما فيه الحظ للمسلمين من القتل والاسترقاق والمن والفداء ، وحكى الروياني وجهاً ، أنه لا يجوز الحكم بالمن على جميعهم ، واستغربه . ولو حكم بما يخالف الشرع ، كقتل النساء والصبيان ، لم ينفذ . ولو حكم بقتل المقاتلة وسبي الذرية وأخذ الأموال ، جاز . وتكون الأموال غنيمة ، لأنها مأخوذة بالقهر ، وإن حكم باسترقاق من أسلم منهم . وقتل من أقام منهم على الكفر ، أو باسترقاق من أسلم ، ومن أقام على الكفر ، جاز ، وينفذ حكم الحاكم على الإمام ، فلا يجوز أن يزيد على حكمه في التشديد ، ويجوز أن ينقص منه ويسامح ، فإذا حكم بغير القتل . فليس له القتل ، وإن حكم بالقتل ، فله المن ، وليس له الاسترقاق على الأصح ، لأنه ذل مؤبد ، وإن حكم بالاسترقاق ، فليس له المن إلا برضى الغائبين ، لأنه صار مالاً لهم ، وإن حكم بقبول الجزية ، فهل يجبرون عليه ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، لأنه حكمه وقد اتزمه . فإن قلنا : لا يجبرون ، بلغوا المأمن ، وإن قلنا : يجبرون ، دامتنعوا . فهم كأهل الذمة إذا امتنعوا من بذل الجزية بعد قبولها ، وسيأتي الخلاف فيه إن شاء الله تعالى ، وطرده الوجهان فيما لو حكم

بالمفاداة ، ومن أسلم منهم قبل الحكم ، حقن دمه وماله ، ولم يجز استرقاقه بخلاف الأسير فإنه في قبضة الإمام ، ومن أسلم بعد الحكم بالقتل ، امتنع قتله ، فإن كان قد حكم بقتل الرجال وسبي النساء والذرية ، لم يندفع بإسلام الرجال إلا قتلهم ، وهل يجوز استرقاق المحكوم بقتله إذا أسلم ؟ نقل الروياني وغيره أنه لا يجوز ، لأنهم لم ينزلوا على هذا الشرط فيطلقهم ، ولا يفاديهم بمال ، ويجيء على تجويز استرقاقه لو لم يسلم أنه يجوز استرقاقه بعد الإسلام أيضاً ، ولو حكم بالإرقاق ، فأسلم المحكوم عليه قبل الإرقاق ، جاز إرقاقه على الأصح .

فرع

حاصرنا قلعة ، فصالح زعيمها على أمان مائة شخص منهم ، صح للحاجة ، ويعين الزعيم مائة ، فإن عد مائة وأغفل نفسه ، جاز قتله .

فصل

في مسائل مثورة تتعلق بكتاب السير

إذا أسلم كافر وقد لزمه كفارة يمين أو ظهار أو قتل ، ففي سقوطها عنه وجهان ، نقلهما الشيخ أبو علي ، أصحابهما : المنع ، كالدين ، والثاني : نعم ، لأن الإسلام يجب ما قبله ، قال الإمام : هذا ضعيف هادم للقواعد .

قلت : ولو وجب على ذمي حد زنى فأسلم ، نقل ابن المنذر في « الاشراف » عن نص الشافعي رحمه الله أنه يسقط عنه الحد ، وحكاه عن مالك أيضاً ، ورواية عن أبي حنيفة ، وقال أبو ثور : لا يسقط .

والله اعلم

ولو استولى الكفار على أموال المسلمين ، لم يملكوها سواء

أحرزوها بدار الحرب أم لا ، وسواء العقار وغيره ، وإذا أسلموا والمال في أيديهم ، لزمهم رده إلى أصحابه ، وإن غنمه طائفة من المسلمين ، لزمهم رده إلى صاحبه ، فإن ظهر الحال بعد القسمة ، رده من وقع في سهمه ، ويعوضه الإمام من بيت المال ، فإن لم يكن في بيت المال شيء ، أعاد القسمة ، ونص أنه لو أحرز مشرك جارية مسلم وأولدها ، ثم ظفر المسلمون بهم ، فالجارية والولد للمسلم ، فإن أسلم الواطيء ، أخذ مالهما منه المهر وقيمة الولد ، قال ابن سريج : هذا محمول على ما إذا وطئ وأولد بعد إسلامه ، فيلزمه المهر ، والولد حر للشبهة ، ولو أسرت مسلمة ، فنكحها حربي ، أو أصابها بلا نكاح ، فأولدها ، ثم ظفروا بهم ، لم يسترق أولادها ، لأنهم مسلمون بإسلامها ، ويلحقون النكاح للشبهة ، ونص أن جارية المسلم لو استولى عليها كفار ، ثم عادت إلى مالكتها ، فلا استبراء عليه ، لأن ملكه لم يزل ، لكن يستحب ، ولو أسرنا قوماً ، فقالوا : نحن مسلمون أو أهل ذمة ، صدقوا بأيمانهم إن وجدوا في دار الإسلام ، وإن وجدوا في دار الحرب ، لم يصدقوا ، ولو دخل حربي دارنا بأمان ، فاشترى عبداً مسلماً ، وخرج به إلى دار الحرب ، فظفر به المسلمون ، فإن قلنا : يصح الشراء ، فهو غنيمة ، وإلا فهو لبائعه ، ويلزمه رد الثمن على المستأمن •

فرع

نص في حرمة ، أنه لو أهدى مشرك إلى الأمير ، أو إلى الإمام هدية والحرب قائمة ، فهي غنيمة بخلاف ما لو أهدى قبل أن يرتحلوا عن دار الإسلام ، فإنه للمهدي إليه •

فرع

فداء الأمير الأسير مستحب ، فلو قال مسلم لكافر : أطلق أسيرك

ولك علي ألف ، فأطلقه ، لزمه الألف ، ومتى فدى أسيراً بمال بغير سؤال الأسير ، لم يرجع عليه به ، ولو قال الأسير : افدني بكذا على أن ترجع علي ، ففعل ، رجع عليه ، وكذا لو لم يشرط الرجوع على الأصح ، ولو قال الأسير للكافر : أطلقني على كذا ، ففعل ، أو قال له كافر : افتد نفسك بكذا ، ففعل ، لزمه ما التزم ، والمال الذي فدى الأسير به إذا استولى عليه المسلمون ، هل يكون غنيمة أم يرد إلى الفادي؟ وجهان : قلت : قد سبق عن صاحب « البيان » أن مقتضى المذهب أنه يرد وهو أصح • والله أعلم

فرع

دخل مسلم دار الحرب ، فوجد مسلمة أسروها ، لزمه إخراجها إن أمكنه •

فرع

سبق أنه إذا اقتصر في الأمان على قوله : أمنتك ، هل يتعدى إلى ما معه من أهل ومال ؟ وجهان ، وإن تعرض له ، تعدى قطعاً ، وفي « البحر » تفصيل حسن ، حكاه أو بعضه عن « الحاوي » وهو أنه إن أطلق الأمان ، دخل فيه ما يلبسه من ثياب ، وما يستعمله في حرفته من آلات ، وما ينفقه في مدة الأمان للعرف الجاري بذلك ، ومركوبه إن كان لا يستغني عنه ، ولا يدخل غير ذلك ، وإن بذل له الأمان على نفسه وماله ، فالمال أيضاً في أمان إن كان حاضراً ، سواء أئمنه الإمام أو غيره ، وإن كان غائباً ، لم يصح الأمان فيه إلا من الإمام أو نائبه بالولاية العامة ، وكذلك الذراري يفرق فيهم بين الحاضرين والغائبين ، قال : ولو قال : أمنتك في جميع بلاد الإسلام ، كان آمناً في جميعها ، سواء أئمنه الإمام

أو غيره ، وإن قال : أمنتك في بلد كذا ، كان آمناً فيه ، وفي الطريق إليه من دار الحرب لا غير ، وإن أطلق ، نظر إن أمنه الإمام ، كان آمناً في جميع بلاد الإسلام ، وإن أمنه والي الاقليم ، كان آمناً في محل ولايته ، وإن أمنه أحد الرعية ، اختص الأمان بالموضع الذي يسكنه المؤمن ، بلدة كانت أو قرية ، وبالطريق إليه من دار الحرب ، وإنما يكون آمناً في الطريق إذا اجتاز بقدر الحاجة ، قال : وإذا كان الأمان مقدراً بمدة ، فإن كان مخصوصاً ببلد ، فله استيفاء المدة بالإقامة فيه ، وله الأمان بعدها إلى أن يرجع إلى مأمنه ، وإن كان عاماً في جميع البلاد ، انقضى أمانه بمضي تلك المدة ، ولا أمان له بعدها للعود ، لأن ما يتصل من بلاد الإسلام بدار الحرب من محل أمانه ، فلا يحتاج إلى مدة الانتقال من موضع الأمان وبالله التوفيق •

كتاب عقد الجزية والهدنة

فيه بابان : الأول : في الجزية ، وفيه طرفان :

الأول : في أركانها وهي خمسة :

الأول : نفس العقد ، وكيفيته أن يقول الإمام أو نائبه : أفررتكم ، أو أذنت لكم في الإقامة في دار الإسلام على أن تبذلوا كذا ، وتنقادوا لأحكام الإسلام . وهل يشترط التعرض لقدر الجزية ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، ويجب الأقل ، وأصحهما : نعم ، كالثمن والأجرة . وهل يشترط التعرض لكفهم اللسان عن الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم ودينه ؟ وجهان ، أصحهما : لا ، لأنه داخل في الاتقياد ، ويشترط من الذمي لفظ ، كقبلت ، أو رضيت بذلك ، ولو قال الذمي : قررتني بكذا ، فأجابه الإمام ، تم العقد ، ولا يصح عقد الذمة مؤقتاً على المذهب ، لأنه خلاف مقتضاه ، ومن صحح ، قاسه على الهدنة ، ولو قال : أقركم ما شئت ، أو أقركم ما أقركم الله ، أو إلى أن يشاء الله ، لم يصح على المذهب ، وقيل : على الخلاف في المؤقت بمعلوم وعكسه ، وجعل هذا أولى بالصحة ، وهو خلاف ما قاله الأصحاب . ولو قال : أقركم ما شئتم ، جاز ، لأن لهم نبد العقد متى شاءوا ، فليس فيه إلا التصريح بمقتضاه ، قال الأصحاب : ولو قال في الهدنة : هادتكم ما شئتم ، لم يصح ، لأنه يجعل الكفار محكمين على المسلمين .

فرع

إذا طلبت طائفة تقر بالجزية عقد الذمة ، وجبت إيجابتهم ، وفي « البيان » وغيره وجه : أنها لا تجب إلا إذا رأى الإمام فيها مصلحة

كما في الهدنة ، وهذا شاذ متروك ، فلو خاف غائلتهم ، وأن ذلك مكيدة منهم ، لم يجبهم •

فرع

إذا عقدت الذمة مع إخلال بشرط ، لم يلزم الوفاء ، ولم تجب الجزية المسماة ، لكن لا يغتالون ، بل يبلغون المأمن ، ولو بقي بعضهم على ذلك العقد عندنا سنة أو أكثر ، وجب عليه لكل سنة دينار ، ولو دخل حربي دارنا وبقي مدة ، فاطلعنا عليه فوجهان ، الصحيح الذي حكاه الإمام عن الأصحاب : أنا لا نأخذ منه شيئاً لما مضى بخلاف من سكن داراً غصباً ، لأن عماد الجزية القبول ، وهذا حربي لم يلتزم شيئاً ، وخرج ابن القطان وجهاً آخر : أنه تؤخذ منه جزية ما مضى ، وعلى الوجهين : لنا قتله واسترقاقه ، وأخذ ماله ، ويكون فيئاً ، ولو رأى الإمام أن يمن عليه ، ويترك أمواله وذريته له ، جاز بخلاف سبايا الحرب وأموالها ، لأن الغانمين ملكوها ، فاشتراط استرضائهم ، فإن كان الكافر كتابياً ، وطلب عقد الذمة بالجزية ، فهل يجيبه ونعصمه ؟ تقدم على هذا حكم الأسير إذا كان كتابياً ، وطلب عقد الذمة بعد الأسر ، وفي تحريم قتله حيث قولان ، أظهرهما : التحريم ، لأن بذل الجزية يقتضي حقن الدم ، كما لو بذلها قبل الأسر ، فعلى هذا في استرقاقه وجهان ، أحدهما : يحرم أيضاً ، ويجب تقريره بالجزية كما قبل الأسر ، وأصحهما : لا يحرم ، لأن الإسلام أعظم من قبول الجزية ، والإسلام بعد الأسر لا يمنع الاسترقاق ، وماله مغنوم سواء قلنا : يحرم ، أم لا • إذا عرفت هذا فبذل الداخل الذي أطلقنا عليه الجزية وجب قبولها على المذهب ، وقيل : وجهان ، كالأسير •

فرع

اطلعنا على كافر في دارنا ، فقال : دخلت لسماع كلام الله تعالى ، أو لرسالة ، صدق ولا يتعرض له ، سواء كان معه كتاب أم لا ، وفيما إذا لم يكن معه احتمال للإمام ، ثم نقل ابن كج عن النص أنه مدعي الرسالة إن اتهم ، حلف ، وفي « البحر » أنه لا يلزم تحليفه ، ويمكن الجمع بين الكلامين ، ولو قال : دخلت بأمان مسلم ، فهل يطالب بيينة لإمكانها غالباً أم يصدق بلا بيينة كدعوى الرسالة ، لأن الظاهر أنه لا يدخل بغير أمان ؟ فيه وجهان ، أحدهما : الثاني ، قال الروياني : وما اشتهر أن الرسول آمن هو في رسالة فيها مصلحة للمسلمين من هدنة وغيرها ، فإن كان رسولاً في وعيد وتهديد ، فلا أمان له ، ويتخير الإمام فيه بين الخصال الأربع كأسير .

قلت : ليس ما ادعاه الروياني بمقبول ، والصواب أنه لا فرق ، وهو آمن مطلقاً . والله أعلم

الركن الثاني : العاقد ، ولا يصح عقد الذمة إلا من الإمام ، أو من فوضه إليه ، وفي كتاب ابن كج وجه : أنه يصح عقدها من آحاد الرعية ، كالأمان ، وهذا شاذ متروك ، لكن لو عقدها أحد الرعية ، لم يغتال المعقود له ، بل يلحقه بمأمنه ، فإن أقام سنة فأكثر ، فهل يلزمه لكل سنة دينار ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، كما لو فسد عقد الإمام ، وأحدهما : لا ، لأنه لغو .

الركن الثالث : المعقود ، له خمسة شروط .

أحدها : العقل ، فلاجزية على مجنون ، لأنها لحقن الدم ، وهو محقون ، وفي « البيان » وجه : أن عليه الجزية ، كالمرضى والهرم ، وليس بشيء ، فإن كان يجن ويفيق ، نظر إن قل زمن جنونه ، كساعة من شهر ، أخذت منه

الجزية ، وإن كثر بأن يقطع يوماً ويوماً ، أو يومين ، فأوجهه ، أصحابها : تلتق أيام الإفاقة ، فإذا تمت سنة ، أخذت الجزية ، والثاني : لاشيء عليه ، كمن بعضه رقيق ، والثالث : حكمه كالعاقل وما يطرأ ويزول كالإغماء ، والرابع : يحكم بسوجب الأغلب ، فإن استوى الزمان ، وجبت الجزية ، والخامس : إن كان في آخر السنة عاقلاً ، أخذت الجزية وإلا فلا ، أما إذا كان مفقداً ، ثم جن بعد انتصاف السنة ، فهو كموته في أثناء السنة ، وإن كان مجنوناً فأفاق في أثناء السنة افتتح سنة ، وسنذكرهما إن شاء الله تعالى . ولو وقع في الأسر من يجن ويفيق ، قال الإمام : إن غلبنا حكم المجنون ، رق ولا يقتل ، وإن غلبنا حكم الإفاقة ، لم يرق بالأسر ، والظاهر الحقن ، ويتجه أن تعتبر حالة الأسر . وهذا هو الأصح عند الغزالي .

الشرط الثاني : البلوغ . فلا جزية على صبي . وإذا بلغ ولد ذمي ، فهو في أمان ، فلا يغتال ، بل يقال له : لا تنمرك في دار الإسلام إلا بجزية ، فإن لم يبذل الجزية ، ألحقناه بمأمنه ، وإن اختار بذلها ، فهل يحتاج إلى استئناف عقد ، أم يكفي عقد أبيه ؟ وجهان ، أصحابهما عند العراقيين وغيرهم : الأول ، فإن اكتفينا بعقد أبيه ، لزمه مثل جزية أبيه . فإن كانت أكثر من دينار وقال : لا أبذل الزيادة ، فطريقان ، أحدهما : هو كذمي عقد بأكثر من دينار ، ثم امتنع من بذل الزيادة ، وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى ، والثاني : القطع بالقبول ، لأنه لم يعقد بنفسه حتى يجعل بالامتناع ناقضاً للعهد ، وإن قلنا : يستأنف معه عقد ، رفق به الإمام ليلتزم ما التزم أبوه ، فإن امتنع من الزيادة ، عقد له بالدينار ، وسواء اكتفينا بعقد أبيه ، أم احتجنا إلى الاستئناف ، فلا فرق بين أن يكون الأب قد قال : التزمت هذا عن نفسي وفي حق ابني إذا بلغ ، وبين أن لا يتعرض للابن ، ولو بلغ الابن سفيهاً وبذل جزية أبيه ، وهي فوق دينار ،

فهل تؤخذ منه ؟ وجهان حكاهما البغوي ، وليكونا بناء على أنه يكتفي بعقد أبيه أم يستأنف ؟ إن اكتفينا ، أخذنا ، والا فهو كسفيه جاء يطلب عقد الذمة ، ولا شك أنه يجب ولا يشترط إذن وليه ، لأن فيه مصلحة حقن الدم ، لكن لو التزم أكثر من دينار ، قال القاضي حسين : تلزمه الزيادة وإن لم يأذن الولي بناء على أن العهد لا يدخل تحت الولاية ، حكاها الإمام عنه ، ولم يرتضه ، وقال : الحقن ممكن بدينار ، فينبغي أن يمتنع من بذل الزيادة ، وذكر الروياني نحوه ، وفي « التهذيب » الجزم بأنه لا تؤخذ الزيادة وإن أذن الولي ، وقال الغزالي : يصح عقد السفية بالزيادة لحقن الدم تشبيهاً بما إذا كان على السفية قصاص ، وصالح المستحق على أكثر من قدر الدية ، لم يكن للولي منعه ، وزاد فقال : للولي أن يعقد له بالزيادة ، وليس للسفيه المنع ، كما يشتري له الطعام بثن غال صيانة لروحه ، وفرق الإمام بين هاتين المسألتين والجزية وقال : صيانة الروح لا تحصل في المسألتين إلا بالزيادة ، وهنا بخلافه ، والمذهب أنه لا يصح عقد السفية والولي بالزيادة ، وإذا اختار السفية الالتحاق ، واختار الولي عقد الذمة ، فالمتبع اختيار السفية ، ذكره الروياني وصاحب « البيان » .

الشرط الثالث : الحرية ، فلا جزية على عبد ولا على سيده بسببه ، ومن بعضه رقيق كالعبد ، وقيل : يجب من الجزية بقسط حريته ، والصحيح الأول ، لأنه غير مقتول بالكفر ، كمن تمحض رقه ، وإذا أعتق العبد ، فإن كان من أولاد من لا يقر بالجزية ، فليسلم ، وإلا فليبلغ المأمن ، وإن كان ممن يقر ، فليسلم أو ليبدل الجزية ، وإلا فليبلغ المأمن ، سواء أعتقه مسلم أو ذمي ، فإن أعتقه ذمي ، فهل تؤخذ منه جزية سيده أم جزية عصبته ، لأنهم أخص به ، أم يستأنف له عقد ؟ فيه أوجه .

قلت : الأصح : الاستئناف . والله أعلم

الشرط الرابع : الذكورة ، فلا جزية على امرأة وخنثى ، فإن
بانت ذكورته ، فهل تؤخذ منه جزية السنين الماضية ؟ وجهان .

قلت : ينبغي أن يكون الأصح الأخذ . والله أعلم

ولو جاءتنا امرأة حربية ، فطلبت عقد الذمة بجزية ، أو بعثت بذلك
من دار الحرب ، أعلمها الإمام أنه لا جزية عليها ، فإن رغبت مع ذلك في
البذل ، فهذه هبة لا تلزم إلا بالقبض ، وإن طلبت الذمة بلا جزية ، أجابها
الإمام ، وشرط عليها التزام الأحكام . ولو حاصرنا قلعة ، فأرادوا
الصلح على أن يؤدوا الجزية عن النساء دون الرجال ، لم يجابوا ، فإن
صولحوا عليه ، فالصلح باطل ، وإن لم يكن فيها إلا النساء فطلبن عقد
الذمة بالجزية ، فقولان نص عليهما في « الأم » أحدهما : يعقد لهن ،
لأنهن يحتجن إلى صيانة أنفسهن عن الرق ، كما يحتاج الرجال للصيانة
عن القتل ، فعلى هذا يشترط عليهن أن تجرى عليهن أحكام الإسلام ،
ولا يسترققن ، ولا يؤخذ منهن شيء ، وإن أخذ الإمام مالا ، رده ،
لأنهن دفعنه على اعتقاد أنه واجب ، فإن دفعنه على علم ، فهو هبة ،
والحكم على هذا القول كما ذكرنا في حرية بعثت من دار الحرب تطلب
الذمة ، والقول الثاني : لا تعقد لهن ، ويتوصل الإمام إلى الفتح بما
أمكنه ، وإن عقد لم يتعرض لهن حتى يرجعن إلى القلعة ، فإذا فتحها ،
سباهن ، لأن الجزية تؤخذ لقطع الحرب ، ولا حرب في النساء والصبيان ،
ولأنهن قد قربن من مصيرهن غنيمة ، فلا يعرض عنهن بعد تحمل التعب
والمؤنة ، والقولان متفقان على أنه لا يقبل منهن جزية ، ولا يوجد أحد
إلزام ، هذا ما نقله الأصحاب في جميع طرقهم ، وشذ عنهم الإمام فنقل في
الخلافا وجهين وجعلهما في أنه هل يلزم قبول الجزية وترك إرقاقهن ؟

وضعف وجه اللزوم ، وذكر الروياني الطريقة المشهورة ، ثم حكى ما ذكره الإمام عن بعض الخراسانيين ، ولعله أراد به الإمام ، ثم قال : وهو غلط ، ولو كان في القلعة رجل واحد ، فبذل الجزية ، جاز ، وصارت النساء تبعاً له في العصمة ، هكذا أطلقه مطلقون ، وخصه الإمام والغزالي بما إذا كن من أهله ، وهذا أحسن •

فرع

عقد الذمة يفيد الأمان للكافر نفساً ومالاً وعبده من أمواله ، قال الإمام : وليس له أن يستتبع من النساء والصبيان والمجانين من شاء ، لأنه يخرج عن الضبط ، ولكن لا بد من تعلق واتصال ، فيستتبع من نسوة الأقارب وصبيانهم ومجانينهم من شاء ، بأن يدرجهم في العقد شرطاً ، وسواء المحارم وغيرهم ، فإن أطلق ، لم يتبعوه ، ومن له مصاهرة من النساء والصبيان والمجانين لهم حكم الأقارب على الأصح ، وقيل : كالأجانب ، وفي دخول الأولاد الصغار في العقد عند الإطلاق وجهان ، أصحهما : الدخول اعتماداً على القرينة ، والزوجات كالأولاد الصغار ، وقيل : كنساء القراة •

فرع

إذا بلغ الصبي ، أو أفاق المجنون ، أو عتق العبد ، زالت التبعية ، ولزمته الجزية وابتداء الحول من حين حدثت هذه الأحوال ، فإن اتفق ذلك في نصف حول أهلهم الذمين مثلاً ، فإذا تم حول أهلهم ، ورغب هؤلاء في أن يؤدوا نصف الجزية ، فذاك ، وإلا فإن شاء الإمام أخذ جزيتهم عند تمام حولهم ، وإن شاء أخر حتى يتم حول ثان لأهلهم ، فيأخذ منهم جزية سنة ونصف لثلاث تختلف الأحوال •

فرع

لو دخلت حرية دارنا بغير تبعية ولا أمان ولا طلب أمان ، جاز استرقاقها ، وكذا الحكم في الصبي ، كما يجوز قتل الكافر إذا دخل ، كذلك قال الإمام ، وكل حكم بجزية في القتال بجزية فيمن يظفر به من غير دمة ولا أمان •

شرع

عن نصه إذا صالحنا قوم على أن يؤدوا الجزية عن صبيانهم ومجانينهم ونسائهم سوى ما يؤدون عن أنفسهم ، فإن شرطوا أن يؤدوا من مال أنفسهم ، جاز ، وكأنهم قبلوا جزية كثيرة ، وإن شرطوه من مال الصبيان والمجانين ، لم يجز أخذه •

الشرط الخامس : كونه كتابياً ، فالكفار ثلاثة أصناف •
أحدها : أهل كتاب ، ومنهم : اليهود والنصارى ، فيقرون بالجزية ، فلو زعم قوم أنهم متمسكون بصحف إبراهيم وزبور داود صلى الله عليهما وسلم ، فهل يقرون بالجزية ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، ومنهم من قطع به ، ولا تحل مناكحتهم وذييحتهم على المذهب عملاً بالاحتياط في المواضع الثلاثة ، وقيل بطرد الخلاف في حل الذبيحة والمناكحة إلحاقاً لكتبهم بكتاب اليهود ، وحكي ذلك عن القاضي أبي الطيب وغيره ، وإذا ألحقناهم باليهود ، فإن تحققنا صدقهم ، أو أسلم اثنان منهم ، وشهدوا بذلك ، فذاك ، وعن صاحب « الحاوي » أن المعتبر قول جماعة تحصل الاستفاضة بقولهم ، وإن شككنا في أمرهم ، كالمجوس •

الصنف الثاني : المجوس ، فيقرون بالجزية ، وهل كان لهم كتاب أم شبهة كتاب ؟ قولان سبقا في النكاح ، أظهرهما : الأول وقطع به بعضهم •

الثالث : من ليس له ولا شبهة ، كعبدة الأوثان والملائكة والشمس ، ومن في معنائهم ، فلا يقرون بالجزية ، سواء فيهم العربي والعجبي •

فرع

اليهود والنصارى يقرون بالجزية ، مهما دخل آباؤهم في اليهود أو التنصر قبل تبدل ذلك الدين ، ولا فرق بين أولاد المبدلين وغيرهم ، ولو دخل وثنى في يهودية أو نصرانية بعد مبعث نبينا صلى الله عليه وسلم ، لم يقروا ، هم ولا أولادهم ، لأنهم تمسكوا بدين باطل ، وقال المزني : يقرون ، والتهود بعد بعثة عيسى صلى الله عليه وسلم كانت يهود والتنصر بعد بعثة نبينا صلى الله عليه وسلم على الأصح ، وقد ذكرناه في النكاح ، وإن دخلوا فيه بعد التبديل وقبل النسخ ، فطريقان ، أحدهما : إن تمسك بما لم يحرف ، قرر ، وإن تمسك بمحرف ، لم يقرر هو ولا أولاده ، وهل في الأولاد قولان ، وبهذا الطريق قال العراقيون والبلغوي وآخرون ، والثاني : يقرون بلا تفصيل ولا خلاف ، وهذا الطريق يدير الحكم على الدخول قبل النسخ وبعده ، وهو اختيار ابن كنج ، والقاضي أبي الطيب ، والإمام ، والرويانى ، قال القاضي أبو الطيب : لا أحفظ الشرط المذكور للشافعي ، إنما فرق في كتبه بين ما قبل نزول القرآن وما بعده ، وهذا أصح ، قال الإمام : لأنهم وإن بدلوا فمعلوم أنه بقي فيه ما لم يبدل ، فلا تنحط عن شبهة كتاب المجوس ، أو تغليباً لحقن الدم ، ولو لم نعرف أدخلوا قبل النسخ أو بعده ، أو قبل التبديل أو بعده : قررناهم بالجزية كالمجوس •

فرع

المذهب أن السامرة والصابئين إن خالفوا اليهود والنصارى في

أصول دينهم فليسوا منهم ، وإلا فمنهم ، وهكذا نص عليه ، وعليه يحمل
النصان الآخران ، وقيل : قولان مطلقا ، وقيل : تؤخذ منهم الجزية
قطعا ، وهذا فيما إذا لم يكفرهم اليهود والنصارى ، فإن كفروهم ، لم
يقروا قطعا ، فإن أشكل أمرهم ، ففي تقررهم احتمالا ذكرهما الإمام ،
الأصح : الجواز .

فرع

لو أحاط الإمام بقوم ، فزعموا أنهم أهل كتاب ، أو أن آباءهم
تمسكوا بذلك الدين قبل التبديل ، قررهم بالجزية ، لأنه لا يعرف الأمر
إلا من جهتهم ، قال ابن الصباغ : ويشترط عليهم إن بان خلاف قولهم ،
نبذ عهدهم وقتلهم ، وإن ادعاه بعضهم دون بعض ، عامل كل طائفة
بمقتضى قولها ، ولا يقبل قول بعضهم على بعض ، فلو أسلم منهم اثنان ،
وظهرت عدالتهما ، وشهدا بخلاف دعواهم ، نبذ عهدهم ، هذا لفظ جماعة
وقال الإمام : يتبين أنه لا ذمة لهم ، وهل يقتالهم لتبليسهم علينا أم يلحقهم
بالمؤمن ؟ فيه تردد ، والظاهر : اغتيالهم لتدليسهم ، وكذا لو أسلم من
السامرة أو الصابئين اثنان ، فشهدا بكفرهم .

فرع

من أحد أبويه كتابي والآخر وثني ، فيه طرق ، والمذهب : تقريره ،
سواء كان الكتابي الأب أو الأم . وقيل : قولان ، وقيل : لا يقرر ،
وقيل : يلحق بالأب ، وقيل بالأم .

مرع

توثن نصراني وله أولاد صغار ، فإن كانت أمهم نصرانية ، استمر
لهم حكم التنصر ، فتقبل منهم الجزية بعد بلوغهم ، وإن كانت وثنية ،

ففي تقريرهم بالجزية قولان ، أظهرهما : نعم ، لأنه ثبت لهم علقه التنصر فلا تزول ، وحقيقة القولين ترجع إلى أن توثنه هل يستتبع أولاده ؟ فإن أتبعناهم ، لم يفتالوا ، لأنهم كانوا في أمان ، ولم تؤخذ منهم جزية ، وأما أبوهم ، فيبني حكمه على ماسبق في كتاب النكاح أنه هل يقنع منه بالعود إلى دينه أم لا يقنع إلا بالإسلام ، فإن أباهما ، فيقتل أم يلحق بالأم ؟ قولان الأظهر : الثاني •

فرع

الولد المنعقد من مرتدين ، هل هو مسلم ، أم مرتد ، أم كافر أصلي ؟ فيه أقوال سبقت في الردة ، فإن قلنا : مسلم ، فبلغ وصرح بالكفر ، فمرتد ، وإن قلنا : أصلي ، فالصحيح أنه لا يقر بجزية •

فرع

يهود خبير كغيرهم في ضرب الجزية عليهم ، وسئل ابن سريج رحمه الله عما يدعونه أن علياً رضي الله عنه كتب لهم كتاباً بإسقاطها ، فقال : لم ينقل ذلك أحد من المسلمين ، وفي « البحر » أن ابن أبي هريرة أسقط الجزية عنهم ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم ساقاهم ، وجعلهم بذلك خولاً ، قال : وهذا شيء تفرد به ، والمساقاة معاملة لا تقتضي إسقاط الجزية •

فصل

الزمن والشيخ الفاني ، والأجير والراهب والأعمى تضرب عليهم الجزية كغيرهم على المذهب والمنصوص ، لأن الجزية كأجرة الدار ، وقيل : إن قلنا : لا يقتلون ، فلا جزية ، كالنساء ، وأما الفقير العاجز عن الكسب ، فالمشهور المنصوص في عامة كتبه ، أن عليه جزية ، وفي قول :

موسر ، أخذناها منه ، وإلا فهي في ذمته حتى يوسر ، وكذا حكم الحول الثاني وما بعده ، وفي وجه : لا يمهل ولا يقر في دارنا ، بل يقال : إما أن تحصل الجزية بما أمكنك ، وإما أن نبلك المأمن ، لأنه قادر على رفع الجزية بالإسلام ، وإذا قلنا : لا يجب ، عقدنا له الذمة على شرط إجراء الأحكام عليه ، وبذل الجزية عند القدرة ، فإذا أيسر ، فهو أول حوله ، هكذا قاله الأصحاب ، وأشار الإمام إلى أن ابتداء الحول من وقت العقد .

فرع

الجاسوس الذي يخاف شره ، لا يقر بالجزية .

الركن الرابع : المكان القابل للتقرير بلاد الإسلام حجاز وغيره ، فالحجاز مكة والمدينة واليمامة ومخاليفها أي : قراها ، قال الإمام : قال الأصحاب : الطائف ووج ، وهو وادٍ بالطائف ، وما يضاف إليهما منسوبة إلى مكة معدودة من أعمالها ، وخير من مخاليف المدينة . ثم الحجاز ضربان : حرم مكة وغيره ، أما غيره ، فيمنع الكفار من الإقامة به ، وفي منعه من الإقامة في الطرق الممتدة في بلاد الحجاز وجهان حكاهما الإمام ، الصحيح وهو مقتضى إطلاق الجمهور : نعم ، لأنها من الحجاز ، والثاني : لا ، لأنها ليست مجتمع الناس ، ولا موضع إقامة ، ولا يمنعون من ركوب بحر الحجاز ، لأنه ليس موضع إقامة ، ويمنعون من الإقامة في سواحه في الجزائر المسكونة في « البحر » ومتى دخل كافر الحجاز بغير إذن الإمام ، أخرجه وعززه إن علم أنه ممنوع من دخوله ، وإن استأذن في دخوله ، أذن له إن كان في دخوله مصلحة للمسلمين ، كرسالة أو عقد هدية أو ذمة ، أو حمل متاع يحتاج إليه المسلمون ، وإن كان دخوله لتجارة ليس فيها كثير حاجة للمسلمين ، لم يأذن له إلا بشرط أن يأخذ من تجارته شيئاً ، هكذا أطلقه جماعة ، وحكوه

عن النص ، وفي « التهذيب » أنه يشترط عليه شيئاً ، وهو إلى رأي الإمام ، ولعله أراد أن قدر المشروط إلى رأي الإمام ، لا أصل الشرط فلا يخالف ما أطلقه غيره .

قلت : هذا الاحتمال هو مراده من غير ترديد ، وهو مقتضى عبارته .

والله أعلم

ولا يمكن من دخل بالإذن أن يقيم أكثر من ثلاثة أيام ، ويشترط عليه ذلك عند الدخول ، ولا يحسب من الثلاثة يوم الدخول والخروج ، ولو كان له ديون ، حصلت بمعاملاته بعد الدخول ، أو من وجه آخر ولم يمكن قبضها في الحال ، أمر أن يوكل مسلماً بقبضها ، وأخرج هو ، ولو كان ينتقل من قرية إلى أخرى ويقيم في كل واحدة ثلاثة أيام ، لم يمنع وأما حرم مكة زاده الله شرفاً ، فيمنع الكافر من دخوله ، ولو كان مجتازاً ، فإن جاء برسالة والإمام في الحرم ، بعث إليه من يسمعه ، ثم يخبر الإمام ، أو خرج إليه الإمام ويتعين عليه ذلك إذا قال الكافر : لا أؤدي الرسالة إلا مشافهة ، وإن جاء كافر لينظره ليسلم ، خرج إليه من يناظره ، وإن حمل ميرة ، خرج إليه الراغبون في الشراء ، وإن كان لذي مال في الحرم ، أو دين ، وكل مسلماً ليقبضه ويسلمه إليه ، وإن بذل الكافر على الدخول مالاً ، لم يجبه إليه ، فإن فعل ، فالصلح فاسد ، فإن دخل ، أخرج وثبت العوض المسمى بخلاف الإجارة الفاسدة ، فإنه إنما تثبت فيها أجرة المثل ، لأنه هنا استوفى المعوض وليس لمثله أجرة ، وإن دخل ولم ينته إلى الموضع المشروط ، وجبت العصة من المسمى ، ولو دخل كافر بغير إذن الإمام ، أخرج وعزر إن كان علم ، فلو مات فيه ، لم يدفن فيه ، فإن دفن ، نبش وأخرج ، فإن تقطع ، ترك ، وفي « البحر » وجه أنه تجمع عظامه إن أمكن وتخرج ، وبهذا قطع الإمام ، وبالأول قال الجمهور ،

ولو مرض فيه ، لم يمرض فيه ، بل ينقل وإن خيف من النقل موته ، ولو مرض كافر في الحجاز خارج الحرم ، قال : إن أمكن نقله بلا مشقة عظيمة عليه ، كلف الانتقال ، فإن خيف عليه الموت ، ترك حتى يبرأ ، وإن لم يخف الموت ، ولكن تناله مشقة عظيمة ، فالأصح تكليفه الانتقال ، وجواب جمهور الأصحاب أنه لا ينقل مطلقاً ، فلو مات في الحجاز وتعدّر نقله ، دفن فيه ، ولفظ الإمام أنا نواريه موارد الجيف ، وإن كان في طرف الحجاز ، نقل لسهولته ، وأطلق أكثرهم أنه يدفن فيه ، وقالوا : إذا جاز تركه في الحجاز للمرض ، فللموت أولى ، وذكر البغوي تفصيلاً جيداً وهو أنه إن أمكن نقله قبل أن يتغير ، نقل ولم يدفن فيه ، وإن خيف عليه التغير ، دفن للضرورة ، وإذا دفن حيث لا يؤذن فيه ، هل ينبش ويخرج عند التمكن ؟ وجهان حكاهما الإمام ، والصحيح : المنع ، وبه قطع الجمهور ، فعلى هذا قال الإمام : لا يبعد أن لا يرفع نعش قبره ، وأما حرم المدينة فلا يلحق بحرم مكة فيما ذكرنا ، لكن استحسن الروياني أن يخرج منه إذا لم يتعدّر الإخراج ويدفن خارجه ، أما غير الحجاز ، فيجوز تقرير الكفار فيه بالجزية ولكل كافر دخوله بالأمان ، وإذا استأذن كافر في الدخول ، لم يؤذن له إلا لحاجة ، لأنه لا يؤمن أن يجس ، أو يطلع على عورة ، ويتولد من اطلاعه فساد ، أو يفتك بمسلم ، ويؤذن له إذا كان في دخوله مصلحة للمسلمين ، كرسالة وعقد ذمة أو هدنة ، وإن كان يدخل لتجارة ، فإمام أن يأذن له إذا رأى ذلك ، ويأخذ من تجارته شيئاً كما سيأتي إن شاء الله تعالى . وإذا دخل لبعض هذه الأغراض فليكن مكثه بقدر الحاجة ، وليس لكافر أن يدخل مساجد هذه البلاد بغير إذن ، ولا يؤذن له في دخولها لأكل ولا نوم ، لكن يؤذن لسماع القرآن أو الحديث والعلم ، قال الروياني : وكذا حاجته إلى مسلم ، أو حاجة مسلم إليه ، وإذا دخل بلا إذن إن كان جاهلاً فمعذور ويعرف ، وإن كان عالماً ، عز ، وقيل : لا يعزر إلا أن

يُشَرَطُ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَدْخُلَ بِلَا إِذْنٍ ، وَجُلُوسِ الْقَاضِي فِي الْمَسْجِدِ إِذْنٌ لِلْكَافِرِ فِي الدَّخُولِ ، وَإِذَا كَانَ لَهُ خُصُومَةٌ . وَهَلْ يَفْرُقُ بَيْنَ كَوْنِهِ جَنْباً وَغَيْرِهِ ؟ وَجَهَانٌ سَبَقَ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ ، وَالصَّحِيحِ الْأَشْهَرِ أَنَّهُ يَكْفِي إِذْنُ أَحَادِ الْمُسْلِمِينَ فِي دُخُولِ كُلِّ الْمَسَاجِدِ ، وَقَالَ الرُّوْيَانِيُّ : لَا يَكْفِي فِي الْجَامِعِ إِلَّا إِذْنُ السُّلْطَانِ ، وَفِي مَسَاجِدِ الْقِبَائِلِ وَالْمَحَالِ وَجَهَانٌ ، أَحَدُهُمَا : يَشْتَرُطُ إِذْنُ مَنْ لَهُ أَهْلِيَّةُ الْجِهَادِ ، وَأُصْحَهُمَا : يَكْفِي إِذْنُ مَنْ يَصْحُ أَمَانُهُ ، وَإِذَا قَدِمَ وَفَدَ مِنَ الْكَافِرِ ، فَلِأَوَّلَى أَنْ يَنْزِلَهُمُ الْإِمَامُ فِي دَارِ مَهْيَأَةٍ لَذَلِكَ ، أَوْ فِي فَضُولِ مَسَاكِنِ الْمُسْلِمِينَ ، فَإِنْ لَمْ يَتَسَيَّرْ ، فَلَهُ انْزَالُهُمْ فِي الْمَسْجِدِ ، وَيَجُوزُ تَعْلِيمُهُمُ الْقُرْآنَ إِذَا رَجَى إِسْلَامَهُمْ ، وَلَا يَجُوزُ إِذَا خِيفَ اسْتِخْفَافُهُمْ ، وَكَذَا الْقَوْلُ فِي تَعْلِيمِ أَحَادِيثِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، وَالْفَقْهُ وَالْكَلَامَ ، وَلَا يَمْنَعُونَ مِنَ الشَّعْرِ وَالنَّحْوِ ، قَالَ الرُّوْيَانِيُّ : وَمَنْعَهُ بَعْضُ الْفُقَهَاءِ ، لَثَلَا يَتَطَاوَلُوا بِهِ عَلَى مُسْلِمٍ لَا يَحْسَنُهُ .

قُلْتُ قَالَ أَصْحَابُنَا : لَا يَسْنَعُ الْكَافِرُ مِنْ سَمَاعِ الْقُرْآنِ ، وَيَمْنَعُ مِنْ مَسِّ الْمَصْحَفِ ، وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيمُهُ الْقُرْآنَ إِنْ لَمْ يَرْجِ إِسْلَامَهُ وَيَمْنَعُهُ التَّعْلِيمَ عَلَى الْأُصْحَحِ ، وَإِنْ رَجَى ، جَازَ تَعْلِيمُهُ عَلَى الْأُصْحَحِ . وَاتَّعَلَّمْ

فَرَعٌ

مَنْ دَخَلَ مِنْهُمْ لِتِجَارَةٍ أَوْ رِسَالَةٍ لَمْ يُمْكِنْ مِنْ إِظْهَارِ خَمْرِ وَلَا خَنْزِيرٍ ، وَلَا يَأْذُنُ لَهُ الْإِمَامُ فِي حَمْلِهَا إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ .

الرَّكْنُ الْخَامِسُ : الْمَالُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ ، وَفِيهِ مَسَائِلُ :

إِحْدَاهَا : أَقْلُ الْجِزْيَةِ دِينَارٌ لِكُلِّ سَنَةٍ ، هَذَا هُوَ الْمَنْصُوصُ الْمَوْجُودُ فِي كُتُبِ الْأَصْحَابِ ، وَذَكَرَ الْإِمَامُ أَنَّ الْأَقْلَ دِينَارٌ ، أَوْ اثْنَا عَشَرَ دِرْهَمًا نَقْرَةً خَالِصَةً مَسْكُوكَةً ، يَتَخَيَّرُ الْإِمَامُ بَيْنَهُمَا ، وَلَا يُلْزَمُ الْإِمَامُ أَنْ يَخِيرَهُمْ بِأَقْلِ الْجِزْيَةِ ، بَلْ يَسْتَحِبُّ أَنْ يَمَآكِسَ حَتَّى يَأْخُذَ مِنَ الْغَنِيِّ أَرْبَعَةَ دَنَاقِيرَ ، وَمِنَ الْمُتَوَسِّطِ دِينَارَيْنِ ، وَقَالَ الْإِمَامُ : مَوْضِعُ الْمَآكِسَةِ مَا إِذَا لَمْ

يعلم الكافر جواز الاقتصار على دينار ، فإن علم ، تطلب الزيادة استماعة ، فإن لمتنعوا من بذل مازاد على دينار ، وجب تقريرهم بالدينار سواء فيه الغني والفقير ، ولو عقد بأكثر من دينار ، ثم علم أن الزيادة غير لازمة ، لزمه ما التزم ، كمن اشترى شيئاً أكثر من ثمن مثله ، فإن امتنع من الزيادة ، فوجهان : أحدهما : يقنع بالدينار ، وأصحهما : أنه فاقض للعهد بذلك ، كما لو امتنع من أداء أصل الجزية ، وحينئذ هل يبلغ المأمّن أم يقتل ؟ قولان منذكرهما إن شاء الله تعالى ، فإن بلغ المأمّن وعاده ، فطلب العقد بدينار ، أجبنه ، هكذا ذكره البغوي ، وأطلق الإمام أنه إذا قبل الزيادة ، ثم نبذ العهد إلينا لا يفتال ، وإذا طلب تجديد عقد بالدينار ، لزم إجابته ، ثم إن كان النبد بعد مضي سنة ، لزمه ما التزم ، وإن كان في أثناءها ، لزمه بقسطه تفريعاً على المذهب فيما إذا مات الذمي في أثناء السنة .

فرع

نص أنه لو شرط على قوم أن على فقيرهم ديناراً ، ومتوسطهم دينارين ، وغنيهم أربعة ، جاز ، والاعتبار في هذه الأحوال بوقت الأخذ لا بوقت العقد ، ولا بما يطراً ، وإن قال بعضهم : أنا متوسط أو فقير ، قبل قوله إلا أن تقوم بينة بخلافه .

المسألة الثانية : لو مات الذمي ، أو أسلم بعد مضي السنة ، لم تسقط الجزية كسائر الديون ، فتؤخذ من تركته ومنه إذا أسلم ، ولو مضت سنون ولم يؤد الجزية ، أخذت منه ولم تتداخل كالديون ، ولو مات أو أسلم في أثناء السنة ، فهل يجب قسط ماضى كالأجرة أم لا يجب شيء كالزكاة ؟ قولان أظهرهما : الأول ، وقيل : تجب قطعاً ، وقيل : عكسه ، وقيل : لا تجب في الموت ، وفي الإسلام القولان ، فإن أوجبنا ، فهل للإمام أن يطالب في أثناء السنة بقسط ما مضى ؟ وجهان أحدهما :

لا ، ويقرب منه مذكره البغوي هل للإمام أن يشترط تعجيلها ؟ وجهان ، وجه الجواز إلحاقها بالأجرة ، ومتى مات وعليه جزية ، أخذت من تركته مقدمة على الوصية ، كسائر الديون ، فتؤخذ من تركته ، ومنه إذا أسلم ، فلو كان معها دين آدمي ، فالمذهب والمنصوص أنه يسوى بينها وبينه ، وقيل : فيه الأقوال الثلاثة في اجتماع دين الله تعالى ودين الآدمي هل يقدم ذا أم ذلك أم يستوي ، وفي « الوسيط » طريقة حازمة بتقديم الجزية ، وهو غلط .

الثالثة : يستحب للإمام إذا أمكنه أن يشرط على أهل الذمة إذا صولحوا في بلدانهم ضيافة من يمر بهم من المسلمين ، وشرط الضيافة يكون لجميع الطارقين ، ولا يختص بأهل الفتي ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وقيل : في اختصاصهم وجهان ، وهل الضيافة زيادة مقصودة في نفسها أم محسوبة من الجزية ؟ وجهان ، أصحهما وأشهرهما : أنها زيادة وراء أقل الجزية ، فعلى هذا إن قبلوها ، لزم الوفاء ، وجرت مجرى الزيادة على دينار ، وإن قلنا : إنها من الجزية ، فعلنا في آخر السنة أن ماضيها به لا ينقص عن دينار فذلك ، وإن نقص ، لزمهم تسميته ، وإذا شرطنا الضيافة ، ثم رأى الإمام نقلها إلى الدنانير ، فليس له ذلك على الأصح إلا برضاهم ، فإن ردت إلى الدنانير ، فهل يبقى للمصالح العامة . أم يختص بأهل الفتي ؟ وجهان ، أصحهما : الاختصاص ، كالدنانير المضروبة . وتشترب الضيافة على الغني والمتوسط ، وفي الفقير أوجه . أصحها : لا تشترب عليه ، والثاني : بلى ، والثالث : تشترب على المعتل دون غيره ويتعرض الإمام عند اشتراط الضيافة لأمر منها : أن يبين عدد أيام الضيافة في الحول ، كمائة يوم أو أقل أو أكثر ، وفي « البحر » أنه لو لم يذكر عدد الأيام في الحول وشرط ثلاثة أيام مثلاً عند قدوم كل قوم ، فوجهان ، إن جعلناها جزية ، لم يجز ، وإلا فيجوز .

ومنها : بيان عدد الضيفان من الفرسان والرجال ، وعن « الحاوي » أن التعرض لعدد الضيفان إنما يشترط إذا جعلنا الضيافة من الجزية ، فإن جعلناها وراءها ، جاز أن لا يبين العدد ، ثم إن تساوا في الجزية ، تساوا في الضيافة ، وإن تفاوتوا ، فاوت بينهم ، فيجعل على الغني ضيافة عشرين مثلاً ، وعلى المتوسط عشرة ، والفقير إن قلنا باشرطها عليه خمسة ، وفي وجه يسوي بينهم في الضيافة ، وإن تفاوتوا في الجزية ، ولو شرط عدد الضيفان على جميعهم ، وقال : تضيفون في كل سنة ألف مسلم ، قال الروياني : يكفي ذلك ، ثم هم يوزعونها أو يتحمل بعضهم عن بعض •

ومنها : بيان ذلك الطعام والادام وجنسهما ، فيقول : لكل واحد كذا من الخبز ، وكذا من السمن أو الزيت ، ويتعرض لعلف الدواب من التبن أو الحشيش أو القت ، ولا يحتاج إلى ذكر قدر العلف ، وإن ذكر الشعير ، بين قدره ، وإطلاق العلف لا يقتضي الشعير ، نص عليه • ومنها : منزل الضيفان من فضول منازلهم أو كنائسهم ، أو بيوت الفقراء الذين لا يضيفون ، وليكن الموضع بحيث يدفع الحر والبرد ، ولا يخرجون أهل المنازل منها •

ومنها : أن يبين مدة مقام الضيف ، ولا يزيد على ثلاثة أيام ، وقال ابن كج : يشترط على المتوسط ثلاثة أيام ، والغني ستة . قال الإمام : وإذا حصل التوافق على الزيادة ، فلا منع ، ولا يفرق بين الطبقات في جنس الطعام •

فرع

لو أراد الضيف أن يأخذ منهم ثمن الطعام . لم ينزهم . ولو أراد أن يأخذ الطعام ويذهب به ولا يأكله . فله ذلك بخلاف طعام الولية ،

لأن هذه معاوضة ، وتلك مكرمة ، ولا يطالبهم بطعام الأيام الثلاثة في اليوم الأول ولو لم يأتوا بطعام اليوم ، فهل للضيف المطالبة من الغد ، إن جعلنا الضيافة محسوبة من الدينار ، فله ذلك ، وإلا فلا . ولا تلزمهم أجرة الطبيب والحمام وثمان الدواء ، ولو تنازعوا في إنزال الضيف ، فالخيار له ، ولو تراحم الضيفان على ذمي ، فالخيار له ، ولو قل عددهم ، وكثر الضيفان ، فالسابق أحق ، فإن تساوا ، أقرع ، وليكن للضيفان عريف يرتب أمرهم .

فصل

تؤخذ الجزية على سبيل الصغار والإهانة ، بأن يكون الذمي قائماً ، والمسلم الذي يأخذها جالساً ، ويأمره بأن يخرج يده من جيبه ، ويحني ظهره ويطأطئ رأسه ، ويصب ما معه في كفة الميزان ، ويأخذ المستوفي بلحيته ويضرب في لِهْزِمَتِهِ : وهي مجتمع اللحم بين الماضغ والأذن [من اللحي] ، وهذا معنى الصغار عند بعضهم ، وهل هذه الهيئة واجبة أم مستحبة ؟ وجهان ، أصحهما : مستحبة ، ويبنى عليهما أنه هل يجوز أن يوكل الذمي مسلماً بأداء الجزية ، وأن يضمنها مسلم عن ذمي ، وأن يحيل ذمي بها على مسلم ، فإن أوجبنا إقامة الصغار عند أداء الجزية ، لم يجز ، وإن قلنا : المقصود تحصيل ذلك المال ، ويحصل الصغار بالتزامه المال والأحكام كرهاً ، جاز ، والضمان أولى بالصحة ، لأنه لا يسنع مطالبة الذمي وإقامة الصغار عليه ، ولو وكل ذمي ذمياً بالأداء ، قال الإمام : الوجه طرد الخلاف ، ولو وكل مسلماً في عقد الذمة له ، جاز . لأن الصغار يرعى عند الأداء دون العقد .

قلت : هذه الهيئة المذكورة أولاً ، لانعلم لها على هذا الوجه أصلاً معتداً ، وإنما ذكرها طائفة من أصحابنا الخراسانيين : وقال جمهور

الأصحاب : تؤخذ الجزية برفق ، كأخذ الديون ، فالصواب الجزم بأن هذه الهيئة باطلة مردودة على من اخترعها ، ولم ينقل أن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولا أحد من الخلفاء الراشدين فعل شيئاً منها مع أخذهم الجزية ، وقد قال الرافعي رحمه الله في أول كتاب الجزية : الأصح عند الأصحاب : تفسير الصغار بالتزام أحكام الإسلام وجريانها عليهم ، وقالوا : أشد الصغار على المرء أن يحكم عليه بما لا يعتقدده ويضطر إلى احتماله . والله أعلم

نصل

عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه طلب الجزية من نصارى العرب وهم : تنوخ وبهراء وبنو تغلب ، وهم قبائل من العرب تنصروا لا يعلم متى تنصروا ، وهم مقرون بالجزية ، فقالوا : نحن عرب لا تؤدي ما يؤدي العجم ، فخذ منا ما يأخذ بعضكم من بعض ، يعنون الزكاة ، فقال عمر رضي الله عنه : هذا فرض المسلمين ، فقالوا : زد ماشئت بهذا الاسم لا باسم الجزية ، فراضاهم على أن تضعف عليهم الزكاة ، قال الأصحاب : ولم يخالف عمر أحد من الصحابة رضي الله عنهم ، فصار كالإجماع ، وعقد الذمة لهم مؤبداً ، فليس لأحد نقض ما فعله ، قالوا : وفيه إشكال من وجهين : أحدهما : أنه ربما كان فيهم من يقل ماله الزكوي ، فيكون المأخوذ منه أقل من دينار ، وربما قلت أموالهم الزكوية ، فينقص المأخوذ عن دينار لكل رأس ، الثاني : أنه وإن وفى المأخوذ بدينار لكل رأس ، فربما كان فيهم من لا يملك مالاً زكويّاً فيكون قد قرر بلا جزية ، ولا يجوز ذلك ، وإن بذل غيره أكثر من دينار ، كما لو قال واحد : خذوا مني عشرة دنانير على أن لا جزية على تسعة معي ، ولم ينقل أنه رضي الله عنه سأل عن هذه الأمور ، وأجيب عن الأول بأن فعله رضي الله عنه محمول على أن المأخوذ لا ينقص عن

دينار لكل رأس ، أو أنه شرط عليهم الإتمام إن نقص ، وقيل : احتمل ذلك ، لأنه إن نقص في وقت فربما زاد في وقت فتجبر الزيادة النقص ، وعن الثاني ، بأن المأخوذ من أصحاب الأموال الزكوية مأخوذ عنهم وعن الآخرين ، ول بعضهم أن يلتزم عن نفسه وعن غيره ، وغرضنا تحصيل دينار عن كل رأس ، هذا ما ذكره ابن أبي هريرة والأشعثون ، وقال أبو إسحاق : لا يجوز ، لأن فيه تقرير بعضهم بلا مال ، وأجري الوجاهان فيما لو التزم واحد عشر دنائير عنه وعن تسعة ، إذا تقرر هذا ، فلو طلب قوم من أهل الكتاب أن يؤدوا الجزية باسم الصدقة ، ولا يؤدوها باسم الجزية ، فللإمام إجابتهم إذا رأى ذلك ، ويسقط عنهم الإهانة واسم الجزية ، ويأخذ ضعف الصدقة ، وسواء في هذا العرب والعجم ، وقيل : يختص الجواز بالعرب لشرفهم ، والصحيح الأول ، ويشترط عليهم بمال الزكاة وقدرها ، ويكفي أن يقول الإمام : جعلت عليكم ضعف الصدقة ، أو صالحتكم على ضعف الصدقة ، والمأخوذ جزية تصرف مصرف النقي ، ولا يؤخذ شيء من أموال الصبيان والمجانين والنسوة وينظر في الحاصل هل يفي بدينار عن كل رأس ؟ فإن لم يفي ، زاد إلى ثلاثة أضعاف فأكثر ، وهل يدخل الفقير في التوزيع ؟ فيه الخلاف السابق في أنه تؤخذ منه جزية أم لا ، ولو كثروا وعسر عددهم لمعرفة الوفاء بالدينار، فهل يجوز الأخذ بغلبة الظن؟ وجهان، أحدهما: لا، بل يشترط تحقق أخذ دينار عن كل رأس، ويجوز الاقتصار على قدر الصدقة وعلى نصفها إذا حصل الوفاء بالدينار ، واستحب جماعة زيادة شيء على قدر الصدقة لإسقاط اسم الجزية ، ولم يستبعد الإمام المنع لما فيه من تشبيههم بالمسلمين في المأخوذ ، وحط الصغار بلا غرض مالي ، وإذا

شرط ضعف الصدقة ، وزاد على دينار ، ثم سألوا إسقاط الزيادة وإعادة اسم الجزية ، اجيبوا على الصحيح .

فرع

يأخذ من خمس من الإبل شاتين ، ومن عشر أربعاً ، ومن خمس وعشرين بنتي مخاض ، ومن أربعين شاة شاتين ، ومن ثلاثين بقرة تبيعتين ، ومن عشرين ديناراً ديناراً ، ومن مائتي درهم عشرة دراهم ، ومما سقت السماء الخمس ، ومما سقي بالنواضح العشر ، ومن الركاز خمسين ، وعلى هذا القياس ، ومن مائتي بعير ثمان حقاك أو عشر بنات لبون ، ولا يفرق فيؤخذ أربع حقاك وخمس بنات لبون ، كما لا يفرق في الصدقة ، ومن ستين بقرة أربعة أتبعة لاثلاث مسنات ، ومن ست وأربعين بعيراً حقتين ، فإن لم يجدهما فبنتي لبون مع الجبران ، ومن ست وثلاثين بنتي لبون ، فإن لم يجد فبنتي مخاض مع الجبران ، وفي تضعيف الجبران وجهان ، أحدهما : تضعف ، فيؤخذ مع كل بنت مخاض شاتان ، أو عشرون درهماً ، فإن لم نجد في مال صاحب الست والثلاثين بنت لبون وعنده حقاك : أخذنا حقتين ورددنا جبرانين ولا يضعف الجبران هنا قطعاً ، ويخرج الإمام الجبران من الفيء كما يصرفه إذا أخذه إلى الفيء ، وهل يؤخذ من بعض النصاب قسطه من واجب النصاب ، كشاة من عشرين ونصف شاة من عشر ؟ فيه قولان ، أظهرهما : لا ، والثاني : نعم ، رواه البويطي ، فعلى هذا يؤخذ من مائة شاة ونصف شاة ثلاث شياه ، ومن سبعة أبعرة ونصف ثلاث شياه ، ومن خمس وثلاثين بقرة تبيع ومسنة ، وأجرى الخلاف في الأوقاص ، هل يحط عنهم أم يجب قسط المأخوذ في حقهم ، وقيل : إن أدى الأخذ من الوقص إلى التشقيص مع التضعيف لم يؤخذ ، وإلا فيؤخذ .

فرع

إذا ضرب الجزية على ما يحصل من أرضهم من ثمر وزرع باسم الصدقة ، فباع أرضهم ، صح بيعه ، فإن بقي مع البائع ما بقي الحاصل منه بالمشروط عليه ، فذاك . وإلا انقلبت الجزية إلى رقبة البائع ، وأما المشتري . فإن كان مسلماً . فلا شيء عليه فيما اشتراه ، وإن كان ذمياً ، فإن كانت الجزية على رقبته . فكذلك ، وإن كانت على حاصل أرضه ، زاد الواجب بما اشتراه .

فصل

إذا استأذن حربي في دخول دار الإسلام ، أذن له الإمام إن كان يدخل لرسالة ، أو حصل ميرة ، أو متاع تشتد حاجة المسلمين إليه ، قال الإمام : ولا يجوز توظيف مال على رسول ، ولا على مستجير لسماع كلام الله تعالى ، لأن لهما الدخول بلا إذن ، وإن كان يدخل لتجارة لا تشتد الحاجة إليها ، جاز للإمام أن يأذن له ويشترط عليه عشر ما معه من مال التجارة ، ولو دخل غير تاجر بأمان مسلم ، لم يطالب بشيء ، وقيل : إن دخل الحجاز ، وجب دينار ، لعظم حرمة ، ولو رأى الإمام أن يزيد المشروط على العشر ، جاز على الأصح ، ويجتهد فيه كما في زيادة الجزية على دينار . ولو رأى أن يحط الضريبة عن العشر . ويردها إلى نصف العشر فما دونه . فله ذلك . وله أن يشترط في نوع من تجارتهم نصف العشر ، وفي غيره العشر ، ولو رأى أن يأذن لهم بغير شيء ، جاز على الأصح ، وبه قطع الجمهور ، لأن الحاجة تدعو إليه لاتساع المكاسب وغيره ، ثم إن كان المشروط أن يأخذ من تجارة الكافر ، أخذ ، سواء باع أم لا ، وإن كان المشروط أن يأخذ من ثمن تجارته ، لم يأخذ حتى

يبيع ، وأما الذمي ، فله أن يتجر فيما سوى الحجاز من بلاد الإسلام ، ولا يؤخذ من تجارته شيء ، قال في « البيان » : إلا أن يشترط عليه مع الجزية شيء من تجارته ، فلو أراد أن يدخل الحجاز ، ويتجر فيه ، فقد ذكر الغزالي في « الوجيز » خلافاً في أنه هل يؤخذ منه شيء ؟ ولا وجود لهذا الخلاف في شيء من كتب الأصحاب ، ولم يذكره الإمام والغزالي في « الوسيط » بل الذي نقله الأصحاب أن الذمي في الحجاز كالحربي في سائر بلاد الإسلام ، وما يؤخذ من الذمي لا يؤخذ في كل سنة إلا مرة ، كالجزية ، وكذا الحربي إذا أخذت منه الضريبة مرة لا تؤخذ ثانياً حتى يمضي إذا كان يطوف في بلاد الإسلام بأجر أو يكتب له وللذمي براءة حتى لا يطالب في بلد آخر قبل الحول ، فإن رجع إلى دار الحرب ، ثم عاد في الحول ، فهل تؤخذ كل مرة أم لا تؤخذ إلا مرة ؟ وجهان ، أحدهما : الثاني ، وهو ظاهر نصه ، والإمام بالخيار فيما يضربه بين استيفائه دفعة أو دفعات ، ثم ما ذكرنا من أخذ المال من تجارة الحربي أو الذمي هو فيما إذا شرط الإمام عليه ، فأما إذا أذن لحربي في دار الإسلام ، أو لذمي في دخول الحجاز بلا شرط ، فوجهان ، أحدهما : تؤخذ ، حملاً للمطلق على المعهود ، وأصحهما : المنع ، لأنهم لم يلتزموا .

فرع

المرأة التابعة للزوج أو القريب في عقد الذمة إذا ترددت متجرة في الحجاز . أو في غير الحجاز . حكمها حكم الذمي .

فصل

إذا صالحنا طائفة من الكفار على أن تكون أرضهم لهم ، ويؤدوا خراجاً عن كل جريب في كل سنة كذا ، جاز ويستمر ملكهم ويكون المأخوذ جزية تصرف مصرف الفيء ، والتوكيل بإعطائه كالتوكيل بإعطاء

الجزية ، ويشترط أن يبلغ قدرأ يخص كل واحد من أهل الجزية منه ديناراً إذا وزع على رؤوسهم ، ويلزمهم ذلك زرعوا أم لا ، ولا يؤخذ من أرض صبي ولا مجنون ولا امرأة ، ولهم بيع تلك الأرض وهبتها وإجارتها ، وإذا أجر بعضهم بعضها لمسلم بقي الخراج على المكري ، ويلزم المستأجر الأجرة ، وإن باع لمسلم ، انتقل الواجب إلى رقبة البائع ولا خراج على المشتري ، ولو أسلموا بعد الصلح ، سقط الخراج ، ويلزمهم أن يؤدوا عن الموات الذي يمنعونا منه دون ما لا يمنعون منه ، ولو أحيوا منه شيئاً بعد الصلح ، لم يلزمهم شيء لما أحيوا إلا إذا شرط عليهم أن يؤدوا عما يحيون ، ولو صالحناهم على أن الأرض لنا ويسكنونها ويؤدود عن كل جريب ، فهو عقد إجارة ، والمأخوذ أجرة ، فتجب معها الجزية ولا يشترط أن تبلغ ديناراً عن كل رأس ، وتؤخذ من أرض النساء والصبيان والمجانين ، ويجوز توكيل المسلم في أدائها ، وليس لهم بيع تلك الأرض ولا هبتها ، ولهم إجارتها .

الطرف الثاني في احكام عقد الدمة

فإذا صح عقدها ، لزمننا شيء ، ولزمنهم شيء ، أما ما يلزمننا فأمران ، **أحدهما** : الكف عنهم ، بأن لا يتعرض لهم نفساً ومالاً ، ويضمنهما المتلف ، ولا يتعرض لكنائسهم على تفصيل سنذكره إن شاء الله تعالى ، ولا تتلف خمرهم وخنازيرهم إلا إذا أظهروها ، فمن أراق أو قتل من غير إظهار ، عصى ، ولكن لا ضمان ، ولو باع ذمي لمسلم خمرأ ، أريقته على المسلم ولا ثمن للذمي ، وإن غصبها من ذمي ، وجب ردها على الصحيح ، وعليه مؤنة الرد ، قال البغوي : ولو كان لمسلم على ذمي دين ، فقضاه ، وجب القبول إذا لم يعلم أن المؤدى ثمن محرم ، فإن علم ، بأن باع الخمر بين يديه وأخذ ثمنها ، فهل يجبر على قبوله ؟ وجهان ،

أصحها : لا يجبر ، وهو المنصوص ، بل لا يجوز القبول ، ولو كان
لذمي على ذمي دين ، ورهن به خمرأ ، لم يتعرض لهما ، كما لو باعه
الخسر ، فإن وضعها عند مسلم ، لم يكن له إمساكها ، ولو كان لمسلم
على ذمي دين ، فرهن به خمرأ ، لم يجز .

الأمر الثاني : يلزم الإمام دفع من قصدهم من أهل الحرب
إن كانوا في دار الإسلام ، فإن كانوا مستوطنين دار الحرب وبذلوا
الجزية ، لم يجب الذب عنهم ، وإن كانوا منفردين ببلدة في جوار الدار .
وجب الذب على الأصح ، هذا إذا جرى العقد مطلقاً ، فإن جرى بشرط
أن يذب أهل الحرب ، وجب الوفاء بالملتزم وفيه احتمال للإمام ، وإن
جرى بشرط أن لا يذب عنهم ، فإن كانوا مع المسلمين ، أو في موضع إذا
قصدهم أهل الحرب كان مرورهم على المسلمين ، فسد الشرط ، وكذا
العقد على الصحيح ، وإن كانوا منفردين ولا يسر أهل الحرب بهم ، صح
الشرط ، وحكى الإمام وجهاً أن شرط ترك الذب فاسد مطلقاً ، والصحيح
الأول ، وهل يكره ؟ فيه نضان حملوهما على حالين ، فإن طلب الإمام
الشرط ، كره ، لأن فيه إظهار ضعف المسلمين ، وإن طلب أهل الذمة ،
فلا ، ويجب دفع المسلمين وأهل الذمة عنهم ، كما يجب دفع أهل الحرب ،
فإن لم يدفع عنهم حتى مضى حول ، لم تجب جزيته ، كما لا تجب الأجرة
إذا لم يوجد التمكن من الانتفاع ، ولو أغار أهل الحرب على أهل الذمة ،
وأخذوا أموالهم ، ثم ظفر الإمام بهم ، فاسترجعها ، لزمه ردها على أهل
الذمة ، فإن أتلّفوا ، فلا ضمان عليهم ، كما لو أتلّفوا مال المسلمين ،
ومن أغار من بيننا وبينه هدفة وأتلّف أموال أهل الذمة ، ضمن ، فإن
تقضوا العهد وامتنعوا ، ثم أغاروا وأتلّفوا لهم مالاً أو نفساً ، ففي
الضمان قولان ، كأهل البغي .

فصل

وأما ما يلزمهم : فخسة أمور .

الأول : في الكنائس والبيع . فالبلاد التي في حكم المسلمين قسماً ، أحدها : ما أحدثه المسلمون . كبغداد والكوفة والبصرة . فلا يمكن أهل الذمة من إحداث بيعة وكنيسة وصومعة راهب فيها ، ولو صالحهم على التبكن من إحداثها . فالحقد باطل ، والذي يوجد في هذه البلاد من البيع والكنائس وبيوت النار لا ينقض لاحتمال أنها كانت في قرية أو برية فاتصل بها عمارة المسلمين ، فإن عرف إحداث شيء بعد بناء المسلمين ، نقض .

الثاني : بلاد لم يحدثوها ودخلت تحت أيديهم ، فإن أسلم أهلها . كالمدينة واليمن : فحكمها كالقسم الأول . وإلا فإما أن تفتح عنوة أو صلحاً ، الضرب الأول : ما فتح عنوة ، فإن لم يكن فيها كنيسة ، أو كانت وانهدمت . أو هدمها المسلمون وقت الفتح أو بعده . فلا يجوز لهم بناؤها ، وهل يجوز تقريرهم على الكنيسة القائمة ؟ وجهان . أحدهما : لا . وبه قطع جماعة ، الثاني : ما فتح صلحاً وهو نوعان أحدهما : فتح على أن رقبة الأرض للمسلمين ، وهم يسكنونها بخراج . فإن شرطوا إبقاء البيع والكنائس . جاز . وكأنهم صالحوا على أن الكنائس لهم وما سواها لنا ، وإن صالحوا على إحداثها أيضاً ، جاز . ذكره الروياني وغيره ، وإن أطلقوا . لم تبق الكنائس على الأصح . الثاني : ما فتح على أن البلد لهم يؤدون خراجه . فيقرون على الكنائس ولا يمنعون من إحداثها فيه على الأصح ، لأن الملك والدار لهم . ويسكنون فيها من إظهار الخمر والخنزير والصليب ، وإظهار ما لهم

من الأعياد ، وضرب الناقوس ، والجهر بالتوراة والانجيل ، ولا شك في أنهم لا يمتنعون من إيواء الجاسوس ، وتبليغ الأخبار ، وما يتضرر به المسلمون في ديارهم ، وحيث قلنا : لا يجوز الإحداث ، وجوزنا إبقاء الكنيسة ، فلا منع من عمارتها إذا استمرت ، وهل يجب إخفاء العمارة ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، لأن إظهارها زينة تشبه الاستحداث ، وأصحهما : لا ، فيجوز تطيينها من داخل وخارج ، ويجوز إعادة الجدار الساقط ، وعلى الأول يمتنعون من تطيين خارجها ، وإذا أشرف الجدار على الخراب ، فلا وجه إلا أن ينوا جداراً داخل الكنيسة ، وقد تمس الحاجة إلى جدار ثالث ورابع ، فينتهي الأمر إلى أنه لا يبقى من الكنيسة شيء ، ويمكن أن يكتفي من يوجب الإخفاء بإسبال ستر تقع العمارة وراءه ، أو بإيقاعها في الليل ، وإذا انهدمت الكنيسة المبقاة ، فلم يعادتها على الأصح ، ومنعها الاصطخري وابن أبي هريرة ، فإن جوزنا ، فليس لهم توسيع خطتها على الصحيح ، ويمتنعون من ضرب الناقوس في الكنيسة ، كما يمتنعون من إظهار الخمر ، وقيل : لا يمتنعون تبعاً للكنيسة ، وهذا الخلاف في كنيسة بلد صالحناهم على أن أرضه لنا ، فإن صالحناهم على أن الأرض لهم ، فلا منع قطعاً كما سبق ، قال الإمام : وأما ناقوس المجوس ، فليست أرى فيه ما يوجب المنع ، وإنما هو محوط وبيوت يجمع فيها المجوس جيفهم ، وليس كالبيع والكنائس ، فإنها تتعلق بالشعار.

الامر الثاني : في البناء ، فيمتنعون من إطالته ورفعته على بناء جيرانهم من المسلمين ، فإن فعلوا ، هدم ، هذا هو المذهب ، وحكى ابن كج قولاً آخر : أن لهم الرفع ، فعلى المذهب الاعتبار ببناء جاره على الصحيح ، وفي وجه : لا يطيل على بناء أحد من المسلمين في ذلك الموضع ، وسواء كان بناء الجار معتدلاً أو في غاية القصر ، ولالإمام احتمال فيما هو في غاية القصر ، ثم المنع لحق الدين لا لمحض حق الجار ، فيمنع ولو

رضي الجار . وهذا المنع واجب ، وقيل : مستحب ، ويمنعون من المساواة على الأصح . ولو كان أهل الذمة في موضع منفرد ، كطرف من البلد منقطع عن العمارة ، فلا منع من رفع البناء على الصحيح ، ولو ملك ذمي داراً رفيعة البناء ، لم يكلف هدمها ، فإن انهدمت ، فأعادها ، منع من الرفع ، وفي المساواة الوجهان ، ولو فتحت بلدة صلحاً على أنها للمسلمين ، لم تهدم أبنيتهم الرفيعة فيها ويمنعون من الإحداث ، ذكره البغوي .

الثالث : يمنعون من ركوب الخيل على الصحيح ، لأن فيه عزاً ، وحكى ابن كج أن لامنع ، كما لا منع من ثياب نفيسة ، واستثنى الشيخ أبو محمد البراذين ، وفي البغال وجهان ، أحدهما : المنع ، وبه قال الفوراني والإمام والغزالي ، وأصحهما : لا منع ، وبه قطع كثيرون ، ولا منع من الحر وإن كانت رفيعة القيمة ، وإذا ركبوا ، لم يركبوا السروج بل الأكف ، ويركبون عرضاً ، وهو أن يجعل الراكب رجليه من جانب واحد ، وعن الشيخ أبي حامد أن لهم الركوب على استواء ، ويحسن أن يتوسط ، فيفرق بين أن يركب إلى مسافة قريبة في البلد ، أو إلى مسافة بعيدة ، فيمنع في الحضر ، ويكون ركابهم من خشب لا حديد ، وجوز ابن أبي هريرة الحديد ، ويمنعون من تقلد السيوف وحمل السلاح ، ومن لجم الذهب والفضة ، وذكر ابن كج أن هذا كله في الذكور البالغين ، فأما النساء والصغار ، فلا يلزمون الصغار ، كما لا جزية عليهم .

فرع

لا يترك لذمي صدر الطريق ، بل يلجأ إلى أضيقة إذا كان المسلمون يطرقون ، فإن خلت الطرق عن الزحمة ، فلا حرج ، وليكن الضيق بحيث لا يقع في وهدة ، ولا يصدمه جدار ، ولا يوقر ، ولا يصدر في مجلس إذا

كان فيه مسلمون ، ولا يجوز لمسلم أن يوادهم ، ولا أن يبدأ من لقيه منهم بسلام ، وإن بدأ الذمي به ، فلا يجيبه ، ذكره البغوي .

قلت : هذا الذي ذكره البغوي هو وجه حكاة الماوردي .
والصحيح بل الصواب : أن يجاب بما ثبت في الأحاديث الصحيحة
وعليكم ، وفي هذه المسألة كلام كثير وتفصيل أوضحته في كتاب السلام
من كتاب « الأذكار » . والله أعلم

الرابع : يؤخذ أهل الذمة في دار الإسلام بالتمييز في اللباس ،
بأن يلبسوا الغيار ، وهو أن يخطوا على ثيابهم الظاهرة ما يخالف لونه
لونها ، وتكون الخياطة على الكتف دون الذيل ، هكذا أطلق ، ويشبه
أن يقال : لا يختص بالكتف . والشرط الخياطة في موضع لا يعتاد ، وإلقاء
منديل ونحوه ، كالخياطة ، ثم الأولى باليهود العسلي ، وهو الأصفر .
وبالنصارى الأزرق أو الأكعب . ويقال له : الرمادي ، وبالمجوس الأسود
أو الأحمر ، ويؤخذون أيضاً بشد الزنار ، وهو خيط غليظ على أوساطهم
خارج الثياب ، وليس لهم إبداله بمنطقة ومنديل ونحوهما ، وإن لبسوا
قلانس . ميزت عن قلانس المسلمين بذؤابة ، أو علم في رأسها ، وإذا
دخلوا حماماً فيه مسلمون ، أو تجردوا عن الثياب ، فيمكن عليهم جلاجل ،
أو في أعناقهم خواتيم حديد ، أو رصاص لاذهب وفضة ، هكذا ذكره
الجمهور ، وقال في « المذهب » : يجعل في عنقه خاتم لتمييز في الحمام
وفي الأحوال التي يتجرد فيها ، وبين العبارتين تفاوت ظاهر ، وإذا كان
لهم شعر ، أمروا بجز النواصي ، ومنعوا من إرسال الضفائر ، والجمع
بين الغيار والزنار تأكيد ومبالغة في شهرهم ، ويجوز أن يقتصر الإمام
على اشتراط أحدهما ، وهل تؤخذ النساء بالغيار ، وشد الزنار ، والتمييز
في الحمام ؟ وجهان : أحدهما : نعم ، والثاني : لا ، لندور خروجهن ،

فلا حاجة إلى التميز ، فعلى الأصح قال الشيخ أبو حامد : يجعل الزنار فوق الإزار ، وفي « التهذيب » : وغيره تحته لثلا يصف بدنها ، وأشار بعضهم إلى اشتراط ظهور شيء منه •

قلت : هذا لا بد منه ، وإلا فلا يحصل كبير فائدة والله أعلم

والتمييز في الحمام يبنى على أنه هل يجوز لهن دخوله مع المسلمات؟ قال البغوي : والأصح منعه ، وقد يفهم من هذا السياق أن للمسلمات دخوله بلا حجر ، لكن نقل الروياني وغيره عن ابن أبي هريرة أنه قال : لا يجوز لهن دخوله إلا لضرورة •

قلت : الأصح الأشهر أنه لا يحرم عليهن ، لكن يكره إن لم يكن عذر ، وبهذا قطع الإمام أبو بكر السمعاني المروزي من أصحابنا . وقد أوضحت مسائل الحمام وما يتعلق به في آخر صفة الغسل من شرح « المذهب » • والله أعلم

وإذا خرجت ذمية بخف ، فليكن أحد خفيها أسود والآخر أبيض أو أحمر ، ولا يشترط التميز بكل هذه الوجوه ، بل يكفي بعضها •

فرع

للذمي أن يتعمم ويتطلس على الصحيح . ويلبس الديباج على الأصح، كرفيع القطن والكتان، وذكر الغزالي وجهين في أن أصل الغيار واجب أم مستحب ؟ والذي يوافق كلام الجمهور وإطلاقهم الوجوب •

الخامس : الانقياد للحكم ، فيلزم أهل الذمة الانقياد لحكمنا. هكذا أطلقه الأصحاب ، وحكى الإمام عن العراقيين أن المراد أنهم إذا

فعلوا ما يعتقدون تحريمه ، يجري عليهم حكم الله تعالى فيه ، ولا يعتبر رضاهم ، وذلك كالزنى والسرقة ، فإنهما محرمان عندهم كشرعنا ، وقد بينا حكمهما في البابين ، وذكرنا الفرق بين أن يزني بمسلمة ، ويسرق مال مسلم ، أو يزني بدمية ، ويسرق مال ذمي ، وأما ما يعتقدون حله ، فقد سبق أن حد الشرب لا يقام على ذمي على الأصح وإن رضي بحكمنا ، ولو نكح مجوسي محرماً له ، لم يتعرض له ، فإن رفعوا إلينا ورضوا بحكمنا ، حكمنا ، وهل يجب الحكم ؟ فيه القولان المعروفان ، ويلزمهم كف اللسان ، والامتناع من إظهار المنكرات ، كإسماع المسلمين شركهم ، وقولهم ثالث ثلاثة ، واعتقادهم في المسيح وعزير صلى الله عليهما وسلم ، وإظهار الخمر والخنزير والناقوس وأعيادهم وقراءتهم التوراة والإنجيل ، وإحداثهم الكنائس في بلادنا ، وإطالتهم البناء ، وتركهم مخالفة لما شرط ، فإن أظهروا شيئاً من هذه ، منعوا وعزروا ولكن لا ينتقض به عهدهم ، سواء شرط الامتناع منها في العقد أم لا ، فإن شرط عليهم الانتقاض بهذه الأسباب ، فقال الإمام : يبنى ذلك على الخلاف في صحة عقد الذمة مؤقتاً ، إن صححناه ، صح العقد ، فينتقض إذا أظهروا ، وإن لم نصححه ، فسد العقد من أصله ، والحكاية عن الأصحاب أنه لا ينتقض ، بل يفسد الشرط ، ويتأبد العقد ، ويحمل ما جرى على تخويلهم ، وينتقض عهدهم بقتالهم المسلمين ، سواء شرط عليهم الامتناع منه أم لا ، هذا إذا لم تكن شبهة ، فلو أعانوا البغاة ، وادعوا أنهم لم يعرفوا الحال ، فقد سبق بيانه في قتال البغاة ، ولو منعوا الجزية ، أو امتنعوا من إجراء أحكام الإسلام عليهم ، انتقض عهدهم ، هكذا قاله الأصحاب ، قال الإمام : هذا إذا منع مع القدرة ، فأما العاجز إذا استتمهل فلا ينتقض عهده ، قال : ولا يبعد أن يقال : تؤخذ الجزية من الموسر الممتنع قهراً ، ولا يجعل الامتناع ناقضاً كسائر الديون ، ويخصص ما قاله الأصحاب بالمتغلب

المقاتل ، قال : وأما الامتناع من إجراء الأحكام ، فإن امتنع هارباً ، فلا أراه ناقضاً ، وإن امتنع راكباً إلى قوة وعدة ، فينبغي أن يدعى إلى الانقياد ، فإن نصب القتال ، انتقض عهده بالقتال ، ثم أسند الإمام ما ذكره من الاحتمال إلى من تقدمه ، فيحكى عن القاضي حسين حصر الانتقاض في القتال ، ونقل ابن كج قولين في امتناعهم من إجراء الأحكام ، وعن « الحاوي » أن الامتناع من البدل نقض العهد من الواحد والجماعة ، والامتناع من الأداء مع الاستمرار على الالتزام نقض من الجماعة دون الواحد ، لأنه سهل إجباره عليه ، ولو زنى ذمي بمسلمة ، أو أصابها باسم نكاح ، أو تطلع على عورة المسلمين ونقلها إلى دار الحرب ، أو فتن مسلماً عن دينه ، ودعاه إلى دينهم ، ففي انتقاض عهده طرق ، أصحها : أنه إن لم يجر ذكرها في العقد ، لم ينتقض ، وإلا فوجهان ، ويقال : قولان ، أصحهما : لا ينتقض قطعاً ، والثالث : إن شرط ، انتقض ، وإلا فوجهان ، وهل المعتبر في الشرط الامتناع من هذه الأفعال ، أم انتقاض العهد إذا ارتكبتها ؟ صرح الإمام والغزالي بالثاني ، وكثيرون بالأول ، ولا يبعد أن يتوسط فيقال : إن شرط الانتقاض ، فالأصح الانتقاض ، وإلا ، فالأصح خلافه ، وألحق بالخصال الثلاث إيواء عيون الكفار ، وأما قطع الطريق والقتل الموجب للقصاص ، فالمذهب أنهما كالزنى بمسلمة ، وقيل : كالقتال ، ولا يلحق بالمنازمة التوثب على رفقة ، أو شخص معين ، وليجر الطريقان فيما لو قذف مسلماً ، وسواء قلنا : ينتقض العهد ، أو لا ينتقض ، فقد قال البغوي : يقام عليهم موجب ما فعلوه من حد أو تعزير ، ثم يجري على مقتضى الانتقاض كما سيأتي إن شاء الله تعالى ، وإذا قتل الذمي لقتله مسلماً ، أو لزنى وهو محصن ، فهل يصير ماله فيئاً تقريباً على الحكم بالانتقاض ؟ وجهان .

قلت أصحابهما (١) .

وأما ذكر رسول الله صلى الله عليه بالسوء إذا جهروا به ، وطعنهم في الإسلام ونفيهم القرآن ، فالذهب أنه كالزنى بمسلمة ونحوه ، وقيل : ينتقض قطعاً ، كالقتال ، وفي محل الخلاف طريقتان ، أحدهما : أنه فيما إذا ذكر الذمي سواء يعتقد ويدين به ، كتكذيب ونحوه ، فأما ما لا يعتقد ، ولا يدين به ، بأن طعن في نسب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أو نسبه إلى الزنى ، فليتحق بالقتال ، وينتقض العهد به قطعاً سواء شرط عليه الكف عنه أم لا ، وأصحابهما : أن الخلاف فيما إذا ذكر ما لا يدين به ، فأما ما يدين به ، فلا ينتقض بإظهاره قطعاً ، ومن هذا نفيهم القرآن .

واعلم أن ذكرهم الله تعالى كذكرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق الأولى ، فيجري فيه الخلاف ، صرح به الروياني وغيره ، ولكنهم جعلوا إظهار الشرك ، وقولهم ثالث ثلاثة ، ومعتقدهم في المسيح وعزير ، كإظهارهم الخمر ، فلا ينتقض قطعاً ، مع أن جميع هذا يتضمن ذكر الله تعالى بالسوء ، ولا يستقيم هذا إلا على الطريق الثاني ، وهو أن السوء الذي يدين به لا ينتقض قطعاً ، ونقل صاحب « الشامل » وغيره عن أبي بكر الفارسي أنه قال : من شتم منهم النبي صلى الله عليه وسلم ، قتل حداً ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قتل ابن خطل والقينتين (٢) ، وزيفوه وقالوا : إنهم كانوا مشركين لا أمان لهم .

(١) كذا نقل عن خط المصنف .

(٢) إخراج مالك ٤٢٣/١ ، والبخاري ٥١/٤ ، ومسلم (١٣٥٧) من حديث أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل مكة عام الفتح وعلى رأسه المغفر ، فلما نزع ، جاءه رجل ، فقال : يا رسول الله

مرع

حيث حكمنا بانتقاض العهد ، هل يبلغهم المأمن ؟ قولان، أحدهما : نعم ، كمن دخل بأمان صبي ، وأظهرهما : لا ، بل يتخير الإمام بين قتله واسترقاقه ، والمن والفداء ، لأنه كافر لا أمان له ، والقولان في الانتقاض بغير قتال ، فأما إذا نصبوا القتال ، وصار حرباً لنا في دارنا ، فلا بد من دفعهم ، والسعي في استئصالهم ، ولو أسلم من انتقض عهده قبل أن يختار الإمام شيئاً ، قال الأصحاب : لا يجوز استرقاقه بخلاف الأسير ، لأنه لم يحصل في يد الإمام بالقهر ، فخف أمره ، وهل يبطل أمان النساء والصبيان تبعاً كما يثبت تبعاً ؟ وجهان ، أصحهما : لا ، إذا لم توجد منهم خيانة ناقضة ، فعلى هذا لا يجوز سبيهم ، ويجوز تقريرهم في دارنا ، فإن طلبوا الرجوع إلى دار الحرب ، أجيب النساء دون الصبيان ، إذ لا حكم لقولهم قبل البلوغ ، فإن كان الطالب ممن يستحق الحضانة ، أجيب إليه ، وإلا فلا ، ولو نبذ ذمي إلينا العهد ، واختار اللحق بدار الحرب ، بلغناه المأمن على المذهب ، وأجرى القاضي حسين فيه القولين ، لأنه كافر لا أمان له .

ابن خطل متعلق بأستار الكعبة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « اقتلوه » وأما القينتان ، فهما لابن خطل كانتا تغنيان بهجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأمر بقتلهما معه ، وفي مغازي موسى بن عقبة فيما نقله شيخ الإسلام ابن تيمية في « الصارم المسلول » ص ١٢٦ عن الزهري : وقتلت إحدى القينتين ، وكمنت الأخرى حتى استؤمن لها وعاشت حتى كسر ضلع من أضلاعها زمن عثمان رضي الله عنه ، فماتت ، فقضى فيه عثمان رضي الله عنه ثمانية آلاف درهم ديتهما ، والفين تغليظاً للحرم ، وقال ابن تيمية رحمه الله : وحديث القينتين مما اتفق عليه علماء السير ، واستفاض نقله استفاضة يستغنى بها عن رواية الواحد .

فرع

المسلم إذا ذكر الله تعالى بما يقتضي الكفر ، أو كذب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فهو مرتد ، فيدعى إلى الإسلام ، فإن عاد وتاب ، قبلت توبته ، ولو كذب على رسول الله صلى الله عليه وسلم عمداً ، فعن الشيخ أبي محمد أنه يكفر ويراق دمه ، قال الإمام : وهذه زلة ، ولم أر ما قاله لأحد من الأصحاب ، والصواب أنه يعزر ، ولا يكفر ، ولا يقتل ، وما روي أن رجلاً أتى قوماً ، وزعم أنه رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأكرموه ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتله ، محمول على أن الرجل كان كافراً ، ومن قذف النبي صلى الله عليه وسلم وصرح بنسبته إلى الزنى ، فهو كافر باتفاق الأصحاب ، فإن عاد إلى الإسلام فثلاثة أوجه ، أحدها : قاله الأستاذ أبو إسحاق : لاشيء عليه ، لأنه مرتد أسلم ، والثاني قاله أبو بكر الفارسي : يقتل حداً ، لأنه حد قذف ، فلا يسقط بالتوبة ، والثالث قاله الصيدلاني : يجلد ثمانين جلدة ، ثم في كلام الإمام والغزالي أنا إذا قلنا : يثبت حد القذف ، فعفا أحد بني أعمامه ، فينبغي أن يسقط ، أو يقول : هم لا ينحسرون ، فهو كقذف ميت ليس له ورثة خاصون ، ولا يبعد تخريج وجوب الحد على القولين في وجوب القصاص بقتل مثل هذا الشخص ، وقد يقال : كل واحد من بني الأعمام غير وارث ، بل الإرث للأقرب ، ولا يكاد يعرف الأقرب ممن في الدنيا ، ويقع النظر في أن عفو بعض الورثة هل يؤثر ؟ ووراءه نظر آخر ، وهو أن حد قذفه هل يورث ؟ فيجوز أن يقال : لا يورث ، كما لا يورث المال ، أما إذا لم يقذف صريحاً ، لكن عرض ، فقال الإمام : الذي أراه أنه كالسب الصريح في اقتضاء الكفر لما فيه من الاستهانة .

قلت هذا الذي قاله الإمام متعين ، وقد قاله آخرون ، ولا نعلم فيه خلافاً . والله اعلم

ولو قذف نبياً غير نبينا ، فهو كقذف نبينا صلى الله عليه وسلم .

فصل

في مسائل تتعلق بالباب

يؤخذ على أهل الذمة أن يخفوا دفن موتاهم ، ولا يخرجوا جنازتهم ظاهراً ، ولا يظهروا على موتاهم لطماً ولا نوحاً ، ولا يسبقوا المسلمين خمراً ، ولا يطعموهم خنزيراً ، وإذا شرط ذلك عليهم فعرض بعضهم خمراً على مسلم ، فشربها اختياراً ، حد المسلم وعزر الذمي ، وكذا لو ابتدأ المسلم بطلبها فأجابه ، لكن تعزيره هنا أخف ، وأن لا يعلوا أصواتهم على المسلمين ، وأن يعينوهم إذا استعانوا بهم فيما لا يتضررون به ، وأن لا يستذلوا المسلمين في مهن الأعمال بأجرة ولا بتبرع ، حكى أكثر هذا عن « الحاوي » أنهم لو انفردوا بقرية ، هل يمنعون ركوب الخيل ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، كما ظاهر الخمر ، والثاني : نعم ، خوفاً من أن يتقوا به على المسلمين ، ولو بنى ذمي في دار الإسلام بناء لأبناء السبيل ، مكن إن جعله للمسلمين وأهل الذمة ، فإن خص أهل الذمة ، فوجهان ، ويكتب الإمام بعد عقد الذمة أسماءهم وأديانهم وحلالهم ، فيتعرض لسنه أهو شيخ أم شاب ، ولكونه من سمرة وشقرة وغيرهما ، ويصف وجهه ولحيته وجبهته وحاجبيه وعينه وشفتيه وأنفه وأسنانه ، وآثار وجهه إن كان فيه آثار ، ويجعل على كل طائفة عريفاً يضبطهم لمعرفة من أسلم منهم ، ومن مات ، ومن بلغ ، ومن قدم عليهم ، وليحضرهم لأداء الجزية ، والشكوى إليه ممن يتعدى عليهم بن المسلمين ، ومن يتعدى منهم ، ويجوز أن يكون العريف للعرض الثاني ذمياً ، ولا يجوز للعرض الأول إلا مسلم وبالله التوفيق .

الباب الثاني في عقد الذمة

ويقال لها : المودعة ، والمعاهدة ، وهي جائزة بخصوص الكتاب والسنة والإجماع ، فيه طرفان :

الأول : في شروطها وهي أربعة • **الأول :** أن يتولاه الإمام أو نائبه فيه ، هذا في مهادنة الكفار مطلقاً ، أو أهل إقليم ، كالهند والروم ، ويجوز لوالي الإقليم المهادنة مع أهل قرية أو بلدة في إقليمه للمصلحة ، وكأنه مأذون فيه بتفويض مصلحة الإقليم إليه • ولو عقد الهدنة واحد من الرعية ، فدخل قوم ممن هادتهم دار الإسلام ، لم يقرؤا ، لكن يلحقون بمأمنهم ، لأنهم دخلوا على اعتقاد أمانه •

الثاني : أن يكون للمسلمين إليه حاجة وفيه مصلحة ، بأن يكون في المسلمين ضعف لقلة عدد أو مال ، أو بعد العدو ، أو يطمع في إسلامهم لمخالطتهم المسلمين ، أو في قبرلهم الجزية ، أو في أن يعينوه على قتال غيرهم ، وإذا طلب الكفار الهدنة ، فإن كان فيها ضرر على المسلمين فلا يخفى أنهم لا يجابون ، وإلا فوجهان ، أحدهما : تجب إجابتهم ، والصحيح : لا تجب ، بل يجتهد الإمام ويفعل الأصلح ، قال الإمام : وما يتعلق باجتهد الإمام لا يعد واجباً ، وإن كان يتعين عليه رعاية الأصح •

الثالث : أن يخلو عن الشروط الفاسدة ، فإن عقدها على أن لا ينتزع أسرى المسلمين منهم ، أو يرد إليهم المسلم الذي أسروه ، وأفلت منهم ، أو شرط ترك مال مسلم في أيديهم ، فهذه شروط فاسدة ، وكذا لو شرط أن يعقد لهم الذمة على أقل من دينار ، أو على أن يقيموا

بالحجاز ، أو يدخلوا الحرم ، أو يظهروا الخمر في دارنا ، أو شرط أن يرد عليهم إذا جئن مسلمات ، وكذا لو عقد بشرط التزام مال، فإن دعت ضرورة إلى بذل مال ، بأن كانوا يعذبون الأسرى في أيديهم ففديناهم ، أو أحاطوا بنا وخفنا الاصطدام ، فيجوز بذل المال ، ودفع أعظم الضررين بأخفهما ، وفي وجوب بذل المال عند الضرورة وجهان بناء على وجوب دفع الصائل •

قلت : ليس هذا البناء بصحيح، فقد سبق أن الصائل إذا كان كافراً، وجب دفعه قطعاً ، ثم الخلاف هناك في وجوب الدفع بالقتال ، وهنا بالمال ، والأصح وجوب البذل هنا للضرورة • والله أعلم

ولا يملك الكفار ما يأخذونه ، لأنه مأخوذ بغير حق ، قاله في « المذهب » وإذا جرى في المهادنة شرط فاسد ، فسد به العقد على الصحيح ، وبه قطع ابن الصباغ وغيره •

الرابع : أن يقتصر على المدة المشروعة، ثم لا يخلو إما أن لا يكون بالمسلمين ضعف ، أو يكون ، فإن لم يكن ورأى الإمام المصلحة في الهدنة ، هادن أربعة أشهر فأقل ، ولا يجوز أكثر من سنة قطعاً ، ولا سنة على المذهب ولا ما بينهما وبين أربعة أشهر على الأظهر ، وإن كان بالمسلمين، ضعف ، جازت الزيادة إلى عشر سنين بحسب الحاجة ، ولا تجوز زيادة على العشر ، لكن إن انقضت المدة والحاجة باقية ، استؤنف العقد ، وقيل : تجوز الزيادة على عشر بحسب الحاجة ، وقيل : لا يجوز أكثر من سنة ، وقيل : لا يجوز أكثر من أربعة أشهر ، وهذه أوجه شاذة مردودة ، فإذا قلنا : لا تجوز الزيادة على عشر ، فهادن مطلقاً ، فالعقد فاسد ، وقيل : ينزل عند ضعف المسلمين على عشر ، وعند القوة قولان،

أحدهما : ينزل على سنة ، والثاني : على أربعة أشهر ، ويجوز أن لا يوقف الإمام الهدنة ، ويشترط انقضاءها متى شاء ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم هادن يهود خيبر وقال : « أفركم ما أفركم الله » لكن لو اقتصر الإمام على هذه اللفظة ، أو قال : هادتكم إلى أن يشاء الله ، فسد العقد ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم يعلم ما عند الله بالوحي بخلاف غيره ، ولو قال : هادتكم ما شاء فلان ، وهو مسلم عدل ذو رأي ، فإذا نقضها ، انتقضت ، ولو قال : ما شاء فلان منكم ، لم يجز . لأن الكافر لا يحكم على المسلمين •

فرع

إذا زاد قدر مدة الهدنة على الجائز ، بأن زاد عند الضعف على عشر سنين ، أو احتاج إلى أربع مثلاً ، فزاد ، بطل العقد في الزائد ، وفي الباقي قولاً تفريق الصفقة ، وقيل : يصح فيه قطعاً لعدم العوض ولأنه يتسامح في معاقدة الكفار •

فرع

إذا طلب الكافر الأمان ليسمع كلام الله تعالى ، وجبت إجابته قطعاً كما سبق ، قال الإمام : وهل يمهل لذلك أربعة أشهر أم يقال : إذا لم يفصل الأمر بمجالس يحصل فيها البيان التام يقال له : الحق بمأمنك ؟ فيه تردد أخذته من فحوى كلام الأصحاب ، والأصح : المنع •

الطرف الثاني في أحكامها

فمتى فسد العقد لزيادة المدة ، أو لالتزام مال أو غيرهما ، لا يمضي بل يجب نقضه ، لكن لا يجوز اغتيالهم ، بل يجب إنذارهم وإعلامهم ،

وإذا وقع صحيحاً ، وجب الوفاء بالكف عنهم إلى انقضاء المدة ، أو صدور خيانة منهم تقتضي الانتقاض ، وإذا مات الإمام الذي عقدها ، أو عزل ، وجب على الإمام الذي بعده امضاؤه ، فإن رآه فاسداً ، قال الروياني : إن كان فساد من طريق الاجتهاد ، لم يفسخه ، وإن كان بنص أو اجماع ، ففسخه ، وينبغي للإمام إذا هادن أن يكتب عقد الهدنة ويشهد عليه ليعمل به من بعده ، ولا بأس أن يقول فيه : لكم ذمة الله تعالى وذمة رسوله صلى الله عليه وسلم وذمتي ، ومتى صرحوا بنقض العقد ، أو قاتلوا المسلمين ، أو آووا عيناً عليهم ، أو كاتبوا أهل الحرب ، أو قتلوا مسلماً ، أو أخذوا مالا ، أو سبوا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، انتقض عهدهم ، ولا يفتقر إلى أن يحكم الحاكم بنقضه ، قال الإمام : والمضرات التي اختلف في انتقاض عقد الذمة بها تنقض الهدنة بلا خلاف ، لأن الهدنة ضعيفة غير متأكدة ببذل الجزية ، وإذا انتقض عهدهم ، جاز قصد بلادهم وتبويتهم والإغارة عليهم إن علموا أن ما فعلوه ناقض ، وكذا إن لم يعلموا على الأصح ، وقيل : لا يقتلون إلا بعد إنذارهم ، وينبغي أن يقال : إذا لم يعلموا أنه خيانة لا ينتقض العهد إلا إذا كان المفعول مما لا يشك في مضادته للهدنة ، كالقتال ، ثم ما ذكرنا من قصدهم والإغارة عليهم هو إذا كانوا في بلادهم ، فأما من دخل دارنا بأمان أو مهادنة ، فلا يفتال وإن انتقض عهده ، بل يبلغ المأمن ، هذا إذا نقض جميعهم العهد ، فإن نقض بعضهم ، نظر إن لم ينكر الآخرون على الناقضين بقول ولا فعل ، بل ساكنوهم وسكتوا ، انتقض عهدهم أيضاً ، وإن أنكروا بقول أو فعل ، بأن اعتزلوهم أو بعثوا إلى الإمام بأنا مقيمون على العهد ، لم ينتقض ، هكذا أطلقه جماهير الأصحاب ، ووراءه شيان غريبان ، أحدهما : قال الإمام : لو بدت خيانة بعضهم وسكت الآخرون ، كان للإمام أن ينبذ إليهم ، والثاني في كتاب ابن كج : أنه لو

نقض السوقه العهد ولم يعلم الرئيس والأشراف بذلك ففي انتقاض العهد في حق السوقه وجهان ، وجه المنع : أنه لا اعتبار بعقدهم فكذا بنقضهم ، وأنه لو نقض الرئيس وامتنع الأتباع وأنكروا ، ففي الانتقاض في حقهم قولان ، وجه النقض : أنه لم يبق العقد في حق المتبوع ، فكذا التابع ، والصحيح ما سبق ، وإذا انتقض في حق بعضهم ، فإن تميزوا ، فذاك ، وإلا فلا يبيتهم الإمام ، ولا يغار عليهم إلا بعد الإنذار ، ويبحث إلى الذين لم ينقضوا ليميزوا أو يسلموهم ، فإن لم يفعلوا مع القدرة صاروا ناقضين أيضاً ، ومن أخذ منهم واعترف بأنه من الناقضين ، أو قامت عليه بينة ، لم يخف حكمه ، وإلا فيصدق بيمينه أنه لم ينقض ، وأما عقد الذمة فنقضه من البعض ليس نقضاً من الباقي بحال .

فرع

إذا استشعر الإمام ممن هادنه خيانة وظهرت أماره تدل على خيانتهم ، فقال الشيخ أبو حامد : ينتقض عهدهم ، والصحيح المنصوص : أنه لا ينتقض ، بل للإمام أن ينبذ إليهم عهدهم ، وحكي قول أنه لا ينبذه كما لا ينبذ عقد الذمة بالتهمة ، وحكي وجه في نبذ الذمة بالتهمة . والمذهب الفرق ، وإذا نبذه فلا بد من إنذارهم وإبلاغهم المأمّن ، لكن من عليه حق آدمي من مال أو حد قذف أو قصاص ، يستوفي منه أولاً ، والمعتبر في إبلاغ الكافر المأمّن أن يمنعه من المسلمين ومن أهل عهدهم ، ويلحقه بدار الحرب ، واكتفى ابن كج بإلحاقه بأول بلاد الكفر وقال : لا يلزم إلحاقه ببلده الذي يسكنه فوق ذلك إلا أن يكون بين أول بلاد الكفر وبلده الذي يسكنه بلد للمسلمين يحتاج إلى المرور عليه ، وفي « البحر » أنه لو كان له مأمنان ، لزم الإمام إلحاقه بمسكنه منهما ، ولو

كَانَ يَسْكُنُ بِلَدَيْنِ ، فَلَاخْتِيَارَ لِلْإِمَامِ ، وَفِي هَذَا مَا يَنَازَعُ فِي الْاِكْتِفَاءِ
بِأَوَّلِ بِلَادِ الْكُفْرِ ، وَلَوْ لَمْ تَظْهَرِ أَمَارَةُ يَخَافُ بِسَبَبِهَا مِنْهُمْ نَبَذَ الْعَهْدَ ،
وَلَا اعْتَبَارَ الْوَهْمَ الْمُحْضَ ، حَكَى ذَلِكَ عَنْ نَصِهِ فِي « الْأُمِّ » •

فَرَع

إِذَا هَادَنَ الْإِمَامُ مَدَّةً لِّضَعْفٍ وَخَوْفٍ اقْتَضَاهَا ، ثُمَّ زَالَ الْخَوْفُ
وَقَوِيَ الْمُسْلِمُونَ ، وَجَبَ الْوَفَاءُ بِمَا جَرَى •

فَرَع

قَالَ فِي « الْحَاوِي » : يَجِبُ عَلَى الَّذِينَ هَادَنَهُمُ الْإِمَامُ الْكُفَّ عَنْ
قَبِيحِ الْقَوْلِ وَالْعَمَلِ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِينَ ، وَبَذَلَ الْجَمِيلَ مِنْهَا ، فَلَوْ كَانُوا
يُكْرِمُونَ الْمُسْلِمِينَ ، فَصَارُوا يَهِينُونَهُمْ ، أَوْ يُضَيِّفُونَ النِّزِيلَ وَيُصَلُّونَهُمْ •
فَصَارُوا يَقْطَعُونَهُمْ ، أَوْ يَعْظُمُونَ كِتَابَ الْإِمَامِ ، فَصَارُوا يَسْتَخْفُونَ بِهِ ،
أَوْ تَقْصُوا عَمَّا كَانُوا يَخَاطَبُونَ بِهِ ، سَأَلَهُمُ الْإِمَامُ عَنْ سَبَبِ فَعْلِهِمْ ، فَإِنْ
اعْتَذَرُوا بِمَا يَجُوزُ قَبُولُ مِثْلِهِ ، قَبْلَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرُوا عَذْرًا ، أَمْرَهُمْ
بِالرَّجُوعِ إِلَى عَادَتِهِمْ ، فَإِنْ امْتَنَعُوا ، أَعْلَمَهُمْ بِنَقْضِ الْهَدَنَةِ وَنَقْضِهَا •

فَصْل

إِذَا شَرَطَ رَدَّ الْمَرْأَةِ إِذَا جَاءَتْهَا مِنْهُمْ مُسْلِمَةٌ ، لَمْ يَجْزِ بِحَالٍ ، وَشَرَطَ
رَدَّ الرَّجُلِ إِذَا هَاجَرَ مُسْلِمًا جَائِزًا فِي الْجُمْلَةِ ، وَالْفَرْقُ أَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ أَنْ
يُصِيبَهَا زَوْجُهَا الْكَافِرُ ، أَوْ أَنْ تَزُوجَ كَافِرًا ، وَلَأنَّهَا عَاجِزَةٌ عَنِ الْهَرَبِ
وَأَقْرَبُ إِلَى الْاِفْتِتَانِ ، فَإِذَا عَقَدَ الْإِمَامُ هَدَنَةً ، فَإِذَا أَنْ يَشْرَطَ أَنْ لَا يَرِدَ مِنْ
جَاءِ مُسْلِمًا ، أَوْ يُطْلَقَ ، أَوْ يَشْرَطَ الرَّدَّ ، فَإِنْ شَرَطَ أَنْ لَا يَرِدَ ، فَلَا رَدَّ وَلَا
غَرَمَ ، وَكَذَا لَوْ خَصَّ النِّسَاءَ ، يَمْنَعُ الرَّدَّ ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَهَلْ يَغْرَمُ الْإِمَامُ

مهر من جاءت مسلمة ؟ قولان ، أظهرهما : لا ، وقيل : إن كان قبل الدخول وجب الغرم قطعاً ، قال ابن الصباغ : هذا سهو من قائله ، وإن شرط الرد ، نظر إن أطلق فقال : بشرط أن نرد من جاءنا منهم ، ففي وجوب الغرم القولان ، وقد يقال : إن أوجبنا عند الإطلاق ، فهنا أولى ، وإلا فقولان ، ولو صرح بشرط رد النساء ، فهو فاسد ، وفي فساد العقد به ما سبق ، فإن لم يفسده ، ففي الغرم الخلاف السابق بالترتيب ، ويتفرع على وجوب الغرم مسائل :

منها : المغروم ، وهو المبذول من صداقها ، وقال الماوردي : عندي أنه هو الأقل من مهر المثل والمبذول ، والصحيح الأول ، وبه قال الجمهور ، ولو لم يدفع إليها شيئاً ، فلا شيء له ، ولو لم يدفع إلا بعضه ، لم يستحق إلا ذلك القدر ، ولو كان أعطاها أكثر من المسمى ، لم يستحق الزيادة ، كما لا يستحق ما أطعمها وكساها وأنفقه في العرس ، لأنه متبرع به ، ولأنه ليس بدل البضع الذي حلنا بينه وبينه .

ومنها : لا يثبت الغرم بمجرد قوله : أعطيتها صداقها ، بل ينظر إن أنكرت النكاح ، فهي المصدقة وعليه البينة ، وإن صدقته وأنكرت القبض ، ففي « الشامل » وغيره : أنها تصدق باليمين ، وعليه البينة ، وقال الروياني : لا يمين عليها ، لأن الصداق على غيرها ، وقال الشيخ أبو حامد : يفحص الإمام عن مهر مثلها ، فقد يعرفه من تجار المسلمين الذين دخلوا دار الحرب ، ومن الأسارى ، ثم يحلف الرجل أنه أصدقها ذلك القدر وسلمه ، ولو ادعى الدفع وصدقته ، فقد نقل الإمام عن العراقيين أن إقرارها كالبينة ، وقالوا : تعسر إقامة البينة على ما يجري بين الكفار ، ورأى الإمام أن يعتمد قولها ولا يجعله حجة علينا .

ومنها : محل الغرم سهم المصالح ، وحكى ابن كج وجهاً أنه إن

كان للمرأة مال ، أخذ منها ، والصحيح الأول ، فإن هاجرت إلى بلد فيه الإمام ، غرم المهر . وإن هاجرت إلى بلد فيه نائبه ، فكذلك ، وهل المعتبر نائبه في عقد الهدنة ، أم في بيت المال ؟ وجهان ، وإن هاجرت إلى بلد ليس فيه الإمام ولا نائبه ، فعلى أهل البلد منعها حبة ولا يغرمون المهر . قال ابن كج : وليس على الإمام والحالة هذه رد المهر ، كما لو جاء رجل إلى غير بلد الإمام لا يلزمه أن يغطي بينه وبين من يطلبه ، والأحسن ما حكاه البغوي وغيره : أنه إن قال عند المهادنة : من جاءني منكم مسلماً رددته ، لم يلزمه شيء ، لأنها ما جاءته ، وإن قال : من جاء المسلمين ، أو من جاءنا ، وجب .

ومنها : لو وهبته الصداق ، أو أبرأته فعلى الخلاف في التشطر .
ومنها : إذا جاءت مسلمة ، ثم أسلم الزوج ، نظر إن أسلم قبل انقضاء عدتها ، فالتكاح مستمر ، وليس لها طلب المهر ، وإن أخذه قبل الإسلام ، لزمه رده إذا زالت الحيلولة ، وإن لم يسلم حتى انقضت عدتها ، نظر إن أخذ المهر قبل الإسلام ، لم يسترجع منه ، وصار بالقبض كالمستهلك في الشرك . وإن لم يأخذه ، فإن طالبت به قبل إسلامه ، استقر له المهر لحصول الحيلولة بإسلامها ، ومنعنا إياها منه ، وعن أبي إسحاق أنه لا مهر له . والصحيح الأول ، وإن لم يطالب بها قبل إسلامه ، فلا شيء له . لأن الحيلولة حصلت بالبينونة باختلاف الدين ، ولا مطالبة بالمهر بعد البينونة ، فلو كانت الصورة بحالها ، ولم يكن أعطاها المهر ، فلما أسلم بعد انقضاء العدة أخذت المهر بسبب المسيس ، فهل تغرم له ذلك ؟ فيه احتمالان للإمام ، وجعلهما الغزالي وجهين ، أرجحهما : المنع ، هذا إذا كان إسلامها بعد الدخول ، فإن جاءت مسلمة قبل الدخول وأسلم الزوج بعدها ، لم يكن له طلب المهر ، لأنه أسلم بعد البينونة .

ومنها : لو جاء في طلبها غير زوجها . كأييها وعشيرتها ، لم يغرم شيئاً ، لأن المعتبر طلب من كان له ملك البضع . أو طلب وكيله ورسوله ، ولو جاءنا الزوج ولم يطلبها ، لم يغرم أيضاً ، وينبغي أن يكون الطلب في العدة ، فأما إذا بانت بانقضاء العدة ، فلا أثر للطلب .

ومنها : إذا دخلت كافرة ، رددناها سواء طلبها زوجها أو محارمها . فإن أسلمت بعد دخولها ، فهو كما لو جاءت مسلمة في أنا لانردها وفي غرم المهر . وقيل : في الغرم وجهان ، ولو ارتدت بعد الإسلام . وجاء الزوج يطلبها ، نظر إن طلبها بعد قتلها ، لم نغرم شيئاً لحصول الحيلولة بالقتل ، وإن طلبها قبل القتل ، لم نردها لوجوب قتلها ، وفي الغرم وجهان ، أصحهما : يجب لحصول الحيلولة بالإسلام .

ومنها : لو جاءتنا مسلمة ، فجنت ، أو جاءتنا مجنونة ثم أفاقت وأسلمت ، فحكمتها في الرد والغرم حكم العواقل ، وإن جاءت مجنونة تصف الإسلام أو لاتصفه ، وأخبر عنها أنها وصفته ولم نعلم ، أو وصفته قبل الجنون أم فيه ، أو لم نخبر عنها بشيء ، لم ترد لاحتمال الإسلام قبل الجنون ، ولا غرم لاحتمال أنها لم تسلم حينئذ ، فلا نغرم بالشك . فإن أفاقت وأقرت بالإسلام ، غرمتنا ، وإلا رددناها ولا غرم ، ولو علمنا أنها لم تزل مجنونة ، فينبغي أن ترد .

ومنها : إذا جاءت صبية مميزة وهي تصف الإسلام لانردها ، لأنها وإن لم نصحح إسلامها فتوقعه . فيحتاط لحرمة الكلمة ، وقيل : ترد . والصحيح الأول ، ولا غرم في الحال على الأصح . وقيل : الأظهر كالمجنونة ، فإن بلغت ووصفت الكفر . رددناها . وإن وصفت الإسلام . غرمتنا .

ومنها : لو جاءت رقيقة منهم مسلمة ، فلا ترد على سيدها ولا زوجها ، ويحكم بعقبتها إن فارقتهم ثم أسلت . لأنها إذا جاءت مراغبة لهم ، ملكت نفسها بالقهر فتعتق ، كعبد قهر سيده العربي ، فإنه يصير حراً ، وهل يغرم لسيدها قيسنها من سهم المصالح إذا جاء يطلبها ؟ فيه طريقان ، المذهب : أنه على القولين ، والثاني : لاغرم قطعاً ، لأن الحيلولة حصلت بالعتق والقهر قبل الإسلام ، ومن قال بالمذهب ، قال : المانع هو الإسلام ، فإنها لو كانت حرة كافرة لم يمنع زوجها ، ولو أسلت ، ثم فارقتهم ، وهاجرت مسلمة ، فقال البغوي : لاتصير حرة ، لأنهم في أماننا ، وأموالهم محرمة علينا ، فلا يزول الملك عنها بالهجرة بخلاف ما إذا هاجرت : ثم أسلت ، لأن الهدنة لا توجب أمان بعضهم من بعض ، فملكك نفسها بالقهر ، ولم يتعرض جماعة لهذا التفصيل ، وأطلقوا الحكم بالعتق ، ويجوز أن يؤخذ به ، لأن الهدنة جرت معنا لامعها ، كما سنذكره إن شاء الله تعالى في الرجل إذا جاءنا مسلماً ورددناه ، أن له التعرض لهم ، ثم قال الشيخ أبو إسحاق : لاترد إلى سيدها لإسلامها وشركه . ولكن نغرم له قيمتها ، كما لو غصب منهم مال وتلف ، واعترض صاحب « البيان » وقال : الذي يقتضيه المذهب أنا لانغرم القيمة ويأمره بإزالة الملك عنها ، كأمة كافر أسلمت ، ونعود إلى هذا الكلام والتفصيل إن شاء الله تعالى ، وإذا كانت الأمة مزوجة ، ففي غرم المهر القولان ، فإن قلنا بغرامة المهر والقيمة ، نظر إن حضر الزوج والسيد معاً ، أخذ كل واحد حقه ، وإن جاء أحدهما فقط فثلاثة أوجه ، أصحهما : نغرم حق الطالب ، والثاني : لانغرم شيئاً ، لأن حق الرد مشترك ولم يتم الطلب ، والثالث : نغرم للسيد إن انفرد بالطلب ، ولا نغرم للزوج لأن حق الرد في المزوجة للسيد أكد ، ألا ترى أنه يسافر بها بخلاف الزوج ، فإن كان زوج الأمة عبداً ، فلها خيار الفسخ إذا عتقت ، فإن فسخت النكاح ،

لم نغرم المهر لأن الحيلولة حصلت بالفسخ ، وإن لم تفسخ وأوجبنا غرم المهر ، فلا بد من حضور الزوج والسيد جميعاً ، وطلب الزوج المرأة والسيد المهر ، فإن انفرد أحدهما ، لم نغرم لأن البضع غير مملوك للسيد ، والمهر غير مملوك للعبد .

ومنها : إنما نغرم إذا طلبها الزوج فسنعناها بسبب الإسلام ، أما إذا مات قبل الطلب ، فلا غرم ، وكذا لو مات الزوج قبل أن يطلبها منا وإن كان قد دخل دار الإسلام ، ولو مات أحدهما بعد الطلب والمنع ، لم يسقط الغرم ، فإن كان هو الميت ، صرف المهر إلى ورثته ، وإن قتلت قبل الطلب ، فلا غرم ، كما لو ماتت ، وإن قتلت بعده ، ثبت الغرم . ثم نقل الإمام أنه يكون على القاتل ، لأنه المانع بالقتل . ورأى أن يفصل فيقال : إن قتلها على الاتصال بالطلب ، فالحكم ما ذكرناه . وإن تأخر القتل ، فقد استقر الغرم علينا بالمنع ، فلا أثر للقتل بعده . وفي الحالتين لاحق للزوج فيما على القاتل من قصاص ودية : لأنه لا يرثها ، ولو جرحها شخص قبل الطلب ، ثم طلبها الزوج وقد انتهت إلى حركة المذبوحين ، فهو كالطلب بعد الموت ، وإن بقيت فيها حياة مستقرة ، فهل الغرم على الجارح ، أم في بيت المال لأن المنع في الحياة ؟ وجهان ، أصحهما : الثاني : ولا يسقط الغرم ، بأن يطلقها بعد طلبها ، وأما قبله ، فإن خالعه ، أو طلقها طلاقاً بائناً ، فلا غرم ، لأنه ترك باختياره ، قال الروياني : وكذا لو ملكها أن تطلق نفسها على الفور ، وقد يلائم هذه القاعدة أن يقال : يشترط كون الطلب على الفور ، وإن طلقها رجعيّاً ، أو طلقها ، فأسلمت وهي في عدة الرجعية ، ثم جاء الزوج يطلبها ، فالصحيح المنصوص أننا إنما نغرم له إذا راجعها لظهور قصد الإمساك بالرجعة ، وإن كانت رجعة الكافر المسلمة لاتصح ، قال الإمام : وخرج المحققون قولاً أنه يستحق المهر بمجرد الطلب بلا رجعة ، لأنها فاسدة ، فلا معنى لاشتراطها .

فرع

جميع ما ذكرناه هو في رد النساء الحرائر ، أما الإماء والصبيان والمجانين ، فلا يردون لضعفهم ، ولا يجوز الصلح بشرط ردهم ، ولا غرم في ترك ردهم ، كما في غير ذوات الأزواج ، فإذا بلغ الصبي ، وأفاق المجنون ، فإن وصفا الإسلام ، فذاك ، وإن وصفا كفوفاً لا يقرأه أهله عليه ، فإما أن يسلم ، وإما أن يردا إلى مأمنهما ، وإن وصفا كفوفاً يقر أهله ، فإما أن يسلم وإما أن يقبلا الجزية ، وإما أن يردا إلى مأمنهما .

وأما الذكور البالغون العقلاء ، فنقل الإمام في رد العبد وجهين ، الصحيح الذي ذكره الجمهور : لا يرد ، لأنه جاء مسلماً مراغماً لهم ، والظاهر أنهم يسترقونه ويهينونه ولا عشيرة له تحميه ، والثاني : يرد ، والمنع في النساء لخوف الفاحشة ، وهل يعتق العبد الذي جاء مسلماً ؟ قال في « الحاوي » : إن غلبهم على نفسه ثم أسلم وهاجر ، عتق ، لأن الهدنة لا توجب أمان بعضهم من بعض ، وإن أسلم ، ثم غلبهم على نفسه وجاءنا ، نظر إن فعل ذلك قبل أن هادناهم ، فكذلك ، لأنه غلب في حال الإباحة ، وإن فعله بعد الهدنة ، لم يعتق ، لأن أموالهم محرمة حينئذ لا يملكها بالقهر ، ثم لا يرد إلى السيد ، وإن لم يعتق ، ولا يمكن من استرقاقه ، فإن أعتقه وإلا باعه الإمام لمسلم ، أو دفع قيمته من بيت المال ، وأعتقه عن المسلمين كافة ، وولأوه لهم . وأما الحر ، فإن لم تكن له عشيرة وغلب على الظن أنه يذل ويهان ، ففي رده طريقان ، الصحيح طرد الوجهين في رد العبد ، والثاني : يرد قطعاً لأن الحرية في الجملة مظنة القدرة ، فإن قلنا : يرد ، قال الإمام : لا يبعد أن يقال : على الإمام أن يشرط عليهم أن لا يهينوا المسلم المردود ، فإن أهانوه كانوا ناقضين للعهد ، وإن كان للحر عشيرة وطلبته ، رد كما رد النبي صلى الله عليه وسلم أبا جندل رضي الله عنه على سهيل بن عمرو ، لأن الظاهر أنهم يحمونه ، وأما كون عشيرته تؤذيه بالتقييد ونحوه ، فلا اعتبار به ، فإنهم يفعلونه

تأدياً في زعمهم ، وإن طلبه عين عشيرته ، لم يرد إلا إذا كان الطالب ممن يقدر المطلوب على قهره والإفلات منه ، وعلى هذا حمل رد النبي صلى الله عليه وسلم أبا بصير رضي الله عنه ، وإن لم يطلبه أحد ، فلا رد كما لا غرم إذا لم يطلب أحد المرأة ، قال الأصحاب : ومعنى الرد أنه لا منع من الرجوع ، ويخلى بينه وبين من يطلبه ، لا أنه يجبر على الرجوع ، وهذا معنى رد النبي صلى الله عليه وسلم أبا جندل وأبا بصير رضي الله عنهما ولا يبعد تسمية التخلية رداً كما في رد الوديعة ، ولو شرط الإمام في الهدنة أن يبعث إليهم من جاءه مسلماً ، فمن الأصحاب من قال : يجب الوفاء بشرطه ، ومقتضى هذا أن لا يعتبر الطلب ، ونقل الروياني عن النص أنه يفسد العقد بهذا الشرط ، وذكر أنهم لو طلبوا من جاء منهم وهو مقيم على كفره ، مكناهم منه ، وأنهم لو كانوا شرطوا أن يقوم برده عليهم ، وفينا بالشرط ، ولا يجب على المطلوب أن يرجع إليهم ، ولذلك لم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم على أبي بصير رضي الله عنه امتناعه ، فإن اختار الإقامة في دار الإسلام ، لم يمنعه ، ويقول الإمام للطالب : لا أمنعك منه إن قدرت عليه ، ولا أعينك إن لم تقدر ، وعن النص أنه يستحب أن يقول للمطلوب سراً : لا ترجع ، وإن رجعت فاهرب إذا قدرت ، وللمطلوب أن يقتل الطالب ، ولنا أن نرشده إلى قتله تعريضاً لا تصريحاً ، لأن الإمام إنما التزم بالهدنة أن يمتنع عنهم ، ويسنع الذين يعادونهم وهم المسلمون يومئذ ، فأما من أسلم بعد ، فلم يشترط على نفسه ، ولا تناوله شرط الإمام ، لأنه ليس في قبضته ، وفيه احتمال للإمام أنه ليس له التعرض لمن عصم الإمام دمه وماله ، ولهذا من جاءنا مسلماً ولم يطلب ، يلزمه بعقد الهدنة ما لزمنا .

فرع

عن « البحر » : كافر تحته عشر نسوة أسلمن ، وهاجرن ، وجاء يطلبهن ، يؤمر باختيار أربع ، ويعطى مهورهن على قول غرامة المهر ، والمستولدة إذا جاءت مسلمة كالأمة والمكاتبة إن اقتضى الحال عتقها كذلك وتبطل الكتابة وإلا فهي على كتابتها ، فإن أدت ، عتقت وللسيد الولاء ، وإن عجزت ورقت حسب ما أخذ من مال الكتابة بعد إسلامها من ضمانها ولا يحسب منه ما أخذ قبل الإسلام ، فإن بلغ المحسوب عليه قدر القيمة ، فقد استوفى حقه وعتقت ، وولاؤها للمسلمين ، وهل يرد عليها من بيت المال ؟ قولان بناء على أنا هل نفرم للسيد قيمة الأمة ، وإن كان المؤدى أكثر من القيمة ، لم يسترجع الفاضل من سيدها ، وإن كان أقل ، فللسيد تمام القيمة ، ويكون ذلك من بيت المال .

نصل

إذا عقد الهدنة بشرط أن يردوا من جاءهم منا مرتداً ، ويسلموه إلينا ، لزمهم الوفاء ، فإن امتنعوا ، كانوا ناقضين للعهد ، فإن عقدت بشرط أن لا يردوا من جاءهم ، ففي جوازه قولان ، أظهرهما وأشهرهما : الجواز ، والثاني : المنع ، بل لا بد من استرداده لإقامة حكم المرتدين عليه ، وقال الماوردي : الصحيح عندي صحة الشرط في الرجال دون النساء ، لأن الأبضاع يختاط لهما ، ويحرم على الكافر من المرتدة ما يحرم من المسلمة ، وربما حاول تنزيل القولين على الصنفين ، فإن أبطلنا الشرط وأوجبنا الرد ، فالذي عليهم التمكين والتخية دون التسليم . وكذا الحكم لو جرت المهادنة مطلقاً من غير تعرض لرد المرتد ، وحيث لا يلزمهم التمكين والتسليم : يلزمهم مهر من ارتد من نساء المسلمين :

وقيمة من ارتد من رقيقهم ، ولا يلزمهم غرم من ارتد من الرجال الأحرار ، ولو عاد المرتدون إلينا ، لم نرد المهور ، ونرد القيم ، لأن الرقيق يدفع القيمة يصير ملكاً لهم ، والنساء لا يصرن زوجات ، وحيث يجب التمكين دون التسليم تمكنوا ، فلا غرم عليهم ، سواء وصلنا إلى المطلوبين أم لا ، وحيث يجب التسليم يطالبهم به عند الإمكان ، فإن فات التسليم بالموت ، لزمهم الغرم ، وإن هربوا ، نظر إن هربوا قبل القدرة على التسليم ، فلا غرم ، وبعدها يجب الغرم ، وإذا قلنا : لا تسترد المرتدة ، غرم الإمام لزوجها ما أنفق من صداقها ، لأننا بعقد الهدنة حلنا بينه وبينها ، ولولاه ، لقاتلناهم حتى يردوها ، وإن قلنا : تسترد ، فتعذر ذلك فقال الغزالي : نغرم له أيضاً ، ويشبه أن يكون الغرم لزوج المرتدة مفرعاً على الغرم لزوج المسلمة المهاجرة ، ولم أره مصرحاً به ، وقد يشعر كلام الغزالي بخلافه ، ثم لو جاءتهم امرأة منا مرتدة ، وهاجرت إلينا امرأة منهم مسلمة ، وطلبها زوجها ، فلا نغرم له المهر ، بل نقول : هذه بهذه ، ويجعل المهرين قصاصاً ، ويدفع الإمام المهر إلى زوج المرتدة ، ويكتب إلى زعيمهم ليدفع مهرها إلى زوج المهاجرة ، هذا إن تساوى القدران ، فإن كان مهر المهاجرة أكثر ، صرفنا مقدار مهر المرتدة منه إلى زوجها والباقي إلى المهاجرة ، وإن كان مهر المرتدة أكثر ، صرفنا مقدار مهر المهاجرة إلى زوجها ، والباقي إلى زوج المرتدة ، وبهذه المقاصة فسر مفسرون قوله تعالى : (وإن فاتكم شيء من أزواجكم إلى الكفار فعاقبتهم فآتوا الذين ذهبوا أزواجهم مثل ما أنفقوا) (١) .

(١) المتحنة : ١١

فصل

على الإمام منع من يقصد أهل الهدنة من المسلمين ، والذميين ، وليس عليه منع الحريين ، ولا منع بعضهم من بعض لأن الهدنة لمجرد الكف لا للحفاظ بخلاف الذمة • ولو أئلف مسلم أو ذمي على مهادن نفساً أو مالا ، ضمنه ، وإن قذفه عزز ، وعليهم يأتلاف مال المسلم الضمان ، وبقتله القصاص ، وبالقذف الحد • ولو أغار أهل الحرب عليهم ، ثم ظفر الإمام بأهل الحرب ، فاستنقذ منهم أموال أهل الهدنة ، لزمه ردها إليهم ، وفي إقامة حد السرقة ، والزنى على المعاهد ، وانتقاض عهده بالسرقة خلاف سبق في آخر الباب الأول من كتاب السرقة ، وبالله التوفيق •

كتاب الصيد والذبائح والضحايا والعقيقة والأطعمة • هذه الكتب تقدمت في آخر العبادات (١) •

(١) أنظر الجزء الثالث ص ١٩٢ - ٢٩٢ •

كُتَابُ السَّبْقِ وَالرَّمِي

وهو المناضلة ، المسابقة والمناضلة جائزتان بل ستان إذا قصد بهما التأهب للجهاد .

قلت يكره لمن علم الرمي تركه كراهة شديدة ، ففي صحيح مسلم عن عقبة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من علم الرمي ثم تركه فليس منا أو قد عصى » . والله أعلم

ويجوز شرط المال في المسابقة والمناضلة ، وفي الكتاب بابان ، باب في السبق ، وباب في الرمي ، وقد تدخل مسائل أحدهما في الآخر لتقاربهما .

الباب الأول

في السبق

وفيه طرفان :

الأول : في شروطه ، وهي عشرة .

الأول : أن يكون المعقود عليه عدة للقتال ، لأن المقصود منه التأهب للقتال ، ولهذا قال الصيمري : لا يجوز السبق والرمي من النساء ؛ لأنهن لسن أهلاً للحرب ، ثم الأصل في السبق الخيل والإبل ، لأنها التي يقاتل عليها غالباً ، وتصلح للكر والفر بصفة الكمال ، وتجاوز المسابقة على الخيل والبغل والحمار على المذهب ، وقيل بالمنع فيها ، وقيل بالمنع في البغل والحمار ، وقيل في الجميع خلافه . وأما المناضلة فتجوز على السهام العربية والعجمية وهي الشاب ، وعلى جميع أنواع القسي ، حتى تجوز على

الرمي بالمسلات والإبر ، وفي المزاريق والرائات^(١) ورمي الحجارة باليد وبالمقلع والمنجنيق طريقان ، أحدهما : الجواز ، والثاني : وجهان ، أصحهما : الجواز ، ولا تجوز المسابقة بإشالة الحجر باليد على المذهب وبه قطع الأكثرين ، وقيل : وجهان ، وأما مرأمة الأحجار ، وهي أن يرمي كل واحد الحجر إلى صاحبه ، فباطلة ، وأما المسابقة على التردد بالسيوف والرماح ، فقيل بمنعها ، لأنها لا تفارق صاحبها ، وإلا يصح الجواز ، لأنها من أعظم عدد القتال ، واستعمالها يحتاج إلى تعلم وتحذق ، والمسابقة على الحمام وغيره من الطيور ، وعلى الأقدام والسباحة في الماء والطيارات والزوارق والصراع ، فجائزة بلا عوض ، والأصح منها بالعوض ، فإن جوزنا الصراع ، ففي المشابكة باليد وجهان ، ولا تجوز على مناطحة الشياه ، ومهارشة الديكة لا بعوض ولا بغيره .

فرع

لا يجوز عقد المسابقة على ما لا ينتفع به في الحرب ، كاللعب بالشطرنج والخاتم والصولجان^(٢) ، ورمي البندق والجلاهق^(٣) ، والوقوف على رجل واحدة ، ومعرفة ما في اليد من شفع ووتر ، وسائر أنواع اللعب ، وأما المقل في الماء فقال الشيخ المروزي : إن جرت العادة بالاستعانة به في الحرب ، فهو كالسباحة ، وإلا فلا تجوز المسابقة عليه .

(١) المزاريق جمع مزارق : وهو رمح قصير ، وزرقه بالرمح زرقاً من باب قتل ، والرائات : هي المزاريق .

(٢) الصولجان : عصاً يعطف طرفها ، تضرب بها الكرة على الدواب ، فارسي معرب .

(٣) بضم الجيم وتخفيف اللام : البندق المعمول من الطين يرمى به عن القوس ، الواحدة : جلاهقة ، فارسي معرب ، ويضاف القوس إليه للتخصيص ، فيقال : قوس الجلاهق ، كما يقال : قوس النشابة .

قلت : لا تجوز المسابقة على البقر على المذهب ، وقيل : وجهان ،
حكاه الدارمي قال : والذي تجوز المسابقة عليه من الخيل . قيل :
ما يسهم له وهو الجذع أو الشني ، وقيل : وإن كان صغيراً قال : ولا
تجوز على الكلب . والله أعلم

الشرط الثاني : الإعلام ، فيشترط إعلام الموقف الذي يبدأ بالجري
منه ، والغاية التي يجريان إليها ، ويشترط تساوي المتسابقين فيهما ، ولو
لم يعينا غاية وشرطا المال لأسبقهما حيث سبق ، لم يجز ، ولو عينا غاية
وشرطا أن السبق إن اتفق في وسط الميدان لأحدهما كان فائزاً ، لم يجز
على الأصح لأننا لو اعتبرنا السبق في خلال الميدان لاعتبرناه بلا غاية
معينة ، ولو عينا غاية وقالوا : إن اتفق السبق عندها فذاك ، وإلا عدينا
إلى غاية أخرى اتفقا عليها ، جاز على الأصح لحصول الإعلام وكون كل
واحدة من الغائتين معلومة .

فرع

يشترط كون المال معلوم الجنس والقدر .

الشرط الثالث : أن يشترط للسابق كل المال أو أكثره ، فإذا تسابق
اثنان ، وبذل المال غيرهما ، فإن شرطه للسابق منهما ، فذاك ، وإن شرطه
للثاني ، أو شرط له مثل الأول ، لم يجز ، وإن شرط للثاني أقل مما شرط
للاول ، جاز على الأصح ، وإن تسابق ثلاثة ، وشرط بأذل المال للمال للأول ،
جاز ، وإن شرطه للثاني ، أو شرط له أكثر من الأول ، لم يجز على الأصح ،
وقيل : يجوز ، لأن ضبط الفرس في شدة عدوه ليقف في مقام الثاني
يحتاج إلى حذق ومعرفة ، وإن شرط له مثل ما شرط للأول ، جاز على
الأصح ، لأن كل واحد يجتهد هنا أن يكون أولاً ، وثانياً ، وإن شرط له

دون ماسرط للأول ، جاز على الصحيح ، ويخرج من هذا الاختلاف في
الثلثة أربعة أوجه ، أحدها : يجوز أن يشرط الجميع للثاني ، والثاني :
لا يجوز شرط شيء له ، والثالث : يجوز له شرط بشرط تفضيل السابق ،
والأصح : يجوز أن يشرط له بحيث لا يفضل على السابق ، وأما الفسكل
بكسر الفاء والكاف وإسكان السين المهملة بينهما وهو الأخير ، فلا يجوز
أن يساوى بمن قبله ، ويجوز أن يشرط له دون ماسرط لمن قبله على الأصح
كما سبق في الاثنين ، ويقاس بها ما إذا تسابق أكثر من ثلاثة حتى لو كانوا
عشرة ، وشرط لكل واحد سوى الفسكل مثل المشروط لمن قبله ، جاز
على الأصح ، والأحب أن يكون المشروط لكل واحد دون المشروط لمن
قبله ، وفي شرط شيء للفسكل الوجهان ، ولو أهمل بعضهم ، بأن شرط
للأول عشرة ، وللثالث تسعة ، وللرابع ثمانية ، فهل يجوز ؟ وجهان ، أحدهما :
لا ، لأن الرابع والثالث يفضلان من قبلهما ، والثاني : نعم ، ويقام الثالث
مقام الثاني ، والرابع مقام الثالث ، وكأن الثاني لم يكن ، وإذا بطل
المشروط في حق بعضهم ، ففي بطلانه في حق من بعده وجهان ، وهذان
الوجهان مع الوجهين في الإهمال مبنيان على أن من بطل السبق في حقه
هل يستحق على البازل أجره المثل ؟ وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى ،
فإن قلنا : لا ، بطل العقد في حق من بعده لثلا يفضل من سبقه ، وإن قلنا :
نعم ، لم يبطل في حق من بعده ولا يضر كون المشروط له زائداً على أجره
المثل ، لأن الممتنع أن يفضل المسبوق السابق فيما يستحقانه بالعقد ،
وأجرة المثل غير مستحقة بالعقد .

واعلم أن الصور المذكورة وضعوها فيما لو كان باذل المال غير
المتسابقين ، ويمكن فرضها ، أو فرض بعضها فيما لو بذله أحدهما ، بأن

فرع

جميع ما ذكرناه هو في رد النساء الحرائر ، أما الإماء والصبيان والمجانين ، فلا يردون لضعفهم ، ولا يجوز الصلح بشرط ردهم ، ولا غرم في ترك ردهم ، كما في غير ذوات الأزواج ، فإذا بلغ الصبي ، وأفاق المجنون ، فإن وصفا الإسلام ، فذاك ، وإن وصفا كفرة لا يقرأه له عليه ، فإما أن يسلم ، وإما أن يردا إلى مأمنهما ، وإن وصفا كفرة يقر أهله ، فإما أن يسلم ، وإما أن يقبلا الجزية ، وإما أن يردا إلى مأمنهما .

وأما الذكور البالغون العقلاء ، فنقل الإمام في رد العبد وجهين ، الصحيح الذي ذكره الجمهور : لا يرد ، لأنه جاء مسلماً مراغماً لهم ، والظاهر أنهم يسترقونه ويهينونه ولا عشيرة له تحميه ، والثاني : يرد ، والمنع في النساء لخوف الفاحشة ، وهل يعتق العبد الذي جاء مسلماً ؟ قال في « الحاوي » : إن غلبهم على نفسه ثم أسلم وهاجر ، عتق ، لأن الهدنة لا توجب أمان بعضهم من بعض ، وإن أسلم ، ثم غلبهم على نفسه وجاءنا ، نظر إن فعل ذلك قبل أن هادناهم ، فكذلك ، لأنه غلب في حال الإباحة ، وإن فعله بعد الهدنة ، لم يعتق ، لأن أموالهم محرمة حينئذ لا يملكها بالقهر ، ثم لا يرد إلى السيد ، وإن لم يعتق ، ولا يمكن من استرقاقه ، فإن أعتقه وإلا باعه الإمام لمسلم ، أو دفع قيمته من بيت المال ، وأعتقه عن المسلمين كافة ، وولأؤه لهم . وأما الحر ، فإن لم تكن له عشيرة وغلب على الظن أنه يذل ويهان ، ففي رده طريقان ، الصحيح طرد الوجهين في رد العبد ، والثاني : يرد قطعاً لأن الحرية في الجملة مظنة القدرة ، فإن قلنا : يرد ، قال الإمام : لا يبعد أن يقال : على الإمام أن يشرط عليهم أن لا يهينوا المسلم المردود ، فإن أهانوه كانوا ناقضين للعهد ، وإن كان للحر عشيرة وطلبتة ، رد كما رد النبي صلى الله عليه وسلم أبا جندل رضي الله عنه على سهيل بن عمرو ، لأن الظاهر أنهم يحمونه ، وأما كون عشيرته تؤذيه بالتقييد ونحوه ، فلا اعتبار به ، فإنهم يفعلونه

تأدياً في زعمهم ، وإن طلبه عين عشيرته ، لم يرد إلا إذا كان الطالب ممن يقدر المطلوب على قهره والإفلات منه ، وعلى هذا حمل رد النبي صلى الله عليه وسلم أبا بصير رضي الله عنه ، وإن لم يطلبه أحد ، فلا رد كما لا غرم إذا لم يطلب أحد المرأة ، قال الأصحاب : ومعنى الرد أنه لا منع من الرجوع ، ويخلى بينه وبين من يطلبه ، لا أنه يجير على الرجوع ، وهذا معنى رد النبي صلى الله عليه وسلم أبا جندل وأبا بصير رضي الله عنهما ولا يبعد تسمية التخلية رداً كما في رد الوديعة ، ولو شرط الإمام في الهدنة أن يبعث إليهم من جاءه مسلماً ، فمن الأصحاب من قال : يجب الوفاء بشرطه ، ومقتضى هذا أن لا يعتبر الطلب ، ونقل الروياني عن النص أنه يفسد العقد بهذا الشرط ، وذكر أنهم لو طلبوا من جاء منهم وهو مقيم على كفره ، مكناهم منه ، وأنهم لو كانوا شرطوا أن يقوم برده عليهم ، وفينا بالشرط ، ولا يجب على المطلوب أن يرجع إليهم ، ولذلك لم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم على أبي بصير رضي الله عنه امتناعه ، فإن اختار الإقامة في دار الإسلام ، لم يمنعه ، ويقول الإمام للطالب : لا أمنعك منه إن قدرت عليه ، ولا أعينك إن لم تقدر ، وعن النص أنه يستحب أن يقول للمطلوب سراً : لا ترجع ، وإن رجعت فاهرب إذا قدرت ، وللمطلوب أن يقتل الطالب ، ولنا أن نرشده إلى قتله تعريضاً لا تصريحاً ، لأن الإمام إنما التزم بالهدنة أن يمتنع عنهم ، ويسنع الذين يعادونهم وهم المسلمون يومئذ ، فأما من أسلم بعد ، فلم يشترط على نفسه ، ولا تناوله شرط الإمام ، لأنه ليس في قبضته . وفيه احتمال للإمام أنه ليس له التعرض لمن عصم الإمام دمه وماله ، ولهذا من جاءنا مسلماً ولم يطلب ، يلزمه بعقد الهدنة ما لزمنا .

أصحها : أنه للسابق أيضاً ، والثاني : أنه له وللمحلل معاً ، لأنهما سبقا الآخر ، والثالث : أنه للمحلل وليس بشيء ، وإن قلنا بقول ابن خيران : فهل هو للمحلل ، أم يحزره مخرجه ، ولا يستحقه المحلل ولا السابق ؟ وجهان ، ولو سبقا معاً ، ثم جاء المحلل ، أو جاء الثلاثة معاً ، لم يأخذ واحد منهم من غيره شيئاً ، ويجوز أن يدخل بينهما محللين وأكثر ، فإذا تسابق اثنان ومحللان ، فسبق أحد المحللين ، ثم جاء أحد المتسابقين ، ثم المحلل الثاني ، ثم المتسابق الثاني ، فما أخرجته المتسابق الأول ، فللمحلل الأول ، وأما ما أخرجته الآخر ، فإن قلنا بالمنصوص ، فهو للمحلل الأول أيضاً على الصحيح ، لأنه السابق المطلق ، وقيل : هو للمحللين والمتسابق الأول ، لأنهم جميعاً سبقوا الثاني . وقياس الوجه الضعيف أنه للمحلل الثاني ، وإن قلنا بقول ابن خيران : فهو للمحلل الأول ، وقيل : للمحللين . ولو جاء أولاً أحد المتسابقين ، ثم أحد المحللين ثم المحلل الثاني ، أحرز الأول ما أخرجته . وأما ما أخرجته الآخر ، فإن قلنا بالمنصوص ، فهو للمتسابق الأول على الصحيح ، وقيل : له وللمحلل الأول ، وعلى الوجه الضعيف : هو للمحلل الأول ، وعلى قول ابن خيران : هو للمحلل الأول لا غير .

الشرط الخامس : أن يكون سبق كل واحد منهما ممكناً ، فإن كان فرس أحدهما ، أو فرس المحلل ضعيفاً يقطع بتخلفه ، أو فارهاً يقطع بتقدمه ، لم يجز ، هكذا أطلق عامة الأصحاب . وقال الإمام : إن أخرج أحدهما المال على أنه إن فاز ، أحرز ما أخرجته ، وإلا فهو لصاحبه ، وكان صاحبه بحيث يقطع بأنه لا يسبق ، فهذه مسابقة بلا مال ، وإن كان يقطع بأنه يسبق ، ففي صحة هذه المعاملة وجهان : أحدهما : الصحة ، وحاصلها إخراج مال لمن يقطع بأنه يسبقه ، فأشبه ما لو قال لرجل : ارم كذا ، فإن أصبت منه كذا ، فلك هذا المال . وإن أخرج كل واحد منهما مالاً ، وأدخلا محللاً يعلم تخلفه قطعاً . فلا فائدة في إدخاله ، ويبقى العقد على

صورة القمار ، فيبطل ، وإن تيقن سبقه ، ففيه الوجهان ، وإن أخرجنا المال ولا محلل وأحدهما بحيث يقطع بسبقه ، فالذي يسبق كالمحلل ، لأنه لا يستحق عليه شيء ، وشرط المال من جهته لغو ، وهذا التفصيل الذي ذكره الإمام حسن ، ولو كان سبق أحدهما ممكناً على الندور ، ففي الاكتفاء به للصحة وجهان ، أصحهما وأقربهما إلى كلام الأصحاب : المنع ، ولا اعتبار بالاحتمال النادر ، ويتعلق بما نحن فيه اختلاف الركوبين جنساً ونوعاً ، أما النوع فلا يضر ، فتجوز المسابقة بين فرس عربي وعجمي ، وعربي وتركبي ، وقال أبو إسحاق : إذا تباعد نوعان ، كالعتيق والهجين من الخيل ، والنجيب والبختي من الإبل ، لم يجوز ، وينبغي أن يرجح هذا وإن كان الأول أشهر ، لأنه إذا تحقق التخلف فأى فرق بين أن يكون لضعف ، أو لرداءة نوع .

قلت : قول الأكثرين تجوز بين العتيق والهجين ، والنجيب والبختي ، محمول على ما إذا لم يقطع بسبق العتيق والنجيب كما ذكرناه ، فقول أبي إسحاق ضعيف إن لم يرد به هذا فإن أراداه ، ارتفع الخلاف .
وانشأ علم

وأما إذا اختلف الجنس ، فإن كان كبير وفرس ، أو فرس وحمار فالأصح : المنع ، وإن كان بغلاً وحماراً وجوزنا المسابقة عليهما ، فالأصح : الصحة ، وبه أجاب ابن الصباغ .

الشرط السادس : تعيين الركوبين ، فإن أحضرت الأفراس ، وعقد على عينها ، فذاك ، وإن وصفت وعقد على الوصف ، فهل تصح ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ، وبه قال العراقيون ، قال الإمام : هو الأوجه ، كما قام الوصف في السلم والزنى مقام الإحضار ، ونقل الإمام عن العراقيين أنه إذا جرت المسابقة مطلقة ، كان كجريان المناضلة مطلقة ،

وسياتي إن شاء الله تعالى أنها على ماذا تحمل ، وإذا تعلق العقد بعين
فرس ، لم يجوز إبداله ، فإن هلك ، انفسخ العقد ، وإذا عقد على الوصف ،
ثم أحضر فرس ، فينبغي أن لا ينفسخ العقد بهلاكه •

الشرط السابع : أن يسبقا على الدابتين ، فلو شرطاً إرسالهما ليحريا
بأنفسهما ، فالعقد باطل ، لأنها تنفر ، ولا تقصد الغاية بخلاف الطيور إذا
جوزنا المسابقة عليها ، لأن لها هداية إلى الغاية •

الشرط الثامن : أن تكون المسافة بحيث يمكن للفرسين قطعها
ولا ينقطعان ، فإن كانت بحيث لا يصلان غايتها إلا بانقطاع وتع ،
فالعقد باطل •

الشرط التاسع : أن يكون المال المشروط معلوماً ، ويجوز أن
يكون عيناً ودينياً ، وبعضه عيناً وبعضه ديناً ، وحالاً ومؤجلاً ، فلو
شرطاً مالاً مجهولاً بأن قال : أعطيك ما شئت أو شئت ، أو شرط
ديناراً أو ثوباً ولم يصف الثوب ، أو ديناراً إلا ثوباً ، فالعقد باطل ،
وكذا لو شرطاً ديناراً إلا درهماً إلا أن يريد قدر الدرهم وعرفاً قيمة
الدينار بالدرهم ، ولو قال : إن سبقتني ، فلك هذه العشرة وترد
ثوباً ، فالعقد باطل ، لأنه شرط عوض عن السابق ، وهو خلاف مقتضاه ،
ولو تسابقا على عوض كان في الذمة ، فوجهان بناء على جواز الاعتياض
عنه ، ولو أخرج المال غيرهما ، جاز أن يشرط لأحدهما أكثر من الآخر ،
وإن أخرجاه جاز أن يخرج أحدهما أكثر ، وقال الصيمري والماوردي : إذا
أخرجاه وجب التساوي جنساً ونوعاً وقدرًا •

الشرط العاشر : اجتناب الشروط المفسدة ، فلو قال : إن سبقتني ، فلك
هذا الدينار ولا أرمي بعد هذا أو لا أناضلك إلى شهر ، بطل العقد ،
نفس عليه • ولو شرط على السابق أن يطعم السبق أصحابه ، بطل العقد

على الصحيح ، وقال أبو إسحاق : يصح ، وقبوله الإطعام وعد إن شاء
وفى به ، وإن شاء لم يف .

قلت : وفي « التنبيه » وجهان آخران ، أحدهما : يفسد المسمى ،
ويجب عوض المثل ، والثاني : يصح العقد ولا عوض والله أعلم

فصل

الأشياء التي ذكر الأصحاب اعتبار السبق بها ثلاثة : أحدها :
الكتد بفتح التاء وكسرهما ، والفتح أشهر ، وهو مجمع الكفين بين
أصل العنق والظهر . الثاني : الأقدام وهي القوائم . الثالث : الهادي
وهو العنق ، ونقل الإمام اختلاف وجه أو قول في أن الاعتبار بالهادي ،
أم بموضع الأقدام والكتد ، ورأى الثاني أقيس ، والذي يوجد لعامة
الأصحاب في كتبهم أن الاعتبار في الإبل بالكتد ، وفي الخيل بالهادي ،
لأن الإبل ترفع أعناقها في العدو ، فلا يمكن اعتباره ، والخيل تمدّها ،
قالوا : فإذا استوى الفرسان في خلفة العنق طولاً وقصراً ، فالذي تقدم
بالعنق ، أو بعضه هو السابق ، وإن اختلفا فإن تقدم أقصرهما عنقاً ، فهو
السابق ، وإن تقدم الآخر ، نظر إن تقدم بقدر زيادة الخلفة فما دونها ،
فليس بسابق ، وإن تقدم بأكثر ، فسابق ، وحكى أوجه آخر ضعيفة ،
أحدها : أن عند اختلاف خلفة العنق يعتبر في الخيل الكتد ، حكى عن
أبي إسحاق ورجحه الروياني ، والثاني : أن عند اختلاف الخلفة إذا
سبق أطولهما عنقاً ببعض عنقه ، وكتدهما سواء ، كان سابقاً .
والثالث : أنه إن كان في جنس الخيل ما يرفع الرأس عند العدو ، اعتبر
فيه الكتد كما في الإبل . والرابع : أن التقدم بأيهما حصل ، حصل السبق .
وعلى هذا لو تقدم أحدهما بأحدهما ، والآخر بالآخر فلا سبق . والخامس :
حكاه ابن القطان : لا يعتبر هذا ولا ذاك ، بل يعتبر عرف الناس وما

بعدونه سبقاً • والسادس : المتعبر تقدم الأذن • والسابع : المتعبر
ماشرطاه من الكتد أو الهادي •

ق ا ت : هذا السابع ضعيف ، لأن المسألة فيما إذا أطلقا • والله أعلم

فهذا هو الكلام في الهادي والكتد ، أما الكتد مع القدم ، فقد
قرن بينهما قارنون ، وأقام أحدهما مقام الآخر آخرون ، وأشار
الفريقان إلى أنه لا فرق في الاعتبار بهما ولا خلاف ، لأنهما قريبان من
التحاذي ، لكن بينهما مع التفاوت تفاوت ، ولا يعد أن يجعل اعتبار
القدم وراء اعتبار الكتد والهادي ، وقال صاحب « الحاوي » : لو
اعتبر السبق بالقدم ، فأيهما تقدمت يدها ، فهو السابق ، لأن السعي
بهما والجري عليهما ، لكن الشافعي رحمه الله اعتبر الهادي والكتد ،
وأما قول الغزالي : الاعتماد على القدم ، فخلافاً للجمهور ، ثم قال
الشيخ أبو محمد : الخلاف في أن السبق بماذا يعتبر ؟ مخصوص بآخر
الميدان ، فأما في أوله ، فيعتبر التساوي في الأقدام قطعاً •

فروع

تتعلق بالسبق

لو سبق أحدهما في وسط الميدان ، والآخر في آخره : فالسابق
الثاني • ولو عثر أحد الفرسين ، أو ساخت قوائمها في الأرض
فتقدم الآخر ، لم يكن سابقاً ، وكذا لو وقف بعد ما جرى لمرض
ونحوه ، فإن وقف بلا علة ، فهو مسبوق ، ولو وقف قبل أن
يجري ، فليس بمسبوق ، سواء وقف لمرض أو لغيره ، ولو تسابقا على
أن من سبق منهما بأقدام معلومة على موضع كذا فله السبق جاز
على الصحيح ، والغاية في الحقيقة نهاية الأقدام من ذلك الموضع
لكنه شرط في الاستحقاق تخلف الآخر عنها بالقدر المذكور •

فروع

ليجريا في وقت واحد، ويستحب أن تكون في الغاية قصبة مغروزة
ليقطعها السابق ، فيظهر لكل أحد بقدمه .

الطرف الثاني في احكامه

وفيه قاعدتان

إحدهما : هل عقد المسابقة لازم كالإجارة أم جائز كالجعالة ؟
قولان ، أظهرهما : الأول ، ثم قيل : القولان فيما إذا أخرج العوض
جسماً ، أما إذا أخرجهما أحدهما أو غيرهما ، فجائز قطعاً ، والمذهب :
طرد القولين في الحالين ، قال الشيخ أبو محمد والأئمة : القولان فيمن
التزم المال ، فأما من لم يلتزم شيئاً ، فجائز في حقه قطعاً ، وقد يكون العقد
جائزاً من جانب لازماً من جانب ، كالرهن والكتابة ، وقيل بطردهما فيمن
لم يلتزم لأنه قد يقصد بمعاقده تعلم القروسية والرمي فيكون كالأجير ،
والمذهب يخصهما بالملتزم ، فإن قلنا بالجواز فلكل واحد ترك
العمل قبل الشروع فيه ، وكذا بعده إن لم يكن لأحدهما فضل على
الآخر ، وكذا إن كان على الأصح ، لأنه عقد جائز ، وعلى هذا القول
تجوز الزيادة والنقص في العمل ، وفي المال بالتراضي ، وإذا بذل أحدهما
المال لا يشترط من صاحبه القبول على الصحيح ، قال الإمام : وأجرى
الأصحاب هذين الوجهين في الجعالة المتعلقة بمعين ، بأن يقول : إن أردت
عبدي فلك كذا ، وفي ضمان السبق قبل تمام العمل والرهن به الخلاف
السابق في ضمان الجعل والرهن به قبل تمام العمل ، وقيل : إن لم يصح
الضمان : لم يصح الرهن وإلا فوجهان ، لأن الضمان أوسع باباً ، ولذلك
يجوز ضمان الدرك دون الرهن به ، وأما إذا قلنا باللزوم ، فليس لأحدهما
فسخ العقد دون الآخر ، فإن ظهر بالعوض المعين عيب ، ثبت حق

الفسخ ، وليس لأحدهما أن يترك العمل إن كان مفضولاً أو فاضلاً ،
وأمكن أن يدركه صاحبه ويسبقه ، وإلا فله الترك ، لأنه ترك حق نفسه ،
ولا يجوز لهما الزيادة في العمل والمال ولا النقص منه إلا أن يفسخا العقد
الأول ، ويستأنفا عقداً ، وإذا سبق أحدهما اشترط قبول الآخر بالقول ،
ولا يكلف المسبق البداءة بتسليم المال على المذهب بخلاف الأجرة ،
لأن في المسابقة خطراً ، فيبدأ بالعمل ، ويجوز ضمان المسبق والرهن به على هذا
القول على المذهب ، وقال القفال : قولان كضمان ما لم يجب ، وجرى سبب
وجوبه ، فاما بعد الفراغ من العمل فيجوز ضمان المسبق والرهن به على
القولين ، وإن كان المسبق عيناً ، ، لزم المسبق تسليمها ، فإن
امتنع ، أجبره الحاكم وجبه عليه ، ولو تلفت في يده بعد
الفراغ من العمل ، لزمه الضمان كالمبيع إذا تلف في يده قبل
التسليم ، ولو تلفت في يده قبل العمل : انفسخ العقد ، ولو غاب لمرض
ونحوه ، فلم ينفسخ العقد ، بل ينتظر زواله .

فرع

اشترى ثوباً وعقد المسابقة بعشرة . إن قلنا : المسابقة لازمة ، فهو
جمع بيع وإجارة في صفقة وفي صحته قولان ، وإن قلنا : جائزة ، لم
يصح قطعاً لأنه جمع بين جعالة لا تلزم ، وبيع يلزم في صفقة ،
وذلك مستنع .

القاعدة الثانية : إذا فسدت المسابقة ، وركض المتسابقان ،
وسبق من لو صحت ، استحق المسبق ، فالمذهب أنه يستحق أجرة المثل .
وبه قطع الأكثرون كالإجارة والقراض الفاسدين ، وقيل : لا يستحق
شيئاً ، لأنه لم يعمل لغيره شيئاً ، وفائدة عمله تعود إليه بخلاف الإجارة
والجعالة الفاسدين ، وقيل : إن كان الفساد لخلل في العوض وأمكن
تقويمه بأن كان مغصوباً ، وجبت قيمته ، وإذا قلنا بالمذهب . ففي كيفية

اعتبار أجره المثل وجهان ، قال ابن سلة : هي أجره مثل الزمن الذي اشتغل بالرمي فيه ، وأصحهما : قول أبي إسحاق : يجب ما يتسابق بمثله في مثل تلك المسابقة غالباً .

الباب الثاني في الرمي

فيه طرفان :

الأول : في شروطه ، وهي ستة ، أحدهما : المحلل ، فمال المناضلة على نحو ما ذكرنا في المسابقة ، وهو أن يخرجها غير المتناضلين ، أو أحدهما أو كلاهما ، وصورة القسم الأول أن يقول الإمام أو أجنبي : أرميا عشرة ، فمن أصاب منها كذا ، فله كذا ، وصورة القسم الثاني أن يقول أحدهما : نرمي كذا ، فإن أصبت أنت منها كذا ، فلك علي كذا ، وإن أصبتها أنا ، فلا شيء لأحدنا على صاحبه ، ، وصورة الثالث : أن يشرط كل واحد المال على صاحبه إن أصاب ، وهذا الثالث لا يجوز إلا بمحلل معهما كما سبق .

وكما تجوز المناضلة بين اثنين تجوز بين حزينين كما سيأتي إن شاء الله تعالى ، وحينئذ ، فكل حزب كشخص ، فإن أخرج المال أحد الحزينين أو أجنبي ، جاز ، وإن أخرجاه اشترط محلل ، إما واحد وإما حزب ، ولو أخرجهم الحزبان ، وشرطوا لواحد من أحد الحزينين إن كان الفوز لحزبه ، شاركهم في أخذ المال ، وإن كان للحزب الآخر ، فلا شيء على ذلك الواحد إنما يغرم أصحابه ، أو اشتمل كل حزب على محلل على هذه الصورة ، فثلاثة أوجه ، أصحها : لا يجوز ، لأن المحلل من إذا فاز ، استبد بالمال ، وهذا يشارك أصحابه ، والثاني : الصحة ، والثالث : يصح في الصورة الثانية دون الأولى ، ولو شرط كل حزب كل المال لمحللهم ، بطل قطعاً ، لأنه يكون فائزاً لغيره .

الشرط الثاني: اتحاد الجنس ، فإن اختلف ، كالسهام مع المزاريق ، لم يصح على الأصح ، ولو اختلفت أنواع القسي والسهام ، جاز قطعاً ، كقسي عربية مع فارسية ، ودورانية ، وتنسب إلى دوران قبيلة من بني أسد ، مع هندية ، وكالنبيل ، وهو مايرمى به عن القوس العربية ، مع الشباب ، وهو مايرمى به عن الفارسية ، ومن أنواع القسي : الحسبان ، وهي قوس تجمع سهامها الصغار في قسبة ، ويرمى بها ، فتتفرق على الناس ، ويعظم أثرها ونكايتها ، وحكى صاحب « التقریب » وجهاً أنه لا تجوز المناضلة بالنبل مع الشباب ، كالخيل والبغال ، والصحيح الأول ، لأننا قدمنا أن اختلاف أنواع الإبل والخيل لا يضر ، فهذا أولى ، ثم إن عينا في عقد المناضلة نوعاً من الطرفين أو أحدهما ، وفيها به ولا يجوز العدول عن المعين إلى ما هو أجود منه ، بأن عينا القوس العربية ، فلا يجوز العدول إلى الفارسية ، ولو عدل إلى مادونه ، لم يجز أيضاً على الأصح إلا برضى صاحبه ، لأنه ربما كان استعماله لأحدهما أكثر ، ورميه به أجود ، ولو عينا سهماً أو قوساً ، لم يتعين ، وجاز إبداله بمثله من ذلك النوع ، سواء حدث فيه خلل يمنع استعماله أم لا بخلاف الفرس ، فلو شرط أن لا يبدل ، فسد الشرط على الأصح ، لأن الرامي قد تعرض له أحوال خفية تحوجه إلى الإبدال ، وفي منعه من الإبدال تضيق لافائدة فيه ، وقيل : يصح الشرط ، فإن أفسدنا الشرط ، فسد العقد على الأصح ، ويجري الوجهان في كل ما لو طرح من أصله ، لاستقل العقد بإطلاقه ، فأما ما لا يستقل العقد بإطلاقه لو طرح ، كإهمال ذكر الغاية في المسابقة ، وصفة الإصابة في المناضلة ، فإذا فسد ، فسد العقد بلا خلاف ، فإن صححنا هذا الشرط ، لزم الوفاء به ما لم ينكسر المعين ، ويتعذر استعماله ، فإن انكسر ، جاز الإبدال للضرورة ، فإن شرط أن لا يبدل وإن انكسر ، فسد العقد قطعاً ، ولو أطلقا المناضلة ولم يتعرضا لنوع ، فتلاثة أوجه ، الصحيح وقول الأكثرين : الصحة ، لأن

الاعتماد على الرامي ، والثاني : المنع ، لاختلاف الأغراض وتفاوت
الحذق في استعمالها ، والثالث : إن غلب نوع في الموضع الذي يترامون
فيه ، صح ونزل عليه ، وإلا فباطل ، فإن قلنا : يصح ، فتراضيا على
نوع ، فذاك ، وإن تراضيا على نوع من جانب ، ونوع آخر من الجانب
الآخر ، جاز أيضاً على الأصح كما في الابتداء ، ولو اختار أحدهما
نوعاً ، وقال الآخر : بل يرمي بنوع آخر ، وأصرأ على المنازعة ، فسخ
العقد على الأصح ، وقيل : ينفسخ .

فرع

قال الإمام : اختلاف السهام وإن اتحد نوع القوس كاختلاف نوع
الفرس ، وبيانه أن الرمي بنبال الحصان التي يقال لها : الناول إنما
يكون بالقوس الفارسية ، لكنها مع الآلة المتصلة بها كنوع آخر من
القوس ، وكذا القوس الجرخ مع قوس اليد ، والجرخ والناول مختلفان .

الشرط الثالث : أن تكون الإصابة المشروطة ممكنة لا ممتنعة
ولا متيقنة ، فإن شرط ما يتوقع إصابته ، صح ، وإن شرط ما هو ممتنع
في العادة ، بطل العقد ، والامتناع قد يكون لشدة صغر الغرض أو بعد
المسافة أو كثرة الإصابة المشروطة ، كإصابة مائة أو عشرة متوالية ، وفي
العشرة وجه ضعيف ، وإن شرط ما هو متيقن في العادة ، كإصابة الحاذق
واحداً من مائة ، ففي صحة العقد وجهان ، وجه المنع ، أن هذا العقد
ينبغي أن يكون فيه خطر ليتأتى الرامي في الإصابة .

قلت : أصحابهما (١)

ولو شرط ما يمكن حصوله نادراً ، فوجهان ، ويقال : قولان ،

(١) بياض في الأصل ، وبالهامش : كذا نقل عن خط المصنف .

أحدهما : الصحة ، للإمكان وحصول الحذق ، وأصحهما : الفساد ،
لبعد حصول المقصود ، ويجري الخلاف في كل صورة تندر فيها الإصابة
المشروطة . فمنها : التنازل إلى مسافة تندر فيها الإصابة ، والتنازل
في الليلة المظلمة وإن كان الغرض قد يتراءى لهما ، ويقرب من هذا
ما ذكره الأصحاب أن المتنازلين ينبغي أن يتقاربا في الحذق بحيث يحتمل
أن يكون كل واحد قاضلاً ومفضولاً . فإن تفاوتا وكان أحدهما
مصيباً في أكثر رميه ، والآخر يخطئ في أكثره ، فوجهان ، ويتعلق بهذا
الشرط أن المحلل بين المتنازلين ينبغي أن يكون بحيث يسكن فوزه
وقصوره ، فإن علم قصوره ، فوجوده كعدمه ، وإن علم فوزه فعلى
الوجهين في إصابة واحد من مائة .

الشرط الرابع : الإعلام ، فيشترط في المناضلة العلم بأمور
لاختلاف الغرض باختلافها ، منها : المال المشروط على ما ذكرنا في
المسابقة . ومنها : عدد الإصابة ، كخمس من عشرين ، وليبينا صفة
الإصابة من القرع ، وهو الإصابة المجردة ، والخرق ، وهو أن يثقب
الغرض . ولا يثبت فيه ، والخصق وهو أن يثبت فيه ، والخرم وهو
أن يصيب طرف الغرض فيخرمه ، والمرق وهو أن يثقبه ، ويخرج من
الجانب الآخر . ثم كتب كثير من الأصحاب منهم العراقيون مصرحة
بأنه لا بد من ذكر ما يريدان من هذه الصفات سوى الخرم والمرق ،
فإنهم لم يشرطوا التعرض لهما . والأصح ما ذكره البغوي : أنه لا يشترط
التعرض لشيء منها ، كالخرم والمرق ، وكإصابة أعلى الشن وأسفله ،
قال : وإذا أطلقا العقد حمل على القرع ، لأنه المتعارف ، وأحسن من
هذه العبارة أن يقال : حقيقة اللفظ ما يشترك فيه جميع ذلك ، ومنها :
إعلام المسافة التي يرميان فيها ، وفي وجوبه قولان حكاهما الإمام :
أحدهما : نعم ، لاختلاف الغرض بها ، والثاني : لا ، وينزل على العادة

الغالبية للرماة هناك إن كانت . فإن لم تكن عادة وجب قطعاً ، وعلى هذا يحمل ما أطلقه الأكثرون من اشتراط الإعلام ، ويرجح من القولين: التنزيل على العادة الغالبة ، لأن الشرط العلم بها ، وذلك تارة يكون بالإعلام ، وتارة بقرينة الحال . كنظائره . وبهذا قطع ابن كج ، وفي « المهدب » و « التهذيب » أنه إذا كان هناك غرض معلوم المدى ، حمل مطلق العقد عليه ، ولو ذكرا غاية لا تبلغها السهام ، بطل العقد ، وإن كانت الإصابة فيها نادرة ، ففيه الوجهان ، أو القولان في الشروط النادرة . وقدر الأصحاب المسافة التي يقرب توقع الإصابة فيها بمائتين وخمسين ذراعاً ، وما تتعذر فيه بما فوق ثلاثمائة وخمسين ، وماتندرفيه بما بينهما ، وفي وجه لا تجوز الزيادة على مائتين ، وهو شاذ ، ولو تناضلا على أن يكون السبق لأبعدهما رمياً . ولم يقصدا غرضاً ، صح العقد على الأصح ، لأن الإبعاد مقصود أيضاً في مقاتلة القلاع ونحوها ، وحصول الإرعاب ، وامتحان شدة الساعد ، قال الإمام : والذي أراه على هذا أنه يشترط استواء القوسين في الشدة ، وتراعى خفة السهم ووزناته ، لأنهما تؤثران في القرب والبعد تأثيراً عظيماً .

ومنها: إعلام قدر الغرض طولاً وعرضاً ، والكلام فيه على ما ذكرنا في المسافة .

ومنها : ارتفاعه عن الأرض وانخفاضه ، وهل يشترط بيانه أم لا يشترط ؟ ويحمل على الوسط فيه مثل الخلاف السابق . واعلم أن الهدف هو التراب الذي يجتمع ، أو الحائط الذي يبنى لينصب فيه الغرض ، والغرض قد يكون من خشب أو قرطاس أو جلد ، أو شن وهو الجلد البالي ، وقيل : كل مانصب في الهدف ، فهو قرطاس ، سواء كان من كاغد أو غيره ، وما تعلق في الهواء ، فهو الغرض والرقعة ،

عظم ونحوه ، يجعل في وسط الغرض وقد يجعل في الشن نقش كالقصر قبل استكمالها يقال لها : الدارة ، وفي وسطها نقش يقال له : الخاتم ، وينبغي أن يبين موضع الإصابة أهو الهدف ، أم الغرض المنصوب فيه . أم الدارة في الشن ، أم الخاتم في الدارة ؟ وقد يقال له : الحلقة والرقعة ، وفي الصحة مع اشتراط إصابته الخلاف في الشروط النادرة ، وقد يجعل العرب بدل الهدف ترساً ويعلق فيه الشن .

ومنها : عدد الأرشاق وهو جمع رشق بالكسر ، وهي النوبة من الرمي تجري بين المترامين ، سهماً سهماً أو خمسة خمسة ، أو ما يتفقان عليه ، ويجوز أن يتفقا على أن يرمي أحدهما جميع العدد ، ثم الآخر كذلك ، والإطلاق محمول على سهم سهم ، والمحاطة أن يشترط طرح ما يشتركان فيه من الإصابات ، ويفضل لأحدهما إصابات معلومة ، فإذا شرطاً عشرين رشقاً وفضل خمس إصابات ، فرميا عشرين ، وأصاب أحدهما عشرة والآخر خمسة ، فالأول ناضل ، وإن أصاب كل واحد خمسة أو غيرها ولم يفضل لأحدهما خمسة ، فلا ناضل ، والمبادرة أن يشترط الاستحقاق لمن بدر إلى إصابة خمسة من عشرين مثلاً مع استوائهما في العدد الرمي به ، فإذا رميا عشرين ، وأصاب أحدهما خمسة ، والآخر أربعة ، فالأول ناضل ، فلو رمى أحدهما عشرين وأصاب خمسة ، ورمى الآخر تسعة عشر ، وأصاب أربعة ، فالأول ليس بناضل الآن ، فيرمي الآخر سهمه ، فإن أصاب ، فقد استويا ، وإلا فالأول ناضل ، وقولنا : مع استوائهما في العدد الرمي به احتراز من هذه الصورة ، فإن الأول بدر ، لكن لم يستويا بعد ، وهل يشترط التعرض في العقد للمحاطة والمبادرة ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، ويفسد العقد إن تركاه لتفاوت الأغراض ، وأصحهما : لا ، فإن أطلقا ، حمل على المبادرة ،

لأنها الغالب من المناضلة ، وهل يشترط ذكر الأرشاق وبيان عددها في العقد ؟ فيه طريقتان ، المذهب وبه قطع عامة الأصحاب : يشترط ذلك في المحاطة والمبادرة ، ليكون للعمل ضبط ، والأرشاق في المناضلة كالميدان في المسابقة . والثاني : فيه ثلاثة أوجه ذكرها الإمام ، وجعلها الغزالي أقوالاً ، أحدها : هذا ، والثاني : لا يشترط ، لأن الرمي لا يجري على نسق واحد ، وقد لا يستوفي الأرشاق لحصول الفوز في خلالها كما سيأتي إن شاء الله تعالى ، وليكن التعويل على الإصابات ، والثالث : يشترط في المحاطة لينفصل الأمر ، ويبين نهاية العقد ، ولا يشترط في المبادرة لتعلق الاستحقاق بالبدار إلى العدد المشروط .

فرع

تناضلا على رمية واحدة ، وشرطا المال للمصيب فيها ، صح على الأصح ، وقيل : لا ، فقد يتفق في المرة الواحدة إصابة الأخرى دون العاذق ، فلا يظهر الحذق إلا برميات ، ولو رمى أحد المتناضلين أكثر من النوبة المستحقة له ، إما باتفاقهما وإما بغيره ، لم تحسب الزيادة له إن أصاب ، ولا عليه إن أخطأ ، ولو عقدا على عدد كثير على أن يرميا كل يوم بكرة كذا وعشية كذا ، جاز ، ولا يتفرقان كل يوم حتى يستوفيا المشروط فيه إلا لعذر ، كمرض وريح عاصفة ونحوه ، ثم يرميان على ما مضى في ذلك اليوم أو بعده ، ويجوز أن يشترط الرمي جميع النهار ، وحينئذ يفيان به ولا يدعان إلا في وقت الطهارة والصلاة والأكل ونحوها ، وتقع هذه الأحوال مستثناة ، كما في الإجارة ، ولو أطلقا ولم يبينوا وظيفة كل يوم ، فكذلك الحكم ، ولا يتركان الرمي إلا بالتراضي أو لعارض ، كمرض وريح ومطر ونحوها ، والحر ليس بعذر ، وكذا الريح

الخفيفة ، وإذا غربت الشمس قبل فراغ وظيفة اليوم ، لم يرميا بالليل للعادة إلا أن يشترط له وحينئذ يحتاجان إلى مشمعة ونحوها ، وقد يكفي ضوء القمر كذا قاله الأصحاب .

ومنها : أنه يشترط رميهما مرتباً ، لأنها لو رميا معاً ، اشتبه المصيب بالمخطيء ، فإن ذكرنا في العقد من يبدأ بالرمي ، اتبع الشرط ، وإن أطلقا ، فقولان ، أظهرهما : بطلان العقد ، والثاني : صحته ، وكيف يسضي ؟ وجهان ، ويقال : قولان ، أحدهما : ينزل على عادة الرماة وهي تفويض الأمر إلى المسبق بكسر الباء وهو مخرج السبق ، فإن أخرجه أحدهما ، فهو أولى ، وإن أخرجه غيرهما ، قدم من شاء ، وإن أخرجاه ، أقرع ، والثاني : يقرع بكل حال ، وقال القفال : القولان في الأصل مبنيان على أنا تتبع القياس أم عادة الرماة ؟ ويجري مثل هذين القولين في صور من السبق والرمي ، وهما متعلقان بالخلاف في أن سبيل هذا العقد سبيل الإجارة أم الجعالة ، إن قلنا بالأول ، اتبعنا القياس ، وإن قلنا بالثاني ، اتبعنا العادات ، وقيل : في المسألة طريقتان آخران ، أحدهما : القطع بالفساد ، والثاني : بالقرعة ، ثم إذا شرط تقديم واحد ، أو اعتمدنا القرعة فخرجت لواحد ، فهل يقدم في كل رشق ، أم في الرشق الأول فقط ؟ حكى الإمام فيه وجهين قال : ولو صرحوا بتقديم من قدموه في كل رشق ، أو أخرجوا القرعة للتقديم في كل رشق ، اتبع الشرط وما أخرجته القرعة ، ولك أن تقول : إذا ابتدأ المقدم في النوبة الأولى ، فينبغي أن يتبدى الثاني في الثانية بلا قرعة ، ثم يتبدى الأولى في الثالثة ، ثم الثاني وهذا لأمرين ، أحدهما : أنهم نقلوا عن نصه في « الأم » أنه لو شرط كون الابتداء لأحدهما أبداً ، لم يجز ، لأن المناضلة مبنية على التساوي ، والثاني : أنه يستحب كون الرمي بين غرضين

متقابلين يرمي المتناضلان ، أو الجريان من عند أحدهما إلى الآخر ، ثم يأتيان الثاني ، ويلتقطان السهام ، ويرميان إلى الأول ، ثم نص الشافعي والأصحاب رحمهم الله أنه إذا بدأ أحدهما بالشرط ، أو بالقرعة ، أو بإخراج المال ، ثم انتهيا إلى الغرض الثاني ، بدأ الثاني في النوبة الثانية ، وإن كان الغرض واحداً وحينئذ فيتصل رمية في النوبة الثانية برمية في النوبة الأولى .

فرع

إذا قلنا : يقرع للابتداء ، هل يدخل المحلل في القرعة إذا أخرج المال؟ وجهان ، وإذا ثبت الابتداء لواحد ، فرمى الآخر قبله ، لم يحسب له إن أصاب ، ولا عليه إن أخطأ ، ويرمي ثانياً عند انتهاء النوبة إليه .

الشرط الخامس : تعيين الرماة فلا يصح العقد إلا على راميين معينين ، أو رماة معينين ، وتجاوز المناضلة بين حزبين فصاعداً ، ويكون كل حزب في الخطأ والإصابة كالشخص الواحد ، ومنع ابن أبي هريرة جواز الحزبين لئلا يأخذ بعضهم برمي بعض ، والصحيح الجواز ، وليكن لكل حزب زعيم يعين أصحابه ، فإذا تراضيا ، توكل عنهم في العقد ، ولا يجوز أن يكون زعيم الحزبين واحداً ، كما لا يجوز أن يتوكل واحد في طرفي البيع ، ولا يجوز أن يعقدا قبل تعيين الأعوان ، وطريق التعيين الاختيار بالتراضي ، فيختار زعيم واحداً ثم الزعيم الآخر في مقابلته واحداً ، ثم الأول واحداً ، ثم الثاني واحداً وهكذا حتى يستوعبوا ، ولا يجوز أن يختار واحد جميع الحزب أولاً لأنه لا يؤمن أن يستوعب الحذاق ، ولا يجوز أن يعينا الأعوان بالقرعة لأنها قد تجمع الحذاق في جانب ، فيفوق مقصود المناضلة ، ولهذا لو قال أحد الزعيمين : أنا أختار الحذاق ، وأعطي السبق أو الخرق ، وآخذ

السبق ، لا يجوز ، ولأن القرعة لا مدخل لها في العقود ، ولهذا لا تجوز المناضلة على تعيين من خرجت القرعة عليهم ، وقال الإمام : لا بأس به ، لأن القرعة بعد تعديل الحصص والأقساط معهودة ، والذي قطع به صاحباً « المذهب » و « التهذيب » وغيرهما : المنع ، ونص في « الأم » أنهما لو تناضلا على أن يختار كل واحد ثلاثة ولم يسمح ، لم يجز ، وأنه يشترط كل واحد من يرمي معه بأن يكون حاضراً أو غائباً يعرفه ، واحتج القاضي أبو الطيب بظاهره أنه تكفي معرفة الزعيمين ، ولا يعتبر أن يعرف الأصحاب بعضهم بعضاً ، وابتداء أحد الحزبين بالرمي كابتداء أحد الشخصين ولا يجوز أن يشترط أنه يتقدم من هذا الحزب فلان ويقابله من الحزب الآخر فلان ثم فلان ، لأن تدبير كل حزب إلى زعيمهم ، وليس للآخر مشاركته فيه .

فروع ثلاثة

أحدها : حضرهم غريب ، فاختاره أحد الزعيمين ، وظنه يجيد الرمي ، فبان خلافه ، نظر إن لم يحسن الرمي أصلاً ، بطل العقد فيه ، وسقط من الحزب الآخر واحد بإزائه ، وهل يبطل العقد في الباقي ؟ فيه قولان ، تفريق الصفقة ، وقيل : يبطل قطعاً ، فإن قلنا : لا يبطل ، فللحزبين خيار الفسخ للتبعض ، فإن أجازوا ، وتنازعوا في تعيين من يجعل في مقابلته ، فسخ العقد لتعذر إمضائه ، وإن بان أنه ضعيف الرمي أو قليل الإصابة ، فلا فسخ لأصحابه ، ولو بان فوق ماظنوه ، فلا فسخ للحزب الآخر هكذا أطلقوه ، وينبغي أن يكون فيه الخلاف السابق في أنه هل يشترط كون المتناضلين متدانيين ؟ وقد يستدل بإطلاقهم على أن الأصح : أنه لا بأس بهذا التفاوت ، وذكر الشيخ أبو محمد أن من فوائد المسألة أن المجهول الذي لم يختبر يجوز إدخاله في رجال المناضلة ، قال : وكان لا يبعد منعه للجهالة العظيمة ، لكن نص

الشافعي رحمه الله على جوازه ، فلو تناضل غريبان لا يعرف واحد منهما صاحبه ، حكم بصحة العقد ، فإن بان أنهما أو أحدهما لا يحسن الرمي ، بطل العقد ، وإن بان أن أحدهما أخرج لا يقاوم الآخر ، ففي تبين بطلان العقد الوجهان السابقان فيما لو عاقد فاضل أخرج •

الفرع الثاني : يشترط استواء الحزبين في عدد الأرشاق والإصابات ، وأما عدد الحزبين والأحزاب فوجهان ، أحدهما وبه قطع الإمام والغزالي : لا يشترط بل يجوز أن يكون أحد الحزبين ثلاثة والثاني أربعة ، والأرشاق مائة على كل حزب ، وأن يرامي رجل رجلين أو ثلاثة ، فيرمي هو ثلاثة وكل واحد منهم واحداً ، والثاني وبه قطع صاحباً « المهذب » و « التهذيب » وغيرهما : يشترط ، لأن به يحصل الحذق ، فعلى هذا يشترط كون عدد الأرشاق تنقسم صحيحاً على الأحزاب ، فإن كانوا ثلاثة أحزاب ، فليكن للأرشاق ثلث صحيح ، وإن كانوا أربعة ، فربع صحيح •

الثالث : من التزم سبق من الزعيمين ، لزمه ، ولا يلزم أصحابه إلا أن يلتزموا معه ، أو يأذنوا له أن يلتزم عنهم ، وحينئذ يوزع على عدد الرؤوس ، وإذا فضل أحد الحزبين فهل يوزع المال على عدد رؤوسهم أم على عدد الإصابات ؟ وجهان ، الصحيح : الأول ، ومنهم من قطع به ، فإن قلنا بالإصابات ، فمن لم يصب ، لاشيء له ، هذا إذا أطلقوا العقد ، فإن شرطوا أن يقتسموا على الإصابة ، فالشرط متبع وفيه احتمال للإمام •

الشرط السادس : تعيين الموقف ، وتساوي المتناضلين فيه ، فلو شرط كون موقف أحدهما أقرب ، لم يجز ، ولو قدم أحدهما أحد قدميه عند الرمي ، فلا بأس ، وإذا وقف الرماة صفاً ، فالواقف في

الوسط أقرب إلى الغرض ، لكن هذا التفاوت محتمل بالاتفاق ، ولم يشترط أحد تناوب الرماة على الموقف للمشقة في الانتقال ، وقد نص في «الأم» أن عادة الرماة أن الرامي الثاني قد يتقدم على الأول بخطوة أو خطوتين أو ثلاث ، قال الأصحاب : إن لم تطرد هذه العادة ، بل كانوا يفعلونها تارة دون تارة لم تعتبر وإلا فوجهان، فإن اعتبرت ولم تختلف العادة في عدد الأقدام روعي ذلك ، وإن اختلفت ، اعتبر الأقل .

فرع

تنافسوا في الوقوف في وسط الصف ، قال الإمام والغزالي : هو كالتنافس في الابتداء ، والذي قطع به الجمهور : أن الاختيار لمن له الابتداء ، فمن استحق الابتداء بشرط أو غيره يختار المكان ، فيقف في مقابلته ، أو متيامناً ، أو متياسراً كيف شاء ، وليحمل ما ذكره الإمام عليه ، وإذا وقف ، وقف الآخر بجانبه يميناً أو شمالاً ، فإن لم يرض إلا بأن يقف عند الرمي في موقف الأول ، فهل له أن يزيله عن موقفه ؟ وجهان ، ولو رميا بين غرضين ، فانتها إلى الغرض الثاني : فالثاني كالأول يقف حيث شاء ، فإن كانوا ثلاثة ، قال أبو إسحاق : يقرع بين الآخرين عند الغرض الثاني ، فمن خرجت له القرعة ، وقف حيث شاء ، ثم إذا عادوا إلى الغرض الأول بدأ الثالث بلا قرعة ، ويقف حيث شاء ، وحكي قول آخر أنهما حيث تنازعا في الموقف يحملان على عادة الرماة إن كان لهم في ذلك عادة مستمرة .

فرع

لو رضوا بعد العقد بتقدم واحد ، نظر إن تقدم بقدر يسير ، جاز ، وإن كان أكثر ، فلا ، ولو تأخر واحد برضى الآخرين ، لم يجز على الأصح ، ولو اتفقوا على تقدم الجميع أو تأخرهم ، أو تعيين عدد

الأرشاق بالزيادة والنقص ، بني على أن المسابقة والمناضلة جائزتان :
أم لازماتان •

فرع

لو قال أحدهما : ينصب الغرض بحيث يستقبل الشمس ، وقال
الآخر : بل يستدبرها ، أجيب الثاني ، لأنه أصلح للرمي •

الطرف الثاني في أحكام المناضلة

وفيه فصلان :

أحدهما : فيما يتعلق به استحقاق المال وفيه مسائل :

إحداها : إذا شرط في العقد الإصابة أو القرع لم يشترط التأثير
بالخدش والخرق ولا يضر ، فيحسب ما أصاب وارتد بلا تأثير ، وما
أثر بخسق وغيره ، ولو كان الشن بالياً ، فأصاب موضع الخرق منه
حسب ، ذكره البغوي ، وقد يجيء فيه وجه ، لأنه لم يصب الغرض •
ثم يحتاج إلى معرفة ما يصاب وما يصيب به ، أما الأول فإن ذكر إصابة
الغرض ، حسب ما أصاب الجلد والجريد وهو الدائر على الشن ،
والعروة وهي السير أو الخيط المشدود به الشن على الجريد ، فكل
ذلك الغرض وفيما يعلق به الغرض قولان ، أظهرهما وأشهرهما :
أنه ليس من الغرض ، فإن ذكر إصابة الشن ، لم تحسب إصابة الجريد
والعروة ، وإن ذكرا إصابة الخاصرة وهي يمين الغرض أو يساره ، لم
تحسب إصابة غيرهما ، وأما ما يصيب من السهم ، فالاعتبار بالنصل ،
فلا تحسب الإصابة بفوق ^(١) السهم وعرضه ، لأنها تدل على سوء
الرمي ، وتحسب هذه الرمية عليه من العدد ، وقيل : إذا أصاب بالفوق
لا تحسب عليه وهو شاذ ، وإن كان الاستحقاق معلقاً بإصابة مقيدة

(١) الفوق : موضع الوتر من السهم ، وهو الغرض المحزوز •

كالخسق وغيره ، فالحكم فيما يصاب ويصاب به كما ذكرنا لا يختلف ، ولو انصطدم السهم بجدار أو شجرة ونحو ذلك ، ثم أصاب الغرض ، أو انصطدم بالأرض ، ثم ازدلف^(١) وأصاب الغرض ، حسب له على الأصح عند العراقيين والأكثرين . وقيل : لا يحسب ، وقال أبو إسحاق : إن أعاتته الصدمة وزادته حدة ، لم يحسب ، وإلا فيحسب ، وإن ازدلف ولم يصب الغرض ، حسب عليه على الأصح .

المسألة الثانية : إذا شرط الخسق ، فأصاب السهم الغرض وثقبه ، وتعلق النصل به وثبت ، فهو خسق ، ولا يضر سقوطه بعد ما ثبت كما لو نزع غيرهِ ، وإن خدشه . ولم يثقبه فليس بخاسق ، وإن ثقبه ولم يثبت فقولان ، ويقال : وجهان ، أظهرهما : ليس بخاسق لما سبق في تفسير الخسق ، ولو ثقب ومرتق فهو خاسق على المذهب والمنصوص . وقيل : قولان ، ولو أصاب السهم طرف الغرض فخرمه ، وثبت هناك . فهل يحسب خاسقاً ؟ قولان ، أظهرهما : نعم ، وفي موضع القولين طرق ، أصحها : أنهما فيما إذا كان بعض جرم النصل خارجاً ، فإن كان كله داخلياً ، فهو خاسق قطعاً ، والثاني : أنه إن كان بعضه خارجاً ، فليس بخاسق قطعاً ، وإنما القولان إذا بقيت طفية أو جليدة تحيط بالنصل ، والطفية الواحدة من الخوص ، والثالث : أنه إن أبان من الطرف قطعة لو لم بينها ، لكان الغرض محيطاً بالنصل ، فهو خاسق قطعاً ، والقولان فيما إذا خرم الطرف لا على هذا الوجه ، والرابع : أنه إن خرم الطرف ، فليس بخاسق قطعاً ، وإنما القولان إذا خرم شيئاً من الوسط ، وثبت مكانه ، وهذا أضعفها ، وقال القفال : إن كان بين النصل والطرف ، لكنه تشقق ،

(١) ازدلف السهم ، أي اقترب ، والمعنى أنه ارتفع من الأرض شدة وقعه عليها ، فأصاب الغرض .

فالخرم لبيوسة الشن ونحوها ، فهو خاسق ، ولو فرض ما ذكرنا من إصابة الطرف ، والمشروط القرع أو الإصابة دون الخسق فطريقان : أحدهما : طرد القولين . ولو وقع السهم في ثقبه قديمة وثبت ، فهل يحسب خاسقاً ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، لأن النصل صادف الثقب فلم يخسق ، وأصحهما : نعم ، لأن السهم في قوته ما يخرق لو أصاب موضعاً صحيحاً . ومقتضى هذا أن لا يجعل خاسقاً إذا لم تعرف قوة السهم . ويوضحه أن الشافعي رحمه الله قال : لو أصاب موضع خرق في الغرض ، وثبت في الهدف كان خاسقاً ، فقال الأصحاب : أراد إذا كان الهدف في قوة الغرض أو أصلب منه ، بأن كان من خشب أو آجر أو طين يابس ، فإن لم يكن : بل كان تراباً ، أو طيناً ليناً ، لم يحسب له ولا عليه ، لأنه لا يدري هل كان يثبت لو أصاب موضعاً صحيحاً أم لا ؟ وفي « الحاوي » وجه أنه لا يحسب خاسقاً وإن كان الهدف في قوة الغرض ، أما إذا خدش النصل موضع الإصابة ، وخرق بحيث يثبت فيه مثل هذا السهم : لكنه رجع لغلظ لقيه من حصاة أو نواة ، فيحسب خاسقاً على الأظهر ، وبه قطع البغوي ، وفي قول : لا يحسب له ولا عليه . ولو اختلفا فقال الرامي : خسق ، لكن لم يثبت لغلظ لقيه ، وأنكر الآخر ، فإن كان فيه خروق ولم يعلم موضع الإصابة . فالقول قول الآخر ، لأن الأصل عدم الخسق والخدش ، وكذا الحكم لو عين الرامي موضعاً وقال : هذا الخرق حصل بسهمي ، وأنكر صاحبه : ثم إن فتش الغرض ، فلم يوجد فيه حصاة ولا ما في معناها ، لم يحلف ، وإن وجد فيه مانع ، حلف ، وإذا حلف : لم يحسب للرامي ، وهل يحسب عليه ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، وإن علم موضع الإصابة ولم يكن هناك مانع ، أو كان ولم يؤثر السهم فيه بخدش وخرق ، صدق بلا يمين ، وحسبت الرمية على الرامي ، وإن قلنا : الخرق بلا ثبوت

خسق ، حسب خاسقاً بلا يمين ، وإلا فلا يحسب له ، ولا يحسب عليه أيضاً على الأصح ، ولو مرق سهم ، وثبت في الهدف وعلى النصل قطعة من الغرض ، فقال الرامي : هذه القطعة أبانها سهمي لقوته وذهب بها ، فقال الآخر : بل كانت القطعة مبانة قبله ، فتعلقت بالسهم ، فالقول قول الآخر ، نص عليه في « الأم » لأن الأصل عدم الخسق ، قال الشيخ أبو حامد : هذا إذا لم نجعل الثبوت في الهدف كالثبوت في الغرض ، فإن جعلناه ، فلا معنى لهذا الاختلاف .

المسألة الثالثة : إذا تناضلا مبادرة ، وشرطا المال لمن سبق إلى إصابة عشرة من مائة مثلاً ، فسبق أحدهما إلى الإصابة المشروطة قبل كمال عدد الأرشاق ، بأن رمى كل واحد منهما خمسين ، وأصاب أحدهما منها عشرة والآخر دونها ، فالأول ناضل وقد استحق المال، وهل يلزمه إتمام العمل ؟ فيه طريقتان ، المذهب وبه قطع الجمهور : لا يلزم ، لأنه تم العمل الذي تعلق به الاستحقاق ، فلا يلزمه عمل آخر ، والثاني : فيه وجهان حكاهما الإمام والغزالي ، ثانيهما : يلزمه لينتفع صاحبه بمشاهدة رميه ويتعلم منه ، ولو تناضلا محاطة وشرطا المال لمن خلص له عشرة من مائة ، فرمى كل واحد خمسين ، وأصاب أحدهما في خمسة عشر ، والآخر في خمسة ، فقد خلص للأول عشرة هل يستحق بها المال ، أم يتوقف الاستحقاق على استكمال الأرشاق ؟ وجهان ، أحدهما : يستحق بها كالمبادرة ، والثاني وهو الصحيح : لا يستحق ، لأن الاستحقاق منوط بخلوص عشرة من مائة ، وقد يصيب الآخر فيما بقي ما يمنع خلوص عشرة للأول بخلاف المبادرة ، فإن الإصابة بعدها لا ترفع ابتدار الأول إلى ذلك العدد ، فإن قلنا بهذا ، وجب إتمام الأرشاق ، وإن قلنا بالأول وأنه لا حظ بعد خلوص العدد المشروط ،

فهل الآخر أن يكلفه إتمام العمل ؟ فيه الطريقتان في المبادرة ، ويجري الخلاف في كل صورة يتوقع الآخر منع الأول من خلوص المشروط أو نصله ، كما إذا شرطاً خلوص خمسة من عشرين ، فرمى كل واحد خمسة عشر ، وأصاب أحدهما عشرة والآخر ثلاثة ، لأنهما إذا استكملا الأرشاق ، فقد يصيب الآخر في الخمسة الباقية ، ولا يصيب الأول في شيء منها ، فلا يخلص له عشرة ، فلو كانت الصورة بحالها ، وأصاب الأول في عشرة من خمسة عشر ، ولم يصب الآخر في شيء منها ، فلا يرجو الآخر منع الأول من الخلوص ، فيثبت له استحقاق المال في الحال قطعاً ، قال البغوي وغيره : ولا يلزمه إتمام الأرشاق ، ولا يشك أنه يجيء فيه الخلاف المذكور في المبادرة ، ولو رمى أحدهما والشرط المبادرة في المثال المذكور خمسين ، وأصاب عشرة ، ورمى الآخر تسعة وأربعين ، وأصاب تسعة ، فالأول ليس بناضل ، بل يرمي الآخر سهماً آخر فإن أصاب ، فقد تساوى وإلا فقد ثبت الاستحقاق للأول ، ولو أصاب الأول من خمسين عشرة ، والآخر من تسعة وأربعين ثمانية ، فالأول ناضل لأن الآخر وإن أصاب في رميته الباقية لا يساوي الأول ، ويظهر بالصورتين أن الاستحقاق لا يحصل بمجرد المبادرة إلى العدد المذكور بل يشترط مع الابتدار مساواتهما في عدد الأرشاق ، أو عجز الثاني من المساواة في الإصابة ، وإن ساواه في عدد الأرشاق ، ولو خلص لأحدهما في المحاطة عشرة من خمسين ، ورمى الآخر تسعة وأربعين ولم يصب في شيء منها فله أن يرمي سهماً آخر فلعله يصيب فيه ، فيمنع خلوص عشر إصابات للأول .

فرع

إذا قال رجل لرام : ارم خمسة عني ، وخمسة عن نفسك ، فإن أصبت في خمستك ، أو كان الصواب فيها أكثر ، فلك كذا ، أو قال :

أرم عشرة ، واحدة عنك وواحدة عني ، فإن كانت إصابتك فيما رميت عنك أكثر ، فلك كذا ، لم يجز ، نص عليه في « الأم » لأن المناضلة عقد ، فلا يكون إلا بين نفسين كالبيع وغيره ، ولأنه قد يجتهد في حق نفسه دون صاحبه ولو قال : أرم عشرة فإن كان صوابك منها أكثر . فلك كذا ، فظاهر ما نقله المزني : أنه لا يجوز ، وأشار في تعليقه بأنه يناضل نفسه ، فوافقه طائفة من الأصحاب ، وخالفه الجمهور وقالوا : هو جائز ، وحكوه عن نصه في « الأم » ، وعللوه بأنه بذل المال على عوض معلوم ، وله فيه غرض ظاهر ، وهو تحريضه على الرمي ومشاهدة رمية ، قالوا : وليس هو بنضال ، بل هو جمالة ، ثم من هؤلاء من غلط المزني في الحكم والتعليل ، ومنهم من تأوله على ما لو قال : أرم كذا ، فإن كان صوابك أكثر ، فقد نضلتني ، فهذا لا يجوز ، لأن النضال إنما يكون بين اثنين ، فإن قلنا بالجواز ، فرمى ستة وأصابها كلها ، فقد ثبت استحقاقه ، وللشارط أن يكلفه استكمال العشرة على المذهب ، لأنه علق الاستحقاق بعشرة إصابتها أكثر ، ولو قال لثلاثين : أرميا عشرة ، فمن أصاب منكما خمسة ، فله كذا ، جاز ، ولو قال رجل لآخر : نرمي عشرة ، فإن أصبت في خمستك ، فلك كذا ، وإن أصبت أنا ، فلا شيء لي عليك ، جاز أيضاً ، وإن قال : وإن أصبت في خمستي ، فلي عليك كذا ، لم يجز إلا بمحلل ، ولو قال : أرم سهماً ، فإن أصبت ، فلك كذا ، وإن أخطأت ، فعليك كذا ، فهو قمار .

فرع

لو كانوا يتناضلون ، فمر بهم رجل ، فقال لمن انتهت النوبة إليه وهو يريد الرمي : أرم ، فإن أصبت بهذا السهم ، فلك دينار ، نص الشافعي رحمه الله أنه إذا أصاب ، استحق الدينار ، وتكون تلك

الإصابة محسوبة من معاملته التي هو فيها ، قال الأصحاب : قياساً على هذا ، لو كان يناضل رجلاً والمشروط عشر قرعات ، فشرط أن يناضل بها ثانياً ثم ثالثاً إلى غير ضبط ، وإذا فاز بها ، كان ناضلاً لهم جميعاً ، جاز ، قال الإمام : هذا دليل على انقطاع هذه المعاملة عن مضاهاة الإجارة ، لأنها لو كانت مثلها لما استحق بعمل واحد مالين عن جهتين ، وسبب استحقاق المال فيها الشرط لا رجوع العمل إلى الشارط .

المسألة الرابعة : اختلفوا في تفسير الحايي ، فقيل : هو السهم الذي يقع بين يدي الغرض ، ثم يزحف إليه فيصيبه من قولهم : حبا الصبي ، وهو كالمزدلف إلا أن الحايي أضعف حركة منه ، وقيل : هو الذي يصيب الهدف حوالي الغرض ، وقيل : هو القريب من الهدف ، كأن صاحبه يحايي ، ولا يريد إصابة الهدف ، ويروى هذا التفسير عن الربيع ، ولم يجعل كثير من الأصحاب الحوايي صفة السهام ، لكن قالوا : الرمي ثلاثة : المبادرة والمحاطة والحوايي ، وهو أن يرمي على أن يسقط الأقرب والأسد الأبعد ، إذا ثبت هذا ، فلو شرطوا احتساب القريب من الغرض ، نظر إن ذكروا حد القرب من ذراع أو أقل أو أكثر ، جاز وصار الحد المضبوط كالغرض ، وصار الشن في وسطه كالدارة ، وإن لم يذكروا حد القرب ، فإن كان هناك للرماة عادة مطردة ، حمل العقد عليها ، كما تحمل الدراهم المطلقة على النقد الغالب ، وإن لم تكن عادة مطردة فوجهان ، أحدهما : بطلان العقد للجهالة ، والثاني : الصحة ، فعلى هذا وجهان ، أحدهما : يحمل على أن الأقرب يسقط الأبعد كيف كان ، والثاني : يحمل على إسقاط البعيد أو الأقرب للأبعد ، أما إذا قالا : يرمي عشرين رشقاً على أن يسقط الأقرب الأبعد ، فمن فضل له خمسة ، فهو ناضل ، فهو صحيح والشرط متبع ، وعن «الحاوي» ما يشير إلى خلافه ، والمذهب الأول ، لأنه ضرب من الرمي معتاد للرماة ، وهو

ضرب من المحاطة ، وحينئذ فإن تساوت الأسهم في القرب والبعد ، فلا فاضل ولا منضول ، وكذا لو تساوى سهمان في القرب ، أحدهما لهذا والآخر للآخر ، وكان باقي السهم أبعد ، ومهما كان بين سهم أحدهما وبين الغرض قدر شبر ، وبين سهم الآخر والغرض دون شبر ، أسقط الثاني الأول ، فإن رمى الأول بعد ذلك ، فوقع أقرب ، أسقط مارماه الثاني ، ولو وقع سهم أحدهما قريباً من الغرض ، ورمى الآخر خمسة ، فوقعت أبعد من ذلك السهم ، ثم عاد الأول ، فرمى سهماً ، فوقع أبعد من الخمسة ، سقط هذا السهم بالخمسة ، وسقطت الخمسة بالأول ، ولو رمى أحدهما خمسة ، فوقعت قريبة من الغرض وبعضها أقرب من بعض ، ثم رمى الثاني خمسة ، فوقعت أبعد من خمسة الأول ، سقطت خمسة الثاني بخمسة الأول ، ولا يسقط من خمسة الأول شيء وإن تفاوتت في القرب ، لأن قريب كل واحد يسقط بعيد الآخر ، ولا يسقط بعد نفسه ، هذا هو الصحيح المنصوص وبه قطع الجمهور ، وقيل : يسقط بعيد نفسه ، كما يسقط بعيد غيره ، ولو وقع سهم أحدهما بقرب الغرض ، وأصاب سهم الآخر الغرض ، فالمنقول أن الثاني يسقط الأول كما يسقط الأقرب الأبعد ، ولك أن تقول : وإن كان الشرط أن الأسد أو الأصوب يسقط غيره ، وأن الأقرب يسقط الأبعد على معنى الأقرب إلى الصواب ، فهذا صحيح ، وإن كان الشرط الأول أن الأقرب إلى الغرض يسقط الأبعد عنه ، فينبغي أن يتساويا ، ولو أصاب أحدهما الرقعة في وسط الغرض ، والآخر الغرض خارج الرقعة ، أو أصاب خارج الرقعة وأحدهما أقرب إليها ، فقد حكى الشافعي رحمه الله عن بعض الرماة أن الذي أصاب الرقعة ، أو كان أقرب إليها يسقط الآخر ، قال : والقياس عندي أنهما سواء ، وإنما يسقط القريب البعيد إذا كانا خارجين عن الشن ، وفي هذا تأكيد لما استدركناه ، وعد صاحب

« الحاوي » المذهبين وجهين ، ونقل الشافعي رحمه الله عن بعض الرماة أنه قال : القريب الذي يسقط البعيد هو الساقط ، وهو السهم الذي يقع بين يدي الغرض ، والعاخذ ، وهو الذي يقع في اليمين أو اليسار دون الخارج ، وهو الذي يتجاوزه ويقع فوقه ، قال الشافعي : والقياس أنه لا فرق لوقوع اسم القريب من الغرض ، فلا اعتبار بموضع ثبوت السهم واستقراره لا بحالة المرور ، حتى لو قرب مروره من الغرض ، ووقع بعيداً منه ، لم يحتسب به إلا إذا شرط اعتبار حالة المرور ، ولو شرطاً أن ما أصاب القرطاس أسقط ما وقع حواليه ، فقد حكى الإمام والغزالي في صحته قولين حكياهما عن نقل العراقيين ، ووجه المنع بأنه تعسر إصابة الوسط ، وقد يصيبه الأخرق اتفاقاً ، وهذا النقل لا يكاد يوجد في كتب الأصحاب ، والمفهوم من كلامهم القطع باتباع الشرط .

الخامسة : النكبات : هي التي تطرأ عند الرمي وتهوشه ، وذلك يعم شرط القرع والخصق وغيرهما ، والأصل أن السهم متى وقع مباعداً تباعداً مفراطاً إما مقصراً عن الغرض ، وإما مجاوزاً له ، نظر إن كان ذلك لسوء الرمي ، حسب على الرامي ، ولا يرد إليه السهم ليرمي به ، وإن كان لنكبة عرضت ، أو خلل في آلة الرمي بغير تقصير من الرامي ، فذلك السهم غير محسوب عليه ، ويوضح هذا الأصل بصور ، إحداها : إذا عرض في مرور السهم انسان أو بهيمة فمنع السهم ، أو القوس إن كان لتقصيره وسوء رميه حسب عليه ، وإن الرمية عليه ، فيعيدها ، لأنه معذور ، ولو انقطع الوتر ، أو انكسر السهم ، أو القوس إن كان لتقصيره وسوء رميه حسب عليه ، وإن كان لضعف الآلة وغيره لا لتقصيره وإساءته ، لم تحسب ، كما لو حدث في يده علة أو ریح ، وقيل : إن وقع السهم عند هذه العوارض قريباً من الغرض ، حسب عليه ، حكاه الإمام عن أبي إسحاق ، وقيل

إن وقع السهم مجاوزاً للغرض ، حسب عليه ، لأن المجاوزة تدل على أن العارض لم يؤثر، وإنما هو لإساءته، والأول هو الصحيح المنصوص؛ لأن الخلل يؤثر تارة في التقصير، وتارة في الإسراف، فإن قلنا: تحسب عليه ، فلو أصاب حسب له ، وإن قلنا بالمنصوص : إنه لا يحسب عليه ، فأصاب ، حسب له على الأصح ، لأن الإصابة مع النكبة تدل على جودة الرمي ، ثم في كتاب ابن كج أن الانقطاع والانكسار إنما يؤثر حدوثهما قبل خروجه من القوس ، وأما بعده ، فلا أثر له ، وصور البغوي انكسار السهم فيها إذا كان بعد خروجه من القوس ، وجعله عذراً ، ولو انكسر السهم نصفين بلا تقصير ، وأصاب أحد نصفيه الغرض إصابة شديدة ، فثلاثة أوجه ، أحدها : لا تحسب ، والثاني : تحسب الإصابة بالنصف الأعلى ، وهو الذي فيه الفوق دون الذي فيه النصل ، والثالث وهو الصحيح ، وبه قطع العراقيون والأكثررون وهو المنصوص : تحسب الإصابة بالنصف الذي فيه النصل دون الأعلى ، ولو أصاب بالنصفين ، لم تحسب إصابتيه ، وكذا لو رمى سهمين دفعة واحدة ، ذكره ابن كج ، ولو حاد السهم عن سنن الهدف ، وخرج عن السماطين ، حسب عليه لسوء رمية ، ولو رمى إلى غير الجهة التي فيها الهدف ، فهذا اشتغال بغير النضال الذي تعاقدنا عليه ، فلا يحسب عليه .

الثانية : كان في الغرض سهم ، فأصاب سهمه فسوق ذلك السهم ، نظر إن كان ذلك السهم تعلق به ، وبعضه خارج ، لم يحسب له ، لأنه لا يدري هل كان يبلغ الغرض لولا هذا السهم ، ولا يحسب عليه أيضاً ، لأنه عرض دون الغرض عارض ، فإن شقه ، وأصاب الغرض ، حسب ، وقد بجيء فيه الخلاف السابق في البهيمية ، فإن كان ذلك السهم قد غرق فيه ، حسب إصابة ، وإن كان الشرط الخسق ، لم يحسب له ولا عليه ، لأنه لا يدري هل كان بخسق أم لا ؟ وينبغي أن

ينظر إلى ثبوته فيه ، وتقاس صلابة ذلك السهم بصلابة الغرض كما سبق نظيره ، ولو أغرق الرامي ، وبالغ في المد حتى دخل النصل مقبض القوس ، ووقع السهم عنده ، فالنص إلحاقه بانكسار القوس وانقطاع الوتر ونحوهما ، لأن سوء الرمي أن يصيب غير ما قصده ، ولم يوجد هذا هنا ، وعن صاحب « الحاوي » أنه يحسب عليه ، وقال ابن القطان . إن بلغ مدى الغرض ، حسب عليه وإلا فلا .

الثالثة : الريح اللينة لا تؤثر حتى لو رمى زائلاً عن المسامطة، فردته الريح اللينة ، أو رميا ضعيفاً ، فقوته ، فأصابه حسب له وإن صرفته عن السمت بعض الصرف ، فأخطأ ، حسب عليه ، لأن الجو لا يخلو عن الريح اللينة غالباً ، ويضعف تأثيرها في السهم مع سرعة مروره ، وقيل : يمنع الاحتساب له وعليه ، وقيل : يمنع الاحتساب عليه ، والصحيح الأول ، ولو كانت الريح عاصفة ، واقتربت بابتداء الرمي ، فوجهان ، أحدهما وهو ظاهر النص ، وبه أجاب الإمام والغزالي : لا يؤثر لأن ابتداء الرمي والريح عاصفة تقصير ، ولأن للريماة حذقاً في الرمي وقت هبوب الريح ليصيبوا ، فإذا أخطأ ، فقد ترك ذلك ، وظهر سوء رمية ، وأصحهما وهو قول ابن سلمة ، وبه قطع العراقيون وغيرهم : لا يحسب له إن أصاب لقوة تأثيرها ، ولهذا يجوز لكل واحد ترك الرمي إلى أن تركد بخلاف اللينة ، ولو هجم هبوب العاصفة بعد خروج السهم من القوس ، فمقتضى الترتيب أن يقال : إن قلنا : اقتراها مؤثر ، فهبوبها أولى ، وإلا فوجهان ، أحدهما : أنها كالتكبات العارضة ، والثاني : المنع ، لأن الجو لا يخلو عن الريح ،

ولو فتح هذا الباب ، لتعلق به المخطئون ، وطال النزاع ، والمذهب :
أنه إن أخطأ في الهجوم لا يحسب عليه ، وإن أصاب ، فهل يحسب له ؟
فيه الخلاف في السهم المزدلف ، وقال الشيخ أبو إسحاق : عندي أنه
لا يحسب له قطعاً ، لأننا لا نعلم أنه أصاب برميته ، ولو هبت ريح نقلت
الغرض إلى موضع آخر ، فأصاب السهم الموضع المنتقل عنه ، حسب
له ، إن كان الشرط الإصابة على الصحيح ، وإن كان الخسق ، نسبت
صلابة الموضع بصلابة الغرض ، ولو أصاب الغرض في الموضع المنتقل
إليه ، حسب عليه ، لا له ، ولو أزال الریح الغرض حتى استقل السهم ،
فأصابه السهم ، قال ابن كج : لا يحسب له •

الفصل الثاني : في حكم المناضلة جوازاً ولزوماً

وفي كونها لازمة أو جائزة قولان كما سبق في المسابقة ، فإن
قلنا : تلزم ، انفسخت بموت أحدهما ، كالأجير المعين ، ولو مرض
أحدهما ، أو أصابه رمد ونحوه ، لم ينفسخ العقد ، بل يؤخر الرمي ،
وفي المسابقة يحصل الانفساخ بموت الفرس ، لأن التعويل عليه ، ولا
يحصل بموت الفارس ، بل يقوم الوارث مقامه ، وقيل : فيه احتمال ،
لأن للفارس أثراً ظاهراً ، وإلزام الوارث على المسابقة كالمستبعد ، ولا
يجوز لهما إلحاق زيادة في عدد الأرشاق ولا عدد الإصابات ، وطريقهما
إن أرادا ذلك أن يفسخا العقد ، ويستأنفا عقداً ، وليس للمناضل أن
يترك النضال ويجلس ، بل يلزم به كمن استؤجر لخيطة ونحوها ،
ويحبس على ذلك ويعزر ، هذا إذا كان مفضولاً أو كان له الفضل ،

ولكن توقع صاحبه أن يدركه ، فيساويه أو يفضله ، أما إذا لم يتوقع الإدراك بأن شرطاً إصابة خمسة من عشرين ، فأصاب أحدهما خمسة، والآخر واحداً ولم يبق لكل واحد إلا رمتان ، فلصاحب الخمسة أن يجلس : ويترك الباقي ، هذا تفريع قول اللزوم ، أما إذا قلنا بالجواز فتفرع عليه مسألتان ، إحداهما : تجوز الزيادة في عدد الأرشاق والإصابات ، وفي المال بالتراضي ، وفي الجميع وجه ليس بشيء ، وهل يستبد أحدهما بالزيادة ؟ ثلاثة أوجه ، أصحها : نعم ، لجواز العقد ، فإن لم يرض صاحبه فليفسخ ، والثاني : لا ، إذ لا بد في العقد من القبول ، والثالث : يجوز الإلحاق للفاضل والمساوي دون المفضول لئلا يتخذ المفضول ذلك ذريعة إلى إبطال النضال ، ومتى يصير مفضولاً ؟ وجهان ، أحدهما : متى زاد صاحبه بإصابة واحدة ، وأصحهما : لا تكفي إصابة وإصابتان ، بل لا يصير مفضولاً إلا إذا قرب صاحبه من الفوز . واعلم أن الوجه المذكور في أنه لا يجوز إلحاق الزيادة والنقص بالتراضي ، والوجه الآخر في أنه ليس لأحدهما الاستبداد يطردان في المسابقة وإن لم يذكرهما هناك ، وفي الجعالة إذا زاد الجاعل في العمل كان متهماً كالمفضول ، ففي زيادته الخلاف ، فإن لم تلحق الزيادة بها ، فذاك ، وإن ألحقناها وقد عمل العامل بعض العمل ولم يرض بالزيادة ، فسخ العقد ، قال الإمام : والوجه أن ثبت له أجره المثل ، لأن الترك بسبب الزيادة بخلاف ما إذا ترك في أثناء العمل بلا عذر ، فإنه لا يستحق شيئاً .

المسألة الثانية : يجوز لكل منهما على هذا القول تأخير الرمي والإعراض عنه من غير فسخ، وكذا الفسخ إذا لم يكن المعرض مفضولاً متهماً ، فإن كان ، فهل له أن يجلس ويترك النضال ؟ وجهان كما ذكرنا في المسابقة ، قال الإمام : وفي جواز فسخه الخلاف المذكور في الزيادة ، ويفضي الأمر إذا فرقنا بين المفضول وغيره إلى أن الحكم بأن العقد جائز مطلقاً مقصور على ما إذا لم يصر أحدهما مفضولاً ، فإن صار ، لزم في حقه ، وبقي الجواز في حق الآخر ، وهذا الخلاف في نفوذ فسخ المفضول طرد في فسخ الجاعل الجعالة بعدما عمل العامل بعض العمل ، وكانت حصة عمله من المسمى تزيد على أجره المثل ، ولو شرطاً في العقد أن لكل واحد أن يجلس ويترك الرمي إن شاء ، فسد العقد إن قلنا بلزومه ، وكذا إن قلنا بجوازه وقلنا : ليس للمفضول الترك ، وإن قلنا : له ذلك لم يضر شرطه ، لأنه مقتضى العقد . ولو شرطاً أن المسبق إن جلس كان عليه السبق ، فهو فاسد على القولين ، لأن السبق إنما يشرع في العمل ، ولو تناضلا ، ففضل أحدهما الآخر بإصابات ، فقال المفضول : حط فضلك ، ولك علي كذا ، لم يجز على القولين ، سواء جوزنا إلحاق الزيادة أم لا ، لأن حط الفضل لا يقابل بمال .

فصل

في مسائل منثورة تتعلق بالمناضلة والمسابقة

لو كان أحد الراميين إذا أصاب ، أطال الكلام بالتبجح والافتخار وأضجر صاحبه ، أو غنقه إذا أخطأ ، منع منه ، ولو كلم أحدهما

رجل ، قيل له : أجب جواباً وسطاً ، ولا تطول ، ولا تحبس القوم ، ولو تعلل بعدما رمى صاحبه بمسح القوس والوتر ، وأخذ النبل بعد النبل والنظر فيه ، قيل له : ارم ، لا مستعجلاً ولا متباطئاً ، ولو شرطاً أن تحسب لأحدهما الإصابة الواحدة الاصابتين ، أو يحط من إصاباته شيء ، أو أنه إن أخطأ رد عليه سهم أو سهمان ليعيد رميهما ، أو أن يكون في يد أحدهما من النبل أكثر مما في يد الآخر ، لم يجوز ، لأن هذه المعاملة مينة على التساوي ، ولا يجوز أن يشترط خاسق أحدهما خاسقين ، ولو كان الشرط الحواري ، فشرطاً أن يحسب الخاسق حابيين ، جاز ، نص عليه في « الأم » لأن الخاسق يختص بالإصابة والثبت فجاز أن تجعل تلك الزيادة مقام حاب ، وقيل : فيهما جميعاً قولان ، ولو تناضلا ، فرميا بعض الأرشاق ثم ملا ، فقال أحدهما للآخر : ارم ، فإن أصبت فقد فضلتني ، أو قال : أرمي أنا فإن أصبت هذه الواحدة فقد فضلتك ، لم يجوز لأن الناضل من ساوى صاحبه في عدد الأرشاق وفضله في الإصابة ، ولو تناضلا ، أو تسابقا ، وأخرج السبق أحدهما ، فقال أجنبي : شاركني فيه ، فإن غنمت أخذت معك ما أخرجته ، وإن غرمت ، غرمت معك ، لم يجوز ، وكذا لو أخرجاه ، وبينهما محتل ، فقال أجنبي ذلك لأحدهما . ولو عقد المناضلة في الصحة ، ودفع المال في مرض الموت ، فهو من رأس المال إن جعلناها إجارة ، وإن قلنا : جعالة ، فوجهان ، ولو ابتدأ العقد في المرض ، فيحتمل أن يحسب من الثلث ، ويحتمل أن يبنى على القولين ذكره في « البحر »

قلت : الأصح أو الصواب القطع بأنه من رأس المال في الصورتين ، سواء قلنا إجارة أو جعالة ، لأنه ليس بتبرع ولا محاباة فيه ، فإذا كان

ما يصرفه في ملاذ شهواته من طعام وشراب ونكاح وغيره مما لا ضرورة له إليه ، ولا ندبه الشرع إليه محسوباً من رأس المال ، فالمسابقة التي ندب الشرع إليها ، ويحتاج إلى تعلمها أولى ، لكن هذا فيما اذا سابق بعوض المثل في العادة ، فإن زاد ، فالزيادة تبرع من الثلث .
وانته اعلم

وفي « البحر » أن الولي ليس له صرف مال الصبي في المسابقة والمناضلة ليتعلم ، وأن السبق الذي يلتزمه المتناضلان يجوز أن يكون عندهما ، ويجوز وضعه عند عدل يثقان به وهو أحوط وأبعد عن النزاع ، وأنهما لو تنازعا فقال أحدهما : يترك السبق عندنا ، وقال الآخر : بل عند عدل ، فإن كان ديناً ، أوجب الأول ، وإن كان عيناً ، فالثاني ، وأنه لو قال أحدهما : نضعه عند زيد ، وقال الآخر : عند عمرو ، اختار الحاكم أميناً ، وهل يتعين أحد الأمينين المتنازع فيهما أم له أن يختار غيرهما ؟ وجهان وأنه لا أجره للأمين إلا إذا اطرده العرف بأجرة له فوجهان ، وفيه : أن المحلل ينبغي أن يجري فرسه بين فرسي المتسابقين ، فإن لم يتوسطهما ، وأجرى بجانب أحدهما ، جاز إن تراضيا به ، وأنه لو رضي أحدهما بعدوله عن الوسط ، ولم يرض الآخر ، لزمه التوسط ، وأنهما لو رضيا بترك توسطه وقال أحدهما : يكون عن اليمين ، وقال الآخر : عن اليسار ، لزم التوسط ، وأنه لو تنازع المتسابقان في اليمين واليسار ، أقرع ، قال الشافعي رحمه الله في « المختصر » : لا بأس أن يصلي متكباً للقوس والقرن إلا أن يتحركاً عليه حركة تشغله ، فأكرهه ويجزئه ، والتكب : التقلد ، والقرن بفتح القاف والراء : هو الجعبة المشقوقة ، ولا بد من طهارة ذلك ، ولا

يجلب على الفرس في السباق ، وهو أن يصيح به القوم ليزيد عدوه ،
ولكن يركضان بتحريك اللجام والاستحثاث بالسوط ، وإذا وقف
المتناضلان في الموقف ، فهل يحتاج من يرمي إلى استئذان صاحبه ؟
قال ابن كج : عادة الرماة الاستئذان ، حتى إن من رمى بلا استئذان
لا يحسب مارماه ، أصاب أم أخطأ ، ويجب اتباع عرفهم فيه ، وقال
ابن القطان : يحسب ، ولا حاجة إلى الاستئذان . وبالله التوفيق .

تم بعونه تعالى

الجزء العاشر من كتاب

روضة الطالبين

ويليه الجزء الحادي عشر وأوله كتاب الأيمان

كتاب الايمان

فيه ثلاثة أبواب :

الأول : في نفس اليمين وللأئمة عبارات في حقيقة اليمين ، أجودها وأصوبها عن^(١) الانتقاض والاعتراض عبارة البغوي ، قال :
اليمين تحقيق الأمر أو توكيده بذكر اسم الله تعالى أو صفة من صفاته •
ويتعلق بالضبط مسائل إحداها : تنعقد اليمين على المستقبل والماضي ،
فإن حلف على ماض كاذباً وهو عالم ، فهو اليمين الغموس ، سميت
غموساً ، لأنها تغس صاحبها في الاثم أو في النار ، وهي من الكبائر ،
وتتعلق بها الكفارة • فإن كان جاهلاً ، ففي وجوب الكفارة القولان :
فيمن فعل المحلوف عليه ناسياً •

الثانية : من سبق لسانه إلى لفظ اليمين بلا قصد ، كقوله في حالة
غضب أو لجاج أو عجلة أو صلة كلام : لا والله ، وبلى والله ، لا تنعقد
يمينه ، ولا يتعلق به كفارة • ولو كان يحلف على شيء ، فسبق لسانه
إلى غيره ، فكذلك • وهذا كله يسمى : لغو اليمين • وإذا حلف وقال :
لم أقصد اليمين صدق ، وفي الطلاق والعتاق والإيلاء لا يصدق في
الظاهر ، لتعلق حق الغير به • قال الامام في الفرق : جرت العادة
بإجراء ألفاظ اليمين بلا قصد بخلاف الطلاق والعتاق ، فدعواها فيها
تخالف الظاهر ، فلا يقبل • قال : فلو اقترن باليمين ما يدل على القصد ،
لم يقبل قوله على خلاف الظاهر •

(١) في الاصل : عند .

الثالثة : اذا قال غيره : أسألك بالله ، أو أقسم عليك بالله ، أو أقسمت عليك بالله : لتفعلن كذا ، فان قصد به الشفاعة ، أو قصد عقد اليمين للمخاطب ، فليس يمين في حق واحد منهما ، وإن قصد عقد اليمين لنفسه ، كان يميناً على الصحيح ، كأنه قال : أسألك ثم حنף . وقال ابن أبي هريرة : ليس يمين وهو ضعيف . ويستحب للمخاطب إبراره ، فان لم يفعل وحث الحالف ، لزمه الكفارة ، وإن أطلق ولم يقصد شيئاً يحمل على الشفاعة .

قلت : يسن إبرار المقسم ، كما ذكر للحديث الصحيح^(١) فيه ، وهذا إذا لم يكن في الإبرار مفسدة ، بأن تضمن ارتكاب محرم ، أو مكروه . ويكره السؤال بوجه الله ، وردّ من سأل به ، للحديث المعروف فيهما . والله أعلم

الرابع : يجوز تعقيب اليمين بالاستثناء وهو قوله : إن شاء الله تعالى ، فإن عقب ، لم يحنث بالفعل المحلوف عليه ولا كفارة ، وهل نقول : انعقدت اليمين ؟ وجهان أحدهما : نعم ، لكن المشيئة مجهولة فلا يحنث نقله الروياني ، والثاني : لا ، نقله البغوي . ويشترط أن يتلفظ بالاستثناء ، وأن يقصد لفظه ، ويصله باليمين ، فلا يسكت بينهما إلا سكتة لطيفة لتذكر أو عي^(٢) أو تنفس كما ذكرنا في الطلاق ، وأن يقصد الاستثناء من أول اليمين ، فلو قصده في خلال اليمين ، فوجهان سبقا في الطلاق ، ومن صححه الداركي والقاضيان أبو الطيب والرويانى ، ومن منعه ابن القطان وابن المرزبان وابن كج . ولو قال : إن شاء الله ،

(١) وهو ما أخرجه البخاري ٩٠/٣ في الجنائز باب الأمر باتباع الجنائز ، ومسلم (٢٠٦٦) في اللباس من حديث البراء بن عازب رضي الله عنه قال : أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بسبع ، ونهانا عن سبع ، أمرنا باتباع الجنائز وعيادة المريض وإجابة الداعي ونصر المظلوم وإبرار القسم ورد السلام وتشميت العاطس
(٢) في الاصل : أو وعي .

والله : لأفعلن كذا ، أو : لا أفعل كذا ، صح الاستثناء ، وكذا لو قدم الاستثناء ، في الطلاق والعتاق ، وكذا لو قال : لفلان علي إلا عشرة دراهم مائة درهم وفي هذه الصورة وجه ضعيف ، وقال القاضي أبو الطيب : لو قال : إن شاء الله أنت طالق وعبدي حر ، أو قال : إن شاء الله أنت طالق عبدي حر ، لم تطلق ولم يعتق ، لأن حرف العطف قد يحذف مع إرادة العطف • ومن هذا القبيل قولنا : التحيات المباركات الصلوات ، وليكن هذا فيما إذا نوى صرف الاستثناء إليهما جميعاً ، فإن أطلق فيشبه أن يجيء خلاف في أنه يختص بالجملة الأولى أم يعمهما ^(١) ؟ ولو قال : أنت طالق وعبدي حر إن شاء الله فيجيء الخلاف في أنه يختص بالجملة الثانية أم يعمهما ؟ •

قلت : الصحيح التعميم في الصورتين والله أعلم

ولو قال : عبدي حر إن شاء الله ، أو امرأتي طالق ، ونوى صرف الاستثناء إليهما ، صح ذكره ابن كج • وكما يجوز أن يقدم الاستثناء ويؤخره ، يجوز أن يوسطه • ولو قال : والله لأفعلن كذا إن لم يشأ الله أو إلا أن يشأ الله ، ففيه خلاف كما سبق في نظيره في الطلاق ، والأصح عند ابن كج في قوله : إلا أن يشأ الله أنه لا يحث • وقال إبراهيم المروزي إن قال : والله لأفعلن إلا أن يشأ الله ولم يفعل ، حث ، وإن قال : والله لأفعلن كذا إلا أن يشأ الله ، فلم يفعل ، لم يحث ، وإن فعل حث •

فرع

قال : والله لأدخلن هذه الدار اليوم إلا أن يشأ زيد ، وقصد إلا أن يشأ أن لا أدخلها ، فقد عقد اليمين على الدخول ، فإن دخلها في ذلك اليوم أو لم يدخل وشأ زيد أن لا يدخل ، لم يحث ، وإن شاء أن يدخل

(١) في الأصل : يعمها .

فلم يدخل ، حنث ، وكذا لو لم يعرف مشيئة بأن جن ، أو أغمي عليه حتى مضى اليوم ، حنث هكذا نقله المزني عن النص ، ولو قال : والله لا أدخل إلا أن يساء زيد الدخول ، فإن لم يدخل ، لم يحنث ، وإن دخل وقد شاء زيد دخوله قبل ذلك ، لم يحنث أيضاً ، وإن كان شاء أن لا يدخل ، حنث ، ولا تغني مشيئة الدخول بعد ذلك ، وإن لم يعرف مشيئته ، فرواية الربيع عن الشافعي أنه لا يحنث ، والروايتان مختلفتان والصورتان متشابهتان ، وللاصحاب فيهما طريقتان ، أحدهما : القطع بالحنث ، وحمل رواية الربيع على ما إذا لم يحصل اليأس من مشيئة ، أو أنه رجع عنه ولم يعلم الربيع رجوعه • والثاني فيهما قولان : أظهرهما : يحنث ، لأن المانع من حنثه المشيئة وقد جعلناها ، والثاني لا ، للشك • ولو قال : والله لأدخلن إن شاء فلان ، إن دخل ، فاليمين معلقة بالمشيئة ، فلا ينعقد قبلها ولا حكم للدخول قبلها ، فإن شاء انعقدت ، فإن دخل بعده ، بر ، وإلا حنث • وينظر هل قيد الدخول بزمان أو أطلق ؟ وعند الاطلاق عمره وقت الدخول ، فإن مات قبله ، حكمنا بالحنث قبل الموت ، وإن شاء فلان أن لا يدخل أو لم يشأ شيئاً ، أو لم تعرف مشيئته ، فلا حنث لأن اليمين لم تنعقد ، وكذا لو قال : والله لا أدخل إن شاء فلان أن لا أدخل ، فلا تنعقد يمينه حتى يشاء فلان أن لا يدخل •

الخامسة : الحلف بالمخلوق مكروه كالنبي والكعبة وجبريل والصحابة والآل • قال الشافعي رحمه الله : أخشى أن يكون الحلف بغير الله^(١) تعالى معصية • قال الأصحاب : أي حراماً وإثمًا ، فأشار الى تردد فيه ، قال الامام : والمذهب القطع بأنه ليس بحرام ، بل مكروه • ثم من حلف بمخلوق لم تنعقد يمينه ولا كفارة في حنثه • قال الأصحاب فلو اعتقد الحالف في المحلوف به من التعظيم ما يعتقده في الله تعالى كفر ، وعلى هذا يحمل ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

(١) في الأصل : بالله •

« من حلف بغير الله تعالى فقد كفر » ، ولو سبق لسانه إليه بلا قصد لم يوصف بکراهة ، بل هو لغو يمين وعلى هذا يحمل ما ثبت في « الصحيحين » أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أفلح وأبيه إن صدق » •

السادسة : إذا قال إن فعلت كذا ، فأنا يهودي ، أو نصراني ، أو بريء من الله تعالى ، أو من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أو من الإسلام ، أو من الكعبة ، أو مستحل الخمر أو الميتة ، لم يكن يميناً ولا كفارة في الحث به ، ثم إن قصد بذلك تبعيد نفسه عنه لم يكفر ، وإن قصد به الرضا بذلك وما في معناه إذا فعله ، فهو كافر في الحال •

قلت : قال الأصحاب : وإذا لم يكفر في الصورة الأولى ، فليقل : لا إله إلا الله محمد رسول الله ويستغفر الله ، ويستدل بما ثبت في الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من حلف فقال في حلفه : باللات والعزى ، فليقل لا إله إلا الله » • ويستحب أيضاً لكل من تكلم بقبح أن يستغفر الله • وتجب التوبة من كل كلام قبيح محرم ، وستأتي صفة التوبة إن شاء الله تعالى في كتاب الشهادات • وقد ذكرت في آخر كتاب الأذكار جملاً كثيرة من حكم الألفاظ القبيحة ، واختلاف أحوالها وطرق الخروج منها • والله أعلم

السابعة : قال أهل اللسان : حروف القسم ثلاثة الباء والواو والتاء المثناة فوق ، قالوا : والأصل الباء وهي من صلة الحلف ، كأن القائل يقول : حلفت بالله ، أو أقسمت بالله ، أو آليت بالله ، ثم لما كثر الاستعمال وفهم المقصود ، حذف الفعل ، ويلي الباء الواو ، لأن الباء تدخل على المضمر تقول : بك وبه لأفعلن ، كما تدخل في المظهر ، والواو تختص بالمظهر فتأخرت ، والتاء بعد الواو ، لأنها لا تدخل إلا على « الله » ، فإذا قال بالله — بالباء الموحدة — لأفعلن ، فإن نوى اليمين ، أو أطلق ، فهي يمين لاشتهار الصيغة بالحلف لغة وشرعاً •

وحكى ابن كج خلافاً فيما إذا أطلق ، والمذهب أنه يمين ، وبه قطع الأصحاب ، وإن نوى غير ذلك اليمين بأن قال : أردت بالله وثقت ، أو اعتصمت بالله أو أستعين أو أؤمن^(١) بالله ثم ابتدأت لأفعلن ، فالمذهب وبه قطع العراقيون والبعثيون والرويان وغيرهم : أنه ليس بيمين ، واستبعد الإمام هذا وجعله زللاً أو خللاً من ناسخ . ونقل أنه لو نوى غير اليمين وادعى التورية^(٢) لم يقبل فيما تعلق بحق آدمي ، وهل يدين باطناً؟ قيل : وجهان ، وقال القاضي حسين : لا يدين قطعاً ، لأن الكفارة تتعلق باللفظ المحرّم الذي أظهر ما يخالفه ، وأما قوله : والله ، فالمذهب أنه كقوله : بالله على ما ذكرنا ، وأشار بعضهم الى القطع بأنه يمين بكل حال ، ووجه المذهب أنه قد يريد به القائل والله المستعان ثم يتدّى لأفعلن ، وليس في ذلك إلا لحن في الإعراب وسيأتي نظائره إن شاء الله تعالى . وأما إذا قال : تالله لأفعلن بالمشاة فوق ، فالمنصوص هنا وفي الإيلاء أنه يمين ، وعن نصه في القسامة أنه ليس بيمين ، وللاصحاب فيه طرق ، أحدها : العمل بظاهر النص . والثاني : فيهما قولان ، والثالث وهو المذهب وبه قال ابن سلمة وأبو اسحاق وابن الوكيل : القطع بأنه يمين . قالوا : ورواية النص في القسامة مصحفة إنما هي بالياء المشاة تحت ، لأن السافعي رحمه الله علل ، فقال : لأنه دعاء وهذا إنما يليق بالمشاة تحت . ثم قيل أراد إذا قال يا الله على النداء أو قيل أراد يا الله بفتح اللام على الاستغاثة ، وهذا أشبه وأقرب الى التصحيف ، وقيل : ليست مصحفة ، بل هي محمولة على ما إذا قال له القاضي : قل : بالله ، فقال : تالله ، فلا يحسب ذلك ، لأن اليمين يكون على وفق التحليف ، وكذا

(١) في الأصل : أمن .

(٢) في الأصل : غير التورية .

لو قال : قل : بالله فقال : بالرحمن ، لا تحسب يمينه • وعكسه لو قال : قل : تالله بالمشاة فوق ، فقال : يالله الموحدة ، قال القفال : يكون يميناً ، لأنه أبلغ وأكثر استعمالاً ، ولو قال : قل : بالله ، فقال : والله ، قال الإمام : فيه تردد ، لأن الباء والواو لا تكادان تتفاوتان ، ولا يمتنع المنع للمخالفة • وهذا المعنى يجيء في مسألة القفال ، وهذا الخلاف إذا قال : تالله ولم يقصد اليمين ولا غيرها ، فإن نوى غير اليمين ، فليس يمين بلا خلاف ، صرح به العراقيون والرويان وغيرهم •

قلت : قال الدارمي : لو قال يا الله بالمشاة تحت ، أو فالله بالفاء ، أو آله بالاستفهام ونوى اليمين ، فيمين ، وإلا فلا • والله أعلم

فرع

لو قال : والله لأفعلن يرفع الهاء أو نصبها ، كان يميناً ، واللعن لا يمنع الانعقاد ، وقال القفال : في الرفع لا يكون يميناً إلا بالنية •

فرع

لو حذف حرف القسم ، فقال : الله لأفعلن كذا بجر الهاء أو نصبها أو رفعها ونوى اليمين ، فهو يمين ، وإن لم ينو ، فليس يمين في الرفع على المذهب ، ولا في النصب على الصحيح ، ولا في الجر على الأصح ، لأن الرفع يحتمل الابتداء فيبعد الحث ، ويقرب في الجر الاستعارة بالصلة الجارة ويليه النصب بنزع الجار •

فرع

لو قال : يله قشد اللام كما كانت وحذف الألف بعدها ، فهو غير

ذاكر لاسم الله تعالى ولا حالف ، لأن البلة هي الرطوبة ، فلو نوى بذلك اليمين ، فقال الشيخ أبو محمد والإمام والغزالي : هو يمين ويحمل حذف الألف على اللحن ، لأن الكلمة تجري كذلك على السنة العوام أو الخواص •

قلت : ينبغي أن لا يكون يميناً ، لأن اليمين لا يكون إلا باسم الله تعالى أو صفته ، ولا يسلم أن هذا لحن ، لأن اللحن مخالفة صواب الاعراب ، بل هذه كلمة أخرى • والله أعلم

الثامنة : في ضبط ما يحلف به ، وفيه طريقتان ، إحداها وهي أقصرهما : أن اليمين إنما يتعقد إذا حلف بما مفهومه ذات الباري سبحانه وتعالى ، أو صفة من صفاته ، والثانية وهي أقرب إلى سياق « المختصر »^(١) : أنها لا تتعقد إلا إذا حلف بالله ، أو باسم من أسمائه ، أو صفة من صفاته ، وأراد بالقسم الأول أن يذكر ما يفهم منه ذات الله تعالى ولا يحتمل غيره من غير أن يأتي باسم مفرد ، أو مضاف من أسمائه الحسنى ، وذلك كقوله : والذي أعبد ، أو أسجد له ، أو أصلي له ، والذي فلق الحبة ، أو نفسي بيده ، أو مقلب القلوب فتتعقد يمينه ، سواء أطلق أو نوى الله سبحانه وتعالى أو غيره ، وإذا قال قصدت غيره ، لم يقبل ظاهراً قطعاً ، وكذا لا يقبل أيضاً فيما بينه وبين الله على الصحيح المعروف في المذهب^(٢) ، وحكي فيه وجه ضعيف • وأما القسم الثاني وهو الحلف بالأسماء ، فالأسماء ثلاثة أنواع ، أحدها : ما يختص بالله تعالى ولا يطلق في حق غيره ، كالله والإله ، والرحمن ورب العالمين ، ومالك يوم الدين ، وخالق الخلق ، والحي الذي لا يموت ، والأول الذي

(١) في الأصل : ساق المختص ..

(٢) في الأصل : المذهب .

ليس قبله شيء ، والواحد الذي ليس كمثل شيء ، فحكم الحلف به حكم القسم الأول ، وفي كتاب ابن كج : انه ليس في الأسماء صريح في الحلف إلا الله ، وهذا غريب ضعيف •

النوع الثاني : ما يطلق في حق الله وفي حق غير الله تعالى ، لكن الغالب استعماله في حق الله تعالى وأنه يقيد في حق غيره بضرب تقييد ، كالجبار والحق والرب والمتكبر والقادر والقاهر ، فإن حلف باسم منها ونوى الله تعالى أو أطلق فيمين ، وإن نوى غير الله فليس يمين والخالق والرازق والرحيم من هذا النوع على الصحيح ، وبه قطع الجمهور ، وقيل من الأول •

النوع الثالث : ما يطلق في حق الله تعالى وفي حق غيره ولا يغلب استعماله في أحد الطرفين كالحي والموجود والمؤمن والكريم والغني وشبهها ، فإن نوى به غير الله تعالى ، أو أطلق فليس يمين ، وإن نوى الله تعالى ، فوجهان : أحدهما يمين ، وبه قطع صاحب « المذهب » و « التهذيب » ، وفي شرح الموفق بن طاهر أن صاحب « التقريب » وأبا يعقوب قطعاً به ، ونقلاه عن شيوخ الأصحاب ، والثاني وهو الأصح وبه أجاب الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وسائر العراقيين والإمام والغزالي : لا يكون يميناً ، لأن اليمين إنما تتعقد باسم معظم ، والأسماء التي تطلق في حق الخالق والمخلوق إطلاقاً واحداً ليس لها حرمة ولا عظمة •

قلت : الأصح أنه يمين ، وبه قطع الرافعي في « المحرر » وصاحب « التتبيه » والجرجاني وغيرهما من العراقيين لأنه اسم يطلق على الله وقد نواه ، وقولهم : ليس له حرمة مردود • والله اعلم

والسميع والبصير والعليم والحكيم من هذا النوع ، لا من الثاني على الأصح ، فقد عد البغوي العالم من هذا النوع • واعلم أن ابن كج

نقل وجهاً أن الحلف بأي اسم كان من الأسماء التسعة والتسعين المذكورة في الحديث صريح ، ولا فرق بين بعضها وبعض ، وهذا غريب • وأما القسم الثالث : فالحلف بالصفات • فمتكلم في صور :

منها : إذا قال : وحق الله لأفعلن كذا ، فإن نوى به اليمين ، فيمين ، وإن نوى غيرها من العبادات وغيرها ، فليس يمين ، وإن أطلق فوجهان : أحدهما : ليس يمين ، حكى عن المزني وأبي اسحاق ، واختاره الإمام والغزالي ، والصحيح المنصوص الذي قطع به الجمهور أنه يمين ، لأنه غلب استعماله في اليمين ، فتصير هذه القرينة صارفة للفظ الى معنى استحقاق الالهية والعظمة وقال المتولي : ولو قال وحق الله بالرفع ونوى اليمين فيمين ، وإن أطلق ، فلا ، وإن قاله بالنصب وأطلق فوجهان : والذي أجاب به البغوي المنع في النصب ايضاً •

ومنها : قوله وحرمة الله ، وهو كقبوله وحق الله ، وقيل هو كقبوله وعظمة الله ، كما سنذكره إن شاء الله تعالى •

ومنها : قوله وقدرة الله ، وعلم الله ، ومشية الله ، وسمع الله ، وبصر الله فهذه صفات قديمة ، فإن نوى بها اليمين ، أو أطلق انعقدت يمينه . وإن أراد بالعلم المعلوم ، وبالقدرة المقدور قبل قوله ، ولم يكن يميناً ، لأن اللفظ محتمل له ، ولهذا يقال في الدعاء : اغفر علمك فينا ، أي معلومك ، ويقال : انظر الى قدرة الله أي مقدوره ، فيكون كقبوله : ومعلوم الله ، ومقدوره ، وخلق الله ، وذلك ليس يمين ، وبمثله أجاب الإمام في : إحياء الله تعالى ، وإن قال : وعظمة الله وكبرياء الله وعزته وجلاله وبقائه ، فالحكم كما في العلم والقدرة ، ولم يفرقوا بين الصفات المعنوية الزائدة على الذات وغيرها ، هذا هو المذهب الذي قطع به الجمهور في هذه الصفات ، وحكى الإمام وجهان : أن الحلف بهذه الصفات كالحلف بالله ، حتى لو قال أردت غير اليمين ، لا يقبل ظاهراً • ووجهاً أنه إن أراد

غير اليمين ، يقبل في العلم والقدرة ، للاحتتمال المذكور ، ولا يقبل في العظمة والجلال والكبرياء إذ لا يتخيل فيها مثل ذاك الاحتمال ، وضعف هذا ، وقال : قد يقال عاينت عظمة الله وكبريائه ، ويريد مثل ذلك ، ومنها لو قال وكلام^(١) الله ، انعقدت يمينه ، قال البغوي : وكذا لو قال : وكتاب الله وقرآن الله ، قال ابراهيم المروزي : وكذا لو قال : والقرآن أو والمثبت^(٢) في المصحف ، قال المتولي : وإن حلف بالمصحف نظر ، إن قال : وحرمة ما هو مكتوب فيه ، فهو يمين ، وكذا لو قال : وحرمة هذا المصحف ، لأن احترامه لما هو مكتوب فيه ، وإذا أراد الرق والجلد لم يكن يميناً .

فت : لم يتعرض لما إذا قال : والمصحف ، وأطلق ، وهو يمين ، صرح به بعض الأصحاب ، وبه أفتى الإمام أبو القاسم الدولعي^(٣) خطيب دمشق ، من متأخري أصحابنا ، قال : لأنه إنما يقصد به الحلف بالقرآن المكتوب ومذهب أصحابنا وغيرهم من أهل السنة أن القرآن مكتوب في المصاحف محفوظة في الصدور ، ولا يقصد الحالف نفس الورق والمداد ، ويؤيده أن الشافعي رضي الله عنه ، استحسّن التحليف بالمصحف ، وافق الأصحاب عليه ، ولو لم ينعقد اليمين به عند الإطلاق لم يحلف به . **واتمّاعلم**

ولو قال : والقرآن ، وأراد غير اليمين لم يكن يميناً ، فقد يراد بالقرآن الخطبة والصلاة .
التاسعة : إذا قال : أقسم بالله ، أو أقسمت بالله ، أو أحلف بالله ، أو حلفت بالله فله أحوال :

(١) في الأصل : كلام بلا واو .

(٢) في الأصل : المثبت دون الواو .

(٣) هو عبد الملك بن زيد بن ياسين الثعلبي الدولعي ، فقيه شافعي من أهل الدولة من قرى الموصل ، تفقه ببغداد وانتقل إلى الشام فولّي الخطابة وتدرّس الغزالية بدمشق ، وتوفي عام ٥٩٨ هـ . (طبقات الشافعية : ٢٦١/٤)

أحدها : أن يقول أردت بالأول الوعد بالحلف ، وبالثاني الإخبار عن ماض ، فيقبل باطناً ، وأما في الظاهر ، فإن علم له يمين ماضية قبل قوله في إرادتها بأقسمت وحلفت بلا خلاف ، وإلا فالنص أنه يقبل أيضاً قوله في إرادة الوعد والإخبار ، وقال في الإيلاء : إذا قال : أقسمت بالله لا وطئتك ، ثم قال : أردت يميناً ماضية لم يقبل ، وللأصحاب فيها ثلاثة طرق ، المذهب في أن في الإيلاء وسائر الأيمان قولين أظهرهما : القبول ، لظهور الاحتمال ، والثاني : المنع ، لظهوره في الإنشاء ، والطريق الثاني : القطع بالمنع ، وحصل ما ذكره هنا على القبول باطناً ، والثالث : تقرير النصين ، والفرق أن الإيلاء متعلق حق المرأة ، وحق الآدمي مبني على المضايقة ، وسائر الأيمان واجبها الكفارة ، وهي حق الله تعالى .

الحال الثاني : أن يقول : أردت اليمين ، فيكون يميناً قطعاً .

الحال الثالث : أن يطلق ، فالمذهب عند الجمهور أنه يمين ، وخالفهم الإمام في الترجيح ، وقيل : وجهان ، وقيل : قولان ، وقيل : أقسم صريح ، بخلاف أقسمت ، وهو ضعيف .

قلت : لو قال : آليت أو أولي ، فهو كحلف أو أحلف ، ذكره الدارمي ، وهو ظاهر **وانتاعلم**

العاشرة : إذا قال أشهد بالله أو شهدت بالله ، فإن نوى اليمين ، فيمين ، وإن أراد غير اليمين ، فليس يمين ، وإن أطلق : فالمذهب أنه ليس يمين ، لتردد الصيغة ، وعدم اطراد عرف شرعي أو لغوي ، ونقل الإمام هذا عن العراقيين ، وبه قال ابن سلمة .

فرع

لو قال أعزم بالله ، أو عزمت بالله ، لأفعلن ، فإن نوى غير اليمين ، أو أطلق ، فليس يمين ، وإن نوى اليمين فيمين .

فرع

لو قال : أقسم أو أقسمت ، أو أحلف أو حلف ، أو أشهد أو تشهدت ، أو اعزم أو عزمت لأفعلن كذا ، ولم يقل بالله ، لم يكن يميناً ، وإن نوى اليمين ، لأنه لم يحلف باسم الله تعالى ولا بصفته •

فرع

لو قال الملعن في لعانه : أشهد بالله وكان كاذباً هل يلزمه الكفارة ؟ وجهان أصحهما : نعم ، والخلاف شبيه بالخلاف في وجوب الكفارة على المؤلي إذا وطئ ، قال الإمام : والصورة مفروضة فيما إذا زعم أنه قصد اليمين أو أطلق ، وجعلنا مطلقه يميناً ، قال : ويمكن أن يجيء الخلاف وإن قصد غير اليمين ، لأن ألفاظ اللعان معروضة عليه في مجلس الحكم ، ولا أثر للتورية في مجلس الحكم •

الحادية عشرة : إذا قال : وايم الله ، أو وايمين الله لأفعلن كذا ، فإن نوى اليمين فيمين ، وإن أطلق فليس يمين ، على الأصح ، لأنه وإن كان مشهوراً في اللغة فلا يعرفه إلا خواص الناس ، قال الأصحاب : ولو قال : لاها الله^(١) ولم ينو اليمين فليس يمين ، وإن كان مستعملاً في اللغة ، لعدم اشتباره •

قلت : وقوله : وايم الله بكسر الميم وضمها والضم أشهر ، ولاها الله بالمد والقصر ، وإن نوى به اليمين كان يميناً قطعاً • والله أعلم

(١) ومنه قول أبي بكر رضي الله عنه كما في « صحيح البخاري » ٣٠/٨ : لاها الله ... قال الجوهرى : « ها » للتنبيه ، وقد يقسم بها ، يقال : لاها الله ما فعلت كذا . وقال ابن مالك : فيه شاهد على جواز الاستغناء عن القسم بحرف التنبيه ... ولا يكون ذلك إلا مع الله ، أي : ثم يسمع : « لاها الرحمن » كما سمع : « لا والرحمن » •

الثانية عشرة : إذا قال : لعمر الله لأفعلن ، إند نوى قيسين ، وإن أطلق فلا ، على الأصح •

الثالثة عشرة : إذا قال : علي عهد الله وميثاقه وذمته وأمانته وكفالاته لأفعلن كذا ، فإن نوى اليمين فيمين ، والمراد من عهد الله استحقاقه لإيجاب ما أوجه علينا ، أو تعبدنا^(١) به ، وإن أراد غير اليمين ، كالعبادات ، فليس يمين ، وإن أطلق فوجهان ، قال أبو إسحاق : يمين للعادة الغالبة ، والأصح المنع ، لتردد اللفظ ، وقد فسرت الأمانة في قول الله تعالى (إنا عرضنا الأمانة)^(٢) بالعبادة ، وإذا أراد اليمين بهذه الألفاظ : انعقدت يمين واحدة ، والجمع بين الألفاظ تأكيد ، كقوله : والله الرحمن الرحيم لا يتعلق بالحنث فيها إلا كفارة واحدة ، ولك أن تقول : إن قصد بكل لفظ يميناً ، فليكن ، كما لو حلف على الفعل الواحد مراراً •

قلت : هذا الذي استدركه الرافعي رحمه الله صحيح موافق للنقل ، قال الدارمي قال ابن القطان : إذا نوى التكرار ، ففي تكرار الكفارة القولان فيمن حلف على الفعل الواحد مراراً ، وطرده في قوله : والله الرحمن الرحيم • واستأعم

أما إذا قال : وعهد الله ، وميثاق الله ، وأمانة الله ، فقال المتولي : إن نوى اليمين فيمين ، وإن أطلق فلا •

قلت : قد ذكر الرافعي نذر اللجاج والغضب في هذا الموضع ، وقد قدمته في كتاب النذور •

(١) في الأصل : وتعبدنا •

(٢) الأحزاب : ٧٢

الباب الثاني في كفارة اليمين (١)

فيه ثلاثة أطراف :

الأول : في سبب الكفارة ، وهي واجبة على من حنث . وفي سبب وجوبها وجهان : الصحيح عند الجمهور أنه اليسين والحنث جسيماً ، والثاني أنه اليمين فقط ، ولكن الحنث شرط .

فصل

يجوز التكفير قبل الحنث إن كفر بغير الصوم ولم يكن الحنث معصية . ويستحب أن يؤخر التكفير عن الحنث ، ليخرج من خلاف أبي حنيفة رضي الله عنه ، وإن كفر بالصوم فالصحيح المشهور أنه لا يجوز تقديسه على الحنث ، وفيه وجه . وقول قديم أنه يجوز ، وإن كان الحنث بسعصية بأن حلف لا يزني فهل يجزئه التكفير قبله ؟ وجهان : أصحهما عند الأكثرين نعم . ولو قال : أعتقت هذا العبد عن كفارة يسيني إذا حنث . عتق العبد عن الكفارة إذا حنث بخلاف ما لو قال : أعتقته عن الكفارة إذا حلفت ، فإنه لا يجزئه عن الكفارة ، لأنه قدم التعليق على اليسين . وفي الصورة السابقة قدمه على الحنث فقط . ولو قال : إذا حنث في يسيني غداً ، فهو حر عن كفارتي ، فإن حنث غداً ، عتق عن الكفارة . وإلا لم يعتق ، لأن المعلق عليه لم يوجد ، ولو قال : أعتقته عن كفارة يسيني إن حنث ، ثم بان أنه حنث ، عتق عن الكفارة ، وإلا لم يعتق . ولو قال : أعتقته عن كفارة يسيني إن حلفت وحنث ، فبان حالفاً قال البغوي : ينبغي ألا يجزئه ، لأنه شك في اليسين . وفي الصورة السابقة الشك في الحنث ، والتكفير قبل الحنث جائز ، وعلى قياسه لو قال : هو حر عن ظهاري إن ظاهرت ، فبان أنه ظاهر ، ينبغي أن لا يجوز .

(١) في الأصل : في الكفارة .

فرع

أعتق عبداً عن الكفارة قبل الحنث ، ثم ارتد العبد ، أو مات قبل الحنث ، لم يجزئه عن الكفارة ، كما لو عجل الزكاة ، ثم ارتد المدفوع إليه قبل تمام الحول ، وتغير الحال في التكفير قبل الحنث كهو في تعجيل الزكاة ، قال البغوي : ويحتمل أن يجزئه إذا ارتد أو مات ، كما لو مات الشاة المعجلة قبل الحول .

فرع

يجوز تقديم كفارة القتل على الزهوق بعد حصول الجرح ، وتقديم جزاء الصيد على الزهوق بعد جرح الصيد ، هذا هو المذهب ، وقيل : فيهما الخلاف ، في تقديم الكفارة على الحنث المحرم ، لأن سرية فعله كفعله ، وهو حرام ، وهذا ليس بشيء ، قال الإمام : وقياسه أن يقال : لو حلف^(١) لا يقتل زيدا فجرحه وكفر عن اليمين قبل حصول الزهوق ، ففي الإجزاء الوجهان . قال : وهو بعيد ، ثم هذا في التكفير بالإعتاق ، وأما الصوم فلا يقدم على الصحيح كما سبق ، ولا يجوز تقديم كفارة القتل على الجرح بحال لا في الآدمي ولا في الصيد ، وفيه احتمال لابن سلمة ، تنزيلاً للعصمة منزلة أحد السبيين ، وحكى ابن كج وجهاً في جواز التقديم على جرح الصيد ، ووجهاً أنه إن كان يقتله مختاراً بلا ضرورة لم يجز ، وإن اضطر الصيد إليه جاز ، والمذهب الأول .

فرع

التكفير عن الظهار بالمال بعد الظهار وقبل العود جائز على المذهب ، وقيل : فيه الخلاف في الحنث المحرم وليس بشيء لأن العود ليس بحرام ، ويتصور التكفير بين الظهار والعود ، فيما إذا ظاهر من رجعية ، ثم كفر ،

(١) في الأصل : حلفت .

ثم راجعها ، وفيما اذا ظاهر ثم طلق رجعيًا ، ثم كفر ثم راجع أو طلق بائنًا وكفر ثم نكحها ، وقلنا : يعود الحنث فيما إذا ظاهر مؤقتًا وصححنا ، وكفر وصار عائداً بالوطء ، وفيما إذا ظاهر وارتدت الزوجة عقبه . فكفر ثم أسلمت ثم صار عائداً ، وأما إذا ظاهر وأعتق على الاتصال عن ظهاره ، فهذا ليس بتكفير قبل العود ، بل هو تكفير مع العود ، لأن اشتغاله بالإعتاق عود والحكم بالإجزاء أيضاً •

فرع

لا يجوز تقديم كفارة الجماع في شهر رمضان ، ولا في الحج والعمرة على الجماع ، وقيل : يجوز لكفارة اليمين ، والصحيح الأول ، لأن هذه الكفارة لا تنسب الى الصوم والإحرام بل إلى الجماع ، وتلك تنسب الى اليمين ، وكذا لا يجوز تقديم فدية الحلق والتطيب واللبس عليها ، فإن وجد سبب يجوز فعلها ، بأن احتاج إلى الحلق أو التطيب لمرض أو اللبس لبرد جاز التقديم على الأصح •

• فرع

يجوز تعجيل المنذور إذا كان مالياً ، بأن قال : إن شفى الله مريضى ، أو رد غائبى ، فله على أن أعتق أو أتصدق بكذا ، فيجوز تقديم الإعتاق والتصدق على الشفاء ورجوع الغائب ، وفي فتاوى القفال ما ينازع فيه •

فرع

الحامل والمرضع إذا شرعتا في الصوم ثم أرادتا الإفطار ، فأخرجتا الفدية قبل الإفطار جاز على الأصح ، وعلى هذا ففي جواز تعجيل الفدية لسائر الأيام وجهان : كتعجيل زكاة عامين •

فصل

تكره اليمين إلا إذا كانت في طاعة كالبيعة على الجهاد ، ويستثنى أيضاً الأيمان الواقعة في الدعاوى ، إذا كانت صادقة ، فإنها لا تكره .
قلت : وكذا لا يكره إذا دعت إليه حاجة كتوكيد كلام أو تعظيم أمره . كقول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح : « فوالله لا يمل الله حتى تملوا » وفي الحديث الآخر ، « والله لو تعلمون ما أعلم لضحكتم قليلاً ولبكيتم كثيراً » وأشباهه في الصحيح كثيرة مشهورة والله أعلم

ثم إن حلف على فعل واجب . أو ترك حرام ، فيمينه طاعة ، والإقامة عليها واجبة ، والحنث معصية ، وتجب به الكفارة ، وإن حلف على ترك واجب ، أو فعل حرام ، فيمينه معصية ، ويجب عليه أن يحنث ويكفر . وإن حلف على فعل نفل كصلاة تطوع ، وصدقة تطوع ، فالإقامة على ذلك طاعة ، والمخالفة مكروهة ، وإن حلف على ترك نفل ، فاليمين مكروهة والإقامة عليها مكروهة ، والسنة أن يحنث ، وعد الشيخ أبو حامد وجماعة من هذا القبيل ، ما إذا حلف لا يأكل طيباً ، ولا يلبس ناعماً . وقالوا : اليمين عليه مكروهة ، لقول الله تعالى : (قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق)^(١) واختار القاضي أبو الطيب أنها يمين طاعة ، لما عرف من إختيار السلف خشونة العيش ، وقال ابن الصباغ : يختلف ذلك باختلاف أحوال الناس ، وقصودهم وفراغهم للعبادة . وإشغالهم بالضيق والسعة ، وهذا أصوب / وإن حلف على مباح ، لا يتعلق به مثل هذا الغرض ، كدخول دار ، وأكل طعام ، ولبس ثوب ، وتركها ، فله أن يقيم على اليمين ، وله أن يحنث ، وهل الأفضل الوفاء باليمين ؟ أم الحنث ؟ أم يتخير بينهما ولا ترجيح كما كان

(١) الأعراف : ٣٢ .

قبل اليمين ؟ فيه أوجه ، أصحها : الأول : وبه قال أبو علي الطبري ، واختاره الصيدلاني : وابن الصباغ ، والغزالي وغيرهم ، لقول الله تعالى : (ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها)^(١) ولما فيه من تعظيم اسم الله تعالى ، وقد حصل مما ذكرناه أن اليمين لا تغير حال المحلوف عليه عما كان ، وجوباً وتحريماً وندباً وكرهاة وإباحة •

الطرف الثاني : في كيفية كفارة اليمين ، وهي مختصة باشتغالها على تخيير في الابتداء ، وترتيب في الانتهاء ، فيتخير الحالف بين أن يطعم عشرة مساكين ، أو يكسوهم ، أو يعتق رقبة ، فإن اختار الإطعام : أطعم كل واحد مداً ، والقول في جنس الطعام ، وكيفية إخراجه ، ومن يصرف إليه ، وامتناع إخراج القيمة ، وصرف الأمداد العشرة الى بعض ، وسائر المسائل على ما سبق في الكفارات ، وإن اختار الكسوة ، كساهم على ما سنذكره إن شاء الله تعالى ، وإن اختار الاعتاق ، فلتكن الرقبة بالصفات المذكورة في الكفارات • ولو أطعم بعض العشرة ، وكسا بعضهم ، لم يجزه ، كما لا يجوز أن يعتق نصف رقبة ، ويطعم أو يكسو خمسة ، ولو أطعم عشرة ، وكسا عشرة ، وأعتق رقبة ، أو أطعم ثلاثين مسكيناً ، أو كساهم عن ثلاث كفارات ولم يعين ، أجزأه عنهن ، فإن عجز عن الخصال الثلاث صام ثلاثة أيام ، والقول فيما يحصل به العجز ذكرناه في الكفارات ، ومن له أن يأخذ سهم الفقراء أو المساكين من الزكوات ، أو الكفارات ، له أن يكفر بالصوم ، لأنه فقير في الأخذ ، فكذا في الإعطاء ، وقد يملك نصاباً ، ولا يفي دخله بخرجه ، فيلزمه الزكاة وله أخذها والفرق بين البابين أنا لو أسقطنا الزكاة خلا النصاب عنها بلا بدل ، وللتكفير بالمال بدل ، وهو الصوم • وهل يجب التابع في صوم الثلاثة ؟ قولان : أظهرهما : عند الأكثرين لا ، قال الإمام : وهو الجديد ، فإن أوجبه ، فالقطر في اليوم الثاني أو الثالث بعذر المرض أو السفر على الخلاف في

(١) النحل : ٩١ •

كفارة الظهار ، والحيض هنا يقطع التتابع ، لإمكان الاحتراز عنه بخلاف الشهرين ، وقيل : لا يقطعه كالشهرين ، وقيل قولان : كالمرض ، والمذهب الأول ، فإن كانت لم تحض قط ، فشرعت في الصوم ، فابتدأها الحيض ، فهو كالمرض .

فرع

تجب في الكسوة التمليك ، والواجب ثوب قميص ، أو سراويل ، أو عمامة ، أو جبة أو قباء ، أو مقنعة أو إزار ، أو رداء ، أو طيلسان ، لأن الاسم يقع على كل هذا . وحكي قول : أنه يشترط ساتر العورة ، بحيث تصح الصلاة فيه ، فتختلف الحال بذكورة الآخذ وأنوثته ، فيجزىء الإزار إن أعطاه لرجل ، ولا يجزىء إن أعطاه لامرأة ، والمشهور الأول .

قلت : ويجزىء المنديل ، صرح به أصحابنا ، والمراد به هذا المعروف الذي يحمل في اليد ، وقد صرح الدارمي بأن كل واحد من المنديل والعمامة يجزىء . والله أعلم

وأما الثوب الصغير الذي يكفي لرضيع وصغير دون كبير ، فإن أخذه الولي لصغير ، جاز ، لأن صرف طعام الكفارة وكسوتها للصغار جائز كما في الزكاة ، ويتولى الولي الأخذ ، وإن أخذه كبير لنفسه ، جاز على الأصح ، وبه قال القاضي حسين ، لأنه لا يشترط أن يلبس الآخذ ما يأخذه ، ولهذا يجوز أن يعطي الرجل كسوة المرأة ، وعكسه ، ولا يشترط المخطط ، بل يجوز دفع الكرباس ، ويستحب أن يكون جديداً ، خاماً كان أو مقصوراً ، فإن كان ملبوساً ، فظن : إن تخرق أو ذهبت قوته لمقاربة الانحطاق ، لم يجزئه ، كالطعام المعب ، وإن لم ينته إلى ذلك الحد أجزأه ، كالطعام المتيق ، لا يجزىء المرقع إن رقع للتخرق

والبلى ، إن خيط في الابتداء مرقعاً لزينة وغيرها أجزاءه ، ولو كساه ثوباً لطيفاً ، مهلهل النسج ، غير بال في جنسه ، لكن مثله إذا لبس لا يدوم ، إلا بقدر ما يدوم الثوب البالي ، قال الإمام : يظهر أنه لا يجزىء لضعف النفع فيه ، وأما الجنس فيجزىء المتخذ من صوف وشعر وقطن وكتان وقز وبريسم ، سواء كان المدفوع إليه رجلاً لا يحل له لبسه ، أو امرأة ، وفي الرجل وجهه تضعيف ، وسواء في كل جنس ، الجيد والردىء والمتوسط ، وللقاضي حسين احتمال في اشتراط الكسوة الغالبة في البلد ، كالطعام ، وفي الدرع والمكعب وهو المداس والنعل والجوارب والخف والقلنسوة والتبان وهو سراويل قصيرة لا تبلغ الركبة ، فوجهان : أصحهما : المنع ، لعدم اسم الكسوة ، والثاني : الإجزاء ، لإطلاق اسم اللبس ، ومنهم من قطع بالمنع في الخف والنعل والجوارب ، ولا تجزىء المنطقة والخاتم قطعاً ، وكذا التكة على المذهب ، وفي « جمع الجوامع » للرويانى : طرد الخلاف فيها ، قال الصيدلانى : ويجزىء قميص البلد في بلد جرت عادة غالب الناس أو نادرهم بلبسه .

قلت : قال الدارمي : فإن دفع ما لا يعتاد لبسه كجلود ونحوها ، لم يجزه . والله أعلم

الطرف الثالث : فيمن تلزمه الكفارة ، وهو كل مكلف حث في يمينه ، سواء فيه الحر والعبد ، والمسلم والكافر ، فإن مات قبل إخراجها ، أخرجت من تركته .

فصل

العبد يكفر عن اليمين وغيرها بالصوم ، لأنه لا يملك على الأظهر ، وإن قلنا يملك بتملك سيده ، فإن أطلق التملك ، لم يملك إخراج الكفارة بغير إذن سيده ، وإن ملكه الطعام أو الكسوة ليخرجه في

الكفارة ، أو ملكه مطلقاً ثم أذن له في ذلك ، كفر بالإطعام أو الكسوة • وقد ذكرنا ذلك في الكفارات ، وذكرنا أنه لو ملكه عبداً ليعتقه عن الكفارة لم يقع عن الكفارة على المذهب ، وبناء الإمام على أنه لو ملكه عبداً ، وأذن في إعتاقه متبرعاً ، فelsen الولاء فيه ؟ أقوال • أحدها : للسيد ، لقصور العبد عن استحقاق حقوق الولاء من الإرث والولاية • والثاني ، يوقف • فإن عتق العبد ، بان أن الولاء له ، وإن مات رقيقاً ، فليسده • والثالث : للعبد ، فعلى هذا ، إن أذن له في الإعتاق عن الكفارة ، وقع عنها ، وثبت له الولاء ، وإن قلنا الولاء للسيد ، وقع العتق له على الأصح ، وكأن الملك انقلب إليه ، وفي وجه وقول : يقع عن العبد ، ويجزئه عن الكفارة ، ويختص التعذر بالولاء ، وإن قلنا بالتوقف في الولاء ، فوجهان : قال القفال : تجزئ عن الكفارة ، وقال الصيدلاني ، والقاضي حسين : يتوقف في الوقوع عن الكفارة ، تبعاً للولاء ، فإذا قلنا في هذه التفاريع ، يقع العتق عن الكفارة فأذن السيد في الاعتاق في كفارة مرتبة ، فهل له أن يكفر بالصوم لضعف ملكه ؟ فيه احتمالان للإمام ، لأنه لا يعد موسراً ، ولهذا ينفق على زوجته نفقة المعسر ، وإن ملكه السيد أموالاً عظيمة • ولو أعتق المكاتب عن كفارته بإذن سيده ، وصحنا تبرعاته بإذن سيده ، قال الصيدلاني : الذي ذكره الأصحاب أنه تبرأ ذمته عن الكفارة ، وعندني أن الأمر موقوف ، فقد يعجز ، فيرق ، فيكون الولاء موقوفاً ، فيجب التوقف في الكفارة ، ولو كفر السيد عن العبد بإطعام ، أو كسوة ، أو اعتاق باذنه ، فهو على الخلاف في أنه يملك بالتملك بتفريعه ، وإذا كفر بالصوم ، فهل يستقبل به ؟ أم يحتاج إلى إذن السيد ؟ فيه خلاف وتفصيل ، سبق في الكفارات • وحيث يحتاج ، فللسيد منع الأمة من الصوم ، لأنه يفوت الاستمتاع ، والكفارة على التراخي ، وله منع العبد عن الصوم إن كان

يضعف به عن الخدمة ، أو يناله ضرر ، وإلا فلا منع على الأصح ، وعلى هذا لا يمنعه من صوم التطوع ، وصلاة التطوع ، في مثل هذه الحالة في غير زمان الخدمة ، كما لا يمنعه من الذكر ، وقراءة القرآن ، في تردداته ، وحيث احتاج إلى الاذن ، فصام بلا إذن ، أجزاءه ، كما لو صلى الجمعة بلا إذن . ولو مات العبد ، وعليه كفارة يمين ، فللسيد أن يكفر عنه بالاطعام ، وإن قلنا : لا يملك بالتسليك ، لأن التكفير عنه في الحياة يتضمن دخوله في ملكه ، والتكفير بعد الموت لا يستدعي ذلك ، ولأنه ليس للبيت ملك محقق ، ولأن الرق لا يبقى بعد الموت ، فهو والحر سواء ، هذا ما قطع به الأصحاب ، وفيه احتمال للامام ، فعلى الأول : لو أعتق عنه ، لم يجزئه ، على الأصح ، لما ذكرنا من اشكال الولاء .

فصل

في الحر يموت وعليه كفارة : فتخرج من تركته ، سواء أوصى بها أم لا ، وسبيلها سبيل الديون ، وذكرنا في كتاب الوصية وجهاً : أنه إن أوصى بها ، حسبت من الثلث ، ووجهاً : أنها من الثلث ، وإن لم يوص ، والصحيح الأول ، وإذا وفيت التركة بحقوق الله تعالى وحقوق الآدمي ، قضيت جميعاً ، وإن لم تف ، وتعلق بعضها بالعين ، وبعضها بالذمة ، قدم المتعلق بالعين ، سواء اجتمع النوعان ، أو انفرد أحدهما ، وإن اجتمعا ، وتعلق الجميع بالعين أو الذمة ، فهل يقدم حق الله تعالى ؟ أم الآدمي ؟ أم يستويان ؟ فيه ثلاثة أقوال ، سبقت في مواضع ، أظهرها الأول ، ولا تجري هذه الأقوال في المحجور عليه بفلس ، إذا اجتمع النوعان ، بل تقدم حقوق الآدمي ، وتؤخر حقوق الله تعالى ، ما دام حياً ، وإن كانت الكفارة مرتبة أعتق عنه الوارث ، وكذا لو أوصى

الوصي ويكون الولاء للميت ، فان تعذر الاعتاق ، أطعم من التركة ، وإن كانت كفارة تنجيز ، جاز الاطعام والكسوة من التركة ، وكذا الاعتاق على الأصح ، والواجب من الخصال أقلها قيمة ، فان لم تكن تركة فتبرع أجنبي بالاطعام او الكسوة عنه من مال نفسه ، جاز على الأصح ، فان تبرع بهما الوارث ، جاز على الصحيح ، وقيل : لا ، بعد العبادات عن النياية ، وإن تبرع الاجنبي بالاعتاق في كفارة التنجيز ، لم يصح على المذهب ، لعلتين ، إحداهما : سهولة التكفير بغير اعتاق ، ولا يعتق لما فيه من عسر إثبات الولاء ، والثانية : فيه إضرار بأقارب الميت ، لأنهم يؤاخذون بجناية عتيقه ، فان كان المعتق وارثاً ، جاز على العلة الثانية دون الاولى ، وفي الكفارة المرتبة للوارث أن يتبرع بالاعتاق ، وكذا للاجنبي على الأصح ، بناء على العلة الاولى ، وفي صوم السولي والأجنبي خلاف ، سبق في الصيام ، وإذا أوصى بأن يعتق عنه في كفارة التنجيز وزادت قيمة العبد على قيمة الطعام والكسوة ، فثلاثة أوجه أضعفها : يتعين الاعتاق ، وتحسب قيمة العبد من رأس المال ، والثاني : تحسب قيمة العبد من الثلث ، لأن براءة الذمة تحصل بلزومها ، فعلى هذا إن وفي الثلث بقيمة عبد مجزئ ، أعتق عنه ، وإلا بطلت الوصية ، وعدل الى الاطعام والكسوة ، وهذا الوجه أصح ، وهو ظاهر النص .

والثالث : تحسب قيمة أقلها قيمة من رأس المال ، والزيادة الى تمام قيمة العبد من الثلث ، فان وفي ثلث الباقي مضموماً الى الأقل المحسوب من رأس المال بقيمة عبد ، أعتق عنه ، والا بطلت الوصية ، وعدل إلى الاطعام والكسوة .

فرع

من بعضه حر وبعضه رقيق ، إن كان معسراً ، كفر بالصوم ، وإن كان موسراً فوجهان ، وإن شئت قلت : قولان ، منصوص ومخرج ،

الصحيح المنصوص لا يكفر بالصوم ، بل يطعم ويكسو ، والمذهب : أنه لا يكفر بالاعتناق لتنصنه الولاية والارث ، وليس هو من أهلها ، وقيل : في تكفيره بالعتق قولان ، كاعتناق المكاتب باذن سيده عن كفارته ، وهو ضعيف ، وخرج المزني أنه يكفر بالصوم ، وصوبه ابن سريج ، وبالله التوفيق .

الباب الثالث فيما يقع به الحنث

الأصل المرجوع اليه في البر والحنث ، اتباع مقتضى اللفظ الذي تعلقت به اليمين ، وقد يتطرق إليه التقييد والتخصيص ، بنية تقرن به ، أو باصطلاح خاص ، أو قرينة ، والصور التي تدخل في الباب لا تنتهي ، لكن تكلم الشافعي والأصحاب رحمهم الله في أنواع تغلب ويكثر استعمالها ، ويقاس عليها غيرها ، وفيه أنواع :

الأول : الدخول والمساكنة ، وفيه مسائل : إحداها : لو حلف لا يدخل الدار ، حنث بالحصول في عرصة الدار ، وأبنيتها من البيوت والغرف وغيرها ، فإن صعد سطحها ، بأن تسور جدارها ، أو جاء من دار الجار لم يحنث ، إن كان السطح غير محوط ، ولا عليه سترة ، فإن كان فوجهان ، الأصح وظاهر النص : لا يحنث أيضا ، كما لو حصل على الجدار ، والثاني : إن كان التحويط من الجوانب الأربعة ، حنث ، وإن كان من جانب ، فلا ، وإن كان من الجانبين ، أو ثلاثة ، فوجهان مرتبان . هذا إذا لم يكن السطح مسقفاً ، فإن كان مسقفاً كله أو بعضه حنث قطعاً إذا كان يصعد إليه من الدار ، لأنه من أبنية الدار ، ولو حلف ليخرجن من الدار ، فهل يبر بصعود السطح ، وجهان ، أحدهما : لا ، وبه قال الشيخ أبو محمد ، لأنه لا يعد خارجاً حتى يفارق السطح ، وأصحهما نعم ، وبه قال القاضي حسين ، لأنه يصح أن يقال : ليس هو

في الدار ، وإذا لم يكن فيها كان خارجاً ويؤيده : أن ابن الصباغ حكى عن الأصحاب ، أنه : لو حلف لا يخرج من الدار ، فصعد سطحها ، حنث ، ولا يخفى أنه ينظر في الخروج أيضاً إلى كون السطح محوطاً أو غيره^(١) ، ولو حلف لا يدخل ، فدخل الطاق المضروب خارج الباب لم يحنث ، على الأصح ، لأنه لا يقال : دخل الدار ، والثاني : يحنث ، لأنه من الدار ، ولهذا يدخل في بيعها ، فلو دخل الدهليز خلف الباب ، أو بين البابين حنث ، لأنه من الدار ، وحكى الفوراني نصاً أن داخل الدهليز لا يحنث ، وحملوه على الطاق خارج الباب ، وأشار الامام الى إثباته قولاً في الدهليز ، وقال : لا يبعد أن يقال : دخل الدهليز ولم يدخل الدار ، وجعل المتولي الدرب المختص بالدار أمام البيت ، إذا كان داخلها في حد الدار ، ولم يكن في أولها باب كالطاق ، قال : فإن كان عليه باب ، فهو من الدار مستقفاً كان أو غيره .

فرع

حلف لا يدخل الدار ، وهو فيها ، لا يحنث بالمكث ، وحكي قول ، ووجه أنه يحنث ، والمشهور الأول ، وعليه نص في حرمة^(٢) ، ولو حلف لا يخرج وهو خارج ، لا يحنث بترك الدخول ، وكذا لو حلف لا يتزوج وهو متزوج ، أو لا يتطهر وهو متطهر ، أو لا يتوضأ وهو متوضئ ، فاستدام النكاح والطهارة والوضوء لا يحنث . ولو حلف لا يلبس وهو لابس ، فلم ينزع ، أو لا يركب وهو راكب فلم ينزل ، حنث بالاستدامة ، لأنه يسمى لبساً وركوباً ، ولهذا يصلح أن

(١) في الأصل : وغيره .

(٢) في الأصل : في الحرمة .

يقال : لبست شهراً وركبت ليلة ، ولا يصح أن يقال : دخلت شهراً أو تزوجت شهراً ، وإنما يقال : سكنت أو أقمت شهراً ولو حنث باستدامة اللبس ثم حلف لا يلبس ، فاستدام ، لزمه كفارة أخرى ، لأن اليمين الأولى انحلت بالاستدامة الأولى ، وهذه يمين أخرى ، وقد حنث فيها ، واستدامة القيام والقيود واستقبال القبلة قيام وقعود واستقبال ، وهل استدامة التطيب بطيب ؟ وجهان : أصحهما : لا . ولهذا لو تطيب ، ثم أحرم ، واستدام ، لا يلزمه الفدية ، وذكر الوجهان : فيما لو حلف أن لا يطأ ، وهو في خلال الوطء ، فلم ينزع ، أو أن لا يصوم أو لا يصلي وهو شارع فيهما ، فلم يترك ، ويتصور ذلك في الصلاة إذا حلف ناسياً في الصلاة ، فإن اليمين تنعقد ، وإن حلف لا يعصب ، لم يحنث باستدامة المغصوب في يده ، ولو حلف لا يسافر وهو في السفر ، فوقف ، أو أخذ في العود في الحال ، لم يحنث في العود ، وكان الصورة فيمن حلف على الامتناع عن ذلك السفر ، وإلا فهو مسافر أيضاً .

فرع

إذا حلف لا يدخل الدار ، حنث بالحصول فيها ، سواء دخلها من الباب أو من ثقب في الجدار ، أو كان في الدار نهر خارج فطرح نفسه في الماء فحمله ، أو سبح ، أو ركب سفينة فدخلت السفينة الدار ونزل من السطح . وفي صورة السطح وجه ضعيف ، وسواء دخلها راكباً أو ماشياً . ولو أدخل في الدار يده أو رأسه أو إحدى رجليه ، لم يحنث ، وكذا لو مد رجليه فأدخلهما الدار وهو قاعد خارجها : لم يحنث ، وإنما يحنث إذا وضعهما في الدار واعتمد عليهما ، أو حصل في الدار متعلقاً بشيء . ولو حلف : لا يخرج ، فأخرج يده أو رجله ، أو رجليه وهو قاعد فيها ، لم يحنث . ولو كان في الدار شجرة منشرة الأغصان ، فتعلق ببعضها ، فإن حصل في محاذاة البنيان بحيث صارت محيطه به عالية

عليه ، حنث • وإن حصل في محاذاة سترة السطح ، ففيه الوجهان • وإن كان اعلى من ذلك ، لم يحنث •

المسألة الثانية : حلف لا يدخل أو لا يسكن بيتاً ، فاسم البيت يقع على المبني من طين أو آجر ومدر وحجر ، وعلى المتخذ من خشب وضوف ووبر وشعر وجلد وأنواع الخيام ، فإن نوى نوعاً منها ، حمل عليه ، وإن أطلق ، حمل على أي بيت كان منها ، إن كان الحالف بدوياً ، وإن كان قروياً فثلاثة أوجه • الأصح وظاهر النص : يحنث أيضاً •

والثاني : لا • والثالث : إن كانت قريته قرية من البادية ، حنث ، وإلا فلا ، ولا يحنث بدخول البيع ، والكنائس ، وبيوت الحمام ، والغار في الجبل ، والكعبة ، والمساجد ، على المذهب لأنها ليست للايواء والسكن ، ولا يقع عليها اسم البيت إلا بتقييد ، وخرج ابن سريج الجميع على قولين ، وحكى المتولي في الكعبة والمساجد وجهاً •

ولو دخل دهليز دار ، أو صحنها ، أو صفتها ، لم يحنث على الصحيح • وعن القاضي أبي الطيب الميل إلى الحنث ، لأن جميع الدار بيت بمعنى الايواء •

قلت : ولا يحنث بدخول بيت الرحى على الصحيح ، ذكره الغزالي وغيره • والله اعلم

الثالثة : حلف لا يسكن هذه الدار ، ولا يقيم فيها ، وهو عند الحلف فيها ، فمكث ساعة بلا عذر ، حنث ، وإذا مكث ، فسواء أخرج أهله ومتاعه أم لا ، لأنه حلف على سكنى نفسه ، لا أهله ومتاعه • فلو خرج وترك فيها أهله ومتاعه ، لم يحنث • ولو حلف : لا يسكن داراً ، فانتقل إليها بنفسه ، دون أهله وماله ، حنث • ولو مكث لعذر ، بأن أغلق عليه الباب ، أو منع من الخروج ، أو خاف على نفسه أو ماله لو خرج ، أو كان مريضاً ، أو زمناً لا يقدر على الخروج ، ولم يجد من

يخرجه ، لم يحنث • وإن مرض ، وعجز بعد الحلف ، ففي الحنث
الخلاف في حنث المكره • وقد تخرج سائر الصور على ذلك الخلاف •
فإن وجد المريض من يخرجه ، فينبغي أن يأمره باخراجه ، فإن لم يفعل ،
حنث • وإن مكث الحالف مشغلا بأسباب الخروج ، بأن انتهض لجمع
المتاع ، ويأمر أهله بالخروج ، ويلبس ثوب الخروج ، لم يحنث على
الأصح ، لأنه لا يعد ساكناً ، كما لو خرج في الحال ثم عاد لنقل متاع ،
أو زيارة أو عيادة أو عمارة ، فإن الأصحاب قالوا : لا يحنث ، لأنه
فارقها ، وبمجرد العود لا يصير ساكناً • ولو احتاج الى أن يبيت فيها
ليلة لحفظ متاع ، ففيه احتمالان لابن كيج • والأصح عنده أنه لا يحنث •
ولو خرج في الحال ثم اجتاز بها ، بأن دخل من باب ، وخرج من آخر ،
فقال القاضي حسين : الصحيح أنه لا يحنث ، وإن تردد فيها ساعة بلا
غرض ، حنث • وينبغي أن لا يحنث بالتردد ، لأنها لا تصير به مسكناً
قال البغوي : ولو عاد مريضاً ماراً في خروجه ، لم يحنث ، وإن قعد
عنده حنث ، ولو خرج في الحال ثم دخل ، أو كان خارجاً حين حلف ،
ثم دخل لا يحنث بالدخول ما لم يمكث ، فإن مكث حنث ، إلا أن
يشغل بحمل متاع كما في الابتداء •

الرابعة : في الحلف على المساكنة • قال الشافعي رحمه الله :
المساكنة : أن يكونا في بيت أو بيتين حجرتهما واحدة ، ومدخلهما
واحد • قال الشيخ أبو حامد : أراد بالحجرة : الصحن ، فإن أقام كل
واحد في دار ، فلا مساكنة ، سواء كانت الداران كبيرتين ، أو صغيرتين ،
أو إحداهما كبيرة والأخرى صغيرة ، كحجرة لطيفة بجنب دار ، وسواء
كانتا في درب نافذ أو غير نافذ • فإن سكنا في بيتين^(١) من خان كبير
أو صغير ، أو من دار كبيرة ، فثلاثة أوجه • الأصح : لا مساكنة ، سواء
كان البيتان متلاصقين أو متفرقين • والثاني : بلى • والثالث : تثبت

(١) في الأصل : في بيت .

المساكنة في الدار دون الخان ، لأنها تعد مسكناً لواحد ، والخان يبنى لسكنى جماعة . ويشبه أن لا يشترط في الخان أن يكون على البيت باب وغلق ، كالدور في الدرب ، ويشترط في الدار الكبيرة أن يكون على كل بيت منها باب وغلق ، فإن لم يكونا ، أو سكنا في صفتين منها . أو في بيت وصفة . فهما متساكنان [في العادة . ولو أقاما في بيتين من دار صغيرة ، فهما متساكنان] وإن كان لكل واحد باب وغلق . لمقاربتهما وكونهما في الأصل مسكناً واحداً بخلاف الخان الصغير ، هكذا فصل الآكثرون ، ومنهم من أطلق وجهين في بيتي الدار ، ولم يفرق بين الصغيرة والكبيرة ، ورأى الأصح حصول المساكنة . وعلى هذا لو كان أحدهما في الدار ، والآخر في حجرة منفردة المرافق وبابها في الدار ، فلا مساكنة على الأصح ، وبه قطع البغوي في حجرتين منفردتي المرافق في دار . والمرق المستحم والمطبخ ، والمرقى وغيرها ، ولم يذكروا في الحجرة في الخان خلافاً وإن كان المرقى في الخان .

إذا تقرر هذا فقال : والله لا أساكن زيداً ، فيما أن يقيد المساكنة ببعض المواضع لفظاً ، بأن يقول : في هذا البيت ، أو هذه الدار ، وإما أن لا يقيد .

الحالة الأولى : أن يقيد ، فيحث بتساكنهما في ذلك الموضع ، فإن كانا فيه عند الحلف ، ففارق أحدهما الآخر ، لم يحث ، وإن مكثا فيه بلا عذر ، حث . فإن بني بينهما حائل من طين أو غيره ، ولكل واحد من الجانبين مدخل ، أو أحدثا^(١) مدخلا ، فوجهان ، أحدهما : لا يحث لاشتغاله^(٢) برفع المساكنة ، ورحجه البغوي . وأصحهما عند الجمهور : يحث لحصول المساكنة إلى تمام البناء بغير ضرورة . فإن

(١) في الأصل : أحدهما .

(٢) في الأصل : لاستعماله .

خرج أحدهما في الحال فبني الجدار ، ثم عاد ، لم يحث الحالف • ولا يخفى أنه لا بأس والحالة هذه بالمساكنة في موضع آخر •

الحالة الثانية : أن لا يقيدها لفظاً ، فينظر ، إن نوى موضعاً معيناً من بيت أو دار أو درب أو محلة أو بلد ، فالمذهب ، والذي قطع به الجمهور أن اليمين محمولة^(١) على ما نوى • وقيل : إن كانا يسكنان بيتاً من دار متحدة المرافق ، ونوى أن لا يساكنه ، حلت اليمين عليه ، وإن لم يكن كذلك ، ولا جرى ذكر تلك المساكنة ، كقول صاحبه : ساكني في هذا البيت ، لم يقبل قوله ، وتحل اليمين على الدار وفي البلد وجه أن اللفظ لا ينزل عليه ، لأنه لا يسمى مساكنة • وقيل : يجيء هذا الوجه في المحلة • وإن لم ينو موضعاً ، وأطلق المساكنة ، حيث بالمساكنة في أي موضع كان • وحكى المتولي قولاً أنه إذا أطلق وكل واحد منهما في دار وحجرة منفردة ، حلت اليمين على الاجتماع الحاصل ، فإن كانا في درب ، فلا بد من مفارقة أحدهما الدرب ، وإن كانا في محلة ، فلا بد من مفارقة أحدهما المحلة ، والمشهور الأول • فعلى هذا لو كانا عند الحلف في بيتين من خان ، فلا مساكنة ، ولا حاجة إلى مفارقة أحدهما الآخر ، وعلى القول الشاذ يشترط مفارقتها • وإن كانا في بيت من الخان ، فهل يكفي مفارقة أحدهما ذلك البيت ، أم يشترط مفارقتها الخان ؟ فيه هذا الخلاف • ثم سواء نوى موضعاً معيناً أو أطلق ، فالقول في أن استدامة المساكنة مساكنة • وفي الحائل المبني بينهما على ما سبق في الحالة الأولى • والاعتبار بالانتقال بالبدن ، دون الأهل والمال كما سبق •

النوع الثاني : ألفاظ الأكل والشرب ، وفيه مسائل • الأولى : حلف ، فقال : لا أشرب من ماء هذه الإداوة أو الجرة ، حث بما^(٢)

(١) في الأصل : مجهولة .

(٢) في الأصل : لما .

شرب من مائها من قليل أو كثير • ولو قال : لأشربن من مائها ، بر بما شرب وإن قل • وإن قال : لا أشرب من ماء هذا النهر ، أو لأشربن منه ، فالحكم كالإداوة • ولو قال : لا أشرب من ماء هذه الإداوة أو الحب أو المصنع أو غيرها مما يمكن شرب جميعه ولو في مدة طويلة ، لم يحث إلا بشرب جميعه • ومتى بقي شيء منه ، لم يحث • قال في شرح مختصر الجويني : سوى البلل الذي يبقى في العادة • ولو قال : لأشربن ماء هذه الإداوة أو الحب ، لم يبر إلا بشرب الجميع • ولو قال : لا أشرب ماء هذا النهر أو البحر أو البئر العظيمة ، فهل يحث بشرب بعضه ؟ وجهان : أحدهما : نعم ، وبه قال ابن سريج ، وابن أبي هريرة وأصحهما : لا ، وبه قال أبو إسحاق ، وعامة الأصحاب ، وصححه الشيخ أبو حامد ، والقاضي أبو الطيب والرويانى كمسألة الإداوة • قال القاضي : وينبغي أن يقال : لاتعتقد يمينه كما لو حلف : لا يصعد السماء ، لأن الحث فيه غير متصور • ولو حلف : لأشربن ماء هذا النهر أو البحر ، فوجهان ، أحدهما : يبر بشرب بعضه وإن قل ، وأصحهما ، لا يبر ببعضه ، وعلى هذا هل يلزمه الكفارة في الحال أم قبيل الموت ؟ وجهان : أحدهما : الأول ، لأن العجز متحقق في الحال ، وإنما يحسن الانتظار فيما يتوقع حصوله • وقيل : لاتعتقد اليمين أصلاً ، لأن النبر غير متصور ، ولو حلف : لا يصعدن السماء ، ففي انعقاد يمينه وجهان ، الأصح : الانعقاد ، وعلى هذا فيحكم بالحث في الحال ، أم قبل الموت ؟ فيه الوجهان • ولو قال : لأصعدن السماء غداً ، وفرعنا على انعقاد اليمين ، فهل يحث وتجب الكفارة في الحال ، أم بعد مجيء الغد ؟ فيه الوجهان • ويشبه أن يرجح هنا الثاني • وعلى هذا ، فهل يحث قبيل غروب الشمس من الغد ، أم قبل ذلك ؟ فيه خلاف سيأتي في نظيره إن شاء الله تعالى • ولو حلف : لا يصعد السماء ، فهل يعتقد

يمينه ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، وإن لم يتصور الحنث ، كما لو حلف أنه فعل كذا أمس ، وهو صادق ، وأصحها : لا ، بخلاف صورة الاستشهاد ، لأن الحلف هناك محتمل الكذب .

فرع

قال : لأشربن ماء هذه الإداوة ، ولا ماء فيها ، أو لأقتلن فلاناً وهو ميت ، فأربعة أوجه . أصحها : أنه يحنث وتجب الكفارة في الحال ، والثاني : قبيل الموت . والثالث : لاتنقذ اليمين ، والرابع : يحنث في القتل دون الشرب . ولو قال : لأقتلن فلاناً وهو يظنه حياً وكان ميتاً . ففي الكفارة خلاف بناء على يمين الناسي .

فرع

قال القاضي أبو الطيب : قال الأصحاب : لو قال : والله لا آكل خبز الكوفة ، أو خبز بغداد . لم يحنث بأكل بعضه ، إلا أن ينوي غير ذلك .

فرع

قال : لأشربن ماء هذه الإداوة . فانصب قبل أن يشرب ، أو مات الخالف . نظر . إن كان بعد الإمكان . حنث . وإن كان قبله ، فقولان كالمكره . ولو قال : لأشربن منه . فصبه في حوض . ثم شرب منه من موضع يعلم أنه وصل إليه : بر . وإن حلف : لا يشرب منه ، فصبه في حوض وشرب منه . حنث . وكذا لو حلف : لا يشرب من لبن هذه البقرة . فخلط بلبن غيرها . بخلاف ما لو حلف : لا يأكل . هذه

التسرة . فخلطها بصبرة ، لا يحث إلا بأكل جميع الصبرة ، والفرق ظاهر .

فرع

حلف : لا يشرب ماء فراتاً أو من ماء فرات ، حمل على الماء العذب من أي موضع كان . وإن قال : من ماء الفرات ، حمل على النهر المعروف . ولو قال : لأشرب ماء الفرات ، أو لا أشرب من ماء الفرات ، فسواء أخذ الماء بيده ، أو في إناء فشرب أو كرع فيه ، حث . ولو قال : لا أشرب من ماء نهر كذا ، فشرب من ساقية تخرج منه ، أو من بئر محفورة بقرب النهر ، يعلم أن ماءها منه ، حث . ولو قال : لا أشرب من نهر كذا ، ولم يذكر الماء ، فشرب من ساقية تخرج منه ، حث على الأصح ، كما لو أخذ الماء في إناء . ولو حلف : لا يشرب من هذه الجرة أو غيرها منا يعتاد الشرب منه ، فجعل ماءه في كوز وشربه ، لم يحث .

المسألة الثانية : قال : لا آكل هذين الرغيفين ، أولاً ألبس هذين الثوبين ، لم يحث إلا بأكلهما أو لبسهما [سواء لبسهما] معاً ، أو لبس أحدهما ونزعه ، ثم لبس الآخر . وكذا لو قال : لا أكلتهما أو لا لبستهما ، لم يبر إلا بأكلهما ولبسهما . ولو قال : لا أكلم زيدا وعمراً . ولا آكل اللحم والعنب ، لم يحث إلا إذا أكلهما ، أو كلمهما ، إلا إذا نوى غير ذلك ، لأن الواو العاطفة تجعلها كشيء واحد ، فكأنه قال : لا أكلهما ، ولو قال : لا أكلم زيدا وعمراً ، ولا آكل اللحم ولا العنب ، حث بكل واحد منهما . وهما يمينان لا تحل إحداهما بالحث في الأخرى . فلو قال : لا أكلم أحدهما ، أو قال : واحداً منهما ، ولم يقصد واحداً منهما بعينه ، فيحث إذا كلم أحدهما ، وتحل اليمين ، ولا يحث بكلام الآخر . قال المتولي : وكذا في الإثبات إذا قال : لألبس^(١) هذا الثوب ، وهذا الثوب ، فهما يمينان ، لوجود

(١) في الأصل : لا ألبس .

حرف العطف، ولكل واحد حكمها، وفي هذا توقف • ولو أوجب حرف العطف كونهما يمينين ، لاكما لو قال : لا ألبسهما ، لأوجب في قوله : لا أكلم زيدا وعمراً ولا آكل اللحم والعنب كونهما يمينين، لاكما لو قال: لا أكلم هذين ولا آكل هذين •

فرع

قال : لا آكل هذا الرغيف ، لم يحنث بأكل بعضه • ولو قال : لاكلته ، لم يبر إلا بأكل جميعه • فلو بقي في الصورة الأولى ما يمكن التقاطه وأكله ، لم يحنث ، كما لو قال : لا آكل ما على هذا الطبق من التمر ، فأكل ما عليه إلا تمرة ، لا يحنث وإن جرت العادة بترك بعض الطعام للاحتشام من استيفائه أو لغير ذلك • وكذا لو قال : لا أكلن هذه الرمانة ، فترك حبة ، لم يبر ، وإن قال : لا أكلها ، فترك حبة ، لم يحنث •

المسألة الثالثة : إذا حلف : لا يأكل الرأس أو الرؤوس ، أو لا يشتريها ، حمل على التي تميز عن الأبدان وتباع مفردة ، وهي رؤوس الإبل والبقر والغنم • وفي رؤوس الإبل وجه شاذ عن ابن سريج ، فطرده ابن أبي هريرة في البقر والغنم • وقيل : إن كان في بلد لا تباع فيه إلا رؤوس الغنم، لم يحنث إلا بغيرها، والصحيح الأول ، وبه قطع الجمهور • فإن أكل رأس طير ، أو حوت ، أو ظبي ، أو صيد آخر ، لم يحنث على المشهور • فإن كانت رؤوس الصيد والحيتان تباع مفردة في بلد ، حنث بأكلها هناك • وهل يحنث بأكلها في غير ذلك البلد ؟ وجهان رجح الشيخ أبو حامد والرويانى المنع ، والأقوى الحنث ، وهو أقرب الى ظاهر النص • وهل يعتبر نفس البلد الذي يثبت فيه العرف ، أم كون الحالف من أهله ؟ وجهان • هذا كله عند الإطلاق •

وقال المتولي : فإن قصد أن لا يأكل ما يسمى رأساً ، حنث برأس السمك والطير • وإن قصد نوعاً خاصاً ، لم يحنث بغيره •

فروع

حلف : لا يأكل البيض ، حمل على مايزايل بايضة وهو حي ، لأنه المفهوم ، فلا يحنت بيض السك والجراد ، ويحنت بيض الدجاج ، والنعام^(١) ، والأوز ، والعصافير . وقيل : لا يحنت إلا بيض الدجاج . وقيل : بالدجاج والأوز . وقال الإمام : الطريقة المرضية أنه لا يحنت إلا بما يفرد بالأكل في العادة . دون بيض العصافير والحمام ونحوها . والمذهب الأول . ولا يحنت بأكل خصية الشاة ، لأنها لا تفهم عند الإطلاق . وإن خرجت البيضة وهي منعقدة من الدجاجة ، فأكلها . حنت . وإن أخرجت بعد موتها ، فأكلها ، فوجهان .

تمت : الأصح الحنت . والله أعلم

المسألة الرابعة : حلف لا يأكل الخبز . حنت بأي خبز كان . سواء فيه خبز البر ، والشعير ، والذرة . والباقلاء . والأرز ، والحبص . لأن الجميع خبز . ولا يضر كونه غير معهود بلده . كما لو حلف : لا يلبس ثوباً ، حنت بأي ثوب كان وإن لم يكن معهود بلده وذكر السرخسي وجهاً أنه لا يحنت بخبز الأرز إلا في طبرستان . وبه قطع الغزالي ، ونسبه إلى الصيدلاني ، وهي نسبة باضلة . وغلط في النقل ، بل الصواب الذي قطع به الأصحاب في جميع الطرق أنه يحنت به كل أحد ، وقد صرح بذلك الصيدلاني أيضاً . قال المتولي : ويحنت بخبز البلوط أيضاً . يحنت بأكل الأقراص والرغفان وخبز الملة والمشحم وغيره . وسواء أكله على هيئته أو جعله ثريداً . لكن لو صار في المرقة كالجسو ،

(١) في الأصل : النعام .

فتحساه ، لم يحث . وسواء ابتلعه بعد مضغ ، أو ابتلعه على هيئته ،
فيحث في الحالين . وإن مضغه ولم يتلعه ، لم يحث ، سواء أدرك
طعمه أم لا . ولو أكل جوزنيقاً ، فوجهان حكاهما البغوي ، أحدهما :
يحث . لأنه لو نزع منه الحشو صار خبزاً ، والأصح : المنع .
قلت : والرقاق والبقساط والبسيصة . . . (١) والله أعلم

المسألة الخامسة : حلف : لا يأكل اللحم أو لا يشتريه ، لم يحث
بشحم البطن وشحم العين . والأصح : أنه لا يحث بشحم الظهر
والجنب ، وهو الأبيض الذي لا يخالطه الأحمر ، لأنه لحم سمين ، ولهذا
يحمر عند الهزال . ولو حلف : لا يأكل الشحم ، حث بشحم البطن ،
ولا يحث باللحم قطعاً ، ولا بشحم الظهر على الأصح . وعن الشيخ
أبي زيد وجه ثالث : أنه إن كان الحالف عربياً ، فشحم الظهر شحم في حقه ،
لأنهم يعدونه شحماً ، وإن كان عجمياً ، فهو لحم في حقه . وفي شحم
العين وجهان . ويدخل في اليمين على اللحم لحم النعم ، والوحش ،
والطير المأكول كله . وفيما لا يؤكل كالهيئة ، والخنزير ، والذئب ،
والحمار ، وغيرها وجهان ، رجح الشيخ أبو حامد والرويان المنع ،
والقفال وغيره الحث .

قلت : المنع أقوى . والله أعلم

ولا يحث بأكل السمك على الصحيح . والصحيح أن الألية
ليست بلحم ولا شحم . وقيل : لحم . وقيل : شحم : والسنام كالألية .

(١) بياض في جميع الأصول . وفي هامش إحدى نسخ الظاهرية ما
نصه : كذا نقل عن خط المصنف رحمه الله . قلت : والبسيصة : هو أن
يلت السويق أو الدقيق ، أو الأقط المطحون بالسمن أو بالزيت .

ولو حلف على الألية ، لم يحنث بالسنام ، وكذا العكس • ولو حلف على الدسم ، تناول شحم الظهر والبطن والألية والسنام والأدهان كلها ، والمذهب أنه لا يدخل في اللحم الأمعاء والطحال والكبد والرئة ، ولا يدخل المخ قطعاً وقد يجيء فيه الخلاف ، ولا يدخل القلب على الأصح ، ويحنث بأكل لحم الرأس والخذ واللسان والأكارع على المذهب ، وقيل : وجهان •

فرع

حلف : لا يأكل لحم بقر ، حنث بلحم الجاموس وبالبقرة الأهلي والوحشي • وقيل : في الوحشي وجهان وهو ضعيف • ولو حلف لا يركب الحمار ، فركب حمار الوحش ، فوجهان بناء على أن الحمارين جنس في الربا أم جنسان وقد سبق في الربا وجهان في أن الجراد هل هو من جنس اللحوم ويمكن أن يخرج عليهما الحنث بأكله في يمين اللحم •
قلت : الصواب الجزم [بعدم] الحنث ، لعدم إطلاق الاسم لغة وعرفاً • والله أعلم

فرع

حلف : لا يأكل ميتة ، لم يحنث بالمذكاة وإن حلها الموت للعرف • وهل يحنث بأكل السمك ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، للحديث « أحلت لنا ميتتان » وأصحهما : لا ، للعرف ، كما لو حلف : لا يأكل دماً ، لا يحنث بالكبد والطحال •

المسألة السادسة : حلف : لا يأكل الزبد ، لا يحنث بأكل السمن • ولو حلف : لا يأكل السمن ، لا يحنث بالزبد على الأصح ، لاختلاف الاسم والصفة • ولو حلف على الزبد والسمن ، لا يحنث بالزبد ، ويدخل

في اللبن لبن الأنعام والصيد والحليب والرائب والماست والشيراز^(١) والمخيض ، وتوقف بعضهم في الشيراز . قال القاضي أبو الطيب : لا معنى لتوقفه ، وفي المخيض وجه ضعيف ، فإن أكل الزبد ، فثلاثة أوجه ، أحدها وبه قطع ابن الصباغ : إن كان اللبن ظاهراً فيه ، حث ، وإن كان مستهلكاً فلا . ولا يحث بالسمن والجبن والمصل والأقط . وقال أبو علي ابن أبي هريرة ، والطبري : يحث بكل ما يستخرج من اللبن ، والصحيح الأول .

فرع

حلف : لا يأكل السمن ، لا يحث بالأدهان ، ولو حلف على الدهن : لم يحث بالسمن على الأصح .

السابعة : حلف : لا يأكل الجوز ، قال الغزالي : يحث بالجوز الهندي ، قال : ولو حلف لا يأكل التمر ، لم يحث بالهندي ، لأن الجوز الهندي قريب من الجوز المعروف طبعاً وطعماً ، بخلاف التمر الهندي . وقطع البغوي بأنه لا يحث بالهندي في الصورتين ، وكذا لو حلف : لا يأكل البطيخ لا يحث بالهندي . ولو حلف : لا يأكل الخيار ، لا يحث بهذا الذي يقال له : خيار شمبر .

الثامنة : كما أن الأعيان أجناس مختلفة الأسماء والصفات ، كذلك الأفعال أجناس مختلفة ، ولا يتناول بعضها بعضاً ، فالشرب ليس بأكل ، وكذا العكس ، فإذا حلف : لا يأكل ، فشرب ماء أو غيره ، أو حلف : لا يشرب ، فأكل طعاماً ، لا يحث . واللبن والخل وباقي المائعات إذا حلف لا يأكلها ، فأكلها بخبز ، حث ، أو شربها لم يحث . وإن حلف :

(١) الماست : اسم اللبن ، والشيراز : اللبن الرائب المستخرج مأؤه ، والكلمتان فارسيتان .

لا يشربها ، فالحكم بالعكس • ولو حلف : لا يأكل سويقاً ، فاستفه ، أو تناوله بملقعة أو باصبع مبلولة ، حث • ولو مائه في الماء وشربه ، لم يحث • ولو حلف : لا يشرب السويق ، فالحكم بالعكس • ولو كان السويق خائراً ، بحيث يؤخذ بالملاعق ، فتحساه ، ففيه خلاف ، والأصح أنه ليس بشرب • ولو قال : لا أطعم أو لا أتناول ، دخل في اليمين الأكل والشرب جميعاً •

فرع

حلف : لا يأكل السكر ، حث بنفس السكر ، دون ما يتخذ منه ، إلا إذا نوى • وكذا الحكم في التمر والعسل • ثم إن ابتلع السكر بلا مضغ ، فقد أكله ، كما لو أكل الخبز على هيئته ، وإن مضغه وازدرده مضوغاً ، حث أيضاً ، وإن وضعه في فمه فذاب ونزل ، لم يحث على الأصح ، وبه قطع المتولي والبغوي ، كما أنه لا يسمى أكلاً للسكر •

فرع

حلف : لا يأكل العنب والرمان ، لم يحث بأكل عصيرهما وشربه • ولو امتصهما ، ورمى الثفل ، لم يحث أيضاً ، لأنه ليس أكلاً •

حلف : لا يأكل السمن ، فأكله وهو جامد وحده ، حث ، وإن شربه ذائباً ، لم يحث على الصحيح ، وإن أكله بخبز وهو جامد أو ذائب ، حث على الصحيح ، وخالف فيه الاصطخري • وإن جعله في عصيدة أو سويق ، فالنص أنه يحث • ونص أنه لو حلف : لا يأكل خلا ، فأكله سكباجاً^(١) ، لا يحث ، فقال الجمهور : ليس ذلك باختلاف ،

(١) السكباج : مرق يعمل من اللحم والخل معرب سكبا ، وهو مركب من « سك » أي : خل ، ومن « با » أي : طعام •

يل إن كان السمن ظاهراً في العصيدة والسويق يرى جرمه ، حنث وهذا مراده بنص السمن ، وكذا حكم الخل إذا كان ظاهراً بلونه ، وطعمه ، بأن أكل مرقه وهي حامضة وإن كان السمن أو الخل مستهلكاً ، لم يحنث . وهذا مراده بنص الخل . وصوروا ذلك فيما إذا أكل لحم السكباج أو مافيه من سلق وغيره، ومنهم من أطلق وجهين أو قولين فيهما .

فرع

حلف : لا يأكل أو لا يشرب ، لا يحنث بمجرد الذوق ، ولو حلف : لا يذوق ، فأكل أو شرب ، حنث على الصحيح ، لتضمنهما الذوق . وإن أدرك طعم الشيء بالمضغ والامساك في الفم ، ثم مجه ولم ينزل الى حلقه ، فوجهان . أحدهما : لا يحنث ، كما لا يفطر . وأصحهما : يحنث ، لأن الذوق إدراك الطعم . ولو حلف : لا يأكل ولا يشرب ولا يذوق ، فأوجر^(١) في حلقه حتى صار في جوفه ، لم يحنث . ولو قال : لا أطعم كذا فأوجره ، حنث ، لأن معناه : لأجعلته لي طعاماً .

التاسعة : حلف لا يأكل الفاكهة ، حنث بأكل الغنبل ، والرمان ، والرطب ، والتفاح ، والسفرجل ، والكمثرى ، والمشمش ، والخوخ ، والإجاص ، والأترج ، والنارنج والليمون والنبق^(٢) والموز والتين ، ولا يحنث بالقثاء والخيار والباذنجان والجزر ، ويحنث بالبطيخ على الأصح ، وبه قال ابن سريج ، لأن له نضجاً وإدراكاً ، ويدخل في اسم الفاكهة الرطب واليابس ، كالتمر والزبيب والتين اليابس ، ومفلق الخوخ

(١) أوجره ووجره لغتان الأولى أفصح وأشهر : إذا ألقيت الوجور في حلقه ، وهو الوجور بفتح الواو ، وهو ماصب في وسط الفم في الحلق .
(٢) هو حمل شجر السدر .

والشمش ، وهل يحث بلب الفستق والبندق وغيرهما ؟ وجهان
أصحهما : نعم ، لأنه يعد من يابس الفاكهة ، كذا قاله الجمهور ،
وقالوا : لو حلف لا يأكل الثمار ، حث بالرطب دون اليابسات . وقال
المتولي : لا يحث باليابس في يمين الفاكهة أيضاً . والصحيح : الأول .
العاشر : حلف : لا يأكل البيض ، ثم حلف : ليأكلن ما في كم زيد ،
فاذا هو بيض ، فجعله في الناطف وأكله كله ، لا يحث في واحدة من
اليمين ، ولا بد من أكل جميعه .

فرع

يتعلق بهذا النوع : الرطب ليس بتمر ، والعنب ليس بزبيب ،
وعصير العنب ليس بعنب ، وعصير التمر ودبسه ليس بتمر ، والسَّمسم
ليس بشيرج ، وكذا العكوس . والرطب ليس بيسر ولا بلح . ولو حلف :
لا يأكل الرطب ، فأكل المنصف ، نظر ، إن أكل النصف الذي أرطب ،
حث قطعاً ، وإن أكل الجميع ، حث على الصحيح ، وخالف فيه
الاصطخري ، وأبو علي الطبري . وإن أكل النصف الذي لم يرطب ،
لم يحث ، ولو حلف : لا يأكل البسر ، فأكل المنصف ، ففيه هذا
التفصيل ، والحكم بالعكس . ولو حلف : لا يأكل بسرة ولا رطبة ،
فأكل منصفاً ، لم يحث . ولو حلف : لا يأكل طعاماً ، تناول اللفظ القوت
والإدام والفاكهة والحلواء . وفي الدواء وجهان . ولو حلف : لا يأكل
قوتاً ، حث بأكل ما يقتات من الحبوب ، ويحث بالتمر والزبيب واللحم
إن كان ممن يقتاتها ، وإلا فوجهان . ولو حلف : لا يأكل إداماً ، حث
بكل ما يؤتدم به ، سواء كان مما يصطبغ به ، كالخل والدبس والشيرج
والزيت والسمن والمربى ، أو لا يصطبغ به كاللحم والجبن^(١) والبقل
والبصل والفجل والثمار ، وكذا التمر والملح على الصحيح فيهما .

(١) في الاصل : والخبز .

واسم الماء يتناول العذب والملح ، ومياه الآبار والأنهار ، وكذا ماء البحر . وفيه احتمال للشيخ أبي حامد . فلو حلف : لا يشرب الماء ، لم يحث بأكل الجمد والثلج ، ويحث بشرب مائهما . ولو حلف : لا يأكل الجمد والثلج ، لم يحث بشرب مائهما . والثلج ليس بجمد ، وكذا العكس . ولو حلف : لا يأكل مما طبخه زيد ، فالاعتبار فيه بالايقاد الى الإدراك ، أو وضع القدر في التنور بعد سجره ، فإن أوقد زيد تحته حتى أدرك ، أو وضعها في التنور فأكل منه ، حث ، سواء وجد نصب القدر وتقطيع اللحم ، وصب الماء عليه ، وجمع التوابل ، وسجر التنور منه ، أو من غيره . ولو أوقد ، أو وضع في التنور مع غيره ، لم يحث ، لأنه لم ينفرد بالطبخ ، وكذا لو أوقد هذا ساعة ، وهذا ساعة . قال الإمام : ولو جلس الحاذق بالطبخ قريباً ، واستخدم صبياً في الإيقاد ، وقلل أو كثر ، ففيه تردد ، إذ يضاف الطبخ هنا الى الأستاذ^(١) . ولو قال : لا آكل ماخبزه فلان ، فالاعتبار بالصاقه الى التنور ، لا بالعجن وسجر التنور وتقطيع الرغفان وبسطها .

قلت : ولو حلف : لا يأكل ثريداً ، لم يحث بخبز غير مشرود في مرق . **والله اعلم**

النوع الثالث : في العقود وفيه مسائل :

إحداها : حلف : لا يأكل طعاماً اشتراه زيد ، أو من طعام اشتراه زيد ، أو لا يلبس ثوباً اشتراه زيد ، لم يحث بما ملكه يارث أو هبة أو وصية ، أو رجع إليه برد بعب أو بإقالة وإن جعلنا الإقالة بيعاً ، لأنه لا يسي بيعاً عند الإطلاق ، وكذا لا يحث بما خلص له بالقسمة

(١) هو المعلم وأستاذ الصناعة ورئيسها ، فارسيته أستاذ .

وإن جعلناها بيعاً • ويحنت بما ملكه بالتولية والإشراك والسلم ، لأنها
يبيع ، ولا يحنت بما ملكه بالصلح على الصحيح ، وبه قطع الصيدلاني
والبغوي والمتولي والرويانى وغيرهم • ولو قال : لا أدخل داراً اشتراها
زيد ، لم يحنت بدار ملك بعضها بالشفعة • ولا يحنت بما اشتراه لزيد
وكيله ، ويحنت بما اشتراه زيد لغيره بوكالة أو ولاية • ولو اشتراه
زيد ثم باعه ، فأكله ، حنت ، لأنه موصوف بأن زيداً اشتراه • وكذا
لو باع بعضه وأكل من ذلك البعض • ولو أكل طعاماً اشتراه زيد
وعمره ، لم يحنت على الصحيح • وقيل : يحنت ، لأنه ما من جزء
إلا وقد ورد عليه شراء زيد ، وهذا اختيار القاضي أبي الطيب • وقيل :
إن أكل النصف فما دونه ، لم يحنت ، وإن أكل أكثر منه ، حنت ، لأننا
نتحقق أنه أكل مما اشتراه زيد ، ثم لم يفرق الجمهور بين قوله : لا أكل
من طعام اشتراه زيد ، وقوله : طعاماً اشتراه زيد • وخص البغوي
الأوجه بما إذا قال : من طعام اشتراه زيد ، وقطع بعدم الحنت فيما
إذا قال : طعاماً اشتراه زيد ، قال : إلا أن يريد [أن] لا يأكل طعامه
أو من طعامه ، فيحنت بالمشارك • ولو اشترى زيد طعاماً ، وعمره
طعاماً ، وخطأ ، فأكل الحالف من المختلط ، فثلاثة أوجه •

أحدها : لا يحنت وإن أكل الجميع ، وبه قال ابن أبي هريرة •
لأنه لا يمكن الإشارة إلى شيء منه بأنه اشتراه زيد •

والثاني ، وهو قول الاصطخري ، واختاره القاضي أبو الطيب :
إن أكل أكثر من النصف ، حنت ، وإلا ، فلا ، وهو عند استواء
القدرين •

والثالث ، وهو الأصح ، وبه قال أبو إسحاق : أنه إن أكل قليلاً
يمكن أن يكون مما اشتراه عمره ، كعشر حبات من الحنطة ، وعشرين

حبة ، لم يحنث ، وإن أكل قدرأ صالحاً ، كالكف والكفين ، حنث ،
لأننا نتحقق أن فيه مما اشتراه زيد .

فرع

قال : لا أسكن دارأ لزيد ، فسكن دارأ له فيها حصة قليلة ، أو
كثيرة ، لا يحنث . نص عليه في « الأم » .

فرع

في تعليقة ابراهيم المروذي : أنه لو حلف : لا يأكل طعام زيد ،
فأكل مشتركاً بينه وبين غيره ، حنث ، وقد سبق عن البغوي ما يوافقها ،
قال : ولو حلف لا يلبس ثوب زيد . أو لا يركب دابته ، فلبس أو ركب
مشاركاً ، لم يحنث .

المسألة الثانية : حلف لا يشتري أو لا يبيع ، فوكل من باع واشتري
له . أو لا يضرب عبده ، فأمر من ضربه ، أو حلف الأمير أو القاضي :
لا يضرب ، فأمر الجلالد فضرب . لم يحنث ، وذكر الربيع أن الحالف إن
كان ممن لا يتولى البيع والشراء ، أو الضرب بنفسه كالسلطان ، أو كان
الفعل المحلوف عليه لا يعتاد الحالف فعله . أو لا يجيء منه . كالبناء
والتطين . حنث إذا أمر به . فمنهم من جعل هذا قولاً آخر . وأثبت
قولين ، والمذهب القطع بأنه لا يحنث . والامتناع من جعله قولاً ، ولو
حلف : لا يزوج ، أو لا يطلق ، أو لا يعتق ، فوكل وعقد الوكيل ،
فكانتوكيل في البيع . ولو فوض الطلاق الى زوجته . فطلقت نفسها ،
لم يحنث على المذهب . وحكي قول أنه يحنث هنا وإن لم يحنث في
التوكيل ، لأنه فوضه الى من لا يملكه ، وكأنه هو المطلق . فلو قال :
إن فعلت كذا ، أو إن شئت ، فأنت طالق ، ففعلت . أو شئت ، حنث ،
لأن الموجود منها مجرد صفة ، وهو المطلق . ولو حلف : لا يتزوج ،
أو لا ينكح ، فوكل من قبل له نكاح امرأة ، فهل يحنث ؟ وجهان حكاهما

المتولي • أحدهما : لا ، كالبيع ، وبه قطع الصيدلاني ، والغزالي •
والثاني : نعم ، لأن الوكيل هنا سفير محض ، ولهذا يجب تسمية الموكل ،
وبه قطع البغوي • ولو قبل لغيره نكاحاً ، فمقتضى الوجه الأول
الحث ، ومقتضى الثاني المنع • ولو حلف : لا يبيع ولا يشتري ،
فتوكل لغيره فيهما ، حث على الأصح ، وهو الذي أطلقه جماعة ،
وقيل : لا يحث ، وقيل : إن صرح بالإضافة الى الموكل ، لم يحث ،
وإن نواه ولم يصرح ، حث • ولو قال : لا أكلم عبداً اشتراه زيد ،
لم يحث بتكليم عبد اشتراه وكيله • ولو قال : لا أكلم امرأة تزوجها
زيد : فكلّم من تزوجها لزيد وكيله ، ففيه الوجهان ، فيما لو حلف :
لا يتزوج ، فتزوج وكيله له • ولو حلف : لا يكلم زوجة زيد ، حث
بتكليم من تزوجها بنفسه أو بوكيله بلا خلاف •

واعلم أن كل هذه الصور فيمن أطلق ولم ينو ، فأما إن نوى أن لا يفعل
ولا يفعل بإذنه ، أو لا يفعل ولا يأمر به ، فيحث إذا أمر به ففعل ، هكذا
أطلقوه مع قولهم : إن اللفظ حقيقة لفعل نفسه ، واستعماله في المعنى
الآخر مجاز • وفي هذا استعمال اللفظ في الحقيقة والمجاز جميعاً ،
وهو بعيد عند أهل الأصول ، والأولى أن يؤخذ معنى مشترك بين
الحقيقة والمجاز جميعاً ، فيقال : إذا نوى أن لا يسعى في تحقيق ذلك
الفعل • حث بباشرته ، وبالأمر به ، لشمول المعنى وإرادة هذا المعنى
إرادة المجاز فقط •

قلت : هذا الذي ذكره الرافعي حسن ، والأول صحيح على
مذهب الشافعي • وجمهور أصحابنا المتقدمين في جواز إرادة الحقيقة
والمجاز بلفظ واحد • والله أعلم

فرع

حلف : لا يخلق رأسه ، فأمر غيره ، فحلقه ، فقيل : يحنث للعرف .
وقيل : فيه الخلاف ، كالبيع . ولو حلف : لا يبيع من زيد ، فباع من
وكيله . أو وكل من باع من زيد ، لم يحنث . ولو حلف : لا يبيع لزيد
مالاً ، فباع ماله بإذنه أو بإذن الحاكم بحجر ، أو امتناع الحاكم ، حنث .
وإن باع بغير إذن ، لم يحنث ، لفساد البيع . فلو وكل زيد وكيلًا في
بيع ماله ، وأذن له في التوكيل ، فوكل الوكيل الحالف وهو لا يعلم ،
نص في « الأم » أنه لا يحنث ، وهو تفريع على أحد القولين في حنث
الناسي . وقال المتولي : إن كان أذن لوكيله أن يوكل عنه ، حنث ، لأنه
باع لزيد يعني إذا علم ، أو قلنا : يحنث الناسي ، وإن كان أذن له في
التوكيل عن نفسه ، فباع ، لم يحنث ، لأنه لم يبيع لزيد ، بل لوكيله وإن
أطلق الإذن في التوكيل ، فعلى الخلاف في أن من يوكله وكيل الموكل ،
أم وكيل الوكيل ؟ ولو قال : لا يبيع لي زيد مالا ، فوكل الحالف رجلاً
في البيع ، وأذن له في التوكيل ، فوكل الوكيل زيدا ، فباع ، حنث
الحالف ، سواء علم زيد أم لم يعلم ، لأن اليمين منعقدة على نفي فعل
زيد ، وقد فعله زيد باختياره .

المسألة الثالثة : حلف لا يبيع ، فباع يبعاً فاسداً ، أو لايهب ،
فوهب هبة فاسدة ، لم يحنث ، وتنزل ألفاظ العقود على الصحيح . هذا
إذا أطلق اليمين ، فإن أضاف العقد إلى مالا يقبله ، بأن حلف : لا يبيع
الخمر ، أو المستولدة ، أو مال زوجته ، أو غيرها بغير إذن ، ثم أتى بصورة
البيع ، فإن مقصوده أن لا يتلفظ بلفظ العقد مضافاً إلى ما ذكره ، حنث ،
وإن أطلق ، لم يحنث ، لأن البيع هو السبب الملك ، وذلك لا يتصور في
الخمر ، أو المستولدة ، أو مال زوجته ، أو غيرها بغير إذن ، ثم أتى بصورة
يحنث بصورة البيع ، وهو وجه لغيره حكاه صاحب « التقريب »

والصحيح الأول ، وسيأتي خلاف إن شاء الله تعالى في أنه هل يتعين حمل لفظ العبادات كصوم وصلاة على الصحيح ؟ ولاخلاف أنه لو حلف أن لايجح ، يحنث بالفساد ، لأنه منعقد يجب المضي فيه كالصحيح . ولو حلف : لايبيع بيعاً فاسداً ، لم يحنث بالبيع الفاسد ، ذكره الصيدلاني والرويانى . وقال الامام : الوجه عندنا أنه يحنث .

الرابعة : إذا حلف لايبه ، حنث بكل تمليك في الحياة خال عن العوض ، كالهبة والصدقة والرقبى والعمرى ، لأنها أنواع خاصة من الهبة ، وقيل : لا يحنث بما سوى الهبة . وقيل : يحنث بالرقبى والعمرى دون الصدقة ، حكاه المتولي ، ووجهه بأن الهبة والصدقة تختلفان اسماً ومقصوداً وحكماً . أما الاسم ، فلأن من تصدق على فقير لايقال : وهب له ، وأما المقصود ، فلأن الصدقة للتقرب الى الله تعالى ، والهبة لاكتساب المودة . وأما الحكم ، فلأن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يأكل الصدقة ، ويأكل الهبة والهدية . هذا في صدقة التطوع ، أما إذا أدى الزكاة ، أو صدقة الفطر ، فلا يحنث ، كما لو أدى ديناً . وعن القفال ترديد جواب فيه ، والمذهب الأول . ولا يحنث بالإعارة ، اذ لا تمليك فيها ، ولا بالوصية ، لأنها تمليك بعد الموت ، والميت لا يحنث ولا بالضيافة . وقال ابن القطان : يحنث بالوصية . وفي الضيافة وجه حكاه المتولي بناء على أن الضيف يملك ما يأكله ، والصحيح الأول في المسألتين . ولا يحنث بالوقف عليه إن قلنا : الملك فيه للواقف ، أو لله تعالى ، وهو المذهب ، وإن قلنا للموقوف عليه ، حنث . وقيل : فيه خلاف . ولو قال الحالف لرجل : وهبتك كذا فلم^(١) يقبل ، لم يحنث على الصحيح ، لأن العقد لم يتم قال ابن سريج : يحنث ، لأنه

(١) في الاصل : لم .

يقال : وهبه كذا ، فلم يقبل ، وخرج على هذا الخلاف فيما إذا أعمره أو أرقبه ، ولم نصحح العقدين • ولو تم الإيجاب والقبول في الهبة ، لكن لم تقبض ، فوجهان ، أحدهما عند المتولي : يحث لأن الهبة حصلت ، والمتخلف الملك • وعند البغوي : لا يحث ، لأن مقصود الهبة لم يحصل •

قلت : الأصح لا يحث ، وصححه آخرون غير البغوي ، منهم الرافعي في « المحرر » والله أعلم

فرع

حلف : لا يتصدق ، فتصدق فرضاً أو نفلاً . يحث . لشمول الاسم ، وسواء تصدق على فقير أو غني • وقال المتولي : لو دفع الى ذمي لا يحث ، لأنه لا قرابة فيه ، وهذا ممنوع . ويحث بالإعتاق دون الإغارة والضيافة ، وفي الهبة وجهان • أحدهما : يحث بها كعكسه • وأحدهما : لا • والصدقة والهبة تتداخلان تداخل العسوم والخصوص ، فكل صدقة هبة ، ولا ينعكس • ولو وقف ، فقد أطلق المتولي أنه يحث . وقال غيره : يبنى على الأقوال في ملك الوقف لمن هو ؟ إن قلنا : للواقف . لم يحث • وإن قلنا : لله تعالى ، حث ، وإن قلنا : للوقوف عليه ، فوجهان ، كالهبة •

فرع

حلف : لا يبر فلاناً ، دخل في اليقين جميع التبرعات من الهبة والهدية والإغارة والضيافة والوقف وصدقة التطوع . فيحث بأبها وجد • ولو كان المحلوف عليه عبده ، فأعتقه ، حث ، وكذا لو كان عليه دين : فأبرأه ، ولا يحث بأن يدفع إليه الزكاة • ولو حلف : لا يعتق عبداً فكاتبه ، وعتق بالأداء ، لم يحث ، ذكره ابن القطان • ولو حلف : لا يضمن لفلان مالا ، فكفل بدن مديونه : لم يحث •

الخامسة : حلف : لا مال له ، حث بكل مال حتى^(١) ثياب بدنه ،
وداره التي يسكن فيها ، وعبد الذي يخدمه ، ولا يختص بنوع من
المال إلا أن ينويه . ولو كان له دين حال على مليء مقر ، حث ،
كالوديعة . قال المتولي : وخرج فيه وجه من قوله القديم : لازكاة في
الدين ، والمذهب الأول . وإن كان مؤجلاً أو على معسر ، أو جاحد ،
حث على الأصح ، لأنه ثابت في الذمة يصح الإبراء منه . وقيل : في
الجاحد وجه ثالث : إن كان له بينة ، حث قطعاً ، وإلا ، فلا . ولو كان
له عبد أبقي ، أو مال ضالة ، أو مغضوب ، أو مسروق ، وانقطع خبرها ،
ففي الحث وجهان ، لتعارض أصل بقائها ، وعدم الحث . ولو كان
الغاصب حاضراً ، والمالك قادر على الانتزاع منه ، أو على بيعه ممن يقدر
على انتزاعه ، حث قطعاً ، ذكره المتولي . ولو كان له مدبر أو معلق
عتقه بصفة أو مال أو وصى به ، حث ، لأنها باقية على ملكه ، ولا يحث
بالمكاتب على الأصح . ويقال : الأظهر ، وقيل : قطعاً ، ويحث بأمر الولد
على الأصح ، لأن رقيتها له ، وله منافعها ، وأرش الجناية عليها . ولو
كان يملك منفعة بوصية أو إجارة ، لم يحث على الصحيح ، ولا يحث
بالموقوف إن قلنا : الملك فيه لله تعالى أو للواقف ، وإن قلنا : له ،
فكالمستولدة . ولو كان قد جنى عليه خطأ أو عمداً ، أو عفا على مال ،
حث ، وإن كانت الجناية عمداً ، ولم يقتص ولم يعف ، قال في «البيان»
يحتمل أن يبنى على أن موجب العمد ماذا ؟ إن قلنا : القود ، لم يحث ،
وإن قلنا : القود أو المال ، حث ، وقد يتوقف في هذا .

قلت : الصواب الجزم بأن لا حث . والله أعلم

وكون المال مرهوناً لا يمنع الحث ، وكذا عدم استقرار الملك .

(١) في الأصل : وثياب .

وقال ابن القطان : لا يحنث بالأجرة المقبوضة إذا لم تنقض المدة ،
وغلطه ابن كج .

فرع

[حلف] لا ملك له . حنث بالآبق والمغصوب ، وإن [كان] له زوجة ،
قال المتولي : ينسب على أن النكاح هل هو عقد تسليمك . أو عقد حل ؟ فإن
قلنا : تسليمك ، حنث .

قلت : المختار أنه لا حنث إذا لم تكن نية ، لأنه لا يفهم منه الزوجة ،
وينبغي أن لا يحنث بالكلب والسرجين وغيرهما من النجاسات ، ولا بالزيت
النجس إذا لم نجزيه . ولو حلف : لا رقيق له ، أو لا عبد له ، أو لأمة
له ، وله مكاتب ، لم يحنث على المنصوص ، وهو المذهب ، ويحنث بمدير
قطعا . والله اعلم .

الرابع في الإضافات والصفات ، وفيه مسائل :

أحداها : حلف لا يدخل دار زيد أو بيته ، أو لا يلبس ثوبه ، أو
لا يركب دابته ، قال الأصحاب : مطلق الإضافة إلى من يملك مقتضى
ثبوت الملك ، ولهذا لو قال : هذه الدار لزيد ، كان إقراراً بملكه . فلو
قال : أردت أنها مسكنه ، لا يقبل ، وقد تضاف الدار والبيت إلى الإنسان
بجهة أنها مسكنه ، لكنه مجاز ، ولهذا يصح نفي الإضافة مع إثبات
السكنى ، فيقال : هذه الدار ليست ملك زيد ، لكنها مسكنه . إذا عرف هذا
فلا يحنث الحالف بدخول دار يسكنها زيد بإجارة أو إعارة أو غصب ،
إلا أن يقول : أردت المسكن ، ويحنث بدخول دار يملكها وإن لم
يسكنها ، إلا أن يقول : أردت مسكنه . ولو حلف : لا يدخل مسكن
فلان ، حنث بدخول مسكنه المملوك والمستأجر . وفي المغصوب وجهان ،
لأنه لا يملك سكناه .

قلت : أصحهما : الحنث والله أعلم •

وفي دخول داره التي لا يسكنها أوجه ، أصحهما : لا يحنث ،
والثالث : إن كان سكنه ولو يوماً ، حنث ، وإلا ، فلا ، ولو أراد مسكنه
المملوك . لم يحنث بغيره بحال •

فرع

حلف : لا يدخل دار زيد ، وقد وقف زيد على غيره داراً ، قال
المتولي : إن قلنا : الوقف ملك للواقف ، حنث بدخولها ، وإلا فلا •
وإن دخل داراً موقوفة على زيد ، فإن قلنا : الوقف ملك للموقوف عليه ،
حنث ، وإلا ، فلا • ولو دخل داراً لمكاتب زيد ، لم يحنث •

فرع

حلف : لا يدخل دار المكاتب ، حنث بدخولها على الصحيح ، لأنه
مالك ناخذ التصرف •

المسألة الثانية : حلف : لا يدخل دار زيد ، فباعها زيد ، ثم دخلها ، لم
يحنث ، لأنه لم يدخل دار زيد ، وكذا لو قال : لا أكلم عبد فلان أو أجيـره
أو زوجته ، فكلّم بعد زوال ملكه عن العبد وانقطاع الإجارة والنكاح ،
أو قال : لا أكلم سيد [هذا] العبد ، أو زوج هذه المرأة ، فكلّم بعد
زوال الملك والنكاح ، لم يحنث • فلو اشترى زيد بعد ما باعها داراً
أخرى ، قال الصيدلاني : إن قال : أردت الأولى بعينها ، لم يحنث بدخول
الثانية ، وإن قال : أردت أي دار تكون في ملكه ، حنث بالثانية دون
الأولى ، وإن قال : أردت أي دار جرى عليها ملكه ، حنث بأيّتها دخل •

هذا كله إذا قال : دار زيد ولم يعين ، فأما إذا قال : لا أدخل دار زيد . هذه . فباعها زيد ، ثم دخلها ، فيحنت على الصحيح ، لأنه عقد اليسين على عين تلك الدار ، ووصفها باضافة قد تزول ، فغلب التعيين كما لو قال : لا أكلم زوجة زيد هذه ، أو عبده هذا ، فكلهما بعد الطلاق والعق ، يحنت . ولو (١) قال : لا أكل لحم هذه البقرة ، وأشار الى شاة ، فإنه يحنت بأكل لحمها ، فلا يجيء فيها الخلاف فيما لو قال : بعتك هذه البقرة وهي شاة ، لأن العقود يراعى فيها شروط وتعبدات لا يعتبر مثلها في الأيمان . ولو حلف : لا يكلم زيدا هذا ، فبدل اسمه . واشتهر بالاسم المبدل ، ثم كلمه ، حنت اعتباراً (٢) بالتعيين .

الثالثة : حلف : لا يدخل هذه الدار من هذا الباب ، فدخلها من موضع آخر عتيق أو محدث ، وذلك الباب بحاله ، لم يحنت ، فلو قلع الباب ، وحول إلى منفذ آخر من تلك الدار ، فثلاثة أوجه ، أصحها : تحمل اليمين على المنفذ الأول ، لأنه المحتاج اليه في الدخول ، فإن دخل منه . حنت ، وإن دخل من المنفذ المحول إليه ، لم يحنت . والثاني : يحصل على الباب المتخذ من الخشب ونحوه ، لأن اللفظ له حقيقة ، فيحنت بدخول المنفذ المحول اليه دون الأول . والثالث : يحمل عليها لأن الإشارة وقعت إليهما ، فلا يحنت بدخول منفذ آخر ، وإن نصب عليه ذلك الباب ، ولا بدخول المنفذ الأول ، هذا إذا أطلق . فإن قال : أردت بعض هذه المحامل ، حمل عليه ، وارتفع الخلاف ، ولو قلع الباب ، ولم يحول الى موضع آخر ، حنت بدخول ذلك المنفذ على الأصح ويعبر عن الخلاف بأن الاعتبار بالمنفذ ، أم بالباب المنسوب عليه ؟ قال المتولي : بناء عليه لو قال : لا أدخل هذا الباب ، وقلنا : تنعقد اليمين على الباب

(١) في الأصل : وكما .

(٢) في الأصل : اعتبار .

المنسوب • فنقل إلى دار أخرى ، فدخلها منه ، حث ، والمذهب أنه لا يحث إلا أن يريد : لا أدخل منه حيث نصب • ولو قال : لا أدخل باب هذه الدار ، ولا أدخل هذه الدار من بابها ، ففتح باب جديد ، فدخلها منه ، حث على الأصح • ولو قال : لا أدخلها من بابها ، فتسلق ونزل من السطح ، لم يحث •

الرابعة : حلف : لا يركب دابة عبد زيد ، ولا يدخل داره ، لا يحث بالدابة والدار المجعولين باسم العبد ، إلا أن يريد : فإن ملكه السيد دابة أو داراً ، بني على أنه هل يملك ؟ إن قلنا : نعم ، حث ، والا : فلا . هذا هو الصحيح ، وقول الجمهور • وقال ابن كج : لا يحث وإن قلنا : يملك لأن ملكه ناقص ، والسيد متمكن من إزالته ، فكأنه بينه وبينه ، وصار كمن حلف لا يركب دابة زيد وركب مشتركة بينه وبين غيره • ولو حلف : لا يركب دابة زيد ، فركب دابة ملكها زيد لعبده ، إن قلنا : لم يملك ، لم يحث ، والا ، فيحث • ولو حلف : لا يركب دابة العبد ، فعتق وركب دابة يملكها ، فقطع الغزالي بالحث ، وابن كج بالمنع إذا لم يكن له بينة ، لأنه إنما يركب دابة حر • وينبغي أن يقال : إن قال : لا أركب دابة هذا ، حث ، وإن قال : دابة عبد ، فلا ، وإن قال : دابة هذا العبد . فليكن على خلاف يأتي إن شاء الله فيما لو حلف لا يكلم هذا العبد ، فعتق ، ثم كلمه • ولو قال : لا أركب سرج هذه الدابة ، فركب السرج المعروف بها ، حث وإن كان على دابة أخرى ، ويقرب من هذا ما إذا حلف على دار أو خان منسوب ، فيحمل على التعريف ، كخان أبي يعلى عندنا ، وكدار العقيقي بدمشق •

المسألة الخامسة : حلف : لا ألبس ثوباً من به فلان علي ، أو ما من به علي ، فلبس ثوباً وهبه له ، أو أوصى له به ، حث • ولو لبس ما باعه إياه بمحابة ، لم يحث ، لأن المنة في نقص الثمن لا بالثوب • وكذا لو

باعه ثوباً ، ثم أبرأه من ثمنه ، فلبسه ، أو أبدل الموهوب ، أو الموصى به بغيره ، أو باعه واشترى بثمنه ثوباً فلبسه ، لم يحث ، لأن الأيمان تبنى على الألفاظ ، لا على القصود التي لا يحتسها اللفظ ، ولهذا لو من عليه رجل ، فحلف : لا يشرب له ماء من عطش ، فشربه من غير عطش ، أو أكل له طعاماً ، أو لبس له ثوباً ، لا يحث ، لأن اللفظ لا يحتمله ، وإن كان يقصد^(١) في مثل هذا الوضع الامتناع من جميع هذا .

السادسة : حلف : لا يلبس من غزل فلانة ، أو ثوباً من غزلها ، فلبس ثوباً خيط بغزلها ، لم يحث . وإن لبس ثوباً سداً من غزلها ، واللحمة من غيره ، فإن كان قال : لا ألبس ثوباً من غزلها ، لم يحث . وإن قال : لا ألبس من غزلها ، حث ، بخلاف الخيط ، فإنه لا يوصف بأنه ملبوس .

فرع

يراعى مقتضى اللفظ في هاتين المسألتين ونظائرها في تناول الماضي والمستقبل أو أحدهما ، فإذا قال : لا ألبس ما من به علي ، فإنما يحث بلبس ما تقدمت المنة به بالهبة وغيرها ، ولا يحث بما يمن به فيما بعد . وإذا قال : لا ألبس ما غزله فلانة ، فإنما يحث بما غزله من قبل دون ما تغزله فيما بعد . ولو قال : لا ألبس ما يمن به ، أو ما تغزله ، حث بما تحدث المنة به وغزله دون ما سبق .

ولو قال : لا ألبس من غزلها ، دخل فيه الماضي والمستقبل .
السابعة : حلف : لا يلبس ثوباً ، حث بلبس القميص والرداء والسراويل والجبّة والقباء ونحوها ، وسواء المخيط وغيره ، والقطن والكتان والصوف والإبريسم ، وسواء لبسه على الهيئة المعتادة أو

(١) في الأصل : يقصر .

بخلافها ، بأن ارتدى أو اتزر بالقميص ، أو تعمم بالسراويل ، ولا يحث بلبس الجلود وما يتخذ منها ، ولا بلبس الحلي والقلنسوة ، ولا بوضع الثوب على الرأس . ولا بأن يفرشه ويرقد عليه . ولو تدثر به ، لم يحث على الأصح ، لأنه لا يسمى لبساً ، ولو قال : لا ألبس حلياً ، حث بالسوار والخلخال والطوق والدملج ، وخاتم الذهب والفضة ، ولا يحث بالمتخذ من شبه (١) أو حديد ، ويحث بمخنقة اللؤلؤ والجواهر وإن لم يكن فيها ذهب ، ولا يحث بتقليد (٢) السيف المحلي . وفي المنطقة المحلاة وجهان ، أصحهما : أنها من حلي الرجل ، ويحث بلبس الخرز والسبج (٣) إن كان الحالف من قوم يعتادون التحلي بهما ، كأهل السواد . وفي غيرهم وجهان ، كما لو حلف غير البدوي : لا يدخل بيتاً ، فدخل بيت شعر . ولو حلف : لا يلبس شيئاً ، حث بلبس الثياب والحلي والقلنسوة والجلود ، وفي الدرع والخف والنعل والجوشن وجهان . أصحهما : يحث . وقد يطرد الخلاف في الحلي والقلنسوة . ولو قال : لا ألبس قميصاً . فارتدى أو اتزر بقميص ، حث على الأصح . ولو فتنه وقطعه وارتنى ، أو اتزر به ، لم يحث : لفوات اسم القميص . ولو قال : لا ألبس هذا القميص ، فارتدى به أو اتزر ، أو قال : لا ألبس هذا الرداء ، فارتزر به ، أو تعمم ، حث على الصحيح ، لتعلق اليمين بعين القميص . ولو قال : لا ألبس هذا الثوب ، وكان المحلوف عليه قميصاً أو رداءً ، ففتنه واتخذ منه نوعاً آخر ، بأن جعل القميص رداءً ، أو الرداء جبة أو تككاً ، أو الخف نعلاً ، ثم لبس المتخذ ، حث على الأصح ، إلا أن ينوي لا يلبسه مادام على تلك الهيئة . فلو لم يذكر الثوب ، بل قال : لا ألبس هذا القميص ، أو هذا الرداء ، ففتنه ، واتخذ منه نوعاً آخر

(١) بفتحيتين : ما يشبه الذهب في لونه ، وهو ارفع الصفر .

(٢) في الأصل : بتقليد .

(٣) هو الخرز الأسود معرب شبه .

ولبسه . ففيه الوجهان ، لكن الأصح هنا : لا يحث ، كما سيأتي في نظائره إن شاء الله تعالى . فإن قلنا : لا يحث ، فأعاد الهيئة الأولى ، ففي الحث الوجهان في الدار تعاد بعد الانهدام بذلك النقص . ولو كان قال في يمينه : لا ألبس هذا القميص ، أو الثوب قميصاً ، أو هذا الثوب أو الرداء رداء ، فإن تقمص بالقميص ، أو ارتدى بالرداء ، حث ، وإن اتزر بالقميص أو تعسم بالرداء ، لم يحث . وكذا لو اتخذ من القميص غير قميص ، ومن الرداء غير رداء ، ثم لبسهما ، ولو قال : لا ألبسه وهو قميص ، فارتدى به ، أو تعسم أو اتزر ، حث ، لأنه لبس وهو قميص ، وإن اتخذ منه غير القميص ولبسه ، لم يحث .

فرع

الوجهان فيمن قال : لا ألبس هذا القميص ، فاتخذ منه غيره ولبسه . يجريان في صور . منها : لو أشار الى صبرة حنطة ، وقال : لا أكل هذه ، حث بأكلها على هيئتها ، وبأكلها بعد الطحن والعجن والخبز والطبخ . ولو قال : لا أكل حنطة ، لم يحث بالخبز والعجن والدقيق والسويق . ويحث بأكل الحنطة نيئة ومقلية ومطبوخة ومبلولة . ولو قال : لا أكل هذه الحنطة ، حث بأكلها نيئة فقط ، ومطبوخة، وهل يحث بأكل دقيقها وسويقها وعجينها وخبزها ؟ وجهان . أصحهما : لا ، وبه قطع بعضهم ، لزوال اسم الحنطة ، فصار كما لو زرعها وأكل حشيشها . أو قال : لا أكل هذا البيض ، فصار فرخاً فأكله . فلو قال : لا أكل من هذه الحنطة ، فكذلك الحكم . إلا أن هنا يحث بأكل بعضها . وحكي وجه أنه إذا قال : من هذه الحنطة، حث بأكل كل ما يتخذ منها . ولو قال : لا أكل هذا الدقيق ، فأكل عجينه أو خبزه ، أو هذا العجين ، فأكل خبزه ، فعلى الخلاف .

ومنها : لو قال : لا آكل هذا الحيوان ، فذبحه وأكله ، حنث ، لأن الحيوان هكذا يؤكل ، وهو كما لو حلف : لا يلبس هذا الغزل ، فلبس ثوباً نسج منه ، حنث • ولو قال : لا آكل لحم هذه السخلة أو الخروف ، فصار كبشاً فذبحه وأكله ، فمن قال في مسألة الحنطة : يحنث ، قال هنا : يحنث ، ومن قال هناك : لا يحنث ، قال هنا : وجهان ، أصحهما : لا يحنث ، ويجرى الوجهان فيما لو قال : لا أكلم هذا الصبي ، فكلمه بعد مصيره شاباً ، أو هذا الشاب فكلمه بعد مصيره شيخاً • ومنها : لو قال : لا أكلم هذا وأشار الى عبد فعتق ، ثم كلمه ، حنث ، ولو قال : لا أكلم هذا العبد ، فعتق ، فهو كمسألة السخلة • ومنها : لو قال : لا آكل هذا الرطب ، فصار تمرأ ، أو هذا البسر فصار رطبأ ، أو العنب فصار زيبأ ، أو لا أشرب هذا العصير ، فصار خمراً ، أو هذا الخمر فصار خلا ، أو لا آكل هذا التمر ، فاتخذ منه عصيدة ، ثم أكل أو شرب ، ففيه هذا الخلاف ، وذكر الصيدلاني أن الشافعي رحمه الله نص على عدم الحنث في مسألة الحنطة والتمر. وعلى الحنث في الصبي والسخلة • فقليل : قولان : وقيل : بتقرير النصين • والفرق من وجهين : أحدهما : أن مسألة الحنطة والتمر تبدل الاسم ، وفي السخلة والصبي تبدل الصفة ، وتبدل الصفة لا يسقط الحنث ، والثاني : أن التبدل في الأول بمعالجة ، بخلاف الثاني •

فرع

حلف : لا يلبس الخاتم ، فجعله في غير الخنصر من أصابعه ، فعن المزني في « الجامع » أنه لا يحنث ، وتابعه البغوي ، وقاسه على مالو حلف : لا يلبس القلنسوة ، فجعلها في رجله ، والذي حكاه الروياني عن الأصحاب أنه يحنث •

الثامنة : حلف : لا يخرج فلان إلا بإذنه ، فأذن بحيث لم

يسمح المأذون له ، ولم يعلم وخرج ، فطريقان : المذهب والمنصوص والذي قطع به الجمهور : لا يحث ، لأن الإذن والرضى قد حصل .
وقيل : وجهان ، وقيل : قولان منصوص ومخرج : انه يحث ، وهو مخرج من مسألة عزل الوكيل . وعلى هذا الخلاف ما لو قال لزوجته : إن خرجت بغير إذني ، فأنت طالق ، فأذن وخرجت وهي جاهلة بالإذن ، فينبغي أن يشهد على الإذن ليشته عند التنازع . فإن لم تكن بينة ، فهي المصدقة يمينها في إنكار الإذن . وفي كتاب ابن كج أن الزوج هو المصدق ، كما لو أنكر أصل التعليق . ثم قال الشافعي رحمه الله : الورع أن يحث نفسه ، وليس معناه أن يعدها مطلقة من غير أن يطلقها ، لأننا حكنا بأنها زوجته ، فكيف تنكح غيره ؟ بل إن كان علق الطلاق الثلاث . فالورع أن يطلقها ثلاثاً ، وإن كان المعلق طلقة رجعية ، وأراد إمساكها . راجعها . وإلا ، طلقها لتحل للأزواج ، فإن راجعها ، ثم طلقها طلقتين . فالورع أن لا ينكحها إلا بعد زوج ، وإذا نكحها بعد زوج ، كانت عنده بطلقة ، فإن طلقها ، لم تحل إلا بزواج ، لأنه لم يقع عليها بالخروج شيء . وقد طلقها بعده ثلاثاً ، والزواج الثاني قبل استيفاء الثلاث لا أثر له .

فرع

حلف : لا يخرج فلان بغير إذنه . أو إلا بإذنه ، فخرج بغير إذنه ، حث . وإن خرج بإذنه ، لم يحث . وعلى التقديرين تنحل اليمين حتى لو خرج بعد ذلك بإذن أو بغير إذن . لم يحث . وكذا لو قال لزوجته : إن خرجت بغير إذني أو إلا بإذني فأنت طالق ، إن خرجت بغير إذنه ^(١) . طلقت . وإن خرجت بالإذن ، لم تطلق ، وتنحل اليمين

(١) في الأصل : ادني .

على التقديرين • وكذا الحكم لو قال : إن خرجت حتى آذن لك . أو إلى أن آذن لك أو إلا أن آذن لك . فأنت طالق • وحكي قول أو وجه وهو اختيار المزني والقفال : أنه لا تنحل اليمين بخروجها بالإذن ، كما لو قال : إن خرجت لابسة للحرير ، فأنت طالق ، فخرجت غير لابسة . لا تنحل اليمين ، حتى لو خرجت بعده لابسة . طلقت ، والمذهب الأول . وهو المنصوص . لأن اليمين تعلقت بخرجة واحدة ، وهي الأولى • قال البغوي : ومقتضى هذا أنه لو قال : إن خرجت غير لابسة للحرير أو لابسة ، فأنت طالق . فخرجت لابسة تنحل اليمين ، وهذا يخالف قول الغزالي : لو قال : إن خرجت بلا خف ، فأنت طالق ، فخرجت بخف . لا تنحل اليمين ، وفرق بينه وبين مسألة الإذن بفرق ضعيف ، فالوجه التسوية بين صورتين : كما ذكره البغوي • ولو قال : كلما خرجت . أو كل وقت خرجت بغير إذني ، فأنت طالق . فخرجت مرة بالإذن . لم تنحل اليمين ، لأنها صيغة تكرار • فلو قال : أذنت لك في الخروج كلما أردت . أغناه ذلك عن تجديد الإذن لكل خرجة • ولو قال : متى خرجت . أو متى ما ، أو مهما ، أو أي وقت ، أو أي حين . فالحكم كما لو قال : إن خرجت . لأن هذه الصيغة لا تقتضي التكرار • وفي الرقم ، لعبادي : إلحاق متى ما . ومهما بـ « كلما » وهو خلاف نصه في « الألف » • ولو قال : إن خرجت أبداً إلا بإذني . فأنت طالق . لم يلزم التكرار أيضاً . بل معناه في أي وقت خرجت . قريب من بعيد • وإذا علق نطقاً كما صورنا ، ثم آذن لها في الخروج . ثم رجع عن الإذن . وخرجت بعده . نص في « الألف » أنها لا تطلق . لأن الإذن قد وجه . فزال حكم اليمين . والمنع بعده لا يفيد • ورأى أبو بكر الدرسى والمحققون تنزيل النص على ما إذا قال في التعليق : حتى آذن أنت . لأنه جعل إذنه غاية اليمين . وقد حصل الإذن ، فأما إذا قال : بغير إذني أو إلا بإذني ،

فإذا رجع ، ثم خرجت ، فهذا خروج بغير إذن ، وهو أول ما وجد بعد اليمين ، فيقع الطلاق • ومنهم من قال : قوله : إلا بإذني محتمل أيضاً للغاية ، فيحمل عليها • ولو قال : إن خرجت بغير إذني لغير عيادة ، فأنت طالق ، فخرجت لعيادة ، ثم عرضت حاجة فاشتغلت بها ، لم تطلق • وإن خرجت لعيادة وغيرها ، فالمذكور في « الشامل » منسوباً الى نصه في « الأم » أنه لا يحث ، وذكر البغوي أنه الأصح • ويشبه أن يقال : إن كان المقصود بقوله لغير عيادة ما هو بمعزل عنها ، لم يحث ، وهذا هو السابق الى الفهم منه ، وإن كان المقصود ما يغيره في الحقيقة ، فمجموع العيادة والحاجة الأخرى يغير مجرد العيادة •

قلت : الصواب الجزم بأنه لا يحث • **وانتدألم**

وإن قال : إن خرجت إلا لعيادة ، فينبغي أن يحث ، لأنه يصدق أن يقال : لم تخرج للعيادة بل لها ولغيرها •

النوع الخامس في الكلام وفيه مسائل :

إحداها : إذا قال : والله لا أكلبك فتنح عني ، أو قم أو اخرج ، أو شتته ، أو زجره . حث ، سواء عقب هذا اليمين متصلاً أم فصله ، لأنه كلمه • وقيل : لا يحث إذا وصله . لأن المقصود به تأكيد اليمين ، والصحيح الأول • ولو كتب إليه كتاباً أو أرسل رسولاً . فقولان : الجديد : لا يحث ، ومنهم من قطع به . وقيل : القديم إنما هو إذا نوى بيسينه المكتوبة • وقيل : القولان في الغائب . فإن كان معه في المجلس . لم يحث قطعاً . والمذهب طردهما في كل الأحوال . ويجريان في الإشارة بالرأس والعين . ولا فرق على الجديد بين إشارة الأخرس والناطق ، وإنما أقيست إشارة الأخرس في المعاملات مقام النطق للضرورة •

فرع

هجران المسلم فوق ثلاثة أيام ، فلو كاتبه أو راسله ، فهل يزول الإثم ؟ نظر إن كانت مواسلتها قبل الهجران بالمكاتبة أو المراسلة ، ارتفع الإثم ، وإلا فإن تعذر الكلام لغية أحدهما ، فكذلك ، وإلا ، فوجهان بناء على القولين الجديد والقديم ، حتى لو حلف أن يهاجره ، فهل يحث بالمكاتبة والمراسلة ؟ فيه هذا الخلاف . وأطلق ابن أبي هريرة أنه يرتفع الإثم بالمكاتبة والمراسلة ، ثم لا يخفى أن المكاتبة إنما ترفع الإثم إذا خلت عن الإيذاء والإيحاء ، وإلا ، فهو كما لو كلمه بالشتيم والإيذاء ، فإنه لا تزول به المهاجرة ، بل هو زيادة وحشة ، وتأكيد للمهاجرة ، ولا يحث بمثل هذه المكاتبة إذا حلف على المهاجرة .

قلت : تحريم المهاجرة فوق ثلاثة أيام إنما هو فيما إذا كانت المهاجرة لحظوظ النفوس وتعتات أهل الدنيا ، فأما إذا كان المهجور مبتدعاً أو مجاهرأ بالظلم والفسوق ، فلا تحرم مهاجرته أبداً ، وكذا إذا كان في المهاجرة مصلحة دينية ، فلا تحريم ، وعلى هذا يحمل ما جرى للسلف من هذا النوع ، والأصح أنه لا يزول التحريم بالمكاتبة والمراسلة . قال صاحب « البيان » : وينبغي أن تكون الإشارة والرمز كالمكاتبة كما قلنا في الحث . والله أعلم

فرع

حلف : لا يكلسه ، ثم سلم عليه ، حث ، لأن السلام كلام ، وأن يسلم على قوم هو فيهم ، فإن قصده بالسلام ، حث . قال في « البيان » ويجيء أن لا يحث على قول من قال : إذا حلف لا يأكل السمن ، فأكله مع غيره ، لا يحث وإن استثنى لفظاً ، لم يحث ، وإن استثناه بالنية ،

لم يحنث أيضاً على المذهب • وإن أطلق ، حنث على الأظهر • ولو سلم من صلاته ، والمحلوف عليه من المأمومين ، ففيه هذا التفصيل • ولو صلى الحالف خلف المحلوف عليه ، فسبح لسهوه ، أو فتح عليه القراءة ، لم يحنث ، ولو قرأ آية ، فهم المحلوف عليه منها مقصوده^(١) ، فإن قصد القراءة ، لم يحنث ، وإلا ، فيحنث •

المسألة الثانية : حلف : لا يتكلم ، حنث بترديد الشعر مع نفسه ، لأن الشعر كلام ، ولا يحنث بالتسبيح والتهليل والتكبير والدعاء على الصحيح ، لأن اسم الكلام عند الإطلاق ينصرف الى كلام الادميين في محاوراتهم • وقيل : يحنث ، لأنه يباح للجنب^(٢) ، فهو كسائر الكلام ، ولا يحنث بقراءة القرآن •

قلت : قال القفال في شرح «التلخيص» : لو قرأ التوراة الموجودة اليوم ، لم يحنث ، لأنها تشك أن الذي قرأه مبطل أم لا • والله أعلم •

الثالثة : حلف : ليشنين على الله أحسن الثناء ، فطريق البر أن يقول : « لا أحصي ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك » زاد ابراهيم المروزي في آخره : « فلك الحمد حتى ترضى » فصور المتولي المسألة فيما لو قال : لأثنين على الله تعالى بأجل الثناء ، أو أعظمه ، وزاد في أول الذكر « سبحانك » ولو قال : لأحمدن الله بمجامع الحمد ، وقال المتولي : بأجل التحاميد ، فطريق البر أن يقول : « الحمد لله حمداً يوافي نعمه ويكافئ مزيده » ولو قال : لأصلين على النبي صلى الله عليه وسلم أفضل الصلاة عليه ، فطريق البر أن يقول : اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كلما ذكره الذاكرون وكلما سها عن ذكره الغافلون • ذكره ابراهيم المروزي •

(١) في الأصل : لمقصوده •

(٢) في الأصل : للحنث •

قلت : أما الصورتان الأوليان ، فذكرهما جماعة من متأخري
الخراسانيين، وليس لهما دليل يعتمد . ومعنى «يوافي نعمه» أي : يلاقيها ،
فتحصل معه ، «ويكافئ مزيده» بهمة في آخره ، أي : يساوي مزيد نعمه
ومعناه : يقوم لشكر ما زاد من النعم والإحسان . وأما مسألة الصلاة
على النبي صلى الله عليه وسلم ، فقد ذكرها عن إبراهيم المروزي وحده ،
وقد يستأنس لذلك بأن الشافعي رحمه الله كان يستعمل هذه العبارة ،
ولعله أول من استعملها ، ولكن الصواب والذي ينبغي أن يجزم به
أن أفضل ما يقال عقب التشهد في الصلاة : اللهم صل على محمد
وعلى آل محمد ، كما صليت على إبراهيم إلى آخره ، فقد ثبت في
الصحيح أنهم قالوا يا رسول الله : كيف نصلي عليك ، فقال : قولوا :
اللهم صل على محمد إلى آخره . والله أعلم

فصل

حلف : لا يصلي ، فهل يحث بالتحريم بالصلاة أم لا يحث حتى
يركع ؟ أم حتى يفرغ من الصلاة ؟ فيه أوجه : أصحها الأول . ولو
أفسدها بعد الشروع ، حث على الأول ، ولا يحث على الثالث ، ولا
على الثاني إن لم يكن ركع ، ولا يجيء الثاني إذا صلى على جنازة .
ولو أحرم مع إخلاله ببعض الشروط ، لم يحث ، لأنه لم يصل لعدم
انعقادها . ولو حلف : ما صليت وقد أتى بصورة صلاة فاسدة ، لم
يحث ولو لم يجد ماء ولا تراباً ، وصلى ، حث ، لأنها صلاة إلا أن
يريد الصلاة المجزئة . ولو قال : لا أصلي صلاة ، لا يحث حتى يفرغ .
قلت : وينبغي أن لا يحث بسجود الشكر والتلاوة والطواف ،
ويحث بالصلاة بالإيماء ، حيث يحكم بصحتها . والله أعلم .

ولو حلف : لا يصوم ، فهل يحنث بأن يصبح صائماً ، أو بأن ينوي صوم التطوع قبل الزوال ، أم لا يحنث حتى يتم ؟ فيه الخلاف . وإذا قلنا : لا يحنث إلا بالفراغ ، فهل تتبين استناد الحنث الى الأول فيه وجهان .

قلت : وينبغي أن يكون في الحج الخلاف في أنه يحنث بمجرد الإحرام ، أم بعد الفراغ . وعلى قياس الثاني في اشتراط الركوع لكونه معظم الركعة يجيء وجه ثالث باشتراط الوقوف بعرفات ، وأما الاعتكاف فيحنث^(١) بمجرد نيته ، ويحتمل أن يجيء خلاف في اشتراط ساعة ، بناء على أنه لا يصح اعتكاف لحظة . ولو حلف : لا يقرأ ، حنث بما قرأ ولو بعض آية . **والله أعلم**

النوع السادس في تأخير الحنث وتقديمه وفيه مسائل :

إحداها : حلف : ليأكلن هذا الطعام غداً ، فلا يخفى البر إن أكل غداً ، والحنث إن أخره عن الغد مع الإمكان . فلو تلف الطعام قبل الغد بنفسه ، أو بإتلاف أجنبي ، فقد فات البر بغير اختياره ، فيخرج حنثه على قولي المكروه ، والأظهر أنه لا يحنث . ويقال : إنه المنصوص ، فإن قلنا : يحنث ، فهل يحنث في الحال الحصول اليأس ، أم بعد مجيء الغد ؟ فيه قولان أو وجهان ، فقطع ابن كج بالثاني . قال المتولي : وفائدة الخلاف أنه لو كان معسراً يكفر بالصوم ، جاز أن ينوي صوم الغد عن كفارته إن قلنا : يحنث قبل الغد .

قلت : ومن فوائده لو مات الحالف قبل مجيء الغد أو أعسر ، وقلنا : يعتبر في الكفارة حال الوجوب . **والله أعلم** .

(١) في الأصل : فيجب .

فان قلنا : لا يحنث قبل مجيء الغد ، فهل يحنث إذا مضى من الغد زمن إمكان الأكل أم قبيل غروب الشمس ؟ وجهان • قال البغوي : أصحهما الأول • ولو مات الحالف قبل مجيء الغد ، فقليل : هو كتلف الطعام ، فيكون على الخلاف ، والمذهب القطع بأن لا حنث ، وهو الذي يقتضي كلام ابن كج والبغوي وغيرهما ، لأنه لم يبلغ زمن البر والحنث • ولو مات بعد مجيء الغد وقبل إمكان الأكل ، فهو كتلف الطعام بعد مجيء الغد على ما سنذكره إن شاء الله تعالى من التفصيل ، وقطع المتولي بأن لا حنث •

أما إذا تلف الطعام أو بعضه بعد مجيء الغد ، فينظر ، إن كان قبل التمكن من الأكل ، فهو كتلف الطعام قبل الغد ، وفيه إخراج • وإن تلف بعد التمكن ، أو مات الحالف بعد التمكن ، فالمذهب الحنث ، لأنه تمكن من البر ، فصار كما لو قال : لا أكلن هذا الطعام ، وتمكن من أكله ولم يأكله حتى تلف ، فانه يحنث قطعاً • فعلى هذا هل يحنث في الحال ، أم قبل غروب الشمس ؟ فيه الوجهان • ولو أتلّف الحالف الطعام قبل الغد بأكله أو بغيره ، أو أتلّف بعضه ، حنث ، وهل يحنث في الحال ، أم بعد مجيء الغد ؟ فيه الخلاف ، كما لو تلف • ولو قال : لا أكلن هذا الطعام قبل غد ، فتلف قبل الغد وبعد التمكن ، حنث • وهل يكون حنثه في الحال ، أم إذا جاء أول الغد ؟ وجهان حكاهما الصيدلاني • ولو قال : لا أكلته^(١) اليوم ، فيقاس بما ذكرناه في الغد •

(١) في الأصل : لا أكلته •

الثانية : قال : والله لأقضين حقك ، ومات قبل القضاء ، نظر ، إن تمكن من القضاء فلم يفعل ، حنث . وإن مات قبل التمكن ، فعلى قولي الإكراه ، كذا نقله البغوي والمروزي وغيرهما ، وقطع المتولي بأنه لا يحنث . ولو قال : لأقضين حقك غداً ، ومات قبل مجيء الغد أو بعد مجيئه وقبل التمكن ، فمن أثبت القولين إذا لم يقيد بالغد ، أثبتهما هنا ، ومن قطع بالمنع ، قطع بالمنع هنا أيضاً . ولو مات بعد التمكن جاء الطريقان المذكوران في مسألة الطعام وموت صاحب الحق : لا يقتضي الحنث ، لا عند الإطلاق ، ولا عند التقييد بالغد ، لإمكان القضاء بالدفع الى الورثة . ولو قال : لأقضينك حقك غداً ، فهو كقوله : لأأكلن هذا الطعام غداً ، فطريق البر والحنث ظاهر ، وموت صاحب الحق هنا كتلف الطعام . فإن مات قبل مجيء الغد أو بعده وقبل التمكن من القضاء ، فعلى قولي الإكراه ، وإن مات بعد التمكن ، ففيه الطريقان السابقان . فإن حشناه ، فهل يحنث في الحال ، أم بعد مجيء الغد ؟ فيه القولان . وموت الحالف والحالة هذه قبل مجيء الغد وبعده على ما ذكرنا في مسألة الطعام . فإن حشناه ، فلا يستبعد كون وقت الحنث دخل وهو ميت ، لأن السبب هو اليمين ، وكانت في الحياة ، وهو كما لو حفر بئراً متعدياً ، فتلف بها إنسان بعد موته ، يجب الضمان والكفارة في ماله . وإن قضاه قبل مجيء الغد ، فقد فوت البر ، فيحنث إلا أن يريد أنه لا يؤخر القضاء عن الغد ، وهو كإتلاف الطعام قبل الغد ولو أبرأه صاحب الحق في هذه الصور . فإن قلنا : الإبراء يحتاج الى القبول ، فقبل ، حنث لتفويته البر^(١) باختياره ، إلا أن يريد باليمين : لا يمضي الغد ، وحقه باق عليه . وإن لم يقبل ،

(١) في الأصل : بالبر .

لم يحنث ، لبقاء الحق عليه وإمكان قضائه • وإن قلنا : لا يحتاج الإبراء الى قبول ، سقط الدين • وفي الحنث قولاً الإكراه ، لفوات البر بغير اختياره • والهبة في العين والصلح عن الدين ، كالإبراء إذا قلنا : إنه يحتاج الى القبول • ولو قال : لأقضيئك حقه غداً إلا أن تشاء^(١) أن أخره ، فإن قضاها غداً ، بر ، سواء شاء صاحب الحق أم لا • وإن لم يقضه في الغد ، فإن شاء صاحبه تأخيره قبل مضي الغد ، لم يحنث ، وإن لم يشأ ، حنث • وكذا لو قال : إلا أن يشاء زيد أن أخره ، إلا أنه إذا مات صاحب الحق قبل مجيء الغد ، فالحنث على قولي الإكراه ، وإن مات بعده وبعد التمكن ، ففيه الطريقتان • وإن مات زيد قبل الغد أو في أثناءه ولم يعلم مشيئته ، لم يحنث في الحال ، لإمكان القضاء بعد موته ، فإذا غربت الشمس ولم يقض ، حنث حينئذ • ولو قال : لأقضيئك حقه الى الغد إلا أن تشاء تأخيره ، فينبغي أن يقدم القضاء على طلوع الفجر من الغد ، فإن لم يفعل ولم يشأ صاحب الحق تأخيره ، حنث •

فرع

حلف : ليطلقن زوجته غداً ، فطلقها اليوم ، نظر إن لم يستوف الثلاث ، فالبر ممكن ، وإن استوفاه ، فقد فوت البر ، فيحنث ، وكذا لو كان عليه صلاة عن نذر ، فحلف ليصليها غداً ، فصلاها اليوم ، حنث •

الثالثة : قال : لأقضيئك حقه عند رأس الهلال ، أو مع رأس الهلال ، أو عند الاستهلال ، أو مع رأس الشهر ، فهذه الألفاظ تقع على أول جزء من الليلة الأولى من الشهر ، ولفظتا « عند » و « مع » تقتضيان المقارنة^(٢) • فإن قضاها قبل ذلك أو بعده ، حنث ، فينبغي أن

(١) في الأصل : يشاء الله ، وهو غلط ، وما اثبتناه موافق لبقية النسخ •

(٢) في الأصل : المقاربة •

يعد المال و يترصد ذلك الوقت فيقضيه فيه ، وحكى الإمام والغزالي
 وجهاً أن له فسحه في الليلة الأولى ويومها ، لأن اسم رأس الهلال
 والشهر يقع عليهما والصحيح الأول • وإذا أخذ في الكيل أو الوزن
 عند رؤية الهلال ، وتأخر الفراغ لكثرة المال ، لم يحث ، وبمثله أجيب
 فيما لو ابتدأ حينئذ بأسباب القضاء ومقدماته ، كحمل الميزان • ولو
 أخر القضاء عن الليلة الأولى للشك في الهلال ، فإن كونها من الشهر ،
 ففي الحث قولاً حث الناسي والجاهل • ولو قال : لأقضي حثك أول
 الشهر ، فهو كقوله : عند رأس الشهر • ولو قال : أول اليوم ، فينبغي
 أن يشتغل بالقضاء عند طلوع الفجر • ولو قال : لأقضي حثك إلى
 رأس الشهر ، أو إلى رمضان ، فالأصح أنه يشترط تقديم القضاء على
 رأس الشهر ، وعلى رمضان • وقيل : هو كقوله عند رأس الشهر •

فرع

لو قال : لأقضي حثك إلى حين ، لم يختص ذلك بزمان مقدر ،
 بل يقع على القليل والكثير ، كما سبق في كتاب الطلاق، فيكون كقوله:
 لأقضي حثك ، فمتى قضاؤه ، بر ، وإنما يحث إذا مات قبل القضاء مع
 التمكن • ولو قال: إلى زمان أو دهر أو حقبة، أو أحقاب ، فكذلك، وجميع
 العمر مهلة له • ولو قال : لا أكلّمك حيناً أو دهرأ أو زماناً أو حقبة ،
 بر بأدنى زمان ، ولو قال : أنت طالق بعد حين ، طلقت إذا مضى لحظة •
 والفرق أن قوله : طالق بعد حين تعليق ، فيتعلق بأول ما يسمى حيناً •
 وقوله : لأقضي حثك ، وعد ، والوعد لا يختص بأول ما يقع عليه الاسم •
 ولو قال : لأقضي حثك إلى مدة قريبة أو بعيدة ، لم يتقدر أيضاً ،
 وهو كالحين • فلو قال : إلى أيام ، فوجهان • قال القاضي أبو الطيب
 والصيدلاني والبغوي وغيرهم : يحمل على ثلاثة أيام إذا لم يكن نية •

وقال آخرون ، منهم المحاملي : هو كالحين ، لأنه يقع على القليل والكثير . يقال : أيام العدل ، وأيام الفتنة ، فلا يتقدر .

قلت : الأول أصح ، لأنه المفهوم عند الإطلاق . وأما أيام الفتنة ونحوه ، فتخرج بالقرينة . والله أعلم

النوع السابع في الخصومات ونحوها فيه مسائل :

إحداها : حلف لا يرى منكراً إلا رفعه إلى القاضي ، فله أحوال .
إحداها : أن يعين القاضي فيقول : إلى القاضي فلان ، فإذا رأى منكراً ، لا يلزمه المبادرة بالدفع إليه ، بل له مهلة مدة عمره وعمر القاضي ، فمتى رفعه إليه ، بر ، ولا يشترط في الرفع أن يذهب إليه مع صاحب المنكر ، بل يكفي أن يحضر وحده عند القاضي ، ويخبره أو يكتب إليه بذلك ، أو يرسل رسولا بذلك فيخبره ، أو يكتب به كتاباً [إليه] ، فإن لم يرفعه إليه حتى مات أحدهما بعد التمكن ، حث ، فإن لم يتمكن من الرفع لمرض أو حبس ، أو جاء إلى باب القاضي فجذب ، ففيه قولان . حث المكره . ولو بادر بالرفع ، فمات القاضي قبل وصوله إليه فطريقان . قال الشيخ أبو حامد : فيه القولان ، وقال أبو إسحاق والقاضي أبو الطيب : لا يحث قطعاً وهو المذهب لأنه لم يتمكن . ولو مات الحالف في صورة المبادرة قبل وصوله إلى القاضي ، قال المتولي : لا كفارة بلا خلاف . فلو عزل ذلك القاضي ، فإن كان نيته أن يرفع إليه وهو قاض ، أو تلفظ به لم يبر بالرفع إليه وهو معزول ، ولا يحث . وإن كان تمكن ، لأنه ربما ولي ثانياً ، واليمين على التراخي . فإن مات أحدهما قبل أن يولى ، تبينا الحث . وإن نوى غير ذلك القاضي ، وذكر القضاء تعريضاً له ، بر بالرفع إليه وهو معزول . وإن أطلق ، فهل يبر بالرفع إليه وهو معزول ؟ وجهان : أصحهما : نعم ، كما لو قال :

لا أدخل دار زيد هذه فباعها ، فإنه يحنث به تغليبا للعين ، فلا يحنث هنا
تغليبا للعين •

الثانية : أن يقول : إلا رفعتة الى قاض ، فيبر بالرفع الى أي قاض
كان في ذلك البلد وغيره •

الثالثة : يقول : إلا رفعتة إلى القاضي ، ولا يعين أحداً بلفظه ولا
بنيته ، فهل يختص بقاضي البلد ؟ وجهان أحدهما : لا ، بل يبر بالرفع
الى أي قاض كان ، والصحيح اختصاصه بقاضي البلد ، حملا له على
المعهود • وهل يتعين قاضي البلد في الحال ، لأنه المعهود ، أم يقوم مقامه
من ينصب بعده ؟ وجهان ويقال : قولان أصحهما : الثاني ، حتى لو
عزل الأول وولي غيره يبر بالرفع إلى الثاني دون الأول • فإذا قلنا :
يتعين قاضي البلد في الحال ، فالحكم كما ذكرنا في الحالة الأولى ، وعلى
هذا الوجه ، هل الاعتبار بحال اليمين ، أم بحال رؤية المنكر ؟ وجهان
أصحهما : الأول • ولو كان في البلد قاضيان ، وجوزنا ، فيرفع الى
من شاء منهما • ولو رأى المنكرين يدي القاضي المرفوع اليه ، قال في
« الوسيط » : لا معنى للرفع اليه وهو يشاهده • وقال المتولي : إنما
يحصل البر بأن يخبره [به] • ولو رأى المنكر بعد اطلاع القاضي
عليه ، فوجهان ، أحدهما : أنه فات البر بغير اختياره ، فيكون على
القولين ، وأصحهما وبه أجاب البغوي : أنه يبر بالإخبار وصورة الرفع
في الأحوال الثلاث • ولو لم ير الحالف منكراً حتى مات ، فلا شيء
عليه ، وفي حال تعيين القاضي • ولو لم ير منكراً حتى مات القاضي ،
فكذلك لا شيء عليه • ولو رآه بعد عزله ، فإن نوى الرفع إليه في حال
القضاء ، فلا شيء عليه • وإن قصد عينه ، فليخبره • ولو حلف : لا يرفع
منكراً الى القاضي فلان ، حنث بالرفع إليه وهو قاض • فلو رفع بعد
العزل ، عاد التفصيل المذكور • وإن قال : إلى القاضي ، فهل يحمل

على قاضي البلد حينئذ ، أم يحنث بالرفع الى من ينصب بعد عزله ؟ فيه
الخلاف السابق .

المسألة الثانية : حلف : لا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه منه ،
ففي المسألة نظران ، أحدهما : في حقيقة المفارقة ، والقول فيها على
ما سبق في افتراق المتبايعين عن المجلس ، والرجوع إلى العادة . فإن
فارقه الحالف قبل الاستيفاء مختاراً ، حنث ، وإن كان ناسياً أو مكرهاً ،
فعلى القولين في الناسي والمكره . ولو فارقه الغريم وفر منه ، فقبل
قولان كالمكره ، والمذهب القطع بأنه لا يحنث سواء تمكن من التعلق
به ومنعه أو من متابعته أم لا ، بل لو كانت مفارقتها بإذن الحالف ، لم
يحنث ، لأنه حلف على فعل نفسه ، فلا يحنث بفعل الغريم . وقال
ابن كج : يحنث إن أذن له . وقال الصيدلاني : يحنث إن أمكنه منعه
فلم يفعل . وقال القاضي حسين : يحنث إن أمكنه متابعته ، لأنه بالمقام
مفارق ، والصحيح الأول : ولو كانا يتماشيان ، فمشى الغريم ، ووقف
الحالف ، فذكر الغزالي أنه لا يحنث ، لأن المفارقة حصلت بحركة
الغريم ، لا بسكون الحالف ، والصحيح الذي أجاب به القاضي حسين
وصاحباه المتولي والبغوي أنه إذا مضى أحدهما في مشيه ووقف
الآخر ، حنث الحالف ، لأنه إن وقف الغريم ، فقد فارقه الحالف
بمشيه ، وإن وقف الحالف فقد فارقه بالوقوف لأن الحادث هو
الوقوف ، فنسب المفارقة إليه بخلاف ما إذا كانا ساكنين ، فابتدأ
الغريم بالمشي ، لأن الحادث هناك المشي ، وحيث قلنا : لا حنث بمفارقة
الغريم . فلو فارق الحالف مكانه بعد ذلك ، لم يحنث . أما إذا قال :
لا تفارقني حتى استوفي منك حقي أو حتى توفي نبي حقي ، فاليمين منعقدة
على فعل الغريم . فإن فارقه الغريم مختاراً ، حنث الحالف ، سواء كانت
مفارقته بإذنه أم دون إذنه . وقيل : إن فر منه ، ففي حنثه القولان في

المكره ، والمذهب الأول ، لأن اليمين على فعله ، وهو مختار في الفرار .
فإن فارقه ناسياً أو مكرهاً ، خرج الحنث على القولين . ونقل البغوي
طريقاً قاطعاً بالحنث ، وأن الاختيار إنما يعتبر في فعل الحالف ، والمذهب
الأول . ولو فر الحالف من الغريم ، لم يحنث ، ويجيء وجه أنه إن
أمكن الغريم متابعتة فلم يفعل ، حنث . ولو قال : لا افتترقت أنا وأنت
حتى أستوفي ، أو لا تفترق لا أنا ولا أنت حتى أستوفي ، فاليمين على
فعل كل منهما ، فأيهما فارق الآخر مختاراً ، حنث الحالف . فإن فارق
ناسياً أو مكرهاً ، ففيه الخلاف . ولو قال : لا افترقنا حتى أستوفي ،
أو لا تفترق ، فوجهان : أحدهما : لا يحنث حتى يفارق كل واحد منهما
الآخر (١) . وأصحهما : يحنث بمفارقة أحدهما الآخر ، لأنه يقال :
افترقا .

فرع

النظر الثاني في استيفاء الحق ، فإذا قال : لا أفارقك حتى
أستوفي حقي منك ، ثم أبرأه وفارقه ، حنث ، لأنه فوت البر باختياره ،
وهل يحكم بالحنث بنفس الإبراء ، أم بعد المفارقة ؟ يجيء فيه الخلاف
السابق في نظائره . ولو أقلس الغريم ، فمنعه الحاكم من ملازمته
ففارقه ، ففيه قولان حنث المكره . وإن فارقه باختياره ، حنث . وإن
كان تركه واجباً كما لو قال : لا أصلي الفرض ، حنث . ولو أحاله
الغريم على رجل ، أو أحال هو على الغريم غريباً له عليه دين ، ثم
فارقه ، فطريقان : أحدهما : البناء على أن الحوالة استيفاء أم اعتياض ؟
إن قلنا ، استيفاء ، لم يحنث ، والمذهب القطع بالحنث بكل حال ، لأنه
ليس استيفاء حقيقة وحيث جعلناها استيفاء ، فمعناه أنها كالأستيفاء في

(١) في الأصل : للآخر .

الحكم ، لكن لو نوى أنه لا يفارقه وعليه حق ، لم يحث • ولو أخذ عوضاً عن حقه ، وفارقه ، حث إلا أن ينوي ماذكرنا ، وسواء كانت قيمة العوض مثل حقه ، أو أقل أو أكثر ، لأنه لم يستوف^(١) حقه ، وإنما استوفى بدله • وإن استوفى حقه من وكيل الغريم ، أو من أجنبي تبرع به ، وفارقه ، حث إن كان قال : حتى أستوفي حقي منك ، ولا يحث إن اقتصر على قوله : حتى أستوفي حقي • ولو استوفى ثم فارقه ، ثم وجد ما استوفاه ناقصاً ، لم يحث إن كان من جنس حقه ، فإن لم يكن من جنسه ، بأن كان حقه الدراهم ، فخرج المأخوذ نجساً أو مغشوشاً ، فإن كان عالماً بالحال ، حث ، وإلا ، فعلى قولي الناسي والجاهل •

فرع

حلف الغريم : ليقضين حقه قبل أن يفارقه ، أو لا يفارقه حتى يقضي حقه ، فالقول في مفارقهته مختاراً أو مكرهاً وفي الحوالة والمصالحة وغيرها على قياس ما سبق • ولو حلف : لا يعطيه حقه ، فأعطاه مكرهاً أو ناسياً ، فهو على الخلاف • ولو قال : لا يأخذ^(٢) ولا يستوفي ، فأخذ ، حث ، سواء كان المعطي مكرهاً أو مختاراً • فلو كان الآخذ مكرهاً ، ففيه الخلاف •

المسألة الثالثة^(٣) : حلف على الضرب ، تعلق اليمين بما يسمى ضرباً ، ولا يكفي وضع اليد والسوط ورفعهما ، ولا العض والقرص وتنف الشعر • وفي الوكز واللكز واللطم وجهان ، أصحهما : أنه

(١) في الأصل : يستوفي •

(٢) في الأصل : يأخذ •

(٣) في الأصل : الرابعة •

ضرب ، ولا يشترط الإيلام ، ولهذا يقال : ضربه ولم يؤلمه ، بخلاف الحد والتعزير ، فإنه يعتبر فيهما الإيلام ، لأن المقصود بهما الزجر ، ولا يحصل إلا بإيلام ، واليمين تتعلق بالاسم . وحكي وجه ضعيف أنه يشترط الإيلام ، وقد سبق في كتاب الطلاق .

مت : ولو ضرب ميتاً ، لم يحنث ، ولو ضرب مغمى عليه أو مجنوناً أو سكران ، حنث ، لأنه محل للضرب بخلاف الميت ذكره المتولي . والله اعلم .

فرع

حلف : ليضربن عبده مائة خشبة ، أو ليجلدنه مائة سوط ، فإن شد مائة سوط وضربه بها ، فقد وفى بموجب اللفظ ، وإن ضربه بعشكال عليه مائة شمراخ ضربة واحدة ، حصل البر إن تحقق أن الجميع أصاب بدنه . وفي المراد بإصابة الجميع وجهان ، أحدهما : أنه لا يشترط أن يلاقي جميع القضبان بدنه أو ملبوسه ، بل يكفي أن ينكس بعضها على بعض ، بحيث يناله ثقل الجميع ، ولا يضر كون البعض حائلاً بين بدنه وبين^(١) البعض ، كالثياب وغيرها ، مما لا يمنع تأثير البشرة بالضرب . والثاني : لا يكفي الانكباس ، بل يشترط ملاقة الجميع بدنه أو ملبوسه ، وإن تيقن أنه لم يصبه الجميع ، لم يبر . وإن شك في ذلك ، فالنص أنه لا يحنث . ونص أنه لو حلف : ليدخلن الدار اليوم إلا أن يشاء زيد ، فلم يدخل ، ومات زيد ولم يعلم هل شاء^(٢) أم لا : أنه يحنث ، فقليل بتقرير النصين ، والفرق أن

(١) في الأصل : يديه وفي .

(٢) في الأصل : يشاء .

الضرب سبب ظاهر في الانكباس ، وفي مسألة المشيئة لا أمانة لها ،
والأصل عدمها • وقيل : فيهما قولان • والمذهب : أنه لا يحث هنا ،
ويحث في مسألة المشيئة •

قلت : هكذا صور الجمهور مسألة الخلاف فيما إذا شك ،
وذكر الدارمي وابن الصباغ والمتولي أنه إذا شك ، حث ، وإنما لا يحث
على المنصوص إذا غلب على ظنه إصابة الجميع ، وهذا حسن ، لكن
الأول أصح ، لأن بعد هذا الضرب شك في الحث ، والأصل عدمه قال
أصحابنا : وإذا قلنا : لا يحث ، فالورع أن يحث نفسه ، فيكفر
عن يمينه • والله أعلم •

ولو حلف : ليضربه مائة مرة فضربه مرة بالعشكال أو بالمائة
المشدودة ، لم يبر ، لأنه لم يضربه إلا مرة • ولو حلف : ليضربه مائة
ضربة ، لم يبر أيضاً على الأصح • ولو حلف : ليضربه بالسوط ، لم
يبر بالعصا والشماريخ ، لأنه ليس بسوط • ولو قال : مائة سوط ،
فالصحيح أنه لا يبر بعشكال عليه مائة شمراخ ، وإنما يبر بأن يجمع
مائة سوط ويشدها ويضربه بها دفعة ، أو خمسين ويضربه دفعتين ،
أو سوطين ويضربه بهما خمسين مرة ، بشرط أن يعلم إصابة الجميع
على ما سبق وقيل : يبر بالعشكال ، كما في لفظ الخشبة •

فصل

في حث الناسي والجاهل والمكره • فإذا وجد القول أو الفعل
المحلف عليه^(١) وجه الإكراه أو النسيان أو الجهل ، سواء كان الحلف

(١) في الأصل : في •

بالله تعالى أو بالطلاق ، فهل يحنث ؟ قولان ، أظهرهما : لا يحنث • وممن صححه أبو حامد القاضي والشيخ وابن كج والرويانى وغيرهم • وقال ابن سلمة: لا حنث قطعاً • وقيل : الناسي أولى بالحنث من المكره • وقيل : عكسه • وقيل : الجاهل أولى بالحنث من الناسي • وقال القفال : يحنث في الطلاق دون اليمين ، وهو ضعيف ، فالمذهب ما سبق • فإذا قلنا : لا حنث ، لم تنحل اليمين على الأصح • ولو حلف : لا يدخل الدار طائعاً ولا مكرهاً ولا ناسياً ، حنث مع الإكراه والنسيان • ولو حلف : لا يدخل فانقلب في نومه وحصل في الدار ، لم يحنث ، ولو حمل^(١) قهراً وأدخل ، ف قيل : قولان كالمكره ، والمذهب القطع بأنه لا يحنث ، لأن اليمين على دخوله ، ولم يدخل ، وإنما أدخل ، ولهذا لاتنحل اليمين والحالة هذه بلا خلاف • ولو حمل بغير إذنه ، لكن قدر على الامتناع ، فلم يمتنع ، لم يحنث على الصحيح ، لأنه لم يدخل بل أدخل • ولو حمل بأمره ، حنث كما لو ركب دابة ودخل • واعلم أنه لا فرق في أصل المسألة بين أن يعلق على فعله أو فعل غيره ، فإذا وجد بالإكراه أو النسيان ، ففيه الخلاف ، هذا هو المذهب ، وفيه شيء سبق في مسألة الحلف على مفارقة الغريم •

ومن صور الفعل جاهلاً أن يدخل داراً لا يعرف أنها المحلوف عليها^(٢) ، أو حلف : لا يسلم على زيد ، فسلم عليه في ظلمة ولا يعلم أنه زيد •

فصل

حلف : لا يسلم على زيد ، فسلم على قوم هو فيهم ، ولم يعلم أنه فيهم ، ففي الحنث قولاً حنث الناسي والجاهل ، وإن علم أنه فيهم

(١) في الأصل : وإن لم يحمل •

(٢) في الأصل : لا يعرف المحلوف •

ونوى السلام عليه معهم ، حنث ، وفيه ما حكي لنا عن البيان فيما لو حلف لا يكلمه ، فسلم على قوم هو فيهم وقصده ، فأما إذا استثناه بلفظه فقال : السلام عليكم إلا على زيد ، فلا يحنث . وإن استثناه بنيته ، لم يحنث أيضاً على المذهب . وإن أطلق ، حنث على الأظهر . ولو حلف : لا يدخل على زيد ، فدخل على قوم هو فيهم فاستثناه بقلبه ، وقصد الدخول على غيره ، حنث على المذهب . والفرق بينه وبين السلام ، أن الدخول فعل لا يدخله الاستثناء ، فلا ينتظم أن يقول : دخلت عليكم إلا على فلان ، ويصح أن يقول : سلام عليكم إلا على فلان . ولو دخل بيتاً فيه زيد ، ولم يعلم أنه فيه ، ففي حنثه قولاً الجاهل والناسي . ولو كان في جماعة ولم يعلم به فأولى^(١) بعدم الحنث ، وإن دخل لشغل ، ولم يعلم أنه في البيت ، فأولى بعدم الحنث لانضمام قصد الشغل إلى الجهل . قال الإمام : نص الشافعي رحمه الله في هذه الصورة أنه لا يحنث ، وخرج الربيع قولاً ، وجعله كالناسي . ولو علم أنه في البيت ، وقصد الدخول لشغل ، فقبل : يحنث قطعاً . وقيل : هو كما لو دخل على قوم هو فيهم واستثناه بقلبه . ولو كان الحالف في بيت ، فدخل عليه زيد ، فإن خرج الحالف في الحال ، لم يحنث ، وإلا ، فقبل : لا يحنث ، وقيل : فيه خلاف بناء على أن استدامة الدخول هل هي دخول ؟ وأجاب ابن الصباغ عن هذا بأن الاستدامة إن جعلت دخولاً كانا كالداخلين معاً ، فلا يكون أحدهما داخلاً على الآخر . قلت : الذي قاله ابن الصباغ حسن ، والمذهب أنه لا يحنث . قال القاضي أبو الطيب : ونص عليه في « الأم » . والله أعلم .

(١) في الأصل : فالأولى .

فصل

في أصول تتعلق بالكتاب لا تنعقد يمين صبي ، ولا مجنون ولا
مكره وفي السكران الخلاف في طلاقه ، وتنعقد يمين الكافر • ومن
حلف : لا يدخل الدار ، ثم قال : أردت شهراً أو يوماً • فإن كانت
اليمين بطلاق أو عتاق ، لم تقبل في الحكم ، ويدين ، ويلحق بهما
الإيلاء ، لتعلق حق الآدمي به • وإن كانت بالله تعالى ، ولم يتعلق بها
حق آدمي ، قبل قوله ظاهراً وباطناً ، لأنه أمين في حقوق الله تعالى •
ولو حلف : لا يكلم أحداً ، ثم قال : أردت زيداً ، أو من سوى زيد ،
أو لا يأكل طعاماً ، ونوى طعاماً بعينه ، تخصصت اليمين بما نوى ، فلا
يحث بغيره •

فرع

قال الشيخ أبو زيد رحمه الله : لا أدري على ماذا بنى الشافعي
رحمه الله مسائل الإيمان ، إن اتبع اللغة ، فمن حلف لا يأكل الرؤوس
ينبغي أن يحث برؤوس الطير والسمك ، وإن اتبع العرف ، فأهل
القرى لا يعدون الخيام بيوتاً • وقد قال الشافعي : لا فرق بين القروي
والبدوي • واعلم أن الشافعي تتبع مقتضى اللغة تارة ، وذلك عند
ظهورها وشمولها ، وهو الأصل ، وتارة يتبع العرف إذا استمر واطرد •

فرع

اللفظ الخاص في اليمين لا يعمم بالسبب والنية والعالم ، وقد
يتخصص • مثال الأول ، إذا من عليه رجل بما نال منه فقال : والله
لأشرب لك ماء من عطش ، انعقدت اليمين على الماء من عطش خاصة •
فلا يحث بطعامه وثيابه ، وإن نوى أنه لا ينتفع بشيء منه ، وإن كانت
المنازعة بينهما تقتضي مانواه • وإنما تؤثر النية إذا احتمل اللفظ مانوى

بجهة يتجاوز بها ، وعند مالك رحمه الله يحنث بكل ما ينتفع به من ماله •
قال الشيخ أبو حامد : وسبب الخلاف أن الاعتبار عندنا باللفظ ،
ويراعى عمومته وإن كان السبب خاصاً ، وخصوصه وإن كان السبب
عاماً ، وعنده الاعتبار بالسبب دون اللفظ • وأما تخصيص العام فتارة
يكون بالنية كما ذكرنا فيما إذا قال : والله لا أأكل أحدًا ونوى زيدا •
وتارة بعرف الاستعمال ، كما في قوله : لا أأكل الرؤوس ، وتارة بعرف
الشرع كما يحمل قوله : لا أصلي على الصلاة الشرعية •

فرع

يعتبر اللفظ بحقيقته ، وقد يصرف الى المجاز بالنية ، كما لو
قال : لا أدخل دار زيد ، وقال : أردت ما يسكنه دون ما يملكه ، فيقبل
في اليمين بالله تعالى ، ولا يقبل في الحكم إذا حلف بطلاق وعتاق ذكره
ابن الصباغ وغيره ، وتارة لكون المجاز متعارفاً وكون الحقيقة بعيدة ،
ومثله القاضي حسين بما إذا حلف : لا يأكل من هذه الشجرة ، تحمل
اليمين على الأكل من ثمرها دون الورق والأغصان ، وإن كانت الحقيقة
متعارفة ، مثل أن يقول : لا أأكل من هذه الشاة ، يحمل على لحمها ،
فلا يحنث بلبنها ولحم ولدها •

فرع

قال ابن كج : لو قال : والله لا دخلت الدار ، والله لا دخلت الدار
ونوى التأكيد ، فهو يمين واحدة ، وإن نوى بالثاني يميناً أخرى ، أو
أطلق ، فهل يلزمه بالحنث كفارة أم كفارتان ؟ وجهان •

قلت : الأصح كفارة • والله أعلم

وإن قال : والله لادخلت الدار ، لادخلت الدار ، لادخلت الدار ،
فإن نوى التأكيد ، فيمين واحدة ، وكذا إن أطلق ، أو نوى الاستئناف
على المذهب •

فرع

قال الحلبي : اليمين المعقودة على المملوك المضاف يعتمد المالك
دون المملوك ، والمعقودة على غير المملوك المضاف يعتمد المضاف دون
المضاف إليه ، فإذا حلف لا يكلم عبيد فلان ولا عبد له ، ثم ملك عبيداً
وكلمهم ، حنث • ولو حلف لا يكلم ، بنيه ولا ابن له ، ثم ولد له بنون
فكلمهم ، لم يحنث ، لأنهم لم يكونوا موجودين وقت اليمين •

فرع

حلف : لا يكلم الناس ، ذكر ابن الصباغ وغيره ، أنه يحنث إذا
كلم واحداً ، كما إذا قال : لا آكل الخبز يحنث بما أكل منه • ولو حلف :
لا يكلم ناساً حمل على ثلاثة •

فرع

في كتب أصحاب أبي حنيفة رحمهم الله أن المعرفة لا تدخل تحت
النكرة لمغايرتهما ، فإذا قال : لا يدخل داري أحد ، أو لا يلبس ثوبي
أحد ، دخل في اليمين غير الحالف ، ولم يدخل الحالف ، لأنه صار
معرفاً بإضافة الدار أو القميص إليه ، قالوا : لو عرف نفسه بإضافة
الفعل بأن قال : لا ألبس هذا القميص أحداً ، أو عرف غيره بإضافة
إليه فقال : لا يدخل دار فلان أحد ، أو لا يلبس قميصه أحد ، لم
يدخل المضاف إليه ، لأنه صار معرفاً • وكذا لو قال : لا يقطع هذه
اليد أحد ، وأشار إلى يده ، لم يدخل هو ، وقد يتوقف في هذه الصورة
الأخيرة ، والسابق إلى الفهم في غيرها ما ذكره ، ويجوز أن تخرج

الصورة الأولى على الخلاف في أن المخاطب هل يندرج^(١) تحت الخطاب .

قلت : الوجه الجزم بكل ماذكروه . والله أعلم

وفي كتبهم أن كلمة « أو » إذا دخلت بين تقيين ، اقتضت انتفاءهما كما قال الله تعالى : (فلا تطع منهم آثماً أو كفوراً)^(٢) ، وإذا دخلت بين إثباتين ، اقتضت ثبوت أحدهما ، فإذا قال : لا أدخل هذه الدار أو هذه ، فأيتهما دخلها ، حث ، وإن قال : لأدخلن هذه الدار اليوم أو هذه ، بر بدخول إحداها . ويشبه أن يقال : إذا دخلت بين تقيين ، كفى للبر أن لا يدخل واحدة منهما ، ولا يضر دخول الأخرى ، كما أنها إذا دخلت بين إثباتين ، كفى للبر أن يدخل إحداها ، ولا يضر أن لا يدخل الأخرى . ولو قال : لا أدخل هذه الدار أبداً ، ولأدخلن الدار الأخرى اليوم ، فإن دخل الأخرى اليوم ، بر ، وإن لم يدخلها اليوم ، ولم يدخل الأخرى ، بر أيضاً . وفي « الإقناع » للماوردي أنه لو قال : إن أكلت خبزاً أو لحماً يرجع إلى مراده منهما ، فيتعلق اليمين به .

فصل

في مسائل منشورة . حلف : لا يدخل هذه وأشار إلى دار ، فأنهدمت ، حث بدخوله عرصتها . ولو قال : لا أدخل هذه الدار فأنهدمت ، نظر إن بقيت أصول الحيطان والرسوم ، حث ، وإن صارت فضاء ، فدخلها ، لم يحث على المذهب ، وبه قطع الأكثرون ، وجعله الإمام على الوجهين فيمن قال : لا أكل هذه الخنطة ، فأكل دقيقها .

(١) في الأصل : يدرج .

(٢) سورة الانسان : ٢٥

وكذا لو حلف : لا يدخل داراً أو بيتاً ، فدخل عرصة كانت داراً أو بيتاً .
ولو جعلت الدار مسجداً ، أو بستاناً أو حماماً ، لم يحنث بدخوله ، ولو
أعادت الدار بغير الآلة الأولى ، فدخلها ، لم يحنث ، وإن أعيدت بتلك
الآلة فوجهان •

قلت : أصحهما الحنث • والله اعلم

ولو حلف : لا يشم الرياح ، حنث بشم الضيمران^(١) دون الورد
والبنفسج والياسمين والنرجس والمرزنجوش والزعفران ، ويمكن أن
يقال : هذا فيما إذا ذكر الرياح معروفاً ، فأما إذا فكره ، فقال : لا أشم
ريحاناً ، فيحنث بها كلها •

قلت : الظاهر من حيث الدليل ، ومن مقتضى كلام الأصحاب
أنه لا فرق ، ولا يحنث مطلقاً بما بعد الضيمران • والله اعلم

ولو حلف : لا يشم مضموماً ، حنث بشم جميع ذلك ، ولا يحنث
بشم المسك والكافور والعود والصندل • ولو حلف : لا يشم الورد
والبنفسج ، فشملهما بعد الجفاف ، فوجهان ولا يحنث بشم دهنهما^(٢) •
ولو حلف : لا يستخدم زبداً ، فخدمه من غير أن يطلب الحالف ذلك ،
لم يحنث ، سواء فيه عبده وغيره • ولو حلف : لا يتسرى بثلاثة أوجه ،
الأصح المنصوص : أن التسري إنما يحصل بثلاثة أشياء : ستر الجارية
عن أعين الناس والوطء والإزالة ، والثاني : يكفي الستر والوطء ،
والثالث : يكفي الوطء • ولو حلف : لا يقرأ القرآن ، فقرأ جنباً ،

(١) هو الريحان الفارسي •

(٢) هو نبات كثير الأغصان ينبسط على الأرض في نباته ، وله
ورق مستدير عليه زغب ، وهو طيب الرائحة جداً •

(٣) في الأصل : دهنها •

حنث • وإن حلف : ليقرأن ، فقرأه جنباً ، بر ، بخلاف ما لو نذر أن يقرأ فقرأ جنباً ، لا يجزئه ، لأن المقصود من النذر التقرب ، والمعصية لا يتقرب بها • ولو حلف : ليقرأن جنباً ، بر بالقراءة جنباً ، وإن عصى ولو نذر أن يقرأ جنباً ، لغا نذره •

فرع

في فتاوى القفال أنه لو قال : لا أصلي على هذا المصلى ، ففرش فوقه ثوباً وصلى عليه ، فإن نوى أنه لا يباشره بقدميه وجهته وثيابه ، لم يحنث ، وإلا فيحنث ، كما لو قال : لا أصلي في هذا المسجد ، فصلى على حصير فيه ، وإن علق به الطلاق ، ثم قال : أردت أنني لا أباشره ، دين ، ولم يقبل في الحكم ، وأنه لو حلف : لا يكلم زيداً شهراً ، فولاه ظهره ، ثم قال : يا زيد إفعل كذا ، حنث ، ولو أقبل على الجدار ، وقال : يا جدار إفعل كذا ، لم يحنث وإن كان غرضه إفهام زيد • وكذا لو أقبل على الجدار وتكلم ولم يقل : يا زيد ولا يا جدار ، لم يحنث ، وأنه لو حلف : لا يلبس ثوباً من غزلها ، فرقع ثوبه برقعة كرباس من غزلها ، حنث ، وقال أبو عاصم العبادي : لا يحنث وتلك الرقعة تبع •

قلت : قول أبي عاصم هو الصحيح ، لأنه لا يسمى لابساً ثوباً من غزلها • والله أعلم

ولو تعمم بعمامة ، نسجت من غزلها ، حنث إن حلف بالعربية ، وإن حلف بالفارسية ، فلا ، وإن التحف بلحاف من غزلها ، لم يحنث •

قلت : يجيء فيه الخلاف السابق في التدثر • والله أعلم

وأنه لو حلف : لا يفعل كذا ، ففعله في حال جنونه ، ففي الحنث قولان •

فرع

في «المبتدأ» في الفقه للقاضي الروياني (١) أنه لو قال : لا أدخل حانوت فلان ، فدخل الحانوت الذي يعمل فيه وهو ملك غيره ، لم يحث ، نص عليه الشافعي رحمه الله ، قال : والفتوى أنه يحث ، لأنه لا يراد به إلا الذي يسكنه ويعمل فيه • ولو قيل له : كلم زيدا اليوم ، فقال : والله لا كلمته ، انعقدت اليمين على الأبد إلا أن ينوي اليوم ، فإن كان ذلك في طلاق وقال : أردت اليوم ، لم يقبل في الحكم •

قلت : الصواب قبوله في الحكم كما سبق في نظائره في كتاب الطلاق • والله أعلم

فرع

في كتب أصحاب أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لو قال : وسلطان الله فهو يمين إن أراد القدرة ، وإن أراد المقدور ، فلا ، وبه تقول نحن • وأنه لو قال : ورحمة الله وغضبه ، فليس بيمين ، ويشبه أن يقال : إن أراد إرادة النعمة والعقوبة فيمين ، وإن أراد الفعل ، فلا • وأنه لو حلف : ليضربن زوجته حتى يغشى عليها أو تبول ، حمل على الحقيقة • ولو قال : حتى أقتلها أو ترفع ميتة ، حمل على أشد الضرب ، ويظهر على أصلنا الحمل على الحقيقة أيضاً • وأنه لو حلف : لا يدخل هذه الخيمة ، فقلعت ونصبت في موضع آخر ، فدخلها ، حث ، ولو حلف : لا يجلس على هذه الأسطوانة أو الحائط ، فأعيد بناءهما بعد النقض ، فجلس على المعاد ، لم يحث ، وكذا لو حلف على مقص أو سيف [أو] سكين فكسر وأعيدت الصنعة ، لم يحث • وإن نزع مسمار المقص ونصاب السكين ، وأعيد مسمار آخر ، ونصاب آخر ، حث • ولو حلف : لا يقرأ

(١) هو الإمام الجليل عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد الروياني الطبري أحد أئمة المذهب توفي سنة ٥٠٢ هـ •

في المصحف فجعل بين يديه ، وقلبت أوراقه ، فقرأ فيه ، حنث ، ولو حلف : لا يدخل هذا المسجد ، فزيد فيه ، فدخل الزيادة ، حنث ، ولو حلف : لا يكتب بهذا القلم ، فكسره ، ثم براه وكتب به ، لم يحنث وبجميع هذه الأجوبة نقول إلا [في] مسألة القلم •

قلت : في موافقتهم في مسألة زيادة المسجد ، نظر ، وينبغي أن لا يحنث بدخولها ، لأن اليمين لم يتناولها حالة الحلف . وأما قول الإمام الرافعي : إنا نخالفهم في مسألة القلم ، فليس كما قال ، بل مذهبنا فيها كما ذكره قال القاضي أبو الطيب في كتاب الصلح من تعليقه : ولو حلف لا يكتب بهذا القلم وهو ^(١) مبري فكسره ، ثم براه وكتب به ، لم يحنث ، وإن كانت الأنوبة واحدة ، لأن القلم اسم للمبري دون القصبة ، وإنما تسمى القصبة قبل البري قلماً مجازاً ، لأنها ستصير قلماً ، قال : وكذا إذا قال : لا أقطع بهذا السكين ، فأبطل حدها ، وجعله في ظهرها ، وقطع بها ، لم يحنث • قال : ولو حلف : لا يستند إلى هذا الحائط ، فهدم ، ثم بني واستند ، إن بني بتلك الآلة ، حنث ، وإن أعيد بغيرها أو ببعضها ، لم يحنث • والله أعلم

وأنه لو حلف : لا يأكل من كسب زيد ، فكسبه ما يملكه من المباحات ، العقود دون ما يرثه • ولو كسب شيئاً ومات ، فورثه الخالف وأكله ، حنث ، ولو انتقل إلى غيره بشراء أو وصية ، لم يحنث • ولك أن لا تفرق ، ويشترط لكسبه أن يكون باقياً في ملكه • وأن الحلواء كل حلوى ليس من جنسه حامض ، كالخبث والعسل والسكر دون العنب والإجاص والرمان ، والأشبه أن يشترط في إطلاق الحلوى أن يكون معمولاً ، وأن يخرج منه العسل والسكر فالحلواء غير الحلوى •

(١) في الأصل : فهو •

قلت : هذا الذي اختاره الرافعي رحمه الله هو الصواب ، وفي الحديث الصحيح : كان يجب الحلواء والعسل • والله أعلم

قال العبادي من أصحابنا في «الرقم» : لو حلف على الحلواء ، دخل فيه المتخذ من الفانيذ والسكر والعسل والدبس والقند^(١) ، وفي اللوزينج والجوزينج^(٢) ، وجهان ، وأن الشواء يقع على اللحم خاصة دون السمك المشوي ، وأن الطبخ يقع على اللحم يجعل في الماء ويطبخ ، وعلى مرقها [و] عن بعضهم أنه يقع على الشحم ، ولو طبخ عدس أو أرز بودك فهو طبخ ، وإن طبخ بزيوت أو سمن ، فليس بطبخ • قلت : الصواب أن الكل طبخ • والله أعلم

وذكر العبادي في «الرقم» أنه لو حلف : لا يأكل المرق ، فهو مايطبخ باللحم أي لحم كان ، وفيما يطبخ بالكرش والبطون والشحم وجهان • وإذا حلف : لا يأكل المطبوخ ، حث بما طبخ بالنار أو أغلي ، ولا يحث بالمشوي • والطباہجة^(٣) مشوية ، ويحتمل غيره ، وذكروا أن الغداء : من طلوع الفجر إلى الزوال ، والعشاء : من الزوال إلى نصف الليل ، والسحور : ما بين نصف الليل وطلوع الفجر • ومقدار الغداء والعشاء أن يأكل أكثر من نصف شبعه • ولو حلف : ليأتيه غدوة ، فهي ما بين طلوع الفجر إلى نصف النهار ، والضحوة بعد طلوع الشمس من حين تزول كراهة الصلاة إلى نصف النهار ، والصباح

(١) هو عسل قصب السكر إذا جمده معرب كند •

(٢) اللوزينج من الحلواء شبه القطائف تؤدم بدهن اللوز ، تعريب لوزينه ، والجوزينج من الحلوات يعمل من الجوز تعريب كوزينه •

(٣) ضرب من قلي اللحم ، وهو فارسي معرب •

ما بعد طلوع الشمس إلى ارتفاع الضحى ، وقد يتوقف في كون العشاء من الزوال ، وفي مقدار الغداء والعشاء ، وفي امتداد الغدوة إلى نصف النهار ، وفي أن الضحوة من الساعة التي تحل فيها الصلاة • وأنه لو حلف : لا يكلمه ، فنبهه من النوم ، حنث ، وإن لم ينتبه وهذا غير مقبول • ولو دق المحلوف عليه الباب ، فقال : من هذا ؟ حنث ، وينبغي أن يفرق بين علمه به وجهله ، وأنه لو قال : لا أكلمه اليوم ولا غداً ، لم تدخل الليلة المتخللة في اليمين ، ولو قال : لا أكلمه اليوم وغداً ، دخلت ، والصواب التسوية •

قلت : يعني في عدم الدخول وهذا إذا لم ينو مواصلة الهجران •
والله أعلم

ولو قال : لا أكلمه يوماً ولا يومين ، فاليمين على يومين ، فلو كلمه في الثالث ، لم يحنث ، وهكذا ذكره أبو الحسن العبادي من أصحابنا • ولو قال : يوماً ويومين ، فاليمين على ثلاثة ، وأنه لو حلف : ليهدم هذه الدار ، فهدم سقوفها ، بر ، ويجوز أن يقال : يشترط أن لا يبقى ما يسمى داراً • ولو حلف : ليهدم هذا الحائط اليوم ، أو لينقضه ، اشترط هدمه ، حتى لا يبقى منه ما يسمى حائطاً • ولو حلف : ليكسره ، لم يشترط ما يزيل اسم الحائط •

فرع

حلف : لا يزوره حياً ولا ميتاً ، فشييع جنازته ، لم يحنث • وفي فتاوى الغزالي أنه لو حلف : لا يدخل داره صوفاً ، فأدخل داره كبشاً عليه صوف ، أو لا يدخلها بيضاً ، فأدخلها دجاجة ، فباضت في الحال ،

لم يحنث • وأنه لو حلف : لا يتعد معه تحت سقف ، فقعدا تحت أزج^(١)
حنث ، وأنه لو حلف : لا يفطر، فمطلق هذا ينصرف إلى الأكل والجماع
ونحوهما ، ولا يحنث بالردة والجنون والحيض ودخول الليل • وبالله
التوفيق •



(١) بيت يبنى طولاً معرب .

كتاب القضاء

فيه ثلاثة أبواب :

الأول : في التولية والعزل ، وفيه طرفان : الأول : في التولية ، وفيه مسائل :

الأولى : القضاء والإمامة فرض كفاية بالإجماع ، فإن قام به من يصلح ، سقط الفرض عن الباقيين ، وإن امتنع الجميع ، أئموا ، وأجبر الإمام أحدهم على القضاء ، وقيل : لا يجبر ، والصحيح : الأول ، ثم من لا يصلح للقضاء تحرم توليته ، ويحرم عليه التولي والطلب ، وأما من يصلح ، فله حالان ، أحدهما : أن يتعين للقضاء ، فيجب عليه القبول ، ويلزمه أن يطلبه ويشهر نفسه عند الإمام إن كان خاملاً ، ولا يعذر بأن يخاف ميل نفسه وخياتها ، بل يلزمه أن يقبل ويحترز ، فإن امتنع ، عصا ، وهل يجبر ؟ وجهان الصحيح نعم ، وبه قال الأكثرون ، كما يجبر على القيام بسائر فروض الكفاية عند التعين ، فإن قيل : امتناعه من هذا الواجب المتعين المتعلق بالمصالح العامة ، ويشبه أن تكون كبيرة ، فيفسق به ، ويخرج عن الأهلية ، فكيف يولى ويجبر ، فالجواب أنه يمكن أن يقال : إنه يؤمر بالتوبة أولاً ، فإذا تاب ، ولي .

قلت : وينبغي أن يقال : لا يفسق ، لأنه لا يمتنع غالباً إلا متأولاً ، وهذا ليس بعاص قطعاً ، وإن كان مخطئاً . والله أعلم

الحال الثاني : أن يكون هناك غيره ممن يصلح ، فذلك الغير إما أن يكون أصلح ، وأولى منه ، وإما مثله ، وإما دونه فإن كان أصلح منه ، بني على أن الإمامة العظمى هل تنعقد للمفضول مع وجود الفاضل ، وفيه خلاف للمتكلمين والفقهاء ، والأصح الانعقاد ، لأن تلك الزيادة خارجة عن شرط الإمامة . وفي القضاء خلاف مرتب ، وأولى

بالانعقاد ، فإن لم نجوز للمفضول القضاء حرمت توليته ، وحرم عليه الطلب والقبول ، وإن جوزناه ، جاز القبول • وأما الطلب ، فمكروه ، وقيل : حرام ، وإن كان الأصلح لا يتولى ، فهو كالمعدوم ، وأما إذا كان هناك مثله ، فله القبول ، ولا يلزمه على الأصح ، فربما قام به غيره وأما الطلب ، فإن كان حامل الذكر ، ولو تولى ، اشتهر وانتفع الناس بعلمه ، استحب له الطلب على الصحيح ، وقال القفال : لا يستحب • وإن كان مشهوراً ينتفع الناس بعلمه ، فإن لم يكن له كفاية ولو ولي ، حصلت كفايته من بيت المال ، قال الأكثرون : يستحب ، وقيل : لا يستحب ولا يكره ، وإن كان له كفاية ، فالصحيح أن الطلب مكروه ، وقيل : الأولى تركه ، ثم كما يكره الطلب والحالة هذه يكره القبول ، ولو ولي بلا طلب ، وعلى هذا حمل امتناع السلف • وإن كان هناك من هو دونه ، فإن لم نجوز تولية المفضول ، فقد تعين عليه ، وإن جوزناها ، استحب له القبول • وفي الوجوب الوجهان ، ويستحب له الطلب إذا وثق بنفسه ، وهكذا حيث استجبنا الطلب والتولي أو أبجناهما ، فذلك عند الوثوق ، وغلبة الظن بقوة النفس ، وأما عند الخوف ، فيحترز •

فرع

التفصيل الذي ذكرنا فيما إذا لم يكن هناك قاض متول فإن كان ، نظر ، إن كان غير مستحق لجور أو جهل ، فهو كما لو لم يكن ، وإن كان مستحقاً والطالب يروم عزله ، فالطلب حرام ، والطالب مجروح ، ذكره الماوردي •

قلت : وسواء كان فاضلاً أو مفضولاً إذا صححنا تولية المفضول •

والله أعلم

فرع

ما ذكرناه هو حكم الطلب بلا بذل ، فلو بذل مالا ليتولى ، فقد أطلق ابن القاص وآخرون أنه حرام وقضائه مردود، والصحيح تفصيل ذكره الروياني وهو أنه إن تعين عليه القضاء أو كان ممن يستحب له ، فله بذل المال ، ولكن الاخذ ظالم بالأخذ ، وهذا كما إذا تعذر الأمر بالمعروف إلا ببذل مال ، وإن لم يتعين ولم يكن مستحباً ، جاز له بذل المال ليتولى ، ويجوز له البذل بعد التولية لئلا يعزل ، والاخذ ظالم بالأخذ ، وأما بذل المال لعزل قاض ، فإن لم يكن بصفة القضاة ، فمستحب لما فيه من تخليص الناس منه ، ولكن أخذه حرام على الآخذ، وإن كان بصفتهم فحرام . فإن فعل ، وعزل الأول ، وولي البازل ، قال ابن القاص : تولى باطلا ، والمعزول على قضائه ، لأن العزل بالرشوة حرام ، وتولية المرشي والراشي حرام ، وليكن هذا عند تمهد الأصول الشرعية ، فأما عند الضرورات ، وظهور الفتن ، فلا بد من تنفيذ العزل والتولية جميعاً ، كتولية البغاة .

فرع

طرق لأصحاب متنفذة على أن النظر في تعيين الشخص للقضاء وعدم تعيينه إلى البلد والناحية لاغير ، ومقتضاه أنه لا يجب على من يصلح للقضاء طلب القضاء ببلدة أخرى ليس بها صالح ، ولا قبوله إذا ولي ويجوز أن يفرق بينه وبين القيام بسائر فروض الكفاية المحوجة إلى السفر ، كالجهاد وتعلم العلم ونحوهما ، فإن تلك يمكن القيام بها ، والعود إلى الوطن ، وعمل القضاء لاغاية له .

المسألة الثانية : في صفات القاضي والمفتي وفيها فصلان :

الأول : في صفات القاضي وله ثمانية شروط أحدها : الحرية ،

والثاني : الذكورة ، والثالث : الاجتهاد ، فلا يجوز تولية جاهل بالأحكام الشرعية وطرقها المحتاج إلى تقليد غيره فيها ، وإنما يحصل أهلية الاجتهاد لمن علم أموراً أحدها كتاب الله تعالى ، ولا يشترط العلم بجميعه ، بل مما يتعلق بالأحكام ، ولا يشترط حفظه عن ظهر القلب ، ومن الأصحاب من ينازع ظاهر كلامه فيه • الثاني : سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لاجتماعها ، بل ما يتعلق منها بالأحكام ، ويشترط أن يعرف منها العام والخاص ، والمطلق والمقيد ، والمجمل والمبين ، والناسخ والمنسوخ ، ومن السنة المتواتر والآحاد ، والمرسل والمتصل ، وحال الرواة جرحاً وتعديلاً • الثالث : أقاويل علماء الصحابة ومن بعدهم رضي الله عنهم إجماعاً واختلافاً • الرابع : القياس فيعرف جليته وخفيه ، وتمييز الصحيح من الفاسد • الخامس : لسان العرب لغة وإعراباً ، لأن الشرع ورد بالعربية وبهذه الجهة يعرف عموم اللفظ وخصوصه وإطلاقه وتقييده ، وإجماله وبيانه • قال أصحابنا : ولا يشترط التبحر في هذه العلوم ، بل يكفي معرفة جمل منها ، وزاد الغزالي تخفيفات ذكرها في أصول الفقه منها : أنه لا حاجة إلى تتبع الأحاديث على تفرقها وانتشارها ، بل يكفي أن يكون له أصل مصحح وقعت العناية فيه بجميع أحاديث الأحكام كسنن أبي داود ، ويكفي أن يعرف مواقع كل باب ، فيراجعها إذا احتاج إلى العمل بذلك الباب •

قلت : لا يصح التمثيل بسنن أبي داود فإنه لم يستوعب الصحيح من أحاديث الأحكام ولا معظمه ، وذلك ظاهر ، بل معرفته ضرورية لمن له أدنى اطلاع • وكف في صحيح البخاري ومسلم من حديث حكيم ليس في سنن أبي داود • وأما ما في كتابي الترمذي والنسائي وغيرهما من الكتب المعتمدة فكثرت شهرته غنية عن التصريح بها والله أعلم

ومنها : أنه لا يشترط ضبط جميع مواضع الإجماع والاختلاف ،

بل يكفي أن يعرف في المسألة التي يفتي فيها أن قوله لا يخالف الإجماع ، بأن يعلم أنه وافق بعض المتقدمين ، أو يغلب على ظنه أن المسألة لم يتكلم فيها الأولون بل تولدت في عصره ، وعلى هذا قياس معرفة الناسخ والمنسوخ . ومنها : أن كل حديث أجمع السلف على قبوله أو تواترت عدالة رواته فلا حاجة إلى البحث عن عدالة رواته ، وما عدا ذلك ينبغي أن يكتفي في عدالة رواته بتعديل إمام مشهور عرفت صحة مذهبه في الجرح والتعديل .

قلت : هذه المسألة مما أطبق جمهور الأصحاب عليه ، وشذ من شرط في التعديل اثنين ، وقوله : تواترت عدالة رواته يعني مع ضبطهم . ولو قال : أهلية رواته كان أولى ليشمل العدالة والضبط . وقوله : أجمع السلف على قبوله يعني على العمل به ، ولا يكفي عملهم على وفقه ، فقد يعملون على وفقه بغيره . والله أعلم

ومنها : أن اجتماع هذه العلوم إنما يشترط في المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع أبواب الشرع ، ويجوز أن يكون للعالم منصب الاجتهاد في باب دون باب ، وعد الأصحاب من شروط الاجتهاد معرفة أصول الاعتقاد . قال الغزالي : وعندي أنه يكفي اعتقاد جازم ، ولا يشترط معرفتها على طرق المتكلمين وبأدلتهم التي يحررونها .

الشرط الرابع: البصر ، فلا يصح تولية أعمى وفي «جمع الجوامع» للروائي وجه أنه يجوز ، والصحيح الأول وبه قطع الجمهور ، لأنه لا يعرف الخصوم والشهود .

الخامس : التكليف ، فلا يصح تولية الصبي .

السادس : العدالة فلا يصح تولية فاسق ولا كافر ولو على الكفار، قال الماوردي : وما جرت به عادة الولادة من نصب حاكم بين أهل

الذمة ، فهو تقليد رئاسة وزعامة لا تقليد حكم وقضاء ، ولا يلزمهم حكمه بالزامة بل بالتزامهم •

السابع : أن يكون ناطقاً سميحاً ، فلا يجوز تقليد أخرس لا تعقل إشارته ، وكذا إن عقلت^(١) على الصحيح ، ولا أصم لا يسمع أصلاً ، فإن كان يسمع إذا صيح به ، جاز تقليده •

الثامن : الكفاية ، فلا يصح قضاء مغفل الخلل رأيه ونظره بكبر أو مرض ونحوهما • ولا يشترط أن يحسن الكتابة على الأصح • ويستحب أن يكون وافر العقل حليماً مثبِتاً ذا فطنة وتيقظ ، كامل الحواس والأعضاء ، عالماً بلغة الذين يقضي بينهم ، بريئاً من الشحناء والطمع ، صدوق للهجة ، ذا رأي ووفاء ، وسكينة ووقار ، وأن لا يكون جباراً يهابه الخصوم ، فلا يتسكنون من استيفاء الحجة ، ولا ضعيفاً يستخفون به ، ويطمعون فيه ، وأن يكون قرشياً ، ورعاية العلم والتقوى أولى من رعاية النسب •

فرع

إن عرف الإمام أهليته وولاه ، وإلا فيبحث عن حاله ، فلو ولى من لم تجتمع فيه الشروط مع العلم بحاله ، أثم المولى والمتولى ، ولم ينفذ قضاؤه ، وإن أصاب ، هذا هو الأصل في الباب • قال في «الوسيط» : لكن اجتماع هذه الشروط متعذر في عصرنا لخلو العصر عن المجتهد المستقل . فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وإن كان جاهلاً أو فاسقاً لئلا تتعطل مصالح الناس ، ويؤيده أنا تنفيذ قضاء قاضي البغاة لمثل هذه الضرورة ، وهذا حسن ، لكن في بعض الشروح أن قاضي البغاة إذا كان منهم ، وبغيرهم لا يوجب فسقاً كبغى أصحاب

(١) في الاصل : إن عقلت .

سعاوية رضي الله عنه ، جاز قضاؤه ، وإن أوجب الفسق ، كبني أهل
النهروان ، لم يجز .

قلت : هذا المنقول عن بعض الشروح مشهور ، قد ذكره صاحب
« المذهب » وغيره ، ففي « المذهب » أن قاضي البغاة إن كان من
يستبيح دم أهل العدل ومالهم ، لم ينفذ حكمه ، لأن شرطه العدالة
والاجتهاد ، وهذا ليس بعدل ولا مجتهد، وقد جزم الرافعي في « المحرر »
بما ذكره الغزالي ، فقال : إن تعذر اجتماع هذه الشروط ، فولى سلطان
ذو شوكة فاسقاً ، أو مقلداً ، نفذ قضاؤه للضرورة . والله أعلم

وذكر أن القاضي العادل إذا استقضاه أمير باغ ، أجابه إليه ،
ونفذ قضاؤه ، فقد سئلت عائشة رضي الله عنها عن ذلك لمن استقضاه
زياد ، فقالت : إن لم يقض لهم خياركم قضى شراركم .

فرع

من لا تقبل شهادته من أهل البدع ، لا يصح تقليده القضاء قال
الماوردي : وكذا لا يجوز تقليد من لا يقول بالإجماع ، أو لا يقول بأخبار
الآحاد ، وكذا حكم نقاة القياس الذين لا يقولون بالاجتهاد أصلاً ، بل
يتبعون النصوص ، فإن لم يجدوا ، أخذوا بقول سلفهم ، كالشيعة .
فإن كانوا مجتهدين في فحوى الكلام . وبينون الأحكام على عموم
النصوص وإشاراتها ، جاز تقليدهم على الأصح .

الفصل الثاني في المفتي : ومتى لم يكن في الموضع إلا واحد
يصلح للفتوى ، تعين عليه أن يفتي ، وإن كان هناك غيره ، فهو من
فروض الكفايات ، ومع هذا فلا يحل التسارع إليه ، فقد كانت الصحابة
رضي الله عنهم مع مشاهدتهم الوحي يحيل بعضهم على بعض في الفتوى ،
ويحترزون عن استعمال الرأي والقياس ما أمكن . ثم تتكلم في ثلاث

جمل إحداها في المفتي ، فيشترط إسلامه وبلوغه وعدالته . فالفاسق لا تقبل فتواه ، ويلزمه أن يعمل لنفسه باجتهاده ، ويشترط في المفتي أيضاً التيقظ ، وقوة الضبط ، فلا يقبل ممن تغلب عليه الغفلة والسهو ، ويشترط فيه أهلية الاجتهاد ، فلو عرف العامي مسألة أو مسائل بدليلها لم يكن له أن يفتي بها ، ولا لغيره أن يقلده ، ويأخذ بقوله فيها . وقيل : يجوز ، وقيل : إن كان نقلياً ، جاز ، وإن كان قياسياً ، فلا . والصحيح الأول . والعالم الذي لم يبلغ غاية الاجتهاد كالعامي في أنه لا يجوز تقليده على الصحيح . وموت المجتهد هل يخرج عن أن يقلد ويؤخذ بقوله ؟ وجهان الصحيح : أنه لا يخرج ، بل يجوز تقليده كما يعمل بشهادة الشاهد بعد موته ، ولأنه لو بطل قوله بموته ، لبطل الإجماع بموت المجمعين ، ولصارت المسألة اجتهادية ، ولأن الناس اليوم كالمجمعين على أنه لا مجتهد اليوم ، فلو منعنا تقليد الماضي ، لتركنا الناس خياراً ، وبنوا على هذين الوجهين أن من عرف مذهب مجتهد ، وتبحر فيه ، لكن لم يبلغ رتبة الاجتهاد ، هل له أن يفتي ويأخذ بقول ذلك المجتهد ؟ فعلى الصحيح يجوز هكذا صوروا الفرع ، ولك أن تقول : إذا كان المأخذ ما ذكرنا . فسواء المتبحر وغيره ، بل العامي إذا عرف حكم تلك المسألة عند ذلك المجتهد فأخبر به ، وأخذ غيره به تقليداً للبيت وجب أن يجوز على الصحيح .

قلت : هذا الاعتراض ضعيف أو باطل ، لأنه إذا لم يكن متبحراً ربما ظن ما ليس مذهباً له مذهب ، لقصور فهمه ، وقلة اطلاعه على مظان المسألة . واختلاف نصوص ذلك المجتهد ، والمتأخر منها ، والراجع وغير ذلك ، لاسيما مذهب الشافعي رحمه الله الذي لا يكاد يعرف ما يفتي به منه إلا أفراد ، لكثرة انتشاره ، واختلاف ناقله في النقل والترجيح . فإن فرض هذا في مسائل صارت كالمعلومة علماً قطعياً عن ذلك المذهب ، كوجوب النية في الوضوء ، والفاصلة في الصلاة ، ووجوب الزكاة في

مال الصبي والمجنون ، ووجوب تبييت النية في صوم الفرض ، وصحة
الاعتكاف بلا صوم ، وعدم وجوب نفقة البائن الحامل ، ووجوب
القصاص في القتل بالمثل وغير ذلك عند الشافعي رضي الله عنه ، فهذا
حسن محتمل . والله اعلم

وإذ جوزنا الفتوى إخباراً عن مذهب الميت ، فإن علم من حاله
أنه يفتي على مذهب إمام معين ، كفى إطلاق الجواب . وإلا فلا بد من
من إضافته إلى صاحب المذهب .

فرع

ليس لمجتهد أن يقلد مجتهداً لا يعمل به ، ولا ليفتي به ، ولا إذا
كان قاضياً ليقضي به ، سواء خاف الفوت لضيق وقت أم لا . وقال ابن
سريج : له التقليد إذا ضاق الوقت ليعمل به . لا يفتي ، وقياسه أن لا يجوز
للقضاء وأولى . وفي « الشامل » و « التهذيب » طرد قول ابن سريج
في القضاء وصورة الضيق فيه : أن يتحاكم مسافران والقافلة ترتحل .
ومن قال به ، فقياسه طرده في الفتوى .

فرع

هل يلزم المجتهد تجديد الاجتهاد إذا وقعت الحادثة مرة أخرى ،
أو سئل عنها مرة أخرى ، أم يعتمد اجتهاده الأول ؟ وجهان كما سبق
في القبلية .

قلت : أصحهما لزوم التجديد ، وهذا إذا لم يكن ذاكراً لدليل
الأولى ، ولم يتجدد ما قد يوجب رجوعه ، فإن كان ذاكراً ، لم يلزمه
قطعاً ، وإن تجدد ما يوجب الرجوع . لزمه قطعاً . والله اعلم

فرع

النسب إلى مذهب الشافعي وأبي حنيفة ومالك ثلاثة أصناف ،
أحدها : العوام وتقليدهم الشافعي مثلاً مفرع على تقليد الميت

وقد سبق .

والثاني : البالغون لرتبة الاجتهاد . وقد ذكرنا أن المجتهد لا يقلد
مجتهداً وإنما ينسب هؤلاء إلى الشافعي ، لأنهم جروا على طريقته في
الاجتهاد ، واستعمال الأدلة ، وترتيب بعضها على بعض ، ووافق
اجتهادهم اجتهاده وإذا خالف أحياناً لم يبالوا بالمخالفة .

والصنف الثالث : المتوسطون وهم الذين لم يبلغوا رتبة الاجتهاد
في أصول الشرع . لكنهم وقفوا على أصول الإمام في الأبواب وتسكنوا
من قياس مالم يجدوه منصوصاً له على مانص عليه ، وهؤلاء مقلدون
له تفريعاً على تقليد الميت ، وهكذا من يأخذ بقولهم من العوام تقليداً
له ، والمعروف للأصحاب أنه لا يقلدهم في أنفسهم ، لأنهم مقلدون ، وقد
نجد ما يخالف هذا فإن أبا الفتح الهروي وهو من أصحاب الإمام يقول
في الأصول : مذهب عامة أصحابنا أن العامي لا مذهب له ، فإن وجد
مجتهداً قلده ، وإن لم يجده ، ووجد متبحراً في مذهب ، فإنه يفتيه على
مذهب نفسه ، وإن كان العامي لا يعتقد مذهبه . وهذا تصريح بأنه
يقلد المتبحر في نفسه . وإذا اختلف متبحران في مذهب لاختلافهما في
قياس أصل مذهب إمامهما ، ومن هذا يتولد وجوه الأصحاب ، فنقول :
أيهما يأخذ العامي ؟ فيه ما سنذكره في اختلاف المجتهدين إن شاء الله
تعالى ، وإذا نص صاحب المذهب على الحكم والعلة ، ألحق بتلك العلة
غير المنصوص بالمنصوص ، وإن اقتصر على الحكم ، فهل يستنبط
المتبحر العلة ويعدي الحكم بها ، قال محمد بن يحيى : لا ، والأشبه

بفعل الأصحاب جوازه ، لأنهم ينقلون الحكم ، ثم يختلفون في علته ،
وكل منهم يطرد الحكم في فروع علته .

فرع

ذكر الشيخ أبو إسحاق أنه إذا نص الإمام في واقعة على حكم ،
وفي أخرى شبهها على خلافه لا يجوز نقل قوله من إحداها إلى الأخرى
وتخريجها على قولين ، وأن ما يقتضيه قوله لا يجعل قولاً له إلا إذا لم
يحتمل ، كقوله : ثبتت الشفعة في الشقص من الدار ، فيقال : قوله :
في الحانوت كذلك والمعروف في المذهب خلاف ما قاله ، لكن الأولى
أن يقال : إنه قياس أصله أو قياس قوله ، ولا يقال : هو قوله .

فرع

للمفتي أن يشدد في الجواب بلفظ متأول عنده زجراً وتهديداً في
مواضع الحاجة .

قلت : المراد ما ذكره الصيمري^(١) وغيره قالوا : إذا رأى المفتي
المصلحة أن يقول للعامي مافيه تغليظ وهو لا يعتقد ظاهره ، وله فيه
تأويل ، جاز زجراً ، كما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل
عن توبة القاتل . فقال : لا توبة له ، وسأله آخر فقال : له توبة ، ثم
قال : أما الأول ، فرأيت في عينيه إرادة القتل فسنته . أما الثاني ، فجاء

(١) في الأصل « الصيمري » بالضاد المعجمة وهو تصحيف . وهو
أبو القاسم عبد الواحد بن الحسين بن محمد الصيمري من كبار علماء
الشافعية ، له تصانيف كثيرة منها « الإيضاح » في سبع مجلدات : قال
النووي رحمه الله : وهو كتاب نفيس ، كثير الفوائد . قليل الوجود .
واختلف في وفاته ، وقال الذهبي : وكان حياً سنة ٢٨٧ هـ . « تهذيب
الاسماء واللفات » ٢/٢٦٥ . و « سير اعلام النبلاء » ١١/٤

مسيكناً قد قتل ، فلم أقنطه • قال الصيمري : وكذا إن سأله ، فقال :
إن قتلت عبدي ، فهل علي قصاص ، فواسع أن يقال : إن قتلتك قتلناك ،
فعن النبي صلى الله عليه وسلم : « من قتل عبده قتلناه » ولأن القتل له
معانٍ وهذا كله إذا لم يترتب على إطلاقه مفسدة • والله أعلم

الجملة الثانية في المستفتي ، فيلزمه سؤال المفتي عند حدوث
مسألته ، وإنما يسأل من عرف علمه وعدالته ، فإن لم يعرف العلم ، بحث
عنه بسؤال الناس . وإن لم يعرف العدالة ، فقد ذكر الغزالي فيه احتمالين
أحدهما : أن الحكم كذلك ، وأشبههما الاكتفاء ، لأن الغالب من حل
العلماء العدالة ، بخلاف البحث عن العلم ، فليس الغالب من الناس
العلم . ثم ذكر احتمالين في أنه إذا وجب البحث ، يفتقر إلى عدد التواتر ،
أم يكفي إخبار عدل أو عدلين ؟ أصحهما : الثاني •

قلت : الاحتمالان فيما إذا لم تعرف العدالة . هما فيس كـ
مستوراً وهو الذي ظاهره العدالة ولم يختبر باضنه وهما وجهان ذكرهما
غيره . أصحهما الاكتفاء . لأن العدالة الباطنة يعسر معرفتها على غير
القضاة ، فيعسر على العوام تكليفهم بها ، وهذا الخلاف في
صححة النكاح بحضور المستورين • أما الاحتمالان^(١) في اشتراط عدد
التواتر . والاكتفاء بعدل ، فهما محتملان . ولكن المقول خلافهما .
فالذي قاله الأصحاب أنه يجوز استفتاء من استفاضت أهليته ، وقيل :
لا يكفي الاستفاضة ، ولا التواتر . بل إنما يعتد قوله : أنا أهل للفتوى .
لأن الاستفاضة والشهرة بين العامة لا وثوق بها . فقد يكون أصلها
التبليس . وأما التواتر . فلا يفيد العلم إذا لم يستد أي مستور
محسوس . والصحيح الأول . لأن إقدامه عليها إخباره بأهليته .

(١) في الأصل : الاحتمال •

لأن الصورة فيمن وثق بدينه • ويجوز استفتاء من أخبر المشهور المذكور بأهليته قال الشيخ أبو إسحاق وغيره : نقبل في أهليته خبر عدل واحد ، وهذا محمول على من عنده معرفة يميز بها الملتبس من غيره ، ولا يعتمد في ذلك خبر آحاد العامة لكثرة ما يتطرق إليهم من التلبس في ذلك • والله أعلم

فرع

إذا وجد مفتين فأكثر هل يلزمه أن يجتهد ، فيسأل أعلمهم ؟ وجهان : قال ابن سريج : نعم ، واختاره ابن كج والقفال ، لأنه يسهل عليه ، وأصحهما عند الجمهور أنه يتخير ، فيسأل من شاء ، لأن الأولين كانوا يسألون علماء الصحابة رضي الله عنهم مع تفاوتهم في العلم والفضل ، ويعملون بقول من سألوه من غير إنكار ، قال الغزالي : فإن اعتقد أن أحدهم أعلم ، لم يجز أن يقلد غيره ، وإن كان لا يلزمه البحث عن الأعلّم إذا لم يعتقد اختصاص أحدهم بزيادة علم •

قلت : هذا الذي قاله الغزالي قد قاله غيره أيضاً وهو وإن كان ظاهراً ، ففيه نظر لما ذكرنا من سؤال آحاد الصحابة رضي الله عنهم مع وجود أفاضلهم الذين فضلهم متواتر وقد يمنع هذا وعلى الجملة المختار ما ذكره الغزالي • فعلى هذا يلزمه تقليد أورع العالمين ، وأعلم الورعين ، فإن تعارضاً^(١) قدم الأعلّم على الأصح • والله أعلم

فرع

وإذا استفتي وأجيب ، فحدث له تلك الحادثة ثانياً ، فإن عرف استناد الجواب إلى نص أو إجماع ، فلا حاجة إلى السؤال ثانياً ، وكذا لو كان المقلد ميتاً وجوزناؤه ، وإن عرف استناده إلى الرأي والقياس

(١) في الأصل : تعرضاً

أو شك والمقلد حي ، قوجهان ، أحدهما : لا يحتاج إلى السؤال ثانياً ،
لأن الظاهر استمراره على جوابه ، وأصحهما يلزمه السؤال ثانياً •

فرع

لو اختلف عليه جواب مفتيين، فإن أوجبنا البحث وتقليد الأعلام،
اعتمده، وإلا فأوجه، أصحها : يتخير، ويأخذ بقول أيهما شاء، والثاني :
يأخذ بأغلظ الجوابين ، والثالث : بأخفهما ، والرابع : بقول من يني
قوله على الأثر دون الرأي ، والخامس : بقول من سأل أولاً •

قلت : وحكي وجه سادس^(١) أنه يسأل ثالثاً ، فيأخذ بفتوى من
وافقه • وهذا الذي صححه من التخيير هو الذي صححه الجمهور ،
ونقله المحاملي في أول « المجموع » عن أكثر أصحابنا لأن فرضه أن
يقلد عالماً وقد حصل • والله أعلم

ونقل الروياني وجهين في أن من سأل مفتياً ولم تسكن نفسه إلى
فتواه هل يلزمه أن يسأل ثانياً وثالثاً لتسكن نفسه ، أم له الاقتصار على
جواب الأول ؟ والقياس في وجه الثاني •

الجملة الثالثة فيما يتعلق بهما، فيجوز للمستفتي أن يسأل بنفسه،
ويجوز أن يكتفي برسول ثقة يبعثه وبالرقعة ، ويكفي ترجمان واحد
إذا لم يعرف لغته •

قلت : له اعتماد خط المفتي إذا أخبره من يقبل خبره أنه خطه ،
أو كان يعرف خطه ولم يشك فيه • والله أعلم

(٢) في الأصل : شاذ •

ومن آداب المستفتي أن لا يسأل المفتي وهو قائم ، أو مشغول بما يمنعه من تمام الفكر ، وأن لا يقول إذا أجابه : هكذا قلت أنا ، وأن لا يطالب بالدليل ، فإن أراد معرفته ، سأل عنه في وقت آخر . وإذا سأل في رقعة ، فليكن كاتبها حاذقاً ، ليبين مواضع السؤال ، وينقط مواضع الاشتباه ، وليتأمل المفتي الرقعة كلمة كلمة ، وليكن اعتناؤه بآخر الكلام أشد ، لأنه موضع السؤال . ولينثب في الجواب وإذا كانت المسألة واضحة ، وأن يشاور من في مجلسه ممن يصلح لذلك إلا أن يكون فيها مالا يحسن إظهاره . وله أن ينقط من الرقعة مواضع الإشكال ، وأن يصلح ما فيها من خطأ ولحن فاحش . وإذا رأى في آخر بعض السطور بياضاً ، شغله بخطه ، لئلا يلحق فيه بعد جوابه شيء ، وليبين المفتي بخطه ، وليكن قلبه بين قلمين . ولو كتب مع الجواب حجة من آية أو حديث فلا بأس ، ولا يعتاد ذكر التماس ، وطرق الاجتهاد . فإن تعلقت الفتوى بقاض ، فحسن أن يومئ إلى الطريق للاجتهاد . وإذا رأى في الفتوى جواب من لا يصلح للفتوى ، لم يفت معه . قال الصيمري : وله أن يضرب عليه بإذن صاحب الرقعة وبغير إذنه . ولا يحبسها إلا بإذنه ، واستحبوا أن يكون السؤال بخط غير المفتي .

فرع

متى تغير اجتهاد المجتهد، دار المقلد معه ، وعمل في المستقبل بقوله الثاني ، ولا ينقض ما مضى . ولو نكح المجتهد امرأة ، ثم خالها ثلاثاً ، لأنه رأى الخلع فسحاً ، ثم تغير اجتهاده قال الغزالي : يلزمه مفارقتها ، وأبدى تردداً فيما لو فعل المقلد مثل ذلك ، ثم تغير اجتهاد مقلده ، قال : والصحيح أن الجواب كذلك ، كما لو تغير اجتهاد المقلد في الصلاة ، فإنه يتحول . ولو قال مجتهد للمقلد والصورة هذه :

أخطأ بك من قلده، فإن كان الذي قلده أعلم من الثاني، أو استويا، فلا أثر لقوله، وإن كان الثاني أعلم، فالقياس أنا إن أوجبنا تقليد الأعم، فهو كما لو تغير اجتهاد مقلده، وإلا فلا أثر له.

قلت: هذا الذي زعم الإمام الرافعي رحمه الله أنه القياس ليس بشيء، بل الوجه الجزم بأنه لا يلزمه شيء، ولا أثر لقول الثاني. وهذا كله إذا كانت المسألة اجتهادية، وقد لخص الصيمري، والخطيب البغدادي وغيرهما من أصحابنا هذه المسألة بتفصيل حسن، فقالوا: إذا أفتى، ثم رجع، فإن علم المستفتي رجوعه ولم يكن عمل بالأول، لم يجز له العمل به، وكذا إذا نكح بفتواه. أو استسر على نكاح بفتواه. ثم رجع، لزمه فراقها، كنظيره في القبلة. وإن كان عمل به قبل الرجوع. فإن كان مخالفاً لدليل قاطع، لزم المستفتي نقض عمله، وإن كان في محل الاجتهاد، فلا، لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، ولا يعلم خلاف هذا لأصحابنا، وما ذكره صاحبنا «المستصفي» و«المحصول»، فليس فيه تصريح بخالفة هذا. قال الشيخ أبو عمرو ابن الصلاح رحمه الله: وإن كان المفتي إنسا يفتي على مذهب إمام معين، فرجع لكونه تيقن مخالفة نص إمامه، وجب نقضه، وإن كان اجتهادياً، لأن نص إمامه في حقه كنص الشارع في حق المستقل^(١)، وأما إذا لم يعلم المستفتي برجوعه، فكأنه لم يرجع في حقه، ويلزم المفتي إعلامه برجوعه قبل العمل، وكذا بعده حيث يجب النقض، وإذا عمل بفتواه في إتلاف، ثم بان أنه أخطأ، وخالف القاطع، فقال الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني: إن كان أهلاً للفتوى، ضمن، وإلا، فلا، لأن المستفتي مقصر، وهذا الذي قاله فيه نظر، وينبغي أن يخرج على

(١) في الأصل: المستقبل.

(٢) في الأصل: «بعده» والتصحيح من «المجموع» ٤٦/١، ونص العبارة فيه: وينبغي أن يخرج الضمان على قولي الفرور المعروفين في بابي الغصب والنكاح وغيرهما، ويقطع بعدم الضمان، إذ ليس في الفتوى إلزام ولا إجماع.

قولي الغرور أو يقطع بعدم الضمان مطلقاً إذا لم يوجد منه الإتيان ،
ولا ألجأ إليه بالزام . والله أعلم

فرع

لا يشترط أن يكون للمجتهد مذهب مدوّن، وإذا دوت المذاهب،
فهل يجوز للمقلد أن ينتقل من مذهب إلى مذهب ؟ إن قلنا : يلزمه
الاجتهاد في طلب الأعم ، وغلب على ظنه أن الثاني أعلم ينبغي أن يجوز،
بل يجب وإن خيرناه ، فينبغي أن يجوز أيضاً، كما لو قلد في القبله هذا
أياماً . وهذا أياماً . ولو قلد مجتهداً في مسائل ، وآخر في مسائل
أخرى ، واستوى المجتهدان عنده أو خيرناه ، فالذي يقتضيه فعل
الأولين الجواز . وكما أن الأعمى إذا قلنا : لا يجتهد في الأواني
والثياب له أن يقلد في الثياب واحداً ، وفي الأواني آخر ، لكن
الأصوليون منعوا منه للمصلحة . وحكى الحناطي وغيره عن أبي إسحاق
فيما إذا اختار من كل مذهب ما هو أهون عليه أن يفسق به ، وعن ابن
أبي هريرة أنه لا يفسق ، وبالله التوفيق .

قلت : قد استقصى الإمام الرافعي رحمه الله هذا الباب ،
فاستوعب وأجاد . وقد استوعبت أنا هذا الباب في أول شرح «المهذب»
وجمعت فيه من مجموعات كلام الأئمة ومتفرقاتها هذا المذكور هنا
مع مثله أو أمثاله ، وأنا أذكر منه هنا نبذاً أشير إليها ، ولا ألتزم
ترتيبه .

فيستحب للمعلم والمفتي الرفق بالمتعلم والمستفتي، ليتمكن من الفهم
عنه، وقد استوعبت آداب العالم والمعلم في أول شرح «المهذب» وذكرت
فيه ما لا ينبغي لطالب علم أن يخفى عليه شيء منه ، قال الخطيب الحافظ
أبو بكر البغدادي : ينبغي للإمام أن يتفقد أحوال المفتين ، فمن صلح
لها : أقره . ومن لم يصلح . منعه ، وأمره أن لا يعود ، ويواعده على

العود ، وطريقه في ذلك أن يسأل العلماء المشهورين من أهل عصره عن حاله، ويعتمد خبرهم ، وينبغي أن يكون المفتي مع شروطه السابقة متنزهاً عن خوارم المروءة ، فقيه النفس ، سليم الذهن ، رصين الفكر ، حسن التصرف والاستنباط ، وسواء الحر والعبد ، والمرأة والأعمى والأخرس إذا كتب أو فهمت إشارته . قال الشيخ أبو عمر بن الصلاح رحمه الله: وينبغي أن يكون المفتي كالراوي في أنه لا تؤثر فيه القرابة والعداوة ، وجر النفع ، ودفع الضرر ، لأنه في حكم من يخبر عن الشرع بسا لا اختصاص له بشخص ، فكان كالراوي لا كالشاهد وفتواه لا يرتبط بها إلزام^(١) بخلاف حكم القاضي . قال : ووجدت عن صاحب «الحاوي» إن المفتي إذا نابذ في فتواه شخصاً معيناً ، صار خصماً معانداً ، ترد فتواه على من عاداه ، كما ترد شهادته . قال الصيمري : ويقبل فتاوى أهل الأهواء والخوارج ، ومن لا يكفر ببدعته ولا بفسقه ، وذكر الخطيب هذا ثم قال : وأما الشراة وهم بضم الشين المعجبة . والرافضة الذين يسبون السلف ، ففتاويهم مردودة ، وأقاويلهم ساقطة . ومن كان من أهل الفتوى وهو قاض ، فهو كغيره ، فلا يكره له الفتوى هذا هو الصحيح الذي عليه الجمهور ، وقيل : له أن يفتي في العبادات وغيرها ، ما لا يتعلق بالأحكام ، وفي الأحكام وجهان . وقال ابن المنذر : يكره فتواه في الأحكام دون غيرها ، وهل يشترط في المفتي أن يعرف من الحساب ما يصح به المسائل الحسابية الفقهية؟ وجهان، حكاهما الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني ، وصاحبه أبو منصور البغدادي .

ويشترط في المفتي المنتسب إلى مذهب إمام كما سبق أن يكون فقيه النفس ، حافظاً لمذهب إمامه ، ذا خبرة بقواعده ، وأساليبه ونصوصه ، وقد قطع إمام الحرمين وغيره بأن الأصولي الماهر المتصرف في الفقه لا يحل له الفتوى بمجرد ذلك ، ولو وقعت له واقعة ، لزمه أن

(١) في الأصل : التزام .

يستفتي فيها ، ويلتحق به المتصرف الباحث في الفقه من أئمة الخلاف ،
وفحول المناظرين ، لأنه ليس أهلاً لإدراك حكم الواقعة استقلالاً ،
لقصور آله ، ولا من مذهب إمام لعدم حفظه له على الوجه المعبر .
وإذا استفتى العامي عما لم يقع ، لم يجب جوابه ولا يجوز للمفتي أن
يتساهل في فتواه ، ومن عرف بذلك ، لم يجز أن يستفتي ، وتساهله
قد يكون بأن لا تثبت ، ويسرع بالجواب قبل استيفاء الفكر والنظر ،
فإن تقدمت معرفته بالمسؤول عنه ، فلا بأس بالإسراع ، وعلى هذا
يحصل ما نقل عن الماضين من المسارعة ، وقد يكون تساهله بأن تحمله (١)
أغراض فاسدة على تتبع الحيل المحرمة المكروهة ، والتسك بالشبهة
طلباً للترخيص على من يروم نفعه ، أو التغليظ على من يروم ضره ، ومن
فعل هذا ، فلا وثوق به . وأما إذا صح قصده ، فاحتسب في طلب حيلة
لاشبهة فيها ، ولا تجر إلى مفسدة ، ليخلص بها المستفتي من وريطة يمين
ونحوها ، فذلك حسن ، وعله يحمل [ما جاء] عن بعض السلف من هذا .
وينبغي أن لا يفتي في كل حال تغير خلقه ، وتشغل قلبه ، وتمنعه التثبت
والتأمل كحالة الغضب أو الجوع أو العطش والحزن والفرح الغالب ،
والنعاس ، والملاة ، والمرض المقلق ، والحر المزعج ، ومدافعة الأخبثين
ونحو ذلك ، ومتى أحس بشغل قلبه ، وخروجه عن الاعتدال ، لم يفت ،
فإن أفتى في شيء من هذه الأحوال وهو يعتقد أن ذلك لم يمنعه من
إدراك الصواب ، صحت فتواه ، وإن كان مخاطراً . والأولى للمتصدي
للفتوى أن يتبرع بذلك ، ويجوز أن يأخذ عليه رزقاً من بيت المال
إلا إذا تعين عليه ، وله كفاية ، فالصحيح أنه لا يجوز . ثم إن كان له
دزق لا يجوز له أخذ أجره ، وإن لم يكن له رزق ، لم يجز له أخذ أجره

(١) في الأصل : يحمل .

من أعيان المستفتين كالحاكم . واحتال الشيخ أبو حاتم القزويني في حيلة ، فقال : يقول للمستفتي : يلزمي أن أفتيك قولاً ، ولا يلزمي أن أكتب لك ، فإن استأجره على الكتابة ، جاز ، وهذا الذي ذكره وإن كان مكروهاً ، فينبغي أن لا يأخذ من الأجرة إلا قدر أجرة كتابة ذلك القدر ولو لم يكن فتوى ، لثلا يكون آخذاً زيادة بسبب الإفتاء . قال الصيمري والخطيب وغيرهما : ولو اجتمع أهل البلد على أن جعلوا له رزقاً من أموالهم ليتفرغ لفتاويهم ، جاز .

وأما الهدية ، فقال أبو المظفر السمعاني من أصحابنا : ويجوز له قبولها بخلاف الحاكم ، لأنه يلزمه حكمه قال الشيخ أبو عمرو : وينبغي أن يحرم قبولها إن كانت رشوة على أن يفتيه بما يريد ، كما في الحاكم وسائر مالا يقابل بالأعواض . قال الخطيب : وعلى الإمام أن يفرض من بيت المال لمن نصب نفسه لتدريس العلم أو للفتوى في الأحكام ما يغييه عن التكسب ، ولا يجوز أن يفتي فيما يتعلق بالألفاظ كالإيمان والإقرار والوصايا ونحوها ، إلا إذا كان من أهل بلد اللفظ أو نازلاً منزلتهم في الخبرة بمرادهم في العادة ، وليس للمفتي والعامل على مذهب الإمام الشافعي في المسألة ذات الوجهين أو القولين أن يفتي أو يعمل بما شاء منهما من غير نظر وهذا لا خلاف فيه ، بل عليه في القولين أن يعمل بالمتأخر منهما إن علمه ، وإلا فبالذي رجحه الشافعي ، فإن لم يكن رجح أحدهما ولا علم السابق ، لزمه البحث عن أرجحهما ، فيعمل به ، فإن كان أهلاً للترجيح ، اشتغل به متعرفاً ذلك من نصوص الشافعي وما أخذه وقواعده ، وإلا فليقله عن الأصحاب الموصوفين بهذه الصفة ، فإن لم يحصل له ترجيح بطريق ، توقف . وأما الوجهان فيتعرف أرجحهما فيما سبق إلا أنه لا اعتبار بالتأخر إلا إذا وقعا من شخص واحد ، وإذا كان أحدهما منصوباً للشافعي ، والآخر مخرجاً ، فالمنصوص هو

الراجح المعمول به غالباً ، كما إذا رجح الشافعي في أحد القولين . بل هذا أولى . ولو وجد من ليس أهلاً للترجيح خلافاً للأصحاب في الأرجح من القولين أو الوجهين ، فليعتمد ما صححه الأكثر . والأعلم والأورع ، فإن تعارض أعلم وأورع ، قدم أعلم ، فإن لم يبلغه عن أحد ترجيح ، اعتبر صفات الناقلين للقولين ، والقائلين للوجهين فمما رواه البويطي والمزني والربيع المرادي مقدم عند أصحابنا على ما رواه الربيع الجيزي وحرملة ، كذا نقله الخطابي من أصحابنا عن أصحابنا ، إلا أنه لم يذكر البويطي ، وزدته أنا لكونه أجل من الربيع ، وأقدم من المزني ، وأخص بالشافعي منه . قال الشيخ أبو عمرو : ويطرح أيضاً ما وافق أكثر أئمة المذاهب . وحكى القاضي حسين فيما إذا كان للشافعي قولان ، أحدهما كقول أبي حنيفة رضي الله عنه وجهين ، قال الشيخ أبو حامد : المخالف لأبي حنيفة رضي الله عنه أرجح ، فلو لم يطلع الشافعي على معنى مخالف لما خالفه ، والصحيح أن الموافق أولى . وبه قال القفال ، وهذا إذا لم نجد مرجحاً مما سبق . ولو تعارض جزم مصنفين ، فهو كتعارض الوجهين ، فيرجع إلى البحث كما سبق ، ويرجح أيضاً بالكثرة ، فإذا جزم مصنفان بشيء ، وجزم ثالث مساوٍ لأحدهما بخلافهما ، رجحناهما عليه .

واعلم أن نقل أصحابنا العراقيين لنصوص الشافعي وقواعده مذهبه ، ووجوه المتقدمين من أصحابنا أتقن وأثبت من نقل أصحابنا الخراسانيين غالباً إن لم يكن دائماً وهذا مما يتعلق بما نحن فيه . ومما ينبغي أن يرجح به أحد القولين أن يكون الشافعي رحمه الله ذكره في بابه ومظنته ، والآخر جاء مستطرداً^(١) في باب آخر .

واعلم أن هذا الكتاب الذي اختصرته وهذبتة محصل لك جميع

(١) في الأصل : مستطردا .

ماذكرته ولا أقول هذا تبجحاً بل نصيحة للمسلمين ومناصحة للدين ،
وهما واجبان علي وعلى سائر المكلفين •

واعلم أنه يكره للمفتي أن يقتصر في جوابه على قوله : فيه قولان ،
أو وجهان ، أو خلاف ونحو ذلك ، فإن هذا ليس جواباً صحيحاً
للمستفتي ، ولا يحصل به مقصوده ، وهو بيان مايعمل به لما ذكرنا ،
بل ينبغي أن يجزم بما هو الراجح ، فإن لم يظهر له الراجح ، انتظر
ظهوره ، أو امتنع من الافتاء في المسألة ، كما فعله كثير من أصحابنا
وغيرهم •

واعلم أنه متى كان قولان قديم وجديد ، فالعمل على الجديد إلا
في نحو عشرين أو ثلاثين مسألة قد أوضحتها مفصلة في أول شرح
«المهذب» مع مايتعلق بها ويترتب بها ، ويترتب عليها ، وبالله التوفيق^(١) ،
وإذا كان في رقعة الاستفتاء مسائل ، فحسن أن يرتب الجواب على ترتيب
الأسئلة ، وإذا كان في المسألة تفصيل لم يطلق الجواب ، فإنه خطأ
بالاتفاق ، وليس له أن يكتب الجواب على مايعلمه من صورة الواقعة
إذا لم يكن في الرقعة تعرض له ، بل يذكر جواب ما في الرقعة فإن أراد
الجواب على خلاف ما فيها ، فليقل ، وإن كان الأمر كذا ، فجوابه كذا ،
وإذا كتب الجواب ، أعاد نظره فيه وتأمله ، وإذا كان هو المبتدئ بالافتاء
في الرقعة ، قال الصيمري وغيره : فالعادة قديماً وحديثاً أن يكتب في
الناحية اليسرى ، لأنه أمكن • قال الصيمري وغيره : ولو كتب وسط
الرقعة ، أو في حاشيتها ، فلا عتب عليه ، ولا يكتب فوق البسلة بحال •
ويستحب عند إرادة الإفتاء أن يستعيذ من الشيطان ويسمي الله
تعالى ويحمده ، ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ، ويقول :

(١) انظر «المجموع» ٦٦/١ ، ٦٨ •

لاحول ولا قوة إلا بالله ، ويقول : رب اشرح لي صدري الآية ، ويستحب أن يكتب في أول فتواه : الحمد لله ، أو الله الموفق ، أو حسبي الله ونحو ذلك ، نقل ذلك الصييري عن كثيرين ، قال : وحذفه آخرون . قال : ولا يدع أن يختم جوابه بقوله : والله أعلم ، أو وبالله التوفيق ونحوه . قال : ولا يقبح أن يقول : الجواب عندنا ، أو الذي عندنا ، أو الذي نذهب إليه كذا ، لأنه من أهله قال : وإذا كان السائل قد أغفل الدعاء للمجيب ، أو الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم في آخر الفتوى ، ألحق المفتي ذلك بخطه فإن العادة جارية به ، ويكتب بعد : والله أعلم ، ونحوه : كتبه فلان ، أو فلان بن فلان الفلاني ، فينتسب إلى ما يعرف به من قبيلة أو بلد أو غيرهما ، ثم ينتسب إلى المذهب ، فيقول الشافعي أو الحنفي ونحوهما ، قال الصييري : وإن كانت الفتوى تتعلق بالسلطان ، دعا له ، فقال : وعلى السلطان أو على ولي الأمر وفقه الله ، أو أصلحه ، أو سدده ، أو شد أزره ، ولا يقول : أطال الله بقاءه ، فإنه ليس من ألفاظ السلف . وقد نقل النحاس اتفاق العلماء على كراهية أطال الله بقاءك^(١) . وقد أوضحت هذه اللفظة وما يتعلق بها ويشبهها في آخر كتاب « الأذكار » . وينبغي أن يختصر جوابه ، ويكون بحيث يفهم للعامة فهماً جلياً ، قال الصييري والخطيب وغيرهما : وإذا سئل عن قال : أنا أصدق من محمد بن عبد الله ، أو الصلاة لغو ونحو هذه العبارات ، فلا يبادر بقوله : هذا

(١) الذي في « الأذكار » ١٢٢/٧ بشرح ابن علان : قال أبو جعفر النحاس في كتابه « صناعة الكتاب » : كره بعض العلماء قولهم : أطال الله بقاءك ، ورخص فيه بعضهم ، ونقل ابن علان في شرحه أن الأذرعى نازع في إطلاق الكراهة ، واختار أن الدعاء بذلك لأهل الدين والعلم وولاية العدل قربة ، ولغيرهم مكروه بل حرام .

حلال الدم ، أو عليه القتل ، بل يقول : إن ثبت هذا بإقراره ، أو بيئته ، استتابه السلطان ، فإن تاب ، قبلت توبته ، وإلا فعل كذا وكذا وأشبع القول فيه ، وإن سئل عن شيء ، يحتمل وجوهاً يكفر ببعضها دون بعض قال : يسأل القائل ، فإن قال : أردت كذا ، فالجواب كذا ، وإن قال : أرددت كذا ، فالجواب كذا . وإذا سئل عن قتل أو قلع سنأ أو عيناً . احتاط في الجواب ، فيذكر الشروط التي يجب باجتماعها القصاص ، وإذا سئل عن فعل ما يقتضي تعزيره ، ذكر ما يعزر به ، فيقول : ضربه السلطان ما بين كذا وكذا ، ولا يزداد على كذا ، وينبغي أن يلصق الجواب بآخر الاستفتاء ، ولا يدع بينهما فرجة مخافة أن يزيد السائل شيئاً يفسد الجواب . وإذا كان موضع الجواب ورقة ملصقة ، كتب على موضع الإلصاق ، وإذا ضاق آخر الورقة عن الجواب ، لم يكتبه في ورقة أخرى ، بل في ظهر هذه أو حاشيتها وأيهما ^(١) أولى ؟ فيه ثلاثة أوجه ، ثالثها : هما سواء ، والراجح أن حاشيتها أولى . وبه قطع الصيمري وغيره ، وليحذر أن يميل في فتواه مع المستفتي أو خصمه ، ووجوه الميل معروفة . ومنها أن يكتب ماله دون ماعليه ^(٢) ، وليس له أن يعلم أحدهما ما يدفع به حجة صاحبه ، وإذا ظهر له أن الجواب خلاف غرض المستفتي ، وأنه لا يرضى بكتابته في ورقته ، اقتصر على مشافهته بالجواب ، ويجب عليه عند اجتماع الرقاع أن يقدم الأسبق فالأسبق ، كالقاضي وهذا فيما يجب فيه الإفتاء ، فإن تساوا وجهل السابق ، أقرع والصحيح أنه يجوز تقديم المرأة ، والمسافر الذي شد رحله ، ويتضرر بتخلفه عن رفقته إلا إذا كثر المسافرون والنساء بحيث يتضرر غيرهم تضرراً ظاهراً ، فيقدم حينئذ بالسبق ، ثم القرعة ، ثم لا

(١) في الأصل : أو أيهما .

(٢) في الأصل : مادون ماعليه .

يقدم أحداً^(١) إلا في فتيا واحدة . قال الصيمري وغيره : إذا سئل عن ميراث ، فالعادة أن لا يشترط في الورثة عدم الرق والكفر والقتل وغيرهما مما يمنع الإرث . بل المطلق محمول على ذلك بخلاف ما إذا أطلق الاخوة والاخوات ، ولا بد أن يقول في الجواب : من أبوين أو أب أو أم ، وإذا سئل عن المنبرية وهي زوجة وأبوان وبنتان ، لا يقول : للزوجة الثمن ، ولا التسع ، لأنه لم يطلقه أحد من السلف ، بل يقول : لها الثمن عائلاً ، وهو ثلاثة أسهم من سبعة وعشرين سهماً ، أولها ثلاثة أسهم من سبعة وعشرين ، وإذا كان في المذكورين من لا يرث أفصح بسقوطه ، فقال : وسقط فلان . فإن كان سقوطه في حال دون حال ، قال : وسقط فلان في هذه الحالة ونحو ذلك ، لئلا يتوهم أنه لا يرث بحال . قال : وينبغي أن يكون شديد الاحتراز في جواب المناسخت . قال الصيمري وغيره : وحسن أن يقول : تقسم التركة بعد إخراج ما يجب تقديمه من دين أو وصية^(٢) إن كانا . قالوا وإذا رأى في الرقعة فتوى غيره ممن هو أهل للإفتاء . وخطه موافق لما عنده ، كتب تحته الجواب صحيح ، أو جوابي مثل هذا ، أو بهذا أقول وله أن يكتب الجواب بعبارة أخصر من عبارة السابق . وإن كان فيها خط من ليس بأهل ، قال الصيمري وغيره : لم يفت معه ، لأن ذلك تقرير للخطأ ، بل يضرب عليه ، وينهر المستفتي ، ويعرفه قبح ما فعله ، وأنه كان واجباً عليه البحث عن أهل الفتوى . وإن رأى فيها اسم من لا يعرفه ، سأل عنه ، فإن لم يعرفه ، فله الامتناع خوفاً مما قلناه . والأولى أن يأمر صاحبها بإبدالها ، فإن أبى ، أجابه شفاهاً ، وإذا خاف فتنة من الضرب عليها ، ولم تكن فتياها خطأ ، امتنع من الإفتاء معه .

(١) في الأصل : أحد .

(٢) في الأصل : فإن .

وهل يجوز للعامي أن يتخير ويقلد أي مذهب شاء ، نظر إن كان منتسباً إلى مذهب ، بني على وجهين ، حكاهما القاضي حسين في أن العامي هل له مذهب أم لا ؟ أحدهما : لا ، لأن المذهب لعارف الأدلة ، فعلى هذا له أن يستفتي من شاء ، وأصحهما عند القفال له مذهب ، فلا تجوز مخالفته . وإن لم يكن منتسباً ، بني على وجهين ، حكاهما ابن برهان بفتح الباء من أصحابنا في أن العامي هل يلزمه التقيد بمذهب معين ؟ أحدهما : لا ، فعلى هذا هل له أن يقلد من شاء أم يبحث عن أسد المذاهب ، فيقلد أهله وجهان ، كالبحث عن الأعلم . والثاني وبه قطع أبو الحسن النكبي^(١) : يلزمه . وهو جار في كل من يبلغ رتبة الاجتهاد من الفقهاء وأصحاب سائر العلوم ، لئلا يتلقط رخص المذاهب بخلاف العصر الأول ، ولم تكن مذاهب مدونة ، فيتلقط رخصها . فعلى هذا يلزمه أن يختار مذهباً يقلده في كل شيء ، وليس له التمذهب بمجرد التشهي ، ولا بما وجد عليه أباه ، هذا كلام الأصحاب . والذي يقتضيه الدليل أنه لا يلزمه التمذهب بمذهب ، بل يستفتي من شاء ، أو من اتفق ، لكن من غير تلقط للرخص . ولعل من منعه لم يثق بعدم تلقطه . وإذا استفتى وأفتاه المفتي ، فقال أبو المظفر السمعاني : لا يلزمه العمل به إلا بالزامه ، قال : ويجوز أن يقال : يلزمه إذا أخذ في العمل

(١) ضبطوه بهمزة مكسورة. ولام ساكنة، ثم كاف مكسورة بعدها ياء ، ومعناه الكبير القدر بلغة الفرس وهو علي بن محمد بن علي الطبري الملقب بعماد الدين كبير علماء الشافعية في عصره ، تفقه على إمام الحرمين وهو من أجل تلامذته بعد الفزالي ، كان يحفظ أحاديث الأحكام وينظر فيها ، وهو القائل : إذا جالت فرسان الأحاديث في ميادين الكفاح ، طارت رؤوس المقاييس في مهاب الرياح . توفي سنة ٥٠٤ هـ من تصانيفه «أحكام القرآن» و «شفاء المسترشدين» و «نقد مفردات الامام أحمد» .

به ، وقيل : يلزمه إذا وقع في نفسه صحته ، قال : وهذا أولى الأوجه ،
 والمختار ما نقله الخطيب وغيره ، أنه إذا لم يكن هناك مفت آخر ، لزمه
 بمجرد فتواه ، وإن لم تسكن نفسه ، وإن كان هناك آخر لم يلزمه
 بمجرد إفتائه ، إذ له أن يسأل غيره ، وحينئذ فقد يخالفه ، فيجبي فيه
 الخلاف السابق في اختلاف المفتين ، وينبغي للمستفتي أن يبدأ من
 المفتين بالأسن الأعلم وبالأولى فالأولى فإن أراد جمعهم في رقعة ، وإن
 أراد إفرادهم في رقاع ، بدأ بمن شاء ، وتكون رقعة الاستفتاء واسعة ،
 ويدعو في الورقة لمن يستفتيه ، ويدفع الورقة إلى المفتي منشورة ،
 ويأخذها منشورة ، فيريحه من نشرها وطبها . وإذا لم يجد صاحب
 الواقعة مفتياً في بلده ولا غيره ، ولا من ينقل حكمها ، قال الشيخ أبو
 عمرو : هذه مسألة فترة الشريعة الأصولية ، وحكمها حكم ما قبل
 ورود الشرع ، والصحيح في كل ذلك أن لا تكليف ولا حكم في حقه
 أصلاً ، فلا يؤخذ إذا صاحب الواقعة شيء بصنعه . فهذا آخر النبد
 التي يسر الله الكريم إلحاقها وهي وإن كانت طويلة بالنسبة إلى هذا
 المختصر فهي قصيرة بالنسبة إلى ما ذكرته في شرح «المهذب» . وموضع
 بسطها والزيادات والفروع هناك . وهذا الفصل ما يكثر الاحتياج
 إليه ، فلهذا بسطناه أدنى بسط . **والله أعلم**

المسألة الثالثة : يستحب للإمام أن يأذن للقاضي في الاستخلاف ،
 فإن لم يأذن ، فله حالان أحدهما : أن يطلق التولية ، ولا ينهائه عن
 الاستخلاف ، فإن أمكنه القيام بما تولاها ، كقضاء بلدة صغيرة ، فليس
 له الاستخلاف على الأصح ، وإن لم يمكنه كقضاء بلدين أو بلد كبير ،
 فله الاستخلاف في القدر الزائد على ما يمكنه ، وليس له الاستخلاف
 في الممكن على الأصح ، والقياس فيما إذا أذن له أن يكون في القدر

المستخلف فيه هذان الوجهان إلا أن يصرح بالاستخلاف في الجميع ،
وقطع ابن كج بالجواز في الكل عند مطلق الإذن . الحال الثاني : أن
ينهاه عن الاستخلاف ، فلا يجوز الاستخلاف ، فإن كان ما فوضه إليه
لا يمكنه القيام به . فقال القاضي أبو الطيب : هذا النهي كالعدم ،
والأقرب أحد أمرين إما بطلان التولية ، وبه قال ابن القطان . وإما
اقتصاره على الممكن . وترك الاستخلاف .

قلت : هذا أرجحهما ^(١) . والله اعلم

وجميع ما ذكرناه في الاستخلاف العام ، أما في الأمور الخاصة ،
كتحليف وسماح بينة ، فقطع القفال بجوازه للضرورة ، وقال غيره :
هو على الخلاف . وهو مقتضى إطلاق الأكثرين .

فروع

أحدها : يشترط في الذي يستخلفه ما يشترط في القاضي . قال
الشيخ أبو محمد وغيره : فإن فوض إليه أمراً خاصاً ، كفاه من العلم
ما يحتاج إليه في ذلك الباب حتى إن نائب القاضي في القرى إذا كان
المفوض إليه سماع البينة ونقلها دون الحكم ، كفاه العلم بشروط سماع
البينة ، ولا يشترط فيه رتبة الاجتهاد .

الثاني : قال الروياني في « التجزية » : نص الشافعي رحمه الله في
« المبسوط » يدل على أن الحاكم الشافعي لا يجوز أن يستخلف من
يخالفه . والمعروف في المذهب خلافه ، لأن الحاكم يعمل باجتهاده حتى
لو شرط على النائب أن يخالف اجتهاده ، ويحكم باجتهاد المنيب لم
يجز . وكذا إذا جوزنا تولية المقلد للضرورة ، فاعتقاد المقلد في حقه
كاجتهاد المجتهد ، فلا يجوز أن يشترط عليه الحكم بخلاف اعتقاد مقلده ،

(١) في الأصل : أرجحها .

فلو خالف وشرط القاضي الحنفي على النائب الشافعي الحكم بذهب أبي حنيفة قال في « الوسيط » : له الحكم في المسائل التي اتفق عليها الإمامان دون المختلف فيها ، وهذا حكم منه بصحة الاستخلاف ، لكن قال الماوردي وصاحب « المذهب » و « التهذيب » وغيرهم : لو قلد الإمام رجلاً القضاء على أن يقضي بذهب عينه ، بطل التقليد . ومقتضى هذا بطلان الاستخلاف هناك ، وفي فتاوى القاضي حسين أن الإمام الحنفي لو ولى شافعيّاً بشرط أن لا يقضي بشاهد ويسين ، ولا على غائب ، صحت التولية ، ولغا الشرط ، فيقضي بما أدى إليه اجتهاده ، ومقتضى هذا أن لا يراعى الشرط هناك ، قال الماوردي : ولو لم تجبر صيغة الشرط . بل قال الإمام : قلدتك القضاء : فاحكم بذهب الشافعي . ولا تحكم بذهب أبي حنيفة ، صح التقليد ، ولغا الأمر والنهي . وفيه احتمال ، قال : ولو قال : لا تحكم في قتل المسلم بالكافر والحر بالعبد ، جاز ، وقد قصر عمله على باقي الحوادث ، وحكى وجهين فيما لو قال : لا تقض فيهما بقصاص أنه يلغو أم يكون منعاً له في الحكم في القصاص نفيّاً وإثباتاً .

الثالث : حيث منعنا الاستخلاف ، فاستخلف فحكم الخليفة باطل ، لكن لو تراضى خصمان بحكمه ، كان كالحكم وليس للقاضي إنفاذ حكمه . بل يستأنف الحكم بينهما ، وإذا جوزنا الاستخلاف ، فاستخلف من لا يصلح للقضاء ، فحكمه باطل أيضاً ، ولا يجوز إنفاذه .

المسألة الرابعة : إذا نصب الإمام قاضيين في بلد واحد ، نظر إن خص كل واحد بطرف منه ، أو بزمان ، أو جعل أحدهما قاضياً في الأموال ، والآخر في الدماء والفروج ، جاز ، قال ابن كج : وكذا لو ولاهما على أن يحكم كل واحد منهما في الواقعة التي يرفعها المتخاصمان إليه . وإن عزم ولايتهما مكاناً وزماناً وحادثة ، فإن شرط عليهما الاجتماع

في الحكم ، لم يجز ، لأن الخلاف يكثر في محل الاجتهاد ، فتتعطل الحكومات ، وإن أثبت لكل واحد الاستقلال فوجهان ، أحدهما : لا يجوز كالإمامة العظمى ، فعلى هذا إن ولاهما معاً ، بطلت توليتهما ، وإن ولاهما متعاقبين ، صحت تولية الأول دون الثاني ، وأصحهما الجواز ، كالوكيلين والوصيين . فعلى هذا لو تنازع الخصمان في إجابة داعي القاضين يجاب من سبق دأعيه ، فإن جاء معاً أقرع ، وإن تنازعا في اختيار القاضين ، فقد أطلق الغزالي أنه يقرع ، وقال الماوردي : القول قول الطالب دون المطلوب ، فإن تساويا ، حضرا عند أقرب القاضين إليهما ، فإن استويا في القرب فالأصح أنه يقرع ، وقيل : يمنعان من التخاصم حتى يتفقا على أحدهما وإن أطلق نصب قاضيين ، ولم يشترط اجتماعهما ، ولا استقلالهما ، قال صاحب « التقريب » : يحل على إثبات الاستقلال تنزيلاً للمطلق على مايجوز ، وقال غيره : التولية باطلة حتى يصرح بالاستقلال .

قلت : قول صاحب « التقريب » أصح ، وبه قطع الرافعي في « المحرر » . **والله أعلم**

الخامسة : هل يجوز أن يحكم الخصمان رجلاً غير القاضي ، وهل لحكمه بينهما اعتبار ، قولان أظهرهما عند الجمهور نعم ، وخالفهم الإمام والغزالي ، فرجحا المنع ، وقيل القولان في الأموال فقط ، فأما النكاح واللعان ، والقصاص ، وحد القذف وغيرها ، فلا يجوز فيها التحكيم قطعاً ، والمذهب طرد القولين في الجميع ، وبه قطع الأكثرون ، ولا يجزى ، في حدود الله تعالى على المذهب ، إذ ليس لها طالب معين ، وفي « التهذيب » وغيره ما يقضي ذهاب بعضهم إلى طرد الخلاف فيها وليس بشيء . وقيل القولان في التحكيم في حقوق الآدميين مخصوصان بما إذا لم يكن في البلد قاض ، فإن كان لم يجز ، وقيل : هما إذا كان

قاض وإلا فيجوز قطعاً والمذهب طردهما في الحالين، فإذا جوزنا التحكيم
اشتراط في المحكم صفات القاضي ، ولا ينفذ حكمه إلا على من رضي
بحكمه حتى لا تضرب دية الخطأ على العاقلة إذا لم يرضوا بحكمه ، ولا
يكفي رضي القاتل ، وقيل : يكفي ، والعاقلة تبع له ، والصحيح الأول .
قال السرخسي : الخلاف مخصوص بقولنا تجب الدية على الجاني ، ثم
تحملها العاقلة ، فإن قلنا : تجب عليها ابتداء لم تضرب عليهم إلا برضاهم
قطعاً وهذا حسن . قال السرخسي : وإنما يشترط رضا المتحاكمين إذا
لم يكن أحدهما القاضي نفسه ، فإن كان ، فهل يشترط رضا الآخر ؟
فيه اختلاف نص ، والمذهب أنه لا يشترط ، وليكن هذا مبنياً على جواز
الاستخلاف إن جاز ، فالرجوع إليه نائب القاضي . قال : ويشترط على
أحد الوجهين كون المتحاكمين بحيث يجوز للمحكم أن يحكم لكل واحد
منهما ، فإن كان أحدهما ابنه أو أباه ، لم يجز . وليس للمحكم الحبس ،
بل غايته الإثبات والحكم وقيل : يحبس وهو شاذ وهل يلزم حكمهما (١)
بنفس الحكم كحكم القاضي أم لا يلزمه إلا بتراضيهما بعد الحكم ؟
فيه قولان ، ويقال : وجهان ، أظهرهما الأول ، ومتى رجع أحدهما قبل
الحكم ، امتنع الحكم حتى لو أقام المدعي شاهدين ، فقال المدعى عليه :
عزلتك ، لم يكن له أن يحكم . وقال الاصطخري : إن أحس المدعى
عليه بالحكم فرجع ، ففي تمكنه من الرجوع وجهان خرجهما ، والمذهب
الأول . وإذا جوزنا التحكيم في غير الأموال . فخطب امرأة ، وحكما
رجلاً في التزويج ، كان له أن يزوج قال الروياني : وهذا هو الأصح ،
واختيار الاستاذين أبي إسحاق الإسفراييني ، وأبي طاهر الزيادي
وغيرهما من المشايخ ، وإنما يجوز فيه التحكيم إذا لم يكن لهما ولي

خاص من نسيب أو معتق ، و شرط في بعض الشروح أن لا يكون هناك قاض ، وحكى صاحب « العدة » القاضي أبو المكارم الطبري ابن أخت الروياني وجهين في اشتراطه • وليكن هذا مبنياً على الخلاف في أنه هل يفرق في التحكيم بين أن يكون في البلد قاض أم لا ، وإذا رفع حكم المحكم إلى القاضي ، لم ينقضه إلا بما ينقض قضاء غيره •

المسألة السادسة في أحكام منشورة تتعلق بالتولية •

يجب على الإمام نصب القاضي في كل بلدة وناحية خالية عن قاض . فإن عرف حال من يوليه عدالة وعلماً ، فذاك ، وإلا أحضره ، وجمع بينه وبين العلماء ليعرف علمه ، ويسأل عن سيرته جيرانه وخطأه ، فلو ولى من لا يعرف حاله • لم تنعقد توليته ، وإن علم بعد ذلك كونه بصفة القضاء ، ويجوز أن يجعل الإمام نصب القاضي إلى والي الإقليم وأمير البلدة . وإن لم يكن المجهول إليه صالحاً للقضاء ، لأنه وكيل محض ، وكذا لو فوض إلى واحد من المسلمين اختيار قاض ، ثم ليس له أن يختار والده ولا ولده • كما لا يختار نفسه • ولو قال لأهل بلد : اختاروا رجلاً منكم • وقلدوه القضاء ، قال ابن كج : جاز على الأصح • ويشترط في التولية تعيين محل ولايته من قرية ، أو بلدة ، أو ناحية ، ويشترط تعيين المولى . فلو قال : ولت أحد هذين أو من رغب في القضاء ببلدة كذا من علمائها ، لم يجز • ولو قال : فوشت القضاء إلى فلان وفلان • فهذا نصب قاضين • وفي « الأحكام السلطانية » للقاضي الماوردي : إن تولية القضاء تنعقد بما تنعقد به الوكالة ، وهو المشافهة باللفظ ، والمراسلة : والمكاتبة عند الغيبة ، ويجيء في المراسلة وامكانه خاص كما سبق في الوكالة . وإن كان المذهب الصحة كما ذكره • وفيه أن صريح اللفظ : وليت القضاء ، واستخلفتك ، واستبنتك ، ولم يذكر التفويض بصيغة الأمر • كقوله : اقض بين الناس ، أو احكم ببلدة كذا • وهو

ملحق بالصرائح ، كما في الوكالة • وفيه أن الكنايات : اعتمدت عليك في القضاء ، أو رددته إليك ، أو اعتمدت ، أو فوضت ، أو وكلت ، أو أسندت ، وينبغي أن يقترن بها ما يلحقها بالصرائح ولا يكاد يتضح^(١) فرق بين : وليتك القضاء ، وفوضته إليك •

قلت : الفرق واضح فإن قوله : وليتك متعين لجعله قاضياً ، وفوضت إليك محتمل أن يراد توكيله في نصب قاض • والله أعلم

وفيه أن عند المشافهة يشترط القبول على الفور ، وفي المراسلة والمكاتبة لا يشترط الفور ، وقد سبق في الوكالة خلاف في اشتراط القبول . وأنه إذا اشترط ، فالأصح أنه لا يعتبر الفور فليكن هكذا هنا •

فرع

يجوز تعيين التولية وتخصيصها ، إما في الأشخاص بأن يوليه القضاء بين سكان محلة أو قبيلة ، أو في خصومات شخصين معينين ، أو ولاء القضاء بين من يأتيه في داره أو في مسجده من الخصوم ، وإما في الحوادث بأن يوليه القضاء في الأنكحة دون الأموال أو عكسه ، أو في قدر معين من المال ، وإما في طرف الحكم بأن يوليه القضاء بالإقرار دون البينة أو عكسه ، وإما في الأمكنة وهو ظاهر ، وإما في الأزمنة بأن يوليه سنة أو يوماً معيناً ، أو يوماً سباسب من كل اسبوع • وحكى ابن كج وجهاً أنه إذا قال : وليتك سنة ، بطلت التولية كما في الإمامة •

(١) في الأصل : يصح •

والمذهب الأول كالوكالة ، ولو كان كالإمامة ، لما جاز باقي التخصيصات .
ومن ولي القضاء مطلقاً ، استفاد سماع البيعة والتحليف ، وفصل
الخصومات بحكم بات أو إصلاح عن تراض ، واستيفاء الحقوق
والحبس عند الحاجة والتعزير ، وإقامة الحدود ، وتزويج من ليس لها
ولي حاضر^(١) ، والولاية في مال الصغار والمجانين والسفهاء والنظر في
الضوال وفي الوقف حفظاً للأصول ، وإيضالاً للغلات^(٢) إلى مصارفها
بالفحص عن حال المتولي إذا كان لها متول ، وبالقيام به إذا لم يكن .
قال الماوردي : ويعم نظره في الوقوف العامة والخاصة ، لأن الخاصة
ستنتهي إلى العموم والنظر في الوضايا وتعيين المصروف إليه إن كانت
لجهة عامة بالقيام بها إن لم يكن وصي ، وبالفحص عن حاله إن كان ،
والنظر في الطرق ، والمنع من التعدي فيها بالأبنية ، وإشراع مالا يجوز
إشراعه قال القاضي أبو سعد الهروي : ونصب المفتين والمحتسبين وأخذ
الزكوات . وفصل الماوردي أمر الزكوات ، فقال : إذا أقام الإمام لها
ناظراً خرجت عن عموم ولاية القاضي ، والا فوجهان ، ويشبه أن يطرد
هذا التفصيل ، في المحتسبين ، وكذا القول في إقامة^(٣) صلاة الجمعة
والعيد ، ويقرب من هذه الأمور نصب الأئمة في المساجد ، وليس
للقاضي جباية الجزية والخراج بالتولية المطلقة على الأصح .

الطرف الثاني في العزل والابتنال وفيه مسائل :

الأولى : إذا جن ، أو أغمي عليه ، أو عمي ، أو خرس ، أو خرج
عن أهلية الضبط والاجتهاد لغفله أو نسيان لم ينفذ حكمه ، وكذا لو

(١) في نسخ الظاهرية : خاص .

(٢) في الأصل : للغات .

(٣) في الأصل : إمام .

فسق على الأصح ، فلو زالت هذه الأحوال ، ففي عود ولايته من غير تولية مستأنفة وجهان سبقا في كتاب الوصايا ، الأصح ، لا يعود ، وقطع السرخسي بعودها في صورة الإغماء • ولو أخبر الإمام بموت القاضي أو فسقه ، فولى قاضياً ، ثم بان خلافه ، لم يقدح في تولية الثاني •

الثانية : في الحال الذي يجوز فيه عزله ، فإن ظهر منه خلل ، فلإمام عزله ، قال في « الوسيط » : ويكفي فيه غلبة الظن • وإن لم يظهر خلل ، نظر إن لم يكن من يصلح للقضاء ، لم يجوز عزله ، ولو عزله ، لم ينزل ، وإن كان هناك صالح ، نظر إن كان أفضل منه ، جاز عزله وانزل المفضل بالعزل ، وإن كان مثله أو دونه ، فإن كان في العزل به مصلحة من تسكين فتنة ونحوها ، فللإمام عزله به ، وإن لم يكن فيه مصلحة ، لم يجوز ، فلو عزله ، نفذ على الأصح مراعاة لطاعة السلطان ، ومتى كان العزل في محل النظر ، واحتمل أن يكون فيه مصلحة ، فلا اعتراض على الإمام فيه ، ويحكم بنفوذه وفي بعض الشروح أن تولية قاض بعد قاض هل هي عزل للأول ؟ وجهان ، وليكونا مبنيين على أنه هل يجوز أن يكون في بلد قاضيان •

فرع

هل ينزل القاضي قبل أن يبلغه خبر العزل ؟ قيل : قولان كالوكيل ، والمذهب القطع بأنه لا ينزل قبله . لعظم الضرر في نقض^(١) أقضيته . ثم الخلاف فيما إذا عزله لفظاً ، أو كتب إليه : أنت معزول . أو عزلتك . فأما إذا كتب إليه : إذا أتاك كتابي هذا . فأنت معزول . فلا ينزل قبل أن يصله الكتاب قطعاً . وإن كتب إذا قرأت كتابي فأنت

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : بعض .

معزول ، لم ينعزل قبل القراءة ، ثم إن قرأ بنفسه انعزل ، وكذا إن قرىء عليه على الأصح ، لأن الغرض إعلامه بصورة الحال . ولو كان القاضي أمياً وجوزناؤه ، فقرىء عليه ، فالانعزال أولى .

فرع

للقاضي أن يعزل نفسه ، كالوكيل وفي « الإقناع » للماوردي أنه إذا عزل نفسه لا ينعزل إلا بعلم من قلده .

المسألة الثالثة : فيمن ينعزل بموت القاضي وانعزاله ، فينعزل به كل مأذون له في شغل معين ، كبيع على ميت أو غائب ، وسماع شهادة في حادثة معينة ، وأما من استخلفه في القضاء ، ففيه ثلاثة أوجه ، أحدها : ينعزل كالوكيل ، والثاني : لا ، للحاجة ، وأصحها ينعزل إن لم يكن القاضي مأذوناً له في الاستخلاف ، لأن الاستخلاف في هذا لحاجته ، وقد زالت بزوال ولايته ، وإن كان مأذوناً له فيه لم ينعزل إن كان قال : استخلف عني فامتثل ، وإن قال : استخلف عن نفسك ، أو أطلق ، انعزل ، ولو نصبه الإمام نائباً عن القاضي ، قال السرخسي : لا ينعزل بموت القاضي وانعزاله ، لأنه مأذون له من جهة الإمام ، وفيه احتمال ، ويتخرج على هذا الخلاف أن القاضي هل له عزل خليفته .

فرع

القوام على الأيتام والأوقاف جعلهم الغزالي كالخلفاء ، والمذهب الذي قطع به الأصحاب الجزم بأنهم لا ينعزلون بموت القاضي وانعزاله ، لثلاث تعطل أبواب المصالح وهم كالمثولي من جهة الواقف .

فرع

القضاة والولاة لا ينعزلون بموت الإمام الأعظم ، وانعزاله لشدة

الضرر في تعطيل الحوادث •

المسألة الرابعة إذا قال القاضي بعد الانعزال : كنت حكمت لقلاق بكذا لم يقبل إلا بيينة ، وهل تقبل شهادته بذلك مع آخر ؟ وجهان قال الاصطخري : نعم ، والصحيح باتفاق الأصحاب المنع ، لأنه يشهد على فعل نفسه ، فعلى هذا لو شهد مع غيره أن حاكماً جائز الحكم حكم بكذا ، ولم يصف إلى نفسه ، قبلت شهادته على الأصح ، كما لو شهدت المرضعة برضاع محرم ، ولم يذكر فعلها • ووجه المنع أنه قد يريد نفسه ، فوجب البيان ، ليزول اللبس ، والوجهان مفرعان على أنه لو قامت البيينة على حكم حاكم ، قبلت ولا يشترط تعيينه ، وهذا هو المذهب والمعروف ، وأشار بعضهم إلى وجه آخر ، فعلى هذا الوجه لا تقبل شهادة واحد منهما • ثم يجوز أن يقال : الوجهان فيسا إذا لم يعلم القاضي أنه يشهد على فعل نفسه ، فإن علم ، فهو كما لو أضاف • ويجوز أن يقال : هما إذا علم ، فإن لم يعلم قبل قطعاً لجواز إرادة غيره ، وعلى هذا الاحتمال لو شهد المعزول أن حاكماً حكم بكذا ، وشهد معه آخر أن المعزول حكم به ، وجب أن نقبل ، لأننا على هذا التقدير لانعتني إلا بتصحيح الصيغة •

قلت : الاحتمال الأول هو الصحيح • والله أعلم •

ولو شهد المعزول أنه ملك فلان ، أو أن فلاناً أقر في مجلس حكسي بكذا ، قبلت شهادته ، لأنه لم يشهد على فعله ، وقول القاضي في غير محل ولايته : حكمت لفلان بكذا ، كقول المعزول • وأما إذا قال قبل العزل : حكمت بكذا ، فيقبل لقدرته على الانشاء في الحال وحتى لو قال على سبيل الحكم : نساء القرية طوالق من أزواجهن ، قبل قوله ، ولا حاجة إلى حجة •

فرعان

ذكرهما الهروي ، أحدهما : قال القاضي المعزول : المال الذي في يد هذا الأمين دفعته إليه أيام قضائي ليحفظه لزيد ، وقال الأمين : إنه لعمرؤ ، وما قبضته منك ، فالقول قول الأمين ، وإن وافقه على القبض منه ، فالقول قول القاضي . الثاني : يجوز أن يكون الشاهدان بحكم القاضي هما اللذان شهدا عنده ، وبحكم بشهادتهما ، لأنهما يشهدان على فعل القاضي . قال الأستاذ أبو ظاهر : وعلى هذا تفقحت ، وأدركت القضاة .

الخامسة : ليس على القاضي تتبع أحكام القاضي قبله ، لأن الظاهر منها السداد ، وله التتبع على أحد الوجهين ، واختاره الشيخ أبو حامد احتياطاً . وإذا جاءه متظلم على القاضي المعزول ، وطلب إحضاره ، لم يسارع إلى إجابته ، فقد يقصد ابتذاله ، بل يسأله عما يريد منه ، فإن ذكر أنه يدعي عليه عيناً ، أو دين معاملة ، أو إتلاف أو غصب ، أحضره ، وفصل خصومتها ، كغيرهما . ولو قال : أخذ مني كذا على سبيل الرشوة المحرمة ، أو أخذ مني مالا بشهادة عبيدين أو غيرهما ممن لا تقبل شهادته ، ودفعه إلى فلان ، فكذلك الجواب ، لأن هذا الأخذ كالغصب ، وأما فلان الذي ادعى الدفع إليه ، فإن قال : أخذته بحكم المعزول لي ، لم يقبل قوله ، ولا قول المعزول له ، بل يحتاج إلى بينة تشهد على حكم المعزول له أيام قضائه ، وإن لم يكن بينة ، اتزرع منه المال ، وإن اقتصر على أنه لي ، ولم يتعرض الآخذ من المدعي لحكم المعزول ، فالقول قوله بيمينه ، ولو لم يتعرض المتظلم للأخذ ، بل قال : حكم علي بشهادة عبيدين ونحوهما ، فقد حكى الغزالي وجهاً أن دعواه لاتسع ، ولا يصغى إليه وهذا الوجه خطأ لانعرفه لأحد من الأصحاب ، بل اتفق الأصحاب على أن دعواه مسوعة ، وبينته محكوم بها ، ولكن هل يحضر المعزول بمجرد دعواه وجهان : أحدهما

نعم كغيره ، والثاني : لا يحضره إلا بيئته تقوم بما يدعيه ، أو على إقرار
المعزول بما يدعيه ، لأن الظاهر جريان أحكامه على الصواب ، فيكفي
هذا الظاهر حتى تقوم بيئته بخلافه ، وعلى هذا فليس المراد أن البيئته
تقام في غيبته^(١) ، ويحكم بها لكن الغرض أن يكون إحضاره ثبت فيقيم
المدعي شهوداً يعرف القاضي بهم أن لدعواه أصلاً وحقائقه ، ثم إذا
حضر المعزول ادعى المدعي ، وشهد الشهود في وجهه ، فإن أحضر بعد
البيئته أو من غير بيئته ، فأقر ، طوبى بمقتضاه ، وإن أنكر صدق يمينه
على الأصح عند العراقيين والرويانى كالمودع وسائر الأمناء ، وقيل :
يصدق بلا يمين ، وبه قال ابن القاص ، والاصطخري ، وصاحب
« التقریب » والماوردي ، وصححه الشيخ أبو عاصم ، والبغوي . ولا
فرق في ذلك بين أن يدعي عليه الحكم في مال أو دم حتى إذا ادعى
عليه أنه قتل ظلماً بالحكم جرى الخلاف في أن إحضاره هل يتوقف على
بيئته ، وأنه إذا أنكر هل يحلف ؟ ولو ادعى على نائب المعزول في القضاء ،
فهو كالدعوى على المعزول ، وأما أمناءه الذين يجوز لهم أخذ الأجرة
فلو حوسب بعضهم فبقي عليه شيء ، فقال : أخذت هذا المال أجرة
علي ، فصدقه المعزول ، لم ينفعه تصديقه ، بل يسترد منه ما يزيد على
أجرة المثل ، وهل يصدق يمينه في أجرة المثل ؟ وجهان ، أحدهما :
لا ، بل عليه البيئته بجريان ذكر الأجرة . والثاني : نعم ، لأن الظاهر أنه
لا يعمل مجاناً . قال الإمام : والخلاف مبني على أن من عمل لغيره
ولم يسم أجرة ، هل يستحقها ؟

فرع

لو ادعى رجل على القاضي الباقي على قضائه ، نظر إن ادعى
ما لا يتعلق بالحكم ، حكم بينهما خليفته أو قاض آخر ، وإن ادعى
ظلماً في الحكم ، وأراد تغريمه ، لم يمكن ، ولا يحلف القاضي ولا تغني

(١) في الاصل : عينيه .

إلا البينة ، وكذا لو ادعى على الشاهد أنه شهد بالزور ، وأراد تغريمه ،
لأنهما أمينان شرعاً • ولو فتح باب تحليفهما لتعطل القضاء ، وأداء
الشهادة ، وكذا الحكم لو قال للقاضي : قد عزلت ، فأنكر وعن الشيخ
أبي حامد أن قياس المذهب التحليف في جميع هذا كسائر الأمانات إذا
ادعت خيانتهم •

الباب الثاني في جامع آداب القضاء فيه اطراف :

الأول في آداب متفرقة وهي عشرة :

الأول : أن يكتب الإمام كتاب العهد لمن ولاه القضاء ، ويذكر
فيه ما يحتاج القاضي إلى القيام به ، ويعظه فيه ، فإن كان يبعثه إلى
بلد آخر ، نظر إن كان بعيداً لا ينتشر الخبر إليه ، فليشهد شاهدين
على التولية على الوجه الذي تضمنه الكتاب ويقرأه ، أو يقرؤه الإمام
عليهما ، فإن قرأ غير الإمام ، فالأحوط أن ينظر الشاهدان فيه ، ثم
يخرج الشاهدان معه ، فيخبران بالحال هناك ، قال الأصحاب : وليس
هذا على قواعد الشهادات ، إذ ليس هناك قاض يؤدي عنده الشهادة •
ولو أشهد ولم يكتب ، كفى ، فإن الاعتماد على الشهود وإن كان
البلد قريباً ينتشر الخبر إليه ويستفيض ، فإن أشهد شاهدين يخرجان
معه كما ذكرنا ، فذاك ، وإلا ففي الاكتفاء بالاستفاضة وجهان ، أحدهما :
المنع ، وبه قال أبو إسحاق ، لأن العقود لا تثبت بالاستفاضة ، كالوكالة
والإجارة ، وأصحهما الاكتفاء ، وبه قال الاصطخري : إذ لم ينقل عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا عن الخلفاء الإشهاد ، ومن
الأصحاب من أطلق الوجهين ، ولم يفرق بين البلد البعيد والقريب ،
ويشبه أن لا يكون خلاف ، ويكون التعويل على الاستفاضة ، ولا
يجوز اعتماد مجرد الكتابة بغير استفاضة ، ولا إشهاد هذا هو المذهب
وللفهم من كلام الجمهور • وذكر الغزالي في اعتماده وجهين •

الأدب الثاني : إذا أراد الخروج إلى بلد قضائه ، سأل عن حال من فيه من العدول والعلماء ، فإن لم يتيسر ، سأل في الطريق حتى يدخل على علم بحال البلد ، فإن لم يتيسر ، سأل حين يدخل ، ويستحب أن يدخل يوم الاثنين •

قلت : قال الأصحاب : فإن تعسر يوم الاثنين فالخمس ، وإلا فالسبت ، والله اعلم •

وأن يكون عليه عمامة سوداء ، فقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل مكة يوم الفتح وعليه عمامة سوداء ، وأن ينزل في وسط البلد أو الناحية ، لئلا يطول الطريق على بعضهم ، وإذا دخل ، فإن رأى أن يشتغل في الحال بقراءة العهد ، فعل ، وإن رأى أن ينزل منزله ، ويأمر منادياً ينادي يوماً فأكثر أو أقل على حسب صغر البلد أو كبره أن فلاناً جاء قاضياً ، وأنه يخرج يوم كذا لقراءة العهد ، فمن أحب ، فليحضر ، فإذا اجتمعوا ، قرأ عليهم العهد ، وإن كان معه شهود ، شهدوا ثم ينصرف إلى منزله ، ويستحضر الناس ، ويسألهم عن الشهود والمركين سراً وعلاية • قال الأصحاب : ويتسلم ديوان الحكم وهو ما كان عند القاضي قبله من المحاضر والسجلات ، وحجج الأيتام والأوقاف ، وحجج غيرهم المودعة في الديوان ، لأنها كانت في يد الأول بحكم الولاية ، وقد انتقلت الولاية إليه ، ثم إذا أراد النظر في الأمور نظر أولاً في المحبوسين هل يستحقونه أم لا ؟ ويأمر قبل أن يجلس للنظر فيهم من ينادي يوماً فأكثر على حسب الحاجة أن القاضي ينظر في المحبوسين يوم كذا ، فمن له محبوس ، فليحضر ، ويبحث إلى الحبس أميناً ليكتب اسم كل محبوس وما حبس به ، ومن حبس له في رقعة • وذكر القاضي أبو الطيب أنه يبحث أمينين وهو أحوط • فإذا جلس في اليوم الموعود ، وحضر الناس ، صبت الرقاع بين يديه ، فيأخذ رقعة

وينظر في الاسم المثبت فيها ، ويسأل عن خصمه فمن قال : أنا خصمه .
بعث معه ثقة إلى الحبس ليأخذ بيده ويحضره ، وهكذا يحضر من
المحبوسين من يعرف أن المجلس يحتل النظر في أمرهم وفي « أمالي »
السرخسي أنه يقرع بينهم للابتداء • وإذا اجتمع عنده المحبوس وخصمه ،
سأل المحبوس عن سبب حبسه ، وجوابه يفرض على وجوده . منها أن
يعترف أنه حبس بحق ، فإن كان ما حبس به مالا ، أمر بأدائه . فإن
قال : أنا معسر ، فعلى ما سبق في التفليس ، فإن لم يؤد ولم يثبت
إعساره ، رد إلى الحبس ، وإن أدى أو ثبت إعساره نودي عليه ،
فعل له خصما آخر ، فإن لم يحضر أحد خلي ، وإن كان ما حبس به
حدا ، أقيم عليه ، وخلي كما ذكرناه • ومنها أن يقول : شهدت على
بينة ، فحبسني القاضي لبحث عن حال الشهود ، ففي جواز الحبس
بهذا السبب خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى ، فإن قلنا : لا يحبس به ،
أطلقه ، وإلا رده ، وبحث عن حال الشهود ، ومنها أن يقول : حبست
بخسر أو كلب أتلفته على ذمي ، وهذا القاضي لا يعتقد التغريم بذلك ،
فالأظهر أنه يمضيه ، والثاني : يتوقف ، ويسعى في اصطلاحهما على
شيء • ومنها أن يقول : حبست ظلماً ، فإن كان الخصم معه ، فعلى
الخصم البينة ، ويصدق المحبوس بيمينه ، فإن ذكر خصماً غائباً ،
فقليل : يطلق قطعاً ، والأصح أنه على وجهين ، فإن قلنا : لا يطلق حبس ،
أو يؤخذ منه كليل ، ويكتب إلى خصمه في الحضور ، فإن لم يفعل ،
أطلق حينئذ ، وإن قال : لا خصم لي أصلاً ، أو قال : لا أدري فيم
حبست ، نودي عليه لطلب الخصم ، فإن لم يحضر أحد ، حلف وأطلق
قال في « الوسيط » : وفي مدة المناداة لا يحبس ، ولا يخلى بالكلية ،
بل يرتقب ، وحيث أطلق الذي ادعى أنه مظلوم لا يطالب بكفيل على الأصح •

فرع

لو كان قد حبسه الأول تعزيراً^(١) قال الغزالي : أطلقه الثاني ، ولم يتعرض الجمهور لهذا ، فإن بات جنايته عند الثاني ، ورأى إدامة حبسه ، فالقياس الجواز .

فرع

فإذا فرغ من المحبوسين ، نظر في الأوصياء ، فإذا حضر من ادعى أنه وصي ، بحث الحاكم عن شئنين أحدهما أصل الوصاية ، فإن أقام بينة أن القاضي المعزول تفذ وصايته ، وأطلق تصرفه ، قرره ، ولم يعزله إلا أن يطراً فسقه ونعوه وينعزل ، فينزاع المال منه ، وإن شك في عدالته فوجهان ، قال الاصطخري : يقر^(٢) المال في يده ، لأن الظاهر الأمانة ، وقال أبو إسحاق : ينتزعه حتى تثبت عدالته ، وإن وجده ضعيفاً ، أو كان المال كثيراً لا يمكنه القيام بحفظه ، والتصرف فيه ، ضم إليه من يعينه ، والثاني تصرفه في المال ، فإن قال : فرقت ما أوصى به ، نظر إن كانت الوصية لمعينين ، لم يتعرض له ، لأنهم يطالبون إن لم يكن وصلهم ، وإن كانت لجهة عامة ، فإن كان عدلاً أمضى تصرفه ولم يضمه ، وإن كان فاسقاً ، ضمته لتعديده بالتفريق بغير ولاية صحيحة ، ولو فرق الثلث الموصى به غير الوصي خوفاً عليه من أن يضيع ، نظر إن كانت الوصاية لمعينين ، وقع الموقع ، لأن لهم أن يأخذوه بلا واسطة ، وإلا فيضمن على الأصح .

فرع

ثم بعد الأوصياء ينظر في أمناء القاضي المنصوبين على الأطفال ،

(١) في الأصل : تقريراً .

(٢) في نسخ الظاهرية : « هذا » بدل « يقر » .

وتفرقة الوصايا ، فمن تغير حاله بفسق أو غيره ، فعلى ما ذكرناه في الأوصياء ومن لم يتغير حاله ، أقره ، قال الروياني : وله أن يعزله ويولي غيره بخلاف الأوصياء ، لأن الأمين يولي من جهة القاضي بخلاف الوصي .

فرع

ثم ينظر في الأوقاف العامة والمتولين لها ، وفي اللقط والضوال ، فما لا يجوز تملكه للملتقط ، أو يجوز ولم يختَر تملكه بمسد الحول ، حفظه على صاحبه ، أو باعه ، وحفظ ثمنه لمصلحة المالك ، وله أن يحفظ هذه الأموال معزولة عن أمثالها في بيت المال ، وله أن يخلطها^(١) بمثلها . فإذا ظهر المالك ، غرم له من بيت المال .

فرع

ليقدم من كل نوع من ذلك الأهم فالأهم ، وإن عرضت حادثة وهو مشغول بهذه المهمات استخلف من ينظر في تلك الحالة أو فيما هو فيه .

الأدب الثالث : يرتب القاضي بعد المذكورات أمر الكتاب والمزكين والمترجمين ، أما الكتاب فللحاجة إلى كتابة المحاضر والسجلات ، والكتب الحكيمة ، لأن القاضي لا يتفرغ لها غالباً . ويشترط في الكاتب أن يكون عارفاً بما يكتبه من المحاضر وغيرها ، وأن يكون مسلماً عدلاً . وفي « المهذب » وجه أن الإسلام والعدالة ليسا بشرط بل مستحبان ، لأن القاضي لا يمضي ما كتبه حتى يقف عليه ، وليس بشيء . ويستحب أن يكون فقيهاً وافر العقل ، غنياً عن الأطماع ، جيد الخط ،

(١) في الأصل : يحفظها .

ضابطاً للحروف ، وأن يجلسه القاضي بين يديه ليسلي عليه ، ويشاهد ما يكتبه . وأما المزكون فمسيأتي فيهم فصل مفرد إن شاء الله تعالى .
وأما المترجمون ، فللحاجة إلى معرفة كلام من لا يعرف القاضي لغته من خصم أو شاهد ، ويشترط في المترجم التكليف والحرية والعدالة ، لأنه ينقل إلى القاضي قولاً لا يعرفه ، فأشبهه الشاهد والمزكي بخلاف الكاتب ، ولهذه العلة شرطنا العدد فيه وفي المزكي . قال الأصحاب : فإن كان الحق مما ثبت برجل وامرأتين ، قبلت الترجمة من رجلين أو من رجل وامرأتين ، وانفرد الإمام باشتراط رجلين ، واختاره البغوي لنفسه . وأما النكاح والعنق وسائر مالا يثبت إلا برجلين . فيشترط في ترجمته^(١) رجلان ، وفي الزنا هل يكفي رجلان أم يشترط أربعة ؟ قولان كالشهادة على الإقرار بالزنا . وقيل : يكفي رجلان قطعاً ، ولو كان الشاهدان أعجميين فهل يكفي لهما مترجمان أم يشترط لكل مترجمان ؟ قولان كشهود الفرع ، وبالأول قطع العبادي في «الرقم» ، ويجوز أن يكون المترجم أعشى على الأصح ، لأنه يفسر اللفظ ، ولا يحتاج إلى معينة وإشارة بخلاف الشهادة ، وإذا كان بالقاضي صمم ، واحتاج إلى من يسمعه فثلاثة أوجه أصحها : يشترط العدد بالمترجم ، والثاني : لا ، لأن المسمع لو غير أنكر عليه الخصم ، والحاضرون بخلاف المترجم . والثالث : إن كان الخصمان أصميين ، اشترط ، لأن غيرهما لا يعتني اعتناءهما ، وإن كانا سميعين ، فلا . فأما إسماع الخصم ما يقوله القاضي ، وما يقوله الخصم ، فحكى الروياني عن القفال ، أنه لا يشترط فيه العدد ، وإذا شرطنا العدد ، اشترط لفظ الشهادة على الأصح ، فيقول : أشهد أنه يقول كذا ، ومن منع ، قال : ليست بشهادة محققة ، وإذا لم يشترط العدد ، اشترطت الحرية على الأصح ، كهلال رمضان ،

(١) في الأصل : ترجمة .

ولا يسلك به مسلك الروايات وليجري الخلاف في لفظ الشهادة والحرية مع بعده من المترجم^(١) ، ويشبه أن يكون الاكتفاء بإسراع رجل وامرأتين في المال على ما ذكرنا في المترجم •

فرع

إذا لم يجد القاضي كفاية ، فله أن يأخذ رزقاً من بيت المال ليتفرغ للقضاء ، وإن وجدها وتعين عليه . لم يجز أخذ شيء ، وإلا فيجوز • ويستحب ترك الأخذ ، ولا يجوز عقد الإجارة على القضاء ، وفي فتاوى القاضي حسين وجه أنه يجوز^(٢) ، والمذهب الأول وبه قطع الجمهور ، وينبغي للإمام أن يجعل من بيت المال شيئاً مع رزق القاضي لشن ورق المحاضر والسجلات ، ولأجرة الكاتب ، فإن لم يكن في بيت المال شيء أو احتيج إليه لما هو أهم . فإن أتى المدعي بورقة ثبت فيها خصومته وشهادة الشهود ، وبأجرة الكاتب ، فذاك ، وإلا فلا يجبر عليه ، لكن يعلمه القاضي أنه إذا لم يثبت ما جرى ، فقد تنسى شهادة الشهود وحكم نفسه . وليكن رزق القاضي بقدر كفايته وكفاية عياله على ما يليق بحالهم من النفقة والكسوة وغيرها ، وكذا الإمام يأخذ لنفسه ما يليق به من الخيل والعلمان . والدار الواسعة ، ولا يلزمه الاقتصار على ما اقتصر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدون رضي الله عنهم ، لأنه قد بعد العهد بزمان النبوة التي كانت سبب النصر وإلقاء الرعب والهيبة في القلوب ، فلو اقتصر الإمام اليوم على ذلك ، لم يطع ، وتعطلت الأمور • ولو رزق الإمام القاضي من مال نفسه ، أو رزقه أهل ولايته ، أو واحد منهم فالذي خرجه صاحب « التلخيص » أنه لا يجوز له قبوله ، وقد سبق في الأذان أنه يجوز أن يكون رزق المؤذن

(١) في نسخ الظاهرية : في المترجم •

(٢) في الأصل : لا يجوز •

من مال الإمام ، أو أحد الرعية ، ويجوز أن يفرق بأن ذلك لا يورث تهمة وميلاً في المؤذن بخلاف القاضي ، وكما يرزق الإمام القاضي من بيت المال يرزق أيضاً من يرجع مصلحة عمله إلى عامة المسلمين كالأمير والمفتي والمحاسب ، وإمام الصلاة والمؤذن ، ومن يعلم الناس القرآن ، ومن يقيم الحدود والقاسم ، وكاتب الصكوك ، فإن لم يكن في بيت الملك شيء ، لم يعين قاسماً ولا كاتباً لئلا يغالي بالأجرة والحق بهؤلاء المقوم ، وفي المترجم وجهان ، أصحهما : يرزق من بيت المال كهؤلاء ، والثاني : لا ، كالوكيل قاله ابن القاص ، وأبو زيد ، وعلى هذا فمؤنة ما يترجم به للسدعي عليه على المدعى عليه ، والمسمع كالمترجم ، ففسي مؤنته الوجهان ، وهما جاريان في المزكي ، والقول في الشاهد يأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى .

الأدب الرابع : يستحب أن يكون مجلس القضاء فسيحاً بارزاً نزهاً لا يؤذي فيه حر ولا برد وريح وغبار ودخان ، فيجلس في الصيف حيث يليق به ، وكذا في الشتاء وزمن الرياح ، واستحب أبو عبيد بن جربويه وغيره من الأصحاب أن يكون موضع جلوسه مرتفعاً كدكة ونحوها ليسهل عليه النظر إلى الناس ، وعليهم المطالبة ، وحسن أن يوطأ له الفراش ، وموضع الوسادة ، ليعرفه الداخل ، ويكون أهيب عند الخصوم ، وأرفق بالقاضي لئلا يمل ، والمستحب أن يكون مستقبل القبلة ، ولا يتكئ ، ويستحب أن لا يتخذ المسجد مجلساً للقضاء ، فإن اتخذ ، كره على الأصح ، لأنه ينزه عن رفع الأصوات ، وحضور الحيض ، والكفار والمجانين وغيرهم ممن يحضرون مجلس القضاء ، والثاني : لا يكره كما لا يكره الجلوس فيه لتعليم القرآن وسائر العلوم والإفتاء ، وإذا أثبتنا الكراهة ، فهي في إقامة الحد أشد ، وكراهة اتخاذه مجلساً للقضاء كراهة تنزيه ، فإن ارتكبها لم يمكن الخصوم من

الاجتماع فيه والمشاكمة ونحوها ، بل يقدون خارجة ، وينصب من يدخل خصمين خصمين ، ولو اتفقت قضية أو قضاياء وقت حضوره في المسجد لصلاة أو غيرها ، فلا بأس بفصلها ، وإذا جلس للقضاء ولا زحمة ، كره أن يتخذ حاجباً على الأصح ، ولا كراهة فيه في أوقات خلوته على الصحيح .

الأدب الخامس : يكره أن يقضي في كل حال يتغير فيه خلقه ، وكمال عقله لغضب أو جوع أو شبع مغرطين أو مرض مؤلم ، وخوف مزعج ، وحزن وفرح شديدين ، وغلبة نعاس أو ملال أو مدافعة أحد الأخشين ، أو حضور طعام يتوق إليه ، ثم قال الإمام واليغوي وغيرهما : الكراهة فيما إذا لم يكن الغضب لله تعالى ، وظاهر كلام آخرين أنه لا فرق ، ولو قضى في هذه الحال ، نفذ .

فصل

إذا أقر المدعى عليه أو نكل ، فحلف المدعي ، ثم يسأل المدعي القاضي أن يشهد على أنه أقر عنده أو نكل ، وحلف المدعي ، لزمه إجابته . ولو أقام بينة بما ادعاه ، وسأل القاضي الإشهاد عليه ، لزمه أيضاً في الأصح ، ولو حلف المدعى عليه ، وسأله الإشهاد ليكون حجة له ، فلا يطالبه مرة أخرى ، لزمه إجابته ، وإن سأله أحد المتداعين أن يكتب له محضراً بما جرى ليحتج به إذا احتاج ، نظر إن لم يكن عنده قرطاس من بيت المال ، ولم يأت به الطالب ، لم يلزمه إجابته وإن كان فهل يجب أم يستحب ؟ وجهان أصحهما : الاستجاب ، لأن الحق يثبت بالشهود لا بالكتاب ، وإن طلب أن يحكم له بما ثبت ، لزمه الحكم ، فيقول : حكمت له به ، أو أقمنت الحكم به ، أو ألزمت خصمه الحق ، وإذا حكم ، فطلب الإشهاد على حكمه ، لزمه الإشهاد ، وإن طلب أن يكتب له به سجلاً ، فعلى التفصيل والخلاف المذكور في كتابة

المحضر ، ونقل ابن كج وجهاً ثالثاً أنه يجب التسجيل في الدين المؤجل والوقوف وأموال المصالح ، فلا يجب في الحال والحقوق الخاصة ، وسواء أوجبنا الكتابة أم استحبيناهما ، فيحتاج إلى بيان المكتوب ، وأنه كيف يضبط ويحفظ ، أما الأول ، فالمكتوب محضر وسجل ، أما المحضر ، فصورته ، بسم الله الرحمن الرحيم حضر القاضي فلان ابن فلان ، وأحضر معه فلان ابن فلان ، ويرفع في نسبهما ما يفيد التمييز ، وهذا إذا عرفهما القاضي ، ويستحب مع ذلك التعرض لحليتهما طولاً وقصراً في القدر ، وسمة وشقرة في الوجه ، ويصف منهما الحاجب والعين والنم والأنف . وإن لم يعرفهما ، كتب : حضر رجل ذكر أنه فلان ابن فلان ، وأحضر معه رجلاً ذكر هذا المحضر أنه فلان ابن فلان ابن فلان ، ولا بد والحالة هذه من التعرض لحليتهما ، ثم يكتب : وادعى عليه كذا من عين أو دين بصفتهما ، فأقر المدعى عليه بما ادعى ، فإن أنكر ، وأقام المدعي بينة كتب ، فأحضر المدعي فلاناً وفلاناً شاهدين ، وسأل القاضي استماع شهادتهما ، فسمعها في مجلس حكمه ، وثبت عنده عدالتهما ، وسأله أن يكتب محضراً بما جرى ، فأجابه إليه ، وذلك في تاريخ كذا ، ويثبت على رأس المحضر علامته من الحمدلة وغيرها ، ويجوز أن يهمل الشاهدين فيكتب : وأحضر عدلين شهدا له بما ادعاه ، ولو كان مع المدعي كتاب فيه خط الشاهدين ، كتب تحت خطهما : شهد عندي بذلك ، وأثبت علامته في رأس الكتاب ، واكتفى به عن المحضر ، جاز ، وإن كتب المحضر ، وضمنه ذلك الكتاب ، جاز ، وعلى هذا قياس محضر يذكر تحليف المدعى عليه أو المدعي بعد نكول المدعى عليه .

وأما السجل ، فصورته : بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أشهد عليه فلان القاضي بموضع كذا في تاريخ كذا أنه ثبت عنده كذا ، فأقر فلان لفلان ، أو بشهادة فلان وفلان ، وقد ثبتت عدالتهما عنده ، أو يمينه .

بعد نكول المدعى عليه ، وأنه (١) حكم بذلك لفلان على فلان ، وأنفذه
 بسؤال المحكوم له . ويجوز أن يكتب : ثبت عنده ما في كتاب هذه
 نسخته ، وينسخ الكتاب إلى آخره ، ثم يكتب : وانه حكم بذلك
 وكيفية التعرض لنسب المتداعين وحليتهما على ما ذكرنا في المحضر .
 وفي تعليق الشيخ أبي حامد أن ابن خيران لم يجوز للقاضي التسجيل
 إذا لم يعرف المتداعين ، والصحيح الأول ، وإذا كان المتداعيان ، أو
 أحدهما امرأة ، واحتاج إلى إثبات الحلية ، فليكن النظر لذلك ، كالتحمل
 للشهادة ، وأما أنه كيف يضبط ويحفظ ، فينبغي للقاضي أن يجعل
 المحاضر والسجلات نسختين يدفع إلى صاحب الحق إحداها غير
 مختومة ، وتحفظ الأخرى في ديوان القضاء مختومة ، ويكتب على
 رأسها اسم الخصمين ، ويضعها في خريطة أو قمطر ، وهو السقف
 الذي يجمع فيه المحاضر والسجلات ، ويكون بين يديه إلى آخر
 المجلس ، فإذا أراد أن يقوم ، ختمه بنفسه ، أو ختمه أمين وهو ينظر ،
 ثم أمر بحمله إلى موضعه ، ثم يدعو به في اليوم الثاني وينظر في الختم ،
 ويفكه بنفسه أو يفكه (٢) أمينه ، وهو ينظر ويضع فيه كتب اليوم
 الثاني كما ذكرنا ، وهكذا يفعل حتى ينضي الأسبوع ، فإن كثرت ،
 جعلها إضبارة وكتب عليها : خصوصات أسبوع كذا من شهر كذا من سنة
 كذا وسجلاته ، وعزلها . وإن لم يكتب ، تركها حتى يمضي شهر ، ثم
 يعزلها ، فإذا مضت سنة ، جمعها ، وكتب عليها : كتب سنة كذا ليسهل
 الوقوف عليها عند الحاجة ، ويجعلها في موضع لا يعلمه غيره ، وإذا
 احتاج إلى شيء منها تولى أخذه بنفسه ، ونظر أولاً إلى ختمه وعلاماته .

فرع

قال الهروي : إن أوجبنا التسجيل على القاضي ، لم يجز له أخذ

(١) في الأصل : وأن .

(٢) في الأصل : يفكينه .

الأجرة عليه ، وإلا فيجوز • وأطلق بعضهم القول بالجواز ، وهو موافق لمنع الوجوب ، وهو الأصح ، وكذا استجاء المفتي ليكتب الفتوى •

الأدب السادس : يستحب للقاضي المشاورة وإنما يشاور العلماء الأئمة ، ويستحب أن يجمع أصحاب المذاهب المختلفة ليذكر كل واحد دليله فيتأملها القاضي ويأخذ بأرجحها عنده ، ثم الذين يشاورهم إن شاء أقعدهم عنده ، وإن شاء أقعدهم ناحية ، فإذا احتاج استدعاهم •
قلت : الأول أولى • والله أعلم

ثم المشاورة تكون عند اختلاف وجوه النظر ، وتعارض الآراء ، فأما الحكم المعلوم بنص أو إجماع [أو] قياس جلي ، فلا مشاورة فيه وإذا حضر المستشارون ، فإنما يذكرون ما عندهم إذا سألهم ولا يتدثرون بالاعتراض والرد على حكمه إلا إذا كان حكماً يجب نقضه ، كما سيأتي إن شاء الله تعالى ، وذكر الغزالي أنهم يحضرون قبل خروجه ، وهذا وإن كان لم يتعرض له الجمهور يوجه بأنهم بانتظاره أولى كما في الصلاة •

[الأدب] السابع : يكره للقاضي أن يتولى البيع والشراء بنفسه ، بل يوكل من لا يعرفه الناس ، فإن عرفوه بوكالته أبدله ، فإن لم يجد من يوكله ، عقد بنفسه للضرورة ، فإن وقعت خصومة لمعاملة ، أناب من يحكم بينه وبين خصمه خوفاً من أن يميل إليه ، ولا يختص هذا الحكم بالبيع والشراء ، بل يعم الإجارة وسائر المعاملات ، بل نص في « الأم » أنه لا ينظر في تفقة عياله ولا أمر ضيعته ، ويكل إلى غيره ليتفرغ قلبه •

فصل

يحرم على القاضي الرشوة ، ثم إن كان له رزق في بيت المال ، لم يجز أخذ عوض من الخصوم ، فإن لم يكن ، فقال الشيخ أبو حامد :

لو قال للخصمين : لا أقضي بينكما حتى تجعلا لي رزقاً ، جاز ، ومثله عن القاضي أبي الطيب وغيره ، وهذا نحو ما نقل الهروي أن القاضي إذا لم يكن له رزق من بيت المال وهو محتاج ، ولم يتعين عليه القضاء ، فله أن يأخذ من الخصم أجرة مثل عمله ، وإن تعين ، قال أصحابنا : لا يجوز الأخذ وجوزه صاحب « التقريب » وأما باذل الرشوة ، فإن بذلها ليحكم له بغير الحق ، [أو يترك الحكم بحق] حرم عليه البذل ، وإن كان ليصل إلى حقه ، فلا يحرم كفاء الأسير .

قلت : وأما المتوسط بين المرتشي والراشي ، فله حكم موكله منهما ، فإن وكلا ، حرم عليه ، لأنه وكيل للأخذ وهو محرم عليه .
والله أعلم

وأما الهدية فالأولى أن يسد بابها ولا يقبلها ، ثم إن كان للمهدي خصومة في الحال ، حرم قبول هديته في محل ولايته ، وهديته في غير محل ولايته ، كهدية من عاداته أن يهدي [له] قبل الولاية لقراءة أو صداقة ولا يحرم قبولها على الصحيح ، وحكى ابن الصباغ في تحريمها وجهاً وهو [مقتضى] إطلاق الماوردي ، وإن لم يكن له عادة بالهدية قبل الولاية^(١) ، فإن زاد المهدي على القدر المعهود ، صارت هديته كهدية من لم يعهد منه الهدية ، وحيث حكمنا بأن القبول ليس بحرام ، فله الأخذ والتملك ، والأولى أن يثبت عليها أو يضعها في بيت المال ، وحيث قلنا بالتحريم ، فقبلها ، لم يملكها على الأصح ، فعلى هذا لو أخذها ، قيل : يضعها في بيت المال ، والصحيح أنه يردها على مالكها ، فإن لم يعرفه ، جعلها في بيت المال .

(١) على هامش إحدى نسخ الظاهرية ما نصه : سقط تمام الفصل فيمن ليس له عادة بالهدية ، ولم يصح المصنف على هذه التخريجة .

فرع

قد ذكرنا أن الرشوة حرام مطلقاً، والهدية جائزة في بعض الأحوال، فيطلب الفرق بين حقيقتيهما مع أن الباذل راض فيهما ، والفرق من وجهين ، أحدهما ذكره ابن كج : أن الرشوة هي التي يشترط على قابلهما الحكم بغير الحق ، أو الامتناع عن الحكم بحق ، والهدية : هي العطية المطلقة . والثاني قال الغزالي في « الإحياء » : المال إما يبذل لغرض آجل فهو قربة وصدقة ، وإما لعاجل ، وهو إما مال ، فهو هبة بشرط ثواب ، أو لتوقع ثواب ، وإما عمل ، فإن كان عملاً محرماً ، أو واجباً متعيناً ، فهو رشوة ، وإن كان مباحاً فإجارة أو جعالة ، وإما للتقرب والتودد إلى المبدول له ، فإن كان بمجرد نفسه ، فهدية ، وإن كان ليتوسل بجاهه إلى أغراض ومقاصد ، فإن كان جاهه بالعلم أو النسب ، فهو هدية ، وإن كان بالقضاء والعمل ، فهو رشوة .

[الأدب] الثامن : في تأديبه المسيئين عن أساء الأدب في مجلسه من الخصوم بأن صرح بتكذيب الشهود ، أو ظهر منه مع خصمه لدد ، أو مجاوزة حد ، زجره ونهاه ، فإن عاد ، هذذه وصاح عليه ، فإن لم ينزجر ، عزره بما يقتضيه اجتهاده من توبيخ وإغلاظ القول ، أو ضرب وجبس ، ولا يحبسه بمجرد ظهور اللدد ، وعن الاصطخري أنه على قولين . وفي « يتيمة اليتيمة » أنه إنما يضربه بالدرة دون السياط إذ الضرب بالسياط من شأنه الحدود . وهذا الذي ادعاه غير مقبول ، بل الضرب بالسياط جائز في غير الحدود ، ألا ترى أن لفظ الشافعي رحمه الله في تعزير القاضي شاهد الزور حيث قال : عزره ولم يبلغ بالتعزير أربعين سوطاً . ومثال اللدد أن تتوجه اليمين على الخصم ، فيطلب يمينه ، ثم يقطعها عليه ، ويزعم أن له بينة ، ثم يحضره ثانياً وثالثاً ، ويفعل كذلك ، وكذا

لو أحضر رجلاً ، وادعى عليه وقال : لي بينة وسأحضرها ، ثم فعل ذلك
ثانياً وثالثاً إيذاء وتعنتاً . ولو اجترأ خصم على القاضي وقال : أنت
تجور أو تميل ، أو ظالم ، جاز أن يعززه وأن يعفو ، والعفو أولى إن لم
يحمل على ضعفه ، والتعزير أولى إن حمل عليه .

فرع

شهادة الزور من أكبر الكبائر ، ومن ثبت أنه شهد بزور ، عزره
القاضي بما يراه من توبيخ وضرب وحبس ، وشهر حاله ، وأمر بالنداء
عليه في سوقه إن كان من أهل السوق ، أو قبيلته إن كانت له قبيلة ،
أو مسجده تحذيراً للناس منه ، وتأكيذاً لأمره ، وإنما تثبت شهادة
الزور بإقرار الشاهد إن تيقن القاضي ، بأن شهد أن فلاناً زنى بالكوفة
يوم كذا ، وقد رآه القاضي ذلك اليوم ببغداد . هكذا أطلقه الشافعي
والأصحاب رحمهم الله تعالى ، ولم يخرجوه على أن القاضي [هل]
يحكم بعلمه ، ولا يكفي قيام البينة بأنه شاهد زور ، فقد تكون هذه
بينه زور .

[الأدب] التاسع : لا ينفذ قضاء القاضي لنفسه ، ولا لمملوكه القن وغيره
القن ، ولا لشريكه فيما له فيه شرك ، ولا لشريك مكاتبه فيما له فيه
شرك ، ولا يقضي لأحد من أصوله وإن علوا ، ولا فروعهم وإن نزلوا ،
ولا لمملوك أحدهم ، ولا لشريكه ، فإن فعل ، لم ينفذ على الصحيح .
ولو أراد أن يقضي لهم بعلمه ، لم ينفذ قطعاً ، وإن جوزنا قضاءه بعلمه
للأجانب ، ويجوز أن يقضي على أصوله وفروعهم ، كما يشهد عليهم .
وفصل البغوي الحكم للولد وعليه ، فقال : له أن يحلف ابنه على نفي
ما يدعى عليه ، لأنه قطع للخصومة لا حكم له ، وله أن يسمع بينة المدعي

على ابنه ، ولا يسمع بينة الدفع من ابنه ، وهل له أن يحكم بشهادة ابنه ؟ وجهان ، لأنه يتضمن تعديله ، فإن عدله شاهدان ، فالتجّه أنه يقضي ، ولو تحاكم إليه أبوه وابنّه . هل له الحكم لأحدهما ؟ وجهان في «المهذب» أصحهما : لا ، وبه قطع البغوي . ومتى وقعت له خصومة ، أو لأحد هؤلاء الذين يمنع حكمه لهم ، قضى فيها الإمام ، أو قاضي بلدة أخرى ، أو نائبه ، وفي النائب وجه ضعيف .

قلت : قال البغوي : وللقاضي أن يستخلف أباه أو ابنه ، لأنهما كنفسه . قال : ولو جعل الإمام إلى رجل أن يختار قاضياً ، لم يجز أن يختار والده ولا ولده ، كما لا يختار نفسه ، وسيأتي قريباً في مسائل التزكية أنه لا يصح تزكية ولد ولا والد على الصحيح . والله أعلم

فرع

لا يقضي على عدوه على الصحيح ، وبه قطع الجمهور ، كالشهادة عليه ، وجوزّه الماوردي في كتابه « الأحكام السلطانية » لأن أسباب الحكم ظاهرة بخلاف الشهادة .

فرع

تولى وصي اليتيم القضاء هل له أن يسمع البينة ويحكم له ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ، وبه قال القفال ، ومنعه ابن الحداد .

[الأدب] العاشر : فيما ينقض من قضائه وقضاء غيره ، وذلك يتعلق بقواعد ، إحداها الأصول التي يقضي بها القاضي ، وينفي بها المفتني كتاب الله تعالى ، وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والإجماع ، والقياس ، وقد يقتصر على الكتاب والسنة ، ويقال : الإجماع يصدر عن أحدهما ، والقياس يرد إلى أحدهما . وأما قول الواحد من الصحابة رضي الله عنهم ، فإن لم ينتشر فيهم ، فقولان : القديم أنه حجة ، والجديد

ليس بحجة ، ثم قال أبو بكر الصيرفي والقفال القولان إذا لم يكن معه قياس ، فإن كان معه قياس ولو ضعيف احتج به قطعاً ، ورجح على القياس القوي ، وقال الأكثرون في الجميع القولان ، فإن قلنا بالقديم ، وجب الأخذ به ، وترك القياس ، وفي تخصيص العموم به وجهان ، وإن قلنا بالجديد ، فهو كقول آحاد المجتهدين ، لكن لو تعارض قياسان أحدهما وافق قول صحابي ، قال الغزالي : قد تميل نفس المجتهد إلى الموافق ويرجح عنده .

قلت : قد صرح الشيخ أبو إسحاق في « اللع » وغيره من الأصحاب بالجزم بالأخذ بالموافق . والله أعلم

وإن انتشر قول الصحابي ، فله ثلاثة أحوال ، أحدها : أن يخالفه غيره ، فعلى الجديد هو كاختلاف سائر المجتهدين ، وعلى القديم هما حجتان تعارضتا ، فإن اختص أحد الطرفين بكثرة عدد ، أو بموافقة أحد الخلفاء الأربعة أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ، ترجح ، نص عليه في القديم في غير علي وألحق الجمهور بهم علياً ، ومنهم من لم يلحقه ، لأن الثلاثة كانوا في دار الهجرة والصحابة متوافرون ، وكانوا في حكمهم وفتواهم يتشاورون ، وعلي رضي الله عنه انتقل إلى الكوفة ، وتفرقت الصحابة . وإن لم يوجد واحد من الأمرين في واحد من الطرفين ، أو وجد في أحدهما أحدهما ، وفي الآخر الآخر ، فهما سواء . ولو كان في أحدهما أبو بكر أو عمر ، وفي الآخر عثمان أو علي رضي الله عنهم ، فهل يستويان ، أم يرجح طرف الشيخين ؟ وجهان . ويشبه أن يجيء مثلهما في تعارض الشيخين ، فيستويان في وجه ، ويقدم طرف أبي بكر رضي الله عنه في وجه .

الحال الثاني : أن يوافقه سائر الصحابة رضي الله عنهم ، ويقولوا بما قاله ، فهذا إجماع منهم على الحكم ، ولا يشترط فيه انقراض عصر

المجمعين على الأصح ، ولا يتمكن أحدهم من الرجوع ، بل يكون قوله الأول مع قول سائر المجمعين حجة عليهم ، كما هو حجة على غيرهم .

الحال الثالث : أن يسكتوا ، فلا يصرحوا بموافقته ولا مخالفته فاختار الغزالي في « المستصفى » أنه ليس بحجة ، والصحيح الذي عليه جماهير الأصحاب أنه حجة ، لأنهم لو خالفوه ، لا عترضوا^(١) عليه ، لكن هل هو إجماع أم حجة غير إجماع ؟ وجهان ، قال الروياني : هذا إذا لم يظهر أمارات الرضى ممن سكت ، فإن ظهرت فإجماع بلا خلاف ، قالوا : والأصح هنا اشتراط انقراض العصر في كونه حجة أو إجماعاً ، وهل يفرق في كونه حجة وإجماعاً بين أن يكون ذلك القول مجرد فتوى ، أو حكماً من إمام أو قاض ؟ فيه طرق قال ابن أبي هريرة : فإن كان فتوى ، فحجة ، وإن كان حكماً ، فلا ، لأن الاعتراض على الإمام ليس من الأدب ، ولعل السكوت لذلك . وقال أبو إسحاق عكسه ، لأن الحكم يصدر عن مشاورة ومراجعة ، وقال الأكثرون : لافرق ، وكانوا يعترضون على الإمام كغيره ، فقد خالفوا أبا بكر رضي الله عنه في الحد ، وعمر رضي الله عنه في المشركة . ومختصر هذا الاختلاف أوجه ، الصحيح أنه حجة ، والثاني حجة وإجماع ، والثالث ليس بحجة ، والرابع من المفتي حجة ، ومن الحاكم لا ، الخامس عكسه هذا إذا قلل السكوت ، أما إذا لم ينقل قول ولا سكوت ، فيجوز أن لا يلحق بهذا ، ويجوز أن يستدل به على السكوت .

مت : المختار أن عدم النقل كنقل السكوت ، لأنه الأصل والظاهر . والله أعلم

(١) في الأصل : واعترضوا .

القاعدة الثانية : اختلفت عبارات الأصحاب في تفسير القياس ،
والأقرب إلى كلام الشافعي رحمه الله أن القياس نوعان جلبي وغيره ،
وأما الجلبي ، فهو الذي يعرف به موافقة الفرع للأصل بحيث ينتهي
احتمال مفارقتهما ، أو يبعد ، وذلك كظهور التحاق الضرب بالتأفيف في
قوله تعالى : (فلا تقل لهما أف) وما فوق الذرة بالذرة في قوله تعالى :
(فمن يعمل مثقال ذرة) الآية ، و [ما فوق] النقيض بالنقيض في قوله تعالى : (ولا
يظلمون نقيراً) ونظائره ، فإن فروع هذه الأحكام أولى من الأصول ،
وبعض الأصحاب لا يسمي هذا قياساً ، ويقول : هذه الإلحاقيات مفهومة
من النص ، ويقرب من هذا إلحاق العمياء بالعوراء في حديث النهي عن
التضحية بالعوراء وسائر الميتات بالفأرة ، وغير السمن بالسمن في حديث
« الفأرة تقع بالسمن إن كان مائعاً فأريقوه ، وإن كان جامداً فألقوها
وما حولها » والغائط بالبول في قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يبولن
أحدكم في الماء الدائم » ومن الجلبي ما ورد النص فيه على العلة كحديث
« إنما نهيتكم من أجل الدافة » وكذا قوله تعالى (وكيف تأخذونه وقد
أفضى بعضكم إلى بعض) وأما غير الجلبي فما لا يزيل احتمال المفارقة
ولا يبعده كل البعد ، فمنه ما العلة فيه مستنبطة ، كقياس الأرز على
البر بعله الطعم ، وقال ابن القاص : هو من الجلبي ، والصحيح الأول ،
ومنه قياس الشبه ، وهو أن يشبه الحادثة أصليين إما في الأوصاف بأن
يشارك كل واحد من الأصليين في بعض المعاني والأوصاف الموجودة
فيه ، وإما في الأحكام كالبعد يشارك الحر في بعض الأحكام والمال
في بعضها ، فيلحق بها المشاركة فيه أكثر ، وربما سمي قياس الشبه خفياً
والذي قبله غير الجلبي واضحاً ، وربما خص الجلبي ببعض الأول ، وهو
ما كان الفرع فيه أولى بحكم الأصل .

قلت : واختلف أصحابنا في صحة قياس الشبه ، وأنه هل هو
حجة . والله أعلم

القاعدة الثالثة : المسائل الفروعية الاجتهادية إذا اختلف المجتهدون فيها طريقان أشهرهما قولان ، أظهرهما : الحق فيها واحد ، والمجتهد مأمور بإصابته ، والذاهب إلى غيره مخطئ ، والثاني : أن كل مجتهد مصيب ، والطريق الثاني القطع بالقول الأول ، وبه قال أبو إسحاق ، والقاضي أبو الطيب ، فإن قلنا : المصيب واحد ، فالمخطئ مغدور غير آثم ، بل مأجور ، لقوله صلى الله عليه وسلم « إذا اجتهد الحاكم ، فأصاب ، فله أجران ، وإذا اجتهد ، فأخطأ ، فله أجر » وقال الشيخ أبو إسحاق في «اللمع» قال ابن أبي هريرة : يأثم ، والصواب الأول ، وفيما يؤجر عليه وجهان عن أبي إسحاق أحدهما - وهو ظاهر النص ، واختيار المزني - : يؤجر على قصده الصواب ، ولا يؤجر على الاجتهاد ، لأنه أفضى به إلى الخطأ ، وكأنه لم يسلك الطريق المأمور به ، والثاني يؤجر عليه ، وعلى الاجتهاد جميعاً . وإذا قلنا : كل مجتهد مصيب ، فهل نقول : الحكم والحق في حق كل واحد من المجتهدين ما ظنه ، أم الحق واحد ، وهو أشبه المطلوب إلا أن كلاً منهم مكلف بما ظنه لا بإصابة الأشبه ؟ وجهان ، اختار الغزالي الأول ، والثاني قطع أصحابنا العراقيون . وحكوه عن القاضي أبي حامد والداركي .

فرع

متى حكم القاضي بالاجتهاد ، ثم بان له الخطأ في حكمه ، فله حالان ، أحدهما : إن تبين أنه خالف قطعياً كنص كتاب ، أو سنة متواترة . أو إجماع ، أو ظناً محكماً بخبر الواحد ، أو بالقياس الجلي ، فيلزمه نقض حكمه . وهل يلزم القاضي تعريف الخصمين صورة الحال ليترافاً إليه ، فينقض الحكم ؟ وجهان ، قال ابن سريج : لا يلزمه إن علما أنه بان له الخطأ ، فإن ترافاً إليه ، نقض ، وقال سائر الأصحاب : يلزمه وإن علما أنه بان [له] الخطأ ، وهذا هو الصحيح ، لأنها قد

يتوهمان أنه لا ينقض وإن بان الخطأ . هذا في حقوق الآدميين ، وأما ما يتعلق بحدود الله تعالى ، فيبادر إلى تداركه إذا بان له الخطأ ، وما لا يمكن تداركه سبق حكم ضمانه .

الحال الثاني : إن تبين له بقياس خفي رآه أرجح مما حكم به ، وأنه الصواب ، فليحكم فيما يحدث بعد ذلك من أخوات الحادثة بما رآه ثانياً ، ولا ينقض ما حكم به أولاً ، بل يمضيه ، ثم ما تنقض به قضاء نفسه نقض به قضاء غيره ، ومالا ، فلا . ولا فرق بينهما إلا أنه لا يتبع قضاء غيره ، وإنما ينقضه إذا رفع إليه ، وله تتبع قضاء نفسه لينقضه ، ولو كان المنصوب للقضاء قبله لا يصلح للقضاء ، نقض أحكامه كلها ، وإن أصاب فيها ، لأنها صدرت ممن لا ينفذ حكمه ، هذا هو القول الجملي . فيما ينقض ولا ينقض . ثم تكلموا في صور ، منها لو قضى قاض بصحة نكاح المفقود زوجها بعد مضي أربع سنين ، ومدة العدة ، فوجهان أشهرهما وظاهر النص ، نقضه ، لمخالفة القياس الجملي ، لأنه يجعل حياً في المال ، فلا يقسم بين ورثته ، فلا يجعل ميتاً في النكاح . والثاني : لا ينقض كغيره من الاجتهاديات ، قال الروياني : هذا هو الصحيح . وقرب من هذا الخلاف الخلاف في نقض حكم من قضى بحصول الفرقة في اللعان بأكثر الكلمات الخمس ، أو بسقوط الحد عن نكح أمه ووطنها ، ومنها حكم الحنفي ببطان خيار المجلس والعرايا بالتقييد الذي يجوز ، وفي ذكاة الجنين ، ومنع القصاص في القتل بالمثل ، وصحة النكاح بلا ولي ، أو بشهادة فاسقين ، أو حكم غيره بصحة بيع أم الولد ، وثبوت حرمة الرضاع بعد حولين . وصحة نكاح الشغار والمتعة ، وقتل المسلم بالذمي ، وبأنه لا قصاص بين الرجل والمرأة في الأطراف ، وجريان التوارث بين المسلم والكافر ، ورد الزوائد مع الأصل في الرد بالعيب على ما قاله ابن أبي ليلى . وفي نقض هذه

الأحكام وجهان ، قال الروياني : الأصح لا نقض ، لأنها اجتهادية ، والأدلة متقاربة ، ومن نقض ، قال : فيها نصوص وأقيسة جلية ، وينقض قضاء من حكم بالاستحسان الفاسد .

فرع

ما ينقض من الأحكام لو كتب به إليه لا يخفى أنه لا يقبله ولا ينفذه ، وأما ما لا ينقض ويرى غيره أصوب منه ، فنقل ابن كج عن الشافعي رضي الله عنه أنه يعرض عنه ، ولا ينفذه ، لأنه إعانة على ما يعتقد خطأ . وقال ابن القاص : لا أحب تنفيذه . وفي هذا إشعار بتجوز التنفيذ ، وقد صرح السرخسي بنقل الخلاف ، فقال : إذا رفع إليه حكم قاض قبله ، فلم ير فيه ما يقتضي النقض ، لكن أدى اجتهاده إلى غيره ، فوجهان ، أحدهما : يعرض عنه ، وأصحهما : ينفذه ، وعلى هذا العمل كما لو حكم بنفسه ، ثم تغير اجتهاده تغيراً لا يقتضي النقض ، وترافع خصماء الحادثة إليه فيها ، فإنه يمضي حكمه الأول ، وإن أدى اجتهاده إلى أن غيره أصوب منه .

فرع

إذا استقضي مقلد للضرورة ، فحكم بمذهب غير مقلده ، قال الغزالي في الأصول : إن قلنا : لا يجوز للمقلد تقليد من شاء بل عليه اتباع مقلده ، نقض حكمه ، وإن قلنا : له تقليد من شاء ، لم ينقض .

فصل

حكم القاضي ضربان ، أحدهما : مما ليس بإنشاء ، وإنسا هو تنفيذ لما قامت به حجة ، فينفذ ظاهراً لا باطناً ، فلو حكم بشهادة زور يظهري العدالة ، لم يحصل بحكمه الحل باطناً ، سواء كان المحكوم به

هالاً : أو نكلاً أو غيرهما ، فإن كان نكلاً ، لم يحل للمحكوم له الاستتاع . ويلزمها الهرب والامتناع ما أمكنها ، فإن أكرهت فلا إثم عليها ، فإن وطئ ، قال الشيخ أبو حامد : هو زان ويحد ، وخالفه ابن الصباغ والرواني ، لأن أبا حنيفة رحمه الله يجعلها منكوحة بالحكم ، وذلك شبهة للخلاف (١) في الإباحة ، وإن كان المحكوم به الطلاق ، حل للمحكوم عليه وطؤها إن تمكن ، لكن يكره ، لأنه يعرض نفسه للمتهمة والحد ويبقى (٢) التوارث بينهما ، ولا تبقى النفقة للحيلولة ، ولو تزوجت لآخر ، فالحل مستمر للأول ، فإن وطئها الثاني جاهلاً بالحال ، فهو وطء شبهة ، ويحرم على الأول في العدة ، وإن كان الثاني عالماً ، أو نكحها أحد الشاهدين ووطئ ، فوجهان أحدهما يحد ، ولا يحرم على الأول في العدة ، والأشبه أنه وطء شبهة لما سبق .

الضرب الثاني : الانشاءات كالتفريق بين المتلاعنين ، وفسخ النكاح بالعيب ، والتسليط على الأخذ بالشفعة ونحو ذلك ، فإن ترتبت على أصل كاذب ، بأن فسخ بعيب قامت بشهادة زور ، فهو كالضرب الأول ، وإن ترتبت على أصل صادق ، فإن لم تكن في محل اختلاف المجتهدين ، نفذ ظاهراً وباطناً ، وإن كان مختلفاً فيه ، نفذ ظاهراً ، وفي الباطن أوجه ، أصحها عند جماعة ، منهم البغوي ، والشيخ أبو عاصم : النفوذ مطلقاً لتتفق الكلمة ، ويتم الانتفاع . والثاني : المنع ، وبه قال الأستاذ أبو إسحاق ، واختاره الغزالي . والثالث : إن اعتقده الخصم أيضاً ، نفذ باطناً ، وإلا فلا ، هذه الأوجه تشبه الأوجه في اقتداء الشافعي بالحنفي ونكسه ، فإن منعنا النفوذ باطناً مطلقاً ، أو في حق من لا يعتقده

(١) في الأصل : للإباحة .

(٢) في الأصل : وينفي .

لم يحل للشافعي الأخذ بحكم الحنفي بشقعة الجوار ، أو بالتوريث بالرحم إذا لم تقل به نحن ، وعلى هذا هل يمنعه القاضي لاعتقاد المحكوم له أم لا ، لاعتقاد نفسه ؟ وجهان أصحهما الثاني • ومن قال بالمنع ، فقد يقول لا ينفذ القضاء في حقه لا ظاهراً ولا باطناً •

فرع

هل تقبل شهادته بما لا يعتقد كشافعي بشقعة الجوار ؟ وجهان في « التهذيب » •

قلت : الأصح القول • والله أعلم

فرع

قال للقاضي رجلان : كانت بيننا خصومة في كذا ، فحكم القاضي فلان بيننا بكذا ، ونحن نريد أن تستألف الحكم بيننا باجتهادك ، ونرضى بحكمك ، فهل يجيبهما أم يتعين إمضاء الحكم الأول ، ولا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد ؟ وجهان ، حكاها ابن كج ، الصحيح الثاني •

فصل

في آداب مشورة • يستحب أن يدعو أصدقاءه الأمناء ، ويلتمس منهم أن يطلعوه على عيوبه ليسعى في إزالتها ، ويستحب أن يكون راكباً في مسيره إلى مجلس حكمه ، وأن يسلم على الناس في طريقه ، وعلى القوم إذا دخل ، وأن يدعو إذا جلس ، ويسأل الله تعالى التوفيق والتسديد ، وأن يقوم على رأسه أمين ينادي هل من خصم ؟ ويرتب الناس ، ويقدم الأول فالأول قال ابن المنذر : يستحب أن يكون حصيناً لمكان النساء ، ويجوز أن يعين للقضاء يوماً أو يومين على حسب حاجة الناس ودعائهم ، وأن يعين وقتاً من النهار ، فإن حضر خصمان في غير الوقت المعين ، سمع كلامهما إلا أن يكون في صلاة ، أو حمام ، أو على

طعام ونحوه ، فيؤخره قدر ما يفرغ • ويستحب أن يكون للقاضي درة يؤدب بها إذا احتاج ، ويتخذ سجنا للحاجة إليه في التعزير ، واستيفاء الحق من الماطل • وهذه فروع تتعلق بالحبس قال ابن القاص : إذا استشعر القاضي من المحبوس الفرار من الحبس ، فله نقله إلى حبس الجرائم ، ولو دعا المحبوس زوجته أو أمته إلى فراشه فيه ، لم يمنع إن كان في الحبس موضع خال ، فإن امتنعت ، أجبرت الأمة ، ولا تجبر الزوجة الحرة ، لأنه لا يصلح للسكنى ، والزوجة الأمة تجبر إن رضي سيدها • ولو قال مستحق الدين : أنا أأزمه بدلا عن الحبس ، مكن ، لأنه أخف إلا أن يقول الغريم : تشق علي الطهارة والصلاة بسبب ملازمته ، فاحبسني ، فيحبس • وسبق الخلاف في أن الأب هل يحبس بدين ولده ، وقياس حبسه أن يحبس المريض ، والمخدرة ، وابن السبيل منعاً لهم من الظلم • وعن أبي عاصم العبادي أنهم لا يحبسون ، بل يوكل بهم ليرددوا ويتمحلوا ، قال : ولا يحبس أبو الطفل ولا الوكيل والقيم في دين لم^(١) يجب بمعاملتهم^(٢) ، ولا يحبس الصبي ولا المجنون ، ولا المكاتب بالنجوم ، ولا العبد الجاني ، ولا سيده ليؤدي أو يبيع ، بل يباع عليه إذا وجد راغب ، وامتنع من البيع والفداء ، ونقل الهروي وجهين في حبس كل غريم قدرنا على ماله ، وتمكنا من بيعه • وأجرة السجان على المحبوس وأجرة الوكيل^(٣) على من وكل به إذا لم يكن في بيت المال مال ، وصرف إلى جهة أهم من هذه •

قلت : وقد ألحقت في كتاب التفليس مسائل كثيرة تتعلق بالحبس • والله أعلم

(١) في الأصل : لا .

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية زيادة : ويحبس الأمناء في دين وجب بمعاملتهم •

(٣) في الأصل : الموكل .

الطرف الثاني في مستند قضاؤه ، وفيه مسائل إحداها : يقضي بالحجة بلا شك ، فلو لم يكن حجة ، وعلم صدق المدعي ، فهل يقضي بعلمه ؟ طريقان أحدهما : نعم قطعاً ، وأشهرهما قولان ، أظهرهما عند الجمهور : نعم ، لأنه يقضي بشهادة شاهدين ، وهو يفيد ظناً ، فالقضاء بالعلم أولى ، والجواب عما احتج به المانع من التهمة أن القاضي لو قال : ثبت عندي وصح [لدي] كذا ، لزمه قبوله بلا خلاف ، ولم يبحث عما ثبت به وصح ، والتهمة قائمة ، وسواء على القولين ما علمه في زمن ولايته ومكانها ، وما علمه في غيرها ، فإن قلنا : لا يقضي بعلمه ، فذلك إذا كان مستنده مجرد العلم ، أما إذا شهد رجلان تعرف عدالتهما ، فله أن يقضي ويعنيه^(١) علمه بها عن تزكيتها ، وفيه وجه ضعيف للتهمة . ولو أقر بالمدعى في مجلس قضاؤه ، قضى ، وذلك قضاء بإقرار لا بعلمه ، وإن أقر عنده سراً ، فعلى القولين ، وقيل : يقضي قطعاً . ولو شهد عنده واحد ، فهل يعنيه علمه عن الشاهد الآخر على قول المنع ؟ وجهان ، أصحهما : لا . وإذا قلنا : يقضي بعلمه ، فذلك في المال قطعاً وكذا في القصاص ، وحد القذف على الأظهر ، ولا يجوز في حدود الله تعالى على المذهب ، وقيل : قولان ، ولا يقضي بخلاف علمه بلا خلاف . بل إذا علم أن المدعي أبرأه عما ادعاه ، وأقام به بينة ، أو أن المدعي قبله حي ، أو رآه قبله غير المدعى عليه ، أو سمع مدعي الرق بعنته ، ومدعي النكاح يطلقها ثلاثاً ، وتحقق كذب الشهود ، امتنع من القضاء قطعاً . وكذا إذا علم فسق الشهود ، ثم إن الأصحاب مشلوا القضاء بالعلم الذي هو محل القولين بما ادعى عليه مالاً وقد رآه القاضي أقرضه ذلك ، أو سمع المدعى عليه أقر بذلك ، ومعلوم أن

(١) في الأصل : ونعنيه .

رؤية الإقراض ، وسماع الإقرار لا يفيد اليقين بثبوت المحكوم به وقت القضاء ، فيدل أنهم أرادوا بالعلم الظن المؤكد لا اليقين .

الثانية : إذا رأى القاضي ورقة فيها ذكر حكمه لرجل ، وطلب منه إمضاه والعمل به ، نظر إن تذكره أمضاه على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وفي أمالي أبي الفرج الزاز إنه على القولين في القضاء بعلمه ، وإن لم يتذكره ، لم يعتمد قطعا لإمكان التزوير ، وكذا الشاهد لا يشهد بمضمون خطه إذا لم يتذكر ، فلو كان الكتاب محفوظا عنده ، وبعد احتمال التزوير والتحريف ، كالمحضر والسجل الذي يحتاط فيه القاضي على ما سبق ، فالصحيح والمنصوص والذي عليه الجمهور أنه لا يقضي به أيضاً ما لم يتذكر ، لاحتمال التحريف ، وكذا الشاهد في مثل هذه الحالة لا يشهد ، وفيهما وجه حكاه الشيخ أبو محمد وغيره أنه يجوز إذا لم يتدخله ريبة . وفي جواز رواية الحديث اعتماداً على الخط المحفوظ عنده وجهان ، أحدهما : المنع ، ولا تكفيه رواية السماع بخطه ، أو خط ثقة ، والصحيح الجواز ، لعمل العلماء به سلفاً وخلفاً ، وباب الرواية على التوسعة ، ولو كتب إليه شيخ بالإجازة ، وعرف خطه ، جاز له أن يروي عنه تفريعاً على اعتماد الخط ، فيقول : أخبرني فلان كتابة ، أو في كتابه ، أو كتب إلي وهذا على تجويز الرواية بالإجازة وهو الصحيح ، ومنعها القاضي حسين .

قلت : وقد منعها أيضاً الماوردي في « الحاوي » ونقل هو منعها عن الفقهاء ، وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله ، ولكن أظهر قوليه ، والمشهور من مذاهب السلف والخلف ، والذي عليه العمل صحة الإجازة ، وجواز الرواية بها ، ووجوب العمل بها . ثم هي سبعة أنواع قد لخصتها بفروعها وأمثلتها وما يتعلق بها في « الإرشاد » في مختصر علوم الحديث ، وأنا أذكر منها هنا رموزاً إلى مقاصدها تفريعاً على الصحيح ،

وهو جوازاها . الأول : إجازة معين لمعين ، كأجزتك رواية صحيح البخاري ، أو ما اشتملت عليه فهرستي وهذه أعلى أنواعها .

الثاني : إجازة غير معين لمعين ، كأجزتك مسموعاتي أو مروياتي والجمهور على أنه كالأول ، فتصح الرواية به ، ويجب العمل بها ، وقيل بمنعه مع قبول الأول .

الثالث : أن يجيز لغير معين بوصف العموم ، كأجزت المسلمين ، أو كل أحد أو من أدرك زماني ونحوه ، فالأصح أيضاً جوازها ، وبه قطع القاضي أبو الطيب ، وصاحبه الخطيب البغدادي وغيرهما من أصحابنا ، وغيرهم من الحفاظ . ونقل الحافظ أبو بكر الحازمي المتأخر من أصحابنا أن الذين أدركهم من الحفاظ كانوا يميلون إلى جوازها .

الرابع : إجازة مجهول أو لمجهول ، كأجزتك كتاب السنن وهو يروي كتباً من السنن ، أو أجزت لزيد بن محمد وهناك جماعة كذلك ، فهذه باطلة . فإن أجاز لمسلمين معينين لا يعرف أعيانهم ولا أنسابهم ولا عددهم ، صحت ، كما لو سمعوا منه في مجلسه في مثل هذا الحال .

الخامس : الإجازة لمعدوم ، كأجزت لمن يولد لفلان أو لفلان ، ومن يولد له ، فالصحيح بطلانها ، وبه قطع القاضي أبو الطيب ، وابن الصباغ ، وجوزة الخطيب وغيره . والإجازة للطفل الذي لا يميز صحيحة على الصحيح ، وبه قطع القاضي أبو الطيب ، ونقله الخطيب عن شيوخه كافة .

السادس : إجازة ما لم يسمعه المجيز ، ولم يتحمله بوجه ليرويه المجاز له إذا تحمله المجيز ، وهي باطلة قطعاً .

السابع : إجازة المجاز وهي صحيحة عند أصحابنا ، وهو الصواب الذي قطع به الحفاظ الأعلام^(١) من أصحابنا وغيرهم ، منهم الدارقطني

(١) في الأصل : للأعلام .

وأبو نعيم الأصفهاني ، والشيخ أبو الفتح نصر المقدسي^(١) وغيرهم من أصحابنا . وإذا كتب الإجازة استحب أن يتلفظ بها ، ولو اقتصر على الكتابة مع قصد الإجازة ، صحت كالقراءة عليه مع سكوته . والله أعلم

فرع

إذا رأى بخط أييه أن لي على فلان كذا ، أو أدت إلى فلان كذا ، قال الأصحاب : فله أن يحلف على الاستحقاق والأداء اعتماداً على خط أييه إذا وثق بخطه وأماتته . قال القفال : وضابط وثوقه أن يكون بحيث لو وجد في تلك التذكرة : لفلان علي كذا لا يجد من نفسه أن يحلف على نفي العلم به ، بل يؤديه من التركة ، وفرقوا بينه وبين القضاء والشهادة بأن خطرهما عظيم وعام ، ولأنهما يتعلقان به ، ويمكن التذكر فيهما ، وخط المورث لا يتوقع فيه يقين ، فجاز اعتماد الظن فيه حتى لو وجد بخط نفسه أن لي على فلان كذا ، أو أدت إلى فلان دينه ، لم يجز الحلف حتى يتذكر قاله في « الشامل » .

فرع

قال الصيمري : ينبغي للشاهد أن يثبت حلية المقر إذا لم يعرفه بعد الشهادة ، ليستعين بها على التذكر ، ويقرب من هذا ذكر التاريخ ، وموضع التحيل ، ومن كان معه حينئذ ، ونحو ذلك .

الثالثة : شهد عنده عدلان أنك حكمت لزيد بكذا ، وهو لا يذكره ، لم يحكم بقولهما إلا أن يشهدا بالحق بعد تجديد دعوى ، وعن ابن القاضي تخريج قول : انه يمضي الحكم الأول بشهادتهما ، والمذهب الأول ، ولو شهد أنك تحملت الشهادة في واقعة كذا ، ولم يتذكر ، لم

(١) هو نصر بن إبراهيم النابلسي المقدسي ، الشافعي الفقيه الزاهد نزيل دمشق ، وملتوفى فيها سنة (٤٩٠) هـ من كتبه « الحجة على تارك المحجة » وهو يتضمن ذكر أصول الدين على قواعد أهل الحديث والسنة .

يجز أن يشهد ، وهذا بخلاف رواية الحديث ، فإن الراوي لو نسي ، جاز له أن يقبل الرواية ممن سمعها منه على الصحيح ، وفيها وجه حكاه ابن كج وعلى الصحيح الفرق ما سبق أن باب الرواية على التوسعة ، ولهذا يقبل من العبد والمرأة ، ومن الفرع مع وجود الأصل وغير ذلك وإذا لم يتذكر القاضي فحقه أن يتوقف ، ولا يقول : لم أحكم . وهل للمدعي والحالة هذه تحليف الخصم أنه لا يعرف حكم القاضي (١) ؟ قال صاحب « التهذيب » : يحتمل وجهين . ولو شهد الشاهدان على حكمه عند قاض آخر قبل شهادتهما ، وأمضى حكم الأول إلا إذا قامت بينة بأن الأول أنكر حكمه ، وكذبهما ، فإن قامت بينة بأنه توقف ، فوجهان ، أوقفهما لكلام الأكثرين أنه يقبل شهادتهما ، وقال الأودني (٢) وصاحب « المهذب » : لا تقبل ، لأن توقفه يورث تهمة وعلى هذا لو شهد عدلان أن شاهدي الأصل توقفا في الشهادة ، لم يجز الحكم بشهادة الفروع .

الرابعة : ادعى على القاضي أنك حكمت لي بكذا . قال الأصحاب : ليس له أن يرفعه إلى قاض آخر ، ويحلفه كما لا يحلف الشاهد إذا أنكر الشهادة . وعن القاضي حسين أنا إن قلنا : اليمين المردودة كالإقرار ، فله تحليفه ليحلف المدعي إن نكل هذا إذا ادعى عليه وهو قاض ، فإن ادعى عليه بعد عزله ، أو في غير محل ولايته عند قاض ، فنقل الإمام أنه يجوز سماع البينة ، ولا يقبل إقراره . ولا يحلف إن قلنا : اليمين المردودة كالإقرار ، وإن قلنا : كالبينة ، حلف ، ولك أن تقول : سماع الدعوى على القاضي معزولا ، كان أو غيره لأنه حكم ليس على قواعد الدعوى الملزمة ، وإنما يقصد بها التدرج إلى إلزام الخصم ، فإن كان له بينة

(١) في الأصل : للقاضي .

(٢) هو محمد بن عبد الله بن بصير إمام أصحاب الشافعي في عصره بما وراء النهر بلا مدافعة توفي ببخارى سنة ٣٨٥ هـ .

فليقهما في وجه الخصم ، وينبغي أن لا يسمع على القاضي بينة ، ولا يطالب يمين ، كما لو ادعى على رجل أنك شاهدي .

الطرف الثالث في التسوية وفيه مسائل :

الأولى : ليسور القاضي بين الخصمين في دخولهما عليه ، وفي القيام لهما ، والنظر فيهما والاستماع ، وطلاقة الوجه ، وسائر أنواع الإكرام ، فلا يخض أحدهما بشيء من ذلك ، ويسوي في جواب سلامهما ، فإن سلما ، أجابهما معاً . وإن سلم أحدهما ، قال الأصحاب : يصبر حتى يسلم الآخر ، فيجيبهما ، وقد يتوقف في هذا إذا طال الفصل ، وذكروا أنه لا بأس أن يقول للآخر : سلم ، فإذا سلم ، أجابهما ، وكأنهم احتملوا هذا الفصل محافظة على التسوية ، وحكى الإمام أنهم جوزوا له ترك الجواب مطلقاً واستبعده . ويسوي بينهما في المجلس ، فيجلس أحدهما عن يمينه ، والآخر عن شماله إن كانا شرفين ، أو بين يديه وهو الأولى على الإطلاق ، فلو كان أحدهما مسلماً ، والآخر كافراً ، فالصحيح - وبه قطع العراقيون - أنه يرفع المسلم في المجلس ، والثاني يسوي . ويشبه أن يجري الوجهان في سائر وجوه الإكرام ، ثم التسوية بين الخصمين في الأمور المذكورة واجبة على الصحيح ، وبه قطع الأكثرون ، واقتصر ابن الصباغ على الاستحباب .

الثانية : ليقبل عليهما بمجامع قلبه ، وعليه السكينة ، ولا يمازح أحدهما ، ولا يضاحكه ، ولا يشير إليه ، ولا يساره ، ولا ينهرهما ، ولا يصيح عليهما إذا لم يفعل ما يقتضي التأديب ، ولا يتعنت الشهود بأن يقول : لم تشهدون ؟ وما هذه الشهادة ؟ ولا يلحق المدعي الدعوى بأن يقول : ادع عليه كذا . ولا المدعى عليه الإقرار والإنكار ، ولا يجري المسائل إلى النكول على اليمين ، وكذا لا يلحق الشاهد الشهادة . ولا يجزئه إذا مال إلى التوقف ، ولا يشككه ، ولا يمنعه إذا أراد الشهادة هذا في حقوق الآدميين ، وأما في حدود الله تعالى ، فالقاضي

يرشد إلى الإنكار على ما هو موضح في موضعه ، وإذا كان يدعي دعوى غير محررة ، قال الاصطخري : يجوز أن تبين له كيفية الدعوى الصحيحة ، وقال غيره : لا يجوز ، وتعريف الشاهد كيفية أداء الشهادة على هذين الوجهين قال في « العدة » : أصحهما الجواز ، ولا بأس بالاستفسار بأن يدعي دراهم . فيقول : أهى صحاح أم مكسورة ؟ ويستحب إذا أراد الحكم أن يجلس المحكوم عليه ، ويقول : قامت البينة عليك بكذا ، ورأيت الحكم عليك ليكون أطيب لقلبه ، وأبعد عن التهمة ، ونص في « الأم » أنه يندبهما إلى الصلح بعد ظهور وجه الحكم ، ويؤخر الحكم اليوم واليومين إذا سألهما ، فجعله في حل من التأخير . فإن لم يجتمعا على التحليل لم يؤخر .

الثالثة : إذا جلسا بين يديه ، فله أن يسكت حتى يتكلما ، وله أن يقول : ليتكلم المدعي منكما . وأن يقول للمدعي إذا عرفه : تكلم ، ولو خاطبهما بذلك الأمين الواقف على رأسه ، كان أولى ، فإذا ادعى المدعي . طالب خصمه بالجواب . وقال : ماتقول ؟ وفيه وجه ضعيف أنه لا يطالبه بالجواب حتى يسأله المدعي ، ثم ينظر في الجواب إن أقر بالمدعى ، فللمدعي أن يطلب من القاضي الحكم عليه ، وحينئذ يحكم ، بأن يقول له : أخرج من حقه ، أو كلفتك الخروج من حقه ، أو ألزمتك وما أشبههما . وهل يثبت المدعى بمجرد الإقرار ، أم يفتقر ثبوته إلى قضاء القاضي ؟ وجهان أحدهما : يفتقر كالثبوت بالبينة ، وأصحهما لا ، لأن دلالة الإقرار على وجوب الحق جلية ، والبينة تحتاج إلى نظر واجتهاد هكذا ذكرت المسألة ، ولا يظهر الخلاف فيها ، لأنه إن كان الكلام في ثبوت المدعى به في نفسه ، فمعلوم لأنه لا يتوقف على الإقرار ، فكيف على الحكم بعد الإقرار ؟ وإن كان المراد المطالبة والإلزام ، فلا خلاف أن للمدعي الطلب بعد الإقرار وللقاضي الإلزام ، وإن أنكر المدعى عليه ، فللقاضي أن يسكت ، وله أن يقول للمدعي : ألك بينة ،

وقيل : لا يقول ذلك ، لأنه كالتلقين ^(١) والصحيح الأول ، فإن قال المدعي : لي بينة ، وأقامها ، فذاك ، وإن قال : لا أقيمها ، وأريد يمينه ، مكن منه ، وإن قال : ليس لي بينة حاضرة فحلف القاضي المدعى عليه ثم جاء بينة سمعت ، وإن قال : لا بينة لي حاضرة ، ولا غائبة ، سمعت أيضاً على الأصح ، لأنه ربما لم يعرف ، أو نسي ، ثم عرف أو تذكر ، وقيل : لا بسمع للمناقضة إلا أن يذكر لكلامه تأويلاً ، ككنت ناسياً أو جاهلاً . ولو قال : لا بينة لي ، واقتصر عليه ، فقال البغوي : هو كقوله لا بينة لي حاضرة ، وقيل : كقوله لا حاضرة ولا غائبة ، فيكون فيه الوجهان ، ولو قال : شهودي عبيد أو فسقة ، ثم أتى بعدول . قبلنا شهادتهم إن مضى زمان يمكن فيه العتق والاستبراء .

فرع

حكى الهروي وجهين في أن الحق يجب بفرأغ المدعي من اليمين المردودة ، أم لا بد من حكم الحاكم ، أو أشار إلى بنائهما على أن اليمين المردودة كالبينة أم كالأقرار ؟ .

الرابعة : إذا ازدحم جماعة مدعين ، فإن عرف السبق ، قدم الأسبق فالأسبق ، والاعتبار سبق المدعي دون المدعى عليه ، وإن جاؤوا معاً ، أو جهل السبق ، أقرع ، فإن كثروا وعسر الإقراع ، كتب أسماءهم في رقاع ، وصبت بين يدي القاضي ليأخذها واحدة واحدة ، ويسمع دعوى من خرج اسمه في كل مرة ، ويستحب أن يرتب ثقة يكتب أسماءهم يوم قضائه ليعرف ترتيبهم ، ولو قدم الأسبق غيره على نفسه ، جاز ، والمفتي والمدرس يقدمان عند الازدحام أيضاً بالسبق أو بالقرعة . ولو كان الذي يعلمه ليس من فروض الكفاية ، فلاختيار إليه في تقديم من شاء . ولا يقدم القاضي مدعياً بشرف ولا غيره إلا في موضعين ،

(١) في الأصل : كالتلف .

أحدهما : إذا كان في المدعين مسافرون مستوفزون وقد شدوا الرحال ، ليخرجوا ولو^(١) أخرؤا ، لتخلعوا عن رفقتهم ، فإن قلوا ، قدموا على الصحيح ، وإلا فلا ، بل يعتبر سبق بالقرعة . والثاني لو كان في الحاضرين نسوة ، ورأى القاضي تقديمهن لينصرفن ، قدمهن على الصحيح بشرط أن لا يكثرن . وينبغي أن لا يفرق^(٢) بين أن يكون المسافر والمرأة مدعى ، أو مدعى عليه . ثم تقديم المسافر والمرأة ليس بمستحق على الصحيح ، بل هو رخصة لجواز الأخذ به ، وهذا ظاهر نصه في « المختصر » ومنهم من يشعر كلامه بالاستحقاق .

قلت : المختار أنه مستحب لا يقتصر به على الإباحة . والله أعلم

ثم لا يخفى أن المراد تقديم المسافر على المقيمين ، والمرأة على الرجال ، فأما المسافرون بعضهم مع بعض ، وكذا النسوة ، فالرجوع فيهم إلى سبق أو القرعة .

فرع

المقدم بالسبق أو القرعة لا يقدم إلا في دعوى واحدة ، لئلا يطول على الباقيين ، فإن كان له دعوى أخرى ، فليحضر في مجلس آخر ، أو ينتظر فراغ القاضي من حكومات سائر الحاضرين ، وحينئذ تسمع دعواه الثانية إن لم يضجر القاضي ، ولا فرق بين أن تكون الدعوى الثانية والثالثة على الذي ادعى عليه الدعوى الأولى أو علي غيره ، وفيه وجه ضعيف أن الزيادة على الأولى مسموعة إذا اتحد المدعى عليه ، وعلى هذا قال في « الوسيط » : تسمع إلى ثلاث دعاوى ، ومنهم من

(١) في الأصل : أو .

(٢) في الأصل : لا فرق .

أطلق ، ولا خلاف أنه يسمع على المدعى عليه دعوى ثان وثالث ، لأن الدعوى للمدعي وقد تعدد ، ونقل ابن كج هنا وجهين غريبين ضعيفين أحدهما : أن المقدم بدعوى لا تسمع منه الثانية إلا في مجلس آخر ، وإن فرغ القاضي من دعاوى الحاضرين ، وعليهم بعد ذلك ترفيحه • الثاني : لا يسمع على الواحد إلا دعوى شخص واحد • وأما المقدم بالسفر ، فيحتمل أن لا يقدم إلا بدعوى ، ويحتمل أن يقدم بجميع دعاويه ، لأن سبب تقديمه أن لا يتخلف عن رفقته ، ويحتمل أن يقال : إذا عرف أن له دعاوى ، فهو كالمقيمين ، لأن تقديمه بالجميع يضر غيره ، وتقديمه بدعوى لا يحصل الغرض •

قلت : الأرجح أن دعاويه إن كانت قليلة ، أو ضعيفة بحيث لا يضر بالباقيين إضراراً بيناً . قدم بجميعها . والا فيقدم بواحدة ، لأنها مأذون فيها ، وقد يقنع بواحدة . ويؤخر الباقي إلى أن يخصه • والله أعلم

الخامسة : تنازع الخصمان ، وزعم كل واحد أنه هو المدعي ، نظر إن سبق أحدهما إلى الدعوى ، لم يلتفت إلى قول الآخر : إنني كنت المدعي ، بل عليه أن يجيب ثم يدعي إن شاء • وإن لم يسبق وتنازعا ، سأل العون ، فمن أحضره العون فهو المدعى عليه ، فيدعي الآخر عليه ، وكذا لو قامت بينة لأحدهما أنه أحضر الآخر ليدعي عليه ، وإن استوى الطرفان ، أقرع ، فمن خرجت قرعته ادعى ، وقيل : يقدم القاضي أحدهما باجتهاده •

السادسة : قد سبق في باب الوليمة الخلاف في أن الإجابة إليها واجبة أم مستحبة ؟ وذلك في غير القاضي • أما القاضي ، فلا يحضر وليمة أحد الخصمين في حال خصومتها ولا وليمتها ، لأنه قد يزيد أحدهما في إكرامه ، فيميل [إليه] قلبه ، وأما وليمة غير الخصمين ، فثلاثة أوجه ، أحدها : تحرم عليه الإجابة إليها ، والثاني : تجب إذا أوجبناها على غيره ، والثالث : هو الصحيح : لا تحرم ولا تجب ، بل تستحب بشرط التعميم ، فإن كثرت وقطعته عن الحكم ، تركها في حق

الجميع ، ولا يخص بعض الناس ، لكن لو كان يخص بعض الناس قبل
الولاية بإجابة وليمة ، فنقل ابن كج عن نص الشافعي رحمه الله أنه
لا بأس بالاستمرار ، وتكره إجابهته إلى دعوة اتخذت لأجل القاضي
خاصة أو للأغنياء ودعي فيهم ، ولا يكره إلى ما اتخذ للجيران وهو
منهم ، أو للعلماء ودعي فيهم . واعلم أن إجابة غير وليمة العرس من
الدعوات مستحبة ، وظاهر ما أطلقه الأصحاب ثبوت الاستحباب في حق
القاضي أيضاً . وإن كان الاستحباب في الولاية أكد ، ومنهم من خص
الاستحباب بالوليمة ، وبه قال ابن القاص .

فرع

لا يضيف القاضي أحد الخصمين دون الآخر ويجوز أن يضيفها
معاً على الصحيح ، ومنعه أبو إسحاق ، لأنه قد يتوهم كل واحد أن
المقصود بالضيافة صاحبه ، وأنه تبع ، وهذا يشكل بسائر وجوه
التسوية .

السابعة : له أن يشفع لأحدهما ، وأن يؤدي المال عن عليه ،
لأنه ينفعهما .

الثامنة : يعود المرضى ، ويشهد الجنائز ، ويزور القادمين ، وإذا
لم يمكنه الاستيعاب ، فعل الممكن من كل نوع ، ويخص به من عرفه ،
وقرب منه . قال القاضي أبو حامد : هو كإجابة الولاية يعم الجميع
أو يترك الجميع ، والصحيح الأول ، وبه قطع الجمهور ، لأن معظم
المراد بهذه الأنواع الثواب ، ولا فرق في هذه الأنواع بين المتخاصمين
وغيرها هكذا قاله الأكثرون . وفي أمالي أبي الفرج أنه لا يعود الخصم
ولا يزوره إذا قدم ، لكن يشهد جنازته .

الطرف الرابع في البحث عن حال الشهود وتركيتهم وفيه مسائل :

الأولى : لا يجوز للقاضي أن يتخذ شهوداً معينين لا يقبل شهادة غيرهم ، لما فيه من التضيق على الناس •

الثانية : إذا شهد عنده شهود ، نظر إن عرف فسقهم ، رد شهادتهم ، ولم يحتج إلى بحث ، وإن عرف عدالتهم ، قبل شهادتهم ، ولا حاجة إلى التعديل ، وإن طلبه الخصم وفيه وجه سبق في القضاء بالعلم ، وإن لم يعرف حالهم ، لم يجز قبول شهادتهم ، والحكم بها إلا بعد الاستزكاء والتعديل ، سواء طعن الخصم فيهم ، أو سكت ولو أقر الخصم بعد التهمة ، ولكن قال : أخطأ^(١) في هذه الشهادة ، فوجهان ، أحدهما : يحكم بشهادتهما بلا بحث عنهما ، لأن البحث لحقه ، وقد اعترف بعد التهمة ، وأصحهما لا بد من البحث والتعديل لحق الله تعالى ، ولهذا لا يجوز الحكم بشهادة فاسق وإن رضي الخصم ، ولأن الحكم بشهادته يتضمن تعديله ، والتعديل لا يثبت بقول واحد • وإن صدقهما فيما شهدا به ، قضى القاضي بإقراره بالحق . واستغنى عن البحث عن حالهما ، وكذا لو شهد واحد فصدقه ، ولو شهد معلوما العدالة ، ثم أقر المشهود عليه بما شهدا به قبل حكم القاضي ، فهل يستند الحكم إلى الإقرار دون الشهادة أم إليهما جميعاً ؟ وجهان حكاهما الهروي ، قال : والصحيح منهما الأول . والثاني حكاه الفوراني في المناظرة ، وذكر الهروي أنه لو بعد الحكم بشهادتهما ، فقد مضى الحكم مستنداً إلى الشهادة ، سواء وقع إقراره بعد تسليم المال إلى المشهود له أم قبله^(٢) ، وفيما قبل التسليم وجه ضعيف ، وأنه لو قال الخصم للشاهد قبل أداء الشهادة ما تشهد به علي فأنت عدل صادق ، لم يكن ذلك إقراراً ، لكنه تعديل للشاهد إن كان من أهل التعديل •

(١) في الأصل : اخطؤوا •

(٢) في الأصل : قبل •

فرع

إذا جهل القاضي إسلام الشاهد ، لم يقنع بظاهر الدار ، بل يبحث عنه ، ويكفي فيه قول الشاهد. ولو جهل حريته بحث أيضاً ، ولا يكفي فيه قوله على الأصح ، لأنه لا يستقل بها بخلاف الإسلام ، وحكى ابن كج وجهاً أن الاستزكاء لا يجب مطلقاً إلا إذا طلبه الخصم وليس بشيء .

فرع

قال في « العدة » : إذا استفاض فسق الشاهد بين الناس ، فلا حاجة إلى البحث والسؤال ، ويجعل المستفيض كالمعلوم .

الثالثة : ينبغي أن يكون للقاضي مزكون وأصحاب مسائل ، فالمزكون [هم] المرجوع إليهم ليعينوا حال الشهود ، وأصحاب المسائل هم الذين يعيّنهم إلى المزكين ، ليجثوا ويسألوا ، وربما فسر أصحاب المسائل في لفظ الشافعي بالمزكين ، ثم المخبرون عن فسق الشهود وعدالتهم ضربان ، أحدهما : من نصبه الحاكم للجرح والتعديل مطلقاً أو في واقعة خاصة ، فيسمع الشهادة عليهما ، وما ثبت عنده أنه إلى القاضي . والثاني من يشهد بالعدالة أو الفسق ، ثم من هؤلاء من يشهد أصالة ، ومنهم من يشهد على شهادة غيره ، والأول قد يعرف الحال فيشهد ، وقد لا يعرف فيأمره القاضي بالبحث ليعرف فيشهد كما يوكل القاضي بالغريب الذي يدعي الإفلاس من يبحث عنه ويخالطه ، ليعرف إفلاسه فيشهد ، وأما الثاني ، فهو شاهد فرع ، والقياس أنه لا يشهد إلا عند غيبة الأصل ، أو تعذر حضوره ، وكذا ذكره الهروي ، وسيأتي إن شاء الله تعالى ما ينازع فيه . وإذا أراد الحاكم البحث عن حال الشهود ، كتب اسم الشاهد ، وكنيته إن اشتهر بها ، وولاءه إن كان عليه ولاء ، واسم أبيه وجده وخطيته وحرفته وسوقه ومسجده ، لتلا يشته به غيره ،

فإن كان مشهوداً وحصل التمييز ببعض هذه الأوصاف، كفى، ويكتب أيضاً اسم المشهود له، والمشهود عليه، فقد يكون بينهما ما يمنع شهادته له، أو عليه من قرابة أو عداوة. وفي قدر المال وجهان أحدهما: لا يكتبه، لأن العدالة لا تتجزأ، والصحيح المنصوص أنه يذكره، لأنه قد يغلب على الظن صدق الشاهد في القليل دون الكثير، وأما دعوى الأول أن العدالة لا تتجزأ، فقد حكى أبو العباس الروياني في ذلك وجهين، وبني عليهما أنه لو عدل، وقد شهد بمال قليل، ثم شهد في الحال بمال كثير هل يحتاج إلى تجديد تزكية ويكتب إلى كل مذك كتاباً، ويدفعه إلى صاحب مسألة، ويخفي كل كتاب عن غير من دفعه إليه وغير من بعثه إليه احتياطاً، ثم إذا وقف القاضي على ما عند المزين، فإن كان جرحاً لم يظهره، وقال للسدي: زدني في الشهود، وإن كان تعديلاً، عمل بمقتضاه، ثم حكى الأصحاب والحالة هذه وجهين في أن الحكم بقول المزين، أم بقول أصحاب المسائل؟ قال أبو إسحاق: بقول المزين، لأن أصحاب المسائل شهود على شهادة، فكيف تقبل مع حضور الأصل؟! وإنما هم رسل وعلى هذا يجوز أن يكون صاحب المسألة واحداً، فإن عاد بالجرح، توقف القاضي، وإن عاد بالتعديل، دعا مزيين ليشهدا عنده بعدالة الشاهد، ويشيرا إليه، ويأمن بذلك من الغلط من شخص إلى شخص. قال الاصطخري: إنما يحكم بقول أصحاب المسائل، ويبنى على ما ثبت عندهم بقول المزين. قال ابن الصباغ: وهذا وإن كان شهادة على شهادة تقبل للحاجة، لأن المزي لا يكلف الحضور، وقول الاصطخري أصح عند الشيخ أبي حامد، والقاضي أبي الطيب وغيرهما. قالوا: وعلى هذا إنما يعتمد القاضي قول اثنين من أصحاب المسائل، فإن وصفاه بالفسق، فعلى ما سبق، وإن وصفاه بالعدالة أحضر الشاهدين ليشهدا بعدالته، ويشيرا إليه^(١)

(١) في الأصل: أحضر الشاهدين، ليشهد بعدالته ويشير إليه.

وإذا تأملت كلام الأصحاب ، فقد تقول : ينبغي أن لا يكون في هذا خلاف محقق ، بل إن ولي صاحب المسألة الجرح والتعديل ، فحكم القاضي مبني على قوله ، ولا يعتبر العدد ، لأنه حاكم ، وإن أمره بالبحث ، بحث ووقف على حال الشاهد ، وشهد بما وقف عليه ، فالحكم أيضاً مبني على قوله ، لكن يعتبر العدد ، لأنه شاهد ، وإن أمره بمراجعة مزيكين ، فصاعداً وبأن يعلمه بما عندهما ، فهو رسول محض ، والاعتماد على قولهما فليحضرا ويشهدا • وكذا لو شهد على شهادتهما ، لأن الشاهد الفرع لا يقبل مع حضور الأصل •

فرع

من نصب حاكماً في الجرح والتعديل اعتبر فيه صفات القضاة ، ومن شهر بالعدالة أو الفسق ، اشترط فيه صفات الشهود ، ويشترط مع ذلك العلم بالعدالة والفسق وأسبابهما ، وأن يكون المعدل خبيراً بباطن حال من يعدله لصحبة أو جوار أو معاملة ونحوها ، قال في « الوسيط » : ويلزم القاضي أن يعرف أن المزكي خبير بباطن الشاهد في كل تزكية إلا إذا علم من عاداته أنه لا يزكي إلا بعد الخبرة ، ثم ظاهر لفظ الشافعي رحمه الله اعتبار التقادم في المعرفة الباطنة ، لأنه لا يمكن الاختبار في يوم أو يومين ، ويشبه أن يقال : شدة الفحص والإمعان تقوم مقام التقادم في المعرفة الباطنة • ويمكن الاختبار في مدة يسيرة ، وليس ذكر التقادم على سبيل الاشتراط ، بل لأن الغالب أن المعرفة الباطنة لا تحصل إلا بذلك ، ويوضح هذا ما ذكرنا أن القاضي يأمر بالبحث ، ليعرف حال الشاهد فيزكيه ، ولو اعتبرنا التقادم لطالت المدة ، وتضرر المتدعيان بالتأخير الطويل • أما الجرح ، فيعتمد فيه المعاينة أو السماع ، فالمعاينة أن يراه يزني أن يشرب الخمر ، والسماع بأن يسمعه يقذف ، أو يقر على نفسه بزنا أو شرب خمر ، فإن سمع من

غيره ، نظر إن بلغ المخبرون حد التواتر جاز الجرح لحصول العلم ، وكذا إن لم يبلغ التواتر ، لكن استفاض ، جاز الجرح أيضاً ، صرح به ابن الصباغ والبغوي وغيرهما . ولا يجوز الجرح بناء على خبر عدد يسير ، لكن يشهد على شهادتهم بشرط الشهادة على الشهادة ، وذكر البغوي تفرعاً على قول الاصطخري في أن الحكم بقول أصحاب المسائل أنه يجوز أن يعتمد فيه أصحاب المسائل خبر واحد من الجيران إذا وقع في نفوسهم صدقه ، وهل يشترط ذكر سبب رؤية الجرح أو سماعه ؟ وجهان أحدهما : نعم ، فيقول مثلاً : رأيته يزني ، وسمعته يقذف . وعلى هذا القياس يقول في الاستفاضة : استفاض عندي . والثاني - هو المذكور في «الشامل» - : لا حاجة إليه ، وليس للحاكم أن يقول : من أين عرفت حاله ، وعلى أي شيء بنيت شهادتك ؟ كما في سائر الشهادات ، وهذا أقيس ويحكى عن ابن أبي هريرة ، والأول أشهر . ولا يجعل الجراح بذكر الزنى قاذفاً للحاجة ، كما لا يجعل الشاهد قاذفاً ، فإن لم يوافقه غيره ، فليكن كما لو شهد ثلاثة بالزنى هل يجعلون قذفة ؟ فيه القولان .

قلت : المختار أو الصواب أنه لا يجعل قاذفاً ، وإن لم يوافقه غيره ، لأنه معذور في شهادته بالجرح ، فإنه مسؤول عنهما وهي في حقه فرض كفاية أو متعينة^(٢) فهو معذور بخلاف شهود الزنى ، فإنهم مندوبون إلى الستر ، فهم مقصرون . والله أعلم

ولو أخبره بعدالته من يحصل بخبره الاستفاضة وهم من أهل الخبرة بباطن من يعدلون ، لم يبعد أن يجوز له تعديله بذلك ، وتقام خبرتهم مقام خبرته ، كما أقيم في الجرح رؤيتهم مقام رؤيته .

(١) في الأصل : فإنها .

(٢) في الأصل : معينة .

مرع

وينبغي أن يكون المزكون وافر العقول لئلا يخدعوا^(١) وبرآء من الشحناء والعصبية في النسب والمذهب ويجتهد في إخفاء أمرهم لئلا يشهروا^(٢) في الناس بالتزكية ، وهل يشترط لفظ الشهادة من المزكي ؟ وجهان أصحهما : نعم فيقول : أشهد أنه عدل .

فرع

لا يجوز أن يزكي أحد الشاهدين الآخر ، وفيه وجه ضعيف . وعن كتاب حرمة أنه لو شهد اثنان ، وعدلها آخران لا يعرفهما القاضي ، وزكى الآخرين مزيان للقاضي ، جاز . ولو زكى ولده أو والده لم يقبل على الصحيح ، وبه قطع العبادي وغيره .

فرع

لاتثبت العدالة بمجرد رقعة المزكي على الصحيح ، لأن الخط لا يعتمد في الشهادة كما سبق ، وجوزه القاضي حسين للاعتماد على الرقعة ، قال في « الوسيط » تفريعاً على الأول : يكفي رسولان مع الرقعة ، وأن الصحيح وجوب المشافهة وهذا ظاهر إن [كان] القاضي يحكم بشهادة المزكين ، فأما إن ولي بعضهم الحكم بالعدالة والجرح ، فليكن كتابه ككتاب القاضي إلى القاضي ، وليكن الرسولان كالشاهدين على كتاب القاضي .

فرع

لا يقبل الجرح المطلق ، بل لابد من بيان سببه ، ولا حاجة إلى بيان سبب التعديل ، لأن أسبابه غير منحصرة ، وفيه وجه ضعيف حكاه في

(١) في الأصل : يخدعوه .

(٢) في الأصل : يشهدوا .

العدة ، وليس بشيء والأصح أنه يكفي أن يقول : هو عدل • وقيل :
يشترط أن يقول : عدل علي ولي ، وهو ظاهر نصه في « الأم »
و « المختصر » لكن تأوله الأولون أو جعلوه تأكيداً لاشترطاً • ولا
يحصل التعديل بقوله : لا أعلم منه إلا خيراً ، أولاً أعلم [منه] ما ترد
به الشهادة •

المسألة الرابعة : إذا ارتاب القاضي بالشهود ، أو توهم غلطهم
لخفة عقل وجدها فيهم ، فينبغي أن يفرقهم ، ويسأل كل واحد منهم
عن وقت تحمل الشهادة عاماً وشهراً ويوماً وغدوة أو عشية ، ومكان
محلة وسكة ، ودار وصفة ، ويسأل أتحمّل وحده أم مع غيره وأنه كتب
شهادته أم لا ، وأنه كتب قبل فلان أم بعده ، وكتبوا بجر أم بمداد
ونحو ذلك ، ليستدل على صدقهم إن اتفقت كلمتهم ، ويقف إن لم
تتفق • وإذا أجابه أحدهم ، لم يدعه يرجع إلى الباقي حتى يسألهم القاضي
لثلاثي خبرهم بجوابه ومتى اتفقوا على الجواب ، أو لم يتعرضوا
للتفصيل ، ورأى أن يعظمهم ، ويحذرهم عقوبة شهادة الزور ، فعل ،
فإن أصروا ، وجب القضاء إذا وجد شروطه ، ولا عبرة بما يبقى من
رية ، وإن لم يجد فيهم خفة ولا رية ، فالصحيح الذي عليه الجمهور
أنه لا يفرقهم ، لأن فيه غصاً منهم • وقال الروياني : يفرقهم ، وقال
البغوي : إن فرقهم بمسألة الخصم ، فلا بأس ، ثم إن التفريق
والاستفصال^(١) جعله الغزالي بعد التزكية ، والصحيح الذي علله
العراقيون وغيرهم أنه قبل الاستزكاء ، فإن اطلع على عورة ، استغنى
عن الاستزكاء والبحث عن حالهم ، وإن لم يطلع ، فإن عرفهم بالعدالة :
حكم ، وإلا فحينئذ يستزكي ، وهل هذا التفريق والاستفصال واجب
أم مستحب ؟ فيه أوجه الصحيح الذي ذكره ابن كج والبغوي ، وعامة
الأصحاب وهو الموافق للفظ « المختصر » أنه مستحب والثاني واجب ،

(١) في الأصل : الاستقلال •

قاله الإمام والغزالي • قالوا : ولو تركه وقضى مع الارتياح ، لم ينفذ •
والثالث : إن سأل الخصم وجب ، وإلا فلا •

الخامسة : تقدم بينة الجرح على بينة التعديل ، لزيادة علم الجارح .
فلو انعكس الأمر بأن قال المعدل : قد عرفت السبب الذي ذكره
الجارح ، لكنه تاب منه ، وحسنت حاله ، قدمت بينة التعديل ، لأن مع
المعدل هنا زيادة علم ، كذا ذكره جساعة ، منهم صاحب « الشامل »
وقول الواحد لا يقبل في الجرح فضلاً عن تقديمه •

السادسة : عدل الشاهد ، ثم شهد في واقعة أخرى ، فإن لم يطل
الزمان ، حكم بشهادته ، ولا يطلب تعديله ثانياً ، وإن طال ، فوجهان ،
أصحهما يطلب تعديله ثانياً ، لأن طول الزمان يغير الأحوال ، ثم يجتهد
الحاكم في طوله وقصره •

السابعة : شهادات المسافرين والمجتازين من القوافل ، كشهادة
غيرهم في الحاجة إلى التعديل ، فإن عدلها مزكيان في البلد ، أو عدل (١)
مزكيان اثنين من القافلة ، ثم هما عدلا الشاهدين ، قبلت شهادتهما وإلا فلا .
الثامنة : سأل القاضي عن الشهود في غير محل ولايته ، فعدلوا ،
ثم عاد إلى محل ولايته ، قال ابن القاص (٢) : له الحكم بشهادتهم إن
جوزنا القضاء بالعلم ، وخالفه أبو عاصم وآخرون ، وقالوا : القياس
منعه ، كما لو سمع البينة خارج ولايته •

التاسعة : عدل شاهد ، والقاضي يتحقق فسقه بالتسامع ، قال
الإمام : الذي يجب القطع به أنه يتوقف ولا يقضي •

العاشرة : تقبل شهادة الحسبة على العدالة والفسق ، لأن البحث
عن حال الشهود ، ومنع الحكم بشهادة الفاسق حق لله تعالى •

(١) في الاصل : عدلا •

(٢) في الاصل : ابن كج القاضي •

الباب الثالث : في القضاء على الغائب

هو جائز في الجملة ، وحكى صاحب « التقريب » قولاً عن رواية حرملة أنه لا يجوز إلا إذا كان للدعوى اتصال بحاضر ، والمشهور الأول ، وبه قطع الأصحاب ، وفي الباب أطراف :

الأول : في الدعوى ، ويشترط في الدعوى على الغائب ما يشترط فيها على الحاضر^(١) من بيان المدعى وقدره وصفته وقوله : إني مطالب بالمال . ولا يكفي الاقتصار على قوله : لي عليك كذا^(٢) ويشترط أن يكون للمدعي بينة وإلا فلا فائدة ، وأن يدعي جحوده ، فإن قال : هو مقر لم تسمع بينته ولغت دعواه ، وإن لم يتعرض لجحوده ولا إقراره ، فهل تسمع بينته ؟ وجهان أصحهما : نعم لأنه قد لا يعلم جحوده في غيبته ، ويحتاج إلى الإثبات ، فجعلت الغيبة كالسكوت . وفي فتاوى القفال أن هذا كله فيما إذا أراد إقامة البينة على ما يدعيه ، ليكتب القاضي به إلى حاكم بلد الغائب ، فأما إذا كان للغائب مال حاضر ، وأراد إقامة البينة على دينه ليوفيه القاضي تسمع بينته ويوفيه^(٣) ، سواء قال : هو مقر . أو جاحد ، وهل على القاضي لسماع الدعوى على الغائب أن ينصب مسخراً ينكر على الغائب ؟ وجهان أحدهما : نعم لتكون البينة على إنكار منكر ، وأصحهما ما ذكره البغوي ، لأن الغائب قد يكون مقراً ، فيكون إنكار المسخر كذباً . ومقتضى هذا التوجيه أن لا يجوز نصب المسخر ، لكن الذي ذكره أبو الحسن العبادي وغيره أن القاضي مخير إن شاء نصب وإلا فلا .

(١) في الأصل : الحاضرين .

(٢) في نسخ الظاهرية : لي عليه كذا .

(٣) في الأصل : يوفيه .

الطرف الثاني : في التحليف ، فيحلف القاضي المدعي على الغائب بعد قيام البينة وتعديلها أنه ما أبرأه من الدين الذي يدعيه ، ولا من شيء منه ، ولا اعتاض ولا استوفى ، ولا أحال عليه هو ، ولا أخذ من جهته ، بل هو ثابت في ذمة المدعى عليه يلزمه أدائه ، ويجوز أن يقتصر ، فيحلفه على ثبوت المال في ذمته ، ووجوب تسليمه : وكذا يحلف مع البينة [الوارث] إذا كان المدعى عليه صيباً أو مجنوناً أو ميتاً ليس له وارث حاضر ، فإن كان حلف بسؤال الوارث ، وحكى أبو الحسين الطرسوسي من أصحابنا قولاً أنه لا يحلف في الدعوى مع البينة وهو مذهب المزني ، والمشهور الأول ، لكن هذا التحليف واجب أم مستحب؟ وجهان ، ويقال : قولان ، أصحهما : الوجوب ، ومنهم من قطع به . ومن قال بالاستحباب قال : لأن تدارك التحليف باق ، والوجوب في الميت والصبي والمجنون أولى لعجزهم عن التدارك ، لكن الخلاف مطرد فيهم . حكاه أبو الحسن العبادي وجماعة ، وبنى على هذا مالو أقام قيم طفل بينة على قيم طفل ، فإن أوجبنا التحليف ، انتظرنا حتى يبلغ المدعى له ، فيحلف ، وإن قلنا بالاستحباب ، قضى بها ، ولا يشترط في اليمين هنا التعرض لصدق الشهود بخلاف اليمين مع الشاهد ، لأن البينة هنا كاملة وقيل : يشترط .

إذا لم يدع بنفسه ، بل ادعى وكيله على غائب لا يحلف ، بل يعطى المال إن كان المدعى عليه هناك مال ، ولو كان المدعى عليه حاضراً ، وقال للمدعي بالوكالة بعد أن أقام البينة عليه : أبرأني موكلك الغائب : وأراد التأخير إلى أن يحضر الموكل ، فيحلف ، لم يمكن منه ، بل عليه تسليم الحق ، ثم يثبت الإبراء من بعد إن كانت له حجة ، وكذا لو ادعى ولي الصبي ديناً للصبي ، فقال المدعى عليه : إنه أئلف علي من

جنس ما تدعيه قدر دينه لم ينفعه^(١) بل عليه أداء ما أثبتته الولي ، فإذا بلغ الصبي ، حلفه • ولو قال المدعي عليه في مسألة التوكيل : أبرأني موكلك الغائب ، فاحلف أنك لا تعلم ذلك ، قال الشيخ أبو حامد : له تحليفه على نفي العلم ومن الأصحاب من يخالفه ولا يحلف الوكيل ولك أن تقول : مقتضى ما ذكره الشيخ أن يحلف القاضي وكيل المدعي على الغائب على نفي العلم بالإبراء وسائر الأسباب المسقطه نيابة عن المدعي عليه فيما يتصور منه لو حضر كما ناب عنه في تحليف من يدعي لنفسه •

فرع

يجوز القضاء على الغائب بشاهد ويمين كالحاضر وهل يكفي يمين أم يشترط يمينان إحداهما لتكمل الحجة ، والثاني لنفي المسقطات وجهان أصحهما الثاني •

فرع

تعلق برجل وقال : أنت وكيل فلان الغائب ، ولي عليه كذا ، وأدعي عليك وأقيم البينة في وجهك ، فإن علم أنه وكيل ، وأراد أن لا يخاصم ، فليعزل نفسه ، وإن لم يعلم ، فينبغي أن يقول : لا أعلم أنني وكيل ولا يقول : لست بوكيل فيكون مكذباً لبينة^(٢) قد تقوم بالوكالة ، وهل للمدعي إقامة البينة على وكالة من تعلق به ؟ وجهان أحدهما : نعم ليستغني عن ضم اليمين إلى البينة ، وليكون القضاء مجعماً عليه : وأصحهما : لا ، لأن الوكالة حق له ، فكيف يقام بينة بها قبل دعواه •

(١) في الأصل : لم ينفع .

(٢) في الأصل : فيكون هكذا بالبينة .

الطرف الثالث في كتاب القاضي إلى القاضي ، فالقاضي بعد سماع الدعوى والبيئة على الغائب قد يقتصر عليه ، وينهي الأمر إلى قاضي بلد الغائب ليحكم ويستوفي . وقد يحلفه كما سبق ، ويحكم وعلى التقدير الثاني قد يكون للغائب مال حاضر يمكن أداء الحق منه فيؤدى ، وقد لا يكون كذلك ، فيسأل المدعي القاضي إنهاء الحكم إلى قاضي بلد الغائب ، فيجيبه إليه . ولإنهاء طريقان ، أحدهما : أن يشهد على حكمه عدلين يخرجان إلى ذلك البلد ، والأولى أن يكتب بذلك كتاباً أولاً ، ثم يشهد ، وصورة الكتاب : حضر فلان ، وادعى على فلان الغائب المقيم ببلد كذا ، وأقام عليه شاهدين وهما فلان وفلان ، وقد عدلا عندي ، وحلفت المدعي . وحكمت له بالمال ، فسألني أن أكتب إليك في ذلك فأجبت ، وأشهدت بذلك فلاناً وفلاناً . ولا يشترط تسمية الشاهدين على الحكم ، ولا ذكر أصل الإشهاد ، ولا تسمية شهود الحق ، بل يكفي أن يكتب : شهد عندي عدول ويجوز أن لا يصفهم بالعدالة ، ويكون الحكم بشهادتهم تعديلاً لهم ، ذكره في العدة ، ويجوز أن لا يتعرض لأصل الشهادة ، فيكتب : حكمت بكذا بحجة أوجبت الحكم ، لأنه قد يحكم بشاهد ويمين وقد يحكم بعلمه إذا جوزناه ، وهذه حيلة يدفع بها القاضي قدح الحنفية إذا حكم بشاهد ويمين . وفي فحوى كلام الأصحاب وجه ضعيف مانع من إبهام الحجة ، لما فيه من سد باب الطعن والقدح على الخصم . ويستحب للقاضي أن يختم الكتاب ويدفع إلى الشاهدين نسخة غير مختومة ليطالعاها ، ويتذكرا عند الحاجة ، وأن يذكر في الكتاب نقش خاتمه الذي يختم به ، وأن يثبت اسم نفسه ، واسم المكتوب إليه في باطن الكتاب ، وفي العنوان أيضاً . وأما الإشهاد ، فإن أشهدهما أنه حكم بكذا ، ولا كتاب ، شهدا به ، وقبلت شهادتهما ، وإن أنشأ الحكم بين أيديهما ، فلهما أن يشهدا عليه وإن لم

يشهدهما ، وإن كتب ، ثم أشهد ، فينبغي أن يقرأ الكتاب أو يقرأ بين يديه عليهما ثم يقول لهما : إشهدا علي بما فيه ، أو على حكمي المبين فيه ، وفي « الشامل » أنه لو اقتصر بعد القراءة على قوله : هذا كتابي إلى فلان ، أجزأ ، وحكى ابن كج وجهاً أنه يكفي مجرد القراءة عليهما ، والأحوط أن ينظر الشاهدان وقت القراءة عليهما في الكتاب ، فلو لم يقرأ الكتاب عليهما ، ولم يعلم ما فيه ، قال القاضي : أشهدكما على أن هذا كتابي أو ما فيه خطي ، لم يكفي ، ولم يكن لهما أن يشهدا على حكمه ، لأن الشيء قد يكتب من غير قصد بحقيقة. ولو قال : أشهدكما على أن ما فيه حكمي ، أو على أنني قضيت بمضمونه ، فوجهان ، أحدهما : لا يكفي حتى يفصل ما حكم به ، والثاني : يكفي لإمكان معرفة التفصيل بالرجوع إليه ، ويجري الخلاف فيما لو قال المقر : أشهدتك على ما في هذه القبالة وأنا عالم به ، لكن الأصح عند الغزالي في الإقرار أنه يكفي ، حتى إذا سلم القبالة إلى الشاهد ، وحفظها الشاهد ، وأمن التحريف ، جاز له أن يشهد على إقراره ، لأنه يقر على نفسه ، والإقرار بالمجهول صحيح ، وقطع الصيمري بأنه لا يكفي في الإقرار أيضاً حتى يقرأه ويحيط بما فيه ، قال : وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة رحمهما الله ، ويشبه أن يكون الخلاف في أن الشاهد هل يشهد أنه أقر بمضمون القبالة مفصلاً . فأما الشهادة على أنه أقر بما في هذا الكتاب مبهماً ، فينبغي أن يقبل بلا خلاف كسائر الأقاير المبهمة ، ثم سواء شهد كذا أو كذا ، فإنما يشهد إذا كان الكتاب محفوظاً عنده ، وأمن التصرف .

فرع

التعويل على شهادة الشهود والمقصود من الكتاب التذكر ، ومن الختم الاحتياط ، وإكرام المكتوب إليه ، فلو ضاع الكتاب ، أو امحى ،

أو انكسر الختم . وشهدا بمضسونه المضبوط عندهما ، قبلت شهادتهما ، وقضي بها ، فلو شهدا بخلاف ما في الكتاب . عمل بشهادتهما ، ولا يكفي الكتاب المجرد . وقال الاصطخري : إذا وثق المكتوب إليه بالخط والختم . كفى . والصحيح الأول . ويشترط إشهاد رجلين عدلين . فلا يقبل رجل وامرأتان . وقيل : يقبل إن تعلقت الحكومة بمال . وذكر ابن كج أنه لو كان الكتاب برؤية هلال رمضان . كفى شهادة واحد على قولنا : يثبت بواحد . وأنه لو كتب بالزنى وجوزنا كتاب القاضي إلى قاض في العقوبات هل يثبت برجلين أم يشترط أربعة ؟ وجهان بناء على القولين في الإقرار بالزنى .

فرع

إذا وصل كتاب القاضي وحامله إلى قاضي البلد الآخر ، أحضر الخصم . فإن أقر بالمدعى . استوفاه . وإلا فيشهد الشاهدان أن هذا كتاب القاضي فلان وختمه . حكم فيه لفلان بكذا على هذا وقرأه علينا . وأشهدنا به . ولو لم يقولوا : أشهدنا به . جاز ، ولا يكفي ذكرهما الكتاب والختم ، بل لابد من التعرض لحكمه . ثم في « التهذيب » و « الرقم » [أن القاضي] ^(١) إنما نقض الختم بعد شهادة الشهود وتعديلهم . وذكر الهروي أنه يفتح الكتاب أولاً : ثم يشهدون ويوافق هذا قول كثير من الأصحاب أن الشهود يقرؤون الكتاب ، ثم يشهدون ليقفوا على ما فيه ، ويعلموا أنه لم يخرق . وليس هذا خلافاً في الجواز ، وكيف وقد عرف أن الختم من أصله لا اعتبار به ، فكما تقبل الشهادة على ما لا ختم عليه تقبل على المفوض ختمه ، وسواء فضه القاضي أو غيره ، وإنما هو في الأدب والاحتياط .

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

فرع

يجوز أن يكتب إلى قاض معين . ويجوز أن يطلق فيكتب إلى كل من يصل إليه من القضاة . وإذا كان الكتاب إلى معين . فشهد شاهداً الحكم عند حاكم آخر قبل شهادتهما . وأمضاه . وإن لم يكتب : وإلى كل من يصل إليه من القضاة اعتسداً على الشهادة . وكذا لو مات الكاتب ، وشهدا على حكمه عند المكتوب إليه . أو مات المكتوب إليه ، وشهدا عند من قام مقامه . قبل شهادتهما . وأمضى الحكم . والعزل والجنون والعسى والخرس كالموت . ولو كتب القاضي إلى خليفته . ثم مات القاضي . أو عزل . تعذر على الخليفة القبول والإمضاء إن قلنا : ينزل بانعزال الأصل . ولو ارتد القاضي الكاتب أو فسق ، ثم وصل الكتاب إلى المكتوب إليه ، فوجهان قطع ابن القاص . وصاحب «المهذب» و«التهذيب» وآخرون بأن الكتاب إن كان بالحكم المبرم : أمضى . لأن الفسق الحادث لا يؤثر في الحكم السابق ، وإن كان بسماع الشهادة ، لم يقبل ولم يحكم به . كما لو فسق الشاهد قبل الحكم . وأطلق ابن كج أنه لا يقبل كتابه إذا فسق . وهو مقتضى كلام الشيخ أبي حامد وابن الصباغ .

فرع

شهود الكتاب والحكم يشترط ظهور عدالتهم عند المكتوب إليه ، وهل تثبت عدالتهم بتعديل الكاتب إياهم ؟ وجهان ، قال القفال الشاشي : نعم للحاجة ، والأصح المنع ، لأنه تعديل قبل أداء الشهادة ، ولأنه كتعديل المدعي شهوده ، ولأن الكتاب إنما يثبت بقولهم ، فلو ثبت به عدالتهم لثبت بقولهم ، والشاهد لا يزكي نفسه .

فرع

ينبغي أن يثبت القاضي في الكتاب اسم المحكوم له ، والمحكوم عليه ، وكنتيتهما ، واسم أبويهما ، وجديهما ، وحليتهما ، وصنعتهما ،

وقبيلتهما ليسهل التمييز ، وإن كان مشهوراً ظاهر الصيت ، وحصل (١) الإعلام ببعض ما ذكرنا ، اكتفي به . وإذا أثبت الأوصاف كما ذكرنا ، فحمل الكتاب إلى المكتوب إليه ، وأحضر الحامل عنده من زعم محكوماً عليه ، نظر إن شهد شهود الكتاب والحكم على عينه ، لأن القاضي الكاتب حكم عليه ، طُلب بالحق ، وإن لم يشهدوا على عينه ، لكن شهدوا على موصوف بالصفات المذكورة في الكتاب ، فأنكر المحضر أن ما في الكتاب اسمه ونسبه ، فالقول قوله مع يمينه . وعلى المدعي البينة على أنه اسمه ونسبه ، فإن لم تكن بينة ، ونكل المحضر ، حلف المدعي ، وتوجه له الحكم . ولو قال : لا أحلف على أنه ليس اسمي ونسبي ، ولكن أحلف على أنه لا يلزمني تسليم شيء إليه ، فحكى الإمام والغزالي عن الصيدلاني أنه يقبل منه اليمين هكذا : كما لو ادعى عليه قرض ، فأنكر ، وأراد أن يحلف على أنه لا يلزمه شيء ، فإنه يقبل ، واختار أنه لا يقبل ، وفرقا بأن مجرد الدعوى ليس بحجة ، وهنا قامت بينة على المسمى بهذا الاسم ، وذلك يوجب الحق عليه إن ثبت كونه المسمى ، وإن قامت البينة بأنه اسمه ونسبه ، فقال : نعم ، لكن لست المحكوم عليه ، فإن لم يوجد هناك من يشاركه في الاسم والصفات المذكورة ، لزمه الحكم ، لأن الظاهر أنه المحكوم عليه ، وإن وجد بأن عرفه القاضي ، أو قامت عليه بينة ، وأحضر المشارك ، فإن اعترف بالحق ، طُلب به ، وخلص الأول ، وإن أنكر ، بعث الحاكم (٢) إلى الكاتب بما وقع من الإشكال ، ليحضر الشاهدين ، ويطلب منهما مزيد صفة يتميز بها المشهود عليه ، فإن ذكرا مزيداً ، كتب إليه ثانياً ، وإلا وقف الأمر حتى تنكشف . ولو أقام المحضر بينة على موصوف بتلك الصفات كان هناك وقد مات ، فإن مات بعد الحكم ، فقد وقع الإشكال ، وإن مات قبله ، فإن لم يعاصره المحكوم

(١) في الأصل : حصل .

(٢) في الأصل : القاضي .

له ، فلا إشكال ، وإن عاصره ، حصل الإشكال على الأصح ، هذا كله إذا أثبت القاضي اسم المحكوم عليه ، ونسبه ، وصفته كما سبق ، أما إذا اقتصر على قوله : حكمت على محمد بن أحمد مثلاً ، فالحكم باطل ، لأن المحكوم عليه مبهم ، ولم يتعين بإشارة ، ولا وصف كامل بخلاف ما إذا استقصى الوصف ، فظهر اشتراك على الدور ، حتى لو اعترف رجل في بلد المكتوب إليه بأنه محمد بن أحمد وأنه المعني بالكتاب ، لم يلزمه ذلك الحكم لبطلانه في نفسه إلا أن يقر بالحق ، فيؤاخذ به هذا هو الصحيح ، وهو الذي نقله الإمام والغزالي وغيرهما ، وذكر ابن القاص وأبو علي الطبري أنه إذا ورد الكتاب ، أحضر القاضي المكتوب عليه ، وقرأ عليه الكتاب ، فإن أقر أنه المكتوب عليه ، أخذه به ، سواء كان رفع نسبه وذكر صفته أم لا ، ولا شك أنه لو شهد الشهود كما ينبغي إلا أنه أبهم في الكتاب اسم المكتوب عليه يقبل الشهادة ، ويعمل بمقتضاها ، لما سبق أن الاعتبار بقول الشهود لا بالكتاب •

فصل

سبق أن لإنهاء حكم القاضي إلى قاض آخر طريقين ، أحدهما : المكاتبه وسبق •

والطريق الثاني المشافهة ، وتتصور من أوجه •

أحدها : أن يجتمع القاضي الذي حكم ، وقاضي بلد الغائب في غير البلدين ، ويخبره بحكمه •

والثاني : أن ينتقل الذي حكم إلى بلد الغائب ، ويخبره ، ففي الحالين لا يقبل قوله ، ولا يمضي حكمه ، لأن إخباره في غير موضع ولايته ، كإخبار القاضي بعد العزل •

والثالث : أن يحضر قاضي بلد الغائب في بلد الذي حكم فيخبره ، فإذا عاد إلى محل ولايته . فهل يرضيه . إن قلنا : يقضي بعليه فنعم ، وإلا فلا على الأصح . كما لو قال ذلك القاضي : سعت البينة على فلان بكذا . فإنه لا يترتب الحكم عليه إذا عاد إلى محل ولايته .

والرابع : أن يكونا في محل ولايتهما . بأن وقف كل واحد في شرف محل ولايته . وقال الحاكم : حكمت بكذا فيجب على الآخر إمضاؤه . لأنه أبلغ من الشهادة والكتاب . وكذا لو كان في البلد قاضيان وجوزناه . فقال أحدهما للآخر : حكمت بكذا فإنه يرضيه . وكذا إذا قاله القاضي لنائبه في البلد وبالعكس . ولو خرج القاضي إلى قرية له فيها نائب . فأخبر^(١) أحدهما الآخر بحكمه أمضاه الآخر . لأن القرية محل ولايتهما . ولو دخل النائب البلد . فقال للقاضي : حكمت بكذا لم يقبله ، ولو قال له القاضي : حكمت بكذا . ففي إمضائه إياه ، إذا عاد إلى قريته الخلاف [في] القضاء بالعلم .

فرع

إذا حكم القاضي بحق . وشافه به والياً غير قاض ليستوفيه ، فله أن يستوفي في محل ولاية القاضي ، وكذا خارجه على الصحيح . ولو كاتب القاضي والياً غير قاض ، فإن كان صالحاً للقضاء وقد فوض إليه الإمام نظر القضية وتولية من يراه ، جازت مكاتبته ، كما تجوز مكاتبته الإمام الأعظم . نص عليه في « المختصر » وإن لم يكن صالحاً ، أو كان ، ولم يفوض إليه ، نظر القضية ، لم تجز مكاتبته ، لأن سماع البينة يختص بالقضاة .

(١) في الأصل : فأخبره .

فصل

ذكرنا في أول الطرف أن القاضي بعد سماع البينة قد يحكم ، وينهيه إلى حاكم آخر ، وقد يقتصر على السماع وينهيه ، وفرغنا من القسم الأول ، وأما الثاني فنقدم عليه مقدمة فيما يستأز به أحد القسمين على الثاني وفي فروع تتعلق بالحكم .

اعلم أن صيغ الحكم في قوله : حكمت على فلان لفلان بكذا ، وألزمته لما سبق في الأدب الخامس من الباب الثاني ، فلو قال : ثبت عندي كذا بالبينة العادلة ، أوصح ، فهل هو حكم ؟ فيه وجهان أحدهما : نعم ، لأنه إخبار عن تحقيق الشيء جزماً وأصحهما لا ، لأنه قد يراد به قبول الشهادة ، واقتضاء البينة صحة الدعوى . فصار كقوله : سعت البينة وقبلتها ولأن الحكم هو الإلزام ، والثبوت ليس بإلزام . وأما ما يكتب [على] ظهور الكتب الحكيمية وهو : صح ورود هذا الكتاب علي ، فقبلته قبول مثله ، وألزم العسل بسوجه . فليس بحكم لاحتمال^(١) أن المراد تصحيح الكتاب ، وإثبات الحجة . ولا يجوز الحكم على المدعى عليه إلا بعد سؤال المدعي على الأصح . وهل يصح أن يلزم القاضي الميت بموجب إقراره في حياته ؟ وجهان . وشترط تعيين ما يحكم به ، ومن يحكم له . لكن قد يبتلى القاضي بظالم يريد مالا يجوز ، ويحتاج إلى ملائنته . فرخص له دفعه بما يروهم أنه أسعفه بمزاده . مثاله : أقام خارج بينة ودخل بينة . والقاضي يعلم فسق بينة الداخل ، ولكنه يحتاج إلى ملائنته . وطلب الحكم بناء على ترجيح بينة الداخل . فيكتب : حكمت بسا هو مقتضى الشرع في معارضة بينة فلان الداخل ، وفلان الخارج . وقررت المحكوم به في يد المحكوم له . وسلطته عليه . ومكنته من التصرف فيه إذا ثبتت هذه

(١) في الأصل : الإحتمال .

المقدمة ، فإذا لم يحكم القاضي ، وأنهى ماجرى من الدعوى والبينة بالكتاب ، سمي بذلك كتاب نقل^(١) الشهادة ، وكتاب التثبيت ، أي : تثبيت الحجة . وينص على الحجة ، فيذكر أنه قامت عنده بينة أو شاهد ويمين ، أو نكل المدعى عليه ، وحلف المدعي ، وإنما ينص على الحجة ، ليعرف المكتوب إليه تلك الحجة ، فقد لا يرى بعض ذلك الحجة ، وهل يجوز أن يكتب بعلم نفسه ليقضي به المكتوب إليه ؟ قال في العدة : لا يجوز وإن جوزنا القضاء بالعلم ، لأنه مالم يحكم به هو كالشاهد والشهادة لا تتأدى بالكتابة . وفي أمالي السرخسي جوازه ، ويقضي به المكتوب إليه إذا جوزنا القضاء بالعلم . وإذا كتب بسماع البينة ، فليس الشاهدين ، والأولى أن يبحث عن حالهما ويعدهما ، لأن أهل بلدهما أعرف بهما ، فإن لم يفعل ، فعلى المكتوب إليه البحث والتعديل . إذا عدل ، فهل يجوز أن يترك اسم الشاهدين ؟ قال الإمام والغزالي : لا ، والقياس الجواز ، كما أنه إذا حكم ، استغنى عن تسمية الشهود ، وهذا هو المفهوم من كلام البغوي وغيره ، وهل يأخذ المكتوب إليه بتعديل الكتاب^(٢) أم له البحث وإعادة التعديل ؟ لفظ الغزالي يقتضي الثاني ، والقياس الأول .

قلت : هذا الذي جعله القياس هو الصواب . والله اعلم

ولا حاجة في هذا القسم إلى تحليف المدعي ، والقول في إشهاد القاضي ، وفي أداء الشهود الشهادة عند المكتوب إليه ، وفي دعوى الخصم إن كان هناك من يشاركه في الاسم على ما سبق في القسم الأول ، وإذا عدل الكاتب شهود الحق . فجاء الخصم ببينته على جرحهم

(١) في الأصل : تقبل .

(٢) في نسخ الظاهرية : الكاتب .

سعت ، ويقدم على التعديل ، وإن استمهل البينة الجرح أمهل ثلاثة أيام هكذا ذكره الأصحاب على طبقاتهم ، وكذا لو قال : أبرأني ، أو قضيت الحق واستمهل ليقيم البينة عليه . ولو قال : أمهلوني حتى أذهب إلى بلدهم وأجرحهم ، فإنني لا أتمكن من جرحهم إلا هناك ، أو قال : لي بينة أخرى هناك دافعة ، لم يسهل ، بل يؤخذ الحق منه ، فإذا أثبت جرحاً أو دفعاً ، استرد ، وسواء في ذلك كتاب الحكم ، وكتاب نقل الشهادة : وفي العدة أنه لو سأل المحكوم عليه إحلاف الخصم أنه لاعدواة بينه وبينهم وقد حضر الخصم عند المكتوب إليه أجابه إليه ، ولو سألته إحلافه على عدالتهم ، لم يجبه ، وكفى تعديل الحاكم إياهم ، وأنه لو ادعى قضاء الدين ، وسأل إحلافه : أنه لم يستوفه ، لم يحلف ، لأن الكاتب أحلفه . وذكر البغوي في مثله في دعوى الإبراء أنه يحلفه : أنه لم يبرئه فحصل وجهان .

فرع

في مشافهة القاضي قاضياً بسماع البينة فإذا نادى قاض من طرف ولايته قاضياً من طرف ولايته : إني سمعت البينة بكذا ، أو جوزنا قاضيين في بلد ، فقال ذلك قاض لقاض ، هل للمقول له الحكم بذلك ؟ قال الإمام والغزالي : يبنى ذلك على أن سماع البينة وإنهاء الحال إلى قاض آخر هل هو نقل كشهادة الشهود كنقل الفروع شهادة الأصول : أم حكم بقيام البينة ؟ وفيه وجهان ، فعلى الأول لا يجوز ، كما لا يحكم بالفرع مع حضور الأصل . وعلى الثاني يجوز كما في الحكم المبرم . وهذا أرجح عند الإمام والغزالي ، والصحيح الأول ، وبه قال عامة الأصحاب ، وقالوا أيضاً : كتاب السماع إنما يقبل إذا كانت المسافة بين الكاتب وبين الذي بلغه الكتاب بحيث يقبل في مثلها الشهادة على

الشهادة . وهذا نصه في « عيون المسائل » ولو قال الحاكم لخليفته : اسع دعوى فلان وبينته ، ولا تحكم به حتى تعرفني ، ففعل هل للحاكم أن يحكم به ؟ القياس أنه كإنهاء أحد القاضيين في البلد [إلى] الآخرة ، لإمكان حضور الشهود عنده . لكن الأشبه هنا الجواز ، وبه أجاب أبو العباس الروياني مع توقف فيه .

الطرف الرابع في الحكم بالشيء الغائب على غائب . الغيبة والحضور إنما تتعاقبان الأعيان ، فأما إذا كانت دعوى نكاح أو طلاق أو رجعة ، أو إثبات وكالة ، فلا يوصف المدعي بغيبة ولا حضور ، وكذا إذا كان المدعى ديناً . ومتى ادعى عيناً ، فإن كانت حاضرة مشاراً إليها . سلت إلى المدعي إذا تمت حجته . وإن كانت غائبة . فلها حالان الأولي أن تكون غائبة عن البلد ، فهي إما عين يؤمن فيها الاشتباه والاختلاط ، كالعقار وعبد وفرس معروفين ، وإما غيرها ، والقسم الأول يسمع القاضي البينة عليه . ويحكم ويكتب إلى قاضي بلد ذلك المال ليسلحه إلى المدعي ، ويعتمد في العقار على ذكر البقعة والسكة والحدود ، وينبغي أن يتعرض لحدوده الأربعة . ولا يجوز الاقتصار على جدين أو ثلاثة ، ولا يجب التعرض للقيسة على الأصح ، لحصول التمييز دونه . وأما القسم الثاني كغير المعروف من العبيد والدواب وغيرها فهل يسمع البينة على عنها وهي غائبة ؟ قولان : أحدهما نعم . كما يسمع على الخصم الغائب اعتماداً على الحلية والصفة ، ولأنه يحتاج إليه كالعقار . والثاني : لا . لكثرة الاشتباه . وهذا قال المزني . ورجحه طائفة ، منهم أبو الفرج الزاز . والأول اختيار الكرايسي ، والاصطخري . وابن القاص ، وأبي علي الطبري ، وبه أفتى القفال . فإذا قلنا به ، فهل يحكم للمدعي بما قامت به البينة ؟ قولان . أحدهما : نعم كالعقار . وأظهرهما : لا . لأن الحكم مع خطر الاشتباه والجهالة

بعيد . والحاصل ثلاثة أقوال ، أظهرها : تسمع البينة فينبغي أن يبالغ البينة ولا يحكم ، والثاني لا يسمع ولا يحكم ، والثالث يسمع ويحكم . هذه طريقة الجمهور . وطردوها في جسيع المنقولات التي لا تعرف . وقال الإمام والغزالي : مالا يؤمن فيه الاشتباه ضربان ما يمكن تمييزه بالصفات والحلي كالحيوان . ومالا يمكن لكثرة أمثاله كالكرباس ، فالأول على الأقوال الثلاثة . وقطعا في الكرباس ونحوه [بأنه] لا ترتبط الدعوى والحكم بالعين . فإن قلنا : يسمع البينة ، فينبغي أن يبالغ المدعي في الوصف بما يمكن الاستقصاء والتعرض للثبات . وبماذا يضبط بعد ذكر الجنس والنوع ؟ قولان حكاهما الهروي وغيره . أحدهما لتعرض الأوصاف المعتبرة في السلم . والثاني يتعرض للقيمة . وتكفي عن ذلك الصفات ، قالوا : والأظهر أن الركن في تعريف ذوات الأمثال ذكر الصفات وذكر القيمة مستحب في ذوات القيم . الركن القيمة . وذكر الصفات مستحب ، ثم يكتب القاضي إلى قاضي بلد المال بما جرى عنده من مجرد قيام البينة . أو مع الحكم إن جوزنا الحكم المبرم . فإن أظهر الخصم هناك عبداً آخر بالاسم والصفات المذكورة في يده ، أو في يد غيره ، فقد صار القضاء مبهماً ، وانقطعت المطالبة في الحال . كما سبق في المحكوم عليه . وإن لم يأت بدافع ، فإن كان الكتاب كتاب حكم . وجوزنا . حلف المدعي أن هذا المال هو الذي شهد به شهوده عند القاضي فلان . وتسلم إليه . ذكره ابن القاص في كتاب آداب القضاء . وإن كان كتاب سماع البينة . اتزعزعت المكتوب إليه المال . وبعثه إلى الكاتب . ليشهد الشهود على عينه . وفي طريقه قولان . أظهرهما وأشهرهما . وبه قطع ابن الصباغ وغيره : يسلم إلى المدعي . ويؤخذ منه كفيلا بيده . وقال أبو الحسن العبادي : يكفله قيمة المال . فإن ذهب إلى القاضي الكاتب : وشهد الشهود على عينه .

وسلم له . كتب القاضي بذلك إبراء الكفيل وإلا فعلى المدعي الرد ،
ومؤنته ، ويختم العين عند تسليمها إليه بختم لازم ، فإن كان عبداً ،
جعل في عنقه القلادة ، ويختم عليها ، والمقصود من الختم أن لا يبدل
المأخوذ بما لا يستريب الشهود في أنه له ، وأخذ الكفيل واجب ، والختم
مستحب . وعلى هذا القول لو كان للمدعي جارية ، فثلاثة أوجه ،
أحدها : أنها كالعبد ، والثاني : لاتبعث أصلاً ، والثالث : تسلم إلى
أمين في الرفقة لا إلى المدعي ، وهذا حسن .

قلت : هذا الثالث هو الصحيح أو الصواب . **وانتهى**

ثم المفهوم من كلام الجمهور أن الشهود إذا شهدوا على عينه عند
الكاتب ، سلسه إلى المدعي ، وقد تم الحكم له ، ثم يكتب إبراء الكفيل
على ما ذكرنا ، وفي « الفروق » للشيخ أبي محمد أنه يختم على رقبته
ختماً ثانياً . ويكتب بأني حكمت به لفلان ، ويسلمه إلى المكتوب له .
ليرده إلى القاضي الثاني ، فيقرأ الكتاب ، ويطلق الكفيل ، ويسلم العبد
إلى المدعي . والقول الثاني أن القاضي بعد الاتزاع يبيعه للمدعي .
ويقبض منه الثمن ، ويضعه عند عدل ، أو يكفله بالثمن ، فإن سلم
للمدعي بشهادة الشهود على عينه عند القاضي الكاتب ، كتب بردالشن ،
أو براءة الكفيل ، وبأن^(١) بطلان البيع ، وإلا فالبيع صحيح ، ويسلم
الشن إلى المدعي عليه ، وهذا بيع يتولاه القاضي للمصلحة ، كما
يبيع الضوال ، وحكى الفوراني بدل هذا القول أنه يسلم إليه المال ،
ويأخذ القيسة ويدفعها إلى المدعي عليه للحيلولة^(٢) بينه وبين ما يزعمه
ملكاً له . ثم يسترد هذه القيمة ، سواء ثبت المال للمدعي أم لا .

(١) في الأصل : أوبان .

(٢) في الأصل : إلى المدعي على الحيلولة .

الحالة الثانية : أن تكون العين المدعاة غائبة عن مجلس الحكم دون البلد ، فإن كان الخصم حاضراً أمر بإحضاره لتقوم البيئة على عينها ، ولا تسمع الشهادة على صفتها هذا [هو] الجواب في فتاوى القفال . ويشبه أن يجيء فيه وجه فيما إذا كان المدعى عليه في البلد ، هل تسمع الشهادة عليه مع غيبته عن المجلس ؟ ثم إنما يؤمر بإحضار ما يمكن إحضاره بتيسر ، فأما مالا يمكن ، كالعقار ، فيحده المدعي ويقيم البيئة عليه بتلك الحدود ، فإن قال الشهود : نعرف العقار بعينه ، ولا نعرف الحدود ، بعث القاضي من يسمع البيئة على عينه ، أو حضر بنفسه ، فإن كان المشار إليه بالحدود المذكورة في الدعوى ، حكم وإلا فلا . ولو كان العقار مشهوراً لا يشتهر ، فلا حاجة للتحديد ، وأما ما يعسر إحضاره كشيء ثقیل ، وما أثبت في الأرض ، أو ركب في الجدار ، وأورث قلعه ضرراً ، فيصفه المدعي ، ويحضر القاضي عنده ، أو يبعث من يسمع الشهادة على عينه ، وإن لم يمكن وصفه حضر القاضي عنده ، أو بعث من يسمع الدعوى على عينه ، وذكر الغزالي أن العبد المدعى لو كان يعرفه القاضي ، حكم به دون الإحضار ، وجعل هذه الصورة كالمستثناة عن صورة وجوب الإحضار . وهذا الذي قاله إن أراد به العبد المعروف بين الناس ، فهو صحيح كما ذكرنا في العقار المعروف والعبد المشهور الغائب عن البلد ، فأما إن اختص القاضي بمعرفته ، فإن كان عالماً بصدق المدعي . وحكم بعلمه تفريراً على جوازه ، فهو قريب أيضاً ، وإن حكم بالبيئة فالبيئة تقوم على الصفة ، فإذا لم يسمع البيئة [بالصفة] ، وجب أن يمتنع الحكم ومتى أوجبنا الإحضار ، فذلك إذا اعترف المدعى عليه باشتمال يده على مثل تلك العين ، وإن أنكر اشتمال يده على غير تلك الصفة . صدق بيمينه ، فإن حلف ، كان للمدعي أن يدعي عليه القبيحة ، لاحتمال أنها هلكت ذكره البغوي وغيره . وإن نكل وحلف المدعي ،

أو أقام بينة حين أنكر ، كلف إحضارها وحبس ، ولا يطلق إلا بالإحضار ، أو بأن يدعي التلف ، فتؤخذ منه القيمة ، وتقبل منه دعوى التلف ، وإن كانت خلاف قوله الأول للضرورة ، وقيل : لا يطلق إلا بإحضار ، أو بينة التلف ، فإن لم يدر المدعي أن العين باقية ليطالب^(١) بها ، أو تالفة ليطالب بقيمتها فادعى على التردد ، وقال : غصب مني كذا ، فإن كان باقياً ، فعليه رده ، وإن كان تالفاً ، فقيمته ، فوجهان أحدهما : لا يسمع دعواه ، لعدم الجزم ، بل يدعي العين ، ويحلف عليها ، ثم ينشئ دعوى القيمة ، ويحلف عليها ، وأصحهما وعليه عمل القضاء : يسمع للحاجة فيه ، وعلى هذا يحلف أنه لا يلزمه رد العين ، ولا قيمتها ، ويجري الوجهان فيما لو سلم ثوباً إلى دلال لبيعه فطالبه به ، فجحد ، فلم يدر صاحب الثوب أباعه ، فيطالبه بالثمن ، أم تلف ، فيطالبه بالقيمة ، أم هو باق ليطالبه بالعين ؟ فعلى الأول يدعي العين في دعوى ، والقيمة في أخرى ، والثمن في أخرى ، وعلى الثاني يدعي أن عليه رد الثوب أو ثمنه أو قيمته ، ويحلف الخصم يميناً واحدة أنه لا يلزمه تسليم الثوب ولا ثمنه ولا قيمته ، ولو شهدوا أنه غصب منه عبداً بصفة كذا ، فمات العبد استحق بتلك الشهادة قيمته على تلك^(٢) الصفة . وجميع ما ذكرنا فيما إذا كان الخصم حاضراً ، فإن كان غائباً والمال في البلد ، كما وصفنا أحضر مجلس الحكم أيضاً ، وأخذ ممن في يده ليشهد الشهود على عينه .

فرع

لو كان الخصم حاضراً ، والمدعي ببلدة أخرى ، فقياس ما سبق أنا إن قلنا : تسمع البينة بالمال الغائب ، ويحكم به ، فالقاضي يحكم عليه ، وإن لم نجوز إلا السماع ، فإذا سمع البينة ، أمر بنقل المدعي إلى مجلسه ، كما يفعله القاضي المكتوب إليه عند غيبة الخصم .

(١) في الأصل : ليطالب .

(٢) في الأصل : تكمل .

فرغ

ذكرنا أن المدعى إن كان في البلد ، كلف المدعى عليه إحضاره ، وإن كان غائباً يبعثه القاضي المكتوب إليه على يد المدعي ، ولا يكلف المدعى عليه الإحضار للمشقة ، كما يكلف الحضور هناك ولا يكلفه^(١) هنا ، قال البغوي : فحيث أمر المدعي هنا بالإحضار ، فمؤنة الإحضار عليه إن ثبت أنه للمدعي ، وإلا فعلى المدعي مؤنة الإحضار والرد جميعاً ، وحيث يبعثه القاضي المكتوب إليه إلى بلد الكاتب إن لم يثبت أنه للمدعي ، فعليه رده إلى موضع بمؤناته ، وتستقر عليه مؤنة الإحضار إن تحملها من عنده ، وإن ثبت أنه للمدعي ، فقياس ما ذكره البغوي أنه يرجع بمؤنة الإحضار على المدعى عليه . وفي أمالي السرخسي أن القاضي ينفق على النقل من بيت المال ، فإن لم يكن في بيت المال شيء ، اقترض ، فإن ثبت المال للمدعى عليه ، لزمه رد القرض بظهور تعديه ، وإلا كلف المدعي رده لظهور تعنته ، ثم قال العراقيون والبغوي وغيرهم : إذا نقل المدعي المال إلى بلد القاضي الكاتب ، ولم يثبت كونه له ، لزم المدعي مع مؤنة الرد أجرة المثل لمدة الحيلولة ، ولم يتعرضوا لذلك في مدة تعطل المنفعة ، وإذا أحضره المدعى عليه وهو في البلد ، فاقتضى سكوتهم المسامحة وقد صرح بهذا الاقتضاء الغزالي ، والفرق بين الحالين زيادة الضرر هناك .

الطرف الخامس في المحكوم عليه ، والأصل أن لا يسمع القاضي البينة ، ولا يحكم إلا بحضرة المدعى عليه ، لكن هذا الأصل قد يترك لأسباب . وتفصيلها أن يقال : إذا لم يكن الخصم في مجلس القاضي ، فما أن يكون في البلد ، وإما لا ، فإن كان ، نظر إن كان ظاهراً يتأتى

(١) في الأصل : لا يكلفه هنا .

إحضاره ، فهل يجوز سماع البينة عليه والحكم من غير حضوره أم لا ، أم يجوز سماعها دون الحكم ؟ فيه أوجه ، الصحيح المنع منها ، وأجري الخلاف في الحاضر في مجلس الحكم هل يسمع البينة عليه ، ويحكم بغير سؤاله ومراجعته ، والمنع هنا أظهر وأولى . وإن تعذر إحضاره بتواريه أو بعذره ، جاز سماع الدعوى والبينة والحكم عليه على الصحيح ، ومنعه القاضي حسين ، فإن قلنا بالصحيح ، فهل يحلف المدعي ، كما يحلف المدعي على غائب ؟ وجهان ، وقطع صاحب العدة بأنه لا يحلف ، لأن الخصم قادر على الحضور وإن لم يكن في البلد ، فإن غاب إلى مسافة بعيدة ، جاز الحكم عليه ، وإن كانت قرية ، فهو كالحاضر ، وفي ضبط البعيدة وجهان ، أحدهما : تقصر فيه الصلاة ، والقرية دونها ، وأصحهما : أن القرية ما يمكن المبكر الرجوع منها إلى مسكنه ليلاً ، فإن زادت ، فبعيدة . ولو كان للمتمرد وكيل نصبه بنفسه ، فهل يتوقف التحليف على طلبه ؟ جوابان لأبي العباس الروياني ، لأن الاحتياط والحالة هذه من وظيفة الوكيل ، وكذا لو كان للغائب وكيل .

فصل

من أتى القاضي مستعدياً على خصم ليحضره ، فلخصمه حالان : الأولى : أن يكون بالبلد وظاهراً يمكن إحضاره ، فيجب إحضاره ، وقال ابن سريج : يحضر ذوي المروءات في داره لا في مجلسه ، والصحيح أنه لا فرق . ثم الإحضار قد يكون بختم من طين رطب أو غيره يدفعه إلى المدعي ، ليعرضه على الخصم . وليكن مكتوباً عليه : أجب القاضي فلاناً ، وقد يكون بشخص من الأعوان المرتبين على باب القاضي ، وتكون مؤنته على الطالب إن لم يكن لهم رزق من بيت المال ، وإن بعث الختم ، فلم يجب ، بعث إليه العون ، وإن ثبت عند القاضي امتناعه بلا عذر ، أو ثبت سواد به بكسر الختم ونحوه ، استعان على إحضاره بأعوان

السلطان ، فإذا حضر عزره بما يراه ، وتكون مؤنة المحضر والحالة هذه على المطلوب ، لامتناعه • وقيل : على المدعي ، والصحيح الأول ، فإن اختفى بعث من ينادي على باب داره أنه إن لم يحضر إلى ثلاث سمر باب داره ، أو ختم عليه ، فإن لم يحضر بعد الثلاث ، وسأل المدعي التسمير أو الختم ، أجابه إليه ، وينبغي أن يتقرر عنده أن الدار داره ، وإذا عرف له موضع قال ابن القاص : يبعث القاضي جماعة من النسوة والصبيان والخصيان يهجمون عليه على هذا الترتيب ، ويفتشون • ومتى كان للمطلوب عذر مانع من الحضور ، لم يكلف ، بل يبعث إليه من يحكم بينه وبين خصمه ، أو يأمره بنصب وكيل ليخاصم عنه ، فإن وجب تحليفه ، بعث إليه من يحلفه ، والعذر كالمرض ، أو حبس ظالم ، أو الخوف منه ، وفي المرأة المخدرة خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى •

الحالة الثانية : أن يكون خارج البلد ، فينظر إن كان خارجاً عن محل ولاية القاضي لم يكن له [أن] يحضره ، وإن كان فيها ، فإن كان له في ذلك الموضع نائب ، لم يحضره ، بل يسمع البينة ويكتب إليه ، هذا هو الصحيح ، وقيل : يلزم إحضاره إذا طلب الخصم ، وقيل : يتخير بين الأمرين ، ذكره السرخسي في « الأملالي » وإن لم يكن هناك ، فثلاثة أوجه ، أحدهما - وبه قطع العراقيون - : يحضره قربت المسافة أم بعدت ، لكن له أن يبعث إلى بلد المطلوب من يحكم بينه وبين المستعدي ، والثاني إن كان دون مسافة القصر أحضره ، وإلا فلا ، والثالث إن كان على مسافة العدوى ، أحضره وإلا فلا ، وهذا أصح عند الإمام • وإذا قلنا : لا يحضره إذا كان هناك حاكم ، فكذا لا يحضره إذا كان [هناك] من يتوسط ويصلح بينهما ، بل يكتب إليه أن يتوسط ويصلح ، فإن تعذر فحينئذ يحضره ، وحيث قلنا : يحضر الخارج عن البلد ، فذكر الإمام والغزالي ، وصاحب العدة أنه إنما يحضره إذا أقام المدعي بينة على

ما يدعيه ، فقد لا يكون له حجة فيتضرر الخصم بالإحضار ، لكن قد لا يكون له حجة ، ويقصد تطيفه لعله ينزجر فيقر ، ولم يتعرض الجمهور لما ذكره ، لكن قالوا : يبحث القاضي عن جهة دعواه ، فقد يريد مطالبته بما لا يعتقده ، كذمي أراد مطالبة مسلم بضمان خمر ، بخلاف الحاضر في البلد لا يحتاج إلى البحث في إحضاره ، لأنه ليس في الحضور عليه مشقة شديدة ولا مؤنة •

فرع

لو استعدى على امرأة خارجة عن البلد هل يحضرها ، وهل يشترط أمن الطريق ونسوة ثقات ، وهل على القاضي أن يبعث إليها محرماً لها^(١) لتحضر معه ؟ قال أبو العباس الروياني في كل ذلك وجهان الأصح أن يبعث إليها محرماً أو نسوة ثقات •

فصل

إذا ثبت على غائب دين ، وله مال حاضر ، فعلى القاضي توفيته منه إذا طالب المدعي ، وإذا وفى هل يطالب المدعي بكفيل ؟ وجهان ، أحدهما : نعم فقد يكون للغائب دافع ، وأصحهما : لا ، لأن الحكم قد تم ، والأصل عدم الدافع •

فصل

ذكرنا أن القضاء على الغائب جائز ، وذلك في غير العقوبات ، وفي العقوبات ثلاثة أقوال المشهور ثالثها إن كانت لآدمي ، كقصاص وحد قذف ، جاز ، وإن كانت حداً لله تعالى ، كالزنا والشرب ، وقطع الطريق فلا ، فإن جوزنا ، كتب إلى قاضي بلد المشهود عليه ، ليأخذه بالعقوبة

(١) في الأصل : زيادة « لتحضر مالها » ولا معنى لها ، ولم ترد في أصول الظاهرية •

ثم لا فرق بين كتاب الحكم، وكتاب النقل عند الجمهور وقال الفوراني:
الخلاف في كتاب النقل ، فأما كتاب الحكم فيقبل قطعاً في العقوبتين^(١) .

فصل

إذا سمع القاضي بينة ، فعزل ، ثم ولي ثانياً ، لم يحكم بالسماع
الأول لبطلانه بالعزل ، بل تجب الاستعادة ، ولو خرج عن محل ولايته ،
ثم عاد ، فله الحكم بالسماع الأول على الصحيح لبقاء ولايته . ولو
سمع الشهادة على غائب ، فقدم قبل الحكم ، لم تجب الاستعادة ، لكن
يخير ويمكن من الجرح ، وإن قدم بعد الحكم ، فهو على حجه في
إقامة البينة بالأداء والإبراء ، وجرح الشهود ، لكن يشترط أن يؤرخ
الجرح^(٢) فسقه بيوم الشهادة ، لأنه إذا أطلق احتل حدوده بعد الحكم
وبلوغ الصبي بعد سماع البينة عليه ، أو بعد الحكم كقدوم الغائب .

فصل

المرأة المخدرة هل تكلف حضور مجلس الحكم؟ وجهان : أحدهما
نعم قاله القفال كغيرها ، فعلى هذا لو حضر القاضي دارها ، ليحكم
بينها وبين خصمها ، أو بعث نائباً كان للخصم أن يتمتع من دخول دارها،
ويطلب^(٣) إخراجها ، وأصحهما لا كالمرضى ، وسبيل القاضي في حقها
كما سبق في المريض ، فعلى هذا قال ابن الصباغ : إذا حضر دارها نائب
القاضي ، تكلمت من وراء الستر إن اعترف الخصم أنها خصمه ، أو
شهد اثنان من محارمها أنها هي التي ادعى عليها ، وإلا تلفت بملحفة،
وخرجت من الستر . ثم من لا تخرج أصلاً إلا لضرورة فهي مخدرة ،
ومن لا تخرج إلا نادراً لعزاء ، أو زيارة أو حمام مخدرة أيضاً على الأصح .

(١) في الأصل : في العقوبة .

(٢) في الأصل : الخارج .

(٣) في الأصل : ولطلب .

ويكفي أن لا تصير متبذلة بكثرة الخروج للحاجات المتكررة ، كشرء الخبز والقطن ، وبيع الغزل ونحوها ، ثم إنما يتحتم حضور المخدرة على الوجه الأول للتخفيف ، وأما ما عداه ، فيقنع فيه بالتوكيل من المخدرة وغيرها .

فصل

القاضي يزوج من لاولي لها إذا كانت في محل ولايته ، سواء كانت مستوطنة محل ولايته ، أم غيرها ، ولا يزوج خارجة عن محل ولايته ، وإن رضيت . ولا يكفي حضور الخاطب ، لأن الولاية عليها لا تتعلق بذلك بخلاف ما لو حكم بحاضر على غائب ، لأن المدعي حاضر ، والحكم يتعلق به ، بخلاف ما لو كان ليتيم غائب عن محل ولايته مال حاضر ، فإنه يتصرف فيه ، لأن الولاية عليه ترتبط بماله ، ثم تصرفه في مال اليتيم الغائب يكون بالحفظ والتعهد ، وإذا أشرف على الهلاك أتى بما يقتضيه الحال بشرط الغبطة اللائقة ، وهكذا يفعل في مال كل غائب أشرف على الهلاك ، فإن كان حيواناً ، وخيف هلاكه ، باعه ، وإن حصلت الصيانة بالإجارة اقتصر عليها . وهل له أن يتصرف في مال اليتيم الغائب للاستثناء ، وأن ينصب قيمياً كذلك ، وأن يتصرف للتجارة ، وطلب الفائدة كتصرفه في أموال الحاضرين ؟ وجهان ، لأن نصب القيم يرتبط بالمال والمالك جميعاً ، فلو جاز النصب بحضور المال ، جاز لقاضي بلد اليتيم بحضور المالك ، وحينئذ يمتنع تصرفهما . قال الغزالي : والأولى أن يلاحظ مكان اليتيم دون المال ، وله نصب القيم للحفظ والصيانة بلا خلاف ، وللقاضي إقراض مال الغائب ليحفظه^(١) بحفظه

(١) في نسخ الظاهرية : ليحصنه .

في المذمة ، وذكره صاحب « التلخيص » وهو موافق لما سبق في الحجر
في إقراض مال الصبي . وأما ما لا يتعين له مالك ، وحصل اليأس من
معرفته ، فذكر بعضهم أن له أن يبيعه ، ويصرف ثمنه إلى المصالح ،
وأن له حفظه .

قلت : هذا المحكي عن بعضهم متعين ، وقد قاله جماعة ، ولا
نعرف خلافه . والله أعلم

فصل

في مسائل مشورة

كتاب قاضي البغاة مقبول على المشهور ، وعن القديم منعه ،
أطلق بعضهم أنه لا يجوز للقاضي أن يكتب كتاباً في غير محل ولايته،
والذي يستمر على أصل الشافعي رحمه الله ما ذكره ابن القاص أنه
لا يحكم ولا يشهر في غير محل ولايته ، وأما الكتاب ، فلا بأس به .
ولو حكم القاضي بينة أقامها وكيل رجل في وجه وكيل آخر ، فحضر
المدعى عليه ، وقال : كنت عزلت وكيلي قبل قيام البينة ، لم ينفعه ، لأن
القضاء على الغائب جائز . ولو حضر المدعي ، وقال : كنت عزلت وكيلي،
وقلنا بانعزال الوكيل قبل بلوغ الخبر ، لم يصح الحكم ، لأن القضاء
للغائب باطل ، وإذا أراد شهود كتاب حكمي التخلف في الطريق في
موضع فيه قاض وشهود ، فصاحب الكتاب إما أن يشهد على كل واحد
منهم شاهدين يحضران معه ويشهدان عند القاضي الذي يقصده ، وإما
أن يعرض الكتاب على قاضي البلد الذي يتخلفون فيه ، ليشهدوا عنده
به ، فيضمنه ، ويكتب به إلى القاضي الذي يقصده . وإن كان التخلف
حيث لا قاض ولا شهود ، قال البغوي : ليس لهم ذلك ، بل عليهم
الخروج إلى موضع فيه قاض وشهود ، فإن طلبوا أجره الخروج إليه ،
فليس لهم إلا نفقتهم ، وكذا دوابهم بخلاف ما لو طلبوا أكثر من ذلك

عند ابتداء الخروج من بلد القاضي الكاتب ، حيث لا يكلفون الخروج ،
والقناعة به ، لأن هناك يتمكن من إشهاد غيرهم ، وإذا ألزم المكتوب
إليه الخصم بالحق ، فطلب أن يكتب له كتاباً بقبضه ، فهل على القاضي
إجابته ؟ وجهان ، قال الاصطخري : نعم ، لئلا يطالب مرة أخرى ، وقال
الجمهور : لا ، لأن الحاكم إنما يطالب بإلزام ما حكم به ، وثبت عنده ،
ويكفي للاحتياط إشهاد المدعي على قبضه الحق • ولو طالبه بتسليم
الكتاب الذي ثبت الحق به ، لم يلزمه دفعه إليه ، وكذا من له كتاب
بدين ، واستوفاه ، أو بعقار فباعه ، لا يلزمه دفعه إلى المستوفى منه ،
وإلى المشتري ، لأنه ملكه ، ولأنه قد يظهر استحقاق فيحتاج إليه ،
وبالله التوفيق •

* * *

كتاب القسمة

قد يتولاها الشركاء بأنفسهم أو منصوب للقاضي أو لهم ، ويشترط في منصوب القاضي الحرية والعدالة ، والتكليف والذكورة ، والعلم بالمساحة والحساب ، وهل يشترط معرفته للتقويم ؟ وجهان ، لأن في أنواع القسمة ما يحتاج إليه ، ولا يشترط في منصوب الشركاء العدالة والحرية ، لأنه وكيل لهم ، كذا أطلقوه . وينبغي أن يكون في توكيل العبد في القسمة الخلاف في توكيله في البيع . ولو حكّم الشركاء رجلاً ليقسم بينهم ، فهو على القولين في التحكيم ، فإن جوزناه ، فهو كمنصوب القاضي ، فإن كان في سهم المصالح مال يتفرع لمؤنة القاسمين ، لزم الإمام أن ينصب في كل بلد قاسماً ، فإن لم تحصل الكفاية بواحد ، زاد بحسب الحاجة ، وإلا فلا يعين قاسماً لثلاثي في الأجرة ، ولثلاثي يواطئه بعضهم ، فيحيف ، بل يدع الناس ليستأجروا من شأؤوا ، وإذا لم تكن في القسمة تقويم ، كفى قاسم على المذهب ، وقيل قولان ثانيهما يشترط اثنان ، وإن كان تقويم ، اشترط اثنان ، ولإمام أن ينصب قاسماً ، لجعله حاكماً في التقويم ، ويعتمد في التقويم عدلين ، وهل للقاضي أن يحكم بمعرفته في التقويم ؟ قولان ، كقضائه بعلمه ، وقيل : لا يجوز قطعاً ، لأنه تخمين مجرد ، ولو فوض الشركاء القسمة إلى واحد بالتراضي ، جاز قطعاً .

فرع

القاسم المنسوب من جهة الإمام يدر رزقه من بيت المال على الصحيح ، وبه قطع الجمهور . وقال أبو إسحاق : لا يدر ، وهذا ضعيف . وإذا لم يكف مؤنته من بيت المال ، فأجرته على الشركاء ، سواء طلب جميعهم القسمة أم بعضهم ، وقال ابن القطان وغيره : على الطالب وحده ، والصحيح الأول ، ثم إن استأجر الشركاء قاسماً ، وسموا له أجره ، وأطلقوا ، فتلك الأجرة توزع على قدر الحصص على المذهب ، وقيل قولان ثانيهما على عدد الرؤوس ، ويجري الطريقان فيما لو استأجروه استئجاراً فاسداً ، فقسم ، أن أجره المثل كيف توزع ؟ وفيما لو أمروا قاسماً فقسم ، ولم يذكروا أجره ، وقلنا : تجب أجره المثل في مثل ذلك ، وفيما لو أمر القاضي قاسماً فقسم قسم إجبار . ولو استأجروا قاسماً ، وسمى كل واحد أجره التزمها ، فله على كل واحد ما التزم ، هذا إذا استأجروا جميعاً بأن قالوا : استأجرناك لتقسم بيننا كذا بدينار على فلان ، ودينارين على فلان مثلاً أو وكلوا وكيلاً عقد لهم كذلك ، فلو استأجروا في عقود مترتبة ، فعقد واحد لإفراز نصيبه ، ثم الثاني كذلك ، ثم الثالث ، فقد جوزه القاضي حسين ، وأنكره الإمام ، وقال : هذا بناء على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستئجار القاسم لإفراز نصيبه ، ولا سبيل إليه ، لأن إفراز نصيبه لا يمكن إلا بالتصرف في نصيب الآخرين تردداً وتقريراً ولا سبيل إليه إلا برضاهم ، لكن يجوز انفراد أحدهم برضى الباقيين فيكون أصلاً ووكيلاً ولا حاجة إلى عقد الباقيين ، وحينئذ إن فصل ما على كل واحد بالتراضي ، فذاك ، وإن أطلق ، عاد الخلاف في كيفية التوزيع .

فرع

إذا كان أحد الشريكين طفلاً ، نظر إن كان في القسمة غبطة له ، فعلى الولي طلب القسمة ، وبدل حصته من الأجرة من مال الطفل وإلا فلا يطلبها ، وإن طلبها الشريك الآخر وأجيب ، فإن قلنا : الأجرة على الطالب خاصة ، فذاك ، وإن قلنا : على الجميع ، فوجهان ، أحدهما : على الطالب لئلا يجحف بالصبي بلا غبطة ، وأصحهما تؤخذ حصة الصبي من ماله .

فصل

للعين المشتركة حالان : الأولى أن يعظم ضرر قسمتها ، فإن طلبها أحدهما ، وامتنع الآخر ، لم يجبر ، وفي ضبط الضرر المانع ثلاثة أوجه سبقت في باب الشفعة ، فلا يكسر جوهر نفيس ، ولا يقطع ثوب رفيع ، ولا يقسم زوجا خف ، ومصرعا باب إن طلبه أحدهما ، فلو تراضوا بقسمة ذلك ، وطلبوها من القاضي ، فإن بطلت المنفعة بالكلية ، لم يجبههم ويمنعهم أن يقتسموا بأنفسهم ، لأنه سفه ، وإن نقصت كسيف يكسر ، لم يجبههم على الأصح ، لكن لا يمنعههم أن يقتسموا بأنفسهم وما ييطل القسمة منفعتها المقصودة منه ، كطاحونة وحمّام صغيرين إذا امتنع أحدهما لا يجبر الآخر على أصح الأوجه المشار إليها ، فإن كانا كبيرين ، وأمكن جعل الطاحونة طاحوتين ، والحمّام حمّامين ، أجبر الممتنع ، فإن كان يحتاج إلى إحداث بئر أو مستوقد فوجهان ، أحدهما : لا إجبار ، لتعطل المنفعة إلى الإحداث ، وأصحهما : يجبر ليسر التدارك . وإن تضرر أحدهما بالقسمة دون الآخر كدار بين اثنين ، لأحدهما عشرها ، وللآخر باقيها ، ولو قسمت ، لم يصلح العشر للسكن ، ويصلح الباقي ، فإن

طلب القسمة صاحب العشر ، لم يجبر الآخر على الأصح ، وإن طلبها الآخر ، أجبر صاحب العشر على الأصح ، لأن صاحب العشر متعنت في طلبه ، والآخر معذور . وإن كان نصف الدار لواحد ، ونصفها خمسة ، فطلب صاحب النصف إفراز نصيبه ، أجيب إليه ، والباقون إن اختاروا القسمة قسم ، وإن كان العشر لا يصلح للسكن ، لأن في القسمة فائدة لبعض الشركاء ، وإن استمروا على الشيوع ، جاز فلو طلب أحدهم القسمة بعد ذلك ، لم يجبر الباقيون ، لأن هذه القسمة تضر الجميع ، ولو طلب الخمسة أولاً إفراز النصف ، ليكون بينهم شائعاً ، أجيبوا إليه ، كذا ذكره الروياني وغيره ، وكذا لو كانت بين عشرة ، فطلب خمسة القسمة ، ليكون النصف بينهم يجابون .

الحالة الثانية : أن لا يعظم ضرر القسمة ، فقد لا ينقسم من غير رد من أحد الشريكين أو الشركاء ، وقد ينقسم بلا رد باعتبار الأجزاء ، وتسمى قسمة التشابهات ، أو باعتبار القيمة وتسمى قسمة التعديل ، فهذه ثلاثة أنواع . الأول : قسمة التشابهات ، وإنما تجري في الجوب والدرهم والأدهان وسائر المثليات ، وفي الدار المتفقة الأبنية ، والأرض المتشابهة الأجزاء وما في معناها ، فتعدل الأنصاء في المكيل بالكيل ، والموزون بالوزن ، والأرض المتساوية تجزأ أجزاء متساوية بعدد الأنصاء إن تساوت ، بأن كانت لثلاثة أثلاثاً ، فتجعل ثلاثة أجزاء متساوية ، ثم تؤخذ ثلاث رقاع متساوية ، ويكتب على كل رقعة اسم شريك أو جزء من الأجزاء ويميز^(١) بعضها عن بعض بحد أو جهة أو غيرها ، وتدرج في بنادق متساوية وزناً وشكلاً من طين مجفف أو شمع ، وتجعل في حجر من لم يحضر الكتابة والإدراج ، فإن كان صيباً أو أعجبياً كان أولى ، ثم يؤمر بإخراج رقعة على الجزء الأول إن كتب

(١) في الاصل : أو تميز .

في الرقاع أسماء الشركاء ، فمن خرج اسمه ، أخذه ، ثم يؤمر بإخراج أخرى على الجزء الذي يلي الأول ، فمن خرج اسمه أخذه ، ويعين الباقي للثالث ، وإن كتب في الرقاع أسماء الأجزاء أخرجت رقعة باسم زيد ، ثم أخرى باسم عمرو ، ويتعين الثالث للثالث ، ويعين من يتندى به من الشركاء والأجزاء منوطاً بنظر القاسم ، فيقف أولاً على أي طرف شاء ويسمي أي شريك شاء ، وإن كانت الأنصبة مختلفة ، بأن كان لزيد نصف ، ولعمرو ثلث ، وللثالث سدس ، جزأ الأرض على أقل السهام وهو السدس ، فيجعلها ستة أجزاء ، ثم نص الشافعي رحمه الله أنه يثبت اسم الشركاء في رقاع ، وتخرج الرقاع على الأجزاء ، وقال في العتق : يكتب على رقعتين : رق ، وعلى رقعتين : حرية ، وتخرج على أسماء العبيد ، ولم يقل تكتب أسماء العبيد ، وفيهما طريقان ، أحدهما فيهما قولان ، ففي قول يثبت اسم الشركاء والعبيد ، وفي قول يثبت الأجزاء هنا ، والرق والحرية هناك ، والطريق الثاني وهو المذهب ، وبه قطع الجمهور الفرق ، ففي العتق يسلك ما شاء من الطريقين ، وهنا لا يثبت الأجزاء على الرقاع ، لأنه لو أثبتها وأخرج الرقاع على الأسماء ربما خرج لصاحب السدس الجزء الثاني أو الخامس ، فيفرق ملك من له النصف أو الثلث ، وأيضاً قال في « المذهب » : لو فعلنا ذلك ربما خرج السهم الرابع لصاحب النصف ، فيقول : آخذه وسهمين قبله ويقول الآخرون ، بل خذه وسهمين بعده ، فيفضي إلى النزاع ، ثم هل هذا الخلاف في الجواز أم الأولوية ؟ وجهان ، أرجحهما : الثاني وبه قال الإمام والغزالي ، وسنوضح إن شاء الله تعالى ما يحصل به الاحتراز عن تفريق الملك ، وأما ما ذكره في « المذهب » فيجوز أن يقال : لا نبالي بقول الشركاء بل يتبع نظر القاسم كما في الجزء المبدوء به ، واسم الشريك المبدوء به ، فإن أثبت أسماء الشركاء فليل : يثبت أسماءهم على ثلاث

رقاع ، ويأمر بإخراج رقعة على الجزء الأول ، فإن خرج اسم صاحب
 السدس أخذه ، وأخرجت رقعة على الجزء الثاني ، فإن خرج اسم عمرو ،
 أخذه مع الجزء الثالث ، تعينت الثلاثة الباقية لزيد ، وإن خرج اسم
 زيد ، أخذ الثاني والثالث والرابع ، وتعين الآخرون لعمرو ، فإن خرج
 اسم زيد أولاً ، أخذ الثلاثة الأولى ، ثم يخرج رقعة ، فإن خرج اسم
 عمرو ، أخذ الرابع والخامس ، ويعين السادس لصاحب السدس . وإن
 خرج اسم صاحب السدس ، أخذ الرابع ، وتعين الباقيان لعمرو ، وإن
 خرج اسم عمرو أولاً ، لم يخف الحكم . وقيل : تثبت أسماءهم في
 ست رقاع ، اسم زيد في ثلاث ، وعمرو في ثنتين ، والثالث في رقعة ،
 ويخرج على ما ذكرنا . وليس في هذا إلا أن اسم زيد يكون أسرع خروجاً
 لكن سرعة الخروج لا توجب حيفاً ، لأن السهام متساوية ، فالوجه
 تجويز كل واحد من الطرفين . وإن أثبت الأجزاء في الرقاع ، فلا بد
 من إثباتها في ست رقاع ، وحينئذ فالتفريق المحذور لو لزم إنما يلزم
 إذا خرج أولاً اسم صاحب السدس وهو مستغن عنه ، بأن يبدأ باسم
 صاحب النصف ، فإن خرج الأول باسمه ، فله الأول والثاني والثالث ،
 وإن خرج الثاني فكذا ، فيعطى معه ما قبله وما بعده ، وإن خرج
 الثالث ، ففي شرح مختصر الجويني أنه يتوقف فيه ، ويخرج لصاحب
 الثلث ، فإن خرج الأول أو الثاني ، فله الأول والثاني ، ولصاحب
 النصف الثالث والرابع والخامس . وإن خرج الخامس ، فله الخامس
 والسادس ، ثم أهمل باقي الاحتمالات ، وكان يجوز أن يقال : إذا خرج
 لصاحب النصف الثالث ، فهو له مع اللذين قبله ، وإن خرج الرابع ،
 فهو له مع اللذين قبله ، ويتعين الأول لصاحب السدس ، وإن خرج
 الخامس ، فهو له مع اللذين قبله ، ويتعين السادس لصاحب السدس ،

وإن خرج السادس ، فهو له مع اللذين قبله • وإذا أخذ زيد حقه ، ولم يتعين حق الآخرين ، أخرج رقعة أخرى باسم أحدهما ، فلا يقع تفريق ويمكن أن يبدأ [بصاحب السدس ، فإن خرج باسم الجزء الأول دفع إليه ، ثم يخرج باسم أحد الجزئين ، فلا يقع تفريق • وإن خرج له الثالث دفع إليه ويعين^(١)] الأول والثاني لصاحب الثلث والثلاثة الآخرة لصاحب النصف • وإن خرج له الرابع ، دفع إليه ، وتعين الأخيران لصاحب الثلث ، والثلاثة الأولى لصاحب النصف • ويمكن أن يبدأ بصاحب الثلث ، فإن خرج له الأول أو الثاني ، دفعا إليه ، وإن خرج له الخامس أو السادس دفعا إليه ، ثم يخرج باسم أحد الآخرين ، وإن خرج الثالث ، فله الثالث والثاني ، ويتعين الأول لصاحب السدس ، والثلاثة الأخيرة لصاحب النصف ، وإن خرج الرابع ، فله الرابع والخامس ، وتعين السادس لصاحب السدس ، والثلاثة الأولى لصاحب النصف •

فرع

كيفية إدراج الرقاع وإخراجها على التفصيل المذكور لا يختص بقسمة المتشابهات ، بل هي في قسمة التعديل إذا عدلت الأجزاء بالقيمة كذلك •

فرع

كما تجوز القسمة بالرقاع المدرجة في البنادق تجوز بالأقلام والعصي والحصى ونحوها •

(١) هذه الزيادة في هامش الأصل وقد أثبت عليها علامة « صح » ولم ترد في نسخ الظاهرية •

فرغ

إذا امتنع أحد الشركاء من نوع القسمة الذي نحن فيه ، وهو قسمة المتشابهات ، أجبر عليها ، سواء كانت الأنصبة متساوية ، أم متفاوتة ، وفي متفاوتة وجه لابن أبي هريرة أنه لا إجبار ، والصحيح الأول .

فصل

إذا قسم قاسم القاضي بالإجبار ، ثم ادعى أحد الشريكين غلطاً أو حيفاً ، نظر إن لم يبين ما يزعم به الحيف أو الغلط ، لم يلتفت إليه ، وإن بينه ، لم يمكن تحليف القاسم ، كما لا يحلف [القاضي] أنه لم يظلم ، والشاهد أنه لم يكذب ، لكن إن قامت بينة ، سمعت وتقصت القسمة . قال الشيخ أبو حامد وغيره : وطريقه أن يحضر قاسمين حاذقين لينظرا ، ويمسحا ، ويعرفا الحال ، ويشهدا^(١) . وألحق أبو الفرج بقيام البينة ما إذا عرف أنه يستحق ألف ذراع ، ومسحنا^(٢) مأخذه ، فإذا هو سبعة ذراع . ولو لم تقم حجة ، وأراد تحليف الشريك ، مكن منه ، فإن نكل وحلف المدعي ، تقضت القسمة ، ولو حلف بعض الشركاء ، ونكل بعضهم ، فحلف المدعي لنكول بعضهم ، قال في « الوسيط » : تنقض القسمة في حق الناكلين دون الحالفين ، ولا يطالب الشريك بإقامة بينة أن القسمة الجارية عادلة ، لأن الظاهر الصواب . وحكى ابن أبي هريرة قولاً أن [على] الشريك البينة بأنها عادلة ، ولا بينة على مدعي الغلط . وقال أبو إسحاق : إن قال مدعي الغلط : إن القاسم الذي قسم لا يحسن القسمة والمساحة والحساب ، فالأصل

(١) في الأصل : فيشهد .

(٢) في الأصل : ومسحا .

ما يقوله ، وعلى صاحبه البينة . وإن قال : سها ، فعليه البينة ، والمذهب الأول . ولو اعترف القاسم بالغلط أو الحيف ، فإن صدقه الشركاء ، انتقضت القسمة ، وإلا فلا تنتقض ، وعليه رد الأجرة . قال البغوي : وهو كما لو قال القاضي : غلطت في الحكم ، أو تعمدت الحيف ، فإن صدقه المحكوم له ، استرد المال ، وإلا فلا ، وعلى القاضي الغرم . أما إذا جرت القسمة بالتراضي بأن نصبا قاسماً ، أو اقتسما بأنفسهما ، ثم ادعى أحدهما غلطاً ، فإن لم يعتبر الرضى بعد خروج القرعة ، فالحكم كما لو ادعى الغلط في قسمة الإيجاب ، وإن اعتبرناه وتراضيا بعد خروج القرعة ، فإن قلنا : القسمة إفراز ، فالإفراز لا يتحقق مع التفاوت ، فتنتقض القسمة إن قامت به بيعة ، ويحلف الخصم إن لم تقم ، وإن قلنا : القسمة بيع ، فوجهان أحدهما الجواب كذلك ، فإنهما تراضيا لا اعتقادهما أنها قسمة عدل ، وأصحهما أنه لا فائدة لهذه الدعوى ، ولا أثر للغلط ، وإن تحقق ، كما لا أثر للغب (١) في البيع والشراء ، وبهذا قطع الجمهور ، كأنهم اقتصروا على الجواب الأصح .

فصل

إذا قسمت التركة بين الورثة ، ثم ظهر دين ، فإن قلنا : القسمة إفراز ، فهي صحيحة ، ثم تباع الأنصبة في الدين إن لم يوفوه ، وإن قلنا : بيع ، فقد سبق في كتاب الرهن وجهان في صحة بيع الوارث التركة قبل قضاء الدين ، وأنه لو تصرف ولا دين في الظاهر ، ثم ظهر . فالأصح صحة التصرف ففي القسمة هذان الوجهان ، فإن صححنا البيع ، فالقسمة الجارية صحيحة ، فإن وفوا الدين ، استمرت صحتها ، وإلا

(١) في الأصل : للعين .

تقضت وبيعت التركة في الدين . وإن لم نصححه . فالقصة باطلة ، ولو جرت قصة ، ثم استحق بعض المقسوم ، نظر إن استحق جزء شائع كالثلث ، فمطلت القصة في المستحق وفي الباقي طريقان ، أحدهما قولان : أحدهما : يبطل فيه ، والثاني : يصح ، ويثبت الخيار . وبهذا الطريق قال الأكثرون . وقال أبو إسحاق : يبطل فيه قولاً واحداً ، لأن مقصود القصة تمييز الحقوق ، وبلاستحقاق يصير المستحق شريك كل واحد . لأن المستحق كان شريكاً ، وانفراد بعض الشركاء بالقصة مستنع . وإن استحق شيء معين . نظير إن اختص المستحق بنصيب أحدهما ، أو كان المستحق من نصيب أحدهما أكثر . بطلت القصة ، وإن كان المستحقان من نصيبهما ، سواء بقيت القصة في الباقي على الصحيح ، وقيل : تبطل بمعنى التفريق . ولو ظهرت وصية بعد قصة التركة ، فإن كانت مرسلة ، فهو كظهور دين على التركة ، وإن كانت بجزء شائع أو معين ، فعلى ما ذكرناه في الاستحقاق . ثم ظهور الدين والاستحقاق ، ودعوى الغلط لا تختص بقصة المتشابهات ، بل تعم أنواع القصة .

النوع الثاني : قصة التعديل والمشارك الذي تعدل سهامه بالقصة ينقسم إلى ما يعد شيئاً واحداً ، وإلى ما يعد شيئين فصاعداً . أما الأول ، فكالأرض تختلف أجزاؤها لاختلافها في قوة الإنبات والقرب من الماء ، وفي أن بعضها يسقى بالنهر ، وبعضها بالناضح فيكون ثلثها لجودتها كثليتها بالقيمة مثلاً ، فيجعل هذا سهماً ، وهذا سهماً إن كانت بينهما نصفين . وإذا اختلفت الأنصباء ، كنصف وثلث وسدس ، جعل ستة أسهم بالقيمة دون المساحة ، وإذا طلب أحدهما هذه القصة ، فهل يجبر المنتع ؟ قولان أظهرهما عند العراقيين وغيرهم نعم إلحاقاً للتساوي في القيمة ، بالتساوي في الأجزاء [على هذا] هل

توزع أجرة القاسم بحسب الشركة في الأصل أم بحسب المأخوذ منها؟ وجهان : أحدهما : الثاني ، لأن العمل في الكثير أكثر ، وكما يجري التولان فيما إذا اختلفت الصفات تجري فيما إذا كان الاختلاف لاختلاف الجنس ، كالبيتان الواحد بعضه نخل ، وبعضه غنم ، والدار المبني بعضها بالآجر ، وبعضها بالخشب والطين ، ويشبه أن يكون الخلاف مخصوصاً بما إذا لم يمكن قسمة الجيد وحده ، وقسمة الرديء وحده ، فإن أمكن لم يجبر كما لو كانا شريكين في أرضين تسكن قسمة كل واحدة بالأجزاء ، لا يجري الإجبار على التعديل .

القسم الثاني : ما يعد شيئين فصاعداً وهو ضربان عقار وغيره ، أم العقار . فإذا اشتركا في دارين أو حانوتين متساويتي القيمة^(١) وطلب أحدهما القسمة بأن يجعل لهذا دار ولهذا دار ، أو حانوت وحنوت . لم يجبر الممتنع ، سواء تجاور الحانوتان والداران ، أم تباعدا . لشدة اختلاف الأغراض باختلاف المحال والأبنية . ولو اشتركا في دكاكين صفار متلاصقة لا تحتل أحدهما القسمة ، ويقال لها : العضييد . فطلب أحدهما أن يقسم أعياناً ، فهل يجبر الممتنع ؟ وجهان : أحدهما كالمتفرقة وكالدور ، وأحدهما : نعم للحاجة . وكالخان المشتل على بيوت ومساكن ، هكذا صور هذه المسألة الجمهور ، وهو الصواب ، وصورها صاحب « المذهب » فيما إذا احتملت كل واحدة منهما القسمة وحكى وجهين فيما إذا طلب أحدهما قسمتها أعياناً والآخر^(٢) قسمة كل واحد منها . وأما الأقرحة^(٣) فإن كانت

(١) في الأصل : القسمة .

(٢) في الأصل : وللآخر .

(٣) الإقرحة ، جمع قراح كسحاب : الأرض لا ماء بها ولا شجر ، أو المخلصة للزرع والفرس .

متفرقة ، فهي كالدور • وإن كانت متجاورة ، ففي « الشامل » أن أبا إسحاق جعلها كالقراح الواحد المختلف الأجزاء ، وأن غيره قال : إنما يكون كالقراح الواحد إذا اتحد الشرب والطريق ، فإن تعدد ، فهو كما لو تفرقت ، قال : وهذا أشبه بكلام الشافعي رحمه الله •

الضرب الثاني غير العقار إذا اشتركا في عبيد أو دواب ، أو أشجار ، أو ثياب ونحوها ، فلها حالان أحدهما : أن يكون من نوع واحد ، ويمكن التسوية بين الشريكين عدداً وقيمة ، كعبدین متساويي القيمة بين شريكين ، وكثلاث دواب ، أو أثواب متساوية القيمة بين ثلاثة ، فالمذهب أنه يجبر على قسمتها أعياناً ، لقلة اختلاف الأغراض فيها بخلاف الدور ، وقال أبو علي بن خيران ، وابن أبي هريرة : هي كالدور ، وقيل : يخير في العبيد وفي غيرها الخلاف • وإن لم تكن التسوية في العدد كثلاثة أعبد لرجلين بالسوية إلا أن أحدهم يساوي الآخرين في القيمة ، فإن قلنا بالإجبار عند استواء القيمة ، فهذا قولان ، وهما كالقولين في الأرض المختلفة الأجزاء ، وإن كانت الشركة لا ترفع إلا عن بعض الأعيان ، كعبدین بين اثنين قيمة أحدهما مائة ، وقيمة الآخر مائتان ، فطلب أحدهما القسمة ليختص من خرجت [له] قرعة^(١) الخسيس بالخسيس ، ويكون له مع ذلك ربع النفيس ، فإن قلنا : لا إجبار في الصورة السابقة ، فهذا أولى وإلا فوجهان ، أو قولان ، الأصح لا إجبار ، لأن الشركة لا ترتفع بالكلية •

الحال الثاني : أن يكون الأعيان أجناساً ، كعبد وثوب ، وحنطة وشعير ، ودابة ونحوها ، أو أنواعاً كعبدین تركي وهندي ، وثوبين

(١) في الأصل : قرعته •

إبريسم وكتان ، فطلب أحدهما أن يقسم أجناساً وأنواعاً لا يجبر^(١)
الآخر وإنما يقسم كذلك بالتراضي . ولو اختلطت الأنواع وتعذر
التمييز كتمر جيد ورديء ، فلا قسمة إلا بالتراضي هذا ما قطع به
الجمهور ، وطرد السرخسي الخلاف في الإجبار عند اختلاف النوع ،
وزاد الإمام والغزالي فأجرياه^(٢) عند اختلاف الجنس ، وليس بشيء ،
والمذهب الأول .

فرع

إذا كان بينهما عرصة وثلاثها بالمساحة نصف بالقيمة ، لقربه من
الماء فهي قسمة تعديل ، وفيها الخلاف . وقال الغزالي : يجبر عليها
قطعاً ولا يبالى بهذا التفاوت ، والمذهب الأول ، وهو المعروف عن
الأصحاب .

فرع

اللبات إن تساوت قوالبها^(٣) ، فقسمتها قسمة المتشابهات ،
فيجبر قطعاً ، وإن اختلفت قوالبها ، فقسمة تعديل ، وفيها الخلاف .

فرع

دار بين اثنين ، لها علو وسفل طلب أحدهما قسمتها علواً وسفلاً ،
أجبر الآخر عند الإمكان ، وإن طلب أحدهما أن يجعل العلو لواحد ،
والسفل لآخر لا يجبر ، هكذا أطلقه الأصحاب . ويجوز أن يقال : إن
لم يمكن القسمة سفلاً وعلواً ، جعل السفل لأحدهما والعلو للآخر
من جملة قسمة التعديل ، ولو طلب أحدهما أن يقسم السفل ، ويترك

(١) في نسخ الظاهرية : لم يجبر .

(٢) في الأصل : فأخذناه .

(٣) في الأصل : قوالبها .

العلو مشاعاً ، لم يجبر الآخر ، لأنها قد يقتسمان العلو بعده ، فيقع ما فوق هذا لذلك .

النوع الثالث : قسمة الرد ، وصورتها أن يكون في أحد جانبي الأرض بئر^(١) أو شجر ، أو في الدار بيت لا يمكن قسمته ، فيضبط قيمة ما اختص ذلك الجانب به ، ويقسم الأرض والدار على أن يرد من يأخذ ذلك الجانب بتلك^(٢) القيمة ، وهذه لا إيجاب عليها قطعاً وكذا لو كان بينهما عبدان قيمة أحدهما مائة ، والآخر خمسمائة ، واقتسما على أن يرد أخذ النفيس مائتين لسترياً^(٣) وقيل في الإيجاب قول مخرج حكاه السرخسي وهو غلط . ولو تراضيا بقسم الرد ، جاز أن يتفقا على أن يأخذ أحدهما النفيس ويرد ، ويجوز أن يحكما القرعة ليرد من خرج له النفيس .

فصل

قسمة المتشابهات. هل هي بيع أم إفراز حق ؟ قولان ، قال البغوي وآخرون : الأظهر كونها بيعاً . وقال الغزالي : الأظهر كونها إفرازاً ، قال صاحب « العدة » : وعليه الفتوى ، وهذا يوافق جواب الأصحاب في مسائل متفرقة تتفرع على القولين .

قلت : أشار الرافعي في « المحرر » إلى اختيار الإفراز ، فإنه قال فيه قولان ذكر أن الفتوى على الإفراز هذا كلامه ، فالمختار ترجيح الإفراز . والله أعلم

ثم قيل القولان فيما إذا جرت القسمة إجباراً ، فإن جرت

(١) في الأصل : بيت .

(٢) في الأصل : بكل .

(٣) في الأصل : استويا .

بالتراضي فيبيع قطعاً . وقيل القولان في الحالين ، قال البغوي : والأصح الطريق الأول ، ثم القول بأنها يبيع لا يمكن إطلاقه في كل ما حصل لكل منهما ، بل النصف الذي صار في يده ، كان نصفه له ، ونصفه لصاحبه . فالقصة إفراز فيما كان لصاحبه على هذا القول . وأما قصة التعديل ، فالمذهب أنها يبيع ، وقيل فيه القولان ، وقصة الرد يبيع ، كذا قاله الجمهور ، وقيل : يبيع فيسا يقابل المردود ، وفيسا سواء الخلاف في قصة التعديل .

فرع

إذا قلنا : القصة يبيع ، فاقسما ربوياً ، وجب التقابض في المجلس ، ولم تجز قصة المكيل وزناً ولا العكس ، ولا يجوز قصة الرطب والعنب ، وما أثرت فيه النار بتعقيد الأجزاء ، وإن قلنا : إفراز جاز كل^(١) . ذلك . وتجوز قصة الجص والنورة كيلاً ووزناً على القولين ، ولا تقسم الثمار على رؤوس الشجر خرساً إن قلنا : القصة يبيع ، كما لا تباع خرساً . وإن قلنا : إفراز ، فإن كانت رطباً وعنباً ، جاز ، وإن كان غيرهما ، فلا ، لأن الخرس لا يدخل غيرهما ، وإن كان بينهما أرض مزروعة ، فأرادا قصة الأرض وحدها ، جاز ، وإن طلبها أحدهما . أجبر الآخر ، ويجيء على قول : القصة يبيع وجه مذكور في البيع ، وإن أرادا قصة^(٢) الأرض وما فيها لم يجوز إن اشتد الحب . أما إن جعلناها إفرازاً ، فلائنه قصة مجهول ومعلوم ، وأما إن جعلناها بيعاً فلائنه يبيع طعام وأرض بطعام وأرض ، وكذا لو كان بذراً بعد ، وإن كان قصيلاً . جاز . لأنه معلوم مشاهد . وإن أرادا قصة ما فيها وحده . فكذا الحكم إن لم ينبت ، أو اشتد الحب . لم يجوز ، وإن كان

(١) في الأصل : لكل .

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية : أراد بالإفراد .

قصيلاً ، جاز • وإن طلب أحدهما قسمة الأرض ، وما فيها أو قسمة ما فيها وحده ، وامتنع الآخر والحال حال جواز القسمة بالتراضي قال الشيخ أبو حامد وصاحباً « المذهب » و « التهذيب » : لا يجبر الممتنع ، ولم يوجهه بمقنع •

فرع

اقتسما ، ثم تقابلاً ، إن قلنا : القسمة بيع . صحت الإقالة ، وعاد الشيوع ، وإلا فهي لاغية •

فرع

قسمة الملك عن الوقف إن قلنا : بيع ، لا يجوز ، وإن قلنا : إفراز ، جازت ، قال الروياني : وهو الاختيار •

قلت : هذا الذي اختاره الروياني هو المختار ، وهذا إذا لم يكن فيها رد ، أو كان رد من أصحاب الوقف ، فإن كان من صاحب الملك ، لم يجز ، لأنه يأخذ بإزائه جزءاً من الوقف ، ذكره صاحب « المذهب » وغيره • والله أعلم

وأما قسمة الوقف بين الموقوف عليهم ، فلا يجوز على القولين ، لأن فيها تغيير شرط الواقف ، وقيل : يجوز على قول الإفراز ليرغبوا في العمارة ولا يتواكلوا ، وهذا الوجه حكاه ابن كيج عن ابن القطان وحده ، وخصصه بقولنا : الملك في الموقوف للموقوف عليه ، قال : فلو انقرض البطن الأول ، وصار الوقف للبطن الثاني ، انتقضت القسمة •

فصل

قسمة الإيجار لا يعتبر فيها التراضي عند إخراج القرعة ولا

يعدها ، وإذا تراضيا بهاسم يقسم بينهما ، فهل يشترط الرضى بعد خروج القرعة أم يكفي الرضى الأول ؟ قولان ، أظهرهما : الاشتراط ، وإليه مال المعتبرون ، وذكروا أنه المنصوص ، وفي قسمة الرد يشترط الرضى بعد خروج القرعة كما في الابتداء وعن الاصطخري وجه أنه يلزم بخروج القرعة ، والصحيح الأول . وإذا اشترطنا [الرضى] بعد خروجها ، فصيغته أن يقولوا : رضينا بهذه القسمة ، أو بسا أخرجت القرعة ، أو بما جرى ، ولا يشترط لفظ البيع ، وإن قلنا : القسمة بيع ، وقيل : إن قلنا بيع ، اشترط لفظ البيع أو التملك ، وقيل : لا يكفي قولهما رضينا بهذا أو بما جرى ، بل يشترط تلفظهما بالقسمة بأن يقولوا : تقاسمنا أو رضينا بهذه القسمة ليؤدي معنى التملك والتملك ، والمذهب الأول ، وحيث وجب الرضى ، فلا بد منه في الابتداء ، وإنما الخلاف في الرضى بعد خروج القرعة .

فصل

تقسم المنافع كما تقسم الأعيان ، وطريق قسمتها المهايأة مياومة أو مشاهرة أو مسانهة ، فإن كانت العين قابلة للقسمة ، فلا إيجاب على المهايأة يحال ، وكذا لو طلب أحدهما أن يزرع هذا بعض الأرض وذاك بعضها ، أو يسكن هذا بعض الدار وذاك بعضها من غير أن يقسم الأرض ، وامتنع الآخر فلا إيجاب ، فإن لم تكن العين قابلة للقسمة ، كالقناة والعيذ والبهيمة والحمام ، فإن اتفقا فيها على المهايأة ، فذاك ، ثم قد يتفقان على من يبدأ ، وقيل : قد يتنازعان ، فيقرع ، وإن طلبها أحدهما ، وامتنع الآخر ، فوجهان أحدهما قاله ابن سريج : يجبر الممتنع ، كما في

(١) في الأصل : مشابهة .

قسمة الأعيان ، ولئلا يعطل على شريكه مضارة^(١) ، فعلى هذا يبدأ بالقرعة ، وأصحهما : لا يجبر • ولو رضا بالمهاياة ، ثم رجع المبتدئ بالانتفاع قبل استيفاء نوبته ، مكن ، فإن مضت مدة لمثلها أجرة ، غرم نصف أجرة المثل ، وإن رجع بعد استيفاء نوبته ، فإن قلنا : لا إيجاب على المهاياة مكن ، وغرم نصف الأجرة ، وإن قلنا بالإيجاب لم يمكن ، بل يستوفي الأجرة مدته ، وإن استوفي الأول نوبته ، وامتنع الآخر من أن ينتفع ، ويستوفي نوبته ، فإن قلنا بالإيجاب ، فهو مضيع حق نفسه ولا أجرة له ، وإن قلنا : لا إيجاب ، فله ذلك ، وله نصف الأجرة على الأول^(٢) ، وكذا لو انهدمت الدار ، أو مات العبد بعد نوبة الأول ، فعليه نصف أجرة المثل ، وإن قلنا : لا إيجاب وأصرأ على النزاع في المهاياة ، فهل يبيع القاضي العين عليهما قطعاً للنزاع ؟ وجهان أصحهما لا ، وعلى هذا هل يتركان حتى يصطلحا ولا يؤجر عليهما ، أم يؤجر وتوزع الأجرة بينهما ؟ وجهان أصحهما : الثاني وهو الذي ذكره ابن كج والبعوي • ولو استأجر اثنان أرضاً ، وطلب أحدهما المهاياة ، وامتنع الآخر فينبغي أن يعود الخلاف في الإيجاب ، وإن أراد قسمتها ففي فتاوى القاضي حسين أنها جائزة على^(٣) قول ابن سريج • ثم إذا اقتسما ، وحدث بنصيب أحدهما عيب ، فله الفسخ • قال القاضي : وينبغي أن يقال : لشريكه الفسخ أيضاً • ولو طلب أحدهما هذه القسمة ، وامتنع الآخر. حكى في إجباره وجهان •

فرع

إذا جرت المهاياة في عبد مشترك بين مالكين ، أو فيمن يعضه حر

(١) في الأصل : مضارة •

(٢) في الأصل : الأولى •

(٣) في الأصل : وعلى •

بينه وبين مالك باقيه ، فالأكساب العامة ، والمؤن العامة ، كالنفقة تدخل في المهايأة ، وفي الأكساب النادرة ، كما يقبله بهبة أو وصية ، وفي المؤن النادرة ، كأجرة الطبيب والحجام خلاف سبق في كتاب اللقطة ومواضع ، والأظهر دخولها أيضاً • وينبغي أن ينظر في الكسوة إلى قدر النوبة حتى تبقى على الاشتراك إن جرت المهايأة مياومة •

فرع

لا تجوز المهايأة في الحيوان اللبون ليحلب هذا يوماً ، وهذا يوماً ، ولا في الشجرة المثمرة ، ليكون ثمرها لهذا عاماً [ولهذا عاماً] لما فيه من التفاوت الظاهر •
: طريقها والحالة هذه أن يبيع كل واحد نصيبه لصاحبه مدة • والله أعلم

فصل

جماعة في أيديهم دار أو أرض ، طلبوا من القاضي قسمتها بينهم ، فإن أقاموا بينة أنها ملكهم ، أجابهم إلى القسمة ، وإن لم يقيموها ، فطريقان ، أصحهما قولان ، أحدهما : لا يجيبهم ، فربما كانت في أيديهم بإجارة أو إعارة ، فإذا قسمها ربما ادعوا ملكها محتجين بقسمة القاضي . والثاني : يجيبهم ، لأن اليد تدل على الملك ، لكن يكتب أنه إننا قسم بينهم بدعواهم ، لئلا يتمسكوا بقسمته • وحكى السرخسي وجهاً أنه لا يحتاج إلى هذا التقيد ، والطريق الثاني القطع بالقول الأول • وبه قال ابن سلية ، وإذا قلنا بالقولين ، فأظهرهما عند الإمام ، وابن الصباغ . والثالث : الثاني ، وعند الشيخ أبي حامد وطبقته : الأول ، ويدل عليه أن الشافعي رخصه الله لما ذكر القول الثاني ، قال : ولا يعجبني هذا القول • قلت : المذهب أنه لا يجيبهم • والله أعلم

هذا في العقار ، وأما المنقول ، فالمذهب أنه كالعقار أيضاً ، وقيل :
يقسم قطعاً بلا بينة ، لأن العقار يتأبد ضرره ، فيخص بالاحتياط ،
ولهذا^(١) ثبت فيه الشفعة ولو طلب بعضهم القسمة ، وامتنع الآخرون ،
واتفقوا جميعاً على الملك ، فهل يقسم القاضي ؟ فيه هذا الخلاف . وإذا
شرطنا البينة ، قبل رجل وامرأتان ، قال ابن كج : ولا يقبل شاهد يمين ،
لأن اليمين إنما تشرع حيث يكون خصم ترد عليه لو حصل نكول ،
وقال ابن أبي هريرة : تقبل .

فصل

في مسائل مشورة إذا كانت القسمة بالإجبار والقاسم على ولايته ،
فقوله : قسمت مقبول ، كقول الحاكم : حكمت وهو في ولايته ، وإن
لم يكن كذلك ، لم يقبل قوله وهل تسمع شهادته لأحد الشريكين ؟ وجهان
الأصح المنع ، والثاني - وهو قول الاصطخري - [تسمع] إن لم يطلب
أجرة . وإذا تقاسما ، ثم تنازعا في بيت أو قطعة من الأرض ، فقال كل
واحد : هذا من نصيبي ولا بينة تحالفا ، ونقضت القسمة ، قال الشيخ
أبو حامد : فإن اختص أحدهما باليد فيما تنازعا فيه ، فهو المصدق
بيمينه . وإذا اطلع أحدهما على عيب بنصيبه ، فله فسخ القسمة .

فرع

الديون المشتركة في ذمم الناس أطلق مطلقون ، منهم صاحب
« العدة » أنه يمتنع قسمتها ، وقال السرخسي : إن أذن أحد الشريكين
للآخر في قبض ما على زيد على أن يختص به ، فهل يختص إذا قبض ؟
قولان أظهرهما المنع ، وإن تراضيا على أن يكون ما في ذمة زيد لهذا ،
وما في ذمة عمرو لهذا ، فطريقان أحدهما على هذين القولين ، والثاني

(١) في الأصل : وهذا .

وهو المذهب القطع بالمنع ، لأن القسمة إن جعلت بيعاً فهذا بيع دين في ذمة بدين في ذمة أخرى ، وإن جعلت إفرازاً إفراز ما في الذمة مستمع لعدم قبضه ، ولا يدخل الإجبار في قسمة الديون بحال ، والقول في قسمة الجدار وعرضه ما سبق في كتاب الصلح وبالله التوفيق •



كتاب الشهادات

فيه ستة أبواب :

الأول فيما يفيد^(١) أهلية الشهادة ، ولها شروط ، منها التكليف والحرية والاسلام ، فلا تقبل شهادة صبي ولا مجنون ، ولا من فيه رق ، ولا كافر ما ، سواء شهد على مسلم أو كافر . الشرط الرابع العدالة ، فالمعاصي صغائر وكبائر ، وقال الأستاذ أبو إسحاق : ليس فيها صغيرة ، والصحيح الأول ، وفي حد الكبيرة أوجه أحدها : أنها المعصية الموجبة لحد ، والثاني : أنها ما لحق صاحبها وعيد شديد بنص كتاب أو سنة ، وهذا أكثر ما يوجد لهم ، وهم إلى ترجيح الأول أميل ، لكن الثاني أوفق لما ذكروه عند تفصيل الكبائر ، والثالث ما قاله الإمام في « الارشاد » وغيره : كل جريمة تؤذن بقلة اكتراث مرتكبها بالدين ورقة الديانة ، فهي مبطلّة للعدالة . والرابع قال أبو سعد الهروي : الكبيرة كل فعل نص الكتاب على تحريره ، أو وجب في جنسه حد من قتل أو غيره ، وترك فريضة تجب على الفور ، والكذب في الشهادة والرواية واليمين . هذا ما ذكروه على سبيل الضبط . وفصله جماعة ، فعدوا من الكبائر القتل والزنى واللواط ، وشرب قليل الخمر ، والسرقعة ، والقذف ، وشهادة الزور ، وغصب المال ، وشرط الهروي في المغصوب كونه نصاباً ، والفرار من الزحف ، وأكل الربا ومال اليتيم ، وعقوق

(١) في الأصل : يفسد .

الوالدين ، والكذب على رسول الله صلى الله عليه وسلم عمداً ، وكتمان الشهادة بلا عذر . وأضاف إليها صاحب « العدة » الإفطار في رمضان بلا عذر ، واليمين الفاجرة ، وقطع الرحم ، والخيانة في كيل أو وزن ، وتقديم الصلاة على وقتها ، أو تأخيرها عنه بلا عذر ، وضرب مسلم بلا حق ، وسب الصحابة رضي الله عنهم ، وأخذ الرشوة ، والديانة والقيادة من الرجل والمرأة ، والسعاية عند السلطان ، ومنع الزكاة ، وترك الأمر بالمعروف . والنهي عن المنكر مع القدرة ، ونسيان القرآن ، وإحراق الحيوان . وامتناعها من زوجها بلا سبب ، واليأس من رحمة الله والأمن من مكر الله تعالى ، ويقال : الوقعة في أهل العلم وحملة القرآن . ومما عد من الكبائر الظهار ، وأكل لحم الخنزير والميتة بلا عذر ، وللتوقف مجال في بعض هذه الخصال ، كقطع الرحم ، وترك الأمر بالمعروف على إنلاقها . ونسيان القرآن ، وإحراق مطلق الحيوان . وقد أشار الغزالي في « الإحياء » إلى مثل هذا التوقف ، وفي « التهذيب » وجه أن ترك صلاة واحدة ليس كبيرة ، ولا ترد به شهادة حتى يعتاده .

قلت : قد روى أبو داود والترمذي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « عرضت علي ذنوب أمتي ، فلم أر ذنباً أعظم من سورة من القرآن أو آية أقرئها رجل ، ثم نسيها » لكن في إسناده ضعف ، وتكلم فيه الترمذي . ومن الكبائر السحر ثبت في صحيح مسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعله من السبع الموبقات ونقل المحاملي^(١) في كتاب الحيض من « مجموع » أن الشافعي رحمه الله تعالى قال :

(١) هو أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم الضبي البغدادي إمام جليل ، له تصانيف مشهورة في الفقه الشافعي منها « المجموع » و « المقنع » و « اللباب » وغيرها توفي سنة ٤١٥ هـ .

الوطء في الحيض كبيرة ، وفي صحيح البخاري أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل النسيئة كبيرة • والله أعلم

قال صاحب «العدة» : ومن الصفائر النظر الى مالا يجوز ، والغيبة ، والكذب الذي لاحد فيه ولا ضرر ، والإشراف على بيوت الناس ، وهجرة المسلم فوق ثلاث ، وكثرة الخصومات وإن كان محققاً ، والسكوت على الغيبة والنيابة والسياح وشق الجيب في المصيبة ، والتبخر في المشي ، والجلوس مع الفساق إيناساً لهم ، والصلاة المنهي عنها في أوقات النهي ، والبيع والشراء في المسجد ، وإدخال الصبيان والمجانين والنجاسات إليه ، وإمامة قوم يكرهونه لعب فيه ، والعبث في الصلاة ، والضحك [فيها] ، وتخطي رقاب الناس يوم الجمعة ، والكلام والإمام يخطب ، والتغوط مستقبل القبلة ، وفي طريق المسلمين ، وكشف العورة في الحمام ، ولك أن تقول : وكثرة خصومات المحق ينبغي أن لا تكون معصية إذا راعى حد الشرع . وتخطي الرقاب ، فإنه معدود من المكروهات لإلحاحه ، وكذا الكلام والإمام يخطب على الأظهر •

قلت : المختار أن تخطي الرقاب حرام للأحاديث فيه ، والصواب في الخصومات ما قاله الرافعي ، وأن البيع والشراء في المسجد وإدخاله الصبيان إذا لم يغلب تنجيسهم إياه ، والعبث في الصلاة من المكروهات مشهور في كتب الأصحاب ، وفي كون الصلاة في وقت النهي مكروهة أو محرمة خلاف سبق • ومن الصفائر القبلة للصائم الذي يحرك شهوة ، والوصال في الصوم على الأصح ، والاستمئاء وكذا مباشرة لأجنبية بغير جماع ، ووطء الزوجة المظاهر منها قبل التكفير والرجعية ، الخلوة بالأجنبية ، ومسافرة المرأة بغير زوج ولا محرم ، ولا نسوة

ثقات ، والنجس^(١) والاحتكار ، والبيع على بيع أخيه ، وكذا السوم والخطبة ، وبيع الحاضر للبادي ، وتلقي الركبان ، والتصرية ، وبيع الميب من غير بيانه ، واتخاذ الكلب الذي لا يحل اقتناؤه ، وإمساك الخمر غير المحترمة ، وبيع العبد المسلم لكافر ، وكذا المصحف وسائر كتب العلم ، واستعمال النجاسة في البدن بغير حاجة ، وكشف العورة في الخلوة لغير حاجة على الأصح ، وأشبه هذه والله أعلم

إذا تقرر هذا فقال الأصحاب : يشترط في العدالة اجتناب الكبائر ، فمن ارتكب كبيرة واحدة ، فسق ، وردت شهادته ، وأما الصغائر ، فلا يشترط اجتنابها بالكلية ، لكن يشترط أن لا يصير عليها ، فإن أصر كان الإصرار كارتكاب كبيرة ، وهل الإصرار السالب للعدالة المداومة على نوع من الصغائر ، أم الإكثار من الصغائر ، سواء كان من نوع أو أنواع ؟ فيه وجهان ، ويوافق الثاني قول الجمهور أن من غلبت طاعته معاصيه . كان عدلاً ، وعكسه فاسق ، ولفظ الشافعي رحمه الله في « المختصر » يوافقه ، فعلى هذا لا تضر المداومة على نوع من الصغائر إذا غلبت الطاعات ، وعلى الأول يضر .

فرع

اللعب بالشطرنج مكروه ، وقيل : مباح لا كراهة فيه ، ومال الحلبي إلى تحريمه ، واختاره الروياني ، والصحيح الأول ، فإن اقترن به قمار أو فحش أو إخراج صلاة عن وقتها عمداً ، ردت شهادته بذلك المقارن^(٢) وإنما يكون قماراً إذا شرط المال من الجانبين ، فإن أخرج

(١) في الأصل : والنجس ، والنجس : أن يزيد في سلعة أكثر من ثمنها ، وليس قصده أن يشتريها ، بل ليغر غيره ، فيوقعه فيه .
(٢) في الأصل : القارن .

أحدهما ليذله إن غلب . ويمسكه إن غلب ، فليس بشمار ، ولا ترد به شهادة ، لكنه عقد مسابقة على غير آلة قتال ، فلا يصح . ولو لم تخرج الصلاة عن الوقت عمداً ، لكن شغله اللعب به حتى خرج وهو غافل ، فإن لم يتكرر ذلك منه ، لم ترد شهادته ، وإن كثر منه فسق وردت شهادته بخلاف ما إذا تركها ناسياً مراراً ، لأنه هنا شغل نفسه بما فاتت به الصلاة هكذا ذكروه ، وفيه إشكال لما فيه من تعصية^(١) الغافل اللاهي ، ثم قياسه الطرد في شغل النفس بغيره من المباحات ، وأشار الروياني إلى وجه أنه يفسق وإن لم يتكرر ، وفي « المذهب » اشتراط التكرر في إخراجها عن الوقت وإن كان عالماً وهو خلاف ما سبق أن إخراج الفريضة عن الوقت عمداً كبيرة . وأما اللعب بالنرد ففي وجه مكروه والصحيح تحريمه ، فعلى هذا قال الشيخ أبو محمد : هو صغيرة ، قال الإمام : والصحيح أنه من الكبائر ، قال في « الأم » وأكره اللعب بالحزة والقرق ، فالحزة : قطع خشب يحفر فيها حفر في ثلاثة أسطر يجعل فيها حصى صغار يلعب بها وقد تسمى الأربعة عشر ، والقرق : أن يخط في الأرض خط مربع ، ويجعل في وسطه خطان كالصليب ، ويجعل على رؤوس الخطوط حصى صغار يلعب بها . وهذه اللفظة رأيتها بخط الروياني بفتح القاف والراء ، وضبطها بعضهم بكسر القاف وإسكان الراء ، قال في « الشامل » اللعب بهما كالنرد وفي تعليق الشيخ أبي حامد أنه كالشطرنج .

مرت

إتخاذ الحمام للفرخ والبيض ، أو الأنس ، أو حمل الكتب جائز بلا كراهة ، وأما اللعب بها بالتطير والمسابقة ، فقليل : لا يكره ،

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : معصية .

والصحيح أنه مكروه ، ولا ترد الشهادة بمجرد ، فإن انضم إليه قمار ونحوه ردت .

فرع

غناء الإنسان قد يقع بمجرد صوته ، وقد يقع بآلة ، أما القسم الأول فمكروه وسماعه مكروه ، وليس محرماً ، فإن كان سماعه من أجنبية فاشد كراهة ، وحكى القاضي أبو^(١) الطيب تحريمه وهذا هو الخلاف الذي سبق في أن صوتها هل هو عورة ، فإن كان في السماع منها خوف فتنة ، فحرام بلا خلاف ، وكذا السماع من صبي يخاف منه الفتنة ، وحكى أبو الفرج الزاز وجهاً أنه يحرم كثير السماع دون قليله ، ووجه أنه يحرم مطلقاً ، والصحيح الأول ، وهو المعروف للأصحاب . وأما الحداء ، وسماعه ، فباحان ، وأما تحسين الصوت بقراءة القرآن ، فمسنون ، وأما القراءة بالألحان . فقال في « المختصر » : لا بأس بها وعن رواية الربيع بن سليمان الجيزي أنها مكروهة ، قال جمهور الأصحاب : ليست على قولين ، بل المكروه أن يفرط في المد وفي إشباع الحركات حتى تتولد من الفتحة ألف ، ومن الضم واو ، ومن الكسرة ياء ، أو يدغم في غير موضع الإدغام ، فإن لم ينته إلى هذا الحد ، فلا كراهة ، وفي أمالي السرخسي وجه أنه لا يكره وإن أفرط .

قلت : الصحيح أنه إذا أفرط على الوجه المذكور ، فهو حرام ، صرح به صاحب « الحاوي » فقال : هو حرام يفسق به القارئ ، ويأثم المستمع ، لأنه عدل به عن لهجة التقويم ، وهذا مراد الشافعي بالكراهة . ويسن ترتيل القراءة وتدبرها ، والبكاء عندها ، وطلب القراءة

(١) في الاصل : أبي .

من حسن الصوت ، والجلوس في حلق القراءة ولا بأس^(١) بترديد الآية للتدبر ، ولا باجتماع الجماعة في القراءة ، ولا بإدارتها وهو أن يقرأ بعض الجماعة قطعة ، ثم البعض قطعة بعدها ، وقد أوضحت هذا كله وما يتعلق به من النفائس في « آداب حملة القرآن » . والله أعلم

القسم الثاني : أن يغني بعض آلات الغناء مما هو من شعار شارب الخمر وهو مطرب كالطنبور والعود والصنج وسائر المعازف والأوتار يحرم استعماله واستماعه . وفي اليراع وجهان صحح البغوي التحريم والغزالي الجواز ، وهو الأقرب ، وليس المراد من اليراع كل قصب بل المزمار العراقي وما يضرب به الأوتار حرام بلا خلاف .

قلت : الأصح أو الصحيح تحريم اليراع ، وهو هذه الزمارة التي يقال لها الشبابة وقد صنف الإمام أبو القاسم الدولعي كتاباً في تحريم اليراع مشتملاً على نفائس ، وأطنب في دلائل تحريمه . والله أعلم

أما الدف ، فضربه مباح في العرس والختان ، وأما في غيرهما ، فأطلق صاحب « المذهب » والبغوي وغيرهما تحريمه ، وقال الإمام والغزالي : حلال : وحيث أبخناه هو فيما إذا لم يكن فيه جلاجل ، فإن كان ، فالأصح حله أيضاً . ولا يحرم ضرب الطبول إلا الكوبة ، وهو طبل طويل متسع الطرفين ضيق الوسط ، وهو الذي يعتاد ضربه المخشون ، والطبول التي تهيأ لملاعب الصبيان إن لم تلحق بالطبول الكبار ، فهي كالدف ، وليست كالكوبة بحال ، والضرب بالصفاقين^(٢) حرام ، كذا ذكره الشيخ أبو محمد وغيره ، لأنه من عادة المخشين ،

(١) في الاصل : لا بأس .

(٢) في الاصل : بالصفاقين .

وتوقف فيه الإمام ، لأنه لم يرد فيه خبر بخلاف الكوبة • وفي تحريم الضرب بالقضيب على الوسائد وجهان ، قطع العراقيون بأن مكروه لا حرام ، والرقص ليس بحرام ، قال الحليني : لكن الرقص الذي فيه ثن وتكسر يشبه أفعال المخنثين حرام على الرجال والنساء •

فرع

إنشاء الشعر وإنشاده واستماعه جائز ، فلو هجا الشاعر في شعره ولو بما هو صادق فيه ردت شهادته ، وليس إثم حاكي الهجو كإثم منشئه ، ويشبه أن يكون التعريض هجواً كال تصريح ، وقال ابن كج : ليس التعريض هجواً ، وترد شهادة الشاعر إذا كان يفحش ويشبب بامرأة بعينها ، أو يصف أعضاء باطنة . فإن شبب بجاريته أو زوجته ، فوجهان ، أحدهما : يجوز ولا ترد شهادته ، وهذا القائل يقول : إذا لم تكن المرأة معينة ، لا ترد شهادته لاحتمال أنه يريد من تحل له ، والصحيح أن ترد شهادته إذا ذكر جاريته أو زوجته بما حقه الإخفاء ، لسقوط مروءته • ولو كان يشبب بغلام . ويذكر أنه يعشقه ، قال الروياني : يفسق وإن لم يعينه ، لأن النظر إلى الذكور بالشهوة حرام بكل حال • وفي « التهذيب » وغيره اعتبار التعيين في الغلام كالمرأة • وإن كان يمدح الناس ويطري ، نظر إن أمكن حمله على ضرب مبالغة ، جاز ، وإن لم يكن حمله على المبالغة وكان كذباً محضاً ، فالصحيح الذي عليه الجمهور وهو ظاهر نصه أنه كسائر أنواع الكذب ، فترد شهادته إن كثر منه ، وقال القفال ، والصيدلاني : لا يلحق بالكذب ، لأن الكاذب يوهم الكذب صدقاً بخلاف الشاعر ، فعلى هذا لافرق بين قليله وكثيره ، وهذا حسن بالغ ، وينبغي أن يقال على قياسه : إن التشبيب بالنساء والغلمان بغير تعيين لا يخل بالعدالة وإن كثر منه ، لأن التشبيب صنعة ، وغرض الشاعر تحسين الكلام لا تحقيق المذكور ، وكذلك ينبغي أن يكون الحكم لو سمي امرأة لا يدري من هي •

فرد

ما حكمنا بإباحته في هذه الصورة قد يقتضي الإكثار منه رد الشهادة ، لكونه خارماً^(١) للمروءة فمن داوم على اللعب بالشطرنج والحمام ، ردت شهادته وإن لم يقترن به ما يوجب التحريم ، لما فيه من ترك المروءة ، وكذا من داوم على الغناء أو سماعه وكان يأتي الناس ويأتونه ، أو اتخذ جارية أو غلاماً ليتغنيا للناس ، وكذا المداومة على الرقص ، وضرب الدف ، وكذا إنشاد الشعر ، واستنشاده إذا أكثر منه ، فترك به مهماته ، كان خارماً للمروءة ، ذكره الإمام ، قال : وكذا لو كان الشاعر يكتسب بشعره . والمرجع في المداومة والإكثار إلى العادة ، ويختلف الأمر فيه بمادات النواحي والبلاد ، ويستقبح من شخص قذر لا يستقبح من غيره ، وللامكنة فيه أيضاً تأثير ، فاللعب بالشطرنج في الخلوة مراراً لا يكون كاللعب به في سوق مرة على ملاء من الناس ، وهل يقال على هذا : لما استمرت العادة أن الشاعر يكتسب بشعره وعهد صنعة الغناء حرفة ومكسباً ، فلاشتغال به ممن يليق بحاله ، لا يكون تركاً للمروءة ؟ وكلام الأصحاب محمول على ما لا يليق به ، وقد رأيت ما ذكرته في الشاعر يكتسب بشعره لابن القاص .

فرد

ما حكمنا بتحريمه في هذه المسائل ، كالنرد وسماع الأوتار ، ولبس الحرير ، والجلوس عليه ونحوها ، هل هو من الكبائر فترد الشهادة بمرة أم من الصغائر ، فيعتبر المداومة والإكثار ؟ وجهان يميل كلام الإمام إلى أولهما ، والأصح الثاني ، وهو المذكور في « التهذيب » وغيره . وزاد الإمام ، فقال : ينظر إلى عادة البلد والقطر ، فحيث يستعملون^(٢) النرد وسماع الأوتار ترد الشهادة بمرة واحدة ، لأن

(١) في الأصل : خارقاً .

(٢) في الأصل : يستعملون .

الإقدام في مثل تلك الناحية لا يكون إلا من جسور منحل عن رتبة المروءة ، فتسقط الثقة بقوله ، وحيث لا يستعظمونه لا يكون مطلق الإقدام مشعراً بترك المبالاة ، وسقوط المروءة ، وحينئذ يقع النظر في أنه صغيرة أم كبيرة .

فرع

الخمر العينية لم يشبها^(١) ماء ولا طبخت بنار محرمة بالإجماع ، ومن شربها عامداً عالماً بحالها ، حد وردت شهادته ، سواء شرب قدراً يسكره أم لا ، قال أصحابنا العراقيون : وكذا حكم بائعها ومشتريها في رد شهادتهما ، ولا ترد الشهادة بإمسакها ، لأنه قد يجوز أن يقصد به التخلل أو التخليل ، وأما المطبوخ من عصير العنب المختلف في تحريمه ، وسائر الأنبذة ، فإن شرب منها القدر المسكر ، حد وردت شهادته ، وإن شرب قليلاً وهو يعتقد إباحته كالحنقي ، ففيه أوجه ، الأصح المنصوص : يحد ، ولا ترد شهادته ، والثاني : ترد ويحد ، والثالث : لا ترد ولا يحد . واحتج الأصحاب للأصح بأن الحد إلى الإمام ، فاعتبر اعتقاده ، والشهادة تعتمد اعتقاد الشاهد ، ولهذا لو غصب جارية ووطئها معتقداً أنه يزني بها ، فبان أنها ملكه ، فسق وردت شهادته ، ولو وطئ جارية غيره يعتقدوها جاريته ، لم ترد شهادته ، ولأن الحد للزجر ، والنيبذ يحتاج إلى زجر ، ورد الشهادة لسقوط الثقة بقوله : ولا يوجد ذلك إذا لم يعتقد التحريم ، وأما إذا شربه من يعتقد تحريمه ، فالمذهب أنه يحد ، وترد شهادته ، وعن القفال أن من نكح بلا ولي ووطئ ، لا ترد شهادته إن اعتقد الحل ، وترد إن اعتقد التحريم ، وعلى هذا قياس سائر المجتهدات ، ولكن عن نص الشافعي رحمه الله أنه

(١) في الأصل : التي يشربها ماء

لاترد شهادة مستحل نكاح المتعة والمفتي به والعامل به^(١) ونقل القاضي أبو الفياض مثله .

قلت : قال ابن الصباغ : قال في « الأم » إذا أخذ من النثار في الفرح لاترد شهادته ، لأن من الناس من يحل ذلك ، وأنا أكرهه ، قال في « الأم » : ومن ثبت أنه يحضر الدعوة بغير دعاء من غير ضرورة ، ولا يستحل صاحب الطعام ، وتكرر ذلك منه ، ردت شهادته ، لأنه يأكل محرماً إذا كانت الدعوة دعوة رجل من الرعية ، وإن كانت دعوة سلطان ، أو من يتشبه بالسلطان فهذا طعام عام ، فلا تأثير به . قال ابن الصباغ : وإنما اشترط تكرار ذلك ، لأنه قد يكون له شبهة حتى يمنعه صاحب الطعام ، فإذا تكرر ، صار دناءة ، وقلة مروءة . **وانت**

الشرط الخامس : المروءة ، وهي التوقي عن الأدناس ، فلا تقبل شهادة من لامروءة له ، فمن ترك المروءة لبس مالا يليق بأمثاله بأن لبس الفقيه القباء والقلنسوة ويتردد فيهما في بلد لم تجر عادة الفقهاء بلبسهما فيه ، أو لبس التاجر ثوب الجمال ، أو تعمم الجمال^(٢) وتظلس ، وركب بغلة مثمنة ، وطاف في السوق ، واتخذ نفسه ضحكة ، ومنه المشي في السوق مكشوف الرأس والبدن إذا لم يكن الشخص سوقياً ممن يليق به مثله ، وكذا مد الرجل بين الناس ، والأكل في السوق والشرب من سقاياتها إلا أن يكون الشخص سوقياً ، أو شرب لغلبة عطش ، ومنه أن يقبل امرأته أو جاريتها بحضرة الناس ، أو يحكي ما يجري بينهما في الخلوة ، أو يكثر من الحكايات المضحكة ، أو يخرج عن حسن العشرة مع الأهل والجيران والمعاملين ، ويضايق في السير^(٣)

(١) انظر « الأم » ٢١١/٦

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية : الحمال .

(٣) في الأصل : اليسر .

الذي لا يستقصى فيه ، ومنه الإكثار على اللعب بالشطرنج والحمام والغناء على ما سيق ، ومنه أن يتبدل الرجل المعتبر نفسه بنقل الماء والأطعمة إلى بيته إذا كان ذلك عن شح ، فإن فعله استكانة ، واقتداء بالسلف التاركين للتكلف ، لم يقدح ذلك في المروءة ، وكذا لو كان يلبس ما يجد ويأكل حيث يجد لتقلله وبراءته من التكلف المعتاد ، وهذا يعرف بتناسب حال الشخص في الأعمال والأخلاق ، وظهور مخايل الصدق فيما يديه ، وقد يؤثر فيه الزي واللبسة . وفي قبول شهادة أهل الحرف الدنيئة كحجام وكناس ودباغ وقيم حمام وحارس ونخال وإسكاف وقصاب ونحوهم وجهان ، أحدهما : القبول ، وفي الحائك الوجهان ، وقيل : [يقبل قطعاً] وقيل : يقبل من لا يحتاج إلى مباشرة نجاسة أو قذر كالحائك والنخال والحارس دون غيرهم ، وفي الصباغ والصائغ طريقتان ، أحدهما : طرد الوجهين ، والمذهب القبول قطعاً ، لكن من أكثر منهم ، ومن سائر المحترفة كذباً وخلفاً في الوعد ، ردت شهادته ، ولذلك قال الغزالي : الوجهان في أصحاب الحرف هما فيمن يليق به ، وكان ذلك صنعة آبائه ، فأما غيره ، فتسقط مروءته بها ، وهذا حسن ، ومقتضاه أن يقال : الإسكاف والقصاب إذا اشتغلا بالكس ، عطلت مروءتهما بخلاف العكس .

قلت : لم يتعرض الجمهور لهذا القيد ، وينبغي أن لا يقيد بصنعة آبائه ، بل ينظر هل يليق به هو أم لا والله أعلم .

ثم الذين يباشرون النجاسة إنما يجري فيهم الخلاف إذا حافظوا على الصلوات في أوقاتها ، واتخذوا لها ثياباً طاهرة ، وإلا فترد شهادتهم بالفسق .

فرع

من ترك السنن الراتبة ، وتسبيحات الركوع والسجود أحياناً ، لا ترد شهادته ، ومن اعتاد تركها ، ردت شهادته لتهاونه بالدين وإشعار

هذا بقلة مطالباته بالمهمات ، وحكى أبو الفرج في غير الوتر وركبتي
الفجر وجهان أنه لا ترد شهادته باعتياد تركها .

فرع

نص أن مستحل الأنبة إن أدام المنامة عليها ، والحضور مع
أهل السفه ، ردت شهادته لطرحة المروءة ، وتقبل شهادة الطوافين على
الأبواب ، وسائر السؤال إلا أن يكثر الكذب في دعوى الحاجة وهو
غير محتاج ، أو يأخذ مالا يحل له أخذه ، فيفسق . ومقتضى الوجه
الذاهب إلى رد شهادة أصحاب الحرف رد شهادته لدلالته على خسته .
الشرط السادس الانفكاك عن التهمة ، وللتهمة أسباب ، الأول أن
يجر بشهادته إلى نفسه نفعاً ، أو يدفع بها ضرراً ، فلا تقبل شهادة السيد
لعبده المأذون له ، ولا لمكاتبه بدين ولا عين ، ولا شهادة الوارث لمورثه ،
ولا الغريم للميت ، والمفلس المحجور عليه ، وتقبل شهادته لغريمه الموسر ،
وكذا المعسر قبل الحجر عليه على الأصح ، ولا تقبل شهادة الضامن
للمضون عنه بالأداء ، ولا الإبراء ، ولا الوكيل لموكله فيما هو وكيل
فيه ، ولا الوصي والقيم في محل تصرفهما ، ولا الشريك لشريكه فيما
هو شريك فيه ، بأن يقول : هذه الدار بيننا ، ويجوز أن يشهد بالنصف
لشريكه ، ولا تقبل شهادته لشريكه ببيع الشقص ، ولا للمشتري من
شريكه ، لأنها تتضمن إثبات الشفعة لنفسه ، فإن لم يكن فيه شفعة بأن
كان مما لا ينقسم ، قال الشيخ أبو حامد : تقبل ، وكذا لو عفا عن الشفعة ،
ثم شهد ، ولو شهد أن زيدا جرح مورثه ، لم يقبل للتهمة . ولو شهد
بسأل آخر لمورثه المجرع ، أو المريض إن يشهد بعد الاندمال ، قبلت
قطباً ، وكذا قبله على الأصح .

فرع

ذكر القاضي أبو سعد الهروي في شرح أدب القضاء لأبي عاصم العبادي رحمه الله أنه لا تقبل شهادة المودع للمودع إذا نازعه في البوديعة أجنبي ، لأنه يستديم اليد لنفسه ، ويقبل للأجنبي ، وكذا شهادة المرتهن لا يقبل للراهن ، ويقبل للأجنبي ، وإن شهادة الغاصب على المغصوب منه بالعين لأجنبي لا تقبل لفسقه ، ولتهمته بدفع الضمان ، ومؤنة الرد ، فإن شهد بعد الرد ، قبلت شهادته ، وإن شهد بعد التلف ، لم تقبل . لأنه يدفع الضمان ، وإن شهادة المشتري شراء فاسداً بعد القبض لا تقبل للأجنبي لما ذكرنا ، وإن شهادة المشتري شراء صحيحاً بعد الإقالة ، والرد بالعيب ، لا تقبل للبائع ، لأنه يستبقي لنفسه الغلات ، وإن كان المدعي يدعي الملك من تاريخ متقدم على البيع . ولو شهد بعد الفسخ بخيار الشرط أو المجلس ، فوجهان بناء على أنه يرفع العقد من أصله ، وترجع الفوائد إلى البائع أم حينه^(١) ولا يرجع ، وأنه لو كان لميت دين على شخص ، فشهد أجنبيان لرجل بأنه أخو الميت ، ثم شهد الغريمان لآخر بأنه ابنه ، لم تقبل شهادة الغريمين ، لأنهما ينقلان ما عليهما للأخ إلى الآخر بخلاف ما لو تقدمت شهادة الغريمين ، وأنه لا تقبل شهادة الوارثين على موت المورث ، ولا شهادة الموصى لهما على الموصي ، وتقبل شهادة الغريمين على موت من له الدين ، لأنهما لا ينتفعان بهذه الشهادة ، ولا ينظر إلى نقل الحق من شخص إلى شخص ، لأن الوارث خليفة المورث ، فكأنه هو ، ولو شهد شهود بقتل الخطي ، فشهد اثنان من العاقلة بفسق شهود القتل ، لم تقبل شهادتهما ، لأنهما يدفعان ضرر التحمل . ولو شهد اثنان على مفلس بدين ، فشهد غرماؤه الآخرون

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : من حينه .

بفسقتهما ، لم تقبل شهادتهما ، لأنهم يدفعون عنه ضرر المزاحمة ، ولو شهد اثنان لاثنتين بوصية من تركه ، فشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية للشاهدين ، فوجهان ، أحدهما : لاتقبل الأربعة ، لتهمة المواطأة ، بوصية للشاهدين ، فوجهان ، أحدهما لاتقبل الأربعة ، لتهمة المواطأة ، والصحيح قبول الشهادتين ، لاتفصال كل شهادة عن الأخرى ، ولا يجر بشهادته نفعا ، ولهذا قلنا : تقبل شهادة بعض القافلة لبعض في قطع الطريق إذا قال كل واحد منهم : أخذ مالي فلان ، ولم يقل : أخذ مالنا .

السبب الثاني : البعضية ، فلا تقبل شهادة أصل ولا فرع . وروى ابن القاص قولاً قديماً أنها تقبل ، واختاره المزني ، وابن المنذر ، والمشهور الأول ، ولا تقبل لمكاتب ولده أو والده ، وما دونهما . ولو شهد اثنان أن أباهما قذف ضرة أمهما أو طلقها أو خالعهما ، ففي قبول شهادتهما قولان ، الجديد الأظهر : القبول . ولو ادعت الطلاق ، فشهد لها ابناها ، لم يقبل ، ولو شهدا حسبة ابتداء ، قبلت ، وكذا في الرضاع ، ولو شهد الأب مع ثلاثة على زوجة ابنه بالزنى ، فإن سبق من الابن قذف ، فطوبى بالحد ، فحاول إقامة البينة لدفعه ، لم يقبل ، وإن لم يقذف أو لم يطالب بالحد ، وشهد الأب حسبة ، قبلت شهادته .

فرع

في يد زيد عبد ادعى شخص أنه اشتراه من عمرو [بعدما اشتراه عمرو] من زيد صاحب اليد وقبضه ، وطالبه بالتسليم ، فأنكر زيد جميع ذلك ، فشهد ابنه للمدعي بما يقوله ، فقولان حكاهما أبو سعد الهروي ، أحدهما : لايقبل لتضمنها إثبات الملك لأبيهما ، وأظهرهما القبول ، لأن المقصود بالشهادة في الحال المدعي وهو أجنبي .

فرع

تقبل شهادة الوالد على الولد ، وعكسه ، سواء شهد بمال أو

عقوبة ، وقيل : لا تقبل شهادته على الوالد بقصاص أو حد قذف ،
والصحيح الأول ، ومن شهد لولد ، أو والد وأجنبي ، قبلت للأجنبي
في الأصح أو الأظهر •

فرع

في حبس الوالدين بدين الولد أوجه ، الأصح المنع قال الإمام :
وإليه صار معظم أئمتنا ، والثالث : يحبس في نفقة ولده ، ولا يحبس في
ديونه ، حكاه الإمام ، واختاره ابن القاص ، وقد سبق الوجهان في
كتاب التفليس •

فرع

تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر على الأظهر ، وقيل قطعاً . وفي
قول لا ، وفي قول^(١) شهادة الزوج لها دون عكسه • وتقبل شهادة
أحدهما على الآخر إلا أنه لا يقبل شهادته عليها بزنى ، لأنه دعوى خياتها
فرائشه •

السبب الثالث : العداوة ، فلا تقبل شهادة عدو على عدوه ،
والعداوة التي ترد بها الشهادة أن تبلغ حداً يتمنى زوال نعمته ، ويفرح
لمصيبته ، ويحزن لمسرته ، وذلك قد يكون من الجانبين ، وقد يكون من
أحدهما ، فيخص برد شهادته على الآخر • وإن أفضت الشهادة إلى
ارتكاب ما يفسق به ، ردت شهادته على الإطلاق • ولو عادى من يريد
أن يشهد عليه ، وبالغ في خصومته ، فلم يجبه ، وسكت عنه ، ثم شهد
عليه ، قبلت شهادته ، لأننا لو لم نقبلها لاتخذ^(٢) الخصوم ذلك ذريعة
إلى إسقاط الشهادة • هكذا حكاه الروياني عن القفال ، وذكره جماعة ،
منهم البغوي في كتاب اللعان أن شهادة المقدوف على قاذفه قبل ظن

(١) في الأصل : قبول •

(٢) في الأصل : لا اتخذ •

العدد مقبولة ، وبعده لاتقبل ، لظهور العداوة ، وأنه لو شهد بعد
الطلب ، ثم عفا وأعاد تلك الشهادة ، لم تقبل كالفاسق إذا شهد، ثم تاب
وأعاد تلك الشهادة ، وأنه لو شهد قبل الطلب ، ثم طلب قبل الحكم ،
لم يحكم بشهادته ، كما لو فسق الشاهد قبل الحكم ، لكن في تعليق
الشيخ أبي حامد وغيره أن الشافعي رحمه الله صور العداوة الموجبة
للرد فيما إذا قذف رجل رجلاً ، أو ادعى عليه أنه قطع الطريق عليه ،
وأخذ ماله ، فيقال : يصيران^(١) عدوين ، فلا تقبل شهادة أحدهما على
الآخر ، فاكتمى بالقذف دليلاً على العداوة ، ولم يتعرض لطلب الحد ،
قال الروياني : لعل القفال أراد غير صورة القذف ، ثم على ما ذكره
البعوي الحكم غير منوط بأن يطلب المقذوف الحد ، بل بأن يظهر
العداوة ، ولا شك أنه لو شهد على رجل ، قذفه المشهود عليه ، لم
يسنح ذلك من الحكم بشهادته ، نص عليه .

فرع

العداوات الدينية لاتوجب رد الشهادة ، بل يقبل للمسلم على
الكافر^(٢) والسني على المعتدع ، وكذا من أبغض الفاسق لفسقه لاترد
شهادته عليه . ولو قال عالم ناقد : لاتسمعوا^(٣) الحديث من فلان ، فإنه
مخطئ : أو لاتستفتوه ، فإنه لايعرف الفتوى ، لم ترد شهادته ، لأن
هذا نصيحة للناس ، نص عليه .

فرع

تقبل شهادة العدو لعدوه إذا لاتهمة .

فرع

العصية أن يبغض الرجل لكونه من بني فلان ، فإن انضم إليها

(١) في الأصل : يصيرين .

(٢) في نسخ الظاهرية : بل تقبل شهادة المسلم على كافر . .

(٣) في الأصل : لاتسمعون .

دعاء الناس ، وتألفهم^(١) للإضرار به والوقية فيه ، اقتضى رد شهادته عليه ، ومجرد هذا لا يقتضيه ، وليس من العصبية أن يجب الرجل قومه وعترته ، فتقبل شهادته لهم ، وشهادتهم له ، وتقبل شهادته لصديقه وأخيه وإن كان يصله ويبره .

فرح

في شهادة المبتدع . جمهور الفقهاء من أصحابنا وغيرهم لا يكفرون أحداً من أهل القبلة ، لكن اشتهر عن الشافعي رضي الله عنه تكفير الذين ينفون علم الله تعالى بالمعدوم ، ويقولون : ما يعلم الأشياء حتى يخلقها ، ونقل العراقيون عنه تكفير الناهين للرؤية والقائلين بخلق القرآن ، وتأوله الإمام ، فقال : ظني أنه ناظر بعضهم ، فألزمه الكفر في الحجاج ، ف قيل : إنه كفرهم .

قلت : أما تكفير منكري العلم بالمعدوم أو بالجزئيات ، فلا شك فيه ، وأما من نفى الرؤية أو قال بخلق القرآن ، فالمختار تأويله ، وسنقل إن شاء الله تعالى عن نصه في « الأم » ما يؤيده ، وهذا التأويل الذي ذكره الإمام حسن ، وقد تأوله الإمام الحافظ الفقيه الأصولي أبو بكر البيهقي رضي الله عنه وآخرون تأويلات متعارضة ، على أنه ليس المراد بالكفر الإخراج من الملة ، وتحتم الخلود في النار . وهكذا تأولوا ما جاء عن جماعة من السلف من إطلاق هذا اللفظ ، واستدلوا بأنهم [لم] يلحقوهم بالكفار في الإرث والأنكحة ، ووجب قتلهم وقتالهم وغير ذلك . والله اعلم

ثم من كفر من أهل البدع لاتقبل شهادته ، وأما من لا يكفره من أهل البدع والأهواء ، فقد نص الشافعي رحمه الله في « الأم » و « المختصر » على قبول شهادتهم إلا الخطائية وهم قوم يرون جواز

(١) في الأصل : وبالفهم .

شهادة أحدهم لصاحبه إذا سمعه يقول : لي على فلان كذا ، فيصدقه يمين أو غيرها ، ويشهد له اعتماداً على أنه لا يكذب هذا نصه . وللأصحاب فيه ثلاث فرق : فرقة جرت على ظاهر نصه ، وقبلت شهادة جميعهم ، وهذه طريقة الجمهور ، منهم ابن القاص ، وابن أبي هريرة ، والقضاة ابن كج ، وأبو الطيب ، والرويانى ، واستدلوا بأنهم مصيون في زعمهم ولم يظهر منهم ما يسقط الثقة بقولهم ، وقبل هؤلاء شهادة من سب الصحابة والسلف رضي الله عنهم ، لأنه تقدم عليه عن اعتقاد لاعن عداوة وعناد ، قالوا : ولو شهد خطابي وذكر في شهادته ما يقطع احتمال الاعتماد على قول المدعي بأن قال : سمعت فلاناً يقر بكذا لفلان ، أو رأيته أقرضه^(١) ، قبلت شهادته . وفرقة منهم الشيخ أبو حامد ومن تابعه حملوا النص على المخالفين في الفروع ، وردوا شهادة أهل الأهواء كلهم ، وقالوا : هم بالرد أولى من الفسقة . وفرقة ثالثة توسطوا ، فردوا شهادة بعضهم دون بعض ، فقال أبو إسحاق : من أنكر إمامة أبي بكر رضي الله عنه ، ردت شهادته لمخالفته الإجماع ، ومن فضل علياً على أبي بكر رضي الله عنهما لم ترد شهادته ، ورد الشيخ أبو محمد شهادة الذين يسبون الصحابة ، ويقذفون عائشة رضي الله عنها ، فإنها محصنة كما نطق به القرآن ، وعلى هذا جرى الإمام والغزالي والبنغوي ، وهو حسن . وفي « الرقم » أن شهادة الخوارج مردودة لتكفيرهم أهل القبلة .

قلت : الصواب ما قالته الفرقة الأولى وهو قبول شهادة الجميع ، فقد قال الشافعي رحمه الله في « الأم » : ذهب الناس في تأويل القرآن والأحاديث إلى أمور تباينوا فيها تبايناً شديداً ، واستحل بعضهم

(١) في الأصل : أقرضته .

من بعض ما تطول حكايته ، وكان ذلك متقادماً ، منه ما كان في عهد السلف إلى اليوم ، فلم نعلم أحداً من سلف الأمة يقتدى به ، ولا من بعدهم^(١) [من] التابعين رد شهادة أحد بتأويل ، وإن خطأه وضلله ، ورآه استحلال ما حرم الله تعالى عليه ، فلا ترد شهادة أحد بشيء من التأويل كان له وجه يحتسبه . وإن بلغ فيه استحلال المال والدم . هذا نصه بحروفه وفيه التصريح بما ذكرنا ، وبيان ما ذكرناه في تأويل تكفير القائل بخلق القرآن . ولكن قاذف عائشة [رضي الله عنها] كافر ، فلا تقبل شهادته . ولنا وجه [أن] الخطاب لا تقبل شهادته وإن بين ما يقطع ، لاحتمال اعتياده . وقول صاحبه . **والله اعلم**

السبب الرابع : الغفلة ، وكثرة الغلط ، ولا تقبل شهادة المغفل الذي لا يحفظ ، ولا يضبط . فإن شهد مفسراً ، وبين وقت التحصل ومكانه ، فزالت الريبة عن شهادته ، قبلت ، ولا تقبل شهادة من كثر غلظه ونسيانه . وأما الغلط اليسير ، فلا يقدح في الشهادة ، لأنه لا يسلم منه أحد قال الإمام : ومعظم شهادات العوام يشوبها جهل وغرة ، فيحوج إلى الاستفصال كما سبق في آداب القضاء .

السبب الخامس : أن يدفع بالشهادة عن نفسه عار الكذب ، فإن شهد فاسق . ورد القاضي شهادته ، ثم تاب بشرط التوبة ، فشهادته المستأنفة مقبولة بعد ذلك ، ولو أعاد تلك الشهادة التي ردت ، لم تقبل ، وقال المزني : تقبل . ولو شهد كافر أو عبد أو صبي ، فردت شهادته ، ثم كبل فأعادها ، قبلت ، لعدم تهمتهم بدفع العار بخلاف الفاسق ، فإن كان يخفي فسقه ، والرد يظهره ، فيسعى في دفع العار بإعادة الشهادة ، فلو كان معلناً بفسقه حين شهد ، ففي قبول شهادته .

(١) في الأصل : بعد .

المعادة بعد التوبة وجهان ، أصحهما عند الأكثرين : لا يقبل أيضاً ، وإنما يجيء الوجهان إذا أصغى القاضي إلى شهادته مع ظهور فسقه ، ثم ردها • وفي الإصغاء وجهان ، أصحهما - وبه قال الشيخ أبو محمد ، واستحسنه الإمام - : لا يصغي ، كشهادة العبد والصبي • ولو كان الكافر يستتر بكفره ، وردت شهادته ، ثم أسلم وأعادها ، لم تقبل على الأصح ، ولو ردت شهادته لعداوة ، فزالت ، وأعادها ، لم تقبل على الأصح ، ويجريان فيما لو شهد لمكاتبه بمال ، أو لعبه بنكاح ، فردت فأعادها بعد عتقهما ، وأجاب ابن القاص هنا بالقبول ، ويجريان فيما لو شهد اثنان من الشفعاء بعفو شفيع ثالث قبل عفوهما ، فردت شهادتهما ، ثم عفوا ، وأعادها ، وفيما شهد اثنان لمورثهما بجرحة غير (١) مندملة ، فردت ، ثم أعادها بعد الاندمال ، ولو شهد فرعان على شهادة أصل ، فردت شهادتهما لنسق الأصل ، فقد صارت شهادة مردودة • فلو تاب ، وشهد بنفسه ، وأعاد الفرعان شهادتهما على شهادته ، أو شهد على شهادته فرعان آخران ، لم تقبل ، ولو ردت شهادة الفرعين ، لفسقهما ، لم تتأثر به شهادة الأصل •

السبب السادس : الحرص على الشهادة بالمبادرة : اعلم أن الحقوق ضربان : ضرب لا تجوز المبادرة إلى الشهادة عليه ، وضرب يجوز ، وتسمى الشهادة على هذا الثاني على وجه المبادرة شهادة حسبة ، فحيث لا يجوز ، فالمبادر متهم ، فلا تقبل شهادته ، والمبادرة أن يشهد من غير تقدم دعوى ، فإن شهد بعد دعوى قبل أن يستشهد ، ردت شهادته أيضاً على الأصح للتهمة ، وإذا رددناها ، ففي مصيره مجروحاً وجهان ، الأصح لا ، وبه قطع أبو عاصم ، وظاهر هذا كون الخلاف في سقوط عدالته مطلقاً ، ويؤيده أن القاضي أبا سعد الهروي ، قال : الوجهان مبنيان على أن المبادرة من الصغائر ، أم من الكبائر ، لكن منهم من

(١) في الأصل : عبد .

يفهم كلامه اختصاص الخلاف برد تلك الشهادة وحدها إذا أعادها ،
فقد قال البغوي : وإذا قلنا : يصير مجروحاً لا يشترط استبراء حاله
حتى لو شهد في حادثة أخرى تقبل ، فأشعر كلامه باختصاص الخلاف •

فرع

تقبل شهادة من احتبى وجلس في زاوية محتبياً لتحمل الشهادة ،
ولا تحمل على الحرص ، لأن الحاجة قد تدعو إليه ، وحكى الفوراني
قولاً قديماً أنها لا تقبل ، وهو شاذ ، قال : وعلى المشهور يستحب أن
يخبر الخصم أنني شهدت عليك لئلا يادر إلى تكذيبه ، فيعززه القاضي •
ولو قال رجلان لثالث : توسط بيننا لنتحاسب وتتصادق ، فلا تشهد
علينا بما يجري ، فهذا شرط باطل ، وعليه أن يشهد •

الضرب الثاني : ما تقبل فيه شهادة الحسبة ، وهو ما تمحض
حقاً لله تعالى ، أو كان له فيه حق متأكد لا يتأثر برضى الآدمي ، فسنه
الطلاق ، وأما الخلع ، فأطلق البغوي المنع فيه ، وقال الإمام : يقبل في
الفراق دون المال ، قال : ولا أبعد ثبوته تبعاً ، ولا إثبات الفراق دون
البيونة ، ومنه العتق والاستيلاء دون التدبير ، ويقبل في العتق
بالتدبير ، ولا يقبل في الكتابة : فإن أدى النجم الأخير ، شهد بالعتق •
وفي شراء القريب وجهان ، أحدهما : تقبل شهادة الحسبة فيه لحق الله
تعالى ، وأصحهما لا ، لأنهم يشهدون بالملك • ومنه العفو عن القصاص ،
والصحيح قبولها فيه ، ومنه الوصية والوقف إذا كانا لجهة عامة ، فإن
كان لجهة خاصة ، فالأصح المنع ، ونقله الإمام عن الجمهور لتعلقه
بحظوظ خاصة ، ومنه تحريم الرضاع والنسب وفي النسب وجه ، ومنه
بقاء العدة وانقضاؤها ، وتحريم المصاهرة ، وكذا الزكوات والكفارات ،

والبلوغ والإسلام ، والكفر والحدود التي هي حقوق (١) لله تعالى ، كالزنى ، وقطع الطريق ، وكذا السرقة على الصحيح ، لكن الأفضل في الحدود الستة • ومنه الإحصان والتعديل • وأما ما هو حق آدمي ، كالقصاص ، وحد القذف والبيوع ، والأقارير ، فلا تقبل فيه شهادة الحسبة ، فإن لم يعلم صاحب الحق بالحق ، أخبره الشاهد حتى يدعي ويستشهد فليشهد ، وقيل : تقبل شهادة الحسبة في الدماء خاصة ، وقيل : تقبل في الأموال أيضاً ، وقيل : تقبل إن لم يعلم المستحق بالحق ، والصحيح المنع (٢) مطلقاً •

فرع

ما قبلت فيه شهادة الحسبة هل يسمع فيه دعوى الحسبة ؟ وجهان : أحدهما لا ، وبه قطع القفال في الفتاوى ، لأن الثبوت بالينة وهي غنية عن الدعوى • وقال القاضي حسين : تسمع ، لأن الينة قد لا تساعد ، وقد يراود استخراج الحق بإقرار المدعى عليه •

فرع

شهود الحسبة يجيئون إلى القاضي ، ويقولون : نشهد على فلان بكذا ، فأحضره لنشهد عليه ، فإن ابتدؤوا ، وقالوا : فلان زنى فهم قذفة ، وفي الفتاوى : أنه لو جاء رجلان ، وشهدا بأن فلاناً أخو فلانة من الرضاع ، لم يكف حتى يقولوا : وهو يريد أن ينكحها ، وأنه لو شهد اثنان بطلاق ، وقضى القاضي بشهادتهما ، ثم جاء آخران يشهدان بأخوة بين المتناكحين ، لم تقبل هذه الشهادة ، إذ لا فائدة لها في الحال ، ولا بكونهما قد يتناكحان بعد ، وإن الشهادة على أنه أعتق عبده إنما

(١) في الأصل : حدود .

(٢) في الأصل : المنعم .

تسمع إذا كان المشهود عليه يسترقه ، وهذه الصورة تفهمك أن شهادة الحسبة إنما تسمع عند الحاجة • ولو جاء عبدان لرجل ، فقالا : إن سيدنا أعتق أحدهما ، وقامت بينة بما يقولان ، سمعت ، وإن كانت الدعوى فاسدة ، لأن البينة على العتق مستغنية عن تقدم الدعوى •

فصل

شهادة الأخرس إن لم يعقل الإشارة مردودة ، وكذا إن عقلها على الأصح عند الأكثرين ، فعلى هذا يعتبر في الشاهد سوى الشروط الستة كونه ناطقاً ، وذكر الصيرري أنه لا تقبل شهادة محجور عليه بالسفه ، فإن كان كذلك ، زاد شرط ثامن •

فصل

في أمور لا تمنع الشهادة ، وفيها خلاف لبعض العلماء • منها شهادة البدوي على القروي وعكسه مقبولة ، وكذا شهادة المحدود في القذف وغيره بعد التوبة مقبولة في جنس ما حد وفي غيره ، وتقبل شهادة ولد الزنى ، ويجوز أن يكون قاضياً •

فصل

في التوبة • قد سبق أن من لا تقبل شهادته لمعصية تقبل إذا تاب ، وظهر إعراضه عما كان عليه ، قال الأصحاب : التوبة تنقسم إلى توبة بين العبد وبين الله تعالى ، وهي التي يسقط بها الإثم ، وإلى توبة في الظاهر ، وهي تتعلق بها عود الشهادة والولايات ، أما الأولى ، فهي أن يندم على فعل ، ويترك فعله في الحال ، ويعزم أن لا يعود إليه ، ثم إن كانت المعصية لا يتعلق بها حق مالي لله تعالى ولا للعباد ، كقبلة الأجنبية ومباشرتها فيما دون الفرج ، فلا شيء عليه سوى ذلك ، وإن

تعلق بها حق مالي ، كمنع الزكاة ، والغصب ، والجنايات^(١) في أموال الناس ، وجب مع ذلك تبرئة الذمة عنه ، بأن يؤدي الزكاة، ويرد أموال الناس إن بقيت ، ويغرم بدلها إن لم تبق ، أو يستحل المستحق ، فيبرئه ويجب أن يعلم المستحق إن لم يعلم به ، وأن يوصله إليه إن كان غائباً إن كان غصبه منه هناك ، فإن مات ، سلمه إلى وارثه ، فإن لم يكن له وارث^(٢) وانقطع خبره ، دفعه إلى قاض ترضى سيرته وديانته ، فإن تعذر ، تصدق به على الفقراء بنية الغرامة له إن وجدته ، ذكره العبادي في « الرقم » والغزالي في غير كتبه الفقهية . وإن كان معسراً ، نوى الغرامة إذا قدر ، فإن مات قبل القدرة ، فالمرجو من فضل الله تعالى المغفرة .

قلت : ظواهر السنن الصحيحة تقتضي ثبوت المطالبة بالظلامة وإن مات معسراً عاجزاً إذا كان عاصياً بالتزامها ، فأما إذا استدان في مواضع يباح له الاستدانة ، واستمر عجزه عن الوفاء حتى مات ، أو أتلّف شيئاً خطأ ، وعجز عن غرامته حتى مات ، فالظاهر أن هذا لامطالبة في حقه في الآخرة ، إذ لامعصية منه، والمرجو أن الله تعالى يعوض صاحب الحق ، وقد أشار إلى هذا إمام الحرمين في أول كتاب النكاح : وتباح الاستدانة لحاجة في غير معصية ولا سرف إذا كان يرجو الوفاء من جهة ، أو سبب ظاهر . والله اعلم

وإن تعلق بالمعصية حق ليس بمالي ، فإن كان حداً لله تعالى بأن زنى أو شرب ، فإن لم يظهر عليه ، فله أن يظهره ، ويقر به ليقام عليه الحد ، ويجوز أن يستر على نفسه وهو الأفضل ، فإن ظهر ، فقد فات

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : والخيانات .

(٢) في الأصل : فإن لم يكن وارثاً .

الستر ، فيأتي الإمام ليقيم عليه الحد ، قال ابن الصباغ : إلا إذا تقادم عليه العهد ، وقلنا : يسقط الحد . وإن كان حقاً للعباد ، كالقصاص وحد القذف ، فيأتي المستحق ، ويمكنه من الاستيفاء ، فإن لم يعلم المستحق ، وجب في القصاص أن يعلمه ، فيقول : أنا الذي قتلت أباك ، ولزمني القصاص ، فإن شئت ، فاقتص ، وإن شئت فاعف . وفي حد القذف سبق في كتب اللعان خلاف في وجوب إعلامه ، وقطع العبادي وغيره هنا بأنه يجب إعلامه ، كالقصاص . وأما الغيبة إذا لم تبلغ المغتاب ، فرأيت في فتاوى الحناطي أنه يكفيه الندم والاستغفار ، وإن بلغته ، أو طرد طارد قياس القصاص والقذف فيها ، فالطريق أن يأتي المغتاب ويستحل منه ، فإن تعذر لموته ، أو تعسر لغيبته البعيدة ، استغفر الله تعالى ، ولا اعتبار بتحليل الورثة ، هكذا ذكره الحناطي وغيره ، قال العبادي : والحسد كالغيبة وهو أن يهوى زوال نعمة الغير ، ويسر بيليته ، فيأتي المحسود ويخبره بما أضمره ويستحله ، ويسأل الله تعالى أن يزيل عنه هذه الخصلة . وفي وجوب الإخبار عن مجرد الإضرار بعيد .

قلت : المختار بل الصواب أنه لا يجب إخبار المحسود ، بل لا يستحب ، ولو قيل : يكره لم يعد . وهل يكفي الاستحلال من الغيبة المجهولة ، أم يشترط معرفتها للعافي ؟ فيه وجهان سبقا في كتاب الصلح . والله أعلم

فرع

لو قصر فيما عليه من دين ومظلمة ، ومات المستحق ، واستحقه وارث بعد وارث ، ثم مات ولم يفهم ، فمن يستحق المطالبة به في الآخرة؟ فيه أوجه أرجحها - وبه أفتى الحناطي - أنه صاحب الحق أولاً ، والثاني أنه آخر من مات من ورثته ، أو ورثة ورثته وإن نزلوا ، والثالث

ذكره العبادي في « الرقم » : أنه يكتب الأجر لكل وارث مدة حياته ، ثم بعده لمن بعده ، ولو دفع إلى بعض الوارثين عند انتهاء الاستحقاق إليه ، خرج عن مظلة الجميع فيما سوف ومطل . وأما التوبة في الظاهر ، فالمعاصي تنقسم إلى فعلية وقولية ، أما الفعلية ، كالزنى والسرقة والشرب ، فأظهار التوبة منها لا يكفي في قبول الشهادة ، وعود الولاية ، بل يختبر مدة يغلب على الظن فيها أنه قد أصلح عمله وسريره ، وأنه صادق في توبته ، وفي تقدير هذه المدة أوجه الأكثرون أنها سنة ، والثاني : ستة أشهر ، ونسبوه إلى النص ، والثالث : لا يتقدر بمدة إنما المعتبر حصول غلبة الظن بصدقه ، ويختلف ذلك بالأشخاص ، وأمارات الصدق ، وهذا اختيار الإمام والعبادي والغزالي . وأما القولية ، فمنها القذف ، ويشترط في التوبة منه القول ، كما أن التوبة من الردة بكلمتي الشهادة . قال الشافعي رحمه الله : التوبة منه إكذابه نفسه ، فأخذ الاصطخري بظاھرہ ، وشرط أن يقول : كذبت فيما قذفت ، ولا أعود إلى مثله . وقال الجمهور : لا يكلف أن يقول : كذبت ، فربما كان صادقاً ، فكيف تأمره بالكذب ؟! ولكن يقول : القذف باطل وإني نادم على ما فعلت ، ولا أعود إليه ، أو يقول : ما كنت محققاً في قذفي ، وقد تبت منه ، ونحو ذلك . وسواء في هذا القذف على سبيل السب والإيذاء ، والقذف على صورة الشهادة إذا لم يتم عدد الشهود ، إن^(١) قلنا بوجوب الحد على من^(٢) شهد ، فإن لم نوجب ، فلا حاجة بالشاهد إلى التوبة . ويشبه أن يشترط في هذا الإكذاب كونه عند القاضي . ثم إذا تاب بالقول ، فهل يستبرئ المدة المذكورة إذا كان عدلاً قبل القذف؟ ينظر إن

(١) في الأصل : وإن .

(٢) في الأصل : ما .

كان القذف على صورة الشهادة لم يشترط على المذهب ، وإن كان قذف سب وإيذاء ، اشترط على المذهب . واعلم أن اشتراط التوبة بالقول في القذف^(١) مشكل ، وإحلقه بالردة ضعيف ، فإن اشتراط كلمتي الشهادة مطرد في الردة القولية والفعلية ، كإلقاء المصحف في القاذورات ، ثم مقتضى ما ذكره في القذف أن يشترط التوبة بالقول في سائر المعاصي القولية ، كشهادة الزور والغيبة والنميمة وقد صرح صاحب «المهذب» بذلك في شهادة الزور ، فقال : التوبة منها أن يقول : كذبت فيما فعلت ولا أعود إلى مثله .

فروع

لو قذف وأتى بيينة على زنى المقدوف ، فوجهان ، حكاها الإمام ، أحدهما : لا تقبل شهادته ، لأنه ليس له أن يقذف ، ثم يقيم البيينة ، بل كان ينبغي أن يجيء مجيء الشهود ، والصحيح القبول ، لأن صدقه قد تحقق بالبيينة ، وكذا الحكم لو اعترف المقدوف ، وكذا لو قذف زوجته ولا عن ، وسواء في رد الشهادة ، وكيفية التوبة قذف محصناً أو غيره حتى لو قذف عيـد نفسه ، ردت شهادته ، ويكفي تحريم القذف سبباً للرد ، وشاهد الزور يستيرى ، كسائر الفسقة فإذا ظهر صلاحه ، قبلت شهادته في غير تلك الواقعة ، ومن غلط في شهادة لا يشترط استبرأؤه ، وتقبل شهادته في غير واقعة الغلط ، ولا تقبل فيها .

قلت : التوبة من أصول الإسلام المهمة ، وقواعد الدين ، وأول منازل السالكين ، قال الله تعالى : (وتوبوا إلى الله جسيماً أيها المؤمنون) فالتوبة من المعصية واجبة على الفور بالاتفاق ، وقد تقدمت صفتها ، وتصح التوبة من ذنب وإن كان ملابساً ذنباً آخر مصرأ عليه ، ولو تاب من ذنب ، ثم فعله مرة أخرى ، لم تبطل التوبة ، بل هو مطالب بالذنب

(١) في الأصل : الوقف .

الثاني دون الأول • ولو تكررت التوبة ، ومعاودة (١) الذنب ، صحت ، هذا مذهب الحق في المسلمين خلافاً للمعتزلة • قال إمام الحرمين في « الإرشاد » : والقتل الموجب للقتل تصح التوبة منه قيل تسليم القاتل نفسه ليقتص منه ، فإذا ندم ، صحت توبته في حق الله تعالى ، وكان منعه القصاص من مستحقه معصية مجددة ، ولا يقدر في التوبة ، بل يقتضي توبة منها • ومن تاب عن معصية ثم ذكرها قال الإمام القاضي أبو بكر بن الباقلاني رحمه الله : يجب عليه تجديد الندم عليها كلما (٢) ذكرها إذ لو لم يندم ، لكان مستهيناً بها ، وذلك ينافي الندم • واختار إمام الحرمين أنه لا يجب ، ولا يلزم من ذكرها بلا ندم الاستهانة ، بل قد يذكر ، ويعرض عنها • قال القاضي : وإذا لم يجدد التوبة كان ذلك معصية جديدة ، والتوبة الأولى صحيحة ، لأن العبادة الماضية لا ينقضها شيء بعد فراغها ، قال : فيجب تجديد توبة عن تلك المعصية ، وتجب توبة من ترك التوبة إذا حكمنا بوجوبها • قال الإمام : وإذا أسلم الكافر ، فليس إسلامه توبة عن كفره ، وإنما توبته ندمه على كفره ، ولا يتصور أن يؤمن ولا يندم على (٣) كفره ، بل يجب مقارنة الإيمان للندم على الكفر ، ثم وزر الكفر يسقط بالإيمان ، والندم على الكفر بالإجماع ، هذا مقطوع ، وما سواه من ضروب التوبة ، فقبوله مضمون غير مقطوع به ، وقد أجمعت الأمة على أن الكافر إذا أسلم وتاب عن كفره ، صحت توبته ، وإن استدام معاصي آخر ، هذا كلام الإمام ، وهذا الذي قاله أن القبول مضمون (٤) هو الصحيح • وقال جماعة من متكلمي أصحابنا : هو مقطوع والله أعلم •

(١) في الأصل : ومعاودة

(٢) في الأصل : كلما :

(٣) في الأصل : عن •

(٤) في الأصل : مضمون •

فصل

إذا حكم القاضي بشهادة اثنين ، ثم بان له أنهما كانا عبيدين ، أو كافرين ، أو صبيين ، أو امرأتين ، نقض حكمه ، لأنه يتيقن الخطأ ، كما لو حكم باجتهاده ، فوجد النص خلافه ، ولو بان ذلك لقاضٍ آخر نقضه أيضاً . فإن قيل : قد اختلف العلماء في شهادة العبد ، فكيف نقض [الحكم] في محل الاختلاف والاجتهاد ؟ فالجواب أن الصورة مفروضة فيمن لا يعتد بالحكم بشهادة العبد وحكم بشهادة من ظنهما حرين ، ولا اعتداد بمثل هذا الحكم ، ولأنه حكم يخالف القياس الجلي ، لأن العبد ناقص في الولايات ، وسائر الأحكام ، فكذا الشهادة . وإن بان أنه حكم بشهادة فاسقين ، نقض حكمه على الأظهر ، وقيل : قطعاً . ولو شهد عدلان ، ثم فسقا قبل أن نحكم بشهادتهما ، لم نحكم بها قطعاً ، لأن الفسق يخفى غالباً ، فربما كانا فاسقين عند الشهادة . ولو ارتدا قبل الحكم ، لم يحكم على الصحيح ، لأنها توقع ريبة ، وقيل : لا يؤثر حدوثها بعد شهادتهما . وقال الداركي : إن ارتد إلى كفر يستسر أهله به ، فكالفسق ، وإلا فلا يؤثر . ولو شهدا في حد أو مال ، ثم ماتا أو جنا أو عميا ، أو خرسا ، لم يمنع حدوث هذه الأحوال الحكم بشهادتهما ، لأنها لا توهم ريبة فيما مضى . ويجوز وقوع التعديل بعد حدوثها . ولو فسق الشاهدان ، أو ارتدا بعد الحكم بشهادتهما ، وقبل الاستيفاء ، فهو كرجوع الشاهدين بعد الحكم ، وقبل الاستيفاء ، وفيه خلاف وتفصيل سنذكره في بابه إن شاء الله تعالى ، والمذهب أنه لا يؤثر في المال ، بل يستوفى .

فرع (١)

قال القاضي بعد الحكم بشهادة شاهدين : قد بان لي أنهما كانا

(١) في الأصل : فروع .

فاسقين ، ولم تظهر بينة بفسقهما ، قال الغزالي في « الفتاوى » : إذا لم يتهم في قضائه بعلمه مكن من ذلك أيضاً ، قال : ولو قال : أكرهني السلطان على الحكم بقولهما ، وكنت أعرف فسقهما ، قبل قوله من غير بينة الإكراه ، ولو بان بالبينة أن الشاهدين كانا والدين للمشهود له ، أو ولدين ، أو عدوين للمشهود عليه ، نقض الحكم ، وبالله التوفيق .

الباب الثاني في العدد والذكورة :

قول الشاهد الواحد لا يكفي الحكم به إلا في هلال رمضان على الأظهر ، وأما القضاء بشاهد ويسين وإن قلنا على وجه: إن القضاء بالشاهد، فليس فيه اكتفاء بشاهد ، بل يشترط معه اليمين . ثم الشهادات ثلاثة أضرب ، الأول : الشهادة على الزنى ، فلا تثبت إلا بأربعة رجال ، وثبتت الشهادة على الإقرار بالزنى برجلين على الأظهر ، وفي قول : يشترط أربعة ، ولا يثبت اللواط وإتيان البهيمة إلا بأربعة على المذهب ، ويثبت القذف بشاهدين على المشهور ، ونقل أبو عاصم قولاً قريباً في اشتراط أربعة .

فرع

سبق في السرقة أنه يشترط في الشهادة على الزنى أن يذكروا التي زنى بها ، وأن^(١) يذكروا الزنى مفسراً ، فيقولون : رأينا أدخل ذكره ، أو قدر الحشفة منه في فرج فلانة على سبيل الزنى . ولا يكفي إطلاقه الزنى ، فقد يظنون المفاخذة زنى ، وقد تكون الموطوءة جارية ابنه ، أو مشتركة بينه وبين غيره بخلاف ما لو ادعت وطء شبهة ، وطلبت المهر ، فإنه يكفي الشهادة على الوطء ، ولا يشترط قولهم : رأينا ذلك منه في ذلك منها ، لأن المقصود هناك المال ، فلم يلزم هذا الاحتياط ، وقد

(١) في الأصل : وانهم .

وقع في كلام الغزالي وغيره أن الشاهد يقول : رأينا ذكره في فرجها
كالمرود في المكحلة ، وهذا التشبيه زيادة بيان ، وليس بشرط ، صرح
به القاضي أبو سعد .

فرع

هل يجوز النظر إلى الفرج لتحمل شهادة الزنى أو ولادة ، أو عيب
باطن أم لا ، وإنما يشهد عليه عند وقوع النظر [إليه] اتفاقاً ؟ فيه أوجه
سبقت في أول النكاح ، الأصح المنصوص الجواز ، والثاني : المنع ،
والثالث : المنع في الزنى دون غيره ، والرابع عكسه .

الضرب الثاني : ما ليس بمال ، ولا يقصد منه مال ، فإن كان
عقوبة ، لم تثبت إلا برجلين سواء فيه حق الله تعالى ، كحد الشرب ، وقطع
الطريق ، وقتل الردة ، وحق العباد كالقصاص في النفس ، أو الطرف ،
وحد القذف . والتعزير كالحد ، ولا مدخل لشهادة النساء فيها . وإن كان
غير عقوبة ، فهو نوعان أحدهما : يطلع عليه الرجال غالباً ، فلا يقبل
فيه إلا رجلان ، وذلك كالنكاح والرجعة ، والطلاق والعناق ، والإسلام
والردة ، والبلوغ والإيلاء ، والظهار والإعسار ، والموت ، والخلع من
جانب المرأة ، والولاء وانقضاء العدة ، وجرح الشهود وتعديلهم ، والعفو
عن القصاص والإحصان ، والكفالة والشهادة برؤية هلال غير رمضان ،
والشهادة على الشهادة ، والقضاء والولاية إن اشترطنا فيهما الشهادة ،
والتدبير والاستيلاء ، وكذا الكتابة على الصحيح ، وقيل : تثبت
الكتابة برجل وامرأتين ، ومنه الوكالة والوصاية وإن كانتا من المال .
لأنهما ولاية وسلطنة . ومنه القراض ، وكذا الشركة على الأصح ،
وقيل : تثبت برجل وامرأتين . النوع الثاني : ما لا يطلع عليه الرجال ،
وتختص النساء بمعرفته غالباً ، فيقبل فيه شهادتهن منفردات ، وذلك
كالولادة ، والبكارة ، والثيابة ، والرقق ، والقرن ، والحيض ، والرضاع ،

وعيب المرأة من برص وغيره تحت^(١) الإزار ، حرة كانت أو أمة ، وكذا استهلال الولد على المشهور ، فكل هذا النوع لا يقبل فيه إلا أربع نسوة أو رجلين ، أو رجل وامرأتين ، قال البغوي : والعيب في وجه الحرة وكفيها لا يثبت إلا برجلين ، وفي وجه الأمة وما يبدو منها في المهنة يثبت برجل وامرأتين ، لأن المقصود منه المال . قال : والجراحة على فرج المرأة لا يلحق بالعيب ، لأن جنس الجراحة مما يطلع عليه الرجل غالباً ، هكذا قاله ، لكن جنس العيب مما يطلع عليه الرجال غالباً ، لكن لا يطلعون على العيب الخاص ، وكذا هذه الجراحة .

قلت : الصواب إلحاق الجراحة على فرجها بالعيوب تحت الثياب ، وعجب من البغوي كونه ذكر خلاف هذا ، وتعلق بمجرد الاسم .
والله أعلم

الضرب الثالث : ما هو مال أو المقصود منه مال ، كالأعيان والديون ، والعقود المالية ، فيثبت برجلين ورجل وامرأتين ، ولا يثبت بنسوة منفردات ، فمن هذا الضرب البيع والإقالة ، والإجارة ، والرد بالعيب ، والحوالة ، والضمان ، والصلح ، والقرض والشفعة والمسابقة ، وخيول المسابقة ، والغصب ، والإيلاء والوصية بمال ، والمهر في النكاح ، ووطء الشبهة ، والجنايات التي لا توجب إلا المال ، كقتل الخطأ وقتل الصبي والمجنون ، وقتل الحر العبد ، والمسلم الذمي ، والوالد الولد ، والسرقه التي لا قطع فيها ، وكذا حقوق الأموال ، والعقود كالخيار ، وشرط الرهن ، والأجل [و] في الأجل وجه ، لأنه ضرب سلطنة ، ومنه قبض الأموال ، منها نجوم الكتابة ، وفي النجم الأخير وجه ضعيف أنه يشترط له رجلان ، لتعلق العتق به ، ومنه الرهن والإبراء على الصحيح

(١) في الأصل : وتحت .

نفيهما ، ومته طاعة الزوجة لاستحقاق النفقة ، وقتل الكافر لاستحقاق السلب ، وإدمان الصيد ، لتملكه ، وعجز المكاتب عن النجوم ، ومنه الوقف ، وفي ثبوته برجل وامرأتين ما سنذكره إن شاء الله تعالى في الباب (١) الرابع في ثبوته يشاهد ويمين • ولو مات سيد المدبر ، فادعى الوارث أنه كان رجوع عن التديير ، وقلنا : يجوز الرجوع ، ثبت برجل وامرأتين • ولو ادعى رق شخص ، أو ادعى جارية في يد غيره أنها أم ولد ، ثبت برجل وامرأتين ، ولو توافق الزوجان على الطلاق ، وقال الزوج : طلقتك على كذا ، وقالت : بل مجاناً ، ثبت دعواه برجل وامرأتين ، وكذا لو قال لعبده : أعتقتك بكذا ، فقال : مجاناً • ولو توافقا على النكاح ، واختلفا في قدر المهر أو صفته ، أو على الخلع ، واختلفا في قدر العوض ، أو صفته ، ثبت برجل وامرأتين ، وكذا لو توافق السيد والعبد على الكتابة ، واختلفا في قدر النجوم أو صفتها ، والإقرار بكل ما يثبت برجلين يثبت برجل وامرأتين ، وقسخ العقود المالية يثبت برجل وامرأتين ، وقسخ الطلاق لا يثبت إلا برجلين •

فرع

الخنثى المشكل كالمرأة في الشهادة •

فرع

لو شهد بالسرقة رجل وامرأتان ثبت المال ، وإن لم يثبت القطع ، وحكي قول أنه لا يثبت المال ، كما لو شهد بقتل العمد رجل وامرأتان ، فإنه لا يثبت الدية كما لا يثبت القصاص ، والمشهور الأول • ولو شهد رجل وامرأتان على صداق في نكاح ، ثبت الصداق ، لأنه المقصود • ولو علق طلاق امرأته ، أو عتق عبده على الولادة ، فشهد بالولادة أربع

(١) في الأصل : باب •

نسوة ثبتت الولادة دون الطلاق والعنق ، وكذا لو علقهما على الغصب والإتلاف ، فشهد بهما رجل وامرأتان^(١) ثبت الغصب والإتلاف ، ولا يقع الطلاق والعنق كما سبق في كتاب الصوم أنا إذا أثبتنا هلال رمضان بعدل لا يحكم بوقوع الطلاق والعنق المعلقين بـرمضان ، ولا بحلول الدين المؤجل به ، هذا إذا تقدم التعليق ، فلو ثبت الغصب أولاً برجل وامرأتين ، وحكم الحاكم به ، ثم جرى التعليق ، فقال لها : إن كنت غصبت ، فأنت طالق ، وقد ثبت غصبها برجل وامرأتين وقع الطلاق ، هكذا^(٢) قاله ابن سريج وجمهور الأصحاب ، وقياسه أن يكون الحكم هكذا في التعليق بـرمضان ، وحكى الإمام عن حكاية شيخه وجهاً أنه لا يقع .

فصل

إذا ادعى على إنسان مالاً ، وشهد له به اثنان ، نظر إن كان عيناً وطلب المدعي الحيلولة بينهما وبين المدعي عليه إلى أن يزكى الشاهدان ، أوجب إليه على الأصح ، وقيل : لا يوجب ، وقيل : يوجب إن كان المال مما يخاف تلفه أو تعيبه ، وإن كان عقاراً ونحوه ، فلا ، وإن كان المدعي ديناً ، لم يستوف قبل التزكية ، وقيل : يستوفى ويوقف ، حكاه ابن القطان ، والصحيح الأول ، فلو طلب المدعي أن يحجر على المدعي عليه ، نقل الإمام عن الجمهور أنه لا يجيبه ، وعن القاضي حسين أنه إن كان يتهمه [بحيلة] حجر عليه ، لئلا يضيع ماله بالتصرفات والأقارير ، ولم يتعرض عامة الأصحاب للحجر ، لكن قالوا : هل يجبس المدعي عليه إذا كان المدعي ديناً ، فيه وجهان ، قال البغوي : أصحهما نعم ،

(١) في الأصل : وامرأتين .

(٢) في الأصل : هذا .

فإن قلنا : لا ، فللمدعي ملازمته إلى أن يعطيه كفيلاً وأجرة من يبعثه
القاضي معهما للتكفيل على المدعي ، وإن كان المدعي قصاصاً ، أو حد
قذف ، حبس المشهود عليه ، لأن الحق متعلق ببدنه ، فيحتاج له .
قلت قال البغوي : سواء قذف زوجته أو أجنبياً . والله اعلم

ولا يجبس في حدود الله تعالى ، وأما في دعوى النكاح ، فتعدل
المرأة عند امرأة ثقة ، وتمنع من الانتشار والخروج ، وفيه وجه ضعيف ،
فعلى هذا الوجه هل يؤخذ منها كفيل ؟ وجهان ، قال القاضي أبو سعد :
فإن كانت المرأة مزوجة ، لم يمنع منها زوجها قبل التعديل ، لأنه ليس
مدعى عليه ، ولو شهد اثنان لعبد بأن سيده أعتقه ، وطلب العبد
الحيلولة قبل التزكية ، أجله القاضي ، وحال بينه وبين سيده ، ويؤجره
وينفق عليه ، فما فضل ، فموقوف بينه وبين السيد ، فإن لم يكن له
كسب ، أنفق عليه من بيت المال ، ثم يرجع على سيده إن بان جرح
الشهود^(١) واستمر الرق ، وكذا الأعيان المنتزعة يؤجرها ، وهل تتوقف
الحيلولة على طلب العبد ؟ وجهان ، الأصح : لا ، بل إذا رأى الحاكم
الحيلولة ، فعلها ، وفي الأمة تتحتم الحيلولة احتياطاً للبضع ، وكذا لو
ادعت المرأة الطلاق ، وأقامت شاهدين ، فرق الحاكم بينهما قبل التزكية ،
والوجهان في اشتراط طلب العبد للحيلولة جاريان في انتزاع العين
المدعاة ، ويقرب منها وجهان ، حكاهما ابن كج في أن إجارة العبد هل
تفتقر إلى طلب السيد أو العبد ، أم يؤجره بغير طلبهما ؟ والثاني أقرب
إلى ظاهر النص ، هذا كله إذا أقام المدعي شاهدين ، فلو أقام شاهداً ،
وطلب الانتزاع قبل أن يأتي بآخر هل يجاب ؟ قولان أظهرهما عند
الجمهور : لا ، لأن الشاهد وحده ليس بحجة ، وفي الشاهدين تمت^(٢)

(١) في الأصل المشهود .

(٢) في الأصل : يمنعه .

الحجة ، وهل يحبس المدعى عليه في القصاص والقذف بشاهد ؟ فيه القولان ، ويجري فيه الخلاف في دعوى النكاح تعديلاً ، ثم تكفيلاً إن لم يعدل ، وفي دعوى العتق والطلاق هل يحال ؟ فيه القولان ، ثم ذكر العراقيون والرويانى أن الحيلولة والحبس قبل التعديل يتعينان إلى ظهور الأمر للقاضي بالتزكية أو الجرح ، ولا تقدر له مدة ، والحيلولة^(١) والحبس بشاهد إذا قلنا به لا يزدان على ثلاثة أيام ، وعن أبي إسحاق أنه لا حيلولة ولا حبس إذا كان الشاهد الآخر غائباً لا يحضر إلا بعد ثلاثة أيام ، وإنما محل القولين إذا كان قريباً ، والمذهب ما سبق .

فرع

قال البغوي : إذا حال القاضي بين العبد وسيده ، أو اتزع العين المدعاة بعد شهادة الشاهدين وقبل التزكية ، لم ينفذ تصرف المتداعين فيه ، لكن لو أقر أحدهما بالموقوف لآخر أو أوصى به أو دبره أو أعتقه ، انتظرنا ما يستقر عليه الأمر آخراً ، وحكى القاضي أبو سعد وجهين في نفوذ تصرفه ، وصوره فيما إذا حجر القاضي على المشهود عليه في المشهود به ، فإن أراد بالحجر الحيلولة ، حصل الخلاف . وإن أراد التلطف بالحجر أشعر ذلك باشتراط الحجر القولي في امتناع التصرف . قال : وإذا قامت البينة . وحصل التعديل ، والقاضي ينظر في وجه الحكم ، فينبغي أن يحجر عليه في مدة النظر ، فإن حجر لم ينفذ تصرفه ، قال البغوي : وقبل الحيلولة والاتزاع لا ينفذ تصرف المدعي ، وينفذ تصرف المدعى عليه ، إن قلنا : إن طلب المدعي شرط في الوقف ، وإلا فوجهان .

(١) في الأصل : الحيلولة ، بغير واو .

فرع

الثمره والغلة الحادثان بعد شهادة الشاهدين^(١) وقبل التعديل تكون للمدعي وبين شهادة الأول و [شهادة] الثاني لا يكون للمدعي إلا إذا أرخ الثاني ما شهد به بيوم شهادة الأول أولاً أو بما قبله ، فإن استخدم السيد العبد المدعي للعتق بين شهادة الأول والثاني على قولنا لا يحال بينهما وشهد الثاني هكذا لزمه أجره المثل ، وبالله التوفيق •

الباب الثالث في مستند علم الشاهد ، وحكم تحمل الشهادة وأدائها.

فيه ثلاثة أطراف :

الأول : فيما يحتاج إلى الإبصار ، والأصل في الشهادة البناء على العلم واليقين ، لكن من الحقوق ما لا يحصل اليقين فيه ، فأقيم الظن المؤكد فيه مقام اليقين ، وجوزت الشهادة بناء على ذلك الظن كما سيأتي إن شاء الله تعالى ، وقد قسم الشافعي والأصحاب رحمهم الله المشهود به ثلاثة أقسام أحدها : ما يكفي فيه السماع ، ولا يحتاج إلى الإبصار ، وموضع بيانه الطرف الثاني •

الثاني : ما يكفي فيه الإبصار وهو الأفعال ، كالزنى ، والشرب ، والغصب . والإتلاف ، والولادة ، والرضاع ، والاصطياد ، والاحياء ، وكون^(٢) المال في يد الشخص ، فيشترط فيها الرؤية المتعلقة بها وبفاعلها ، فلا^(٣) يجوز بناء الشهادة فيها على السماع من الغير ، وتقبل فيها شهادة الأصم •

الثالث : ما يحتاج إلى السمع والبصر معاً ، كالأقوال ، فلا بد من سماعها ومشاهدة قائلها ، وذلك كالنكاح والطلاق ، والبيع ، وجميع العقود . والفسوخ ، والإقرار بها ، فلا يقبل فيها شهادة الأصم الذي

(١) في الأصل : الشاهدان .

(٢) الأصل : كون ، بغير واو .

(٣) في نسخ الظاهرية : ولا .

لا يسمع شيئاً ، ولا تقبل شهادة الأعمى فيما يحتاج إلى الإبصار ، ولا يصح منه التحمل اعتماداً على الصوت ، فإن الأصوات تتشابه ويتطرق إليها التخيل والتلبس مع أنه لا ضرورة إلى شهادته للاستغناء بالبصراء^(١) بخلاف الوطء ، فإن له أن يطاء زوجته اعتماداً على صوتها بالإجماع للضرورة ، ولأن الوطء يجوز بالظن ، ولا تقبل شهادته على زوجته التي يطاها كما لا تقبل على الأجانب ، لأن الوطء ضرورة ، وقد سبق وجه أن العمى لا يقدر في القضاء وهو مع ضعفه جار في الشهادة ، والصواب المنع ، ويستثنى عن هذا صورة الضبطة ، وهي أن يضع رجل فمه على أذنه ويد الأعمى على رأسه ، فينظر^(٢) إن سمعه يقر بطلاق أو عتق أو لرجل معروف الاسم ، والنسب بمال ، ويتعلق به الأعمى ، ولا يزال يضبطه حتى يشهد بما سمع منه عند القاضي ، فيقبل هذه الشهادة على الصحيح لحصول^(٣) العلم ، وقيل : لا يقبل سداً للباب مع عسر ذلك ، وتقبل رواية الأعمى ما سمعه حال العمى على الصحيح ، وبه قطع الجمهور إذا حصل الظن الغالب بضبطه ، واختار الإمام المنع ، فأما ما سمعه قبل العمى . فتقبل روايته في العمى بلا خلاف ، ولو تحل شهادة تحتاج إلى البصر وهو بصير ، ثم عمي ، نظر إن تحل على رجل معروف الاسم والنسب يقر لرجل بهذه الصفة ، فله أن يشهد بعدما عمي ، ويقبل لحصول العلم ، وكذا لو عمي ويد المقر في يده ، فشهد عليه لمعروف الاسم والنسب . وإن لم يكن كذلك ، لم تقبل شهادته ، ويجوز الاعتماد على ترجمة الأعمى على الأصح ، ولو عمي القاضي بعد سماع البينة وتعديلها ، ففي نفوذ قضائه في تلك

(١) في الأصل : بالبصر .

(٢) في نسخ الظاهرية : فيتيقن أنه .

(٣) في الأصل : بحصول .

الواقعة وجهان ، أحدهما لا ، لانعزاله بالعمى ، كما لو انزل بسبب آخر ، وأصحهما : نعم إن لم يحتج إلى الإشارة ، كما لو تحمل الشهادة وهو بصير ، ثم عمي ، وأما شهادة الأعشى فيما ثبت بالاستفاضة ، فسيأتي في الطرف الثاني إن شاء الله تعالى .

فصل

إذا شاهد فعل إنسان ، أو سمع قوله ، فإن كان يعرفه بعينه واسمه ونسبه ، شهد عليه عند حضوره بالإشارة إليه ، وعند غيبته وموته باسمه ونسبه ، فإن كان يعرفه باسمه واسم أبيه دون جده ، قال الغزالي : يقتصر عليه في الشهادة ، فإن عرفه القاضي بذلك ، جاز ، وكان يحتسب أن يقال : هذه شهادة على مجهول ، فلا تصح كما سبق في القضاء على الغائب أن القاضي لو لم يكتب إلا أني حكمت على محمد بن أحمد ، فالحكم باطل . وقد ذكر الشيخ أبو الفرج أنه إذا لم يعرف نسبه قدر ما يحتاج إلى رفعه لا يحل له أن يشهد إلا بما عرف ، لكن الشهادة والحالة هذه لا تفيد ، وقال الإمام : لو لم يعرفه إلا باسمه لم يتعرض لاسم أبيه ، لكن الشهادة على مجرد الاسم قد لا تنفع في الغيبة ، وبالجمله لا يشهد بمالا معرفة له به . ولو سمع اثنين يشهدان أن فلاناً وكل هذا الرجل في بيع داره ، وأقر الوكيل بالبيع ، شهد على إقراره بالبيع ، ولم يشهد بالوكالة . وكتب القفال في مثله أنه ^(١) يشهد على شاهدي الوكالة ، وكأنهما أشهاد على شهادتهما ، ولو حضر عقد نكاح زعم الموجب أنه ولي المخطوبة ، أو وكيل وليها وهو لا يعرفه ولياً ولا وكيلاً ، أو عرف الولاية أو الوكالة ، ولم يعرف رضى المرأة وهي ممن يعتبر رضاها ، لم يشهد على أنها زوجته ، لكن يشهد أن

(١) في الاصل : ان .

فلاناً أنكح فلانة فلاناً ، وقيل : فلان ، فإن لم يعرف المرأة بنسبها لم يشهد إلا أن فلاناً قال : زوجت فلانة فلاناً ، وإن كان يعرف المشهود عليه بعينه دون اسمه ونسبه ، شهد عليه حاضراً لا غائباً ، فإن مات أحضر ليشاهد صورته ، ويشهد على عينه ، فإن دفن ، لم ينبش ، وقد تعذرت الشهادة عليه ، هكذا قاله القاضي حسين ، وتابعه الإمام والغزالي ، لكن استثنى الغزالي ما إذا اشتدت الحاجة إليه ، ولم يطل العهد بحيث يتغير منظره، وهذا احتمال ذكره الإمام ، ثم قال : والأظهر ما ذكره القاضي • وإن لم يعرف اسمه ونسبه ، لم يكن له أن يعتمد قوله: إنه فلان ابن فلان، لكن لو تحمل الشهادة وهو لا يعرف اسمه ونسبه ، ثم سمع الناس يقولون : إنه فلان ابن فلان ، واستفاض ذلك ، فله أن يشهد في غيبته على اسمه ونسبه ، كما لو عرفهما عند التحمل • ولو قال له عدلان عند التحمل أو بعده : هو فلان ابن فلان ، قال الشيخ أبو حامد : له أن يعتمدهما ، ويشهد على اسمه ونسبه ، وهذا مبني على جواز الشهادة على النسب من عدلين ، وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى •

فرع

كما أن المشهود عليه تارة تقع الشهادة على عينه ، وتارة على اسمه ونسبه ، فكذلك المشهود له ، فتارة يشهد أنه أقر لهذا ، وتارة لفلان ابن فلان ، وكذا عند غيبة المشهود له ، وإذا شهد الشاهدان [أن لهذا] على فلان ابن فلان الفلاني كذا ، فقال الخصم : لست فلان ابن فلان الفلاني ، ففي فتاوى القفال أن على المدعي بينة أن اسمه فلان ، ونسبه ما ذكره ، فإن لم يكن بينة ، حلفه ، فإن نكل ، حلف واستحق ، وإن سلم ذلك الاسم والنسب ، فادعى أن هناك من يشاركه فيهما ، لم يقبل منه حتى يقيم البينة على ما يدعيه ، فإن أقامها^(١) احتج إلى إثبات

(١) في الأصل : أقامهما .

زيادة يمتاز بها المدعى عليه على الآخر ، وهذا كما سبق في كتاب القاضي إذا بلغ المكتوب إليه ، وأحضر من زعم المدعي أنه المحكوم عليه ، ولتكن الصورة فيما إذا ادعى أنه يستحق على هذا الحاضر كذا ، واسمه ونسبه كذا ، أو أنه يستحق على من اسمه ونسبه كذا وهو هذا الحاضر ، وأقام البينة بالاستحقاق على فلان ابن فلان ، فيستفيد بها مطالبة الحاضر إن اعترف أنه فلان ابن فلان ، أو يقيم بينة أخرى على الاسم والنسب إن أمكن ، ثم يطالبه وإلا فكيف يدعي على فلان ابن فلان من غير أن يربط الدعوى بحاضر ، وفي الفتاوى أيضاً أنه لو أحضر رجلاً عند القاضي ، وقال : إن هذا أقر لفلان ابن فلان بكذا وأنا ذلك المقر له ، فقال الرجل : نعم أقررت ، لكن هنا أو بموضع آخر رجل آخر بهذا الاسم والنسب ، وإنما أقررت له ، لزمه إقامة البينة على ما يدعيه ، فإذا أقامها ، سئل ذلك الآخر ، فإن صدقه ، دفع المقر به إليه ، ويحلف الأول على أنه لا شيء له عليه ، وإن كذبه ، فهو للسدعي ، وإن قال : هناك [رجل] آخر بهذا الاسم والنسب وأنا أقررت لأحدهما ، لا أعلم عينه ، وأقام البينة برجل آخر سئل ذلك الآخر ، فإن قال : لا شيء لي ^(١) عليه ، فينبغي أن يجب عليه التسليم إلى الأول كما لو كانت عنده وديعة ، فقال : هي لأحدهما ، ولا أدري أنها لأيكما ، فقال أحدهما : ليست لي ، فإنها تكون للآخر ، وإن صدقه الآخر ، فهو كما في صورة الوديعة إذا قال كل واحد : هي لي ، وقد حكينا في الوكالة فيما لو وكل رجلاً بالخصومة بناء على اسم ونسب ذكره أنه لا بد من بينة على أنه وكيله فلان ابن فلان ، أو على أن الذي وكله عند القاضي هو فلان ابن [فلان] وحكينا عن القاضي حسين أن هذه المسألة بكتفي القضاة فيها بالعدالة الظاهرة ، ويتساهلون.

(١) في الاصل : له .

في البحث والاستزكاء • وعن القاضي أبي سعد الهروي أنه يكتفى فيها بمعرف واحد ، وكل واحد من هذين الكلامين ينبغي أن يعود هنا حيث احتيج إلى إثبات كونه فلان ابن فلان •

فصل

المرأة المتنبئة لا يجوز الشهادة عليها اعتماداً على الصوت ، كما لا يجوز أن يتحمل الأعمى اعتماداً على الصوت ، وكذا البصير في الظلمة ، أو من وراء حائل صفيق ، والحائل الرقيق لا يمنع على الأصح • وإذا لم يجز التحمل بالصوت ، فإن عرفها متنبئة باسمها ونسبها أو بعينها لا غير ، جاز التحمل ، ولا يضر النقاب ، ويشهد عند الأداء بما يعلم ، فإن لم يعرفها ، فلتكشف عن وجهها ليراها الشاهد ويضبط حليتها وصورتها ، ليتمكن من الشهادة عليها عند الحاجة إلى الأداء ، وتكشف وجهها حينئذ • ولا يجوز التحمل بتعريف عدل أو عدلين أنها فلانة بنت فلان ، فإن قال عدلان يشهدان : هذه فلانة بنت فلان تقرر بكذا ، فهما شاهدا الأصل ، والذي يسمع منهما شاهد فرع يشهد على شهادتهما عند اجتماع الشروط • ولو سمعه من عدل واحد ، شهد على شهادته ، والشهادة على الشهادة والحالة هذه تكون على الاسم والنسب دون العين ، هذا ما ذكره أكثر المتكلمين في المسألة ، وفيه وجه ثان عن الشيخ أبي محمد أنه يكتفه لتحمل الشهادة عليها معرف واحد سلوكاً به مسلك الإخبار ، وبهذا قال جماعة من المتأخرين ، منهم القاضي شريح الروياني^(١) ، ووجه ثالث أنه يجوز التحمل إذا سمع من عدلين أنها فلانة بنت فلان ، ويشهد على اسمها ونسبها عند الغيبة ، وهذا ما سبق عن الشيخ أبي حامد بناء على أنه تجوز الشهادة على النسب بالسماع من عدلين ، ووجه عن الاصطخري أنه إذا كان يعرف نسب امرأة ، ولا يعرف

(١) انظر ترجمته في « الطبقات » ٢٢٥/٤ للسبكي •

عينها ، قدخل دارها وقبها نسوة سواها ، فقال لاينها الصغير : أيتها أمك ، أو لجارتها أيتها سيدتك ، فأشارا^(١) إلى امرأة ، فسمع إقرارها ، جاز له أن يشهد أن فلانة بنت فلان أقرت بكذا ، حكاه ابن كج عنه ، ولم يجعل قول شاهدين على قول الاصطخري كإخبار الصغير والجارية ، وادعى أن ذلك أشد وقعاً في القلب وأثبت . ولك أن تقول : ينبغي أن لا يتوقف جواز التحمل على كشف الوجه لا على المعرفة ، لأن من أقرت تحت نقاب ، ورفعت إلى القاضي والمتحمل ملازمها أمكن الشهادة على عينها ، وقد يحضر قوم يكتفى بإخبارهم في التسامع قبل أن تغيب المرأة إذا لم يشترط في التسامع طول المدة كما سيأتي إن شاء الله تعالى ، فيخبرون عن اسمها ونسبها ، فيتمكن من^(٢) الشهادة على اسمها ونسبها ، بل ينبغي أن يقال : لو شهد اثنان تحملاً الشهادة على امرأة لا يعرفانها أن امرأة حضرت يوم كذا مجلس كذا ، فأقرت لفلان بكذا ، وشهد عدلان أن المرأة الحاضرة^(٣) يومئذ في ذلك المكان هي هذه ، ثبت الحق بالتيين ، كما لو قامت بينة أن فلان ابن فلان الفلاني أقر^(٤) بكذا وقامت أخرى على [أن] الحاضر هو فلان ابن فلان ، ثبت الحق . وإذا اشتمل التحمل على هذه الفوائد ، وجب أن يجوز مطلقاً ، ثم إن لم يحصل ما يفيد جواز التحمل على العين ، أو على الاسم والنسب ، أو لم ينضم إليه ما يتم به الإثبات ، فذاك لشيء آخر . ويجوز النظر إلى وجهها ، لتحمل الشهادة وسماع كلامها ، وهذا عند الأمن من الفتنة ، فإن خاف فتنة ، فقد سبق أنه يحرم النظر إلى وجهها بلا خلاف ، فيشبهه أن يقال : لا ينظر الخائف للتحمل ، لأن في غيره غنية ، فإن تعين عليه ، نظر واحترز .

(١) في الاصل : فأشار بالإفراد .

(٢) في الاصل : على .

(٣) في الاصل : حاضرة .

(٤) في الاصل : أقرت .

فرع

إذا قامت بينة على عين رجل أو امرأة بحق ، وأراد المدعي أن يسجل له القاضي ، فالتسجيل على العين ممتنع ، لكن يجوز أن يسجل بالحلية ، ولا سبيل إلى التسجيل بالاسم والنسب ما لم يثبت^(١) ، ولا يكفي فيهما قول المدعي ، ولا إقرار من قامت عليه البينة ، لأن نسب الشخص لا يثبت بإقراره ، فلو قامت بينة على نسبه على وجه الحسبة بني على أن شهادة الحسبة هل تقبل في النسب ، إن قلناها - وهو الصحيح - أثبت القاضي النسب ، وسجل ، وإن لم قبلها وهو اختيار القاضي حسين ، فقال : الطريق هنا أن ينصب القاضي من يدعي على فلان ابن فلان ديناً ، أو على فاطمة بنت زيد ، أو يدعي على زيد ، ويقول : هذه بنته ، وتركته عندها ، وينكر المدعي عليه النسب ، فيقيم المدعي البينة عليه . قال : وتجاوز هذه الحيلة للحاجة ، واعترض الإمام بأن الدعوى الباطلة كالعدم ، فكيف يجوز بناء الشهادة عليها ، وكيف يأمر القاضي بها . لكن الوجه أن يقال : وكلاء المجلس يتفطنون لمثل ذلك ، فإذا نصبوا مدعياً لم يفحص القاضي ، ولم يضيق ، بل يسمع الدعوى والبينة للحاجة . ولو أمر المدعي الذي ثبت له الحق بالبينة أن ينقل الدعوى عن العين إلى الدعوى على بنت زيد لينكر ، فيقيم البينة على النسب ، كان أقرب من نصب مدع جديد ، وأمره بدعوى باطلة .

فرع

عن فتاوى القفال : شهد الشهود على امرأة باسمها ونسبها ، ولم يتعرضوا لمعرفة عينها ، صحت شهادتهم فإن سألهم الحاكم هل تعرفون عينها ؟ فلم أن يسكتوا ، ولهم أن يقولوا : لا يلزمننا الجواب عن هذا . الطرف الثاني فيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع وهو الاستفاضة ،

(١) في الاصل : ينس .

فمنه النسب ، فيجوز أن يشهد بالتسامع أن هذا الرجل ابن فلان ، أو هذه المرأة إذا عرفها بعينها بنت فلان ، أو أنهما^(٢) من قبيلة كذا ، ويثبت النسب من الأم بالتسامع أيضاً على الأصح ، وقيل قطعاً كالآب ، ووجه المنع إمكان رؤية الولادة . ثم ذكر الشافعي والأصحاب رحمهم الله في صفة التسامع أنه ينبغي أن يسمع الشاهد المشهود بنسبه ، فينسب إلى ذلك الرجل أو القبيلة ، والناس ينسبونه إليه ، وهل يعتبر في ذلك التكرار ، وامتداد مدة السماع ، قال كثيرون : نعم ، وبهذا

أجاب الصيمري ، وقال آخرون : لا بل لو سمع انتساب الشخص ، وحضر جماعة لا يرتاب في صدقهم ، فأخبروه بنسبه دفعة واحدة ، جاز له الشهادة . ورأى ابن كج القطع بهذا ، وبه أجاب البغوي في انتسابه بنفسه ، فإن قلنا بالأول ، فليست المدة مقدرة بسنة على الصحيح ، ويعتبر مع انتساب الشخص ونسبة الناس أن لا يعارضهما ما يورث تهمة وريبة ، فلو كان المنسوب إليه حياً وأنكر ، لم تجز الشهادة ، وإن كان مجنوناً ، جازت على الصحيح ، كما لو كان ميتاً ، ولو طعن بعض الناس في ذلك النسب هل يمنع جواز الشهادة ؟ وجهان أصحهما : نعم لاختلال الظن .

فرع

يثبت الموت بالاستفاضة على المذهب ، وبه قطع الأكثرون ، وقيل : وجهان ، وهل يثبت بها الولاء والعق والوقف والزوجية ؟ وجهان ، قال الاصطخري ، وابن القاص ، وأبو علي بن أبي هريرة ، والطبري : نعم ، ورجحه ابن الصباغ ، وقال أبو إسحاق : لا ، وبه أفتى الثقال ، وصححه الإمام ، وأبو الحسن العبادي ، والرويانى ، قالوا : ويستحب

(٢) في الأصل : أمهما .

تجديد شهود كتب الوقف إذا خاف^(١) انقراض الأصول ، قال في
« العدة » : هذا ظاهر المذهب ، لكن الفتوى الجواز للحاجة .

قلت الجواز أقوى وأصح وهو المختار . والله أعلم

فرع

المعتبر في الاستفاضة^(٢) أوجه ، أصحها : أنه يشترط أن يسمعه من
جمع كثير يقع العلم أو الظن القوي بخبرهم ، ويؤمن تواطؤهم على
الكذب ، وهذا هو الذي رجحه الماوردي ، وابن الصباغ ، والغزالي
وهو أشبه بكلام الشافعي رحمه الله ، والثاني : يكفي عدلان ، اختاره
أبو حامد ، وأبو حاتم ، ومال إليه الإمام ، والثالث : يكفي خبر واحد
إذا سكن القلب إليه ، حكاه السرخسي وغيره ، فعلى الأول ينبغي أن
لا يشترط العدالة ولا الحرية والذكورة .

فرع

لو سمع رجلاً يقول لآخر : هذا ابني وصدقه الآخر ، أو قال :
أنا ابن فلان ، وصدقه فلان ، قال كثير من الأصحاب : يجوز أن يشهد
به على النسب ، وكذا لو استلحق صبيّاً ، أو بالغاً وسكت ، لأن السكوت
في النسب كالإقرار . وفي « المذهب » وجه أنه لا يشهد عند السكوت
إلا إذا تكرر عنده الإقرار والسكوت ، والذي أجاب به الإمام والغزالي
أنه لا تجوز الشهادة على النسب بذلك ، بل يشهد والحالة هذه [على]
الإقرار ، وهذا قياس ظاهر .

فصل

الشهادة على الملك تبني على ثلاثة أمور وهي اليد والتصرف

(١) في الأصل : خافا .

(٢) في الأصل : الإفاضة .

والتسامع ، فأما اليد فلا تفيد^(١) بسجرتها جواز الشهادة على الملك ، لكن إذا رأى الشيء في يده ، جاز أن يشهد له باليد ، وشرط البغوي لذلك أن يراه في يده مدة طويلة ، وحكى الإمام قولاً أنه لا تجوز الشهادة بالملك بسجرد اليد ، والمشهور الأول ، وأما التصرف المجرد ، فكاليد المجردة لا يفيد جواز الشهادة بالملك ، فإن اجتمع يد وتصرف ، فإن قصرت المدة ، فهو كاليد المجردة ، وإن طالت ، ففي جواز الشهادة له بالملك وجهان ، أحدهما : الجواز ، صححه البغوي ، ونقله الإمام عن اختيار الجمهور ، وعن الشيخ أبي محمد القطع به ، فلو انضم إلى اليد والتصرف الاستفاضة ، ونسبة الناس الملك إليه ، جازت الشهادة بالملك بلا خلاف ، ونقل الروياني قولاً أنه لا تجوز الشهادة على الملك حتى يعرف سببه وهو شاذ ضعيف . وأما الاستفاضة وحدها ، فهل تجوز الشهادة على الملك بها ؟ وجهان أقربهما إلى إطلاق الأكثرين الجواز ، والظاهر أنه لا يجوز ، وهو محكي عن نصه في حرملة ، واختارها القاضي حسين ، والإمام والغزالي وهو الجواب في « الرقم » . واعلم أن جواز الشهادة بالملك بالاستفاضة مشهورة في المذهب . فلعل من لا يكتفي به يكتفي بانضمام أحد الأمرين من اليد والتصرف إليه ، أو يعتبرهما جميعاً ، لكن لا يعتبر طول المدة فيهما ، وإذا انضم إلى الاستفاضة ، وإلا فهما كافيان إذا طالت المدة على الأصح ، ولا يبقى للاستفاضة أثر ، ويشترط في جواز الشهادة بناء على اليد أو اليد والتصرف أن لا يعرف له منازعاً فيه ، ونقل ابن كج وجهين في أن منازعة من لا حجة معه هل تمنع ؟

فرع

طول مدة اليد والتصرف يرجع فيه إلى العادة ، وقيل : أقلها سنة ،

(١) في الأصل : يقبل .

والصحيح الأول ، وعن الشيخ أبي عاصم أنه إن زادت على عشرة ،
فطويلة ، وفيما دونها وجهان ، والقول في عدد المخبرين هنا ، وامتداد
المدة كما سبق في النسب ، ونقل ابن كج وجهين في أنه هل يشترط أن
يقع في قلب السامع صدق المخبرين •

فرع

ذكر ابن كج أنه تجوز الشهادة على اليد بالاستفاضة ، وقد ينازع
فيه ، لإمكان مشاهدة اليد •

فرع

لا يكفي أن يقول الشاهد : سمعت الناس يقولون : إنه لفلان ،
وكذا في النسب ، وإن كانت الشهادة مبنية عليه ، بل يشترط أن يقول :
أشهد بأنه له . وبأنه ابنه ، لأن قد يعلم خلاف ما سمعه من الناس ، لكن
عن الشيخ أبي عاصم أنه لو شهد رجل بالملك ، وآخر بأنه في يده مدة
طويلة وتصرف فيه بلا منازع ، تمت الشهادة • وقال الشارح لكلامه :
هذا مصير منه إلى الاكتفاء بذكر السبب ، والصحيح الأول •

فرع

سواء في الشهادة على الملك بالاستفاضة والتصرف العقار والثوب
والعبد وغيرها إذا ميز الشهود به عن أمثاله •

فرع

التصرف المعتبر في الباب تصرف الملاك من السكنى ، والدخول
والخروج ، والهدم والبناء ، والبيع والفسخ بعده ، والرهن ، وفي مجرد
الإجارة وجهان ، لأنها وإن تكررت قد تصدر ممن استأجر مدة طويلة
ومن الموصى له بالمنفعة ، وليجر هذا الخلاف في الرهن ، لأنه قد يصدر

من مستعير ، والأوفق لإطلاق الأصحاب الاكتفاء ، لأن الغالب صدورهما من المالكين ، ولا يكفي التصرف مدة واحدة ، لأنه لا يحصل ظناً •

فرع

لا يثبت الدين بالاستفاضة على الصحيح •

فرع

في قبول شهادة الأعمى فيما يشهد فيه بالاستفاضة وجهان ، قال ابن سريج والجمهور : تقبل إلا أن شهادته إنما تقبل إذا لم يحتاج إلى تعيين وإشارة بأن يكون الرجل معروفاً باسمه ونسبه الأدنى ، ويحتاج إلى إثبات نسبه الأعلى وصور أيضاً في النسب الأدنى بأن يصف الشخص ، فيقول : الرجل الذي اسمه كذا ، وكنيته كذا ، ومصلاه ومسكنه كذا ، هو فلان ابن فلان ، ثم يقيم المدعي بينة أخرى أنه الذي اسمه كذا ، وكنيته كذا إلى آخر الصفات ، وصورته في الملك أن يشهد الأعمى بدار معروفة أنها لفلان ابن فلان ، ويمكن أن يقال : الوجه القائل بأن شهادته لا تقبل ، مخصوص بما إذا سمع من عدد يمكن اتفاقهم على الكذب ، فأما إذا حصل السماع من جمع كبير ، فلا حاجة فيه إلى المشاهدة ، ومعرفة حال المخبرين •

فرع

ما جازت الشهادة به اعتماداً على الاستفاضة ، جاز الحلف عليه اعتماداً عليها ، بل أولى ، لأنه يجوز الحلف على خط الأب دون الشهادة •

الطرف الثالث في تحمل الشهادة وادائها • أما الأداء ، فواجب في الجملة ، والكتمان حرام ، ويجب الأداء على متعين للشهادة ، متحمل لها قصداً ، دعي من دون مسافة العدوى^(١) ، عدل ، لا عذر له ، فهذه

(١) قال ابن فارس : العدوى : طلبك إلى وال ليعديك على من ظلمك ، أي ينتقم منه باعتدائه عليك ، والفقهاء يقولون : مسافة العدوى وكأنهم استعاروها من هذه العدوى ، لأن صاحبها يصل فيها الذهاب والعودة بعدد واحد لما فيه من القوة والجلادة •

خمسـة قيود • الأول : التـعـيـن ، فإن لم يكن في الواقعة إلا شاهدان يأتي
 لم يتحمل سواهما ، أو مات الياقون ، أو جنوا ، أو فسقوا ، أو غابوا ،
 لزمهما الأداء ، فلو شهد أحدهما ، وامتنع الآخر ، وقال للمدعي : احلف
 مع الشاهد ، عصا ، وكذا الشاهدان على رد الوديعة لو امتنعا ، وقال
 للمودع : احلف على الرد ، عصيا ، لأن من مقاصد الإشهاد التورع عن
 اليمين ، ولو لم تكن في الواقعة إلا شاهد ، فإن كان الحق يثبت بشاهد
 ويمين ، لزمه الأداء ، وإلا فلا على الصحيح ، وحكى ابن كج وجهاً في
 لزومه ، لأنه ينفع في اندفاع بعض تهمة الكذب . وإن كان في الواقعة
 شهود ، فالأداء عليهم فرض كفاية إذا فعله اثنان منهم ، سقط عن الباقي ،
 وإن طلب الأداء من اثنين ، ففي وجوب الإجابة عليهما وجهان ، وقال
 ابن القاص قولان ، أصحهما : الوجوب ، وليس موضع الخلاف ما إذا
 علمنا من حالهم رغبة أو إياء .

القيد الثاني : كونه متحماً عن قصد ، أما من سمع الشيء ، أو
 وقع بصره عليه اتفاقاً ، فالأصح الموافق لإطلاق الجمهور أنه يلزمه الأداء
 أيضاً ، لأنها أمانة وشهادة عنده ، والثاني : لا ، لعدم التزامه .

القيد الثالث : أن يدعى لأداء الشهادة من مسافة قريبة ، ومتى كان
 القاضي في البلد فالمسافة قريبة ، وكذا لو دعي^(١) إلى مسافة يتمكن
 المبكر إليها من الرجوع إلى أهله في يومه ، وإن دعي إلى مسافة القصر
 لم تجب الإجابة ، وإن كان بينهما لم تجب أيضاً على الأصح ، وهذا كله
 تفريع على الصحيح ، وهو أن الشاهد يلزمه الحضور إلى القاضي لأداء
 الشهادة وعن القاضي أبي حامد أنه ليس على الشاهد إلا أداء الشهادة
 إن اجتمع هو والقاضي .

القيد الرابع : كون الشاهد عدلاً ، فإن كان قاسقاً ، ودعي لأداء
 الشهادة نظر إن كان فسقه مجعلاً عليه ، ظاهراً أو خفياً ، حرم عليه أنه

(١) في الأصل : ادعى .

يشهد ، وإن كان مجتهداً فيه ، كسرب النبيذ ، لزمه أن يشهد ، وإن كان القاضي يرى التفسيق به ورد الشهادة ، لأنه قد يتغير اجتهاده • وفي أمالي السرخسي وجه أنه لا يجب [في] الفسق المجتهد فيه إذا كان طاهراً^(١) ، وحكى ابن كج وجهاً أنه يجب مطلقاً في الفسق الخفي ، وفي الظاهر وجهان ، والمذهب ما سبق ، وحكى ابن كج وجهين في أنه هل للشاهد أن يشهد بما يعلم أن القاضي يرتب عليه ما لا يعتقده الشاهد ، كالبيع الذي يترتب عليه شفعة الجوار ، والشاهد لا يعتقدها • ولو كان أحد الشاهدين عدلاً والآخر فاسقاً فسقاً مجمعاً عليه ، لم يلزم العدل الأداء إن كان الحق لا يثبت بشاهد ويمين •

القيد الخامس : عدم العذر ، كالمرض ونحوه ، فالمرضى الذي يشق عليه الحضور لا يكلف أن يحضر ، بل إما أن يشهد على شهادته ، وإما أن يبعث القاضي إليه ، بأن يسمع شهادته ، والمرأة المخدرة كالمرضى ، وفيها الخلاف السابق في الباب الثالث من أدب القضاء ، وغير المخدرة يلزمها الحضور والأداء ، وعلى الزوج أن يأذن لها فيه ، وحكى الشيخ أبو الفرج وجهين في أنه هل يجب الحضور عند القاضي الجائر والمتعنت لأداء الشهادة ، لأنه لا يؤمن أن يرد شهادته جوراً وتعنتاً فيعير بذلك ، فعلى هذا عدالة القاضي وجمعه الشروط المعتبرة شرط سادس •

قلت : الراجع الوجوب • والله أعلم

وإذا اجتمعت شروط الوجوب لم يرهق القاضي إرهاقاً ، بل إن كان في صلاة أو حمام ، أو على طعام ، فله التأخير إلى أن يفرغ ، ولا يمهل ثلاثة أيام على المشهور ، قال ابن كج : ولو شهد ورد القاضي شهادته

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : حاضراً •

يعله الفسق ، ثم طلب المدعي أن يشهد له عند قاضٍ آخر ، لزمه الإجابة ولا يلزمه عند ذلك القاضي على الصحيح ، قال ابن كج : ولو دعي لأداء الشهادة عند أمير أو وزير ، قال ابن القطان : لا تلزمه الإجابة ، وإنما يلزمه عند من له أهلية سماع البينة وهو القاضي ، قال ابن كج : وعندي أنه يلزمه إذا علم أنه يصل به إلى الحق •

قلت : قول ابن كج أصح • والله أعلم

فرع

إذا امتنع الشاهد من أداء الشهادة بعد وجوبه حياء من المشهود عليه ، قال القاضي حسين : يعصي ، ولا يجوز للقاضي قبول شهادته في شيء أصلاً حتى يتوب ، ويوافق هذا ما قيل : إن المدعي لو قال للقاضي : عند فلان شهادة ، وهو ممتنع من أدائها ، فأحضره ليشهد ، لم يجبه القاضي ، لأنه فاسق بالامتناع بزعمه ، فلا ينتفع بشهادته •

قلت : ينبغي أن يعمل هذا على ما إذا قال : هو ممتنع بلا عذر •

والله أعلم

فصل

وأما تحمل الشهادة ، ففرض كفاية في عقد النكاح ، لتوقف الالتماع عليه ، فإن امتنع الجميع منه ، أثموا • ولو طلب من اثنين التحمل ، وهناك غيرهما ، لم يتعينا بلا خلاف ، وأما في التصرفات المالية والأقارير ، فهل التحمل فرض كفاية أم مستحب ؟ وجهان الصحيح الأول ، وبه قطع العراقيون للحاجة إليها ، ومنهم من يقتضي كلامه طرد الخلاف في النكاح أيضاً وليس بشيء وإذا قلنا بالافتراض ، فذلك إذا حضر المحمل ، أما إذا دعي للتحمل فقليل : تجب الإجابة أيضاً ، والأصح الذي قاله القاضي أبو حامد ، والبعوي ، وأبو الفرج ، أنه لا يجب إلا أن يكون المحمل معذوراً بمرض أو حبس ، أو كانت امرأة مخدرة إذا

أثبتنا للتخدير أثراً^(١) وكذا إذا دعاه القاضي ليشهده على أمر ثبت عنده
لزمه الإجابة •

فرع

إن تطوع الشاهد بتحمل الشهادة وأدائها ، فقد أحسن ، وإن
طمع في مال ، فهو إما رزق من بيت المال ، وإما من مال المشهود له ،
فأما الرزق من بيت المال ، فقد ذكر الشيخ أبو حامد ، وابن الصباغ
وآخرون أن الشاهد ليس له أخذ الرزق من بيت المال لتحمل الشهادة ،
وقيل : له ذلك ، فإن قلنا بالأول ، فرزقه الإمام من ماله ، أو واحد من
الرعية ، فالحكم كما ذكرنا في القاضي ، وأما مال المشهود له ، فليس
للشاهد أخذ أجره على أداء الشهادة ، ووجهه بأنه فرض عليه ، فلا
يستحق عليه عوضاً ، ولأنه كلام يسير لا أجره لمثله • وأما إتيان القاضي
والحضور عنده : فإن كان معه في البلد فلا يأخذ شيئاً ، وإن كان نائبه
من مسافة العدوى ، فما فوقها ، فله طلب نفقة المركوب • قال البغوي :
وكذا نفقة الطريق ، وحكى وجهين فيما لو أعطاه شيئاً ليصرفه في نفقة
الطريق ، وأجره المركوب هل له أن يصرفه إلى غرض آخر ، ويمشي
وهما كالوجهين فيما لو أعطى فقيراً شيئاً وقال : اشتر لك به ثوباً ، هل
له أن يصرفه إلى غير الثوب ، والأصح الجواز فيهما ، فهذا ما قيل : إن
الشاهد يأخذه من المشهود له ولم يتعرض أكثرهم لما سوى هذا ، لكن
في تعليق الشيخ أبي حامد أن الشاهد لو كان فقيراً يكسب قوته يوماً
يوماً وكان في صرف الزمان إلى أداء الشهادة ما يشغله عن كسبه ، لم
يلزمه الأداء إلا إذا بذل له المشهود [له] قدر كسبه في ذلك الوقت ،
هذا حكم الأداء • فلو طلب الشاهد أجره لتحمل الشهادة ، فإن لم يتعين عليه ،
فله ذلك ، وكذا إن تعين على الأصح ، قال أبو الفرج : هذا إذا دعي
ليتحمل ، فأما إذا أتاه المحمل ، فليس لتحمل والحالة هذه أجره ، وليس

(١) في الاصل : اثر •

له أن يأخذ شيئاً ، ومقتضى قولنا : له طلب الأجرة إذا دعي للتحمل أن يطلب الأجرة إذا دعي للأداء ، سواء كان القاضي معه في البلد أم لا ، كما لا فرق في التحمل ، وأن يكون^(١) النظر إلى الأجرة مطلقاً لا إلى أجرة المركوب ونفقة الطريق خاصة ، ثم هو يصرف المأخوذ إلى ما يشاء ، ولا يمنع ذلك كون الأداء فرضاً عليه كما ذكرنا في التحمل مع تعيينه على الأصح .

: هذا الذي أورده الرافعي رحمه الله ضعيف مع أنه خلاف قول الأصحاب كما سبق ، فإن فرض من يحتاج إلى الركوب في البلد ، فهو محتمل ، والوجوب ظاهر حينئذ . والله اعلم .

فرع

كتابة الصكوك هل هي فرض كفاية ، أم مستحب ؟ وجهان أصحهما الأول ، وبه قطع السرخسي ، فإن قلنا : مستحبة أو فرض ، ولم يتعين لها شخص ، فله طلب الأجرة . وإن تعين ، فكذلك على الأصح ، هذا إذا لم يرزق الكاتب من بيت المال لكتابة الصكوك ، فإن رزق لذلك ، فلا أجرة .

فصل

في آداب التحمل والأداء منقولاً من مختصر الصيمري ينبغي للشاهد أن لا يتحمل ، وبه ما ينعه من الضبط ، وتام الفهم ، كجوع وعطش ، وهم وغضب ، كما لا يقضي في هذه الأحوال وإذا أتاه من لا تجوز الشهادة عليه ، كصبي ومجنون ، لم يلتفت إليه ، وإن أمتي بكتاب أنشئ على خلاف الإجماع ، فكذلك ، وتبين فساد ، وإن أنشئ على مختلف [فيه] بين العلماء وهو لا يعتقده ، فهل يعرض عنه أم يشهد ليؤدي ويحكم الحاكم باجتهاده ؟ وجهان سبقا ، وإذا رأى

(١) في الأصل : يكن .

كلمة مكروهة أو معادة ، فلا بأس بالضرب عليها لاسيما إذا لم يسبقه
 بالشهادة أحد ، وإن أغفل الكاتب ما لا بد منه ، ألحق به ، وإن رأى
 سطرًا ناقصًا شغله بخط أو خطين ، وإذا قرأ الكتاب على المتبايعين
 [مثلاً] ، وقال : عرفتما ما فيه ؟ أشهد عليكما به ؟ فقالا : نعم أو أجل
 أو بلى ، كفى للتحمل ، ولا يكفي أن يقول المحمل : الأمر إليك أو إن
 شئت ، أو كما ترى ، أو أستخير الله تعالى ، وإذا سمع إقراراً بدين أو
 طلاق أو عتق ، فله أن يشهد به ، ولكن لا يقول ولا يكتب : أشهدني
 بذلك ، ويكتب الشاهد في الكتاب الذي تحمل فيه اسمه واسم أبيه
 وجده ، ويجوز أن يترك اسم الجد ، وأن يتخطى إلى جد أعلى لشهرته
 به ، ولا يكتب الكنية إلا أن يكون في الشهود من يشاركه في الاسم
 والنسب فيميز بالكنية ، وقد يستحب الاستعانة بما يفيد التذكر كما
 ذكرناه في الباب الثاني من أدب القضاء^(١) ، وإذا أشهده القاضي على
 شيء قد سجل به كتب الشهادة على إنفاذ^(٢) القاضي ما فيه ، أو حكم
 بما فيه ، ولا يكتب الشهادة على إقراره يعني إذا حضر الإنشاء والأولى
 في كتابة الدين المؤجل أن يقرر صاحب الدين أولاً بأن يقول : ما الذي
 لك على هذا ؟ فإذا قال : كذا مؤجلاً قرر المدين ، لأنه لو أقر المدين
 أولاً قد ينكر صاحب الأجل ، وفي السلم يقرر المسلم أولاً خوفاً من أن
 ينكره المسلم لو أقر أولاً ، ويطلبه بالمدفوع إليه . وإذا أتى القاضي
 شاهد^(٣) لأداء شهادة أقعده عن يمينه^(٤) ، وإن كانت شهادته مثبتة في
 كتاب أخذه وتأمله ، فإذا سأله المشهود له ، استأذن القاضي ، ليصني
 إليه ، ولو شهد قبل استئذان القاضي وسؤاله ، صحت على الصحيح ،

(١) في احدى نسخ الظاهرية : أدب القاضي .

(٢) في الأصل : نفاذ .

(٣) في الأصل : شاهد .

(٤) في الأصل : ليمين .

لكن لو شهد قبل استئذانه ، فقال القاضي : كنت ذاهلاً لم أسمع ،
لم يعتد بها • والله المستعان •

الباب الرابع في الشاهد مع اليمين :

يجوز القضاء بشاهد ويمين في الجملة ، فما ثبت برجل وامرأتين
ثبت بشاهد ويمين إلا عيوب النساء وما في معناها ، وما لا يثبت برجل
وامرأتين لا يثبت بشاهد ويمين ، ولا يقضى بشهادة امرأتين ويمين في
الأموال قطعاً ، ولا فيما يثبت بشهادة النسوة منفردات على الأصح •
ثم هل القضاء بالشاهد وحده ، واليمين مؤكدة أم بها وحدها ، وهو
مؤكد ، أم بهما ؟ أوجه ، أصحها الثالث ، فلو رجع الشاهد ، فإن قلنا
بالأول ، غرم ، أو بالثاني ، فلا ، أو بالثالث ، غرم النصف^(١) ، ثم يحلف
المدعي بعد شهادة الشاهد وتعديله ، وجوز ابن أبي هريرة تقديم اليمين
على شهادته ، كما يجوز تقديم المرأتين على الرجل ، والصحيح الأول ،
ويجب أن يتعرض الحالف في اليمين لصدق الشاهد ، فيقول : والله إن
شاهدي لصادق ، وإني مستحق لكذا ، قال الإمام : ولو أخر تصديق
الشاهد ، وقدم ذكر الاستحقاق ، جاز ، ولم أجد أحداً يضيق فيه •
ولو فسق الشاهد بعد القضاء ، لم ينقض الحكم ، وإن فسق قبله ، صار
كأن لا شاهد ، فيحلف المدعى عليه ، فإن نكل ، حلف المدعي ، ولم
يعتد بما مضى ، ولو لم يحلف المدعي مع شاهده ، وطلب يمين الخصم ،
فله ذلك ، فإن حلف ، سقطت الدعوى • قال ابن الصباغ : وليس له
أن يحلف بعد ذلك مع شاهده بخلاف مآلو أقام بعد يمين المدعى عليه
بينة ، فيسمع ، وإن نكل المدعى عليه ، فأراد المدعي يمين الرد مكن منها

(١) في الاصل : لزوم غرم النصف •

على الأظهر ، ويجري القولان فيما لو ادعى مالا ونكل المدعى عليه ، ولم يحلف المدعى يمين الرد ، ثم أقام شاهداً واحداً ، وأراد أن يحلف معه ، فإن قلنا : ليس له أن يحلف يمين الرد ، فالمنقول أنه يجبس المدعى عليه حتى يحلف ، أو يقر ، لأن يمينه حق المدعي ، فلا يتمكن من إسقاطها ، لكن التقصير منه حيث لم يحلف مع شاهده ، فينبغي أن لا يجبس المدعى عليه . وقد ذكر ابن الصباغ نحو هذا . ولو أن المدعي بعد امتناعه من الحلف مع شاهده واستحلافه الخصم أراد أن يعود ، فيحلف مع شاهده ، نقل المحامي أنه ليس له ذلك لأن اليمين صارت في جانب صاحبه إلا أن يعود في مجلس آخر ، ويستأنف الدعوى ، ويقم الشاهد ، فحينئذ يحلف معه .

فصل

جارية وولدها في يد رجل يسترهما ، فقال آخر : هذه مستولدتني والولد مني علقت به في ملكي ، فإن أقام بذلك شاهدين ثبت ما يدعيه ، وإن أقام رجلاً وامرأتين ، أو رجلاً وحلف معه ، ثبت الاستيلاء ، لأن حكم المستولدة حكم المال ، فيسلم إليه ، وإذا مات ، حكم بعقها بإقراره ، وهل يحكم له بالولد ؟ قولان ، أظهرهما : لا ، لأنه لا يدعي ملكه ، بل نسبه وحرته ، وهما لا يثبتان بهذه الحجة ، فيبقى الولد في يد صاحب اليد . وهل يثبت نسبه بإقرار المدعي ، فيه ما ذكرنا في الإقرار واللقيط في استلحاق عبد غيره ، والثاني : نعم تبعاً لها ، فينتزع من المدعى عليه ، فيكون حراً نسبياً بإقرار المدعي . ولو كان في يد رجل شخص ادعى أنه رقيقه ، فادعى آخر أنه كان له ، وأنه أعنته ، وأقام شاهداً وحلف ، أو رجلاً وامرأتين ، نص الشافعي أنه ينتزع منه ، ويحكم بأنه عتق على المدعي بإقراره ، فمن الأصحاب من قال : [في] قبول هذه البيئة والاتزاع قولان ، كالصورة السابقة ، لأنها شهادة

بملك متقدم ، والمذهب القطع بالعتق بالقبول والاتزاع ، كما نص عليه ، والفرق أن المدعي هنا يدعي ملكاً ، وحجته تصلح لإثباته ، والعتق يترتب عليه بإقراره • ولو قال المدعي في صورة الاستيلاء لصاحب اليد : استولدتها أنا في ملكك ، ثم اشتريتها مع الولد ، فعتق الولد علي ، وأقام عليه حجة ناقصة ، فالعتق الآن مرتب على الملك الذي قامت به الحجة الناقصة ، فيكون على الطرفين ، كذا ذكره القفال • هذا كلام الأصحاب في جميع طرقهم في الصورتين ، وانفرد الإمام والغزالي فحكيا^(١) عن الأصحاب والمزني والنص أشياء منكرة محولة عن وجهها ، وفي « المختصر » التصريح بخلافها ، وكذا كتب الأصحاب •

فصل

ادعى ورثة ميت ديناً أو عيناً لمورثهم ، فإنما يحكم على المدعى عليه إذا ثبت لهم ثلاثة أشياء : الموت والوراثة والمال ، والأول والثاني لادمخل فيهما للشاهد واليمين ، بل لا يشتان إلا بشاهدين أو إقرار المدعى عليه ، وأما المال ، فيدخله الشاهد واليمين ، فإن حضر جميع الورثة وهم كاملون ، وأقاموا شاهداً وحلفوا معه استحقوا ، والمأخوذ تركة يقضى منها ديون الميت ووصاياه ، وإن امتنع جميعهم وعلى الميت دين ، فهل للغريم أن يحلف ؟ ذكرنا في التفليس فيه قولين ، الجديد الأظهر المنع ، ويجريان فيما لو كان أوصى لرجل ، ولم يحلف الورثة ، هل يحلف الموصى له ؟ فإن كانت الوصية بعين وادعاه في يد أجنبي فينبغي أن لا يكون فيه خلاف ، ويقطع بالجواز ، فإن حلف بعض الورثة دون بعض ، أخذ الحالف نصيبه والنص أنه لا يشاركه فيه من لم يحلف ، ونص في كتاب الصلح أنهما لو ادعيا داراً إرثاً ، فصدق المدعى عليه

(١) في الأصل : محكياً •

أحدهما في نصيبه شاركه المكاتب ، فخرج بعضهم من الصلح هنا قولاً
أن ما أخذه الحالف يشاركه فيه من لم يحلف ، لأن الإرث ثبت على
الشيوع ، وقطع الجمهور بأن لا شركة هنا ، كما نص ، والفرق من
وجهين حكاهما الإمام ، أحدهما : أن صورة الصلح مصورة في عين ،
وأعيان التركة مشتركة بين الورثة ، والمصدق معترف بأنه من التركة ،
والصورة هنا في دين ، والدين إنما يتعين بالتعيين والقبض ، فالذي أخذه
الحالف يتعين لنصيبه بالقبض ، فلم يشاركه الآخر فيه ، فعلى هذا لو
كانت صورة الصلح في دين ، لم تثبت الشركة . ولو فرض شاهد ويمين
بعض الورثة في عين ، تثبت الشركة . والفرق الثاني وهو الذي ذكره
الجمهور أن الثبوت هنا بشاهد ويمين ، فلو أثبتنا الشركة لملكنا الناكل
يمين غيره وهناك ثبت بإقرار المدعى عليه ، ثم ترتب عليه إقرار المصدق
بأنه إرث ، فعلى هذا لافرق بين العين والدين ، ولا في صورة إقرار
المدعى عليه ، وأشار في « الوسيط » إلى تخريج خلاف في مسألة الصلح
بما نحن فيه ، ولا يعرف هذا لغيره ، وهل يقضى من نصيب الحالف
جميع الدين أم بالحصصة ؟ قال في « الشامل » يبنى على أن الغريم هل
يحلف ؟ إن قلنا : نعم لم يلزمه إلا قضاء حصته ، وإن قلنا : لا ، بني
على أن من يحلف من الورثة هل يشارك الحالف إن قلنا : نعم قضى
الجميع ، لأننا أعطيناه حكم التركة وإلا فبالحصصة . هذا حكم نصيب
الحالف ، أما من لم يحلف ، فإن كان حاضراً كامل الحال ، ونكل عن
اليمين ، ذكر الإمام أن حقه^(١) ييطل بالنكول ، ولو مات ، لم يكن
لوارثه أن يحلف . وفي كتاب ابن كج ما ينازع فيه . قال الإمام : ولو
أراد وارثه أن يقيم شاهداً آخر ليحلف معه ، لم يكن له أيضاً ، لكن
هل يضم هذا الشاهد إلى الشاهد الأول ، ليحكم بالبينة ؟ فيه احتمالان

(١) في الأصل : حصته .

جاريان فيما لو أقام مدع شاهداً في خصومة ، ثم مات ، فأقام وارثه شاهداً آخر ، فيجوز أن يقال : له البناء عليه ، ويجوز أن يقال : عليه تجديد الدعوى ، وإقامة البينة ، وأنه لو أقام الورثة شاهداً ، وحلف معه بعضهم ، ومات بعضهم قبل أن يحلف أو ينكل ، كان لوارثه أن يحلف ، لكن هل يحتاج إلى إعادة الدعوى والشاهد ؟ فيه التردد المذكور ، والأصح أنه لا يحتاج . وإن كان الذي لم يحلف صيباً أو مجنوناً أو غائباً ، نص الشافعي رحمه الله في المجنون أنه يوقف نصيبه . واختلفوا في معناه ، فقال أبو إسحاق وعامة الأصحاب : المراد أنا^(١) نستنع من الحكم في نصيبه ، ويتوقف حتى يفيق ، فيحلف أو ينكل ، ولا يؤخذ نصيبه وقيل : أراد أنه يؤخذ نصيبه ويوقف ، وهذا أحد قوليه أن الحيلولة هل تثبت بشاهد ؟ والصبي والغائب كالمجنون . وينبغي أن يكون الحاضر الذي لم يشرع في الخصومة ، أو لم يشعر بالحال ، كالمجنون في بقاء حقه بخلاف ما سبق في الناكل ، فإن قلنا بالصحيح وهو أنه لا يؤخذ نصيب المعذورين ، فإذا زال عذرهم حلفوا وأخذوا نصيبهم ، ولا حاجة إلى إعادة الشهادة بخلاف ما لو كانت الدعوى لا عن جهة الإرث ، بأن قال : أوصى لي ولأخي الغائب أو الصبي أبوك بكذا ، أو اشتريت مع أخي الغائب منك كذا ، وأقام شاهداً ، وحلف معه ، فإنه إذا قدم الغائب ، وبلغ الصبي يحتاجان إلى تجديد الدعوى وإعادة الشهادة^(٢) أو شاهد آخر ، ولا يؤخذ نصيبها قبل ذلك ، لأن الدعوى في الميراث عن شخص واحد وهو الميت ، وكذلك يقضى دينه من المأخوذ ، وفي غير الميراث الدعوى وألحق الأشخاص ،

(١) في الأصل : إنما .

(٢) في الأصل : الشاهد .

فليس لأخذ أن يدعي ويقيم البينة عن غيره بغير إذن أو ولاية . ثم
 ماذكرنا في الميراث أنه لا حاجة إلى إعادة الشهادة مفروض فيما إذا لم
 يتغير حال الشاهد ، فإن تغير ، فوجهان ، أحدهما وبه قال القفال :
 لا يقدح وللصبي والمجنون والغائب إذا زال عذرهم أن يحلفوا ، لأنه
 قد اتصل الحكم بشهادته ، فلا أثر للتغير ، والثاني ، وهو اختيار الشيخ
 أبي علي : لا يحلفون ، لأن الحكم اتصل بشهادته في حق الحالف فقط ،
 ولهذا لو رجع الشاهد لم يكن لهم أن يحلفوا ، ولو مات الغائب أو
 الصبي ، فلوارثه أن يحلف ويأخذ حصته ، فإن كان وارثه هو الحالف ،
 لم تحسب يمينه الأولى ، ولو ادعى شخص على ورثة رجل أن مورثكم
 أوصى لي ولأخي ، أو لأجنبي بكذا ، وأقام شاهداً ، وحلف معه ، وأخذ
 نصيبه ، لم يشاركه الآخر فيه بلا خلاف ، ثم ذكر الشيخ أبو الفرج أن
 من يحلف من الورثة على دين أو عين للمورث^(١) يحلف على الجميع
 لأعلى حصته فقط ، سواء حلف كلهم أو بعضهم ، وكذا الغريم والموصى
 له إذا قلنا : يحلفان ، وفي كلام غيره إشعار بخلافه ، وجميع ما ذكرناه
 فيما إذا أقام بعض الورثة شاهداً واحداً ، وحلف معه ، فأما إذا أقام
 بعضهم شاهدين ، فإنه يثبت المدعى كله ، فإذا حضر الغائب من الورثة ،
 أو بلغ صبيهم ، أو عقل مجنونهم ، أخذ نصيبه ، ولا حاجة إلى تجديد
 الدعوى وإقامة البينة ، وينتزع القاضي بعد تمام البينة نصيب الصبي
 والمجنون ، ديناً كان أو عيناً ، ثم يأمر بالتصرف فيه بالغبطة كيلا يضيع
 عين ماله ، وأما نصيب الغائب ، فإن كان عيناً انتزعها ، وكلام الأصحاب
 يقتضي أن هذا الانتزاع واجب وهو الظاهر ، لكن سبق في باب الوديعة
 أن الغاصب لو حمل المغصوب إلى القاضي والمالك غائب ، ففي وجوب
 قبوله وجهان ، فيجوز أن يعود ذلك الخلاف هنا مع قيام البينة ، وإن

(١) في الأصل : المورث .

كان المدعى ديناً ، ففي اتزاع نصيب الغائب وجهان جاريان فيمن أقر لغائب بدين ، وحمله إلى القاضي هل على القاضي أن يستوفيه ، والأصح في الصورتين عدم الوجوب ، وحكاه ابن كج في مسألتنا عن النص • واعلم أنه سبق في كتاب الشركة أن أحد الوارثين لا ينفرد بقبض شيء من التركة ، ولو قبض شاركه الآخر فيه ، وقالوا هنا : يأخذ الحاكم نصيبه ، كأنهم جعلوا غيبة الشريك عذراً في تمكين الحاضر من الانفراد ، ولو ادعى على رجل أن أباه أوصى له ولفلان بكذا ، وأقام شاهدين وفلان غائب أو صبي ، لم يؤخذ نصيب فلان بحال ، وإذا حضر وبلغ ، فعليه إعادة الدعوى والبينة لما ذكرنا أن الدعوى في الإرث لشخص واحد •

فرع

لو كان للوارث الغائب وكيل وقد أقام الحاضر البينة ، قال أبو عاصم : يقبض الوكيل نصيب الغائب دون القاضي ، فإن لم يكن ، قبض القاضي ، ويؤجر^(١) لثلاثتوت المنافع •

فصل

هل يثبت الوقف بشاهد ويمين ، إن قلنا : الملك فيه للواقف أو الموقوف عليه ، فنعم ، وإن قلنا : لله تعالى ، فوجهان ، أو قولان ، أحدهما : لا ، وبه قال المزني وأبو إسحاق كالعتق ، والثاني : نعم ، وبه قال ابن سريج وابن سلمة ، والعراقيون يميلون إلى ترجيح الأول ، وينسبونه إلى عامة الأصحاب ، لكن الثاني أقوى في المعنى وهو المنصوص ، وصححه الإمام والبعوي وغيرهما ، وجزم به الغزالي • ولو ادعى ورثة ميت على رجل أنه غصب هذه الدار ، وقالوا : كانت

(١) في الأصل : ويؤخر •

لأبينا وقفها علينا وعلى فلان ، تثبت دعوى الغصب بشاهد ويمين ،
ويثبت بهما أيضاً الوقف إن أثبتناه بشاهد ويمين، وإلا فيثبت بإقرارهم •
ولو مات عن بنين ، فادعى ثلاثة منهم أن أباهم وقف عليهم هذه الدار ،
وأنكر سائر الورثة ، فأقاموا شاهداً ليحلفوا معه تفريعاً على ثبوت
الوقف بشاهد ويمين ، فلدعواهم صورتان إحداهما : أن يدعوا وقف
ترتيب ، فيقولوا : وقف علينا وبعدها على أولادنا وعلى الفقراء ، فلهم
بعد إقامة البينة^(١) ثلاثة أحوال : أن يحلفوا جميعاً ، فيثبت الوقف ،
ولا حق لسائر الورثة في الدار ، فإذا انقضى المدعون ، أخذ البطن
الثاني الدار وقفاً ، وهل يأخذونه يمين أم بلا يمين ؟ وجهان ، ويقال
قولان ، الأصح عند الجمهور : بلا يمين وهو ظاهر نصه في « المختصر »
وإذا انتهى الاستحقاق إلى البطن الثالث والرابع عاد الخلاف ، فإن قلنا :
يأخذون يمين مكان الحق بعد البنين الثلاثة للفقراء ، نظر إن كانوا
محصورين ، كفقراء قرية ومحلة ، فكذلك الجواب ، وإن لم يكونوا
محصورين فهل يبطل الوقف وتعود الدار إرثاً ، أم يصرف إليهم بلا
يمين أم يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف بناء على تعذر مصرفه
كالوقف المنقطع ؟ فيه ثلاثة أوجه •

قلت : الأصح يأخذون بلا يمين وتسقط هنا لتعذرهما ولا يبطل
الوقف بعد صحته ووجود المصرف بخلاف المنقطع **وامتداعلم** •

ولو مات أحد الحالفين ، صرف نصيبه إلى الآخرين ، فإن مات
آخر ، صرف الجميع إلى الثالث ، لأن استحقاق البطن الثاني إنما هو
بعد انقراض الأولين ، ثم أخذ الآخرين يكون بلا يمين على المذهب ،
وقيل : وجهان كالבطن الثاني •

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : الشهادة •

الحال الثاني : أن يتركوا جميعاً عن اليمين مع الشاهد ، فالدار تركة يقضى منها الدين والوصية ، ويقسم الباقي بين الورثة ، ويكون حصة المدعين وفقاً بإقرارهم ، وحصة سائر الورثة طلقاً لهم ، فإذا مات المدعون ، لم يصرف نصيبهم إلى أولادهم على سبيل الوقف إلا يمين على الأصح ، وقيل : يصرف إليهم وفقاً بلا يمين ، ولو أراد الأولاد أن يخلفوا ويأخذوا جميع الدار وفقاً ، فلهم ذلك على الأظهر ، لأنهم أصحاب حق ، فإذا أبطل آباؤهم حقهم بالنكول ، فلهم أن لا يبطلوا حقهم ، ويجري القولان ، سواء قلنا : لو لم يخلفوا لا يكون شيء منها وفقاً ، أم قلنا : حصة الأولين تبقى وفقاً ، وإن لم يخلفوا ، وهل يجري القولان في حياة الأولين إذا نكلوا ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، لبطلان حقهم ، وتعذر الصرف إليهم بنكولهم ، كما لو ماتوا ، وأصحهما : لا ، لأن استحقاق البطن الثاني شرطه انقراض الأول .

الحال الثالث : أن يحلف بعضهم دون بعض ، فإذا حلف واحد ، ونكل اثنان ، أخذ الحالف الثلث وفقاً ، وأما الباقي ، فهو تركة تقضى منها الديون والوصايا ، فما فضل ، ففيه وجهان ، قال في « الشامل » : يقسم بين جميع الورثة ، فما خص البنين الثلاثة كان وفقاً على الناكلين ، لأن الحالف معترف لها بذلك ، والأصح وبه قطع المحاملي والبعوي وغيرهما أنه يقسم بين المنكرين من الورثة والذين نكلا دون الحالف ، لأنه مقر بانحصار حقه فيما أخذ ، ثم حصة الناكلين تكون وفقاً بإقرارهما ، فإذا مات الناكلان والحالف حي ، فنصيبهما للحالف على ما شرط الواقف بإقرارهما ، وفي اشتراط يمينه الوجهان ، فإذا مات الحالف ، فالاستحقاق للبطن الثاني ، وفي حلفهم الخلاف السابق ، وإن كان الحالف ميتاً عند موت الناكلين ، فأراد أولادهما أن يخلفوا ، فعلى القولين السابقين في أولاد الجميع إذا نكلوا ، الأظهر لهم الحلف ، وفي نصيب الحالف الميت

قبلهما ثلاثة أوجه ، أحدها : يصرف إلى الناكلين ، فعلى هذا في حلفهما الخلاف . فإن قلنا : يحلفان ، فنكلا سقط هذا الوجه ، والثاني : يصرف إلى البطن الثاني ، وهو الأصح عند الجمهور ، وهو ظاهر إشارته في « الأم » لأنهما أبطلا حقهما بنكولهما ، وصارا كالمعدومين . والثالث : أنه وقف تعذر مصرفه ، فعلى هذا هل يبطل أم يبقى ، وإذا بقي فهل يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف أم كيف حاله ؟ فيه خلاف سبق في الوقف بتفريعه ، والمذهب أنه يبقى وقفاً ، ويصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف ، فعلى هذا إذا زال التعذر بموت الناكلين ، صرف إلى البطن الثاني ، ويجيء في حلف أقرب الناس إذا قلنا : يصرف إليهم الخلاف .

فرع

إذا تصادقت الورثة على أن الدار وقف أيهم ، ثبت الوقف ، ولا حاجة إلى شاهد ويمين .

فرع

ادعوا على رجل داراً في يده أنه وقفها عليهم ، أو على ورثة أن مورثهم وقفها عليهم وأقاموا شاهداً نظر : أحلفوا^(١) مع شاهدهم ، أم نكلوا ، أم حلف بعضهم ، ونكل بعضهم ، وتجيء الأحوال الثلاثة كما سبق ، لكن حيث جعلنا كل المدعى أو بعضه تركة هناك ترك هنا في يد المدعى عليه .

الصورة الثانية : أن يدعوا وقف تشريك ، فيقول البنون الثلاثة في المثال المذكور : هو وقف علينا وعلى أولادنا وأولاد أولادنا ما تناسلنا ،

(١) في الأصل : نظر إن حلفوا .

فإذا انقرضنا ، فعلى الفقراء ، فأقاموا بذلك شاهداً ، وإن حلقوا معه أخذوا الدار وقفاً ، ثم إذا حدث لأحدهم ولد ، فمقتضى الوقف شركته ، فيوقف ربع الغلة إلى أن يبلغ ، فيصرف إليه إن حلف ، ولم يجعلوه على الخلاف في أن البطن الثاني هل يحتاجون إلى يمين إذا حلف البطن الأول ، بل ^(١) جزموا باحتياجه إلى اليمين بعد البلوغ إلا السرخسي ، فحكى فيه وجهاً . ثم إن الربع الموقوف هل يوقف في يد البنين الثلاثة ، أم ينتزع ، ويجعله في يد أمين ؟ وجهان أصحهما : الثاني ، فإن نكل بعد بلوغه صرف الموقوف إلى الثلاثة ، وجعل كأنه لم يولد ، هذا هو المنصوص ، وبه قال الجمهور ، وحكى وجه أو تخريج أن نصيب المولود وقف تعذر مصرفه ، فيجبيء الخلاف السابق ، لأن الثلاثة معترفون بأنه له ، فكيف يأخذونه بامتناعه باليمين ، ولو مات بعد البلوغ والنكول ، لم يستحقها . فأما رقبة الوقف وغلتها بعد موت الولد ، فمقتضى الشرط أن يستغرقها الثلاثة الحالفون ، وليس عليهم تجديد يمين على المذهب ، وكان المولود لم يكن . ولو مات أحد الحالفين في صغر الولد وقف من يوم موته للولد ثلث الغلة ، لأن المستحقين صاروا ثلاثة فإن بلغ وحلف ، أخذ الربع والثلث الموقوفين ، وإن نكل صرف الربع إلى الابنين الباقيين وورثة الميت ، وصرف الثلث إلى الباقيين خاصة ، ويعود فيه التخريج السابق . ولو بلغ الولد مجتوئاً أدمن الوقف طمعاً في إفاقته ، فإن ولد له قبل أن يفيق وقف له الخمس ، وللموئرد الخمس من يوم ولادة الولد ، فإن أفاق المجنون ، وبلغ ولده وحلقاً ، أخذ المجنون الربع من يوم ولادته إلى يوم ولادة ولده ، والخمس من يومئذ ، وأخذ ولده الخمس من يومئذ . ولو مات المجنون في جنونه

(١) في الأصل : ثم .

بعدما ولد وله ، فالقلة الموقوفة لورثته إذا حلفوا ، ويوقف لولده^(١) من يوم ثبوته ربع الغلة ، هذا كله إذا حلف المدعون الثلاثة أولاً . فإن نكلوا عن اليمين مع الشاهد ، فلمن حدث بعدهم أن يحلف بلا خلاف ، لأنه شريك الأولين بتلقي الوقف من الواقف لا محالة ، وإن حلف بعضهم دون بعض ، أخذ الحالف نصيبه ، وبقي الباقي على ما كان وبالله التوفيق .

الباب الخامس في الشهادة على الشهادة

هي مقبولة في غير العقوبات ، كالأموال والأنكحة والبيع ، وسائر العقود ، والفسوخ ، والطلاق ، والعتاق ، والرضاع ، والولادة ، وغيوب النساء سواء حق آدمي ، وحق الله تعالى ، كالزكاة ووقف المساجد ، والجهات العامة . وأما العقوبات ، فالمذهب القبول في القصاص ، وحد القذف ، والمنع في حدود الله تعالى . قال ابن القاص : والإحصان كالحد . ولو شهد اثنان على شهادة آخرين أن الحاكم حد فلاناً ، قبلت بلا خلاف ، ذكره ابن الصباغ ، لأنه حق آدمي فإنه إسقاط حد عنه ، ثم في الباب أربعة أطراف :

[الأول] في تحملها^(٢) وإنما يجوز التحمل إذا علم أن عند الأصل شهادة جازمة بحق ثابت ، ولمعرفته أسباب ، أحدها أن يسترعيه الأصل ، فيقول : أنا شاهد بكذا ، وأشهدتك على شهادتي ، أو يقول : أشهدك أو أشهد على شهادتي بكذا ، أو يقول : إذا استشهدت على شهادتي ، فقد أذنت لك في أن تشهد ، أما إذا سمع انساناً يقول : فلان على فلان كذا ، أو أشهد أن فلان على فلان كذا ، لا على صورة أداء الشهادة ، فلا يجوز أن يشهد على شهادته ، لأن الناس قد يتساهلون في إطلاق ذلك

(١) في الأصل : له ولده .

(٢) في الأصل : تحملها .

على عدة ونحوها ، وكذا لو قال : عندي شهادة بكذا فلو قال : عندي شهادة مجزومة أو شهادة أثبتها^(١) أولاً أتمارى فيها وما أشبه ذلك ، فوجهان ، أحدهما وأوفقهما لإطلاق الأكثرين : المنع أيضاً • ويشترط تعرض الأصل للفظ الشهادة . فلو قال : أعلم ، أو أخبر ، أو أستيقن ، لم يكف كما لو أتى الشاهد عند إقامة الشهادة بهذه الألفاظ ، فإن القاضي لا يحكم بها ، قال الإمام : وأبعد بعض الأصحاب ، فأقام اللفظ الذي لا تردد فيه مقام لفظ الشهادة ، ولا يشترط أن يقول في الاسترعاء : أشهدك على شهادتي ، وعن شهادتي ، لكنه أتم ، فقوله : أشهدك على شهادتي تحمیل ، وقوله : عن شهادتي إذن في الأداء كأنه قال : أدها عني ، وإلذنه أثر . ولهذا لو قال بعد التحمل : لا تؤد عني امتنع عليه الأداء ، وقيل : يشترط ذلك في الاسترعاء ، حكاه ابن الصباغ . وإذا حصل الاسترعاء ، لم يختص التحمل بمن استرعاه^(٢) .

السبب الثاني : أن يسمعه يشهد عند القاضي أن لفلان على فلان كذا ، فله أن يشهد على شهادته وإن لم يسترعه ، لأنه لا يتصدى لإقامة الشهادة عند القاضي إلا تحقق^(٣) الوجوب ، وللقاضي أيضاً أن يشهد على شهادته عند قاض آخر ، والشهادة عند المحكم كالشهادة عند القاضي سواء جوزنا التحكيم أم لا ، وقال الاصطخري : إنما تجوز إذا جوزناه ، والصحيح الأول ، لأنه لا يشهد عند المحكم إلا وهو جازم بثبوت المشهود به •

(١) في الأصل : أثبتها •

(٢) في الأصل : بما •

(٣) في الأصل : لحقق •

السبب الثالث : أن يبين سبب الوجوب ، فيقول : أشهد أن لفلان على فلان كذا من ثمن مبيع ، أو قرض ، أو أرش جناية ، فتجوز الشهادة على شهادته ، وإن لم يشهد عند القاضي ، ولم يؤخذ منه استرعاء ، لأن الإسناد إلى السبب يقطع احتمال الوعد والتساهل ، هذا ما يوجد لعامة الأصحاب ، ونقل الشيخ أبو حاتم القزويني وجهاً أن الإسناد إلى السبب لا يكفي للتحمل ، ووجهاً أن الشهادة عند القاضي لا تكفي أيضاً ، بل يشترط الاسترعاء ، والصحيح ما سبق •

فرع

إذا قال : علي لفلان ألف ، فوجهان ، قال أبو إسحاق : لا يجوز أن يشهد عليه بهذا القدر ، بل يشترط مع ذلك قرينة تشعر بالوجوب بأن يسنده إلى سبب ، فيقول : من ثمن مبيع ، أو يسترعيه ، فيقول : فاشهد علي به ، والثاني وهو الصحيح : أن^(١) مجرد الإقرار كاف للتحمل بخلاف الشهادة على الشهادة ، لأن الشهادة يعتبر فيها ما لا يعتبر في الإقرار ، ولهذا يقبل إقرار الفاسق والمغفل والمجهول دون شهادتهم •

فرع

الفرع عند أداء الشهادة يبين جهة التحمل ، فإن استرعاه الأصل ، قال : أشهد أن فلاناً شهد أن لفلان على فلان كذا ، وأشهدني على شهادته ، وإن لم يسترعه ، بين أنه^(٢) شهد عند القاضي أو أنه أسند^(٣) المشهود به إلى سبب ، قال الإمام : وذلك لأن الغالب على الناس

-
- (١) في الأصل : أنه .
 (٢) في الأصل : أن .
 (٣) في الأصل : أشهد .

الجهل بطريق التحمل ، فإن كان ممن يعلم ، ووثق به القاضي ، جاز أن يكتفى بقوله : أشهد على شهادة فلان بكذا ، ويستحب للقاضي أن يسأله بأي سبب ثبت هذا المال ، وهل أخبرك به الأصل ؟ هذا إذا لم يبين السبب •

الطرف الثاني في صفات شاهد الأصل ، وما يطرأ عليه • لا يصح تحمل الشهادة على شهادة فاسق ، أو كافر ، أو عبد ، أو صبي ، أو عدو ، لأنهم غير مقبولي الشهادة ، فلو تحمل والأصل بصفات الشهود ، ثم طرأ ما يمنع قبولها ، أو الوصول إليها ، نظر إن كان الطارئ موتاً أو غيبة أو مرضاً ، لم يؤثر ، وإن عرض فسق أو عداوة أو ردة ، لم تقبل شهادة الفرع مادامت هذه الأحوال بالأصل ، فإن زالت هل يشهد الفرع بالتحمل الأول ، أم يشترط تحمل جديد ؟ وجهان ، أصحهما : الثاني ، قاله ابن سريج ، وصححه الإمام • ولو حدث الفسق ، أو الردة بعد الشهادة ، وقبل القضاء امتنع القضاء ، ولو طرأ على الأصل جنون ، ففيل : تبطل شهادة الفرع كالفسق ، والصحيح الذي قاله الجمهور : لا أثر له ، كالموت ، لأنه لا يوقع رية فيما مضى ، ويجري الوجهان فيما لو عمي ، وأولى بأن لا يؤثر ، لأنه لا يبطل أهلية الشهادة بالكلية • ولو أغمي عليه ، قال الإمام : إن كان غائباً لم يؤثر ، وإن كان حاضراً ، لم يشهد الفرع ، بل ينتظر زواله ، لأنه قريب الزوال ، ومقتضى هذا أن يكون الجواز كذلك في [كل] مرض يتوقع زواله ، كتوقع زوال الإغماء •

قلت : ليس كما قال الرافعي رحمه الله ، بل الصواب أن المريض لا يلحق بالإغماء ، وإن توقع زواله قريباً ، لأن المريض أهل للشهادة بخلاف المغمى عليه • والله أعلم

ولا أثر لحدوث شيء من هذه المعاني بعد القضاء ، وكذا لو شهد الفرع في غيبة الأصل ، ثم حضر بعد القضاء ، لم يؤثر ، وإن حضر

قبله ، امتنع القضاء ، لحصول القدرة على الأصل ، وكذا لو كذب الأصل الفرع قبل القضاء ، امتنع القضاء ، والتكذيب بعده لا يؤثر .
ولو قضى القاضي بالفرع ، ثم قامت بينة بأن الأصل كذب الفرع قبل القضاء ، فالقضاء منقوض ذكره الإمام .

فرع

هذا الذي سبق حكم صفة الأصل : أما الفرع ، فلو تحمل الشهادة ، وهو عبد ، أو صبي ، أو فاسق ، أو أخرس ، صح تحمله ، كتحميل الأصل في هذه الأحوال ، ثم الأداء يكون بعد زوالها .

فرع

لا تقبل الشهادة على الشهادة إلا من الرجال ، ولا مدخل للنساء فيها وإن كانت الأصول أو بعضهم نساء ، وكانت الشهادة في ولادة أو رضاع أو مال ، لأن شهادة الفرع تثبت الأصل لا ما شهد به الأصل ، ونفس الشهادة ليست بمال . ويطلع عليها الرجال . وحكى ابن كج وجهاً في الولادة وهو شاذ .

الطرف الثالث : في عدد شهود الفرع ، فإن شهد اثنان على شهادة أصل ، وآخران على شهادة الثاني ، فقد تم النصاب ، ولو شهد فرع على أصل ، وفرع آخر على شهادة الأصل الثاني ، لم يصح قطعاً ، ولو شهد فرعان على شهادة الأصلين معاً ، ففي قبوله قولان ، أظهرهما : الجواز ، وهو الذي رجحه العراقيون ، والإمام ، والغزالي ، والرويانى ، وصاحب العدة ، وخالفهم البغوي ، والسرخسي ، فإن قلنا بالمنع ، فأقام شاهدين على شهادة الأصلين معاً ، فله أن يجسهما على أيهما ، ويحلف معه ، ولو شهد أربعة على شهادة الأصلين جاز على الصحيح ، وجميع ما ذكرنا فيما إذا شهد الفروع على شهادة رجلين ، فإن شهدوا على

شهادة رجل وامرأتين ، فعلى قول المنع في الاثنين يشترط ستة يشهد كل اثنين منهم على شهادة واحد ، وعلى الأظهر يكفي اثنان للجميع ، وعلى ما نقله ابن كج في قبول النساء على النساء في الولادة هل يكفي شهادة أربع على شهادة أربع ، أم يشترط ست عشرة ، ليشهد كل أربع على واحدة ؟ وجهان • ولو شهد على شهادة الفروع فروع ، وشرطنا أن يشهد فرعان على كل أصل ، وجب أن يشهد على شهادة كل فرع من الفروع الأربعة اثنان ، فيجتمع ثمانية ، ثم شهادتهم لا تثبت إلا بستة عشر ، وعلى هذا القياس • وإذا أجرينا الشهادة على الشهادة في حدود الله تعالى ، فهل تثبت الشهادة على شهود الزنى بأربعة ، أم يكفي اثنان؟ قولان كالقولين في الإقرار بالزنى ، فإن اكتفينا باثنين ، وجوزنا شهادة فرعين على شهادة الأصلين معاً ، كفى اثنان ، وإن شرطنا لكل أصل اثنين ، اشترط ثمانية ، وإن شرطنا في الشهادة على الشهادة في الزنى أربعة ، فإن جوزنا شهادة فرعين على الأصلين معاً ، كفى أربعة على الأصول الأربعة ، وإن شرطنا أن يشهد على شهادة كل أصل فرعان ، اشترطنا هنا ستة عشر كل أربعة على أصل •

الطرف الرابع : في أن شهادة الفروع متى تسمع • وإنما تسمع إذا تعذر الوصول إلى شهادة الأصل ، أو تعسر ، وقيل : تقبل شهادة الفرع مع حضور الأصل ، كالرواية والصحيح الأول ، لأن باب الرواية واسع . ولهذا تقبل من المرأة والعبد ، والشهادة على الشهادة جوزت للضرورة ، ولا ضرورة هنا • فمن وجوه التعذر الموت والعنى ، ومن التعسر المرض ، ولا يشترط أن لا يمكنه الحضور ، وإنما المعتبر أن يناله بالحضور مشقة ظاهرة ، ويلحق خوف الغريم وسائر ما تترك به الجبنة بالمرض ، هكذا أطلق الإمام والغزالي ، وليكن ذلك في الأعذار الخاصة دون ما يعم الأصل والفرع . كالمطر والوحل الشديد ، ولا يكلف

القاضي أن يحضر عند شاهد الأصل ، أو يبعث نائبه إليه لما فيه من الابتدال .

ومنها : الغيبة إلى مسافة القصر ، فإن كانت دون مسافة القصر ، فمنهم من أطلق وجهين ، منهم ابن القطان ، والأصح أنه إن كانت المسافة بحيث لو خرج الأصل بكرة لأداء الشهادة ، أمكنه الرجوع إلى أهله ليلاً ، لم تسع شهادة الفرع ، وتسمى هذه مسافة العدوى ، وإن كانت بحيث لا يمكنه الرجوع فهو موضع الوجهين وأصحهما تسمع .

فصل

يجب على الفروع تسمية الأصول وتعريفهم ، لأنه لا بد من معرفة عدالتهم ، ولا تعرف عدالتهم ما لم يعرفوا . ولو وصفوهم بالعدالة ولم يسموهم بأن قالوا : نشهد على شهادة عدلين أو عدول ، لم يكف ، لأن القاضي قد يعرف جرحهم لو سموهم ، ولأنه ينسد باب الجرح على الخصم ، ولا يشترط في شهادة الفرع تزكية شهود الأصل ، بل لهم إطلاق الشهادة ، ثم القاضي يبحث عن عدالتهم ، وحكى البغوي وجهاً في اشتراطها ، والصحيح الأول ، وحكى وجه أنه يشترط أن يقول الفروع : أشهدنا على شهادته ، وكان عدلاً إلى اليوم أو إلى أن مات تفرعاً على ما سبق أنه لو فسق الأصل ، ثم تاب ، لم يكن للفرع أن يشهد على شهادته إلا بإشهاد جديد ، والصحيح عدم الاشتراط . فإن قلنا بالصحيح انه لا يشترط في شهادة الفرع تزكية الأصل ، فلو زكواهم وهم بصفات المزكين ، فالمذهب — وبه قطع الجمهور — أنه تقبل تزكيتهم ، وثبت عدالتهم ، والمعروف فيما لو شهد اثنان في واقعة ، وزكى أحدهما الآخر أنه لا تثبت عدالة الثاني ، فمنهم من جعلها على وجهين بالتخريج ، والمذهب الفرق أن تزكية الفروع الأصول من تسة شهادتهم ، ولذلك

نشرط بعضهم التعرض لها ، فقبلت وهناك قام الشاهد المزكى بأحد شطري الشهادة، فلا يصح قيامه بالثاني، ولا يشترط أن يتعرض الفروع في شهادتهم ، لصدق الأصول ، لأنهم لا يعرفونه بخلاف ما إذا حلف المدعي مع شاهده حيث يتعرض لصدقه ، لأنه يعرفه ، وبالله التوفيق .

الباب السادس في الرجوع عن الشهادة

رجوع الشهود عن الشهادة إما أن يقع قبل القضاء بشهادتهم ، وإما بعده . الحالة الأولى قبله ، فيستنع من القضاء ثم إن اعترفوا بتعمد الكذب ، فهم فسقة يستترون ، وإن قالوا : غلطنا ، لم يفسقوا ، لكن لا تقبل تلك الشهادة إن أعادوها ، وإن كانوا شهدوا بالزنى فرجعوا ، واعترفوا بالتعمد ، فسقوا وحدوا حد القذف ، وإن قالوا : غلطنا ، ففي حد القذف وجهان ، أحدهما : المنع ، لأنهم معذورون ، وأصحهما يجب لما فيه من التغيير ، وكان حقهم أن يثبتوا ، فعلى هذا ترد شهادتهم ، وإن قلنا : لا ، فلا ترد ، وإن قال الشهود للقاضي بعد الشهادة : توقف في القضاء ، وجب التوقف ، فإن قالوا بعد ذلك : اقض ، فنحن على شهادتنا ، ففي جواز القضاء بشهادتهم وجهان ، أحدهما : الجواز ، فعلى هذا هل تجب إعادة الشهادة ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، لأنهم جزموا بها ، والشك الطارئ زال .

الحالة الثانية : إذا رجعوا بعد القضاء ، فرجوعهم إما قبل الاستيفاء ، وإما بعده ، فإن كان قبله ، نظر إن كانت الشهادة في مال استوفي على الصحيح المنصوص ، وإن كانت في قصاص ، أو حد القذف ، لم يستوف على المذهب ، لأنها عقوبة تسقط بالشبهة ، والرجوع شبهة بخلاف المال ، فإنه لا يتأثر بالشبهة ، ووجه الجواز أن حقوق الآدميين مبنية على الضيق ، وإن كانت في حدود الله تعالى لم تستوف ،

وقيل : كإلقصاص . وإن كانت في شيء من العقود أمضي على الأصح ،
وقيل : النكاح كحد القذف ، وحيث قلنا بالاستيفاء بعد الرجوع ،
فاستوفى ، فالحكم كما لو رجعوا بعد الاستيفاء ، أما إذا رجعوا بعد
الاستيفاء ، فلا ينقض الحكم . ثم قد تكون الشهادة فيما يتعذر تداركه
ورده ، وقد تكون فيما لا يتعذر ، فهما ضربان الأول المتعذر وهونوعان ،
أحدهما : العقوبات ، فإذا شهدوا بالقتل ، فاقترض من المشهود عليه ،
ثم رجعوا ، وقالوا : تعمدنا قتله ، فعليهم القصاص ، أو الدية المغلظة
موزعة على عدد رؤوسهم ، كما سبق في الجنايات ، وكذا الحكم لو
شهدوا بالردة فقتل ، أو بزنى المحصن فرجم ، أو على بكر ، فجلد ومات
منه ، أو بسرقة أو قطع فقطع ، أو بقذف أو شرب فجلد ومات منه ،
ثم رجعوا . ويحدون في شهادة الزنى وحد القذف أولاً ، ثم يقتلون ،
وهل يرجمون أو يقتلون بالسيف ؟ فيه احتمالان ، ذكرهما أبو الحسن
العبادي ، والصحيح الأول . ثم هنا صور إحداها : لو رجع القاضي
دون الشهود ، وقال : تعمدت ، لزمه القصاص ، أو الدية المغلظة وبكمالها ،
ولو رجع القاضي والشهود جميعاً ، لزمهم القصاص ، وإن قالوا :
أخطأنا ، أو عفا على مال ، فالدية منصفة ، عليهما نصفها ، وعليه نصفها^(١) ،
هكذا نقله البغوي وغيره ، وقياسه أن لا تجب كمال الدية عند رجوعه
وحده ، كما لو رجع بعض الشهود ، ولو رجع ولي الدم وحده ، لزمه
القصاص ، أو كمال الدية ، ولو رجع مع الشهود ، فوجهان أصحهما
عند الإمام أن القصاص أو كمال الدية على الولي ، لأنه المباشر ، وهم
معه كالمسك مع القاتل ، وأصحهما عند البغوي أنهم معه ، كالشريك
لتعاونهم على القتل ، لا كالمسك ، لأنه جعلهم كالحقنين ، فعلى هذا

(١) في الأصل : فالدية منصفة عليه نصفها .

على الجميع القصاص أو الدية ، نصفها على الولي ، ونصفها على الشهود ، ولو رجع القاضي معهم ، فالدية مثلثة ، ثلثها على القاضي ، وثلث على الولي ، وثلث على الشهود ، وينبغي على هذا الوجه أن لا يجب كمال الدية على الولي إذا رجع وحده .

قلت : لم يرجع الرافعي واحداً من الوجهين ، بل حكى اختلاف الإمام والبعوي في الصحيح ، والأصح ما صححه الإمام وقد سبق في أول كتاب الجنايات من هذا الكتاب القطع به ، فهو الأصح نقلاً ودليلاً .
والله أعلم

الثانية : هل يتعلق بالمزكي الراجع قصاص وضمان ؟ فيه أوجه ، أحدها : لا ، لأنه لم يتعرض للشهود عليه ، وإنما أثنى على الشاهد ، والحكم يقع بالشاهد ، فكان كالمسك مع القاتل . وأصحها : نعم ، لأنه بالتركية ألجأ القاضي إلى الحكم المقتضي إلى القتل ، والثالث يتعلق به الضمان^(١) دون القصاص ، قال القفال : الخلاف فيما إذا قال المزكيان : علمنا كذب الشاهدين ، فإن قالوا : علمنا فسقمهما . فلا شيء عليهما ، لأنهما قد يكونان صادقين مع الفسق ، وطرده الإمام الخلاف في الحالين .

الثالثة : ما ذكرنا من وجوب القصاص على الشهود الراجعين هو فيما إذا قالوا : تعمدنا ، فلو قالوا : أخطأنا : وكان الجاني أو الزاني غيره ، فلا قصاص ، وتجب الدية مخففة . وتكون في مالهم ، لأن إقرارهم لا يلزم العاقلة ، فإن صدقهم العاقلة . فهي على العاقلة . قال الإمام : وقد يرى القاضي والحالة هذه تعزيز الشهود لتركهم التحفظ ، ولو قال أحد شاهدي القتل : تعمدت ولا أدري أتعمد صاحبي أم لا ، واقتصر على قوله : تعمدت ، وقال صاحبه : أخطأت ، فلا قصاص على

(١) في الأصل : يتعلق بالضمان .

واحد منهما ، لأن شريك المخطيء لاقصاص عليه ، وقسط المخطيء من الدية يكون^(١) مخففاً ، وقسط المتعمد يكون مغلظاً . ولو قال كل واحد : تعمدت ، وأخطأ صاحبي ، فوجهان ، أحدهما : يجب القصاص لاعترافهما بالعمدية^(٢) ، وأصحهما : المنع ، ولا خلاف أن الدية تجب عليهما مغلظة . ولو قال أحدهما : تعمدت وأخطأ صاحبي ، أو قال : ولا أدري أتعمد صاحبي أم أخطأ ، وصاحبه غائب أو ميت ، فلا قصاص ، ولو قال : تعمدت وتعمد صاحبي ، وصاحبه غائب أو ميت ، لزمه القصاص . ولو قال : تعمدت ولا أعلم حال صاحبي ، وقال صاحبه مثله ، أو اقتصر على قوله : تعمدت ، لزمهما القصاص ، ذكره البغوي وغيره . ولو قال أحدهما : تعمدت أنا وصاحبي ، وقال الآخر : أخطأت أو أخطأنا معاً ، فلا قصاص على الثاني ، ويلزم الأول على الأصح . ولو قال أحدهما : تعمدت وتعند صاحبي ، وقال صاحبه : تعمدت وأخطأ هو ، وجب القصاص على الأول ، ولا يجب على الثاني على الصحيح ، لأنه لم يعترف إلا بشركة مخطيء . ولو رجع أحد الشاهدين ، وأصر الآخر ، وقال الراجع : تعمدت ، لزمه القصاص ، وإن اقتصر على قوله : تعمدت ، فلا .

الرابعة : ما ذكرنا من وجوب القصاص على الشهود الراجعين فيما إذا قالوا : تعمدنا ، وعلمنا أنه يقتل بشهادتنا ، فإن قالوا : تعمدنا ، ولم نعلم أنه يقتل ، فإن كانوا ممن لا يخفى عليه ذلك ، وجب القصاص ، ولا اعتبار بقولهم ، كمن رمى سهماً إلى رجل ، واعترف بأنه قصده ، ولكن قال : لم أعلم أنه يبلغه ، وإن كانوا ممن يجوز خفاؤه عليهم ،

(١) في الاصل : فيكون .

(٢) في الاصل : العمد به .

لقرب عهدهم بالإسلام ، فالذي قاله الأصحاب : إنه شبه عمد لا يوجب قصاصاً ، ومال الإمام إلى وجوبه ، وحكى الروياني وجهاً شاذاً مأخوذاً ، مما لو ضرب المريض ضرباً يقتل المريض دون الصحيح ، ولم يعلم مرضه ، وأما الدية ، فتجب في مال الشهود مؤجلة في ثلاث سنين إلا أن تصدقهم العاقلة ، فيجب عليها ، وقال القفال : حالة لتعمدهم ، والصحيح الأول ، وبه قطع الجمهور .

فرع

قال ابن القطان : لو رجع الشهود ، وقالوا : أخطأنا ، وادعوا أن العاقلة تعرف أنهم أخطؤوا ، وأن عليهم الدية ، فأنكرت العاقلة العلم ، فليس للشهود تحليفهم ، وإنما يطالب العاقلة إذا قامت البينة ، قال ابن كج : ويحتمل أن لهم تحليفهم ، لأنهم لو أقروا الغرموا .

النوع الثاني : غير العقوبات ، فمنه الأبضاع فإذا شهدوا بطلاق بائن أو رضاع محرم ، أو لعان أو فسخ بعب ، أو غيرها من جهات الفراق ، وقضى القاضي بشهادتهما ، ثم رجعا لم يرتفع الفراق ، لكن يغرمان . سواء كان قبل الدخول أو بعده ، فإن كان بعد الدخول ، غرما مهر المثل على المشهور ، وفي قول : المسمى ، وإن كان قبله ، فهل يغرمان مهر المثل أم نصفه ؟ فيه نضان ، ونص فيما لو أفسدت امرأة نكاحه برضاع أنها تغرم نصف مهر المثل ، وللاصحاب طرق ، المذهب وجوب النصف في الرضاع ، وجميع مهر المثل في الرجوع عن الشهادة ، وفي قول نصفه ، وفي قول نصف المسمى ، وفي قول جميعه ، وقيل : يجب جميع مهر المثل قطعاً ، وقيل : نصفه قطعاً ، وقيل : إن كان الزوج سلم إليها الصداق ، غرم الشهود جميع مهر المثل ، لأنه لا يتمكن من استرداد شيء ، وإلا فنصفه . ولو تزوجها مفوضة ، وشهدا بالطلاق قبل الدخول والفرس . وقضى القاضي بالطلاق والمتعة ، ثم رجعا فالخلاف في أنهما

يغرمان مهر المثل أو نصفه ، كما في غير التفويض ، وفي قول قديم يغرمان المتعة التي غرمها الزوج ، ولو شهدا بطلاق رجعي ، ثم رجعا . فلا غرم إذا لم يفوتا^(١) شيئاً ، فإن لم يراجع حتى انقضت العدة ، التحق بالباءن ، ووجب الغرم على الصحيح ، وقيل : لا لتقصيره بترك الرجعة ، وأطلق ابن كج في وجوب الغرم بالرجوع عن شهادة الطلاق الرجعي وجهين ، فإن أوجبنا الغرم في الحال ، فغرموا ، ثم راجعها الزوج ، فهل عليه رد ما أخذ ، فيه احتمالان ، ذكرهما أبو الحسن العبادي .

قلت : الصواب الجزم بالرد . والله أعلم

ولو شهدا^(٢) بطلاق ، وقضى به ، ثم رجعا ، وقامت بينة أنه كان بينه وبين الزوجة رضاع محرم ، أو شهدا بأنه طلقها اليوم ، ورجعا ، ثم قامت بينة أنه كان طلقها ثلاثاً أمس ، فلا شيء عليهما ، إذ لم يفوتا ، فإن غرما قبل البينة استردا ، ولو شهدا أنها زوجة فلان بألف ، وحكم بشهادتهما القاضي ، ثم رجعا ، قال البغوي : لا غرم ، وقال ابن الصباغ : إن كان بعد الدخول غرما ما نقص عن مهر المثل إن كان الألف دونه ، قال : وعلى هذا لو كان قبل الدخول ، ثم دخل بها ينبغي أن يغرما ما نقص ، وهذا هو الذي أطلقه ابن كج . ولو شهدا^(٢) أنه طلقها بألف ، ومهرها ألفان ، فقال ابن الحداد ، والبغوي : عليهما ألف وقد وصل إليه من المرأة ألف ، وقال ابن كج : عليهما مهر المثل بعد الدخول ، ونصفه قبله ، كما لو لم يذكر عوضاً ، وأما الألف ، فهو محفوظ عنده للمرأة ، لأنها لاتدعيه ، وإن لم يكن قبضه ، فهو في يدها .

(١) في الأصل : يوفيا .

(٢) في الأصل : شهد .

فرع

ومن هذا النوع العتق ، فإذا شهدا بعتق عبد ، وقضى به القاضي ، ثم رجعا ، غرما قيمة العبد ، ولم يرد العتق ، سواء كان المشهود بعتقه قناً أو مدبراً ، أو مكاتباً ، أو أم ولد ، أو معلقاً عتقه بصفة ، ولو شهدا بتدبير عبد ، أو استيلاد جارية ، ثم رجعا بعد القضاء ، لم يغرموا في الحال ، لأن الملك لم يزل ، فإذا مات ، غرما بالرجوع السابق ، وهكذا لو شهدا بتعليق عتق أو طلاق بصفة ، ثم رجعا وفيهما وجه ، لأنها لم يشهدا بما يزيل الملك ، ولو شهدا بكتابته ، ثم رجعا ، وأدى النجوم ، وعتق ظاهراً ، فقيم يغرمان ؟ وجهان ، أحدهما : كل القيمة ، والثاني : ما بين قيسته والنجوم . ولو شهدا أنه أعتقه على مال هو دون القيمة ، فالمنقول أنه كما لو شهدا أنه طلقها بألف ، ومهرها ألفان .

فرع

ومنه أنه^(١) إذا شهدا أنه وقف على مسجد أو جهة عامة ، ثم رجعا بعد القضاء ، غرما قيسته ، ولا يرد الوقف ، وكذا لو شهدا أنه جعل هذه الشاة أضحية .

الضرب الثاني : مالا يتعذر تداركه وهو الأموال أعيانها وديونها ، فإذا شهدوا لرجل بمال ، ثم رجعوا بعد دفع المال إليه ، لم ينقض الحكم ، ولم يرد المال إلى المدعى عليه ، هذا هو الصحيح ، وبه قطع الجمهور ، وحكى في « العدة » وجهاً أنه ينقض ، ويرد المال وهو شاذ ، وهل يغرمون ؟ قولان أظهرهما عند العراقيين والإمام وغيرهم : نعم ، وقيل : لا يغرمون قطعاً ، وقيل : يغرمون الدين دون العين ، والمذهب الغرم مطلقاً .

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : ومنه ما إذا شهدا .

فصل

شهدوا على أحد الشريكين في عبد أنه أعتق حصته وهو موسر ،
فقضى القاضي بعثقه والسراية ، ثم رجعوا ، لزمهم قيمة نصف المشهود
[عليه] وفي قيمة نصيب الشريك الخلاف في غرم المال شهود قتل الخطأ
إذا رجعوا بعد غرم العاقلة هل يغرمون ؟ فيه الخلاف . ولو حكم القاضي
بشهادة شهود الفرع ، ثم رجعوا غرموا ، ولو رجع شهود الأصل ،
وقالوا : كذبنا ، غرموا أيضاً ، ولو رجع الأصول والفروع ، فالغرم على
شهود الفرع ، لأنهم ينكرون إشهاد^(١) الأصول ، ويقولون : كذبنا
فيما قلنا ، والحكم وقع بشهادتهم . وحيث وجب على الراجع عقوبة
من قصاص أو حد قذف ، دخل التعزير فيها ، وإذا لم تجب عقوبة ،
واعترف بالتعمد ، عزر .

فصل

الرجوع المغرم إما أن يوجد والمحكوم بشهادتهم على الحد
المعتبر في الباب ، وإما أكثر عدداً^(٢) ، فإن كانوا على الحد بأن حكم في
العق أو القتل بشهادة رجلين ، ثم رجعا ، لزمهما الغرم بالسوية ، وإن
رجع أحدهما ، لزمه النصف ، وكذا لو رجم في الزنى بشهادة أربعة ،
فرجعوا جميعاً ، فعليهم الدية أرباعاً ، وإن رجع بعضهم ، فعليه حصته
منها ، وإن زادوا على الحد المعتبر بأن شهد بالقتل أو الحد ثلاثة أو بالزنى
خمسة ، فإن رجع الجميع ، فالغرم عليهم بالسوية ، وإن رجع البعض ،
نظر ، فإن ثبت على الشهادة الحد المعتبر بأن رجع من الثلاثة في القتل

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : شهادة .

(٢) في الأصل : أكثر عدد .

(٣) في الأصل : واحداً .

واحد ، أو من الخمسة في الزنى واحد^(١) فلا غرم على الراجع على الأصح ،
وبه قال ابن سريج ، والاصطخري ، وابن الحداد ، والثاني : يغرم بحصته
من العدد ، قاله المزني وأبو إسحاق . ولا يجب القصاص والحالة هذه
بلا خلاف ، كذا قاله البغوي ، وفي « الفروق » للشيخ أبي محمد عن
القفال أنه يلزمه القصاص إن اعترف بالتعمد ، أما إذا لم يثبت من العدد
المعتبر إلا بعضهم بأن رجع من الثلاثة أو الخمسة اثنان ، فعلى الوجهين
السابقين ، فإن قلنا : لا غرم هناك وزع الغرم هنا على العدد المعتبر ،
وحصة من نقص من العدد المعتبر توزع على من رجع بالسوية ، ففي
سور الثلاثة يكون نصف الغرم على الراجعين ، وإن قلنا : يغرم هناك
وزع هنا على جميع الشهود ، فعلى الاثنين الراجعين من الثلاثة ثلثا
الغرم ، هذا كله إذا كان جميع الشهود ذكوراً أو إناثاً بأن كان رضاعاً
أو نحوه . فإن كانوا ذكوراً وإناثاً نظر إن لم يزيدوا على العدد المعتبر ،
كرجل وامرأتين في رضاع أو مال ، فإذا رجعوا ، فعلى الرجل نصف
الغرم ، وعلى كل امرأة ربعه ، وإن زادوا على العدد ، فالشهود به
قسمان : أحدهما ما يثبت بالنسوة منفردات ، كالرضاع ، فإذا شهد به
أربع نسوة ورجل ، ورجعوا ، فعليه ثلث الغرم ، وعليهن ثلثاه ، وإن
رجع وحده ، فلا شيء عليه على الأصح ، لبقاء الحجة ، وكذا لو رجع
امرأتان ، وعلى الثاني عليه أو عليهما ثلث الغرم . ولو شهد رجل وعشر
نسوة ، ثم رجعوا ، فعليه سدس الغرم ، وعلى كل واحدة نصف سدسه ،
وإن رجع وحده أو مع ست ، فما دونهن ، فلا غرم على الأصح لبقاء
الحجة ، وعلى الثاني يجب على من رجع حصته ، وإن رجع مع سبع ،
فعلى الأصح عليهم ربع الغرم ، لبطلان ربع البينة ، وإن رجع مع ثمان ،
فنصفه ومع تسع ثلاثة أرباعه ، ويكون على الذكر ضعف ما على المرأة ،
وعلى الثاني عليهم قدر حصتهم لو رجعوا جميعاً ، ولو رجع النسوة
وحدهن ، فعليه نصف الغرم على الأصح ، وخمسة أسداسه في الثاني .

(١) في الأصل : واحداً .

القسم الثاني : مالا يثبت بالنسوة منفردات ، كالمال إذا أوجبنا الغرم فيه بالرجوع ، فشهد رجل وأربع نسوة ورجعوا ، فهل على الرجل نصف الغرم أم ثلثه ؟ وجهان أصحهما الأول ، فإن قلنا به ، فرجع النسوة ، فعليهن نصف الغرم ، ولو رجعت امرأتان ، فلا شيء عليهما على الأصح لبقاء الحجة ، وعلى قول المزني وأبي إسحاق ، عليهما ربع الغرم . ولو شهد رجل وعشر نسوة ، ورجعوا ، فعليه نصف الغرم ، وعليهن نصفه على الأصح ، وعلى الثاني عليه سدسه ، وعليهن الباقي ، ولو رجع وحده ، فعليه النصف على الأصح ، وعلى الآخر إنما عليه السدس ، ولو رجعن دونه ، فعليهن النصف في الأصح ، وفي الآخر خمسة أسداس ، وإذا علقنا نصف الغرم برجوع الرجل ، فرجع معه ثمان نسوة ، فعليه النصف ، ولا شيء عليهن بناء على أنه لا يثبت بشهادتهن إلا نصف الغرم^(١) ، وقد بقي من النساء من يتم به ذلك ، وعلى قول المزني ، وأبي إسحاق عليهن أربعة أخماس النصف ، ولو رجع مع تسع نسوة ، لزمه النصف ، وعليهن الربع ، لبقاء ربع الحجة ، وعلى قول المزني عليه نصف ، وعليهن تسعة أعشار النصف الآخر ، وإن رجع ثمان نسوة لا غير ، فلا شيء عليهن ، وعلى قوله عليهن أربعة أخماس النصف .

فرع

هل يتعلق الغرم بشهود الإحصان مع شهود الزنى ، وبشهود الصفة مع شهود تعليق الطلاق والعتق ؟ وجهان ، وقيل : قولان ، أصحهما : لا ، وقيل : إن شهدوا بالإحصان بعد شهادة الزنى عرموا ، وإلا فلا ، فإن غرمناهم ، فقالوا : تعمدنا ، لزمهم القصاص ، كشهود

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : نصف الحق .

الزنى . وفي كيفية توزيع الغرم عليهم وعلى شهود الزنى وجهان ،
أصحهما : اعتبار النصايين ، فعلى شهود الإحصان ثلث الغرم ، والآخرين
ثلثاه ، والثاني يوزع نصفين اعتباراً بالجنسين ، كالقاضي مع الشهود ،
وإذا غرمتنا شهود الصفة، غرموا^(١) النصف قطعاً ، فإذا شهد أربعة بالزنى،
واثنان بالإحصان ، ورجعوا كلهم بعد الرجم ، فإن قلنا بالأصح : إن شهود
الإحصان لا يغرمون ، فالضمان على شهود الزنى ، وإلا فعلى الجميع
أثلاثاً على الأصح ، ومناصفة على الآخر ، وإن رجع واحد من شهود
الزنى ، وواحد من شاهدي الإحصان ، فإن لم نغرم شهود الإحصان ،
فعلى الرابع من شهود الزنى ربع الغرم ، وإن غرمتناهم ، فإن نصفنا ، فعليه
ثمن الغرم ، وعلى الآخر ربع ، وإن ثلثنا ، فعلى كل واحد منهما سدسه ،
وإن رجع واحد من أحد الصنفين لاغير ، ففيما عليه هذا الخلاف . ولو
شهد أربعة بالزنى والإحصان جميعاً ، ثم رجع أحدهم ، فإن لم نغرم
شهود الإحصان ، فعليه ربع الغرم ، وإن غرمتناهم ، فقد بقي هنا من
تقوم به حجة الإحصان ، فإن غرمتنا الرابع مع ثبات من تقوم به الحجة ،
لزمه الربع أيضاً ، كما لو رجعوا كلهم ، وإن لم نغرمه ، فلا ضمان عليه،
بسبب الإحصان ، وأما بسبب الزنى ، فإن نصفنا ، فعليه ثمن الغرم ، وإن
ثلثنا ، فسدسه ، وإن رجع ثلاثة وبقي واحد ، فقد بطل ثلاثة أرباع حجة
الزنى ، ونصف حجة الإحصان ، فإن لم نغرم شهود الإحصان ، لزمهم
ثلاثة أرباع الغرم ، وإن غرمتناهم ، فعلى كل واحد إن نصفنا للرجوع
عن الزنى ثمن الغرم ، وعن الإحصان نصف سدسه بتوزيع نصف غرم
الإحصان عليهم ، وإن ثلثنا ، فعلى كل واحد للرجوع عن شهادة الزنى
سدس الغرم توزيعاً للثلثين على الأربعة ، وعن الإحصان ثلث سدسه
توزيعاً لنصف غرم الإحصان على الراجعين ، ولو شهد أربعة بالزنى ،

(١) في الأصل : وغرموا .

واثنان منهم بالإحصان ، ثم رجعوا بعد الرجم ، فإن لم نغرم شهود الإحصان في المسائل السابقة ، فكذا هنا ، وإن غرمناهم ، فهل يغرم شاهد الأصل هنا زيادة ؟ وجهان ، فإن قلنا : نعم عاد الخلاف ، فإن نصفنا فعلى اللذين شهدا بالإحصان ثلاثة أرباع الغرم : النصف بشهادة الإحصان ، والرابع بالزنى ، وعلى الآخرين الربع ، وإن ثلثنا ، فعلى شاهدي الإحصان ثلثان ، وعلى الآخرين ثلث ، وإن رجع واحد منهم ، فإن لم نغرم شهود الإحصان ، فعليه ربع الغرم ، وإن غرمناهم ، فإن كان الراجع من شاهدي الإحصان ، فإن نصفنا ، لزمه ثمن الغرم ، وإن ثلثنا ، فالسدس . ولو شهد ثمانية بالزنى والإحصان ، ثم رجع أحدهم فلا غرم على الأصح لبقاء الحجتين ، وكذا لو رجع ثان وثالث ورابع ، فإن رجع خامس ، فقد بطلت حجة الزنى ، ولم تبطل حجة الإحصان ، فإن لم نغرم شهود الإحصان ، فعلى الخمسة ربع الغرم لبطان ربع الحجة ، وإن غرمناهم ، فلا غرم هنا لشهادة الإحصان على الأصح ، لبقاء حجته ، ويغرم الراجعون ربع غرم الزنى وهو السدس إن ثلثنا ، والثلث إن نصفنا ، وإن رجع ستة^(١) ، لزمه نصف غرم الزنى ، وهو الثلث إن ثلثناه ، والرابع إن نصفناه ، وإن رجع سبعة ، بطلت الحجتان ، ولا يخفى قياسه .

شهد أربعة على رجل بأربعمائة ، ثم رجع أحدهم عن مائة وآخر عن مائتين ، وثالث عن ثلاثمائة ، والرابع عن الجميع ، فالينة باقية بتمامها في مائتين ، فالأصح أنه لا يجب غرمها ، ويجب عن الأربعة غرم المائة بالرجوع عنها باتفاقهم ، وعلى الثاني والثالث والرابع ثلاثة أرباع المائة التي اختصوا بالرجوع عنها ، والوجه الثاني على كل واحد حصته

(١) في الأصل : منه .

فيما رجع عنه ، فعلى الأول ربع المائة ، وعلى الثاني خمسون ، وعلى الثالث خمسة وسبعون ، وعلى الرابع مائة .

فصل

إذا حكم القاضي بشهادة اثنين ، ثم بان كونهما كافرين ، أو عبيدين ، أو صبيين ، فقد سبق أنه ينقض حكمه ، وكذا لو بانا فاسقين على الأظهر ، قال الإمام : ومعنى نقضه أنا تبين الأمر^(١) على خلاف ماظنه وحكم به ، فإن كان المشهود به طلاقاً أو عتقاً أو عقداً فقد بان أنه لا طلاق ولا عتق ولا عقد ، فإن كانت المرأة ماتت ، فقد ماتت وهي زوجته ، وإن مات العبد مات وهو رقيق له ، ويجب ضمانه ، وإن كان المشهود به قتلاً أو قطعاً أو حداً استوفي وتعذر التدارك ، فضمانه على عاقلة القاضي على الأظهر ، وفي بيت المال على قول كما سبق في ضمان الولاية . وإنما تعلق الضمان بالقاضي ، لتفريطه بترك البحث التام على حال الشهود ، ولا ضمان على المشهود له ، لأنه يقول : استوفيت حقي ، ولا على الشهود ، لأنهم ثابتون على شهادتهم زاعمون صدقهم بخلاف الراجعين . وإذا غرمت العاقلة ، أو بيت المال ، فهل يثبت الرجوع على الشهود ؟ فيه خلاف وتفصيل سبق في باب ضمان الولاية ، والذي قطع به العراقيون أنه لا ضمان عليهم ، قالوا : وكذا لا ضمان على المزكين ، لأن الحكم غير مبني على شهادتهم ، وقال القاضي أبو حامد : يرجع الغارم على المزكين ، ويستقر عليهم الضمان بخلاف الشهود ، لأنه ثبت عند القاضي أن الأمر على خلاف قول المزكين ، ولم يثبت أنه خلاف قول الشهود^(٢) وإلى هذا مال القاضيان أبو الطيب والرويانى ، ومفهوم ماذكروه أنه يجوز تغريم المزكين أولاً ، ثم لارجوع

(١) في الاصل : الآخر .

(٢) في الاصل : المشهود .

لهم على القاضي ، وأشار الإمام إلى مثل ذلك في الشهود إذا قلنا بالرجوع عليهم . ولا فرق فيما ذكرناه من تعليق الضمان بالقاضي بين أن يكون الحكم في حد الله تعالى أو قصاص ، وسواء في القصاص استوفاه المدعي أو القاضي بنفسه ، أو فوض استيفاءه بإذن المدعي إلى شخص . وسبق في إذن القاضي عن الاصطخري أن المدعي إن استوفاه بنفسه ، فالضمان عليه ، وأنه إنما يعلق الضمان بالقاضي إذا باشر الاستيفاء أو فوضه إلى غيره بإذن المدعي ، وإن كان المحكوم به مالاً ، فإن كان باقياً عند المحكوم له انتزع ، وإن كان تالفاً ، أخذ منه ضمانه ، وقيل : إن تلف بأفة مساوية ، فلا ضمان ، والصحيح الأول ، وفرقوا بينه وبين الإلتلاف حيث قلنا : لا غرم عليه فيه بأن الإلتلاف إنما يضمن إذا وقع على وجه التعدي ، وحكم القاضي أخرجه عن التعدي ، وأما المال ، فإذا حصل في يد إنسان بغير حق كان مضموناً ، وإن لم يوجد منه تعد . فإن كان المحكوم له معسراً أو غائباً ، فللمحكوم عليه مطالبة القاضي ليغرم له من بيت المال في قول ومن خالص ماله في قول ، لأنه ليس بدل نفس تتعلق بالعاقلة ، ثم القاضي يرجع على المحكوم له إذا ظفر به موسراً ، وهل له الرجوع على الشهود ؟ جعله الإمام على الخلاف والتفصيل المشار إليهما في الإلتلافات ، ويجيء أن يقال على قياس ما سبق : إن المحكوم عليه يتخير في تغريم القاضي ، وتغريم المحكوم له وبالله التوفيق .

كتاب الدعوى والبيّنات

فيه سبعة أبواب ، لأن الدعوى تدور على خمسة أشياء : الدعوى وجوابها ، واليسين ، والبيّنة والنكول ، فهذه خمسة . والسادس في مسائل تتعلق بهذه الأصول ، والسابع في دعوى النسب ، وإلحاق القائف .

الأول في الدعوى ، وفيه مسائل :

إحداها في أن المستحق متى يحتاج إلى المرافعة والدعوى . كالحق إذا كان عقوبة كالقصاص ، وحد القذف ، اشترط رفعه إلى القاضي . لعظم خطره ، وإن كان مالا ، فهو عين ، أو دين ، فإن كان عيناً . فإن قدر على استردادها من غير تحريك فتنة ، أشغل به ، وإلا فلا بد من الرفع . وأما الدين ، فإن كان من عليه مقراً غير ممتنع من الأداء طالبه ليؤدي ، وليس له أن يأخذ شيئاً من ماله ، لأن الخيار في تعيين المال المدفوع إلى من عليه ، فإن خالف . وأخذ شيئاً من ماله ، لزمه رده . فإن تلف عنده ، وجب ضمانه ، فإن اتفقا ، جاء خلاف التقاص . وإن لم يكن كذلك ، فإما أن يمكن تحصيل منه بالقاضي ، وإما أن لا يمكن . فإن لم يمكن بأن كان منكراً ، ولا بينة لصاحب الحق ، فله أن يأخذ جنس حقه من ماله إن ظفر به ، ولا يأخذ غير الجنس مع ظفره بالجنس . وفي « التهذيب » وجه أنه يجوز وهو ضعيف . فإن لم يجد إلا غير الجنس ، جاز الأخذ على المذهب ، وبه قطع الجهور ، وقيل : قولان ، وإن أمكن تحصيل الحق بالقاضي بأن كان مقراً مساطلاً ، أو منكراً عليه وله بينة ، أو كان يرجو إقراره لو

حضر عند القاضي ، وعرض عليه اليمين ، فهل يستقل بالأخذ أم يجب
الرفع إلى القاضي ؟ وجهان : أحدهما جواز الاستقلال ، قاله أبو
إسحاق ، وابن أبي هريرة . وصححه القاضي أبو الطيب ، والرويانى ،
للحديث الصحيح في قصة هند^(١) ، ولأن في المرافعة مشقة ومؤنة ،
وتضييع زمان . ومتى جاز للمستحق الأخذ ، فلم يصل إلى المال إلا
بكسر الباب ، ونقب الجدار ، جاز له ذلك ، ولا يضمن ما فوته ، كمن
لم يقدر على دفع الصائل إلا بإتلاف ماله ، فأثله لا يضمن ، وقيل :
يضمن وهو شاذ ، ثم إن كان المأخوذ من جنس الحق ، فله تملكه .
وإن كان من غير جنسه ، لم يكن له التملك ، وقيل : يتملك قدر
حقه ، ويستقل بالمعاوضة للضرورة ، كما يستقل بالتعيين عند أخذه
الجنس ، والصحيح الأول ، ثم هل يرفعه إلى القاضي لبيعه ، أم يستقل
بيعه ؟ وجهان ، ويقال : قولان ، أحدهما عند الجمهور الاستقلال ،
هذا إن كان القاضي جاهلاً بالحال ، ولا بينة للأخذ ، فإن كان القاضي
عالمًا ، فالذهب أنه لا يبيعه إلا بإذنه ، فإن أوجبنا الرفع إلى القاضي ،
فهل للقاضي أن يأذن له في بيعه ، أو يفوضه إلى غيره ؟ وجهان ،
أحدهما : الأول ، وفي طريقة عند الرفع وجهان ، أحدهما : يبيعه
القاضي بعد إقامة البينة على استحقاق المال ، وهذا يطل فائدة تجويز
البيع عند العجز عن البينة . والثاني : يواطىء رجلاً يقر له بالحق ،

(١) وهو ما روته عائشة قالت : دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي
سفيان على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقالت : يا رسول الله إن
أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا
ما أخذت من ماله بغير علمه ، فهل علي في ذلك من جناح ، فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم « خذي من ماله المعروف ما يكفيك ويكفي بنيك »
أخرجه البخاري ، ومسلم .

ويستنع من الأداء ، ويقر له الأخذ بالمال حتى يبيعه القاضي . وهذا إرشاد إلى الكذب من الطرفين ، ويضعف وجوب الرفع . ثم عند البيع إن كان الحق من جنس نقد البلد . بيع المأخوذ به ، وإن لم يكن بأن ظفر بثوب والدين حنطة ، بيع الثوب بنقد البلد ، ثم يشتري به حنطة . وحكى الإمام عن محققي الأصحاب أنه يجوز أن يشتري غير الحنطة بالثوب ، ولا يوسط النقد بينهما ، وهل يكون المأخوذ مضموماً على الآخذ حتى لو تلف قبل البيع ، أو التملك يتلف من ضمانه أم لا ؟ وجهان ، أصحهما : نعم وهو الذي ذكره الصيقلاني والإمام ، والغزالي . لأنه أخذه لغرضه ، كالمستام بل أولى ، لأن المالك لم يسلطه ، فعلى هذا ينبغي أن^(١) نبادر إلى البيع بحسب الإمكان ، فإن قصر ، فنقصت قيمته ، ضمن النقصان ، ولو انخفضت القيمة ، وارتفعت ، وتلف ، فهي مضبونة عليه بالأكثر ، ولو اتفق رد العين ، لم يضمن نقص القيمة كالعاصب ، ولو باعه ، وتملك ثمنه ، ثم قضى المستحق دينه ، ففيما علق عن الإمام أنه يجب أن يرد إليه قيمة المأخوذ ، كما إذا ظفر المالك بغير جنس المغصوب من مال العاصب ، فأخذه ، وباعه ، ثم رد العاصب المغصوب ، فإن على المالك أن يرد قيمة ما أخذه وباعه ، وينبغي أن لا يرد شيئاً ، ولا يعطي شيئاً .

فرع

ليس له الانتفاع بالعين المأخوذة ، فإن انتفع ، لزمه أجره المثل .

فرع

لا يأخذ أكثر من حقه إذا أمكنه الاقتصار عليه ، فإن زاد ، فالزيادة مضبونة عليه ، فإن لم يمكنه بأن لم يظف الا بمتاع يزيد قيمته على

(١) في الأصل : إنا .

قدر حقه : فإن قلنا : لو كان المأخوذ قدر حقه لا يكون مضسونا : فكذا الزيادة ، وإن قلنا : يكون مضسونا لم يضمن الزيادة على الأصح ، ثم إذا كان المأخوذ أكثر من حقه ، فإن كان مما يتجزأ باع منه قدر حقه ، وسعى في رد الباقي إليه بهبة ونحوها ، وإن كان لا يتجزأ ، فإن قدر على بيع البعض بها هو حقه ، باعه وسعى في رد الباقي إليه ، وإن لم يقدر باع الجميع ، وأخذ من ثمنه قدر حقه ، وحفظ الباقي إلى أن يرده .

فرع

حقه دراهم صحاح ، فظفر بمكسرة ، فله أخذها ، وتملكها بحقه ، ولو استحق مكسرة ، فظفر بصحاح ، فالمذهب جواز الأخذ ، لاتحاد الجنس ، وقيل : فيه الخلاف في اختلاف الجنس ، لاختلاف الغرض ، وإذا أخذها ، فليس له تملكها ، ولا يشتري بها مكسرة لامتناع ، لما فيه من الربا ، ولا متساوياً ، لأنه يجحف بالمأخوذ منه ، لكن يبيع صحاح الدراهم بدنانير ، ويشتري بها دراهم مكسرة ويتملكها .

فرع

شخصان ثبت لكل واحد منهما على صاحبه مثل ماله عليه ، ففي حصول التقاض أقوال مشهورة في كتاب الكتابة ، فإن قلنا : لا يحصل التقاض ، فجحد أحدهما الآخر ، فهل للآخر جحده ، ليحصل التقاض للضرورة ؟ وجهان ، أصحهما : نعم .

فرع

كما يجوز الأخذ من مال الغريم الجاحد ، أو المماطل يجوز الأخذ من مال غريم الغريم ، بأن يكون لزيد على عمرو دين ، ولعمرو على

بكر مثله . يجوز لزيد أن يأخذ مال بكر بماله على عمرو . ولا يسع من ذلك رد عمرو . وإقرار بكر ولا جحود بكر استحقاق زيد على عمرو .

فرع

جحد دينه . وله عليه صك بدين آخر قد قبضه . وشهود الصك لا يعلمون القبض . قال القاضي أبو سعد : له أن يدعي ذلك . ويقيم البينة . ويقبضه بدينه الآخر . وفي فتاوى القفال أنه ليس له ذلك .

قلت : الصحيح قول أبي سعد ولو حدثت من المأخوذ زيادة قبل تملكه حيث جوز أو قبل بيعه . فهي على ملك المأخوذ منه والله أعلم

المسألة الثانية في حد المدعي والمدعى عليه ، ويحتاج إلى معرفته . لأن البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه . لقوة جانبه . وفيه قولان مستنبطان من اختلاف قول الشافعي رحمة الله عليه في مسألة إسلام الزوجين التي سنذكرها الآن إن شاء الله تعالى . أظهرهما عند الجمهور أن المدعي من يدعي أمراً خفياً يخالف الظاهر ، والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر ، والثاني : المدعي من لو سكت خلي ولم يطالب بشيء ، والمدعى عليه من لا يخلى ولا يكفيه السكوت ، فإذا ادعى زيد ديناً في ذمة عمرو ، أو عيناً في يده ، فأنكر . فزيد هو الذي لو سكت ترك ، وهو الذي يذكر خلاف الظاهر ، لأن الظاهر براءة ذمة عمرو ، وفراغ يده من حق غيره ، وعمرو هو الذي لا يترك ، ويوافق قوله الظاهر ، فزيد مدع بمقتضى القولين وعمرو مدعى عليه ، ولا يختلف موجبهما غالباً ، وقد يختلف كما إذا أسلم زوجان قبل الدخول ، فقال الزوج : أسلمنا معاً ، فالنكاح باق ، وقالت : بل على التعاقب ولا نكاح ، فإن قلنا : المدعي من لو سكت ترك ، فالمرأة مدعية وهو مدعى عليه ،

لأنه لا يترك لو سكت ، لأنها تزعم انفساخ النكاح ، فيحلف ، ويستمر النكاح ، وإن قلنا بالأظهر ، فالزوج مدع ، لأن ما يزعمه خلاف الظاهر ، وهي مدعى عليها ، فتحلف ، ويرتفع النكاح . ولو قال الزوج : أسلت قبلي . فلي النكاح ولا مهر ، وقالت : بل أسلنا معاً ، وهما بحالهما ، فقوله في الفراق يلزمه ، وأما المهر ، فالقول قوله على الأظهر ، وعلى الثاني قولها ، لأنها لا تترك بالسكوت ، لأن الزوج يزعم سقوط المهر ، فإذا سكتت ولا بينة ، جعلت ناكلة ، وحلف وسقط المهر . قال الأصحاب : والأمناء الذين يصدقون في الرد يسيئهم مدعون ، لأنهم يزعمون الرد الذي هو خلاف الظاهر ، لكن اكتفي منهم باليسين ، لأنهم أثبتوا أيديهم ، لغرض المالك . وقد اتسنتهم ، فلا يحسن تكليفهم بنية الرد ، وأما على القول الثاني . فهم مدعى عليهم ، لأن المالك هو الذي لو سكت ترك . قال الروياني وغيره : وقد يكون الشخص مدعياً ومدعى عليه في المنازعة الواحدة . كما في صورة التحالف . هذا كلام الأصحاب وبالله التوفيق .

فصل

في حد الدعوى الصحيحة ، وشرطها أن تكون معلومة ملزمة . الأول العلم بالمدعى به ، فإن كان نقداً ، اشترط ذكر جنسه ونوعه وقدره ، قال بن الصباغ : وإن اختلف الصحاح والمكسرة بين أنها صحاح أو مكسرة . ومطلق الدينار ينصرف إلى الدينار الشرعي . ولا حاجة إلى بيان وزنه . وإن كان غير نقد . نظر إن كان عيناً وهي مما تضبط بالصفة ، كالحبوب والحيوان والثياب ، وصفها بصفات السلم . ولا يشترط ذكر القيمة في الأصح ، وإن كانت تالفة ، كفى الضبط بالصفات إن كانت مثلية ، ولا يشترط ذكر القيمة ، وإن كانت متقومة ، اشترط ذكر القيمة ، لأنها الواجب عند التلف . وإن ادعى سيفاً محلياً . اشترط ذكر قيمته ، ويقومه بالذهب إن كان محلياً بالفضة ، وبالفضة

إن كان محلياً بالذهب ، فإن كان محلياً بهما ، قومه بأحدهما للضرورة ، وفي الدراهم والدنانير المغشوشة يدعي مائة درهم من نقد كذا قيمتها كذا ديناراً ، أو ديناراً من نقد كذا قيمته كذا درهماً ، هكذا ذكره الشيخ أبو حامد وغيره ، وكأنه جواب على أن المغشوش متقوم ، فإن جعلناه مثلياً ، فينبغي أن لا يشترط التعرض للقيمة ، وفي العقار يتعرض للناحية والبلدة ، والمحلة والسكة ، وتبين الحدود ، ويستثنى من اشتراط العلم صوراً ، إحداها : إنما يعتبر إذا طلب معيئاً ، فأما من حضر ليعين ، ويفرض له القاضي ، كالمفوضة تطلب الفرض على قولنا : لا يجب المهر بالعقد^(١) ، والواهب يطلب الثواب ، فلا يتصور الإعلام .

الثانية : قال : أدعي أن مورثك أوصى لي بثوب ، أو بشيء تسمع الدعوى ، لأن الوصية تحتل الجهالة ، فكذا دعواها ، وألحق ملحقون دعوى الإقرار بالمجهول بدعوى الوصية ، ومنهم من ينازع كلامه فيه ، ويصح دعوى الإبراء عن المجهول إن صححنا الإبراء عن المجهول .

الثالثة : ادعى أن له طريقاً في ملك غيره ، وادعى حق إجراء الماء ، قال القاضي أبو سعيد : الأصح أنه لا يحتاج إلى إعلام قدر الطريق والمجرى ، ويكفي لصحة الدعوى تحديد الأرض التي يدعي فيها الطريق والمجرى ، وكذا لا تصح الشهادة المرتبة عليها ، وقال أبو علي الثقفي : يشترط إعلام قدر الطريق والمجرى ، قال : وكذا لو باع بيتاً من دار ، وسمى له طريقاً ، ولم يبين قدره لا يصح ، قال القاضي : وعندي أنه لا يشترط هذا الإعلام في الدعوى ، لكن يؤخذ على الشهود إعلام الطريق والمسيل بالذرعان ، لأن الشهادة أعلى شأنًا ، فإنها تستقل بقوة

(١) في الاصل : بالعاقد .

إيجاب الحكم بخلاف الدعوى ، ولو أحضر المدعي ورقة ، وحرر فيها دعواه ، وقال : أدعي ما فيها ، وأدعي ثوباً بالصفات المكتوبة فيها ، ففي الاكتفاء به لصحة الدعوى وجهان •

الشرط الثاني : كونها ملزمة ، فلو قال : وهب لي كذا أو باع ، لم تسمع دعواه حتى يقول : ويلزمه التسليم إلي ، لأنه قد يهب ويبيع ، وينقضها قبل القبض هكذا نقله الروياني^(١) والغزالي وغيرهما ، ويقرب منه ما ذكره القاضي أبو سعد أنه يقول في دعوى الدين : لي في ذمته كذا ، وهو ممتنع من الأداء الواجب عليه ، قال : وإنما يتعرض لوجوب الأداء ، لأن الدين المؤجل لا يجب أدائه في الحال ، وكان هذا إذا قصد بالدعوى تحصيل المدعى ، ويجوز أن يكون المقصود بالدعوى دفع المنازعة ، ولا يشترط التعرض لوجوب التسليم • قال ابن الصباغ : لو قال هذه الدار لي وهو يمنعها ، صحت الدعوى ، ولا يشترط أن يقول : هي في يده ، لأنه يجوز أن ينازعه ، وإن لم تكن في يده ، وإذا ادعى ولم يقل للقاضي : مره بالخروج عن حقي ، أو سله جواب دعواي ، فهل يطالبه القاضي ؟ وجهان ، قال ابن الصباغ : الأصح نعم ، للعلم بأنه الغرض من الحضور ، وإنشاء الدعوى ، قال القاضي أبو سعد : الأصح لا ، لأنه حقه ، فلا يستوفى إلا باقتراحه كاليمين •

قلت : الأول أقوى • والله أعلم

فعلى هذا الثاني طلب الجواب شرط آخر في صحة الدعوى ، وسواء شرطنا هذا الاقتراح ، أم لم نشرطه ، فاقترحه ، فيمكن أن

(١) وعلى هامش الأصل : الفوراني ، وهو كذلك في إحدى نسخ الظاهرية .

يقال : يغني ذلك عن قوله : ويلزمه التسليم إلي ، وأن من شرطه بناء على أنه لا يشترط الاقتراح المذكور .

فرع

لا يشترط لصحة الدعوى أن يعرف بينهما مخالطة أو معاملة ، ولا فرق فيه بين طبقات الناس ، فتصح دعوى دنيء على شريف ، وقال الاصطخري : إن شهدت قرائن الحال بكذب المدعي ، لم يلتفت إلى دعواه ، مثل أن يدعي الدنيء استتجار الأمير ، أو الفقيه ، لعلف الدواب ، أو كسب بيته ، ومثله دعوى المعروف بالتعنت ، وجر ذوي الأقدار إلى القضاة ، وتحليفهم ليفقدوا منه بشيء .

فرع

ادعى عليه مالا ، وقام ، وأقام شاهدين ، شهدا على إقراره بشيء ، أو قالوا : نعلم أن له عليه مالا ، ولا نعلم قدره ، ففي سماع شهادتهما هكذا وجهان ، حكاهما البغوي وغيره ، أحدهما : نعم ، ويرجع في التفسير إلى المشهود عليه ، كما لو أقر بمبهم ، وأصحهما : لا ، ويجريان فيما لو شهدا بغصب عبد ، أو ثوب ، ولم يصفاه .

فرع

عن فتاوى القفال : ادعى دراهم مجهولة لا يسمع القاضي دعواه ، ويقول له : بين الأقل الذي تتحققه ، وإن ادعى ثوباً ولم يصفه أيضاً^(١) ، لم يصنع إليه ، بل لو قال : هو كرباس^(٢) ، ولم يصف ، أمره أن يأخذ

(١) وعلى هامش الأصل : أصلاً ، وهي كذلك في إحدى نسخ الظاهرية .

(٢) الكرباس ، بكسر الكاف : الثوب الخشن فارسي معرب والجمع كرايس ، وينسب إليه بئعه ، فيقال : كرايسي وعرف بهذه النسبة جماعة ، منهم أبو علي الحسين بن علي الكرايسي البغدادي صاحب الشافعي وأشهرهم بانتياب مجلسه ، وأحفظهم لمذهبه توفي (٢٤٨) هـ .

بالأقل ، وهذا فيه إرشاد وتلقين ، ثم الأخذ بالأقل في قدر الدراهم مستقيم ، لكن الأخذ بالأقل من صفة ثوب عينه لاوجه له •

المسألة الثالثة : إذا قامت بينة على المدعى عليه ، فطلب من القاضي تحليف المدعي على استحقاق ما ادعاه ، لم يجبه ، لأنه تكليف حجة بعد قيام حجة ، ولأنه كطعن في الشهود ، وإن ادعى إبراء أو قضاء في الدين ، أو بيعاً ، أو هبة وإقباضاً في العين ، نظر إن ادعى حدوث شيء من ذلك بعد قيام البينة ، حلف المدعي على نفي ما يقوله إن مضى زمان إمكانه ، وإلا فلا يلتفت إلى قوله ، وإن ادعى أنه جرى قبل شهادة الشهود ، فإن لم يحكم القاضي بعد ، حلف المدعي على نفيه ، وإن حكم ، لم يحلفه على الأصح ، ولو قال المدعى عليه : الشهود فسقة ، أو كذبة ، والمدعي يعلم ذلك ، فهل له تحليفه على أنه لايعلم ؟ وجهان ، وطردا في كل صورة ادعى ما لو أقر به الخصم لنفقه^(١) ولكن لم يكن المدعى عين حق له ، بأن قال المدعى عليه : إنك أقررت لي بكذا ، أو قال وقد توجهت عليه الدعوى : إن المدعي حلفني مرة ، وأراد تحليفه ، أو قذفه ، فطلب الحد ، فادعى زنى المقدوف ، وأراد تحليفه ، ويشبه أن يكون الأصح أن له التحليف ، ويؤيده ما سبق من قول الأصحاب : إن دعوى الإقرار بالمجهول صحيحة ، وإن جواب الأكثرين في مسألة القذف التحليف • وإن كان المقدوف ميتاً ، وأراد القاذف تحليف الوارث أنه لايعلم زنى مورثه ، حلف ، وهذه الصورة محكية عن النص ، لكن ذكر البغوي أن الأصح أنه لا يحلفه إذا ادعى فسق الشهود ، أو كذبهم ، وأما تحليف القاضي والشهود ، فلا يجوز قطعاً ، لارتفاع منصبيهما •

المسألة الرابعة : قامت بينة على المدعى عليه ، وادعى أن المدعي

(١) في الاصل : لنفقه •

باعه العين المدعاة ، أو باعها لبائعه ، أو ادعى أنه أبرأه من الدين المدعى ، فأنكر ، فلا يخفى أن القول قول المدعي ، وأن المدعى عليه مدع فيما ذكره يحتاج إلى بينة ، فإن استمهل ليأتي بها أمهل ثلاثة أيام على الصحيح ، وقيل : يوم فقط . ولو ادعى الإبراء ولم يأت ببينة ، وقال : حلفوه أنه لم يرئني ، حلفناه ، ولا يكلف توفية الدين أولاً ، وعن القاضي وجه أنه يستوفى منه الدين أولاً ، ثم إن شاء حلفه ، لأنها دعوى جديدة ، والصحيح الأول ، وليس كما لو قال لوكيل المدعي : أبرأني موكلك حيث يستوفى الحق منه ، ولا يؤخر إلى حضور الموكل وحلفه ، لعظم الضرر في التأخير وهنا الحلف متيسر في الحال . ولو قال : إنه أبرأني من هذه الدعوى ، فهل يحلف المدعي أنه لم يرئنه ؟ وجهان اختار القفال ، والغزالي المنع ، وادعى الروياني أن المذهب التحليف ، لأنه لو أقر أنه لا دعوى له عليه ، برىء .

فرع

مدعي الدفع إن قال : قضيت أو أبرأني^(١) فذاك ، وإن أطلق ، وقال : لي بينة دافعة واستفسر ، لأنه قد يتوهم ما ليس بدافع دافعاً إلا أن يعرف معرفته ، وإن عين جهة ، ولم يأت ببينة عليها ، وادعى عند انقضاء مدة المهلة بلا جهة أخرى ، واستمهل ، فينبغي أن لا يجاب ، وإن ادعى في المدة جهة أخرى وجب أن تسمع .

الخامسة : الدعوى أنواع ، منها دعوى الدم ، ويشترط تفصيلها كما سبق في القسامة ، وأما دعوى النكاح والبيع ، وسائر العقود ، فقال الشافعي رحمه الله : لو ادعى أنه نكح امرأة ، لم يقبل منه حتى

(١) في الأصل : وابراني .

يقول : نكحتها بولي وشاهدي عدل ، فمن الأصحاب من اكتفى في دعوى النكاح بالإطلاق ، ولم يشترط التعرض لهذا التفصيل ، كما يكتفى في دعوى استحقاق المال بالإطلاق ، وحملوا النص على الاستحباب والتأكيد ، وقال أبو علي الطبري : إن ادعى ابتداء النكاح ، وجب التفصيل ، وإن ادعى دوامه ، فلا ، لأن الشروط لا تعتبر في الدوام ، وأخذ عامة الأصحاب بظاهر النص ، وأوجبوا التفصيل والتعرض للشروط ابتداء ودواماً ، لأن الفروج يحتاط لها ، كالدماء ، والوطء المستوفى لا يتدارك ، كالدّم . وأما الجواب عن المال ، فإن كان المدعى نفس المال ، فإنما اكتفى بالإطلاق ، لأن أسبابه لا تنحصر ، فيشق ضبطها ، وإن كان عقداً على مال ، كبيع وإجارة وهبة ، فثلاثة أوجه أحدها قاله ابن سريج : يشترط التفصيل ، وذكر الشروط كالنكاح ، والثاني : إن تعلق العقد بجارية ، اشترط احتياطاً للبضع ، وإلا فلا ، والثالث وهو أصحها ، ونقله ابن كج عن النص : لا يشترط مطلقاً ، لأن المقصود المال وهو أخف شأنًا ، ولهذا لا يشترط فيها الإشهاد بخلاف النكاح . وأما التعرض في دعوى النكاح ، لعدم مانع النكاح ، كالردة والعدة والرضاع ، فلا يشترط على الصحيح ، لأن الأصل عدمها ، ولكثرتها ، فإن شرطنا التفصيل في النكاح ، فيقول : نكحتها بولي وشاهدين . ويشترط وصف الولي والشاهدين بالعدالة على الصحيح ، وقياسه وجوب التعرض لسائر الصفات المعتبرة في الأولياء ، ولا يشترط تعيين الشاهدين والولي ، والغرض أن يعرف أن النكاح لم يخل عن ولي وشاهدين ، ويشترط التعرض لرضى المرأة إن كان رضاها شرطاً ، فإن كانت أمة ، اشترط التعرض للعجز عن الطول ، ولخوف العنت على الأصح ، وإن شرطنا التفصيل في دعوى البيع ، قالوا : يقول : تعاقدنا بثلث معلوم ونحن جائزاً التصرف ، وتفرقنا عن تراض ، ويشترط في الشهادة على النكاح

التفصيل إن قلنا باشتراطه في دعوى النكاح ، وفي فتاوى القفال أنه يشترط أن يقولوا بعد تفصيل النكاح : ولا نعلم أنه فارقتها ، أو وهي اليوم زوجته ، والإقرار بالنكاح يكفي فيه الإطلاق على المذهب ، لأنها لا تقر إلا عن تحقق ، وقيل : في اشتراط التفصيل فيه الخلاف في الدعوى والشهادة ، وهو ضعيف . ولو شهدوا على إقرارها ، لم يشترط أن يقولوا : ولا نعلم أنه فارقتها ، ولتكن الشهادة على البيع والإقرار إذا أوجبنا التفصيل في البيع على قياس ما ذكرنا في النكاح ، ونقلوا في اشتراط تقييد النكاح والبيع المدعين بالصحة وجهين ، وبالاشتراط أجاب الغزالي في « الوجيز » وقال في « الوسيط » : الوجه القطع باشتراطه في النكاح ، وأشار إلى أن الوجهين مفرعان على أنه لا يشترط تفصيل الشرائط ، وإيراد الهروي يقتضي أطرافهما مع اشتراط التفصيل ليتضمن ذكر الصحة نفي المانع .

واعلم أن دعوى النكاح تارة تكون على المرأة ، وتارة على وليها المجرى ، كما سبق في مسألة تزويج الولين المرأة بشخص ، وسبق هناك أن الأئمة قالوا : لو ادعى كل واحد من الزوجين سبق نكاحه ، وعلم المرأة به ، بني على أن إقرارها به هل يقبل ؟ إن قلنا : لا ، فلا تسمع دعواهما عليها ، وإن قلنا : نعم وهو الأظهر سمعت ، وهذا يقتضي كون سماع دعوى النكاح عليها أبداً فيه هذا الخلاف ، فكأنهم لم يذكروه هنا اقتصاراً على الأظهر .

المسألة السادسة : دعوى المرأة النكاح إن اقترن بها حق من حقوق النكاح ، كصداق ونفقة ، وقسم وميراث بعد موته ، سمعت ، وإن تمحضت دعوى الزوجية ، سمعت أيضاً على الأصح ، فإن سمعت ، نظر ، إن سكت المدعى عليه ، وأصر على السكوت ، أقامت البينة عليه ، وإن أنكر ، فهل يكون إنكاره طلاقاً ؟ وجهان ، أصحهما : لا ،

فإن قلنا : هو طلاق ، سقط ما ادعته ، ولها أن تنكح زوجاً غيره ، ولو رجع عن الإنكار ، وقال : غلطت في الإنكار ، لم يقبل رجوعه ، وإن قلنا : ليس إنكاره طلاقاً ، فإنكاره كسكوته ، فيقيم البينة عليه ، وإن رجع ، قبلنا رجوعه ، وسلمنا الزوجة إليه ، وإن لم تكن بينة ، وحلف الرجل ، فلا شيء عليه ، وله أن ينكح اختها وأربعاً سواها ، وليس لها أن تنكح زوجاً غيره إذا لم نجعل الإنكار طلاقاً . وإن اندفع النكاح ظاهراً حتى يطلقها أو يموت . قال البغوي : أو يفسخ بإعساره ، أو امتناعه إذا جعلنا الامتناع مع القدرة ممكناً من الفسخ وليكن هذا مفرعاً على أن لها أن تفسخ بنفسها أما إذا أخرجناها إلى الرفع إلى القاضي ، فما لم يظهر له النكاح كيف يفسخ أو يأذن في الفسخ ، وينبغي أن يرفق الحاكم به حتى يقول : إن كنت نكحتها ، فهي طالق ، ليحل لها النكاح ، وإن نكل الرجل ، حلفت هي ، واستحقت المهر والنفقة .

فرع

امرأة تحت رجل ادعى آخر أنها زوجته ، فالصحيح أن هذه الدعوى عليها لا على الرجل ، لأن الحرية لا تدخل تحت اليد ، فلو أقام كل واحد منهما بينة ، لم يقدم بينة من هي تحته ، بل هي كاثنتين^(١) أقام كل واحد منهما بينة على نكاح خلية ، فينظر إن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد ، أو مطلقتين ، فقد تعارضتا ولا يجيء قولاً القسمة والقرعة ، وإن كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين ، قدمت البينة التي سبق تاريخها بخلاف ما لو كان هذا التعارض في مال ، فإن في الترجيح بالسبق قولين ، لأن^(٢) الانتقال في الأموال غالب دون النكاح . ولو

(١) في الأصل : كاثنتين .

(٢) في الأصل : لانه .

قامت بينة أحدهما على النكاح ، وبينة الآخر على إقرارها بالنكاح ،
فبينة النكاح أولى ، كما لو شهدت بينة واحد بأنه غصب منه كذا ،
وبينة الآخر بأنه أقر له به ، ولو أقرت لأحدهما ، فعلى ما ذكرنا إذا
زوحها وليان لشخصين ، وادعى كل واحد سبق نكاحه •

فرع

ادعت ذات ولد أنها منكوحته ، وأن الولد منه ، وسمعنا دعوى
النكاح منها ، فإن أنكر النكاح والنسب ، فالقول قوله يمينه ، وإن
قال : هذا ولدي من غيرها ، أو هذا ولدي ، لم يكن مقراً بالنكاح ،
وإن قال : هو ولدي منها ، وجب المهر ، وإن أقر بالنكاح ، فعليه النفقة
والمهر والكسوة^(١) ، فإن قال : كان نكاح تفويض ، فلها المطالبة بالفرض
إن لم يجز دخول ، وإن جرى ، فقد وجب المهر بالدخول ، فلا معنى
لإنكاره •

المسألة السابعة : ادعى رق بائع ، فقال البالغ : أنا حر الأصل ،
فالقول قوله ، وعلى المدعي البينة ، وسواء كان المدعي استخدمه قبل
الإنكار ، وتسلط عليه ، أم لا ، وسواء جرى عليه البيع مراراً ،
وتداوله الأيدي أم لا ، فإن كان اشتراه من غيره ، وحلف على نفي
الرق ، فهل يرجع المشتري على بائعه بالثمن ؟ فيه كلام سنذكره إن شاء
الله تعالى في المسألة الرابعة من الباب الثاني • فإن قال البالغ لمن هو في
يده : إنك أعتقتني أو أعتقتني من باعني لك ، طولب بالبينة ، ولو ادعى
رق صغير ، فإن لم يكن في يده ، لم يصدق إلا ببينة ، وإن كان في يده ،
نظر إن استندت إلى النقاط ، فكذلك على الأظهر ، وفي قول : تقبل ،
ويحكم له بالرق ، وإن لم يعرف استنادها إلى الالتقاط ، صدق وحكم

(١) في الأصل : والنسوة •

له ، كما لو ادعى الملك في دابة^(١) أو ثوب في يده ، فلبو كان مميزاً ، فأنكر ، فالأصح أنه يحكم له برقه ، ولا أثر لإنكاره ، والثاني : أنه كالبالغ ، وإذا حكمنا له برقه في الصغير ، فبلغ ، وأنكر الرق ، فالأصح استمرار الرق حتى تقوم بينة بخلافه ، والثاني : يصدق منكر الرق إلا أن تقوم به بينة ، ولا فرق في جريان الوجهين بين أن يدعي في الصغير ملكه ويستخدمه ، ثم يبلغ وينكر^(٢) ، وبين أن يتجرد الاستخدام إلى البلوغ ، ثم يدعي ملكه ، وينكر المستخدم واليد على البالغ المسترق ، وإن لم يغن عن البينة عند إنكاره ، فهي غير ساقطة بالكلية ، بل يجوز اعتمادها في الشراء إن سكت المسترق اكتفاء بأن الظاهر أن الحر لا يسترق ، وقال الشيخ أبو محمد : لا يجوز شراؤه مع سكوته ، كما لا يجوز مع إنكاره الرق ، بل يسأل ، فإن أقر ، اشترى .

الثامنة : في سماع الدعوى بدين مؤجل أوجه ، أصحها : لا ، إذ لا يتعلق بها إلزام ومطالبة في الحال ، والثاني : نعم ، والثالث : تسمع إن كان له نية ، ليستحل فيأمن غيبتها وموتها ، وإلا فلا ، أو في دعوى الأمة الاستيلاء والرقيق التدبير ، وتعلق العتق بالصفة طريقان أحدهما : تقبل ، لأنها حقوق ناجزة ، والثاني : على الخلاف في الدين المؤجل الاستيلاء أولاهما^(٣) بالقبول ، وهذا المذكور في التدبير إذا لم نجوز الرجوع عنه بالقبول ، فإن جوزناه ، فإنكاره رجوع يبطل مقصود المدعي .

قلت : المذهب سماع دعوى الاستيلاء والتدبير ، وتعلق العتق .
واشألم

(١) في الأصل : دار .

(٢) في الأصل : وينكر .

(٣) في الأصل : أولا .

فرع

ادعي عليه دين مؤجل قبل المحل ، فله أن يقول في الجواب : لا يلزمني دفع شيء إليك الآن ، ويحلف عليه ، وهل له أن يقول : لاشيء علي مطلقاً ، قال القفال : فيه وجهان بناء على أن الدين المؤجل هل يوصف قبل الحلول بالوجوب ؟ وفيه وجهان •

التاسعة : سلم ثوباً أو غيره إلى دلال لبيعه ، فجحده ، وشك في بقاء الثوب ، فلا يدري أيطالب بالعين ، أم بالقيمة ، فقد سبق في أواخر باب القضاء على الغائب وجهان ، أصحهما : له أن يدعي على الشك ، فيقول : لي عنده كذا ، فإن بقي ، فعليه رده ، وإلا فقيمه أو مثله ، والثاني : يشترط في الدعوى الجزم ، فيفرد لكل واحد من المطالبة دعوى برأسها ، فإن قلنا بالأول ، فأنكر المدعى عليه ولا بينة ، حلف على نفي الجميع ، وإن نكل ، وردت اليمين على المدعي ، فهل يحلف على التردد ، كما لو ادعى على التردد ، أم يشترط التعيين ؟ وجهان ، وإن قلنا : يفرد لكل مطلب دعوى ، فادعى ما رآه أقرب ، ونكل الخصم ، فنكوله يؤكد ظن المدعي بكذبه ، فهل له أن يحلف اليمين المردودة بذلك ؟ وجهان ، أصحهما : نعم استدلالاً بنكوله على كذبه ، كما يستدل بخط أبيه ، وأجري الوجهان فيما إذا أنكر المودع التلف ، وتأكد ظنه بنكول المودع هل يحلف اليمين المردودة ، وفي فتاوى القفال ، أنه ادعى عليه ثوباً ، فقال : كان في يدي وهلك ، فأغرم لك القيمة ، فقال المدعي للحاكم : قد أقر بالثوب ، فحلفه أنه لا يلزمه تسليمه إلي ، حلفه ، فإن حلف ، قنع منه بالقيمة ، وإن نكل وحلف المدعي على بقاء الثوب طولب بالعين •

الباب الثاني في جواب الدعوى

جواب المدعى عليه إقرار ، أو إنكار ، فإن سكت ، وأصر على

السكوت ، جعل كالمُنكر الناكل ، فترد اليمين على المدعي ، فهو كالإنكار . والكلام في الإقرار وصيغته على ما سبق في كتاب الإقرار، وقول المدعى عليه : لي عن دعواك مخرج ، ليس بإقرار ، لاحتمال الخروج بالإنكار ، وكذا قوله : لفلان علي أكثر مما لك ، ليس بإقرار للمخاطب بما دعاه ، لاحتمال إرادة الاستهزاء . قال القاضي أبو سعد : وكذا لو قال : لك علي أكثر مما ادعيت ، لم يكن إقراراً لاحتمال أن يريد . لك من الحق عندي ما يستحق له أكثر مما ادعيت ، وكما لا يكون قوله : لفلان علي أكثر مما لك إقراراً للمخاطب ، لا يكون إقراراً لفلان أيضاً ، لاحتمال أن يريد بالحق الحرمة . فلو قال : لفلان علي مال أكثر مما ادعيت ، فهذا إقرار لفلان ، إلا أنه يقبل تفسيره بما دونه في القدر تنزيلاً على كثرة (١) التركة أو الرغبة ، كما سبق في الإقرار . ولو قال : الحق أحق أن يؤدي ، فليس بإقرار ، لأن المعنى حيث يكون حقاً، فأما أنا فبريء .

فصل

في مسائل الباب هي ست ، الأولى : ادعى عليه عشرة ، فقال : لا يلزمي العشرة ، فليس بجواب تام ، بل التام أن يضيف إليه ولا شيء منها ، أو ولا بعضها ، وكذا يحلف إن حلف ، لأن مدعي العشرة مدع لكل جزء منها ، فاشتراط مطابقة الإنكار واليمين دعواه ، وقال القاضي حسين : لا يكلف في الإنكار أن يقول : ولا شيء منها ، وإنما يكلف ذلك في اليمين ، والصحيح الأول ، وإذا حلفه القاضي على أنه لا يلزمه العشرة ، ولا شيء منها ، فحلف على نفي العشرة ، واقتصر عليه ، لم تلزمه العشرة بتمامها ، لكنه ناكل عما دون العشرة ، فللمدعي

(١) في الأصل : كثر .

أن يحلف على استحقاق مادونها بقليل ، ويأخذه ، ولو نكل المدعى عليه عن مطلق اليمين ، وأراد المدعي أن يحلف على بعض العشرة ، قال البغوي : إن عرض القاضي عليه اليمين على العشرة وعلى كل جزء منها ، فله أن يحلف على بعضها ، وإن عرض عليه اليمين على العشرة وحدها ، لم يكن له الحلف على بعضها ، بل يستأنف الدعوى للبعض الذي يريد الحلف عليه ، وحيث جوزنا للمدعي الحلف على بعض المدعى ، فذلك إذا لم يسنده إلى عقد ، فإن أسنده ، بأن قالت المرأة : نكحني بخمسين وطالبت به ، ونكل الزوج ، لم ^(١) يمكنها الحلف على أنه نكحها ببعض الخمسين ، لأنه يناقض ما ادعته أولاً . وإذا ادعى أن الدار التي في يدك ملكي يلزمك تسليمها إلي ، فإذا أنكر المدعى عليه ، يحلف أنها ليست ملكاً له ، ولا شيء منها ، ولو ادعى أنه باعه إياها ، كفاه أن يحلف أنه لم يبيعها .

الثانية : إذا ادعى مالاً وأسنده إلى جهة بأن قال : أقرضتك كذا ، وطالبه ببذله ، أو قال : غصبت ^(٢) عبيدي ، فتلف عندك ، فعليك كذا ضماناً ، أو مزقت ثوبي ، فعليك كذا أرشاً ، أو اشتريت منك كذا ، وأقبضت ثمنه ، أو اشتريت مني كذا ، فعليك ثمنه ، وطالبه بالمدعى ، فليس على المدعى عليه أن يتعرض في الجواب لتلك الجهة ، بل يكفيه أن يقول : لا يستحق علي شيئاً ، ولا يلزمني تسليم شيء إليك ، وكذا يكفيه في جواب طالب الشفعة : لا شفعة لك عندي ، أو لا يلزمني تسليم هذا الشقص إليك ، لأن المدعي قد يكون صادقاً في الإقراض والغصب وغيرهما ، ويعرض ما يسقط الحق من أداء أو إبراء أو هبة ، فلو

(١) في الأصل : ولم .

(٢) في الأصل : غصب .

نفي^(١) الإقراض ونحوه كان كاذباً ، وإن اعترف به ، وادعى المسقط طوبى بالبينة ، وقد يعجز عنها ، فدعت الحاجة إلى قبول الجواب المطلق ، ولو قالت المرأة : طلقتي ، فقال : أنت زوجتي ، كفاه وإذا اقتصر المدعى عليه على الجواب المطلق ، وأفضى الأمر إلى الحلف ، حلف على ما أجاب ، ولم يكلف التعرض لنفي الجهة المدعاة ، ولو حلف على نفي الجهة المدعاة بعد الجواب المطلق ، جاز ، ذكره البغوي . ولو تعرض في الجواب للجهة ، فقال : ما بايعتك ، أو ما أقرضتني ، أو ما مزقت ، فالجواب صحيح ، إن حلف على وفق الجواب ، فذاك ، وإن أراد أن يقتصر في الحلف على أنه لا يلزمه شيء ، فهل يمكن ، كما لو أجاب كذلك ، أم لا ليطابق اليمين الإنكار ؟ وجهان ، أحدهما : الثاني ، وهو المنصوص . ولو كان في يده مرهون ، أو مستأجر ، وادعاه مالكة ، كفاه أن يقول : لا يلزمني تسليمه ، ولا يجب التعرض للملك ، فإن أقام المدعي بينة بالملك ، نقل في « الوسيط » عن القاضي أنه يجب عليه تسليمه ، واعترض عليه بأنه قد يصدق الشهود ، ولا يجب التسليم لإجارة أو رهن ، ولو اعترف بالملك ، وادعى رهناً أو إجارة ، وكذبه المدعي ، فمن المصدق منهما ؟ وجهان سبقا في باب اختلاف المتراهنين ، فإن صدقه صاحب اليد ، فذاك ، وإن صدق المالك — وهو الصحيح — ، احتاج مدعي الرهن أو الإجارة إلى البينة ، فإن لم توافقه بينة ، وخاف جحود الراهن لو اعترف له بالملك ، فما حيلته ؟ وجهان ، قال القفال : حيلته تفصيل الجواب ، فيقول : إن ادعيت ملكاً مطلقاً فلا يلزمني التسليم ، وإن ادعيت مرهوناً عندي ، فاذكره لأجيب ، وقال القاضي حسين : لا يقبل الجواب المردد ، بل حيلته أن يجحد ملكه

(١) في الأصل : بقي .

إن جحد صاحبه الدين والرهن ، وعلى عكسه لو ادعى المرتهن ، وخاف
الراهن جحود الرهن لو اعترف بالدين ، فعلى الوجه الأول يفصل ،
فيقول : إن ادعيت ألفاً لي عندك به كذا رهناً فحتى أجيب ، وإن ادعيت
ألفاً ، فلا يلزمي . وعلى الثاني صارت العين مضمونة عليه بالجحود ،
فلمن عليه الدين أن يجحده ، ويجعل هذا بذلك ، ويشترط التساوي ،
والوجه الأول أصح ، وبه قطع الفوراني ، وذكر أن المدعى عليه يفصل
الجواب أبداً ، ولا يكون ذلك إقراراً بشيء^(١) مثل أن يدعي عليه
ألفاً ، فيقول : إن ادعيت عن ثمن كذا فحتى أجيب ، وإن ادعيت عن
جهة أخرى ، فلا يلزمي .

فرع

ادعت على رجل ألفاً صداقاً يكفيه أن يقول : لا يلزمي تسليم
شيء إليها ، قيل للقفال : هل للقاضي أن يقول : هل هي زوجتك ؟
فقال : ما للقاضي ولهذا السؤال ؟ لكن لو سأل ، فقال : نعم ، قضى
عليه بمهر المثل إلا أن يقيم البينة أنه نكحها بكذا ، فلا يلزمه أكثر منه .
الثالثة : إذا ادعى عقاراً أو منقولاً على إنسان ، وقال المدعى
عليه : ليس هو لي ، نظر ، أقتصر عليه ، أم يضيفه إلى مجهول ، أم
إلى معلوم ؟ فإن اقتصر عليه ، أو أضافه إلى مجهول بأن قال : هو لرجل
لا أعرفه ، أو لا أسميه ، فثلاثة أوجه ، أحدهما : يسلم المال إلى المدعي ،
إذ لا مزاحم له ، والثاني : تنصرف الخصومة عنه ، ويتنزع الحاكم
المال من يده ، فإن أقام المدعي بينة على الاستحقاق ، أخذه ، وإلا حفظه
إلى أن يظهر مالكة ، وأصحهما : لا ينصرف ، ولا ينتزع المال من يده ،
فعلى هذا إن أقر بعد ذلك لمعين ، قبل ، وانصرفت الخصومة إلى ذلك

(١) في الاصل : شيئاً .

المعين ، وإلا فيقيم المدعي البينة عليه أو يحلفه ، وهل يمكن من أن يعود ، فيدعيه لنفسه ؟ وجهان . ولو قال في الجواب : نصفه لي ، ولا أدري لمن النصف الآخر ، ففي النصف الآخر الأوجه الثلاثة ، أما إذا أضافه إلى معلوم ، فالمضاف إليه ضربان ، أحدهما : من تتعذر مخاصمته ، وتحليفه بأن قال : هو وقف على الفقراء ، أو على المسجد القلاني ، أو على ابني الطفل ، أو هو ملك له ، فالذي قطع به الغزالي ، والشيخ أبو الفرج أن الخصومة تنصرف عنه ، ولا سبيل إلى تحليف الولي ولا طفله ، ولا تغني إلا البينة . قال أبو الفرج : وإذا قضى له القاضي بالبينة كتب صورة الحال في السجل ، ليكون الطفل على حجته إذا بلغ ، وقال البغوي : إذا قال : هو لابني الطفل ، أو وقف عليه ، لم تسقط الدعوى ، فإن أقام بينة أخذه ، وإلا حلف المدعى عليه : أنه لا يلزمه تسليمه إليه إذا كان هو قيم الطفل .

اختار في « المحرر » قول البغوي . والله أعلم

الضرب الثاني : من لا تتعذر مخاصمته وتحليفه ، كشخص معين ، وهو نوعان ، حاضر في البلد ، وغائب ، فالحاضر يراجع ، فإن صدق (١) المدعى عليه ، انصرفت الخصومة إليه ، وإن كذبه ، فأربعة أوجه الثلاثة السابقة في الإقرار ، ورابعة حكاه ابن الصباغ أنه يقال للمدعى عليه : ادعه لنفسك ، فتكون الخصم ، أو لمن يصدقك ، فيكون هو الخصم ، فإن امتنعت ، جعلناك ناكلاً ، وحلفنا المدعي .

النوع الثاني : الغائب ، فإذا أضاف المدعي إلى غائب ، ففي انصراف الخصومة عنه أوجه ، أصحها — وبه قال الأكثرون — ينصرف ، والثاني : لا ، والثالث : إن قال : ليس لي ، وإنما هو لفلان ، فلا ،

(١) في الأصل : صرف .

فإن قلنا : لا ينصرف ، نظر ، إن لم يكن للمدعي بينة ، فله تحليف المدعى عليه على أنه لا يلزمه تسليمه إليه ، فإن نكل حلف المدعي ، وأخذ المال من يده ، ثم إذا عاد الغائب ، وصدق المقر ، رد المال عليه بلا حجة ، لأن اليد له بإقرار صاحب اليد ، ثم يستأنف المدعي الخصومة معه ، وإن أقام المدعي بينة على الحاضر ، أخذ المال من يده أيضاً ، وهل هو قضاء على الحاضر الذي تجري الخصومة معه ، أم على الغائب ، لأن المال بمقتضى الإقرار له ؟ وجهان ، أصحهما : الأول ، ولا يحتاج المدعي مع البينة إلى اليمين ، ويثبت القاضي في السجل أنه قضى له بالبينة بعد ما أقر المدعى عليه أنه لفلان الغائب ، ليكون الغائب على حجة ، وإذا عاد ، وأقام البينة ، قضى له لترجح جانبه باليد ، وإن لم يقمها ، أقر المال في يد المدعي ، فإن التمس من القاضي أن يزيد في السجل أن الغائب قدم ، ولم يأت ببينة ، أجابه إليه ، وإن قلنا : تنصرف الخصومة عنه . فإن لم يكن للمدعي بينة ، وقف الأمر إلى أن يحضر الغائب ، وإن كانت له بينة ، قضى له بالمال ، وهل هو قضاء على الغائب ، ويحتاج معه إلى اليمين ، أم على الحاضر الذي تجري الخصومة معه ، فلا يحتاج إليها ؟ وجهان ، رجح العراقيون ، والرويانى الثاني ، ولكن الأول أقوى ، وأليق بالوجه المفرع عليه ، واختاره الإمام والغزالي ، هذا كله إذا لم يقم المدعى عليه بينة أن المال للغائب ، فإن أقامها ، نظر إن دعى أنه وكيل من جهة الغائب ، وأثبت الوكالة فيبنته على أن المال للغائب مسموعة مرجحة على بينة المدعي . وإن لم يثبت الوكالة ، فذكر الإمام والغزالي فيه ثلاثة أوجه ، أصحها : لا تسمع بينته ، وبه قال الشيخ أبو محمد ، لأنه ليس بمالك ولا نائب ، فعلى هذا الحكم كما لو لم يقم بينة . والثاني : تسمع ، والثالث : إن اقتضت البينة على أنه لفلان الغائب ، لم تسمع ، وإن تعرضت مع ذلك لكونه في يد المدعى

عليه بعارية ، أو غيرها ، سمعت ، فإن لم يسمعها فادعى لنفسه حقاً لازماً ، كرهن وإجارة ، وتعرضت البينة لذلك ، ففي السماع وجهان • وإذا سمعنا بينته لصرف اليمين عنه ، حكم للمدعي بينته ، فإن رجع الغائب ، وأعاد البينة ، قدمت بينته ، وإن سمعناها لعلقة الإجارة والرهن ، فهل تقدم هذه البينة ، أم بينة المدعي ؟ وجهان ، أصحهما : تقديم بينة المدعي ، ويكون فائدة بينته صرف اليمين عنه ، هذا ما ذكره الإمام ، والغزالي ، والذي يقتضى به - وهو المفهوم من كلام الأصحاب - أن المدعي إذا أضاف المدعى عليه إلى الغائب خصومة معه ، وأخرى مع الغائب ، فإذا أقام البينة ، انصرفت الخصومة عنه لا محالة ، ولا يجيء فيه الوجهان المذكوران فيما لو اقتصر على الإقرار للغائب ، وبنوا على انصراف الخصومة عنه أن المدعي لو أقام البينة والحالة هذه ، فلا بد له من اليمين مع البينة ، والقضاء قضاء على غائب بلا خلاف ، وهي بالإضافة إلى الغائب غير مسموعة ، فلا يحكم للغائب بالملك بالبينة التي أقامها الحاضر على أنه للغائب ، فإن تعرض الشهود مع ذلك لكونه في رهن الحاضر ، وإجارته ، فوجهان ، أحدهما : تسمع هذه البينة للغائب أيضاً ، وترجح بينته على بينة المدعي ، لقوتها باليد ، وأصحهما : لاتسمع ، فعلى هذا تعمل بينة المدعي •

فرع

متى حكمنا بانصراف الخصومة عن المدعى عليه بإقراره لحاضر أو لغائب أو مجهول على وجه ، فهل للمدعي تحليفه ؟ قولان بناء على أنه لو أقر له بعد إقراره لغيره ، هل يغرم القيمة ، وفيه خلاف سبق في الإقرار ، إن قلنا : نعم ، حلفه ، فلعله يقر فيغرم القيمة ، وإن قلنا : لا ، فإن قلنا : النكول ورد اليمين ، كالإقرار ، لم يحلفه ، وإن قلنا : كالبينة

خلفه ، لأنه قد ينكل ، فيحلف المدعي ، ويأخذ القيمة ، وكأن العين تالفة . وهل يسترد العين من المقر له وفاء بتنزيله منزلة البينة ؟ وإذا أوجبنا القيمة ، وأخذها بإقرار المدعى عليه ثانياً ، أو يمين المدعي بعد نكوله ، ثم سلمت له العين بيينة ، أو يمينه بعد نكول المقر له ، لزمه رد القيمة ، لأنه أخذها للحيلولة ، وقد زالت .

مرع

ادعى أن هذه الدار وقف علي ، وقال من هي في يده : هي ملك لفلان ، وصدقه المقر له ، انتقلت الخصومة^(١) إليه ، وليس له طلب القيمة من المقر ، لأنه يدعي الوقف ، ولا يعتاض عنه ، كذا قاله البغوي . وكان لا يبعد طلب القيمة ، لأن الوقف يضمن بالقيمة عند الإلتلاف والحيلولة في الحال كالإلتلاف . ولو رجع الغائب ، وكذب المدعى عليه في إقراره ، فالحكم كما سبق فيمن أضاف إلى جاحد ، فكذبه ، ولو أقام المقر له الحاضر ، أو الغائب بعد الرجوع بينة على الملك ، لم يكن للمدعي تحليف المقر ، ليغرمه ، لأن الملك استقر بالبينة ، وخرج الإقرار عن أن تكون الحيلولة به .

المسألة الرابعة : اشترى ثوباً وعبداً من رجل ، فادعاه آخر ، نظر إن ساعده المشتري ، وأقر له بما ادعاه ، لم يكن له أن يرجع بالثمن على بائعه ، وإن استحلف ، فنكل ، فحلف المدعي ، وأخذ المال ، قال الشيخ أبو علي : ليس له الرجوع بالثمن أيضاً بلا خلاف ، لتقصيره بالنكول وحلف المدعي بعد نكوله كإقراره ، ويجوز أن يفرض في هذا الخلاف بناء على أنه كالبينة .

(١) في الأصل : الخصوم .

قلت : هذا ضعيف أو باطل ، لأن المذهب أنه إنما يكون كالبينة في حق المتنازعين دون غيرهما ، وكذا نقل الشيخ أبو علي تحرير المذهب الاتفاق على عدم الرجوع • والله اعلم

وإن أثبت المدعي الاستحقاق بالبينة ، وأخذ المال ، نظر إن لم يصرح في منازعته للمدعي بأنه كان ملكاً لبائعي ، ولا بأنه ملكي بأن قامت البينة - وهو ساكت - ، فله الرجوع بالثمن قطعاً ، وإن صرح بذلك ، فوجهان ، أحدهما : لا يرجع ، لأن المدعي ظالم باعترافه . وأصحهما الرجوع مهما قال ذلك على وجه الخصومة ، أو اعتمد ظاهر اليد ، ثم بأن خلاف ذلك بالبينة ، ويجري الوجهان فيما لو قال في الابتداء : بعني هذه الدار ، فإنها ملكك ، ثم قامت بينة بالاستحقاق ، ولا يجريان فيما لو كان الموجود مجرد الشراء ، وإن كان الشراء إقراراً للبائع بالملك ، وفرقوا بأن ذلك إقرار تضمنه الشراء ، فبطل يبطلان المبايعة والإقرار المستقل بخلافه ولو اشترى عبداً في الظاهر ، فقال : أنا حر الأصل ، فقد سبق أن القول قوله ، وأن على المشتري البينة على رقه ، أو على إقراره بالرق له ، أو للذي باعه إياه ، فإذا حلف حكم بحريته في الظاهر ، ثم أطلق ابن الحداد أنه لا يرجع المشتري على البائع بالثمن ، وفصل أكثرهم ، فقالوا : إن لم يصرح في منازعته بأنه رقيق ، رجع ، وإن صرح ، فعلى الوجهين •

فروع

من كلام القاضي أبي سعد الهروي : أقر المشتري للمدعي بالملك ، ثم أراد إقامة البينة على أنه للمدعي ، ليرجع بالثمن على البائع ، لم يمكن ، لأنه يثبت الملك لغيره بلا وكالة ولا نيابة ، كيف والمدعي لو أراد إقامة البينة - والحالة هذه - لم يلتفت إليه لاستغنائه عن البينة

بالإقرار ، وله تحليف البائع ، لأنه ربما أقر ، فيرجع عليه ، فإن نكل ، فهل يحلف المشتري يمين الرد ، إن قلنا : النكول واليمين كالإقرار ، فنعم ، وإن قلنا : كالبينة ، فلا . ولو ادعى المسترق المبيع أنه حر الأصل ، أو اعترف به المشتري ، ثم أراد المشتري إقامة البينة أنه حر الأصل ، مكن ، لأن الحرية حق الله تعالى ، ولكل أحد إثباتها ، وإذا ثبتت ، ثبت الرجوع ، ولا يكفي في الرجوع بينة بمطلق الحرية ، لاحتمال أن المشتري هو الذي أعتقه . ولو أقام المشتري بعد ما أقر للمدعي بينة على إقرار البائع بأن المال للمدعي قبلت ، وثبت الرجوع ، لأنه إذا بان إقرار البائع من قبل ، لغا إقرار المشتري ، ولو أقام مدعي الاستحقاق البينة ، وأخذ العين ، ثم قامت بينة بأن البائع كان اشتراها من هذا المدعي سمعت ، يرد الحكم الأول ، وتكون العين للمشتري بالمبايعة السابقة .

فصل

جارية في يد رجل ادعى رجل أنها له ، فأنكر صاحب اليد ، فأقام المدعي بينة ، أو حلف بعد نكول المدعي عليه ، وحكم له بها فأخذها ، فوطئها ، ثم قال : كذبت في دعواي ويميني ، والجارية لمن كانت في يده ، لزمه ردها ومهرها ، وأرش نقصها إن نقصت ، ولا يقبل قوله : إنها كانت زانية ، لأنها تنكر ما يقول . وإن أولدها ، ثم كذب نفسه ، لم يقبل قوله في إبطال حرية الولد والاستيلاد ، لأن إقراره لا يلزم غيره ، ولكن عليه قيمة الولد والأم مع المهر ، وليس له وطؤها بعد ذلك إلا أن يشتريها منه ، فإن مات ، عتقت وولائها موقوف ، فإن وافقته الجارية في الرجوع ، لم يبطل الاستيلاد على الأصح ، ولو أن صاحب اليد أنكر وحلف^(١) ، وأولد الجارية ، ثم عاد ، وقال : كنت مبطلاً

(١) في الأصل : حلف .

في الإنكار والجارية المدعي ، فالكلام في المهر ، وقيمة الولد ، والجارية ، والاستيلاء على ما سبق في طرف المدعي .

المسألة الخامسة : ما يقبل إقرار العبد فيه ، كالحد ، والقصاص ، والدعوى فيه يكون على العبد ، والجواب بطلب منه ، وما لا يقبل إقراره فيه وهو الأرض ، وضمان الأموال ، والدعوى فيه تتوجه على السيد ، لأن الرقبة التي تتعلق بها حق للسيد ، ولو وجهت الدعوى على العبد ، فوجهان ، أحدهما - وهو اختيار الإمام والغزالي - المنع ، لأن إقراره به غير مقبول ، فعلى هذا هل للمدعي تحليفه ؟ يبنى على أن الأروش المتعلقة بالرقبة هل تتعلق بالذمة أيضاً ؟ وفيه قولان سيأتيان في كتاب العتق إن شاء الله تعالى ، فإن قلنا : نعم ، فلا طلبه في الحال ، ولا إلزام ، وإنما هو شيء يتوقع فيما بعد ، كالدين المؤجل ، ويجيء الخلاف السابق في سماع الدعوى بالدين المؤجل ، فإن سمعناها ، فله تحليف العبد ، فإن نكل ، وحلف المدعي اليمين المردودة ، لم يكن له التعلق بالرقبة ، لأن اليمين المردودة وإن جعلت كالبينة ، فلا تؤثر إلا في حق المتداعين ، والرقبة حق السيد . وقيل : له التعلق بالرقبة إن جعلناها كالبينة ، والوجه الثاني وهو المقطوع به في « التهذيب » في باب مداينة العبيد : أن الدعوى مسموعة على العبد إن كان للمدعي بينة ، وكذا إن لم تكن بينة ، وقلنا : اليمين المردودة كالبينة ، وإن قلنا : كالإقرار فلا ، وفي كل واحد من الوجهين إشكال ، والمتوجه أن يقال : تسمع الدعوى عليه لإثبات الأرض في ذمته تفريعاً على الأصلين المذكورين ، ولا تسمع الدعوى ، والبينة عليه لتعلقه بالرقبة .

المسألة السادسة : من ادعى على رجل عيناً ، أو ديناً ولم يحلفه ، وطلب كفيلاً منه ليأتي بالبينة ، لم يلزمه إعطاء كفيل ، وإن اعتاد القضاة خلافه ، هذا هو المعروف للأصحاب ، وقال بعض المتأخرين :

الأمر فيه إلى رأي الحاكم ، وإن أقام شاهدين ، وطلب كفيلاً إلى أن يعدلاً ، فالصحيح أنه يطالب به فإن امتنع^(١) ، حبس لا متناعه لا لبثت الحق ، وقال القفال : لا يلزمه إعطاء الكفيل ، لكن للحاكم أن يطالبه إذا رأى^(٢) اجتهاده إليه ، وخاف هربه ، وقد سبق في الضمان قول إن كفالة البدن باطلة ، وبالله التوفيق .

الباب الثالث في اليمين

فيه أطراف :

الأول في نفس الحلف ، وصيغ الأيمان مستوفاة في موضعها ، والمقصود لأن بيان قاعدتين إحداهما : أن للتغليظ مدخلا في الأيمان المشروعة في الدعاوى مبالغة في الزجر ، وفيه مسائل : الأولى التغليظ يقع بوجوده ، أحدها التغليظ اللفظي ، وهو ضربان ، أحدهما : التعديد ، وهو مخصوص باللعان والقسمامة ، وواجب فيهما ، الثاني : زيادة الأسماء والصفات ، بأن يقول : والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة ، الرحمن الرحيم ، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ، أو والله الطالب الغالب ، المدرك المهلك ، الذي يعلم السر وأخفى ، وهذا الضرب مستحب ، فلو اقتصر على : « الله » كفى ، واستحب الشافعي رحمه الله أن يقرأ على الحالف (إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً^(٣)) الآية وأن يحضر المصحف ، ويوضع في حجر الحالف ، وذكر بعضهم أنه يحلف قائماً زيادة في التغليظ . والوجه

(١) في الأصل : فامتنع .

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية : إذا أدى .

(٣) سورة آل عمران : ٧٧ .

الثاني : التغليظ بالمكان ، والثالث : التغليظ بالزمان ، وهما مفصلان في كتاب اللعان . وهل التغليظ بالمكان مستحب ، أم واجب لا يعتد بالحلف في غيره ؟ قولان ، أظهرهما : الأول ، وقيل : مستحب قطعاً ، والتغليظ بالزمان مستحب ، وقيل كالمكان ، ورأى الإمام طرد الخلاف في الضرب الثاني من التغليظ اللفظي ، ومن وجوه التغليظ المذكورة في اللعان التغليظ بحضور جمع ، ولم يذكروه هنا ، ويشبه أن يقال : الأيمان المتعلقة بإثبات حد ، أو دفعه يكون التغليظ فيها بالجمع ، كما هو في اللعان .

قلت : الصواب القطع بأنه لا يعتبر هنا . والله أعلم

ثم التغليظ هل يتوقف على طلب الخصم ، أم يغلف القاضي وإن لم يطلب الخصم ؟ وجهان ، أصحهما : الثاني ، حكاه ابن كج ، ويشبه أن يجري ، سواء قلنا بالاستحباب أو بالإيجاب .

المسألة الثانية : يجري التغليظ في دعوى الدم والنكاح ، والطلاق والرجعة ، والإيلاء واللعان ، والعق والحد ، والولاء والوكالة والوصاية ، وكل ما ليس بمال ، ولا يقصد منه المال حتى يجري في الولادة والرضاع ، وعيوب النساء ، وليس قبول شهادة النساء فيها منفردات لقلّة خطرهما ، بل لأن الرجال لا يطلعون عليها غالباً ، وتوقف الإمام في الوكالة ، وأما الأموال فيجري التغليظ في كثيرها وهو نصاب الزكاة عشرون ديناراً أو مائتا درهم ، وأما قليلها وهو ما دون ذلك ، فلا تغليظ فيه إلا أن يرى القاضي التغليظ لجرأة الحالف ، فله التغليظ . وعن ابن القطان وجه غريب أن المال الواجب بجناية عمداً وخطأ يغلف فيه وإن قل .

الثالثة : ما جرى فيه التغليظ يستوي فيه يمين المدعى عليه ، واليمين المردودة ، واليمين مع الشاهد ، وقد يقتضي الحال تغليظ اليمين من أحد الطرفين دون الآخر مثل ان ادعى عبد على سيده عتقاً ، أو كتابة فأنكر السيد ، فإن بلغت قيمته نصاباً ، غلظ عليه ، وإلا فلا ، فإن نكل ، غلظ على العبد بكل حال ، والوقف من جانب المدعى عليه لا تغليظ فيه إلا إذا بلغ نصاباً ، وكذا من جانب المدعي إن أثبتناه بشاهد ويمين ، وإن لم تثبت بهما ، غلظ كالعتق ، وفي وجه ما غلظ من طرف غلظ من الآخر ، والصحيح الأول ، وإذا ادعى الزوج الخلع على مال ، وأنكرته حصلت البيئونة بقوله ، وتصدق الزوجة في إنكار المال يمينها ، وينظر في التغليظ إلى قلة المال وكثرته ، فإن ردت اليمين ، وحلف الزوج ، فكذلك ، لأن مقصوده المال ، وإن ادعت هي الخلع ، وأنكر ، غلظ عليه ، [لأن مقصوده استدامة النكاح ، وإن نكل ، فحلفت غلظ] ، لأن مقصودها الفراق .

الرابعة : من به مرض أو زمانة ، لا يغلظ عليه في المكان لعذره ، وكذا الحائض ، إذ لا يمكنها اللبث في المسجد ، والمرأة المخدرة في إحضارها مجلس الحكم خلاف سبق ، فإن أحضرت ، فكالرجل في التغليظ ، وإن قلنا : لا تحضر ، بل يبعث القاضي من يحكم بينها وبين خصمها ، فإن اقتضى الحال تحليفها ، فهل يغلظ عليها بالمكان ، وتكلف حضور الجامع أم لا ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ، وبه أجاب الشيخ أبو حامد ، ومتابعوه والغزالي .

فرع

من توجهت عليه يمين مغلفة ، وكان حلف بالطلاق أن لا يحلف يسناً مغلفة ، فإن قلنا : التغليظ واجب ، غلظ [ويحنت] ، وإن امتنع . جعل ناكلاً ، وإن قلنا : مستحب ، لم يغلظ .

عليه إتلاف ثوب قيمته عشرة ، فإن قال في الجواب : ما أتلفت ، يحلف
القاعدة الثانية : يشترط كون اليمين مطابقة للإنكار ، فإن ادعى
كذلك ، وإن قال : لا يلزمني شيء ، حلف كذلك ، ويشترط وقوعها
بعد تحليف القاضي ، فلو حلف قبله ، لم يعتد [به] ، فلو قال الحاكم
في تحليفه : قل : بالله ، فقال : بالرحمن ، لم يكن مجيباً ، وكان نكولاً .
ولو قال : قل : بالله ، فقال : والله ، أو تالله ، فهل هو نكول كالصورة
الأولى أم لا ، لأنه حلف بالاسم الذي حلفه به ؟ وجهان ، ويجريان فيهما
لو غلط عليه باللفظ ، فامتنع ، واقتصر على قوله : والله ، وفيما لو أراد
التغليظ بالزمان والمكان فامتنع ، فقال القفال في امتناعه من التغليظ
اللفظي : الأصح أنه ناكل ، لأنه ليس له رد اجتهاد القاضي ، وقطع
بعضهم بأنه ناكل في الامتناع من المكاني والزماني دون اللفظي .

الطرف الثاني في كيفية الحلف ، فإن حلف على فعل نفسه ، حلف
على البت ، سواء كان يشته أم ينفيه^(١) ، لأنه يعلم حال نفسه ، وإن
حلف على فعل غيره ، فإن حلف على إثباته ، حلف على البت ، وإن
حلف على نفيه ، حلف أنه لا يعلمه ، وقد يختصر ، فيقال : اليمين على
البت إلا إذا حلف على نفي فعل غيره ، فإذا ادعى عليه مال ، فأنكر ،
حلف على البت ، وإن حلف على نفيه ، حلف على البت ، فإن ادعى إبراء
أو قضاء ، وأنكر المدعي ، حلف على البت ، ولو ادعى وارث على رجل
أن لمورثي عليك كذا ، فقال المدعي عليه : أبرأني ، أو قضيته ، حلف
المدعي على نفي العلم بإبراء المورث وقبضه ، ولو كان في يده دار ،
فقال رجل : غضبها مني أبوك أو بائعك ، فأنكر ، حلف على نفي العلم

(١) في الاصل : يشته أم يبقيه .

لغصبه ، ولو ادعى رجل على وارث الميت ديناً على الميت ، لم يكف ذكر الدين ووصفه ، بل يذكر مع ذلك موت من عليه ، وأنه حصل في يده من التركة ما يفي بجميعه أو ببعضه ، وأن يعلم دينه على مورثه ، وهكذا كل ما يحلف المنكر فيه على العلم يشترط في الدعوى عليه التعرض للعلم ، فيقول : غصب مني مورثك كذا ، وأنت تعلم أنه غصبه ، ثم إذا تعرض لجميع ذلك ، فإن أنكر الوارث الدين ، حلف على نفي العلم ، فإن نكل ، حلف المدعي على البت ، وإن أنكر موت من عليه ، فهل يحلف على نفي العلم ، أم على البت ، لأن الظاهر اطلاعه عليه ، أم يفرق بين تعهده حاضراً ، أم غائباً ؟ فيه أوجه ، أصحها : الأول ، وإن أنكر حصول التركة عنده ، حلف على البت ، وإن أنكر الدين ، وحصول التركة معاً وأراد أن يحلف على نفي التركة وحده ، وأراد المدعي تحليفه على نفي التركة ، ونفي العلم بالدين جميعاً ، حلف عليهما ، لأن له غرضاً في إثبات الدين ، فلعلة يظفر بوديعة للميت أو دين فيأخذ منه حقه . ولو ادعى على رجل أن عبدك جنى علي بما يوجب كذا ، وأنكر فهل يحلف على نفي العلم أم على البت ؟ وجهان ، أصحهما : الثاني ، لأن عبده ماله ، وفعله كفعله ، ولذلك سمعت الدعوى عليه ، ولو ادعى أن بهيئتك أتلقت لي زرعاً أو غيره حيث يجب الضمان ، فأنكر ، حلف على البت ، لأنه لازمة لها ، والمالك لا يضمن بفعل البهيسة ، بل بتقصيره في حفظها وهو أمر يتعلق بالتحالف ، ولو نصب البائع وكيلاً . ليقبض الثمن ، ويسلم المبيع ، فقال له المشتري : إن موكلك أذن في تسليم المبيع ، وترك حق الجنس ، وأنت تعلم ، فهل يحلف على البت . أم على نفي العلم ؟ قولان اختيار أبي زيد البت ، لأنه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع .

قلت : نفي العلم أقوى . والله أعلم

ولو طلب البائع تسليم المبيع ، فادعى حدوث عجز عنه ، وقال للمشتري : أنت عالم به ، فأنكر ، حلف على البت ، لأنه يستبقي يمينه وجوب تسليم المبيع إليه ، ولو مات عن ابن في الظاهر ، فقال آخر : أنا أخوك والميراث بيننا ، فأنكر ، حلف على البت ، لأن الأخوة رابطة بينهما ، فهو حالف في نفسه ، هكذا ذكر الصورتين ابن القاص ، ونازعه آخرون ، وقالوا : يحلف على نفي العلم .

قلت : نفي العلم هو الصحيح . والله أعلم

فرع

ما حلف فيه على البت لا يشترط لجوازه اليقين ، بل يجوز البت بناء على ظن مؤكد يحصل من خطه أو خط أبيه ، أو نكول خصمه .

فرع

لو استحلفه القاضي على البت حيث يكون اليمين بنفي العلم ، فقد مال عن العدل .

فرع

النظر في اليمين إلى نية القاضي المستحلف وعقيدته ، وأما النية و لتورية والتأويل على خلاف قصد القاضي لا يعني ، ولا يدفع إثم اليمين الفاجرة . ولو استثنى . أو وصل باللفظ شرطاً بقلبه ونيته أو بلسانه . ولم يسمعه الحاكم ، فكذلك ، وإن سمعه ، عزره ، وأعاد اليمين عليه . وإن وصله بكلام . لم يفهمه القاضي منعه منه ، وأعاد اليمين

عليه ، فإن قال : كنت أذكر الله تعالى قيل له : ليس هذا وقته ، وأما العقيدة ، فإذا ادعى حنفي على شافعي شفعة الجار ، والقاضي يرى إثباتها ، وأنكر المدعى عليه ، فليس له أن يحلف عملاً باعتقاده ، بل عليه اتباع القاضي ، ويلزمه في الظاهر ما ألزمه القاضي ، وهل يلزمه في الباطن؟ وجهان ، الصحيح باتفاقهم : نعم ، والثاني : لا ، وعن صاحب «التقريب» أن القضاء في المجتهد فيه ينفذ في حق المقلد ظاهراً وباطناً ، ولا ينفذ في حق المجتهد باطناً ، فلو حلفه المجتهد على حسب اجتهاده لم يأنم .

قلت : هذا إذا حلفه القاضي أو نائبه ، أما إذا حلف الانسان ابتداء ، أو حلفه غير القاضي من قاهر ، أو خصم ، أو غيرهما ، فالاعتبار بنية الحالف بلا خلاف ، وينفعه التورية قطعاً ، سواء حلف بالله تعالى ، أو بطلاق وعتاق وغيرهما صرح به الماوردي ، ونقله ابن الصباغ عن الأصحاب ذكره في كتاب الطلاق . والله اعلم

الطرف الثالث في الحالف ، وهو كل من يتوجه عليه دعوى صحيحة ، وقيل : كل من توجهت عليه دعوى لو أقر لمطلوبها ألزم به ، فإذا أنكر ، حلف عليه ، وقبل منه ، ويستثنى عن هذا الضبط صور ، فنذكرها مع ما يدخل فيه ويخرج منه ، إحداها : يجزيء التحليف في النكاح والطلاق والرجعة والقياء ، وفي^(١) الإيلاء ، وفي العتق والاستيلاء ، والولاء ، والنسب ، ولا تسمع دعوى في حدود الله تعالى ، ولا بطلب الجواب ، لأنها ليست حقاً للمدعي ، فإن تعلق به حق آدمي ، بأن قذفه ، فطلب حد القذف ، فقال القاذف : حلفوه انه لم يزن

(١) في الاصل : والإيلاء .

فالأصح أنه يحلف ، كما سبق في المسألة الثالثة من الباب الأول ، فإن حلف ، أقيم على القاذف ، وإن نكل ، وحلف القاذف ، سقط حد القذف ، ولا يثبت بحلفه حد الزنى على المқذوف . ولو ادعى سرقة ماله ، سمعت دعواه للمال ، وحلف المدعى عليه ، فإن نكل ، حلف المدعى ، واستحق المال ، ولا يقطع المدعى عليه ، لأن حدود الله تعالى لا تثبت باليمين المردودة ، وإذا أقر بما يوجب حداً ، وادعى شبهة بأن وطئ جارية أبيه ، وقال : ظننتها تحل لي ، وهو ممن يجوز أن يشتبه عليه مثله ، حلف وسقط بحلفه الحد ، ولزم المهر ، وتسمع الدعوى . ويجري التحليف في القصاص وحد القذف ، وكذا في الشتم ، والضرب الموجبين للتعزير .

الثانية : ادعى على القاضي أنه ظلمه في الحكم ، أو على الشاهد أنه تعمد الكذب أو الغلط ، أو ادعى عليه ما يسقط شهادته ، لم يحلفا ، لارتفاع منصبهما عن التحليف ، وقد سبق هذا في الباب الأول ، وفي أول أدب القضاء ، ولو ادعى على المعزول أنه حكم أيام قضائه عليه ظلماً ، وأنكر ، فقد سبق وجهان^(١) في أنه يحلف أم يصدق بلا يمين وهو الأصح ، هذا في دعوى تتعلق بالحكم ، وأما ما لا يتعلق بالحكم ، كدعوى مال وغيره ، فهو كسائر الناس في الخصومات الشرعية يحكم فيها بينه وبين المدعي خليفته ، أو قاض آخر .

الثالثة : الصبي إذا ادعى البلوغ بالاحتلام في وقت الإمكان ، صدق بلا يمين . كما سبق في الإقرار . ومن ادعى عليه شيء ، فقال : أنا صبي بعد وهو محتمل . لم يحلف . وتوقف الخصومة حتى يبلغ ، وإن وقع في السبي من أنبت ، وقال : استنبت الشعر بالعلاج ، وأنا غير

(١) في الأصل : وجهها .

بالغ ، بني على القولين السابقين في الحجر أن إنبات العانة نفس البلوغ أم علامته ، إن قلنا بالأول ، فلا حاصل لكلامه ، وإن قلنا بالثاني وهو الأظهر فالمنصوص المعروف في المذهب أنه يحلف وهو مشكل من جهة أنه يدعي الصبي ، وتحليف من يدعي الصبي لا وجه له ، كما سبق في الإقرار ، فقال ابن القطان والقفال : هذا التحليف احتياط واستظهار ، ومقتضى كلام الجمهور أنه واجب ، وصرح به الروياني ، ونفى الخلاف فيه ، واعتمدوا في تحليفه الإنبات ، وقالوا : كيف ترك الدليل الظاهر بزعم مجرد ؟ فإذا حلف ، ألحق بالصبيان ، وحقن دمه ، وإن نكل ، فالمنصوص أنه يقتل ، والثاني : يخلى ، والثالث : يجبس حتى يحلف أو يقر ، والرابع : يجبس حتى يتحقق بلوغه ، ثم يحلف على ما ادعاه من الاستعجال ، فإن لم يحلف قتلناه .

الرابعة : ادعى رجل ديناً على ميت ، أو أنه أوصى له بشيء ، وللميت وصي في قضاء دينه ، وتنفيذ وصاياه ، فأنكر ، فإن كان للمدعي بينة ، حكم بها ، وإن لم يكن وأراد تحليف الوصي على نفي العلم ، لم يمكن ، لأن مقصود التحليف أن يقر ، والوصي لا يقبل إقراره بالدين والوصية ، فلا معنى لتحليفه ، فلو كان وارثاً ، حلف بحق الورثة وقيّم القاضي كالوصي .

فرع

على إنسان حق لرجل ، فطلبه به رجل ، وزعم أنه وكيل المستحق ، ولم يقيم بينة ، وأراد تحليفه على نفي العلم بالوكالة ، لم يكن له (١) ، لأنه لو اعترف بالوكالة ، لم يلزمه تسليم الحق ، هذا هو المذهب ، وسبق في الوكالة وجه أنه يلزمه التسليم ، وعلى هذا له تحليفه ، وإن

(١) في نسخ الظاهرية : لم يمكن .

له تحليفه ، وإن لم يلزمه التسليم باعترافه إذا قلنا : اليمين المردودة كالبينة •

فرع

هل للوكيل بالخصومة إقامة بينة على وكالته من غير حضور الخصم ؟ وجهان ، حكاها الإمام عن القاضي حسين اشتراطه ، وغيره منعه ، وقد سبق في الوكالة أن الإمام حكى عن القاضي حسين أنه إذا كان الخصم غائباً ، نصب الحاكم مسخراً عنه ، كان المراد هنا إذا كان حاضراً في البلد ، وهناك إذا كان غائباً ، والأصح سماع البينة من غير حاجة إلى حضوره ، ولا إلى نصب مسخر ، ولو وكل بالخصومة في مجلس الحكم ، استغنى عن حجة يقيمها إن كان الخصم حاضراً فإن لم يكن ، فيبنى على أن القاضي هل يقضي بعلمه ؟

الطرف الرابع : فائدة اليمين وحكمها ، وهو انقطاع الخصومة ، والمطالبة في الحال ، لاسقوط الحق وبراءة الذمة ، فلو أقام المدعي بينة بعد حلف المدعى عليه ، سمعت ، وقضى بها ، وكذا لو ردت اليمين على المدعي ، فنكل ، ثم أقام بينة ، وهذا إذا لم يتعرض وقت التحليف للبينة ، فإن كان قال حينئذ : لا بينة لي حاضرة ولا غائبة ، فهذه (١) الصورة ذكرناها في الطرف الثاني من الباب الثاني من أدب القضاء مضمومة إلى ما لو اقتصر على قوله : لا بينة لي ، وفيهما خلاف ، والأصح السماع أيضاً ، وذكرنا هناك أنه لو قال : لا بينة لي حاضرة ، ثم أقام بينة سمعت ، فلعلها حضرت ، وأنه لو قال : لي بينة ولا أقيمها ، بل أردت يمينه ، أجابه القاضي ، وحلف المدعى عليه ، هذا هو الأصح • وفي فتاوى القفال أنه لا يجيبه ، بل يقول : أحضر البينة •

(١) في الأصل : وهذه •

فرع

أقام المدعي بدعواه شهوداً ، ثم قال : كذب شهودي ، أو شهدوا مبطلين ، فلا شك في سقوط بينته ، وامتناع الحكم ، وفي بطلان دعواه وجهان ، أحدهما : يبطل ، كما لو كذب نفسه ، فليس له أن يقيم بعد ذلك بينة أخرى ، وأصحهما : لا ، لاحتمال كونه محقاً في دعواه والشهود مبطلين لشهادتهم بما لا يعلمون ، وفي مثل هذا قال الله تعالى : (والله يعلم إنك لرسوله ، والله يشهد إن المنافقين لكاذبون)^(١) وبني على الوجهين مالو أقام المدعي شهوداً ، فزعم المدعى عليه أن المدعي أقر بأن شهوده كذبة ، وأقام عليه شاهداً ، وأراد أن يحلف معه هل يمكن ، ويحكم بشأده ويمينه ، إن قلنا : هذا الإقرار لا يبطل أصل الدعوى ، فلا ، لأن المقصود حينئذ الطعن في الشهود ، وإخراج شهادتهم عن أن يحكم بها ، وجرح الشهود ، والطعن فيهم لا يثبت بشاهد ويمين ، وإن كانت الشهادة بمال ، وإن قلنا : يبطلها ، مكن ، لأن المقصود حينئذ إسقاط^(٢) الدعوى بالمال ، فهو كادعاء الإبراء بشاهد ويمين .

فروع

في فتاوى القفال وغيره : أقام شاهدين في حادثة ، وكانا استبعا الدار منه ، بطلت شهادتهما ، ولو أقام شاهدين بأن هذه الدار ملكه ، وأقام المشهود عليه شاهدين بأن شاهدي المدعي قالا : لأشهادة لنا في ذلك سألهما الحاكم متى قال ذلك شاهدي المدعي ؟ فإن قالا : قالا : أمس ، أو من شهر ، لم تندفع شهادتهما بذلك ، لأنهما قد لا يكونان شاهدين ، ثم يصيران . وإن قالا : قالا حين تصديا لإقامة الشهادة ،

(١) سورة المنافقين : ١ .

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية : سماع .

اندفعت شهادتهما • ولو أقام المشهود عليه بشاهدين أن المدعي ، أقر بأن شاهده شربا الخمر وقت كذا ، فإن طالت المدة بينه وبين أداء الشهادة ، لم يقتض ذلك رد الشهادة ، وإن قصرت ، ردت شهادتهما ، وإن شهدا أنه أقر بأنهما شربا الخمر من غير تعيين وقت ، سئل المدعي عن وقته ، وحكم بما يقتضيه تعيينه ، ولو أقام المدعي بينة ، ثم قال للقاضي : لاتحكم بشيء حتى تحلفه ، بطلت بينته ، لأنه كالمعترف بأنها ما^(١) لا يجوز الحكم بها •

قلت : هذا مشكل^(٢) ، فقد يقصد تحليفه ليقيم البينة ، ويظهر إقدامه على يمين فاجرة ، أو غير ذلك من المقاصد التي لاتقتضي قدحاً في البينة ، فينبغي أن لاتبطل البينة • **والله أعلم**

فصل

إذا طلب المدعي يمين المدعى عليه عند الحاكم ، فقال للحاكم : قد حلفني مرة على هذا بطله ، فليس له تحلفي ، فإن حفظ القاضي ما قاله ، لم يحلفه ، ومنع المدعي مما طلب ، وإن لم يحفظه ، حلفه ، ولا ينفعه إقامة البينة عليه ، لما سبق أن القاضي متى تذكر حكمه أمضاه ، وإلا فلا يعتمد بينة ، وعن ابن القاص جواز سماع البينة فيه ، حكاه الهروي ومقتضاه الطرد في كل باب ، وإن قال : حلفني عند قاض آخر وأطلق ، وأراد تحليفه على ذلك ، فوجهان ، قال ابن القاص بالمنع ، إذ لا يؤمن أن يدعي المدعي أنه حلفه على أنه ما حلفه ، وهكذا فيدور الأمر ، ولا ينفصل ، وأصحها ، وبه قطع البغوي وغيره يمكن منه ، لأنه محتمل غير مستبعد ، ولا يسمع مثل ذلك من المدعي ، لئلا

(١) في الأصل : فيما .

(٢) في الأصل : قد اشكل .

يتسلسل ، فعلى هذا إن كانت له بينة أقامها وتخلص عن الخصومة ، وإن استسهل ليقيم ، فقياس البينات الدوافع أن يمهل ثلاثة أيام ، وعن القاضي حسين أنه لا يمهل أكثر من يوم ، وإن لم يكن بينة ، حلف المدعي أنه ما حلفه ، ثم يطلب المال ، فإن نكل ، حلف المدعي عليه ، وسقطت الدعوى . فلو أراد أن يحلف يمين الأصل لا يمين التحليف المردودة عليه ، قال البغوي : ليس له ذلك إلا بعد استئناف الدعوى ، لأنها الآن في دعوى أخرى . ولو قال المدعي في جواب المدعي عليه : حلفني مرة على أنني ما حلفته ، وأراد تحليفه ، لم يجب ، لأنه يؤدي إلى مالا يتناهى ، ولو ادعى مالا على رجل ، فأنكر وحلف ، ثم قال المدعي بعد أيام : حلفت يومئذ ، لأنك كنت معسراً لا يلزمك تسليم شيء إلي وقد أيسرت الآن ، فهل يسمع لإمكانه ، أم لا لئلا يتسلسل ؟ وجهان .

قلت : الأصح أنه يسمع إلا إذا تكرر . والله أعلم

فرع

إنما يحلف المدعي عليه إذا طلب المدعي يمينه ، فإن لم يطلب ، ولم يقطع عن المخاصمة ، لم يحلفه القاضي ، ولو حلف لم يعتد بتلك اليمين ، وقال القفال الشاشي : لا يتوقف التحليف على طلبه ، والصحيح الأول ، ولو امتنع من تحليفه بالدعوى السابقة ، جاز ، لأنه لم يسقط حقه من اليمين ، فإن قال : أبرأتك عن اليمين ، سقط حقه من اليمين في هذه الدعوى ، وله استئناف الدعوى وتحليفه .

الباب الرابع في النكول

إذا أنكر المدعي عليه ، واستحلف ، فنكل عن اليمين ، لم يقض عليه بالنكول ، بل ترد على المدعي ، فإن حلف قضى له ، فإن لم يعرف المدعي ، تحول اليمين إليه بنكول المدعي عليه ، عرفه القاضي ، وبين أنه إن حلف استحق ، وإنما يحصل النكول بأن

يعرض القاضي اليمين عليه ، فيمتنع ، وفسر العرض بأن يقول : قل
والله ، والامتناع بأن يقول : لا أحلف ، أو أنا ناكل ، قال الإمام :
قوله : قل : والله ليس أمراً جازماً ، وإنما المراد بيان وقت اليمين المعتمد
بها على المدعي ، ولو قال : أتحلف بالله ، وقال : لا ، فليس بنكول ،
ولو بدر حين سمع هذه الكلمة وحلف ، لم يعتد بيمينه ، لأنه استنجاز
لا استحلاف . ولو قال له : احلف ، فقال : لا أحلف ، قال البغوي :
ليس بنكول ، وقال الإمام : نكول وهو أوضح ، ولا فرق بين قوله :
قل : بالله ، وقوله : احلف بالله ، ولو استحلف ، فلم يحلف ، ولا تلفظ
بأنه ناكل أو ممتنع ، فسكوته نكول ، كما أن السكوت عن الجواب
في الابتداء يجعل كالإنكار ، ثم ذكر الإمام وغيره أنه إن صرح بالنكول ،
لم يشترط حكم القاضي بأنه ناكل ، وإن سكت حكم القاضي بأنه
ناكل ليرتب عليه رد اليمين ، وقول القاضي للمدعي : احلف نازل
منزلة قوله : حكمت بأن المدعى عليه ناكل ، وإنما يحكم بأنه ناكل
بالسكوت إذا لم يظهر كون السكوت لدهوة وغباوة ونحوهما ،
ويستحب للقاضي أن يعرض^(١) اليمين على المدعى عليه ثلاث مرات ،
والاستحباب فيما إذا سكت أكثر منه فيما إذا صرح بالنكول ، ولو
تفرس فيه سلامة جانب ، شرح له حكم النكول ، وإن لم يشرح ، وحكم
بأنه ناكل ، وقال المدعى عليه : لم أعرف النكول ، ففي نفوذ الحكم
احتمالان للإمام أصحهما النفوذ . وكان من حقه أن يسأل ويعرف قبل
أن ينكل ، ولو أراد المدعى عليه بعد الامتناع أن يعود ، فيحلف ، نظر
إن كان ذلك بعد أن حكم القاضي بأنه ناكل ، أو قال للمدعي : احلف ،
لم يكن له الحلف ، وإن أقبل عليه ليحلفه ، ولم يقبل بعد ما حلف ، فهل
هو كما لو قال : احلف ؟ وجهان ، وإن لم يجر شيء من ذلك ، فله

(١) في الاصل : يعرف .

الحلف حتى لو هرب المدعى عليه قبل أن يحكم القاضي بأنه ناكل ، وقبل أن يعرض اليمين على المدعي ، لم يكن للمدعي أن يحلف اليمين المردودة ، وكان للمدعى عليه أن يحلف إذا عاد ، هكذا أطلق البغوي وغيره ، ومقتضاه التسوية بين التصريح بالنكول ، وبين السكوت حتى لا يمتنع من العود إلى اليمين في الحالين إلا بعد الحكم بالنكول ، أو بعد عرض اليمين على المدعي ، وفي التصريح احتمال ، وحيث منعناه العود إلى الحلف ، فذلك إذا لم يرض به المدعي ، فإن رضي ، فله العود إليه على الأصح ، لأن الحق لا يعدوهما ، فلو رضي بأن يحلف المدعى عليه والحالة هذه ، فلم يحلف ، لم يكن للمدعي أن يعود إلى يمين الرد ، لأنه أبطل حقه برضاه بيمين المدعى عليه •

فرع

نقل الروياني أن قول القاضي للمدعي : أتحلف أنت ؟ كقوله : احلف حتى لا يتمكن المدعى عليه من الحلف بعد ذلك ، قال : وعندي فيه نظر •

(١) فصل

المدعي إذا ردت اليمين عليه قد يحلف ، وقد يمتنع ، فإن حلف ، استحق المدعى ، وهل يمينه بعد نكول المدعى عليه كالبينة ، أم كإقرار المدعى عليه ؟ فيه قولان ، أظهرهما الثاني ، ويتفرع عليهما مسائل كثيرة مذكورة في مواضعها • ومنها أن المدعى عليه لو أقام بينة بالأداء ، أو الإبراء بعد ما حلف المدعي ، فإن قلنا : يمينه كالبينة ، سمعت بينة المدعى عليه ، وإن قلنا : كالإقرار ، فلا ، لكونه مكذباً للبينة بالإقرار ،

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : فرع •

وهل يجب الحق بفراغ المدعي من اليمين المردودة ، أم لابد من حكم الحاكم بالحق ؟ وجهان ، حكاهما الهروي ، الأرجح الأول ، أما إذا امتنع المدعي من الحلف ، فيسأله القاضي عن امتناعه ، فإن لم يتعلل بشيء أو قال : لا أريد الحلف ، فهذا نكول يسقط حقه من اليمين ، وليس له مطالبة الخصم وملازمته ، وهل يتمكن من استئناف الدعوى ، وتحليفه في مجلس آخر ، فإن نكل ، حلف المدعي ، أم لا يتمكن من ذلك ، ولا ينفعه بعده إلا البينة ؟ وجهان ، الذي ذكره العراقيون ، والهروي ، والرويانى الأول ، وبالثاني قال الإمام والغزالي والبغوي ، وهو أحسن وأصح ، لثلاث تكرر دعواه في القضية الواحدة ، وإن ذكر المدعي لامتناعه سبباً ، فقال : أريد أن آتي بالبينة أو أسأل الفقهاء ، أو أنظر^(١) في الحساب ، ترك ولم يبطل حقه من اليمين ، وهل تقدر مدة الإمهال بثلاثة أيام ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ، لثلاث تطول مدافعته ، والثاني : لا تقدير ، لأن اليمين حقه ، فله تأخيرها إلى أن يشاء كالبينة . ولم يذكر الشافعي رحمه الله فيما إذا امتنع المدعى عليه من اليمين أنه يسأل عن سبب امتناعه ، فقال ابن القاص : قياس ما ذكره في امتناع المدعي أن يسأل المدعى عليه عن سبب امتناعه أيضاً ، وامتنع عامة الأصحاب من هذا الإلحاق فارقين بأن امتناع المدعي عليه أثبت للمدعي حق الحلف ، والحكم بيمينه ، فلا يؤخر حقه بالسؤال ، وامتناع المدعي لا يثبت حقاً لغيره ، فلا يضر السؤال . ولو قال المدعى عليه حين استحلف : أمهلوني لأنظر في الحساب ، أو أسأل الفقهاء ، فهل يمهل ثلاثة أيام ، أم لا يمهل شيئاً إلا برضى المدعي ؟ وجهان ، أصحهما وأشهرهما الثاني ، لأنه مقهور محمول على الإقرار ، أو اليمين بخلاف المدعي ، فإنه مختار في طلب حقه وتأخيرها ، ولو استمهل المدعى عليه

(١) في الأصل : وانظر .

في ابتداء الجواب لينظر في الحساب ، وذكر الهروي أنه ينظر إلى آخر المجلس إن شاء . ولو علل المدعي امتناعه بعذر كما ذكرنا ، ثم عاد بعد مدة ليحلف ، مكن منه ، وإن لم يتذكر القاضي نكول خصمه ، أثبتته بالبينه ، وكذا لو أثبت عند قاض آخر نكول خصمه له أن يحلف ، وكذا لو نكل المدعى عليه في جواب وكيل المدعي ، ثم حضر الموكل له أن يحلف ، ولا يحتاج إلى استئناف دعوى ، ولو أقام المدعي شاهداً ليحلف معه ، فلم يحلف ، فهو كما لو ارتدت اليمين إليه ، فلم يحلف ، فإن علل امتناعه بعذر ، عاد الوجهان في أنه على خيرته أبداً ، أم لايزاد على ثلاثة أيام ؟ وإن لم يعلل بشيء ، أو صرح بالنكول ، فقد ذكر الغزالي والبغوي أنه يبطل حقه من الحلف ، وليس له العود إليه ، واستسر العراقيون على ما ذكروه هناك ، قال الأصحاب : لو امتنع من الحلف مع شاهده ، واستحلف الخصم ، انقلبت اليمين من جانبه إلى جانب صاحبه ، فليس له أن يعود ويحلف إلا إذا استأنف الدعوى في مجلس آخر ، وأقام الشاهد ، فله أن يحلف معه ، وعلى الأول لاينفعه إلا بينة كاملة .

فصل

ما ذكرناه من أنه يرد اليمين على المدعي ، ولا يقضى على المدعى عليه بالنكول هو الأصل المقرر في المذهب ، لكن قد يتعذر رد اليمين ، وحينئذ من الأصحاب من يقول بالقضاء بالنكول ، وبيانه بصور ، إحداها طوبى صاحب المال بالزكاة ، فقال : بادلت بالنصاب في أثناء الحول ، أو دفعت الزكاة إلى ساع آخر ، أو غلط الخارص في الخرص ، أو أصاب الشر جائحة ، واتهمه الساعي ، فيحلف على ما يدعيه إيجاباً أو استحباباً على الخلاف السابق في كتاب الزكاة ، فإن نكل ، لم يطالب

بشيء إن قلنا بالاستحباب ، وإن قلنا بالإيجاب ، فإن انحصر المستحقون في البلد ، وقلنا بامتناع النقل ، ردت اليمين عليهم ، وإلا فيتعذر الرد على الساعي والسلطان ، وفيما يفعل أوجه ، أحدها : لا يطالب بشيء إذا لم تقم عليه حجة ، والثاني : يجبس حتى يقر ، فيؤخذ منه ، أو يحلف ، فيترك ، والثالث إن كان صاحب المال على صورة المدعي بأن قال : أديت في بلد آخر ، أو إلى ساع آخر ، أخذت منه الزكاة ، وإن كان على صورة المدعي عليه بأن قال : ما تم حولي أو الذي في يدي لفلان المكاتب ، لم يؤخذ منه . والرابع - وهو الأصح الأشهر - يؤخذ منه الزكاة ، وكيف سبيله ؟ وجهان قال ابن القاص : هو حكم بالنكول ، ورواه عن ابن سريج ، وسببه الضرورة ، وقال الجمهور : ليس حكماً بالنكول ، لكن مقتضى ملك النصاب ، ومقتضى الحول الوجوب ، فإذا لم يثبت دافع ، أخذنا الزكاة .

الثانية : إذا مات ذمي في أثناء السنة ، فهل عليه قسط ماضى ، أم لاشيء عليه ؟ قولان سبقا ، فلو غاب ذمي ، ثم عاد مسلماً ، فقال : أسلمت قبل تمام السنة ، فليس علي جزية ، أو ليس تمامها ، وقال عامل الجزية : بل أسلمت بعدها ، فعليك تمام الجزية ، حلف الذي أسلم استجباً في^(١) وجه ، وإيجاباً في وجه ، فإن قلنا بالإيجاب فنكل ، فهل يقضى عليه بالجزية ، أم لا يطالب بشيء ، أم يجبس ليقر ، فيؤخذ منه ، أو يحلف ، فيترك ؟ فيه أوجه . قال الإمام : وقيد ابن القاص بما إذا غاب ، ثم عاد مسلماً ، وظاهر هذا أنه لو كان عندنا ، وصادفناه مسلماً بعد السنة ، وادعى أنه أسلم قبل تمامها ، وكنتم إسلامه ، لم يقبل قوله ، لأن الظاهر أن من أسلم بدار الإسلام لم يكتبه^(٢) .

(١) في الأصل : وفي ، والواو زائدة .

(٢) في نسخ الظاهرية : لا يكتبه .

الثالثة : ولد المرتزقة إذا ادعى البلوغ بالاحتلام ، وطلب إثبات اسمه في الديوان ، فوجهان . أحدهما : يصدقه بلايين ، لأنه إن كان كاذباً . فكيف نحلفه وهو صبي ؟ وإن كان صادقاً ، وجب تصديقه . وأصحهما : يحلف عند التهمة ، فإن نكل ، لم يثبت اسمه إلى أن يظهر بلوغه ، ويقرب منه أن من شهد الواقعة من المراهقين إذا ادعى الاحتلام . وطلب سهم المقاتلة ، أعطي إن حلف ، وإلا فوجهان ، أحدهما : يعطى . ثم قيل : هو إعطاء بلايين ، لأن احتلامه لا يعرف إلا منه . فصدق فيه ، كما تصدق المرأة في الحيض ، ويقع الطلاق المعلق عليه . وقيل : لأن شهود الواقعة تقتضي استحقاقهم السهم ، وأصحهما : لا يعطى . قال ابن القاص : وهو قضاء بالنكول ، وقال غيره : إنما لم يعط ، لأن حجته في الإعطاء اليمين ولم توجد .

الرابعة : مات من لا وارث له ، فادعى القاضي ، أو منصوبه ديناً له على رجل وجده في تذكرته ، فأنكر المدعى عليه ، ونكل ، فهل يقضى^(١) عليه بالنكول ، ويؤخذ منه المال ، أم يجبس حتى يقر ، أو يحلف ، أم يترك لكن يأثم إن كان معانداً ؟ فيه ثلاثة أوجه ، ويجري فيما لو ادعى ولي صبي ميت على وارثه أنه أوصى بثلثة للفقراء ، وأنكر الوارث ، ونكل . ولو ادعى ولي صبي ، أو مجنون ديناً له على رجل ، فأنكر ، ونكل ، ففي رد اليمين على الولي أوجه ، أحدهما : ترد ، لأنه المستوفي ، والثاني : لا ، لأن إثبات الحق لغير الحالف بعيد . والثالث : إن ادعى ثبوته بسبب باشره بنفسه ، ردت ، وإلا فلا ، وأجري الخلاف فيما لو أقام شاهداً هل يحلف معه ، وفيما لو ادعى على الولي دين في ذمة

(١) في الأصل : فهي يقضى .

الصبي هل يحلف الولي إذا أنكر • والوصي والقيم في ذلك كالولي ، ويجري في قيم المسجد والوقف إذا ادعى للمسجد أو للوقف . وأنكر المدعى عليه ، ونكل • وتحليف الولي والصبي سبق لهما ذكر في آخر كتاب الصداق ، ثم ميل الأكثرين إلى ترجيح المنع من الأوجه الثلاثة . ولا بأس بوجه التفصيل ، وقد رجحه أبو الحسن العبادي ، وبه أجاب السرخسي في الأمالي ، فإن منعنا رد اليمين إلى الولي والوصي ، انتظرنا بلوغ الصبي ، وإفاقة المجنون ، وكتب القاضي المحضّر بنكول المدعى عليه ، وتصير اليمين موقوفة على البلوغ ، والإفاقة ، ويعود في قيم المسجد والوقف الوجهان في أنه يقضى بالنكول ، أم يجبس ليحلف أو يقر ، والأصح في مسألة من لا وارث له أن لا يقضى بالنكول ، بل يجبس ليحلف أو يقر ، وإنما حكمنا فيما قبلها من الصور بالمال ، لأنه سبق أصل يقتضي الوجوب ، ولم يظهر دافع • ولو ادعى قيم المحجور عليه ، ونكل المدعى عليه ، حلف المحجور عليه أنه يلزمه تسليم هذا المال ، ولكن لا يقول إلي ، وقيمه يقول في الدعوى : يلزمك تسليمه إلي •

الخامسة : للقاذف أن يحلف المقذوف أنه لم يزن كما سبق ، فإن نكل ، فالصحيح الذي قطع به الجمهور أنه يرد اليمين على القاذف ، فإن حلف ، اندفع عنه حد القذف ، وقيل : يسقط بنكوله حد القذف ولا يرد اليمين ، حكاه الهروي •

الباب الخامس في البيّنة

أما صفة الشهود ، فسبق بيانها في الشهادات ، والمقصود هنا بيان حكم تعارض البيّنتين ، وتعارضهما قد يقع في الأملاك ، وقد يقع في غيرها ، كالعقود ، والموت ، والوصية ، ويشتمل الباب على أربعة أطراف :

الأول في الأملاك ، فإذا تعارضتا فيه ، فإما أن يفقد أسباب الرجحان ، وإما لا ، القسم الأول أن يفقد ، فإما أن يكون المدعى في يد ثالث ، وإما في أيديهما ، ولا يدخل في هذا القسم ما إذا كان في يد أحدهما . لأن ذلك من أسباب الرجحان .

الحالة الأولى : إذا ادعى اثنان عيناً في يد ثالث ، فلا يخفى أن المدعى عليه يحلف لكل واحد منهما يمينا إن ادعاها لنفسه ، ولا بينة لواحد منهما ، وأنه لو اختص أحدهما بينة على ما يدعيه ، قضي له ، وإن أقام كل واحد بينة ، تعارضتا ، وفيهما قولان أظهرهما : يستقطن ، فكأنه^(١) لا بينة ، فيضار إلى التحليف ، والثاني : يستعملان ، فينتزع العين ممن هي في يده .

ثم في كيفية الاستعمال ثلاثة أقوال ، أحدها : تقسم العين المدعاة بينهما ، والثاني : توقف إلى تبين الأمر أو يصطلحا ، والثالث : يقرع ، فيأخذها من خرجت قرعته . وهل يحتاج معها إلى يمين ؟ قولان ، أحدهما لا ، والقرعة مرجحة لبينته ، والثاني نعم ، والقرعة تجعل أحدهما أحق باليمين . فعلى هذا يحلف من خرجت قرعته أن شهوده شهدوا بالحق . ثم يقضى له ، ثم قيل القولان في الأصل فيما إذا لم تتكاذب البينتان صريحا . فإن تكاذبتا ، سقطتا قطعاً ، والأشهر طردهما في الحالين . وصريح التكاذب أن لا يمكن الجمع بتأويل ، بأن شهدت إحداهما بقتله في وقت . والأخرى بجناية في ذلك الوقت ، فإن أمكن الجمع بتأويل . فليس تكاذباً بأن شهدت هذه أنه ملك زيد ، وهذه أنه ملك عمرو . فإنه يحتمل أن كل واحدة علمت سبباً ، كشراء ووصية ، واستصحب حكمه ، أو شهدت هذه بأنه أوصى به لزيد ، وهذه أنه

(١) في نسخ الظاهرية : وكأنه .

أوصى به عمرو ، فإنه يحتمل الإيضاء مرتين ، وقيل : القولان إذا لم يمكن الجمع ، فإن أمكن قسم قطعاً ، وقيل : إن لم يمكن سقطنا قطعاً وإلا استعملنا قطعاً ، كما في الوصية . وقيل : يبقى قول التوقيف ، وقيل : لا تجتمع الأقوال الثلاثة بل موضع القسمة إذا أمكن الجمع ، والقرعة إذا لم يمكن ، والمذهب ما سبق ، فلو تنازعا في زوجية امرأة ، أقام كل واحد بينة ، وتعارضتا ، فقول السقوط بحاله ، ولا مجال للقسمة ، ولا للقرعة على الأصح ، ويجيء الوقف على الصحيح لو أقر صاحب اليد لأحدهما بعدما أقاما البينتين ، إن قلنا بالسقوط ، قبل إقراره ، وحكم به ، وإن قلنا بالاستعمال ، فوجهان ، أحدهما : يصير المقر له كصاحب يد ، فترجح بينته ، والثاني : لا ، لأن يده بعد البينة مستحقة الإزالة ، وإن أقر قبل تمام البينتين قبل إقراره قطعاً ، وصار المقر له صاحب يد .

الحالة الثانية : أن تكون العين في يدهما ، وادعاها كل واحد ، فإن أقامتا بينتين ، فطريقان ، أحدهما — وبه قال الفوراني والغزالي — يجيء القولان في السقوط والاستعمال ، فإن أسقطنا ، بقي المال في أيديهما كما كان ، وإن استعملنا ، فعلى قول القسمة يجعل بينهما ، ولا يجيء الوقف ، وفي القرعة وجهان ، والثاني — وبه قال ابن الصباغ والبعوي — يجعل المال بينهما ، لأن بينة كل واحد ترجحت في النصف الذي في يده ، والحاصل للفتوى من الطريقتين بقاء المال في يدهما كما كان ، ولو شهدت بينة كل واحد له بالنصف الذي في يد صاحبه ، حكم القاضي لكل منهما بسا في يد صاحبه ، ويكون المال في يدهما أيضاً ، كما كان ، لكن لا لجهة السقوط ، ولا بالترجيح باليد ، ثم قال الأئمة :

من أقام البيعة أولاً ، وتعرض شهوده للكل ، لم يضر وإن كان صاحب يد في النصف الذي في يده ، وقلنا : بيعة صاحب اليد لا تسمع ابتداء كما سيأتي الخلاف فيه إن شاء الله تعالى ، لأن هنا غير مستغن عن البيعة للنصف الذي يدعيه ، ثم إذا أقام الثاني البيعة على الكل ، سمعت ، وترجحت بينته في النصف الذي في يده ، فيحتاج الأول إلى إعادة البيعة للنصف الذي في يده ، وقال في « الوسيط » : لا يبعد أن يتساهل في الإعادة ، وإن كان لأحدهما بيعة دون الآخر ، قضى له بالكل ، سواء شهد شهوده بالكل ، أم بالنصف الذي في يد صاحبه ، وإن لم يكن لواحد منهما بيعة ، فكل واحد مدع في نصف ، ومدعى عليه في نصف ، فيحلف كل واحد على نفي ما يدعيه الآخر ، ولا يتعرض واحد منهما في يمينه ، لإثبات ما في يده . بل يقتصر على أنه لاحق لصاحبه فيما في يده ، نص عليه وهو المذهب ، ومنه خلاف سبق في باب التحالف في البيع ، فإن حلفا ، أو نكلا ، ترك المال في يدهما كما كان ، وإن حلف أحدهما دون الآخر ، قضى للتحالف بالكل . ثم إن حلف الذي بدأ القاضي بتحليفه ، ونكل الآخر بعده ، حلف الأول اليمين المردودة . وإن نكل الأول ، ورغب الثاني في اليمين ، فقد اجتمع عليه يمين النفي للنصف الذي ادعاه صاحبه ، ويمين الإثبات للنصف الذي ادعاه هو ، فهل يكفيه الآن يمين واحد يجمع فيها النفي^(١) والإثبات أم لا بد من يمين للنفي ، وأخرى للإثبات ؟ وجهان ، أصحهما : الأول ، فيحلف أن الجميع له ، ولا حق لصاحبه فيه ، أو يقول : لاحق له في النصف الذي يدعيه ، والنصف الآخر لي .

(١) في الأصل : للنفي .

فرع

ادعى نصف دار ، وادعى آخر كلها ، وأقام كل واحد بينة ، والدار في يد ثالث ، تعارضتا في النصف ، فإن قلنا بالسقوط ، سقطتا في النصف الذي فيه التعارض ، وأما النصف الآخر ، ففيه طريقان ، قال ابن سريج ، وأبو إسحاق وغيرهما : فيه قولان تبعيض^(١) ، الشهادة ، فإن بعضناها ، سلم ذلك النصف لمدعي الكل . وإلا بطلت في ذلك النصف أيضاً ، وصار كما لو لم تكن بينة ، والثاني - وبه قال الشيخ أبو حامد ، وصححه الشيخ أبو علي - : يسلم إليه النصف قطعاً ، وإن قلنا بالاستعمال ، سلم النصف لمدعي الكل ، ويقسم النصف الآخر إن قلنا بالقسمة ، وإن قلنا بالقرعة أو بالوقف ، أقرع في النصف أو وقف ، ولو تداعيا كذلك ، والدار في يدهما ، فالقول قول مدعي النصف في النصف الذي في يده ، فإن أقام مدعي الكل بينة ، قضى له بالكل ، وإن أقام كل واحد بينة بما يدعيه ، بقيت الدار في يدهما كما كانت . ولو ادعى أحدهما الكل ، والآخر الثلث ، فإن كان في يد ثالث ، فعلى قول السقوط تسقطان في الثلث . وهل تبطل بينة الكل في الثلثين ؟ فيه الطريقان السابقان^(٢) ، وعلى الاستعمال تجري الأقوال الثلاثة ، وإن كانت في يدهما ، وأقام كل واحد بينة بما يدعي ، فلمدعي الثلث ، لثلث ، والباقي لمدعي الكل .

دار في يد رجل ادعى زيد نصفها ، فصدقه ، وعمرو نصفها ، فكذبه صاحب اليد وزيد معاً ، ولم يدعه أحد منهما لنفسه ، فالنصف

(١) في الاصل : تبعيض .

(٢) في الاصل : في الطريقين السابقين .

الذي يدعيه المكذب هل يسلم إليه أم يوقف في يد صاحب اليد ، أم
ينتزعه ويحفظ إلى ظهور مالكة ؟ فيه ثلاثة أوجه ، حكاهما الفوراني •
ننت : أقواها الثالث • والله اعلم

فرع

ادعى رجل داراً وآخر ثلثيها ، وآخر نصفها ، ورابع ثلثها ، وهي
في يد خامس ، وأقام كل واحد من الأربعة بينة بدعواه ، فلا تعارض في
الثلث الذي يختص مدعي الكل بدعواه ، وفي الباقي يقع التعارض ،
فالسدس الزائد على النصف يتعارض فيه بينة مدعي الكل ، ومدعي
الثلثين ، وفي السدس الزائد على الثلث يتعارض بينهما ، وبين مدعي
النصف • وفي الثلث الباقي تتعارض بينات الأربعة ، فإن قلنا بالسقوط ،
سقطت البينات في الثلثين ، وأما الثلث ، فقه الطريقان في تبعض الشهادة ،
والمذهب أنه يسلم لمدعي الكل ، وإن قلنا بالاستعمال ، فإن قسمنا ،
فالسدس الزائد على النصف بين مدعي الكل ، ومدعي الثلثين بالسوية ،
والسدس الزائد على الثلث لهما : ولمدعي النصف أثلاثاً ، والثلث الباقي
للأربعة أرباعاً ، فيجعل ستة وثلاثين سهماً لحاجتنا إلى عدد ينقسم سدسه
على اثنين وعلى ثلاثة ، فيضرب اثنين في ستة ، ثم في ثلاثة ، فلمدعي
الكل ثلثها وهو اثنا عشر ، ونصف السدس الزائد على النصف هو
ثلاثة • وثلث السدس الزائد على الثلث وهو اثنان ، وربع الثلث الباقي
وهو ثلاثة • فالجملة عشرون وهي خمسة أضعاف الدار ، ولمدعي الثلثين
ثلاثة من السدس الزائد على النصف ، وسهمان من السدس الزائد على
النصف • وسهمان من السدس الزائد على الثلث ، وثلاثة من الثلث
الباقي ، فالجملة ثمانية هي تسع الدار ، ولمدعي النصف سهمان من
السدس الزائد على الثلث ، وثلاثة من الثلث الباقي ، ولمدعي الثلث ثلاثة

من الثلث الباقي ، وإن قلنا بالقرعة ، أقرع ثلاث مرات ، مرة في السدس الزائد على النصف بين مدعي الكل ، ومدعي الثلثين ، وأخرى في السدس الزائد على الثلث بينهما ، وبين مدعي الكل ، ومدعي الثلثين ، وأجري في السدس الزائد على الثلث بينهما وبين مدعي النصف ، وأجري في الثلث بين الأربعة . وإن قلنا بالوقف توقفنا ، وإن كانت الدار في يد المتداعين الأربعة ، وأقام كل واحد بينة ، جعلت بينهم أرباعاً لأن بينة كل واحد ترجح في الربع الذي في يده اليد ، وإن لم يكن بينة ، فالقول قول كل واحد في الربع الذي في يده ، فإذا حلفوا كانت بينهم أرباعاً أيضاً .

فرع

دار في يد ثلاثة ، ادعى أحدهم نصفها ، وآخر ثلثها ، وثالث سدسها ، ولا بينة جعلت بينهم أثلاثاً ، نص عليه في « المختصر » واعترض عليه بأن مدعي السدس لا يدعي غيره ، فكيف يعطى الثلث ، فاجاب الأصحاب بأن صورة النص فيما إذا ادعى كل واحد منهم استحقاق اليد في جميعها إلا أن الأول يقول : النصف ملكي ، والنصف الآخر لفلان الغائب ، وهو في يدي عارية أو وديعة ، والآخران يقولان نحو ذلك ، فكل واحد منهم صاحب اليد في الثلث ، وتبقى الدار في أيديهم كما كانت ، ثم جعل نصف الثلث الذي في يد مدعي السدس لذلك الغائب بحكم الإقرار ، فأما إذا اقتصر كل واحد منهم على أن لي منها كذا ، فلا يعطي لمدعي السدس إلا السدس ، ولا يتحقق بينهم والحالة هذه نزاع ، ولو أقام كل واحد منهم بينة على ما يدعيه لنفسه ، حكم المدعي الثلث بالثلث ، لأن له فيه بينة ويبدأ ، ولمدعي السدس بالسدس لمثل ذلك ، وفيما يحكم به لمدعي النصف وجهان ، أحدهما بالنصف ، لأن له في الثلث يبدأ وبينة ، وفي السدس الباقي بينة .

والآخران لا يدعيانه ، والثاني بالثلث ونصف السدس ، والأول أصح ، وبه أجاب ابن كج والقفال ، ثم مدعي الثلث ، ومدعي السدس لا يحتاجان إلى إقامة البينة في الابتداء ، ولكن مدعي النصف يحتاج إلى إقامتها للسدس الزئد على ما في يده ، ويتصور إقامة البينة من جهتهم فيما إذا أقام مدعي النصف ، ثم أقام الآخران على نحو ما ذكرنا في الفرع الأول ، ويجوز أن يفرض من مدعي السدس إقامة البينة على أن السدس للغائب مع إقامة البينة على أن السدس له بناء على أن المدعى عليه إذا أقر بما في يده للغائب يجوز له إقامة البينة على أنه للغائب ، وقد سبق بيانه .

فرع

دار في يد ثلاثة ادعى أحدهم كلها ، وآخر نصفها ، والثالث ثلثها ، وأقام واحد من الأولين بينة بما ادعاه دون الثالث ، فلمدعي الكل الثلث بالبينة وبالإيد ، ولمدعي النصف كذلك ، ثم لمدعي الكل أيضاً نصف ما في يد الثالث^(١) بينته السليمة عن المعارض ، وفي النصف الآخر تتعارض بينته وبين مدعي النصف ، فإن قلنا بالسقوط ، فالقول قول الثالث في هذا السدس ، وفي بطلان البينتين فيما سوى هذا السدس الطريقتان السابقتان في تبعض الشهادة ، وإن قلنا بالاستعمال ، لم^(٢) الإقراع والتوقف ، وإن قلنا بالقسم ، قسم بينهما هذا السدس بالسوية ، فيصير لمدعي الكل النصف ونصف سدس ، ولمدعي النصف الباقي هكذا أورد المسألة الشيخ أبو علي وغيره .

القسم الثاني أن تتعارض البينتان ، وهناك ما يرجح أحدهما ، فيعمل بالراجعة ، وللرجحان أسباب : أحدها أن تختص ، إحداهما

(١) في الأصل : الثلث .

(٢) الكلمة مطموسة في الأصل ، ولم نتبينها ، وهي في إحدى نسخ الظاهرية . يخف ، وفي الأخرى : يجب .

بزيادة قوة ، وفيه صور إحداها : لو أقام أحدهما شاهدين ، والآخر شاهداً ، وحلف معه ، فقولان ، أحدهما : يتعادلان ، وأظهرهما : يرجح الشاهدان ، لأنها حجة بالإجماع ، وأبعد عن تهمته بالكذب في يمينه ، فعلى هذا لو كان مع صاحب الشاهد واليمين يد ، فهل يرجح صاحب اليد ، أم صاحب الشاهدين ، أم يتعادلان ؟ أوجه ، أصحها الأول ، وحكى البغوي الأولين قولين •

الثانية : لو زاد عدد الشهود في أحد الجانبين ، أو زاد ورعهم ، فالمذهب أنه لا ترجيح ، وقيل قولان ، وفي الرواية ثبت الترجيح بذلك . وقيل : هي كالشهادة ، والمذهب الفرق ، لأن للشهادة^(١) نصاً بآ فیتبع . ولا ضبط للرواية ، فيعمل بأرجح الظنين •

الثالثة : أقام أحدهما رجلاً وامرأتين ، والآخر رجلين ، فلا يرجح الرجلان^(٢) على المذهب ، وقيل : قولان ، السبب الثاني : اليد . فإذا ادعى عيناً في يد غيره ، وأقام بينة أنها ملكه ، وأقام من هي في يده بينة أنها ملكه ، رجحت بينة من هي في يده على بينة الخارج ، وهل^(٣) يشترط في سماع بينة الداخل أن يبين سبب الملك من شراء أو إرث وغيرهما ؟ وجهان ، أحدهما : نعم لأنهما ربما اعتمدا ظاهر اليد ، وأصحهما : لا ، كبينة الخارج ، فإنها تسمع مطلقة مع احتمال أنهم اعتمدوا يد^(٤) سابقة ، ولا فرق في ترجيح بينة الداخل بين أن يبين الداخل والخارج سبب الملك أو يطلق^(٥) ، ولا بين إسناد البينتين ،

(١) في الأصل : الشهادة .

(٢) في الأصل : ترجيح للرجلان .

(٣) في الأصل : وهذا .

(٤) في الأصل : يد .

(٥) في الأصل : مطلقاً .

وإطلاقهما إذا سمعنا بيعة الداخل مطلقاً • ولو تعرضنا للسبب ، فلا فرق بين أن يتفق السببان ، أو يختلفا ، ولا بين إن يسند الملك إلى شخص ، بأن يقول : كل واحد اشتريته من زيد ، أو يسند إلى شخصين وفيما إذا أسند إلى شخص واحد أنهما يتساويان ، لأنهما اتفقا على أن اليد كانت لثالث ، وكل واحد يدعي الانتقال منه •

فرع

متى تسمع بيعة الداخل ، لها أربعة أحوال ، أحدها : أن يقيمها قبل أن يدعى عليه شيء ، فالصحيح أنها لا تسمع ، لأن البيعة إنما تقام على خصم ، وقيل : تسمع لغرض التسجيل • الثاني : يقيمها بعد الدعوى عليه ، وقبل أن يقيم المدعي بيعة ، فالأصح أنها لا تسمع أيضاً ، لأن الأصل في جانبه اليمين ، فلا يعدل عنها ما دامت كافية ، وقال ابن سريج : تسمع بينته لدفع اليمين كالمودع تسمع بينته^(١) على الرد والتلف ، وإن كفته اليمين • الثالث : يقيمها بعد أن أقام الخارج البيعة ، لكن قبل أن يعدلها ، فوجهان ، أحدهما : لا تسمع ، لأنه مستغن عنها بعد • وأصحها تسمع ، ويحكم بها ، لأن يده بعد البيعة معرضة للزوال ، فيحتاج إلى تأكيدها • الرابع : يقيمها بعد بيعة المدعي وتعديلها ، فقد أقامها في أوان إقامتها ، فإن لم يقيمها حتى قضى القاضي للمدعي ، وسلم المال إليه ، نظر إن لم يسند الملك إلى ما قبل إزالة اليد ، فهو الآن مدع خارج ، وإن أسنده ، واعتذر بغية الشهود ونحوها ، فهل تسمع بينته • وهل تقدم باليد المزالة بالقضاء ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، وينقض القضاء الأول ، لأنها إنما أزيلت ، لعدم الحجة ، وقد ظهرت الحجة ، فلو أقام البيعة بعد الحكم للمدعي ، وقبل التسليم إليه ، سمعت بينته ، وقدمت على الصحيح لبقاء اليد حساً •

(١) في الأصل : بيمينه •

فرع

هل يشترط أن يحلف الداخل مع بينته ، ليقضى له ؟ وجهان ،
أو قولان ، أحدهما : لا ، كما لا يحلف الخارج مع بينته ، وبنوا
الخلاف على خلاف في أن القضاء للداخل باليد ، أم بالبينة المرجحة
باليد ، إن قلنا باليد ، حلف ، وإلا فلا .

فرع

إذا أطلق الخارج دعوى الملك ، وأقام بينة ، وقال الداخل : هو
ملكي اشتريته منك ، وأقام به بينة ، فالداخل أولى ، لأن مع بينته
زيادة علم ، وهو الانتقال ، ولأنه عند الإطلاق مقدم ، فهنا أولى ، ولو
قال الخارج : هو ملكي ورثته من أبي ، وقال الداخل : ملكي اشتريته
من أبيك ، فكذلك الحكم ، ولو انعكست الصورة ، فقال الخارج :
هو ملكي ، اشتريته منك ، وأقام بينة ، وأقام الداخل بينة أنه ملكه ،
فالخارج أولى لزيادة علم بينته ، ولو قال كل واحد لصاحبه : اشتريته
منك ، وأقام به بينة ، وخفي التاريخ ، فالداخل أولى ، ثم في الصورة
الأولى ، وهي أن يطلق الخارج ، ويقول الداخل : اشتريته منك لا تزال
يد الداخل قبل إقامته البينة . وقال القاضي حسين : تزال ، ويؤمر
بالتسليم إلى المدعي ، لاعترافه بأنه كان له ، ثم يثبت ما يدعيه من
الشراء ، والصحيح الأول ، لأن البينة إذا كانت حاضرة ، فالتأخير
إلى إقامتها سهل ، فلا معنى للانتزاع والرد ، فلو زعم أن بينته غائبة
لم يتوقف ، بل يؤمر في الحال بالتسليم ، ثم إن أثبت ما يدعيه ، استرد ،
ويجري الخلاف فيما لو ادعى ديناً ، فقال المدعي عليه : أبرأني ، وأراد
إقامة البينة ، لا يكلف توفية الدين على قول الأكثرين ، وعلى قول
القاضي يكلف ، ثم إن أثبت ما يقول ، استرد .

فصل

من أقر بعين لرجل ، ثم ادعاها لاتسمع دعواه إلا أن تذكر تلقي الملك منه ، ولو أخذت منه بيينة ، ثم ادعاها هل يحتاج إلى ذكر التلقي ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، لأنه صار مؤاخذاً بالبيينة ، كما لو أقر ، وأصحهما : لا ، كالأجنبي^(١) ، ولا خلاف أنه لو ادعى عليه أجنبي وأطلق ، سمعت .

فروع

أكثرها عن ابن سريج رحمه الله . أقام الخارج بيينة أن هذه العين ملكي غصبها مني الداخل ، أو قال : أجرتها له ، أو أودعها عنده ، وأقام الداخل بيينة أنها ملكه ، فهل يقدم الخارج أم الداخل ؟ وجهان ، الأصح : الخارج ، وبه قال ابن سريج ، وصححه العراقيون ، وبه أجاب الهروي ، وخالفهم البغوي ، فصحح تقديم الداخل ، فلو لم تكن بيينة ، ونكل الداخل عن اليمين ، فحلف الخارج ، وحكم له ، ثم جاء الداخل ببيينة ، سمعت على الصحيح ، كما لو أقامها بعد بيينة الخارج ، وقيل : لاتسمع بناء على أن اليمين المردودة كالإقرار ، ولو تنازعا شاة مذبوحة في يد أحدهما رأسها وجلدها وسواقطها ، وفي يد الآخر باقيةا ، وأقام كل واحد بيينة أن الشاة له ، قضي لكل واحد بما في يده ، ولو كان في يد كل واحد شاة ، فادعى كل واحد أن الشاتين له ، وأقاما بيتنين تعارضتا ، فلكل واحد التي في يده ، لاعتقاد بيئته باليد . وإن أقام كل واحد بيينة أن التي في يد الآخر ملكه قضي لكل واحد بما في يد الآخر .

السبب الثالث : اشتمال أحدهما على زيادة تاريخ ، فإذا أرحتا ، نظر إن اتفق تاريخهما ، فلا ترجيح ، وإن اختلف ، بأن شهدت بيينة

(١) في الأصل : كما لو اقره لأجنبي .

زيد أنه ملكه منذ سنة ، وبينه عمرو أنه ملكه منذ سنتين ، فهل تتعارضان ، أم يقدم أسبقهما تاريخاً ؟ طريقان : المذهب التقديم . ويطرد الخلاف في بينتي شخصين تنازعا نكاح امرأة إذا اختلف تاريخهما ، وفيما إذا تعارضتا مع اختلاف التاريخ لسبب الملك ، بأن أقام أحدهما بينة أنه اشتراه من زيد منذ سنة ، والآخر أنه اشتراه من عمرو منذ سنتين ، فلو نسبنا العقدين إلى شخص واحد ، فأقام هذا بينة أنه اشتراه من زيد منذ سنة ، وذلك بينة أنه اشتراه من زيد منذ سنتين ، فالسابق أولى بلا خلاف ، وطردها الخلاف أيضاً فيما إذا تنازعا أرضاً مزروعة ، فأقام أحدهما بينة أنها أرضه زرعها ، والآخر أنها ملكه مطلقاً ، لأن بينة الزرع تثبت الملك من وقت الزراعة . هكذا ذكره البغوي ، وفيه تصريح بأن سبق التاريخ لا يشترط أن يكون بزمان معلوم حتى لو قامت بينة أنه ملكه منذ سنة ، وبينة الآخر أنه ملكه من أكثر من سنة كان فيه الخلاف ، فإن رجحنا بسبق التاريخ ، حكمنا بها لصالح السابق ، وله الأجرة والزيادات الحادثة من يومئذ . وإن لم نرجح به ، ففيه الخلاف السابق في أصل التعارض ، وإن كانت إحداها^(١) مؤرخة ، والأخرى مطلقة ، فالمذهب أنهما سواء فتعارضان^(٢) ، وقيل : تقدم المؤرخة . ولو تنازعا دابة ، فأقام أحدهما بينة أنها ملكه ، والآخر بينة أنها ملده ، وهو الذي تنجها ، قال الأكثرون : هو على الخلاف في سبق التاريخ ، وطرده في كل بينتين أطلقت إحداها الملك ، ونصت^(٣) الأخرى على سببه من إرث وشراء وغيره ، وقيل : تقدم بينة التنازع قطعاً ، لأنها تثبت ابتداء الملك له ، والتي سبق تاريخها لا تثبت ابتداء ملكه ، وهذا التوجيه يقتضي اطراد الطريقين فيما لو تنازعا ثمرة وحنطة ،

(١) في الأصل : كان أحدهما .

(٢) في الأصل : فتعارضاً .

(٣) في الأصل : ونصبت .

فشهدت إحداهما بأنها حدثت من شجرته ، أو بذرته ، ولا يقتضي جريان القطع فيما لو تعرضت إحداهما للشراء وسائر الأسباب ، لأنها لا توجب ابتداء ملكه ، ثم المسألة من أصلها مفروضة فيما إذا كان المدعى في يد ثالث ، فلو كان في يد أحدهما ، وقامت بينتان مختلفتان التاريخ ، فإن كانت بينة الداخل أسبق تاريخاً ، قدمت قطعاً ، وإن كانت بينة الخارج أسبق ، فإن لم نجعل سبق التاريخ مرجحاً ، قدم الداخل ، وإن جعلناه مرجحاً ، فهل يقدم الداخل أم الخارج ، أم يتساويان ؟ أوجه ، أصحها : الأول .

فصل

ادعى داراً ، أو عبداً ، أو نحوه في يد رجل ، فشهدت له بينة بالملك في الشهر الماضي ، أو بالأمس ، ولم يتعرض للحال ، نقل المزني والربيع أنها لا تسمع ، ولا يحكم بها ، ونقل البويطي أنها تسمع ، ويحكم بها ، وقال الجمهور : هما قولان ، أظهرهما ، المنع ، والطريق الثاني القطع بالمنع ، ويجري الخلاف فيما لو ادعى اليد ، وشهدوا أنه كان في يده أمس ، فإذا قلنا بالمنع ، فينبغي للشاهد أن يشهد على الملك في الحال ، أو يقول : كان ملكه ولم يزل ، أو لا أعلم له مزيلاً ، ولا يجوز أن يشهد بالملك في الحال استصحاباً لحكم ما عرفه من قبل ، كسواء وإرث وغيرهما ، وإن احتمل زواله ، فلو صرح في شهادته أنه يعتمد الاستصحاب ، فوجهان ، قال الغزالي : قال الأصحاب : لا يقبل ، كما لا تقبل شهادة الرضاع على امتصاص الثدي ، وحركة الحلقوم . وقال القاضي حسين : تقبل ، لأننا نعلم أنه لا مستند له سواء ، ولو قال : لا أدري أزال ملكه ، أم لا ، لم يقبل قطعاً ، لأنها صيغة مرتاب بعيدة عن أداء الشهادة ، ولو شهدت بينة أنه أقر أمس للمدعي بالملك ، قبلت الشهادة ، واستديم حكم الإقرار ، وإن لم يصرح الشاهد بالملك

في الحال، وقيل بطرد القولين، والمذهب الأول لثلا تبطل فائدة الأقارير.
ولو قال المدعى عليه : كان ملكك أمس ، فوجهان ، أحدهما : لا يؤاخذ
به ، كما لو قامت بينة بأنه كان ملكه أمس ، وأصحهما ، وبه قطع ابن
الصباغ : يؤاخذ ، فينتزع منه ، كما لو شهدت البينة أنه أقر أمس .
والفرق أن الإقرار لا يكون إلا عن تحقيق ، والشاهد قد يتساهل
ويخمن ، فلو أسند الشهادة إلى تحقيق ، بأن قال الشاهد : هو ملكه
بالأمس ، اشتراه من المدعى عليه بالأمس ، أو أقر له به المدعى عليه
بالأمس ، قبلت الشهادة ، ولو قال : كان في يدك أمس ، فهل يؤاخذ
بإقراره ؟ وجهان ، حكاهما ابن الصباغ .

قلت : الأصح المنع . والله أعلم

فاذا عرفت ما يحتاج إليه الشاهد إلى التعرض له على قولنا : لا
تسمع الشهادة على الملك السابق ، فكذلك إذا قلنا : الشهادة على اليد
السابقة لا تسمع ، فينبغي أن يتعرض الشاهد لزيادة ، فيقول : كان في
يد المدعي ، وأخذه المدعى عليه منه ، أو غصبه ، أو قهره عليه ، أو بعث
العبد في شغل ، فأبق منه ، فاعترضه هذا ، وأخذه ، فحينئذ تقبل
الشهادة ، ويقضى بها للمدعي ، ويجعل صاحب يد .

فرع

قد ذكرنا أن الشهود لو قالوا : ولا نعلم زوال ملكه ، قبلت
شهادتهم ، ثم نقل ابن المنذر أن الشافعي رحمه الله قال : يحلف المدعي
مع البينة ، فإن ذكروا مع ذلك أنه غاصب ، فلا حاجة إلى اليمين ، قال
الهروي : هذا غريب .

فرع

دار في يد رجل ادعاها آخران ، وأقام أحدهما بينة أنها له ،

غصبها منه المدعى عليه ، وأقام الآخر بينة أن من (١) في يده أقر بها له ،
فلا منافاة بينهما ، فثبت الملك والغصب بالبينة الأولى ، ويلغو (٢) إقرار
الغاصب لغير المغضوب منه .

فصل

بينه المدعي لا توجب ثبوت الملك له ، ولكنها تظهره فيجب أن
يكون الملك سابقاً على إقامتها . لكن لا يشترط سبق بزمان طويل
يكفي لصدق الشهود لحظة لطيفة . ولا يقدر ما لا ضرورة إليه ، فلو
أقام بينة بملك دابة أو شجرة . لم يستحق النتائج والثمرة الحاصلين قبل
إقامة البينة ، والشرية الظاهرة عند إقامة البينة تبقى للمدعى عليه ، وفي
الحمل الموجود عند إقامتها وجهان ، أحدهما : يستحقه المدعي تبعاً
للأم ، كما في العقود ، والثاني : لا ، لاحتمال كونه لغير مالك الأم
بوصية . ومقتضى هذا الأصل أن (٣) من اشترى شيئاً : فادعاه مدع .
وأخذه منه بحجة مطلقة لا يرجع على بائعه بالشن . لاحتمال انتقال
ملك من المشتري إلى المدعي ، وتكون المبيعة صحيحة مصادفة محلها .
لكن الذي أُصِّب عليه الأصحاب ثبوت الرجوع : بل لو باع المشتري أو
وهب . وانتزع المال من المتهب أو المشتري منه . كان للمشتري الأول
الرجوع أيضاً . وسبب الحاجة إليه في عهدة العقود . ولأن الأصل أن
لا معاملة بين المشتري والمدعي ، ولا انتقال منه : فيستدام الملك المشهود
به إلى ما قبل الشراء ، وعن القاضي حسين وجه أنه لا رجوع إذا كان
دعوى المدعي ملكاً سابقاً وفاء بالأصل المذكور ، وحمل ما أطلقه

(١) في الأصل : أنها .

(٢) في الأصل : ويل له .

(٣) في الأصل : الاصلان .

الأصحاب عليه . وحكى الهروي وجهاً^(١) أن قيام البينة يقتضي سبق الملك حتى يكون النتاج للمدعي .

فرع

المشتري من المشتري إذا استحق المال في يده . وانتزع منه . ولم يظفر ببائعه ، هل له أن يطالب الأول بالثمن ؟ في فتاوى القاضي حسين : الأصح أنه لا يطالبه .

فصل

ادعى ملكاً مطلقاً ، فشهد الشهود بالملك . وذكروا سببه . لم يضر ، فلو أراد المدعي تقديم بينته بذكر السبب بناء على أن ذكر السبب مرجح ، لم يكف للترجيح تعرضهم للسبب أولاً . لوقوعه قبل الدعوى والاستشهاد ، بل يدعى الملك وسببه ، ثم يعيدون الشهادة ، فحينئذ ترجح بينته ، وقيل : لا حاجة إلى إعادة البينة ، وتكفي الشهادة على ما هو المقصود واقعة بعد الدعوى والاستشهاد ، ولو ادعى الملك . وذكر سببه ، وشهدوا بالملك ، ولم يذكروا السبب ، قبلت شهادتهم . لأنهم شهدوا بالمقصود ، ولا تناقض ، ولو ادعى الملك وسببه ، وذكر الشهود سبباً آخر ، فالصحيح بطلان شهادتهم ، للتناقض ، وقيل : تقبل على أصل الملك ، ويلغو السبب ، ولو شهد شاهد بألف عن ثمن ، وآخر بألف عن قرض ، والدعوى مطلقة ، فقد سبق في الإقرار أنه لا يثبت بشهادتهما شيء ، وقياس الوجه الثاني على ضعفه ثبوت الألف .

(١) في الاصل : وجهين .

فرع

في يده دار حكم له حاكم بسلكتها ، فادعى خارج انتقال الملك منه إليه ، وشهدوا بانتقاله إليه بسبب صحيح ، ولم يبينوه ، قال الهروي : وقعت هذه المسألة ، فأفتى فيها فقهاء همدان بسماع الدعوى ، والحكم بها للخارج ، كما لو عينوا السبب ، وكذا أفتى الماوردي ، والقاضي أبو الطيب ، قال : وميلي إلى أنها لا تسمع ما لم يبينوا ، وهو طريقة القفال وغيره ، لأن أسباب الانتقال مختلف فيها بين العلماء ، فصار كالشهادة بأن فلاناً وارث لا يقبل ما لم يبين جهة الإرث .

الطرف الثاني في العقود ، وفيه أربع مسائل :

الأولى : إذا قال المكري : أكريتك هذا البيت شهر كذا بعشرة ، فقال : اكريت جميع الدار بالعشرة ، فإن لم يكن بينة تحالفا ، ثم يفسخ العقد أو ينفسخ على ما سبق في باب التحالف ، وعلى المستأجر أجره مثل ما سكن في الدار أو البيت ، فلو أقام أحدهما بينة دون الآخر ، قضى بالبينة ، فإن أقاما يبتين ، فقولان ، وقيل : وجهان أحدهما خرجه ابن سريج ، تقدم بينة المستأجر ، لاشتغالها على زيادة وهي اكتراء جميع الدار ، وأظهرهما ، وهو المنصوص : يتعارضان ، فيكون على قبولي التعارض ، وإن قلنا بالسقوط ، تحالفا ، وإن قلنا بالاستعمال . جازت القرعة على الصحيح ، وفي اليمين معها الخلاف السابق . وقال ابن سلسة : لا يقرع ، لأن القرعة عند تساوي الجانبين ، ولا تساوي ، لأن جانب المكري أقوى لملك الرقبة ، وأما الوقف والقصة : فلا يجبان هكذا أطبق عليه الأصحاب ، وفيه إشكال ، ونقل الماسرجسي قولاً أنه تجيء القصة في الملك ، والوقف في الأجرة . ولو اختلفا والزيادة في جانب المكري ، بأن قال : أكريتك بعشرين .

قال : بل بعشرة . فقول التعارض بحاله ، وعلى تخريج ابن سريج : بينة المكري راجحة للزيادة . ويترد ما ذكره في اختلاف المتبايعين إذا كان في بينة أحدهما زيادة ، ولو وجدت الزيادة في الجانبين بأن قال : أكريتك هذا البيت بعشرين . فقال : بل جميع الدار بعشرة ، فلا بن سريج رأيان ، الصحيح منهما : الرجوع إلى التعارض ، والثاني : الأخذ بالزيادة من الجانبين ، فيجعل جميع مكري بعشرين ، وهذا فاسد ، لأنه خلاف قول المتداعيين ، والشهود ، ثم قال العراقيون والروايي وغيرهم : هذا إذا كانت البيتان مطلقتين ، أو إحداهما مطلقة ، أو اتفق تاريخهما ، فإن اختلف بأن شهدت إحداهما أن كذا مكري من سنة من أول رمضان ، والأخرى من أول شوال ، فقولان ، أظهرهما وبه قطع العراقيون والروايي تقدم أسبقهما تاريخاً ، لأن العقد السابق صحيح ، ولا مخالفة ، والثاني تقدم المتأخرة ، لأن العقد الثاني ناسخ ، وربما تخللت إقالة ، قال صاحب « التقريب » وغيره : موضع القولين إذا لم يتفقا على أنه لم يجر إلا عقد ، فإن اتفقا عليه ، تعارضتا .

المسألة الثانية : في يده دار جاء رجلان ادعى كل واحد منهما أنني اشتريتها من صاحب اليد بكذا ، وسلمت الثمن ، وطالبه بتسليم الدار ، فإن أقر لأحدهما ، سلمت الدار إليه ، وهل يحلف الآخر ؟ قال الشيخ أبو الفرج : إن قلنا : إتلاف البائع كافة سماوية ، فلا ، وإن قلنا : كإتلاف الأجنبي ، وأثبتنا الخيار ، فأجاز ، وأراد أن يطلب من البائع قيمتها . بني التحليف على الخلاف في أنه لو أقر للثاني بعد الإقرار الأول هل يغرم فيحلف أم لا ؟ فلا^(١) وقد سبق نظائره ، وللآخر^(٢) أن يدعي الثمن فإنه كهلاك المبيع قبل القبض في زعمه ، وإن

(١) في الأصل : أم لاخلاف .

(٢) في الأصل : وللآخر .

أنكر ما ادعى ولا بينة ، حلف لكل واحد يميناً ، وبقيت الدار في يده ، وإن أقام أحدهما بينة ، سلمت الدار إليه ، وليس للآخر تلحيفه لتغريم العين ، لأنه لم يفوتها عليه ، إنما أخذت بالبينة ، وله دعوى الثمن ، وإن أقاما بينتين ، نظر ، إن كانتا مؤرختين بتاريخ مختلف ، قدم أسبقهما تاريخاً ، وإن لم تكونا كذلك ، فله حالان ، الأولى أن يستمر صاحب اليد على التكذيب ، فيتعارضان ، فإن قلنا بالسقوط سقطتا . وحلف المدعى عليه لكل واحد منهما ، كما لو لم يكن بينة ، وهل لهما استرداد الثمن ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ، هذا إذا لم تتعرض البينة لقبض المبيع ، فإن تعرضت ، فلا رجوع بالثمن ، لأن العقد استقر بالقبض ، وليس على البائع عهدة ما يحدث بعده ، وإن قلنا بالاستعمال ، فالأشهر أنه لا يجيء الوقف ، والأصح مجيئه ، فتتزع الدار من يده ، والثمنان ، ويوقف الجميع ، وإن قلنا بالقرعة ، فمن خرجت قرعته . سلمت إليه الدار بالثمن الذي سماه ، واسترد الآخر الثمن الذي أداه . وإن قلنا بالقسمة ، فلكل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن الذي سماه ، ولهما خيار الفسخ ، لأنه لم يسلم جميع المعقود عليه ، فإن فسخا ، استردا جميع الثمن المشهود به ، وإن أجاز ، استرد كل واحد نصف الثمن المشهود به بناء على الأظهر ، وهو أن الإجازة بالقسط ، ويجوز أن يجيز أحدهما ، ويفسخ الآخر ، ويسترد جميع الثمن . ثم إن سبقت الإجازة الفسخ ، رجع المجيز بنصف الثمن ، وليس له أن يأخذ النصف المردود ، ويضمه إلى ما عنده ، لأنه حين أجاز ، رضي بالنصف . وإن سبق الفسخ الإجازة ، فهل للمجيز أخذ الجميع ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، لأننا نفرع على قول القسمة ، فلا يأخذ إلا ما اقتضته ، والمردود يعود إلى البائع ، وأصحهما ، وبه قطع العراقيون له ذلك ، لأن

بينته قامت بالجمع ، وقد زال المزاحم ، ونقل الربيع قولاً : ان البيعين مفسوخان ، وروى باطلان ، وهو معنى مفسوخان هنا ، ويعمل بمقتضى قول المدعى عليه ، وامتنع جماعة من جعله قولاً ، منهم من غلظه ، ومنهم من قال : هو تخريج له .

الحالة الثانية : أن يصدق صاحب اليد أحدهما ، فعلى قول السقوط تسلم الدار للمصدق ، وكأنه أقر له ولا بينة ، وعلى قول الاستعمال وجهان ، قال ابن سريج : يقدم المصدق ، وكأنه نقل إليه يده ، فصار معه يد وبينة ، والأصح المنع لاتفاق البيتين على إسقاط يده ، واتزاع المال منه باتفاق الأقوال ، واليد المزالة لا يرجع بها ، فعلى هذا هو كما لو لم يصدق واحد منهما . ثم إن الأصحاب لم يفرقوا فيما إذا لم تكن البيتان مختلفتي التاريخ بين أن يكونا مطلقتين أو متحدتي التاريخ أو إحداهما^(١) مطلقة ، والأخرى مؤرخة ، بل صرحوا بالتسوية ، إلا أن أبا الفرج الزاز استدرك ، فقال : هذا إذا لم يقدم المؤرخة على المطلقة ، فإن قدمناها ، قضينا^(٢) لصاحبها ولا تجيء الأقوال .

عن الشيخ أبي عاصم : لو تعرضت إحدى البيتين ، لكون الدار ملك البائع وقت البيع ، أو لكونها ملك المشتري الآن كانت مقدمة ، وإن لم يذكر تاريخاً . ولو ذكرت إحداهما ، نقد الثمن دون الأخرى كانت مقدمة ، سواء كانت سابقة ، أم مسبوقة ، لأن التعرض للنقد

(١) في الأصل : أحدهما .

(٢) في الأصل : قضينا .

يوجب التسليم ، والأخرى لا توجب لبقاء حق الحبس^(١) للبائع ،
فلا تكفي المطالبة بالتسليم .

فرع

في يده دار جاء اثنان يدعيانها ، قال أحدهما : اشتريتها من زيد
وهي ملكه وقال الآخر : اشتريتها من عمرو وهي ملكه ، وأقام كل واحد
بينة بما يقوله . فهما متعارضتان ، فإن قلنا بالسقوط . فكأنه لا بينة ،
ويحلف صاحب اليد لكل واحد يميناً ، وإن قلنا بالاستعمال . ففي مجيء
قول الوقف الخلاف السابق . ويجيء قولاً القرعة والقسمة والتفريع
كما سبق ، إلا أن^(٢) على قول القسمة إذا اختار أحدهما فسخ العقد ،
والآخر إجازته لا يكون للمجيز أخذ النصف الآخر ، سواء تقدم الفسخ
أو الإجازة إذا ادعى الشراء بين شخصين . لأن المردود يعود إلى غير من
يدعي المجيز الشراء منه ، فكيف يأخذه . وحيث أثبتنا الخيار على قول
القسمة ، فذلك إذا لم تتعرض البينة لقبض المبيع ، ولا اعترف به المدعي ،
وإلا فإذا جرى القبض ، استقر العقد ، وما يحدث بعده ليس على البائع
عهده . وإنما شرطنا في صورة الفرع أن يقول كل واحد : وهي ملكه ،
لأن من ادعى مالاً في يد شخص ، وقال : اشتريته من فلان ، لم تسمع
دعواه حتى يقول : اشتريته منه وهو ملكه ، ويقوم مقامه أن يقول :
وتسلمته منه ، أو سلمه إلي ، لأن الظاهر أنه إنما يسلم ما يسلكه ، وفي
دعوى الشراء من صاحب اليد لا يحتاج أن يقول وأنت تملكه ، ويكتفى
بأن اليد تدل على الملك ، وكذا يشترط أن يقول الشاهد في الشهادة :
اشتراه من فلان وهو يملكه ، أو اشتراه وتسلمه منه ، أو وسلمه إليه .
قال الإمام : ويجوز أن يقيم شهوداً على أنه اشترى من فلان وآخرين

(١) في الأصل : للجنس .

(٢) في الأصل : الآن .

أن فلاناً كان يملكه إلى أن باعه . لكن هؤلاء ، شهدوا بالملك والمبيع جميعاً ، فكأن المراد إذا أقام شهوداً بالشراء وقت كذا ، وآخرين أنه كان يملكه إلى ذلك الوقت .

فروع

أقام أحد المدعين بينة أنه اشترى الدار من فلان . وكان يملكها . وأقام الآخر بينة أنه اشتراها من مقيم البينة الأولى . حكم ببينة الثاني . ولا يحتاج أن يقول المقيم البينة : وأنت تملكها . كما لا يحتاج أن يقول صاحب اليد . لأن البينة تدل على الملك كما أن اليد تدل عليه .

المسألة الثالثة : دار في يده جاء اثنان ، قال كل منهما : بعثك هذه الدار . وكانت ملكي بكذا ، فأد الثمن ، فإن أقر لهما . طوب بالثمنين . وإن أقر لأحدهما ، طوب بالثمن الذي سماه . وحلف للآخر . وإن أنكر ما ادعياه ، ولا بينة حلف لهما يمينين ، وإن أقام أحدهما بينة قضي له . وحلف للآخر ، وإن أقاما بينتين ، نظر إن أرختا تاريخين مختلفين ، لزمه الثمنان ، لإمكان الجميع . وإن اتحد تاريخهما بأن أرختا بطلوع الشمس ، أو زوالها ، تعارضتا ، لامتناع كونه ملكاً في وقت واحد لهذا وحده ، ولذاك وحده ، فعلى قول السقوط كأنه لا بينة ، وعلى القرعة يقرع ، فمن خرجت قرعته ، قضي له بالثمن الذي شهدت به بينة ، وللآخر تحليفه بلا خلاف ، لأنه لو اعترف به بعد ذلك لزمه . وعلى القسمة لكل واحد نصف الثمن الذي سماه ، وكأن الدار لهما وباعاه بشمين متفقين أو مختلفين ، وفي مجيء الوقف الخلاف السابق ، والمذهب مجيئه . وإن كانت البيتان مطلقتين أو إحداها مطلقة . والأخرى مؤرخة ، فوجهان ، أصحهما أنهما كمختلفتي التاريخ ، فيلزمه الثمنان لإمكان الجمع . والثاني : أنهما كمتحدتي التاريخ ، لأن الأصل

براءة ذمة المشتري ، فلا يلزمه إلا اليقين ، وبهذا قال القاضي أبو حامد ، وابن القطان ، فعلى هذا يعود خلاف التعارض وفيه طريق ثان^(١) وهو القطع بالوجه الأول ، وقيل : إن شهدت البيتان على الإقباض مع البيع ، وجب الثمنان قطعاً ، ولو شهدت البيتان على إقرار المدعى عليه بما ادعى ، فالصحيح أن الحكم كما لو قامت على البيعين ، فينظر أقامتا على الإقرار مطلقاً ، أم على الإقرار بالشراء من زيد في وقت ، ومن عمرو كذلك ، وقيل : يجب الثمنان ، وإن كانت الشهادة على الإقرارين مطلقاً ، وما ذكرناه من أنهما إذا أرختا تاريخين مختلفين يلزمه الثمنان يشترط فيه أن يكون بينهما زمن. يمكن فيه العقد الأول ، ثم الانتقال من المشتري إلى البائع الثاني ، ثم العقد الثاني ، فإن عين الشهود زمناً لا يتأتى فيه ذلك ، لم يجب الثمنان ، قال الإمام : ولو شهد اثنان أنه باع فلاناً في ساعة كذا ، وشهد آخران أنه كان ساكناً تلك الحالة ، أو شهد اثنان أنه قبل فلاناً ساعة كذا ، وآخر أنه كان ساكناً تلك الحالة لا يتحرك ولا يعمل شيئاً ، ففي قبول الشهادة الثانية وجهان ، لأنها شهادة على النفي ، وإنما تقبل شهادة النفي في المضائق ، وأحوال الضرورات ، فإن قبلناها ، جاز التعارض .

قلت : الأصح القبول ، لأن النفي المحصور ، كالإثبات في إمكان الإحاطة به . **والله أعلم**

فرع

قال الأكثرون : صورة المسألة أن يقول كل واحد : بعثك كذا

(١) في الأصل : طريقان .

وهو ملكي وهكذا لفظ الشافعي رحمه الله في « المختصر » وقال أبو
الفياض^(١) : لا يشترط ذلك ، وإذا قلنا بالقسمة عند التعارض . فقسم
الثلث بلا خيار لصاحب اليد ، لأنه حصل له تمام البيع . ولا غرض له
في عين البائع ، وقال ابن القطان : له الخيار ، فقد يرضى بعاملة واحد
دون اثنين .

المسألة الرابعة : عبد في يد رجل ، ادعى أن سيده أعتقه ، وادعى
رجل أنه باعه إياه بكذا ، وأنكر صاحب اليد ما ادعياه ، ولا بينة حلف
لهما يمينين ، وإن أقر بالعتق ، ثبت العتق ، ولم يكن للمشتري تحليفه .
وإن قلنا : إتلاف البائع كالألف السماوية ، لأنه بالإقرار متلف قبل
القبض ، فينسخ البيع ، لكن لو ادعى تسليم الثمن ، حلف له
وإن أقر بالبيع ، قضى به ، وليس للعبد تحليفه ، لأنه لو اعترف به ،
لم يقبل ، ولم يلزمه غرم ، قال الروياني : وليس لنا موضع يقر لأحد
المدعين ، ولا يحلف للآخر قولاً واحداً إلا هذا ، وإن أقام كل واحد
بينة ، نظر إن اختلف تاريخهما ، قضى بأسبقهما ، وإن اتحد تعارضتا ،
وفيهما القولان ، فإن قلنا بالسقوط ، فهو كما لو لم يكن ، وإن قلنا
بالاستعمال ، ففي مجيء قول الوقف الخلاف السابق ، وإن قلنا بالقرعة
قضى لمن خرجت له ، وإن قلنا بالقسمة ، عتق نصف العبد ، ونصفه
لمدعي الشراء بنصف الثمن ، وله الخيار ، فإن فسخ ، فالصحيح أنه
يعتق النصف الآخر أيضاً ، لأن البينة شهدت بإعتاقه الجميع ، وإنما لم
يحكم بموجبها لزحمة مدعي الشراء وقد زالت ، وقيل : لا يعتق وإن
أجاز ، فإن كان المدعى عليه معسراً ، لم يسر العتق ، وإن كان موسراً ،

(١) هو محمد بن الحسن البصري نزيل بغداد من فقهاء الشافعية ،
أخذ عن أبي حامد المروزي ، وتوفي في حدود سنة ٣٨٥ هـ .

فقولان ، أو وجهان، أحدهما : لايسري ، لأنه عتق قهراً، فأشبه ما لو (١)
ورث بعض قريبه (٢) ، وأظهرهما يسري ، لقيام البينة أنه أعتق باختياره ،
وقيل : لايجري قول القسمة هنا تحرزاً من تبغيض الحرية ، وصرح
المزني قولاً أنه يقدم بينة العتق ، لأن العبد في يد نفسه ، وبينه صاحب
اليده مقدمة وضعف الأصحاب هذا ، وامتنعوا من إثباته قولاً قالوا :
وإنما يكون في يد نفسه لو ثبتت حرته ، ولو كانت البينتان مطلقتين
أو إحداهما مطلقة ، والأخرى مؤرخة ، فهو كما لو اتحد تاريخهما ،
هذا هو المذهب ، وقيل : لايجري هنا قول السقوط ، لأن صدقهما
ممكن ، بأن باعه صاحب اليد لمدعي الشراء ، ثم اشتراه منه ، ثم أعتقه ،
وتصديق صاحب اليد بعد قيام البينتين لاوجب الرجحان إلا عند ابن
سريج كما سبق .

الطرف الثالث : في التداعي والتعارض في الموت والإرث ، وفيه
مسائل :

الأولى : مات رجل عن اثنين مسلم ونصراني ، فقال كل منهما :
مات على ديني ، فأرثه ، فلأب حالان ، الأولى أن يكون معروفاً
بالتنصر ، فقال المسلم : أسلم ثم مات ، وقال النصراني : مات على
ما كان ، فيصدق النصراني يمينه ، لأن الأصل بقاءه ، فإن أقاما
بينتين ، نظر إن أطلقنا ، فقالت (٣) إحداهما : مات مسلماً ، والأخرى
مات نصرانياً ، قدمت بينة المسلم ، لأن معها زيادة علم ، وهو انتقاله
من النصرانية ، فقدمت الناقلة على المستصحبة ، كما تقدم بينة الجرح

(١) في الاصل : كما

(٢) في الاصل : ورثته .

(٣) في الاصل : فقال .

على التعديل ، وكما لو مات عن ابن وزوجة ، فقال الابن : داره هذه ميراث ، وقالت : أصدقنيها أو باعنيها ، وأقاما بينتين ، فبينتها أولى ، وكما لو ادعى على مجهول أنك عبدي ، وأقام به بينة ، وأقام المدعى عليه بينة أنه كان ملكاً لفلان ، وأعتقه ، تقدم بينة المدعى عليه : لعلها بالانتقال من الرق إلى الحرية ، وعلى هذا قياس المسائل ، وإن قيدنا بأنه تكلم في آخر عمره كلمة ، وأقام المسلم بينة أنها كانت كلمة الإسلام ، وأقام الآخر بينة بأنها كانت النصرانية ، تعارضتا ، فعلى قول السقوط يسقطان ، ويصير كأن لا بينة ، فيصدق النصراني بيمينه ، وإن قلنا بالاستعمال ، فعلى الوقف يوقف ، وعلى القرعة يقرع ، فمن خرجت له ، فله التركة ، وعلى القسمة تقسم ، فيجعل بينهما نصفين كغير الإرث ، وقال أبو إسحاق : لاتجيء القسمة ، لأنها تكون حتماً بالخطأ يقيناً . لأنه لا يموت مسلماً كافراً ، وفي غير صورة الإرث لا يتحقق الخطأ في القسمة ، لاحتمال كون المدعى مشتركاً بينهما ، والصحيح الأول : وليست القسمة حكماً بأنه مات مسلماً كافراً ، بل لأن بينة كل واحد اقتضت كون جميع المال له ، ومزاحمتها الأخرى ، فعملنا بكل واحدة بحسب الإمكان ، قال العراقيون : وليست القسمة خطأ يقيناً ، لاحتمال أنه مات نصرانياً ، فورثاه ، ثم أسلم أحدهما . ولو قيدت بينة النصراني أن آخر كلامه النصرانية ، فهو كتنقييد البينتين .

الحالة الثانية : أن لا يكون الأب معروف الدين ، فإن لم يكن بينة ، نظر إن كان المال في يد غيرهما ، فالقول قوله ، وإن كان في يدهما ، حلف كل واحد لصاحبه وجعل بينهما ، وإن كان في يد أحدهما ، فوجهان ، أحدهما — وبه قال الشيخ أبو حامد والقاضي حسين وجماعته — القول قوله بيمينه ، والصحيح : أنه يجعل بينهما ، ولا أثر لليد بعد اعترافه بأنه كان للميت . وإن أقاما بينتين ، تعارضتا ، سواء أطلقنا

أو قيدنا • ويجيء في القسمة خلاف أبي إسحاق وقيل : تقدم بينة الإسلام ، لأن الظاهر من حال من هو في دار الإسلام • والمذهب الأول • ويصلي على هذا الميت ، ويدفنه في مقابر المسلمين ، ويقول : أصلي عليه إن كان مسلماً •

فرع

يشترط في بينة النصراني أن يفسر^(١) كلمة التنصر بما يختص به النصراني ، كقولهم : (ثالث ثلاثة) هل يجب في بينة الإسلام تفسير كلمته ، لأنهم قد يتوهمون ما ليس بإسلام إسلاماً ؟ وجهان • وإذا قلنا بالقسمة ، هل يحلف كل واحد من الاثنين للآخر ؟ وجهان ، الأصح : لا • وإذا قلنا بالقسمة ، فمات عن ابن وبنت ، فقال ابن سلمة : يقسم مناصفة ، وقال غيره : مثالثة ، والصواب : أنهما كرجلين ادعى أحدهما جميع دار ، والآخر نصفها ، وأقلاما^(٢) يئتين ، وقد سبق أن على قول القسمة للأول ثلاثة أرباعها ، وللآخر ربعها • ثم الموت على كلمة الإسلام يوجب إرث الابن المسلم ، لكن الموت على التنصر لا يوجب بمجرد إرث النصراني ، لاحتمال أنه أسلم ثم تنصر ، وكان التصوير فيما إذا تعرض الشهود لاستمراره على النصرانية حتى مات ، أو اكتفوا باستصحاب ما عرف من دينه مضموماً إلى الموت عليه ، وإن لم يتعرض له الشهود •

فرع

مات عن زوجة وأخ مسلمين وأولاد كفره ، فقال المسلمان : مات

(١) في الأصل : نفس •

(٢) في الأصل : واقام •

مسليماً ، وقال الأولاد : مات كافراً ، فإن كان أصل دينه الكفر ، صدق الأولاد^(١) . وإن أقاموا يئتين ، فإن أطلقنا ، قدمت بينة المسلمين ، وإن قيدنا ، فعلى الخلاف في التعارض . ويعود خلاف أبي إسحاق في جريان القسمة ، فإذا رجحنا طائفة ، قسم المال بينهم ، كما يقسم لو انفردوا . وإن جعلنا المال بين الطائفتين تفرعاً على القسمة ، فالنصف للزوجة وللأخ ، والنصف للأولاد ، وفيما تأخذ الزوجة من النصف وجهان ، أحدهما : ربه^(٢) وكأنه جميع التركة ، وبه قطع السرخسي . والثاني نصفه ، ليكون لها ربع^(٣) التركة ، لأن الأخ معترف به ، والأولاد لا يحجبونها باتفاقهما ، وبه قطع الإمام .

قلت : الأول أصح ، لأنها معترفة أيضاً باستحقاق الأخ ثلاثة أرباع التركة . والساعم

المسألة الثانية : مات نصراني وله ابنان مسلم ونصراني ، فقال المسلم : أسلمت بعد موت أبينا ، فالميراث بيننا . وقال النصراني : قبله ، فلا ترثه ، فلها ثلاثة أحوال ، إحداها : أن يقتصر على هذا القدر ولا يتعرض^(٤) لتاريخ موت الأب ، ولا لتاريخ إسلام المسلم . والثانية : أن يتفقا على وقت موت الأب كرمضان . وقال المسلم : أسلمت في شوال ، وقال النصراني : بل أسلمت في شعبان ، ففي الحالتين إن لم يكن بينة ، فالقول قول المسلم ، لأن الأصل بقاؤه على دينه ، حلف ويشتركان في المال . وإن أقام أحدهما بينة قضى بها . وإن أقاما

(١) في الأصل : للأولاد .

(٢) في الأصل : أربعة .

(٣) في الأصل : مع .

(٤) في الأصل : يتعارض .

بينتين ، قدمت بينة النصراني ، لأنها ناقلة من النصرانية إلى الإسلام في شعبان ، والأخرى مستصحبة لدينه في شوال ، فمع الأولى زيادة علم .

الحالة الثالثة : أن يتفقا على تاريخ إسلام المسلم ، فإن اتفقا على أنه أسلم في رمضان ، ولكن ادعى المسلم أن الأب مات في شعبان . وقال النصراني : مات في شوال ، صدق النصراني ، لأن الأصل بقاء الحياة . وإن أقاما بينتين ، قدمت بينة المسلم ، لأنها تنقل من الحياة إلى الموت في شعبان ، والأخرى تستصحب الحياة إلى شوال . وإن شهدت بينة النصراني في هذه الحالة الثالثة أنهم عاينوه حياً في شوال ، أو شهدت بينة المسلم في الحالتين الأوليين بأنهم كانوا يسمعون منه كلمة التنصر في نصف شوال مثلاً تعارضتا .

فرع

مات مسلم وله ابنان أسلم أحدهما قبل موت الأب بالاتفاق ، وقال الآخر : أسلمت أيضاً قبله . وقال المتفق على إسلامه : بل بعد موته ، فعلى الأحوال الثلاث ، فإن اقتصر على ذلك أو اتفقا على أن الأب مات في رمضان . وقال قديم الإسلام لحادث الإسلام : أسلمت في شوال . وقال الحادث : بل أسلمت في شعبان ، صدق قديم الإسلام . وإن أقاما بينتين ، قدمت بينة الحادث . وإن اتفقا أن الحادث أسلم في رمضان ، وقال قديم الإسلام : مات الأب في شعبان . وقال الحادث : بل في شوال ، فالمصدق الحادث ، والمقدم بينة قديم الإسلام ، وعلى هذا يقاس نظائر الصورة الأولى ، وصورة الفرع بأن مات الأب حراً ، واحد ابنه حراً بالاتفاق ، واختلفا هل عتق الآخر قبل موته أم بعده . ولو اتفقا في صورة الفرع أن أحدهما لم يزل مسلماً . وقال الآخر : لم أزل مسلماً أيضاً ، ونازعه الأول ، فقال : كنت نصرانياً ، وإنما أسلمت بعد موت الأب ، فالقول قوله انه لم يزل مسلماً ، لأن ظاهر الدار يشهد

له • ولو قال كل واحد منهما : لم أزل مسلماً ، وكان صاحبي نصرانياً
أسلم بعد موت الأب ، فوجهان خرجهما القفال • أحدهما : لاشيء لهما ،
لأن الأصل عدم الاستحقاق ، وأصحهما : يحلفان ، ويجعل المال بينهما ،
لأن ظاهر اليد يشهد لكل واحد فيما يقوله في حق نفسه •

فرع .

مات عن أبوين كافرين ، وابنين مسلمين ، فقال الأبوان : مات
كافراً ، وقال الابنان : مات مسلماً ، قال ابن سريج : فيه قولان ،
أشبههما بقول العلماء : أن القول قول الأبوين ، لأن الولد محكوم
بكفره في الابتداء تبعاً لهما ، فيستصحب حتى يعلم خلافه • والثاني :
يوقف المال حتى ينكشف الأمر أو يصطلح ، والتبعية تزول بالبلوغ
وحصول الاستقلال • وقيل : القول قول الابنين ، لأن ظاهر الدار
الإسلام •

قلت : الوقف أرجح دليلاً ، ولكن الأصح عند الأصحاب أن
القول قول الأبوين ، وأنكروا على صاحب « التبيه » ترجيحه قول
الابنين ، وهو ظاهر الفساد • والله أعلم

فرع

له زوجة وابن ماتا ، فاختلف الزوج وأخو المرأة ، فقال الزوج :
ماتت أولاً ، فورثتها أنا وابني ، ثم مات الابن ، فورثته • وقال الأخ :
مات الابن أولاً ، فورثت منه أختي ، ثم ماتت ، فأرث منها ، فإن لم
يكن بينة ، فالقول قول الأخ في مال أخته ، وقول الزوج في مال ابنته •
فإن حلفا أو نكلا ، فهي من صور استبهاام الموت ، فلا يورث ميت من
ميت ، بل مال الابن لأبيه ، ومالها للزوج والأخ • وإن أقاما بينتين ،

تعارضتنا ، وجرت أقوال التعارض . هذا إذا لم يتفقا على وقت موت أحدهما ، فإن اتفقا على وقت موت أحدهما ، واختلفا في أن الآخر مات قبله أم بعده ، صدق من قال : بعده ، لأن الأصل دوام الحياة . وإن أقاما بينتين ، قدمت بينة من قال : قبله ، لأن معها زيادة علم .

فرع

مات عن زوجه وأولاد ، فقالوا لها : كنت أمة ، فعتقت بعد موته ، أو ذمية ، فأسلمت بعد موته ، فقالت : بل عتقت وأسلمت قبله ، لهم المصدفون . وإن قالت : لم أزل حرة مسلمة ، فهي المصدقة ، لأن الظاهر معها . وفي قول : تصدق في الحرية ون الإسلام . وخرج قول : أن الأولاد يصدقون ، لأن الأصل عدم وراثتها .

المسألة الثالثة : سيد قال لعبد : إن قتلت ، فأنت حر ، وتنازع بعده العبد والوارث ، وأقام العبد بينة أنه قتل ، والوارث بينة أنه مات حتف أنفه ، فقولا ، أظهرهما : تقدم بينة العبد ، ومنهم من قطع به ، لأن معها زيادة علم بالقتل . والثاني : يتعارضان ، للمنافاة بينهما . فعلى هذا إن قلنا بالسقوط ، فكأنه لا بينة ، فيحلف الوارث ، ويستمر الرق . وإن قلنا بالقسم عتق نصفه ، أو بالفرغ إن خرجت له ، ورق إن خرجت للورث ، ولا يخفى الوقف . وإذا قدمنا بينة القتل ، فلا قصاص ، لأن الوارث ينكره . وإن قال : إن مات في رمضان فعبدى حر ، وأقام العبد بينة أنه مات في رمضان ، والوارث بينة أنه مات في شوال ، فعلى القولين أحدهما : التعارض ، وأظهرهما : تقدم بينة العبد ، لزيادة العلم بخدوث الموت في رمضان . وقال المزني : تقدم بينة الوارث ، لأن معها زيادة علم ، وهي بقاء الحياة إلى شوال . ومن حقه أن يطرد في نظائره المسألة السابقة واللاحقة . ولو أقام الوارث البينة أنه مات في شعبان ، فالقياس مجيء الخلاف وانعكاس القول الثاني

وقول المزني • ولو حكم القاضي بشهادة شاهدي رمضان ، ثم شهد آخر أنه مات في شوال ، فهل ينقض الحكم ، ويجعل كما لو شهدت البيتان معاً ؟ خرجه ابن سريج على قولين ، كما لو بان فسق الشهود بعد الحكم •

فرع

قال لسالم : إن مت في رمضان ، فأنت حر ، ولغانم : إن مت في شوال ، فأنت حر ، وأقام كل واحد بينة تقتضي حريته ، فقولان ، أحدهما : لا للتعارض ، والثاني : تقدم بينة سالم ، لأن معها زيادة علم وهي حدوث الموت في رمضان • وقال المزني وابن سريج : تقدم بينة غانم • فإن قلنا بالتعارض ، فعلى السقوط يرق العبدان ، وعلى القسمة يعتق من كل عبد نصفه ، ولو قال لسالم : إن مت من مرضي ، فأنت حر ، وقال لغانم : إن برئت منه ، فأنت حر ، وأقام سالم بينة بموته ، وغانم بينة ببرئه ، فهل تقدم بينة سالم أم غانم ، أم يتعارضان ؟ أوجه ، أصحهما : الثالث ، فيكون على الخلاف السابق في التعارض • وقيل : إذا وجد التعارض في مثل هذا غلبت الحرية •

قلت : معنى تغليبها أنه لا يحكم بسقوط البينتين • والله اعلم

فصل

من ادعى وراثه شخص ، وطلب تركته ، أو شيئاً منها ، فليبين جهة الوراثه من بنوة أو أخوة وغيرهما • وذكر السرخسي أن المذهب أنه لا يكفي لطلب التركة ذكر الجهة ، بل يذكر معها الوراثه ، فيقول : أنا أخوه ووارثه ، وإذا شهد عدلان من أهل الخبرة بباطن حال الميت أن هذا ابنه لا يعرف له وارثاً سواه ، دفعت إليه التركة • وإن شهدا لصاحب فرض دفع إليه فرضه ، ولا يطالبان بضمين • وذكر الفوراني أنه يشترط

هنا ثلاثة شهود ، كما ذكره في شهادة الإفلاس . والصحيح المعروف الأول . وإذا لم يكن الشهود من أهل الخبرة ، أو كانوا من أهلها ، ولم يقولوا : لا نعلم له وارثاً سواه ، فالشهود له إما أن لا يكون له سهم مقدر ، وإما أن يكون ، القسم الأول أن لا يكون ، فلا يعطى شيئاً في الحال ، بل يبحث القاضي عن حال الميت في البلاد التي سكنها أو طرقها ، فيكتب إليها الاستكشاف ، أو يأمر من ينادي فيها : إن فلاناً مات ، فإن كان له وارث ، فليأت القاضي ، أو ليعث إليه . فإذا بحث مدة يغلب على الظن في مثلها أنه لو كان له وارث هناك ، لظهر ولم يظهر ، دفع المال إلى المشهود له . وحكى السرخسي قولاً أنه لا يدفع إليه ، وقيل : إن كان ممن لا يجب كالابن ، دفع إليه ، وإن كان يجب كالأخ ، فلا ، والمذهب الأول . وإن دفع إليه ، فهل يؤخذ منه ضمين ؟ قولان ، أحدهما : يجب ، وأظهرهما : لا يجب ، لكن يستحب ، وقيل : لا يجب قطعاً ، وقيل : إن كان يجب ، وجب ، وإلا فلا ، وقيل : إن كان ثقة موسراً ، لم يجب ، وإلا فيجب .

القسم الثاني : أن يكون له سهم مقدر ، فإن كان ممن لا يجب ، دفع إليه أقل فرضه عائلاً من غير بحث ، فالزوجة تعطى ربع الثمن عائلاً ، لاحتمال أبوين وبتين وأربع زوجات ، والزوج يعطى الربع عائلاً ، لاحتمال أبوين وبتين معه ، والأب السدس عائلاً على تقدير أبوين ، وبتين وزوج أو زوجة ، وللام السدس عائلاً على تقدير أختين لأب ، وأختين لأم ، وزوج أو زوجة معها . ولو حضر مع الزوجة ابن ، أعطيت ربع الثمن غير عائل ، لأن المسألة لاتعمل إذا كان فيها ابن . ثم إذا بحث ولم يظهر غير المشهود له ، أعطي تمام حقه ، وفيه وجه أنه لا يعطى تمام حقه إلا أن تقوم بينة بخلاف الأخ ، فإنه لو لم يعط شيئاً ، لصار محروماً بالكلية ، والصحيح الأول ولا يؤخذ اضمين

للمشيقن ، وفي أخذه الزيادة انخلاف • وإن كان ممن يحجب ، لم يعط شيئاً قبل البحث ، وبعد البحث يعطى على الصحيح ، وفيه الوجه السابق فيمن له سهم مقدر وهو ممن يحجب • ولو قطع الشهود (١) بأنه لا وارث له سواه ، فقد أخطؤوا بالقطع في غير موضعه ، ولا تبطل به شهادتهم • ولو قالوا : هذا ابنه ، ولم يذكرو كونه وارثه ، فقد أطلق البغوي أنه لا يحكم بشهادتهم ، لأنه قد يكون ابناً غير وارث ، وجعل العراقيون هذه الصورة ، كما لو لم يكن الشهود من أهل الخبرة الباطنة ، أو كانوا ولم يقولوا : لا وارث سواه ، وقالوا : ينزع المال من يد (٢) من هو في يده بهذه الشهادة ، ويدفع المال إليه بعد البحث المذكور ، ونقلوا عن ابن سريج فيما إذا شهدوا بأنه أخوه ولم يذكروا الورثة ، أنه (٣) لا يعطى شيئاً بعد البحث ، لأن الابن لا يحجب غيره فقرابته مورثة والأخ يحجب غيره فقرابته غير مورثة بمجرد ما • وذكر الإمام في الابن ما ذكره العراقيون ، وحكى في الأخ وجهين ، فحصل فيهما وجهان •

فرغ

لو قالوا : لا نعرف له في البلد وارثاً سواه ، لم يعط شيئاً ، ولا يضح الظمان المذكور حتى يدفع إليه المال •

الطرف الرابع في العتق والوصية :

من الأصول المهمة أن من أعتق في مرض موته عبيدين • كل واحد منهما لث ماله على الترتيب ، ولم تجز الورثة ، يحصر العتق في الأول ، وإن أعتقهما معاً ، أقرغ ، فإن علم سبق أحدهما ، ولم يعلم غيره ، فهل يفرع بينهما ، أم يعتق من كل واحد نصفه ؟ قولان ،

(١) في الأصل : المشهود •

(٢) في الأصل : يده •

(٣) في الأصل : أم

أظهرهما : الثاني ، ودرج جماعة الأول . ولو علم عين السابق ، ثم جهلت . فقل بطرد القولين ، والمذهب القطع بأنه يعتق من كل عيسد نصلاً . ولو علق عتق عبيدين بالموت ، أو أوصى بينهما ومات ، وكل واحد ثلث ماله ، أقرع ، سواء وقع التعليقان أو الوصيتان معاً أو مرتباً . ولو قامت بينة أن المريض عتق ماله وبينه أنه أعتق غانماً ، وكل واحد ثلث ماله ، فإن أرختا تاريخاً مختلفاً ، عتق من أعتقه أولاً ، وإن اتحد تاريخهما ، أقرع ، وإن أطلقت إحداها ، ففي « التهذيب » أنه يقرع ، لاحتمال الترتيب والمعية . وقال جماعة منهم الإمام والغوالي : احتمال الترتيب أقرب ، وأغلب من احتمال المعية ، والسابق منهما غير معلوم . وإذا كان كذلك ، وتعارضتا ، وأطلقتا ، عرفنا أن أحد الصنفين سابق ، ولم نعرفه بعينه ، فيبيء القولان في أنه يقرع بينهما ، أم يعتق من كل عبد نصه ؟ ومن فروع القولين ما لو قامت البينتان كذلك ، لكن أحد العبدین^(١) سدس المال ، فإن قلنا بالفرعة ، فخرجت للعبد الخسيس ، عتق وعتق معه نصف الآخر ليكمل الثلث ، وإن خرجت للنفيس ، عتق وحده ، وإن قلنا هناك : يعتق من كل واحد نصفه ، فبهاذا وجهان ، الصحيح وبه قطع الأكثرون : يعتق من كل واحد ثلثاه ، كما لو أوصى لرجل ثلث ماله ، ولآخر بسدسه ، أعطى كل واحد ثلثي ما أوصى له به . والثاني : يعتق من النفيس ثلاثة أرباعه ، ومن الخسيس نصفه ، لأنه إن سبق عتق النفيس ، عتق كله ، وإن سبق الخسيس ، فنصف النفيس بعده جر ، فأخذ نصفه جر^(٢) على التقديرين والنزاع في النصف الثاني وهو قدر سدس المال ، فيقسم بينهما ، فيعتق من النفيس ربع آخر ، ومن الخسيس نصفه . ولو قامت بينتان بتعليق عتق عبيدين

(١) في الأصل : اختر العقبين .

(٢) في الأصل : حق .

بالموت أو بالوصية بإعتاقهما ، وكل واحد ثلث المال ، ولم تجز الورثة
أقرع بينهما ، سواء أطلقت البيتان أو أرختا ، لأن المعلقين بالموت
كالواقعين معاً في المرض . هذا هو المذهب . وقيل : قولان أحدهما :
يقرع ، والثاني : يعتق من كل عبد نصفه .

فصل

لا فرق في شهود العتق والوصية [بين] أن يكونوا أجانب ، أو
من ورثة المشهود عليه . فلو شهد أجنبيان أنه أوصى بعتق غانم ، وهو
ثلث ماله ، وشهد وارثان أنه رجع عن تلك الوصية ، وأوصى بعتق
سالم وهو ثلث ماله أيضاً ، قبلت شهادتهما على الرجوع عن الوصية
الأولى ، وثبتت^(١) بها الوصية الثانية ، لأنهما أثبتا للرجوع^(٢) بدلاً
يساويه ، فارتفعت التهمة عنهما ، ولا نظر إلى تبديل لولاء ، لأن الثاني
قد لا يكون أهدى لجمع المال ، وقد لا يورث بالولاء ، ومجرد هذا
الاحتمال لوردت به الشهادة ، لما قبلت شهادة قريب لمن يرثه . هذا
إذا كان الوارثان عدلين ، فإن كانا فاسقين ، لم يثبت الرجوع بقولهما ،
فيحكم بعتق غانم بشهادة الأجنبيين ، ويعتق من سالم قدر ما يحتمله
ثلث الباقي من المال بعد غانم ، وهو الثلثان ، وكأن غانماً هلك أو غصب
من التركة . فإن قال الوارثان : أوصى بعتق سالم ، ولم يتعرضا
للرجوع عن عتق غانم ، فالحكم كما سبق فيما لو كانت البيتان أجانب ،
فالمذهب القرعة . وقيل : قولان ، ثانيهما : يعتق من كل عبد نصفه .
ولو كانت المسألة بحالها ، لكن سالم سدس المال ، فالوارثان متهمان
برد العتق من الثلث إلى السدس ، فلا تقبل شهادتهما في الرجوع في
النصف الذي لم يثبتا له بدلاً . وفي الباقي الخلاف في تبعض

(١) في الاصل : يكتب .

(٢) في الاصل : الرجوع .

الشهادة ، فإن قلنا : لاتبعيض ، وبه أجاب الشافعي رضي الله عنه في هذه المسألة ردت شهادتهما فيه أيضاً ، ويعتق العبدان ، الأول بشهادة الأجانب ، والثاني بإقرار الورثة ، فإن لم يكونا جائزين ، عتق منه قدر ما يستحقانه ، فإن قلنا : تبعض ، عتق نصف الأول ، وكل الثاني . وحكي وجه أن الرجوع لا يتبعض ، فإذا لم يثبت في البعض ، لم يثبت في الباقي ، فتبقى الشهادة بالوصية بعتق العبدین ، فيقرع كما سبق ، وهذا الخلاف إذا لم يكن في التركة وصية أخرى . فإن كان أوصى بثلث ماله لرجل ، وقامت البيئتان الغانم وسالم كما ذكرنا ، قبلت شهادة الورثة بالرجوع عن وصية غانم ، لأن للورثة رد الزيادة على الثلث ، فليس في الشهادة على الرجوع تهمة ، فيجعل الثلث أثلاثاً بين الموصى له بالثلث ، وعتق سالم ، فيعطى الموصى له ثلث الثلث ، ويعتق من سالم ثلثاه ، وهو ثلث الثلث ، هكذا ذكروه ، لكن برد الزيادة على الثلث لا يوجب حرمان بعض أصحاب الوصايا ، بل يوزع عليهم الثلث . وقبول شهادة الثلث توجب إرقاق غانم وحرمانه ، وهو محل تهمة ، لتعلق الأغراض بأعيان العبيد . فإن كان الوارثان فاسقين ، عتق غانم بشهادة الأجانب ، وعتق سالم بإقرارهما . ولو كانت قيمة غانم سدس المال ، وسالم ثلثه ، قبل شهادتهما على الرجوع عن وصية غانم ، وأعتق سالم . فإن كانا فاسقين ، عتق الأول ، وعتق من سالم بقدر ثلث الباقي من المال ، وهو خمسة أسداس سالم ، وكان الأول تلف . ولو شهد أجنبيان أنه نجز عتق غانم في المرض ووارثان أنه نجز عتق سالم ، وكل منهما ثلث المال ، نظر ، إن كذب الوارثان الأجانبين وقالوا : لم يعتق غانماً ، وإنما عتق سالماً ، عتق العبدان [فإن] لم يكونا جائزين ، عتق من سالم قدر حصتهما ، واستدرك بعض المتأخرين فقال : قياس ما سبق أن لا يعتق من سالم إلا قدر ما يحتمله ثلث الباقي من المال بعد

عتق غانم ، وكان غانماً تلف ، وهذا حسن . وإن لم يكذباهما . بل
قالا : أعتق سالم ، ولا يدري هل أعتق غانماً أم لا . فإن كان
الوارثان عدلين ، فالحكم كما سبق فيما لو كان شهود العبدین
أجانب ، وإن كانا فاسقين ، عتق غانم بشهادة الشهود . وأما سالم ،
فقال الشيخ أبو حامد ، وتابعيه كثيرون : يعتق منه نصفه إذا
قلنا : يعتق من كل واحد نصفه لو كانا عدلين . وقال ابن الصباغ :
هذا سهو ، وصوابه أن يعتق خمسه ، وذكر توجيهه بطريق الجبر .
ولو شهد أجنبيان لغانم ، ووارثان لسالم كما ذكرنا ، إلا أن سالمأدس
المال ، فإن كذب الوارثان أجنبيين ، عتقا جميعاً ، وإن لم يكذباهما .
فإن كانا عدلين ، فهو كما لو كان شهود العبدین أجانب ، وقد سبق
بيناه . وإن كانا فاسقين ، فنقل البغوي أن الأول حر بشهادة الأجنبيين ،
ويقرع بينهما . فإن خرجت القرعة له : انحصر العتق فيه ، وإن خرجت
للمثاني ، عتق الأول بالشهادة ، وعتق من الثاني ثلث ما بقي من المال
بإقرار الوارثين ، قال : وقياس هذا أن يقرع أيضاً إذا كان كل عبد
ثلث المال والوارثان فاسقان ، وكان هذا جواب على قول القرعة فيما
إذا كان الشهود كلهم أجانب ، وما نقلناه عن الشيخ أبي حامد وغيره
على قول القسم .

مسألة

شهد اثنان أن فلاناً الميت أوصى لزيد بالثلث ، وآخران أنه أوصى
لبكر بالثلث ، فاثلت بينهما سواء ، فإن قال الآخران : رجع عن زيد ،
وأوصى لبكر بالثلث ، سلم له الثلث ، ويستوي في شهادة الرجوع
الوارث والأجنبي إذا جرى ذكر بدل . ولو شهد آخران أنه وجع عن
وصة بكر أيضاً ، وأوصى بالثلث لعمرو ، سلم الثلث له . ولو شهد
إثنان أنه أوصى بالثلث لزيد ، واثنان أنه أوصى لبكر ، ثم شهد

اثنان أنه رجع عن إحدى الوصيتين ، فإن عينا المرجوع عنها ، ثبت الرجوع ، وكان الثلث كله للآخر • وقال ابن القطان : ليس للآخر إلا السدس ، وإنما يكون له الثلث إذا ثبت أن وصيته وقعت بعد الرجوع عن الوصية الأخرى • إن لم يعين المرجوع عنها ، نص في « المختصر » أن الثلث بينهما • واختلف في وجهه ، فقال الجمهور : إيهام الشهادة بالرجوع يمنع قبولها ، كما لو شهد أنه أوصى لأحدهما ، وقال القفال : تقبل هذه الشهادة ، لأن الوصية تحتل الإيهام ، ويقسم الرجوع بينهما وكأنه رد وصية كل واحد إلى السدس ، فتظهر فائدة الخلاف فيما لو شهدت بينة أنه أوصى لزيد بالسدس ، وأخرى لعمر بالسدس أيضاً ، وأخرى أنه رجع عن إحدى الوصيتين ، فعلى قول الأكثرين : لا يقبل شهادة الرجوع المبهم ، ويعطى كل واحد السدس الموصى به ، وعلى قول القفال : تقبل وكأنه رجع عن نصف كل وصية ، فيعطى كل واحد منهما نصف سدس •

الباب السادس في مسائل منثورة تتعلق بأدب القضاء والشهادات والخاصة ، لأنها تتعلق ببعضها ببعض •

يوم الجمعة كغيره في إحضار الخصم مجلس الحكم ، لكن لا يحضر إذا صعد الخطيب المنبر حتى يفرغ من الصلاة ، واليهودي يحضر يوم السبت ، ويكسر عليه سبته •

شهد اثنان أنه غصت كذا ، أو سرقه غدوة ، وآخران أنه غصبه ، أو سرقه عشية ، تعارضتا ولا يحكم بواحدة منهما ، بخلاف ما لو شهد واحد هكذا ، وآخر هكذا ، حيث يحلف مع أحدهما ، ويأخذ الغرم ، لأن الواحد ليس بحجة فلا تعارض •

شهد واحد على إتلاف ثوب قيمته ربع دينار ، وآخر على إتلاف

ذلك الثوب بعينه ، وقال قيمته ثمن دينار ، يثبت الأقل^(١) وللمدعي أن يحلف مع الآخر . ولو شهد بدل الواحد والواحد اثنان واثنان ، ثبت الأقل أيضاً وتعارضتا في الزيادة . ولو شهد اثنان أن وزن الذهب الذي أتلفه نصف دينار ، وآخران أن وزنه دينار ، ثبت الدينار ، لأن مع شاهديه زيادة علم ، بخلاف الشهادة على القيمة ، فإن مدركها الاجتهاد ، وقد يقف شاهد القليل على عيب . ولو ادعى عبداً في يد رجل ، وأقام بينة أنه ولد أمته ، لم يقض له بها ، فقد تلد قبل أن تملكها ، فإن شهدت أنه ولد أمته ولدته في ملكه فنص^(٢) أنه يقضى له بهذه البينة ، وبه قطع الجمهور ، وخرج ابن سريج قولاً ، لأنها شهادة بملك سابق ، والمذهب الأول ، لأن النماء تابع للأصل . ولو شهدوا أن هذه الشاة تتجت في ملكه ، وهذه الثمرة حصلت في ملكه ، فهو كقولهم : ولدته أمته في ملكه ، ولا يكفي تتاج شاته ، وثمر شجرتة . ولو شهدوا أن هذا الفزل من غزله ، أو الفرخ من بيضه ، والدقيق من حنطته ، أو الخبز من دقيقه ، كفى ، لأن ذلك عين ماله تغيرت صفته ، بخلاف ولد الجارية والشاة . ولو أقام بينة على رق شخص ، وأقام المدعى عليه بينة أنه حر الأصل ، فبينة المدعي أولى ، لأن معها زيادة علم وهو إثبات الرق . ولو ادعى ديناً ، وشهد به اثنان ، لكن قال أحدهما متصلاً بشهادته : إنه قضاء ، أو أبرء منه ، فشهادته باطلة ، للقضاء ، وإن ذكره مفصلاً عن الشهادة ، فإن كان بعد الحكم لم يؤثر . وللمدعى عليه أن يحلف معه على القضاء والإبراء وإن كان قبل الحكم ، سئل : متى قضاء ؟ فإن قال : قبل أن شهدت ،

(١) على هامش الأصل نسخة : الاول ، وكذلك في إحدى نسخ الظاهرية .

(٢) في الأصل : قبض .

فكذلك الجواب عند ابن القاص . وذكر فيما إذا شهد على إقراره بالدين شاهدان ، ثم عاد أحدهما ، وقال : قضاء أو أبرأه بعد أن شهدت أن شهادته لا تبطل ، بل يحكم بالدين ويؤخذ ، إلا أن يحلف المدعى عليه مع شاهد القضاء والإبراء . والفرق أن هناك شهد على نفس الحق ، والقضاء والإبراء يتأنيانه ، فبطلت الشهادة ، وهنا شهد على الإقرار ، والقضاء والإبراء لا يتأنيانه ، فلا تبطل الشهادة . وحكي وجه أن شهادته على نفس الحق لا تبطل أيضاً ، والصحيح الأول ، ويقرب من هذا الخلاف ، الخلاف فيما لو ادعى ألفاً ، وشهد له شاهدان بألف مؤجل ، لكن قال أحدهما : قضى منه خمسمائة ، ففي وجه : لاتصح شهادتهما ، إلا في خمسمائة ، لكن للمدعي أن يحلف لباقي الألف مع الشاهد الآخر . وفي وجه : تصح شهادتهما على الألف ، وللمدعي عليه أن يحلف مع شاهد القضاء . وفي وجه ثالث : لا يثبت بشهادتهما شيء ، لأنهما لم يتفقا على ما ادعاه ، ويقرب منه قولان عن ابن سريج فيما لو شهد اثنان أن فلاناً وكل فلاناً ، ثم قال أحدهما : عزله بعد أن شهدت ، ففي قول : تبطل شهادته ، وفي قول : تثبت شهادة الوكالة ، فيعمل بها ، والعزل لا يثبت بواحد .

ادعى شريكان فأكثر حقاً على رجل ، فأنكر ، يحلف لكل واحد يميناً ، فإن رضي يمين واحدة ، ففي جوازه وجهان .

قلت : الأصح : المنع . والله أعلم

ولو شهد اثنان أنه أوصى بعق غانم ، وهو ثلث ماله ، فحكم الحاكم بعقته ، ثم رجعا عن الشهادة ، وشهد آخران أنه أوصى بعق سالم ، وهو ثلث ماله ، ولم يجز الورثة إلا الثلث ، قال البغوي : يقرع بينهما ، فإن خرجت القرعة للأول ، رق الثاني ، ويفرم الراجعان قيمة

الأول للورثة • وإن خرجت للثاني ، عتق ورق الأول ، ولا غرم على الراجعين ، لأنهما لم يتلقياه • قال : وعندي يعتق الثاني بلا قرعة ، وعلى الراجعين قيمة لأول للورثة • ولو شهد رجل أنه وكله بكذا ، وآخر أنه فوضه إليه ، أو سلطه عليه ، ثبتت الوكالة • ولو شهد أحدهما أنه قال • وكلتك بكذا ، والآخر أنه أقر بوكالته ، لم يثبت شيء • ولو شهد أحدهما أنه وكله بالبيع ، والآخر أنه وكله بالبيع وقبض الثمن ، ثبت البيع • ولو ادعى رجل على رجل أنه اشترى منه هذا العبد ، ونقده الثمن وأعتقه ، وأقام به بينة ، وادعى آخر أنه اشتراه ونقده الثمن ، وأقام به بينة ، تعارضتا ، وذكر العتق لا يقتضي ترجيحاً على الصحيح • وقيل : يرجح ، لأن العتق كالقبض ، نص في « الأم » أنه لو ادعى دابة في يد غيره ، وأقام بينة أنها له منذ عشر سنين ، ونظر الحاكم في سنهها ، فإذا لها ثلاث سنين فقط ، لم يقبل الشهادة ، لأنها كذب ، وأن المسنة^(١) الحائلة بين نهر شخص ، وأرض آخر ، يجعل بينهما كالجدار الحائل • ولو ادعى مائة درهم على إنسان ، فقال : قبضت خمسين ، لم يكن مقرراً بالمائة ، وكذا لو قال : قضيت منها خمسين • ولو اختلف الزوجان في متاع البيت ، فإن كان لأحدهما بينة ، قضى بها ، وإن لم يكن بينة ، فما اختص أحدهما باليد عليه حساً أو حكماً ، بأن كان في ملكه ، فالقول قوله فيه يمينه ، وما كان في يدهما حساً ، أو في البيت الذي يسكنانه ، فلكل واحد تحليف الآخر ، فإن حلفا ، جعل بينهما ، وإن حلف أحدهما دون الآخر ، قضى للحالف ، وسواء اختلفا في دوام النكاح ، أم بعد الفراق ، وسواء اختلفا هما أو ورثتهما ، أو أجدهما وورثة الآخر ، وسواء ما يصلح للزوج كالسيف والمنطقة ، أو للزوجة

(١) في الأصل : المنساة •

والحلي والغزل ، أولهما • ولو اختلف مالك الدار ، وساكنها بالإجارة في متاع الدار ، فالقول قول الساكن ، فإن تنازعا في رف فيها ، نظر ، إن كان مسمراً أو مثبتاً ، فالقول قول المالك ، وإلا فهو بينهما ، نص عليه • ولو تنازعا أرضاً ولأحدهما فيها زرع^(١) أو بناء أو غراس ، فهي في يده ، أو دابة أو جارية حاملاً ، والحمل لأحدهما بالاتفاق ، فهي في يده ، أو دار لأحدهما فيها متاع ، فهي في يده • فإن لم يكن المتاع إلا في بيت ، لم يجعل في يده إلا ذلك البيت ، هكذا ذكروه • ولو تنازعا عبداً ، ولأحدهما عليه ثياب ، لم يجعل صاحب يده في العبد ، لأن منفعة الثوب الملبوس تعود إلى العبد ، لا إلى المدعي • ولو قال رجل : استأجرت هذه الدار من زيد سنة في أول رمضان ، وقال آخر : استأجرتها منه سنة من أول شوال ، وأقام كل واحد بيته ، فقولان حكاهما الفوراني ، المشهور ، وبه قطع البغوي وغيره : تقدم بيته رمضان ، لسبق تاريخها • والثاني : بيته شوال ، لأنها ناسخة ، ويحتمل أنها تقايلا ، واستأجر الثاني في شوال ، ويجيء هذا في بيني البيع على ضيقه •

قامت بيته أن هذا ابنه لا يعرف له وارثاً سواه ، وبيته أن هذا الآخر ابنه لا يعرف له وارثاً سواه ، ثبت نسبهما ، فلعل كل بيته اطلعت على ما لم تطلع عليه الأخرى •

فصل

فيما جمع من فتاوى القفال وغيره • ان الضيعة^(٢) إذا صارت معلومة بثلاثة حدود ، جاز الاقتصار على ذكرها ، وهذا خلاف ما سبق في باب

(١) في الأصل : زرعاً •

(٢) في الأصل : الضيعة •

القضاء على الغائب من إطلاق ابن القاص . قال القفال : لكن لو ذكر الشهود الحدود^(١) الأربعة وأخطؤوا في واحد^(٢) ، لم تصح شهادتهم ، فترك الذكر خير من الخطأ ، لأنهم إذا أخطؤوا ، لم يكن بتلك الحدود ضيعة^(٣) في يد المدعى عليه ، وإذا غلط المدعي ، فقال المدعى عليه : لا يلزمي تسليم دار بهذه الصفة ، كان صادقاً . وإذا حلف ، كان باراً . وإن لم ينكر ، وقال : لا أمنعه الدار التي يدعيها ، سقطت دعوى المدعي ، فإن ذهب إلى الدار التي في يده ليدخلها ، فله أن يمنعه ، ويقول : هي غير ما ادعيت ، فأما إذا أصاب في الحدود ، فقال : لا أمنعك منها ، فليس له المنع إذا ذهب ليدخلها ، فإن قال : ظننت أنه غلط في الحدود ، لم يقبل ، وإن قال : إنما قلت : لا أمنعك ، لأن الدار لم تكن في يدي يومئذ ، وقد صارت في يدي وملكي ، قبل منه ، وله المنع إذا حلف . وفيه أن دعوى العبد على سيده أنه أذن له في التجارة لا تسمع إن لم يشتري ، ولم يبيع شيئاً . وإن اشترى ثوباً ، وجاء البائع يطلب الثمن من كسبه ، فأنكر السيد الإذن ، فللبائع أن يحلفه على نفي الإذن . فإن حلف ، فللعبد أن يحلفه مرة أخرى ، ليسقط الثمن عن ذمته . وإن باع العبد عيناً للسيد ، وقبض الثمن ، وتلف في يده فطلب المشتري تلك العين فقال السيد : لم أذن له في البيع ، حلف ، فإن حلف ، حكم بيطلاق البيع ، والعبد يحلفه لإسقاطه الثمن عن ذمته . وأنه لو ادعى ألفاً ، وأقام به شاهداً ، وأراد أن يحلف معه ، فأقام المدعى عليه شاهداً بأن المدعي أقر أنه لا حق له عليه ، فللمدعى عليه أن يحلف مع شاهده ، فإذا حلف ، سقطت دعوى المدعي . وأنه يجوز للمالك أن يدعي على

(١) في الاصل : حدود .

(٢) في الاصل : حدود آخر .

(٣) في الاصل : صيغة .

الغائب وعلى الغاصب من الغاصب ، فإن ادعى على الأول أنه يلزمه رد
 الثوب بصفة^(١) كذا ، أو قيمته كذا ، فليس على الغاصب أن يحلف أنه
 لا يلزمه ، لأنه إن قدر على الاتزاع ، لزمه الاتزاع والرد ، وإلا فعليه
 القيمة . وأنهم لو شهدوا أن هذه الدار اشتراها المدعي من فلان ، وهو
 يملكها ، ولم يقولوا : هي الآن ملك المدعي ، ففي قبول شهادتهم قولان ،
 كما لو شهدوا أنه كان ملكه أمس ، والمفهوم من كلام الجمهور قبولها .
 وأنه لو ادعى قصاصاً ، فاقترض الحاكم برواية راو روى حديثاً يوجب
 القصاص في الواقعة ، ثم رجع الراوي ، وقال : كذبت وتعمدت ، لم
 يجب القصاص عليه ، بخلاف الشهادة ، لأن الرواية لا تختص بالواقعة .
 وأنه لو غصب المرهون من يد المرتهن ، قال الراهن في دعواه على
 الغاصب : لي ثوب كنت رهنته عند فلان ، وغصبته منه ، ويلزمه الرد
 إلي . ولو اقتصر على قوله : لي عنده ثوب صفته كذا ، ويلزمه رده
 إلي ، جاز ولا بعد في قوله : يلزمه رده إلي ، لأن يد المرتهن يد الراهن .
 ولهذا لو نازعه رجل في المرهون ، كان القول قول الراهن ، وإن كان في
 يد المرتهن ، لأن يده يده ، وأن الغريب إذا دخل بلداً لا يجوز الشهادة
 بأنه حر الأصل ، إنما تجوز الشهادة أن فلاناً حر الأصل إذا عرف حال
 أبيه وأمه ، وعرف النكاح بينهما ، وتجوز الشهادة به ، وإن لم يشاهد
 الولادة ، كما تجوز الشهادة أنه ابن فلان ، وأنه لو ادعى داراً في يد
 رجل ، وأقام بينة أنه اشتراها منه ، وأقام صاحب اليد بينة أنه وهبها
 له ، ولم يتعرضا لتاريخ ، تعارضتا . وتظهر فائدة اختلافهما إذا ظهرت
 مستحقة أو معيبة ، وأراد الرد ، واسترداد الثمن . وأنه ادعى داراً في
 يد شخص ، وأقام بينة أنها ملكه ، فادعاه آخر ، وأقام بينة أنه اشتراها
 [من] رجل آخر يوم كذا ، ولم يقولوا : إنه كان يملكها يومئذ ، لكن

(١) في الأصل : نصفه .

أقام بينة أخرى أنه كان يملكها يومئذ ، سمعنا ، وصارتا كبينة ، فيحصل التعارض بينهما وبين بينة المدعي الأول . وأنه إذا ادعى داراً وأقام بينة أنها ملكه ، وتسلمها ، فادعاهما آخر بعد مدة يسيرة ، أو طويلاً ، وأقام بينة أنه اشتراها من المدعي عليه الذي كانت في يده ، وكان يملكها يومئذ ، قضى بالدار لهذا الأخير ، وإن كان لو أقام صاحب اليد البينة قبل الاقتراع منه ، فإنه لو كان بيده دار ، فادعى رجل أنه اشتراها من ثالث بعدما اشتراها الثالث من صاحب اليد ، وأنكر صاحب اليد ، فله أن يقيم بينة على البيعين ، وله أن يقيم على هذا بينة ، وعلى هذا بينة ، ولا بأس بالتقديم والتأخير . وأن الشهود إذا أرادوا أداء الشهادة بشراء دار ، تبدلت حدودها بعد الشراء قالوا : اشترى داراً من وقت كذا من فلان ، وهو يملكها ، وكان يومئذ ينتهي أحد حدودها إلى كذا ، والباقي إلى كذا ، ثم المدعي يقيم بينة بكيفية التبدل . وأنه لو ادعى داراً في يد رجل ، وأقام بينة أنها ملكه ، فقال القاضي : عرفت هذه ^(١) الدار ملكاً لفلان ، وقد مات ، وانتقلت إلى وارثه ، فأقم بينة على ملكك منه ، فله ذلك ، وتندفع بينته . وليكن هذا جواباً على أنه يقضي بعلمه . وأنه لو ادعى داراً في يد رجل ، أقام المدعي عليه : ليست الدار في يدي ، ولا أحول بينك وبينها ، فقد أسقط الدعوى عن نفسه ، فيذهب المدعي إلى الدار ، فإن لم يدفعه أحد ، فذاك ، وإن دفع ، ادعى على الدفع ، فلو قال المدعي : إنه يكذب في قوله : ليست في يدي ، ولا أحول ، لم يلتفت إليه . وأنه لو باع داراً ، فقامت بينة الحسبة أن أبا البائع وقفها ، وهو يملكها على ابنه البائع ، ثم على أولاده ، ثم المساكين ، زرعت من المشتري ، ويرجع بالثمن على البائع ، والغلة الحاصلة في حياة البائع تصرف إلى البائع إن كذب نفسه ، وصدق الشهود ، فإن أصر على إنكار

(١) في الأصل : وهذه .

الوقت ، لم تصرف إليه ، بل توقف ، فإذا مات ، صرفت إلى أقرب الناس إلى الواقف • ولو ادعى البائع أنه وقف ، لم تسمع بينته ، والتقييد بالبينة يشعر بسماع دعواه ، وتحليف خصمه • وقال العراقيون : تسمع بينته أيضاً إذا لم يكن صرح بأنه ملكه ، بل اقتصر على البيع • وقال الروياني : لو باع شيئاً ثم قال بعد : وأنا لا أملكه ، ثم ملكته بالإرث من فلان ، فإن قال حين باع : هو ملكي ، لم تسمع دعواه ، ولا بينته وإن لم يقل ذلك ، بل اقتصر على قول : بعتك ، سمعت دعواه ، فإن لم يكن له بينة ، حلف المشتري أنه باعه ، وهو ملكه ، قال : وقد نص عليه في «الأم» وغلط من قال غيره ، وكذا لو ادعى أن المبيع وقف عليه •

فصل

في فتاوى القاضي حسين رحمه الله أنه لو ادعى عليه عشرة ، فقال : لا يلزمني تسليم هذا المال اليوم ، لا يجعل مقراً ، لأن الإقرار لا يثبت بالمفهوم ، وإن بينتي الملك والوقف تتعارضان^(١) كبينتي الملك • وأنه لو ماتت وخلفت زوجاً وأخاً وأختان ، فادعى الزوج أن المتاع كله له ، جعل نصفين أحدهما للزوج بحكم اليد ، والثاني للميتة ، ويحلف الزوج^(٢) على النصف الذي يجعل له باليد ، كما لو كانت حية ، فادعت الكل ، فإن كان الأخ غائباً والأخت حاضرة ، حلف لها ، فإذا حضر ، حلف له ، فإن أقامت الأخت بينة أن الكل لها ولأخيها ، سمعت ، وثبت حق الأخ • وأن من حبسه^(٣) القاضي ، لا يجوز إطلاقه إلا برضى خصمه ، أو ثبوت إعدامه ، فإن ثبت ، أطلقه وإن لم يرض خصمه • وإذا

(١) في الأصل : تتعارضان •

(٢) في الأصل : على الزوج •

(٣) في الأصل : حبس •

أطلقه برضى الخصم ، فأراد إقامة بينة بإعدامه ، لم تسمع ، لأنه لاجبس عليه والحالة هذه ، بخلاف ما إذا استحق حبسه • وأن حق إجراء الماء على سطحه ، أو أرضه ، أو طرح الثلج في ملكه ، يجوز الشهادة به إذا رآه مدة طويلة بلا مانع ، ولا يكفي قول الشهود : رأينا ذلك سنين وإن كان ذلك مستند شهادتهم •

فصل

سئل الشيخ أبو إسحاق الشيرازي رحمه الله عن رجلين تنازعا داراً ، فأقام أحدهما بينة أنها ملكه ، وادعى الآخر أنها وقف عليه ، ولم يقم بينة ، فحكم القاضي لمدعي الملك ، ثم ادعى آخر وقفها ، فأقام مدعي الملك بينة على حكم القاضي له بالملك ، وأقام مدعي الوقف بينة بالوقف ، فرجح الحاكم بينة الملك ذهاباً إلى أن الملك الذي حكم به تقدم على الوقف الذي لم يحكم به ، ثم تنازع مدعي الملك ، وآخر يدعي وقفيتها ، فأقام مدعي الملك بينة لحكم الحاكم له بالملك ، وتقديم جانبه ، وأقام الآخر بينة بأن الوقف الذي يدعيه قضى بصحته قبل الحكم بالملك ، وبترجيحه على الوقف ، هل يرتد حكم الحاكم بذلك ؟ فقال : نعم يقدم الحكم بالوقف على الحكم بالملك [وينقض الحكم بالوقف الحكم بالملك] • وسئل عن اشترى ضيعة ، وبقيت في يده مدة ، فخرجت وفقاً وانتزعت : فقال : عليه أجرة المثل للمدة التي كانت في يده • وعن رجل وقف ملكاً ، وأقر أن حاكماً حكم بصحته ، ولم يسم الحاكم ولا عينه : ثم رجع عنه ورفع الأمر إلى حاكم يرى جواز الرجوع ، فهل له الحكم بنفوذ الرجوع ؟ قال : لا •

فصل

في فتاوى الغزالي أنه لو ادعى داراً في يد غيره ، فقال المدعى عليه :

اشتريتها من زيد ، فأقام المدعي بينة على إقرار زيد له بها قبل البيع :
 فأقام المدعى عليه بينة على إقرار المدعي لزيد بها قبيل البيع . وجعل
 التاريخ ، قررت الدار في يد المدعى عليه . وأنه إذا خرج المبيع مستحقاً ،
 فادعى المشتري على البائع وقال : سلت إليه في مجلس العقد ، فأنكر .
 وأراد إقامة البينة بأنه لم يقبض منه شيئاً في مجلس العقد ، لم تسمع
 هذه البينة . لأنها تشهد بالنفي . وإنما تسمع البينة بالنفي في مواضع
 الحاجة ، كالإعسار . وقد يقع التسليم في غفلة ولحظة يسيرة . وأنها
 إذا ادعت أنه نكحها وطلقها ، وطلبت نصف المهر . أو أنها زوجة فلان
 الميت ، وطلبت الإرث ، فمقصودهم المال ، فيثبت برجل وامرأتين .
 وبشاهد ويمين .

فصل

في فتاوى البغوي أنه لو ادعى نكاحها ، فأقرت بأنها زوجته منذ
 سنة ، ثم أقام آخر بينة أنها زوجته نكحها من شهر ، حكم للمقر له ،
 لأنه ثبت بإقرارها النكاح الأول ، فما لم يثبت الطلاق ، لا حكم للنكاح
 الثاني . وأنه لو تحاكم رجل وامرأة بكر إلى فقيه ليزوجها به ، وجوزنا
 التحكيم فيه ، فقال المحكم : حكمتي لأزوجك بهذا ، فسكتت كان
 سكوتها إذناً ، كما لو استأذنها الولي فسكتت . وأنه لو حضر عند
 القاضي رجل وامرأة ، واستدعت تزويجها به ، وقالت : كنت زوجة
 فلان فطلقني ، أو مات عني ، لا يزوجها ما لم يقم حجة بالطلاق أو الموت .

فصل

عن ابن القاص أن من أنكر الحلف بالطلاق الثلاث يحلف أنه
 ما قال لها : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ثلاثاً ، ولا هي بائن منه بثلاث .
 وقال الشيخ أبو زيد: يكفيها أنها لم تبين منه بثلاث . ووجه الأول أنه

قد يحلف متأولاً على مذهب الحجاج بن أرطاة وتابعيه أن الثلاث لا تقع
مجموعة ، أو على تصحيح الدور • ويجوز أن يقال : إن قال : لم تبني
مني ، حلف عليه ، وإن قال : لم أحلف بطلاقها ، حلف عليه •
حكى الهروي عن العبادي أن من ادعى عليه وديعة ، فقال :
لا يلزمني دفع شيء إليه ، لا يكون هذا جواباً ، لأن المودع لا دفع
عليه ، إنما يلزمه التخلية ، والجواب الصحيح أن ينكر أصل الإيداع ،
أو يقول : هلك في يدي ، أو رددته ، وهذا يخالف كلام الأصحاب ، إلا
تراهم يقولون : من جحد الوديعة [فقامت بينة بالإيداع ، فادعى تلفاً
أو رداً قبل الجحد ، نظر ، إن كانت صيغة جحده إنكار أصل الوديعة]
أم قال : لا يلزمني تسليم شيء إليك ، فيما أن يقدر خلاف ، أو يؤول
ما أطلقوه •

فت : الذي قاله ابن القاص صحيح ، وتأويل كلامهم متعين •
وهو أنهم أرادوا إذا جرى منه هذا اللفظ ، فحكمه كذا ، لأن القاضي
يقنع منه بهذا الجواب مع طلب الخصم الجواب • والله أعلم

وأنه إذا أقام بينة بأنه أجبر فلان لحفظ سفينته هذه بدينار ،
وأقام صاحب السفينة بينة أنه أجبر إياها بدينار ، تعارضتا ، وأنه لو
شهد عليه اثنان بالقتل في وقت معين ، وآخران أنه لم يقتل في ذلك
الوقت لأنه كان معنا ، ولم يغيب عنا ، تعارضتا ، وقد سبق من نظائر
هذا ما يخالفه •

فت : يعني أن البينة الثانية شهدت بالنفي ، وقد سبق أن شهادة
النفي لا تقبل إلا في مواضع الضرورة ، كالإعسار • هذا مراد الرافعي
هنا ، وقد تقدم في الفصل السابق عن فتاوى الغزالي ما يوافقه ، ولكنه
ضعيف مردود ، بل الصواب أن النفي إذا كان في محصور يحصل
العلم به ، قبلت الشهادة به ، وقد سبق ذكره لهذه المسألة في الشهادات •

والله أعلم

وأن من أراد أن يدعي ، ويقيم البيئة من غير أن يعترف للمدعي عليه باليد ، فطريقه أن يقول : الموضع الفلاني ملكي ، وهذا يمنعني منه تعدياً ، فمره يمكنني منه . وأنه لو شهد شاهدان أن الكلب ولغ في هذا الإناء ولم يلغ في ذلك وآخرا بصدده ، تعارضا ، فلو لم يقولوا : لم يلغ في ذلك فالإنا^(١) نجبسان ، وهذه شهادة على إثبات ونفي ، ويمكن التعارض بلا نفي ، بأن يعينا وقتاً لا يمكن فيه إلا ولوغ واحد . قلت : هذه المسألة ذكرتها في كتاب الطهارة مستوفاة مختصرة ، وفي هذا الذي ذكره العبادي فيها من إثبات التعارض تصريح بقبول شهادة النفي في المحصور كما سبق قريباً . والله أعلم

الباب السابع في دعوى النسب وإلحاق القائف :

مقصود الباب الكلام في القائف وشرطه . أما الاستلحاق وشروطه فسبق ذكره في كتاب الإقرار واللقيط . وفي الباب ثلاثة أركان : الأول : المستلحق ، وقد سبق في كتاب اللقيط أن المذهب صحة استلحاق العبد والعتيق دون المرأة على الأصح ، وسبق هناك جمل من أركانه .

الركن الثاني : الملحق ، وهو القائف ، وليكن فيه صفات بعضها واجب قطعاً ، وبعضها مختلف فيه ، فيشترط فيه أهلية الشهادة ، فيكون مسلماً بالغاً عاقلاً عدلاً ، والأصح اشتراط حريته وذكورته ، وأنه يكفي واحد ، ونص عليه . وقيل : يشترط اثنان . وأنه لا يشترط كونه من مدليج ، بل يجوز من سائر العرب ومن العجم . قال ابن كج : ولا يجوز أن يكون أعمى ، ولا أخرس ، قال : ولو كان [ابن] أحد المتداعيين ، فألحقه بغير أبيه ، قبل ، وإن ألحقه بأبيه ، لم يقبل . ولو كان عدو أحدهما ، فألحقه به ، قبل . وإن ألحقه بالآخر ، فلا ، لأنه

(١) في الأصل : فالائنان .

كالشهادة على العدو • ولو كان القاضي قائفاً ، فهل يقضي بعلمه ؟ فيه الخلاف في القضاء بعلمه ، ويشترط كونه مجرباً • وكيفية التجربة : أن يعرض عليه ولد في نسوة ليس فيهن أمه ، ثم في نسوة ليس فيهن أمه ، ثم في نسوة ليس فيهن أمه ، فإذا أصاب في الكل ، صار مجرباً • وقبل قوله بعد ذلك • وهل تختص التجربة بالأُم ، أم يجوز أن يعرض عليه المولود مع أبيه في رجال ؟ وجهان ، الأصح المنصوص : الثاني • وبه قطع العراقيون وغيرهم ، لكن العرض مع الأم أولى • وأما تكرار العرض ثلاثاً ، فقد جعله الشيخ أبو حامد وأصحابه شرطاً • وقيل : يكفي مرة • وقال الإمام : لا معنى لاعتبار الثلاث ، بل المعتبر غلبة الظن ، بأقواله عن خبرة لا عن اتفاق ، وهذا قد يحصل بدون الثلاثة • وإذا حصلت التجربة ، اعتمدنا إلحاقه ، ولا تجدد التجربة لكل إلحاق •

الركن الثالث : الولد الملحق ، ويعرض على القائف في موضعين : أحدهما : أن يتنازع اثنان مولوداً مجهولاً من لقيط أن غيره ، فيعرض على القائف كما سبق في اللقيط • والثاني : أن يشترك اثنان فأكثر في وطء امرأة ، فتأتي بولد لزمان يسكن كونه منهما ، ويدعيه كل منهما فيعرض على القائف • ويتصور الاشتراك في الوطء على الوجه المذكور من وجوه • منها : أن يطأها كل منهما بالشبهة بأن يجدها بفراشه • فيظنها زوجته أو أمته ، فلو كانت في نكاح صحيح ، فوطئت بشبهة ، فوجهان ، قال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ : يلحق الولد بالزوج ، لأنها فراشه ، والفراش أقوى من الشبهة ، كما لو طلقها وانقضت عدتها ، ونكحت ، وولدت تلحق بالثاني وإن أمكن كونه من الأول ، لأنها فراش الثاني ، والأصح على ما ذكره الروياني وغيره ، وبه قطع الإمام :

أنه يعرض على القائف ، ويكون لمن ألحقه به ، بخلاف صورة الاشتهاد لأن العدة أمانة ظاهرة في البراءة عن الأول ، وهنا بخلافه •

ومنها : أن يطأ زوجته في نكاح صحيح ، ثم طلقها ، فيطأها آخر بشبهة ، أو في نكاح فاسد ، بأن ينكحها في العدة جاهلاً بها •

ومنها : أن يطأها اثنان في نكاحين فاسدين ، وأن يطأ الشريكان المشتركة ، وأن يطأ أمته ويبيعها ، فيطأها المشتري ، ولا يستبرئ واحد منهما • فإذا وطئ اثنان في بعض هذه الصور في طهر ، فولدته لما بين أربع سنين وستة أشهر من الوطأين ، وادعياء جميعاً ، عرض على القائف ، فإن تخلل بين الوطأين حيضة ، فهي أمانة ظاهرة في حصول البراءة عن الأول ، فينقطع تعلقه ، إلا أن يكون الأول زوجاً في نكاح صحيح ، والثاني واطئاً بشبهة أو نكاح فاسد ، فلا ينقطع تعلق الأول ، لأن إمكان الوطء مع فراش النكاح قائم مقام نفس الوطء والإمكان حاصل بعد الحيضة • وإن كان الأول زوجاً في نكاح [فاسد] ، ففي انقطاع تعلقه بتخلل الحيضة قولان ، أظهرهما : الانقطاع ، لأن المرأة لا تصير فراشاً في النكاح الفاسد إلا بحقيقة الوطء ، وسواء كان المتنازعان والواطئان مسلمين وحرين ، أو مختلفي الحال •

فصل

لو استلحق صبيّاً في يده ، أولاً في يده ، فبلغ وانتفى منه ، هل يندفع نسبه ؟ فيه وجهان سبقا في الإقرار واللقيط • فإن استلحق بالغاً فأنكر . فقد سبق أنه لا يلحقه ، وإلحاق القائف والحالة هذه ليس بحجة • فلو سكت البالغ ، فقد ذكر الغزالي أنه يلحقه القائف ، وهذا لم أجده لغيره إذا لم يكن هتاك إلا واحد عليه ، لكن لو ادعاه اثنان في موضع الاشتباه ، فسكت ، عرض على القائف • فلو وافق أحدهما ، لحقه •

ولا يقبل قول القائف بخلافه • ولو ادعى اثنان صبياً مجهولاً ، ففيه
تفصيل سبق في اللقيط •

فصل

ادعى نسب مولود على فراش غيره بسبب وطء شبهة ، فإن
قلنا : وطء الشبهة لا أثر له إذا كانت المرأة فراشاً لزوج ، والولد ملحق
بالزوج ، لم تسمع دعواه • وإن قلنا : له أثر ، لم يكف اتفاق الزوجين
عليه ، بل لا بد من البينة على الوطاء لأن للولد حقاً في النسب •
واتفاقهما ليس حجة عليه ، فإذا قامت البينة ، عرض على القائف ، فإن
كان المدعي نسبه بالغاً ، واعترف بجريان وطء الشبهة ، وجب أن
يكفي • وإذا استلحق مجهولاً ، وله زوجة ، فأنكرت ولادته ، فهل
يلحقها باستلحاقه ؟ وجهان ، الصحيح : لا ، لجواز كونه من وطء شبهة
أو زوجة أخرى • ولو استلحق مجهولاً ، وله زوجة ، فأنكرت ولادته ،
واستلحقته امرأة لها زوج ، فأنكره ، فهل أمه الأولى أم الثانية ، أم
يعرض على القائف فيلحقه بإحداهما^(١) ؟ فيه أوجه • ولو كانت
الصورة بحالها ، وأقام كل واحد بينة ، فهل بينته أولى من بينتها^(٢)
أم يتعارضان ، أم يعرض على القائف ، فإن ألحقه بالرجل لحقه ولحق
زوجته ، وإن ألحقه بالمرأة لحقها دون زوجها ؟ فيه أربعة أوجه حكاهما
الصيقلاني عن ابن سريج •

فصل

إذا لم يجد قائفاً ، أو تحيراً ، وألحقه بهما ، أو نفاه عنهما ، وقفناه
حتى يبلغ ، فإذا بلغ أمر بالاتساق إلى أحدهما بحسب الميل الذي

(١) في الأصل : فإن ألحقه بإحداها •

(٢) في الأصل : فهل أولاً أم بينتها •

يجده ، فإن امتنع ، حبس ليختار ، وإذا اختار ، كان اختياره كإلحاق
القائف . وإن قال : لا أجد ميلاً إلى أحدهما ، بقي الأمر موقوفاً ، ولا
عبرة باختياره قبل البلوغ . وقيل : يخير المميز ، وقد سبق هذا في
اللقيط . ولو ألحقه القائف بأحدهما ، ثم رجع وألحقه بالآخر ، أو
ألحقه بآخر قائف آخر ، لم يقبل قوله على الصحيح . وقيل : إذا ألحقه
قائف بهذا ، وآخر بذلك ، تعارضا ، وصار كأن لا قائف . وأنه إذا رجع
القائف ، فإن كان بعد الحكم بقوله ، لم يلتفت إليه . وإن رجع قبله
قبل رجوعه ، لكن لا يقبل قوله في حق الآخر لسقوط الثقة بقوله
ومعرفته .

فرع

إذا ألحقه بهما ، قال القفال : يستدل بذلك على أنه لا يعرف
لصنعة ، فلا يعتد بقوله بعده حتى يمضي زمان يمكن التعلم فيه فيمتحن
حينئذ ثم يعتمد .

فرع

إذا كانا توأمين ، فألحق القائف أحدهما بأحدهما ، والآخر
بالآخر . فهو كما لو ألحق الواحد بهما .

فرع

إذا انتسب المولود إلى أحدهما ، ثبت نسبه منه ، ولا يقبل
رجوعه ، وإن انتسب إليهما ، لغا ، وأمر بالانتساب إلى أحدهما . ولو
اختلف التوأمين في الانتساب ، لم يعتبر قولهما ، فإن رجع أحدهما
إلى قول الآخر ، قبل .

فصل

إذا وطئا في طهر ، فأنت بولد يمكن كونه منهما ، فادعاه أحدهما ،

وسكت الآخر ، أو أنكر ، فقولان : أحدهما : يختص بالمدعي ، كمال في يد اثنين ادعاه أحدهما دون الآخر ، يجعل له • وأظهرهما : يعرض على القائف ، لأن للولد حقاً في النسب ، فلا يسقط بالإنكار ، وإن أنكراه معاً ، عرض ولا تضييع لنسبه •

فرع

نفقة الولد إلى أن يعرض على القائف ، وفي مدة التوقف إلى الانتساب ، تكون عليهما ، فإذا ألحق بأحدهما ، رجع الآخر عليه بما أنفق ، وهل تجب النفقة في حال الاجتنان ؟ يبنى على أن الحمل هل يعلم ؟ إن قلنا : يعلم ، فنعم ، وإلا ، فلا • فإن أوجبناها ، فكان أحدهما زوجاً طلق ، والآخر وطئ بشبهة ، فإن قلنا : النفقة للحامل ، فهي على المطلق ، وإن قلنا : للحمل ، فعليهما حتى يظهر الأمر • وإن أوصى للطفل في وقت التوقف ، فليقبلها جميعاً •

فرع

إذا مات الولد قبل العرض ، فإن تغير ، فقد تعذر العرض • وإلا ، فإن دفن ، لم ينبش ، وإلا ، فوجهان ، أصحهما : يعرض ، لأن الشبه^(١) لا يزول بالموت • والثاني : لا ، لأن القائف قد يبنى على الحركة والكلام ونحوهما مما يبطل بالموت • ولو مات أحد المتداعيين ، عرض أبوه أو أخوه أو عمه مع الولد ، ذكره البغوي •

فرع

من الرعاة من يلتقط السخال في الظلمة ، ويضعها في وعاء ، فإذا أصبح ، ألقى كل سخلة إلى أمها ، ولا يخطئ لمعرفته • فقال

(١) في الاصل : الشبهة •

الاصطخري : يعمل بقول هذا الراعي إذا تنازعا سخلة ، والصحيح :
المنع ، وإنسا تثبت القيافة في الآدمي لشرفه وحفظ نفسه •

فرع

لو ألحقه قائف بأحدهما بالأشباه الظاهرة ، وآخر بالآخر بالأشباه
الخفية ، كالخلق وتشاكل الأعضاء ، فأيهما أولى ؟ وجهان ، أحدهما :
الثاني ، ولو ادعاه مسلم وذمي ، وأقام أحدهما بينة ، تبعه نسباً وديناً
وإن ألحقه القائف بالذمي ، تبعه نسباً لا ديناً ، ولا يجعل حضاتته للذمي •
ولو ادعاه حر وعبد ، وألحقه القائف بالعبد ، ثبت النسب ، وكان حراً ،
لاحتمال أنه ولد من حرة • وبالله التوفيق •

كتاب العتق

تظاهرت النصوص والإجماع على أنه قرينة ، ويصح من كل
مالك مطلق لا يصادف إعتاقه متعلق حق لازم لغيره ، فلا يصح إعتاق
غير مالك إلا بوكالة أو ولاية ، ولا إعتاق صبي ومجنون ومججور
عليه بسفه • وفي المججور عليه لفلس والراهن والعبد الجاني خلاف
سبق في التفليس ، والرهن والبيع • والمريض مرض الموت يعتبر إعتاقه
من الثلث • ولا يصح إعتاق الموقوف عليه الموقوف ، ويصح إعتاق
الذمي والحربي • وإذا أسلم عتيق الكافر ، فولأؤه ثابت عليه • ويصح
العتق بالصريح والكناية • أما الصريح ، فالتحرير والإعتاق صريحان ،
فإذا قال له : أنت حر ، أو محرر ، أو أحررتك ، أو أنت عتيق ، أو
معتق ، أو أعتقتك ، عتق • وإن لم ينو ، ولا أثر للخطأ في التذكير
والتأنيث ، بأن يقول للعبد : أنت حرة ، أو للامة : أنت حر • وفك
الرقبة صريح على الأصح • والكناية كقوله : لاملك لي عليك ، أو لا

سبيل ، أولا سلطان ، أولا يد ، أولا أمر ، أولا خدمة ، أو أزلت ملكي
عنك ، أو حرمتك ، أو أنت سائبة ، أو أنت لله . وصرائح الطلاق
وكناياته كلها كنايات في العتق . وقوله : أنت علي كظهر أمي كناية على
الأصح ، لاقتضائه التحريم ، كقوله : حرمتك . ولو قال : وهبتك
نفسك ، ونوى العتق ، عتق . فإن نوى التملك ، فعلى ما سنذكره إن
شاء الله تعالى في قوله : بعثتك نفسك . ولو كانت أمته تسمى قبل
جريان الرق عليها حرة ، فقال لها : يا حرة ، فإن لم يخطر ^(١) له النداء
باسمها القديم ، عتقت ، وإن قصد نداءها ، لم تعتق على الأصح ، وقيل :
تعتق ، لأنه صريح . ولو كان اسمها في الحال حرة ، أو اسم العبد حر
أو عتيق ، فإن قصد النداء ، لم يعتق . وكذا إن أطلق على الأصح . وفي
فتاوى الغزالي : أنه لو اجتاز بالمكاس ، فخاف أن يطالبه بالمكس عن
عبد ، فقال : إنه حر ليس بعبد ، وقصد الإخبار ، لم يعتق فيما بينه
وبين الله تعالى ، وهو كاذب في خبره . ومقتضى هذا أنه لا يقبل ظاهراً
وأنه لو قال : أفرغ من هذا العمل قبل العشاء ، وأنت حر ، وقال :
أردت : حر من العمل ، دين ، ولا يقبل ظاهراً . وأنه لو زاحمته امرأة
في طريق ، فقال : تأخري يا حرة ، فبانت أمته ، لم تعتق . ولو قال
لعبد : يا مولاي ، فكناية ، ولو قال له : يا سيدي ، فقال القاضي
حسين والغزالي : هو لغو . قال الإمام : الذي أراه أنه كناية .

فرع

قال لعبد غيره : أنت حر ، فهذا إقرار بحريته ، وهو باطل في
الحال . فلو ملكه ، حكمنا بعتقه مؤاخذاً له بإقراره . ولو قال لعبد
الغير : قد أعتقتك ، قال الغزالي : إن ذكره في معرض الإنشاء ، فلفو ،

(١) في الأصل : يحط .

أو في معرض الإقرار ، فيؤاخذ به إن ملكه • وقال القاضي حسين :
هو إقرار ، لأن « قد » يؤكد معنى المضي في الفعل الماضي • قال
الإمام : ومقتضى كلامه أن قوله : أعتقتك بلا « قد » لا يكون إقراراً
وإن كانت الصيغة في البوضع للماضي ، قال : وعندي لافرق بينهما •
والوجه أن يراجع ويحكم بموجب قوله ، فإن لم يفسر ، ترك ، وينبغي
أن لا فرق بين قوله : أنت حر ، وقوله : أعتقتك •

فرع

يصح تعليق العتق بالصفات والإعتاق على عوض ، قال : ولو
قال : جعلت عتقك إليك ، أو حررتك ، ونوى تفويض العتق إليه ،
فأعتق نفسه في الحال ، عتق • ولو قال : أعتقتك على كذا ، فقبل في
الحال ، أو قال العبد : اعتقني على كذا ، فأجابه ، عتق ، وعليه ما التزم •
ولو قال : أعتقتك على كذا إلى شهر ، فقبل ، عتق في الحال ، والعوض
مؤجل • ولو أعتقه على خمر أو خنزير ، عتق ، وعليه قيمته ، وكذا
لو قال : أعتقتك على أن تخدمني ولم يبين مدة ، أو تخدمني أبداً •
ولو قال : على أن تخدمني شهراً ، أو تعمل لي كذا ، وبينه ، فقبل ،
عتق ، وعليه ما التزم • ولو خدمه نصف [شهر] ومات ، فللسيد نصف
قيمه في تركته •

فروع

أكثرها عن ابن سريج رحمه الله • إذا قال : أول من دخل الدار
من عبيدي ، أو أي عبد من عبيدي دخل أولاً ، فهو حر ، فدخل
اثنان معاً ، ثم ثالث ، لم يعتق واحد منهم • أما الثالث ، فظاهر ،
والاثنان لا يوصف واحد منهما بأنه أول • ولو كان اللفظ والحالة

هذه : أول من يدخل وحده ، عتق الثالث • ولو دخل واحد لا غير •
فهل يعتق ؟ وجهان في تعليق الشيخ أبي حامد : أصحهما : نعم • ولو
قال : آخر من يدخل الدار من عبيدي حر ، فدخل بعضهم بعد بعض ،
لم يحكم بعتق واحد منهم إلى أن يموت السيد ، فيبين الآخر • ولو
قال لعبده : إن لم أحج [العام] فأنت حر ، فمضى العام ، واختلفا في
أنه حج ، فأقام العبد بينة أنه كان بالكوفة يوم النحر ، عتق خلافاً لأبي
حنيفة رحمه الله • ولو قال لعبديه : إذا جاء الغد ، فأحدكما حر ، فجاء
الغد ، عتق أحدهما ، وعليه التعيين • فلو باع أحدهما أو أعتقه ، أو
مات قبل مجيء الغد ، وجاء الغد والآخر في ملكه ، لم يتعين العتق •
لأنه لا يملك حينئذ إعتاقهما ، فلا يملك إعتاق أحدهما • ولو باعهما
أو أحدهما ، ثم اشترى من باع ، وجاء الغد وهما ملكه ، فعلى الخلاف
في عود الحث • ولو باع نصف أحدهما ، وجاء الغد وفي ملكه نصفه
الآخر ، فإنه يتعين ، فإن عين من نصفه له ، وقع النظر في السراية •
ولو قال : إذا جاء الغد وأحدكما في ملكي فهو حر ، فباع أحدهما ،
ثم جاء الغد والآخر في ملكه ، عتق • وإن باع أحدهما ونصف الآخر ،
وجاء الغد ، لم يعتق النصف الباقي ، لأنه لم يبق كل أحد منهما
في ملكه •

فصل

في خصائص العتق التي ينفرد بها عن الطلاق ، وهي خمس :
الأولى : السراية ، فمن أعتق بعض مملوك ، فإما أن يكون باقية له أو
لغيره • الحالة الأولى : أن يكون له ، فيعتق كله كما في الطلاق ، سواء
الموسر والمعسر • ولو أضاف إلى عضو معين ، كيد ، ورجل ، عتق كله ،
كالطلاق • وفي كيفية التكميل إذا أضاف العتق إلى الجزء الشائع
وجهان : أحدهما يحصل في الجزء المسمى ، ثم يسري إلى الباقي •

والثاني : يقع على الجميع دفعة ويكون إعتاق البعض عبارة عن إعتاق الكل . وإن أضافه إلى جزء معين ، فوجهان مرتبان ، وأولى بحصوله دفعة ، وقد سبق هذا الخلاف بتفاريقه في الطلاق .

ولو أعتق أمته الحامل بملوك له ، عتق الحمل أيضاً ، لا بالسراية . فإن السراية في الأشخاص ، لافي الأشخاص ، بل بطريق^(١) التبعية كما يتبعها في البيع ، إلا أن البيع يبطل باستثنائه ، والعتق لا يبطل لقوته . ولهذا لو استثنى عضواً في البيع : بطل ، بخلاف العتق . ولو أعتق الحمل ، عتق ، ولم يعتق الأم على لصحيح ، لأنها لا تتبعه . وقال الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني : تعتق بعتقه . ولو كانت الأم لواحد ، والحمل لآخر ، لم يعتق واحد منهما بعتق الآخر . ولو قال لأمته : إذا ولدت فولدك حر ، أو كل ولد تلدينه حر ، فقد ذكرنا في الطلاق أنها إن كانت حاملاً عند التعليق ، عتق الولد ، وإن كانت حائلاً ، عتق أيضاً على الأصح ، لأنه وإن لم يملك الولد حينئذ ، فقد ملك الأصل المفيد لملك الولد . ولو قال لأمته الحامل : إن كان أول من تلدينه ذكراً فهو حر ، وإن كانت أنثى فأنت حرة ، فولدت ذكراً وأنثى ، فإن ولدت الذكر أولاً ، عتق ، ورقت الأم والأنثى ، وإن ولدت الأنثى أولاً ، عتقت الأم والذكر أيضاً ، لكونه في بطن عتيقه ، وترق الأنثى ، لأن عتق الأم طراً بعد مفارقتها . وإن ولدتهما معاً ، فلا عتق ، إذ لا أول فيهما . ولو لم يعلم هل ولدتهما معاً أو مرتباً ، فلا عتق ، للشك . وإن علم سبق أحدهما ، وأشكل ، فالذكر حر بكل حال ، والأنثى رقيقة بكل حال ، والأم مشكوك فيها ، فيؤمر السيد بالبيان ، فإن مات قبل البيان ، فالأصح أنها رقيقة ، عملاً بالأصل . وقال ابن الحداد : يقرع

(١) في الأصل : طريق .

عليها بسهم رق وسهم عتق ، قال الشيخ أبو علي : ما ذكره ابن الحداد غلط عند عامة الأصحاب ، لأننا شككنا في عتقها ، والقرعة لا يثبت مشكوكاً فيه ، وإنما يستعمل في تعيين ما تيقنا أصله . قال الشيخ أبو علي : هذا كله إذا ولدت في صحة السيد ، فلو ولدت في مرض موته . نظر ، إن كان الثلث يفي بالجميع ، لم يختلف الجواب ، وإن لم يف بأن لم يكن له إلا هذه الأمة وما ولدت ، أقرع بين الأم والغلام ، فإن خرجت على الغلام ، عتق وحده إن خرج من الثلث ، وإن خرجت على الأم ، قومت حاملاً بالغلام يوم ولدت الجارية إن ولدتها أولاً . ويعتق منها ومن الغلام قدر الثلث ، فإن كانت قيمة الجارية مائة وقيمة الأم حاملاً بالغلام مائتين ، فيعتق نصفها ونصف الغلام وهو مائة . ويبقى للورثة النصفان ، وهو مائة ، والجارية وهي مائة أخرى .

الحالة الثانية : أن يكون الباقي لغيره ، فيعتق نصيبه ، فإن كان موسراً بقيمة باقية ، لزمه قيمته للشريك ، وعتق الباقي عليه وولاء جميع العبد له ، وإن كان معسراً بقي الباقي على ملك الشريك وإنما يثبت التقويم بأربعة شروط . أحدها : كون المعتق موسراً ، وليس معناه أن يعد غنياً^(١) ، بل إذا كان له من المال ما يفي بقيمة نصيب شريكه ، قوم عليه ، وإن لم يملك غيره ، ويصرف إلى هذه الجهة كل ما يباع في الدين ، فيباع مسكنه وخادمه ، وكل ما فضل عن قوت يوم ، وقوت من تلزمه نفقته ، ودست ثوب يلبسه ، وسكنى يوم ، والاعتبار في اليسار بحالة الإعتاق ، فإن كان معسراً ، ثم أيسر ، فلا تقويم .

ولو ملك قيمة الباقي ، لكن عليه دين بقدره ، قوم عليه على الأظهر ، واختاره الأكثرون ، لأنه مالك لما في يده نافذ تصرفه . ولهذا

(١) في الأصل : عينا .

لو اشترى به عبداً وأعتقه ، نفذ • والثاني : لا يقوم ، لأنه غير موسر ، بل لو أبرىء عن الدين ، لم يقوم عليه أيضاً ، كالمعسر يوسر ، فعلى الأول يضارب الشريك بقيمة نصيبه مع الغرماء ، فإن أصابه بالمضاربة ما يفي بقيمة جميع نصيبه ، فذاك ، وإلا اقتصر على حصته ، ويعتق جميع العبد إن قلنا : تحصل السراية بنفس الإعتاق ، وإن قلنا : لا تحصل بنفس الإعتاق ، ضارب الشريك بقيمة باقيه ، إلى أن يعتق الجميع • ولو كان بين رجلين عبد قيمته عشرون ، فقال رجل لأحدهما : أعتق نصيبك منه عني على هذه العشرة ، وهو لا يملك غيرها ، فأجابه ، عتق نصيبه عن المستدعي ، ولا سراية ، لأنه زال ملكه عن العشرة بما جرى ، وإن قال : علي عشرة في ذمتي ، فإن قلنا : الدين يمنع التقويم ، لم يقوم ، وإن قلنا : لا يمنع ، فإن قلنا : السراية تحصل بنفس الإعتاق ، عتق جميع العبد ، ويقسم العشرة بين الشريكين بالسوية ، وتبقى لكل واحد خمسة في ذمته ، وإن قلنا : لا يحصل بنفس الإعتاق ، عتق من نصيب الشريك بالسراية حصة الخمسة ، وهو ربع العبد ، ويبقى الباقي على الرق ، وللشريك^(١) المستدعي منه خمسة في ذمته •

ولو ملك نصفين من عبيدين متساويي القيمة ، فأعتق نصيبه منهما وهو موسر بنصف قيمة أحدهما ، نظر إن أعتقهما معاً ، عتق نصيبه منهما ، وسرى إلى نصف نصيب الشريك من كل منهما ، فيعتق من كل منهما ثلاثة أرباعه ، وهذا إذا حكمنا بالسراية في الحال • وقلنا : اليسار بقيمة بعض النصيب يقتضي السراية بالقسط • وإن أعتق مرتباً ، سرى إلى جميع الأول • ثم إن قلنا : الدين يمنع السراية ، فلا سراية في العبد

(١) في الاصل : ويبقى الباقي على الشريك المستدعي •

الثاني ، وإلا فيسري ، وما في يده يصرف إلى الشريك ، والباقي في ذمته . وإن كان الشقصان لشخصين ، صرف إلى كل منهما نصفه . ولو ملك الشقصين ، فأعتقهما معاً ولا مال له غيرهما ، فلا سراية ، لأنه معسر . وإن أعتقهما مرتباً ، عتق كل الأول ، لأن في نصيبه في العبد الآخر وفاء بباقي الذي أعتق شقصه ، ثم إذا أعتق نصيبه من الثاني نفذ العتق في نصيبه ، ولا سراية ، لأنه معسر ، وإنما نفذ إعتاقه نصيبه من الثاني ، لأن حق الشريك لا يتعين فيه ، بل هو في الذمة .

فرع

أعتق شريك نصيبه في مرض موته ، نظر ، إن خرج جميع العبد من ثلث ماله ، قوم عليه نصيب شريكه ، وعتق ، وإن لم يخرج منه إلا نصيبه ، عتق نصيبه ، ولا تقويم ، وإن خرج نصيبه وبعض نصيب شريكه ، قوم عليه ذلك القدر ، ويجيء فيه خلاف نذكره إن شاء الله تعالى في يسار المعتق ببعض نصيب الشريك . وبالجمله المريض في الثلث كالصحيح في الكل ، وفيما زاد على الثلث معسر . واحتج القاضي أبو الطيب وغيره باعتبار الثلث على أن التقويم يكون بعد موت المريض ، لأن الثلث يعتبر حالة الموت ، حتى إذا لم يف الثلث بجميع العبد حال إعتاقه ، ثم استفاد مالا ، ووفى^(١) عند الموت ، قوم جميعه . وفي « التهذيب » أنه لو ملك نصفين من عبيدين متساويي القيمة ، فأعتقهما في مرض الموت ، نظر ، إن خرجا من الثلث ، عتقا ، سواء أعتقهما معاً أو مرتباً ، وعليه قيمة نصيب شريكه ، وإن لم يخرج من الثلث إلا نصيباه ، فإن أعتقهما معاً ، عتق نصيباه ، ولا سراية ، وإن أعتقهما

(١) في الأصل : وفى ، بواو واحدة .

مرتباً ، عتق كل الأول ، ولم يعتق من الثاني شيء ، لأنه لزمه قيمة نصيب الشريك من الأول ، وصار نصيبه من الثاني مستحق الصرف إليه ، وإن خرج من الثلث نصيباه ، ونصيب أحد الشريكين ، فإن أعتقهما مرتباً ، عتق جميع الأول ، ولا يعتق من الثاني إلا نصيبه ، وإن أعتقهما معاً ، فوجهان • أحدهما وبه قال ابن الحداد : يعتق من كل واحد ثلاثة أرباعه : نصيباه ، ونصف نصيب الشريك من كل واحد منهما • والثاني : يقرع ، فمن خرجت قرعته ، عتق كله ، ولم يعتق من الآخر إلا نصيبه ، لأن القرعة مشروعة في العتق ، ولا يصار إلى التشقيص مع إمكان التكميل • وإن لم يخرج من الثلث إلا أحد نصيبه ، فإن أعتقهما معاً ، فوجهان : أحدهما : يعتق من كل واحد نصف نصيبه ، وهو ربع كل عبد ، وأصحهما : يقرع ، فمن خرجت قرعته ، عتق منه جميع نصيبه ، ولا يعتق من الآخر شيء • ولو أعتق النصيبين ولا مال له غيرهما ، قال الشيخ أبو علي : إن أعتقهما مرتباً ، عتق ثلثا نصيبه من الأول ، وهو ثلث جميع ماله ، وهو ثلث ذلك العبد ، ويبقى للورثة سدس ذلك العبد ، ونصف العبد الآخر • وإن أعتقهما معاً ومات ، أقرع بينهما ، فمن خرجت قرعته ، عتق منه ثلثا نصيبه ، وهو ثلث ماله •

فرع

لو أوصى أحد الشريكين بإعتاق نصيبه بعد موته ، فلا سراية وإن خرج كله من الثلث ، لأن المال ينتقل بالموت إلى الوارث ، ويبقى الميت معسراً ، بل لو كان كل العبد له فأوصى بإعتاق بعضه ، فأعتق ، لم يسر^(١) • وكذا لو دبر أحدهما نصيبه ، فقال : إذا مت ، فنصيبني منك حر ، وإن قال في الوصية : أعتقوا نصيبني ، وكملوا العتق ، كملناه ،

(١) في الأصل : لم يسري .

إن خرج من الثلث ، وإن لم يخرج كله ، نفذت الوصية في القدر الذي يخرج •

وهنا فائدتان ، إحداهما : قال القاضي أبو الطيب : عندي أنه إذا أوصى بالتكميل ، لا يكمل إلا باختيار الشريك ، لأن التقويم إذا لم يكن مستحقاً لا يصير مستحقاً باختيار المعتق • ألا ترى أن المعتق لو كان معسراً ، ثم أيسر ، أو قال : قوموه علي حتى استقرض ، لا يجبر الشريك ، والجمهور أطلقوا ، ووجهه الروياني بأنه متمكن من التصرف في الثلث • وإذا أوصى بالتكميل ، فقد استبقى لنفسه قدر قيمة العبد من الثلث ، فكان موسراً به •

الثانية : ذكر الإمام والغزالي [أن] لصورة الوصية بالتكميل أن يقول : اشتروا نصيب الشريك ، فأعتقوه ، فأما إذا قال : أعتقوه إعتاقاً سارياً ، فلا خير في هذه الوصية^(١) ، لأنه لا سراية يعد الموت ، وإن أعتقنا نصيبه ، فالذي أتى به وصية بمحال • ولو ملك نصفي عبيدين ، فأوصى بإعتاق نصيبه منهما بعد موته ، أعتق عنه النصيبان ، ولا سراية • ولو قال مع ذلك : وكمّلوا عتقهما ، فإن خرجا من الثلث ، كمل عتقهما ، وإن خرج الباقي من أحدهما ، فطريقان حكاهما البغوي • أحدهما : فيه الوجهان فيمن أعتق في مرض الموت النصيبين ، ولم يخرج من الثلث إلا نصيباه مع الباقي من أحدهما ، ففي وجه : يعتق من كل واحد ثلاثة أرباعه ، وفي آخر : يقرع ، فمن خرجت قرعته ، أعتق كله ، وأعتق من الآخر نصيبه لا غير • الثاني : القطع بالقرعة ، لأنه قصد التكميل هنا حيث أوصى به ، فيراعى مقصوده بقدر الإمكان •

(١) في الأصل : الصورة •

فرع

لو كان الشريك موسراً ببعض قيمة النصيب ، فوجهان ، الأصح المنصوص في « الأم » : أنه يسري إلى القدر الذي هو موسر به •
والثاني : لا يسري ، لأنه لا يفيد الاستقلال في ثبوت أحكام الأحرار •
ولو كان بن ثلاثة عبد ، فأعتق اثنان نصيبهما ، وأحدهما موسر ، قوم نصيب الثالث عليه بلا خلاف •

الشرط الثاني : أن يحصل عتق نصيبه باختياره ، فلو ملك بعض من يعتق عليه بالقرابة ، نظر ، إن ملكه لا باختياره بأن ورثه ، لم يسر ، وإن ملكه باختيار ، فإن كان بطريق يقصد به اجتلاب الملك كالشراء ، وقبول الهدية والوصية ، سرى ، وإن كان بطريق لا يقصد به التملك غالباً ، لكنه يتضمنه ، فإن كانت عبداً ، فاشترى شقصاً ممن يعتق على سيده ، ثم عجزه سيده فصار الشقص له ، وعتق ، لم يسر على الأصح ، وبه قال ابن الحداد • وإن عجز المكاتب نفسه ، لم يسر ، لعدم اختيار سيده • ولو باع شقصاً ممن يعتق على وارثه ، بأن باع ابن أخيه بثوب ومات ، ووارثه أخوه ، فوجد بالثوب عيباً ، فرده ، واسترد الشقص ، وعتق عليه ، ففي السراية وجهان ، لأنه تسبب في تملكه ، لكن مقصوده رد الثوب •

قلت : الأصح هنا السراية والله أعلم

ولو وجد مشتري الشقص به عيباً ، فرده ، فلا سراية ، كالإرث •
ولو أوصى لزيد بشقص ممن يعتق على وارثه ، بأن أوصى له ببعض جارية ، له منها ابن ، أو أوصى له ببعض ابن أخيه ، ومات زيد قبل قبول الوصية ، فقبلها ابنه أو أخوه ، عتق عليه الشقص ، ولا سراية

على الأصح ، لأن بقبوله يدخل الشقص في ملك الوارث ، ثم ينتقل إليه بالإرث • فلو أوصى له بشقص ممن يعتق عليه ، ولا يعتق على وارثه ، بأن أوصى له بشقص من أمة ، ووارثه أخوه من أبيه ، فمات وقبل الوصية أخوه ، عتق ذلك الشقص على الميت ، ويسري إن كان له تركة يفي ثلثها بقيمة الباقي ، لأن قبول وارثه كقبوله في الحياة • قال الإمام : هكذا ذكره الأصحاب ، وفيه وقفة ، لأن القبول حصل بغير اختياره • ولو باع عبداً لابنه ولأجنبي ، صفقة واحدة ، عتق نصيب الابن ، وقوم عليه نصيب الشريك •

الشرط الثالث : أن لا يتعلق بمحل السراية حق لازم ، فلو أعتق نصيبه ، ونصيب شريكه مرهون ، سرى على الأصح ، لأن حق المرتهن ليس بأقوى من حق المالك ، وتنتقل الوثيقة إلى القيمة • ولو كاتباً عبداً ، ثم أعتقه أحدهما ، فالصحيح أو المشهور أنه يسري ، وهل يقوم في الحال أم بعد العجز عن أداء نصيب الشريك ؟ فيه خلاف نذكر تفاريعه إن شاء الله تعالى في الكتابة • ولو كان نصيب شريكه مدبراً ، قوم أيضاً على الأظهر ، لأن المدبر كالقن في البيع • فإن قلنا : لا يسري ، فرجع عن التدبير ، قال الأكثرون : لا يسري ، كما لو أعتق وهو معسر ، ثم أيسر • وقيل : يسري ، لزوال المانع ، فعلى هذا هل يحكم بالسراية عند ارتفاع التدبير ، أم يتبين استنادها إلى وقت الإعتاق ؟ وجهان • ولو كان نصيب الشريك مستولداً ، بأن استولدها وهو معسر ، لم يسر على الأصح ، لأن السراية تتضمن النقل ، وأم الولد لا يقبل النقل ، وقيل : يسري ، لأن السراية كالإتلاف ، وإتلاف أم الولد يوجب القيمة • ولو استولدها أحدهما وهو معسر ، ثم استولدها الثاني ، ثم أعتقها أحدهما ، ففي السراية الوجهان •

الشرط الرابع : أن يوجه الإعتاق إلى ما يملكه ليعتق نصيبه ،

ثم يسري ، وذلك بأن يقول : أعتقت نصيبي من هذا العبد ، أو النصف الذي أملكه ، فلو قال : أعتقت نصيب شريكي ، أو نصيب شريكي من هذا العبد حر ، فهو لغو . ولو أطلق فقال لعبد يملك نصفه : أعتقت نصفك ، فهل يحمل على النصف الذي يملكه ، أم على النصف شائعاً ؟ وجهان . وعلى التقديرين يعتق جميع العبد إذا كان موسراً قال الإمام : ولا يكاد يظهر لهذا الخلاف فائدة إلا في تعليق طلاق أو إعتاق . ولو باع نصف عبد يملك نصفه ، فإن^(١) قال : بعث النصف الذي أملكه من هذا العبد ، أو نصيبي منه وهما يعلمانه ، صح . وإن أطلق وقال : بعث نصفه ، فهل يحمل على ما يملكه ، أم على النصف شائعاً ؟ وجهان ، فعلى الثاني يبطل في نصيب الشريك . وفي صحته في نصف نصيبه قولاً تفريق الصفقة . ولو أقر بنصفه المشترك ، ففيه هذان^(٢) الوجهان . وقال أبو حنيفة : يحمل في البيع على ما يملكه ، لأن الظاهر أنه لا يبيع ما لا يملكه . وفي الإقرار على الإشاعة أنه إخبار ، واستحسن الإمام والغزالي هذا ، وصحح البغوي الإشاعة فيهما .

قلت : الراجح قول أبي حنيفة والله أعلم

فرع

قال كل واحد منهما : إن دخلت دار زيد فأنت حر ، أو فنصبي منك حر ، فدخلها ، عتق على كل واحد نصيبه ، ولا يقوم ، لأن العتق حصل دفعة ، وكذا لو قال أحدهما : إن كلمت زيدا فنصبي منك حر ، وقال الآخر : إن شتمته ، فنصبي منك حر فشتمه . وكذا لو وكلا رجلاً في عتقه فأعتق كله دفعة ، ولا أثر لوقوع التعليقين أو التوكيلين في

(١) في الأصل : كان .

(٢) في الأصل : هذا .

وقتین ، وإنما العبرة بوقت الوقوع ، ولهذا لو قال لغير المدخول بها : إذا دخلت الدار فأنت طالق طلقة ، ثم قال بعده : إن دخلتها فأنت طالق طلقتين ، فدخلت ، طلقت ثلاثاً ، كقوله : أنت طالق ثلاثاً . ولو قال أحدهما : أنت حر قبل موتي بشهر ، ونجز الآخر عتقه بعد تعليق الأول بيوم مثلاً ، فله أحوال ، أحدهما : أن يموت المعلق لدون شهر من التعليق ، فيعتق العبد كله على المنجز إن كان موسراً ، لأنه لا يمكن والحالة هذه أن يعتق بالتعليق لثلاث يتقدم العتق على التعليق ، وكذا الحكم لو مات بعد مضي شهر من أول شروعه في لفظ التعليق بلا زيادة ، وما لم يمض شهر من تمام التعليق ، لا يمكن أن يعتق بالتعليق .

الثانية : أن يموت لأكثر من شهر بأيام ، فيعتق جميعه على الثاني أيضاً ، لأن العتق بالتعليق إنما يتقدم على الموت بشهر واعتاق المنجز متقدم على الشهر المتقدم على الموت ، فيؤخذ قيمة نصيب المعلق من المنجز لورثة المعلق . هذا إن قلنا السراية^(١) تحصل بنفس الإعتاق ، أو قلنا بالتبيين ، وإن قلنا : تحصل بدفع القيمة ، فإذا سبق وقت العتق بالتعليق ، كان في نفوذ العتق عن المعلق خلاف ، كما سنذكره في تفريع أقوال السراية إن شاء الله تعالى .

الثالثة : إذا مات على رأس شهر من تمام صيغة التعليق ، عتق جميع العبد على المعلق .

الرابعة : إذا مات على تمام شهرين من تمام كلام المنجز ، عتق على كل واحد نصيبه ، ولا تقويم ، لوقوع العتقين معاً .

فرع

متى تثبت السراية إذا حكمنا بها ؟ ثلاثة أقوال ، أظهرها : بنفس

(١) في الأصل : بالسراية .

إعتاق الشريك ، والثاني : بأداء قيمة نصيب الشريك . والثالث :
موقوف ، فإن رأى القيمة ، تبينا حصول العتق باللفظ ، وإن فات ،
تبينا أنه لم يعتق . ويتفرع على الأقوال مسائل .

إحداها : إذا أولد أمة له نصفها ، فإن كان موسراً ، سرى
الاستيلاد ، وهل يسري بنفس العلوق أم بأداء القيمة ، أم يتبين كأدائها
السراية بنفس العلوق ؟ فيه الأقوال كالعتق . وعلى الأقوال تلزم
المستولد نصف المهر لشريكه مع نصف قيمة الأمة ، ثم إن قلنا : يحصل
الملك بأداء القيمة ، وجب مع ذلك نصف قيمة الولد . وإن قلنا : يحصل
بالعلوق ، أو قلنا بالتبين ، فهل يثبت بعد العتق أو قبله ؟ وجهان ، إن
قلنا : بعده ، وجب أيضاً نصف قيمة الولد ، وإن قلنا : قبله ، فلا ، وبه
أجاب البغوي . ولو وطئها الثاني قبل أداء القيمة ، فإن أثبتنا السراية
بنفس العلوق ، فعلى الثاني كمال المهر للأول ، وللثاني على الأول
نصفه ، فيقع المهر قصاصاً . وإن قلنا : يحصل بأداء القيمة ، لزمه نصف
المهر ، وله على الأول نصفه ، فيتقاصان . وإن كان الذي أولد معسراً ،
ثبت الاستيلاد في نصفه ، ونصف الآخر يبقى قناً . وهل يكون الولد
كله حراً ، أم تبعض حرته ؟ وجهان أو قولان سبقا في الغنائم .

الثانية : عبد بين ثلاثة ، لواحد نصفه ، وللآخر ثلثه ، وللآخر
سدسه ، فأعتق أحدهم نصيبه وهو موسر ، يسري العتق إلى نصيب
الشريكين ، وإن^(١) كان موسراً يبعث قيمة الباقي^(٢) وقلنا بالصحيح ،
قوم عليه بنسبة المقدور عليه من نصيب كل واحد منهما ، فإذا كان
موسراً بثلاث الباقي ، قوم عليه ثلث نصيب كل واحد منهما . ولو

(١) في الأصل : إن .

(٢) في الأصل : الثاني .

أعتق اثنان منهم نصيبهما معاً ، أو علقا بشرط واحد ، أو وكلا من أعتق
عنهما دفعة ، فإن كان أحدهما فقط موسراً ، قوم عليه نصيب الثالث .
وإن كانا موسرين ، قوم نصيب الثالث عليهما ، وكيف يقوم ؟ فيه
طريقان : أحدهما على قولين : أحدهما : القيمة عليهما بالسوية ،
والثاني على قدر الملكين ، كنظيره من الشفعة . والطريق الثاني : القطع
بأنها على عدد الرؤوس ، لأن الأخذ بالشفعة من مرافق الملك كالثمرة ،
وهنا سبيله سبيل ضمان المتلف ، فيستوي القليل والكثير ، كما لو
مات من جراحاتهما المختلفة ، وهذا الطريق هو المذهب باتفاق فرق
الأسحاب ، إلا الإمام ، فرجح طريق القولين .

الثالثة : إن قلنا : تحصل السراية باللفظ أو قلنا بالتبين ، اعتبرت
قيمة يوم الإعتاق ، وإن قلنا بالأداء ، فهل يعتبر يوم الإعتاق أم الأداء ،
أم أكثر القيم من يوم الإعتاق إلى الأداء ؟ فيه أوجه . الصحيح عند
الجمهور : الأول ، ورجح الإمام والغزالي الثاني ، فإن اختلفا في قيمة
العبد ، فإن كان حاضراً والعهد قريب ، راجعنا المقومين ، وإن مات
العبد ، أو غاب ، أو تقادم العهد ، فأيهما يصدق بيمينه ؟ قولان .
أظهرهما : المعتق ، لأنه غارم كالغاصب ، ولو اختلفا في صنعة للعبد
تزيد في قيمته ، واتفقنا على قيمته لو لم تكن تلك الصنعة ، فإن كان
العبد حاضراً وهو يحسن الصنعة ، ولم يمض بعد الإعتاق زمن يمكن
تعلمه فيه ، صدق الشريك ، وإن مضى زمن يمكن التعلم فيه ، أو مات
العبد ، أو غاب ، فالمذهب أن المصدق المعتق . وقيل : فيه القولان ،
ولا يقبل قول العبد : إني أحسنها ، أو لا أحسنها ، بل يجرب . ولو
اختلفا في عيب ينقص القيمة ، نظر إن ادعى المعتق عيباً في أصل الخلقة ،
بأن قال : كان أكمه أو أخرس ، وقال الشريك : بل بصيراً ناطقاً ، وقد

غاب العبد أو مات ، صدق المعتق يمينه على المذهب . وقيل : في المصدق قولان ، قال البغوي : الطريقان فيما إذا ادعى النقص في الأعضاء الظاهرة ، أما إذا ادعاه في الباطنة ، فقولان كالصورة الآتية ، تمكن الشريك من البيئة على سلامة الظاهرة . وإن ادعى حدوث عيب بعد السلامة ، بأن زعم ذهاب بصره أو سرقته ، فالأظهر أن المصدق الشريك ، لأن الأصل عدمه ، وخص بعضهم القولين فيما يشاهد ويطلع عليه ، وقطع فيما لا يشاهد بتصديق الشريك لعسر إثباته بيينة .

الرابعة : لو مات المعتق قبل أداء القيمة ، أخذت من تركته . ولو أعسر بعد الإعتاق ومات معسراً ، فإن أثبتنا الإعتاق بنفس اللفظ ، فالقيمة في ذمته . وإن قلنا بالقولين الآخرين ، لم يعتق حصة الشريك . ولو مات العبد قبل أداء القيمة ، فإن قلنا : السراية تحصل باللفظ ، مات حراً موروثاً ، وأخذت من المعتق قيمة حصة الشريك ، وإن قلنا بالتبين ، لزمته القيمة ، فإذا أداها تبينا العتق ، وإن قلنا : يحصل بالأداء ، سقطت القيمة على الأصح ، لأن الميت لا يعتق . والثاني : تجب ، لأنه مال استحق في الحياة ، فلا يسقط بالموت . قال الإمام : وعلى هذا يجب على المعتق قيمة نصيب شريكه ، ثم تبين أن العتق حصل قبل موته . وفي « التهذيب » تفريعاً على تأخر السراية أنه يموت نصفه رقيقاً ، ثم ذكر الوجهين في مطالبة الشريك له بقيمة نصيبه ، وهذا ضعيف .

الخامسة : لو أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة ، لم ينفذ إن قلنا بالسراية في الحال ، وإن قلنا بأداء القيمة ، فكذلك على الأصح عند الجمهور ، ثلاثا يفوت حقاً ثبت للأول ، ونفذه ابن خيران والاصطخري وابن أبي هريرة ، فعلى هذا في نفوذ البيع والهبة ونحوهما

وجهان : الصحيح : المنع ، فإن ففدنا البيع ، فهل للأول أن ينقض البيع .
ويبذل القيمة كالشفيع ؟ فيه احتمال للإمام •

السادسة : للشريك مطالبة المعتق^(١) بالقيمة على الأقوال كلها .
أما على غير التأخير ، فظاهر ، وأما على التأخير ، فلأنه محجور عليه في
التصرف فيه ، والحيلولة من أسباب الضمان • قال الإمام : ويلزم على
تنفيذ البيع ونحوه أن لا يملك مطالبته ، وهو ضعيف • وإذا دفع المعتق
القيمة ، أجبر الشريك على قبولها إن وقفنا العتق على أدائها ، وإذا لم
ندفع ، ولم يطالبه الشريك ، فللعبد طلب الدفع من هذا ، والقبض من
ذلك ، فإن امتنع ، طالبهما الحاكم ، لأن العتق حق لله تعالى • ولو كان
الشريك غائباً ، دفع القيمة إلى وكيله ، فإن لم يكن ، جعله القاضي
عند أمين ، وله أن يقرها في يد المعتق إن كان ثقة •

السابعة : إذا تعذرت القيمة بإفلاس أو هرب ، فقال الشيخ أبو
علي والصيدلاني والرويانى : يبقى نصيب الشريك رقيقاً ، ويرتفع
الحجر عنه ، إذ لا وجه لتعطيل ملكه عليه بلا بدل ، وفيه احتمال للإمام
أنه يثبت العتق ، وجعله الغزالي وجهاً ، فقال : الصحيح أن إعسار
المعتق يدفع الحجر ولو عاد اليسار ، قال الشيخ أبو علي : لا يعود
التفويم ، لأن حق العتق ارتفع بتخلل الإعسار ، وفيه احتمال للإمام •

الثامنة : إذا قلنا : لاسراية قبل أداء القيمة ، فوطئها الشريك
قبل الأداء ، وجب نصف المهر لنصفها الحر • قال الإمام : وليصور في
وطء محرم^(٢) أو في مكرهة وفي النصف الآخر وجهان ، أحدهما :

(١) في الأصل : العتق •

(٢) في الأصل : محترم •

لا يجب لأنه ملكه ، والثاني : يجب ويصرف إلى المعتق ، لأنه مستحق الانقلاب إليه • قال الإمام : ويجوز أن يكون للجارية ، وإن قلنا : تحصل السراية بنفس الإعتاق ، وجب لها جميع المهر ، ولا حد للاختلاف في ملكه •

التاسعة : قال لشريكه : إذا أعتقت نصيبك ، فنصيبي حر ، أو فجميع العبد حر ، أو فنصيبي حر بعد عتق نصيبك ، فإذا أعتق المقول له نصيبه ، نظر ، إن كان معسراً ، عتق على كل واحد نصيبه ، وإن كان موسراً ، عتق عليه نصيبه • ثم إن قلنا : السراية تحصل بنفس الإعتاق ، سرى عليه • ولزمه قيمة نصيب شريكه ، لأن السراية قهرية تابعة لعتق نصيبه ، لمدفع لها ، وموجب التعليق قابل للدفع بالبيع ونحوه • وإن قلنا بالتبين ، فكذلك الحكم إذا أدت القيمة ، وإن قلنا بالأداء ، فنصيب المعلق عمن يعتق فيه وجهان • ولو قال : إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر مع عتق نصيبك ، أو في حال عتق نصيبك ، وقلنا : السراية بنفس الإعتاق ، فوجهان • أحدهما : يعتق نصيب كل واحد عنه ، ولا شيء على المعتق ، وبهذا قال ابن القاص ، وصاحب « التقریب » ، واختاره القاضي أبو الطيب ، وحكاه الروياني عن عامة الأصحاب ، والثاني وبه قال القفال ، واختاره الشيخ أبو علي : يعتق جميعه عن المقول له ، ولا أثر لقوله : مع نصيبك ، لأن المعلق لا يقارن المعلق عليه ، بل يتأخر عنه بلا شك • ولو قال : إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر قبل عتق نصيبك ، فأعتق المقول له نصيبه ، نظر ، إن كانا معسرين أو المعلق معسراً ، عتق نصيب المنجز ، وعتق على المعلق نصيبه قبل ذلك لموجب التعليق ، ولا سراية ، وإن كان المعلق موسراً ، وقلنا : السراية تحصل بنفس الإعتاق ، فوجهان ، من صحح الدور اللفظي ، كابن الحداد يقول : لا ينفذ إعتاق المقول له في نصيبه ، لأنه لو نفذ ، لعتق نصيب

القائل قبله ، ولو عتق لسرى ، ولو سرى لبطل عتقه ، فيلزم من نفوذه عدم نفوذه . وعلى هذا لو قال السيد لعبده : مهما أعتقتك فأنت حر قبله ، لم^(١) يتمكن من اعتاقه كما سبق نظيره في الطلاق ، ولو صدر هذا التعليق من الجانبين ، امتنع الإعتاق عليهما . ولو قال أحدهما للآخر: متى بعت نصيبك، فنصيبي حر قبله، لم ينفذ البيع ، والمستبعدون لصحة الدور وانسداد باب الطلاق ونحوه أولى بالاستبعاد هنا لتضمنه الحجر على العين ، ومن لا يصحح الدور - وهو الأصح - يقول : يعتق نصيب كل واحد منهما عنه ، ولا شيء لأحدهما على الآخر كما لو قال : مع نصيبك . وإن قلنا : يحصل العتق بأداء القيمة ، فإن نفذنا عتق الشريك قبل أداء القيمة ، عتق نصيب المنجز عليه ، ونصيب المعلق على المعلق . وإن لم نفذه قال الإمام : تدور المسألة أيضاً ، وعلى هذه الصور جميعاً لو أعتق المعلق نصيبه ، عتق وثبت السراية إذا وجد شرطها .

العاشرة : إذا قال الشريك الموسر : أعتقت نصيبك ، فعليك قيمة نصيبي ، فأنكر ، فإن كان للمدعي بينة قضي بها ، ومتى يعتق حصة المدعي ؟ فيه الأقوال . وإن لم يكن بينة ، صدق المنكر بيمينه ، فإن حلف ، رق نصيبه ، وإن نكل ، حلف المدعي اليمين المردودة ، واستحق القيمة ، والصحيح أنه لا يحكم بعتق نصيب المدعى عليه ، لأن الدعوى إنما توجهت عليه بسبب القيمة ، وإلا فلا معنى للدعوى على إنسان بأنه أعتق عبده ، وإنما هذا وظيفة العبد ، لكن لو شهد آخر مع هذا المدعي ، ثبت العتق بشهادة الحسبة . قال الإمام : وأبعد بعض من لاخبرة له ، فحكم بالعتق تبعاً لدعوى القيمة ، وهل يحكم بعتق

(١) في الاصل : ولم .

نصيب المدعي إذا حلف المدعى عليه ، أو نكل وحلف المدعي ؟ إن قلنا بتعجيل السراية ، فنعم ، لاعترافه بسراية إعتاق المدعى إليه إلى نصيبه ، وإن قلنا بالتأخر ، لم يعتق . وإذا عتق نصيبه ، لم يسر إلى نصيب المنكر ، وإن كان المدعي موسراً ، لأنه لم ينشئ العتق ، فأشبه ما لو ادعى أحد الشريكين على رجل أنك اشتريت نصيبي وأعتقته ، وأنكر المدعى عليه ، يعتق نصيب المدعي ، ولا يسري . وإن قلنا : لا يعتق إلا بعد أداء القيمة ، لم يعتق نصيب المدعي . ولو صدق المدعى عليه الشريك ، فلا إشكال ، وإن كان المدعى عليه معسراً ، وأنكر ، وحلف ، لم يعتق شيء من العبد ، فإن اشترى المدعي نصيبه بعد ذلك ، عتق ما اشتراه ، لاعترافه بحريته ، ولا يسري إلى الباقي . ولو ادعى كل واحد من الشريكين الموسرين على صاحبه أنك أعتقت نصيبك ، وطالب بالقيمة وأنكر ، صدق كل واحد يمينه فيما أنكره ، فإذا حلفا ، فلا يطالب بالقيمة ، ويحكم بعتق جميع العبد إن قلنا بتعجيل السراية ، والولاء موقوف ، لأنه لا يدعيه أحد . وإن قلنا بتأخر السراية أو بالتبين ، فالعبد رقيق ، وإن كانا معسرين ، وقال كل واحد للآخر : أعتقت نصيبك ، لم يعتق منه شيء ، فإن اشترى أحدهما نصيب الآخر ، حكم بعتق ما اشتراه ، ولا يسري ، لأنه لم ينشئ إعتاقاً . وذكر البغوي أنه لو باع أحدهما لعمرو ، والآخر لزيد ، صح ، ولا عتق . ولو باع لزيد ، حكم بعتق نصفه ، لأنه متيقن ، وهذا ليس بصحيح ولا يقين في واحد من النصفين ، لجواز كونهما كاذبين . وإن كان أحدهما موسراً ، والآخر معسراً ، عتق نصيب المعسر على قول تعجيل السراية ، وولأوه موقوف ، ولا يعتق نصيب الموسر ، فإن اشتراه المعسر ، عتق كله . ولو طار طائر ، فقال أحدهما : إن كان غرباً فنصيبي من هذا العبد حر ، وقال الآخر : إن لم يكن غرباً ، فنصيبي حر ، ولم يبين الحال ، فإن كانا

معسرين ، فلا عتق ، فإن اشترى أحدهما نصيب الآخر ، حكم بعثت
أحد النصفين • ولو باعاه لثالث ، حكم بعثت أحد النصفين أيضاً ، ولا
رجوع على واحد منهما ، لأن كل واحد يزعم أن نصيبه مملوك ، هذا
هو الأصح ، وبه قال القفال ، وقطع به الغزالي ، وحكى الشيخ أبو
علي وجهاً أنه إن اشتراه عالماً بالتعليقين ، فلا رجوع له ، وإن لم يعلم ،
ثم علم ، فله الرد ، كما لو اشترى عبداً ، فإن أن نصفه حر ، فعلى هذا
يرد العبد ، لأن نصفه حر ، والنصف الآخر معيب بسبب التشقيص •
قال الشيخ أبو علي : ولو اختلف النصيبان ، لم يعتق إلا أقلهما • ولو
تبادلا النصيبين ، فإن لم يحث واحد منهما صاحبه ، بل اعترفا بالإشكال ،
لم يحكم على واحد منهما بعثت شيء ، والحكم بعد المبادلة بالحكم
قبلها • وإن حث كل واحد الآخر ، حكم بعثت الجميع ، لاعتراف كل
واحد بعثت ما صار إليه ، ويكون الولاء موقوفاً • وإن حث أحدهما
صاحبه ، ولم يحثه الآخر ، حكم بعثت ما صار للمحث ، وولاؤه
موقوف ، ولا يحكم بعثت نصيب الآخر • وإن كانا موسرين ، فإن قلنا
بتعجيل السراية ، عتق العبد ، لأننا نتحقق حث أحدهما ، وإن لم تتمكن
من التعيين ، فيعتق نصيبه ، ويسري إلى الثاني ، والولاء موقوف ،
ولكل واحد منهما أن يدعي قيمة نصيبه على الآخر ، ويحلفه على البت
أنه لم يحث • وإن قلنا : لا تحصل السراية إلا بأداء القيمة ، لم يحكم
بعثت شيء منه ، والحكم كما في المعسرين ، قال الشيخ أبو علي : فإن
ادعى كل واحد على صاحبه أنه عتق نصيبه ، وأراد طلب القيمة ، حلفه ،
كما ذكرنا على قول تعجيل السراية • وإن كان أحدهما موسراً ، والآخر
معسراً ، فإن قلنا بتعجيل السراية ، عتق نصيب المعسر بكل حال ، ولا
يعتق نصيب الموسر للشك فيه • وإن أخرناها إلى أداء القيمة ، لم
يحكم بعثت شيء في الحال ، وللمعسر أن يدعي التقويم على الموسر
ويحلفه •

فرع

قال أحدهما : اعتقناه^(١) معاً ، وأنكر الآخر ، فإن كانا موسرين ، أو كان القائل موسراً ، فقد أطلق ابن الحداد أنه يحلف المنكر ، وتابعه جماعة . قال الشيخ : إنما يحلف عندي إذا قال للمقر : أنت أعتقت نصيبك وأنا لم أعتق وأراد طلب القيمة فيحلفه أنه لم يعتق معه ليأخذ القيمة ، لأن المقر أقر بما يوجب القيمة ، وادعى ما يسقطها ، وهو الموافق في الإعتاق ، فيدفع يمينه المسقط ، فأما إذا قال : لم تعتق نصيبك ، ولا أنا أعتقته ، فلا مطالبة بالقيمة ، ولا يمين . وهل يحكم بإعتاق جميع العبد بإقرار الموسر ؟ إن أثبتنا السراية بنفس الإعتاق . فنعلم ، وإن أخرناها ، لم يعتق نصيب المنكر ، وإذا حلف المنكر في التصوير الأول أخذ القيمة من المقر ، وحكم بعنق جميع العبد ، وولاء نصيب المنكر موقوف . فلو مات العتيق ، ولا وارث له سوى المقر أخذ نصف ماله بالولاء . وهل له أن يأخذ من النصف الآخر قدر نصف القيمة الذي غرمه للمنكر ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، لأنه إن صدق . فالمنكر ظالم له ، وهذا ماله بالولاء . وإن كذب ، فهو مقر بإعتاق جميعه ، فجميع المال له بالولاء . والثاني لاختلاف الجهة .

: الأول أصح . والله أعلم

وإن رجع المنكر عن إنكاره . وصدق المقر . رد ما أخذ منه . وإن رجع المقر ، واعترف بأنه أعتقه كله . قبل ، وكان جميع الولاء له . كما لو نفى نسباً يلحقه ثم استلحقه .

(١) في الأصل : اعتقنا .

مرع

عبد بين ثلاثة . شهد اثنان منهم أن الثالث أعتق نصيبه . فإن كان الثالث معسراً . قبلت شهادتهما . وحكم بعق نصيب الثالث . ورق الباقي . وإن كان موسراً . فالأصح وبه قال ابن الحداد أن شهادتهما باطلة . لأنهما متهمان بإثبات القيمة . فلا يعتق نصيبه . ولا يلزمه لهما قيمة . ويعتق نصيبهما . لاعترافهما بالسراية إليه . وقيل : تقبل شهادتهما في عتق نصيبه دون القيمة . وهو ضعيف . والحكم بعق نصيبهما مفرع على تعجيل السراية . فإن أخرناها . لم يعتق شيء من لعبد . لكن لا ينفذ تصرفهما . لاعترافهما بأننا مستحق العتق على الثالث . هكذا حكاه الشيخ أبو علي عن بعض الأصحاب . وصححه . ويجوز أن يقال : قد سبق أن تعذر حصول القيمة بإعسار وغيره يرفع الخبر عن الشريك ، والتعذر هنا حاصل .

الحادية عشرة : إذا قلنا : السراية تحصل بنفس الإعتاق . فله حكم الأحرار في الإرث والشهادة والحد^(١) والجناية وإن لم يؤد القيمة . وإن أخرناها إلى أداء القيمة . فله حكم الأرقاء فيها حتى يؤدي . وإن توقفنا في هذه الأحكام .

الثانية عشرة : لو أعتق شركاء له في حبل ، وهو موسر . ولم يقوم عليه حتى ولدت . عتق معها ولدها ، تفريعاً على السراية في الحال . فأما إذا أخرناها إلى الأداء فنص أنه ينبغي أن لا يعتق الولد معها . لأنه إنما يعتق بعقتها إذا كان حملاً ، فأما بعد الولادة فلا . قال القاضي أبو حامد : معناه أن نصيب الذي لم يعتق من الولد مملوك . فأما نصيب المعتق فيجب أن يعتق . وقال ابن الصباغ : عندي أنه أراد أن نصيب الذي لم يعتق من الولد . لا يعتق بدفع نصف قيمة الأم وعتقها .

(١) في الأصل : والعج .

وإلا فقد عتق من الولد نصيب المعتق وهو موسر ، فوجب أن يسري .

قلت : هذا الذي قاله ابن الصباغ ضعيف • والله أعلم

الثالثة عشرة : وكل شريكه في عتق نصيبه ، فقال الوكيل للعبد : نصفك حر ، فإن قال : أردت نصيبي ، قوم عليه نصيب شريكه ، وإن قال : أردت نصيب شريكي ، قوم على الشريك نصيب الوكيل ، وإن أطلق ، فعلى أيهما يحمل ؟ وجهان حكاهما في « الشامل » •

قلت : لعل الأصح حمله على نصيب الوكيل • والله أعلم

الرابعة عشرة (١) : مريض له نصفاً عبيدين ، قيمتهما سواء لأماله له غيرهما ، فقال : أعتقت نصيبي من سالم وغانم ، وقلنا : السراية تعجل ، عتق ثلثا نصيبه من سالم ، فقال الوكيل للعبد : نصفك حر ، فإن قال : أردت نصيبي من سالم ومن غانم ، وقلنا : السراية تعجل ، عتق ثلثا نصيبه من سالم وهو ثلث ماله ، ولا يعتق من الآخر شيء • ولو قال : نصيبي من هذين حر ، عتق ثلثا نصيبه من أحدهما ، فيقرع ، ويعتق ، فمن خرجت قرعته ، عتق ثلثا نصيبه ، وإن نصفاهما ثلث ماله فقال : أعتقت نصيبي من سالم ومن غانم ، عتق سالم بالمباشرة والسراية ، ولم يعتق من غانم شيء • ولو قال : نصيبي منها حر . عتق النصفان ، ولا سراية •

الخامسة عشرة : أمة حامل من زوج اشتراها زوجها وابنتها الحر معها وهما موسران ، فالحكم كما ذكرنا لو أوصى مالهما بهما لهما وقبلا الوصية معاً ، وقد ذكرناه في الوصايا . ومختصره أن الأمة تعتق على الابن . والحمل يعتق عارهما . ولا يقوم •

(١) في الأصل : الرابع عشر .

السادسة عشرة : شهد رجلان أن زيدا أعتق نصيبه من المشترك وهو موسر ، وحكم القاضي بشهادتهما ، ثم رجعا ، فشهادتهما تثبت عتق نصيبه ، ويوجب عليه قيمة نصيب شريكه ، فيغرمان قيمة نصيبه قطعاً ، لأن شهود العتق يغرمون بالرجوع . وهل يغرمان له قيمة نصيب الشريك التي غرمها ؟ قولان ، لأن في تغريم شهود المال قولين سبقا . هذا إذا صدق الشريك الشهود ، وأخذ القيمة ، وعتق جميع العبد . إما بنفس الإعتاق ، وإما بدفع القيمة ، فأما إذا كذبهم . وقال : لم يعتق زيد نصيبه ، فإن عجلنا السراية ، عتق الجميع ، ولا يلزمه للشريك شيء ، وإن أخرناها ، قال الشيخ أبو علي : يجبر^(١) على أخذ القيمة ليكمل العتق ، ثم يلزمه^(٢) ردها إن أصر على تكذيب الشهود ، كما لو جاء المكاتب بالنجم الأخير ، فقال السيد : هذا حرام غصبته من فلان ، يجبر على أخذه ، ثم يرده على من أقر له . ولو شهد اثنان على شريك أنه أعتق نصيبه ، وأخران على الشريك الآخر أنه أعتق نصيبه . وهما موسران ، فإن أرخت البيئتان ، عتق كله . هو الأول ، إن عجلنا السراية ، وعليه قيمة نصيب الآخر ، وإن أخرناها إلى أداء القيمة ، فعلى الخلاف السابق في أن إعتاق الثاني قبل أداء القيمة ، هل ينفذ ؟ إن قلنا : لا وهو الأصح ، أخذت قيمة نصيبه من الأول ليعتق ، وإن لم يورخا ، عتق العبد كله ، ولا تقويم . فلو رجع الشاهدان على أحدهما : لم يغرما شيئاً ، لأننا لا ندري أن العتق في النصف الذي بدأ به حصل بشهادتهما ، أم بشهادة الآخرين بالسراية ، فلا يوجب شيئاً بالشك ، وإن رجعوا جميعاً ، فقليل : الحكم كذلك ، والأصح أنهم يغرمون قيمة

(١) في الأصل : يجب .

(٢) في الأصل : يلزمها .

العبد ، لأنه إذا لم يكن تاريخ ، فالحكم بعق العبد معلق بشهادة الأربعة ، ويقدر كأن الإعتاقين وقعا معاً ، وبالله التوفيق .

الخصيصة الثانية : العتق بالقراءة ، فمن ملك أباه ، أو أمه ، أو أحد أصوله من الأجداد والجدات من جهة الأب أو الأم ، أو ملك من أولاده ، وأولاد أولاده وإن سفلوا ، عتق عليه ، سواء ملكه قهراً بالإرث ، أم اختياراً بالشراء والهبة وغيرهما ، ولا يعتق غير الأصول والفروع ، كالإخوة والأعمام والأخوال وسائر الأقارب . وليس لولي الصبي والمجنون أن يشتري لهما من يعتق عليهما ، فإن فعل ، فالشراء باطل . ولو وهب للصبي قريبه ، أو أوصى له به . نظر ، إن كان الصبي معسراً ، فلولى قبوله ، ويلزمه القبول على الأصح وظاهر النص . فإذا قبل ، عتق على الصبي . وإن كان موسراً ، نظر ، إن كان القريب بحيث يجب تعفقه في الحال ، لم يجز للولي القبول ، وإن كان بحيث لا يجب فعلى ما ذكرنا في المعسر ، وإذا لم يقبل الولي قبل الحاكم ، فإن لم يفعل ، فللصبي بعد بلوغه القبول ، كذا ذكره الروياني ، وليكن هذا في الوصية . ولو وهب له بعض القريب ، أو أوصى له به ، فإن كان الصبي معسراً ، قبل الولي ، وإن كان موسراً ، زاد النظر في غرامة السراية ، وفيه قولان . أظهرهما : لا يقبل ، لأنه لو قبل ، لعتق على الصبي ، وسرى ، ولزمه قيمة الشريك ، وفيه ضرر . والثاني : يقبل ، ويعتق عليه ، ولا يسري . وقيل : ليس له القبول قطعاً ، وإنما القولان في صحة القبول .

فرع

اشترى في مرض موته قريبه ، فإما أن يشتريه بشمنه أو بمحابة . وعلى التقدير الأول ، قد يكون عليه دين ، وقد لا ، وقد سبق بيان

كل ذلك في الوصية ، وذكرنا أنه إذا لم يكن دين ولا وصية ، اعتبر عتقه من الثلث ، فإن خرج كله من ثلثه ، عتق ، وإلا ، عتق قدر الثلث ، وإن ملكه يارث ، عتق من رأس المال على الأصح حتى يعتق كله ، وإن لم يكن مال آخر . وقيل : من الثلث حتى لا يعتق إلا ثلثه ، إذا لم يملك (١) شيئاً آخر . ولو ملكه بهبة أو وصية ، فإن قلنا : الإرث من الثلث ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان ، والمسألة مبسطة في الوصايا .

فرع

من قواعد كتاب السير أن الحربي إذا قهر حريباً ، ملكه ، قال الإمام : ولم يشترط الأصحاب قصد الإرقاق ، بل اكتفوا بصورة القهر ، وعندي لا بد من القصد ، فإن القهر قد يكون للاستخدام ، فلا يتميز قهر الإرقاق إلا بالقصد ، فإذا قهر عبد سيده الحربي ، عتق العبد ، وصار السيد رقيقاً له . ولو قهر الزوج زوجته ، واسترقها ، ملكها ، وجاز له بيعها ، وكذا لو قهرت زوجها . ولو قهر حربي أباه أو ابنه ، فهل له بيعه ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، وبه قال ابن الحداد : لا يعتق عليه بالملك . والثاني : نعم ، لأن القهر دائم ، وبهذا أفتى الشيخ أبو زيد ، ويشبه أن يرجح الأول ، ويتجه أن يقال : لا يملكه بالقهر ، لاقتران سبب العتق بسبب الملك ، ويخالف الشراء فإننا صحناه لكونه ذريعة إلى تخليصه من الرق .

فرع

قد سبق أنه لو اشترى بعض قريبه ، عتق عليه ، وسرى إلى الباقي ، وفي معناه قبول الهبة والوصية . ولو ورث نصفه ، لا يسري ،

(١) في الأصل : يكن .

وشراء الوكيل وقبوله الهبة والوصية كشرائه وقبوله لصدوره^(١) عن اختياره، وكذا قبول نائبه شرعاً، حتى لو أوصى له ببعض ابنه، فمات، وقبل الأخ الوصية، عتق الشقص على الميت، وسرى إلى الباقي إن وفى به الثلث، وينزل قبول وارثه منزلة قبوله في حياته • ولو أوصى له ببعض من يعتق على وارثه، بأن أوصى له ببعض ابن أخيه، فمات، وقبل الأخ الوصية، عتق الشقص على الميت، وسرى إلى الباقي إن وفى به الثلث، وينزل قبول وارثه منزلة قبوله في حياته • ولو أوصى له ببعض من يعتق على وارثه، بأن أوصى له ببعض ابن أخيه، فمات، وقبل الأخ الوصية، عتق الشقص ولا سراية على الأصح، لأن الملك حصل للميت أولاً، ثم انتقل إلى الأخ إرثاً، ويجري الخلاف في السراية حيث يملك بطريق اختيار يتضمن الملك، ولا يقصد به التملك، كما إذا باع ابن أخيه بثوب ومات، ووارثه الأخ، فرد الثوب بعيب، واسترد الشقص، عتق عليه • وفي السراية الخلاف • ولو وهب لعبد بعض من يعتق على سيده، فقبل، وقلنا: يصح قبوله بغير إذن سيده، عتق الموهوب على السيد، وسرى، لأن قبول العبد كقبوله شرعاً •

قلت : هذا مشكل، وينبغي أن لا يسري، لأنه دخل في ملكه قهراً كالإرث • والله أعلم

مصرع

جرح عبد أباه، فاشتراه الأب، ثم مات بالجراحة • إن قلنا : تصح الوصية للقاتل، عتق من ثلثه، وإلا لم يعتق • وعلى هذا قال البغوي : ينبغي أن تجعل صحة الشراء على وجهين، كما لو اشتراه وعليه دين •

(١) في الاصل : لضرورة •

الخصيصة الثالثة : امتناع العتق بالمرض ، سبق في كتاب الوصايا أن التبرعات في مرض الموت تحسب من الثلث ، وأن العتق من التبرعات وقد يندفع لوقوعه في المرض ، وإنما يعتبر الثلث بعد حط قدر الدين ، فلو^(١) كان الدين مستغرقاً ، لم يعتق شيء منه ، فإن أعتق عبد لآمال له سواء ، لم يعتق إلا ثلثه ، وإن مات هذا العبد بعد موت السيد ، مات ، وثلثه حر ، وإن مات قبل موت السيد ، فهل يموت كله رقيقاً ، أم كله حراً ، أم ثلثه حراً وباقيه رقيقاً ؟ فيه أوجه . أصحها عند الصيقلاني : الأول ، وبه أجاب الشيخ أبو زيد في مجلس الشيخ أبي بكر المحمودي ، فرضيه وحمله عليه ، لأن ما يعتق ينبغي أن يحصل للورثة مثلاًه ، ولم يحصل لهم هنا شيء ، وتظهر فائدة الخلاف في شيئين : أحدهما : لو وهب في المرض عبداً لا يملك غيره ، وأقبضه ، ومات العبد قبل السيد ، فإن قلنا في مسألة العتق ، يموت رقيقاً مات هنا على ملك الواهب ، ويلزمه مؤونة تجهيزه . وإن قلنا : يموت حراً ، مات هنا على ملك الموهوب له ، فعليه تجهيزه . وإن قلنا بالثالث ، وزعت المؤونة عليهما .

الثاني : إذا كان لهذا العبد ولد من معتقه ، كان ولاء الولد لموالي أمه ، فإن قلنا : يموت حراً ، انجر الولاء إلى معتق الأب ، وإن قلنا : يعتق ثلثه ، انجر ولاء ثلثه . ولو أعتق في مرضه عبداً ، وله مال سواء ، ومات العتق قبل موت السيد ، قال الإمام : قال جماهير الأصحاب : لا يجب من الثلث ، ويجعل كأنه لم يكن ، لأن الوصيصة إنما تتحقق بالموت ، فإذا لم تبق إلى الموت ، لم يدخل في الحساب ، قال : ويجيء على قولنا حكمه بعد الموت كحكمه لو عاش ، أن يحسب

(١) في الأصل : وإن

من الثلث • ولو وهب عبداً ، وأقبضه ، وله مال آخر فتلف في يد المتهب قبل موت الواهب ، فهو كما لو أعتقه ، كما أن هبته ولا مال له سواء كإعتاقه ولا مال له سواء • ولو أتلفه المتهب ، فهو كما لو كان باقياً ، حتى إذا كان له مال آخر ، يحسب الموهوب من الثلث ، وإذا لم يخرج من الثلث ، يغرم الموهوب للورثة ما زاد على الثلث ، بخلاف ما إذا تلف ، لأن الهبة ليست مضمنة ، والإتلاف مضمن على كل حال ، ولالإمام احتمال في إلحاق التلف بالإتلاف وعكسه •

فرع

أعتق ثلاثة أعبد لا يملك غيرهم ، قيمتهم سواء ، فمات أحدهم قبل موت السيد ، فالذي نص عليه الشافعي رحمه الله ، وأطبق عليه فرق الأصحاب : أن الميت يدخل في القرعة ، قال الإمام : وقياس ما ذكرنا في العبد الواحد أن يجعل الفائت كالمعدوم ، ويجعل كأنه أعتق عبيد لا مال له سواهما ، وجعل الغزالي هذا الاحتمال وجهاً ، والتفريع على الأول ، فإن خرجت القرعة على الميت ، بأن أنه مات حراً موروثاً عنه ، ورق الآخران ، وإن خرج عليه سهم الرق ، لم يحسب على الورثة ، لأنهم يريدون المال ، ويحسب به عن المعتق^(١) لأنه يريد الثواب ، وتعاد القرعة بين العبدین ، كما لو لم يكن إلا عبدان ، فأعتقهما ، فمن خرج له سهم العتق ، عتق ثلثاه^(٢) ، ورق ثلثه مع العبد الآخر • ولو خرج سهم العتق أولاً على أحد الحيين ، فكذلك يعتق ثلثاه • ولو مات أحدهم بعد موت السيد وقبل^(٣) امتداد يد الوارث إلى التركة ، فالحكم كما

(١) في الاصل : عن العتق .

(٢) في الاصل : ثلثه .

(٣) في الاصل : وقال .

لو مات قبل موت السيد ، ولفظ الصيدلاني يقتضي الاكتفاء بأن لا يكون الميت في يده لثبوت الحكم المذكور . وإن مات بعد امتداد يد الوارث إلى التركة ، وقبل الإقراع ، فوجهان . أحدهما : يحسب الميت على الوارث ، حتى لو خرجت القرعة لأحد الحيين ، عتق كله ، لأن الميت دخل في يده وضمانه . والثاني : أنه كما لو مات قبل ثبوت يده على التركة ، لأنه لم يتسلط على التصرف . ولو مات اثنان منهم فبموت السيد ، قال ابن أبي هريرة : يقرع بينهم ، فإن خرج سهم العتق على أحد الميتين ، صح عتق نصفه ، وجعل للورثة مثله ، وهو العبد الحي . وإن خرج سهم الرق عليه ، أقرعنا بين الميت الآخر والحي ، فإن خرج سهم الحرية^(١) على الميت الآخر ، أعتقنا نصفه ، وإن خرج سهم الرق عليه ، لم يحسب على الورثة ، وأعتقنا ثلث الحي . ولو قتل أحد العبيد قبل موت السيد أو بعده ، دخل القتل في القرعة قطعاً ، لأن قيمته تقوم مقامه ، فإن خرج سهم العتق لأحد الحيين ، عتق كله ، ولورثه الآخر قيمة^(٢) القتل ، وإن خرج للقتيل ، بأن أنه قتل حراً ، وعلى قاتله الدية لورثته ، وأما القصاص فعن بعض الأصحاب أنه لا يجب إن كان قاتله حراً ، بخلاف ما إذا قال لعبده : إن جرحك أحد ، فأنت حر قبله ، فجرحه حر ، ومات بالجراحة ، وجب القصاص : لأن الحرية متعينة فيه ، وهنا التعيين بالقرعة . قال البغوي : يحتمل أن يكون في المسألتين وجهان ، لأنه قتل من اعتقد رقه كما لو قتل من عرفه رقيقاً فبان عتيقاً ، ففي القصاص قولان .

الخصيصة الرابعة : القرعة ، وفيها طرفان : أحدهما في محلها ،

(١) في الأصل : به .

(٢) في الأصل : وقيمة .

وهو أن يعتق في مرض موته عبيداً دفعة ، ويقصر عنهم ثلث ماله ، ولا يجيز^(١) الورثة عتقهم ، فيقرع بينهم لتجتمع الحرية في بعضهم ، فيعتق ، أو يقرب من العتق • وفي الضابط قيود ، أحدها : وقوع الإعتاق في مرض الموت ، فإذا اتفق عتقوا كلهم •

الثاني : أن يعتقهم دفعة بأن يوكل بإعتاق كل واحد وكيلاً ، فيعتقوا معاً ، أو يقول : هؤلاء أحرار ، أو يقول لهم : أعتقتكم ، أو أنتم أحرار ، فإن أعتقهم أولاً قدم الأول فالأول ، إلى تمام الثلث ، كقوله : سالم حر ، وغانم حر ، وفائق حر ، فلو قال : سالم وغانم وفائق أحرار : فهو محل القرعة • ولو قال : سالم وغانم وفائق حر ، فعن القاضي أبي حامد أنه يراجع ، فإن قال : أردت حرية كل واحد منهم ، فهو كقوله : أنتم أحرار ، وإن قال : أردت حرية الأخير ، قبل ، ولا قرعة ، وإن قال : حرية غيره ، لم يقبل •

الثالث : أن يقصر عنهم ثلث ماله ، ولم تجز الورثة ، فإن وفي الثلث بهم ، أو أجاز الورثة ، عتقوا جميعاً • ولو أوصى بإعتاق عبيد ، ولم يف الثلث بهم ، ولم يجز الورثة ، أقرع أيضاً ، وسواء أوصى بإعتاقهم دفعة ، أو قال : أعتقوا فلاناً ، ثم قال : أعتقوا فلاناً ، لأن وقت الاستحقاق واحد ، وهو الموت ، بخلاف ما إذا رتب الإعتاق المنجز إلا أن يقيد ، فيقول : أعتقوا فلاناً ثم فلاناً • ولو علق العتق بالموت ، فقال : إذا مت فأنتم أحرار ، أو أعتقتكم بعد موتي ، أو رتب فقال : إذا مت ، ففلان حر ، أقرع أيضاً • وفي الوصية والتعليق وجه : أنه لا قرعة ، بل يعتق من كل واحد ثلثه ، والصحيح الأول • ولو قال : أعتقت ثلث كل واحد منكم ، أو أثلاث هؤلاء أحرار ، فوجهان ، أحدهما : لا يقرع ،

(١) في الأصل : تجز •

بل يعتق من كل واحد ثلثه لتصريحه بالتبويض . وأصحهما : يقرع .
وقد سبق في الوصايا أنه لو قال : أعتقت ثلثكم ، أو ثلثكم حر ، فهو
كقوله : أعتقتكم أم كقوله أثلاث هؤلاء أحرار ، فيه طريقان ، وأنه
لو أضاف إلى الموت فقال : ثلث كل واحد حر بعد موتي ، أو أثلاث
هؤلاء أحرار بعد موتي ، عتق من كل واحد ثلثه ، ولا قرعة على الصحيح .

قرع

يعتبر لمعرفة الثلث فيمن أعتقه منجزاً في المرض قيمة^(١) يوم
الإعتاق ، وفيمن أوصى بعتقه قيمة يوم الموت أقل ، فالزيادة حصلت في
ملكهم وإن كانت يوم القبض أقل ، فما نقص قبل ذلك ، لم يدخل
في يدهم ، فلا يحسب عليهم ، كالذي يغصب ، أو يضيع من التركة قبل
قبضهم ، وإذا أجز إعتاق عبد ، وأوصى بإعتاق آخر ، قومنا المنجز حال
إعتاقه ، والآخر حال الموت ، وبقيّة التركة بأقل القيمتين ، فإن بقي شيء من
الثلث ، عتقا ، وإن خرج أحدهما ، أعتقنا المنجز ، فإن بقي شيء من الثلث ،
أعتقنا بقدره من الموصى بإعتاقه ، وإن نقص الثلث ، أعتقنا من المنجز
بقدره . ولو أعتق في المرض عبداً مبهماً ، بأن قال أحد هؤلاء حر ، أو
أوصى بإعتاق واحد منهم ، بأن قال : اعتقوا أحدهم ، ففي « جمع
الجوامع » للرويانى أنه يكتب رقعة للعتق ، وأخرى للوصية بإعتاق ،
ورقعتان للتركة ، فمن خرج له العتق ، فكأنه أعتقه بعينه ، ومن خرج
له الوصية ، فكأنه أوصى بإعتاقه ، ثم يكون الحكم كما سبق . وفي
« الشامل » أنه يميز الثلث بالقرعة أولاً ، ثم يميز بين المنجز والآخر .

(١) في الاصل : قيمته .

فرع

كل عبد من المنجز إعتاقهم عتق بالقرعة يحكم بعتقه من يوم الإعتاق ، لا من يوم القرعة ، ويسلم له ما كسبه من وقت (١) الإعتاق ولا يحسب من الثلث ، سواء كسبه في حياة المعتق أم بعد موته ، وكل من بقي رقيقاً منهم فأكسابه قبل موت المعتق ، تحسب على الوارث في الثلثين ، وأكسابه بعد موته وقبل القرعة لا تحسب عليه ، نحصولها على ملكه . فلو أعتق في مرضه ثلاثة أعبد لآمال له غيرهم ، قيمة كل واحد مائة ، وكسب أحدهم مائة ، وأقرعنا ، فإن خرجت القرعة للكاسب ، عتق وفاز بكسبه ، ورق الآخران ، وإن خرج لأحد الآخرين ، عتق ، ثم تعاد بين الكاسب والآخر ، فإن خرجت للآخر ، عتق ثلثه وبقي ثلثاه مع الكاسب ، وكسبه للورثة ، وإن خرجت للكاسب ، وقع الدور ، لأنه يعتق بعضه ، ويتوزع الكسب على ما عتق وعلى ما رق ، ولا يحسب عليه حصة ما عتق ، وتزيد (٢) التركة بحصة مارق ، وإذا زادت التركة ، زاد ما عتق ، وتزيد حصته ، وإذا زادت حصته ، نقصت حصة التركة . وطريق استخراجها بيناه في المسائل الدورية من الوصايا والحكم أنه يعتق منه ربعه ، ويتبعه ربع كسبه ، يبقى للورثة ثلاثة أرباعه ، وثلاثة أرباع كسبه مع العبد الآخر ، وجملتها ضعف ما عتق ، ولو كسب أحدهم مائتين ، وخرجت القرعة الثانية لغير الكاسب ، عتق ثلثاه (٣) وبقي ثلثه ، والكاسب وكسبه للورثة ، وإن خرجت للكاسب ،

(١) في الأصل : يوم .

(٢) في الأصل : ويريد .

(٣) في الأصل : ثلثا .

فقد عتق منه شيء ، وتبعه من الكسب شيئان ، لأن كسبه مثلاً قيمته ، تبقى للورثة أربعة أعبد إلا ثلاثة أشياء تعدل ضعف ماعتق ، وهو عبدان وشيئان فبعد الجبر^(١) أربعة أعبد ، تعدل عبيدين وخمسة أشياء ، تسقط عبيدين بعيدين ، يبقى عبدان وشيئان في مقابلة خمسة أشياء ، فالشيء خمس العبيدين ، وهو خمسا عبد ، وذلك أربعون ، فقد عتق مائة وأربعون ، وبقي للورثة ثلاثة أخماسه ستون ، وثلاثة أخماس كسبه مائة وعشرون والعبد الآخر ، وجملتها مائتان وثمانون ، وقد سبقت نظائر هذا في البوصايا . هذا كله في الأكساب الحاصلة في حياة المعتق ، ولو كسب أحدهم في المثال المذكور مائة بعد موته ، فإن خرجت القرعة للكَاسِبِ عتق وتبعه كسبه غير محسوب كما لو كسب في الحياة وإن خرجت لغير الكاسب ، عتق ، ورق الآخران^(٢) ، ولا تعاد القرعة للكسب ، بل يفوز به الوارث لحصوله في ملكه ، وكسب من أوصى بإعتاقه في حياة الموصى للموصى ، تزيد به التركة والثلث ، وكسبه بعد موته لا تزيد به التركة ولا الثلث بلا خلاف . وهل هو للورثة أم للعبد ؟ طريقتان حكاهما ابن الصباغ أحدهما : قولان كالقولين في أن كسب الموصى به بعد موت الموصى وقبل القبول للورثة أو للموصى له ؟ والمذهب القطع بأنه للورثة . والفرق أنه^(٣) استحق العتق بموت الموصى استحقيقاً مستقراً ، والوصية غير مستقرة ، بل الموصى له بالخيار بين الرد والقبول ، وإذا زادت قيمة من نجز إعتاقه ، كانت الزيادة كالكسب ، فمن خرجت له قرعة العتق ، تبعته الزيادة غير محسوبة عليه ، وكذا لو كان فيمن أعتقهم جارية ، فولدت قبل موت المعتق ، فالولد كالكسب ،

(١) في الأصل : الحر .

(٢) في الأصل : الآخر .

(٣) في الأصل : أن .

فإذا خرجت القرعة لها ، تبعها الولد غير محسوب من الثلث ، وإن خرجت لغير من زادت قيمته ، أو التي ولدت ، وقع للدور • ولو أعتق ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم ، قيمة كل واحد مائة ، فبلغت قيمة أحدهم مائتين ، فهو كما لو كسب أحدهم مائة • ولو أعتق أمتين قيمة كل واحدة (١) مائة ، فولدت إحداها ولداً قيمته (٢) مائة ، فهو كما لو كسب أحدهم مائة ، فإن خرجت القرعة للتي لم تلد ، عتقت ، وورقت الوالدة وولدها ، وهما ضعف ما عتق ، وإن خرجت للوالدة ، عتق منها شيء ، وتبعها من الولد مثله ، يبقى مع الورثة ثلاثمائة إلا شيئين يعدل ضعف ما أعتقنا محسوباً ، وهما شيئان ، فبعد الجبر يعدل ثلاثمائة أربعة أشياء ، فالشيء ثلاثة أرباع مائة ، فعرفنا أنه عتق ثلاثة أرباعها ، وتبعها ثلاثة أرباع الولد ، يبقى للورثة ربعها والجارية الأخرى ، وجعلته مائة وخمسون ، ضعف ما عتق منها • ولو قال لأمه الحامل في مرض موته : أنت حرة ، أو ما في بطنك ، فولدت لدون ستة أشهر من يوم الإعتاق ، ولم يتفق تعيين ، فيقرع ، فإن خرجت للولد ، عتق دون الأم ، وإن لم يف الثلث به ، عتق منه قدر الثلث ، وإن خرجت الأم ، عتقت ، وتبعها الولد إن وفى بهما الثلث ، وإلا ، فيعتق منها شيء ، ويتبعها من الولد شيء • وطريق استخراج ما ذكرناه في الوصايا فيمن أعتق عبداً فكسب ، وتقويم الولد بما يكون يوم الولادة ، هذا كله إذا ولدت قبل موت المعتق ، فإن ولدت بعده ، نظر إن وُلدت لأكثر من ستة أشهر من يوم الموت ، فالولد ككسب حصل بعد موته ، إن خرجت القرعة للأم ، عتقت ، وتبعها ، وإن خرجت لغير

(١) في الأصل : واحد .

(٢) في الأصل : قيمة .

الوالدة ، عتقت ، ولا تعاد القرعة للولد ، لأنه حدث على ملك الورثة ، وإن ولدت لأقل من ستة أشهر ، فهل تحسب على البوارث حتى تعاد القرعة ؟ قال البغوي : يبنى على أن الحمل هل يعرف ؟ إن قلنا : لا ، فهو كالحادث بعد الموت ، فلا تعاد ، وإن قلنا : نعم ، فكالحدث قبل الموت ، فتعاد ، وأطلق الصيدلاني وجهين في أنها لو ولدت بعد الموت ، هل يحسب الولد على الورثة من الثلثين ؟ ولو نقصت قيمة من فجز ، عتق بعضهم قبل موت المعتق ، فإن كان النقص فيمن خرجت له قرعة العتق ، حسب عليه ، لأنه محكوم بعتقه من يوم الإعتاق ، وإن كان فيمن رق ، لم يحسب على الورثة إذا لم يحصل لهم إلا الناقص . فلو أعتق عبداً لآمال له غيره ، قيمته مائة ، ورجع إلى خمسين ، فقد ذكرنا طريق استخراجها في الوصايا . وحاصله أن يعتق منه الخمس . ولو أعتق ثلاثة أعبد ، قيمة كل واحد مائة ، فعادت قيمة أحدهم إلى خمسين ، فإن خرجت القرعة للناقص ، عتق وحده ، لأنه كانت قيمته يوم الإعتاق مائة ، فينبغي أن يبقى للورثة ضعفها ، وإن خرجت لأحد الآخرين ، عتق منه خمسة أسداس ، وهي ثلاثة وثمانون وثلث ، يبقى للورثة سدسه والعبد الآخر والناقص . وجملة ذلك مائة وستة وستون وثلثان ، ضعف ما عتق ، لأن المحسوب على الورثة الباقي بعد النقص ، وهو مائتان وخمسون . ولو أعتق عبيدين قيمة كل واحد مائة ، ولا مال له سواهما ، فعادت قيمة أحدهما إلى خمسين ، فإن خرجت القرعة للآخر ، عتق نصفه ، وبقي للورثة نصفه مع العبد الناقص ، وهما ضعف ما عتق ، وإن خرجت للناقص ، وقع الدور ، لأننا نحتاج إلى إعتاق بعضه معتبراً بيوم الإعتاق ، وإلى إبقاء ضعفه للورثة معتبراً بيوم الموت ، وحاصله أنه^(١) يعتق ثلاثة أخماسه ، يبقى خمسه مع الآخر للورثة . وإن حدث

(١) في الأصل : أن .

التقص بعد موت المعتق ، وقبل الإقراع ، فهل يحسب على الورثة ؟
قال البغوي : إن كان الوارث مقصور اليد عن التركة ، لم يحسب عليه
كما في حال الحياة ، وإلا ، فوجهان ، أحدهما : يحسب عليه .

الطرف الثاني في كيفية القرعة والتجربة المترتبة عليها ، وفيه
فصلان :

الأول : في كيفية القرعة ، قد سبق في باب القسمة أن للقرعة
طريقين ، أحدهما : أن يكتب أسماء العبيد في رقاع ، ثم يخرج على
الرق وانحرية . والثاني : أن يكتب في الرقاع الرق والحرية ، ويخرج
على أسماء العبيد ، وذكرنا أن من الأصحاب من أثبت قولين في أنه يقرع
بالطريق الأول أم الثاني ، وأن في كون ذلك الخلاف في الجواز
والأولوية خلافاً ، وأن الجمهور قالوا في العتق : يسلك ما شاء من
الطريقين ، ولفظه في « المختصر » يدل عليه ، والطريق الأول أخصر .
واستحب الشافعي رحمه الله على الطريقين أن تكون الرقاع صفاراً
ليكون أخفى ، وأن تكون متساوية ، وأن تدرج في بنادق ، وتجعل
في حجر من لم يحضر هناك ، كما بينا في القسمة ، وأنه يغطي بثوب ،
ويدخل من يخرجها اليد من تحته . كل هذا ليكون أبعد من التهمة ،
ولا تتعين الرقاع ، بل تجوز القرعة بأقلام متساوية ، وبالنبوى والبعر ،
وذكر الصيدلاني أنه لا يجوز أن يقرع بأشياء مختلفة ، كدواة وقلم
وحصاة ، وقد يتوقف في هذا ، لأن المخرج إذا لم يعلم ما لكل واحد
منهم لا يظهر حيفه ، ولا يجوز الإعراض عن أصل القرعة ، والتمييز
بطريق آخر بأن يتفقوا على أنه إن طار غراب ، ففلان حر ، أو أن من
وضع على صبي يده ، فهو حر ، أو أن^(١) يراجع شخص لاغرض له

(١) في الأصل : وان .

ونحو ذلك . قال الإمام : فإن كنا نعتق عبداً ، ورفق آخرين ، ورأينا إثبات الرق والحرية ، فقد قال الأصحاب : يثبت الرق في رقتين ، والحرية في رقعة على نسبة المطلوب في القلة والكثرة ، فإن ما يكثر فهو أخرى بسبق اليد إليه . وفي كلامهم ما يدل على استحقاق ذلك ، ومنهم من عده احتياطاً ، وقال : يكفي رقعة للرق وأخرى للحرية ، ثم إذا أخرجنا رقعة باسم أحدهم ، فخرجت للحرية ، انفصل الأمر ، وإن خرجت للرق ، احتجنا إلى إخراجها . قال الإمام : إذا أثبتنا الرق والحرية ، فقال المخرج : أخرج على اسم هذا ، وفازعه الآخرون ، وقالوا : أخرج على أسمائنا ، أو أثبتنا الأسماء ، وقال المخرج : أخرج على الحرية ، وقالوا : أخرج على الرق ، أو تنازع الورثة والعبد ، فقال الورثة : أخرج على الرق ، وقال العبد : على الحرية ، فهذا لم يتعرض له الأصحاب ، وفيه احتمالان ، إن أثبت الرق والحرية ، أحدهما أنه يقرع بين العبيد أولاً حتى يتعين من يعرض على الرق والحرية ، فإذا تعين واحد ، أخرجت رقعة على اسمه ، والثاني : أن تثبت الحرية على رقعة ، والرق على رقتين ، ويعطي المخرج كل عبد رقعة ، وقد سبق في القسمة أن تعيين من يبدأ به من الشركاء والأجراء منوط بنظر القسام ، فيمكن أن يناط هنا بنظر متولي الإقراع من قاض أو وصي ، فيبدأ بمن شاء ، ولا يلتفت إلى مضايقاتهم . واعلم أن إعطاء كل عبد رقعة ، ليس من شرط الإقراع ، بل يكفي الإخراج بأسمائهم وأعيانهم .

الفصل الثاني : في كيفية تجزئة العبيد ، وهي تقم بحسب الحاجة ، فإن أعتق عبيدين لا مال له سواهما ، أقرع بإثبات اسميهما في رقتين ، وإخراج أحدهما على الرق أو الحرية ، أو بإثبات الرق والحرية في رقتين ، والإخراج على اسمهما ، ثم إن استوت قيمتهما ، فمن خرج له سهم الحرية ، عتق ثلثاه ، ورق باقيه مع الآخر ، وإن اختلفت قيمتهما

كمائة ومائتين ، فإن خرجت الحرية لصاحب المائة ، عتق ، ورق الآخر ،
 وإن خرجت للآخر ، عتق نصفه ، ورق باقية مع الآخر . وإن أعتق عبداً
 لا مال له سواهم ، فإن كانوا ثلاثة ، واستوت قيمتهم ، فإن شاء كتب
 أسماءهم وقال للمخرج : أخرج رقعة على الحرية ، فمن خرج اسمه ،
 عتق ، أو قال : أخرج في الرق حتى يتعين في الآخر الحرية ، والإخراج
 على الحرية أولى ، لأنه أقرب إلى فصل الأمر . وإن شاء كتب على
 الرقاع الرق في رقعتين ، والحرية في رقعة ، وقال : أخرج على اسم
 سالم ، أو أشار إلى عينه وقال : على اسم هذا ، فإن خرج سهم الحرية ،
 عتق ورق الآخران ، وإن خرج سهم الرق ، رق ، وأمرنا بإخراج رقعة
 أخرى على اسم غانم ، فإن خرج سهم الحرية ، عتق ، ورق الثالث ،
 وإن خرج سهم الرق فبالعكس . وإن اختلفت قيمتهم كمائة ومائتين
 وثلاثمائة ، فإما أن نكتب أسماءهم ، فإن خرج اسم الأول ، عتق ،
 وأخرج رقعة أخرى ، فإن خرج اسم الثاني ، عتق نصفه ، وإن خرج
 اسم الثالث ، عتق ثلثه ، وإن خرج أولاً اسم الثاني ، عتق ورق
 الآخران ، وإن خرج اسم الثالث ، عتق ثلثاه ، ورق باقيه والآخران ،
 وإما أن نكتب الرق في رقعتين ، والحرية في رقعة ، ونخرج على أسمائهم
 وإن كانوا أكثر من ثلاثة ، فإن أمكن تسوية الأجزاء عدداً وقيمة ، كسنة
 أو تسعة أو اثني عشر ، قيمتهم سواء جزأناهم ثلاثة أجزاء وصنعنا
 صنيعنا في الثلاثة المتساوين ، وكذا الحكم في ستة ، ثلاثة منهم قيمة
 كل واحد منهم مائة ، وثلاثة قيمة كل واحد خمسون ، فيضم إلى كل
 نفيس خسيساً ، ونجعلهم ثلاثة أجزاء ، وفي ستة اثنان منهم ، قيمة كل
 واحد منهما ثلاثمائة ، واثنان قيمة كل واحد مائتان ، واثنان قيمة كل
 واحد مائة ، فنجعل اللذين قيمتهما أربعمائة جزءاً ، ويضم إلى كل نفيس
 خسيساً ، فيستوي الأجزاء عدداً وقيمة . وإن لم يمكن التسوية

بالعدد ، ويسرت بالقيمة ، كخمسـة قيمة أحدهم مائة ، وقيمة اثنين مائة ، وقيمة اثنين مائة ، جزأناهم كذلك (١) ، وأقرعنا . وإن أمكن التسوية بالعدد دون القيمة ، كسـتة ، قيمة أحدهم مائة ، وقيمة اثنين مائة ، وقيمة ثلاثة مائة ، فوجهان ، الصحيح المنصوص : يـجزؤون بالعدد ، واثنين وثلاثة ، ويقـرع بينهم كما ذكرنا . والثاني : يـجزؤون بالعدد ، فيجعل اللذان قيمتهما مائة جزءاً ، والذي قيمته مائة مع واحد من الثلاثة الباقيـن جزءاً ، ويقـرع بينهم فيعتق قدر الثلث على ما سبق . وإن لم يمكن التسوية بالعدد ولا بالقيمة ، كثمانية ، قيمتهم سواء ، فقولان ، أظهرهما : يـجزؤون ثلاثة أجزاء ، بحيث يقرب من التثليث ، فيجعلون ثلاثة وثلاثة واثنين ، ويقـرع ، فإن خرج سهم العتق على ثلاثة ، رق غيرهم ، وانحصر العتق فيهم ، ثم يقـرع بينهم بسهمي عتق وسهم رق ، فلمن خرج له الرق ، رق ثلثه ، وعتق ثلثه مع الآخرين . وإن خرج سهم العتق أولاً على الاثنين ، عتقا ، وتعاد القرعة بين الستة ، ويجعل كل اثنين جزءاً ، فإذا خرج سهم العتق باسم اثنين ، أعدنا القرعة بينهما ، فمن خرج له سهم الحرية ، عتق ثلثاه . هذا إذا كتبنا في الرقاع الرق والحرية ، وإن كتبنا الأسماء ، فإذا خرج سهم اثنين وعتقا ، لم تعد القرعة بين الستة ، بل يخرج قرعة أخرى ، ثم يقـرع بين الثلاثة المسمين فيها ، فمن خرج له سهم العتق ، عتق ثلثاه ، ولا يجوز على هذا القول أن نجزئهم أربعة واثنين واثنين ، لبعـد هذه التجزئة على التثليث . والقول الثاني : لا يراعى التثليث ، بل يراعى ما هو أقرب إلى فصل الأمر ، فيجوز أن تكتب أسماؤهم في ثمان رقاع ، ويخرج

(١) في الأصل : لذلك .

واحدة بعد واحدة إلى أن يتم الثلث . ويجوز أن يجعلوا أرباعاً . ثم إن شئنا أثبتنا اسم كل اثنين في رقعة ، فإذا خرجت واحدة على الحرية . عتقا ، ثم يخرج رقعة أخرى ، ويقرّع بين الاثنين^(١) اللذين أسهما فيها . فمن خرجت له القرعة ، عتق ثلثه^(٢) ، وإن شئنا أثبتنا الرق والحرية . فأثبتنا العتق في واحدة ، والرق في ثلاث ، فإذا خرجت رقعة العتق لاثنين ، عتقا ، ويعيد القرعة بين الستة ، فإذا خرجت لاثنين . أقرعنا بينهما كما سبق ، ولا يبعد على هذا أن يجوز إثبات العتق في رقتين . والرق في رقتين ، ويعتق الاثنان اللذان خرجت لهما رقعة العتق أولاً . ويقرّع بين اللذين خرج لهما رقتي العتق الثانية ، وإن كان العبيد سبعة ، فعلى القول الأول يجرّئهم ثلاثة واثنين واثنين ، وعلى الثاني نجزيء كيف شئنا إلى أن يتم الثلث . وإن كانوا أربعة قيمتهم سواء فعلى الأول نجزئهم اثنين وواحد ، وواحد فإن خرج سهم العتق لأحد الفردين . عتق ، ثم يعيد القرعة بين الثلاثة ، فمن خرج له سهم العتق ، عتق ثلثه . وإن خرج للاثنين ، أقرعنا بينهما ، فمن خرج له سهم العتق . عتق كله . وثالث الآخر . وهذا على تقدير إثبات الرق والحرية في الرقاع ، وعلى القول الثاني : يثبت اسم كل واحد في رقعة ، ويخرج باسم الحرية . فمن خرج اسمه أولاً ، عتق ، ومن خرج اسمه ثانياً . عتق ثلثه ، وإن كانوا خمسة قيمتهم سواء ، فعلى الأول يجرّئهم اثنين واثنين وواحد ، وعلى الثاني لنا إثبات أسمائهم في خمس رقاع ، ثم القول في الإيجاب أم في الاستحباب والاحتياط ؟ فيه وجهان ، وبالأول قال القاضي حسين ، واختاره الإمام . وبالثاني قال الصيدلاني ، وهو مقتضى كلام الأكثرين . ولو أعنت عبداً من عبيد على الإبهام . فقد يحتاج إلى

(١) في الأصل : اثنين .

(٢) في الأصل : ثلثا .

تجزئتهم أربعة أجزاء وخمسة وأكثر ، فيجزؤون بحسب الحاجة ، وكذا لو كان على المعتق دين كما سنذكره قريباً إن شاء الله تعالى .

مسائل : الأولى : إذا أعتق في مرض موته عبيداً لا مال له غيرهم ، ومات وعليه دين ، نظر ، إن استغرقهم الدين ، فهو مقدم ، فيباعون فيه ، وإن لم يستغرقهم ، أقرع بين الدين والتركة ليصرف العتق عما يتعين للدين ، فإن كان الدين قدر نصفهم ، جعلنا حرين ، وأقرعنا بينهما بسهم دين وسهم تركة ، ثم إن شئنا كتبنا أسماء كل حر في رقعة ، وأخرجنا رقعة الدين أو التركة . وإن شئنا كتبنا الدين في رقعة [والتركة في رقعة] ، وأخرجنا إحداهما على أحد الحرين ، وإن كان قدر الدين ثلثهم ، جزأناهم ثلاثة أجزاء ، وأقرعنا بينهم بسهم دين وسهمي تركة ، وإن كان قدر الربع ، جزأناهم أربعة أجزاء ، وأقرعنا بسهم دين وثلاثة أسهم تركة . وهل يجوز أن يقرع للدين والعتق والتركة ، بأن يقرع والحالة هذه بسهم دين وسهم عتق وسهمي تركة ، أو يجزئهم إذا كان الدين قدر نصفهم ستة أجزاء ، ويقرع بثلاثة أسهم للدين وسهم للعتق وسهمين للتركة ؟ فيه وجهان ، الأصح المنصوص : لا ، لأنه لا يمكن تنفيذ العتق قبل قضاء الدين ، ولو تلف المعين للدين قبل قضائه ، انعكس الدين على الباقي من التركة ، وكما لا يقسم شيء على الورثة قبل قضاء الدين ، لا يعتق قبله . والثاني : يجوز ، لأن العمل فيه أخف فلا ينقص به حق ذي حق ، وعلى هذا نقل الغزالي أنا نتوقف في تنفيذ العتق إلى أن يقضى الدين . وفي « التهذيب » ما يقتضي الحكم بالعتق في الحال . وإذا قلنا بالمنصوص ، فتعين بعضهم للدين يباع ويقضى منه الدين ، ثم يقرع للعتق وحق الورثة . ولو قال الوارث : أقضي الدين من موضع آخر ، وأنفذ العتق في الجميع ، فهل ينفذ العتق ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، لأن المنع من النفوذ الدين ،

فإذا سقط بالقضاء ، نفذ ، كما لو أسقط الورثة حقهم من ثلثي التركة وأجازوا عتق الجميع . والثاني : لا ، لأن تعلق الدين منع النفوذ لا ينقلب نافذاً بسقوطه ، كما لو أعتق الراهن وقلنا : لا ينفذ فقال : أنا أقضي الدين من موضع آخر لينفذ ، فإنه لا ينفذ إلا أن يتبدى إعترافاً ، وبني النوجهان على أن تصرف الورثة في التركة قبل قضاء الدين هل ينفذ ؟

قلت : ينبغي أن يكون الأصح نفوذ العتق . والله أعلم

فرع

لو أعتق من لا دين عليه عبيداً لا مال له غيرهم . ومات ، وأعتقنا بعضهم بالقرعة ، وأرققنا بعضهم ، فظهر للميت مال مدفون ، فإن كان بحيث يخرج جميعهم من الثلث ، بأن كان المال مثلي قيمتهم ، حكم بعتقهم جميعاً ، فندفع إليهم أكسابهم من يوم إعتاقهم ، ولا يرجع الوارث بما أنفق عليه ، كمن نكح امرأة نكاحاً فاسداً على ظن أنه صحيح ، ثم فرق القاضي بينهما ، لا يرجع بما أنفق . وإن خرج من الثلث بعض من أرققناهم ، أعتقناهم بالقرعة ، مثل أن أعتقنا واحداً من ثلاثة ، ثم ظهر مال يخرج به آخر . يقرع بين اللذين أرققناهما ، فسنخرج له سهم الحرية ، عتق . ولو أعتقنا بعض العبيد . ولم يكن عليه دين ظاهر ، ثم ظهر دين ، فإن كان مستغرقاً للتركة ، فالعتق باطل ، فإن قال الورثة : نحن نقضي الدين من موضع آخر ، فعلى الوجهين السابقين . واستبعد الشيخ بناءهما على الخلاف في تصرف الورثة في التركة قبل الدين . وقال هناك الوارث ينشئ إعترافاً من عنده ، ولا يبضي ما فعل الميت . وإنما الخلاف مبني على أن إجازة الوارث لما زاد على الثلث تنفيذ أم ابتداء عطية من الوارث ؟ فإن قلنا : تنفيذ . فله تنفيذ إعترافه بقضاء

الدين من موضع آخر ، وإلا فينبغي أن يقضي الدين ، ثم يتسدىء
إعتاقاً ، وإن كان الدين الذي ظهر غير مستغرق ، فهل يبطل القرعة من
أصلها ؟ وجهان ، ويقال : قولان . أحدهما : نعم ، كما لو اقتسم
شريكان ، ثم ظهر ثالث ، فعلى هذا يقرع الآن للدين والتركة ولا يبالى
بوقوع سهم الدين على من وقعت له قرعة العتق أولاً . وأظهرهما :
لا ، ولكن إن تبرع الوارث بأداء الدين ، نفذ العتق ، وإلا فيرد العتق
بقدر الدين ، فإن كان الدين نصف التركة ، رددناه في نصف من أعتقناه ،
وإن كان ثلثها ، رددنا ثلثهم ، فإن كانت العبيد ستة ، قيمتهم سواء ،
وأعتقنا اثنين بالقرعة ، فظهر دين بقدر قيمة اثنين بعنا من الأربعة اثنين
للدين كيف اتفق ، ويقرع بين المعتقين القرعة أولاً بسهم رق ، وسهم
عتق ، فمن خرج له سهم الرق ، رق ثلثاه ، وعتق ثلثه مع الآخر . وإن
ظهر الدين بقدر قيمة ثلاثة ، أقرع بين اللذين كان خرج لهما الحرية ،
فمن خرج له الحرية عتق ، ورق الآخر .

المسألة الثانية : إذا قال لعبيده : أحكمكم حر ، أو اثنان حران ،
أو أعتقت أحكمكم ، فله حالان ، أحدهما : أن ينوي معيناً فيؤمر ببيانه .
ويحبس عليه . فإن قال : أردت هذا ، عتق ، ولغيره أن يدعي عليه أنك
أردتني ، ويحلفه ، وإن نكل السيد ، حلف هو وعتق . ولو عين واحداً ،
وقال : أردت هذا ، بل هذا ، أعتقنا جميعاً ، مؤاخذه له . ولو قتل
واحداً منهم ، لم يكن ذلك بياناً ، بل يبقى الأمر بالبيان . فلو قال :
أردت المقتول ، لزمه القصاص . ولو جرى ذلك في إماء ، أو أمتين ،
ثم وطئ واحدة ، لم يكن الوطء بياناً ، بل لو بين العتق فيها ، تعلق به
الحكم والمهر لجهلها بأنها معتقة . ولو مات قبل البيان ، قام^(١) وارثه

(١) في الاصل : فأقام .

مقامه على المذهب ، لأنه خليفته ، وربما علمه • وقيل : قولان ، فإن أقمناه ، فبين أحدهم ، عتق ، ولغيره تحليفه على نفي العلم ، فإن لم يكن وارث ، أو قال الوارث : لا أعلم ، فالصحيح أو المشهور أنه يقرع بينهم • وفي وجه أو قول : لا يقرع ، بل يوقف • ولو قال المعتق : نسيت من أعتقته ، أمر بالتذكر • قال الأصحاب : يحبس عليه ، قال الإمام : وفيه احتمال • وإن مات قبل التذكر ، ففي بيان الوارث والقرعة الخلاف ، وهكذا الحكم لو سمي واحداً وأعتقه ثم قال نسيت •

الحال الثاني : أن لا ينوي معيناً ، فيؤمر بالتعيين ، ويوقف عنهم ، إلى أن يعين ، ويلزمه الإنفاق عليهم ، فإذا عين أحدهم ، عتق ، وليس لغيره أن ينازع فيه إن وافق على أنه لم ينو معيناً • وإذا قال : نويت هذا ، عتق الأول ، ولغا قوله للثاني ، لأن العتق حصل في الأول ، بخلاف قوله : نويت هذا ، بل هذا ، لأنه إخبار • ثم العتق في المبهم هل يحصل عند التعيين ، أم يتبين حصوله من وقت اللفظ المبهم ؟ وجهان سبق نظيرهما في الطلاق ، وخرج على الخلاف أنه لو مات أحدهم فعينه ، فهل يصح ؟ إن قلنا : يحصل العتق عند التعيين ، فلا ، لأن الميت لا يقبل العتق ، فعلى هذا لو كان الإبهام بين عبيدين ، فإذا بطل التعيين في الميت ، تعين الثاني للعتق ، ولا حاجة إلى لفظ • وإن قلنا الإبهام ، صح تعيينه • ولو جرى ذلك في أمتين أو إماء ، فهل يكون الوطاء تعييناً لغير الموطوءة ؟ وجهان كما في الطلاق • قال ابن الصباغ : وكونه تعييناً هو قول أكثر الأصحاب • وإذا لم نجعله تعييناً ، فعين العتق في الموطوءة ، فلا حد • وبنى البغوي حكم المهر على أن العتق يحصل عند التعيين ، أم باللفظ المبهم ؟ إن قلنا بالأول ، لم يجب ، وإلا ، وجب • والوطء فيما دون الفرج ، والقبلة واللمسة بشهوة مرتب على الوطاء إن لم يكن تعييناً ، فهذا أولى ، وإلا فوجهان • والاستخدام مرتب على

اللس ، والمذهب أنه ليس بتعيين . قال الإمام : هذا يوجب طرد الخلاف في أن الاستخدام في زمن الخيار ، هل يكون فسخاً أو إجازة ؟ والعرض على البيع كالاستخدام . ولو باع بعضهم ، أو وهبه وأقبضه أو أجره . قال البغوي : فيه الوجهان كالوط ، والإعتاق ليس بتعيين . ثم إن عين فيمن أعتقه ، قبل ، وإن عين في غيره ، عتقا . وقتل السيد أحدهم ليس تعييناً ، ثم إن عين في غير المقتول ، لم يلزمه إلا الكفارة ، وإن عين في المقتول ، لم يجب القصاص ، للشبهة . وأما المال ، فإن قلنا : العتق يحصل عند التعيين ، لم يجب ، وإن قلنا : عند الإبهام ، لزمه الدية لورثته . وإن قتل أجنبي أحدهم ، فلا قصاص إن كان القاتل حراً ، ثم إن عين في غير المقتول ، لزمه القيمة ، وإن عين فيه وقلنا : العتق يحصل عند التعيين ، فكذلك ، كما لو نذر إعتاق عبد بعينه ، فقتل . وإن قلنا : عند الإبهام ، لزمه الدية لورثة المقتول . ولو مات قبل التعيين ، فهل للورثة التعيين ؟ قولان ، ويقال : وجهان ، أظهرها : نعم .

المسألة الثالثة : قال لأُمته : أول ولد تلدينه حر ، فولدت ميتاً ، ثم حياً ، لم يعتق الحي ، لأن الصفة انحلت بولادة الميت ، كما لو قال : أول عبد رأيته من عبيدي حر ، فرأى أحدهم ميتاً ، انحلت اليقين . فإذا رأى بعده حياً لا يعتق ، ووافق أبو حنيفة في هذا ، وخالف الأول . قلت : إن كانت حاملاً حال التعليق ، صح قطعاً ، وكذا إن كانت حائلاً في الأظهر والأصح ، كما لو وصى بما ستحمل^(١) والثاني : لا . لأنه تعليق قبل الملك والله أعلم

الرابعة : قال لعبده : أنت ابني . ومثله يجوز أن يكون إبناً له . ثبت نسبه ، وعتق إن كان صغيراً ، أو بالغاً وصدقه ، وإن كذبه .

(١) في الأصل : يستحمل .

عتق أيضاً وإن لم يثبت النسب • وإن لم يمكن كونه ابنه ، بأن كان أصغر منه على حد لا يتصور كونه ابنه ، لغا قوله ، ولم يعتق ، لأنه ذكر محالاً • هذا في مجهول النسب ، فإن كان معروف النسب من غيره ، لم يلحقه ، لكن يعتق على الأصح ، لتضمنه الإقرار بحريته • ولو قال لزوجته : أنت بنتي قال الإمام : الحكم في حصول الفراق وثبوت النسب كما في العتق •

الخامسة : قال لعبديه : أعتقت أحكما على ألف ، أو أحكما حر على ألف ، لم يعتق واحد منهما ما لم يقبلا ، فإن قبل كل واحد الألف ، عتق أحدهما ، ولزم السيد البيان ، فإن مات قبله ، ولم يقيم الوارث مقامه ، أو لم يكن وارث ، أقرع ، فمن خرجت قرعته ، عتق بعوض • وفي ذلك العوض وجهان ، أحدهما وبه قال ابن الحداد : قيمته • والثاني : المسمى ، قاله أبو زيد ، لأن المقصود العتق ، لا المعاوضة ، فيحتمل إيهام العوض تبعاً للعتق • ولو قال لأمتيه : إحداكما حرة على ألف ، فقبلتا ، ثم وطئ إحداهما ، فهل هو اختيار للملك الموطوءة ويتعين الأخرى للعتق ، وجهان حكاهما الشيخ أبو علي •

السادسة : جارية مشتركة ، زوجها الشريكان بآبن أحدهما فأت منه بولد ، يعتق نصفه على الجد ، ولا يسري إلى النصف الآخر إذا لم يعتق عليه باختياره •

السابعة : سبق في النكاح أن من نكح أمة غراً بحرنيها ، فأولدها ، انعقد الولد حراً ، ويلزم المغرور قيمته لمالك الأمة • هذا هو الصحيح ، وحكى الشيخ أبو علي وجهاً أنه ينعقد رقيقاً ، ثم يعتق على المغرور ، وله ولاؤه • وأنا إذا قلنا : ينعقد حراً فلا قيمة على المغرور ، وهو غريب ضعيف • قال الشيخ : وفي القلب من وجوب القيمة على المغرور

شيء ، لأنه لم يتلف شيئاً على مالك ، وإنما منع دخول شيء في ملكه ، لكن ليس فيه خلاف يعتد به ، وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم على وجوب الضمان ، فلا بد من متابعتهم . وإذا عرفت هذا ، فلو نكح جارية ابنه مغروراً بحريتها ، فأولدها ، فهل يلزمه قيمة الولد ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، لأنه إن انعقد حراً ، فينبغي أن لا يلزمه شيء ، وإن انعقد رقيقاً ، عتق على الجدة بالقرابة ، ولأنه لم يفوت بظن الحرية على الأب رقاً ينتفع به ، لأنه كان يعتق عليه ، وأصحهما : نعم ، وبه قال ابن الحداد . وإن وطئها عالماً بالحال ، ملكه الجدة ، وعتق عليه . قال الإمام : ولا يبعد أن يقال : ينعقد حراً .

فروع

في مسائل مشورة :

شهدا أنه قال : أحد هذين العبدین حر ، أو أنه أوصى بإعتاق أحدهما ، أو أنه قال : إحدى هاتين المرأتين طالق ، يقبل ، ويحكم بمقتضى شهادتهما ، ولو ولدت المزني بها ولداً ، وملكه الزاني لم يعتق عليه ، وقال أبو حنيفة : يعتق . ولو قال لعبده : أنت حر كيف شئت ، قال أبو حنيفة : يعتق في الحال ، وقال أصحابه : لا يعتق حتى يشاء ، وقال ابن الصباغ : وهو الأشبه . ولو أوصى بإعتاق عبد يخرج من الثلث ، لزم الوارث إعتاقه ، فإن امتنع ، أعتقه السلطان . ولو كان له عبد مقيد ، فحلف بعتقه أن في قيده عشرة أرطال ، وحلف بعتقه لا يحله هو ولا غيره ، فشهد عند القاضي شاهداً أن قيده خمسة أرطال ، وحكم القاضي بعتقه ، ثم حل القيد فوجد فيه عشرة أرطال ، قال ابن الصباغ : لا شيء على الشاهدين ، لأن العتق حصل

بحل القيد دون الشهادة ، لتحقيق كذبهما • قال ابن الحداد : ولو شهد شاهدان أنه أعتق في مرضه هذا العبد ، أو أوصى بعتقه ، وحكم القاضي بشهادتهما ، وشهد آخران أنه أعتق عبداً آخر ، وكل واحد منهما ثلث ماله ، ثم رجع الأولان ، لم يرد القضاء بعد نفوذه ، بل يقرع بينهما ، فإن خرجت القرعة للأول ، عتق ، وعلى الشاهدين الغرم للرجوع ، ويرق الثاني ، وحينئذ يحصل (١) للورثة التركة كلها ، وإن خرجت للثاني ، عتق ، ورق الأول ، ولا شيء على الراجعين ، لأن من شهدا به (٢) لم يعتق ، واعترض ابن الصباغ ، فقال : ينبغي أن يعتق الثاني بكل حال ، ويقرع بينهما لمعرفة حال الأول ، فإن خرجت القرعة له ، أعتق أيضاً ، وغرم الراجعان •

فرع

قال ابن الحداد : لو زوج أمته بعبد غيره ، وقبض مهرها ، وأتلفه ، ومات ولا مال له غيرها ، ولم يدخل الزوج بها ، فأعتقها الوارث ، نفذ إعتاقه • قال الشيخ أبو علي : تقدم على هذا فصلين أحدهما : إذا أعتق الوارث عبد التركة ، وعلى الميت دين ، نظر ، إن كان الوارث معسراً ، لم ينفذ العتق ، هكذا قطع به الشيخ • وعن الشيخ أبي محمد أنه على الخلاف في إعتاق الراهن ، وضعفه الإمام • وإن كان موسراً ، فوجهان ، أحدهما وبه قال ابن الحداد : ينفذ ، وينتقل الدين إلى مال الوارث ، كما لو أعتق السيد الجاني ، هذا لفظ الشيخ ، ونقل الإمام عنه أنا إذا أنفذنا العتق ، نقلنا الدين إلى ذمة الوارث إذا

(١) في الأصل : يجمل •

(٢) في الأصل ونسخ الظاهرية : شهد أنه •

لم يخلف سوى العبد ، قال : وكنت أرى الأمر كذلك ، فالدين لا يتحول إلى ذمة الوارث قط ، لكنه بالإعتاق متلف للعبد ، فعليه أقل الأمرين من الدين ، وقيمة العبد . والثاني : أنه موقوف ، فإذا أدى الوارث الدين من ماله ، تبين نفوذ العتق ، وإلا ، يبيع العبد في الدين ، وبأن أن العتق لم ينفذ . ولو باع الوارث التركة بغير إذن الغرماء ، لم ينفذ بيعه إن كان معسراً ، وإن كان موسراً ، ففيه أوجه ، أحدها : لا ينفذ كالمرهون ، والثاني : ينفذ ، والثالث : موقوف ، كالعتق . قال الإمام ويجيء مما حكاه الشيخ أبو محمد قول أنه يصح بيع الوارث التركة إن كان معسراً كالجاني . قال : وذكر أبو علي تفريعاً على صحة البيع أن الثمن يصرف إلى الغرماء ، وأن المشتري لو دفع الثمن إلى الوارث فتلف في يده ، كان للغرماء تغريم المشتري . قال الإمام : والوجه عندي القطع بأنهم لا يطالبون المشتري . وأنا إذا صححنا البيع ، كان بالإعتاق . قال الإمام : ولزوم البيع بعيد ، فإن بيع الجاني وإن صححناه ، لا يلزم ، مع أن تعلق الأرض به أضعف ، فبيع الوارث أولى بأن لا يلزم .

واعلم أن جميع هذا تفريع على أن الدين لا يمنع الإرث ، فإن قلنا : يمنعه ، فالتركة باقية على ملك الميت ، فلا يصح التصرف للوارث بحال . والحاصل أن المذهب نفوذ العتق من الوارث الموسر ، ومنع البيع .

الفصل الثاني : ذكرنا في النكاح أن الأمة إذا عتقت تحت عبد . فلها الخيار ، فإن فسخت قبل الدخول ، سقط كل المهر ، وعلى السيد رده إن كان قبضه .

إذا تقرر الفصلان ، فينفذ العتق في الحال في فرع ابن الحداد .

نم إن كان الوارث معسراً ، فلا خيار لها ، لأنها لو فسخت ، لوجب رد مهرها ، وصار ذلك ديناً على الميت ، وذلك يمنع^(١) نفوذ العتق من الوارث المعسر ، وإذا لم يعتق ، فلا خيار ، ففي إثبات الخيار بقية المسألة دورية ، وقد سبق طرف منها في النكاح . وإن كان موسراً ، فإن قلنا : ينفذ عتقه ، فلها الفسخ ، وإذا فسخت صار مهرها ديناً ، فيطالبه به المعتق إن كانت قيمتها المهر^(٢) لتفويته التركة ، وإن كان مهرها أكثر ، لم يطالب إلا بقيمتها ، لأنه لم يفوت إلا ذلك . وإن قلنا : يتوقف نفوذ العتق على أداء الدين ، فلا عتق ولا خيار ، حتى يرد الصداق إلى سيد العبد ، هكذا ذكره الشيخ أبو علي ، وفيه إشكال ، لأنه لا يثبت لسيد العبد دين ما لم يفسخ ، فكيف يقضي الدين قبل ثبوته .

فرع

مات عن ابن حائز للتركة وهي^(٣) ثلاثة أعبد قيمتهم سواء ، فقال الابن : أعتق أبي في مرضه هذا ، وأشار إلى أحدهم ، ثم قال : بل هذا وهذا ، يعني الأول^(٤) ، وآخر معاً ، ثم قال : بل أعتق الثلاثة معاً ، قال ابن الحداد : الأول حر بكل حال ، ويقرعه بينه وبين الثاني ، لإقراره الثاني ، ويقرعه بين الثلاثة مرة ثانية ، فإذا أقرعنا في المرتين ، فإن خرج سهم العتق للأول فيهما لم يعتق غيره ، وإن خرج للثاني فيهما ، وللأول في الأولى ، وللثاني في الثانية أو بالعكس ، عتقا ، دون الثالث ،

(١) في الأصل : لمنع .

(٢) وعلى هامش الأصل نسخة : قيمتها كمهر المثل .

(٣) في الأصل : وهو .

(٤) في الأصل : أول .

وإن خرج للأول في الأولى ، وللثالث في الثانية عتقا دون الثاني ، وإن خرج للثاني في الأولى ، وللثالث في الثانية ، عتقوا كلهم . قال الشيخ أبو علي : ولو كانت قيمتهم مختلفة بأن كانت قيمة الأول مائة ، والثاني المضموم إليه مائتين ، والثالث ثلاثمائة ، فالأول حر بكل حال . لإقراره الأول ، وهو دون الثلاثة ، فإذا أقرعنا بينه وبين الثاني ، وخرج سهم العتق للأول ، عتق من الثاني أيضاً نصفه ، وإن خرج السهم للثاني ، عتق كله . وإذا أقرعنا بين الثلاثة لإقراره الثالث ، فإن خرج سهم العتق للثالث ، عتق ثلثاه ، وذلك ثلث ماله ، وإن خرج للثاني ، لم يعتق الثالث ، سواء خرجت القرعة الأولى على الثاني ، أو لم تخرج ، لأنه ثلث ماله ، وإن خرجت للأول ، فهو نصف الثلث ، فتعاد القرعة لإكمال الثلث بين الثاني والثالث ، فإن خرجت على الثاني ، رق الثالث ، ولا يعتق من الثاني إلا ما عتق بالقرعة الأولى ، وهو كله أو نصفه ، وإن خرجت على الثالث ، عتق ثلثه . ولو كانت قيمة الأول ثلاثمائة ، والثاني مائتين ، والثالث مائة ، عتق من الأول ثلثاه ، ثم يقرع بينه وبين الثاني ، فإن خرج سهم العتق للأول ، لم يرد شيء ، وإن خرج للثاني ، عتق كله ، ثم يقرع بين الثلاثة ، فإن خرج للأول أو الثاني ، لم يرد شيء على ما عتق ، وإن خرج للثالث ، عتق كله .

فرع

مات عن ثلاثة بنين ، وله ثلاثة أعبد ، قيمتهم سواء ، فأقر أحد البنين أن أباه أعتق في مرضه هذا العبد ، وأقر آخر أنه أعتقه مع هذا الآخر ، وأقر الثالث أنه أعتق الثلاثة معاً ، عتق الأول ، لأن أحد البنين أقر بعتقه ، فتفد في حصته وهي ثلثه ، ثم يقرع بينه وبين المضموم إليه ، لإقرار الثاني ، فإن خرج سهم العتق للأول ، عتق منه ثلث آخر ، وهو حصة المقر ، وإن خرج للثاني ، عتق ثلثه لهذا المعنى ، ثم يقرع بين الثلاثة فمن خرج له سهم العتق ، عتق كله . وإذا حكمنا بعتق بعض

عبد ، فلا سريّة ، لأنهم لم يباشروا الإعتاق ، ولا أقرّوا به على أنفسهم .
ومن أعتقنا بعضه بإقرار أحد البنين إذا وقع التقسمة في نصيب ذلك المقرّ ،
أو صار له بوجه آخر ، حكم عليه بعتقه ، لإقراره بأنّه^(١) حرّ كله .

فرع

شهد اثنان على ميت أنه أوصى بعقّ عبده سالم وهو ثلث ماله ،
وقال الوارث : أوصي بعقّ غانم وهو ثلثه ، فإن لم يكذب الوارث
الشاهدين ، واقتصر على أنه أوصى بعقّ هذا ، عتق الأول بموجب
البينة ، وأقرّع بينه وبين الثاني ، لإقرار الوارث ، فإن خرجت القرعة
للأول ، لم يعتق الثاني ، وإن خرجت للثاني ، عتق ، ولم يرق الأول ،
لأنه مستحق العتق بالبينة ، فلا يتمكن الوارث من إبطاله بالإقرار .
وقد تعمل القرعة في أحد الطرفين دون الآخر كما سبق . وإن أقر
الوارث أنه أعتق الثاني ، وكذب الشهود في الأول ، عتقا جميعاً ،
الأول بالشهادة ، والثاني بالإقرار . ولو شهد أجنبيان بأنه أوصى
بإعتاق عبد هو ثلث ماله ، وشهد وارثان بأنه أوصى بإعتاق آخر ،
فإن كذب الوارثان الأجنبيين ، عتقا عتقاً ، وإلا أقرّع كما سبق .

ثلاثة إخوة في أيديهم أمة وولدها ، وهو مجهول النسب ، قال
أحدهم : هي أم ولدي ، وهو ولدي منها ، وقال الثاني : هي أم ولد
أبينا ، والولد أخونا ، وقال الثالث : هي أمتي ، وولدها عبدي ،
فالكلام في أحكام الأول نسب الولد ، فلا يثبت من أيهم . وأما ثبوته

(١) في الاصل : به .

من الذي استلحقه ، فإن قلنا : إن من استلحق عبداً مجهول النسب .
لحقه ، ثبت نسبه منه ، وإلا فلا ، على الأصح . الثاني القائل : هي أم
ولد أينا ، لا يدعي لنفسه شيئاً على الآخرين ، فلا يحلفهما ، لكن إن
ادعت الأمة ذلك ، وأنها عتقت لموت الأب ، حلفهما أنهما لا يعلمان
الأب أولدها ، وأما الآخران ، فكل واحد منهما يدعي ما في يد صاحبه .
هذا يقول : هي مستولدي ، وذلك يقول : ملكي ، فيحلف كل واحد
الآخر على نفي ما يدعيه في الثلث الذي في يده . الثالث القائل : هي أم
ولد أينا ، لا غرم له ، لأنه لا يدعي لنفسه شيئاً ولا عليه ، والذي يدعي
الاستيلاء يلزمه الغرم للذي يدعي الملك ، لاعترافه بأنه فوت عليه
نصيبه من الأمة ، والولد هكذا عللوه^(١) . ومقتضاه أن يكون الصورة
فيما إذا سلم أنه كان لمدعي الرق منها نصيب بالإرث أو غيره ، وإلا فلا
يلزم من قوله : مستولدي كونها مشتركة من قبل . وكم يغرم ؟
وجهان بناء على أن الجارية في يد من هي ؟ وفيه وجهان : أحدهما :
لا يد عليها للقائل : مستولدة أينا ، لأنها حرة بزعمه ، فتكون في يد
الآخرين . وأصحهما في يد الثلاثة حكماً ، فعلى الأول يلزمه لمدعي
الرق نصف قيمتها وقيمة الولد ، وعلى الأصح ثلث قيمتهما^(٢) . وبه
أجاب ابن الحداد . الرابع : الولد حر بقول من يقول : مستولدة
الأب ، ومن يقول : مستولدي ، قال الشيخ أبو علي : ويعتق عليه
نصيب مدعي الرق ونصيبه من الجارية ، هكذا ينبغي أن يكون .

(١) عبارة الأصل : من الأمة والولد الذي هكذا عللوه .

(٢) في الأصل : قيمتها .

فرع

قال لعبديه : أحكما حر ، ثم غاب أحدهما ، فقال للذي لم يغب
وعبد^(١) ثالث : أحكما حر ، ثم مات قبل البيان ، قال الأستاذ أبو
إسحاق : يقرع بين الأولين ، فإن خرج سهم العتق للذي غاب ، عتق ،
وتعاد القرعة بين الآخرين ، فمن خرجت له ، عتق أيضاً . وإن خرجت
أولاً للذي لم يغب ، عتق ، ولا تعاد ، لأن تعيين القرعة كتعيين المالك ،
ولو عين الذي لم يغب للعتق ، ثم قال له وللآخر : أحكما حر ، كان
صادقاً ، ولم يقتض ذلك عتق الآخر . وقال الماسرجسي : إن خرجت
القرعة للذي لم يغب ، تعاد ، لأنه يحتمل أنه أراد بقوله : الثاني الذي
حضر آخرأ ، فإن خرجت القرعة الثانية للذي لم يغب أيضاً ، لم يعتق ،
وإن خرجت للآخر ، عتق أيضاً ، ومال الإمام إلى هذا ، ورجح الشيخ
أبو علي الأول .

فرع

له أربع إماء ، فقال : كلما وطئت واحدة منكن ، فواحدة منكن
حرة ، ثم وطئ إحداهن ، عتقت إحداهن . وهل تدخل الموطوءة في
العتق المبهم ؟ يبني على الوجهين السابقين في أن الوطاء هل يكون تعييناً
للملك^(٢) في الموطوءة والعتق في غيرها ؟ إن قلنا : نعم وعليه فرع ابن
الحداد ، فأول الوطاء لا يتضمن التعيين ، لأن العتق معلق به ، وما لم

(١) في الأصل : وعند .

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية : للمالك .

يوجد ، لا يثبت استحقاق العتق . فلو نزع بمجرد نفي الحشفة ، دخلت الموطوءة في العتق المبهم . وإن استدام ، فهل تتضمن الاستدامة التعيين وإخراج الموطوءة عن استحقاق العتق ؟ وجهان ، أحدهما هو قول أبي زيد : نعم ، فيقرع بين الثلاث البواقي ، وأصحهما وبه قال ابن الجداد : لا . لأنه وطء واحد ، ولهذا لا يستحق بالاستدامة عتق آخر فيقرع بين الأربعة ، وهذا كمن قال لأخته : إن وطئتك فأنت حرة ، فوطئ وطء ونزع في الحال ، لا يلزمه مهر ، وإن استدام ، فوجهان كنظيره في الحلف بالطلاق . وإن وطئ ثلاثاً منهن ، واستدام ، عتق بكل وطء أمة ، فإن جعلنا الوطاء تعييناً ، والاستدامة متضمنة للتعيين ، عتقت الأولى والثانية والرابعة بلا قرعة^(١) ، وركت الثالثة ، لأنه لما وطئ الأولى فبتغيب الحشفة ثبت عتق واحدة ، فإذا استدام ، خرجت هي عن الاستحقاق ، لتعيينها للملك . والثانية والثالثة تعيينتا للملك بوطئهما^(٢) فتعينت الرابعة للعتق . وبوطء الثانية ثبت حق العتق لها . وللأولى والثالثة . لأن الرابعة علق بالوطء الأول ، فإذا استدام خرجت هي عن الاستحقاق وخرجت الثالثة أيضاً بوطئها ، فتعينت الأولى للعتق فإذا وطئ الثالثة . لم تبق إلا هي والثانية ، واستدامة الوطاء فيها إمساك . فيعين العتق في الثانية . وإن جعلنا الوطاء تعييناً ، ولم نجعل الاستدامة تعييناً . أقرع بين الأولى والرابعة ، لأنه أمسك الثانية والثالثة بوطئهما للملك . فإن خرجت القرعة للرابعة ، عتقت . وبوطء الثانية يستحق عتق آخر . لكن لاحظ فيه للرابعة ، لأنها عتقت بالوطء الأول ، ولا للثالثة ، لأنه أمسكها بالوطء ، فهو إذا متردد بين

(١) في الأصل : رفعة .

(٢) في الأصل : بوطئها .

الأولى والثانية . فيقرع بينهما . فمن خرجت لها القرعة . عتقت . وبوطء الثالثة يستحق [عتق] آخر . ولاحظ فيه للرابعة . ولا لمن عتق من الأولى والثانية . فإن عتقت لأولى . أقرعنا بين الثانية والثالثة . وإن عتقت الثانية . أقرعنا بين الأولى والثالثة . وإن خرجت القرعة الأولى للأولى دون الرابعة . عتقت . وبوطء الثانية يتردد العتق بينها وبين الرابعة . لأن الأولى عتقت . والثالثة تعينت بالوطء للإمساك . فمن خرجت لها القرعة ، عتقت . وبوطء الثالثة يستحق عتق آخر لاحظ فيه للأولى . ولا لمن عتقت (١) والثانية والرابعة . فإن عتقت الثانية . أقرعنا بين الثالثة والرابعة . وإن عتقت الرابعة . أقرعنا بين الثانية والثالثة . وإن قلنا : الوطء ليس بتعيين ، أقرع ثلاث مرات . لاستحقاق العتق لثلاث منهن . يقرع بوطء الأولى بين الأربع بسهم عتق وثلاثة أسهم رق . فإن خرجت الرابعة ، عتقت . ولا مهر لها . لأنه لم يطأها . وإن خرجت الأولى ، عتقت . وهل تستحق المهر ؟ يبنى على أن استدامة (٢) الوطء هل يوجب مهراً ؟ وإن خرجت للثانية أو الثالثة . عتقت . ولها المهر . لأنها تبينا أنه وطئها بعد حصول عتقها . ثم يقرع لوطء الثانية بين الثلاث البواقي بسهم عتق . وسهمي رق . فإن خرجت للرابعة ، فلا شيء لها . وإن خرجت الثانية . ففي استحقاقها المهر الوجهان . وإن خرجت الثالثة . استحققت . وإن خرجت القرعة [الحرية] في المرة الأولى للثانية . أقرعنا لوطء الثانية بين الأولى والثالثة والرابعة . فإن خرج سهم العتق للأولى . فلا مهر لها بلا خلاف . لأن عتقها متأخر عن وطئها . وإن خرج للرابعة . فكذلك . لأنه لم يطأها .

(١) في الاصل : عتق .

(٢) في الاصل : استدامة .

وإن خرج للثالثة ، فلها المهر ، لأنها تبينا أنها عتقت قبل وطئها . ثم يقرع لوطء الثالثة بين الباقيين بسهم عتق ، وسهم رق . فإن بقيت الثالثة والرابعة ، وخرجت القرعة للرابعة ، فلا مهر ، وإن خرجت للثالثة ، فهل لها المهر ؟ فيه الوجهان ، وإن بقيت الأولى والثانية ، فلا مهر لمن خرجت لها القرعة منهما ، لتقدم وطئها على عتقها ، وفيه وجه أنه يقرع بين الأربع دفعة واحدة بثلاثة أسهم عتق ، وسهم رق ، فتعنتق ثلاث . وترق واحدة ، وهذا صحيح لمعرفة الرق والعتق ، لكن لا يصرف به المهر . وموضع الخلاف فيه والوفاق . ولو وطئ الأربع . عتقن كلهن . ونحتاج للمهر^(١) إلى الإقراع ثلاث مرات بين الأربع مرة بسهم عتق . وثلاثة أسهم رق ، ثم مرة بين ثلاث منهن بسهم عتق ، وسهمي رق ، ثم مرة بين الباقيتين بسهم عتق . وسهم رق . واستيعاب الاحتمالات^(٢) يطول . وضابطه أن ينظر في كل قرعة ، فمن بان أنها عتقت قبل وطئها . فلها المهر ، وفيمن عتقت بوطنها الوجهان . أما إذا قال : كلما وطئت واحدة منكن ، فواحدة من صواحبها حرة ووطئهن . فإن قلنا : الوطاء يعين الملك في الموطوءة ، عتقت الرابعة بوطء [الأولى] . والأولى بوطء الثانية ، والثانية بوطء الثالثة ، ورقت الثالثة . وإن قلنا : لا يعين عتق ثلاث ، ورقت واحدة ، فيقرع لوطء الأولى بين الثلاث البواقي . فإن خرجت القرعة للثانية . عتقت ، ثم يقرع لوطء الثانية بين الأولى والثالثة والرابعة ، فإن خرجت للأولى أو للرابعة ، عتقت . وإذا وصى الثالثة ، عتقت الباقية من الثلاث وهي الأولى أو الرابعة . وإن خرجت القرعة الثانية للثالثة . عتقت . فإذا وطئ الثالثة ، عتقت الباقية منهن

١١) في الاصل : نحتاج المهر .

١٢) في الاصل : الاحتمالان .

وهي الأولى أو الرابعة . وإن خرجت القرعة الثانية للثالثة . عتقت . فإذا وطئ الثالثة ، أقرع بين الأولى والرابعة . وأما المهر . فلا يجب لمن عتقت بعد الوطء ، ويجب لمن بان عتقها قبله . وفي هذه الصورة لا يعتق الموطوءة بوطئها بحال . واعلم أن الإقراع في جميع هذه [الصورة] فيما إذا مات قبل البيان ، فأما في حياته ، فيؤمر بالبيان .

فرع

له أربع إماء وعبيد ، فقال : كلما وطئت واحدة منكن . فعبد من عبيدي حر ، وكلما وطئت اثنتين ، فعبدان حران ، وكلما وطئت ثلاثاً . فثلاثة ، وكلما وطئت أربعاً ، فأربعة ، فوطئ الأربعة : فهو كقوله : كلما طلقت امرأة فعبد من عبيدي حر ، إلى آخر التصوير ، وقد سبق في الطلاق ، والصحيح أنه يعتق خمسة عشر عبداً .

فرع

اشترى في مرض موته عبداً بأكثر من قيمته ، وكانت المحاباة قدر الثلث ، بأن كان له ثلاثمائة . واشترى عبداً يساوي مائة بمائتين . ثم أعتقه ، قال ابن الحداد : وإن لم يوفر^(١) الثمن نفذ العتق . وبطلت المحاباة ، لأن المحاباة كالهبة . فإذا لم يقترن بها القبض حتى جاء ما هو أقوى منها ، وهو العتق ، بطلت ، ويمضي البيع بشن المشل . وعلى البائع أن يقنع به . وإن وفر الثمن ، نفذت المحاباة ، وبطل العتق . لأن المحاباة : استغرقت الثلث . قال الأصحاب : هذا غلط . ولا فرق في المحاباة بين أن يقبض أو لا يقبض ، لأنها تعلقت بالمعارضة ، والمعارضة

(١) في الاصل : يؤثر .

تلزذ بنفس العقد ، ولهذا لو حاوى المرىض ولم يقبض ، ثم أراد إبطالها ، لم يتمكن منه ، بخلاف الهبة ، فالجواب نفوذ المحاباة ، وبطلان العتق ، لتقدمها ، قالوا : وقوله : يلزم البائع أن يقنع بقدر قيمة العبد ، غلط أيضاً ، لأنه لم يررض بزوال ملكه إلا بالزيادة ، بل ينبغي أن يقال : له الخيار بين أن ينفذ البيع بقدر القيمة وينفذ العتق وبين أن يفسخه ويبطل العتق (١) .

فرع

جارية بين شريكين حامل من زوج أوزنا ، عتق أحدهما نصيبه من الحبل وهو موسر ، ثم وضعته لوقت يعلم وجوده يوم الإعتاق ، وهو لدون ستة أشهر ، فهو حر بالمباشرة والسراية ، وعلى المعتق قيمة نصيب الشريك يوم الولادة ، فإن ألقته ميتاً من غير جناية ، فلا شيء على المعتق ، وإن كان بجناية ، فعلى عاقلة الجاني غرة لورثة الجنين ، لأنه محكوم بحريته ، وعلى المعتق نصف عشر قيمة الأم للشريك . هكذا أطلق ابن الحداد ، فقال القفال : إنما يلزم المعتق نصف عشر قيمة الأم إذا لم يزد على قيمة الغرة ، فإن زاد ، لم يلزم إلا نصف قيمة الغرة ، ورأى الشيخ أبو علي الأخذ بالإطلاق ، وأنه يجب نصف عشر قيمة الأم بالغاً ما بلغ ، لأن انفصاله مضموناً كإفصاله حياً ، لأن الغرة تصرف إلى الوارث . وقد لا يستحق المعتق منها شيئاً ، وإنما كان يجب رعاية المناسبة بين الغرمين . أن (٢) لو كان الواجب بالجناية للمعتق ، قال الشيخ : وهذا كله جواب على أن الشراء يحصل بنفس الإعتاق . فإن

(١) في احدى نسخ الظاهرية : العتقان .

(٢) في الاصل : أنه .

قلنا : يحصل بأداء القيمة ، فإذا وضعت الحمل ، وقوم ووصل نصف القيمة إلى الشريك ، فحينئذ يعتق الباقي • وإن ألقته ميتاً بجناية ، فنصفه حر ، وهو يقوم الباقي على المعتق ؟ فيه الخلاف السابق فيما لو أعتق نصيبه ومات العبد قبل وصول القيمة إلى الشريك • فإن قلنا : يسقط التقويم ، فنصفه^(١) حر ونصفه رقيق ، فعلى عاقلة^(٢) الجاني نصف غرة • وإلى من تصرف ؟ فيه الخلاف المذكور في أن من بعضه حر ، هل يورث ، ويجب للنصف المملوك نصف عشر قيمة الأم ، وهل يكون في مال الجاني أم على عاقلته ؟ فيه الخلاف في أن بدل الرقيق تحمله العاقلة •

فرع

خلف ثلاثة أعبد ، قيمة كل واحد مائة ولا مال له غيرهم ، فشهد عدلان أنه عتق في مرضه هذين ، فأشار الوارث إلى أحدهما ، فقال : أما هذا فأعتقه ، وأما الآخر ، فلا ، فلا يقبل قوله في إبطال [حق] الآخر [من العتق] ، لكن يقرع بينهما ، فإن خرج العتق لمن عينه الوارث ، عتق ورق الآخر ، وإن خرج للآخر ، عتق بمقتضى القرعة التي اقتضتها الشهادة ، ويعتق الآخر بإقرار الوارث • وإن قال الوارث : أعتق مورثي هذا ، ولا أعلم حال الآخر ، أقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة ، عتق ، دون الآخر • ولو شهدا أنه أعتق الثلاثة دفعة وقال الوارث : أعتق هذين دون ذاك ، قال ابن الحداد : يقرع بين الثلاثة ، فإن خرج سهم العتق للذي أنكره الوارث ، عتق ، وتعاد القرعة لإقرار الوارث بين الآخرين ، فمن خرجت له عتق بإقرار الوارث • وإن خرجت

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : النصف •

(٢) في الأصل : العاقلة •

أولاً لأحد الاثنين اللذين أقر بإعتاقهما ، عتق ، ورق الآخران ،
وبالله التوفيق .

الخصيصة الخامسة : الولاء ، وفيه طرفان .

الأول : في سببه ، وهو زوال الملك عن رقيق بالحرية ، فمن
أعتق عبداً تنجيزاً ، أو بصفة ، أو دبره ، أو استولدها ، فعتقاً بموته ،
أو عتق عليه بأداء نجوم الكتابة ، أو الإبراء منها ، أو التمس من مالك
عبد عتقه على مال ، فأجابه ، أو أعتق نصيبه من مشترك ، وسرى ، أو
ملك قريبه فعتق عليه ، ثبت له عليه الولاء . ولو باع عبد نفسه ، فله
عليه الولاء على المذهب ، وسواء اتفق دينهما أو اختلف . فلو أعتق
مسلم كافراً أو عكسه ، ثبت الولاء ، وإن لم يتوارثا ، كما تثبت علاقة
النكاح والنسب بينهما . ثم الولاء مختص بالإعتاق ، فمن أسلم على
يديهِ^(١) إنسان فلا ولاء له عليه ، ومن أعتق عن غيره بغير إذنه ، وقع
العتق عن المعتق عنه ، وله الولاء دون المعتق . والولاء كالنسب لا يجوز
بيعه ، ولا هبته ، ولا يورث ، لكن يورث به . ولو أعتق عبداً على أن
لا ولاء له عليه ، أو على أن يكون سائبة ، لغا الشرط ، وثبت الولاء .
وكذا لو شرط أن ولاءه لفلان أو للمسلمين ، لغا ، ولا ينتقل الولاء
عنه ، كما لا ينتقل النسب ، ولا يثبت الولاء بالموالاة والحلف ، كما
لا يثبت النسب بذلك ، وكما يثبت الولاء على المعتق ، يثبت على أولاده
وأحفاده ، وعلى عتيقه وعتيق عتيقه ، وكما يثبت [للمعتق يثبت] لمعتق
الأب وسائر الأصول ، ولمعتق المعتق ، وكما يثبت على ولده العتيق ،
يثبت على ولد العتيقة ، ويستثنى من استرسال الولاء على أولاد^(٢)

(١) في الأصل : يد .

(٢) في الأصل : أولاد .

العتيق وأحفاده موضعان أحدهما : إذا كان منهم من مسه رق وأعتق ، فولأؤه لمعتقه ، فإن لم يكن ، فلعصبات معتقه ، فإن لم يوجدوا . فال ميراث لبيت المال ، ولا ولاء عليه لمعتق الأصول بحال ، فإنه أعتق مباشرة ، وولاء المباشرة أقوى . وصورته أن تلد رقيقة رقيقاً من رقيق أو حر ، وأعتق الولد وأبواه أو أمه .

الثاني : من أبوه حر أصلي لا ولاء عليه ، وأمّه معتقة ، هل يثبت عليه الولاء لموالي الأم ؟ فيه أوجه . الصحيح : لا ، والثاني : نعم ، والثالث : إن كانت حرية الأب متيقنة ، بأن كان عربياً معلوم النسب ، فلا ، وإن كانت مبنية على ظاهر الدار ، وأن الأصل في الناس الحرية ، فنعم ، لضعف حرية الأب ، ولو كان الأب معتقاً ، والأم حرة أصلية ، فالصحيح ثبوت الولاء عليه لموالي الأب ، لأنه ينسب إليه . وقيل : لا ولاء عليه تغلياً للحرية كعكسه . ومن له أمّه حرة أصلية وأبوه رقيق لا ولاء عليه لأحد ، فإن أعتق الأب ، فهل يثبت عليه لموالي الأب ؟ قال الشيخ أبو علي : فيه جوابان سمعتهما من شيخي في وقتين ، وهما محتملان ، أحدهما : نعم ، لثبوته على الأب ، وإنما لم تثبت أولاء لرقه . والثاني : لا ، لأنه لم يثبت ابتداء ، فلا يثبت بعده ، كما لو كان أبواه حرين .

فرع

من مسه رق وعتق ، فلا ولاء عليه لمعتق أبيه وأمّه وسائر أصوله كما سبق ، سواء وجدوا في الحال أم لا ، فالمباشر إعتاقه ولأؤه لمعتقه ، ثم لعصيته ، فأما إذا كان حر الأصل ، وأبواه عتيقين ، أو أبوه عتيق ، فولأؤه لمولى أبيه ، وإن كان الأب رقيقاً ، والأم معتقة ، فالولاء لمعتقهما ، فإن مات والأب رقيق بعد ، ورثه معتق الأم ، وإن أعتق الأب في حياة

الولد ، الخبر الولاء من مولى الأم إلى مولى الأب • ولو مات الأب رقيقاً ، وعتق الجد ، انجر من موالي الأم إلى موالي الجد • ولو عتق الجد ، والأب رقيق ، ففي انجراره إلى مولى الجد وجهان • أصحهما : ينجر ، فإن أعتق الأب بعد ذلك ، انجر من مولى الجد إلى مولى الأب . والثاني : لا ينجر ، فعلى هذا لو مات الأب بعد عتق الجد ، ففي انجراره إلى موالي الجد وجهان • أصحهما عند الشيخ أبي علي : لا ينجر • وقطع البغوي بالانجرار •

قلت : الانجرار أقوى واستألم

وإذا ثبت الولاء لموالي الأم لرق الأب ، فاشترى النولد أباه ، ثبت له الولاء عليه ، وعلى إخوته وأخواته الذين هم أولاد الأب ، وهل ينجر ولأه نفسه من مولى الأم ؟ وجهان ، الأصح المنصوص : لا ، لأنه لا يسكن أن يكون له على نفسه ولأه ، ولهذا لو اشترى العبد نفسه ، عتق وكان الولاء عليه لبائعه ، وكذا المكاتب إذا عتق بالأداء ^(١) وإذا تعذر الجر ، بقي الولاء موضعه • والثاني : ينجر ، ويسقط • ويصير كحر لا ولأه عليه • ولو خلق انسان حر من حرين • وكان في أحد أجداده رقيق • ويتصور ذلك في نكاح الغرور ، وفي الوطء بشبهة إذا أعتقت أم أمه ، ثبت الولاء عليه لمعتق أم الأم ، فإذا أعتق أبو أمه بعد ذلك ، انجر الولاء إلى مولاه ، فإذا أعتقت أم الأب بعد ذلك ، انجر الولاء من مولى أبي الأم إلى مولى أم الأب • فإذا أعتق أبو أبيه بعد ذلك ، انجر إلى مولاه • ولو كانت المسألة بحالها لكن أبوه رقيق ،

(١) في الأصل : أو إذا •

(٢) في الأصل : حراً •

فأعتق الأب بعد عتق هؤلاء ، انجر إلى مولاه ، واستقر عليه • ودليله أن جهة الأبوة أقوى ، وحيث أثبتنا الولاء لمولى الأم ، فمات الولد ، أخذ ميراثه ، فإن عتق بعد ذلك ، لم يسترده مولاه ، بل الاعتبار بحال الموت ، وليس معنى الانجرار أن يحكم بأن الولاء لم يزل في جانب الأب ، بل معناه أنه ينقطع من وقت عتق الأب عن مولى الأم ، وإذا انجر إلى موالي الأب ، فلم يبق منهم أحد ، لم يعد إلى موالي الأم ، بل يكون الميراث لبيت المال ، وكذا إذا ثبت الولاء لموالي الأب فهلكوا ، لم يصرموالي الجد ، حتى لو مات من انتقل ولاؤه من موالي أبيه إلى (١) موالي جده حينئذ ، فميراثه لبيت المال •

فرع

أعتق أمته المزوجة بعقيق ، فولدت لأقل من ستة أشهر من يوم الإعتاق ، فولاء الولد لمعتق الأم ، لا لمعتق الأب ، لأننا تيقنا وجوده يوم الإعتاق ، فمعتقه باشر إعتاقه بإعتاقها ، وولاء المباشرة مقدم ، وإن ولدت لستة أشهر فصاعداً ، فإن كان الزوج يفترشها ، فولأؤه لمعتق الأب ، لأننا لا نعلم وجوده يوم الإعتاق ، والأصل عدمه ، والافتراض سبب ظاهر للحدوث ، وإن كان لا يفترشها ، وولدت لأربع سنين من الإعتاق ، فذلك • وإن ولدت لأقل من أربع سنين ، فقولان • أظهرهما : لمعتق الأم • ولو أعتق المزوجة برقيق ، فولدت لدون ستة أشهر من الإعتاق ، فولأؤه لمعتق الأم بالمباشرة ، فإن أعتق الأب الأب ، لم ينجر الولاء إلى معتك الأب من معتك الأم ، لأنه أعتقه مباشرة • وإن ولدته (٢) لستة أشهر فصاعداً ، قال البغوي : إن لم يفارقها الزوج ،

(١) في الأصل : أم •

(٢) في الأصل : ولد •

مولاؤه لمولى الأم ، فإذا أعتق الأب ، انجر إلى مولاه ، وإن كان فارقه .
فإن ولدت لأكثر من أربع سنين من يوم الفراق ، فالولد منفي عن
الزوج ، ومولاؤه لمعتق الأم أبداً ، وإن ولدته لأربع سنين ، لحق الزوج .
ومولاؤه لمعتق الأم ، فإذا أعتق الأب ، ففي الإنجرار إلى مولاه قولان .
ولو نفى الزوج المعتق ولد زوجته المعتقة بلعان ، فالولاء [في] الظاهر
لمولى الأم ، فإن كذب الملا عن نفسه ، لحقه الولد وحكمنا (١) بأن
الولاء لمولاه . فإن كان الولد قد مات بعد اللعان ، ودفننا الميراث إلى
مولى الأم ، استردناه منه بعد الاستلحاق ، لأننا تبينا أنه لم يكن
ولاء . ولو غر بحرية أمة فنكحها وأولدها على ظن أنها حرة ، ثم علم
أنها أمة ، فأولدها ولداً آخر (٢) ، فالولد الأول حر ، والثاني رقيق .
فلو أعتق السيد الأمة ، والولد الثاني ، ثم عتق الأب ، انجر ولقاء
الولد الأول إلى معتق الأب ، ولم ينجر إليه ولقاء الثاني ، لأنه عتق
بالمباشرة . ولو نكحها عالماً بأنها أمة ، وأولدها ، ثم عتقت ، وأولدها
ولداً آخر ، فالثاني حر ، ومولاؤه لمعتق الأب ، والأول مملوك ، ومولاؤه
لمعتقه .

الطرف الثاني في حكم الولاء وهو إحدى جهات العصوبة ،
و [من] يرث به ، لا يرث إلا بالعصوبة ، ويتعلق به ثلاثة أحكام :
الإرث ، وولاية التزويج ، وتحمل الدية ، وقد ذكرناها في مواضعها .
قلت : ورابع ، وهو التقدم في صلاة الجنازة ، فإذا مات العتيق ،
ولا وارث له بنسب ولا نكاح ، ورث معتقه جميع ماله . وإن كان له
من يرث بالفرضية ، وفضل منه شيء ، أخذه المعتق . فإن لم يكن المعتق

(١) في الأصل : لحق الولد حكمنا .

(٢) في الأصل : ولد آخر .

حياً ، ورث بولاية أقرب عصباته ، ولا يرث أصحاب فروضه ، ولا من يتعصب بغيره ، فإن لم نجد للمعتق عصبه بالنسب ، فالميراث لمعتق المعتق ، فإن لم نجده ، فلعصبات معتق المعتق ، فإن لم نجدهم ، فلمعتق معتق المعتق ، ثم لعصبته ، ولا ميراث لمعتق عصبات المعتق إلا لمعتق أبيه أو جده . وللاصحاب عبارة ضابطة لمن يرث بولاء المعتق إذا لم يكن المعتق حياً ، قالوا : هو ذكر^(١) يكون عصبه المعتق^(٢) لو مات المعتق يوم موت العتيق بصفة العتيق . وخرجوا عليها مسائل :

منها : إذا مات العتيق ، وللمعتق ابن وبنت ، أو أب وأم ، أو أخ وأخت ، فالميراث للذكر دون الأنثى ، ولا يرث النساء بولاء الغير أصلاً ، لكن إن باشرت المرأة إعتاقاً ، أو عتق عليها مملوك ، فلها عليه الولاء ، كما للرجل ، لقوله صلى الله عليه وسلم «إنما الولاء لمن أعتق» كما يثبت لها الولاء على عتيقها يثبت على أولاده وأحفاده وعتيقه كالرجل .

ومنها : لو أعتق عبداً ، ومات عن ابنين ، فولاء العتيق لهما ، فمات أحدهما وخلف ابناً ، فولاء العتيق لابن المعتق ، دون ابن ابنه ، وهذه الصورة ونحوها معنى ما روي عن عمر وعثمان رضي الله عنهما : أن الولاء للكبير ، بضم الكاف ، أي الكبير في الدرجة والقرب ، دون السن . ولو مات المعتق عن ثلاثة بنين ، ثم مات أحدهم عن ابن ، وآخر عن أربعة ، والآخر عن خمسة ، فالولاء بين العشرة بالسوية ، فإذا مات العتيق ، ورثوه أعشاراً ، لأنه لو مات المعتق يومئذ ورثوه كذلك . ولو

(١) في الأصل : وهو يرث ذكر .

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية : تكون عصبه للمعتق ، والعبارة فيه بتمامها . يرث العتق بولاء المعتق ذكر تكون عصبه للمعتق .

أعتق عبداً ، ومات عن أخ من أبوين ، وأخ من أب ، فولاء عتيقه للأخ من الأبوين على المذهب ، كما سبق . فلو مات الأخ من الأبوين . وخلف ابناً ، والأخ الآخر ، فولاء العتيق للأخ ، لأن المعتق لو مات الآن كان عصبه الأخ من الأب ، دون ابن الأخ من الأبوين .

ومنها : أعتق مسلم عبداً كافراً ، ومات عن ابنين : مسلم وكافر . ثم مات العتيق ، فميراثه للابن الكافر ، لأنه الذي يرث المعتق بصفة الكفر . ولو أسلم العتيق ، ثم مات ، فميراثه للابن المسلم . ولو أسلم الابن الكافر ، ثم مات العتيق مسلماً ، فالميراث بينهما .

فرع

الذين يرثون بولاء المعتق من عصباته ، يترتبون ترتب عصبات النسب ، إلا في مسائل سبقت في الفرائض ، منها : أخ المعتق وجده ، إذا اجتمعا هل يتساويان كالإرث ، أم يقدم الأخ ؟ قولان : أظهرهما : الثاني ، فيقدم ابن الأخ أيضاً ، ويقدم الأخ من الأبوين على الأخ من الأب على المذهب . وقيل : قولان . ولو كان له أبناء عم ، أحدهما أخ لأم ، قدم على المذهب .

فرع

الاتسباب في الولاء ، قد يكون بمحض الإعتاق ، كعتق المعتق . ومعتق معتق المعتق ، وقد يتركب من الإعتاق والنسب ، كعتق الأب وأبي المعتق ومعتق أبي المعتق ، فإن تركب الاتسباب ، فقد يشته حكم الولاء ويغالط به ، بأن قال : اجتمع أبو المعتق ومعتق الأب ، فأيهما أولى ؟ وجوابه أنه إذا كان للميت أبو المعتق ، كان له معتق ، وحينئذ فلا ولاء لمعتق أبيه أصلاً كما سبق ، فلا معنى لمقابلة أحدهما بالآخر وطلب

الأولوية • ولو اجتمع معتق أبي المعتق ، ومعتق المعتق ، فالولاء لمعتق المعتق لأن ولاءه^(١) بجهة المباشرة •

فرع

اشترت امرأة أباهما ، فعتق ، ثم أعتق الأب عبداً ، ومات عتيقه بعد موته ، نظر ، إن لم يكن للأب عصبه بالنسب ، فميراث العتيق للبنت ، لا لكونها بنت المعتق ، بل لأنها معتقة المعتق ، وإن كان له عصبه ، كأخ وابن عم قريب أو بعيد ، فميراث العتيق له ، لأنه عصبه المعتق بالنسب ، ولا شيء للبنت ، لأنها معتقة المعتق ، فتتأخر عن عصبه النسب • قال الشيخ أبو علي : سمعت بعض الناس يقول : أخطأ في هذه المسألة أربعمائة قاض ، لأنهم رأوها أقرب • ولو اشترى أخ وأخت أباهما ، فعتق عليهما ، ثم أعتق عبداً ، ومات العتيق بعد موت الأب ، وخلف الأخ والأخت ، فميراثه للأخ ، دون الأخت لأنه عصبه المعتق بالنسب ، بل لو كان الأخ قد مات قبل موت الأب ، وخلف ابناً وابن ابن أو كان للأب ابن عم^(٢) بعيد ، فهو أولى من البنت • ولو مات هذا الأخ بعد موت الأب ، ولم يخلفه إلا أخته ، فلها نصف الإرث بالأخوة ، ونصف الباقي ، لأن لها نصف ولاء الأخ ، لإعتاقها نصف أبيه ، فلها ثلاثة أرباع المال • ولو مات الأب ، ثم الابن ، ثم العتيق ، ولم يخلف إلا البنت فلها ثلاثة أرباع الميراث أيضاً : النصف لأنها معتقة نصف المعتق ، ونصف الباقي^(٣) لولاء السراية على نصف الأخ بإعتاقها نصف

(١) في الأصل : لا ولاءه •

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية : عم •

(٣) في الأصل : الباقي له •

أبيه ، فهي معتقة نصف أبي معتق معتقه . والرابع (١) الباقي في الصورتين بيت المال . ولو مات الأب ، ولم يخلف إلا البنت ، فقال الغزالي في « الوجيز » : لها النصف بالبنوة ، ونصف الباقي لولائها على نصف الأب ولم يذكر الصورة في « الوسيط » ولا في « النهاية » ومفهومه انحصار حقها في النصف والرابع ، وكلام الأصحاب منهم الشيخ أبو علي وأبو خلف السلمي ، في صورة أخرى ، ينازع في هذا ، فإنهم قالوا : لو اشترت أختان أباهما بالسوية ، فعتق عليهما ، ثم مات الأب ، فلهما الثلثان ، والباقي بالولاء . ولو ماتت إحداهما بعد موت الأب ، فللأخرى النصف بالأخوة ، ونصف الباقي بولائها على نصف الأخت ، بإعتاقها نصف أبيها . وأما الربع ، فأطلق البغوي أنه بيت المال ، وليحمل ذلك على ما إذا كانت أمها حرة أصلية ، فأما إذا كانت معتقة ، فلموالي الأم ولأختين ، فإذا أعتقنا الأب ، جرت كل واحدة نصف ولأختها إلى نفسها ، وهل تجر ولأخت نفسها وتسقط ، أم يبقى لموالي الأم ؟ فيه خلاف سبق ، فإن قلنا : تبقى هي وهو الأصح ، فالربع الباقي لموالي الأم ، وإن قلنا : يجز ويسقط ، فهو بيت المال . ولو ماتت إحدى الأختين ، ثم مات الأب ، وخلفت الأخرى ، فلهما سبعة أثمان ماله ، والنصف بالبنوة ، والرابع لأنها معتقة نصفه ، ونصف الربع الباقي ، لأن لها نصف ولأخت بإعتاقها نصف أبيها ، والثلث الباقي لموالي الأم إن كانت معتقة على الأصح ، لأن نصف ولأخت الميتة يبقى لها (٢) . وإن قلنا : لا يبقى ، فهو بيت المال ، وهذه الصورة كالصورة التي ذكرها الغزالي . ولو اشترتا الأب ، وعتق عليهما ، ثم أعتق عبداً ، ومات العتيق بعد موته ، وخلف البنيتين ، فجميع المال لهما ، لأنهما معتقتا معتقه .

(١) في الأصل : والرابع .

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية : لهم .

فرع

أختان أو أخوان^(١) ليس عليهما ولاء مباشر ، اشترت إحداهما أباهما^(٢) فعتق عليها ، والأخرى أمهما ، فعتقت عليها ، وتتصور المسألة فيما لو غر عبد بحرية أمة فنكحها وأولدها ولدين ، وفيما لو كانوا كفاراً ، فأسلم الولدان ، واسترققنا الأبوين ، فولاء الأب للتي اشترته . فأما إذا مات عنهما ، فلهما الثلثان بالبنوة ، والباقي لها بالولاء ، وولاء الأم للتي اشترتها ، فإذا ماتت عنهما ، فلهما الثلثان ، والباقي لها بالولاء . ولمشترية الأب الولاء على مشترية الأم ، فإذا ماتت^(٣) مشترية الأم ، وخلفت مشترية الأب ، فلهما النصف بالأخوة ، والباقي بالولاء ، وهل لمشترية الأم الولاء على مشترية الأب ؟ فيه الوجهان فيمن عليه ولاء لمولى أمه إذا اشترى أباه ، هل يبقى الولاء لموالي أمه ، أم يسقط ؟ فإن قلنا بالأصح : إنه يبقى ، فلمشترية الأم الولاء على مشترية الأب ، فإذا ماتت ، فالحكم كما في الطرف الآخر ، وإن قلنا : يسقط ، فلا ولاء لها على مشترية الأب . وإذا ماتت ، فلهما النصف بالبنوة^(٤) ، والباقي لبیت المال . ولو اشترتا أباهما ، ثم اشترت إحداهما والأب أبا الأب ، وعتق عليهما ، ثم مات الأب ، فلهبنتين الثلثان . والباقي لأبيه ، فإن مات الجد بعده ، فلهبنتين الثلثان بالبنوة والباقي نصفه للتي اشترته مع الأب ، ونصفه الآخر بينهما ، لإعتاقهما معتق نصفه . ولو ماتت إحداهما بعد ذلك ، وخلفت الأخرى ، فعلى ما سبق . ولو اشترتا أمهما ، ثم الأم أباهما وأعتقته^(٥) ، فلهما عليها الولاء ، ولها عليهما ، لأنها معتقة أيهما ،

(١) في الأصل : وأخوان .

(٢) في الأصل : أباهما .

(٣) في الأصل : بالولاء . وهل لمشترية الأم الولاء على .

(٤) في إحدى نسخ الظاهرية : الأخوة .

(٥) في الأصل : واعتقت .

فإن مات ، فلهما الثلثان بالبنوة ، والباقي بالولاء ، فإن مات الأب بعد ذلك ، فلهما الثلثان بالبنوة ، والباقي بالولاء ، لأنهما معتقتا معتقه ، فإن ماتت إحداهما بعد ذلك ، فللأخرى النصف بالأخوة ، ونصف الباقي لإعتاقها نصف معتق أبيها ، والباقي لبيت المال . ولو اشترتا أباها ، ثم اشترت إحداهما ، والأب أخاهما للأب ، فعتق نصفه على الأب وهو معسر^(١) ، فأعتقت المشتريه باقيه ، فمات الأب ، ورثه أولاده الثلاثة ، فإن مات الأخ بعده ، فلهما الثلثان بالأخوة ، والباقي نصفه للمشتري ، وباقيه بين البنتين ، لأنهما معتقتا الأب الذي هو معتق نصف الأخ ، فالقسمة من اثني عشر ، لمشتريه الأخ سبعة ، والأخرى خمسة . ولو ماتت التي لم تشتتر الأخ أولاً ، ثم مات الأب ، ثم الأخ ، فمال الميثة أولاً لأبيها ، ومال الأب لابنه وبنته أثلاثاً ، ومال الأخ نصفه للأخت الباقية بالنسب ، ونصف باقيه لها بإعتاقها نصفه ، والباقي وهو الربع لمعتقتي^(٢) الأب ، فلهذه نصفه ونصفه للميثة ، فيكون لمواليها ، وهم هذه الأخت ، وموالي الأم إن كانت الأم معتقة ، فيكون بينهما نصفين ، فإن لم يكن للأم مولى ، فلبيت المال .

فرع

أختان لاولاء عليهما ، اشترتا أمهما ، فعتقت ، ثم اشترت الأم وأجنبي أباها وأعتقاه ، فللأختين الولاء على أمهما ، ولها وللأجنبي على الأب وعليهما ، فإن ماتت^(٣) الأم ، ثم الأب ، ثم إحداهما ، فأما الأم ، فمالها لهما ثلثاه بالبنوة ، وباقيه بالولاء ، وأما الأب ، فلهما

(١) في الأصل : موسر .

(٢) في الأصل : لمعتقة .

(٣) في الأصل : مات .

ثلثا ماله بالبنوة ، وباقية للأجنبي نصفه ، ولهما نصفه ، لأنهما معتقتا معتقه نصفه ، وأما الأخت ، فالنصف من مالها للأخوة ، ونصف الباقي للأجنبي ، لأنه أعتق نصف أبيها ، والربع الباقي كان للأم وهي ميتة ، فيكون للأختين ، لأنهما معتقتاها ، فللأخت الباقية نصفه ، وهو الثمن ، ويرجع الثمن الذي هو حصة الميتة^(١) إلى من له ولاؤها وهو الأجنبي والأم ، ونصيب الأم يرجع إلى الحية والميتة ، وحصة الميتة إلى الأجنبي ، والأم ، هكذا يدور فلا ينقطع^(٢) ولذلك سمي : سهم الدور . وفيما يفعل به ؟ وجهان قال ابن الحداد : يجعل في بيت المال ، لأنه لا يمكن صرفه بنسب ولا ولاء . والثاني : يقطع السهم الدائر وهو الثمن ، ويجعل كأن لم يكن ، ويقسم المال على باقي السهام ، وهو سبعة ، خمسة للأخت الباقية ، وسهمان للأجنبي ، وزيف الإمام الوجهين وقال : الوجه أن يفرد النصف ، ولا يدخله في حساب الولاء ، وينظر في النصف المستحق بالولاء ، فيحد نصفه للأم ، ونصفه للأجنبي ، ومال الأم يصير للأختين^(٣) ثم نصيب إحداهما ، نصفه للأم ، ونصفه للأجنبي ، ونصيب الأم للأختين ، فحصل^(٤) أن للأجنبي ضعف ما للأخت ، فيجعل المال ستة ، للأخت نصفها بالنسب ، ويبقى ثلاثة ، للأجنبي سهمان ، وللأخت سهم ، فجعل له الثلث ، ولها الثلثان من الجملة ، وبهذا قطع الغزالي . ونقل أبو خلف الطبري عن أكثر الأصحاب أن سهم الدور لبيت المال . كما قال ابن الحداد ، وإليه يميل كلام ابن اللبان . أما إذا مات إحدى

(١) في الأصل : الميت .

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية : ولا .

(٣) في الأصل : للأجنبي .

(٤) في الأصل : فجعل .

الأختين أولاً ، ثم الأم ، فمال الأخت لأبويها ، ومال الأم للبنت ، نصفه بالبنوة ، ولها نصف الباقي لإعتاقها نصف الأم ، ونصفه الباقي للأب ، لأنه عصة معتقة النصف ، قال الشيخ أبو علي : وفي مثل هذه المسائل لا يورث بالزوجة إلا أن يشترط السائل في السؤال بقاء الزوجية ، أما إذا مات الأب أولاً ، ثم إحدى الأختين ، ثم الأم ، فمال الأب ثلثاه للبنتين بالأبوة ، وباقيه بين الأم والأجنبي ، ومال الأخت للأم ثلثه وللأخت نصفه ، والباقي بين الأم والأجنبي ، لأنها معتقتا أبيهما ، ومال الأم نصفه للبنت الباقية بالبنوة ، ولها من النصف الباقي نصفه ، لأنها أعتقت نصفها ، ونصفه الباقي حصة البنت الميتة ، فيكون لمواليها ، وهم الأجنبي والأم ، فللأجنبي نصفه ، وهو الثمن ، ويبقى ثمن يرجع إلى الأختين ، لإعتاقهما الأم ، وهو سهم دور ، وفيه الخلاف السابق . أما إذا ماتت البنتان أولاً ، فمالهما لأبويهما ، فإن مات الأب بعدهما . فماله للأم والأجنبي ، فإن ماتت الأم بعده ، فنصف مالها للأجنبي ، لأنه معتق نصف أبي معتقها ، والباقي لبيت المال .

واعلم أن الفرضيين قالوا : إنما يحصل الدور في الولاء بثلاثة شروط : أن يكون للمعتق ابنان^(١) فصاعداً . وأن يكون قد مات منهم اثنان فصاعداً ، وأ لا يكون الباقي منهم حائزاً لمال الميت ، فإن اختلف أحد هذه الشروط ، فلا دور .

فصل

في مسائل منشورة تتعلق بكتاب العتق ، من الولاء ، وغيره .
شخصان كل منهما مولى صاحبه من فوق ومن أسفل ، بأن أعتق عبداً ، فأعتق أبا المعتق أختان لأبوين ، أعتقهما رجل ، فأشترتا أباهما ،

(١) في الأصل ونسخ الظاهرية : ابنين .

فلكل منهما نصف ولاء أييها ، ولا ولاء لأحدهما على الأخرى . لأن عليهما ولاء مباشرة •

في فتاوى القفال : إذا اشترى مكاتب بعض أبيه ، عتق نصفه . ولا يقوم عليه ، لأنه لم يعتق باختياره ، بل عتق ضمناً ، وأنه إذا قال لمن له عبد مستأجر : أعتقه عني على كذا ، فأعتقه ، نفذ قطعاً ، بخلاف البيع ، لقوة العتق ، وكذا يجوز في المغصوب والغائب إذا علم حياته • وفي فتاوى القاضي حسين : إذا ادعى عبد على سيده العتق عند الحاكم ، فحلفه ، فلما أتم يمينه ، قال : قم يا حر ، على وجه السخرية ، حكم عليه بالحرية ، لقوله صلى الله عليه وسلم « ثلاثة جدهن جد ، وهزلهن جد » ومنها العتاق • وأنه لو كانت جارية حاملاً ، وانحسل مضغة ، فقال : أعتقت مضغة هذه الجارية ، كان لغواً ، لأن إعتاق مالم ينفخ فيه الروح لغو • ولو قال : مضغة هذه الجارية حر ، فهو إقرار بأن الولد انعقد حراً ، وتصير الأم به أم ولد •

قلت : ينبغي أن لا تصير حتى يقر بوطنها ، لأنه يحتمل أنه حر من وطء أجنبي بشبهة • والله اعلم

وأنه لو قال لعبده : لو أخذك متغلب ، فقل : أنا حر ، لا يعتق ، بل هو أمر بكذب ، وكان القاضي يلحق عبده بذلك • وأنه لو قال لعبده : أعتقتك الله ، أو الله أعتقتك ، فقل : يفرق بينهما ، لأن الأول دعاء ، والثاني خبر • قال القاضي : وعندي لا يعتق فيهما • وقال العبادي : يعتق فيهما • وفي الزيادات لأبي عاصم العبادي رحمه الله : أنه إذا قال : من بشرني من عبيدي بقدوم زيد ، فهو حر ، فبعث بعض عبده عبداً آخر ليبشره به ، فجاء وقال : عبدك فلان يبشرك بقدومه •

وأرسلني لأخبرك ، فالمبشر المرسل دون الرسول • وأنه لو قال : إن
اشتريت عبيدين في صفقة ، فله علي إعتاقهما ، فاشتري ثلاثة صفقة ،
لزمه إعتاق اثنين ، لوجود الصفقة • ولو ولدت الزانية ، فملك الزاني
بها ذلك الولد ، لم يعتق عليه ، لاتفاء نسبه • وفي فروع حكاها الروياني
عن والده وغيره قال لعبده : أنت حر مثل هذا العبد ، وأشار إلى عبد
آخر ، يحتمل أن لا يعتق لعدم حرية المشبه به ، ويحمل على حرية الخلق •

قلت : ينبغي أن يعتق • **والله أعلم**

وأنه لو قال : أنت حر مثل هذا ، ولم يقل : هذا العبد ، يحتمل
أن يعتقا ، والأوضح أنهما لا يعتقان •

قلت : الصواب : هنا عتقهما • **والله أعلم**

وأنه لو قال لغيره : أنت تعلم أن هذا العبد الذي في يدي حر ،
حكم بعتقه • ولو قال : تظن أنه حر ، لم يحكم بعتقه ، لأنه لو لم يكن
حرأ لم يكن المقول له عالماً بحريته ، وقد اعترف بعلمه ، والظن بخلافه •
ولو قال : ترى أنه حر ، احتمل أن لا يقع ، وأن يقع ، والرؤية
بمعنى العلم •

قلت : الصواب أنه لا يعتق • **والله أعلم**

وأنه لو وكل رجلاً في عتق عبد ، فأعتق الوكيل نصفه ، فهل
يعتق نصفه فقط ، أم يعتق ويسري إلى باقيه ، أم لا يعتق منه شيء
لمخالفته ؟ فيه أوجه ، أصحها : الأول • وفي « جمع الجوامع » للروياني
أنه لو كان عبد بين شريكين ، فقال رجل لأحدهما : اعتق نصيبك عني
بكذا ، فأعتقه عنه ، فولأؤه الأمر ، ويقوم نصيب الشريك على المعتق ،

دون الأمر . لأنه أعتقه لغرض نفسه ، وهو العوض الذي حصل له .
ولو قال أحد الشريكين للآخر : أعتق نصيبك عني بكذا ، فأعتقه عنه :
فولأؤه الأمر . ويقوم نصيب الأمر على المعتق ، حكاه عن القاضي
الطبري .

قلت : الصواب في الصورتين أنه لا يقوم عليه ، لأنه لم يعتق
عنه . والله أعلم

* * *

كتاب التدبير

فيه بابان

الأول : في أركانه ، وهي ثلاثة ، المحل ، والصيغة ، والأهل .

أما المحل ، فمعلوم ، وأما الصيغة ، فينقصد التدبير بالصريح وبالكناية فالصريح كقوله : أنت حر بعد موتي ، أو أعتقتك . أو حررتك بعد موتي ، أو إذا مت فأنت حر ، أو عتيق ، فإذا مات عتيق ولو قال : دبرتك ، أو أنت مدير ، فالنص أنه صريح ، ويعتق إذا مات السيد . ونص في الكتابة أن قوله : كاتبك على كذا ، لا يكفي حتى يقول : فإذا أديت فأنت حر وينويه ، وفيهما طريقان ، فقيل : فيهما قولان أحدهما : صريحان لاشتهارهما^(١) في معنيهما ، كالبيع والهبة . والثاني : كنايةتان ، لخلوهما عن لفظ الحرية والعتق ، والمذهب تقرير النصين . والكناية كقوله : خلّيت سبيلك بعد موتي مع نية العتق . ولو قال : دبرت نصفك أو ربعك ، صح . وإذا مات ، عتق ذلك الجزء . ولم يسر . ولو قال : دبرت يدك أو رجلك ، فهل يصح ويكون كله مدبراً ، أم يلغو ؟ وجهان . ونص في « الأم » أنه لو قال : أنت حر بعد موتي ولست بحر ، لا يصح التدبير ، كما لا يحصل العتق لو قال : أنت حر أو لست بحر ، ولا الطلاق إذا قال : أنت طالق ، أو لست بطالق^(٢) .

(١) في الأصل : لاشتهارهما .

(٢) في الأصل : بطلاق .

فرع

يصح التدبير مطلقاً ، وهو أن يعلق العتق بالموت بلا شرط .
ومقيداً بشرط في الموت ، كقوله : إن قتلت ، أو مت من مرضي هذا ،
أو حتف أنفي ، أو في سفري هذا ، أو في هذا الشهر ، أو في هذا البلد ،
فأنت حر ، فإن مات على الصفة المذكورة ، عتق ، وإلا ، فلا . ولو
قال : إذا مت . ومضى شهر أو يوم فأنت حر ، أو قال : أنت حر بعد
موتي بيوم . عتق بعد موته بيوم ، ولا يحتاج إلى إنشاء إعتاق بعد
موته . وهل هذا تدبير مطلق ، أم مقيد ، أم ليس بمطلق ولا مقيد ،
وإنما هو تعليق ليس بتدبير ؟ فيه أوجه . الصحيح : الثالث ، وبه
قال الأكثرون ، منهم الشيخ أبو حامد ، وابن كج ، وابن الصباغ ،
والرويانى ، قالوا : متى علق العتق بصفة بعد الموت ، كقوله : إذا مت
وشئت الحرية ، أو يشاء فلان ، أو إذا مت ثم دخلت فأنت حر ، أو أنت
حر بعد موتي إذا خدمت ابني شهراً ، فكل ذلك ليس بتدبير ، بل
تعليق ، ويجوز تعليق التدبير ، بأن يقول : إذا ، أو متى دخلت الدار ،
فأنت حر بعد موتي ، أو أنت مدبر ، فإذا دخل ، صار مدبراً ، ولا
يشترط الدخول [في الحال] ، لكن يشترط حصوله في حياة السيد .
كسائر الصفات المعلق عليها . فإن مات السيد قبل الدخول ، فلا تدبير .
ولغا التعليق ، إلا أن يصرح فيقول : إذا دخلت الدار بعد موتي ، أو
إذا مت ، ثم دخلت الدار فأنت حر ، فإنما يعتق حينئذ بالدخول بعد
الموت . ولإمام احتسالى في تعليق العتق بالدخول بعد الموت . وذكر
أن القاضي رمز إليه . ولا تشترط المبادرة إليه بعد الموت . بل متى
دخل . عتق . ولو قال : إذا مت ودخلت الدار فأنت حر ، قال البغوي :
يشترط الدخول بعد الموت ، إلا أن يريد الدخول قبله . ولو قال :

إذا مت فدخلت الدار ، أو إذا مت فأنت حر إن دخلت الدار ، فعلى ما سنذكره إن شاء الله تعالى في التعليق بالمشيئة • ولو قال الشريكان لبعدهما : إذا متنا فأنت حر ، لم يعتق حتى يسوتا ، إما معاً ، وإما مرتباً ، ثم إن ماتا معاً ، فالحاصل عتق لحصول الصفة ، لا بتدبير ، لأنه معلق بموته وموت غيره • والتدبير : أن يعلق بموت نفسه • وقيل : إنه عتق بتدبير ، لاتصاله بالموت ، والصحيح الأول • وإن ماتا مرتباً ، فوجهان • أحدهما : ليس بتدبير ، والصحيح : أنه إذا مات أحدهما ، صار نصيب الثاني مدبراً ، لتعلق العتق بموته ، وكأنه قال : إذا مات شريكي فنصيب منك مدبر ، ونصيب الميت لا يكون مدبراً ، وهو بين الموتين للورثة ، فلهم التصرف فيه بما لا يزيل الملك ، كالاستخدام والإجارة ، وليس لهم بيعه ، لأنه صار مستحق العتق بموت الشريك . وكذا إذا قال : إن دخلت الدار بعد موتي ، فأنت حر ، فليس للوارث بيعه بعد الموت وقبل الدخول ، إذ ليس له إبطال تعليق الميت ، وإن كان للميت أن يطله ، كما لو أوصى لرجل بشيء ومات ، ليس للوارث بيعه ، وإن كان للموصي أن يبيعه • وكذا من أعار ، له الرجوع في العارية • ولو قال : أعيروا داري لفلان بعد موتي شهراً . وجب تنفيذ وصيته ، ولم يملك الوارث الرجوع عن هذه العارية ، هذا هو الصحيح • وفي الصورتين وجه أنه يجوز للورثة بيعه . وفي كسب العبد بين موتيهما وجهان ، أحدهما : أنه معدود من تركة الميت . وأصحهما : أنه للوارث خاصة قال في « الأم » ولو قال^(١) لبعدهما : أنت حبيس على آخرنا موتاً ، فإذا مات : عتقت ، فهو كما لو قال^(٢) : إذا متنا فأنت حر ، إلا أن هناك المنفعة بين الموتين تكون لورثة الأول . وهي للأخر .

(١) في الأصل : قال .

وكذا الكسب ، وكان أولهما موتاً أوصى بهما لآخرهما^(١) موتاً • ولو قال أحدهما : إذا مت ، فأنت حر ، فإذا مات ، عتق نصيبه ، ولم يسر •

فرع

قال لعبده : أنت حر إن شئت ، فإنما يعتق إذا شاء على الفور ، وقيل : لا يشترط الفور ، والصحيح الأول • ولو علق التدبير بمشيئة العبد ، فقال : أنت مدبر إن شئت ، أو دبرتك إن شئت ، أو قال : إن شئت فأنت مدبر ، أو فأنت حر إذا مت ، أو متى مت ، فلا يصير مدبراً إلا بالمشيئة ، والصحيح اشتراط الفور فيها • فلو قال : متى شئت ، أو مهما شئت ، لم يشترط الفور ، ويصير مدبراً متى شاء • وفي الحالتين تشترط المشيئة في حياة السيد ، كسائر الصفات المعلق عليها ، إلا إذا علق صريحاً بمشيئة بعد الموت ، فإنما يحصل العتق بمشيئة بعد الموت ، ولا يمنع الامتناع في الحياة من المشيئة بعد الموت • ثم ينظر في لفظ التعليق ، فإن قال : أنت حر بعد موتي إن شئت بعد الموت ، أو اقتصر على قوله : إن شئت ، وقال : أردت بعد الموت ، فقال الإمام والغزالي : لا يشترط الفور بعد الموت ، ونفى الإمام الخلاف في ذلك ، لأنها إذا تأخرت عن الخطاب ، واعتبرت بعد الموت ، لم يكن لاشتراط^(٢) اتصالهما بعد الموت معنى ولهذا لا يشترط في قبول الوصية • وفي « التهذيب » وغيره وجهان فيما لو قال : إذا مت وشئت بعد موتي فأنت حر ، أن المشيئة على التراضي ، أم يشترط الفور ؟ والصورة كالصورة • ولو قال : إذا مت فشئت فأنت حر ، ففي اشتراط اتصال المشيئة بالموت وجهان • الأصح :

(١) في الأصل : لموصى بهما آخراً •

(٢) في الأصل : الاشتراط •

الاشتراط ، وبه أجاب الأكثرون ، لأن الفاء للتعقيب ، ويجري الخلاف في سائر التعليقات ، كقوله : إن دخلت الدار فكلمت زيدا فأنت طالق . هل يشترط اتصال الكلام بالدخول ؟ ولو قال : إذا مت فمتى شئت فأنت حر ، لم يشترط اتصال المشيئة بالموت بلا خلاف . ولو قال : إذا مت ، فأنت حر إن شئت ، أو إذا شئت ، أو قال : أنت حر إذا مت إن شئت ، فيحتمل أن يراد بهذا اللفظ المشيئة في الحال ، وتحتمل المشيئة بعد الموت ، فيراجع ويعمل بمقتضى إرادته ، فإن قال : أطلقت ولم أنو شيئا ، فثلاثة أوجه . الأصح : حملة على المشيئة بعد الموت ، وبه أجاب الأكثرون ، منهم العراقيون ، وشرطوا أن تكون المشيئة بعد الموت على الفور ، ومقتضى ما سبق عن الإمام والغزالي : أن لا يشترط الفور . والثاني : حملة على المشيئة في الحياة وبعد الموت ، لأن الموت متردد بينهما فتكفي المشيئة في حياة السيد ، ويشترط الفور على الصحيح . والثالث : تشترط المشيئة في الحياة ، فإن لم يتحققا ، لم يحصل يقين العتق ، وليجر هذا الخلاف في سائر التعليقات ، كقوله (١) : إذا دخلت الدار فأنت طالق ، إن كلمت (٢) فلانا . أيعتبر الكلام بعد الدخول ، أم قبله ؟ قال الإمام : ونشأ من هذا المنتهى إشكال فيما لو قال لعبده : إن رأيت عينا فأنت حر ، والعين لفظ مشترك بين الباصرة ، والدينار ، وعين الماء ، ولم ينو المعلق شيئا ، فهل يعتق العبد إذا رأى شيئا منها ؟ فيه تردد ، والوجه : أنه يعتق ، وبه يضعف اعتبار الشيئين في مسألة المشيئة . ولك أن تقول : إن لم تكن المسألة كالمسألة ، فلا إلزام ، وإن كانت كهي ، فليحصل العتق بالمشيئة في الحياة أو بعد

(١) في الأصل : لقوله .

(٢) في الأصل : كلمت .

الموت ، كمسألة العين ، وهذا وجه غير الثلاثة ، ثم الأشبه أن اللفظ المشترك لا يحمل جميع معانيه ، ولا يحمل عند الإطلاق على كلها ، ويمكن أن يؤمر^(١) بتعيين أحدها ، ومتى اعتبر في المشيئة بعد الموت الفور فأخرها ، بطل التعليق ، وإذا لم تعتبر كما^(٢) في قوله : فأنت حر متى شئت ، فقال القاضي أبو حامد : تعرض عليه المشيئة ، فإن امتنع ، فللورثة بيعه ، وكذا لو علق بدخول الدار وغيره بعد الموت ، يعرض عليه الدخول ، كما يقال للموصى له : أقبل أورد . وهل للورثة بيعه قبل المشيئة وعرضها عليه ؟ فيه الخلاف السابق في الفرع الماضي .

فرع

قال : إن شاء فلان وفلان ، فعبدني حر بعد موتي ، لم يكن مدبراً حتى يشاء جميعاً . ولو قال : إذا مت ، فشئت ، فأنت مدبر ، فهذا لغو ، وكذا لو قال : إذا مت فدبروا هذا العبد . ولو قال : إذا مت فعبد من عبيدي حر ، ومات ولم يبين ، أقرع بينهم . قال في «الأم» : لو قال : إذا قرأت القرآن بعد موتي فأنت حر ، لا يعتق إلا بقراءة جميع القرآن . ولو قال : إذا قرأت قرآنًا عتق بقراءة [بعض] القرآن .

الركن الثالث : الأهل ، فلا يصح تديير مجنون ، ولا صبي لا يميز ، ولا مميز على الأظهر ، فإن صححناه ، صح رجوعه بالقول إن جوزنا الرجوع عن التديير بالقول ، وفيه وجه . وإن قلنا : يملك الرجوع بالقول ، فالتصرف الذي يحصل به الرجوع ، لا يصح منه ، لكن يقوم

(١) في الأصل : يميز .

(٢) في الأصل : وإلا لم يعتبر حمل .

الولي^(١) مقامه ، فإذا رأى المصلحة في بيعه ، باعه ، وبطل التديير ، ويصح تديير المحجور عليه بسفه على المذهب ، وقيل : قولان كالميز . فإن صححنا ، فرجوعه كما ذكرنا في الميز ، وتديير المحجور عليه بفلس كإعتاقه ، وقد سبق في التفليس . وفي تديير السكران الخلاف^(٢) السابق في سائر تصرفاته . وفي تديير المرتد أقوال مبنية على ملكه ، إن قلنا : باق ، صح تدييره ، وإن قلنا : زال ، فلا . وإن قلنا : موقوف ، فتدييره موقوف ، إن أسلم ، وإن صحته ، وإن مات مرتداً ، وإن فساده . وحكي قول في بطلان تدييره على قول الوقف ، ثم قال ابن سلمة : الأقوال إذا حجر القاضي عليه ، فأما قبله ، فيصح قطعاً ، وقال أبو إسحاق : هي قبل الحجر ، فأما بعده ، فلا يصح قطعاً . وقال غيرها بطرد الأقوال في الحاليين . وقد سبق في الردة أن البغوي جعل الوقف أصح . وروى بعضهم أن الشافعي رضي الله عنه قال : أشبه الأقوال بالصحة ، زوال الملك بنفس الردة ، وبه أقول . ولو دبر عبداً ، ثم ارتد ، فثلاث طرق ، أصحها وهو الذي رجحه ابن كج ، والعراقيون ، وبه قال أبو إسحاق : لا يبطل التديير قطعاً ، فإذا مات مرتداً ، عتق العبد ، صيانة لحق العبد عن الضياع ، كحق^(٣) الغرماء ، وكما لا يبطل بيعه وسائر عقود . والثاني : يبطل قطعاً ، لأنه لو بقي ، لنفذ من الثلث ، وما نفذ من الثلث ، اشترط فيه بقاء الثلثين للورثة ، وهذا ضعيف ، وعلى هذا تبطل وصايا المرتد . والثالث ، وبه قال ابن سلمة : يبنى على أقوال الملك ، إن بقي ، فالتديير باق ، وإن زال ، بطل ، وإن وقف ، فإن قلنا بالبطلان ، فأسلم ، عاد ملكه ، وعاد التديير على

(١) في الأصل : الولاء .

(٢) في الأصل : بخلاف .

(٣) في الأصل : لحق .

المذهب . وقيل : قولان ، كعود الحنث ، كما لو باع مدبراً ، ثم ملكه . وإن أبقينا التدبير ، عتق المدبر من الثلث ، وجعل الثلثان فيئاً . وفي وجه : يعتق كله ، ورعاية الثلث والثلثين يختص بالميراث . ولو ارتد المدبر ، قتل كالقن ، لكن لا يبطل التدبير بالردة ، كما لا يبطل الاستيلاء والكتابة بالردة . فلو مات السيد قبل قتله ، عتق . ولو التحق المرتد بدار الحرب ، فسبي ، فهو على تدييره ، ولا يجوز استرقاقه . لأنه إن كان سيده حياً ، فهو له ، وإن مات ، فولأؤه له ، ولا يجوز إبطاله . فإن كان سيده ذمياً ، ففي جواز استرقاق عتيقه خلاف سبق . ولو استولى الكفار على مدبر مسلم ، ثم عاد إلى يد المسلمين ، فهو مدبر كما كان .

فرع

الكافر الأصلي ، يصح تدييره وتعليقه^(١) العتق بصفة ، كما يصح استيلاؤه ، سواء الكتابي ، والمجوسي ، والوثني . والحربي . والذمي ، ولا يمنع الكافر من حمل مدبره ومستولده الكافرين إلى دار الحرب ، سواء جرى التدبير في دار الإسلام . أو دار الحرب . وليس له حمل مكاتبه الكافر قهراً ، لظهور استقلاله . ولو دبر كافر عبداً كافراً ، ثم أسلم العبد ، فإن رجع السيد عن التدبير بالقول . وجوزناؤه ، بيع عليه ، وإلا ، ففي بيعه قولان منصوران في « الأم » أحدهما : يباع عليه ، ويبطل التدبير دفعاً لإذلاله ، وأظهرهما : لا يباع ، بل يبقى التدبير ، لتوقع الحرية ، ولكن يخرج من يده . ويجعل في يد عدل ، ويصرف كسبه إليه ، كما لو أسلمت مستولده ، فإن خرج سيده إلى دار الحرب ، أنفق من كسبه عليه ، وبعث ما فضل إلى السيد .

(١) في الأصل : تطليقه .

فإذا مات ، عتق من الثلث ، فإن بقي منه شيء للورثة ، بيع عليهم • ولو أسلم مكاتب الكافر ، فقيل : قولان كالمدبر ، والمذهب أنه لا يباع ، بل تبقى الكتابة ، لانقطاع سلطة السيد واستقلاله ، فإن عجزه السيد ، بيع عليه •

فرع

إذا دبر أحد الشريكين نصيبه ، فالمشهور أنه لا يسري ولا يقوم عليه نصيب شريكه ، فإن مات وعتق نصيبه ، لم يسر أيضاً إلى نصيب الشريك ، لأن الميت معسر ، بخلاف ما إذا علق عتق نصيبه بصفة فوجدت وهو موسر ، يسري • وفي قول : يسري ، وحكي هذا وجهاً • ولو دبر بعض عبده الخالص ، صح ، ولا سراية ، ويجيء فيه الخلاف في نصيب الشريك وأولى •

الباب الثاني في حكم التدبير •

وله حكمان : ارتفاعه ، وسرايته إلى الولد •

الأول : ارتفاعه ، ويرتفع بخمسة أمور • الأول : إزالة الملك ، فللسيد إزالة الملك عن المدبر بالبيع والهبة والوصية وغيرها ، سواء كان التدبير مطلقاً أو مقيداً ، وإذا زال الملك عنه بيع ونحوه ، ثم عاد إلى ملكه ، فهل يعود التدبير ؟ يبنى على أن التدبير وصية للعبد بالعتق ، أم هو تعليق عتق بصفة ؟ وفيه قولان : القديم وأحد قولي الجديد : وصية ، والثاني وهو نصه في أكثر كتبه : تعليق بصفة ، وهذا هو الأنظر عند الأكثرين ، فإن قلنا : وصية ، لم يعد التدبير ، كما لو أوصى بشيء ، ثم باعه ، ثم ملكه • وإن قلنا : تعليق ، فعلى الخلاف في عود الحث : وقد سبق أن الأنظر أنه لا يعود ، فحصل أن المذهب

أنه لا يعود التدبير الثاني لو^(١) رجع عن التدبير باللفظ ، كقوله : رجعت عنه ، أو فسخته ، أو أبطلته ، أو رفعتة ، أو نقضته ، فإن قلنا : وصية ، صح الرجوع ، وإلا ، فلا . وسواء التدبير المطلق والمقيد . وقيل : يختص الخلاف بالمطلق ، ويقطع في المقيد بمنع الرجوع ، والمذهب الأول . ولو قال : أعتقوا فلاناً عني إذا مت ، جاز الرجوع باللفظ كسائر الوصايا . ولوضم إلى الموت صفة أخرى ، بأن^(٢) قال : إذا مت ، فدخلت الدار ، فأنت حر ، لا يجوز الرجوع باللفظ قطعاً ، وإنما الخلاف في التدبير .

فرع

إذا وهب المدبر ولم يقبضه ، إن قلنا : التدبير وصية ، حصل الرجوع ، وإن قلنا : تعليق ، لم يحصل على الصحيح . وإن اتصل بها القبض . وقلنا : يملك بالقبض ، انقطع التدبير . وإن قلنا : يتبين الملك من حين الهبة ، قال الإمام : ففي انقطاع التدبير من حين الهبة تردد ، وكذا لو باع بشرط الخيار . وقلنا : يزيل الملك . فهل يبطل التدبير قبل لزوم البيع ؟ فيه تردد . والذي أطلقه البغوي أن البيع بشرط الخيار يبطل التدبير على القولين . ولو باع نصف المدبر ، أو وهب وأقبض . بطل التدبير في النصف المبيع . أو الموهوب وبقي [في] الباقي ، وهل يبطل التدبير في الرهن ؟ قيل : يبطل . وقيل لا ، والمذهب قولان بناء على أنه وصية أو تعليق ؟ ومجرد الإيجاب في الهبة والرهن . إن جعلناه وصية . كان على الخلاف في أنه رجوع في الوصية ، وإن جعلناه تعليقاً ، فلا أثر له ، ولا يبطل التدبير بالاستخدام والتزويج بلا خلاف . وإذا جعلناه

(١) في الأصل : ولو .

(٢) في الأصل : : فإن .

وصية ، بطل بالعرض على البيع • وسائر ما ذكرناه في باب الوصية ، لكن الوطاء ليس رجوعاً عن التدبير ، وإن جعلناه وصية ، سواء عزل أم لا ، بخلاف الوصية ، فإن استولدها ، فالصحيح الذي قطع به الجمهور بطلان التدبير ، لأن الاستيلاد أقوى ، فيرتفع به الأضعف ، كما يرتفع النكاح بملك اليمين ، ولهذا [لو] دبر مستولده ، لم يصح ، لأنها تستحق العتق بالموت بجهة أقوى من التدبير ، وقيل : لا يبطل التدبير ، ويكون لعتقها بالموت سببان • وقيل : لا يبطل ، بل يدخل في الاستيلاد ، كالحدث في الجنابة^(١) ، ولو كاتب المدبر ، ففي ارتفاع التدبير وجهان ، بناء على أنه وصية ، أم تعليق • إن قلنا : وصية ، ارتفع ، وإلا ، فلا • فيكون مدبراً مكاتباً ، كما لو دبر مكاتباً . فإن أدى النجوم ، عتق بالكتابة ، وإن مات السيد قبل الأداء ، عتق بالتدبير ، فإن لم يحتمله الثلث ، عتق قدر الثلث ، وبقيت الكتابة في الباقي ، فإذا أدى قسطه ، عتق ، وهذا نص الشافعي رحمه الله وبه قطع الشيخ أبو حامد وجماعة ، وقال القاضي أبو حامد : يسأل عن كتابته ، فإذا أراد بها الرجوع عن التدبير ، ففي ارتفاعه القولان ، وإلا ، فهو مدبر مكاتب قطعاً • وخرج الإمام على الخلاف في الكتابة ، ما لو علق عتق المدبر بصفة لأنه لو أوصى به ثم علق عتقه بصفة ، كسائر رجوعاً ، وقطع البغوي بأنه يصح التعليق بالصفة ، ويبقى التدبير بحاله ، كما لو دبر المعلق عتقه^(٢) بصفة تجوز ، ثم إن وجدت الصفة قبل الموت ، عتق ، وإن مات قبلها ، عتق بالتدبير •

فروع

قال : رجعت عن التدبير في نصفه أو ربعه ، بقي التدبير في جميعه ،

(١) في الأصل : الجنابة .

(٢) في الأصل : عنه .

إن قلنا : لا يكفي الرجوع باللفظ ، وإلا فيبقى في باقيه فقط ، نص في « الأم » أنه إذا دبر ، ثم خرس ، فإن لم يكن له إشارة مفهومة ، ولا كتابة ، فلا مطلع على رجوعه ، وإن كانت له إشارة أو كتابة ، فأشار بالبيع ونحوه ، ارتفع التدبير ، وإن أشار بنفس الرجوع ، فعلى الخلاف .

ولو دبر مكاتباً ، صح ، فإن أدى النجوم قبل موت السيد ، عتق بالكتابة ، وبطل التدبير . ولو عجز نفسه ، أو عجزه سيده ، بطلت الكتابة ، وبقي التدبير . ولو مات السيد قبل الأداء والتعجيز ، عتق بالتدبير إن احتمله الثلث . قال الشيخ أبو حامد : وتبطل الكتابة . قال ابن الصباغ : وعندي أنه يتبعه ولده وكسبه ، كما لو أعتق السيد مكاتبه قبل الأداء ، فكما لا يملك إبطال الكتابة بالإعتاق ، فكذا بالتدبير . قال : ويحتمل^(١) أن يريد بالبطلان زوال العقد دون سقوط أحكامه .

الأمر الثالث : إن لم نجوز الرجوع عن التدبير باللفظ ، فإنكار السيد التدبير ليس برجوع ، وإن جوزناه ، فهل هو رجوع ؟ وكذا إنكار الموصي الوصية ، والموكل الوكالة ، هل هو رجوع ؟ ثلاثة أوجه ، أحدها : نعم ، لأن هذه العقود عرضة للفسخ . ولو قال : لست بمدير ، أو لست بوكيل ، أو ليس هذا موصى به ، وجب القطع بارتفاع هذه العقود ، فكذا إذا قال : لم أدبر ، ولم أوكّل ، ولم أوص . والثاني : لا ، لأنه كذب فلم يؤثر . والثالث وهو الأصح المنصوص : ترتفع الوكالة ، لأن فائدتها العظمى تتعلق بالموكل ، ولا يرتفع التدبير والوصية ، لأنهما عقدان يتعلق بهما غرض شخصين ، فلا يرتفعان

(١) في الأصل : يحتمل بلا واو .

بإنكار أحدهما ، وإنكار البيع الجائز ^(١) ليس فسخاً ، وفيه احتمال . ولو أنكر الزوجية ، فليس بطلاق على الأصح . ولو ادعت على زوجها طلاقاً رجعياً ، فأنكر ، لم يكن إنكاره رجعة بالاتفاق . وإذا ادعى على سيده التدبير أو العتق بصفة ، سمعت الدعوى على المذهب . وقيل : يسمع العتق بصفة ، وفي التدبير الخلاف . وفي شهادة الحسبة على التدبير الخلاف في سماع الدعوى ، ورد الشهادة أولى ، لأن موضع شهادة الحسبة أن يثبت ^(٢) لله تعالى حق مجحود فيثبته ^(٣) الشاهد حسبة ، ثم إذا توجهت الدعوى ، وأنكر السيد ، فله إسقاط اليمين عن نفسه ، بأن يقول : إن كنت دبرته فقد رجعت عنه إذا جوزنا الرجوع باللفظ ، وكذا لو قامت به بينة ، وحكم به الحاكم ، فله الدفع بهذا الطريق على هذا القول . ولو ادعى على الورثة أن مورثهم دبره ، وأنه عتق بموته ، حلفوا على نفي العلم ، ولا يثبت التدبير إلا بشهادة رجلين ، لأنه ليس بمال ، وثبت الرجوع برجل وامرأتين ، وشاهدويمين ، لأنه مال ، وفيه وجه ضعيف ، لأنه ينفي ^(٤) الحرية .

الرابع : مجاوزة الثلث ، فعتق المدبر معتبر من الثلث بعد الديون ، فلو كان على الميت دين مستغرق للتركة ، لم يعتق منه شيء ، وإن لم يكن دين ، ولا مال سواه ، عتق ثلثه ، وإن كان دين يستغرق نصفه بيع نصفه في الدين ، ويعتق ثلث الباقي منه . وفي تعليقة إبراهيم المروزي أن الحيلة في عتق الجميع بعد الموت ، وإن لم يكن له مال

(١) في الأصل : البيع : الخائن .

(٢) في الأصل : ثبت .

(٣) في الأصل : فيثبته .

(٤) في الأصل : تبقى .

سواء أن يقول : هذا [العبد] حر قبل (١) مرض موتي بيوم ، وإن مات فجأة ، فقبل موتي بيوم ، فإذا مات بعد التعليقين بأكثر من يوم ، عتق من رأس المال ، ولا سبيل عليه لأحد . ولو اقتصر على قوله : أنت حر قبل موتي بيوم أو شهر ، فإذا مات ، نظر ، إن كان في أول اليوم ، أو الشهر قبل الموت مريضاً ، اعتبر عتقه من الثلث ، وإن كان صحيحاً ، فمن رأس المال ولا فرق في اعتبار التديير من الثلث ، بين أن يقع التديير في الصحة أو في المرض كالوصية .

فرع

دبر عبداً ومات ، وباقى ماله غائب عن بلد الورثة ، أو دين على معسر ، فلا يعتق جميع المدبر ، وهل يعتق ثلثه ؟ وجهان أحدهما : نعم ، لأن الغيبة لا تزيد على العدم . ولو لم يكن إلا العبد ، لعتق ثلثه ، فعلى هذا ثلث أكسابه بعد موت السيد له ، ويوقف الباقي . وأصحهما : لا يعتق حتى يصل المال إلى الورثة ، لأن في تنجيز العتق تنفيذ التبرع قبل تسليط الورثة على الثلثين ، فعلى هذا يوقف الأكساب ، فإن حضر الغائب بان أنه عتق ، وأن الأكساب له . ويقال : الخلاف قولان . الأول : مخرج . والثاني : منصوص . فإذا كانت قيمة المدبر مائة ، والغائب مائتان ، فحضر مائة ، فعلى الأول : يعتق ثلثاه ، وعلى الثاني : نصفه ، لحصول مثليه (٢) للورثة ، فإن حضرت مائة وتلفت (٣) المائة الأخرى ، استقر العتق في ثلثيه ، وتسلمت الورثة على ثلثه وعلى المائة . وفي طريقة الصيدلاني تفريعاً على أنه يعتق من المدبر ثلثه أن للوارث

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : بعد مرض موتي .

(٢) في الأصل : ثلثه .

(٣) في الأصل : وبلغت .

التصرف في الثلثين ، فإن حضر الغائب نقض تصرفه • وأنه لو أعتق أعتق الثلثين ولم يحضر الغائب ، فولاء الثلثين له • وإن حضر ، فعن ابن سريج ، أن الجواب كذلك ، وأن فيه وجهاً أن جميع الولاء للميت بناء على أن إجازة الوارث تنفيذ ، أم ابتداء عطية ؟ واشتد إنكار الإمام على هذا ، وقال : إعتاق الورثة رد للتدبير ، ولا سبيل إليه بسبب غيبة المال ، بل الوجه التوقف ، فإن حضر الغائب ، بأن نفوذ العتق في الجميع ، ولكن مستند إلى وقت الموت ، أم عند حصول القدرة ؟ فيه احتمالان أوجههما : الأول ، قال : ولو كانت التركة بحيث يفني ثلثها بالمدر ، لكن عليه دين مستغرق ، فأبرأ مستحق الدين عن الدين بعد أيام من الموت ، فيسند العتق إلى وقت الموت ، أم يتنجز من وقت سقوط الدين ؟ فيه احتمالان : أحدهما : الثاني • ولو كان له دين على إنسان ليس له غيره ، فأبرأ عنه في مرض الموت ، أو عن ثلثه ، هل تحصل البراءة عن الثلث قبل وصول الثلثين ؟ فيه الخلاف ، الأصح : المنع ، ويجري الخلاف فيما لو مات عن ابنين ولم يترك إلا ديناً على أحدهما ، هل يبرأ من عليه الدين من نصفه ؟ ولو أوصى بغير مال يخرج من الثلث ، وباقي ماله غائب ، هل يسلم إلى الموصى له ثلث العين ، أم ينتظر حضور الغائب ؟ فيه الخلاف ، وقد سبق في الوصايا • ولو أوصى بثلث ماله ، وبعضه حاضر ، وبعضه غائب ، أو عين ودين^(١) دفع إلى الموصى له ثلث الحاضر والعين ، وما حصل بعده قسم كذلك •

فرع

إذا علق عتق عبد بصفة ، فوجدت في مرض موته ، نظر ، إن كان التعليق بصفة لا توجد إلا في المرض ، كقوله : إن دخلت الدار في مرض

(١) في الاصل : أو دين •

موتي ، فأنت حر ، أو إذا مرضت مرض الموت ، فأنت حر ، اعتبر عتقه من الثلث • وإن احتمل وجودها في الصحة والمرض ، فهل يعتق من رأس المال ، أم الثلث ؟ قولان أظهرهما : الأول ، هذا إن وجدت الصفة بغير اختياره ، فإن وجدت باختياره ، اعتبر من الثلث ، لأنهم قالوا : لو قال : إن دخلت الدار ، فأنت حر ، فدخلها في مرضه ، اعتبر العتق من الثلث ، لأنه اختار حصول العتق في مرضه • ولو باع الصحيح محاباة ، وشرط الخيار ، ثم مرض في مدة الخيار ، ولم يفسخ حتى مات ، اعتبرت المحاباة من الثلث ، لأنه لزم العقد في المرض باختياره ، فأشبهه من وهب في الصحة ، وأقبض في المرض •

تمت : إنما يظهر هذا إذا قلنا : الملك في مدة الخيار للبائع ، وترك الفسخ عامداً لا ناسياً • والله اعلم

فرع

علق عتق عبد بصفة وهو مطلق التصرف ، فوجدت وهو محجور عليه بفلس ، عتق إن اعتبرنا حال التعليق ، وإن اعتبرنا حال وجود الصفة ، فهو كإعتاق المفلس • ولو وجدت الصفة ، وهو مجنون ، أو محجور عليه بسفه ، عتق بلا خلاف ، ذكره البغوي ، وفرق بأن حجر المريض والمفلس لحق الغير ، وهو الورثة والغرماء ، بخلاف السفه والجنون • ولو قال : إن جئت فأنت حر ، فجن ، ففي العتق وجهان حكاهما صاحب « الإصباح » وقد يخرج هذا فيما لو كان التعليق بصفة غير الجنون ، فوجدت في الجنون • ولو قال : إن مرضت مرضاً مخوفاً فأنت حر ، فمرض مرضاً مات فيه ، عتق العبد من الثلث على الصحيح • وقيل : من رأس المال • ولو مرض مرضاً مخوفاً ، وبرأ منه ، عتق من

رأس المال • وقيل : لا يعتق أخذاً من الخلاف فيمن حج عنه ، وهو معضوب ، فبرأ وهذا ضعيف •

الأمر الخامس : جناية المدبر • اعلم أن الجناية على المدبر ، كهي على القن ، فإن قتل ، فللسيد القصاص أو القيمة ، ولا يلزمه أن يشتري بها عبداً يدبره ، وإن جنى على طرفه ، فللسيد القصاص والأرش ، ويبقى التدبير بحاله • أما جناية المدبر ، فهو فيها كالقن أيضاً ، فإن جنى بما يوجب القصاص ، فاقتص منه ، فات التدبير ، وإن جنى بموجب للمال ، أو عفي عن القصاص ، فللسيد أن يفديه ، وأن يسلمه لبيع في الجناية ، فإن فداه ، بقي التدبير • وهل يفديه بأرش الجناية ، أم بالأقل من قيمته والأرش ؟ فيه القولان السابقان في القن • وإن سلمه للبيع ، فبيع جميعه ، بطل التدبير ، فإن عاد إلى ملكه ، ففي عود التدبير الخلاف السابق في أول الباب ، وإن حصل الغرض ببيع بعضه ، بقي التدبير في الباقي •

وإن مات السيد قبل البيع ، واختيار الفداء ، فطريقان ، أحدهما : أن حصول العتق على الخلاف في نفوذ عتق الجاني ، فإن نفذناه أخذ الفداء من تركة السيد • ويكون الفداء أقل الأمرين بلا خلاف ، لأنه تعذر تسليمه للبيع ، وإن لم تنفذه ، فالوارث بالخيار بين أن يفديه ، فيعتق من الثلث ، أو يسلمه للبيع • وإن كان في ثلث المال سعة ، فإذا بيع ، بطل التدبير • وقد سبق في البيع أن المذهب أن إعتاق الجاني ينفذ من الموسر دون المعسر •

والطريق الثاني : أنه إن وفي الثلث بقيمة الرقبة والفداء ، لزم الورثة تحصيل العتق ، وإلا فيخرج على هذا الخلاف • ولو كانت جناية المدبر تستغرق ثلث الرقبة مثلاً ، ومات السيد ، ففداه الوارث

من ماله . ففي ولاء ذلك الثلث وجهان ، هل هو للوارث أو المورث بناء على أن إجازة الوارث تنفيذ أم عطية . ولو جنت مدبرة ، ولها ولد صغير . وقلنا بسراية التدبير إليه ، فوجهان : أحدهما : يبيع الولد معها حذراً من التفريق . ولا يبالى بفوات التدبير فيه . والثاني : يبيعها وحدها . ويحتمل التفريق للضرورة ، حفظاً للتدبير في الولد ، وهو كالخلاف فيمن رهن الجارية دون الولد ، واحتجنا إلى بيعها للدين هل يباع معها ؟

الحكم الثاني : السراية إلى الولد يجوز وضاء المدبرة والمعلق عتقها بصفة ، لكمال الملك ، ونفاذ التصرف ، فإن أولدها . صارت مستولدة . وبطل التدبير على الأضح ، كما سبق . وفائدة الخلاف فيما لو قال : كل مدبر لي حر ، هل تعتق هي ؟ ولو أتت المدبرة بولد من نكاح أو زنى . سرى التدبير إليه على الأظهر عند الأكثرين ، منهم الشيخان أبو حامد والقفال . وهو مذهب مالك وأبي حنيفة وأحمد رحمهم الله ، كما يتبع ولد المستولدة والأضحية والهدي أمه .

قلت : بل الأظهر عند الأكثرين أنه لا يتبعها^(١) والله أعلم

ولو ولدت المعلق عتقها بصفة ، لم يتبعها الولد على الأظهر ، وولد الموصى بها لا يتبعها على المذهب . وقال الشيخ أبو محمد : يحتمل طرد القولين ، فإذا جعلنا ولد المدبرة مدبراً ، فماتت في حياة السيد ، لم يبطل التدبير في الولد ، كما لو دبر عشرين فمات أحدهما قبل السيد ،

(١) في إحدى نسخ الظاهرية بعد قوله : « لا يتبعها » زيادة نصها : « ومنهم الر » وقد كتب أحد من قرأ النسخة : وكذا عند الشيخ ألف لام راء . ولعله أراد الرافعي رحمه الله : فإنه ذكر في « المحرر » أن الأظهر أن الولد لا يتبعها ، وكذا صححه صاحب « التنبيه » .

وكما لو ماتت المستولدة لا يبطل حق الولد • ولو رجع السيد عن تدبير أحدهما باللفظ وجوزناؤه ، أو باع أحدهما • لم يبطل التدبير في الآخر • ولو كان الثلث لا يفسي إلا بأحدهما • فوجهان ، أصحهما وبه قال ابن الحداد : يقرع بينهما • كعبدین ضاق الثلث عنهما والثاني : يقسم العتق عليهما ، لئلا تخرج القرعة على الولد فيعتق ، ويرق الأصل • وإذا قلنا : المعلق عتقها بصفة يتبعها الولد ، فمعناه أن الصفة إذا وجدت فيها وعتقت ، عتق الولد ، ولا تعتبر الصفة فيه • ولو وجدت الصفة منه ، فلا أثر لها • هذا هو الصحيح المعروف في المذهب • وقال الشيخ أبو محمد : مقتضى سريّة التعليق أن عتقه بنفس الصفة ، وهي دخول الدار مثلاً ، فعلى هذا لا يعتق هو بدخولها ، ويعتق بدخوله • ولو بطل التعليق فيها بموتها • بطل في الولد • ومقتضى قول الشيخ أبي محمد أن لا يبطل فيه • ولو قال لأُمته : أنت حرة بعد موتي بعشر سنين مثلاً ، فإنما يعتق بعد مضي تلك المدة من يوم الموت ، فلو ولدت قبل موت السيد ، فهل يتبعها الولد في حكم الصفة ؟ فيه القولان • وإن ولدت بعد موت السيد وقبل مضي المدة ، فقد نص الشافعي رحمه الله أنه يتبعها ، فقليل : فيه القولان كما قبل الموت ، وإنما فرع على أحدهما • وقيل : يتبعها قطعاً لتأكد سبب العتق ، إذ ليس للوارث التصرف فيها ، فأشبهت المستولدة ، فعلى هذا يعتق الولد من رأس المال كولد المستولدة • وأما ولد المدبر ، فلا يؤثر تدبير أبيه فيه ، وإنما يتبع الأم في الرق والحرية •

فرع

هذا الذي ذكرناه في ولد المدبرة ، هو فيما إذا حدث بعد التدبير ، وانفصل قبل موت السيد ، فأما إذا كانت حاملاً عند موت السيد • فيعتق معها الحمل بلا خلاف ، كما لو أعتق حاملاً ، فإن لم يحتملها

الثالث حاملاً ، عتق منها قدر الثلث ، وكذا المعلق عتقها على صفة لو كانت حاملاً عند وجود الصفة • ولو كانت المدبرة حاملاً عند التدبير ، فطريقان : أحدهما : أنه على القولين في أن الحمل هل يعرف ؟ إن قلنا : نعم وهو الأظهر ، فالولد مدبر ، وإلا ففيه القولان في الولد الحادث ، والمذهب القطع بأنه مدبر • وإن قلنا : لا يعرف الحمل كما يدخل في البيع • وإن قلنا : لا يعرف وليس هو بسراية التدبير بل اللفظ يتناوله وإنما يعرف كونه موجوداً عند التدبير إذا ولدته لدون ستة أشهر ، فإن ولدته لأكثر من أربع سنين من وقت التدبير ، فهو حادث ، وإن ولدته لما بينهما ، نظر ، هل لها زوج يفترشها أم لا ، وقد سبقت نظائره في مواضع • وإن كان لها زوج قد فارقها قبل التدبير ، وولدت لدون أربع سنين من وقت الفراق ، فالأظهر أنه يجعل موجوداً يوم التدبير ، كما يجعل موجوداً في ثبوت النسب من الزوج •

فرع

إذا ثبت التدبير في الحمل ، ثم انفصل ، فرجوع السيد في التدبير عن أحدهما لا يرفع التدبير في حق الآخر • وإن رجع قبل الانفصال عن تدبير الحمل ، وجوزنا الرجوع باللفظ ، ارتفع التدبير فيه ، وبقي في الأم • وقيل : لا يصح الرجوع فيه مادام حاملاً مع بقاء التدبير في الأم ، والصحيح : الأول • وإن رجع في تدبير الأم ، نظر ، إن قال : رجعت في تدبيرها دون الولد ، لم يخف حكمه ، وإن أطلق ، فوجهان ، أحدهما : يتبعها في الرجوع ، كما يتبعها في التدبير • وأصحهما : لا يتبعها كالرجوع بعد الانفصال ، بخلاف التدبير ، فإن فيه معنى العتق ، وللعنق قوة • وإذا رجع في تدبيرها دون الولد ، ثم ولدت لدون ستة أشهر من وقت الرجوع ، فهو مدبر • وإن أتت به لأكثر من ذلك ، ولها زوج يفترشها ، لم يكن مدبراً ، لأنه لا يعلم وجوده قبل الرجوع •

فرع

لو دبر الحمل وحده ، جاز كما لو أعتقه ، ولا يتعدى إلى الأم .
فإذا مات السيد ، عتق الحمل دون الأم ، فإن باع الأم ، فوجهان .
أحدهما : أنه إن قصد به الرجوع ، حصل الرجوع ، وصح البيع في
الأم والحمل ، وإن لم يقصد ، لم يحصل الرجوع ، فلا يصح البيع في
الولد ، ويبطل في الأم على الأصح ، كما لو باع حاماً بحر . وأصحهما :
صحة البيع فيهما ، وحصول الرجوع قصد أم لا ، كما لو باع المدبر
ناسياً للتدبير ، صح البيع والرجوع .

فرع

لو دبر أمة ، وقلنا : ولد المدبرة مدبر ، وجوزنا الرجوع عن التدبير
باللفظ ، فقال : إذا ولدت ، أو كلما ولدت ولداً فقد رجعت في تدبيره ،
لم يصح الرجوع ، فإذا ولدت ، كان مدبراً حتى يرجع بعد الولادة ،
لأن الرجوع لا يصح إلا بعد ثبوت التدبير ، ولا يثبت للولد قبل
الولادة ، فصار كما لو قال : إذا دبرتك فقد رجعت عن تدبيرك ، فلا
يصح الرجوع .

فرع

إذا قلنا : ولد المدبرة مدبر ، وتنازع السيد والمدبرة فيه ، فقال السيد :
ولدت قبل التدبير ، فهو قن ، وقالت : بعده ، صدق السيد يمينه .
ولو جرى هذا الخلاف مع الوارث بعد موت السيد ، صدق الوارث
أيضاً . قال البغوي : وتسمع دعواها حسبة ، حتى لو كانت قنة ،
وادعت على السيد أنك دبرت ولدي ، سمعت . ولو قالت : ولدت بعد
موت السيد ، فهو حر ، وقال الوارث : بل قبل التدبير ، صدق الوارث
على الصحيح . وقيل : تصدق هي ، لأنها لم تعترف للورثة بيد ولا
ملك . ولو كان في يد المدبر مال ، وقال : كسبته بعد موت السيد ،

فهو لي ، وقال الوارث : بل قبله فهو لي ، صدق المدبر بيمينه ، لأن
 اليد له ، بخلاف دعواها الولد^(١) ، لأنها تزعم أنه حر ، والحر لا يدخل
 تحت اليد . ولو أقام كل واحد بينة بدعواه ، رجحت بينة المدبر ،
 لاعتضادها باليد . ولو أقام الوارث بينة أن هذا المال كان في يد المدبر
 في حياة السيد ، فقال المدبر : كان في يدي ، لكن كان لقلان فملكته
 بعد موت السيد ، صدق المدبر أيضاً ، نص عليه . ولو تنازع السيد
 والمستولدة في ولدها ، هل ولدته قبل الاستيلاء أم بعده ، أو الوارث
 والمستولدة ، هل ولدته قبل موت السيد ، أم بعده ، فهو على ما ذكرنا
 في تنازع السيد والمدبرة ، فإذا قلنا بسراية الكتابة إلى الولد ، فقالت
 المكاتبه : ولدته بعد الكتابة ، وقال السيد : بل قبلها ، صدق السيد
 أيضاً على الأصح ، وقيل : بل المكاتبه : لأنها يثبت لها اليد على نفسها
 وولدها . ولو اختلف السيد والمكاتب في المال ، صدق المكاتب كالمدبر .

فصل

دبر عبداً ثم ملكه أمة ، فوطئها وأولدها ، فإن قلنا : العبد لا
 يملك بالتملك ، فالولد للسيد ويثبت نسبه من العبد ، ولا حد عليه
 للشبهة ، نص عليه . وإن قلنا : يملك بالتملك فالجارية للمدبر ، ولا
 يحكم للولد بحرية ، لأنه حصل من رقيقين . وهل يتبع الأم ، ويكون
 رقيقاً للسيد ، أم يتبع الأب ، فيكون مدبراً ؟

فرع

أمة لرجلين دبراها ، فأنت بولد ، فادعاه أحدهما ، فهو ابنه ،
 ويضمن نصف قيمتها ونصف قيمته ، ونصف مهرها لشريكه ، وأخذ

(١) في الاصل : الولد .

قيمتها يكون رجوعاً في التدبير . وقال القاضي أبو الطيب : عندي
أنه لا يقوم نصيب الشريك إلا برضاه ، لأنه ثبت له حق الولاء فيه .

فرع

قول المدير في حياة السيد وبعد موته : رددت التدبير ، لغو ،
لا يقدح فيه ، وبالله التوفيق .



كتاب الكتابة

لا يجب على السيد أن يكتب عبده ، وحكى صاحب «التقريب» قولاً انها واجبة إذا طلبها العبد ، لقول الله تعالى : (فكاتبوهم) ، والمشهور الأول ، وبه قطع الجماهير ، كما لا يجب التدبير وشراء القريب ، والآية محمولة على النذب ، فتستحب الإجابة إذا طلبها العبد وكان أميناً قادراً على الكسب ، فإن فقد الشرطان ، لم يستحب ، ولكن لا يكره ، لأنها قد تفضي إلى العتق . وقال ابن القطان : يكره ، والصحيح الأول . وإن فقدت الأمانة ، وقدر على الكسب ، لم يستحب [على الصحيح . وقيل : يستحب دون الاستحباب مع الشرطين ، وإن كان أميناً بلا كسب ، لم يستحب] على الأصح . ولو طلب السيد الكتابة ، فامتنع العبد ، لم يجبره . وفي الكتابة بإبان :

الأول : في أركان الكتابة ، وهي أربعة :

الأول : الصيغة ، وهي أن يقول لعبده : كاتبك على ألف مثلاً تؤديه إلي في نجمين مثلاً أو أكثر ، فإذا أدت فأنت حر ، فيقول العبد : قبلت . ولو لم يصرح بتعليق الحرية بالأداء ، لكن نواه بقوله : كاتبك على كذا ، صحت الكتابة أيضاً ، فإن لم يصرح بالتعليق ، ولا نواه ، لم يصح ، ولم يحصل العتق . ومنهم من خرج من التدبير قولاً ان لفظ الكتابة صريح مغن عن التصريح بالتعليق ونيته ، وقد سبق في التدبير عن أبي إسحاق أنه قال : إن كان الرجل فقيهاً ، صحت كتابته بمجرد اللفظ ، وإلا ، فلا بد من التعليق أو نيته ، والمذهب الأول والفرق بين التدبير والكتابة ، أن التدبير مشهور بين الخواص والعوام ،

والكتابة لا يعرفها العوام ، وقد نقلوا عن أبي إسحاق أنه قال على هذا : لو كان قريب الإسلام ، أو جاهلاً بالأحكام لا يعرف التدبير ، لم ينقد تدبيره بمجرد لفظة التدبير ، حتى تنضم إليه نية أو زيادة لفظ . وحكي وجه أنه إن ذكر ما تتميز به الكتابة عن المخارجة ، كفى ، كقوله : تعاملني أو أضمن لك أرش الجناية ، أو يستحق مني الإيتاء ، أو من الناس سهم الرقاب ، فيكفي عن تعليق الحرية بالأداء . ولا خلاف أنه لا يكفي قوله : كاتبك وحده ، كما^(١) إذا قال : بتك كذا ولم يذكر عوضاً .

نُرع

قال : أنت حر على ألف ، فقبل ، عتق في الحال ، وثبت الألف في ذمته ، وهو كقوله لزوجته : أنت طالق على ألف ، فقبلت ، ولو قال : إن أعطيتني ألفاً ، أو أدت لي ألفاً فأنت حر ، فلا يمكنه أن يعطيه من مال نفسه ، لأنه لا يملك . فلو أعطاه من مال غيره ، هل يعتق ؟ وجهان ، أصحهما : لا . والثاني : نعم ، فعلى هذا هل^(٢) سبيله سبيل الكتابة الفاسدة ، أم تعليق محض ؟ وجهان ، فإن قلنا : كتابة فاسدة ، رد السيد ما أخذ ، ورجع على العبد بقيمته ، وتبعه كسبه وأولاده الحاصلة بعد التعليق . وإن قلنا : تعليق ، فهل يرجع عليه بقيمته ؟ وجهان ، أصحهما : لا ، ولا يتبعه الكسب والولد ، بخلاف ما إذا قال لزوجته : إن أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، فأعطته مغصوباً ، وقلنا : تطلق ، فإنه يرجع عليها ، لأنها أهل للالتزام وقت المخاطبة ، بخلاف العبد .

(١) في الاصل : زيادة كلمة « جاء » قبل إذا .

(٢) في الاصل : قبل .

فرع

قال لعبده : بعتك نفسك بكذا ، فقال : اشتريت ، أو قال العبد :
بعتني نفسي بكذا ، فقال : بعتك ، صح البيع ، وثبت المال في ذمته ،
وعتق في الحال ، كما لو أعتقه على مال • وذكر الربيع قولاً أنه لا يصح •
فمن الأصحاب من أثبته قولاً ضعيفاً ، ومنهم من نقاه وقال : هو
تخريج له ، فعلى المذهب : للسيد الولاء ، كما لو أعتقه على مال ، وفيه
وجه سبق • ولو أقر السيد بأنه باعه نفسه ، فأنكر العبد ، عتق بالإقرار ،
وحلف أنه لم يشتر ، ولا شيء عليه • ولو قال : بعتك نفسك بهذه
العين ، أو بخمر ، أو خنزير ، فإن صححنا بيعه له ، وأثبتنا الولاء
للسيد ، عتق ، وعليه قيمته ، كما لو قال : أعتقتك على خمر أو خنزير^(١) ،
فإن قلنا : لا ولاء عليه ، لم يصح ، ولم يعتق ، كما لو باعه لأجنبي
بخمر • ولو قال : وهبت لك نفسك ، أو ملكتك ، فقبل ، عتق • ولو
أوصى له برقبته ، فقبل بعد الموت ، عتق •

واعلم أن الإعتاق على عوض ، ويبيع العبد نفسه ، يشارك
الكتابة في أن كل واحد منها يتضمن إعتاقاً بعوض ، ويفارقانها في
الشروط والأحكام ، وهما عقدان مستقلان •

الركن الثاني : العوض ، وشروطه ثلاثة : الأول : كونه ديناً
مؤجلاً ، إذ لا قدرة له في الحال فلو ملك بعض شخص باقيه حر ، وكاتبه
في ملكه بدين حال ، لم يصح على الأصح • وقيل : يصح ، لأنه يملك
بعضه الحر ، فلا يتحقق عجزه ، ولهذا يصح البيع لمعسر ، لأن الحرية

(١) في الأصل : خير •

مظنة الملك ، وإن لم يملك شيئاً آخر • فلو زاد الثمن^(١) على قيمة المبيع ، فالصحيح الصحة ، وبه قطع الجمهور ، لأنه قد يجد من يشتريه بقدر الثمن فيؤدي ذلك • وحكى الشيخ أبو محمد وجهاً أنه لا يصح البيع والحالة هذه • ولو أسلم إلى مكاتبه عقب الكتابة ، ففي صحته وجهان حكاهما القاضي حسين •

الثاني : أن ينجم نجمين فصاعداً • ومن بعضه رقيق هل يشترط في كتابة الرقيق منه التنجيم ؟ وجهان كالتأجيل ، وهل تجوز الكتابة على مال كثير إلى نجمين قصيرين ، أو إلى طويل وقصير ، بشرط أداء الأكثر في القصير ؟ وجهان • أصحهما : نعم لإمكان القدرة ، كما لو أسلم إلى معسر في مال كثير • والثاني : لا ، لأن النادر كالمعجوز عنه ، كما في السلم ، ويجوز جعل العوض منفعة ، كبناء دار ، وخياطة ، وخدمة شهر ، كما يجوز جعل المنفعة ثمناً وأجرة ومهراً ، ولا يجوز أن يكتفى بخدمة شهر ، أو شهرين ، أو سنة ، ويقدر كل عشرة أيام نجماً ، أو كل شهر ، لأن الجميع نجم واحد ، والمطالبة به ثابتة في الحال • فلو شرط صريحاً كون خدمة شهر نجماً ، وخدمة الشهر بعده نجماً آخر ، لم يصح على الأصح المنصوص في « الأم » لأن منفعة الشهر الثاني متعينة ، والمنافع المتعلقة بالأعيان لا يجوز شرط تأخيرها • ولو انقطع ابتداء المدة الثانية عن آخر الأولى كخدمة رجب ورمضان ، لم يصح بلا خلاف • ثم يشترط أن تتصل الخدمة وغيرها من المنافع المتعلقة بالأعيان بعقد الكتابة ولا تتأخر عنها ، كما

(١) في الأصل : ثمن .

أن عين المبيع لا يقبل التأجيل وتأخير التسليم • فلو كاتبه في رمضان على خدمة شوال ، لم يصح ، ولو كاتبه على دينار يؤديه في آخر هذا الشهر ، وعلى خدمة الشهر الذي بعده ، لم يصح •

وأما المنافع الملتزمة في الذمة ، كخياطة ثوب معين ، وبناء جدار موصوف ، ودار موصوفة ، فيجوز فيها التأجيل • ولو كاتبه على بناء دارين ، وجعل لكل واحدة منهما وقتاً معلوماً ، صح • ولو قال : كاتبتك على خدمة شهر من الآن ، وعلى دينار بعد انقضائه بيوم أو شهر ، جاز • ولو قال : وعلى دينار عند انقضائه ، فوجهان • وقيل : قولان ، الأصح المنصوص : الجواز ، قالوا : ولا بأس بكون المنفعة حالة^(١) لأن التأجيل يشترط لحصول القدرة ، وهو قادر على الاشتغال بالخدمة في الحال ، بخلاف ما لو كاتب على دينارين ، أحدهما حال ، والآخر مؤجل ، وهذا يبين أن الأجل وإن أطلقوا اشتراطه ، فليس ذلك بشرط في المنفعة التي تقدر على الشروع فيها في الحال • ولو كاتب على خدمة شهر ودينار في أثناء الشهر ، كقوله : ودينار بعد العقد بيوم ، جاز على الأصح • ولو قال : على خدمة شهر من وقت العقد ، وعلى خياطة ثوب موصوف بعد انقضاء الشهر ، فهو كقوله : ودينار بعد انقضاء الشهر • وذكر البغوي أنه يشترط بيان العمل في الخدمة ، قال ابن الصباغ : يكفي إطلاق الخدمة ، لكن لو قال : على منفعة شهر ، لم يصح ، لاختلاف المنافع • وإذا كاتب على خدمة ودينار ، فمرض في الشهر ، وفاتت الخدمة ، انسخت الكتابة في قدر الخدمة ، وأما الباقي فقيـل : تبطل [فيه] قطعاً ، لأنها لاتصح في بعض العبد • وقيل : هو كمن باع عـبدين ، فتلـف أحدهما قبل القبض ، ففي الباقي طريقان • أحدهما : لاتبطل • والثاني : قولان •

(١) في الأصل : حالا •

فرع

إذا قال لعبده : أعتقتك على أن تخدمني ، أو على أن تخدمني أبداً ، فقبل العبد ، عتق في الحال ، ورجع السيد عليه بقيمته • ولو قال : على أن تخدمني شهراً من الآن ، فقبل ، عتق ، وعليه الوفاء ، فإن تعذر بمرض وغيره ، ففيما يرجع عليه السيد به من أجرة مثل الخدمة ، أو قيمة العبد ، قولان ، كالصداق وبذل الخلع إذا تلتفا قبل القبض • ولو قال : كاتبتك على أن تخدمني أبداً ، لم يعتق • ولو قال : على أن تخدمني شهراً ، فقبل وخدمه شهراً ، عتق ، ورجع السيد عليه بقيمته ، وهو على السيد بأجرة مثل الخدمة ، لأنها كتابة فاسدة ، وإن خدمه أقل من شهر ، لم يعتق •

الشرط الثالث : بيان قدر العوض ، والأجل ، فيشترط بيان قدر العوض وصفته ، وأقذار الآجال ، وما يؤدي عند حلول كل نجم • فإن كاتب على^(١) نقد كفى الإطلاق إن كان في البلد نقد منفرد أو غالب ، وإلا ، فيشترط التبيين • وإن كاتب على عرض ، وصفه بالصفات المشترطة في المسلم ، وإن كاتب على ثوب موصوف على أن يؤدي نصفه بعد سنة ، ونصفه بعد سنة ، ونصفه الآخر بعد انقضاء سنتين ، لم يصح لأنه إذا سلم النصف في السنة الأولى ، تعين النصف الثاني للثانية ، والمعين لا يجوز شرط الأجل فيه ، ولا يشترط تساوي الآجال ، ولا الأقذار المؤداة في آخر الآجال • ولو كاتبه على مائة على أن يؤدي نصفها أو ثلثها عند^(١) انقضاء خمس ، والباقي عند تمام العشر ، أو على أن يؤدي عند تمام

(١) في الاصل : عن •

كل سنة عشرة ، جاز • ولو قال : تؤدي بعضها عند انقضاء نصف المدة ،
والباقي عند تمامها ، لم يجز • ولو قال : تؤديها في عشر سنين ، لم يجز
على الصحيح • وقيل : يجوز ويوزع المال على عدد السنين • ولو
قال : في كل شهر كذا ، وفي سنة كذا ، فهل هو مجهول ، أم يحمل على
[أول الشهر والسنة ؟ وجهان ، كنظيره في السلم ، وكذا لو قال : في
يوم كذا • ولو قال : في وسط السنة ، فهل هو مجهول ، أم يحمل على]
نصفها ، لأنه الوسط الحقيقي ؟ وجهان • ولو قال : تؤديها إلى عشر
سنين ، لم يجز ، لأنه كتابة إلى أجل واحد • ولو قال : كاتبتك على
مائة تؤديها إلى ثلاثة أشهر ، قسط كل شهر عند انقضائه ، جوزه ابن
سريج ، ومنعه ابن أبي هريرة وغيره إذا لم يعلم حصة كل شهر • ولو
كاتب على دينار إلى شهر ، ودينارين إلى شهر على أنه إذا [أدى]
الأول • عتق ، ويؤدي الدينارين بعد العتق ، ففي صحة الكتابة القولان
فيما إذا جمعت الصفة^(١) عقدين مختلفين •

فرع

هل يشترط بيان موضع تسليم النجوم ؟ ذكر ابن كج أن فيه
الخلافاً المذكور في السلم ، وذكر خلافاً في أنه لو عين موضع ، فخر ،
هل يسلم فيه ، أم في أقرب المواضع إليه •

فرع

لو كاتب على مال الغير ، فسدت الكتابة ، فإن أذن رب المال في
أن يعطيه لسيده فأعطاه • عتق ، وإن أعطاه بغير إذن المالك ، لم يعتق ،
بخلاف ما إذا قال : إن أديت إلي هذا فأنت حر ، فإنه إذا أداه ، عتق ،

(١) في الاصل : الصفة .

وإن كان مستحقاً، لأن ذلك محض تعليق ، وهذه كتابة تقتضي التملك ،
فإذا وجد إذن المالك ، وجد ما يقتضي الملك ، لكن يجب الرد والرجوع
إلى القيمة لفساد الكتابة .

فرع

إذا شرط أن يشتري أحدهما من الآخر ، فسدت الكتابة . ولو
كاتبه وباعه شيئاً بعوض واحد ، كقوله : كاتبك وبعثك هذا الثوب
بمائة إلى شهرين ، تؤدي نصفها في آخر كل شهر ، فإذا أدت فأت
حر ، فقال : قبلت الكتابة والبيع ، أو البيع والكتابة ، أو قبلتهما ،
فطريقان . أحدهما : على القولين فيمن جمع بين عقدين مختلفي الحكم ،
ففي قول : يصحان ، وفي قول : يبطلان . والثاني وهو المذهب : يبطل
البيع ، وفي الكتابة قولاً تفريق الصفقة ، فإن صححناها وهو الأظهر ،
فيصح بجميع العوض في قول ، وبالقسط على الأظهر ، فيوزع ما سماه
على قيمة العبد وقيمة الثوب ، فما خص العبد ، لزمه في النجمين ، فإذا
أداه ، عتق . وإن قلنا : فاسدة ، لم يعتق حتى يؤدي جميع المال ليحقق
الصفة ثم يتراجعان . قال الصيدلاني : ويحتمل أن يخرج قول : أنه
إذا أدى ما يخص^(١) قيمته ، عتق ثم يتراجعان .

فرع

كاتب ثلاثة أعبد صفقة ، فقال : كاتبكم^(٢) على ألف إلى وقتي
كذا وكذا ، فإذا أدبتم ، فأنتم أحرار ، فالنص صحة الكتابة . ولو

(١) في الأصل : ما يخصه .

(٢) في الأصل : كاتب .

اشترى رجل ثلاثة أعبد ، كل عبد لرجل من ملاكهم صفقة ، فالنص بطلان البيع . ولو نكح نسوة ، أو خالعهن على عوض واحد ، ففي صحة المسى قولان منصوصان . وقد سبق ذكر هذه الصورة وما فيها من الطرق في كتاب الصداق . فإن أفسدنا هذه الكتابة ، فآدوا المال ، عتقوا بالتعليق ، وإن أدى بعضهم حصته ، فهل يعتق ؟ وجهان أو قولان . أصحهما : لا ، لعدم كمال الصفة ، كما لو قال : إن دخلت الدار ، فأتتم أحرار ، فدخل بعضهم ، لا يعتق . والثاني : نعم ، لأن العتق في الكتابة الفاسدة ، محمول على المعاوضة ، ولهذا يتراجعان . ومقتضى المعاوضة أن يعتق كل واحد بأداء حصته ، ثم من عتق رجع على السيد بقيمته يوم العتق ، لأن سلطة السيد باقية إلى يوم العتق ، لتسكنه من فسخ الكتابة الفاسدة . وإن صححنا الكتابة ، وهو المذهب ، وزع^(١) المسى عليهم . ثم المذهب توزيعه على قيمتهم لا على عددهم ، ثم كل عبد يؤدي حصته من^(٢) النجسين ، فإذا أداها ، عتق ، ولا يتوقف عتقه على أداء غيره . وإن مات بعضهم ، أو عجز ، فهو رقيق ، ويعتق غيره بالأداء ، ولا يقال : علق بأدائهم ، لأن الكتابة الصحيحة يغلب فيها حكم المعاوضة . ولهذا إذا أبرأ السيد المكاتب ، عتق ، وإذا مات ، لم تبطل الكتابة ، بخلاف التعليقات .

الركن الثالث : السيد ، وشرطه : كونه مختاراً ، مكلفاً ، أهلاً ، لم تبرع . فلا تصح كتابة صبي ومجنون ، ولا إعتاقهما على مال ، ولو أذن فيه الولي . ولا كتابة وليهما أباً كان أو غيره ، ولا إعتاقه عبدهما

(١) في الأصل : وسع .

(٢) في الأصل : في .

بمال • فلو أدى العبد إلى الولي ما كاتبه عليه ، لم يعتق لبطلان التعليق ، ولا تصح كتابة محجور عليه بسفه ، ولا يحصل العتق بتسليم المال إليه ، لافي الحجر ولا بعد ارتفاعه • وحكى الفوراني خلافاً فيسأل لو سلم المال إليه في حال الحجر ثم ارتفع حجره ، أنه هل يعتق بالتسليم السابق؟ والمذهب الأول •

فرع

المريض إذا كاتب في مرض موته ، اعتبرت قيسة العبد من الثلث • وإن كاتبه على أكثر منها ، ثم إن كان يملك عند الموت مثلي قيمته • صحت الكتابة ، وإن لم يملك غيره ، وأدى في حياة السيد ، فإن كان كاتبه على مثلي قيمته ، عتق كله ، لأنه يبقى للورثة مثله • وإن كان كاتبه على مثل قيمته ، عتق ثلثاه^(١) • وإن كاتبه على مثل قيمته ، وأدى^(٢) نصف النجوم ، صحت الكتابة في نصفه • أما إذا لم يؤد شيئاً حتى مات السيد ، ولم تجز الورثة ما زاد على الثلث فثلثه مكاتب ، فإذا أدى حصته من النجوم ، عتق • وهل يزداد في الكتابة بقدر نصف ما أدى • وهو سدس العبد ؟ وجهان ، الأصح المنصوص : لا ، لأن الكتابة بطلت في الثلثين ، فلا تعود ، والثاني نعم ، كما لو ظهر للميت دفين ، أو نصب^(٣) شبكة في الحياة ، فيعقل بها صيد بعد الموت ، فإنه يزداد في الكتابة • فإن قلنا : يزداد ، وكان الأداء بعد حلول النجم ، فهل يلزمه حصة السدس من النجوم في الحال ، أم يضرب له مثل المدة التي

(١) في الأصل : ثلثا •

(٢) في الأصل : من أدى •

(٣) في الأصل : ونصب •

ضربها الميت أولاً ؟ وجهان بناء على ما إذا حبس السيد المكاتب مده ، فإذا زيدت (١) الكتابة بقدر السدس ، فأدى نجومه ، يزداد نصف السدس ، وهكذا يزداد نصف ما يؤدي مرة بعد أخرى إلى أن ينتهي إلى ما لا يقبل التنصيف . وإن قلنا لا يزداد (٢) في الكتابة ، فالباقي قن ، ولا يخرج على الخلاف فيما لو كاتب نصيبه من مشترك ، فإن ذاك ابتداء كتابة ، وهنا وردت الكتابة على الجميع ، ثم دعت ضرورة إلى إبطال البعض . وحكى ابن كج عن بعضهم تخريج صحة الكتابة في الثلث على كتابة المشترك . أما إذا أجاز الورثة الكتابة في جميعه ، فيصح في جميعه ، فإذا عتق بالأداء ، فولاء الجميع للمورث إن قلنا : إجازتهم تنفيذ ، وإن قلنا : ابتداء عطية ، فولاء الثلث للمورث والثلثين (٣) لهم على قدر مواريتهم . وإن أجازوا بعض الثلثين ، فإن قلنا : إجازتهم تنفيذ ، صحت فيما أجازوا ، وحكم الباقي ما سبق . وإن قلنا : عطية ، فهو على الخلاف في تبعض الكتابة . ولو كان عبدان قيمتهما سواء ، لآمال له غيرهما ، وكاتب في مرض موته أحدهما ، وباع الآخر نسيئة ، نظر ، إن حصل الثمن والنجوم في حياته ، فالكتابة والبيع صحيحان ، وإن لم يحصل حتى مات السيد ، ولم تجز الورثة مازاد على الثلث ، صحت الكتابة في ثلث هذا ، والبيع في ثلث ذاك ، فإذا حصلت نجوم الثلث ، وثمن الثلث ، فهل يزداد في الكتابة والبيع ؟ فيه الوجهان . إن قلنا : نعم ، يقع فيهما جميعاً ، وصححت الكتابة في نصف سدس ، وكذا البيع ، وإن حصلت نجوم الثلث وثمن الثلث معاً ، صحح كل واحد منهما في السدس . ولو كاتبه في الصحة ، ثم أبرأه عن النجوم في المرض ، أو

(١) في الأصل : ارتدت .

(٢) في الأصل يزداد .

(٣) في الأصل : في الثلثين .

قال : وضعت عنه النجوم ، أو أعتقته ، فإن خرج من الثلث ، عتق كله .
وإن لم يكن له مال سواه ، فإن اختار العجز ، عتق ثلثه ، ورق ثلثاه ،
وإن اختار بقاء الكتابة ، فإن كانت النجوم مثل القيسة ، فالأصح أنه
يعتق ثلثه ، وتبقى الكتابة في الثلثين . والثاني : لا يعتق ثلثه حتى يسلم
للورثة ثلثاه^(١) ، إما بأداء نجوم الثلثين ، وإما بالعجز . وإن كان بين
النجوم والقيمة تفاوت ، اعتبر خروج الأقل منهما من الثلث . وقد
ذكرنا جميع هذا ووجوه وطرق حسابه في الوصايا . ولو أوصى بإعتاق
مكاتبه ، أو إبرائه ، أو وضع النجوم عنه ، ففكر ، أخرج من الثلث .
أم لا ؟ ويكون الحكم كما لو أعتقه السيد أو أبرأه ، إلا أنه يحتاج
إلى إنشاء عتق وإبراء بعد موت السيد . ولو كاتب في صحته ، وقبض
النجوم في مرض موته ، أو قبضها وارثه بعد موته ، صح القبض .
وكانت الكتابة من رأس المال ، كما لو باع بحاباة في الصحة ، وقبض
الشن في المرض . ولو أقر في المرض أنه قبض النجوم في الصحة أو في
المرض ، قبل إقراره ، وكان الاعتبار من رأس المال ، لأنه أقر بما يقدر
على إنشائه ، ولأن الإقرار لغير الوارث يستوي فيه الصحة والمرض .

فصل

لا يشترط لصحة الكتابة إسلام السيد ، بل تصح كتابة الكافر
كإعتاقه . وفي كتابة المرتد خمسة أقوال منصوصة ومخرجة ، أظهرها :
البطلان . والثاني : تصح . والثالث : موقوف على إسلامه . والرابع :
يصح قبل الحجر عليه . وإن قلنا : يصير محجوراً عليه بنفس الردة .
والخامس : يصح قبل أن يصير عليه حجراً ، إما بنفس الردة ، وإما

(١) في الأصل : ثلثه .

بحجر القاضي ، فإذا صححناها ، ولم نحجر عليه ، وقلنا : لا يصير محجوراً عليه بالردة ، فدفع المكاتب النجوم إليه ، عتق ، وكان له الولاء ، ويملك النجوم ، لأننا حكمنا ببقاء ملكه على هذا القول . وإن أبطلناها ، لم يصح الأداء ، ولا يعتق . وإن قلنا : موقوف ، فالأداء موقوف ، فإن مات مرتداً بان بطلانها ، وكان العبد قنأ ، وإن صار محجوراً عليه بنفس الردة ، أو بحجر القاضي ، فإن أبطلناها ، فعلى ما ذكرنا إذا لم يكن حجر ، وإن صححناها ، أو توقفنا ، لم يجوز دفع النجوم إليه ، لأن المحجور عليه لا يصح قبضه ، بل يجب دفعه إلى الحاكم ، فإن دفعها إلى المرتد ، لم يعتق ، ويستردها ويدفعها إلى الحاكم ، فإن تلفت وتعدر الاسترداد ، فإن كان معه ما يفي بالنجوم ، ودفعه إلى الحاكم ، فذاك ، وإلا فله تعجيزه . ثم إن مات السيد على الردة بعد ما عجزه ، فهو رقيق ، وإن أسلم ، فهل يكفي التعجيز^(١) ؟ قولان أو وجهان . أظهرهما وهو نصه في « المختصر » : نعم ، لأن المنع من التسليم إليه كان لحق المسلمين ، فإذا أسلم ، صار الحق له ، فيعتمد بقبضه . فعلى هذا يعتق إن كان دفع إليه كل النجوم . وقيل : لا يعتق ، ولا ينقلب القبض الممنوع منه صحيحاً ، لكن يبقى مكاتباً ، فيستأنف الأداء ، ويمهل مدة الردة ، والصحيح المعروف : الأول . ولو كاتب مسلم عبده ، ثم ارتد السيد لم تبطل الكتابة ، كما لا يبطل بيعه ، لكن لا يجوز دفع النجوم إليه إن قلنا : زال ملكه ، وصار محجوراً عليه ، فإن دفعها إليه ، فعلى ما ذكرناه .

فرع

يجوز أن يكتب عبده المرتد ، كما يجوز بيعه وتدييره وإعتاقه ،

(١) في الأصل : للتعجيز .

ثم إن أدى النجوم في رده من أكسابه ، أو تبرع بأدائها غيره ، عتق ، ثم جرى عليه حكم المرتدين ، وإن لم يؤدها ، وعاد إلى الإسلام ، بقي مكاتباً ، وإن لم يسلم ، قتل ، وكان ما في يده لسيده • وإن ارتد مكاتب ، لم تبطل كتابته ، فإن هلك على الردة ، كان ما في يده لسيده ، وارتفعت الكتابة • قال في « الأم » : ولا أجز كتابه السيد المرتد ، والعبد المرتد ، إلا على ما أجز عليه كتابة المسلمين ، بخلاف الكافرين الأصليين يتركان على ما يستحلان ، ما لم يتحاكما إلينا • قال : ولولحق السيد بعد رده بدار الحرب ، ووقف الحاكم ماله ، تتأدى كتابة مكاتبه ، فإن عجز رده إلى الرق فإن عجزه ثم جاء سيده ، فالتعجيز ماض ، ويكون رقيقاً له ، فإن أسلم السيد ، ففي الاعتداد بما دفعه إليه ما سبق •

فرع

تصح كتابة الذمي كتابيا كان أو مجوسياً ، وكتابة المستأمن ، هذا إذا كاتبوا على شرائط شرعنا^(١) ، فإن كاتب ذمي على خمر أو خنزير ، ثم أسلما أو ترافعا إلينا ، فإن كان ذلك قبل العوض المسمى ، فالعتق^(٢) حاصل ، ولا رجوع للسيد على العبد ، وإن كان قبل القبض ، حكمنا بفسادها وإبطالها ، فإن وجد القبض بعد ذلك ، لم يحصل العتق ، لأنه لا أثر للكتابة الفاسدة بعد الفسخ والإبطال • وإن قبض بعد الإسلام ، ثم ترافعا ، حصل العتق ، لوجود الصفة ، ويرجع السيد على المكاتب بقيمته ، ولا يرجع المكاتب على السيد بشيء للخبر والخنزير • ولو كان المسي له قيمة ، رجع ، وإن قبض بعض المسي في الشرك ، ثم أسلما ، أو ترافعا إلينا ، حكم ببطان الكتابة ، فلو

(١) في الأصل : شرعناها .

(٢) في الأصل : بالعتق .

اتفق قبض الباقي بعد الإسلام وقبل إبطالها ، حصل البعتق ، ورجع السيد عليه بجميع قيمته ، ولا يوزع على المقبوض والباقي ، لأن العتق يتعلق بالنجم الأخير ، وقد وجد في الإسلام • ولو أسلم عبد لذمي ، أو اشترى^(١) مسلماً ، وصححنا شراءه ، وأمرنا بإزالة الملك عنه ، فكاتبه ، صحت^(٢) الكتابة على الأظهر ، لأن فيه نظراً للعبد ، فإن عجز ، أمر بإزالة الملك • وإن قلنا : لا يصح ، أمر بإزالة الملك في الحال ، فإن أدى النجوم قبل الإزالة ، عتق بحكم الكتابة الفاسدة • ولو كاتب ذمي عبده ، فأسلم المكاتب ، لم ترتفع الكتابة على المذهب ، لقوة الدوام •

فرع

تصح كتابة الحرابي^(٣) ، لأنه مالك ، فإن قهره سيده بعد الكتابة ، ارتفعت ، وصار قناً • ولو قهر سيده ، صار حراً ، وعاد السيد عبداً له ، لأن الدار دار قهر ، وكذا لو قهر حر حراً هناك ، بخلاف ماله دخل السيد ، والمكاتب دار الإسلام بأمان ، ثم قهر أحدهما الآخر ، لا يملكه ، لأن الدار دار حق وإنصاف • ولو خرج المكاتب إلينا مسلماً هارباً من سيده ، ارتفعت الكتابة ، وصار حراً ، لأنه قهره على نفسه ، فزال ملكه عنه • وإن خرج غير مسلم ، نظر ، إن خرج بإذنه وأمانتنا ، لتجارة وغيرها ، استمرت الكتابة ، وإن خرج هارباً ، بطلت ، وصار حراً • ثم لا يمكن من الإقامة عندنا إلا بالجزية ، فإن لم يقبل ، أو كان ممن

(١) في الأصل : واشترى •

(٢) في الأصل : صحة •

(٣) في الأصل : الحرب •

لا يقر بالجزية ، ألحق بمأمنه ، وإن جاءنا السيد مسلماً ، لم يتعرض لمكاتبه هناك ، وإن دخل بأمان مع المكاتب ، ولم يقهر أحدهما الآخر ، وأراد العود إلى دار الحرب ، ومكاتبه بعد ما دخلا ، وأراد العود ، فلم يوافق المكاتب ، لم يكن له أن يحمله قهراً^(١) ، كما لا يسافر المسلم بمكاتبه ، بل يوكل من يقبض النجوم ، فإن أراد أن يقيم ، طوب بالجزية ، ثم إن عتق المكاتب [طوب بالجزية] أو رد إلى المأمن ، وإن عجز نفسه ، عاد قناً للسيد . قال ابن الصباغ : ويبقى الأمان فيه ، وإن انتقض في نفس سيده بعوده ، لأن المال ينفرد^(٢) بالأمان . ولهذا لو بعث الحربي ماله إلى دار الإسلام بأمان ، ثبت الأمان للمال دون صاحبه ، ويجيء فيه الخلاف السابق في السيد ، فيمن رجع وخلف عندنا مالا . ولو مات السيد في دار الإسلام ، أو بعد العود إلى دار الحرب ، ففي مال الكتابة قولان . أظهرهما : يبقى الأمان فيه ، فيرسل إلى ورثته ، لأنه لا خلاف أنهم ورثوه ، ومن ورث مالا ، ورثه بحقوقه ، كالرهن والضمين . والثاني : يبطل الأمان فيه ، ويكون قناً ، لأنه مال كافر لا أمان له . وإن سبي السيد بعد رجوعه إلى دار الحرب ، نظر ، إن من عليه أو فدي ، أخذ النجوم ، وهما بما جرى في أمان مادام في دار الإسلام ، فإن رجع انتقض الأمان فيه . وفي المال إن تركه عندنا ما سبق ، وإن استرق ، زال ملكه . وفي مال الكتابة طريقان . أحدهما : قولان ، كالموت . والثاني : لا يبطل قطعاً ، لأنه ينتظر عتقه ومصيره مالكا ، بخلاف الميت . وأما ولاء هذا المكاتب ، فإن عتق قبل استرقاق السيد ، فطريقان ، أحدهما : أن الولاء كالمال ، فإن جعلناه فيئاً ، فالولاء لأهل النفي ، وإن توقفنا ، فكذلك نتوقف في الولاء . والثاني

(١) في الأصل : فهنا .

(٢) في الأصل : يفرد .

وهو المذهب : أنه يسقط ولاؤه ، لأن الولاء لا يورث ، ولا ينتقل من شخص إلى شخص . وإن استرق السيد قبل عتق المكاتب ، فإن جعلنا ما في ذمته فيئاً ، فادعى عتق بدفعه إلى المكاتب^(١) ، ففي الولاء وجهان . وإن قلنا : موقوف ، فإن عتق السيد ، دفع المكاتب المال إليه ، وكان له الولاء ، وإن مات رقيقاً ، وصار المال فيئاً ، ففي الولاء الوجهان . ولو قال المكاتب في مدة التوقف : انصبوا من يقبض المال لأعتق : أجب إليه ، وإذا عتق ، فليكن في الخلاف . وقيل : يبنى على أن مكاتب المكاتب إذا عتق تفرعاً على صحة كتابته ، يكون ولاؤه لسيد المكاتب ، أو يوقف على عتق المكاتب . وفيه قولان . إن قلنا بالأول ، فالولاء هنا لأهل الفيء ، وإن قلنا بالثاني ، فيوقف . قال الروياني : الأصح عند الأصحاب أنه يوقف المال ، والولاء ، فإن عتق ، فهما له ، وإن مات رقيقاً ، فالمال فيء ، ويسقط الولاء .

فرع

كاتب مسلم عبداً كافراً في دار الإسلام أو الحرب ، صح ، فإن عتق ، لم يمكن من الإقامة بدارنا إلا بجزية ، فإن كاتب بدار الحرب ، فأسر ، لم تبطل كتابته ، لأنه في أمان سيده . ولو استولى الكفار على مكاتب مسلم ، لم تبطل كتابته ، وكذا لم يبطل التدبير والاستيلاء ، فإذا استنقذ المسلمون مكاتبه ، فهل يحسب عليه مدة الأسر من أجل^(٢) مال الكتابة ؟ طريقان . أحدهما : كما لو حبسه السيد ، والمذهب القطع بالاحتساب ، لعدم تقصير السيد . وهل للسيد الفسخ بالتعجيز وهو الأسر ؟ إن قلنا : يحسب ، فله ذلك . ثم هل يفسخ بنفسه كما لو

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : فإذا عتق بدفعه ، وفي النسخة الأخرى : فادى عتق بدفعه
(٢) في الأصل : من أصل .

حضر المكاتب ، أو يرفع الأمر إلى القاضي ليبحث هل له مال ؟ وجهان .
أظهرهما : الأول . فإذا فسخت ، وخلص ، وأقام بينة أنه كان له من (١)
المال ما يكفي بالكتابة ، بطل الفسخ ، وأدى المال وعق .

الركن الرابع : المكاتب ، وشرطه كونه مكلفاً مختاراً ، فلا تصح
كتابة مجنون ، ولا صبي وإن كان مميزاً ، ولا مكره . ولو كاتب
البائع لنفسه ولأولاده الصغار ، لم يصح لهم . وفي صحته لنفسه قولاً
تفريق الصفقة . ولو كاتب عبده الصغير أو المجنون وقال في كتابته :
إذا أديت كذا فأنت حر ، فوجدت الصفة ، عتق ، هكذا قال الأصحاب ،
وفيه احتمال للإمام . ثم قيل : يعتق بحكم كتابة فاسدة ، لأنه لم يرض
بعتقه إلا بعوض . فعلى هذا يرجع السيد عليه بقيمته ، ويرجع هو
على السيد بما دفع ، والصحيح الذي عليه الجمهور أنه يعتق بمجرد
الصفة ، وليس لما جرى حكم الكتابة الفاسدة في التراجع ولا غيره ،
ولا تصح كتابة عبد مرهون ، لأنه مرصد للبيع ، ولا مستأجر ، لأنه
مستحق المنفعة ، وتصح كتابة المعلق عتقه بصفة ، والمدبر ، والمستولدة .
وفي المستولدة وجه . ولو قبل الكتابة من السيد أجنبي على أن يؤدي
عن العبد كذا في نجمين ، فإذا أداها ، عتق العبد ، فهل يصح ؟ وجهان .
أحدهما : نعم ، كخلع الأجنبي . والثاني : لا ، لمخالفة موضوع الباب ،
فإن صححناها ، فهل تجوز حالة ؟ وجهان . وإن لم نصحها ، فأدى
عتق العبد بالصفة ، ويرجع المؤدي على السيد بما أدى ، والسيد عليه
بقية العبد .

(١) في الاصل : مل .

قلت : الأصح أنها لا تصح . والله أعلم

فصل

إذا كاتب بعض عبده ، إن كان باقيه حراً ، صحت الكتابة . لأنها استغرقت الرقيق منه ، فإن كاتب جميعه والحالة هذه . بطلت في الحر منه . وفي الباقي قولاً تفريق الصفة ، وكذا لو كان يعتق الرق في جميعه ، فإن بعضه حراً ، فإن قلنا : تفسد ، لم يعتق حتى يؤدي جميع المسمى ، لتتحقق الصفة ، فإذا عتق ، استرد من السيد ما أدى . وللسيد قسط القدر الذي كاتبه من القيمة . وإن قلنا : يصح ، فهل يستحق جميع المسمى ، أم قسط الرقيق من القيمة ؟ قولان ، كالبيع إذا أجاز به المملوك . أما إذا كاتب بعض عبد ، وباقيه [رقيق] . فللرقيق حالان . أحدهما : أن يكون له أيضاً ، فلا تصح كتابته على المذهب والمنصوص . وبه قطع الجمهور . فإن صححنا ، وكان بينه وبين السيد مهياة . وكسب النجوم في نوبته ، فأدأها ، عتق القدر الذي كاتبه وسرى إلى الباقي . وإن لم تكن مهياة ، فكسبه بينهما ، فإن كسب ما يفي بقسط السيد والنجوم ، عتق . وإن لم يكسب إلا قدر النجوم ، ففي العتق خلاف سنذكر نظيره إن شاء الله تعالى . وإن لم نصحها ، فهي كتابة فاسدة ، فإن أدى المال قبل أن يفسخها السيد ، عتق ، والسراية كما ذكرنا ، ثم يرجع المكاتب على السيد بما أدى . ويرجع السيد عليه بقسط القدر المكاتب من القيمة ، ولا^(١) يرجع بقسط ما سرى العتق إليه ، لأنه لم يعتق بحكم الكتابة .

(١) في الأصل : فلا .

الحال الثاني : أن يكون الباقي لغيره ، فإذا كاتب أحد الشريكين نصيبه ، إن كان ياذن الآخر ، فقولان أظهرهما : لا يصح ، لأن الشريك الآخر يمنعه من التردد والمسافرة ، ولا يمكن أن يصرف إليه سهم المكاتبين من الزكاة . والثاني : يصح ، كما يصح إعتاق بعضه . وإن كاتبه بغير إذن الآخر ، لم يصح على المذهب . وقيل بطرد الخلاف . فإن أفسدنا كتابة الشريك ، فللسيد إبطالها ، فإن لم يفعل ، ودفع العبد إلى الذي لم يكتبه بعض كسبه ، وإلى الذي كاتب بعضه بحسب الملك حتى أدى مال الكتابة ، عتق ، ويقوم نصيب الشريك على الذي كاتب ، بشرط يساره ، ويرجع العبد عليه بما دفع ، ويرجع هو على العبد بقسط القدر الذي كاتبه من القيمة . وإن دفع جميع ما كسبه إلى الذي كاتبه حتى تم قدر النجوم ، فوجهان ، ونقلهما الصيدلاني قولين أحدهما : يعتق ، لأن العتق في الكتابة الفاسدة يتعلق بحصول الصفة ، وقد حصلت . وأصحهما : لا يعتق ، لأن المعاوضة تقتضي إعطاء ما تملكه^(١) لينتفع به المدفوع إليه . وأجري الخلاف فيما لو قال : إن أعطيتني عبداً ، فأنت حر ، فأعطاه عبداً مغصوباً ، هل يحصل العتق ؟ [فإن قلنا : لا يعتق] فللذي لم يكتب أن يأخذ نصيبه مما أخذه الذي كاتب ، ثم أن أدى العبد تمام النجوم من حصته من الكسب ، عتق ، وإلا فلا . وإن قلنا : يعتق ، فيأخذ نصيبه أيضاً . والتراجع بين الذي كاتب والعبد ، وسراية العتق على ما سبق . وإن صححنا كتابة الشريك ، فدفع العبد من كسبه إلى الذي كاتبه حصته ، أو جرت بينه وبين الذي لم يكتبه مهائة ، فدفع ما كسبه في نوبة

(١) في الأصل : ما يملكه .

نفسه إلى الذي كاتبه حتى تست النجوم : عتق . وقوم عليه نصيب الشريك إن كان موسراً ، وكذا لو أبرأه عن النجوم أو أعتقه • وإن دفع إليه كل كسبه حتى تم قدر النجوم . فقييل : في حصول العتق وجهان أو قولان ، كما ذكرنا تقريراً على الفساد . والمذهب القطع بالمنع ، لأن الكتابة إذا صحت ، غلب فيها حكم العارضات • وفي العارضات تسلم غير المملوك كعدمه ، وأما الفاسدة . فالمغلب فيها حكم الصفة •

فرع

أذن الشريك في كتابة نصيبه . فله أن يرجع عن الإذن . فإن لم يعلم الشريك برجوعه حتى كاتب ، فعلى الخلاف في تصرف الوكيل بعد العزل وقبل العلم به • ولو كاتب نصيبه بإذن الشريك . وجوزناه . فأراد الآخر كتابة نصيبه ، هل يحتاج إلى إذن الأول ؟ وجهان •

فرع

كاتب أحدهما نصيبه ، وقال للآخر : كاتبته بإذنك . فأنكر . فإن قال مع ذلك : قد أدى المال ، عتق بإقراره . وقوم عليه نصيب الشريك إن كان موسراً • وإن لم يقر بالأداء ، فالقول قول المنكر بيمينه . فإن حلف ، بطلت الكتابة ، وإن نكل . حلف الذي كاتب . فإن نكل . حلف العبد • هكذا حكاه ابن كج عن ابن القطان . قال : وعنده ينبغي أن يكون هذا التداعي بين الشريك والمكاتب . فإذا ادعى المكاتب الإذن ، وأنكر الشريك ، صدق ، فإن نكل . حلف المكاتب . وثبتت الكتابة •

فرع

إذا كاتب الشريكان العبد معاً ، أو وكلا من كاتبه ، أو وكل أحدهما الآخر فكاتبه : صحت الكتابة قطعاً إن اتفقت النجوم جنساً وأجلاً وعدداً . وجعلنا حصة كل واحد من النجوم بحسب اشتراكهم في العبد . أو أطلقا ، فإنها تقسم كذلك . وإن اختلفت النجوم في الجنس . أو قدر الأجل ، أو العدد ، أو شرط التساوي في النجوم مع التساوي في الملك ، أو بالعكس ، ففي صحة كتابتهما القولان فيما إذا انفرد أحدهما بكتابة نصيبه بإذن الآخر . وقيل : تبطل قطعاً ، فلا يشترط استواء ملك الشريكين في الذي تكتابا فيه . وقيل : يشترط ، وليس بشيء .

فرع

من بعضه رقيق . لا يجوز صرف الزكاة إليه للقدر المكاتب منه على الصحيح أو المشهور . وحكي وجه وقول . ومال الروياني إلى تفصيل حسن : وهو أنه إن لم يكن بينهما مهابة لايجوز . وإلا فيجوز في يوم نفسه .

فرع

إذا كاتباه . ثم عجز . فعجزه أحدهما . وفسخ الكتابة ، وأراد الآخر إنظاره وإبقاء الكتابة . فالمذهب أنه كابتداء الكتابة ، فلا يجوز بغير إذن الشريك على المذهب . ولا بإذنه على الأظهر . ومنهم من قطع بالجواز بالإذن . لأن الدوام أقوى من الابتداء . وهل يكون التوافق على ابتداء الكتابة إذناً في إبقائها ؟ وجهان . أحدهما : نعم . لأنهما

إذا توافقا فقد رضيا بأحكامها • ومن أحكامها جواز الإنظار عن العجز • وأصحهما : المنع ، وجعل الإرقاق ناقضاً^(١) لما جرى به الإذن • ولو كاتب رجل عبده ، ومات عن ابنين ، وعجز المكاتب ، فأرقه أحدهما ، وأراد الآخر إنظاره ، ففيه الطريقان ، وأولى بالإبقاء^(٢) : لأنها صدرت أولاً من واحد ، فيصير كأنه كاتب بعض عبده •

فصل

قد ذكرنا الكتابة الصحيحة بأركانها وشروطها • فأما التي لا تصح ، فتقسم إلى باطلة وفاسدة •

أما الباطلة ، فهي التي اختل بعض أركانها ، بأن كان السيد صبياً ، أو مجنوناً ، أو مكرهاً على الكتابة ، أو كان العبد كذلك ، أو كاتب ولي الصبي والمجنون عبدهما ، أو لم يجر ذكر عوض ، أو ذكر مالا يقصد ، ولا مالية فيه ، كالحشرات ، والدم ، أو اختلت الصيغة ، بأن فقد الإيجاب أو القبول ، أو لم يوافق أحدهما الآخر •

وأما الفاسدة ، فهي التي اختلت صحتها لشرط فاسد^(٣) في العوض ، بأن ذكر خمرأ ، أو خنزيراً ، أو مجهولاً ، أو لم يؤجله ، أو لم ينجمه ، أو كاتب بعض العبد • وضبطها الإمام^(٤) فقال : إذا صدرت الكتابة إيجاباً وقبولاً ممن تصح عبارته ، وظهر اشتغالها المالية ، لكنها لم تجمع شرائط الصحة ، فهي الكتابة الفاسدة ، وجعل الصيدلاني الكتابة على دم^(٥) أو ميتة كتابة فاسدة ، كالكتابة على خمر •

(١) في الأصل : تابعا •

(٢) في هامش الأصل وإحدى نسخ الظاهرية : المنع •

(٣) في الأصل : خامس •

(٤) في الأصل : للإمام •

(٥) في الأصل : عدم •

إذا عرف هذا ، فالكتابة الباطلة لاغية . إلا أنه إذا درح بالتعليق .
وهو ممن يصح تعليقه ، ثبت (١) حكم التعليق .

وأما الفاسدة ، فإنها تشارك الصحيحة في بعض الأحكام . كما
سنذكره على الأثر إن شاء الله تعالى بخلاف البيع وغيره من العقود .
لا يفرق بين فاسدها وصحتها ، لأن مقصود الكتابة العتق . وهو
لا يبطل بالتعليق على فاسد . قال الأصحاب : تعليق العتق بالصفة ثلاثة
أقسام . أحدها : التعليق الخالي عن المعاوضة ، كقوله : إن دخلت
الدار . أو كلمت فلاناً ، فأنت حر . ومن هذا : إن أدت إلي كذا
فأنت حر ، فإن المال ليس مذكوراً على سبيل المعاوضة . فهذا القسم
لازم من الجانين ، فليس للسيد . ولا للعبد (٢) ، ولا لهما . رفعه
بالقول . ويبطل بسوت السيد . وإذا وجدت الصفة في حياة السيد .
عتق . وكسبه قبل وجود الصفة للسيد . ولو أبرأ في صورة التعليق
بأداء المال عن المال ، لم يعتق ، ولا تراجع بين السيد وبينه .

القسم الثاني : التعليق في عقد يغلب فيه معنى المعاوضة . وهو
الكتابة الصحيحة . وستأتي أحكامها إن شاء الله تعالى .

الثالث : التعليق في عقد فيه معنى المعاوضة . ويغلب فيه معنى
التعليق . وهو الكتابة الفاسدة . وهي كالصحيحة في أحكام . أحدها :
أنه إذا أدى العبد المسمى . عتق بسوجب التعليق . ولا يعتق بإبراء
السيد . ولا بأداء الغير عنه تبرعاً . لأن الصفة لا تحصل بهما . ولو
اعتاض عن المسمى . لم يعتق أيضاً .

(١) في الأصل : بين .

(٢) في الأصل : ولا العبد .

الثاني : أنه يستقل بالاكسباب ، فيتردد ويتصرف ، فيؤدي المسمى ويعتق • وإذا أدى ، فما فضل من الكسب ، فهو له ، لأن الفاسدة كالصحيحة في حصول العتق بالأداء ، فكذلك في الكسب ، وولد المكاتب من جارية ككسبه ، لكن لايجوز له بيعه ، لأنه مكاتب عليه ، فإذا عتق تبعه ، وعتق عليه • وهل يتبع المكاتب كتابة فاسدة ولدها ؟ طريقان • المذهب : نعم ، كالكسب • والثاني : قولان ، كما سبق في باب التدبير في ولد المعلق عتقها بصفة •

الثالث : ذكر الإمام والغزالي أنه إذا استقل ، سقطت نفقته عن السيد ، وإن معاملته كالمكاتب كتابة صحيحة • والذي ذكره البغوي أنه لا تجوز معاملته مع السيد ، ولا ينفذ تصرفه فيما في يده ، كما في المعلق عتقه بصفة ، ولعل هذا أقوى •

فرع

المكاتب كتابة صحيحة ، هل له السفر بغير إذن السيد ؟ فيه نضان ، ف قيل : قولان أظهرهما : الجواز ، لأنه يستعين به على الكسب ، ولأنه في يد نفسه ، وعليه دين مؤجل ، فلم يمنع السفر • وقيل : نص الجواز محمول على سفر قصير ، والمنع على طويل • وقيل : الجواز إذا لم يحل النجم ، والمنع إذا حل ، فإن جوزناه ، فهل يجوز للمكاتب كتابة فاسدة ؟ وجهان ، أصحهما : لا •

فرع

تفارق الفاسدة الصحيحة في أمور • أحدها : إذا أدى المسمى في الفاسدة ، وعتق ، رجع على السيد بما أدى ، ورجع السيد عليه بقيمته يوم العتق • وفي قول ضعيف : يرجع بقيمة يوم العقد ، فإن هلك المسمى في يد السيد ، رجع العتيق بثلثه أو قيمته ، فإن كان الواجب

على السيد من جنس القيمة ، بأن كان غالب نقد البلد ، فهو على أقوال
التقاص ، وسندكرها إن شاء الله تعالى . وإذا حصل التقاص وفضل
لأحدهما^(١) شيء رجع به ، وإنما يثبت التراجع إذا كان المسمى مالا ،
فإن كان خمرأ أو نحوه ، لم يرجع العتيق على السيد بشيء ، ويرجع
السيد عليه بالقيمة .

الثاني : للسيد فسخ الكتابة الفاسدة ، بخلاف الصحيحة ، ثم إن
شاء فسخ بنفسه ، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي ، ليحكم بإبطالها
أو يفسخها ، قال الروياني : وهو كما لو وجد المشتري المبيع معيباً ،
نه أن يفسخ بنفسه ، وله أن يرفع الأمر إلى القاضي ليفسخ ، ولا يبطلها
القاضي بغير طلب السيد . وقال ابن سلمة : لا سبيل إلى إبطال
الفاسدة بالقول ، لأن العتق فيها يحصل بالتعليق ، والتعليق لا يصح
إبطاله ، والصحيح الأول ، فإذا فسخها ، أو حكم الحاكم بإبطالها ، ثم
أدى المسمى ، لم يعتق ، لأنه إن كان تعليقاً ، فهو في ضمن معاوضته ،
فإذا ارتفعت المعاوضة ، ارتفع ما تضمنته من التعليق ، وليشهد السيد
على الفسخ ، فإن أدى المسمى ، وقال : أديته قبل الفسخ ، وقال السيد :
بل بعده ، صدق العبد ، لأن الأصل عدم الفسخ ، وعلى السيد البينة .

الثالث : إذا أعتق المكاتب كتابة فاسدة ، لاعن جهة الكتابة ، أو
باعه ، أو وهبه ، كان فسخاً للكتابة . ولو أعتقه عن كفارة ، أجزاءه ،
نص عليه في « الأم » قال الشيخ أبو علي : إذا عتق لاعن جهة الكتابة ،
لا يتبعه الكسب والولد ، بخلاف الكتابة الصحيحة ، لأن المكاتب هناك
استحق العتق على السيد بعقد لازم ، واستحق استتباع الولد

(١) في الاصل : وحصل لأحدهما .

والكسب ، فليس للسيد إبطاله ، وهناك لا استحقاق على السيد، فجعل فاسخاً • قال : وعرضت هذا على القفال ، فاستحسنه ، وأقرني عليه ، ولم ير غيره • وحكى الإمام وجهاً أنه لا يجزىء عن الكفارة ، ولا يتبعه الولد والكسب ، والصحيح الأول •

الرابع : تبطل الكتابة الفاسدة بموت السيد ، ولا يعتق بالأداء إلى الوارث بعد الموت ، بخلاف الصحيحة ، فإن قال : إن أدت إلى وارثي كذا بعد موتي ، فأنت حر ، عتق بالأداء إليه •

الخامس : لا يجب الإيتاء في الفاسدة •

السادس : لو كاتب أمة كتابة فاسدة ، وعجزت عن الأداء ، فأرقها ، أو فسخ الكتابة قبل عجزها ، لم يجب الاستبراء ، بخلاف الصحيحة •

السابع : لو عجل النجوم في الكتابة الفاسدة ، فهل يعتق كالصحيحة ، أم لا ، لأن الصفة لم توجد على وجهها ؟ وجهان •
تمت : أصحهما الثاني • والله أعلم

الثامن : من يلزم السيد فطرة المكاتب كتابة فاسدة •

التاسع : هل يصرف سهم المكاتبين^(١) إلى المكاتب كتابة فاسدة ؟ وجهان الأصح المنصوص : المنع •

العاشر : المسافرة ممنوعة في الفاسدة على المذهب ، جائزة في الصحيحة على المذهب ، كما سبق وبالله التوفيق •

(١) في الاصل : المكاتب •

الباب الثاني في احكام الكتابة الصحيحة

هي خمسة :

الأول : حصول العتق ، ويتعلق بما يحصل به العتق مسائل •

إحداها : أنه يحصل بأداء كل النجوم ، وكذا بالإبراء • وفي حصوله بالاستبدال عن النجوم خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى •
• إذا جوزنا الحوالة بالنجوم ، أو عليها ، حصل العتق بنفس الجوانة •
ولو أدى بعض النجوم ، أو أبرأه عن بعضها ، لم يعتق شيء منه ، بل يتوقف على الجميع ، للحديث الحسن « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » • ولو كاتب عبيدا صفقة واحدة ، فقد سبق أن المذهب صحتها ، وأنه إذا أدى بعضهم حصته ، عتق ، وإن لم يؤد الآخرون شيئا • ولو كاتب اثنان عبدهما معاً ، فليسو بينهما في الأداء ، ولا يعتق نصيب أحدهما بأداء نصيبه من النجوم ، كما سيأتي إن شاء الله تعالى •
ولو كاتب إنسان عبداً ، ومات ، وخلف ابنين ، فأدى نصيب أحدهما بغير إذن الآخر ، لم يعتق • وإن أدى بإذنه ، ففي عتقه خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى •

الثانية : لا تنفسخ الكتابة بجنون السيد ، ولا العبد ، ولا بإغمائهما ، فإن جن السيد ، فعلى المكاتب تسليم النجوم إلى وليه • فإن سلم إليه ، لم يعتق ، لأن قبضه فاسد • ولو تلف في يده ، فلا ضمان ، لتقصيره بالتسليم إليه ، ثم إن لم يكن في يد المكاتب شيء آخر يؤديه ، فللولي تعجيزه • ولو حجر عليه بالسفه ، فهو كالجنون • فلو أدى المكاتب إليه في حال الحجر ، وعجزه الولي ، ثم رفع الحجر عنه ، استمر التعجيز • وقيل : فيه قولان ، كما سبق في المرتد إذا (١)

(١) في الاصل : وإذا •

أخذ النجوم ، وعجز الحاكم المكاتب ، ثم أسلم المرتد ، والمذهب الأول ، لأن حجر السفة أقوى . ولهذا لا ينفذ تصرفه قطعاً ، بخلاف المرتد في قول ، ولأن حجر السفة لحفظ ماله . فلو حسب عليه ما أخذه ، وأتلفه في حال الحجر ، لم يحصل حفظ المال ، وحجر المرتد لحق المسلمين ، فإذا أسلم ، لم يبق لهم في ماله حق . وأما إذا جن المكاتب ، فأدى في جنونه ، أو أخذه السيد من غير أداء منه ، فيعتق ، لأن قبض النجوم مستحق . ولو أخذها المولى من غير إقباض من المكاتب ، وقع موقعه . هذا المعروف في المذهب . وقال الإمام : إن عسر وصول السيد إلى حقه إلا من جهة قبض ما يصادف ، فله ذلك ، وإن أمكن مراجعة الولي ، فلا وجه لاستبداده بالقبض . فلو استبد ، لم يصح ، وإذا لم يصح ، فلو أقبض المجنون ، لم يكن لإقباضه حكم . وحكى قولاً أو وجهاً أن الكتابة تنسخ بجنون المكاتب ، والمذهب الأول . هذا في الكتابة الصحيحة ، أما الفاسدة ، فهل تبطل بجنونها وإغمائها ؟ فيه أوجه ، أحدهما نعم ، كالشركة ، والثاني : لا ، كالبيع بشرط الخيار ، وأصحها (١) عند الجمهور ، وهو ظاهر النص : تبطل بجنون السيد وإغمائه ، وبالحجر عليه ، لا بجنون العبد وإغمائه ، لأن الحظ (٢) في الكتابة للعبد لا للسيد . فإن قلنا : لا تبطل ، فأفاق ، وأدى المسمى ، عتق ، وثبت التراجع . قالوا : وكذا لو أخذ السيد في جنونه ، وقالوا : ينصب السيد من يرجع له ، وينبغي أن لا يعتق بأخذ السيد هنا . وإن قلنا : يعتق في الكتابة الصحيحة ، لأن المقلب هنا التعليق ، والصفة المعلق عليها بالأداء من العبد ، ولم يوجد . وإن قلنا : يبطل ، فأدى المسمى ، لم يعتق على الأصح ، لأن العتق بالتعليق في الفاسدة يتبعها ،

(١) في الأصل : وأصحهما .

(٢) في الأصل : لا الخط .

فإذا بطلت ، بطل التعليق ، كما لو فسخها السيد . والثاني : يعتق .
فعلى هذا ، قال الإمام : الوجه القطع بأن لا تراجع . لأن التراجع
مقتضى الكتابة [الفاسدة] وقد زالت ، وبقي التعليق المحض . وقيل :
يثبت ، قال : ومساقه أن يتبعه الكسب ، وهذا ضعيف .

الثالثة : إذا كاتب الشريكان معاً ، ثم أعتق أحدهما نصيبه ، عتق .
وهل يسري إلى نصيب الشريك إن كان موسراً ؟ وجهان أو قولان .
الصحيح المشهور : يسري . وفي وقت السراية قولان . أحدهما : في
الحال ، لئلا تتبع الحرة . وأظهرهما : لا يثبت في الحال ، لأنه قد
انعقد سبب الحرية في النصف الآخر ، وفي التعجيل ضرر على السيد ،
لفوات الولاء ، وبالمكاتب بانقطاع الولد والكسب عنه . فإن قلنا :
تتعجل السراية ، فهل تنفسخ الكتابة في نصيب الشريك ، أم يسري
العتق مع بقاء الكتابة ؟ وجهان . الصحيح وبه قطع الجمهور : تنفسخ ،
لأن الإعتاق أقوى من الكتابة ، فعلى هذا يعتق كله على الشريك
للمعتق ، ويكون له الولاء . والثاني : يسري العتق مع بقاء الكتابة ،
لئلا يبطل حق الغير ، فعلى هذا ولأه النصف الآخر للشريك ، لا للمعتق
حينئذ . وإن قلنا : لا تتعجل السراية ، فأدى نصيب الآخر من النجوم ،
عتق عن الكتابة ، وكان الولاء بينهما . وإن عجز ، وعاد إلى الرق ثبتت
السراية حينئذ ، ويكون الولاء كله للمعتق ، ويجيء الخلاف في أنها
ثبتت بنفس العجز ، أم بأداء القيمة ، أم يثبت بأداء القيمة حصول
التعليق من وقت العجز ؟ ويجري هذا الخلاف على قولنا بتعجيل
السراية . وإن مات قبل الأداء والعجز ، فقد [مات] بعضه رقيقاً
وبعضه حراً . وهل يورث ؟ فيه القولان السابقان في الفرائض . ولو
أبرأه أحد الشريكين عن نصيبه من النجوم ، فهو كما لو أعتقه ، والقول

في السراية ، وفي وقتها^(١) كما ذكرنا لو أعتق أحدهما نصيبه • ولو قبض أحدهما نصيبه من النجوم برضى صاحبه ، فهل يعتق نصيبه ؟ فيه خلاف سنذكره في الحكم الثاني إن شاء الله تعالى • فإن قلنا : يعتق ، فهو كالإعتاق في السراية ووقتها • قال الإمام : ولا نقول : إنه مجبر على القبض فلا يسري ، لأنه مختار في إنشاء الكتابة التي اقتضت إجباره على القبض ، فهو كما لو قال أحد الشريكين : إذا طلعت الشمس فنصيبني حر ، فإذا طلعت ، عتق نصيبه ، وسرى ، لأنه مختار في التعليق • ونو^(٢) كاتب عبداً ومات عن ابنين ، فعتق أحدهما نصيبه ، وقلنا : يعتق نصيبه على ما سيأتي إن شاء الله تعالى ، لم يسر ، لأنه مجبر على القبض وابتداء الكتابة لم يصدر منه •

فرع

قال العبد للمالكيه وقد كاتباه : قد^(٣) أعطيتكما النجوم ، وأنكرا ، صدقا باليمين ، وإن صدقه أحدهما ، وكذبه الآخر ، عتق نصيب المصدق ، ويصدق المكذب بيمينه • وهل يسري العتق ؟ فيه خلاف سنذكره قريباً إن شاء الله تعالى ، والمذهب : المنع ، والاختلاف في غير النجم الأخير كالاختلاف فيه ، لأن العتق لا يحصل بغير الأخير • ولو قال المكاتب : لأحدهما : دفعت إليك جميع النجوم لتأخذ نصيبك ، وتدفع نصيب الآخر إليه ، فقال : دفعت إلي نصيبي ، ودفعت نصيب الآخر إليه بنفسك ، وأنكر الآخر القبض ، عتق نصيب المقر ، وصدق في أنه لم يقبض نصيب الآخر بيمينه ، وصدق الآخر في أنه لم يقبض

(١) في الاصل : رقتها •

(٢) في الاصل : وكاتب •

(٣) في الاصل : قبل •

نصيبه : ولا حاجة إلى اليمين ، لأن المكاتب لا يدعي عليه شيئا . ثم يتخير المنكر بين أن يأخذ حصته من النجوم من العبد . وبين أن يأخذ من المقر نصف ما أخذ . لأن كسب المكاتب متعلق حقهما (١) بالشركة . ويأخذ الباقي من العبد . ولا تقبل شهادة المقر عليه . لأنه متهم بدفع المشاركة عنه . وإذا عجز المكاتب عما طالب المنكر به . فله تعجيله وإرقاق نصيبه . ثم عن نصه في « الاملاء » أنه يقول : أرقه على المقر . ونقله ابن سلسة . وابن خيران إلى الصورة السابقة . وجعلوا التقويم عند العجز في صورتين على قولين . وامتنع الجمهور من نقله إلى تلك الصورة . وفرقوا بأن العبد هناك يقول : أنا حر كامل الحال (٢) فلا يستحق التقويم . وهنا يعترف بأن نصيب المنكر منه لم يعتق . ولو قال المكاتب لأحدهما : دفعت النجوم إليك لتأخذ نصيبك (٣) وتدفع نصيب الآخر إليه . كما صورنا . فقال في الجواب : قد فعلت ما أمرت به فأنت عتيق . وأنكر الآخر عتق نصيب المقر . وصدق المنكر بيمينه ، فإذا حلف ، بقي نصيبه مكاتباً . وله الخيار بين أخذ حصته من المكاتب ، وبين أخذه من المقر لإقراره بأخذها . ومن أيهما أخذ ، عتق نصيبه . ثم إن أخذها من المكاتب . فله الرجوع على المقر . لأنه وإن صدقه في الدفع إلى الشريك ، فإنه كان ينبغي أن يشهد عليه . وإن أخذها من المقر ، فلا رجوع له على المكاتب . لاعترافه بأنه مظلوم . فإذا اختار الرجوع على المكاتب ، فلم يأخذ حصته من المقر . ولم يدفعها إلى المنكر ، وعجز نفسه ، فنصفه حر . ونصفه رقيق . فيقوم على المقر ، فيأخذ المنكر منه قيمة النصف ، ويأخذ أيضاً ما أقر بقبضه له ، فإنه كسب النصف الذي كان ملكه .

(١) في الأصل : حقها .

(٢) في الأصل : الحلل .

(٣) في الأصل : نصيبي .

الرابعة : كاتب عبداً ومات عن ابنين ، فهما قائمان مقامه في أنهما إذا أعتقاه أو أبرأه عن النجوم ، عتق ، وكذا لو استوفياها . ولو أعتقه أحدهما ، أو أعتق نصيبه ، عتق نصيبه ، وكذا لو أبرأه أحدهما عن نصيبه من النجوم . وقال المزني : لا يعتق نصيبه بالإبراء حتى يرثه الآخر ، أو يستوفي منه ، كما لو كان الأب حياً فأبرأه عن بعض النجوم . وأجاب الأصحاب بأن هناك لم يرثه عن جميع ماله عليه ، وهنا أبرأه الابن عن جميع ماله عليه ، فصار كأحد الشريكين يرثه عن نصيبه من النجوم ، وهذا الذي ذكرنا من أنه إذا أعتق الابن نصيبه ، أو أبرأه عن نصيبه ، يعتق ، وهو الذي قطع به الأصحاب . وقال البغوي : مقتضى سياق « المختصر » حصول قولين في عتق نصيبه . أحدهما : العتق ، وأظهرهما : المنع ، بل يوقف ، فإن أدى نصيب الآخر ، عتق كله ، والولاء للأب ، وإن عجز ، فإن كان قد أعتق نصيبه ، عتق الآن نصيبه . ثم إن كان معسراً^(١) ، فله ولاء ماعتق ، والباقى قن للآخر ، وإن كان موسراً ، قوم عليه الباقي ، وبطلت كتابة الأب ، وكان ولاء الجميع للابن . وإن كان قد أبرأه عن نصيبه من النجوم ، لم يعتق منه شيء بالعجز ، لأن الكتابة تبطل بالعجز ، والعتق في غير الكتابة لا يحصل بالإبراء ، والمذهب ما قدمناه عن الأصحاب . فعلى هذا إن كان الذي أعتق نصيبه ، أو أبرأه معسراً ، بقيت الكتابة في نصيب الآخر ، فإن عجز ، عاد قناً ، وإن أدى ، وعتق ، فولاؤه للأب . وأما ولاء نصيب الأول ، فالأصح أنه للأب أيضاً . وقيل : للابن ، وقيل : إن أعتقه ، فله ، وإن أبرأه ، فللأب . وإن كان موسراً ، فهل يسري العتق إلى نصيب الشريك ؟ إذا قلنا بالأصح ، لأن الكتابة لا تمنع

(١) في الاصل : معسر .

السراية ، فيه قولان ، أحدهما : نعم ، كما لو كاتبه شريكان ، ثم أعتقه أحدهما ، وأظهرهما : لا ، لأن الكتابة السابقة تقتضي حصول العتق بها ، والميت لا يقوم عليه ، والابن كالتائب عنه ، فإن قلنا : يسري ، فهل يسري في الحال ، أو عند العجز ؟ قولان كما سبق في الشريكين ، أظهرهما : الثاني ، فإن قلنا يسري في الحال ، فحكى الإمام وجهين في انفساخ الكتابة فيما سرى العتق إليه ، كما حكاها في صورة الشريكين ، والذي قطع به الجمهور : الانفساخ فيه ، وإثبات ولائه للمعتق ، وفي ولاء النصف الأول وجهان ، أحدهما : للمعتق فقط ، لأن نصيب الآخر بقي رقيقاً ، وأصحهما : أنه لهما ، لأنه عتق بحكم كتابة الأب ، فيثبت له الولاء ، وينتقل إليهما بالعصوبة . وإذا قلنا : لا تنفسخ الكتابة فيما سرى إليه ، فولاء الجميع للأب ، وإن قلنا : إن السراية تثبت عند العجز ، فإن أدى نصيب الآخر ، عتق كله ، وولأؤه للأب ، وإن عجز ، فطريقان ، أحدهما : تبطل الكتابة ، ويكون ولاء الجميع له ، وأصحهما : أن ولاء ما سرى العتق إليه ، وقوم عليه له . وفي ولاء النصف الأول الوجهان . وقد يختص الوجهان بصورة الإعتاق . وفي صورة الإبراء يكون ولاء النصف للأب ، ينتقل إليهما قطعاً ، أما إذا قلنا : لاسراية ، فنصيب الآخر مكاتب ، كما كان ، فإن عتق بأداء ، أو إعتاق ، أو إبراء ، فولاء الجميع للأب . وإن عجز ، بقي نصيبه رقيقاً . وفي ولاء نصيب الأول الوجهان ، هل هو له ، أم لهما ؟ ولو قبض أحد الابنين نصيبه من النجوم ، إن كان بغير إذن الآخر ، فهو فاسد ، وإن كان بإذنه ، فقولان ، كما سنذكره في الشريكين إن شاء الله تعالى . فإن صححنا ، فقال الإمام : لا سراية بلا خلاف ، لأنه يجبر على القبض . ولا سراية حيث حصل العتق بغير اختيار . وفي « التهذيب » أن القول في عتق نصيبه ، وفي السراية كما ذكرنا فيما

إذا أعتق نصيبه ، أو أبرأ عن نصيبه من النجوم ، بلا^(١) فرق • ولن قال بهذا أن يمنع كونه مجبراً على القبض ، ويقول : له الإعتاق والإبراء ، فإن لم يفعلهما ، فيشبه أن يقال : لا يجبر على الانفراد بالقبض ، وإن جوزناه ، لأنه لو عجز عن نصيب الثاني ، قاسم^(٢) الأول^(٣) فيما أخذ ، فله الامتناع من قبض ما عسى الثاني أن يزاحمه فيه •

فرع

خلف ابنين وعبدًا ، فادعى العبد أن أباهما كاتبه ، فإن كذبا ، صدقا يمينهما على نفي العلم بكتابة الأب ، فإن حلفا ، فذاك ، وإن نكلا ، وحلف العبد اليمين المردودة ، ثبتت^(٤) الكتابة ، وإن حلف أحدهما دون الآخر ، ثبت الرق في نصيب الحالف ، وترد اليمين في نصيب التاكل ، فإن أقام بينة ، اشترط رجلا ، لأن المقصود الحرية لا المال ، وإن صدقاه ، أو قامت بينة ، فالحكم ما سبق قبل الفرع • وإن صدقه أحدهما ، وكذبه الآخر ، فالمكذب يصدق بيمينه • وأما نصيب المصدق ، فالصحيح ثبوت الكتابة فيه ، ولا يضر التبعض فيه للضرورة • ثم أطلقوا القول بقبول شهادة المصدق على المكذب ، وقال الإمام : شهادته هذه تثبت^(٥) له حقوقاً ، فإن النجوم موروثة ، فإن شهد بعد الإبراء من النجوم ، فله غرض في السراية ، فإن نفينا السراية ، اتجه القبول ، وإذا حكمنا بأن نصيب المصدق مكاتب ، والآخر قن ، فنصف الكسب له ، يصرف في جهة النجوم ، ونصفه للمكذب • وإن اتفقا على مهياة ،

(١) في الأصل : فلا فرق •

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية : فاقسم •

(٣) في الأصل : للأول •

(٤) في الأصل : وثبتت •

(٥) في الأصل : ثبتت •

ليكسب يوماً لنفسه ، ويوماً للمكذب ، أو يخدمه ، جاز ، ولا إجبار عليها على الأصح ، ولا تقدير في النوبتين في المهايأة . وقال ابن كج : يجوز يومين وثلاثة ، فإن زاد كسبه ، فوجهان . وإذا أدى النجوم ، وفضل شيء مما كسب لنفسه ، فهو له . ثم إن أعتق المصدق نصيب نفسه ، عتق . وفي سرايته طريقان ، قال الأكثرون : قولان ، كما لو صدقاه ، إلا أنا إذا قلنا بالسراية ، ثبت هنا في الحال ، ولا يجيء القول الآخر ، لأن صاحبه منكر الكتابة ، فلا يمكن التوقف إلى العجز ، وقيل : ثبت السراية في الحال قطعاً ، لأن منكر الكتابة يقول : هو رقيق لهما ، فإذا أعتق صاحبه ، ثبتت السراية ، فإن قلنا : لا سراية ، فولاء ما عتق ، هل يكون بينهما ، أم ينفرد به المصدق ؟ وجهان . أصحهما : الثاني ، لأن المنكر أبطل حقه بالإنكار ، فإن جعلناه بينهما ، فمات هذا العبد ، ونصنعه رقيق ، وقلنا : إن مثله يورث ، وقفت حصّة المنكر ، وإن قلنا بالسراية ، فولاء النصف الذي سرى العتق إليه ، للمعتق ، وفي ولاء النصف الآخر الوجهان . ولو أبرأه المصدق عن نصيبه من النجوم ، فالمذهب أنه لا سراية ، لأن منكر الكتابة لا يعترف بعتق نصيبه ، ويعتقد الإبراء لغواً^(١) قال الإمام : ويجيء الخلاف في السراية ، لأن قول المصدق مقبول في نصيبه ، فإذا أتى بما يقتضي العتق ، فالسراية بعده قهرية ، وإن أدى نصيب المصدق من النجوم ، فلا سراية . وهل يكون ولاء ما عتق لهما ، أم يختص به المصدق ؟ فيه الوجهان . ولو عجزه المصدق ، عاد قناً ، ويكون الكسب الذي في يده للمصدق ، لأن المكذب أخذ حصته . ولو اختلفا في شيء من أكسابه ، فقال المصدق : كسبته بعد الكتابة ، وقد أخذت نصيبك ،

(١) في الأصل : لغو .

فهو لي ، وقال المكذب : بل قبلها ، وكان للأب ، فورثنا ، صدق^(١)
المصدق ، لأن الأصل عدم الكسب قبل الكتابة .

المسألة الخامسة : إذا قبض النجوم ، فوجدها ناقصة ، تقدم
على هذا أن عوض الكتابة لا يكون إلا ديناً كما سبق ، ويجوز كونه
نقداً وعرضاً موصوفاً ، وأن من له دين ، فقبضه ، فوجده دون
المشروط ، فله رده ، وطلب ما استحققه ، ولا يبطل العقد ، فإن كان
المقبوض من غير جنس حقه ، لم يملكه إلا أن يعتاضه ، حيث يجوز
الاعتياض . وإن اطلع على عيب به ، نظر ، هل يرضى به ، فإن رضى ،
فهل نقول : ملكه بالرضى ، أم نقول : ملكه بالقبض وتأكد الملك
بالرضى ؟ فيه قولان . وإن رده ، فهل نقول : ملكه بالقبض ، ثم
انتقض الملك بالرد ، أم نقول : إذا رد ، تبين أنه لا يملكه ؟ فيه قولان ؟
ويبنى على هذا الخلاف مسائل سبقت كلها أو بعضها

منها : تصارفا في الذمة ، وتقابضا ، وتفرقا ، فوجد أحدهما بما
قبضه عيباً ، فرده ، إن قلنا : [ملك] بالقبض ، صح العقد ، وإن قلنا :
تبين أنه لم يملك ، فالعقد فاسد ، لأنهما تفرقا قبل قبض .

ومنها : أسلم في جارية ، وقبض جارية ، فوجدها معيبة ، فردها ،
هل على المسلم^(٢) إليه استبراؤها ؟ يبنى على هذا الخلاف .

ومنها : قال الإمام : الموصوف في الذمة إذا قبضه ، فوجده
معيباً إن قلنا : يملكه بالرضى ، فلا شك أن الرد ليس على الفور ،
والملك موقوف على الرضى ، وإن قلنا : يملك بالقبض ، فيحتمل أن

(١) في الأصل : فيصدق .

(٢) في الأصل : للمسلم .

يقال : الرد على الفور ، كما في شراء الأعيان ، والأوجه : المنع ، لأنه
 ليس بمعقود عليه ، وإنما يثبت الفور فيما يؤدي رده إلى رفع العقد
 ابقاء للعقد^(١) . إذا ثبت هذا ، فإن وجد السيد بالنجوم المقبوضة
 أو بعضها عيباً ، له الخيار ، بين أن يرضى به ، أو يرده ، ويطلب ببدله ،
 سواء العيب اليسير ، والفاحش ، فإن كان العيب في النجم الأخير ،
 فإن رضي به ، فالعقق نافذ قطعاً ، ويكون رضاه بالعيب كالإبراء عن
 بعض الحق . وهل يحصل العتق من وقت القبض ، أم عند الرضى ؟
 وجهان ، أصحهما : الأول . وإن أراد الرد والاستبدال ، فرد ، فإن
 قلنا : تتبين بالرد أن الملك لم يحصل بالقبض ، فلا عتق ، وإن أدى بعد
 ذلك على الصفة المستحقة ، حصل العتق حينئذ . وإن قلنا : يحصل
 الملك في المقبوض وبالد يرتفع ، فوجهان . أحدهما : أن العتق كان
 حاصلًا ، إلا أنه كان بصفة الجواز ، فإذا رد العوض ، ارتد .
 وأصحهما : تتبين أن العتق لم يحصل ، إذ لو حصل ، لم يرتفع ، ولا
 يثبت العتق هنا بصفة اللزوم باتفاق الأصحاب . ولو تلف عند السيد
 ما قبضه ، ثم عرف أنه كان معيباً ، فقد قدم الإمام عليه ، أنه لو اتفق
 ذلك في عين فإن رضي ، فالذي يدل عليه فحوى^(٢) كلام الأصحاب ،
 أن الرضى كاف ، ولا حاجة إلى إنشاء إبراء ، لأن الأرش كالعوض في
 الرد ، والرد يكفي في سقوط الرضى ، فكذا الأرش . وإن طلبه ،
 تقرر ، ولم يسقط إلا بالإسقاط . وأما النجوم ، فإن رضي ، فالحق
 نافذ ، ويعود الوجهان في أنه يحصل عند الرضى ، أم يستند إلى
 القبض ؟ وإن طلب الأرش ، تبين أن العتق لم يحصل ، فإذا أدى

(١) في الاصل : ابقاء العقد .

(٢) في الاصل : نحوى .

الأرض ، حصل حينئذ ، وإن عجز ، فللسيد إرقاقه ، كما لو عجز ببعض
النجوم . ويجيء الوجه الآخر ، وهو أنه يرتفع العقد بعد حصوله .
وفي قدر الأرض وجهان ، أحدهما : ما نقص من قيمة قدر رقبة العبد
بحسب نقصان العيب من قيمة النجوم ، وبهذا قطع السرخسي .
والثاني : ما نقص من النجوم المقبوضة بسبب العيب . ونقل الروياني
ترجيح هذا الوجه ، وأجري الوجهان في كل عقد ورد على موصوف
في الذمة . قال الإمام : وأمثلة منهما أن يقال : يغرم السيد ما قبض .
ويطالبه بالمسمى بصفاته المشروطة . أما إذا قبض النجوم ، فوجدناها
ناقصة الكيل أو الوزن ، فلا يعتق بلا خلاف ، سواء بقي المقبوض في
يد السيد أم تلف ، فإن رضي بالناقص ، فحينئذ يعتق بالإبراء عن الباقي .
السادسة : إذا خرج بعض النجوم مستحقاً ، تبين أن لا عتق ،
لأن الأداء لم يصح ، وإن ظهر الاستحقاق بعد موت المكاتب ، تبين أنه
مات رقيقاً ، وأن ما تركه للسيد دون الورثة . ولو قال السيد عند
الأخذ : اذهب فأنت حر ، أو قد عتقت ، ثم بان الاستحقاق ، فهل يحكم
بالحرية مؤاخذه له ، أم لا ، لأنه بناء على ظاهر الحال ، وهو صحة
الأداء ؟ وجهان ، أحدهما : الثاني ، وهو المنصوص ، وهما كالوجهين
فيما إذا خرج المبيع مستحقاً وكان قد قال في مخاصمة المدعي : إنه كان
ملكاً للبائع فلان إلى أن اشتريته منه ، أنه هل يرجع بالثمن على بائعه ؟
وجزم البغوي بالأصح في المسألتين . ثم قال : ولو اختلفا ، فقال
المكاتب : أعتقتني بقولك : أنت حر ، وقال السيد : أردت أنك حر بما
أديت ، وبأن أنه لم يصح الأداء ، فالقول قول السيد يمينه ، وهذا
السياق يقتضي أن مطلق قول السيد ، محمول على أنه حر بما أدى ،
وإن لم يذكر إرادته ، قال الصيدلاني : وقياس تصديق السيد أنه لو

قيل لرجل : طلقت امرأتك ؟ فقال : نعم ، طلقته ، ثم قال : إنما قلت (١) ذلك على ظن أن اللفظ الذي جرى طلاق ، وقد سألت المفتين فقالوا : لا يقع به شيء . وقالت المرأة : بلى أردت إنشاء الطلاق أو الإقرار به ، أنه يقبل قوله يمينه ، وكذا الحكم في مثله في العتق ، وهكذا قد ذكره غيره ، ونقله الروياني ، ولم يعترض عليه (٢) ، لكن قال الإمام هذا عندي غلط ، لأن الإقرار جرى بصريح الطلاق ، فقبول قوله في دفعه محال ، ولو فتح هذا الباب ، لما استقر إقرار ، بخلاف إطلاق لفظ الحرية عقيب قبض النجوم ، فإنه محمول على الإخبار عما يقتضيه القبض ، ولم توجد الإشارة في الطلاق إلى واقعة ، وإنما وجد سؤال مطلق ، وجواب مطلق . وفي كلام الإمام إشعار بأن قوله : أنت حر ، إنما يقبل تنزيله على الحرية بموجب القبض إذا رتبته على القبض ، وأن في مسألة الطلاق لو وجد قرينة عند الإقرار ، بأن كافا يتخاضمان في لفظة أطلقها ، فقال ذلك ، ثم ذكر التأويل ، يقبل ، وأن في صورتين لو انفصل قوله عن القرائن ، لم يقبل التأويل . وهذا تفصيل قوي لا بأس بالأخذ به ، لكن قال في « الوسيط » : لافرق بين أن يكون قوله : أنت حر ، جواباً عن سؤال حرته ، أم ابتداء ، وبين أن يكون متصلاً بقبض النجوم ، أو غير متصل ، لشمول العذر . ومال لذلك إلى قبول التأويل في الطلاق وغيره .

الحكم الثاني في الأداء . وفيما يتعلق به مسائل :

إحداها : يجب على السيد إيتاء المكاتب ، لقول الله تعالى (وآتوهم

(١) في الأصل : قال .

(٢) في الأصل : وله تعرض .

من مال الله الذي آتاكم) [النور : ٣٣] واختار الروياني في « الحلية » أن الإيتاء مستحب ، وليس بشيء • والإيتاء : أن يحط عن المكاتب شيئاً من النجوم ، أو يبذل شيئاً ويأخذ النجوم ، والحط أفضل ، وهل هو الأصل ، والبذل بدل عنه ، أم بالعكس ؟ وجهان • الأصح المنصوص : الأول ، ومحل الإيتاء الكتابة الصحيحة ، ولا يجب في الفاسدة على الأصح • فإن أوجبنا ، كفى حط شيء من القيمة التي يجب فيها • ومن أعتق عبده بعوض ، أو باعه نفسه ، فلا إيتاء على الصحيح ، وحكى الشيخ أبو محمد وجهاً أنه يجب في كل عقد عتاقة على عوض ، ولا يجب في الإعتاق بغير عوض بلا خلاف • وفي وقت وجوب الإيتاء وجهان • أحدهما : بعد العتق كالمتعة ، ليتبلغ به ، وأصحهما : قبله ليستعين به في الأداء • وعلى هذا ، فإنما يتعين في النجم الأخير • وأما وقت الجواز ، فمن أول عقد الكتابة ، ويجوز أيضاً بعد الأداء وحصول العتق ، لكن يكون قضاء إذا أوجبنا التقديم على العتق • وقيل : لا يجوز الإيتاء إلا في النجم الأخير أو بعده ، وفي قدره وجهان ، الأصح المنصوص في « الأم » : لا يتقدر^(١) ، بل يكفي أقل ما يتمول ، والثاني : أنه ما يليق بالحال ، ويستعين به على العتق ، فيختلف بقلة المال وكثرته ، فإن لم يتفقا على شيء ، قدره الحاكم بالاجتهاد ، ونظر فيه إلى قوة العبد وأكسابه • وقيل : يعتبر حال السيد في اليسار والإعسار • وقال الاصطخري : يحتمل أن يقدر بربع العشر ، قال الإمام : إذا قلنا : يقدره الحاكم ، فقدّر شيئاً تبين أن له وقعاً بالنسبة إلى [مال] الكتابة ، كفى ، وإن تيقنا أنه لا وقع له ، لا يكفي • وإن شككنا ، فخلاف ، لتعارض أصل براءة السيد وأصل

(١) في الأصل : لا يعذر •

بقاء وجوب الإيتاء • أما المستحب ، فقد رتب ، وقيل : الثلث .
 وإلا ، فالسبع • وأما جنسه ، فالإيتاء بالحط لا يكون إلا من نفس مال
 الكتابة ، وأما البدل ، فإن كان المبدول من غير جنس مال [الكتابة]
 كبذل الدراهم عن الدنانير ، لم يلزم المكاتب قبوله على الصحيح ، وبه
 قطع الأكثر ، وشذ الغزالي بترجيح اللزوم • فلو رضي به ، جاز
 قطعاً ، نص عليه ، لأن الكتابة من قبيل المعاوضات ، فلا يسلك بها مسلك
 العبادات ، على أن الإمام قال : إذا منعنا نقل الزكاة ، وانحصر المستحقون ،
 فقد نقول : لهم أن يعتاضوا عروضاً عن حقوقهم ، فلو كان المبدول من غير
 مال الكتابة ، لكن من جنسه ، فهل يلزمه القبول ؟ وجهان ، أحدهما :
 لا ، لظاهر الآية ، والصحيح : نعم ، كالزكاة ، ولأن المقصود الإعانة •

فرع

لو مات السيد بعد أخذ النجوم ، وقبل الإيتاء ، لزم الورث
 الإيتاء ، فإن كانوا صغاراً ، تولاه وليهم ، فإن كان مال الكتابة باقياً ،
 أخذ الواجب منه ، ولا يزاحمه أصحاب الديون ، لأن حقه في عينه .
 أو هو كالمرهون به ، هكذا قاله القفال ، ونقله ابن كج عن نفسه في
 « المبسوط » • وإن لم [يكن باقياً] فثلاثة أوجه ، أحدها : أن
 واجب^(١) الإيتاء لضعفه يؤخر عن الديون ، ويحصل في رتبة الوصية .
 والثاني : أنا إذا قلنا : بقدر الواجب في الاجتهاد ، فأقل ما يتسوال في
 رتبة^(٢) الديون والزيادة في رتبة الوصية لضعفها • والثالث وهو
 الصحيح : أن ما يحكم بوجوبه على الاختلاف ، يقدم على الوصايا .
 فإن أوصى بزيادة على الواجب ، فتلك الزيادة من الوصايا •

(١) في الأصل : واجبة .

(٢) في الأصل : رتب .

إذا لم يبق من النجوم إلا القدر الواجب في الإيتاء ، لم يسقط ولم يحصل التقاص ، لأن للسيد^(١) أن يؤتیه من غيره ، وليس للسيد تعجيزه ، لأنه له عليه مثله ، لكن يرفع المكاتب^(٢) إلى القاضي^(٣) حتى يرى برأيه ، ويفصل الأمر بينهما . وإن جعلنا الإيتاء أصلاً^(٤) ، فقال القاضي حسين : له تعجيزه بالباقي إذا لم نجده ، وإذا عجزه ، سقط الإيتاء ، وارتفع العقد من أصله . قال الإمام : هذا عندي غير صحيح ، وإنما شرع الإيتاء لئلا يعجز العبد بقدره ، ولا يفوت العتق .

المسألة الثانية : إذا عجل المكاتب النجوم قبل المحل ، فإن لم يكن على السيد ضرر في القبول ، أجبر عليه ، وإن كان ، بأن كان لا يبقى بحاله إلى وقت الحلول ، كالطعام الرطب ، أو لزمه له مؤنة ، كالحيوان ، وما يحتاج إلى حفظ ، أو كان في أيام فتنة أو غارة ، فلا يجبر على القبول . فلو أنشأ العقد في وقت الفتنة والغارة ، لم يجبر على الأصح ، لأنها قد تزول عند المحل . ولو أتى بالنجوم في غير بلد العقد ، فإن كان في النقل مؤنة ، أو كان الطريق أو ذلك البلد مخوفاً ، لم يجبر على القبول ، وإلا ، فيجبر . ولو أتى بالنجم في محله ، والسيد غائب ، قبض القاضي عنه ، وكذا يقبض عنه إذا امتنع^(٥) وهو حاضر ، ويعتق المكاتب . ولو أتى بالنجم قبل الحول ، والسيد غائب ، قبض عنه أيضاً إذا علم أن السيد لا ضرر عليه في أخذه ، قال الصيدلاني : ومثله لو كان المغائب دين على حر ، فأذن له^(٦) الحاكم ،

(١) في الأصل : السيد .

(٢) في الأصل : الكاتب .

(٣) في نسخ الظاهرية : إلى الحاكم .

(٤) في الأصل : أصل .

(٥) في الأصل : منع .

(٦) في نسخ الظاهرية : فأتى به .

هل يقبضه للغائب ؟ وجهان • أصحهما : المنع ، لأنه ليس للمؤدي غرض إلا سقوط الدين عنه ، والنظر للغائب أن يبقى^(١) المال في ذمة المليء ، فإنه خير من أن يصير أمانة عند الحاكم •

فرع

إذا أتى المكاتب بالنجوم ، فقال السيد : هذا حرام ، أو مغصوب . نظر ، إن أقام بينة بذلك ، لم يجبر على قبوله ، وتسمع منه هذه البينة لأن في إقامتها غرضاً ظاهراً ، وهو الامتناع عن الحرام ، هكذا أطلقه كثيرون • وقال الصيدلاني : إنما تقبل البينة إذا عين له مالكا [أما] إذا لم يعين ، فلا تتصور البينة للمجهول ، ولا معنى لقولهم : إنه مغصوب • والصحيح الأول • وإن لم يكن بينة ، فالقول قول المكاتب يمينه أنه له ، لظاهر اليد ، فإن نكل ، حلف السيد ، وكان إقامة البينة ، في وجه : لا يحتاج السيد إلى بينة ، والصحيح الأول • ولا تثبت [بينة] السيد في حق المالك الذي عينه ، ولا يسقط بحلف المكاتب حقه ، ثم إذا حلف المكاتب ، فالمذهب أنه يجبر السيد على قبوله ، أو إبرائه عن ذلك القدر ، فإن امتنع منهما ، أخذ الحاكم تلك النجوم ، وعق المكاتب • وقيل : في إجباره على الأخذ قولان • ثم إذا أخذه السيد ، نظر ، إن عين له مالكا ، أمر بتسليمه إليه بلا خلاف ، مؤاخذه له باعترافه ، وإن لم يقبل قوله على المكاتب • وإن لم يعين مالك ، بل اقتصر على قوله : هو مغصوب ، أو مسروق ، أو حرام ، فوجهان • أحدهما : ينتزعه الحاكم ويحفظه بيت المال إلى أن يظهر مالكة • وأصحهما : لا ينتزعه ، لأنه لم يقر لمعين • ونقل الروياني وغيره على هذا أن يقال : أمسكه حتى يتبين صاحبه ، ويمنع من التصرف

(١) في الأصل : بقي •

فيه ، فإن كذب نفسه ، فقال : هو للمكاتب [كان] كما ادعاه ، قال الإمام : فالصحيح أنه يقبل ، وينفذ تصرفه فيه بحسبه • قال : وإن قلنا : يزيل الحاكم يده ، فالظاهر أنه لو كذب نفسه ، لا يقبل •

فرع

إذا جاء المكاتب بالنجم عند المحل ، وعلى شرط السيد أن يبرئه ، فالشرط لغو ، وللسيد أخذه ، فلا يلزمه أن يبرئه عن الباقي ، وإن عجل قبل المحل على أن يبرئه عن الباقي فأخذه وأبرأه ، لم يصح القبض ، ولا الإبراء • ولو قال : أبرأتك عن كذا ، بشرط أن تعجل لي الباقي ، وإذا عجلت علي كذا فقد أبرأتك عن الباقي ، فعجل ، لم يصح القبض ولا الإبراء ، وإذا لم يصح ، لا يحصل العتق ، وعلى السيد رد المأخوذ • هذا هو المذهب ، وأشار المزني إلى ترديد قول في صحة القبض والإبراء ، ولم يسلم له جمهور الأصحاب اختلاف القول ، وحملوا التجويز على ما إذا لم يجر شرط^(١) ، فابتدأ بذلك • ولو أنشأ رضى جديداً بقبضه عما عليه ، حكم بصحته ، كما لو أذن للمشتري في قبض ما في يده عن جهة الشراء ، أو للمرتهن في قبضه عن جهة الرهن • ولو أخذ السيد ما عجله المكاتب ، وأبرأه عن الباقي بلا شرط ، أو عجز المكاتب نفسه ، فأخذ السيد ما معه ، وأبرأه عن الباقي ، أو أعتقه ، جاز • ولو أراد السيد والمكاتب حيلة يعتق بها بما عجل ، ويكون بجهة الكتابة ، فقال لأصحاب : طريقه أن يقول : إذا عجزت نفسك ، وأديت كذا ، فأنت حر ، فإذا وجدت الصفات ، عتق عن جهة الكتابة ، لأنها لا ترتفع بمجرد تعجيز نفسه ، وإنما ترتفع إذا فسخها بعد التعجيز ، وإذا عتق عن الكتابة ، كانت الأكساب له ،

(١) في الاصل : يجر شرطاً .

فترجع المكاتب على السيد بما أخذه ، والسيد عليه بقيته ؛ لأنه أعتقه على عوضين : التعجيز ، والمال المذكور ، والتعجيز لا يصلح عوضاً ، فكأنه أعتقه بعوض فاسد . قال صاحب « الشامل » : ولو لم يعلق هكذا ، ولكن قال : إن أعطيتني كذا فأنت حر ، فأعطاه ، عتق ، ولكنه عوض فاسد ، لأن المكاتب لاتصح المعاوضة عليه ، فيعتق بالصفة ، وعليه تمام قيمته . ولو عجل المكاتب النجم ، على أن يعتقه ، ويرثه عن الباقي ، ففعل السيد ذلك ، عتق المكاتب ، ورجع عليه بقيته ، ويرجع المكاتب على السيد بما دفع ، لأنه أعتقه بعوض فاسد .
حكاه القاضي عن النص .

المسألة الثالثة : في تعذر تحصيل النجوم عند حلولها ، وله أسباب ، الأول : الإفلاس ، فإذا حل نجم على المكاتب ، وهو عاجز عن أدائه . أو عن بعضه ، فللسيد فسخ الكتابة ، وله أن يفسخ بنفسه ، لأنه فسخ مجمع عليه ، كفسخ النكاح بالعتق ، وإن شاء رفع إلى الحاكم ليفسخ^(١) . وفي تعليق الشيخ أبي حامد : لأنه إذا ثبت عجزه بإقراره ، أو بالينة ، فللسيد^(٢) فسخ الكتابة . وينبغي أن لا يشترط إقراره بالعجز ، ولا قيام البينة عليه ، لأننا سنذكر إن شاء الله أنه لو امتنع من الأداء ثبت حق الفسخ . وإذا لم يؤد ، فهو ممتنع ، إذ لم يكن عاجزاً . وإذا رفع إلى القاضي ، فلا بد من ثبوت الكتابة ، وحلول النجم عنده . ومتى فسخت ، سلم للسيد ما أخذه ، لأنه كسب عبده ، لكن ما أخذه من الزكاة يسترد ويؤديه . وهذا قد سبق في الزكاة ، وليس هذا الفسخ على الفور ، بل له تأخير ما شاء ، كفسخ الإعسار . وإذا استنظره المكاتب ، استحب أن ينظره ، ثم لا يلزمه الإمهال ، بل له

(١) في الاصل : الفسخ .

(٢) في الاصل : فله فللسيد .

الرجوع إلى الفسخ متى بدا له • وإذا طالبه بالمال ، فلا بد من الإمهال بقدر ما يخرج من الصندوق والدكان والمخزن ، ويزن فإن كان ماله غائباً ، فقد أطلق الإمام والغزالي أن للسيد الفسخ ، وليحمل على تفصيل ذكره ابن الصباغ والبغوي وغيرهما ، وهو أنه إن كان على مسافة القصر : لم يلزمه التأخير إلى استيفائه ، كما لو كانت له وديعة ، وإن كان مؤجلاً ، أو على معسر ، فلا • وإن كان الدين على السيد ، وهو من جنس النجوم ، ففيه الخلاف في التقاص ، وإن كان من غير جنسه ، أداه ليصرفه المكاتب في النجوم • ولو حل النجم وهو نقد ، وللمكاتب عروض ، فإن أمكن بيعها على الفور ، بيعت ولا فسخ ، وإن احتاج البيع إلى مدة ، لكساد^(١) وغيره ، فمقتضى كلام الصيدلاني أن لا فسخ • ورأى الإمام الفسخ ، كغية المال ، وهذا أصح ، وضبط البغوي التأخير للبيع بثلاثة أيام • وقال : لا يلزم أكثر منها •

السبب الثاني : غيبة المكاتب ، فإذا حل النجم ، والمكاتب غائب ، أو غاب بعد حلوله بغير إذن السيد ، فللسيد الفسخ إن شاء بنفسه ، وإن شاء بالحاكم ، وقيل : لا يفسخ بنفسه والصحيح الأول فلا يلزمه تأخير الفسخ لكون الطريق مخوفاً ، أو المكاتب مريضاً • وإذا فسخ بنفسه ، فليشهد عليه ، لئلا يكذبه المكاتب ، وإن رفع إلى الحاكم ، فلا بد أن يثبت عنده حلول النجم وتعذر التحصيل ، ويحلفه الحاكم مع ذلك ، لأنه قضاء على الغائب • قال الصيدلاني : يحلفه أنه ما قبض النجوم منه ، ولا من وكيله ، ولا أبرأه ، ولا أحال به ، ولا يعلم له مال حاضر • وذكر الحوالة مبني على جواز الحوالة بالنجوم • ولو كان مال المكاتب حاضراً ، لم يؤد الحاكم النجوم منه ، ويمكن السيد من الفسخ •

(١) في الأصل : ككساد •

[لأنه] ربما عجز نفسه لو كان حاضراً ، ولم يؤد المال • ولو نظر المكاتب بعد حلول النجم ، وأذن له في السفر ، ثم بدا له في الانظار ، لم يكن له الفسخ في الحال ، لأن المكاتب غير مقصر هنا ، ولكن يرفع السيد الأمر إلى الحاكم ، ويقيم البينة على الحلول والغية ، ويحلف مع ذلك ، ويذكر أنه رجع عن الإنظار ، فيكتب الحاكم إلى حاكم بلد المكاتب ليعرفه الحال ، فإن أظهر العجز ، كتب به إلى حاكم بلد السيد ليفسخ إن شاء ، وإن قال : أؤدي الواجب ، فإن كان للسيد هناك وكيل ، سلم إليه ، فإن أبي ، ثبت حق الفسخ للسيد ، وللوكيل أيضاً إن كان وكيلاً فيه • وحكى ابن كج قولاً آخر أنه لا فسخ بالامتناع عن التسليم إلى الوكيل ، لاحتمال العزل • وإن لم يكن هناك وكيل ، أمره الحاكم بإيصاله إليه ، إما بنفسه ، وإما بغيره ، ويلزمه ذلك في أول رفقة تخرج^(١) ، أو في الحال إن كان لا يحتاج إلى رفقة في ذلك الطريق ، وعلى السيد الصبر إلى أن تمضي مدة إمكان الوصول ، فإن مضت ، ولم يوصله مقصراً ، فللسيد الفسخ • قال ابن كج : ولو لم يكن في بلد السيد حاكم ، فكتب السيد إلى العبد ، وأعلمه بالحال ، وأمره بالتسليم إلى رجل ، فامتنع ، فعندي أنه كما لو امتنع بعد كتاب القاضي إذا وقع له العلم به • وحكى ابن القطان فيه وجهين • قال : وحكى وجهين فيما لو سلم المكاتب إلى وكيل السيد ، وبأن أن السيد عزله ، هل يبرأ المكاتب ؟ قال : وعندي أن الوجهين مخصوصان بما إذا قال الحاكم : فلان وكيله ، ولم يأذن بالتسليم إليه ، فإن أمره ، بالتسليم إليه ، برىء بلا خلاف •

السبب الثالث : الامتناع ، فإذا امتنع المكاتب من أداء النجوم

(١) في الأصل : في أول او رفقة .

مع القدرة ، لم يجب عليه ، لأن الحط له ، فلا يجبر عليه ، ولأن الكتابة جائزة من جهة المكاتب ، ولأنها تتضمن التعليق بالصفة ، والعبد لا يجبر على الصفة ، فإذا عجز نفسه ، فالسيد بالخيار ، إن شاء فسخ ، وإن شاء صبر ، وإن أراد الفسخ ، فسخ بنفسه ، ولا يحتاج إلى القاضي . وهل للمكاتب الفسخ ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، إذ لا ضرر عليه في بقائها ، وأصحهما : نعم ، كالمرتهن يفسخ الرهن ، قال الإمام : وتجوز الامتناع من الأداء مع أنه لا يملك الفسخ بعيد .

الرابع : قد سبق أن الكتابة لا تنسخ بجنون العبد ، فإن أراد السيد الفسخ ، اشترط أن يأتي الحاكم ، فيثبت عنده الكتابة ، وحلول النجم ، ويطلب به . ويحلفه الحاكم على بقاء الاستحقاق ، ثم يبحث ، فإن وجد للمكاتب مالا ، آذاه عن الواجب عليه ، ليعتق ، لأن المجنون ليس من أهل الضرر لنفسه . فتاب عنه الحاكم ، بخلاف الغائب الذي له مال حاضر . ثم إن الجمهور أطلقوا أن الحاكم يؤدي عنه . وقال الغزالي : يؤدي إن رأى له مصلحة في الحرية ، وإن رأى أنه يضيع إذا عتق ، لم يؤدي ، وهذا حسن ، ولكنه قليل النفع ، مع قولنا : إن للسيد إذا وجد مالا الاستقلال بأخذه ، إلا أن يقال : يمنعه الحاكم من الأخذ والحالة هذه . وإن لم يجد الحاكم له مالا ، مكن السيد من الفسخ ، فإذا فسخ ، عاد المكاتب قناً له ، وعليه نفقته ، فإن أفاق ، وظهر له مال كان حصله قبل الفسخ ، دفعه إلى السيد ، وحكم بعقده ، وبعض التعجيز . هكذا أطلقوه . وأحسن الإمام ، فقال : إن ظهر المال في يد السيد ، رد التعجيز ، وإلا ، فهو ماض ، لأنه فسخ حين تعذر الوصول إلى حقه ، فأشبه ما لو كان ماله غائباً ، فحضر بعد الفسخ . وإذا حكنا ببطان التعجيز ، وكان السيد جاهلاً بحال المال ، فعلى المكاتب رد ما أنفق السيد عليه . وإن وجد السيد للمكاتب في جنونه

مالاً ، فقد سبق أن الاستقلال بأخذه ، وحكىنا عن الإمام فيه تفصيلاً .
الخامس : إذا مات المكاتب قبل تمام الأداء ، انفسخت الكتابة ،
ومات رقيقاً ، فلا يورث ، وتكون أكسابه لسيده ، وتجهيزه عليه ،
سواء خلف وفاء بالنجوم ، أم لا ، وسواء كان الباقي قليلاً أم كثيراً ،
وسواء كان حط عنه شيئاً ، أم لا ، لأن الإيتاء غير معلوم ، فلا يسقط
به معلوماً . نص في « الأم » على أنه لو أحضر المكاتب المال ليدفعه
إلى السيد ، أو دفع المال إلى رسوله ليوصله إليه ، فمات قبل قبضه ،
ومات رقيقاً أيضاً ، وأنه لو وكل المكاتب رجلاً في دفع النجم الأخير إلى
السيد ، ومات المكاتب ، فقال أولاده الأحرار : دفع الوكيل قبل موته ،
فمات حراً ، وكذبه السيد ، فهو المصدق ، فإن أقاموا بينة على الدفع
يوم الخميس ، وكان قد مات يوم الخميس ، لم ينفعهم إلا أن يقول
الشهود : دفع قبل موته ، أو يقولوا : دفع قبل طلوع الشمس ، ويكون
السيد معترفاً بأن مات بعد الطلوع . وأنه لو شهد وكيل المكاتب بقبض
السيد قبل موت المكاتب ، لم تقبل شهادته ، ولو شهد به وكيل السيد ،
قبلت ، لعدم التهمة .

فروع

تتعلق بالفسخ^(١) والانساخ ، فيحصل الفسخ بقول السيد :
فسخت الكتابة ، ونقضتها ، ورفعتها ، وأبطلتها ، وعجزت المكاتب .
ولو لم يطالبه السيد بعد حلول النجم مدة ، ثم أحضر المكاتب المال ،
لم يكن للسيد الامتناع من قبضه ، ونص في « الأم » أنه لو قال بعد
التعجيز : قررتك على الكتابة ، لم يصر مكاتباً حتى يجدد كتابة ، وقد
سبق في القراض ما يقتضي خلافاً فيه .

(١) في الأصل : الفسخ .

قلت : ليس هذا كالتقراض ، فإن معظم الاعتماد هنا في العتق على التعليق ، وهذا اللفظ لا يصلح له . والله أعلم

ولو تطوع رجل بأداء مال الكتابة ، فهل يجبر السيد على القبول . أم له الفسخ ؟ وجهان أحدهما : له الفسخ ، وبه قطع الإمام . وإذا قبل ، ففي وقوعه عن المكاتب إذا كان بإذنه وجهان ، القياس : الوقوع . وإذا مات المكاتب رقيقاً ، أو فسخ السيد الكتابة لعجزه ، رق كل من يكتب عليه والد وولد^(١) ، وصاروا جميعاً للسيد ، وجميع ما في يده من المال للسيد إن لم يكن عليه دين ، فإن كان ، فسنذكره إن شاء الله تعالى .

فرع

إذا قهر السيد المكاتب ، واستعمله مدة ، لزمه أجرة مثله . ثم إذا جاء المحل ، هل يلزمه إمهاله مثل تلك المدة ، أم له تعجيله والفسخ ؟ قولان . أظهرهما : الثاني ، لأنه أخذ بدل منافعه . ولو حبسه عن السيد ، فالمذهب أنه لا إمهال ، وأجراه العراقيون على القولين . وقد ذكرنا المسألة فيما لو أسر الكفار مكاتباً مدة [ثم] استتقذناه .

المسألة الرابعة : فيما إذا انضم إلى النجوم ديون على المكاتب لسيد أو لغيره ، أو له ولغيره . وفيها صور . الأولى : كان للسيد مع النجوم دين معاوضة ، أو أرش^(٢) جناية ، فإن تراضيا بتقديم الدين ، فذاك ، وإن تراضيا بتقديم النجوم ، عتق . ثم المذهب أن الدين الآخر لا يسقط ، فللسيد مطالبته به . ولو كان ما في يده وافياً بالنجوم دون الدين ، فإذا أداه عن النجوم بإذن السيد ، فالحكم ما ذكرناه ، وللسيد

(١) في الأصل : من ولده وولد ولده .

(٢) في الأصل : وارش .

منعه من تقديم النجوم ، فيأخذ ما معه عن الدين ، ثم يعجزه • وهل له تعجيزه قبل أخذه ؟ وجهان ، أصحهما : نعم • ولو دفع المكاتب ما في يده إلى السيد ، ولم يتعرضا للجهة ، ثم قال المكاتب : قصدت النجوم ، وأنكر السيد ، أو قال : أصدقه ، ولكن قصدت أنا الدين لا النجوم ، فقال القفال : يصدق المكاتب • وقال الصيدلاني : يصدق السيد ، لأن الاختيار هنا إليه ، بخلاف سائر الديون •

قلت : قول القفال أصح ، والله اعلم

الثانية والثالثة : إذا اجتمع عليه نجوم وديون للسيد أو لغيره ، أو له ولغيره ، فهو كالحر في الحجر عليه بالفلس ، وقسم ماله بين أصحاب الديون • وهل تحل بالحجر الديون المؤجلة ؟ طريقان • أصحهما : قولان ، كالفلس • والثاني : تحل قطعاً ، لأن للرق^(١) أثراً في إبطال الأجل ، ولهذا نص الشافعي رحمه الله أن الحربي إذا استرق وعليه دين مؤجل ، حل ، فإن قلنا : يحل ، قسم المال على الجميع ، وإلا ، فعلى الحال ، ولا يحجر عليه بالتماس السيد للنجوم ، لأنها غير مستقرة ، والمكاتب متمكن من إسقاطها •

إذا ثبت هذا ، فإن كان ما في يد المكاتب وافياً بالديون ، قضيت ، وإلا ، فإن لم يحجر عليه ، فله تقديم ما شاء من الديون ، ولله تعجيل الديون قبل المحل ، ولا يجوز تعجيل الديون المؤجلة بغير إذن سيده • وفي جوارزه يأذنه الخلاف في تبرعائه يأذنه • وفي معناه ما إذا عجل الديون للسيد ، ومنهم من طرد الخلاف في تعجيل النجوم ، ذكره الروياني • وإذا قدم النجوم ، عتق ، وبقي دين الأجانب عليه ، ولا

(١) في الأصل : الرق .

يجيء فيه الخلاف في إعتاق الجاني ، لأن العتق يحصل بالصفة السابقة
نأي الجناية ، فهو كما لو علق عتق عبده بصفة ، ثم جنى ، فإن الجناية
لا تمنع وقوع العتق بالتعليق السابق بلا خلاف ، والأولى أن يقدم
دين المعاملة ، فإن فضل شيء ، جعله في الأرض ، فإن فضل شيء ،
صرفه في النجوم . وسيظهر وجه هذا الترتيب إن شاء الله تعالى . وإن
حجر عليه ، تولى قسمة ما في يده . وفي كيفية القسمة وجهان ، ويقال :

قولان ، أحدهما : يقسم على قدر الديون ، وأصحهما : يقدم دين
المعاملة ، لأنه يتعلق بما في يده خاصة ، وللأرض متعلق آخر ، وهو
الرقبة ، وكذا حق السيد بتقدير العجز يعود إلى الرقبة ، ويسوى بين
النقد والعرض ، ثم يقدم أرض الجناية على النجوم ، لأن الأرض
مستقر ، والنجوم [معرضة] للسقوط . وقال القاضي أبو الطيب :
لا خلاف أن هذا الثاني مذهب الشافعي رحمه الله ، وإنما الأول إذا
رضوا بالتسوية ، فإن عجز المكاتب نفسه ، سقطت النجوم . وفي دين
المعاملة للسيد وجهان . أحدهما : يسقط أيضاً ويصرف ما في يده إلى
ديون الأجانب ، من معاملة وأرض ، فإن لم يف بالنوعين ، فهل تقدم
المعاملة ، أم الأرض ، أم يسوى بينهما ؟ أوجه ، أصحها عند الشيخ أبي
محمد ، والغزالي ونحوهما : الثالث . ثم ما تبقى من دين المعاملة ،
يتبع به بعد العتق ، وما تبقى من الأرض يتعلق بالرقبة ، يباع فيه . ولو
مات المكاتب قبل قسمة ما في يده ، انفسخت الكتابة ، وسقطت النجوم .
قال ابن سريج ، وابن الصباغ : تسقط الأروش ^(١) أيضاً ، لأنها تتعلق
بالرقبة ، وقد فاتت ، وبما في يده بحكم الكتابة ، وقد بطلت ، فعلى هذا
يتعين صرف ما خلفه إلى المعاملة . وقال الصيدلاني والإمام والبعوي :

(١) في الأصل : الأروش .

تبقى الأروش وتعلقها بالمال ، فعلى هذا إن سويناً في صورة التعجيز .
فهنا أولى ، وإن قدمنا [الأرش ، فكذا هنا ، وإن قدمنا] المعاملة ، فهل
تقدم هنا أيضاً ، أم يسوى ؟ وجهان ، أصحهما : التسوية ، لأنهما
متعلقان بما خلفه .

فرع

إذا لم يكن في يد المكاتب مال ، أو قسم الموجود ، إما على الديون
جميعاً بالسوية ، وإما على التقديم والترتيب ، وبقيت النجوم أو
بعضها ، فللسيد تعجيزه ، ورده رقيقاً . وإن بقيت الأروش أو بعضها ،
فمستحق الأرش الباقي ، لعجزه ، لتباع رقبته في حقه ، ولا يعجزه
بنفسه ، لأنه لم يعقده ، لكن يرفع الأمر إلى الحاكم ليعجزه ، صرح
الأصحاب بهذا . وقال الإمام : ظاهر كلامهم أنه يعجزه بنفسه .
والوجه : الرفع إلى القاضي . فلو أراد السيد أن يفديه ويبقي الكتابة .
فهل يمتنع على مستحق الأرش التعجيز ويلزمه قبول الفداء ؟ وجهان :
أرجحهما عند الإمام والغزالي : لا ، وأصحهما : نعم ، وبهذا قطع
الجمهور . وأما صاحب دين المعاملة ، فليس له التعجيز ، لأن حقه
لا يتعلق بالرقبة . ولو أمهله السيد ومستحق الأرش ، ثم بدا لبعضهم (١)
وأراد التعجيز ، فله ذلك . وإذا تحقق التعجيز ، سقطت النجوم ،
وبياع في الأرش ، إلا أن يفديه السيد ، ودين المعاملة لا يتعلق بالرقبة
على الصحيح .

فرع

ذكرنا أن الأصح تقديم دين الأجنبي على النجوم ، وهل يضارب
السيد معهم بماله من دين المعاملة؟ وجهان ، أصحهما : نعم ، وأما ما للسيد

(١) في الأصل : بدا له لبعضهم .

عليه من أرش جناية ، فقال ابن كج : يستوي السيد والأجنبي فيه في دوام الكتابة ، وأما بعد التعجيز ، فيباع في أرش الجناية للأجنبي ، ويسقط ما للسيد ، لأنه صار ملكه ، ولا يثبت للسيد على عبده أرش ، ويجوز أن يجعل فيه خلاف .

المسألة الخامسة : إذا كان بينهما عبد بالسوية ، فكاتباه ^(١) ، لم يكن للمكاتب أن يفضل أحدهما على الآخر في المدفوع . فلو دفع إلى أحدهما تمام حصته بغير إذن الآخر ، لم يعتق منه شيء ، لأن نصف المأخوذ لشريكه ، ويجيء فيه ^(٢) وجه ضعيف سبق . وإن دفع إليه تمام النجوم ، فكذلك على الأصح ، وللشريك الآخر أخذ حصته مما قبض بلا خلاف . ولو قبض أحدهما جميع النجوم بإذن الآخر ، عتق العبد قطعاً . وإن سلم إلى أحدهما حصته من مال الكتابة بإذن الآخر ورضاه بتقديمه ، فهل يصح القبض ؟ قولان أظهرهما : لا ، لأن حقه في ذمة المكاتب . وما في يده ملكه ، فلا أثر للإذن فيه ، ولأنه لو جاء بالمال ليعطيها ، فرضي أحدهما بأن ^(٣) يزن للآخر أولاً ، ففعل ، وأقبضه ، لم يعتق حتى يزن للآخر . ولو هلك الباقي قبل أن يزن لثاني ، كان المدفوع بينهما ، فكذا هنا ، والثاني : نعم ، لأن الحق لا يعدوهم . فإن قلنا : لا يصح القبض ، لم يعتق نصيب القابض ^(٤) ، وللأذن طلب حصته من المقبوض . ثم إن أدى المكاتب الباقي ، عتق عليهما . وإلا . فلهما التعجيز . وإن قلنا : يصح القبض ، اختص القابض بما قبض . وعتق نصيبه . ثم إن كان معسراً ، لم يعتق عليه

(١) في الأصل : فكذباه .

(٢) في الأصل : فيها .

(٣) في الأصل : أن .

(٤) في الأصل : لم يصح قبض القابض .

نصيب الآخر ، ولكن إن كان في يد المكاتب ما يفني بنصيب الآخر ، وأداء ، عتق أيضاً ، وإلا ، فله التعجيز . وإن كان موسراً ، قوم عليه نصيب الشريك . وهل يقوم في الحال ، أم عند التعجيز عن نصيب الآخر ؟ فيه القولان السابقان فيما إذا عتق أحدهما نصيبه ، فإن قلنا : يقوم في الحال ، فجميع ما في يد المكاتب يكون للشريك الآذن ، وما كسبه بعد ذلك يكون بين المكاتب والشريك الآذن ، لأنه كسب بنصيبه الحر والمكاتب . وإن مات قبل الأداء والتعجيز ، فعلى ما سبق هناك . هذه طريقة جماهير الأصحاب . وقال الإمام : إن كان في يده وفاء بنصيب الشريك الآذن ، فالذي رأيته للأصحاب القطع بأنه لا سراية . وقال الغزالي : ولا نقول بعتق نصيبه ، بل يؤدي نصيب الآذن ، فإذا أدى ، عتق عليهما ، وإن عجز عن أداء نصيب الآذن ، فعن ابن سريج : لا يشارك القابض فيما قبض ، لأنه لما قدمه رضي ببقاء حقه (١) في ذمة المكاتب ، فعلى هذا يعتق نصيب القابض . وفي السراية ما ذكره الجماهير . وعن غيره أن الآذن يشاركه ، لأن ما قبضه ، كسب عبدهما ، وإنما تبرع الآذن بالتقديم ، لا بالتملك ، ولا يخلص له المقبوض . فعلى هذا لهما تعجيزه وإرقاقه .

فرع

قد سبق أنهما إذا كاتبا المشترك ، فادعى أنه أوفاهما ، فصدق أحدهما ، وكذبه الآخر ، صدق المكذب بيمينه ، فإذا حلف ، بقيت الكتابة في نصيبه ، وهو بالخيار بين أن يشارك المصدق فيما أقرب قبضه ، فيأخذ نصفه ، ويطالب العبد بالباقي ، وبين أن يطالب المكاتب بتمام

(١) في الأصل : حقه وفي .

نصيبه ، لأن كسبه متعلق حقهما بالشركة • وقيل : إذا جوزنا انفراد أحدهما بكتابة نصيبه ، لم يشارك المصدق ، بل يطالب المكاتب بجميع حقه • وإنكاره قبض الشريك لا يمنعه الرجوع عليه ، لأنه أقر بالقبض ، وربما قبض وهو لا يعلم • ثم إذا أخذ المكاتب حصته منهما ، أو من العبد لاعترافه بأنه مظلوم ، ولا يرجع العبد أيضاً على المصدق بما العبد وحده ، عتق باقيه ، ولا يرجع المصدق إن أخذ منهما بشيء على يأخذ منه ، ولا تقبل شهادة المصدق على المكذب ، لأنه متهم •

السادسة : إذا كاتب عبيداً ، وشرط أن يتكفل بعضهم بعضاً بالنجوم ، فسدت الكتابة ، لأنه شرط فاسد ، لأن ضمان النجوم باطل • ولو ضمن بعضهم بعضاً بلا شرط ، لم يصح ، وفي قول قديم : لا تفسد الكتابة بالشرط المذكور ، لأنه مصلحة العقد والمشهور الأول ، ولو كاتب عبداً بشرط أن يضمن عنه فلان ، لم تصح الكتابة أيضاً ، ولو أدى بعض المكاتبين عن بعض بلا شرط ولا ضمان ، أو كاتب عبيدين في عقدين ، فأدى أحدهما عن الآخر ، فإن أدى بإذنه ، رجع عليه ، وإلا ، فلا ، وإن أدى قبل العتق ، فهو تبرع ، وتبرعه بغير إذن السيد باطل ، وإذنه قولان ، فإن لم يعلم السيد أنه يؤدي عن غيره ، بأن ظن أن كسب المؤدى عنه ، وأنه وكيله ، فهو تبرع بغير إذن السيد ، وإن علم الحال ، فهو كالتصريح بالإذن على الأصح ، فإن صححنا الأداء ، لم يرجع المؤدى على السيد ، ويرجع على المؤدى عنه إن أدى بإذنه ، ولا يرجع إن أدى بغير إذنه ، وإذا ثبت له الرجوع عليه ، فإن كان قد عتق ، فذاك ، وإلا ، فيأخذ مما في يده ، ويقدم على النجوم ، لأنه لا بدل له ، وحق السيد له بدل عند التعذر ، وهو رقبته ، وإن لم نصحح الأداء ، فلا رجوع للمؤدى على المؤدى عنه ، لكنه يسترد من السيد ، فلو أدى النجوم ، وعتق ، فالنص أنه لا يسترد حينئذ ، ونص

فيما لو جنى السيد على مكاتبه ، فعفا عن الأرش ، وأبطلنا العفو بناء على رد تبرعاته ، فعتق ، أن له أخذ الأرش • قال أكثر الأصحاب : في الصورتين قولان ، كزوال المانع من تبرعه ، لكن وقع العفو والأداء فاسدين ، فلا ينقلبان صحيحين • ولو كاتب رجلان كل واحد منهما عبده ، ثم أدى أحدهما عن الآخر بغير إذن سيده ، لم يصح أدائه ، ويأذنه قولان • وقال القفال : إن انضم إذن المؤدى عنه إلى إذن سيده ، صح بلا خلاف ، لأنه يكون إقراضاً ، والإقراض يأذن السيد صحيح بلا خلاف ، فإن لم نصحح أدائه ، فله الاسترداد ، فإن عتق قبل الاسترداد ، ففيه الخلاف •

فرع

المكاتبون دفعة واحدة إذا اختلفوا فيما دفعه إلى السيد ، فقال من قلت قيمته : أدينا التجوم على عدد الرؤوس ، وقال من كثرت قيمته : بل على أقدار القيسم ، فقولان • أظهرهما : يصدق من قلت قيمته ، لثبوت يده على ما ادعاه • والثاني : يصدق الآخر ، لأن الظاهر معه • وقيل : ليست على قولين ، بل إن أدوا بعض المال بحيث لو وزع على رؤوسهم ، لم يخص أحدهم أكثر من قسطه ، صدق قليل القيمة ، وإن أدوا الجميع ، وادعى قليل القيمة أنه أدى أكثر مما عليه ليكون وديعة عند السيد أو قرضاً على كثير القيمة ، فيصدق كثير القيمة • قال الروياني : ويجري الخلاف فيما لو اشترى اثنان شيئاً على التفاضل ، وأديا الثمن ، واختلفا في أنهما أديا متفاضلاً ، أم متساوياً •

(١) في الأصل : وديت •

(٢) في الأصل : ليات •

السابعة : في الاختلاف ، وفيه صور ، إحداهما : ادعى عبد على سيده انك كاتبني ، فأنكر ، صدق السيديمينه ، وكذا لو ادعى على وارثه بعده ، أن مورثك كاتبني ، صدق الوارث ، ويحلف على نفي العلم . ولو قال السيد : كاتبك وأنا مجنون ، أو محجور علي ، قال العبد : بل كنت كاملاً ، فإن عرف للسيد جنون أو حجر ، صدق ، وإلا ، فيصدق العبد . ولو قال السيد : كاتبك ، فأنكر العبد ، ففي كتاب ابن كج أنه [إن] لم يعترف بأداء المال عاد رقيقاً ، ويكون إنكاره تعجيزاً منه . وإن قال السيد : وأدیت^(١) المال وعقت ، فهو حر بإقراره ، فإن قال العبد : الذي أدیت إليك ليس لي ، بل وديعة لزيد ، وادعاه زيد ، صدق ، أما إذا اختلفا في أداء المال ، فالمصدق السيد ، فإن أراد المكاتب إقامة بينة بالأداء ، أمهل ثلاثة أيام . وهل هذا الإمهال واجب ، أم مستحب ؟ وجهان . ولا تثبت الكتابة بشاهد وامرأتين ، ولا بشاهد ويمين . ويشترط في الشهادة التعرض للتنجيم ، وقدر كل نجم ووقته ، ويثبت الأداء بشاهد وامرأتين ، وبشاهد ويمين . وقيل : لا يثبت النجم الأخير إلا بعدلين ، لتضمنه العتق ، والصحيح الأول . وحكى الروياني في « الكافي » أنه لو أمهل ثلاثة أيام ليأتي^(٢) بينة الأداء ، فأحضر شاهداً بعد الثلاثة ، واستنظر ليأتي بالثاني ، أنظر ثلاثة أخرى .

الثانية : اختلفا في قدر النجوم ، أو عددها ، أو جنسها ، أو صفتها ، أو قدر الأجل ، ولا بينة ، تحالفا ، وكيفيته كما سبق في البيع ، فإذا تحالفا ، نظر ، إن لم يحصل العتق باتفاقهما ، بأن لم يقبض جميع

(١) في الاصل : ودیت .

(٢) في الاصل : ليات .

[ما يدعيه] ، أو قبض غير الجنس الذي يدعيه ، فهل تتفسخ الكتابة ، أم يفسخها الحاكم إن لم يتراضيا على شيء ؟ فيه ما سبق في البيع . وإن حصل العتق باتفاقهما ، بأن قبض ما يدعيه بتمامه ، وزعم المكاتب أن الزيادة على القدر الذي اعترف به أودعها عنده ، استمر نفوذه ، وبتراجعان ، فيرجع السيد بقيمة المكاتب ، ويرجع هو بما أدى ، وقد يقع في التقاص . ولو قال السيد : كاتبك على نجم ، فقال : بل على جمين ، قال البغوي : صدق السيد بيمينه ، لأنه يدعي فساد العقد .

قلت : ينبغي أن يكون على الخلاف فيما لو اختلف المتبايعان في مفسد للبيع (١) . والله أعلم

فلو أقام العبد بينة ، بأنه كاتبه في رمضان سنة كذا على ألف ، وأقام السيد بينة أنه كاتبه في شوال تلك السنة على ألفين ، فإن اتفقا أن الكتابة متحدة ، فكل بينة تكذب الأخرى ، فيتساقطان ويتحالفان . وإن لم يتفقا على الاتحاد ، فالبينة المتأخرة أولى ، لأنه ربما كاتب في رمضان ثم ارتفعت (٢) تلك الكتابة ، وأحدث أخرى .

الثالثة : ولد المكاتب من زوجته المعتقة حر ، وولأوه لمواليها (٣) ، فإن عتق المكاتب ، انجر الولاء إلى مواليه ، كما سبق في الولاء . فلو مات المكاتب ، فاختلف مولاه ومولى أم أولاده ، فقال مولاه : عتق بأداء النجوم ، ثم مات وجر ولاء (٤) أولاده إلي ، وأنكر مواليتها ، فهم المصدقون باليمين ، وعليه البينة . وهل يكفيه شاهد ويمين ، أو شاهد

(١) في الأصل : البيع .

(٢) في الأصل : ارتفعت .

(٣) في الأصل : لمولها .

(٤) في الأصل : ولاءه .

وامرأتان ، أم يحتاج إلى شاهدين ؟ فيه الخلاف في النجم الأخير ،
ويدفع مال المكاتب إلى ورثته الأحرار ، لإقرار السيد أنه مات حراً •
ولو أقر السيد في حياة المكاتب بأنه أدى النجوم ، عتق ، وجر إليه
ولاء ولده •

الرابعة : كاتب عبدین في صفتين ، أو صفقة ، وجوزناها ، ثم
أقر أنه استوفى نجوم أحدهما ، أو أنه أبرأ أحدهما ، أمر بالبيان ، فإن
قال : نسيت ، أمر بالتذكر ، ولا يقرع بينهما ما دام حياً ، وقيل :
يقرع ، والصحيح الأول ، فإن بين أحدهما ، فصدقه الآخر ، فذاك ،
وإن كذبه وقال : بل استوفيت مني ، أو أبرأتني ، فله تحليف السيد ،
فإن حلف ، بقيت كتابته إلى أداء النجوم ، وإن نكل ، حلف المكذب ،
وعتق أيضاً • وإن لم يتذكر ، حلف لهما إذا ادعاه • وإذا حلف ،
فوجهان ، أحدهما : يقيان على الكتابة ، ولا يعتق واحد منهما إلا
بأداء النجوم ، والثاني : تتحول دعوى المكاتبين ، فإن حلفا على
الأداء ، أو نكلا ، بقيا على الكتابة ، وإن حلف أحدهما ، ونكل الآخر ،
حكم بعتق الخالف ، وبقي الآخر مكاتباً • ولو بين أحدهما ، فقال
الآخر : تؤتيني بالإقرار الذي اتهمته ، ولم يقل : استوفيت مني أو
أبرأتني ، قال الإمام : فالأصح أن دعواه مردودة ، لأنه لا يدعي حقاً
ثابتاً ، وإنما يدعي إخباراً قد يصدق فيه وقد يكذب ، وقد سبق نظير
هذا في الدعاوى • ولو مات السيد قبل البيان ، فهل يقوم الوارث
مقامه في البيان ؟ قولان • أحدهما : لا ، بل يقرع ، فمن خرجت قرعته ،
فهو حر ، وعلى الآخر أداء النجوم ، وله تحليف الوارث على نفي العلم •
وأظهرهما : يقوم مقامه ، ولا قرعة ، فإذا بين ، فالحكم كما سبق في
بيان المورث ، إلا أن الوارث يحلف على نفي العلم ، فإن قال الوارث :
لا أعلم المؤدي ، فلكل واحد تحليفه أنه لا يعلمه أدى ، فإذا حلف لهما ،

فوجهان : أحدهما : يستوفي من كل واحد منهما ما عليه ، كما لو أقر بأن أحد غريميه أوفاه دينه ، ومات قبل البيان ، وحلف الوارث لكل واحد منهما ، فإنه يستوفي الدينين جميعاً • وحكى ابن الصباغ توقف العتق على أداء كل واحد منهما جميع ما عليه ، ثم قال : وعندي أنه إن استوفى المالان ، فقالا : تؤدي ما على أحدهما ، أو اختلفا ، فقالا : تؤدي الأكثر ليعتق ، كان لهما ذلك ، لأنهما بأدائه قد أديا جميع ما عليهما • والوجه الثاني وهو الأصح ، وبه قال القاضي أبو الطيب : يقرع بينهما . هكذا رتب الجمهور المسألة • وقال الإمام والغزالي : لكل واحد من الكتابين أن يدعي على الوارث توفية النجوم إلى المورث أو إبراءه له : وأن يحلفه على تقي العلم ، فإذا حلف هل يقرع ؟ قولان • أظهرهما : نعم ، فمن خرجت له القرعة ، فمر حر ، وعلى الآخر أداء النجوم • وإن قلنا : لا يقرع ، قال الإمام : الذي يقتضيه القياس التوقف على الاصطلاح ، أو البيان ، أو بينة ، وينقدح أن يقال : للوارث تعجيزهما ، فإنهما ممتنعان من الأداء وأحدهما مكاتب ، وحينئذ فأحدهما حر ، والآخر رقيق ، فيقرع ، والمذهب ما قدمناه عن الجمهور • ولو أقر باستيفاء بعض نجوم أحدهما ، ولم يبين ، فلا قرعة ، لأن العتق لا يحصل به ، بل يوقف الأمر • ولو ادعى أحد المكاتبين على الوارث الأداء أو الإبراء^(١) ، فأنكر ، حصل إنكاره الإقرار للآخر ، قاله الصيدلاني •

قلت : هذا الذي قاله الصيدلاني فيما إذا قال في إنكاره : لست المؤدي • أما إذا قال : لا أعلم ونجوه ، فليس مقراً للآخر بلا شك • والله اعلم

(١) في الأصل : الأداء برا •

فروع

من « التهذيب » لو قال السيد : استوفيت ، أو قال المكاتب :
أليس قد أوفيتك ، فقال : بلى ، ثم قال المكاتب : وفيتك الجميع • وقال
السيد : البعض ، فالمصدق السيد ، لأن اللفظ يحتملها جميعاً ولو وضع
عن المكاتب شيئاً من النجوم ، واختلفا ، فقال السيد : وضعت من النجم
الأول ، وقال المكاتب : من الأخير ، أو قال : وضعت بعض النجوم ،
فقال المكاتب : بل كلها ، صدق السيد بيمينه • ولو كاتبه على ألف
درهم ، فوضع عنه عشرة دنائير ، لم يصح ، فإن قال : أردت قيمة عشرة
دنائير من الدراهم ، صح • فلو قال المكاتب : أردت المعنى
الثاني ، فأنكر السيد ، صدق السيد • ولو وضع عنه من الدراهم
ما يقابل عشرة دنائير ، فهو مجهول عندهما ، ففي صحته وجهان ، بناء
على الخلاف فيما لو أوصى بزيادة على الثلث وأجاز الوارث وهو
جاهل بالزيادة ، ففي وجه : لا يصح ، ويحمل على أقل ما يتيقن •

الحكم الثالث : تصرفات السيد في المكاتب ، وما يتعلق به ،
وتصرف المكاتب ، أما القسم الأول ، ففيه مسائل : إحداها : في صحة
بيع السيد رقبة المكاتب ، وهبته قولان ، الأظهر الجديد : بطلانه ،
ومنهم من قطع به ، فعلى هذا لو أدى النجوم إلى المشتري بعد البيع ،
فهل يعتق ؟ فيه الخلاف الذي ذكره إن شاء الله تعالى فيما لو دفع
النجوم إلى مشتري النجوم • ولو استخدمه المشتري مدة ، لزمه
أجرة المثل للمكاتب ، وهل على السيد أن يمهله قدر المدة التي كانت (١)
في يد المشتري ؟ قولان كما لو استخدمه السيد أو حبسه • وإن قلنا

(١) في الاصل : كان •

بالقديم فثلاثة أوجه ، الصحيح : بقاء الكتابة ، وينتقل إلى المشتري مكاتباً ، فإذا أدى إليه النجوم ، عتق ، وكان الولاء للمشتري . والثاني : يعتق بالأداء إلى المشتري ، ويكون الولاء للبائع ، ويكون انتقاله بالشراء كانتقاله بالإرث . والثالث : ترتفع الكتابة بالبيع ، فينتقل غير مكاتب ، وهو ضعيف . ولو قال أجنبي لسيد المكاتب : أعتق مكاتبك على كذا ، أو أعتقه عني على كذا ، أو مجاناً ، فهو كقوله : أعتق مستولدتك ، وقد سبق في الكفارات ، ولا يجوز للسيد بيع ما في يد المكاتب ، ولا إعتاق عبيده ، ولا تزويج إماءه .

الثانية : لا يصح بيع السيد نجوم الكتابة التي على المكاتب على المذهب ، ولا الاستبدال عنها على الصحيح ، فلو باعها ، لم يجر للمكاتب تسليمها إلى المشتري ، ولا للمشتري مطالبتها بها ، ويحصل العتق بدفعها إلى السيد . وهل يحصل بدفعها إلى المشتري ؟ قال في « المختصر » : نعم . وفي « الأم » : لا ، فقال الجمهور : قولان . أحدهما : نعم ، لأن للسيد سلطة على القبض ، فأشبهه الوكيل وأظهرهما : لا ، لأنه يقبض لنفسه ، حتى لو تلف في يده ، ضمنه ، بخلاف الوكيل ، وقال أبو إسحاق : إن قال عند^(١) البيع : خذها منه ، أو قال للمكاتب : ادفعها إليه ، صار وكيلاً ، وعتق بقبضه ، وإن اقتصر على البيع ، فلا . ويقال : إن أبا إسحاق ، عرض هذا الفرق على ابن سريج ، فلم يعبا به . وقال هو وإن^(٢) صرح بالإذن ، فإنما يأذن بحكم المعاوضة لا بالوكالة . فإن قلنا : يعتق ، فما أخذه المشتري يعطيه للسيد لأننا جعلناه كوكيله . وإن قلنا : لا يعتق ، فالسيد يطالب المكاتب ، والمكاتب يسترد من المشتري .

(١) في هامش الأصل ، وإحدى نسخ الظاهرية : بعد .

(٢) في الأصل : إن .

الثالثة : السيد معه في المعاملة كأجنبي يبايعه ، ويأخذ ثمنه بالشفعة • فلو ثبت له على سيده دين معاملة ، ولسيده عليه النجوم ، أو دين معاملة ، ففي التقاص الخلاف الآتي في الفرع عقبيه إن شاء الله تعالى •

فرع

في التقاص • إذا ثبت لشخصين كل واحد منهما على صاحبه دين بجهة واحدة أو جهتين ، كسلم وقرض ، أو قرض وثن ، نظر ، هل هما نقدان ، أم لا ؟ وهل هما جنس ، أم لا ؟ فإن كانا جنساً ، واتفقا في الحلول وسائر الصفات ، فأربعة أقوال • أظهرها : يحصل التقاص بنفس ثبوت الدينين • ولا حاجة إلى الرضى ، إذ لا فائدة فيه • والثاني : لا يحصل التقاص • وإن رضى • لأنه بيع دين بدين • والثالث : يشترط في التقاص رضاهما • والرابع : يكفي رضى أحدهما • وإن اختلف الدينان في الصفات ، كالصحة • والكسر^(١) ، والحلول ، والتأجيل ، أو قدر الأجل • لم يحصل التقاص ، لاختلاف الأغراض ، ولصاحب الحال أن يستوفيه ويتنفع به إلى أن يحل ما عليه ، فإن تراضيا على جعل الحال قصاصاً عن المؤجل ، لم يجز ، كما في الحوالة • وحكى أبو الفرج الزائر فيهما وجهاً • ولو كانا مؤجلين لأجل واحد ، فهل هما كالحالين ، أم كمؤجلين بأجلين مختلفين ؟ وجهان ، أرجحهما عند الإمام : الأول ، وعند البغوي : الثاني • وإن كانا جنسين : دراهم ، ودنانير ، فلا مقاصة • والطريق : أن يأخذ أحدهما ما على الآخر ، ثم إن شاء جعل المأخوذ عوضاً عما عليه • فيرده إليه ، ولا حاجة إلى قبض العوض

(١) في نسخ الظاهرية : والتكر ، وفي هامش الأصل : نسخة : والتكسير •

الآخر . أما إذا لم يكن الدينان تقدين ، فإن كانا جنساً ، فالمذهب أنه لا تقاص . وبه قطع جمهور العراقيين ، وغيرهم . وقيل : هو على الأقوال . وقيل : إن كانا من ذوات الأمثال ، فعلى الأقوال ، وإلا ، فلا تقاص قطعاً وإن كانا جنسين ، فلا تقاص قطعاً وإن تراضيا ، بل إن كانا عرضين ، فليقبض كل واحد ما على الآخر ، فإن قبض أحدهما ، لم يجز رده عوضاً عن المستحق للردود عليه ، لأنه بيع عرض قبل القبض ، إلا أن يكون ذلك العرض مستحقاً بقرض أو إتلاف ، لا بعقد . وإن كان أحدهما عرضاً ، والآخر نقداً ، فإن قبض مستحق العرض العرض ، وردده عوضاً عن النقد المستحق عليه [جاز وإن قبض مستحق النقد النقد ، وردده عوضاً عن العرض المستحق عليه]^(١) لم يجز ، إلا أن يكون العرض مستحقاً بقرض أو إتلاف . هكذا ذكر ابن الصباغ والرويانى وغيرهما . وغيرهما . وإذا حصل التقاص بين السيد والمكاتب ، وبرئ المكاتب عن النجوم ، عتق كما لو أداها .

قلت : فإذا قلنا : لا يتقاصان ، ولم يبدأ أحدهما بتسليم ماعليه ، حبس حتى يسلم ، ذكره صاحب « الشامل » وغيره . والله أعلم

الرابعة : إذا أوصى السيد بالمكاتب ، صحت الوصية على القديم الذي نصح بيعه ، ولا يصح على الجديد . فعلى هذا لو قال : إن عجز مكاتبى ، وعاد إلى الرق ، فقد أوصيت به لفلان ، فوجهان ، أحدهما : لا يصح اعتباراً بحال التعليق ، وكما لو قال : إن^(٢) ملكت عبد فلان ، فهو حر . والثاني وهو الصحيح وبه قطع الجمهور : تصح الوصية كما لو أوصى بشرة نخلته ، وحمل جاريته ، وكما لو قال : إن ملكت عبد

(١) ما بين القوسين زيادة ليست في نسخ الظاهرية .

(٢) في الأصل : إلا إن .

فلان ، فقد أوصيت به ، فإن قلنا بالصحيح ، فعجز . وأراد الوارث إنظاره ، فللوصى له تعجيزه ، وليأخذه ، وإنما يعجزه بالرفع إلى الحاكم ، كما سبق في المجني عليه . ولو أوصى بالنجوم التي عليه ، صحت وإن لم تكن مستقرة ، كما تصح الوصية بالحمل . وإن لم يكن مملوكاً في الحال ، فإن أداها ، فهي للوصى له ، وولاء المكاتب للسيد . وإن عجز ، غللوarث تعجيزه ، وفسخ الكتابة . وإن أنظره الموصى نه ، فهل للوصى له إبراءه عن النجوم ؟ فيه احتسالاتان لابن كج والقاضي حسين . ولو أوصى لواحد برقبته إن عجز ولاخر بالنجوم ، صحت الوصيتان ، فإن أدى المال ، بطلت الأولى . وإن رق ، بطلت الثانية . ولو أوصى لرجل بما يعجله المكاتب ، فلم يعجل ، وأدى النجوم في محلها ، بطلت الوصية ، ولا يجبر على التعجيل لتنفيذ^(١) الوصية . هذا كله في الكتابة الصحيحة ، أما إن كاتبه كتابة فاسدة ، ثم أوصى برقبته ، فإن كان عالماً بفساد الكتابة . صحت الوصية . قال الصيدلاني وغيره : وتتضمن الوصية فسخ الكتابة . وإن كان يظن صحتها ، فقولان ، أحدهما : لاتصح الوصية ، لأنه أوصى معتقداً بطلان الوصية وأظهرهما : تصح اعتباراً بحقيقة الحال . ومنهم من ضرد القولين فيما لو كان عالماً بفساد الكتابة ، لأن الفاسدة [كالصحيحة في حصول العتق] وغيره ، بخلاف ما لو باع بيعاً فاسداً ، ثم أوصى بالمبيع وهو عالم بفساد البيع ، فإنه يصح قولاً واحداً ، لأن البيع الفاسد ليس كالصحيح . وأما إذا أوصى بالمبيع جاهلاً بفساد البيع ، فهو على القولين . ولو باع المكاتب كتابة فاسدة ، أو المبيع بيعاً فاسداً ، [أو وهب] ، أو رهن وهو جاهل بالفساد ، فقليل : فيه القولان . وقيل : يبطل قطعاً ، بخلاف الوصية ، لأنها تحتل الغرر . والخلاف

(١) في الأصل : لتنفذ .

في هذا [كله] كالخلاف فيمن باع مال أبيه ظاناً أنه حي فكان ميتاً .
وفي معناها ، ما إذا وكل رجلاً بشراء عبد . ثم باعه وهو لا يعلم أن
الوكيل اشتراه له ، أو باع مال اليتيم وهو لا يعلم أن أباه جعله وصياً
له ، فإن أنه جعله .

الخامسة : الوصية بوضع ^(١) النجوم عن المكاتب صحيحة معتبرة
من الثلث . فلو قال : ضعوا عنه ما عليه من النجوم أو كتابته . فمقتضاه
وضع النجوم ^(٢) . فلو قال : نجماً من نجومه . فالاختيار للوارث يضع
ما شاء أقلها أو أكثرها ، أولها . أو آخرها . أو أوسطها . وكذا لو قال : ضعوا
عنه ما قل أو كثير ، أو ما خف وثقل . ولو قال : ضعوا عنه ما شاء من
نجوم الكتابة . فشاء وضع الجميع . لم يوضع الجميع . بل يبقى أقل
ما يتمول . لأن « من » للتبعض ^(٣) . ولو اقتصر على قوله : ضعوا
عنه ما شاء [فشاء] الجميع . فقل بوضع الجميع . والصحيح
المنصوص : أنه يبقى شيء كالصورة السابقة . ولو قال : ضعوا عنه
أكثر ما عليه . أو أكثر ما بقي عليه . وضع نصف ما عليه وزيادة . وتقدير
الزيادة إلى اختيار الوارث . ولو قال : ضعوا عنه أكثر مما عليه . أو
ما عليه وأكثر . وضع عنه الجميع . ولغا ذكر الزيادة . ولو كانت عليه
نجوم مختلفة الأقدار والأجل . فقال : ضعوا عنه أكثر النجوم أو أكبرها .
روعي القدر . وإن قال : أطولها وأقصرها . روعيت المدة . وإن قال :
أوسط النجوم . فهذا يحتمل الأوسط في القدر . وفي الأجل . وفي العدد .
فإن اختلفت النجوم فيها جميعاً . فللورثة تعيين ما شاؤوا . فإن زعم
المكاتب أنه أراد غيرهم . حلفهم على نفي العلم . وإن تساوت في القدر

(١) في الأصل : موضع .

(٢) في نسخ الظاهرية : الجميع .

(٣) في الأصل : التبعض .

والأجل ، حملت على العدد ، فإذا كان العدد وترأ ، كالثلاثة والخمسة ،
فالأوسط واحد • وإن كان شفعاً ، فالأوسط اثنان ، كالثاني والثالث
من أربعة ، فيعين الوارث أحدهما ، هكذا قال ابن الصباغ وغيره •
ويجوز أن يقال : الأوسط كلاهما ، فيوضعان ، وهذا مقتضى ما في
« التهذيب » •

فرع

أوصى بكتابة عبد بعد موته ، فلم يرغب العبد في الكتابة ، تعذر
تنفيذ الوصية • ولا يكتب بدله آخر ، كما لو أوصى لزيد بنال قلم
يقبل ، فلا يصرف إلى غيره • وإن رغب ، فإن خرج كله من الثلث ،
كوتب ثم [إن] عين مال الكتابة ، كوتب على ما عينه ، وإلا ، فعلى ما جرت
به العادة • والعادة أن يكتب العبد على ما فوق قيمته • وإن لم يخرج
كله من الثلث ، فلم يجز الوارث • فقيل : كتابة القدر الذي يخرج من
الثلث يكون على الخلاف في كتابة بعض العبد ، والمذهب أنه يكتب
ذلك القدر ، ويصح بلا خلاف ، ولا يبالي بالتبعض إذا أفضت الوصية
إليه ، وإذا كوتب بعضه ، وأدى النجوم ، عتق ، وولأؤه للموصي ،
والباقى رقيق ، فإن أجاز الوارث كتابة كله ، وعتق بأداء النجوم ،
فولاء الجميع للموصي إن جعلنا الإجازة تنفيذاً ، وإلا فولاء مازاد على
القدر الخارج من الثلث للوارث • ولو قال : كاتبوا أحد عبيدي ، لم
يكتب أمة ، ولا خنثى مشكل • وهل يكتب خنثى ظهرت ذكوره ؟
فيه طريقان • المذهب : نعم • والثاني : قولان ، لبعده عن الفهم عند
الاطلاق • ولو قال : كاتبوا إحدى^(١) إمائي ، لم يكتب المشكل ،
فإن ظهرت أنوثتها ، فعلى الطريقين • ولو قال : أحد رقيقي ، جاز
العبد والأمة ، وجاز المشكل على المشهور •

(١) في الأصل : أحد •

فصل

وأما تصرفات المكاتب ، فهو كالحرف في معظمها ، فيبيع ويشترى ، ويؤجر ويستأجر ، ويأخذ بالشفعة ، ويقبل الهبة والوصية ، والصدقة ، ويصطاد ويحتطب ، ويؤدب عبيده إصلاحاً للمال ، كما يقصدهم ويختنهم . وفي إقامته الحدود عليهم خلاف سبق في الحدود . ولو أجز نفسه أو عبيده أو أمواله ، فعجزه السيد في المدة ، انفسخ العقد . وقيل : لا يجوز أن تزيد مدة الإجارة على مدة النجوم ، ولا يصح منه تصرف فيه تبرع أو خطر . هذا هو القول الجملي فيه ، وفي تفصيله صور .

إحداها : لا يصح إعتاقه ولا إبرأؤه عن دين ولا هبة مجاناً ، ولا بشرط الثواب ، لأن في قدر الثواب خلافاً^(١) ، فقد يحكم القاضي بقليل . وإن شرط فيها ثواباً معلوماً ، ولم يكن [فيه] غبن^(٢) وقلنا : هذه الهبة بيع ، ولا يشترط في ثبوت الملك الإقباض ، فهي جارية على قياس البيوع ، وكذا إن شرطنا الإقباض ، صحت الهبة ، لكن لا يسلمها حتى يقبض العوض .

الثانية : قال الشيخ أبو محمد : لا يحل له التبسط^(٣) في الملابس والمآكل ، ولا يكلف فيها التقدير المفرط .

الثالثة : ليس له دفع المال إلى غيره قراضاً ، لأنه قد يخون أو يموت فيضيع . وله أن يأخذه إقراضاً ، لأنه أكساب ، وليس له أن يقرض ، وله أن يقترض ، وليس له تعجيل دين مؤجل .

(١) في الأصل : خلاف .

(٢) في الأصل : ولم يكن عين .

(٣) في الأصل : البسط .

الرابعة : ليس له شراء أحد من أصوله وفروعه ، لتضمنه العتق .
فلو وهب له قريه ، أو أوصى له به ، فإن لم يقدر على الكسب لهرم
أو زمانة ، وعجز ، وكان بحيث يلزمه نفقته ، لم يجز قبوله . وقيل :
يجوز قبول الزمن ، وهو ضعيف . وإن كان كسوباً يقوم بكفاية نفسه ،
استحب قبوله ، إذ لا ضرر فيه ، ثم لا يعتق عليه لضعف ملكه ، بل
يكتب عليه ، فيعتق بعقته ، ويرق برقه ، وليس له بيعه . وعن ابن
أبي هريرة : أنه يجوز بيعه . قال الشيخ أبو علي : هذا غلط ، وتكون
نفقته في كسبه ، وما فضل ، فللمكاتب أن يستعين به في أداء النجوم ،
فإن مرض أو عجز ، أنفق المكاتب عليه ، لأنه من صلاح ملكه ، فإن
جنى ، بيع في الجناية ، وليس للمكاتب أن يفديه ، بخلاف ما إذا جنى
عبده ، له أن يفديه ، لأن الرقبة تبقى له يصرفها في النجوم .

الخامسة : ليس له الشراء بالمحابة ، ولا البيع بالغبن ، ولا
بالنسيئة . ولو استوثق برهن وكفيل ، فلو باع ما يساوي مائة بمائة
تقدياً ، أو مائة نسيئة ، جاز ولو اشترى نسيئة بثمن النقد ، جاز ،
ولا يرهن به ، لأنه قد يتلف الرهن . وإن اشتراه بثمن نسيئة ، لم
يجز . ذكره البغوي لما فيه من التبرع ، وذكره الروياني في « جمع
الجوامع » أنه يجوز ، إذ لا غبن . وقد سبق في كتاب الرهن حكاية
وجه أن المكاتب كولي الطفل في البيع نسيئة ، والرهن والأرتهان ،
والصحيح الذي عليه الجمهور الفرق .

السادسة : إذا باع أو اشترى ، لم يسلم ما في يده حتى يتسلم
العوض ، لأن رفع اليد عن المال بلا عوض نوع غرر ، وكذا ليس له
السلم ، لأنه يقتضي تسليم رأس المال في المجلس ، وانتظار المسلم فيه ،
لا سيما إن كان سلباً مؤجلاً . وقيل : يجوز [السلم حالاً] ، ويسلم
رأس المال ، ثم يتسلم المسلم فيه في المجلس . وقيل : يجوز [مطلقاً]
بشرط الغبطة ، والصحيح الأول .

السابعة : ليس له أن يكتب عبده ، فلو^(١) كاتبه ، فأدى المال ، لم يعتق لأن تعليقه غير صحيح ، ولا يتزوج ، ولا يزوج عبده ، لما فيه من المؤن ، ولا يتزوج المكاتبه ، لأن ذلك ينقصها . وله شراء الجواري للتجارة ، ولا يجوز له التسري^(٢) خوفاً من هلاك الجارية في الطلق ، ولضعف الملك . وقال الشيخ أبو محمد : لا يبعد إجراء الوجهين في وطء من يؤمن حبلاها ، كما في المرهونة . قال الإمام : هذا غير مرضي .

الثامنة : إذا لزم المكاتب كفارة قتل أو ظهار ، أو وطئ^(٣) في نهار رمضان ، أو يمين ، كفر بالصوم ، دون المال ، لأن ملكه ليس بتام ، وهو مستحق لجهة الكتابة .

فرع

جميع ما منعناه في هذه الصور ، مفروض فيما إذا لم يأذن له السيد ، فإن أذن فسندكره^(٤) عقيه إن شاء الله تعالى .

فرع

وصية المكاتب باطلة ، سواء أوصى بعين أو ثلث ماله ، لأن ملكه غير تمام .

فصل

تبرعات المكاتب وتصرفاته المحظرة كالهبة والإبراء والإنفاق على الأقارب ، والإقراض والقراض والبيع بمحاباة ونسيئة^(٥) ، وتعجيل

(١) في الأصل : فهو .

(٢) في الأصل : الشراء .

(٣) الأصل : ووطئ .

(٤) في الأصل : فنذكره .

(٥) في الأصل : بنسيئة .

المؤجل ونحوها ، إن جرت بإذن السيد ، فمنقول المزي والمخصوص في « الأم » صحتها . ونقل الربيع قولاً آخر بالمنع . ونص أن اختلاص المكاتب بالإذن لا يجوز ، فقال الجمهور : في الجميع قولان . أظهرهما : الصحة . وقيل : يصح ما سوى الخلع قطعاً ، ولا يصح هو . وعن ابن سلمة القطع بصحة الخلع أيضاً . ولو وهب للسيد أو لابنه الصغير ، فقبل له السيد ، أو أقرضه ، أو باعه نسيئة أو بمحابة أو عجل له ديناً مؤجلاً غير النجوم ، فالمذهب أنه على الخلاف فيما إذا وهب لغيره بإذنه . وقيل : يصح قطعاً ، واختاره الشيخ أبو محمد ، لأن للسكاتب أن يعجز نفسه ، فيجعل جميع ما في يده لسيدته ، فجواز الهبة أولى . ولو وهب بإذن السيد ، فرجع عن الإذن قبل إقباض الموهوب ، لم يكن له إقباضه . ولو اشترى قريبه بإذن السيد ، ففي صحته القولان في الهبة . فإن صححناه ، يكتاب عليه . وعن أبي إسحاق : القطع [بالصحة] ، لأنه قد يستفيد^(٣) من أكسابه ، وفيه صلة الرحم . ولو أعتق المكاتب عبده عن سيده ، أو عن غيره بإذنه ، فهو كتبرعه بالإذن . ولو أعتق عن نفسه بإذن السيد ، لا يصح على المذهب ، لتضمنه الولاء ، والمكاتب ليس أهلاً لثبوت الولاء له ، كالقن ، فإن صححناه ، فلمن يكون ولاء العتيق ؟ قولان ، أحدهما : للسيد ، لأن المكاتب ليس أهلاً للولاء ، ووقف الولاء بعيد ، وأظهرهما : يوقف ، لأن الولاء لمن أعتق ، والسيد لم يعتق ، فإن عتق المكاتب ، كان له ، وإن مات رقيقاً ، كان لسيدته ، وإن عجزه ، ورق ، فحكى الإمام أنه يبقى التوقف ، لأنه يرجى عتقه من جهة أخرى . والصحيح الذي قطع به الأصحاب أن يكون للسيد بلا توقف ، لانقطاع الكتابة ، فإن جعلنا الولاء للسيد ، فعتق المكاتب بعد ذلك ، ففي انجرار الولاء إليه وجهان ، حكاهما أبو علي الطبري وصاحب « التقریب » أصحهما : المنع ، وكأن

(٣) في الأصل : لا يستفيد .

السيد أعتقه • وإن قلنا بالتوقف ، فمات العتيق قبل موت المكاتب .
وعوده إلى الرق ، فهل يوقف الميراث أيضاً ، أم يكون للسيد ، أم لبيت .
المال ؟ أقوال • أظهرها : الأول • ولو كاتب المكاتب عبده بإذن السيد ،
فهو كتنجيز العتق ، نص عليه في « المختصر » ، وقاله الأصحاب ،
فيعود الطريقان في صحة الكتابة • والقولان في الولاء تفرعاً على
الصحة إذا عتق المكاتب الثاني قبل الأول • وإن عتق الأول ثم الثاني ،
فولاء الثاني للأول • وفي نكاح المكاتب بإذن السيد طريقان • أحدهما :
قولان ، كتبرعه ، لأنه يبذل المهر والنفقة لا في مقابلة مال • والثاني •
وهو المذهب عند الجمهور : القطع بالصحة ، لأنه إذا صح نكاح القن
بالإذن ، فالمكاتب أولى ، لأنه أحسن حالاً منه ، ولأنه يحتاج إليه
للتحصين وغيره ، بخلاف الهبة ونحوها • وتزويج المكاتب بإذنها صحيح
على الصحيح • وقال القفال : لا تزوج أصلاً ، لضعف ملك السيد
ونقصها ، فلا يؤثر إذنها • ولو أذن السيد للمكاتب في التسري بجارية ،
لم يصح على المذهب • ولو أذن له في التكفير بالإطعام أو بالكسوة ،
فقولان • ولو أذن في التكفير بالإعتاق ، لم يجزئه على المذهب •

فرع

اشترى المكاتب من يعتق على سيده ، أو أوصى له به ، فقبل ،
صح ، وملكه المكاتب • فإن رق المكاتب ، صار القريب للسيد ، وعتق
عليه • ولو اشترى بعضه ، أو اتهمه ، أو قبل الوصية به ، صح أيضاً •
وإذا رق ، عتق ذلك الشقص على السيد • وهل يسري إلى الباقي ؟
إن كان السيد موسراً ، ينظر^(١) إن عجز المكاتب نفسه بغير اختيار
السيد ، لم يسر ، كما لو ورث بعض قريبه ، وإن عجزه السيد ،
فوجهان ، لأن المقصود فسخ الكتابة ، والمملك يحصل قهراً • ولو اتهم

(١) في الأصل : انتظر •

العبد القن من يعتق على سيده بغير إذن ، بني على أن اتها به بغير إذن السيد ، هل ينفذ ؟ وفيه خلاف سبق • إن قلنا : لا ، فلا كلام • وإن قلنا : نعم وهو الصحيح ، فإن خيف وجوب النفقة على السيد في الحال ، فإن اتها بزماناً والسيد موسر ، لم يصح قبوله [لأن فيه] إضراراً بالسيد • وإن لم تجب النفقة في الحال ، لكون القريب كسوباً ، أو السيد فقيراً ، صح القبول ، وعق الموهوب على السيد • ولو اتها بعض من يعتق على السيد بغير إذنه ، وصحنا اتها به بغير إذنه ، ولم يتعلق به لزوم النفقة ، صح القبول على الأظهر ، ولا يسري ، لحصول الملك قهراً • والثاني : لا يصح • قال الشيخ أبو علي : وخرج ابن سريج على هذين القولين . ما إذا اشترى المريض أباه بألف لا يملك غيره ، وعليه دين مستغرق ، ففي قول : لا يصح الشراء ، لأنه لو صح ، لعق ، وبطل حق الغرماء • وفي الثاني : يصح ، ولا يعتق ويبيع في ديونهم • وفي « الوسيط » وجه أن يصح ، ويعتق ويسري ، ويجعل اختيار العبد كاختياره . كما جعل قبوله كقبوله • ولم أجد هذا الوجه في « النهاية » وإذا صححنا اتها بغير إذن سيده ، دخل الموهوب في ملك السيد . قهراً (١) كما لو احتطب • وهل للسيد رده بعد قبول السيد ؟ وجهان • أحدهما : نعم ، لأن (٢) تمليك الرشد قهراً ، بعيد (٣) • وأصحهما : المنع ، كالملك بالاحتطاب ، فعلى الأول ، هل ينقطع ملكه من وقت الرد ، أم يتبين أنه لم يدخل في ملكه ؟ وجهان وفائدتهما ، لو كان الموهوب عبداً ، ووقع هلال شوال بين قبول العبد ورد السيد في الفطرة •

(١) في الأصل : فهو .

(٢) في الأصل : لانه .

(٣) في الأصل : فهذا بعيد .

فرع

وهب المكاتب بعض ابنه ، فقبله ، وصححنا قبوله ، فعق المكاتب ،
عق عليه ذلك الشقص . وهل يقوم الباقي عليه إن كان مؤسراً ؟
وجهان ، أصحهما : نعم ، قاله ابن الجداد ، وصححه الشيخ أبو علي ،
ومنع القفال .

فرع

اشترى المكاتب ابن سيده ، ثم باعه بأبي السيد ، صح ، وملك
الأب ، فإن رق المكاتب ، صار الأب ملكاً للسيد ، وعق عليه ، فإن
وجد به عيباً ، لم يكن له الرد ، وله الأرش . وهو جزء من الشن ،
فإن نقص^(١) العين عشر قسمة الأب ، رجع بعشر الابن الذي هو الشن ،
ويعتق ذلك العشر ، ولا يقوم الباقي على السيد إن كان المكاتب عجز
نفسه ، وكذا إن عجزه سيده على الأصح^(٢) .

فرع

ذكرنا أنه لا يجوز للمكاتب وطء أمته بغير إذن سيده ، ولا بإذنه
على المذهب . فلو وطئ ، فلا جد ، ولا مهر ، لأنه لو ثبت مهر^(٣)
لكان له ، فإن أولدها ، فالولد نسيب ، فإن ولدته وهو مكاتب بعد ،
فهو ملكه لأنه ولد أمته ، لكن لا يملك بيعه ، لأنه ولده ، ولا يعتق
عليه ، لضعف ملكه ، بل يتوقف عتقه على عتق المكاتب ، إن عتق .

(١) في الأصل : بعض .

(٢) العبارة في الأصل هكذا : ولا يقوم الباقي على السيد ، وكذا
إن عجزه سيده على الأصح إن كان المكاتب عجزه على الأصح . وهي
غير صحيحة .

(٣) في الأصل : مهراً .

عتق ، وإلا ، رق ، وصار للسيد ، ولا تصير الأمة مستولدة [له] في الحال على المذهب ، لأنها علقت بملوك ، فأشبهت الأمة المنكوحة ، وحق الحرية للولد لم يثبت بالاستيلاء في الملك ، بل لمصيره ملكاً لأبيه ، كما لو ملكه بهبة ، فإن عتق ، ففي مصيرها أم ولد قولان .

فإن قلنا : يثبت الاستيلاء في الحال ، فإن عتق المكاتب ، استقر الاستيلاء ، وإن عجز ، رقت مع الولد للسيد ، فإن عتق المكاتب بعد ذلك ، وملكها ، لم تصر مستولدة له ، لأن بالعجز تبين^(١) أنها علقت برقيق ، وأن لا استيلاء . وإن قلنا : لا يثبت ، فإن عجز ، ثم عتق وملكها ، لم تصر مستولدة له ، وإن أعتق^(٢) بأداء النجوم ، فكذلك على المذهب . وقال أبو إسحاق : قولان . كما لو استولد مرهوتته ، وبيعت ثم ملكها . والفرق أن العلوق هنا بملوك هذا كله إذا ولدت وهو بعد مكاتب ، فإن ولدت بعد عتقه ، فإن كان لدون ستة أشهر من حين العتق ، فكذلك الحكم ، لأن العلوق وقع في الرق ، وإن كان لسته أشهر فأكثر [من] يومئذ . فقد أطلق الشافعي أنها تصير مستولدة . وللأصحاب طريقان . أحدهما : أن هذا إذا وطئ بعد الحرية ، وولدت لسته أشهر فصاعداً من حين الوطء لظهور العلوق بعد الحرية والولد والحالة هذه لا ولاء عليه إلا بالولاء على أبيه . ولا ينظر إلى احتساب العلوق في الرق^(٣) تعليباً للحرية . فأما إذا لم يطأها بعد الحرية ، فلاستيلاء على الخلاف . والثاني : يثبت الاستيلاء . وطئ بعد [الحرية] أم لا ، لأنها كانت فراشاً قبل الحرية والفراش مستدام بعدها . وإمكان العلوق بعدها قائم ، فيكتفى به .

(١) في الأصل : بالتعجيز .

(٢) في الأصل : وعتق .

(٣) في الأصل : الحر لرق .

الحكم الرابع : في ولد المكاتبه :

فإذا كاتب أمة لها ولد ، فالولد باق على ملك السيد ، فإن شرط دخوله في عقد الكتابة: فسدت. فإن أدت. عتق الولد أيضاً بسوجب التعليق. وإن كان في يدها مال . وشرط أن يكون المال لها، فهو جمع بين البيع والكتابة بعوض واحد . وإن كانت حاملاً. وتيقناً الحمل بانفصاله لدون ستة أشهر. فإن قلنا: الحمل لا يعرف . فهو كالولد الحادث بعد الكتابة ، وسنذكره إن شاء الله تعالى قريباً . فإن قلنا : يعرف ، فوجهان . أحدهما : أن عقد الكتابة متوجهة إليهما ، فإذا عتقت . عتق . والثاني : لا يثبت للولد كتابة . وإن حدث الولد بعد الكتابة ، فإن كان من السيد . فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى . وإن كان من أجنبي يزنا أو نكاح ، فهل ثبت له الكتابة بقولان . أظهرهما ، وأحبهما إلى الشافعي وهو نصه في « المختصر » : ثبت . فيعتق بعتق^(١) الأم بالأداء أو الإبراء أو الإعتاق . وقطع أبو إسحاق بهذا القول . وقال : إذا اختاره الشافعي كان الآخر ساقطاً . واتفق الأصحاب على أنه لا يدخل في الكتابة ، ولا يطالبه بشيء من النجوة . لأنه لم يوجد منه التزام . ولو عجزت المكاتبه . أو ماتت . بطلت الكتابة ، وكان الولد رقيقاً للسيد بلا خلاف . ولو فسخت الكتابة . ثم عتقت . لم يعتق الولد قطعاً ، لأنه إنسا يعتق بعتقها الجهة الكتابة . فإن قلنا : لا يثبت الولد حكم الكتابة . فهو قن ، للسيد يبعه وإعتاقه عن الكفارة ، والوطء إن كان الولد أمة . ولا يعتق بعتق الأم . وإن قلنا : يثبت . فحق الملك فيه لمن [هو] فيه قولان . أظهرهما عند الشافعي رضي الله عنه : أنه للسيد ، كما أن حق الملك في الأم له . وكولد أم الولد . والثاني : أنه للمكاتبه ، لأنه يتكاتب عليها ، ولأنه لو كان للسيد لما عتق بعتقها . ويتفرع على القولين صور .

١١. في الأصل : وعتق .

منها : إذا قتل الولد ، فعلى القول الأول : القيمة للسيد ، وعلى الثاني : للسكاتب • وقيل : للسيد أيضاً •

ومنها : كسب الولد وأرش الجناية على أطرافه ، ومهر وطء الشبهة إن قلنا بالقول الثاني ، فهي للأُم يستعين بها في كتابتها ، ويصرف ما يحصل إليها يوماً يوماً^(١) بلا توقف • وإن قلنا بالأول ، فوجهان • أحدهما : يصرف إلى السيد بلا توقف ، كما تصرف إليه القيمة • والصحيح : التوقف ، فإن عتقت ، وعتق الولد ، فهي له ، وإلا ، فللسيد • فلو أرقت نفسها مع القدرة على أداء النجوم ، فقال الولد : أنا أؤدي نجومها من كسبي لتعتق ، فأعتق ، قال الإمام : لا يمكن منه ، لأنه تابع لا اختيار له في العتق • وإن عجزت ، فأرادت أن تأخذ من كسب ولدها الموقوف ، وتستعين [به] في أداء النجوم ، فهل تجاب ؟ قولان أظهرهما : المنع ، إذ لا حق لها في كسبه ، فإن مات الولد في مدة التوقف : صرف الموقوف إلى السيد •

ومنها : نفقة الولد ، وهي على السيد • إن قلنا : يصرف الكسب إليه في الحال • وإن قلنا : يوقف ، أنفق عليه من كسبه ، ويعالج جرحه ، ويكفي مؤناته ، فما فضل فهو الذي يوقف ، فإن لم يكن له كسب ، أو لم يف بالنفقة ، فالنفقة على السيد على الأصح ، لأن الملك له • وقيل : في بيت المال ، لأن تكليفه النفقة بلا كسب إجحاف به • وإن قلنا : الكسب للأُم ، فالنفقة عليها •

ومنها : لو أعتق السيد الولد ، فإن قلنا : الملك له ، وإن الكسب يصرف إليه في الحال ، أو قلنا : يوقف ومنعناها^(٢) من أخذه لأداء النجوم ، نفذ إعتاقه ، وإن جوزنا لها الاستعانة بالموقوف ، لم ينفذ

(١) في الأصل : يوماً بيوم •

(٢) في الأصل : ومنعناها •

إعتاقه على الأصح ، لئلا ينقطع حقها من كسبه . وإن قلنا : الملك لها ،
لم ينفذ إعتاقه .

فرع

لورق الولد برق الأم ، فكسبه للسيد ، سواء قلنا : الملك فيه
للسيد ، أم للأم .

فرع

ولد المكاتب من جاريته ، حق الملك فيه للمكاتب قطعاً . فيصرف
كسبه إليه ، ولا ينفذ إعتاق السيد فيه ، وتنفقته على المكاتب . لأنه ولد
أُمته ، وهي ملكه . ولو ولدت أُمته من نكاح أو زنى ، فهم عبيده
كسائر أكسابه ، فكذا هذا الولد ، إلا أنه لا يتبعه . بل يتكاتب^(١) عليه
بالقربة ، فيعتق بعثقه ، ويرق برقه . وإذا عتق المكاتب ، وتبعه
هذا الولد وله كسب ، فكسبه للمكاتب ، لا للولد . ولو جنى
هذا الولد ، وتعلق الأرض برقبته ، فقد حكى الإمام عن العراقيين :
أنه إن كان له كسب ، فله أن يفديه من كسبه ، وإلا ، فله أن يبيعه كله
وإن زاد على قدر الأرض ، ثم يصرف قدر الأرض إلى المجني عليه ، ويأخذ
الباقى ، ثم غلط الإمام من صار إليه ، وقال : الصحيح أنه لا يفدي
ولده ، لأن^(٢) كسب الولد كسائر أموال المكاتب ، والفداء كالشراء ،
وليس له صرف المال الذي يملك التصرف فيه إلى غرض ولده الذي
لا يملك التصرف فيه ، لأنه [تبرع] قال : والصحيح أنه إن باع لا يبيع^(٣)
إلا قدر الأرض كما لا يباع من المرهون إذا جنى إلا قدر الأرض . وإذا

(١) في الأصل : ولا يتكاتب .

(٢) في الأصل : لأنه .

(٣) في الأصل : لا يتبع .

فداه ، لا ينفذ تصرفه فيه ، بل يتكاتب عليه ، كما لا ينفذ إذا اشتراه .
وولد المكاتبة من عبدها يشبه أن يكون كولد المكاتب من جاريته .

فرع

اختلف السيد والمكاتب في ولدها ، وقال : ولدته قبل الكتابة ،
فهو رقيق ، وقالت : بعدها ، وقد يكاتب تفرعاً على الأطهر ، وكل
واحد من الأمرين محتمل ، فإن كان بيته ، قضى بها . قال البغوي :
ولو أقام السيد أربع نسيوة ، قبلن ، لأنها شهادة على الولادة ، ويثبت
الملك ضمناً . وإن أقاما بينتين ، تعارضتا . وإن لم يكن بيته ، صدق
السيد يمينه ، لأنه اختلاف في وقت الكتابة ، فصدق فيه كأصلها .

فرع

زوج عبده بأتمته [ثم كاتبه] ثم باعها له . وولدت ، فقال السيد :
ولدت قبل الكتابة ، فهو قن لي . وقال المكاتب : بعد الشراء ، وقد
تكاتب ، صدق [المكاتب] يمينه ، بخلاف ما سبق في الفرع قبله ،
لأن المكاتب هنا يدعي ملك الولد ، كما سبق أن ولد أتمته ملكه ، ويده
مقرة على هذا الولد ، وهي تدل على الملك والمكاتبة هناك^(١) لا تدعي
الملك ، بل تدعي ثبوت حكم الكتابة فيه .

فرع

حكى الصيدلاني : أن الشافعي رحمه الله قال : لو أتت المكاتبة
بولدين أحدهما : قبل الكتابة ، والآخر : بعدها^(٢) ، فهما للسيد ،

(١) في الأصل : هنا .

(٢) في الأصل : بعدهما .

لأنه حمل واحد ، وكذا لو أتت بأحدهما لدون ستة أشهر من حين ملكها ، وبالأخر لأكثر ، فهما للسيد . وإن أبا زيد أفتى بذلك ، والصحيح أن كلام الشافعي مؤول ، وأن الحمل يتبع الأم في البيع كيف كان ، حتى لو وضعت ولداً وفي بطنها آخر ، فباعها ، فالولد الثاني مبيع معها ، والأول للبائع ، وهذا (١) ما ذكره البغوي .

فصل

السيد ممنوع من وطء المكاتبة لاختلال ملكه ، فإن شرم في الكتابة أن يطأها ، فسد العقد ، فإن وطئ ، فلا حد وإن علم التحريم للشبهة ، وفي قول : يحد العالم ، والمشهور الأول ، لكن يعزر (٢) على الصحيح هو وهي ، ويجب المهر مع العلم والجهل . وقيل : إن طوعته ، فلا مهر ، والصحيح الأول ، وهو نصه في « الأم » وإذا وجب المهر ، فلها أخذه في الحال ، فإن حل عليها نجم ، وهما من جنس ، فعلى أقوان التقاض . وإن عجزت قبل أخذه ، سقط . وإن عتقت بالأداء ، فلها المطالبة . ولو أولدها ، فالولد حر ، لأنها علقته به في ملكه ، وتصير مستولدة . وهل يلزمه قيمة الولد ؟ إن قلنا : ولد المكاتبة قن للسيد ، أو قلنا : يتكاتب وحق الملك فيه للسيد ، فلا شيء عليه ، كما لو قتل ولد المكاتبة . وإن قلنا : الحق لها ، لزمه لها القيمة ، فإن عجزت قبل الأخذ ، سقطت ، وإن عتقت ، أخذتها ، وإن ولدت بعدما عجزت ، ورقت ، فلا شيء لها ، وكذا لو ولدت بعد ما عتقت ، فإن عجزت ثم مات السيد ، عتقت بالاستيلاد ، والأولاد الحادثون بعد الاستيلاد من نكاح أو زنى ، يتبعونها ، والحاصلون قبلها ، أرقاء للسيد . وإن مات

(١) في الأصل : وكذا .

(٢) في الأصل : ويعذر .

السيد قبل عجزها ، عتقت • قال البغوي : ويتبعها كسبها • وهل
يعتق عن الكتابة ، أم عن الاستيلاد ؟ وجهان • أحدهما : الأول ، كما
لو أعتق السيد المكاتب ، أو أبرأه عن النجوم ، فعلى هذا الأولاد
الحدثون بعد الكتابة وقبل الاستيلاد ، هل يتبعونها ؟ فيه الخلاف
السابق • وأجري هذا الخلاف فيما لو علق عتق المكاتب بصفة ،
فوجدت قبل أداء النجوم ، وفيما إذا تقدم الاستيلاد على الكتابة •
قال البغوي : وإذا استولد ، ثم كاتب ، وأدت النجوم ، فالكسب
الحاصل بعد الكتابة يتبعها ، والحاصل قبلها للسيد ، والأولاد الحاصلون
بعد الاستيلاد يتبعونها ، وهذا مبني على صحة كتابة المستولدة ، وقد
سبق فيه خلاف •

فرع

ليس للسيد وطء أمة مكاتبه أو مكاتبته ، فإن وطئ ، فلا حد •
للشبهة ، لأنه يسلك سيدها ، ويلزمه المهر للمكاتب • وإن أولدها ،
فالولد حر نسيب ، وتصير الأمة مستولدة له • قال في « الشامل » :
يلزمه قيمتها لسيدها لأنها ملكه ، ولا يلزمه قيمة الولد ، لأنها
وضعت في ملكه ، ويجيء فيه الخلاف السابق • وللسيد وطء بنت
المكاتبه إن لم يثبت حكم الكتابة في ولد المكاتبه ، فإن أثبتناه ، فليس
له وطؤها ، ولكن لا حد عليه • وأما المهر ، فيبنى على الخلاف في
الكسب • إن قلنا : يصرف إلى السيد في الحال ، فلا مهر عليه ، وإن
قلنا : هو للأُم ، فكذا المهر • وإن قلنا بالتوقف ، أنفق منه عليها ، ووقف
الباقى ، فإن عتقت بعق الأُم ، فهو لها ، وإن عجزت ، فهو للسيد •
وإن أولدها ، صارت مستولدة ، والولد حر نسيب ، ولا يلزمه قيمة
المستولدة لأُمها ، لأنها لا تملكها ، وإنما يثبت لها حق العتق بعقها •

وقد تأكد ذلك بالاستيلاء ، هكذا ذكره ابن الصباغ ، وقد سبق في قتلها قولان ، في أنه هل تجب القيمة للأُم ؟ فينبغي أن يكون كذلك . قال البغوي : ويبقى حق الكتابة فيها ، فتعق بعق الأُم ، ويكون الكسب لها إذا جعلنا الحق فيها للأُم ، فإن مات السيد ، عتقت البنت بموته ، وتؤخذ القيمة من تركته للأُم إذا جعلنا الحق لها ، كما في القتل . وأما قيمة الولد ، فعلى ما ذكرنا في ولد المكاتب .

فرع

الأمة المشتركة إذا كاتبها مالكاها معاً ، ثم وطئها أحدهما ، فحكم الحد وانتعزير ولزوم المهر على الواطيء كما ذكرنا في المالك الواحد . ثم إن لم يحل النجم ، فلها المهر في الحال ، وإن حل ، فإن كان معها مثل المهر ، دفعته إلى الذي لم يطاء . وفي المهر ونصيب الواطيء من النجم الذي حل ، الخلاف في التقاص . وإن لم يكن معها شيء آخر ، فنصف النجم الذي للواطيء مع المهر على الخلاف في التقاص ، والنصف الآخر يدفع إلى الذي لم يطاء . وإن عتقت قبل أخذ المهر ومصيره قصاصاً ، أخذت . وإن عجزت بعد أخذه ، فإن بقي ، فهو للسيد ، وإن تلف تلف من ملكهما ، وإن عجزت قبل أخذه ، فإن كان في يدها بقدر المهر مال ، أخذه الذي لم يطاء وبرئت ذمة الواطيء . وإن لم يكن معها شيء ، فللذي لم يطاء أن يأخذ نصف المهر من الواطيء . وإن أجلها ، نظر ، إن ادعى الاستبراء وحلف عليه ، فولدت لسته أشهر فصاعداً من وقت الاستبراء ، لم يلحقه ، وهو كولد المكاتب من نكاح أو زنى ، وإن لم يدع الاستبراء ، وولدت لدون ستة أشهر ، فالولد لاحق به ، ويثبت الاستيلاء في نصيبه من الأمة مع بقاء الكتابة فيه . ثم هو معسر أو موسر ، فإن كان معسراً ، لم يسر الاستيلاء إلى نصيب الشريك ،

فإن أدت النجوم إليهما ، عتقت بالكتابة ، وبطل الاستيلاد وإن عجزت ،
وفسخا الكتابة ، فنصفها قن ، ونصفها مستولد . وإن مات الواطىء
قبل الأداء والفسخ ، عتق نصفها ، وبقيت الكتابة في النصف الآخر .
وإن مات بعد الفسخ ، عتق النصف ، والباقي قن . وفي الولد وجهان .
أصحهما : نصفه حر ، ونصفه رقيق . والثاني : ينعقد كله حراً ، لشبهة
الملك ، وإن قلنا بالأول^(١) ، وقلنا : ولد المكاتب قن للسيد ، لزم الواطىء
نصف قيمته^(٢) للشريك . وإن قلنا : ثبت فيه حكم الكتابة ، وقلنا :
الحق فيه للسيد ، فكذلك الجواب . وإن قلنا : الحق للمكاتب ، لزمه
جميع قيمته لها ، فإن عتقت قبل أخذها ، أخذتها ، وإن عجزت قبل
الأداء^(٣) ، أخذ الشريك الآخر نصفها ، وسقط النصف . وإن قلنا :
ينعقد نصفه حراً ونصفه رقيقاً ، فإن قلنا : ولد المكاتب قن للسيد ،
فالنصف الرقيق للشريك ، ولا يجب شيء من قيمة الولد على الواطىء .
وإن قلنا : تثبت الكتابة في ولد المكاتب ، فالنصف الرقيق يتكاتب
عليها ، إن عتقت ، عتق ، وإلا ، رق للشريك الآخر . وهل تجب قيمة
النصف الحر على الواطىء ؟ يبنى على أن الحق في ولد المكاتب للسيد
أم لها ؟ إن قلنا : له ، لم تجب ، وإلا ، وجبت . ثم إن عتقت ، عتق ، وسلم
لها نصف القيمة ، فيأخذه إن لم تكن أخذه ، وإن عجزت ، سقط عنه .
وإن كان دفعه ، استرده إن كان باقياً ، أما إذا كان موسراً ، فيسري
الاستيلاد إلى نصيب الشريك ، وكان الولد كله حراً ، ومتى يسري ؟
فيه طريقتان ، قال الجمهور : قولان ، كما لو أعتق أحد الشريكين

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : بالثاني . وعليها إشارة (صح) .

(٢) في الأصل : ونصف قيمته .

(٣) في هامش الأصل ، وإحدى نسخ الظاهرية : قبل الأخذ .

نصيبه من المكاتب ، ففي قول في الحال ، وفي قول عند العجز . وعن ابن أبي هريرة وغيره القطع بأنه يسري عند العجز ، فإن قلنا بالسراية في الحال ، انفسخت الكتابة في نصيب الشريك ، وتبقى في نصيب الواطئ ، ويثبت الاستيلاد في جميع الجارية ، وعلى الواطئ للشريك نصف مهرها ، ونصف قيمتها . وأما نصف قيمة الولد منه ، ففي وجوبها قولان ، كما لو استولد أحد الشريكين الأمة القنة ، وانعقد الولد حراً ، وعليه أيضاً نصف المهر للمكاتب لبقاء الكتابة في نصيبه ، وهل يجب لها نصف قيمة الولد ؟ يبنى على أن الملك في ولد المكاتب لمن هو ؟ ولو أدت نصيب الواطئ من مال الكتابة ، عتق نصيبه ، وسرى إلى الباقي وإن عجزت ، وفسخ الكتابة ، بقيت مستولدة محضة . وإن قلنا بالسراية عند العجز ، فأدت النجوم ، عتقت عن الكتابة ، وولادته بينهما ، ويبطل الاستيلاد ، ولها المهر على الواطئ ، فتأخذه إن لم تكن أخذته ، وتجب نصف قيمة الولد للشريك إن قلنا : ولد المكاتب قن للسيد ، أو قلنا : ثبتت فيه صفة الكتابة ، وحق الملك فيه للسيد . وإن قلنا : حق الملك فيه للمكاتب ، وجب جميع القيمة لها . وإن لم تؤد النجوم ، وعجزت ، ألزم الواطئ للشريك نصف مهرها ، ونصف قيمتها ، ونصف قيمة الولد . هذا تمام الكلام في وطء أحد الشريكين . فأما إذا رملها جميعاً ، فإن لم يحصل علوق ، فحكم الحد والتعزير ماسبق . وعلى كل واحد مهر كامل ، فإن عجزت ، ورقت بعد قبض المهرين ، لم يطالب أحدهما الآخر بشيء . ويقسمان المهرين | إن | كانا باقيين . وإن عجزت قبل أخذه ، سقط عن كل واحد نصف ما لزمه ، ويجيء في اسم الآخر التقاض ، وقد يكون أحد المهرين أكثر من الآخر ، إما نكحها بكراً عند وطء أحدهما ، كذا عند الآخر . وإما لاختلاف حالها في الصحة والمرض وغيرها ، فيأخذ مستحق الفضل الفضل . وإن

أفضاها أحدهما ، لزمه نصف القيمة للشريك . فإن اقتضها ، لزمه نصف أرش الافتضاخ مع المهر . وإن ادعى كل واحد على الآخر أنه الذي أفضى أو اقتض ، حلف كل واحد منهما للآخر . فإن حلفا ، فذاك ، وإن حلف أحدهما ، ونكل الآخر ، قضى للحالف ، وإن حصل علق ، نظر هل أتت بولد ، أم بولدين ، من كل واحد ولد .

القسم الأول : إن أتت بولد ، فينظر ، إن ادعى الاستبراء ، وحلفا عليه ، لم يلحق بواحد منهما ، وهو كولد المكاتب من نكاح أو زنى ، وإن لم يدعى الاستبراء ، فله أربعة أحوال . أحدهما : أن لا يمكن كون الولد من واحد منهما ، بأن ولدته لأكثر من أربع سنين من وطء الأول ، ولدون ستة أشهر من وطء الثاني ، أو ولدته لأكثر من أربع سنين من وطء أحدهما ، فهو كما لو ادعى الاستبراء . وحكم المهرين في الحالين ، كما إذا لم يكن علق .

الحال الثاني : أن يمكن كونه من الأول دون الثاني ، فيلحق بالأول ، ويثبت الاستيلاد في نصيبه ، فإن كان معسراً ، فلا سراية ، وتبقى الكتابة في جميعها ، فإن أدت النجوم ، وعتقت ، فلها على كل واحد المهر . وإن رقت ، فنصفها قن للثاني ، ونصيب^(١) الأول يبقى مستولداً ، ولكل واحد على الآخر نصف المهر ، وهو من صور التقاص . وهل كل الولد حر . أم تتبعض حريته ؟ فيه الخلاف السابق . وإن كان موسراً ، فالولد كله حر ، ويسري الاستيلاد من نصيبه إلى نصيب شريكه . ويعود الخلاف في أنه يسري في الحال ، أم عند العجز ؟ فإن قلنا : في الحال ، انفسخت الكتابة في نصيب الثاني ، وبقيت في نصيب الأول . وإن قلنا : عند العجز ، فإذا عجزت ، ورقت ، ارتفعت الكتابة .

(١) في الأصل : والنصف .

وهي مستولدة له على القولين • والحكم فيما إذا أدت النجوم وعتقت على ما سبق فيما إذا وطئ أحدهما وأولدها ، وكذا الحكم لو عتقت بالموت • وما ذكرنا هناك أنه يجب للشريك على الذي أولدها من المهر وقيمة الجارية • وقيمة الولد تجب هنا للثاني على الأول • وأما وطء الثاني ، فإن كان بعدما حكمنا بمصير جميعها أم ولد الأول ، وجب جميع المهر ، فإن بقيت الكتابة في نصيب الأول ، فهو بينه وبين المكاتبه • وإن ارتفعت في نصيبه أيضاً ، فجميعه له • وإن كان قبل الحكم يصير جميعها أم ولد له ، لم يلزمه إلا نصف المهر ، لأن السراية إذا حصلت أخيراً انفسخت الكتابة ، وعاد نصفه رقيقاً ، فتكون الأكساب له ، والمهر من الأكساب • ثم ذلك النصف للمكاتبه ، إن بقيت في نصيب الأول ، وإلا ، فهو للأول • هكذا ضبط القول فيما يلزم الثاني جماعة ، منهم ابن الصباغ •

واعلم أن وطء الثاني إذا وقع بعد الحكم بمصير جميعها أم ولد ، للأول ، فقد وقع بعد ارتفاع شبهة الملك ، فيكون زنى ، وإطلاق وجوب جميع المهر مصور فيما إذا فرضت شبهة أخرى • وأطلق في « المختصر » قولين في أنه يلزم الثاني جميع المهر ، أم نصفه ؟ قال أبو إسحاق : الأظهر : وجوب جميع المهر ، وهو اختيار الشافعي والمزني رضي الله عنهما •

الحال الثالث : أن يمكن كونه من الثاني دون الأول ، فيلحق الثاني ، ويثبت الاستيلاء في نصيبه ، ولا سراية إن كان معسراً • وفي تبعض الحرية في الولد الخلاف • وإن كان موسراً ، سرى الاستيلاء إما في الحال ، وإما عند العجز كما سبق • ويجب على الثاني هنا ما ذكرنا أنه يجب على الأول في الحال الثاني ، وأما الأول ، فقال البغوي : إن كان الثاني معسراً لزم الأول كمال المهر للمكاتبه ، وكذا إن كان موسراً

وقلنا : السراية تحصل بعد العجز • وإن قلنا : تحصل في الحال ،
انفسخت الكتابة في نصيب الأول ، ولا يجب إلا نصف المهر لها •
وأطلق العراقيون والرويانى وغيرهما ، أنه لا يلزم الأول عند يسار
الثاني إلا نصف المهر •

الحال الرابع : أن يمكن^(١) كونه من كل واحد منهما وادعياءه ،
أو ادعاه أحدهما ، فيعرض على القائف ، فمن ألحقه به ، كان الحكم
كما لو تعين الإمكان منه ، فإن تعذرت معرفته بالقائف ، اعتمد اتسابه
بعد بلوغه ، ويكون الحكم ما ذكرنا • قال الإمام : ولو فرض ذلك في
الامة القنة ، وألحقه القائف بأحدهما ، لحقه ، وثبت الاستيلاد في نصيبه ،
ولا سراية إن كان معسراً ، لكن يثبت الاستيلاد أيضاً في نصيب
الآخر^(٢) بإقراره أنها مستولدة • وإن كان مبسراً ، سرى ولا يلزمه
للشريك قيمة نصيبه ، لأنه يدعي أن الجارية مستولدة ، فيؤخذ
بإقراره • وإذا لم نجد القائف ، والمتدعيان موسران ، حكم بأنها
مستولدتها ، نصفها لهذا ، ونصفها لذاك^(٣) ، وليس أحدهما^(٤)
بالسراية أولى من الآخر • ولو أقر بالوطء وسكتا عن دعوى الولد
وألحقه القائف بأحدهما ثبت الاستيلاد في نصيبه ، ويسرى ، وعليه
الغرم للشريك ، لأنه لم يوجد هنا إقرار ينافي الغرم • ولو لم نجد
قائفاً ، واعتمدنا اتسابه بعد بلوغه ، ففي ثبوت الغرم وجهان •

القسم الثاني : إذا أتت بولدين وعرفا حالهما ، واتفقا على أن
هذا من هذا ، وذاك من ذاك ، وله صورتان • إحداها : اتفقا على

-
- (١) في الأصل : يكون •
 - (٢) في الأصل : الإقرار •
 - (٣) في الأصل : لذلك •
 - (٤) في الأصل : لاحدهما •

السابق منهما ، فينظر إن كانا موسرين ، أو كان الأول موسراً ، صارت مستولدة للأول ، وعليه للثاني نصف مهرها ، ونصف قيمتها ، وأما قيمة الولد ، فقال البغوي : إن قلنا : تحصل السراية بنفس العلوق ، لم يجب • وإن قلنا : تتوقف على العجز وقلنا : لا يحصل إلا بأداء القيمة ، وجبت • وأما الثاني : فإن وطئها بعد ما صار جميعها مستولداً للأول ، وهو عالم بالحال ، لزمه الحد ، وولده رقيق للأول • وإن كان جاهلاً ، فالولد حر ، وعليه تمام المهر ، وتتمام قيمة الولد يوم الوضع ، ويكون جميعهما للأول إن ارتفعت الكتابة في نصيبه أيضاً • وإن بقيت فنصف المهر له ، ونصفه للمكاتبة ، ونصف قيمة الولد على الخلاف في ولد المكاتبة • وإن وطئها قبل أن يصير جميعها مستولداً للأول ، لم يلزمه إلا نصف المهر ، لأن نصفها يعدله ، وفي تبعيض^(١) حرية الولد ما سبق ، فإن لم تتبعض ، فعليه نصف قيمة الولد ، ولا يثبت الاستيلاء في نصيب الثاني له ، وإن بقي نصيبه له ، لأن الأول استحق السراية ، ولا يجوز إبطال حقه • وعن القفال في ثبوت الاستيلاء الثاني في نصيبه وجهان ، كما لو أعتق شريك نصيبه وهو موسر ، وقلنا : السراية تقف على القيمة ، فأعتق الآخر نصيبه قبل أدائها • وأما إذا كانا معسرين : أو كان الأول معسراً ، فثبت الاستيلاء في نصيب الأول ولم يسر ، فإذا أحبلها الثاني ، ثبت في نصيبه أيضاً • وعلى كل واحد تمام المهر للمكاتبة ، فإن عجزت قبل الأجل ، فعلى كل واحد نصف المهر لشريكه ، ومن مات منهما ، عتق نصيبه • وذكر البغوي أن في تبعيض الحرية في ولد كل واحد منهما الخلاف ، وأنا إذا لم نحكم بالحرية في نصفه ، فهل هو قن للآخر ، أم يتكاتب ؟ فيه الخلاف • وأنه لا يلزم كل واحد منهما شيء

(١) في الأصل : في تبعيض •

من قيمة الولد • وفي أمالي السرخسي : أنا إذا قلنا بالتبعيض ، فالحكم كذلك ، وإن قلنا بحرية الجميع ، لزم كل واحد للآخر نصف قيمة ولده ، ولم يجز^(١) العراقيون وغيرهم الخلاف في تبعيض الحرية في ولد كل واحد إذا كان الأول معسراً والثاني موسراً ، وحكموا بأن ولد الموسر حر كله ، والخلاف مخصوص بالمعسر •

الصورة الثانية : اختلفا في السابق ، فقال كل واحد : أنا أولدتها^(٢) أولاً ولدي هذا ، واحتمل ، صدق كل واحد منهما ، فهما موسران أو معسران ، أو أحدهما موسر والآخر معسر ، والاعتبار باليسار والإعسار حالة الإحبال •

الضرب الأول : موسران ، فكل واحد يدعي على الآخر جميع المهر وجميع قيمة ولده ، لأنه يقول : وطئتها وهي مستولدي ، أو يدعي نصفها على ما ذكرناه في الصورة الأولى ، وكل واحد يقر للآخر بنصف المهر ، ونصف قيمة الجارية ، لأنه يقول : أنا أولدتها وهي مشتركة ، فصارت مستولدة لي ، ويقر أيضاً بنصف قيمة الولد على اختلاف فيه ، وما يقر به كل واحد من نصف قيمة الجارية يكذبه فيه الآخر ، فيسقط إقراره به ، وتبقى دعوى كل واحد في المهر وقيمة الولد ، فإن اقتضى الحال التسوية بينهما ، لم يعظم أثر الاختلاف ، وجاء الكلام في التقاص ، وإن تفاوتتا ، حلف كل واحد على نفي ما يدعيه الآخر • وقيل : يتحالفان على النفي والإثبات ، وهو بعيد ، فإذا حلف ، فلا شيء لأحدهما على الآخر ، وهي مستولدة أحدهما على الإبهام ، ونفقتها عليهما ، فإذا ماتا فهي حرة ، والولاء موقوف بينهما • وإن مات أحدهما ، فالأصح

(١) في الأصل : يجري •

(٢) في الأصل : ولدتها •

أنه لا يعتق شيء منها ، لاحتمال أنها مستولدة الآخر . وقال ابن أبي هريرة وأبو علي الطبري : يعتق نصفها ، واختاره القاضي أبو الطيب والرويانى ، وحكى ذلك عن نصه في « الأم » لأنه يسلك نصفها ، وقد أولدها ، وشككتنا هل سرى إحيال شريكه إلى نصيبه ، والأصل عدمه .
الضرب الثاني : أن يكونا معسرين ، فلا ثرة للاختلاف ، والحكم كما لو عرف السابق وهما معسران • وإذا مات أحدهما ، عتق نصيبه ، وولأؤه لعصبته • وإن ماتا فالولاء لعصبتها بالسوية • ونقل الربيع في « الأم » أن الولاء موقوف ، وإن كانا معسرين • واتفق الجمهور أن هذا غلط من الربيع أو من غيره • وقيل : أراد حالة الموت ، فلا فرق حينئذ بين كونهما موسرين أو معسرين لما سبق أن الاعتبار في اليسار والإعسار بحالة الإحيال •

الضرب الثالث : أن يكون أحدهما موسراً ، والآخر معسراً ، فيحلف كل واحد على نفي ما يدعى عليه ، ويثبت الاستيلاد للموسر في نصيبه ، فلا منازعة ، وهما متنازعان في نصيب المعسر ، فنصف نفقتها على الموسر ، ونصفها بينهما ، ثم إن مات الموسر أولاً ، عتق نصيبه وولأؤه لورثته ، وإذا مات المعسر بعده ، عتق نصيبه ، وولأؤه موقوف بينهما • وإن مات المعسر أولاً ، لم يعتق منها شيء ، فإذا مات الموسر بعده ، عتقت كلها وولاء نصفها لورثته ، وولاء النصف الآخر موقوف ، قال الصيدلاني : هذا إذا قلنا لا تتوقف سراية الاستيلاد على أداء القيمة ، فإن قلنا : يتوقف هنا الأداء ، فتكون الجارية هنا مستولدة لها ، والولاء بينهما بلا وقف ، أما لو كان الاختلاف عكسه ، فقال كل واحد للآخر : أنت وطئت أولاً ، فسرى إلى نصيبى ، وهما موسران ، فقال البغوي : يتحالفان ، ثم نفقتها عليهما ، وإذا مات أحدهما ، لم يعتق نصيبه ، لاحتمال أن الآخر سبقه بالاستيلاد ، ويعتق نصيب الحي ، لأنه أقر بأن الميت أولد أولاً ، ثم سرى إلى نصيبه ، وعتق بموته ، وولاء ذلك النصف

موقوف ، فإذا مات الآخر ، عتقت كلها وولاء الكل موقوف . وإن كان أحدهما موسراً ، والآخر معسراً ، فقال المعسر : سرى إيلادك إلى نصيبي ، وقال الموسر : أنت أولدت أولاً ، ولم يسر إلى نصيبي ، تحالفا ، ثم النفقة عليهما ، فإن مات الموسر أولاً عتقت كلها . أما نصيب الموسر ، فموته ، وولأؤه لعصبته ، وأما نصيب المعسر ، فبإقراره ، وولأؤه موقوف . وإن مات المعسر أولاً ، لم يطبق منها شيء لاحتمال أن الموسر سبقه بالإحبال ، فإذا مات المعسر^(١) بعده ، عتقت كلها . وولاء نصيب الموسر لعصبته ، ونصيب الموسر موقوف ، وبالله التوفيق .

الحكم الخامس : في جناية المكاتب والجنانية عليه ، وفيه مسائل :
إحداها : إذا جنى على أجنبي بما يوجبه قصاص نفس أو طرف ، فلمستحقه القصاص . فإن عفا على مال ، أو كانت الجناية موجبة للمال ، نظر إن كان في يده مال ، وكان الواجب مثل قيمته ، أو أقل ، طوب به مما في يده ، وإن كان أكثر ، فهل يطالب بالأرش بالغاً ما بلغ ، أم لا يطالب إلا بأقل الأمرين من قيمته والأرش ؟ قولان ، أظهرهما : الثاني ، فعلى هذا له أن يفدي بالأقل ، وإن لم يرض السيد ، وإن فدى بالأرش ، وزاد على القيمة ، لم يستقل به ، فإن أذن السيد ، فقولان ، كتبرعه ، فإن لم يكن في يده مال ، وطلب مستحق الأرش تعجيزه^(٢) ، عجزه الحاكم ، ثم يباع كله في الجناية إن استغرق الأرش قيمته ، وإلا فيباع قدر الأرش ، وتبقى الكتابة في الباقي ، فإذا أدى حصته من النجوم ، عتق ذلك القدر . ولو أراد السيد أن يفديه من ماله ، ويستديم الكتابة ، فله ذلك ، وعلى مستحق الأرش قبوله ، هذا هو المذهب ، وفيه شيء سبق . وفيما يفديه [به] قولان ، الجديد بأقل الأمرين ، والقديم بالأرش ، وله أن يرجع عن اختيار الفداء ويسلمه للبيع إلا إذا

(١) وعلى هامش إحدى نسخ الظاهرية : الموسر ، بدل المعسر .

(٢) في الأصل : بعجزه .

مات العبد بعد اختيار الفداء ، أو باعه بإذن المجني عليه بشرط الفداء ، فيلزمه الفداء • ولو أبرأه السيد من النجوم ، أو أعتقه ، لزمه الفداء ، لأنه فوت متعلق حق المجني عليه ، فهو كما لو قتله ، هذا إذا قلنا بالمذهب ، والذي قطع به الجمهور أنه ينفذ إعتاقه ، وأشار ابن كج إلى خلاف فيه ، كإعتاق الفن الجاني ، والفرق أن المكاتب صار مستحق العتق^(١) بالكتابة قبل الجناية ، فإذا أعتقه ، وقع العتق عن الجهة المستحقة بخلاف الفن ، وفيما يفديه السيد به ؟ طريقان ، أحدهما : على القولين الجديد والقديم ، والثاني : القطع بالأقل بخلاف حال بقاء الكتابة ، لأن الرق باق هناك وكما يلزم السيد بإعتاق المكاتب فداؤه ، يلزمه بإعتاقه فداء ابن المكاتب وأبيه إذا تكتبا عليه وجنيا ، لأنهما يعتقان بإعتاقه • ولو عتق المكاتب بأداء النجوم ، لزمه ضمان الجناية ، ولا يلزم السيد فداؤه ، وفيما يلزمه الطريقان • ولو جنى المكاتب جنایات ، وأعتقه السيد أو أبرأه عن النجوم ، لزمه أن يفديه ، فإن أدى النجوم وعتق ، فضمان الجنایات على المكاتب ، وأما الذي يلزمهما ، فإن كانت الجنایات معاً بأن قتل^(٢) جماعة بضربة ، أو هدم عليهم جداراً^(٣) ، ففيه القولان ، كالجناية الواحدة ، والجديد أقل الأمرين من أرش الجنایات كلها ، وقيمه ، والقديم وجوب الأروش كلها ، وإن كانت الجنایات متفرقة ، فالقديم بحاله ، وفي الجديد قولان ، أظهرهما : أنه أيضاً بحاله ، فيجب الأقل من الأروش كلها وقيمه • والثاني : يجب لكل جنایة الأقل من أرشها والقيمة ، لأن البيع كان ممكناً عقب كل جنایة ، وبالإعتاق فوت ذلك ، فكأنه أحدث لكل جنایة منعاً^(٤) ولو أراد المكاتب أن يفدي نفسه مما في يده عن الجنایات ، فطريقان ، أحدهما : على القولين المنقولين عن الجديد ، والثاني : القطع بالأقل من أرش [كل] جنایة والقيمة • وقطع البغوي بأنه يؤخذ مما في يده الأقل

(٢) في الاصل : تقيل .

(٤) في الاصل : معنى .

(١) في الاصل : العبد .

(٣) في الاصل : جدار .

من أروش الجنايات كلها ومن قيمته ، ويشبه أن يكون هذا هو المذهب ، ولو لم يكن في يده مال ، وسأل المستحقون تعجيزه ، عجزه الحاكم ويبيع ، ويقسم الثمن على أقدار الأروش ، وإن أبرأه بعضهم ، قسم على البائين ، وإن اختار السيد فداءه بعد التعجيز لم يبع ، وفيما يفديه [به] القولان •

المسألة الثانية: إذا جنى المكاتب على عبد سيده ، أو على طرف سيده ، فله القصاص ، وإن قتل السيد ، فللوارث القصاص ، فإن عفا المستحقون على مال ، أو كانت موجبة للمال تعلق الواجب بما في يده ، لأنه معه كأجنبي ، وهل الواجب الأرض أم أقل الأمرين ؟ فيه القولان ، فإن قلنا : الواجب الأرض وكان أكثر من القيمة ، فقال الشيخ أبو حامد : له أن يفدي نفسه به ، وقال القاضي أبو الطيب : فيه الخلاف في هبته لسيده ، ثم قال ابن الصباغ : وهذا يقتضي أن يقال : للسيد الامتناع من القبول لا يلزمه قبول الهبة ، وعندني أنه يلزمه القبول إذا أمكن أدائه وأداء مال الكتابة ، وإذا لم يكن في يده شيء ، أو كان لا يفي بالأرض ، هل للسيد تعجيزه بسبب الأرض ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، لأنه إذا عجزه سقط الأرض ، لأنه لا يثبت له على عبده دين ، بخلاف ما إذا عجزه أجنبي ، فإن الأرض يتعلق برقبته ، وأصحهما : نعم ، وبه قطع الشيخ أبو حامد وغيره ، ويستفيد رده إلى الرق المحض ، وإذا عجز بسبب الأرض أو النجوم ، ورق ، فهل يسقط الأرض ، أم يبقى في ذمته إلى أن يعتق ؟ وجهان • أحدهما الأول ، وهما كالوجهين فيما لو كان له على عبد غيره دين ، فملكه ، هل يسقط • وجناية المكاتب على طرف ابن سيده ، كجنايته على أجنبي ، وجنايته على نفسه تثبت القصاص للسيد ، فإن عفا ، أو كان القتل خطأ ، فهو كما لو جنى على السيد ، ولو أعتق السيد المكاتب بعد جنايته عليه ، أو أبرأه عن النجوم ، فإن لم يكن في يده مال ، سقط الأرض على المذهب ، وإن كان تعلق به على الأصح •

ولو أدى النجوم ، فعتق لم يسقط الواجب بلا خلاف ، كما لا يسقط إذا جنى على أجنبي ، وأدى النجوم وعتق ، ثم الواجب الأرض بالغاً ما بلغ ، هذا هو المذهب ، والمنصوص ، وبه قطع الجمهور ، وقيل : فيه القولان .

المسألة الثالثة : إذا جنى عبد المكاتب ، فجنايته إما على أجنبي وإما على سيد المكاتب ، وإما سيد سيده ، فإن كانت على أجنبي ، فله القصاص ، فإن عفا على مال ، أو كانت الجناية موجبة للمال تعلق برقبته يباع فيه إلا أن يفديه المكاتب ، وهل يفديه بالأرض أم بالأقل ؟ قولان ، وقيل بالأقل قطعاً ، فإن قلنا بالأرض ، وكان قدر قيمته ، أو أقل ، فله الاستقلال به ، وإلا فلا يستقل وفي جوازه بإذن السيد قولان ، كتبرعه . وفي الوقت الذي تعتبر قيمة^(١) العبد فيه أوجه ، الأصح ، وظاهر نصه في « المختصر » : يوم الجناية ، لأنه وقت تعلق الأرض ، والثاني : يوم الاندمال ، والثالث : يوم الفداء ، والرابع : أقل القيمتين من يومي الجناية والفداء ، قال ابن كج : هذا هو المذهب ، وهو نصه في « الأم » قال : وعندي أن الحكم في جناية المكاتب بنفسه إذا اعتبرنا قيمته كذلك ، هذا كله في عبد المكاتب الذي لم يتكاتب عليه ، أما من يكاتب عليه كولد^(٢) من أمته ووالده وولده إذا وهبا له حيث يجوز القبول ، فليس له أن يفديه بغير إذن سيده وبإذنه قولان ، كتبرعه ، لأن فداءه كشرائه ، ولو جنى بعض عبيد المكاتب على بعض ، أو جنى عبد غيره على عبده ، فله أن يقتض ، لأنه من مصالح الملك ، ولا يحتاج فيه إلى إذن السيد على المشهور ، فلو كان القاتل والد المقتول ، أو كان في عبيد المكاتب أبوه ، فقتل عبداً له ، لم يقتض ، ولو كان فيهم ابنه ، فقتل

(١) في الأصل : معنا .

(٢) في الأصل : فيه .

عبداً له ، فله أن يقتص ، وهل له أن يبيع (١) ابنه وأباه إذا كانا في ملكه وجنبا على عبد آخر له جناية توجب المال ؟ وجهان • أصحهما : المنع ، وهو نصه في « الأم » أما إذا جنى عبد المكاتب [على المكاتب] فله الاقتصاص بغير إذن السيد ، فإن كانت الجناية خطأ ، أو عفا على مال ، لم يجب إذ لا يثبت لسيدته على عبده مال وإن جنى على سيد سيده ، فهو كما لو جنى على أجنبي ، فيباع في الأرض إلا أن يفديه المكاتب •

الرابعة : الجناية على المكاتب إن كانت على طرفه ، فله الاقتصاص ، ولا يشترط إذن السيد على المشهور ، ثم إن اقتص فذاك ، وإن عفا على مال ثبت المال ، لكن إن كان دون أرش الجناية فقدّر المحاباة ، حكمه حكم الجميع إذا عفا مجاناً ، وسنذكره إن شاء الله تعالى ، وإن عفا مطلقاً ، فإن قلنا : موجب أحد الأمرين ، أو قلنا : موجب القصاص ، ولكن مطلق العفو يوجب المال ، ثبت الأرش ، وإن قلنا : يوجب القصاص ، ومطلق العفو لا يوجب المال ، لم يجب شيء ، وإن عفا مجاناً سقط القصاص ، ثم إن قلنا : موجب العمد القصاص ، لم يجب شيء ، وإن قلنا : مطلق العفو لا يوجب المال ، وإن قلنا : يوجب ، فوجهان ، أحدهما : يجب المال إن عفا بغير إذن السيد ، وبإذنه قولان ، كتبرعه ، والثاني : لا يجب شيء وإن عفا بغير إذنه ، لأن الجناية على هذا القول لا توجب المال ، وإنما تثبته إذا اختاره أو عفا مطلقاً على قول ، فإذا عفا مجاناً ، فقد ترك الاكتساب بالعفو ، ولا يجبر على الكسب (٢) ، وإن كانت الجناية موجبة للمال ، لم يصح عفوه بغير إذن سيده وبإذنه قولان • وحيث ثبت المال بالجناية على طرفه فهو للمكاتب يستعين به

(١) في الأصل : يتبع .

(٢) في الأصل : الاكتساب .

على أداء النجوم . وهل يستحق أخذه في الحال أم يتوقف على
الاندمال ؟ قولان . كالجناية على الحر . وقيل : يستحقه في الحال
قطعا مبادرة إلى تحصيل العتق ، فإن قلنا : تتوقف على الاندمال وقد
قطعت يده ، نظر إن سرت الجناية إلى النفس ، انفسخت الكتابة :
وعلى الجاني القيمة للسيد إن كان أجنبياً ، وإن اندملت ، فإن كان
الجاني أجنبياً أخذ المكاتب نصف قيمته ، وإن كان السيد استحق عليه
نصف القيمة وهو يستحق النجوم ، فإن حل نجم ، واتحد الحقان
جنساً وصفة ، ففيه أقوال التقاص ، فيأخذ من له الفضل الفضل ، وإن
اختلفا أخذ كل واحد حقه ، وإن قلنا : له أخذ الأرض في الحال ، فإن
كان مثل دية حر أو أقل ، فله أخذ جميعه ، وإلا فلا يأخذ أكثر من قدر
الدية ، لأن الجناية قد تسري إلى نفسه بعد عتقه ، فيعبد الواجب إلى
دية ، وإذا أخذ ماله أخذه ثم اندملت الجراحة ، فقد استقر الأرض ،
ويأخذ الباقي إن لم يكن أخذ الجميع ، وإن سرت إلى النفس ، نظر إن
سرت قبل أن يعتق انفسخت الكتابة ، فإن كان الجاني أجنبياً ، فللسيد
مطالبته بتمام القيمة ، وإن كان هو السيد ، سقط عنه الضمان ، وأخذ
أكسابه ، وإن كانت السراية بعد عتقه بأداء النجوم ، فإن كان الجاني
أجنبياً فعليه تمام الدية ، لأن الاعتبار في الضمان بحال الاستقرار ،
ويكون ذلك لورثته ، فإن لم يكونوا فللسيد بالولاء ، وإن كان الجاني
السيد ، فعليه تمام الدية أيضاً بخلاف ما لو جرح عبده القن ثم أعتقه ،
فمات بالسراية ، فإنه لا ضمان لأن ابتداء الجناية غير مضمون هناك ،
وهنا مضمون ، ولو حصل العتق بالتقاص ، فهو كما لو حصل بالأداء ،
ولا يمنع من التقاص كون الدية إبلاءً ، لأن الواجب في الابتداء نصف
القيمة ، والتقاص حينئذ يحصل ، ثم إن سرت الجناية بعد العتق وجب
الفاضل من الإبل . ولو عفا المكاتب عن المال ، ولم نصح عفوه ، ثم

عتق قبل أخذ المال ، فهل له أخذه ؟ قولان : أظهرهما : نعم ، لأن عفوه وقع لاغياً ، ولو جنى على طرف المكاتب عبده ، فله القصاص ، فإن كانت الجناية خطأ ، أو عفا على مال ، لم يثبت له على عبده مال ، وإن كانت الجناية على نفس المكاتب ، انفسخت الكتابة ، ويموت رقيقاً . ثم إن قتله السيد ، فليس عليه إلا الكفارة ، وإن قتله أجنبي ، فللسيد القصاص ، أو القيمة ، وله أكسابه بحكم الملك لا بالإرث .

فرع

جنى على طرف مكاتبه ، وكان الأرض مثل النجوم ، وحكمنا بالتقاص وحصول العتق ، ثم جنى عليه السيد جناية أخرى موجبة للقصاص ، فهي جناية على حر ، فيجب القصاص ، نص عليه في « الأم » فإن قال : لم أعلم أنه حصل التقاص والعتق ، لم يقبل منه ، كما لو قتل من كان عبداً فعتق ، وقال : لم أعلم أنه عتق ، قال الربيع : فيه قول أنه يؤخذ منه دية حر ، ولا قصاص للشبهة ، قال في « الأم » : لو عتق المكاتب ، فاختلف هو ومن جنى عليه ، فقال المكاتب : كنت حراً عند الجناية ، وقال الجاني : بل مكاتباً صدق الجاني يمينه ، وتقبل شهادة السيد للمكاتب .

فصل

في مسائل منثورة

قال لمكاتبه : إن عجزت عن النجوم بعد وفاتي : فأنت حر ، صح التعليق ، فإن قال المكاتب : قبل الحلول عجزت ، لم يعتبر قوله ، وإن قاله بعد الحلول ، ووجدنا له ما يفي بالواجب ، فلا عجز أيضاً ، وإن لم يوجد ، صدق يمينه ، ويقبل إقرار المكاتب بديون المعاملة ، وبالبيع

وما يقدر على إنشائه ، وفي كتاب ابن كنج أنه لو قال : بعت هذه السلعة وهذا ثمنها ، قبل إقراره ، وإن قال : بعتها ، وتلف الثمن في يدي ، ففي القبول قولان ، وإن أقر بدين جناية ، فهل يقبل في حق السيد ؟ قولان أظهرهما عند البغوي : نعم ، ويؤدي مما في يده كدين المعاملة ، ولكن لو كان ما أقر به أكثر من قيمته ، لم يلزم إلا قدر قيمته ، فإن لم يكن في يده شيء ، بيع في دين الجناية . والثاني وبه قطع جماعة : لا يقبل في حق السيد ، لأنه لم يسلط عليه بعقد الكتابة ، فإن قبلنا إقراره ، فعجز قبل أن يؤخذ منه ، فهل يباع فيه أم لا يباع ويكون في ذمته إلى أن يعتق ؟ قولان . ولا يقبل إقرار السيد على المكاتب بالجناية ، لكن لو عجز ألزم السيد بإقراره ، ولو قال : كان جنى قبل الكتابة ، لم يقبل على المكاتب أيضاً لخروجه عن يده بالكتابة . ولو مات سيد المكاتب ، فقد سبق أن الكتابة تبقى ، فإن لم يعتق بالأداء إلى الوارث ، فلو كان له وارثان ، لم يعتق إلا بأداء أحدهما ، فإن كان الوارث صغيراً أو مجنوناً ، لم يعتق إلا بالدفع إلى وليه ، فإن كان له وصيان ، لم يعتق إلا بالدفع إليهما إلا إذا أثبت لكل واحد منهما الاستقلال ، فإن كان على الميت دين وأوصى بوصايا ، فإن كان الوارث وصياً في قضاء الديون ، وتنفيذ الوصايا ، عتق بالدفع إليه ، وإلا فيجمع بين الوصي والورثة ويدفع إليهم ، فإن لم يوص إلى أحد ، قام القاضي مقام الوصي ، ولو دفع إلى الغريم ، لم يعتق ، وإن دفع إلى الوارث ، فإن قضى الديون والوصايا ، عتق ، وإلا وجب الضمان على المكاتب ، ولم يعتق ، هكذا ذكره البغوي . وقال القاضي أبو الطيب : إن كان الدين مستغرقاً للتركة ، برى المكاتب بالدفع إلى الغريم ، وإن كان قد أوصى بالنجوم لإنسان ، عتق بالدفع إليه ، وإن أوصى بها للفقراء أو المساكين ، دفعها إلى من أوصى إليه ،

فيفرقها ، أو إلى الحاكم ، وإن أوصى بقضاء الدين منها ، تعين صرفها إليه ، وهو كما لو أوصى بها لإنسان . ولو مات السيد والمكاتب ممن يعتق على الوارث ، عتق عليه ، ولو نكح الابن مكاتبه أبيه ، ثم مات الأب والابن وارث ، انفسخ النكاح ، لأنه ملك زوجته ، وكذا لو مات السيد وبنته تحت مكاتبه ، فورثت زوجها ، ولو اشترى المكاتب زوجته ، أو اشترت المكاتبه زوجها ، انفسخ النكاح ، وبالله التوفيق .



كتاب أمتهات الأولاد

ولد الرجل من أمته ينعقد حراً ، وتصير الأمة بالولادة مستولدة تعتق بموته ، ويقدم عتقها على الديون ، واستيلاد المريض مرض الموت ، واستيلاد الصحيح في النفوذ من رأس المال ، كإنفاق المال في اللذات والشهوات . ويثبت الاستيلاد أيضاً بإلقاء مضغة فيها خلقة آدمي . إما لكل أحد وإما للقوابل وأهل الخبرة^(١) من النساء ، فإن لم يظهر ، وقلن : هذا أصل آدمي ولو بقي لتصور ، لم يثبت الاستيلاد على المذهب ، وقد سبق بيانه في العدد .

فصل

يحرم بيع المستولده وهبتها ورهنها والوصية بها . وعن الشافعي رحمه الله أنه ميل القول في بيعها ، فقال الجمهور : ليس للشافعي رحمه الله فيه اختلاف قول ، وإنما ميل القول إشارة إلى مذهب من جوزه ، ومنهم من قال : جوزه في القديم ، فعلى هذا هل يعتق بموت السيد ؟ وجهان ، أحدهما : [لا] وبه قال صاحب « التقريب » والشيخ أبو علي . والثاني : نعم ، قاله الشيخ أبو محمد والصيدلاني كالمدبر ، قال الإمام : وعلى هذا يحتمل أن يقال : يعتق من رأس المال ، ويحتمل من الثلث ، وإذا قلنا بالمذهب : إنه لا يجوز بيعها ، ففوضى قاض بجوازه . فحكى الروياني عن الأصحاب أنه ينقض قضاؤه ، وما كان فيه من خلاف بين القرن الأول ، فقد انقطع ، وصار مجمعا على منعه ، ونقل الإمام فيه وجهين .

(١) في الأصل : وأن الخبرة .

فرع

أولاد المستولدة إن كانوا من السيد ، فأحرار ، وإن حدثوا من نكاح أو زنى ، فلهم حكم الأم ، فليس للسيد بيعهم ، ويعتقون بموته ، وإن كانت الأم قد ماتت في حياة السيد • ولو أعتق السيد الأم ، لم يعتق الولد ، وكذا حكم العكس كما في التدبير بخلاف ما لو أعتق المكاتبه يعتق ولدها ، ولو ولدت المستولدة من وطء شبهة ، فإن كان الواطيء يعتقد أنها زوجته الأمة ، فالولد رقيق للسيد كالأم ، وهو كما لو أتت به من نكاح أو زنى ، وإن كان يعتقد أنها زوجته الحرة أو أمته ، انعقد الولد حراً ، وعليه قيمته للسيد • وأما الأولاد الحاصلون قبل الاستيلاء بنكاح أو زنى ، فليس لهم حكم الأم ، بل للسيد بيعهم إذا ولدوا في ملكه ، ولا يعتقون بموته ، لأنهم حدثوا قبل ثبوت حق الحرية للأم •

فرع

المستولدة فيما سوى نقل الملك فيها كالقنة ، فله إيجارها واستخدامها ووطؤها وأرش الجناية عليها وعلى أولادها التابعين لها • وقيمتهم إذا قتلوا ، ومن غصبها ، فتلقت في يده ، ضمنها كالقنة ، ولو شهد اثنان على إقرار السيد بالاستيلاء ، وحكم بهما ، ثم رجعا ، قال أبو علي : لا يرمان ، لأن الملك باق فيها^(١) ، ولم يفوتا إلا سلطنة البيع • ولا قيمة لها بانفرادها • قال الإمام : فإذا مات السيد ، وفات الملك ، فالذي نراه وجوب الغرم عليهما للورثة ، كما لو شهدا بتعليق العتق • فوجدت الصفة ، فحكمت بعتقه ، فرجعا ، غرما ، وفي تزويجها أقوال ، أظهرها للسيد الاستقلال به ، لأنه يملك بيعها ووطأها ، كالمدبرة •

(١) في الأصل : فيهما •

والثاني قاله في القديم : لا يزوجها إلا برضاها ، والثالث : لا يجوز وإن رضيت ، وعلى هذا [هل] يزوجها القاضي ؟ وجهان ، أحدهما : نعم بشرط رضاها . ورضى السيد ، والثاني : لا ، ويجري الخلاف في تزويج بنت المستولدة ، فإذا جوزناه ، فلا حاجة [إلى] الاستبراء بخلاف المستولدة ، لأنها كانت فراشاً له ، وابن المستولدة لا يجبره السيد على النكاح . وليس له أن ينكح بغير إذن السيد ، فإن أذن ، فوجهان ، حكاهما الروياني في « الكافي » تخريجاً من الخلاف في المستولدة .

قلت : الصحيح والصواب الجواز ، والفرق ظاهر . والله اعلم

فصل

إذا زنى رجل بأمة ، فأتت بولد من زنى ، ثم ملكها . لم تصر أم ولد له ، ولو ملك ذلك الولد ، لم يعتق عليه ، ولو أولد أمة غيره بنكاح ، ثم ملكها ، لم تصر أم ولد له على المذهب ، لأنها علقت برقيق ، والاستيلاد إنما يثبت تبعاً لحرية الولد ، ولو ملكها وهي حامل منه . فكذلك الحكم . ولكن يعتق الولد عليه ، لأنه ملك ولده ، قال الصيدلاني : وصورة ملكها حاملاً أن تضع لدون ستة أشهر من حين ملكها . وأن لا يطأها بعد الملك ، وتلد لدون أربع سنين ، فأما إذا وطئها بعد الملك ، وولدت لستة أشهر من وقت الملك . فيحكم بحصول العلوق في ملك اليسين وثبوت الاستيلاد وحرية الولد . وإن أمكن كونه سابقاً عليه . أما إذا استولد أمة الغير بشبهة . ثم ملكها ، فينظر إن وطئها على ظن أنها زوجته المملوكة . فالولد رقيق . ولا يثبت الاستيلاد ، وإن وطئها على ظن أنها زوجته الحرة أو أمته . فالولد حر . وفي ثبوت

الاستيلاء قولان ، وكذا لو نكح أمة غرّ بحريتها ، فأولدها ، فالولد حر ، وفي ثبوت الاستيلاء إذا ملكها القولان ، ويجريان فيما لو اشترى أمة شراء فاسداً ، وأولدها على ظن الصحة ، أحدهما وهو القديم : يثبت ، لأنها علقت منه بحر ، وأظهرهما وهو الجديد : لا يثبت ، لأنها علقت في غير ملك اليمين ، فعلى القديم يكون أولادها الحادثون بعد ملكه من نكاح أو زنى لهم حكمها ، فيعتقون بموت السيد ، والحاصلون قبل أن يملكها ليس لهم حكمها ، وإن حصلوا بعد الاستيلاء ، لأنهم حصلوا قبل ثبوت الحق للأُم ، ولو ملكها وهي حامل من نكاح أو زنى ، ففي فتاوى القاضي حسين أنه لا يثبت لذلك الولد حكم الأم بل يكون قنأً للمشتري اعتباراً بحال العلوق .

فرع

سبق في الكتابة إذا أولد الشريكان مكاتبتها ، والقنة في معناها ، وذكرنا هناك المسألة مبسطة .

فرع

أولد مرتد أمته ، صارت مستولدة إن أبقينا ملكه ، وإن أزلناه لم يثبت الاستيلاء في الحال ، فإن أسلم ، فعلى القولين فيما إذا أولد أجنبية ، ثم ملكها ، وإن توقفنا في الملك ، فكذا في الاستيلاء .

فرع

إذا أسلمت مستولدة كافر ، أو استود أمته بعد إسلامها ، فقد ذكرنا في البيع أنه لا سبيل إلى بيعها ، وأنه لا يجبر على اعتاقها على الصحيح ، ولكن يحال بينهما ، وتجعل عند امرأة ثقة ، وكسبها له ، ونفقتها عليه ، فإن أسلم . رفعت الحيلولة ، وإن مات ، عتقت .

وهل للكافر تزويجها إذا جوزنا تزويج المستولدة ؟ وجهان حكاها
 الصيدلاني ، أصحهما : لا ، وبه قطع القفال ، لانقطاع الموالاة .
 والثاني : نعم ، لأنه تصرف بالملك . وعلى الأول : قيل : لا يزوجه
 القاضي أيضاً . وقال أبو إسحاق : يزوجه القاضي إذا أرادته والمهر
 للسيد ، وكذا يزوجه الحاكم إذا أراد السيد تزويجها ، وإن كرهت هي ،
 فتصير النفقة على الزوج قال أبو إسحاق : وهي أحق بحضانة الولد ما
 لم تتزوج ، فإذا تزوجت صار الأب أحق بالولد ، إلا أن يكون مميزاً
 فيخاف أن يفتنه عن دينه فلا يترك عنده .

قلت : الصحيح الذي عليه الجمهور : أنه لا حضانة لكافر على
 مسلم ، كما سبق في الحضانة ، ولا حضانة هنا للأب . والله أعلم .

فرع

في فتاوى القفال : أن العبد إذا أولد جارية ابنه الحر ، لا حد عليه .
 ويثبت النسب ، دون الاستيلاد ، لأنه ليس من أهل الملك ، وأن المكاتب
 إذا أولد جارية ابنه الحر ، فيحتمل أنه يبنى ثبوت الاستيلاد على الخلاف
 في أنه إذا أولد جارية نفسه ، هل يثبت ؟ وأن من وطئ جارية بيت
 المال ، يحد ، ولا نسب ، ولا استيلاد ، وسواء في هذا الغني والفقير ،
 لأنه لا يجب الإغفاف من بيت المال . وأنه لو أعتق مستولده على مال ،
 يجوز . ولو باعها نفسها ، صح على الظاهر ، لأن بيع العبد نفسه ،
 إعتاق على الحقيقة .

فرع

إذا أولد جاريته المحرمة عليه بنسب أو رضاع أو مصاهرة ، لزمه
 الحد في قول ، والتعزير على الأظهر . وعلى القولين يكون الولد حراً
 نسبياً ، وتصير هي مستولدة ، قال الأصحاب رحمهم الله : ولا يتصور

اجتماع هذه الأحكام ووجوب الحد إلا في هذه الصورة على أحد القولين . واعلم أن أحكام المستولدة سبقت معرفة في أبوابها فتركنا إعادتها .

قال الإمام الرافعي رحمه الله : قد تيسر الفراغ من هذا الكتاب في ذي القعدة سنة ثلاث وعشرة وستمائة ، ونختم الكتاب بما بدأناه وهو حمد الله ذي الجلال والإكرام ، وولي الطول والإينام ، والحمد لله الذي هدانا لهذا ، وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله ، اللهم صل على محمد وعلى آل محمد وسلم .

قلت : قد أحسن الإمام الرافعي رضي الله عنه فيما حققه ، ولخصه ، وأتقنه ، واستوعبه في هذا الكتاب ، ويسر الاحتواء على متفرقات المذهب ، ونفائس خفياياه على المفتين والطلاب .

واعلم أيها الراغب في الخيرات ، والحريص على معرفة النفائس المحققات ، وحل الغوامض والمشكلات ، والتبحر في معرفة المذهب والوقوف على ما تعتمده من المصنفات ، وتعمد إليه عند نزول الفتاوى الغامضات ، وتثق به عند تعارض الآراء المضطربات ، وتحث على تحصيله من أردت نصحه من أولي الرغبات ، أنه لم يصنف في مذهب الشافعي رضي الله عنه ، ما يحصل لك مجموع ما ذكرته ، أكمل من كتاب الرافعي ذي التحقيقات ، بل اعتقادي واعتقاد كل مصنف ، أنه لم يوجد مثله في الكتب السابقة ولا المتأخرات ، فيما ذكرته من هذه المقاصد المهمة ، وقد يسر الله الكريم ، وله الحمد في هذا المختصر مع ذلك ، جملاً متكاثرات من انزوائد المتممات ، والنوادر المستجدات ، وغير ذلك من المحاسن المطلوبة ، وأسأل الله الكريم أن يكثر النفع به لي ولوالدي ومشايخي وسائر أحبائنا المسلمين والمسلمات ، وحسبنا الله ونعم الوكيل ،

لا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم • وقد رأيت ختم الكتاب بما ختم
به الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري صحيحه ، أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال : « كلمتان حبيبتان إلى الرحمن ، خفيفتان
على اللسان ، ثقيلتان في الميزان ، سبحان الله وبحمده سبحان الله العظيم » •
والحمد لله باطناً وظاهراً ، وأولاً وآخراً ، اللهم صل على محمد عبدك
ورسولك ، النبي الأمي ، وعلى آل محمد ، وأزواجه ، وذريته ، كما
صليت على إبراهيم ، وعلى آل إبراهيم ، وبارك على محمد ، وعلى آل
محمد ، وأزواجه وذريته ، كما باركت على إبراهيم ، وعلى آل إبراهيم ،
في العالمين إنك حميد مجيد •

قال مختصره الإمام الزاهد العابد أبو زكريا يحيى بن شرف بن
مري النووي : فرغت منه يوم الأحد الخامس عشر من شهر ربيع الأول
سنة تسع وستين وستمائة والله الحمد •

غفر الله له ولوالديه ، ولمن نظر فيه ، ولصاحبه ، ولمن دعا لهم
بالمغفرة ، ولجميع المسلمين •

آمين رب العالمين •

نصويبات

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٦٦	١٩	وفي المسجد فهو حرام	وفي المسجد ، فلو بال في إناء في المسجد فهو حرام
٨٦	١٧	للجنب	لغير الجنب
٩٣	١٠	تيقن بالطلب	تيقن بالطلب الاول
١٣٩	١	الانقطاع	الانقطاع والمود
١٥٠	٢٠	المادة من	المادة فحيضها من
١٦٠	٢٠	في آخر كل شهر ولحظة	في آخر كل شهر وأول ما بده حائضاً فلحظة من أول كل شهر ولحظة
١٧٤	١١	أو ميتاً وألقت	أو حياً أو ميتاً ولو ألقت
١٧٤	١٥	قبل الحمل	قبل حركة الحمل
٣٠٠	١٤	يكفيه السجود عن قيام أم لا بد	يكفيه السجود عن قيام وقيل على أن يجلس مطمئناً ثم يسجد ؟ الوجهين وجهاً أصحها الثاني وقيل على الوجهين
٣٠٨	١٨	صورة الشك فقالوا	صورة الشك وزراله فقالوا
٣٧١	١	انتهى الى السجود	انتهى الامام الى السجود
٣٧٣	١٣	وان سبق بركن	وان سبق بركن مقصود
٣٨٢	٨	مع مجاوزة الحيام مراقبها	مع مجاوزة الحيام مجاوزة مراقبها

<u>الصفحة</u>	<u>السطر</u>	<u>الخطأ</u>	<u>الصواب</u>
٣٩٠	٦	فيها قولان أحدهما وهو المذهب	فيها قولان أحدهما يلزم
		العمل بظاهر النصين والثاني يلزم	
٣٩٧	١٢	لا يضر بينهما	لا يضر الفصل بينهما



رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ

وَعَمْدَةُ الْمُفْتِينَ

لِلإِمَامِ الشَّافِعِيِّ

الْحِزْبِ الْأَوَّلِ

إِشْرَافَ
زُهَيْرِ السَّادِقِ

الْكَتَبُ الْإِسْلَامِي